

**İNSAN HAKLARI VE
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA
AYRIMCILIĞIN KALDIRILMASI
VE TÜRKİYE**

Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ

Belediye-İş Sendikası

AB'ye Sosyal Uyum Dizisi

Nisan 2009

ANKARA

İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda
Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye

Prof. Dr. Mesut Gülmez

1. Baskı: 1500 Adet
Belediye-İş Yayınları,
AB'ye Sosyal Uyum Dizisi
Nisan 2009

Yorum Matbaacılık Ltd. Şti.
Ankara
0 312 395 21 12

Belediye-İş Yayınları,
Necatibey Caddesi, No: 59
Kızılay – ANKARA
+90 312 231 83 43
belediyeis@belediyeis.org.tr
www.belediyeis.org.tr

Bu kitap, yazarının sorumluluğundadır.

ISBN 978-975-6024-03-4

Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ

**İNSAN HAKLARI VE
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA
AYRIMCILIĞIN KALDIRILMASI
VE TÜRKİYE**

Belediye-İş Sendikası

AB'ye Sosyal Uyum Dizisi

Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ

1943 yılında Denizli / Acıpayam'da doğdu. İlk ve orta okulu Acıpayam'da, liseyi Denizli'de okudu. 1966 yılında, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1971 yılında, Fransa'da Rennes Üniversitesi Hukuk ve Ekonomi Bilimleri Fakültesi'nde, "Yönetim Bilimi" alanında doktora öğrenimini tamamladı.

Dönüşte, burslusu olduğu Milli Eğitim Bakanlığı'nda (Yüksek Öğretim Genel Müdürlüğü'nde) bir yıl kadar "aday memur" olarak çalıştı. 1973 yılında, asistan olarak Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü'ne girdi. 1981'de, "Sosyal Siyaset" dalında doçent ve 1988'de de, "Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri" dalında profesör oldu. Enstitü'de, 1990-1997 yılları arasında kendi isteğiyle ayrıldığı TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Müdürü görevini yürüttü. Nisan 2008'de, kendi isteğiyle emekliye ayrıldı.

TODAİE'de; "Türkiye'de Çalışma İlişkileri", "Uluslararası Çalışma İlişkileri", "İnsan Haklarının Uluslararası Korunması" derslerini verdi. Ayrıca, "Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması", "Avrupa Birliği'nde Sosyal Politika" ve "Memur Sendikacılığı" vb konularda seminer dersleri yaptı. 1992-2003 yılları arasında, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'nde "Uluslararası Sosyal Politika" dersini okuttu. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri doktora programında, "İnsan Hakları Belgelerinde Sendikal Hak ve Özgürlükler" dersini verdi. 2009'da, istek üzerine, bu derse yeniden başladı.

1998-1999 yıllarında, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Eğitimi Onyılı Ulusal Komitesi'nin üyesi olarak görev yaptı ve bir yıl sonra, kendi isteğiyle ayrıldı. 1994 yılından beri, "I. P. V. Ius Primi Viri, International Association"ın (İlk Hak Yaşam Hakkı Uluslararası Derneği'nin) İnsan Hakları Eğitimi Onyılı'nın Uygulanması Uluslararası Komitesi'nin Danışma Kurulu üyesidir.

Kitaplarının dışında; çeşitli Armağanlarda; özellikle, Amme İdaresi Dergisi, Turkish Public Administration Annual, İnsan Hakları Yıllığı ve Turkish Yearbook of Human Rights'ta; Toplum ve Bilim, Yapıt, ODTÜ Gelişme Dergisi, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Görüş, abece, Eğitim-İş Bülteni, Eğitim Dünyası, Sendika, Sendikal Birlik, Sendikal Notlar, Günışığı gibi süreli yayınlarda; Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi ve Türkiye Sendikacılık Ansiklopedisi'nde; insan hakları ve sosyal politika ile ilgili kimi ortak kitaplarda; Cumhuriyet, Milliyet, Bir Gün ve Radikal gazetelerinde, çeşitli konulara ilişkin makale, yazı, inceleme ve bildirileri yayımlandı.

Yayımlanmış (Telif, Çeviri ve Derleme) Yapıtları:

- **Türkiye’de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi)**, TODAİE Yayını, 1. Bası 1983, (xxiv+443 s.), Ankara; 2. Bası 1991 (xxvii+531);
- **Türkiye Belgesel Çalışma İlişkileri Tarihi (1936 Öncesi)**, TODAİE Yayını, Ankara, 1983 (xxiv+538 s.);
- **Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye** (UÇÖ / ILO Sözleşme ve İlkeleri), TODAİE Yayını, 1988 (xxiv+487 s.);
- **Memurlar ve Sendikal Haklar** (Türkiye’de ve Dünya’da), İmge Yayını, 1990 (x+318 s.);
- **Memurların ve Öğretmenlerin Sendikal Hakları**, Eğitim-İş Yayını, 1990 (60 s.);
- **Öğretmenlerin Statüsü Tavsiyesi**, Eğitim-İş Yayını, 1991 (63 s.);
- **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri** (Yay. Haz.), TODAİE / İHM Yayını, 1992 (vi+222 s.);
- **Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu** (Yay. Haz.), TODAİE / İHM Yayını, 1993 (x+288 s.);
- **Belgelerle Yönetim, Yargı ve Memur Sendikaları (1990-1993)**, TODAİE Yayını, 1993 (xxiv+272 s.);
- **Türkiye’de Memurlar ve Sendikal Haklar (1924-1994)**, Yeni Bölümler Eklenerek Genişletilmiş 2. Bası, TODAİE Yayını, No:255, Ankara, 1994 (xxii+251 s.);
- **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi** (Uluslararası Belgeler ve Türkiye), TODAİE, Ankara, 1994 (xvi+232 s.);
- **Meclislerde İşçi Sorunu ve Sendikal Haklar (1909-1961)**, Öteki Yayını, Ankara, 1995 (334 s.);
- **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, TODAİE, Ankara, 1996 (xxiii+299 s.);
- **İnsan Hakları Eğitimi Hakkı**, İHDE Elkitapları Dizisi 1, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, 1996 (xii+67 s.);
- **İnsan Haklarının Uluslararası Korunması**, İHDE Elkitapları Dizisi 4, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, 1996 (xii+62 s.);
- **Ailede ve Okulda İnsan Hakları Eğitimi**, (Yay. Haz., Nesrin Ünal ile birlikte), Ankara Anadolu Lisesi Koruma Derneği Yayını, Ankara, 1998 (viii+72 s.);

- **Belgelerle İnsan Hakları Eğitimi Birleşmiş Milletler Onyılı**, TODAİE Yayını, Ankara, 1998 (xviii+122 s.);
- **Yasaların Uygulanması İçin İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Kurallar**, Polisler İçin Cep Kitabı (Çeviri), TODAİE Yayını, Ankara, 1998 (vi+58 s.);
- **Uluslararası Sosyal Politika**, TODAİE Yayını, Ankara, 2000 (xvi+265 s.);
- **Tüm İnsanlar... İnsan Hakları Eğitimi İçin Elkitabı** (Çeviri), Türkiye İnsan Hakları Kurumu Vakfı Yayını, Ankara, 2000 (İkinci Bası 2001, (160 s.);
- **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi: Egemenlik İnsanıdır**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, 2001 (xxxii+476 s.);
- **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e, 1926-2001**, TODAİE Yayını, Ankara, 2002 (xxxiv+590 s.);
- **Avrupa Birliğinde Sosyal Politika**, Türkiye-AB Sendikal Koordinasyon Komisyonu Yayını, Ankara, 2003 (xviii+235 s.);
- **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Mayıs 2004 (xxxiv +542 s.);
- **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, Belediye-İş Yayını, "AB'ye Sosyal Uyum Süreci" Dizisi, No: 1, Ankara, Eylül 2005 (xxxiii +342 s.);
- **Uluslararası Sosyal Politika**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Hatiboğlu Yayını, Ankara, Nisan 2008 (xxii+394 s.);
- **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, Yeni Bölümler Eklenmiş, Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Hatiboğlu Yayını, Ankara, Mayıs 2008 (xxvi+526 s.);
- **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Yayını, "AB'ye Sosyal Uyum Süreci" Dizisi, No: 5, Ankara, Nisan 2009 (xxxxii +740 s.).

ÖNSÖZ

Bilindiği gibi, Türkiye-Avrupa Birliği ilişkileri ve süreci, 31 Temmuz 1959 tarihinde yapılan ortaklık (tam üyelik) başvurusuyla başlamıştır. Ancak Avrupa Ekonomik Topluluğu, bu başvuruya, “Türkiye’nin kalkınma düzeyinin tam üyeliğin gereklerini yerine getirmeye yeterli olmadığı” yanıtını vermiş ve tam üyelik koşulları gerçekleşinceye kadar geçerli olacak bir “ortaklık anlaşması” imzalanması önerisinde bulunmuştur. Bunun üzerine, “Ankara Anlaşması” olarak bilinen katılım ortaklığı anlaşması, 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanmış ve böylece, kırkbeş yılı aşan, inişli çıkışlı zorlu bir süreç başlamıştır.

Bu sürecin, Türkiye’nin, Avrupa Konseyi’nin 10 Aralık 1999’da Helsinki’de yaptığı toplantıda “aday üye” olarak kabul edilmesini izleyen evresindeki önemli kilometre taşlarından biri; Avrupa Konseyi’nin 16-17 Aralık 2004’te yaptığı toplantıda, bazı koşullarla, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne üyeliği ereğiyle müzakerelerin açılmasına karar verilmiş ve 3 Ekim 2005’te de, Lüksemburg’ta yapılan Hükümetlerarası Konferans ile Türkiye’nin resmen AB’ye katılım müzakerelerine başlanmış olmasıdır. Ardından, 29 Haziran 2005 tarihli *Türkiye İçin Müzakere Çerçevesi* belgesi ile, müzakerelerde ele alınacak konu başlıkları 35 madde olarak belirlenmiştir.

Bu başlıklardan biri de, 19. sırada yer alan ve “erkek ve kadınlar arasında fırsat eşitliği” ile “ayrımcılıkla mücadele”yi de içerdiği açıklanan “**sosyal politika ve istihdam**”dır. Ancak, bu karardan dört yılı ve 4 Eylül 2006 tarihli Türkiye Tarama Raporu’ndan iki yılı aşkın bir süre sonra da, bu başlığa ilişkin müzakereler hâlâ başlamamıştır.

Brüksel’den son haftalarda yapılan açıklamalarda ise; bir yandan 1982 Anayasası ile 2821, 2822 ve 4688 sayılı sendikal yasalarda uyum sağlayıcı değişiklikler yapılmasının, öte yandan da her türlü ayrımcılığın uygulamadan kaldırılmasının “kurumsal” araçlarından olan bir “Eşitlik Kurulu” oluşturulmasının, “sosyal politika ve istihdam” alanında müzakerelerin başlamasının önkoşulu olduğu belirtilmektedir.

Kuşkusuz, “sosyal politika ve istihdam” başlığını, “Avrupa sosyal modeli”nin tüm öge ve bileşenlerini kapsayan en geniş anlamıyla değerlendirmek gerekir. Nitekim, gerek 1998 yılından beri Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanmış İlerleme Raporlarında değinilen sorunlar, gerekse AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programlarında “siyasi kriterler” ile “üyelik yükümlülüklerini üstlenebilme yeteneği” başlıkları altında yapılan tespitler göz önüne alındığında, “sosyal politika ve istihdam”ın geniş kapsamlı ve çetin sorunları içeren bir müzakere başlığı olduğu görülebilir.

Müzakere sürecinde etkin roller yerine getirmesi beklenen ve istenen sivil toplumun sendikal alandaki temsilcilerinden biri olan Belediye-İş; 2003 Ulusal Programı'nda belirtilen konu başlıklarını göz önüne alıp, 2005 yılının başlarında Avrupa Birliği'ne uyumun "sosyal" yönüne bir projeye katkıda bulunmaya karar vermiş ve hazırladığı "**AB'ye sosyal uyum**" dizisinin yanı sıra, 26-27 Eylül 2005 tarihlerinde, Ankara'da, "*Avrupa Sosyal Modeli ve Sendikal Haklar*" konusunda bir Uluslararası Sempozyum düzenlemiştir.

Belediye-İş, "AB'ye sosyal uyum" projesini gerçekleştirmek amacıyla, alanında uzman ve yayınlarıyla tanınmış olan öğretim üleriyle görüşerek katkılarını rica etmiştir. Sendikamız uzmanları ve öğretim üyelerinin yaptıkları toplantılarda, sorun bir proje bütünlüğü içinde tartışılmış, konu başlıkları ve uyum sorunu temelinde öngörülen incelemeleri yapacak isimler belirlenmiştir.

"Avrupa Sosyal Modeli"ni temel öge ve bileşenleriyle topluca ortaya koyacağını düşündüğümüz, sekiz kitaptan oluşan proje çerçevesinde, elinizdeki bu yayımla aşağıdaki beş kitap yayımlanmıştır:

- **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, Belediye-İş Yayını, "AB'ye Sosyal Uyum" Süreci Dizisi, No: 1, Ankara, Eylül 2005 (Prof. Dr. Mesut Gülmez);
- **Katılım Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye'de İşgücü ve İstihdamın Görünümü**, "AB'ye Sosyal Uyum" Dizisi 2, 1. Baskı, Belediye-İş Yayını, Kasım 2006, Ankara (Prof. Dr. Kuvvet Lordoğlu / Prof. Dr. Ahmet Selamoğlu);
- **Avrupa Birliği ve Türkiye'de Sosyal Diyalog**, Belediye-İş Yayını, "AB'ye Sosyal Uyum" Süreci Dizisi, No: 1, Birinci Baskı, Ankara, Mayıs 2007 (Prof. Dr. Meryem Koray / Aziz Çelik);
- **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Belediye-İş Yayını, Ankara, Mart 2008 (Doç. Dr. Şükran Ertürk);
- **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Belediye-İş Yayını, Ankara, Mart 2008 (Prof. Dr. Mesut Gülmez).

"AB'ye Sosyal Uyum" dizisinin, birincisi baskıda olan diğer üç kitabı da şu konuları kapsamaktadır:

- *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Uyum* (Dr. Bülent Piyal);
- *Bireysel İş Hukukunda Uyum* (Prof. Dr. Ali Güzel / Doç. Dr. Nurflen Caniklioğlu);
- *Sosyal Koruma ve Sosyal Güvenlikte Uyum* (Prof. Dr. Ali Güzel / Doç. Dr. Nurşen Caniklioğlu).

“AB’ye Sosyal Uyum” başlığı altında yayımlanan ve yayımlanacak olan kitapların, “sosyal politika ve istihdam” genel başlığı altında yürütülecek müzakere ve tarama sürecine önemli katkılar sağladığına ve sağlayacağına inanıyoruz. Bu süreçte görev alacak resmi yetkililer ile kamu görevlilerinin; uzmanların ve öğretim üyelerinin titiz ve özenli araştırmalarının ürünü olan çalışmalardan oluşan bu diziden yararlanmalarını diliyor ve bekliyoruz. Ayrıca bu dizinin, Türkiye sendikal hareketi için de önemli bir başvuru kaynağı olacağına inanıyoruz.

Avrupa Birliği’ne uyumun “sosyal” boyutunun çözüm bekleyen ivedi bir sorun olduğuna inanan Belediye-İş, “AB’ye katılıp katılmama” ya da “AB’ye evet / hayır” gibi ikilemler karşısında bir tutum takınmak yerine, sosyal ve sendikal hakların geliştirilmesini, iş ve sosyal güvenlik hukukumuzdaki aykırılıkların kaldırılmasını önemsemekte ve **“sosyal politika ve istihdam”** alanındaki müzakere sürecini öncelikle bu açıdan değerlendirmektedir.

Belediye-İş; tüm çalışanların ve onların sendikalarının yanı sıra, işverenlerin ve işveren sendikalarının; işsizleri, emeklileri, vb kesimleri yakından ve doğrudan ilgilendiren bir proje çerçevesinde gerçekleştirdiği **“AB’ye Sosyal Uyum”** dizisinin, sosyal mevzuat ve uygulamalarımıza somut ve olumlu yansımalarının yakından izleyicisi olacaktır.

Sendikamızın bu projesinde görev üstlenmeyi kabul ederek, tüm çalışanlara ve sendikal örgütlerimize destek ve katkılarını esirgemeyen bilim insanlarımıza ve uzmanlara içten teşekkürlerimizi sunarız.

Belediye-İş

SUNUŞ

Bu çalışmanın sonunda da yinelemek istediğim ilk sözüm şudur: Ayrımcılık yasası ile genel eşitlik ve onun çalışma hukuku alanına özgülenmiş anlatımı olan eşit işlem ilkeleri, **aralarında su sızdırmaz duvarlar bulunan ilkeler değildir**. Birbirinin ikizi olduğunu düşündüğüm bu ilkeler; özellikle insan haklarının kullanılması bağlamında, birinin söz konusu edilmediği durumlarda ve düzenlemelerde de, birlikte varolan, çok daha önce başka yazarlarca da belirtildiği gibi, özünde aynı ve tek ilkenin olumlu ve olumsuz iki yüzünü anlatan ilkelerdir.

Bu yaklaşımın sonucu olarak ve bölünmezliklerini vurgulamak üzere, “**ayrımcılık yasaklı eşitlik (yada hukuk önünde eşitlik)**” olarak adlandırılabileceğini düşündüğüm bu ilkenin, insan hakları sözleşmelerinde hukuksal güvenceye bağlanmış ayrı bir “hak” (temel hak) olmasının yanı sıra, kavramın tanımının temel öğelerinden birini oluşturduğunu düşündüğüm bir başka özelliği yada rolü vardır: *Üstün ve ölçü ilke* yönüyle, tüm insan haklarının somut ve eylemli olarak kullanılmasının da güvencesi olma işlevi.

I.

“Ayrımcılık yasaklı eşit işlem” olarak nitelendirdiğim bu ilke, öncelikle, Avrupa Birliği bağlamında vurgulanan bu özelliğinin yanı sıra, İnsan Hakları Uluslararası Hukuku’nun bir “üstün ilkesi”dir; antlaşmasal ve sözleşmesel kaynakların, hem genel olarak herkes için, hem de kimi haklardan yararlanma konusunda özel olarak belirli hak özneleri için hukuksal güvenceye bağladığı “*evrensel bir hak*”tır.

Evrensel ve bölgesel ölçekli insan hakları belgelerinin hemen hepsinde tüketici olmaksızın sayılan ırk, cinsiyet, etnik köken, din yada inanç, yaş, engel ve cinsel yönelim gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı savaşım; bir yandan birçok kişi kümesi ve özellikle korunma gereksinimi içinde bulunan hak özneleri için ve öte yandan da, giderek genişleyen birçok alanda sürekli biçimde yürütülmesi gereken ve başarıya ulaşabilmesi için hukukun yanı sıra başka araçların da uygulamada devreye sokulmasını; ulusal ve uluslararası resmi kurumların yanı sıra, sivil toplumdan birçok kişi ve kuruluşun da tüm düzeylerde çaba ve katkılarını, işbirliği yapmalarını gerektiren çokboyutlu bir sorundur.

II.

Kimi zaman değişik terimlerle anlatılsa ve aralarına değişik bağlaçlar konulsa da, olumlu ve olumsuz anlatımlarıyla aynı gerçeği yada olguyu dile getiren, bir anlamda aynı madalyonun iki yüzü sayılabilecek iki ilkenin, yani eşit işlem ve ayırım gözetmeme ilkelerinin, “Avrupa sosyal modeli”nin (de) temel bileşenleri arasında,

“odağında” yer aldığı belirtilmektedir.¹ Ayrımcılığın kaldırılması yada önlenmesi sorununun; Avrupa Birliği'nin genişleme sürecine koşut olarak, gerek Avrupa Birliği'nin kendisi ve üye devletleri için, gerekse Aralık 1999'daki Helsinki doruğunda alınan “Türkiye'nin bir aday devlet” olduğu kararından beri de ülkemiz için, daha da önemli bir boyut kazandığına, ağırlığının giderek arttığına kuşku yoktur.

III.

Bir “insan hakları sorunu” olarak ayrımcılığın kaldırılmasının ve daha eksiksiz bir tanımla, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi”nin, Türkiye açısından genel olarak bir “uyum sorunu” ve çalışma hukuku ve sosyal politika alanlarıyla sınırlı olan bu çalışmada ise bir “sosyal uyum sorunu” bağlamlarında incelenmesi; dar anlamda AB hukuku ve müktesebatı ile sınırlı olmaksızın, aynı zamanda Avrupa Birliği'ni de kapsamak üzere geniş anlamda evrensel ve bölgesel düzeyli ve değişik nitelikli tüm belgelerin yanı sıra, sözleşmelerce oluşturulan yetkili denetim organlarının kararlarının da ele alınmasını gerektirmektedir. Olabildiğince eksiksiz bir inceleme, ayrımcılık karşıtı insan hakları ortak hukukuyla yapılabilir. Bir yandan, gerek oluşum ve gerekse uygulama süreçlerinde kendi aralarında etkileşim içinde bulunan, öte yandan da ulusal hukukumuzda esin kaynağı olan evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası pozitif hukuk ile içtihat hukuku bir bütün olarak ele alınmadıkça, bu alanda yapılacak çalışmaların ve kuşkusuz uyum düzenlemelerinin eksik kalması kaçınılmazdır.

Öncelikle Türkiye açısından, İnsan Hakları Uluslararası Hukuku'nun bu konudaki “pozitif” ilke ve kuralları, ülkemizi “hukuksal” yönden bağlayan ve “ulusüstü” nitelik kazandırıldığından doğrudan uygulanması gereken insan hakları sözleşmeleri, denetim organlarının kararlarıyla birlikte göz önüne alınarak incelenmelidir. Kanımca bu uluslararası çerçeve, ulusal hukukla bütünleştirilme biçimlerine göre, kuşkusuz yalnızca Türkiye'yi değil, üye devletlerin üstlendiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi bağlamında Avrupa Birliği'ni de “alt sınır” olarak bağlamaktadır. Çünkü, hak özneleri açısından “ayrımcılığa uğramama hakkı” ve üye devletler ile Avrupa Birliği açısından da eşit işlem ilkesini uygulamaya aktarmak amacıyla tüm biçimleriyle ayrımcılıkları kaldırma ve bu amaçla somut önlemler alma yükümlülüğü, Avrupa Birliği'nin kurucu belgelerindeki temel ilkelerden olan “*insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesi*” ilkesi kapsamındadır ve bu, “antlaşmasal” ilkenin bir gereğidir.

Antlaşmalarda yer almış olması nedeniyle “anayasal” nitelik ve değer taşıyan bir yükümlülük olarak ayrımcılık yasağının hukuksal çerçevesi ve içeriği ise; Avrupa Konseyi gibi bölgesel, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütü gibi evrensel ölçekli uluslararası kuruluşlarca kabul edilmiş genel ve özel nitelikli ulus-

¹ CCE, *Livre vert*, Egalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie, com (2004) 379 final, 28.05.2005, s. 2.

lararası insan hakları hakları belgelerinde ve bunlara uyulmasını sağlamakla görevli koruma ve denetim organlarının yerleşik kararlarında gösterilmiştir. Avrupa Birliği ve üyesi devletler, kurucu ilkeler kapsamındaki ayrımcılığı kaldırmaya yönelik bu belgelerle bağlıdır.²

Bu nedendir ki, ayrımcılığın kaldırılması sorunu, türevsel hukuk belgelerinde ayrımcılık yasağına yüklenen eşit işlem ilkesiyle doğrudan bağlantılı olan anlam da göz önüne alındığında, salt dar anlamda -kurumların iradesinin ürünü olan kaynakların oluşturduğu- AB hukuku ve müktesebatı yaklaşımıyla incelenemez, incelenmemelidir. Sözünü ettiğim, birbiriyle iletişim ve etkileşim içinde olan ve birbirinden esinlenen, çoğu kez de pozitif hukuku önceleyen insan haklarına ilişkin ortak uluslararası hukuksal çerçeve, geniş anlamda AB hukuk ve müktesebatının da bir parçasıdır.

IV.

Ayrımcılığın önlenmesi ve kaldırılması, kuşkusuz ki salt yasal ve / yada yönetsel düzenlemelerle ve yalnızca kamu yetkililerinin bu tür “resmi” çabalarıyla çözülebilecek “hukuksal” bir sorun değildir. Uluslararası sözleşmelere ve denetimini yapan yargısal yada yarı-yargısal nitelikli mahkeme yada komitelerin içtihatlarına uygun asgari bir hukuksal çerçevenin oluşturulması gerekli ama yeterli değildir.

Tek boyutlu bir nitelik taşımayan ve uygulamada yeni ve “dolaylı” biçim ve türleriyle karşılaşılan bu sorunla savaşında başarılı ve elle tutulur sonuçlar alınması, başka alanlarda da olduğu gibi, kökeninde farklı ve çok sayıda etkenin bulunduğu tutum ve davranışların da değiştirilmesine bağlıdır. Bu da, bu konuda ayrımcılık yasağı ilkesini uygulamakla görevli tüm kamu yetkililerini de kapsamak üzere, değişik hedef kitlelere yönelik kapsamlı, ciddi ve sürekli bir **insan hakları eğitimi** (İHE) yapılmasına bağlıdır.

Kanımcıca, varolan ulusal, uluslararası ve ulusüstü hukuku eksiksiz uygulamanın, hak öznelerinin hak ve özgürlüklerden, çalışanların ve işçilerin sosyal haklardan eşit işlem ilkesi uyarınca ve ayrımcılık gözetmeksizin yararlanmalarını sağlamanın ön koşullarından biri, hak öznelerinin yanı sıra, yasal, yönetsel ve sözleşmesel düzenlemelerin uygulanmasından sorumlu olan kamu yetkililerine ve işverenlere, kısacası eşitlik hakkının yükümlülerine yönelik kapsamlı ve sistemli bir **insan hakları eğitimi** programının gerçekleştirilmesidir.

V.

Ayrımcılık sorunu; özellikle ırk, etnik köken, yurttaşlık vb temellere dayalı ayırım gözetme politika ve uygulamaları, kendi başına bir insan hakları ihlali olmasının dışında, “ekonomik”ten “siyasal” bütünleşmeye yönelmiş bir Ulusüstü Bir-

² Bu bağlılığın hukuksal temel ve gerekçeleri konusunda daha geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, Belediye-İş Yayını, Eylül 2005, Ankara, s.

lik için aynı zamanda -temelde ekonomik bütünleşmenin gölgesinde kalmış- “sosyal bütünleşme” açısından da son derece önemlidir. Kimi hak özneleri için yoksulluk riskinin artmasına ve yoksulluğun yaygınlaşmasına yol açan ekonomik ve sosyal eşitsizliklerin nedenlerinden biri de, yalnızca “tekil” değil çoğu zaman “çoğul” ayrımcılıkların, aynı kişinin yada kişi gruplarının mağduru olabildiği çok nedenli ayrımcı politika ve uygulamaların sürmesi, sürdürülmesidir.

Ayrımcılık sorunu, AB ülkelerinde yaşayan ve çalışan üçüncü ülkelerin yurttaşlarının yada bu ülkelerin yurttaşı olmakla birlikte farklı ırk yada etnik kökenli, farklı din yada inançlı kişilerin yada kişi kümelerinin sosyal ve siyasal bütünleşmelerini gerçekleştirmenin önündeki en önemli engellerden biridir. Amsterdam Antlaşması'yla getirilen korumadan kısa bir süre sonra kabul edilen 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler ve uygulanan Topluluk eylem programları, genişlemenin daha da büyüttüğü ve ciddileştirdiği böyle bir tehlikeye karşı alınan “hukuksal” önlemlerden biridir. Ayrımcılık sorunu, aşırı ulusalcı (milliyetçi) ve etnik çatışmaların bölüdüğü bir kıtada yeniden uzlaşmayı sağlamada en ivedi misyonlardan biri sayılmaktadır.³

VI.

Bu çalışmanın temel konusu, “Avrupa Birliği’ne Sosyal Uyum” dizisinin ana düşüncesine uygun olarak, ayrımcılığın kaldırılması sorununun tüm insan hakları değil temel olarak sosyal haklar ve tüm hak özneleri değil özellikle çalışanlar (işçiler, kamu görevlileri vb) bağlamında incelenmesidir. Bununla birlikte, ayrımcılık yasağının, özellikle Türkiye’nin onayladığı sözleşmeler temelinde “ulusalüstü hukuksal çerçeve”sinin olabildiğince eksiksiz biçimde incelenmesinde, konu ikinci kuşak insan haklarını güvenceye alan sözleşmelerle sınırlandırılmak istenmemiştir. Üstelik, kimi zaman, salt “sözleşme”lerdeki ilke yada kurallarla da yetinilmemiştir. Ayrımcılık yasağının, tüm hak ve özgürlüklerin kullanılmasında göz önünde bulundurulması gereken “üstün” ve “ölçü” ilke olarak “birincil” kaynaklardaki dayanaklarının araştırılıp ortaya konulması gerektiği inancıyla, incelemeye uluslararası kuruluşların “anayasaları” olan kurucu belgelerinden, antlaşmalardan başlanmıştır. Antlaşmalardaki ilkelerin, ikincil belgelere dayanak olmasının dışında, insan haklarının uluslararası korunması alanında da önemi bulunmaktadır.

Öte yandan, birçok sözleşmede de örnekleri bulunduğu gibi, ayrımcılık yasağı aynı zamanda genel eşitlik ilkesi yada sosyal haklar bağlamında eşit işlem ilkesi ile birlikte ve açıkça düzenlenmiştir. Uluslararası insan hakları pozitif hukuku ile Avrupa Birliği hukuku da, değişik terimler kullanmış olmakla birlikte, bu iki ilkenin birbirini tamamladığını, birbirinin ayrılmaz parçasını oluşturduğunu yada aralarında nedensellik bağı bulunduğunu, kısacası bölünmezliğini, yaptıkları düzenlemelerle ortaya koymuş; ilgili denetim organları da, bu özelliğın altını çizmiştir. İki il-

³ <http://www.stop-discrimination.info/index.php?ld=151&type=98>, erişim: 23.04.2005.

kenin açık yada örtük biçimde içiçe geçmişliği, ilkelerden yalnızca birini göz önünde bulundurarak bir inceleme yapmanın hem olanaksızlığını kanıtlamakta ve hem de, yapıldığında yetersiz kalacağını ortaya koymaktadır. Bu nedendir ki çalışmanın konusunu, uluslararası ve ulusal belgelerde genel olarak “yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesi” biçiminde tanınıp güvenceye bağlanan ilke ile cinsiyetlerarası eşitliğe ilişkin özgül kuralları göz ardı ederek, “dar anlamda ayrımcılığın kaldırılması” ile sınırlandırmanın, benimsenen yaklaşımla bağdaşmayacağı düşünülmüştür.

Dolayısıyla, antlaşmasal / anayasal nitelikli kurucu belgelerden başlayarak ve “sözleşme” nitelikli olanlarla sınırlı olmaksızın, bildirge, tavsiye yada karar nitelikli olanları da kapsamak üzere başlıca insan hakları belgelerindeki “genel” ve “özgül” kuralların taranmasının, olabildiğince eksiksiz bir karşılaştırmalı inceleme yapılabilmesi açısından yararlı olacağı sonucuna varılmıştır. İşlem eşitliği ve ayrımcılık yasağına ilişkin bir yandan genel olarak tüm özneler ve tüm haklar için geçerli “genel” ilkeleri ve öte yandan da, çeşitli yönlerden elverişsiz konumdaki belirli özne kümeleri ve belirli haklar özelinde, genel olarak sağlanan korumayı “pekiştirici” ve “güçlendirici” olmak üzere yinelenen “özgül” kuralları da göz önünde bulunduran bir incelemenin doğru olacağı yaklaşımı benimsenmiştir.

VII.

Bu yaklaşım, evrensel ölçekli kuruluşlardan ve kabul ettikleri belgelerden başlayıp bölgesel ölçekli kuruluşlara ve belgelerine geçerek, konunun, sonuncusu Türkiye’ye ilişkin olan altı kapsamlı bölümde incelenmesini gerektirmiştir. Bölümlerden ilk üçünde, temel amacı eşitliği hukuk ve uygulama boyutlarıyla gerçekleştirmek olan ayrımcılık karşıtı uluslararası insan hakları hukukunun çizdiği çerçeve ortaya konulmuştur. Evrensel ve bölgesel ölçekli bu çerçeve, Türkiye açısından, sözleşmelerin çoğunun onaylanmış olması nedeniyle özel bir önem -ulusalüstü bir nitelik- taşıdığı gibi, özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın kararlarında sıkça yapılan yollamalar nedeniyle Avrupa Birliği açısından da göz ardı edilmemesi gereken bir kurallar bütünü oluşturur.

Bölünmezliği ve teklifi, özellikle üstün ve ölçü ilke olarak insan haklarının tümünden yararlanmadaki işlevi nedeniyle “ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi” biçiminde tanımladığım eşitliği ve / yada ayrımcılık yasağını, evrensel ve bölgesel nitelikli belgeler temelinde incelemeyen önce, gerek öğretide, gerek kimi belgelerde ve gerekse kimi denetim organlarının kararlarında verilen tanımların birlikte topluca incelenmesinin; hem karşılaştırma yapma olanağı vermesi, hem kimi yinelemelerin önlenmesini sağlaması ve hem de ayrıntılı biçimde incelenen uluslararası çerçevenin daha kolay okunmasında yardımcı olması yönlerinden yararlı olacağını düşündüm (**Giriş**).

Ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi; Birleşmiş Milletler belgeleri ile eğitim alanındaki UNESCO belgeleri temelinde, hem genel kurallara yer veren ve hem de

belirli nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı özel ve ayrıntılı koruma öngören belgeler göz önüne alınarak, önce evrensel nitelikli kaynaklarından başlanarak incelenmiştir (**Birinci Bölüm**).

Uluslararası Çalışma Örgütü belgeleri; Örgüt'ün 1945'te kurulan Birleşmiş Milletler ailesi içinde yer almasına karşın, sosyal politika ve sosyal haklar alanında BM'nin kural üretme yetkisiyle donatılmış en eski "uzman" kuruluşu olması ve bu alanlarda ilk uluslararası düzenlemeleri gerçekleştirmesi nedeniyle, ayrı bir bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde, asla unutulmaması gereken bir ayrımcılık sorunu olarak, 111 sayılı sözleşmenin siyasal ve ideolojik görüşler temelinde ayrımcılık yapılarak çalışma hakkından yoksun bırakılan "1402'likler"e uygulanmasına ilişkin denetim organlarının tüm kararlarına da yer verilmiştir (**İkinci Bölüm**).

Ayrımcılık yasağının ve işlem eşitliğinin bölgesel düzeydeki uluslararası kaynaklarını oluşturan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 1961 ve 1996 tarihli eski ve yeni Sosyal Şartlar, Avrupa Birliği'nin genel olarak birinci ve ikinci kuşak insan hakları, özel olarak da "ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi" açısından ayrıntılı önemi olan belgelerdir. AB ve AT Antlaşmalarının yirmi yılı aşkın ve Adalet Divanı'nınsa çok daha uzun bir süreden beri sık sık göndermelerde bulunduğu Avrupa Konseyi'nin bu belgeleri, aralarında Türkiye'ye yönelik olanlarının da bulunduğu denetim organlarının kararlarına olabildiğince geniş yer verilerek incelenmeye çalışılmıştır (**Üçüncü Bölüm**).

Çalışmanın izleyen iki bölümü; Avrupa Birliği hukuku ve belgeleri ile ilgilidir. Antlaşmasal ve türevsel kaynaklar ile başka AB belgelerindeki ayrımcılık yasağı ve eşit işlem konusundaki düzenlemelerin oluşturduğu içeriği giderek zenginleşen hukuksal çerçeve, elli yılı aşan bir evrim süreci temelinde ve Adalet Divanı'nın önemli kararları da göz önüne alınarak incelenmiştir. "Eşit işlem" ilkesinin tanımı konusunda birincil ve özellikle ikincil kaynaklarda benimsenen yaklaşım nedeniyle, belirli alanlarda "cinsiyet"e dayalı ayrımcılıkların kaldırılmasını amaçlayan kurallara ve yönergelere de yer verilmiştir (**Dördüncü Bölüm**).

Avrupa Birliği'nin ayrımcılık karşıtı hukukunun incelenmesinin ardından, bu hukuksal çerçeve bağlamında Türkiye'deki hukuksal durumu ve uygulamayı 1998'den beri izleyip eleştirel bir yaklaşımla değerlendirmek, gerçekleştirilen ilerlemeleri ve eksik de olsa sürdüğü belirtilen aykırılıkları ortaya koymak üzere Avrupa Komisyonu'nca hazırlanan İlerleme Raporları ile Katılım Ortaklığı Belgelerinin bu konudaki değerlendirme, eleştiri ve önerileri incelenmiştir. Bu belgelerle bağlantısı nedeniyle, Ulusal Programlardaki düzenlemelere de, birincisinden başlayarak bu bölümde yer verilmiştir (**Beşinci Bölüm**).

Ayrımcılık yasağına ve eşit işlem ilkesine ilişkin evrensel ve bölgesel kurallar ile AB düzenlemelerinin incelenip ortaya konulmasının ve böylece de, Türkiye'nin

eşit işlem ve ayrımcılık yasağı konusundaki yükümlülüklerinin uluslararası ve ulusalüstü hukuksal çerçevesinin çizilmesinin ardından, son olarak, Anayasalardaki kuralları ve Anayasa Mahkemesi'nin 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde verdiği kararlarını da kapsamak üzere, ulusal hukuk ele alınmıştır. Temelde bireysel ve toplu çalışma / iş hukukunun bu konudaki düzenlemelerine yer verilen son bölümde; AB'ye üyelik süreci içinde bu alanda gerçekleştirilen uyum sağlayıcı anayasal ve yasal düzenlemeler, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi konusundaki kurallarıyla sınırlı olmak üzere, doğrudan çalışma yaşam ve ilişkilerine ilişkin olmayan yasalar ile öğretide dile getirilen görüşleri de kapsamak üzere, eleştirel bir yaklaşımla incelenmiştir (**Altıncı Bölüm**).

VIII.

“Sosyal uyum” dizisindeki konu bölüşümünü göz önüne alarak sınırlı bir çerçevede başladığım bu çalışmada, benimsediğim yaklaşım nedeniyle eşitlik alanında bu sınırı zorlayıp aştığımı, aşmak zorunda kaldığımı belirtmeliyim.

Öte yandan, çalışmada; temelde ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin evrensel ve bölgesel ölçeklerdeki “hukuksal çerçevesi”ni ortaya koyma ve bu çerçevenin kılavuzluğunda çalışma hukuku alanındaki ilgili ulusal düzenlemeleri değerlendirme amacı benimsediğimden ve bunu da sosyal haklar ve sosyal uyum ile sınırlandırdığımdan, Avrupa Birliği'ndeki çalışmalar dışında, çok boyutlu olduğuna sürekli vurgu yaptığım ayrımcılık sorununun “hukuk dışı” boyutlarına girmedim. Çalışmanın oylumunun da belirleyici olduğu bu eksikliğin, başka incelemelerle giderilmesinin taşıdığı önemi belirtmeye gerek yoktur.

Ayrımcılık yasaklı eşitlik konusundaki uyum sorununa yaklaşırken, bunun salt Avrupa Birliği'nin bu alandaki birkaç yönergesiyle sınırlı, çözümünü “kolay” bir sorun olduğu sanılmamalıdır. Genel olarak insan hakları alanında olduğu gibi, sosyal haklar alanında da, 1961 Avrupa Sosyal Şartı'ndan doğan çok sınırlı yükümlülüklerimizin önemli bir bölümünü neredeyse yirmi yıldan beri yerine getirmemiş, getirememiş, daha doğrusu getirmek istememiş olmamızdan da anlaşıldığı gibi, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin gereklerine tam uyum sağlanması, sanıldığından daha ciddi ve çetin bir sorundur.

Uyum sorununun gerçek boyutları, ancak yetkili denetim organlarının pozitif kurallar konusundaki yerleşiklik kazanmış kararlarıyla anlaşılabilir. Çoğu zaman yapıldığı gibi, denetim organlarının, ancak “yargısal” nitelik taşıdığı zaman kararlarına uyma zorunluluğunun bulunduğunu düşünmek son derece yanlıştır. Onaylanan sözleşmelerin iç hukukta “ulusalüstü” hukuksal bağlayıcılığı konusunda, hak özneleri için doğrudan ileri sürebilecekleri öznel haklar yaratıp yaratmamalarına yada “aşamalı” biçimde uygulama yükümlülüğü içerip içermemelerine ilişkin farklı niteliklerinin sonucu olanlar dışında hiçbir fark yoktur.

IX.

Sendikal haklarda uyum sorunu konusundaki görüşümü, Avrupa Birliği'nin üye devletlerin yetki alanında bıraktığı sendikal haklara oranla çok kapsamlı bir kurallar bütünü oluşturmuş olmasına karşın, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesine uyarlayarak yinelemekte yarar görüyorum:

Tüm bileşenleriyle ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesine tam uyumun yolu; salt Brüksel'den değil, aynı zamanda New York, Cenevre ve Strazburg'tan; daha açık bir söyleyişle Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi'nden, bu kuruluşların onayladığımız "ulusalüstü" sözleşmelerine ve özellikle denetim organlarının kararlarına uygun düzenlemeler yapılmasından geçer.

Bu uyum aynı zamanda ve öncelikle, birlikte göz önünde bulundurulması zorunlu olan insan haklarına saygılı ve dayalı devlet, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin de gereğidir.

Mesut Gülmez

Datça - Ankara, 8 Mart 2009

İÇİNDEKİLER

ÖZGEÇMİŞ	v
ÖNSÖZ.....	ix
SUNUŞ	xiii
İÇİNDEKİLER	xxi
KISALTMALAR	xxxii

GİRİŞ

KAVRAMLAR VE TANIMLAR EŞİTLİK, EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK

I. İNSAN HAKLARI OLARAK EŞİTLİK, EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK	4
1. Ayrımcılık Yasağının Dayandığı Etik Değer: İnsan Onuru	5
2. Eşitlik ve Eşit İşlem ile Ayrımcılık Yasağı Arasındaki İlişki: Bölünmezlik	7
II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK TANIMLARI	12
1. Uluslararası Çalışma Örgütü Bağlamında Ayrımcılık Tanımları	14
a. İstihdamda ve Meslekte Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi.....	14
b. Uzmanlar Komisyonu'nun Tanımı	15
2. Birleşmiş Milletler Bağlamında Ayrımcılık Tanımları.....	16
a. Sözleşmelerdeki Tanımlar	16
b. İnsan Hakları Komitesi'nin Tanımı	18
3. Avrupa Konseyi Bağlamında Ayrımcılık Tanımları	20
a. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme Kararları	20
b. Sosyal Şartlar ve Sosyal Haklar Avrupa Komitesi Kararları	21
III. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK TANIMLARI.....	22
1. Eşit İşlem Kavramı ve Tanımı	22
2. Ayrımcılık ve Ayrımcılık Biçimleri.....	24
a. Doğrudan Ayrımcılık	25
b. Dolaylı Ayrımcılık.....	26

c. Taciz	30
d. Cinsel Taciz.....	31
e. Emirle Ayrımcılık Yaptırma	33
f. Gebeliğe yada Analık İznine Bağlı Daha Az Elverişli Davranış	33
3. Öğretiden Tanım Örnekleri	33
IV. TÜRK HUKUKUNDA EŞİTLİK, EŞİT DAVRANMA VE AYRIMCILIK TANIMLARI.....	36
1. Anayasa ve İş Yasası'nda Eşitlik ve Ayrımcılık Tanımları	36
2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Tanımları	38
3. Yargıtay Kararlarında Eşit Davranma ve Ayrımcılık Tanımları	38
4. Çalışma Hukuku Öğretisinde Eşit Davranma ve Ayrımcılık Tanımları	39
V. TANIMIN ÖGELERİ VE TANIM ÖNERİSİ.....	43

BİRİNCİ BÖLÜM
BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜ
VE AYRIMCILIK YASAĞI

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI VE AYRIMCILIK YASAĞI	48
II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİ VE AYRIMCILIK YASAĞI	50
1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	50
a. Ayrımcılık Yasağı	51
b. Yasa Önünde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı	53
c. Başka Maddelerde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı.....	54
d. Sınırlama Rejimi ve Ayrımcılık Yasağı	55
2. Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi	56
a. Ayrımcılık Tanımı	57
b. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri	59
c. Komitenin Genel Tavsiyeleri	61

3.	Aparteid Suçunun Cezalandırılması ve Kaldırılması	
	Uluslararası Sözleşmesi	63
	a. Aparteid Tanımı ve Kapsamı	64
	b. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri	66
4.	Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar	
	Uluslararası Sözleşmesi	66
	a. Ayrımcılık Yasağı	67
	b. Cinsiyet Temeline Dayalı Ayrımcılık Yasağı	70
	c. Başka Maddelerdeki Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı	75
	d. Sınırlama Rejimi	76
5.	Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi	76
	a. Ayrımcılık Yasağı	77
	b. Cinsiyet Temeline Dayalı Ayrımcılık Yasağı	79
	c. Özerk Bir Hak Olarak Yasa Önünde	
	Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı	81
	d. Öteki Maddelerdeki Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı	83
6.	Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin	
	Kaldırılması Sözleşmesi	84
	a. Ayrımcılık Tanımı	85
	b. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri	87
	c. Komitenin Genel Tavsiyeleri	92
	d. Geçici Özel Önlemler	94
7.	Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin	
	Korunması Uluslararası Sözleşmesi	96
	a. Ayrımcılık Yasağı	97
	b. Çeşitli Maddelerdeki Kurallar	98
8.	Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi ve Ayrımcılık Yasağı	99
9.	Din yada İnanca Dayanan Tüm Hoşgörüsüzlük ve	
	Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılmasına İlişkin Bildirge	105
III.	UNESCO BELGELERİ	106
1.	Öğretim Alanında Ayrımcılığa Karşı Savaşım Sözleşmesi	107
	a. Ayrımcılık Tanımı	107
	b. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri	108
2.	Öğretmenlerin Statüsü Tavsiyesi ve Ayrımcılık Yasağı	110
3.	Yüksek Öğretim Akademik Personelinin Durumu	
	Tavsiyesi ve Ayrımcılık Yasağı	111
IV.	GENEL DEĞERLENDİRME	113

İKİNCİ BÖLÜM
ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ
VE AYRIMCILIK YASAĞI

I.	UÇÖ ANAYASASI VE AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ.....	120
	1. Versay Barış Antlaşması	120
	2. Filadelfiya Bildirgesi	121
	3. Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi.....	123
II.	İSTİHDAM VE MESLEK ALANINDA	
	AYRIMCILIK SÖZLEŞMESİ VE TAVSİYESİ	125
	1. Ayrımcılık Tanımı ve Öğeleri	127
	2. Sözleşmenin Kişiler Yönünden Uygulama Alanı	131
	3. Sözleşmenin Maddi Uygulama Alanı ve İçeriği:	
	İstihdam ve Meslek Kavramları	132
	4. Ayrımcılığın İstisnaları	134
	a. Belirli Bir İş İçin Gerekli Olan Nitelikler	134
	b. Devlet Güvenliğine Zarar Veren Eylemler	135
	c. Özel Koruma yada Yardım Önlemleri	137
	5. Ayrımcılık Gözetmeme Ulusal Politikası ve İlkeleri	139
	6. 111 Sayılı Sözleşmenin Niteliği	146
	7. Genel Değerlendirme ve Uzmanlar Komisyonu'nun	
	Ek Protokol Önerisi	147
III.	ÜCRET EŞİTLİĞİ SÖZLEŞMESİ (1951).....	149
	1. Tanımlar: Ücret, Ücret Eşitliği, Çalışanlar,	
	Eşit Değerde İş Kavramları	151
	2. Ücret Eşitliği İlkesinin Uygulanmasında	
	Devletlerin Rolü ve Yükümlülükleri.....	155
	3. Tavsiyenin Öteki Kuralları	157
IV.	ELVERİŞSİZ KİŞİ KESİMLERİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELERDE	
	EŞİT İŞLEM İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI	158
	1. Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmeler (1949, 1975).....	159
	a. 97 Sayılı Sözleşme	159
	b. 143 Sayılı Sözleşme	160
	2. Yaşlı Çalışanlar Tavsiyesi (1980).....	162
	3. Engelli Kişilerin Mesleksel	
	Yeniden Uyum ve İstihdamı Sözleşmesi	163

4.	Yerli Halk ve Kabilelere İlişkin Sözleşmeler (1957, 1989).....	164
a.	107 Sayılı Sözleşme	164
b.	169 Sayılı Sözleşme	165
V.	ANALIĞIN KORUNMASINA VE KADINLARA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERDE EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK YASAĞI.....	167
1.	Analığın Korunması Sözleşme ve Tavsiyeleri (1919, 1952, 2000)	167
a.	3 Sayılı Sözleşme (1919).....	167
b.	103 Sayılı Sözleşme (1952).....	168
c.	183 Sayılı Sözleşme (2000).....	168
2.	Yeraltı Çalışmaları (Kadınlar) Sözleşmesi (1935).....	169
3.	Gece Çalışması Sözleşmeleri, Tavsiyesi ve Protokolü.....	170
a.	89 Sayılı Sözleşme (GG, 1948)	170
b.	89 Sayılı Protokol (1990)	170
c.	171 Sayılı Sözleşme (1990).....	171
d.	178 Sayılı Tavsiye (1990).....	171
4.	Aile Sorumlulukları Bulunan Çalışanlara İlişkin Tavsiye ve Sözleşme	171
a.	123 Sayılı Tavsiye (1965).....	171
b.	156 Sayılı Sözleşme (1981).....	172
c.	165 Sayılı Tavsiye (1981).....	173
VI.	SENDİKAL HAKLARA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER VE DENETİM ORGANLARININ KARARLARI (1948, 1949, 1960, 1975, 1978).....	174
1.	Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi (1948)	174
2.	Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi (1949)	176
3.	Sınai ve Ulusal Düzeylerde Danışma Tavsiyesi (1960).....	177
4.	İşçi Temsilcileri Sözleşmesi.....	178
5.	Kırsal Kesim Çalışan Örgütleri Sözleşmesi (1975)	179
6.	Kamu Yönetiminde Çalışma İlişkileri Sözleşmesi (1978).....	179
7.	Denetim Organlarının Ayrımcılık Yasağına İlişkin Kararları.....	179
a.	87 Sayılı Söözleşmeye İlişkin Kararlar.....	180
b.	98 Sayılı Sözleşmeye İlişkin Kararlar	184
VII.	ÖTEKİ UÇÖ SÖZLEŞMELERİ VE AYRIMCILIK YASAĞI.....	185
1.	Sosyal Politika Sözleşmeleri	185
a.	82 Sayılı Sözleşme (1947).....	185
b.	117 Sayılı Sözleşme (1962).....	186

2.	Sosyal Güvenlik (Asgari Norm) Sözleşmesi (1952).....	187
3.	Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi (1957).....	187
4.	İşlem Eşitliği Sözleşmesi (Sosyal Güvenlik,1962)	188
5.	Ücretli Eğitim İzni Sözleşmesi (1975)	189
6.	İstihdam Politikasına İstihdamın Geliştirilmesine İlişkin Sözleşmeler	190
	a. 122 Sayılı Sözleşme (1964).....	190
	b. 168 Sayılı Sözleşme (1988).....	190
7.	İnsan Kaynaklarının Değerlendirilmesi Sözleşmesi (1975).....	191
8.	İş İlişisine Son Verme Sözleşmesi (1982)	191
9.	Kısmi Zaman Çalışma Sözleşmesi (1994)	195
10.	Evde Çalışma Sözleşmesi (1996)	196
11.	Özel İstihdam Ajansları Sözleşmesi (1997).....	196
12.	Başka UÇÖ Belgeleri: Kararlar, Bildirgeler, Eylem Planları	197
	a. UÇK Kararı (1938).....	198
	b. Kadın Çalışanlar İçin Fırsat ve İşlem Eşitliği Bildirgesi (1975)	198
	c. Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Fırsat ve İşlem Eşitliği Kararı (1985)	199
VIII. 111	SAYILI SÖZLEŞME VE TÜRKİYE:	
	DENETİM ORGANLARININ KARARLARI	199
1.	12 Eylül 1980 Öncesi.....	199
2.	12 Eylül 1980 Sonrası	202
	a. 69. Genel Konferans Dönemi (1983).....	202
	aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu	202
	bb. Uygulama Komisyonu Raporu	204
	b. 70. Genel Konferans Dönemi (1984).....	206
	aa. Uzmanlar Komisyon Raporu	206
	bb. Uygulama Komisyonu Raporu	208
	c. 71. Genel Konferans Dönemi (1985).....	209
	aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu	209
	bb. Uygulama Komisyonu Raporu	211
	ç. 73. Genel Konferans Dönemi (1987).....	214
	aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu	214
	bb. Uygulama Komisyonu Raporu	216

d. 76. Genel Konferans Dönemi (1989)	218
aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu	218
bb. Uygulama Komisyonu Raporu:	219
e. 77. Genel Konferans Dönemi (1990)	222
aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu	222
bb. Uygulama Komisyonu Raporu	223
f. 78. Genel Konferans Dönemi (1991)	224
aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu	224
bb. Uygulama Komisyonu Raporu	225
g. 80. Genel Konferans Dönemi (1993)	226
h. 83. Genel Konferans Dönemi (1996)	227
ı. 86. Genel Konferans Dönemi (1999).....	228
i. 89. Genel Konferans Dönemi (2001)	231
k. 91. Genel Konferans Dönemi (2003)	232
l. 93. Genel Konferans Dönemi (2005)	233
m. 94. Genel Konferans Dönemi (2006)	233
n. 97. Genel Konferans Dönemi (2008)	235
IX. GENEL DEĞERLENDİRME	237

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA KONSEYİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

I. AVRUPA KONSEYİ STATÜSÜ VE AYRIMCILIK	241
II. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE AYRIMCILIK YASAĞI.....	242
1. Ayrımcılık Yasağı: 14. Madde ve Mahkeme Kararları	243
a. Terim Sorunu	243
b. Ayrımcılık Yasağı ve Haklardan Yararlanma Arasındaki İlişki.....	245
c. Nedenleri Sınırlı Olmayan Bir Yasak.....	246
d. Haklar Yönünden Uygulama Alanı Sınırlı Bir Yasak ve 14. Maddenin Niteliği Sorunu	247
e. Nesnel ve Makul Biçimde Haklı Gösterme	258
f. Olumlu Eylem ve Yükümlülük	264
g. Sözleşmenin Yasakladığı Ayrımcılık Biçimleri	266

2.	12 Sayılı Ek Protokol ve Ayrımcılık Yasağı	270
a.	Protokolün Onay Durumu	270
b.	Ayrımcılık Yasağının Nitelik ve İçeriği	271
c.	Kamu Yetkililerinin Ayrımcılık Yapmama Yükümlülüğü	273
III.	SOSYAL ŞARTLAR SİSTEMİ VE AYRIMCILIK YASAĞI	275
1.	1961 Avrupa Sosyal Şartı ve Ayrımcılık Yasağı	277
a.	Başlangıçtaki Ayrım Gözetmeme İlkesi.....	277
b.	İstihdamda Ayrımcılık Yasağı ve Hukuksal Çerçevesi	281
2.	Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Ayrımcılık Yasağı	289
a.	Genel Ayrımcılık Yasağı ve Hukuksal Çerçevesi	290
b.	Ayrımcılık Yasağına ve İşlem Eşitliğine İlişkin Özgül Kurallar	293
aa.	Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret Hakkı.....	294
bb.	Sosyal Güvenlik Haklarında Eşit İşlem İlkesi	296
cc.	Engelli Kişilerin Özerklik, Sosyal Bütünleşme ve Topluluk Yaşamına Katılma Hakkı	298
dd.	Göçmen İşçilere Ayrımcılık Yasağı	301
ee.	İstihdamda ve Meslekte Fırsat Eşitliği ve Eşit İşlem Görme Hakkı	302
ff.	Onurlu Çalışma Hakkı ve Ayrımcılık Biçimi Olarak Taciz Yasağı	308
gg.	Aile Sorumlulukları Olan Çalışanlar İçin Fırsat Eşitliği ve Eşit İşlem Görme Hakkı.....	309
c.	Sosyal Haklar Avrupa Komitesinin Kararları.....	310
3.	Toplu Yakınmalar Protokolü ve Ayrımcılık Yasağı.....	313
IV.	AYRIMCILIK YASAĞI VE TÜRKİYE: UYGUN VE AYKIRI DÜZENLEME ÖRNEKLERİ	315
1.	Uygun Düzenlemeler	316
2.	Aykırı Düzenlemeler	317
3.	Aykırı Düzenleme Örnekleri	318
a.	İstihdam Alanında Ayrımcılık Yasağına Aykırı Düzenlemeler.....	319
b.	Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesine Aykırılıklar	324

c. Sosyal Güvenlik Alanında Ayrımcılık.....	325
d. Göçmen İşçilerin Sendika Kurucusu Olma ve Aile Birleşmesi Konularında İşlem Eşitliği Hakkı.....	326
V. GENEL DEĞERLENDİRME	327

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI

I. HUKUKSAL ÇERÇEVEYİ BELİRLEME ZORUNLULUĞU.....	332
II. ANTLAŞMALARDA AYRIMCILIK YASAĞI	336
1. Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nda Ayrımcılık Yasağı	338
a. Yurttaşlık Temeline Dayalı Ayrımcılık Yasağı	339
b. Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşit Ücret İlkesi.....	341
2. Maastricht Antlaşması'nda Ayrımcılık Yasağı	345
a. İnsan Haklarına ve Temel Haklara Yollama ve Temel Hakların Korunması.....	345
b. Fırsat ve İşlem Eşitliği İlkesi	348
c. Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık Yasağı.....	350
3. Amsterdam Antlaşması'nda Ayrımcılık Yasağı.....	351
a. Temel Sosyal Haklara Bağlılık	351
b. Eşit Ücret İlkesine Ekleme	353
c. Ayrımcılığı Önlemede Genel Yetki.....	355
4. Nis Antlaşması'nda Ayrımcılık Yasağı.....	357
5. Lizbon Antlaşması'nda Ayrımcılık Yasağı.....	357
III. BAŞKA BİRLİK BELGELERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI	359
1. Kopenhag Ölçütleri ve Ayrımcılık	359
2. Topluluk Şartı'nda Ayrımcılık Yasağı ve İşlem Eşitliği.....	359
3. Temel Haklar Şartı'nda Hukuk Önünde Eşitlik, Ayrımcılık Yasağı ve Cinsiyete Dayalı Genel Ayrımcılık Yasağı.....	361
a. Hukuk Önünde Eşitlik	361
b. Ayrımcılık Yasağı	362
c. Cinsiyete Dayalı Genel Ayrımcılık Yasağı	365
4. Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildirge	366
5. Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi.....	366

IV. TÜREVSEL HUKUK BELGELERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI.....	366
A. AYRIMCILIK YASAĞI YÖNERGELERİ	
ÖNCESİNDEKİ DÜZENLEMELER	367
1. Cinsiyetlerarası Eşit Ücret İlkesi: 75/117 Sayılı Yönerge	369
2. Belirli Konularda Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi: 76/207 Sayılı Yönerge	370
3. Sosyal Güvenlikte Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi: 79/7 Sayılı Yönerge	374
4. Özel Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi: 86/378 Sayılı Yönerge.....	374
5. Bağımsız Çalışmada Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi: 86/613 Sayılı Yönerge.....	375
6. Anne-Baba İzni Çerçeve Anlaşması: 96/34 Sayılı Yönerge	376
7. Özel Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi: 96/97 Sayılı Yönerge.....	377
8. Kanıtlama Yükümlülüğünün Kısmen Paylaştırılması: 97/80 Sayılı Yönerge	378
9. Kısmi Zaman Çalışma Çerçeve Anlaşması: 97/81 Sayılı Yönerge	380
10. Belirli Süreli Çalışma Çerçeve Anlaşması: 99/70 Sayılı Yönerge	381
B. IRK AYRIMCILIĞI VE İSTİHDAMDA AYRIMCILIK YASAKLARI: 2000/43 VE 2000/78 SAYILI YÖNERGELER	382
1. Irk yada Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı: 2000/43 Sayılı Yönerge	385
a. Yönergenin Ulusal Hukuka Aktarılması	385
b. Genel Olarak.....	386
c. Ayrımcılık Kavramı: Türleri ve Tanımları.....	387
d. Ayrımcılık Yasağının Uygulama Alanı	390
e. Ayrımcılık Yasağının İstisnaları	391
f. İşlem Eşitliğini Geliştirme Birimleri.....	393
g. Uygunluk Sağlama, Yaptırımlar ve Yönergenin Uygulanması	395
h. Komisyon'un Uygulama Raporu Sunması	397
i. Komisyon'un 2000/43 Sayılı Yönergenin Uygulanmasına İlişkin Raporu	398

2.	İstihdam ve Çalışmada Ayrımcılık Yasağı:	
	2000/78 Sayılı Yönerge	401
	a. Yönergenin Uygulamaya Konulması	401
	b. Genel Olarak	402
	c. Ayrımcılık Kavramı: Türleri ve Tanımları	404
	d. Yönergenin Uygulama Alanı	408
	e. Ayrımcılık Yasağının İstisnaları	409
	f. Yaşa Dayanan İşlem Farklılıklarının Kanıtlanması	413
	g. Olumlu Eylem ve Özel Önlemler	415
	h. Özel Kurallar	416
	i. Son Kurallar	416
	k. Komisyonun Yönergenin Uygulanmasına İlişkin Raporu	417
3.	Başvuru Yolları ve Hukukun Uygulanması	420
	a. Yargısal, Yönetmelik ve Başka Başvuru Yolları:	
	Hakların Savunulması	421
	b. Kanıtlama Yükümlülüğü	422
	c. Misillemelere Karşı Koruma	423
	d. Bilginin Yayılması	424
	e. Sosyal Diyalog	424
	f. Hükümetdışı Örgütlerle Diyalog	425
4.	2000 Yönergelerine İlişkin Adalet Divanı Kararları	425
	a. 2000 Yönergelerinin İç Hukuka	
	Aktarılmamasına İlişkin Kararlar	425
	b. 2000/78 Sayılı Yönergenin Uygulanmasına	
	İlişkin Yeni Kararlardan Örnekler	429
C.	2000 AYRIMCILIK YÖNERGELERİ	
	SONRASINDAKİ DÜZENLEMELER	435
1.	Belirli Konularda Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi:	
	2002/73 Sayılı Yönerge	435
2.	Mal ve Hizmetlere Erişimde Cinsiyetlerarası	
	Eşit İşlem İlkesi: 2004/113 Sayılı Yönerge	438
3.	Cinsiyetlerarası Eşitlik Yönergelerinin Tekleştirilmesi:	
	İstihdamda ve Çalışmada Cinsiyetlerarası Fırsat Eşitliği ve	
	Eşit İşlem İlkesinin Uygulamaya Konulması:	
	2006/54 Sayılı Yönerge	440
	a. Genel Olarak	440
	b. Yönergenin İçeriği	442

4.	Yeni Yönerge Önerisi: Eşit İşlem İlkesinin İstihdam ve Çalışma Dışındaki Alanlarda İşlerliğe Konulması	447
a.	Yönerge Önerisi Öncesindeki Hukuksal Çerçeveye Kısa Bir Bakış	449
b.	Yönerge Önerisinin İçeriği	451
V.	AYRIMCILIĞA KARŞI SAVAŞIMDA TOPLULUK EYLEM PROGRAMLARI	453
1.	Birinci Eylem Programı (2001-2006)	453
a.	Kararın İçeriği	454
b.	Karar Eki : Programın Uygulamaya Konulması	459
c.	Hukuksal Çerçevenin Uygulamaya Konulması	463
2.	İkinci Eylem Programı: PROGRESS (2007-2013)	464
3.	Avrupa'da Ayrımcılık Anketi ve Sonuçları	466
VI.	KOMİSYONUN YEŞİL KİTABI VE ÇERÇEVE STRATEJİSİ	469
1.	Yeşil Kitap: Genişleyen Avrupa Birliği'nde Eşitlik ve Ayrım Gözetmemeye	469
2.	Çerçeve-Strateji: Ayrımcılık Yasağı ve Herkes İçin Fırsat Eşitliği	472
3.	Herkes İçin Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı	474
4.	Ayrımcılıklara Karşı Kamyonla Avrupa Turu	477
VII.	GENEL DEĞERLENDİRME	477

BEŞİNCİ BÖLÜM

İLERLEME RAPORLARI

VE TÜRKİYE ULUSAL PROGRAMLARINDA

AYRIMCILIK YASAĞI

I.	İLERLEME RAPORLARINDA AYRIMCILIK YASAĞI	485
1.	1998 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı	486
2.	1999 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı	487
3.	2000 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı	488
4.	2001 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı	489
5.	2002 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı	490
6.	2003 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı	493

7.	2004 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı.....	495
8.	2005 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı.....	498
9.	2006 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı.....	501
10.	2007 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı.....	503
11.	2008 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı.....	504
II.	KATILIM ORTAKLIĞI BELGELERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI.....	510
1.	2001 Katılım İçin Ortaklık Belgesi ve Ayrımcılık Yasağı.....	511
2.	2003 Katılım İçin Ortaklık Belgesi ve Ayrımcılık Yasağı.....	514
3.	2006 Katılım İçin Ortaklık Belgesi ve Ayrımcılık Yasağı.....	516
4.	2008 Katılım İçin Ortaklık Belgesi ve Ayrımcılık Yasağı.....	518
III.	ULUSAL PROGRAMLARDA AYRIMCILIK YASAĞI	520
1.	2001 Ulusal Programı ve Ayrımcılık Yasağı.....	521
2.	2003 Ulusal Programı ve Ayrımcılık Yasağı.....	527
3.	2008 Ulusal Programı ve Ayrımcılık Yasağı.....	530
IV.	GENEL DEĞERLENDİRME	534

ALTINCI BÖLÜM
TÜRK ÇALIŞMA HUKUKUNDA
EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

I.	ANAYASALARDA VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA YASA ÖNÜNDE EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI.....	541
A.	1982 ANAYASASI ÖNCESİ.....	542
1.	Kanun-u Esasi (1876)	542
2.	Teşkilatı Esasiye Kanunu (1924)	542
3.	1961 Anayasası	543
B.	1982 ANAYASASI	545
1.	Yasa Önünde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı.....	546
2.	Özel Olarak Korunan Kişi Kesimleri ve Ayrımcılık Yasağı	554
3.	Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı	555
C.	ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI	556
1.	1982 Anayasası Öncesindeki Kararlar	557
2.	1982 Anayasası Sonrasındaki Kararlar.....	562
3.	Kısa Bir Değerlendirme.....	577

D.	YARGITAY KARARLARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI.....	578
1.	1982 Anayasası Öncesindeki Kararlar	579
2.	1982 Anayasası Sonrasındaki Kararlar.....	579
3.	Kısa Bir Değerlendirme.....	583
II.	YASALARDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI	584
A.	ÇALIŞMA YASALARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI.....	584
1.	İş Yasası ve Ayrımcılık Yasaklı Eşit Davranma İlkesi	584
a.	Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmayacağı İşler ve İş İlişkileri	588
b.	Genel İlke Olarak Eşit Davranma	590
aa.	Ayrımcılık Nedenlerinin Sınırlı Olmaması.....	591
bb.	İş İlişkisi Kavramının Anlamı ve İçeriği.....	597
c.	Belirli Süreli ve Kısmi Süreli İşçilerin Farklı İşleme Karşı Korunması.....	602
d.	Cinsiyet Temeline Dayalı Farklı İşlem Yasakları	606
e.	Eşit Davranma İlkesine Aykırılığın Hukuksal Yaptırımları	609
f.	Kanıtlama Yükümlülüğü.....	613
g.	Sözleşmenin Feshinde Geçerli Nedenler ve Ayrımcılık	614
h.	Cinsel Taciz ve Haklı Nedenle Fesih	623
i.	Eşitlik Kurumu Öngörülmemesi.....	627
k.	TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun Kurulması.....	628
1.	Asgari Ücrette “Yaş” a Dayalı Ayrımcılık	633
2.	Sendikalar Yasası ve Ayrımcılık Yasağı.....	638
a.	Sendika Kuruculuğunda Yurttaşlık Temeline Dayalı Ayrımcılık.....	638
b.	Genel Kurul Dışındaki Zorunlu Organlara Seçilme Koşullarında Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık	643
c.	İşyeri Sendika Temsilciliğinde Yurttaşlık Temeline Dayalı Ayrımcılık.....	643
d.	Üyelik Özgürlüğünün Güvencesi ve Ayrımcılık Yasağı.....	644
e.	İşyeri Sendika Temsilciliği ve Ayrımcılık Yasağı (İş Güvencesi)	652
3.	Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası ve Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık.....	653

4.	Türkiye İş Kurumu Yasası ve Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık	654
5.	Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	655
	a. Yasaklar ve Ayrımcılık	655
	b. Üyelik ve Yöneticilik Güvenceleri ve Farklı İşlem Yasakları	658
	c. Sendikalar Yasası'nın Uygulanması ve Ayrımcılık Yasağı	661
6.	Devlet Memurları Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	663
	a. Grev Yasağı ve Doğrudan Ayrımcılık	663
	b. Memurluğa Alınmanın Genel ve Özel Koşulları	664
	c. Aile Yardımı Ödeneğinin Ödenmesinde Ayrımcılık	665
B.	ÖTEKİ YASALARDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI	666
1.	Türk Medeni Yasası ve Ayrımcılık Yasağı ve Eşler Arası Eşitlik	666
2.	Dernekler Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	668
3.	Kadının Statüsü Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	669
4.	Özürülüler Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	671
	a. Yasanın Yaklaşımı	671
	a. Yasanın İçeriği	673
5.	Türk Ceza Yasası ve Cinsel Taciz ve Ayrımcılık Suçları	676
	a. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi	676
	b. Cinsel Taciz Suçu	678
	c. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu	681
	d. Ayrımcılık Suçu	682
6.	Bazı İşlerde Yurttaşlık Koşulu ve Yabancılara Çalışma İzni Verilmesi	684
	a. Sanat ve Hizmetlerin Türk Vatandaşlarına Özgülenmesi	684
	b. Yabancı Sermayeyi Teşvik Yasası ve Yabancıların İstihdamı	686
	c. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Yasası ve Yabancı Personel İstihdamı	686
	d. Türk Soylu Yabancılara Çalışma Olanığı Tanınması	687
	e. Serbest Bölgelerde Yabancı Çalıştırılabilmesi	688
	f. Yabancılara Çalışma İzni Verilmesi	688
III.	GENEL DEĞERLENDİRME	692
	SONUÇ	697
	KAYNAKÇA	709

KISALTMALAR

AA	: Amsterdam Antlaşması
AAET	: Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABAYT	: Avrupa Birliği Anayasa Tasarısı
ABTHA	: Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı
AEA	: Avrupa Ekonomik Alanı
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AELE	: Association européenne de libre-échange
AESK	: Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi
AEY	: Açık Eşgüdüm Yöntemi
a.g.m.	: adı geçen makale
AGİT	: Avrupa'da Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
a.k.	: aynı kaynak
a.g.y.	: adı geçen yapıt
AİK	: Avrupa İşletme Komitesi
AİS	: Avrupa İstihdam Stratejisi
AK	: Avrupa Konseyi
AKÇT	: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
AMB	: Avrupa Merkez Bankası
AP	: Avrupa Parlamentosu
ASE	: Avrupa Sendika Enstitüsü
ASF	: Avrupa Sosyal Fonu
ASİKB	: Avrupa Sanayi ve İşveren Konfederasyonları Birliği
ASK	: Avrupa Sendikalar Konfederasyonu
ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
AT	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı

ATS	: Avrupa Tek Senedi
AUE	: Acte unique européen
a.y.	: aynı yer
AYB	: Avrupa Yatırım Bankası
BEI	: Banque européenne d'investissement
BIT	: Bureau international du Travail
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BMÖ	: Birleşmiş Milletler Örgütü
BO	: Bulletin officiel
BUK	: Bağımsız Uzmanlar Komitesi
BUSINESSEUROPE	: Avrupa İşletmeler Konfederasyonu
CCE	: Commission des Communautés économiques
CdR	: Comité des régions
CDH	: Comité des droits de l'homme
CDSS	: Comités du dialogue social sectoriel
CEC	: Confédération européenne des Cadres
CECA	: Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	: Communauté économique européenne
CEEP	: Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Interest
CEMT	: Comité de l'emploi et du marché du travail
CEPS	: Comité européen de la protection sociale
CERI	: Centre européen des relations industrielles
CE	: Commission européenne / Conseil de l'Europe Conseil européen / Communauté européenne
CEDEFOP	: Centre européen pour le développement de la formation professionnelle
CEE	: Communauté économique européenne

CEE	: Confédération des entreprises européennes
CEE	: Comité d'entreprise européen
CEEA	: Communauté européenne de l'énergie atomique
CES	: Confédération européenne des syndicats
CESE	: Comité économique et sociale européen
CESI	: Confédération européenne des syndicats indépendants
ECITU	: European Confederation of Independent Trade Unions
CIT	: Conférence internationale du Travail
CISL / ICFTU	: Confédération internationale des syndicats libres
CJCE	: Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	: Cour de Justice de l'Union européenne
COPA	: Comité des organisations professionnelles agricoles
Cour. eur. DH	: Cour européenne des droits de l'homme
CSE	: Charte sociale européenne
CSI	: Confédération syndicale internationale
CUE	: Conseil de l'Union européenne
ÇSGB	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
CUE	: Conseil de l'Union européenne
Derl.	: Derleyen
DG V	: Direction Générale V (Komisyonun istihdam, çalışma ilişkileri ve sosyal ilişkilerden sorumlu bölümü)
DİSK	: Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
EC	: European Council
EEE	: Espace économique européen
EFT	: Fondation européenne pour la formation
Eğitim-İş	: Eğitim İşkolu Kamu Görevlileri Sendikası
EİAV	: Eğitim İçin Avrupa Vakfı
EP	: Ek Protokol
ESK	: Ekonomik ve Sosyal Komite
ESKHUS	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi
ETUC	: European Trade Union Confederation
ETUI	: European Trade Union Institut
EUMC	: Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes

EU-OSHA	: Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail
EURATOM	: Communauté européenne de l'énergie atomique
EURES	: Services européens de l'emploi
EWG	: European Works Council
EUROCADRES	: Conseil des cadres européens
EUROFOUND	: Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail
FEDER	: Fonds européen de développement régional
FRA	: Fundamental Rights Agencie / Agence des droits fondamentaux
FSE	: Fonds Social Européen
HDK	: Hükümet(ler)dışı Kuruluşlar
HCDH	: Haut-Commissariat aux droits de l'homme
HCHR	: High Commissioner for Human Rights
HRC	: Human Rights Committee
HRI	: Human Rights Instruments
GG ASS	: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
IATBKUS	: Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi
ILO	: International Labour Organization / Office
ITUC	: International Trade Union Congress
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHTÖKAS	: İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İSİGAA	: İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Avrupa Ajansı
JAI	: Justice et affaires intérieures
JOCE	: Journal Officiel des Communautés européennes
JOUE	: Journal Officiel de l'Union européenne
Karş.	: Karşılaştırınız
KESK	: Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu

KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİAM	: Kamu İşletmeleri Avrupa Merkezi
KKTABKUS	: Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi
KSHUS	: Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
LA	: Lizbon Antlaşması
MA	: Maastricht Antlaşması
MBAS	: Merkez Bankaları Avrupa Sistemi
MEGAM	: Mesleki Eğitimi Geliştirme Avrupa Merkezi
MOC	: Méthode ouverte de coordination
NA	: Nis Antlaşması
NU	: Nations Unies
OEE	: Observatoire européen de l'emploi
OIT	: Organisation internationale du Travail
OCDE	: Organisation pour la coopération et le développement économiques
OSCE	: Organisation de sécurité et de développement en Europe
PE	: Parlement européen
PESC	: Politique étrangère et de sécurité commune
PROGRESS	: AB'nin İstihdam ve Sosyal Dayanışma Programı
RA	: Roma Antlaşması
RAXEN	: Réseau européen d'information sur le racisme et la xénophobie (Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Konusunda Avrupa Bilgi Ağı)
s.	: Sayfa
SEBC	: Système européen des banques centrales
SEE	: Stratégie européenne pour l'emploi
SHAK	: Sosyal Haklar Avrupa Komitesi
SÖK	: Sendika Özgürlüğü Komitesi
SPA	: Sosyal Politika Anlaşması
SPAJ	: Sosyal Politika Ajandası
SPP	: Sosyal Politika Protokolü

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TEP	: Topluluk Eylem Programı
THŞ	: Temel Haklar Şartı
THA	: Temel Haklar Ajansı
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TMK (TMY)	: Terörle Mücadele Kanunu (Yasası)
TŞ	: Topluluk Şartı (Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı)
TUE	: Le Traité sur l'Union européenne
Tüm Bel-Sen	: Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Emekçileri Sendikası
TÜRK-İŞ	: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
UÇB	: Uluslararası Çalışma Bürosu
UE	: Union Européenne
UEAPME	: Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises
UEM	: Union économique et monétaire
UN	: United Nations
UNICE	: Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe)
UÖİSK	: Uluslararası Özgür İşçi Sendikaları Konfederasyonu
vb.	: ve benzeri / ve başka / ve bunun gibi
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
YÇKİAV	: Yaşam ve Çalışma Koşullarını İyileştirme Avrupa Vakfı

GİRİŞ

KAVRAMLAR VE TANIMLAR: EŞİTLİK, EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK

GİRİŞ:

KAVRAMLAR VE TANIMLAR

EŞİTLİK, EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK

Ayrımcılığın; açık ve doğrudan, gizli ve dolaylı yada başka biçimleriyle, yalnızca özellikle korunması gereken kişi kesimleri için değil tüm hak özneleri için, insan haklarından eşitlik koşullarında yararlanmalarını engelleyen en eski ve en yaygın ihlallerden biri olduğuna, bu nedenle de eşitliğin gerek hukuksal ve gerekse olgusal yönleriyle gerçekleştirilmesinin önündeki temel engellerden birini oluşturduğuna kuşku yoktur.

Günümüzde insan hakları sözleşmelerinin tüketici olmaksızın yasakladığı nedenlere, örneğin “yurttaşlık” yada “cinsiyet” temellerine dayalı ayrımcılıkların düşünsel kökenlerinin, İlk Çağdaki kimi ünlü filozoflara değin uzandığı yadsınabilir mi? “Eşitlik, özgürlük ve kardeşlik” uğruna gerçekleştirilen 1789 Devrimi’nin hemen ertesinde, örneğin seçme ve seçilme hakları yönünden “servet” temeline dayalı “aktif yurttaşlar” ve “pasif yurttaşlar” ayrımcılığı unutulabilir mi? Ünlü filozofların yanı sıra, dinlerin de ayrımcılık yapmadığı ileri sürülebilir mi? Değiştirilemez “tanrısal” buyruklardan oluştuğu için, “din ve inanç” temeline dayanan ayrımcılıkların büsbütün ortadan kalktığı söylenebilir mi?

Hangi alanda uygulanmış ve uygulanmakta, hangi nedene dayandırılmış ve dayandırılmakta ve hangi hak öznesi kesimine yada kişi grubuna yöneltilmiş ve yöneltilmekte olursa olsun, doğuştan öznesi oldukları insan haklarının herhangi birinden eşitlik koşulları içinde somut ve eylemli olarak yararlanmada herhangi bir nedenle farklı işlemler yaparak yada farklı uygulamalara başvurarak çeşitli biçimleriyle ayrımcılıklar yapılması, her şeyden önce, o kişiler yada kesimler için hakların ya hiç kullanılmaması yada eksik kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Ayrımcılık, özellikle belirli kişi kesimlerine yöneldiği ve / yada belirli alanlarda belirli hakları kapsadığı zaman, sonuç olarak insan haklarının kapsam ve kişiler yönünden uygulama alanının daraltılmasına ve işlevsizleştirilmesine yol açmakta, bu da insan haklarından yararlanmada kaynağı / nedeni olduğu varolan “olgusal” eşitsizliklerin kaldırılması ve hatta hafifletilmesi şöyle dursun, daha da kökleşip derinleşmesine, doğrudan bağlantılı olduğu yoksulluğun artmasına yol açmaktadır.

Ayrımcılık yasağı, tarihsel evrim süreci içinde de tanık olunduğu gibi, hak özneleri açısından olumsuz etkileri ve eşitsizlik yaratan sonuçları, asıl *kurala bağlanmadığı*, yani hukuksal destekten yoksun bırakıldığı zaman ve alanlarda daha kolay yada çarpıcı biçimde görülebilecek önemli bir sorundur. Ancak yasaklanıp ku-

rala bağlanması da, sayısız örnekleriyle görüldüğü ve bilindiği gibi, tek başına sorunun çözümüne yetmemiş ve yetmeyecektir.

Ayrımcılık yasağı, hak ve özgürlüklerden eşit koşullarda yararlanmanın onsuiz olmaz koşuludur. Kanımca, birçok insan hakları belgesinde birçok hak ve özgürlük için hak öznelerinin “herkes” yada “her kişi”, kimi sosyal haklar için “çalışanlar” olarak belirlenmiş olması, özünde “onur yönünden eşit doğan” hak özneleri arasında ilkece ayrımcılık yapılmamasını da içeren bir düzenleme ve güvencedir. Dolayısıyla, herhangi bir hakka ilişkin ayrımcılık bulunup bulunmadığını, açık ve doğrudan bir yasak getirilmiş olup olmadığını araştırmadan, daha ilk bakışta o hakkın öznelerinden anlamak olanaklıdır. Örneğin, öznelerinin “herkes” olması gereken yada olduğu bir sosyal hakkın yalnızca “çalışanlar” a yada “çalışanlar” olması gereken bir sosyal hakkın da yalnızca “işçiler” e özgülenmiş olması, daha başından açık ve “doğrudan” ayrımcılık oluşturmaktadır. Bunun örneklerine, birinci ve ikinci kuşak insan hakları sözleşmelerinde rastlama olanağı bulunduğu gibi, aykırı ve kısıtlayıcı kurallara yer veren anayasal ve yasal nitelikli ulusal düzenlemelerde de rastlanabilir. Bu nedenle, ayrımcılığı, hak öznelerinin niteliğine ilişkin düzenlemelerden, hakların kişiler yönünden uygulama alanı konusundaki yasak yada sınırlamalardan başlayarak araştırmak gerekir.

Ayrımcılık gözetilmemesi ilkesinin, tüm insan haklarından eşit biçimde yararlanmanın ön koşullarından biri olduğuna kuşku yoktur. Sosyal haklar alanından somut bir örnek vermek gerekirse, herkesin dilediği işi seçme ve o işte çalışma özgürlüğü, ancak çeşitli nedenlere dayalı ayrımcı düzenleme ve uygulamalara başvurulmamasıyla somutluk ve gerçeklik kazanabilir. Durumuna ve yeteneğine uygun bir işte çalışma hakkı, “nesnel ve haklı olmayan” kimi nedenlere dayalı olarak açıkça ve doğrudan sınırlandırılıyorsa yada yazılı hukukta böyle bir yasak olmasına, hukuksal çerçevede görünüşte herhangi bir yasak yada sınırlama bulunmamasına karşın, hakkın önemli sayıda kimi hak özneleri grubunca kullanılması dolaylı biçimde engelleniyorsa, haktan yararlanılmasını sağlayan koşullarda kimi sorunlarla ve güçlüklerle karşılaşılıyorsa, eşitlik ilkesini yada ayırım gözetme yasağını görkemli yada şiirsel bir dille “biçimsel” tanıma ve güvenceye bağlamanın bir anlamı ve değeri kalmaz.

I. İNSAN HAKLARI OLARAK EŞİTLİK, EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK

Herkes için yasa (hukuk) önünde eşitlik ve ayrımcılık görmeme, hem uluslararası kuruluşların kurucu “anayasal” belgelerinin, hem de kabul ettikleri başlıca insan hakları belgelerinin güvenceye aldığı “evrensel bir insan hakkı”dır. İster birbirine göndermede bulunmaksızın tek başına yada ayrı ayrı, ister birbirine göndermede bulunarak birlikte düzenlenmiş olsun, hukuk önünde eşit işlem görme ve

ayrımcılığa uğramama, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin koruduğu bir “temel hak”tır. ¹

İnsan haklarından yararlanmanın ön koşulu olması, öncelikle genel olarak eşitlik ve bir anlamda onun çalışma ve sosyal güvenlik hukuku alanına uyarlanmış biçimi olarak eşit işlem ilkesi ile ayrımcılık yasağının özündeki temel “etik değer” ve birbiriyle ilişkisi bağlamında “bölünmezlik” özelliği üzerinde durulmasını gerektirmektedir.

1. Ayrımcılık Yasağının Dayandığı Etik Değer: İnsan Onuru

Tüm insanların, salt “insan” olmaları ve özlerine içkin olarak taşıdıkları “insan onuru” nedeniyle hak ve özgürlüklerin öznesi sayılması, kaçınılmaz olarak, hak ve özgürlüklerden somut biçimde yararlanmada farklı işlem ve uygulamalarla karşılaşmamalarını gerektirir. İnsanların, ırk, renk, cinsiyet ve etnik köken gibi kimilerini ellerinde olmayan nedenlerle doğuştan yada din ve inanç, siyasal ve ideolojik görüş, yaş, analık, aile sorumlulukları, cinsel yönelim gibi sonradan yada zamanla edindikleri yada taşıdıkları özelliklerinden yada konumlarından bazılarını dayanarak kimi hak ve özgürlükleri kullanmaları konusunda farklı ve kuşkusuz “olumsuz” işlem ve uygulamalarla karşılaşmaları, sonuç olarak o hakların ortadan kaldırılmasına kadar uzanan sorunlara, farklı derecelerde hak ihlallerine yol açar ki, bunun da “insan onuru”nu zedelediği kuşku götürmez.

Genel olarak olumsuz nitelikli bu işlem, hukuksal düzenleme, uygulama ve politikalar; kimi zaman belirli bir hak öznesi kümesi için toptan ve kesin yasaklama, kimi zaman da hakların kullanılmasını “nesnel ve haklı” gerekçelere dayanmayan koşullara bağlı tutma biçiminde kendini gösterebilir. Kimi hak öznelerini kimi haklar yönünden “farklı”, “olumsuz” yada “elverişsiz” biçimde ele alıp haklılığı kanıtlanamayan daha kısıtlayıcı bir çerçevede değerlendiren ayırım gözetici bu yaklaşımın, kural olarak “*hak özneliğinde eşitlik ilkesi*” ile bağdaşmadığı açıktır.

Ne var ki ve ne yazık ki, insan haklarının düşünsel ve eylemsel gelişiminin ilk evrelerinden beri, kimi insanların -kimilerini elinde olmaksızın edindikleri-

¹ Eşitlik kavramını, özgürlük ve insan onuru kavramlarıyla birlikte “özgürlükler hukukunun kurucu kavram ve öğeleri”nden, “eksen kavramlarından biri” sayan *Kaboğlu*'na göre; hukuksal eşitlik, salt anlamda eşitliği ifade etmez. Ancak hukuksal güvenliğin tek kaynağı olarak eşitlik, sadece kabul edilebilir ve hoşgörülebilir bir ‘farklılaşma’ya olanak tanıyabilir; yasadışı ve kabul edilemez bir ‘ayrımcılık’, hukuksal eşitliğin dışında kalır. (...) ‘Eşitliksiz özgürlük, keyfiliktir. Özgürlük herkes tarafından ulaşılabilir değilse özgürlük yoktur.’ (Cl.-A. Colliard’dan) (...) Hukuk önünde sadece özgür insanlar eşit olabilirler ve bu eşitlik, herkes için eşit bir normdan hareketle onlara hukuk özneleri olarak tanındığını ifade eder. (Nersessiants’dan) Şu halde eşitlik, özgürlüğün gelişimini değerlendirme aracı olduğu denli onu iletme ilkesidir.” “Farklı olma hakkı, eşitlik ilkesinin bir görünümü olup, farklı olanların hukuk önünde eşit olduğunu ifade eder.” (İbrahim. Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Yayını, Ankara, Kasım 2002, s. 13, 18 ve 19).

fizyolojik, biyolojik, siyasal, sosyal vb özellikleri yada konumları nedeniyle kendilerine karşı olumsuz farklı işlem ve davranışlarda bulunulması yada hukuksal düzlemde belli bir düzeyde koruma sağlanmış olmasına karşın uygulamada bu olumsuz yaklaşımların sürdürülmesi ve olumsuz işlem yada uygulamaların açık yada gizli yeni biçimlerinin türetilmesi, yalnızca geçmişin değil çağımızın da gerçeklerindedir.

Hak öznelerini, çoğu kez bilerek ve isteyerek kazanmadıkları kimi özellikleri yüzünden farklı gören ve sonuç olarak insanlar arasında, kanımca insanın “**eksik özne**” sayılması ve sonuç olarak da onurunun zedelenmesi anlamına gelen yaklaşım, politika ve uygulamalar, bir hukuk sorunu olmadan önce bir “zihniyet” sorunudur. Bunu da, yalnızca hukuksal araçlarla ve hukuk desteği sağlayarak değiştirme olanağı yoktur. Ayrımcılık karşıtı ve eşit işlem yanlısı yasal önlemlerin, ayrımcılık konusundaki olumsuz davranış ve önyargıları bir anda değiştirmesi beklemez. Dolayısıyla da, değişik nedenlerden kaynaklanan ayrımcılık **çokboyutlu bir sorun** olarak, çok değişik ve birbirini destekleyen ve tamamlayan önlemlerin alınmasını, resmi ve sivil, farklı kesimlerin işbirliği yapmasını gerektirir. Yasal önlemlerin uygulamaya aktarılması, bu anlamda eylem programları oluşturulmasına ve sürekli biçimde uygulanmasına bağlıdır.

Kimi zaman hak özneleri; siyasal, sosyal, ekonomik, kültürel vb çeşitli neden yada etkenlerle yahut izlenen politikalar nedeniyle, yaşamları boyunca yada belli bir döneminde önceden tanık olmadıkları kimi olumsuzluk, elverişsizlik yada eşitsizlikler ile karşı karşıya kalabilirler. “Soyut ve biçimsel eşitlik” ilkesinin öngörülmesi ve uygulanması, çok yaygın olan yada çok geniş bir hak öznesi kesimini ilgilendiren bu elverişsizlik ve olgusal eşitsizliklerin aşılması için yeterli olmayabilir. Bu nedenle de ayrıca, biçimsel eşitliğe aykırı olan ama süregelen yaygın eşitsizlikleri hafifletici politikalar izlenmesi ve “eylemli ve somut eşitlik”i sağlayıcı olumlu önlemler alınması gerekir. Eşitlik ve ayrımcılık yasağının sağladığı koruma, bu durumları da kapsamalıdır.

İnsanların, istemeden edindikleri özelliklerine dayalı insan hakları ihlalleri varoldukça, özellikle sosyal haklardan eşit yararlanılmasının kaynağındaki ekonomik ve sosyal eşitsizlikler her geçen gün dünyada ve ülkemizde daha da derinleştikçe, ulusal ve uluslararası düzeylerde sosyal adalet sağlanmadıkça, dönemsel bunalımların eşitsizlikleri artıran yükü emekçi sınıfların sırtına yıkıldıkça, kısacası temelde varılları daha varıl ve yoksulları daha yoksul kılan yeni liberal politika ve uygulamalar sürdürüldükçe, uygulamanın ardından gelen hukuksal düzlemde küçümsemeyecek düzeyde kurallar üretilmiş ve kağıt üzerinde ileri düzeyde uluslararası koruma sağlanmış olsa da, yasaklanan ve önlenmek istenen alanlarda da ayrımcılık, yeni ölçütlere dayanan biçimlerinin eklenmesiyle, bir insan hakları ihlali sorunu olmayı sürdürmektedir, sürdürecektir.

2. Eşitlik ve Eşit İşlem ile Ayrımcılık Yasağı

Arasındaki İlişki: Bölünmezlik

Ayrımcılık yasağı konusunda üzerinde durulması gereken öncelikli sorunlardan biri, genel olarak eşitlik ve özel olarak da eşit işlem ilkesi ile ayrımcılık gözetilmemesi yada ayrımcılık yasağı arasındaki ilişki ve bu ilişkinin niteliği ile derecesi yada yoğunluğu konusudur.

Eşitlik ve eşit işlem ile ayrımcılık gözetmeme ilkeleri arasındaki ilişkinin niteliği, gerek öğretide ve gerekse İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) içtihatlarında tartışılmış, pozitif hukuka da yansıyan düzenlemelere konu olmuştur. Bu iki kavram arasındaki ilişki, birkaç soruyla somutlaştırılabilir: Örneğin, bu iki kavram eşanlamlı mıdır? Aralarında bir tür “genellik-özellik” ilişkisi var mıdır? Bir “nedensellik bağı” söz konusu mudur? Ayrımcılık yasağı, eşitlik ve eşit işlem ilkelerinin tamamlayıcısı yada gerçekleştirilmesinin aracı mıdır? Açık ve doğrudan bir anlatımla belirtilmediği zaman, ayrımcılık yasağı örtük olarak eşitlik ve eşit işlem ilkelerini de kapsar mı?

Bu ve benzeri başka sorulara öğretide verilen yanıtlar ve yargı kararları ile bu alandaki uluslararası belgelerdeki düzenlemelerde benimsenen görüşlerin incelenip değerlendirilmesi, ilkece bu çalışmanın konusu dışında kalmakla birlikte, bu sorulara yanıt oluşturabilecek kimi görüşlere özetle değinmekte yarar vardır.

Örneğin, *Bossuyt*'nün vurguladığı gibi, ayırım gözetilmemesi eşitliğin *olumsuz* bir anlatımıdır. Aynı yaklaşımı benimsediği anlaşılan *Lochak*'a göre de, bu iki kavram, “*aynı gerçeğin iki yüzüdür*; ama kimi zaman olumlu, kimi zaman da olumsuz olarak anlatılır.” Bu yaklaşım, eşitlik (ve eşit işlem) ilkesi ile ayırım gözetmeme arasında, birinin olumlu ve birinin de olumsuz anlatımlı olması dışında, aralarında herhangi bir farklılığın bulunmadığı özdeşlik ilişkisi bulunduğunu savunmaktadır. Ayrımcılığın, Avrupa Birliği yönergelerinde de benimsenen yaklaşıma koşturularak, eşitlik ilkesinin bir ihlalini oluşturduğunu belirten *Hernu*'ye göre, bu iki kavram arasında temel bir *nedensellik bağı* vardır.² Eşitlik ilkesini “genel” ilke olarak gördüğü, ancak aynı zamanda ikisi arasında özdeşlik ilişkisi de kurduğu anlaşılan *Guy Braibant*'a göre ise, “ayırım gözetmeme kuralı, eşitlik ilkesinin *tamamlayıcısı*dır. Her ikisi de, bireyler yada gruplar arasında haksız işlem farkları gözetilmesini yasaklar.”³ Topluluk hukukunda eşitlik ve ayrımcılık gözetmeme arasındaki ilişki sorunu konusunda, birçok yazarın bu iki kavramın birbiriyle de-

2 Aktaran Rémy Hernu, “Principe d'égalité et principe de non – discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes”, **Définir la discrimination**, Préface de Gérard Soulier, L.G.D.J., Paris, 2003, s. 246.

3 Guy Braibant, **La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, Editions du Seuil, Points, Paris, novembre 2001, s. 154.

ğiştirilebileceği ve aynı gerçeğin iki yüzünü oluşturduğu görüşünü taşıdıklarını anımsatan *Martin* ise, Adalet Divanı'nın ve -1988'de kurulan İlk Derece Mahkemesi'nin- kararlarının okunmasından da bu sonuca ulaşılabileceği görüşündedir. ⁴

Gerçekten, Adalet Divanı kararlarında eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasında ilişki kurulmuştur. Eşitlik, hukuk düzeninin temeli ve amacı iken, ayrımcılık gözetmeme Antlaşmaların uygulama alanıyla sınırlı ve etkili gerçekleştirilmesinin hizmetinde bir araç olarak tasarlanmıştır. 1965'teki bir kararında (*Manessman*), "... her tür ayrımcılık olasılığını kaldırarak ... işlem eşitliğini sağlama"dan söz eden Divan, 1977 yılındaki bir başka kararında (*Ruckdeschel*), iki kavram arasında kurduğu bağı şu anlatımla açıkça ortaya koymuştur:

“Antlaşmada (AETA / RA, m. 40/3, 2) öngörülen **ayrımcılık yasağı**, yalnızca Topluluk hukukunun temel ilkelerinden olan **genel eşitlik ilkesinin özgül bir anlatımıdır.**”

Adalet Divanı, 9 Kasım 1993 tarihli bir kararında (*Birds Eye Walls / Roberts*), bu görüşünü 119. madde bağlamında ortaya koymuş, bu maddede öngörülen ücret konusunda işlem eşitliğinin ayrımcılık gözetmeme genel ilkesinin bir “özgül” bir anlatımı olduğunu yinelemiştir. Divan'a göre:

“Antlaşma'nın 119. maddesindeki işlem eşitliği ilkesi; eşitlik ilkesinin kendini göstermesi olan, **özgül anlatımı** niteliğindeki ayrımcılık gözetmeme genel ilkesi gibi, bundan yararlanan erkek ve kadın işçilerin özdeş durumlarda bulduklarını varsayar.”

Divan, bu iki terimin Topluluk hukukunun *aynı genel ilkesinin iki anlatımı* olduğunu, 2005 yılında yeniden onamıştır. *Martin*, bu saptamanın kısmen doğru olduğunu savunmakta, Divan'ın kararlarında -bu görüşünü doğrular nitelikte-örneğin şu farklı terimlerin kullanıldığını eklemekte ve -kanımca Divan'ın özen göstermediğini belirtmek amacıyla- kullandığı bağlaçlara dikkat çekip şu örnekleri vermektedir: Ayrım gözetmeme ve eşitlik ilkesi, eşit işlem ve ayrım gözetmeme ilkeleri, eşitlik yada ayrımcılık gözetmeme ilkesi. ⁵

Eşitliğin, farklı ayrımcılık yasaklarına saygı gösterilmesinde tükenmediğini ve iki kavramın göreceli bir özerkliğinin bulunduğu görüşünü savunan *Hernu*'ye göre, ayrımcılık gözetmeme bir eşitlik durumunun hukuksal anlatımı ise de, *her iki kavramın özdeş bir anlamı ve işlevi yoktur*. Bu iki kavramın özerkliği, Divan kararlarında, iki yönde somutlaşmaktadır. Ayrımcılık gözetmeme, eşitlik ve eşit işlem kavramlarından kısmen özerktir. Öte yandan da, eşitliğe saygı, ayrımcılık ya-

⁴ Denis Martin, **Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire**, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste, Bruylant, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 2006, s. 4.

⁵ a.y.

saklarına saygıda tükenmez. ⁶ *Martin*'e göre de Adalet Divanı, (hukukun genel ilkesi olan) eşitlik ve (Antlaşma'nın özgül terimi olan) ayırım gözetmemeyi sistemli biçimde benzerleştirmiştir. Ancak, bu iki ilkenin çoğu zaman aynı gerçeği kapsamasına ve ihlal edilmelerinin aynı akıl yürütmeye dayanmasına karşın, Divan yine de bu ilkelerin ayrı bir kapsam ve uygulama alanını korumakta olduklarını unutmuş görünmektedir. ⁷

İnsan haklarının evrensel ilkeleri ve bunlardan biri ile belirtmek gerekirse, kamınca öncelikle, eşitlik ve eşit işlem ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasında, “birbirinin ayrılmaz parçasını oluşturma” anlamında bir “**bölünmezlik**” ve “**bütünsellik**” ilişkisinin bulunduğunu vurgulamak gerekir. Özellikle, insan haklarından yararlanma bağlamında söz konusu olan bu ilişki, aşağıda da görüleceği gibi, gerek ayrımcılık kavramını kendi kapsamı açısından tanımlayan uluslararası insan hakları sözleşmelerinde, gerekse amacı eşit işlem ilkesini uygulamaya aktarmak olan AB yönergelerinde de yer almıştır. ⁸

Eşitlik ve eşit işlem ilkesi ile ayrımcılık yasağı, bir tür “**siyam ikizleri**”dir. Genel olarak insan hakları uluslararası hukuku ve özel olarak da sosyal politika ve çalışma hukuku söz konusu olduğunda, belirli konular ve / yada hak öznesi belirli kesimler için özellikle ayrımcılıkları önlemeye yada kaldırmaya yönelik “özel” uluslararası sözleşmeler kabul edilmiş olmakla birlikte, bu özel ve ayrı düzenlemeler eşitlik ve ayrımcılık yasağının birbirinden bağımsız, kopuk ilkeler olduğu anlamına gelmez. Eşitlik ve ayrımcılık yasağı, kimi belgelerde birlikte yada birbirine açık ve doğrudan yollamada bulunarak ve kimi belgelerde ise tek başına düzenlenmiştir, ama özellikle uygulama boyutuyla çoğu zaman içiçe geçmiştir. Bu ilkeler; yukarıda aktarılan görüşlerde de belirtildiği gibi, aynı gerçeğin yada olgunun birbirinden ayrılmaz, madalyonun biri *olumlu* ve biri de *olumsuz* iki yüzünü oluşturan, açıkça belirtilmediği durumlarda da örtük olarak birbirini içeren, hatta

⁶ Rémy Hernu, **a.g.m.**, s. 248. Yazar, çok kısa biçimde özetlenen bu görüşünü, irdelediği Adalet Divanı kararlarından örnekler vererek ayrıntılı biçimde ortaya koymaktadır (s. 248-254).

⁷ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 31.

⁸ Bu bağlamda, Türk İş Hukuku öğretisinde benimsenen yaygın görüşün, İş Yasası'ndaki eşit davranma ilkesinin (işveren borcunun yada yükümlülüğünün), Anayasa'nın 10. maddesinde güvencelenen genel eşitlik ilkesinin bu alana özgülümlenmiş biçimi olduğu yolundadır. Bu konuda ayrıntı için bkz.: Altıncı Bölüm, s. 584-588.

Ancak önemle belirtmekte yarar görüyorum ki, iş hukuku yazınıımızda, İş Yasası'nın 5. maddesindeki eşit davranma ilkesini inceleyen yazarlar, genel olarak konuyu “işverenin eşit davranma borcu” bağlamında ele alırken, eşitlik ve eşit işlem ilkeleri ile ayrımcılık yasağı arasında bu anlamda bir bağ kurmamış, bağın niteliği ile ilgili bir değerlendirme yapmamışlardır. Oysa, “eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddenin, eşitlik ilkesinin “olumsuz” yönüne ilişkin somut kurallara yer vermiş olmakla birlikte, göz ardı edilmemesi gereken başlığı nedeniyle, aynı zamanda eşitliği ve ayrımcılık yasağını, yani temelde aynı yada tek ilkenin olumlu ve olumsuz yönlerini birlikte düzenlemiş olduğu kabul edilmelidir.

birbirinin “onsuz olmaz” koşulu sayılması gereken, aynı bütünün parçaları olan, kimi zaman yalnızca olumlu ve ilkesel, kimi zaman da yalnızca olumsuz ve özgül yönüyle düzenlenen “bölünemez” ilkelerdir.

İş hukukuna uygulandığında, ayrımcılık yasağının eşit işlem ilkesini tamamladığının söylenmesine olanak veren bu yaklaşım, “haksız” olmayan, yani haklı olduğu kanıtlanan işlem farklarının ayrımcılık sayılmamasını içermektedir. Bir başka deyişle, benzer durumda olmayanlar için öngörülen “haklı” işlem farkları, ayrımcılık değildir; haklılığı kanıtlanabilen, nesnel ve makul nedenlere dayandırılabilen farklı işlemler yapılabilir, hatta kimi zaman da zorunludur. Dolayısıyla buradan, eşit işlem ilkesi ve ayrımcılık yasağının, hiçbir koşulda istisnası olmayan “mutlak” ilkeler olmadığı sonucu çıkarılabilir. Bunun tersini düşünmek ve savunmak, başka eşitsizliklere ve ayrımcılıklara yol açar.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki “tamamlayıcılık” anlamında kurulan ilişki, başka bir anlatımla şöyle dile getirilmiştir: “Eşitlik ilkesinin içinin doldurulmasında ayrımcılık yasağı yardımcı olmuş ve eşitlik ilkesi Topluluk hukukunda ayrımcılık yasağı biçiminde normatif yapıya dahil edilmiştir.”⁹ Bu yaklaşıma göre; eşitlik genel ve soyut bir ilke iken, ayrımcılık yasağı somut ve özgül bir hukuksal kategoridir; eşitlik, ayrımcılık yasağıyla somutlaşır. Kanımca, AB hukukundaki özellikle türevsel düzenlemeleri göz önüne alarak, eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağı olarak AB hukuk düzenine katıldığını söylemek yerine, eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağıyla anlatılan “olumsuz” yönünün yada yüzünün -uygulamadaki ayrımcılıkları kaldırmak amacıyla- daha güçlü ve özel, açık ve ayrıntılı düzenlemelere konu olduğunun belirtilmesi daha doğru olur. Bir başka anlatımla, soyut eşitlik ilkesi, onun olumsuz anlatımı olan ayrımcılık yasağı ayrıntılı biçimde düzenlenip etkili yaptırımlarla donatılmadıkça ne somutlaşabilir, ne de gerçekleştirilebilir. Farklı nedenlere dayalı “özel” ayrımcılık yasağı sözleşmelerinin varlık nedeni de, bir anlamda budur.

Ayrımcılık yasağını öngören ancak eşitlik ilkesinden söz etmeyen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne ek 12 sayılı protokole ilişkin açıklayıcı raporda, sözleşmedeki bu boşluğa değinilmiş ve eşitlik ilkesinin 14. maddede açıkça yer alması karşın, “**ayrımcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkelerinin sıkı sıkıya birbirine bağlı**” olduğu vurgulanmıştır. Eşitlik ilkesinin, genellikle benimsenen tanım doğrultusunda, “*eşit durumlarda eşit biçimde işlem yapılmasını ve*

⁹ Barnard C’den (“Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, **The EU and Human Rights**, edited by P. Alston, Oxford University Press, 1999’dan) aktaran Kübra Doğan Yenisey, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, **Kamu-İş**, Cilt 6, Sayı 4, 2002, s. 38.

eşitsiz durumlarda da farklı işlem yapılmasını gerektir(diğini)” belirten söz konusu rapor, nesnel ve makul bir kanıtlama olmadıkça, bu konuda her tür zedelemenin bir ayrımcılık sayılacağını da eklemiştir. ¹⁰ Bu yaklaşımı benimseyen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, ¹¹ 14. maddeye ilişkin kararlarında, sözleşmede tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmada “işlem eşitliği” (égalité de traitement) ¹² ve “cinsiyetlerin eşitliği” (égalité de sexe) ¹³ ilkelerine yollamalarda bulunmuştur.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağının “**bölünmezlik**” özelliğini, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün iki temel belgesini oluşturan 100 ve 111 sayılı sözleşmelere ilişkin iki ayrı Toplu İnceleme (Genel Yorum) hazırlayıp yayımlayan *UÇÖ Uzmanlar Komisyonu* da, yıllar önce bu terimi açıkça kullanarak vurgulamıştır.

Gerçekten Uzmanlar Komisyonu, 100 sayılı sözleşmeye ilişkin Toplu İncelemede, “*eşitliğin bölünmezliği*”nin (indivisibilité de l’égalité) altını çizmiş; bu sözleşmenin güvenceye bağladığı “*eşit değerde iş için eşit ücret*” ilkesinin gerçekleştirilmesinde karşılaşılan sayısız güçlüklerin, erkeklerin ve kadınların istihdam ve toplumdaki genel statüsüne bağlı olduğunu; işin eşit değerlendirilmesinin ve ücretin tüm öğelerine eşit hakkın genel bir eşitsizlik bağlamında gerçekleştirilemeyeceğini vurgulamıştır. Tavsiyenin, ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını çeşitli meslek ve görevlere eşit girişe ve mesleksi eğitim alanında eşit kolaylıklardan yararlanılmasına bağlayan 6. maddesi bunu tanımıştır. 111 sayılı sözleşme ise, eşitliğin bu yönlerini, daha genel bir anlatımla istihdam ve meslek alanında erkek ve kadınlar için işlem ve fırsat eşitliğini güvenceye almıştır. Komisyon, sayısı giderek artan ülkede, eğer ulusal politikalar farklı düzeydeki işlere giriş konusunda cinsiyete dayalı ayrımcılıkları da kaldırmayı amaçlamıyorsa, eşit iş için eşit ücret alanında erkek ve kadın ücretleri arasındaki ayrımcılığı kaldırma hedefine doyurucu biçimde erişilemeyeceğini belirtmiştir. Komisyon bu görüşünü, 111 sayılı sözleşmeye ilişkin 1988 Toplu İncelemede de anımsatıp yinelemiştir. ¹⁴

¹⁰ CE, Protocole no 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, Rapport explicatif, parag. 15.

¹¹ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 242 vd.

¹² CEDH (Plenière), **Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique c. Belgique (au Principale)**, arrêt du 23 juillet 1968, Requête no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, parag. 10.

¹³ CEDH, **Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni**, Requête no 9214/80; 9473/81; 9474/81, arrêt du 28 mai 1985, Série A, no 94, parag. 78.

¹⁴ BIT, **Egalité de rémunération**, Commission d’experts sur l’application des conventions et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude d’ensemble, CIT, 72^e session 1986, Genève, 1986 (ilolex: 251986G01), parag. 1000; BIT, **Egalité dans l’emploi et la profession**, Commission d’experts sur l’application des conventions et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude d’ensemble, CIT, 75^e session 1988, Genève, 1988 (ilolex: 251988G01), parag. 118.

Eşitlik yada yasa önünde eşitlik ilkesinin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden (İHEP) başlayarak, insan hakları uluslararası sözleşmelerinde bir yada birkaç fıkralı maddelerde genel bir anlatımla öngörülmüş olmasına karşın, bununla yetinilmeyerek, öteden beri en yaygın insan hakları ihlalleri arasında yer alan ve günümüzde de yer almayı sürdüren ırk ve cinsiyet temellerine dayanan yada istihdam ve meslek ile eğitim alanlarında birçok ülkede uygulamada karşılaşılan yaygın ayrımcılıkların kaldırılmasını amaçlayan özel ve ayrıntılı uluslararası sözleşmeler üretilmesine gereksinim duyulmuş olması, bir anlamda ancak bu tür ayrıntılı düzenlemeler içeren ve “hukuksal çerçeve”yi güçlendiren ayrımcılık karşıtı özel sözleşmelerle eşitliğin sağlanabileceğini göstermektedir. Bu yaklaşım, dolaylı olarak, eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin birbirini bütünlendiğini de ortaya koymaktadır. Eşitliğin uygulamada eylemli olarak gerçekleştirilmesi, onu bozan, ihlal eden ve sonuç olarak derinleşmesine, ama aynı zamanda yoksulluğun da artmasına yol açan ayrımcılıkların kaldırılmasına bağlıdır. Ayrımcılıkların sürdüğü alanlarda ise, eşitliğin sağlanması olanaksızdır. Haklı nedenlere dayanmayan ayrımcılıklar varsa, eşitlik yoktur, hak ve özgürlüklerin kullanılmasında eşitsizlik vardır, bu da olgusal eşitsizliklerin kökleşmesine yada derinleşmesine yol açar. Ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesini çeşitli alanlarda uygulamaya koymayı amaçlayan AB yönergelerinin bu ilkeye ilişkin tanımı da, bu bağlamda ve bu anlayışla yapılmıştır. Dolayısıyla da, eşitlik ve ayrımcılık yasağı, “**ikiz ilkeler**”dir: Eşitlik ilkesinin çiğnenmesi, bir biçimde ayrımcılık içerdiği, ayrımcı bir uygulama bulunduğu anlamına gelir; herhangi bir nedenle ayrımcılık gözetilmesi de, soyut ve biçimsel eşitliğin uygulamada gerçekleştirilmesine, somut ve eylemli eşitliğe engel olur.

II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK TANIMLARI

Ayrımcılık, daha doğrusu ayrımcılık yasaklı eşitlik kavramının uluslararası insan hakları ortak hukukundaki tanımı, hukuk ve uygulama boyutlarıyla, özellikle 1950’li yıllardan beri büyük bir evrim geçirmiştir. Bu evrim, özellikle denetim organlarının yerleşik kararlarının katkısıyla, biçimsel / hukuksal niteliği ağır basan ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinden, olgusal (eylemli, maddi) eşitlik boyutunu da kapsayan ayrımcılık yasaklı bir eşitlik ilkesine geçiş yönünde olmuştur.

Ayrımcılığa karşı koruma, başlangıçta “*doğrudan ayrımcılık*” açısından, bununla sınırlı olarak düşünülüyordu. Bu kavram ise, örneğin bir işverenin, hukuk kurallarıyla açıkça yasaklanan bir gerekçeye dayanarak farklılık yaratan bir uygulama yapması yada bir kural kabul etmesi durumunda söz konusu oluyordu. Doğrudan ayrımcılık, bir dönemde, farklı bir işlemin mağduru olduğunu ileri süren kişiye düşen bir niyet kanıtlanmasına bağlanmıştır.¹⁵

¹⁵ Michèle Rivet, “La discrimination dans la vie du travail”, Rapport général”, in **La discrimination**, journées Franco-Belges, Tome LI / 2001, Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique Française, Société de législation comparée (SLC), Paris, 2004, s. 248.

Özünde tüm insanların, kural olarak, “onur ve haklar” yönünden eşit oldukları, onur ve haklar yönünden eşit doğdukları düşüncesinin bulunduğu ayrımcılık yasağı, bu önkabul yada düşünceyi açıkça ortaya koyan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nden, hatta daha önce 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşması’ndan beri, uluslararası insan hakları yazılı hukukunda açıkça tanınıp düzenlenen, içtihat hukukuyla da hukuksal çerçevesi ve içeriği tamamlanıp zenginleştirilmeye çalışılan bir ilkedir. Ayrımcılığa uğramama; devlet için, insan haklarının tümünün düzenlenmesinde ve uygulamada onlardan yararlanılmasında işlevi olan bir “ölçü ilke”; hak özneleri için ise, devlete ve işverenlere karşı ileri sürebilecekleri bir “evrensel insan hakkı”dır.

Ancak bu ilke, uluslararası insan hakları hukuku alanında, Evrensel Bildirge’den önce, ilk kez UÇÖ kaynaklarında yer almıştır. İlk uluslararası düzenlemeler, UÇÖ Anayasası’nda ve buna dayanılarak kabul edilen sözleşme ve tavsiyelerle yapılmıştır. ¹⁶ İnsan haklarının yazılı hukuk alanında “sosyal haklar”dan başlayarak “uluslararasılaşması” sürecinin 1919’da UÇÖ’nün kurulmasıyla “ikinci kuşak” olarak nitelenen sosyal haklar alanında başlamış olduğu gerçeği karşısında, UÇÖ’nün bu alandaki ilk düzenlemeleri yapmış olmasını yadırgamamak gerekir.

Ayrımcılık, doğal olarak, bu alanda koruyucu düzenlemeler yapan uluslararası sözleşmelerde ve bu sözleşmelerin uygulanmasını izleme ve denetleme yetkisi bulunan organların kararlarında tanımlanmıştır. Kendi uygulama alanlarıyla sınırlı olan bu tanımlar, kimi zaman doğrudan, kimi zaman da dolaylı bir anlatımla kavramın kimi öğelerini vermektedir.

Ayrımcılık kavramı konusunda öğretilerde ve farklı uluslararası kuruluşlar ve sözleşmeler bağlamında görev yapan denetim organlarının kararlarında yer alan tanımlar, doğal olarak ayrımcılık türlerine ilişkin olanlardaki kimi farklılıklar saklı kalmak üzere, özünde birbirinden farklı değildir ve benzer öge yada bileşenlerden oluşmaktadır.

İnsan hak ve özgürlüklerinden eşitlik koşullarında yararlanmayı engelleyen ayrımcılık, aynı gerçeğin yada olgunun “olumsuz” yüzü ve temelde eşitliğin hukuksal anlatımı olması biçimindeki tanım dışında, yasaklanan doğrudan ve dolaylı biçimleri için geçerli olmak üzere daha somut biçimde tanımlanmıştır. Adalet Divanı’nın kararlarında olduğu gibi, en genel anlatımla *maddi ayrımcılık* gözetmeme kavramı, **benzer durumlarda farklı işlemin ve farklı durumlarda da benzer işlemin yasaklanması** biçiminde tanımlanır ve Topluluk hukukunun tümüne uygulanan genel nitelikli bu tanım, birbirinin simetriği olan iki yüzlü bir görünüm sunar. ¹⁷

¹⁶ Bkz.: İkinci Bölüm, s. 120, 122 ve 149.

¹⁷ Rémy Hernu, *a.g.y.*, s. 255.

Ayrımcılık yasağını, belirli alanlarda ve genellikle tüketici olmayan nedenlere dayalı olarak öngören ve çoğu zaman “ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi” olarak güvenceye bağlayan ilk uluslararası sözleşmeler, kronolojik olarak belirtmek gerekirse, UÇÖ sözleşmeleridir. Evrensel ölçekli belgeler arasında, kuşkusuz Birleşmiş Milletler sözleşmelerinin, gerek “genel” ve gerekse özel” nitelikli olanlarının özel bir yeri vardır. Avrupa Konseyi’nin sözleşmelerinde ise, kavramın tanımından çok, yasaklanan ayrımcılığın öğelerine yer verilmiştir. Bu yaklaşım da, ayrımcılık kavramının dolaylı bir tanımı olarak değerlendirilebilir.

İlgili bölümlerde ayrıntılı olarak incelenen bu sözleşmelerin kurallarında yer alan ve ayrıca denetim organlarınca da yapılan tanımlara, burada topluca ve karşılaştırmalı biçimde değinmenin yararlı olacağı düşünülmüştür.

1. Uluslararası Çalışma Örgütü Bağlamında Ayrımcılık Tanımları

UÇÖ, anayasal yetki ve etkinlik alanına giren çalışma / emek ile ilgili bazı sözleşmelerinde, özellikle “istihdam ve meslek” alanındaki ayrımcılıklara karşı koruma öngören 1958 tarihli sözleşmesinde, ayrımcılık kavramının kendisinden sonraki kimi BM sözleşmelerinde ve AB yönergelerinde yapılan tanımlarına esin kaynağı olan bazı öğelere yer verilmiştir.¹⁸ Uzmanlar Komisyonu da, bu alanda 111 sayılı sözleşmeyi onaylayan devletlerin yasal düzenleme ve uygulamaları bağlamında, ayrımcılık kavramını tanımlamıştır.

a. İstihdamda ve Meslekte Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi

1958 tarihli 111 sayılı sözleşmeye göre, üye devletlerce kapsamının genişletilmesine olanak tanınan “ayrımcılık” terimi, şu anlama gelmektedir:

“İstihdam yada meslek alanında *fırsat yada işlem eşitliğini* ortadan kaldırma yada bozma (saptırma) etkisi olan ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal yada sosyal köken temeline dayalı her tür ayrılık (fark) gözetme (distinction), ayrı tutma / dışlama (exclusion) yada üstün tutma / yeğleme (préférence).”

Sözleşmenin konusuyla sınırlı olan bu tanımdan yola çıkarak, tanımın öğelerine ilişkin kimi saptamalar yapmak olanaklıdır.

İlk olarak sözleşme, ayrımcılığı fırsat ve işlem eşitliğinden bağımsız olarak ele almamıştır. Ayrımcılık, fırsat ve işlem eşitliğini ortadan kaldırır yada bozar, saptırır. Dolayısıyla yasaklanan ayrımcılık, fırsat ve işlem eşitliğini gerçekleştirmenin bir aracıdır. Ayrımcılıklar kaldırılmadıkça, fırsat ve işlem eşitliği sağlanamaz. Dolayısıyla 11 sayılı sözleşmenin, “ayrımcılık yasaklı fırsat ve işlem eşitliği ilkesi”ni tanımladığı ve güvenceye bağladığı söylenebilir.

¹⁸ Bkz.: İkinci Bölüm, s. 127-131

Belirtmek gerekir ki, yasaklanan ayrımcılık biçimlerini kapsayan anlamıyla eşit işlem ilkesi, AB yönergelerinde yer almıştır. Eşit işlem ilkesinin, sayılan “ayrımcılık türlerinin bulunmadığı” bir durum anlamına geldiği, yerleşik bir pozitif hukuk tanımı olarak yapılmış ve yinelenmiştir.

İkinci saptama, ayrımcılık nedenlerine ilişkindir. 111 sayılı sözleşme, kendinden önce ve sonra kabul edilen uluslararası sözleşmelerde yaygın olan yaklaşımdan ayrılarak, yasakladığı ayrımcılık nedenlerini “sınırlı” biçimde saymıştır.

Üçüncü saptama, ayrımcılık kavramının salt “fark gözetme” eylemiyle değil, aynı zamanda “ayrı tutma” yada “üstün tutma” eylemleriyle de gerçekleşeceğini öngörülmüş olmasıdır. Bu eylemlerin, daha sonra kabul edilen BM sözleşmelerinde de yer alması, ¹⁹ 111 sayılı sözleşmenin tanımından esinlenilmiş olabileceğini düşündürmektedir.

Dördüncü saptama da, tanımda yasaklanan ayrımcılık biçimi yada biçimleri ile ilgilidir. Tanımın sözel anlatımı, yalnızca “doğrudan” ayrımcılığı kapsadığının ileri sürülmesine yol açabilir. Sözleşmenin kabul edildiği tarih göz önüne alındığında, bunu doğal karşılamak gerekir. Ancak 111 sayılı sözleşmenin, yasakladığı “fark gözetme”, “ayrı tutma” yada “üstün tutma” eylemlerinin “her türü”nü kapsadığını belirtmiş olması nedeniyle, yapılan tanım salt “doğrudan” ayrımcılıkla sınırlı değildir. Nitekim, Uzmanlar Komisyonu’nun görüşü de bu yöndedir.

b. Uzmanlar Komisyonu’nun Tanımı

Uzmanlar Komisyonu, 1988 ve 1999 Toplu İnceleme (Etude d’ensemble / General Survey) raporlarında, 111 sayılı sözleşmenin uygulanması bağlamında, koruma kapsamına giren *dolaylı ayrımcılık* kavramını şöyle tanımlamıştır:

“Dolaylı ayrımcılık, görünüşte yansız olan düzenlemelerin yada uygulamaların, kimi özellikler taşıyan yada (ırk, renk, cinsiyet, din gibi) belirli özellikleri bulunan kimi grupların üyesi olan kişilere karşı eşitsizlik sonucu doğuran durumları anlatır.”

Komisyon’a göre dolaylı ayrımcılıklar, aynı koşulların, aynı işlemin yada aynı ölçütün tüm kişilere uygulandığı, ancak orantısız biçimde, ilgili istihdama ilişkin gerekliliklerle sıkı bir bağı olmaksızın, ırk, renk, cinsiyet yada din gibi bazı özellikler nedeniyle *kimi kişiler üzerinde elverişsiz sonuçlara ulaşılan durumlarda* söz konusu olur. ²⁰

Bu tanım ve açıklama, dolaylı ayrımcılık kavramıyla ilgili olarak, şu iki önemli öğeyi içermektedir: 1) Yasal düzenlemelerin yada uygulamaların, “görünüşte”

¹⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, s. 57-59, 85-87.

²⁰ BIT, *Egalité dans l’emploi et la profession*, 1988, parag. 28; BIT, *Egalité dans l’emploi et la profession*, 1996, parag. 26.

yansız olması, yani açık ve doğrudan bir ayrımcılık içermemesi; 2) Ancak bu nitelikleri taşımasına karşın, sonuç olarak yada sonuçları açısından, kimi gruplar yönünden “eşitsizlik” yaratması.

Bu yaklaşım ve tanım, 111 sayılı sözleşmenin yalnızca “doğrudan” ayrımcılıklara karşı güvence getirmediğini belirtmesi yönünden değil, aynı zamanda, dolaylı ayrımcılığın aşağıda değinilen AB yönergelerindeki tanımıyla örtüşmesi, dolayısıyla kavramın tanımındaki “evrensel ortaklaşma” yönünden de önemlidir.

2. Birleşmiş Milletler Bağlamında Ayrımcılık Tanımları

Birleşmiş Milletler bağlamında ayrımcılık kavramının ayrıntılı tanımları, bu konudaki “ırk” ve “cinsiyet” temellerine dayalı ayrımcılıkların önlenmesi amacıyla kabul edilen iki özel sözleşmede yer almaktadır. Ayrıca, genel düzenleme yapan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin (KSHUS) denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi de, bu sözleşmelerin tanımından yola çıkarak ayrımcılık kavramını tanımlamıştır.²¹

Doğal olarak, sözleşmelerin özel / kendi konularıyla sınırlı olan bu “sözleşmesel” tanımları, ayrımcılık kavramının “genel” bir tanımının verilmesini amaçlamamaktadır. Bununla birlikte, sözleşmelerdeki tanımlar, ayrımcılık kavramının ortak olan kimi temel öğelerinin saptanmasına olanak sağlamaktadır.

a. Sözleşmelerdeki Tanımlar

1965 tarihli *Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi* (IATBKUS), 1. maddesinin ilk fıkrasında, sözleşmede geçen “ırk ayrımcılığı” kavramını şöyle tanımlamıştır:

“Siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda yada kamusal yaşamın başka her alanında, insan haklarının ve temel özgürlüklerin eşitlik koşullarında tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını bastırma yada tehlikeye koyma amacı taşıyan yada sonucu doğuran ırk, renk, soy yada ulusal yahut etnik köken üzerine dayalı her tür ayırdetme (distinction), dışlama (exclusion), kısıtlama (restriction) yada yeğleme (préférence).”

BM bağlamında “sözleşmesel” tanımlardan ikincisi, 1979 tarihli *Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi*’nde (KKTABKS / CEDAW) yer almaktadır. Bu sözleşme de, 1965 sözleşmesi gibi, sözleşmede kullanılan “kadınlar hakkında ayrımcılık” kavramını tanımlamakla yetinmiştir. Sözleş-

²¹ BM sözleşmelerindeki tanımlar konusunda, sözleşme organlarının (komitelerin) genel gözlemleri çerçevesinde yapılan açıklamaları da kapsayan daha geniş bilgi için bkz.: Birinci Bölüm.

menin tüm kuralları için geçerli olan 1. maddesinde yaptığı geniş anlamda “cinsiyet” temelli tanım, büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır. Yaşamın tüm alanlarını kapsayan bütünsel ve “biyolojik” cinsiyet kavramını aşan bir yaklaşımla yapılan tanım şöyledir:

“*Erkek ve kadının eşitliği temeline dayanarak, evlilik durumları ne olursa olsun, kadınların siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel alanlarda yada başka her alanda insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanmasını yada bu hak ve özgürlüklerin tanınmasını ve kullanılmasını tehlikeye koyma yada kaldırma sonucu doğuran yada amacı taşıyan, cinsiyete dayalı her tür ayırdetme, dışlama yada kısıtlama.*”

BM sözleşmelerinin pozitif tanımları çerçevesinde vurgulanması gereken ilk nokta, **ayrımıcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasında varolan bağdır** ve bu aynı zamanda, tanımın önemli bir ögesini oluşturur. Bu yaşamsal bağ, tanımlarda, aslında eşitlik ilkesinin özünde varolan bir ögenin açık biçimde ortaya konulması, ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin cinsiyet temeline dayalı olarak tanımlanması / düzenlenmesi demektir. Ayrımcılık, her türüyle, bu tür eylemlerin mağduru olan hak öznelerinin insan hak ve özgürlüklerinden “*eşitlik koşulları*” içinde yada “*erkek ve kadının eşitliği temeline dayanarak*” yararlanmalarını ortadan kaldırır. Daha açık bir deyişle ve aşağıda da belirttiğim gibi, eşit işlem ve ayırım gözetmeme, birbirini bütünleyen, birbirinden ayıramayan ilkelere dir. Sözleşmelerde eşitlik ilkesine yapılan ortak gönderme, eşitlik ve ayrımcılığın, ancak birbirini tamamlayan bu iki yönü göz önüne alınarak doğru bir tanımının yapılabileceğini ortaya koyan pozitif kanıtlardır ve örneklerine, başka belgelerde de rastlanmaktadır.

Kanımcı, eşit işlem den söz etmeksizin salt ayrımcılık yasağı öngören yada tersine, ayrımcılıktan söz etmeksizin salt işlem eşitliğini güvenceye alan pozitif düzenlemelerin, açıkça belirtilmeyen öteki ögeyi de örtük olarak içerdiği unutulmalıdır.

İkinci nokta, özel konulu iki BM sözleşmesinin tanımlarında “farklı” işlemleri anlatmak için kullanılan “eylemler”in (fiillerin) benzer olmasıdır. Başka bir deyişle, sözleşmeler açısından ayrımcılık sayılacak eylemler, kanımcı sınırlı olmaksızın “ayırdetme”, “dışlama” yada “kısıtlama” biçiminde belirlenmiştir. Buna karşılık, 1965 sözleşmesinde yer alan “yeğleme”ye, 1979 sözleşmesinde yer verilmemiştir.

BM sözleşmelerdeki tanımın bir başka ortak noktası, anılan farklı işlem yada eylemlerin doğurduğu sonuçla ilgilidir ve bu da, yalnızca “ırk” yada “cinsiyet” değil başka nedenlere dayanan ayrımcılıklarda olduğu gibi, hak ve özgürlüklerden yararlanmadır. Ayrımcılık yasağı öngören insan hakları belgelerinin neredeyse tümü, bir anlamda doğal olarak, ayrımcı işlem yada eylemlerle “hak ve özgürlükler-

den yararlanma” arasında sıkı bir bağ kurmuş; “ilgili sözleşmede” güvenceye alınan hakların “kullanılması” üzerinde olumsuz etkisi olan ayrımcılıkları yasaklamıştır. Bu da, ayrımcılık yasağının insan haklarının eylemli olarak kullanılmasını sağlayan vazgeçilemez bir araç olduğu gerçeğinin sonucudur. Her iki sözleşme, ayrımcı uygulamaların eylemli olarak yararlanma açısından olumsuz etkilediği hak ve özgürlüklerin kapsamı yönünden bir sınırlandırma yapmamıştır. Daha açık bir deyişle, sağladıkları ayrımcılık karşıtı koruma, tüm insan haklarını kapsamaktadır. Çünkü bu sözleşmeler, örneğin ikiz sözleşmeler gibi, çeşitli hak ve özgürlükleri güvenceye alan “genel” sözleşmeler değildir.

BM sözleşmeleri ile 111 sayılı sözleşmenin tanımlarını kısaca karşılaştırmak gerekirse; gerek eşitlik yada eşit işlem ilkesine yapılan yollama ve kurulan bağ, yani ayrımcılık yasaklı eşitlik boyutuyla düzenleme, gerekse ayrımcılık oluşturan eylemler yönlerinden benzerlikler bulunduğu söylenebilir.

b. İnsan Hakları Komitesi'nin Tanımı

İnsan Hakları Komitesi (İHK), uygulamasını denetlemekle görevli olduğu Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde “ayrımcılık” kavramının tanımlanmadığını ve ayrımcılık oluşturan davranış yada olayların da gösterilmediğini belirttikten sonra, ırk ve cinsiyet ayrımcılıklarına ilişkin iki özel BM sözleşmesinin tanımlarını aktarmış, ancak bu belgelerin yalnızca belirli nedenlere dayalı ayrımcılık durumlarıyla ilgili olduğunu da, haklı olarak anımsatmıştır.

Komite, 1989 yılında kabul ettiği 18 sayılı genel gözleminde, sözleşmede kullanılan anlamda “ayrımcılık” terimini, kanımca bu konudaki kuralları da göz önünde bulundurup, örnek olarak saydığı nedenleri genişleterek şöyle tanımlamıştır:

“Ayrımcılık terimi; özellikle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal yada başka görüşler, ulusal yada sosyal köken, servet, doğum yada başka her tür durum temeline dayanan ve insan haklarının ve temel özgürlüklerin tümünün herkes için eşitlik koşulları içinde tanınmasını, yararlanılmasını yada kullanılmasını tehlikeye sokma yada ortadan kaldırma sonucu (etkisi) doğuran yada amacı taşıyan her tür farklılık, dışlama, kısıtlama yada yeğlemeyi kapsamalıdır.”²²

Kanımca, Komitenin, temel öğeleri yönünden sözleşmelerdeki tanımlara benzeyen bu tanımındaki temel farklılık, doğal olarak, ayrımcılık nedenlerinin “ırk” ve “cinsiyet” ile sınırlı olmaksızın ucu açık biçimde sayılmış olmasıdır. Bu nedenler arasında, özellikle 2000'li yıllarda belgelerde ve denetim organlarının ka-

²² Nations Unies (NU), **Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme**, (NU, HRI, **Récapitulation ...**), Volume I, HRI/GEN/Rev.9, 27 mai 2008, parag. 7, s. 230.

rarlarında öne çıkan “yaş”, “engel” ve “cinsel yönelim”e yer verilmemiş olması dikkat çekmektedir. Yasaklanmış ayrımcılık nedenlerini tüketici biçimde saymama yaklaşımı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde (İHEB), KSHUS’de, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda (GG ASŞ) ve başka belgelerde de benimsenmiştir. Buna karşılık kimi belgelerde, örneğin AB’nin ayrımcılık karşıtı hukukuna ancak 1997’de Amsterdam Antlaşması ile eklenen 13. maddede, ayrımcılık nedenleri sınırlı yada tüketici olarak sayılmıştır.

Komite, ayrımcılık kavramının temel öğelerinden birini oluşturan “insan hak ve özgürlüklerinden eşitlik koşulları içinde yararlanma”ya da yer vermiştir. Bu yaklaşım, ayrımcılık yasağını, *yasa önünde eşitlik ve yasanın (hukukun) eşit koruması ile aynı nitelikte ve düzeyde olmak üzere*, insan haklarının korunması alanında temel ve genel bir ilke olarak kabul etmesinin ²³ doğal bir sonucudur.

Komitenin tanımında, ayrımcılık konusu olabilecek hak ve özgürlükler de, sözleşmede güvenceye alınanlarla sınırlı tutulmamıştır. İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin tümü, ister uluslararası insan hakları hukukunda isterse iç hukukta güvenceye alınmış olsun, ayrımcılık yasağına karşı koruma kapsamındadır. Herkes; statüsü, niteliği, durumu vb özellikleri ne olursa olsun, ayrımcılığa uğramama hakkının öznesidir. Hakların doğuştan ve kendiliğinden öznesi sayılmak; kaçınılmaz biçimde bu haklardan da, eşitliğe uygun olarak yararlanmayı gerektirir; hak öznelerinin farklı durumu, konumu, özelliği yada görüşü, haklardan hiç yararlanamamalarının yada eksik yararlanmalarının gerekçesi olamaz. Hak özneliği, kural olarak ayrımcılığa uğramamayı da içerir; bu, insan hakları kapsamındadır.

Komitenin tanımında vurgulanması gereken bir başka öğe, ayrımcılık yasağıının aynı zamanda hukuksal planda ve uygulamada geçerli olmasıdır. Bu öğe, Komitenin tanımında açık biçimde belirtilmemiş olsa da, kanımca, ayrımcılığın hak ve özgürlüklerin “tanınmasını, kullanılmasını yada onlardan yararlanılmasını” tehlike sokma yada yok etme etkisi doğurması yada amacı taşıması öğesinden çıkarılabilir. Özellikle de, “tanınma”nın yanı sıra söz edilen “yararlanma” yada “kullanma” eylemlerinin, uygulamayla ilgili olduğuna, soyut değil somut olarak yararlanma ve kullanmayı içerdiğine kuşku yoktur.

Komitenin tanımıyla ilgili bir başka nokta, ayrımcılığın kanıtlanması sorunudur. Komite, tanımda yer vermediği bu noktaya, genel gözleminin son paragrafında değinmiş; “her türlü farklılığın (différenciation), eğer **makul ve nesnel ölçütlere** dayanıyorsa ve yine eğer sözleşme bakımından **meşru / haklı bir amaca** yönelmişse, bunun bir ayrımcılık oluşturmadığına dikkat çekmiştir. ²⁴ Dolayısıyla, ayrımcılığa uğramama hakkı, tüm özneler ve tüm haklar için istisnasız

²³ NU, HRI, **Récapitulation ...**, Volume I, 2008, parag. 1 ve 3, s. 229.

²⁴ a.k., parag. 13, s. 231.

değildir; haklılığı, nesnel ve makul gerekçelerle kanıtlanabilen farklılıklar (farklı işlem ve uygulamalar) ayrımcılık sayılmaz.

İnsan Hakları Komitesi'nin bu görüşü, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarındaki yaklaşımıyla örtüşmektedir.²⁵ Ancak kanımca, bunun bir istisna olduğu, dolayısıyla da “keyfi” biçimde alabildiğine genişletilemeyeceği ve dar yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır.

Kanımca İnsan Hakları Komitesi'nin tanımı; nedenler, özneler, haklar ile amaç ve etkisi yönlerinden, hem hukuksal ve hem de uygulama boyutlarıyla ayrımcılık kavramı için yeterli bir tanım olarak değerlendirilebilir.

3. Avrupa Konseyi Bağlamında Ayrımcılık Tanımları

Avrupa Konseyi'nin ayrımcılık konusunda iki temel belgesi vardır. Birincisi, 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'dir (İHAS). İkincisi de, Sosyal Şartların 1961 ve 1996 tarihlerinde kabul edilen ve her ikisi de yürürlükte olan ilk (eski) ve gözden geçirilmiş (yeni) metinleridir: Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ) ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASŞ). Gerek İHAS ve 2000 tarihli ve 12 sayılı ek protokol, gerekse Sosyal Şartlar, koruma kapsamına aldıkları hak ve özgürlüklerden yararlanma ile sınırlı olmak üzere, ayrımcılık yasağı içeren kurallara yer vermişlerdir.

Doğal olarak, bu “pozitif” düzenlemelerde, doğrudan bir ayrımcılık tanımı yoktur; ancak ayrımcılık kavramının kimi öğelerinin çıkarsanabileceği bir düzenleme söz konusudur. Dolayısıyla, denetim organları, bu kurallardan yola çıkarak, ayrımcılık kavramının kimi öğelerini içeren tanımlar yapmıştır.

a. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme Kararları

Ne İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağı öngören 14. maddesinde, ne de sözleşmeden elli yıl sonra kabul edilen 4 Kasım 2000 tarihli 12 sayılı protokolün 1. maddesinde, eşitlik ilkesine doğrudan ve açık bir gönderme yapılmıştır. Sözleşmede güvenceye alınan haklar ve tüketici olmaksızın sayılan nedenler temelinde, ayrımcılık yasağı getirilmiştir. Ancak, sözleşmenin 1. maddesinin sözleşmeciler devletler için öngördüğü “kendi yetki alanları içinde bulunan *herkese* bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıma” yükümlülüğü getirmiş olması, eşitlik ilkesini, daha açık bir anlatımla, hak ve özgürlüklerden yararlanmanın kişiler yönünden uygulama alanında ayrımcılık yapılmasını içermektedir.

Bununla birlikte sözleşmenin, esinlendiği Evrensel Bildirge'de olduğu gibi, eşitlik ilkesine doğrudan göndermede bulunmaksızın ayrımcılık yasağı getirmiş olmasına karşın, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, “işlem eşitliği” ve “cinsiyetle-

²⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, s. 242 vd.

rin eşitliği” ilkelerine göndermelerde bulunmuş, sözleşme ve protokolün anılan maddelerinin bu ilkeleri içerdiğine karar vermiştir. ²⁶

Öte yandan, 12 sayılı protokolün kurallarını yorumlayan *açıklayıcı raporda*; 14. maddenin pozitif metnindeki bu eksiklik anımsatıldıktan sonra, “**ayrımıcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkeleri sıkı sıkıya birbirine bağlıdır**” denilerek, eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki bağ vurgulanmıştır. Ayrıca, eşitlik ilkesinin genel bir tanımı da yapılarak, bu ilkenin, “*eşit durumlarda eşit biçimde işlem yapılmasını ve eşitsiz durumlarda da farklı işlem yapılmasını*” gerektirdiği eklenmiştir. ^{27, 28}

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ayrımcılık kavramını tanımladığı gibi, sözleşmenin sağladığı korumanın doğrudan ayrımcılıkların yanı sıra dolaylı ayrımcılıkları da kapsadığını belirtmiştir. İHAM’a göre ayrımcılık kavramı, “bir birey yada gruba, uygun haklı gösterme olmaksızın, sözleşme daha elverişli bir işlem gerektirmese bile, bir başkasına oranla daha az iyi davranıldığı durumları kapsar.” ²⁹

Strazburg Mahkemesi’nin 14. maddeye ilişkin kararlarını irdeleyip değerlendiren *De Schutter*, “geçiş evresi”nde olduğunu ileri sürdüğü içtihat çerçevesinde, doğrudan ayrımcılık yasağını aşma çabası içinde olan İHAM’ın, dolaylı ayrımcılık biçimlerine ilişkin sistemli bir içtihat oluşturmadığını ve dolaylı ayrımcılığın üç farklı biçimde ortaya çıkacağını örnekleriyle belirtmektedir. ^{30, 31}

b. Sosyal Şartlar ve Sosyal Haklar

Avrupa Komitesi Kararları

1961 Avrupa Sosyal Şartı ile 1996 Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, özellikle GG ASŞ’nin E maddesi, İHAS sisteminde olduğu gibi, eşitlik ve eşit iş-

²⁶ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 225. Örneğin şu kararlarda bu ilkelere göndermeler vardır: CEDH (Plenière), **Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique (au Principale)**, arrêt du 23 juillet 1968, Requête n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, parag. 10; CEDH, **Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni**, Requête no 9214/80; 9473/81; 9474/81, arrêt du 28 mai 1985, Série A, no 94, parag. 78.

²⁷ CE, Protocole no 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, Rapport explicatif, parag. 15.

²⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 31 Mayıs 2006 tarihli yeni kararlarından birinde yinelediği yerleşik görüşüne göre de, “herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelme(yen)”, yani mutlak nitelik taşımayan eşitlik ilkesi, “aynı hukuksal durumlar(ın) aynı, ayrı hukuksal durumlar(ın) farklı kurallara bağlı tutul(masıdır).” Yüksek Mahkeme, “aynı statüde bulunmayanların bu statülerinin gerekli kıldığı kurallara bağlı tutulmaları(nın) Anayasa’nın 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu” olduğunu belirtmiştir (Bkz.: Altıncı Bölüm), s. 573-576.

²⁹ CEDH, **Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni**, parag. 82.

³⁰ O. De Schutter, **L’interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l’homme**, Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en février 2005, s. 16.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 267-268.

lem ilkelerine doğrudan göndermede bulunmaksızın, salt ayrımcılık yasağına yer vermekle yetinmiştir.

GG ASŞ, ayrımcılık yasağı ile güvencelediği haklardan yararlanma arasındaki bağı vurgulamış, “sınırlı” olmaksızın saydığı nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı koruma öngörmüştür. Nesnel ve makul gerekçesi bulunan farklı işlemi ayrımcı saymayan bu pozitif düzenleme, ilgili İHAM kararına göndermede bulunan Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nce dolaylı ayrımcılıkları da kapsar biçimde yorumlanmıştır.³²

III. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA

EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK TANIMLARI

Avrupa Birliği hukuku, her birinin tanımını ayrıca verdiği “ayrımcılık biçimlerinin yokluğu” olarak kısaca tanımladığı eşit işlem ilkesi konusunda en ayrıntılı türevsel düzenlemeleri içermektedir. İlk kurucu Antlaşmalardan beri Topluluk hukukunun birincil ve ikincil kaynaklarında yer alan sınırlı düzenlemelerle başlayan uzun evrimi istihdam ve çalışma alanlarının aşıldığı bir noktaya ulaşan eşit işlem ve ayrımcılık yasağı kavramları, aralarındaki sıkı bağlantı vurgulanarak tanımlanmıştır. Özellikle eşit işlem ve ayrımcılık türlerine ilişkin olan bu tanımlarda benimsenen yaklaşımın genel nitelik taşıdığı ve temelde birbirinin yinelenmesi niteliğinde olduğu söylenebilir.

Giderek genişleyen çeşitli alanlarda “ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi”nin uygulamaya konulmasını amaçlayan yönergelerde, hem eşit işlem ilkesinin, hem de ayrımcılığın değişik türlerinin tanımları yapılmıştır. Adalet Divanı kararlarında da, özellikle dolaylı ayrımcılık üzerinde yoğunlaşan tanımlar bulunmaktadır.

İlgili yönergeler bölümünde daha geniş olarak incelendiğinden, burada, tanımlardaki evrime değinmeksizin, 2000’li yıllarda kabul edilen yönergelerde ve Divan’ın kimi kararlarında yer alan tanımlar çerçevesinde, söz konusu kavram ve tanımların temel öğelerini göz önünde bulunduran toplu bir değerlendirme yapılmasıyla yetinilecektir.

1. Eşit İşlem Kavramı ve Tanımı

Eşit işlem ilkesinin, bu ilkeyi uygulamaya koyma amacıyla kabul edilen yönergelerde yinelenen “**her tür ayrımcılığın yokluğu**” biçimindeki yaygın tanımı, ilk kez 76/207 sayılı yönergede yer almıştır.³³ Ne var ki bu yönergedeki ayrımcılık yasağı, yalnızca “cinsiyet” temeline dayalı olanlarla sınırlı idi, ama tanımını yapmadığı “dolaylı” ayrımcılığı da kapsıyordu.

³² Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 283, 291.

³³ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 370-374.

Eşit işlem ilkesine 1976'da yüklenen ayrımcılık yasaklı bu anlam, izleyen yıllardaki yönergelerde de sürekli biçimde yinelenmiş,³⁴ ortak bir tanım niteliği kazanmıştır. Ayrımcılık karşıtı korumayı “istihdam ve çalışma” alanları dışında genişleten 2004/113 sayılı yönergede, erkekler ve kadınlar arasında eşit işlem ilkesinin, bu yönerge açısından, her birinin tanımları yapılan doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkların yanı sıra, ayrımcılık türlerine eklenen “taciz” ve “cinsel taciz” ile “emirle ayrımcılık yaptırma”nın da yokluğu, kısacası sayılan tüm ayrımcılık türlerinin bulunmaması anlamına geldiği belirtilmiştir.

Bu tanıma egemen olan yaklaşım açıktır: Eşit işlem ilkesi ve ayrımcılık yasağı, birbirinin ayrılmaz parçasıdır. Cinsiyete yada başka nedenlere dayalı ayrımcılıkların varlığı, işlem eşitliğinin yokluğu anlamına gelir. Eşit işlem, ancak sözü edilen ayrımcılıkların bulunmaması, yani kaldırılmış olması durumunda söz konusu olabilir. Ayrımcılık yasağı, işlem eşitliğini uygulamada gerçekleştirmenin “olmazsa olmaz” aracıdır.

Ancak, eşit işlemin öğelerini kapsamayan bu tanımın, aslında eşit işlem ile ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkinin, bağın derecesini ve yoğunluğunu belirten bir açıklama niteliği ağır basmaktadır. Bununla birlikte, ayrımcılık kavramının öğelerinden yola çıkarak, eşit işlem kavramının öğelerinin belirlenmesi olanaklıdır.

Adalet Divanı'nın -yukarıda değinilen- 9 Ekim 1977 tarihli *Rückdeschel kararı*, gerek kendisinin ve gerekse öğretinin, bir yandan AT Antlaşması'nın getirdiği **ayrımcılık yasağının yalnızca “genel eşitlik ilkesinin özgül bir anlatımı”** olduğu görüşünün doğrulandığını, öte yandan da bu ilkenin kuramsal bir tanımını verdiğini belirtmek için sıklıkla göndermede buldukları bir karardır. Karara göre:

“Antlaşmada (madde 34/2'de) açıklanan ayrımcılık yasağı, yalnızca Topluluk hukukunun temel ilkelerinden olan genel eşitlik ilkesinin özgül bir anlatımıdır. (...)

Bu ilke, bir farklılık nesnel olarak *haklı* gösterilmedikçe, karşılaştırılabilir durumlarda farklı biçimde işlem yapılmamasını ister.”

Bu tanım, bir ayrımcılığın gözlemlenmesi için yararlı ve zorunlu olan öğeler içermektedir. Biri, “*durumların karşılaştırılabilirliği*”, ikincisi de “*nesnel kanıtlama*”dır. Ancak bu karar, bir yandan birinci öğeyle ilgili olarak “karşılaştırılacak” grupların nasıl seçileceğini belirleme olanağı veren öğelere yer vermemiş olması, öte yandan da ikinci öğede nesnel kanıtlamanın tam olarak ne olduğuna ilişkin bilgilerin eksikliği nedeniyle eleştirilmiştir.³⁵

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dördüncü Bölüm, örneğin s. 374-382, 387-388.

³⁵ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 49-50.

Hernu bu tanımla, Divan'ın, eşitliği Topluluk hukukunun temeline dönüştürdüğünü ileri sürmüş ve eşitliğin, farklı ayrımcılık yasaklarının anlatımı olduğunu belirtmiştir. ³⁶

2. Ayrımcılık ve Ayrımcılık Biçimleri

Avrupa Birliği hukukunda, “doğrudan” ve “dolaylı” ayrımcılıkların yanı sıra, başka ayrımcılık biçimleri de vardır. Bunlar, yönergelerde ve Adalet Divanı kararlarında tanımlanmıştır. Özellikle, türevsel hukuk alanındaki en son düzenlemeleri oluşturan 2004/113 ve 2006/54 sayılı yönergelerde, doğrudan ve dolaylı ayrımcılıklar dışında taciz, cinsel taciz ve emirle ayrımcılığa özendirme biçimindeki ayrımcılıklar da tanımlanmıştır. Bu türlerinin dışında, ayrımcılık gözetmeme ilkesinin, ayrımcılığın “sistemli ayrımcılık” (*discrimination systématique*) olarak kategorileştirilmesine yol açtığı da belirtilmektedir. ³⁷

Ayrımcılık yasağı, gerek Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Antlaşması'nda ve gerekse Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Antlaşması'nda yer aldığından, farklı konular bağlamında Adalet Divanı'nın çok sayıda kararına konu olmuş ve değişik türleriyle tanımlanmıştır.

Örneğin Adalet Divanı, 23 Nisan 1956 tarihli ilk kararlarından birinde (*groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises*), ayrımcılık kavramını ilk kez özel / özgül biçimde tanımlamıştır. ³⁸ Buna göre “Antlaşma (AKÇTA), Ortak Pazar'da eşit olmayan koşulların *karşılaştırılabilir* anlaşmalara (*transactions*) uygulanmasını içeren uygulamaları ayrımcı saymıştır.” 17 Temmuz 1963 tarihli kararında (*İtalya / Komisyon davası*) ise, ayrımcılık için daha kapsamlı ve izleyen yıllarda benimsenip yinelenen bir tanım yapmıştır:

“Ayrımcılık, ya benzer durumlarda farklı biçimde işlem yapmaktan yada farklı durumlarda benzer biçimde işlem yapmaktan ibarettir.”

Divan bu kararında, maddi ayrımcılığın genel bir tanımını vermiştir. Divan'a göre:

“Karşılaştırılmayan durumlarda farklı işlem, otomatik olarak bir ayrımcılığın varlığı sonucuna ulaşılmamasına olanak vermez;

(...) biçimsel bir ayrımcılık görünüşü, uygulamada, maddi bir ayrımcılık yokluğuna tekabül edebilir;

(...) **maddi ayrımcılık**, ya benzer durumlarda farklı biçimde işlem yapmaktan yada farklı durumlarda özdeş biçimde işlem yapmaktan ibarettir.”

³⁶ Rémy Hernu, *a.g.m.*, s. 247.

³⁷ Michèle Rivet, *a.g.m.*, s. 250.

³⁸ Rémy Hernu, *a.g.m.*, s. 255.

Divan için, ayrımcılığın her zaman iki simetrik yüzü vardır. O halde, çözüm kolayca tersine çevrilebilir ve maddi ayrımcılık gözetmemenin, ya benzer durumlarda özdeş biçimde işlem yapmaktan yada farklı durumlarda farklı biçimde işlem yapmaktan ibaret olduğu söylenebilir. ³⁹

ATAD'ın yerleşik kararlarına göre, genel olarak “**ayrımcılık, özdeş (identique) durumlarda farklı biçimde yada farklı durumlarda özdeş biçimde işlem yapmaktan ibarettir.**” ⁴⁰ Divan, “benzer” yerine “özdeş” terimini koyarak, ayrımcılık kavramını en dar anlamına indirgemıştır. ⁴¹

İşlem eşitliğini “genel nitelikli bir kural” olarak niteleyen Adalet Divanı'nın 2 Aralık 1982 tarihli kararına göre, “bir ayrımcılığın varolması için, eşit olmayan bir işlemin özdeş yada karşılaştırılabilir durumlara uygulanmış olması gerekir. (...) Ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi, yalnızca farklılığın nesnel olarak kanıtlanmadığı eşit olmayan işlem durumlarında olabilir.” ⁴²

a. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, uluslararası sözleşmelerin öncelikle yasaklamayı amaçladığı ayrımcılık türlerinin başında gelir. Ülke olarak, hiçbir tanım yada nitelendirme gücüne taşınmaz. Topluluk hukuku bağlamında yapılan genel ve yalın bir tanıma göre; bir yetkilinin, doğrudan ve kanıtlanmaksızın, Topluluk hukuk düzeninin yasakladığı bir ölçüte dayanan bir önlem alması, doğrudan ayrımcılık oluşturur. ⁴³

2000/78 sayılı yönergeye göre *doğrudan ayrımcılık* ise, saydığı dört nedenden biri temelinde, bir kişiye, *karşılaştırılabilir* bir durumda, başka bir kişiye oranla daha az elverişli bir davranışta bulunulmasıdır. Bu tanım, ayrımcılık nedenlerine ilişkin farklılık dışında, örneğin 2002/73 sayılı yönergede de yinelenmiştir. Doğrudan ayrımcılıkta, pozitif hukukun açıkça yasakladığı nedenlere dayalı bir uygulama söz konusudur ve bu nedenle de, dolaylı ayrımcılığa oranla tanı konulması daha kolaydır. ⁴⁴

³⁹ a.k., s. 257.

⁴⁰ CJCE, Kommanditesgesellschaft in der Firma Wagner GmbH / Bundesanstalt für landwirtschaftliche Martordnung, 23 février 1983, 8/82, parag 18.

⁴¹ Rémy Hernu, a.g.m., s. 259.

⁴² CJCE, Micheli e.a. / Commission des Communautés européennes, 2 décembre 1982, 198 à 202/81, parag. 7.

⁴³ Rémy Hernu, a.g.m., s. 267.

⁴⁴ Örneğin, sunulan bir iş (istihdam) için, “engelli kişiler başvuruda bulunamaz” yolunda bir açıklama yapılmasında, doğrudan ayrımcılık vardır. Yine, bir hazır giyim mağazasında satış yardımcılığı görevine aday olan 40 yaşında bir kadına, görüşme sırasında yalnızca 20 yaşlarında olan kişilerin işe alındığının söylenmesinde de doğrudan ayrımcılık vardır. Ev sahibinin, bir daire kiralamak isteyen Nijeryalı bir çiftte apartmanda oturanların renkli kişileri istemeyeceklerini söylemesinde de doğrudan ayrımcılık söz konusudur (Commission européenne, **Lutter contre la discrimination au sein de l'Union européenne**, Edition révisée, Berlin, 2005, s. 6). Bu örneklerinden ilkinde “yaş”, ikincisinde de “renk” nedeniyle doğrudan ayrımcılık uygulamaları söz konusudur.

Barnar C.'ye yollamada bulunarak doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarını tanımlayan *Yenisey*'e göre, "sırf cinsiyeti nedeniyle bir işçinin aleyhine veya diğer cinslere göre farklı davranılması cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılıktır." 45 Bu, genel değil "cinsiyet" temeline dayalı bir doğrudan ayrımcılık tanımıdır. *Ertürk*'e göre, "ayrımcılık iki kişi yada durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranışlarda bulunmak veya kişi ya da durumlar arasında ayırım yapmak yaratmak, yada farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen benzer şekilde davranmaktır." 46

b. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık, Adalet Divanı'nın bu konudaki bir dizi kararının ardından, "cinsiyet" temeline dayanan ayrımcılıklarda kanıtlanma yükümlülüğüne ilişkin 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80 sayılı yönergede tanımlanmıştır. 2. maddenin 2. fıkrasındaki bu tanım şöyledir:

"Görünüşte yansız olan bir kural, ölçüt yada uygulama, bir cinsiyetten olan kişilerin açıkça daha yüksek bir oranını etkiliyorsa, dolaylı ayrımcılık vardır. Yeter ki bu kural, ölçüt yada uygulama, uygun ve gerekli olsun ve ilgililerin cinsiyetinden bağımsız olan nesnel etkenlerle haklı gösterilebilsin."

Kuşkusuz 97/80 sayılı yönergenin konusuyla sınırlı olarak yapılan bu dolaylı ayrımcılık tanımı, izleyen yıllardaki yönergelerde, kendi kapsamı açısından yapılan kimi eklemeler dışında, yinelenmiştir. Örneğin 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler ile 2002/73 ve 2004/113 sayılı yönergelerde, bir farklı işlemin dolaylı ayrımcılık sayılabilmesi için gerekli olan koşullara yer verilmiştir.

2000/78 sayılı yönergenin, koruma sağladığı dört ayrımcılık nedeni temelinde yaptığı tanım, kanıtlanma ögesini de içerecek biçimde şöyle kaleme alınabilir:

Belli bir din yada inançtan olan, bir engeli bulunan, belli bir yaşta olan yada cinsel yönelimi olan kişiler için diğer kişilere oranla *özel bir dezavantaj* doğurmaya elverişli olan görünüşte yansız bir kural, bir ölçüt yada bir uygulama, *nesnel olarak meşru bir amaçla haklı gösterilmedikçe* ve bu amacı gerçekleştirme araçları (yolları) uygun ve zorunlu olmadıkça, dolaylı ayrımcılık oluşturur. 47

Dolaylı ayrımcılık tanımlarında yinelenen en temel ve belirleyici öge, biçimsel düzenlemenin "yansız" olması, yani kaleme alınan metni itibarıyla belirli bir kişi kesimine yönelik açık ve doğrudan ayrımcılık içermemesidir. Ancak bu görün-

45 Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, 2002, s. 41

46 Şükran Ertürk, **a.g.y.**, s. 87

47 Bu tanımda, engelliler için öngörülen koşula, uzun olduğu için yer vermedim. Bu konuda bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 406.

tüye, hukuksal plandaki ayrımcı olmayan düzenlemeye karşın, uygulamada özellikle kimi kişi kesimleri için olumsuz ve olgusal eşitsizlikler içeren sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Görünüştteki ayrımcı olmayan düzenleme yada uygulama, bu sonuca engel olamamakta, üstelik tersine eylemli (fiili) eşitsizliklerin belirli kesimler için artmasına da yol açmaktadır. Düzenli ve güvenilir sayılar veriler (istatistikler), belli bir zaman kesiti içinde karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde, ya eşitsizlikte hiçbir olumlu gelişme olmaması yada tersine daha artması nedeniyle, bu sonucu nesnel olarak ortaya koymaktadır. Böylece, kural “yansız” olsa ve biçimsel olarak ayırım gözetici olmasa da, uygulamadaki çıplak gerçek, yani sonuç kimi kesimler açısından ayrımcıdır. Dolaylı ayrımcılık, işte bu tür somut sonuçların, biçimsel doğrudan ayrımcılık yasağının engel olamadığı olgusal eşitsizliklerin önlenmesi ve böylece de soyut ve biçimsel eşit işlem ilkesinin somut ve daha etkili biçimde uygulamaya aktarılması gereksiniminden doğmuştur.

Görüldüğü gibi dolaylı ayrımcılık, bir işverenin, ilk bakışta yansız görünen ve tüm çalışanlara uygulanan, ancak bir çalışan yada bir çalışan grubu için özel bir dezavantaj yaratmaya elverişli olan bir kural kabul ettiği yada bir uygulamaya başvurduğu zaman kendini göstermektedir.⁴⁸

Dolaylı ayrımcılık kavramı, Topluluk yazılı hukukunu önceleyen **Adalet Divanı kararlarında** tanımlanmıştır. Örneğin Divan’ın, 1612/68 sayılı tüzüğün Başlangıcına⁴⁹ dayandığı 12 Şubat 1974 tarihli *işçilerin serbest dolaşımı* konusundaki kararına (**Sotgiu**) göre; “işçilerin işlem eşitliğinin hukuksal planda ve uygulamada sağlanması gerekir; bir işçinin *doğduğu yer yada evi* gibi ölçütler de, durum ve koşullara göre, pratik etkileri itibarıyla, Antlaşma’nın yasakladığı yurt-

⁴⁸ Dolaylı ayrımcılığa verilen örneklerden biri, ayrımcılık nedenleri arasında açıkça yer almayan “anadil”e ilişkindir. Belli bir iş için başvuruda bulunan tüm kişilerden, bu işin yerine getirilmesi için zorunlu olmayan özel bir dille sınava girmelerinin zorunlu tutulması, dolaylı ayrımcılıktır. Bu sınav, başka bir anadili olan tüm kişileri dışladığından, dolaylı ayrımcılık söz konusudur (<http://www.stop-discrimination.info/index.php?ld=152&type=98>, 23.04.2005). Yine, sağlık nedenleriyle, bir fabrikanın, sakal taşıma yasağı öngörmesinin de, kimi dinsel grupların üyelerine karşı ayrımcı nitelik taşıdığı belirtilmiştir (http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/faq/faq7_fr.htm, erişim: 27.07.2007).

⁴⁹ İşçilerin Avrupa Ekonomik Topluluğu’nda serbest dolaşımıyla ilgili 15 Ekim 1968 tarihli Konsey tüzüğünün Adalet Divanı kararında göz önüne alındığı düşünülürken başlangıcında; serbest dolaşımın işçiler ve aileleri için bir “**temel hak**” olduğu; bu hakkın, nesnel özgürlük ve onur koşulları içinde kullanılabilmesi için, ücretli bir iş yapılması ve konuta erişilmesi ile ilgili her konuda **işlem eşitliğinin hem uygulamada ve hem de hukuksal planda sağlanması** gerektirdiği; *Topluluk işçileri (çalışanları) arasında ayırım gözetilmemesi ilkesinin üye devletlerin tüm uyruklarına yurttaş işçilerin yararlandığı istihdamda aynı önceliğin tanınmasını içerdiği* belirtilmiştir.

“İstihdam ve işlem eşitliği” ise, Tüzüğün 7-12. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Divan kararında anılan 7. maddede; üye devletlerin uyruklarına, **yurttaslıkları nedeniyle**, özellikle ücret, işten çıkarma, yeniden istihdam konularını da kapsamak üzere, tüm istihdam ve çalışma koşulları için **yurttaş işçilerden farklı bir işlem yapılması yasağı** öngörülmüştür (Règlement, CEE. No 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l’intérieur de la Communauté, **Journal officiel**, No L 257 du 19/10/1968, s. 0002 – 0012).

taşığa dayalı bir ayrımcılığın eşdeğerini oluşturabilir.”⁵⁰ Öyleyse *dolaylı ayrımcılık*, doğrudan ayrımcılığın bir eşdeğerini oluşturur.⁵¹ Divan’ın, işçilerin serbest dolaşımı özel bağlamında verdiği ve *Martin*’nin, “en azından Rückdeschel kararı kadar temel bir karar” olarak nitelediği bu kararına göre, Topluluk hukukunun çeşitli kuralları, yalnızca gözle görülür biçimde Antlaşma yada türevsel hukuk tarafından açıkça yasaklanmış bir yakınmaya dayanan doğrudan ayrımcılıkları yasaklamaz, aynı zamanda *yansız görünüşlü önlemlerin gerisinde gizli olan*, belli olmaksızın uygulanabilen, ancak etkileri itibarıyla *özel bir grubu* (örneğin yabancıları, kadınları yada başka bir üye devlet kökenli ürünleri) *dezavantajlı kılma sonucu doğuran* dolaylı ayrımcılıkları da yasaklar.⁵²

Yazılı hukuktaki doğrudan ayrımcılık yasağının uygulamadaki belirli kişi kümelerini etkileyen sonuçlarını da göz önüne alarak değerlendirme yapan ve böylece yasağın kapsamını genişleten Divan kararının 11. paragrafı şöyledir:

“Antlaşma’nın ve 1612/68 sayılı tüzüğün 7. maddesinin işlem eşitliği kuralları, yalnızca yurttaşlığa dayanan gözle görülen (açık) ayrımcılıkları değil, aynı zamanda, başka ayırdetme ölçütlerinin uygulanması yoluyla, gerçekte (uygulamada) aynı sonuca ulaşan tüm *gizli ayrımcılık biçimlerini de yasaklar*.”

Topluluğun temel ilkelerinde birinin etkililiğini güvenceye almak için gerekli olan bu yorum, işçileri işlem eşitliğinin “hukuksal olarak ve uygulamada” sağlanmasını gerektiren 1612/68 sayılı tüzüğün Başlangıcının beşinci gerekçesinde açıkça kabul edilmiştir.”

Adalet Divanı bu kararında; tüzüğün gerekçesinden yola çıkarak, “gizli ayrımcılık” olarak nitelediği dolaylı ayrımcılıkları yasak kapsamına alırken, bu ayrımcılık biçiminin temel öğelerinden biri olarak yazılı hukukun görünüşte yansız olan düzenlemesiyle yetinmemiş, aynı zamanda bu düzenlemenin belli bir kişi kesimi için uygulamada yarattığı ayrımcı sonuçları da göz önünde bulundurmıştır. Bu, biçimsel eşitlikten, *sonuçlarda eşitliğe önem veren, maddi yada somut eşitlik anlayışına* geçilmesidir.

ATAD, ilk kez, *Jenkins / Kingsgate Ltd.* davasında verdiği 31 Mart 1981 tarihli kararında,⁵³ *kısmi zaman çalışma ve dolaylı ayrımcılığın* söz konusu ol-

⁵⁰ CJCE, Sotgiu, Arrêt du 12 février 1974, parag. 11.

⁵¹ Rémy Hernu, **a.g.m.**, s. 268.

⁵² Denis Martin, **a.g.y.**, s. 54 ve 5.

⁵³ CJCE, Affaire 96/80, Jenkins / Kingsgate Ltd., Arrêt du 31 mars 1981, RJ 1981, s. 911; Ingeborg Heide, “La lutte contre la discrimination selon le sexe au niveau supranational: l’égalité de rémunération et de traitement dans l’Union européenne”, **Revue internationale du travail**, Volume 138, Numéro 4, 1999/4, s. 439; C. E. Landau, “La CE et l’égalité entre hommes et femmes en matière d’emploi”, **Revue internationale du travail**, Volume 123, Numéro 1, janvier-février 1984, s.64-65.

duğu bir ücret eşitliği sorunuyla ilgili olarak görüşünü açıklamış, dolaylı ayrımcılık kavramını tanımlamıştır. Divan bu davada; kadınlar için giysi üreten ve çalışanlarının biri dışında tümünün kadın olduğu bir işletmede, kısmi zamanlı bir kadın işçiye (tam gün çalışma süresinin %75'i oranında çalışan Bayan Jenkins'e), saat ücreti olarak, tam zamanlı çalışan erkek işçi(ler)den daha düşük ücret ödenmesinin, karşılaştırılabilir durumlarda farklı bir işlem bulunması (yapılmış olması) nedeniyle, ücret konusunda cinsiyete dayanan dolaylı bir ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir. Divan'a göre, tam gün çalışanlar ile kısmi zaman çalışanlar arasındaki ücret farklılığı, 119. (141.) maddenin yasakladığı bir ayrımcılık oluşturmaz. Ancak bu ayrımcılık; gerçekte, kısmi zaman çalışanların ücret düzeyini düşürmek için *dolaylı bir araç* ise ve kısmi zaman çalışanlar yalnızca yada baskın biçimde kadınlardan oluşuyorsa, cinsiyete dayalı dolaylı bir ayrımcılık vardır. Yansız önlemin erkeklerden daha önemli sayıda kadınları etkilemesi gerektiğini doğrulayan Divan; 141. maddenin, yalnızca cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılıkları değil, aynı zamanda aynı sonuca varan başka farklılık ölçütlerinin sonucu olan dolaylı ayrımcılıkları da yasakladığına karar vermiştir. ⁵⁴

ATAD, dolaylı ayrımcılık kavramını, "*Bilka-Kaufhaus GmbH / Weber von Hartz* davasında verdiği 13 Mayıs 1986 tarihli kararında da açıklamıştır. Bilka işletmesinde 12 yıl tam zaman ve 4 yıl da *kısmi zaman çalışan davacı bayan*, ancak en az 15 yıl tam zaman çalışanların yararlanabildiği emeklilik rejiminden yararlandırılmamıştır. Kısmi zaman çalışanların neredeyse tümünün kadın olduğunu ileri süren davacı bayanın açtığı dolaylı ayrımcılık davasında, Divan *emeklilik ödemelerinin "ücret" olduğunu* da belirttiği kararında, 119. maddenin çiğnenmediği sonucuna varmıştır. Çünkü, işletmenin emeklilik rejimi kısmi zaman çalışanları dışlamakta ve bu önlem, sayısı erkeklerden çok yüksek olan kadınları (olumsuz) etkilemektedir. Ne var ki işletme, uyguladığı bu özel önlemin haklılığını nesnel ve cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığa yabancı etkenlerle kanıtarsa, dolaylı ayrımcılık oluşturmaz. Böylece ATAD, işverenin -görünüşte dürüst -yansız- bir biçimde, gerek kadın ve gerekse erkek kısmi zaman çalışanların tümü için öngördüğü işletme emeklilik rejiminin, kısmi zaman çalışanların temelde kadınlar olması nedeniyle, cinsiyet temeline dayalı bir *dolaylı ayrımcılık* doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varmıştır. ⁵⁵ İşletmede kısmi zaman çalışanlar için öngörülen

⁵⁴ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 5, 29 ve 88-90. *Landau*, aldığı çok sayıda eleştiriye karşın, Jenkins kararının eşitlik konusundaki AB mevzuatına olumlu katkı sağladığını belirtmektedir. Çünkü karar, kısmi zaman çalışmada daha düşük ücret ödenmesinin söz konusu olduğu olduğu durumlarda da, 119. maddenin *doğrudan uygulanabilirliğini* yinelemiştir. İkinci olarak da Divan, kısmi zaman işçileri ile tam zaman işçileri arasındaki ayrımcılığın kendi başına cinsiyete dayalı bir ayrımcılık oluşturmadığını kabul etmekle birlikte, işverenin "nesnel etkenlerle bunu kanıtlaması gerektiğini", dolayısıyla *kanıtlanma yükümlülüğünün işverene düştüğünü* belirtmiştir (C. E. Landau, **a.g.m.**, s. 65; ayrıca bkz.: Dördüncü Bölüm).

⁵⁵ Michèle Rivet, **a.g.m.**, s. 249.

emeklilik rejiminin biçimsel olarak cinsiyet temeline dayalı “doğrudan” ayrımcılık içermemesi, kadınları çok daha geniş bir çerçevede etkilemesi nedeniyle, bu düzenleme ve uygulamanın “dolaylı” ayrımcılık sayılmasına engel olmamıştır.

Bu karar, bir politikanın Avrupa hukuku kurallarına göre ayrımcı sayılması için “ayrımcı bir niyet”in asla gerekli olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Dolaylı bir ayrımcılığın varlığı için, davacının (mağdurun) izlenen politikanın belli bir cinsiyetten olan çalışanları ötekilere oranla daha çok olumsuz etkilediğini kanıtlaması gerekir. İşveren, tartışma konusu politikasını, işletmenin açık bir gereksinimini karşılayan nesnel düşüncelerle (gerekçelerle) kanıtlayabilir. Sonuç olarak Bilka, haklılığını gösteremediğinden, politikasını gözden geçirmek zorunda kalmıştır.⁵⁶

c. Taciz

Yönergelerde tanımlanan ayrımcılık türlerinden biri de, 2000 yılında bu anlamda Topluluk yazılı hukukuna giren “taciz”dir (harcelement / harassment). Eşit işlem ilkesi, ayrımcılık biçimi olarak “taciz yokluğu”nu da gerektirir. Başka bir deyişle, ayrımcılık yokluğu anlamında eşit işlem, tacizi de kapsar. Taciz, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde, ayrımcılık nedenleriyle ilgili ögesi dışında, aynı içerikle tanımlanmış ve 2002/73 sayılı yönergede de yinelenmiştir.

2000/78 sayılı yönergenin 2. maddesinin 3. fıkrası, “cinsel taciz”den açıkça söz etmeksizin, genel bir kavram olarak tacizi şöyle tanımlamıştır:

“1. maddedeki nedenlerden birine bağlı olarak, bir kişinin *onuruna zarar verme ve onu yıldırma*, ona karşı düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevre yaratma amacı taşıyan yada etkisi olan (sonucu doğuran) *istenmeyen* bir davranış.”

Cinsel tacizi de kapsayan bu genel tanımın öğeleri irdelendiğinde; taciz, yönergede yasaklanan ayrımcılık nedenlerine bağlı olarak ortaya çıkan “istenmeyen” bir tutum, bir davranıştır. Mağdurun isteği dışında ve isteğine karşın gerçekleşen bu davranış, onun, insan haklarının özündeki etik değerlerin başında gelen onurunu zedeleme (incitme) amacı taşır yada açıkça bu amacı taşımasa da, aynı etkiyi yaratır. Yine bu davranış, mağdur için olumsuz / elverişsiz bir çevre yaratma amacındadır yada böyle bir etki doğurur. Bu çevre; mağduru yıldırır, ona karşı düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevredir.⁵⁷

Kimi zaman tek bir olaydan ibaret olabilen taciz, birçok olayın dönemsel olarak yinelenmesi biçiminde de kendini gösterebilir. Taciz; tehditler, yıldırma yada

⁵⁶ Ingeborg Heide, **a.g.m.**, s. 439.

⁵⁷ Ertürk'ün, G. Wiskirchen'den aktardığı tanım şöyledir:

“Taciz bir kimsenin, cinsiyetine dayalı olarak, onurunu çiğnemeyi amaçlayan ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturan her türlü istenmeyen davranıştır. Taciz ayrımcılığın bir alt türü olarak da kabul edilmektedir” (Şükran Ertürk, **a.g.y.**, s. 193).

sözlü istismar; etnik aidiyet, din, engel yada yaş gibi konularda üzücü (can sıkıcı, bezdirici, incitici, çirkin) şakalar gibi birçok biçimde kendini gösterebilen bir ayrımcılık türüdür. Başka kişilere saldıran yada onları aşağılayıp gururlarını kıran her türlü istenmeyen davranış, tacizdir. İşyerinde bir işçinin engeli konusundaki gönül kırıcı (incitici) düşünceler yada bir örgüt toplantısı sırasında yapılan ırkçı şakalar da taciz sayılır. ⁵⁸

111 sayılı sözleşmenin uygulanması bağlamında, üye devletlerce yapılan düzenlemeleri göz önüne alan UÇÖ *Uzmanlar Komisyonu*, “cinsel taciz” yada “istenmeyen cinsel dikkat çekmeler” gibi başlıklar altında, şu örnekleri sıralamaktadır: Bir kişinin giysileri, vücudu, yaşı, aile durumu vb. durumlar konusunda özellikle küfürler, dikkat çekmeler, şakalar, anıştırmalı (imalı) sözler yada kötü yorumlar; insan onuruna zarar veren alçak gönüllü yada paternalist bir davranış; tehditlerin eşlik ettiği yada etmediği, örtük yada açık, can sıkıcı (tedirgin edici) istekler yada davetler; cinselliğe ilişkin tensel (kösütül) istekli bakışlar yada başka hareketler; elle dokunmalar, okşamalar, çimdikler ve oldu bittiler gibi yararsız fiziksel temaslar. Uzmanlar Komisyonu ayrıca, bu tür bir eylemin cinsel taciz olarak nitelenebilmesi için, şu özelliklerden birini de taşıması gerektiğini belirtmektedir: Bunların, tam olarak, bir istihdam (işinde kalma, işini koruma) koşulu yada istihdamın bir önkoşulu olarak algılanması; bu alanda alınan kararları etkilemek, mesleksel verimliliğe zarar vermek; böyle bir eylemle karşılaşan kişiyi aşağılamak, ona hakaret etmek yada yıldırma. Cinsel taciz, bir cinse yada öteki cinse yönelik, genel olarak düşmanca bir iklimden de kaynaklanabilir. Cinsel taciz, bir yandan kişisel bütünlük ve esenliklerini tehlikeye koyarak (kısacası onurunu zedeleyerek) çalışanlar için ve öte yandan da çalışma ilişkilerini temelinden saptırarak ve verimliliğe zarar vererek işyerinde eşitliği tehlikeye sokar ve işletme için potansiyel bir tehdit oluşturur. Bu nedenle kimi ülkeler, cinsel tacizi yasaklayıp hukuki ve/yada cezai yaptırımlara bağlamıştır. ⁵⁹

d. Cinsel Taciz

2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde yasaklanan ayrımcılık biçimleri arasında yer almayan “cinsel taciz”, 2002/73 ve 20006/54 sayılı yönergelerde aynı anlatımla tanımlanmış, böylece, türü ne olursa olsun, “ayrımcılıkların yokluğu” anlamında eşit işlem ilkesinin kapsamına alınmıştır.

Genel olarak tanımlanan “taciz”in öğelerini içeren ve tacizin özel bir biçimine açıkça yer veren anılan yönergelere göre cinsel taciz:

“Bir kişinin içinde bulunduğu, onun onuruna zarar verme ve özellikle yıldırma, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir

⁵⁸ http://ec.europa.eu/employment_social/fondamental_rights/faq/faq8_fr.htm, erişim: 27.07.2007.

⁵⁹ BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1988, parag. 45, s. 44-47; BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1996, parag. 39-40, s. 16.

çevre yaratma amacı taşıyan yada (böyle bir) etkisi olan (sonucu doğuran), fiziksel olarak, sözlü olarak yada sözsüz olarak dile getirilen, *cinsel imalı* istenmeyen bir davranış durumudur.”

Avrupa Komisyonu'nun 27 Kasım 1991'de kabul ettiği çalışmada kadın ve erkeklerin onurunun korunmasına ilişkin tavsiyesinde de yer alan bu tanımın öğeleri şunlardır: Cinsel taciz, mağdurun istemediği, isteğine karşın gerçekleştirilen bir davranıştır. Fiziksel ve / yada sözlü olarak yapılması gerekmez. Uzmanlar Komisyonu'nun örneklerini sıraladığı “sözsüz” eylemlerle de gerçekleştirilebilir. Hangi yol yada yöntemle gerçekleştirilmiş olursa olsun, amacı mağdurun onurunun zedelenmesidir. Özellikle de, mağdur için, yıldırma, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevre yaratma amacı taşımasıdır. Bu amaçlar söz konusu olmasa bile, mağdur üzerinde bu tür etkiler yaratan davranışlardır. Cinsel taciz tanımında, eylemin “karşı” cinsiyetler arasında yapılmasına ilişkin bir sınırlama yoktur. Cinsel taciz eylemlerinin, “aynı” cinsiyetten olan kişiler arasında da yapılması olanaklıdır.

Bu tanıma göre, -4857 sayılı İş Yasası'nın gerek işçi ve gerekse işveren için “haklı nedenlerle fesih”te yer verdiği, Ceza Yasası'nın da cinsel saldırı suçlarından biri olarak yaptırma bağladığı-⁶⁰ cinsel tacizi özel bir biçimi olduğu tacizden ayıran öğe, doğal olarak, istenmeyen davranışın “cinsel imalı” olmasıdır. Bu davranış, sözlü yada sözsüz dile getirilebileceği gibi, fiziksel olarak da yapılabilir.⁶¹

İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) kavramı, “işyerinde diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan bir çeşit psikolojik terör” olarak nitelenmekte; kavramın, “çalışanlara üstleri, astları veya eşit düzeydeki çalışanlar tarafından sistematik biçimde uygulanan her kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışları ifade eden anlamlar içer(diği)” belirtilmektedir.⁶²

⁶⁰ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 678-681.

⁶¹ İşyerinde cinsel taciz konusunda ulusal hukuk ve uluslararası hukuktaki durum ile Kuzey Amerika, Avrupa, Asya ve Pasifik ve Afrika'dan karar örnekleri konusunda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz.: Jane Aeberhard-Hodges, “Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail: jurisprudence récente”, *Revue internationale du travail*, Volume 135, Numéro 5, 1996/5, s. 545-583.

Bu konuda ayrıca, örneğin bkz.: Kadriye Bakırcı, *İşyerinde Cinsel Taciz*, Yasa Yayınları, İstanbul, Kasım 2000; Erdem Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4, Sayı 11, s. 83-96; Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Yetkin Yayını, Ankara, 2008, s. 100-116.

⁶² Pınar Tınaz, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/3, Sayı 10, s. 11-12. Psikolojik taciz konusunda ayrıca bkz.: Pınar Tınaz, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4, Sayı 11, s. 13-28; Fuat Bayram, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, Sayı: 14, s. 552-574; Ali Güzel / Emre Ertan, “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, Sayı: 14, s. 509-549.

e. Emirle Ayrımcılık Yaptırma

2000 yönergelerinde açıkça tanımlanıp yasaklanan ayrımcılık biçimlerinden biri de, “emirle ayrımcılık yaptırma”dır. Yönergelerdeki tanıma göre bu ayrımcılık türü, belirtilen nedenlerden biri için kişilere karşı bir kimseye bir ayrımcılık uygulaması yaptırmak için buyruk (emir, talimat) verilmesidir.

Bu ayrımcılık biçimiyle, doğrudan ayrımcılık için bir yakınma nedeni olabilecek davranış tiplerinin genişletildiği belirtilmektedir.⁶³ Ancak kanımca, emirle ayrımcılık yaptırma eylemi, doğrudan ayrımcılık uygulaması dışındaki ayrımcılık biçimlerinin tanımına uygun olarak da gerçekleştirilebilir.

f. Gebeliğe yada Analık İznine Bağlı Daha Az Elverişli Davranış

2006/54 sayılı yönerge, 92/85 sayılı yönergeye yollamada bulunarak, bu yönerge anlamında gebeliğe yada analık iznine bağlı daha az elverişli davranışı da “resmen” ayrımcılık biçimleri arasına katmıştır. Burada, kuşkusuz, çalışan bir kadına yönelik belirtilen nedenlere dayalı bir farklı işlem ve doğrudan ayrımcılık söz konusudur.

3. Öğretiden Tanım Örnekleri

Öğretide, gizli niteliği nedeniyle, daha çok dolaylı ayrımcılık kavramı üzerinde durulmuş, tanım yada açıklamalar yapılmıştır.

Dolaylı ayrımcılığın yönergelerde ve Adalet Divanı kararlarında yer alan öğelerinden yola çıkan bir yazarın yaptığı tanım şöyledir:

“Görünüşte işlem eşitliği ilkesine uygun ve kadınlar ve erkekler hakkında yansız olan yasal, sözleşmesel yada başka nitelikte kuralların, kadınlar ve erkekler için farklı etkileri olduğu zaman, örneğin istatistikler, çok az sayıda kadının erkeklere oranla kimi ödemelerden yararlandığını yada kimi görevlere erişebildiğini ortaya koyduğu zaman dolaylı ayrımcılık vardır. Benzer bir durum yaratan her tür kural yada uygulama, ilgililerin cinsiyetinden bağımsız olarak haklı gösterilmedikçe, (ayırımı olarak) suçlanabilir.”⁶⁴

Dolaylı ayrımcılık için “*ters etkili ayrımcılık*” nitelemesini yapan bir başka yazarın daha kısa tanımında da, türevsel mevzuattaki öğeler temel alınmıştır:

“Görünüşte yansız olan bir uygulama yada ölçütün, bireyin ait olduğu grup üzerinde haklı gösterilemeyen zarar verici etkilerinin olması.”⁶⁵

⁶³ Colm O’Cinneide, **La discrimination fondée sur l’âge et le droit européen**, Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en avril 2005, s. 21.

⁶⁴ Ingeborg Heide, **a.g.m.**, s. 438.

⁶⁵ Bob Hepple, “Egalité et renforcement du pouvoir d’action pour un travail décent”, **Revue internationale du travail**, Volume 140, Numéro 1, 2001/1, s. 10.

Hepple, bu konudaki en iyi örnekleri, elverişsiz durumdaki bir grubun üyeleri için sorunları daha da ağırlaştırarak işe alma, yükselme yada açığa alma konusundaki seçme ölçütlerinin oluşturduğunu belirtmiştir. Bu kavram, “*özel / maddi eşitlik*” kavramının ilk kabulü çerçevesinde, -işlemin birey için zarar verici olması ölçüsünde- “sonuçlar” üzerine yönelmiştir. Ancak aynı zamanda, ikinci kabul çerçevesinde, *sonuçların eşitliğini* de varsayar. Bununla birlikte dolaylı ayrımcılık kavramının, üçüncü kabul çerçevesinde, yeniden dağıtım etkisi yoktur: Hiçbir farklı yansıma haklı gösterilemiyorsa yada uygulama ticari yada yönetsel açıdan nesnel olarak haklı gösterilmişse, yasaya aykırılık yoktur. Bu kavramın kökeninin, ABD’nin kişi hakları konusundaki yasasından kaynaklanan 1960’lı yıllardaki içtihadı değin uzandığı genel olarak söylene de, gerçekte temeli 1958 tarihli ve 111 sayılı sözleşmenin 1. maddesiyle atılmıştır.

Doğrudan ayrımcılığa oranla gün ışığına çıkarılmasının çok daha güç olduğunu belirten bir yazara göre de, dolaylı ayrımcılığın, görünüşte yansız düzenleme yada uygulamalar söz konusu olmakla birlikte, başkalarına oranla özellikle kimi grupları olumsuz etkiler. Örneğin, kimi işler için öngörülen “boy” koşulu, kimi etnik azınlık kümelerini etkileyebilir. Yine, kimi işçi kümeleri için uygulanan -sosyal güvenlikle ilgili- bir özel rejim, dolaylı bir ayrımcılığa yol açabilir. Öteki ücretliler gibi çoğu kez sosyal korumadan yararlanmayan “ev çalışanları” örnek alındığında, aynı zamanda cinsiyet, etnik aidiyet yada yurttaşlık temellerine dayalı -birleşik, çokboyutlu- dolaylı ayrımcılıklara neden olabilir. Gerçekten, ev çalışanlarının genellikle “kadınlar” ve temelde kimi etnik azınlık gruplarının üyeleri yada göçmen işgücü olduğu göz önüne alırsa, böyle bir özel rejim belirtilen temellere dayanan dolaylı ayrımcılıklar yaratabilir.⁶⁶

Tomei’ye göre, izlenecek eylem çizgilerine ilişkin olarak, dolaylı ayrımcılık uygulamalarının gözlemlenmesi, şu üç saptamanın yapılmasına olanak vermektedir:⁶⁷

1) Elverişsiz elemanların özel durumu göz önüne alınmaksızın aynı kuralların tüm nüfusa tekbiçimli olarak uygulanması, kimi durumlarda, azaltmak yerine eşitsizliklerin sürmesine ve hatta daha da ağırlaşmasına yol açabilir. Dolayısıyla, eşitliği sağlamak için, kimi gruplara özel kurallar uygulanması zorunluluğu doğabilir.⁶⁸ Buradaki sorun, farklı işlemin haklı olup olmamasıdır;

2) Yürütülecek eylem açısından önemli olan ikinci gözlem, dolaylı ayrımcılığın kurumsal sistemin ve işletmenin örgütlenmesinin etkisini ortaya koymaktadır ve kimi kişi grupları için olumsuz etkileri olan kural ya-

⁶⁶ Manuela Tomei, “Sur les notions de discriminations et d’égalité au travail”, *Revue internationale du travail*, Volume 142, Numéro 4, 2003/4, s. 437.

⁶⁷ a.k., s. 437-439.

⁶⁸ Minow’dan (1988) aktaran Manuela Tomei, a.g.m., s. 437.

da uygulamaların kaldırılması amacıyla eleştirel bir inceleme ve gözden geçirme önem taşımaktadır. Ayrımcılık, işverenden kaynaklanmamakta, ancak -örneğin engelli olmayan ve ev işleri ile çocuklarına bakan bir kadınla evli olan bir erkek gibi- bir “işçi tipi”ne uygun olmayan bireyleri dışlayan yada cezalandıran örgütlenme ilkeleri bulunan işletmelerin işle-yişinden ileri gelmektedir;

3) Üçüncü pratik gözlem, görünüşte yansız olan kuralların dışlanmış yada elverişsiz konumdaki kimi gruplar üzerinde öteki gruplara oranla yaratabileceği ayrımcı etkileri istatistiksel olarak belirleme zorunluluğu ile ilgilidir. İstatistiksel inceleme ve irdeleme, kimi zorlukları olsa da, ihmal edilen dolaylı ayrımcılıkları açığa çıkarabilir.

Adalet Divanı'nın kararlarına ve korumasına da konu olduğu gibi, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık, kadınların daha yaygın olarak istihdam edildiği “kısmi zaman çalışma”larda görülebilir.

Eşitliğe ilişkin AB mevzuatının işlem eşitliği ilkesini “ayrımcılığın yasaklanması”, daha açık belirtmek gerekirse, cinsiyet ve aile durumu temeline dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanması olarak tanımladığını belirten başka bir yazar, -yönergelerde yinelenen- bu tanımın ayrımcılığın doğrudan ve dolaylı biçimlerini içerdiğini eklemektedir. Herhangi bir ödeme alma hakkını, aldığı ücret belirli bir eşğin üzerinde olan yada haftada belirli bir çalışma süresinin üstünde çalışan kişilere özgüleyen bir yasal düzenleme, dolaylı ayrımcılık örneği oluşturur. Bu durumda, aynı kural tüm çalışanlara uygulanır, ancak ücrete ve haftalık çalışma süresine göre farklılaşma etkisi vardır: Bu etki, aldığı ücret yada çalışma süresi eşğin altında olanlar (yani düşük ücretli işçi ve kamu görevlileri ile kısmi zaman çalışanlar) için, ödemelere hak kazanamamaları nedeniyle olumsuzdur. Böyle bir kural, erkeklerden daha çok kadınları cezalandırıyorsa (yada tersi söz konusu ise), “nesnel” ölçütlerle haklılığı kanıtlanmadıkça, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık oluşturur. ⁶⁹

Dolaylı ayrımcılık kavramının doğrudan ayrımcılık “yaklaşımın(ın) ötesine geçerek, tarafsız ölçütler ardında yatan ayrımcı olguları kavramaya çalışmakta” olduğunu belirten *Doğan Yenisey*'e göre, ⁷⁰ “görünüşte eşit bir davranışın ayrımcı sonuçlar doğurması anlamında dolaylı ayrımcılık maddi eşitlik anlayışının bir yansıması olup, davranışın sonuçları üzerinde yoğunlaşan bu anlayışta amaç, mutlaka sonuçta eşitliğin sağlanması değildir. Dolaylı ayrımcılık konusu ölçütler a priori meşrudur. Tarafların subjektif niyeti önemli değildir.” Görünüşte eşitliğe uygun olmasına karşın uygulamada ayrımcı sonuçlar yaratan bir düzenlemenin (yada davranışın), dolaylı ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı, yazara göre “iki aşama-

⁶⁹ Linda Luckhaus, “Egalité de traitement, protection sociale et garantie de ressources pour les femmes”, *Revue internationale du travail*, Volume 139, Numéro 2, 2000/2, s. 168-169,

⁷⁰ Kübra Doğan Yenisey, *a.g.m.*, 2002, s. 41

lı bir inceleme” ile yapılır: “İlk aşamada davacı işçi, görünüşte tarafsız bir ölçütün yada önlemin ağırlıklı olarak bir cinse mensup olanları etkilediğini ispatlayacak, daha sonra işveren işletmenin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik objektif nedenlerle bu ölçütleri haklılaştırabilip haklıştıramadığı araştırılacaktır. Doğrudan ayrımcılık hallerinden farklı olarak bu halde ayrımcılık teşkil ettiği iddia edilen ölçüt objektif nedenlerle haklılaştırılabilir.”⁷¹ Sözü edilen iki aşama, aslında dolaylı ayrımcılık kavramının öğelerini oluşturur.

IV. TÜRK HUKUKUNDA EŞİTLİK,

EŞİT DAVRANMA VE AYRIMCILIK TANIMLARI

Uluslararası insan hakları ortak hukuku ile AB hukukunun ardından, pozitif hukukumuzun kuralları; Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay kararları ve çalışma hukuku öğretisi bağlamında, eşitlik, yasa önünde eşitlik, eşit işlem ve eşit davranma gibi değişik kavramlarla anlatılan ilkeye ilişkin tanımlara özetle değinmek yararlı olacaktır.

İçerik ve öğeleri ayrıntılı olarak incelenen bu kavramlardan Anayasa’da ve İş Yasası’nda geçen ikisinin, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ile bu ilkenin kendine özgü nitelikleri bulunan bir ilişkiler düzenine uyarlanması olan eşit davranma ilkesinin temel özellikleri konusunda kimi genel saptamalar yapılacak, önerilecek tanımın içermesi gereken öğelerinin neler olduğu tartışılıp, ayrımcılık yasaklı eşitlik / eşit davranma ilkesinin genel bir tanımı verilecektir.

1. Anayasa ve İş Yasası’nda Eşitlik ve Ayrımcılık Tanımları

Yürürlükteki kurallar temelinde, yasa önünde eşitlik ve eşit davranma ilkelere, asıl olarak, Anayasa ile 4857 sayılı İş Yasası’nda ve Sendikalar Yasası’nda yer almıştır. Bu konudaki düzenlemelerin, söz konusu kavramların tanımında bulunan kimi öğeleri içermekle birlikte, eksiksiz bir tanım verdikleri söylenemez. Tanımın öğeleri yönünden de kimi farklılıklar ve önemli eksiklikler vardır. Uluslararası sözleşmelerde de örnekleri bulunan ancak içtihat hukukuyla eksiklikleri giderilen bu durum, temel amacın tanım yapmak değil hak öznelerini ayrımcılıklara karşı korumak olması nedeniyle doğaldır.

Gerek 1982 Anayasası’nın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki ve gerekse İş Yasası’nın 5. maddesinin 1. fıkrasındaki kendi bağlamında “genel” nitelik taşıyan düzenlemelerin kimi ortak özellikleri vardır. Eşit davranma ilkesinin, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesini iş ilişkilerine özgülemesinin doğal bir sonucu olan bu ortak özelliklerden biri, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin “sınırlı” biçimde sayılmış olmasıdır. Nedenler tüketici olmaksızın sıralandığından anayasal ve yasal koruma kapsamında olduklarına kuşku bulunmasa da, “yaş”, engel” ve “cinsel yö-

⁷¹ a.k., s. 42.

nelim” gibi nedenlerin, her iki düzenlemede açıkça yer almamış olmasının altını çizmek gerekir. Anayasal ve yasal düzenlemelerin bir başka ortak özelliği, yalnızca “doğrudan” ayrımcılığı yasaklamış olmalarıdır. Kuşkusuz, tanımı yapılmısa da, kimi ayrımcılık biçimlerinin (örneğin cinsel tacizin) yaptırımlara bağlandığını unutmamak gerekir. Ortak noktalardan bir başkası da, söz konusu iki düzenlemede, eşitlik ve ayrımcılık yasağının “mutlak” olmadığını ortaya koyan açık bir anlatımın bulunmamasıdır. Bu boşluk, ayrımcılık yasağının her durum ve koşulda uygulanması gereken ve hiçbir istisnası bulunmayan bir ilke olduğu izlenimi yaratabilmektedirler. Bununla birlikte, İş Yasası’nın 5. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki özgül ayrımcılık yasaklarına ilişkin kurallarda, “esaslı sebepler” yada “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler”, ayrımcılık oluşturmeyen farklı işlemler yapılmasını haklı kılabılır. Yine, Anayasa’nın ve İş Yasası’nın içerdiği “özgül” ayrımcılık yasaklarına ilişkin kimi kurallarından da, ayrımcılığın mutlak olmadığı, örneğin “görevin gerektirdiği nitelikler”e dayalı farklı işlem ve düzenlemelerin ayrımcılık oluşturmayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca, madde 10/1 ve madde 5/1’deki pozitif düzenlemelere karşın, ayrımcılık yasağının “mutlak” nitelik taşımadığı, gerek Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın, gerekse iş hukuku öğretisinin ortak ve yerleşik görüşüdür.

Buna karşılık, sözel metinleri çerçevesinde, madde 10/1 ile madde 5/1’deki düzenlemelerde kimi farklılıklar da bulunmaktadır. Anayasa, madde başlığına uygun bir içerikle, ilkeyi olumlu ve olumsuz yönleriyle bir bütün olarak düzenlemiştir. İş Yasası ise, madde başlığındaki anlatıma yer vermeksizin, ilkeyi yalnızca olumsuz yönüyle güvencelemiş görünmektedir. Ancak kanımca, yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasındaki ayrımcılık yasağı, başlığındaki “eşit davranma ilkesi”ni de içerir; çünkü düzenlemenin amacı, bu ilkenin uygulanmasını sağlamaktır.

Eşitlik hakkının “özneleri” ve “yükümlüleri” yönünden yapılacak bir karşılaştırma ise, şu saptamaları yapma olanağı vermektedir: Anayasal ilkenin öznesi “herkes” ve yükümlüleri de “devlet organları ve idare makamları”dır. Eşit davranma ilkesinin özne ve yükümlüleri ise, “iş ilişkisi”nin tarafları olarak, sırasıyla “işçi” ve “işveren”dir. Ancak, anayasal eşitlik ilkesinin yükümlülerinin kapsamına, 11. madde gereğince “yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları ve diğer kuruluş ve kişiler” de girmektedir. Dolayısıyla, “herkes” kapsamında olan işçiler, eşitlik hakkının özneleri ve “diğer kişiler” kapsamında olan işverenler de, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesinin yükümlüleri arasındadır.

Kanımca, bu anayasal ve yasal düzenlemelerdeki -aynı zamanda yargı kararlarındaki- en önemli eksiklik, Anayasa’nın Başlangıç bölümündeki düzenleme saklı kalmak üzere, eşitlik ilkesi ile hak ve özgürlüklerden yararlanma arasında açık ve doğrudan bir bağ kurmamış olmalarıdır. Bu da, özellikle iş hukuku alanında, eşit davranmanın bir işveren borcuna indirgenmesine yol açmakta, insan haklarının kullanılması yönünden taşıdığı önem ikinci planda kalabilmekte ve sonuç ola-

rak, işçilerin, eşitlik ve eşit işlem görme hakkının öznelere olduğunun göz ardı edilmesine yol açabilmektedir.

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında

Eşitlik ve Ayrımcılık Tanımları

Anayasa Mahkemesi'nin, 10. maddenin güvencelediği yasa önünde eşitlik ilkesiyle ilgili olan ve bu çalışmada incelenen kararlarıyla sınırlı olmak üzere, benimsediği yasa önünde eşitlik anlayışından yola çıkarak, tanımın özellik ve öğeleri belirlenebilir.

Hak öznelere olarak kimi "yurttaşlar"dan ve kimi zaman da "herkes"ten söz eden Anayasa Mahkemesi kararlarına göre; yurttaşların hepsi, her yönden aynı hükümlere bağlı tutulamaz. Kimi yurttaşlar, haklı nedene dayanması koşuluyla, başka kurallara bağlı tutulabilir ve bu, eşitliğin ihlali olmaz. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa, Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Eşitlik, hukuki açıdan kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlara değişik uygulama yapılmasını ve yasa önünde ayrımı ve ayrıcalık tanınmasını yasaklar. 10. maddede amaçlanan, "eylemli" değil "hukuksal" eşitliktir. Eşitlikten amaç, eşitlerin eşitliğidir ve eşit olmayanların eşitsizliği, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bu anlamda eşitlik, benzer durumda bulunan kişilere benzer hukuk kurallarının, farklı durumda olanlara ise farklı kuralların uygulanmasını gerektir. Eşitlik, **hukuk devletinin** vazgeçilmez koşullarından biridir.

Anayasa Mahkemesi'nin, 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde verdiği kararlarındaki bu yaklaşımın, biçimsel / hukuksal eşitlik yaklaşımı bağlamında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ve AB Adalet Divanı'nın yerleşik kararlarındaki yaklaşımla örtüştüğü söylenebilir.⁷²

3. Yargıtay Kararlarında Eşit Davranma ve Ayrımcılık Tanımları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, gerek 1961 Anayasası ve gerekse 1982 Anayasası dönemlerinde verdiği kararlarında, 2007 ortalarını izleyen dönemdekiler ayrık tutulursa, anayasal eşitlik ilkesi ile İş Yasası'nın 5. maddesindeki "eşit davranma ilkesi" konusunda, bu kavramları öğelerini içeren bir yaklaşımla tanımlama çabası içinde olmamıştır. Bununla birlikte, 1475 sayılı yasa ile 4857 sayılı yasa dönemlerindeki kimi kararlarında, eşit davranma borcunun, "aynı durumda" bulunan işçiler için uygulanacağını belirterek, bu ilkenin en çok yinelenen öğelerinden birine değinmiştir.

9. HD, 2007 ortalarından sonraki örnekleri çok sınırlı olan- kararlarında ise, Anayasa Mahkemesi'nin ve iş hukuku öğretisinin "biçimsel eşitlik" anlayışını be-

⁷² Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik anlayışının, Danıştay'ca da benimsendiği söylenebilir. Örneğin Danıştay'a göre, "aynı hizmet koşullarına sahip ve aynı statüye tabi işçiler arasında farklı uygulama yapılması eşitlik ilkesine aykırı olacaktır" (bkz.: Altıncı Bölüm), s. 568-569.

nimsemiş; 22 Nisan 2008 tarihli kararında, eşit davranma ilkesi kavramının kimi öğelerini kapsayan açıklamalarda bulunmuş ve ayrıca, ilkenin kimi uluslararası sözleşmelerde yer aldığını da belirtmiştir. Buna göre, haklı nedenlere dayanarak, aynı durumda bulunmayan işçilere farklı işlem yapılması, eşit davranma ilkesine aykırı olmaz; eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmez.

4. Çalışma Hukuku Öğretisinde

Eşit Davranma ve Ayrımcılık Tanımları

Çalışma (iş) hukuku öğretisinde, işverenin borç yada yükümlülüklerinden biri olarak -4857 sayılı İş Yasası'yla- güvenceye bağlanan eşit davranma / eşit işlem kavramının açıklanmasına, genel eşitlik ilkesinin tanımından başlanmıştır.⁷³

Eşit işlem ilkesinin, genel eşitlik ilkesinin iş hukukuna uyarlanması olarak tanımlanması, öğretilerde yaygın bir yaklaşımdır. Örneğin *Tuncay*, “Anayasa Hukukunda eşitlik ilkesi olarak ifade edilen bu kavram(ın), İş Hukukunda eşit davranma ilkesi adını al(dığı)nı” belirtir. Yazara göre, “özel hukuktaki EDİ ile Anayasa Hukukundaki eşitlik ilkesi temelde aynı şeyler olmaktadır.”⁷⁴ Bu ilke, “genel eşitlik ilkesinin İş Hukukundaki görünüm biçimidir.”⁷⁵ Terim olarak yeğlediği “eşit dav-

⁷³ Daha geniş bilgi için bkz.: Altıncı Bölüm, s. 584 vd.

⁷⁴ A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1992, s. 8-9.

⁷⁵ A. Can Tuncay, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 03-04.06 2007, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Haziran 2007, s. 21.

Birçok yazar bu görüşü paylaşmaktadır. Örneğin, *Altan*'a göre, eşit davranma ilkesi, “hukuka egemen olan ‘eşitlik ilkesi’nin İş Hukuku alanına yansımaları olarak da nitelendirilebilir(ir).” Bkz.: Ömer Zühtü Altan, “Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma”, **Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri**, Ölüdeniz-Fethiye, 16-19 Mayıs 1997, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1997, s. 159.

Öğretilerdeki genel yaklaşıma koşut olarak *Onaran Yüksel* de, 4857 sayılı yasa öncesindeki çalışmada, eşit davranma ilkesini, “eşitlik ilkesinin iş hukukundaki ortaya çıkış biçimi” olarak görmektedir (Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Yayını, 1. Bası, İstanbul, Ekim 2000, s. 37).

“**Eşit davranma ilkesi(nin)**, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki ortaya çıkış şekli” olduğunu yazan *Ertürk*, *Tuncay*'a ve Alman yazınına göndermede bulunarak, “eşit davranma ilkesi(nin), anayasal eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünüm şekli” olduğunu belirtmektedir (Şükran Ertürk, **a.g.y.**, s. 36 ve 37).

Yine, “Türk hukuk sisteminde işverenin eşit işlem borcu(nun) hizmet akdinden kaynaklanan işveren borçlarından biri” olduğunu belirten *Doğan Yenisey*'e göre, bu borç “genel eşitlik ilkesinin işyerinde uygulaması”dır ve işvereni, “işçileri arasında kural olarak eşit davranmakla yükümlü” kılar” (Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, 2002, s. 45 ve 46). Yazar, daha sonraki bir çalışmada, “İŞK. M. 5/1 Anayasanın 10. maddesinin iş ilişkisine uyarlanmış bir hali olarak (...) ayrımı yasaklamıştır” demektedir (Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 65).

ranma ilkesi”ni, dar ve geniş anlamlarda olmak üzere ikiye ayıran *Tuncay*’a göre, “geniş anlamda eşit davranma ilkesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun tüm alanlarında geçerlidir. (...) Dar anlamda eşit davranma ilkesi ise, işverenin hizmet akdinin tarafı olarak, işyerinde çalıştırdığı işçiler arasında eşitliğe uygun hareket etmesi, haklı ve akla uygun nedenler yoksa işçileri arasında ayırım gözetmemesi anlamına gelir.” Dar anlamıyla, “sadece bireysel iş ilişkisini ilgilendirir.”⁷⁶ Yazara göre eşit davranma ilkesi, “işverenin farklı işlem yapmamasını gerektiren haklı nedenlerin bulunmaması durumunda, işçilerine eşit davranması, işçileri arasında keyfi ayırım yapmaması demektir.”⁷⁷

Altan’a göre, eşitlik ilkesi, “bireyler arasında nitelikleri nedeniyle haklara sahip kılınmada ve kullanabilmelerinde farklılık gözetilmemesini ifade eder.” İş hukukundaki eşit davranma ilkesi ise, “işyerinde çalışan işçilere eşit davranma ve eşit değerdeki işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarının uygulanması anlamını taşır.”⁷⁸ Kuşkusuz, eşitlik ilkesinin bu tanımında, öğretilerde çok örneği bulunmayan bir yaklaşımla, eşitlik ile hakların kullanılması arasındaki bağın vurgulamış olması önemlidir. Ancak tanım, hak öznesi olma ve hakları kullanmada bireyler arasında fark gözetmeme yükümlülüğünü, onların “nitelikleri” ile sınırlandırmış ve “haklı” nedenlere dayalı farklı işlemlere başvurulabileceğine değinmemiş olması yönlerinden eksiktir.

Eşitlik ile ilgili “başlıca” üç kavramdan söz eden *Onaran Yüksel*, “kadın hakları konusunda yapılan mücadelelerden doğmuş bir kavram” olduğunu ve “salt hukuki bir eşitlik öngörme(diğini)” belirttiği “eşit haklara sahip olma ilkesi” için, yabancı yazına göndermede bulunarak kısa ve kanımca birçok ögesi eksik olan şu tanımları vermiştir: “... kadınların ve erkeklerin her alanda eşit haklara sahip olması ve eşit fırsatlardan yararlanması.”⁷⁹ Bu ilke ile arasında “öz itibarıyla fark” bulunmadığını belirttiği ve daha kısa açıklamalarda bulunduğu “eşit davranma ilkesi” için de, tanım olarak değerlendirilebilecek ve kavramın kimi öğelerini içeren şu açıklamayı yapmıştır: “Eşit davranma ilkesi işverenin aynı konumda bulunan kişilere makul olmayan sebeplerle, keyfi olarak farklı muamele etmesini yasaklar.”⁸⁰ Yazarın, eşitlikle ilgili olarak söz ettiği üçüncü kavram da, “ayrımıcılık”tır ve yabancı yazına göndermede bulunarak verdiği tanım şöyledir: “Genel olarak bir kişinin bir gruba mensup olması veya bir niteliği sebebiyle diğerlerine nazaran farklı muamele görmesi ve mağdur edilmesi

⁷⁶ A. Can Tuncay, **a.g.y.**, s. 5, 6 ve 7.

⁷⁷ A. Can Tuncay, **a.g.m.**, s. 21.

⁷⁸ Ömer Zühtü Altan, **a.g.m.**, s. 159.

⁷⁹ Melek Onaran Yüksel, **a.g.y.**, s. 28, 29 ve 31.

⁸⁰ **a.k.**, s. 37.

‘ayrımcılık’ olarak tanımlanır.”⁸¹ Eşit davranma ve ayrımcılık kavramlarına ilişkin açıklama yada tanımlarda, hak ve özgürlüklerden yararlanma ile bağlantıdan söz edilmemiştir.

Eşit davranma ilkesinin, Anayasa’nın 10. maddesinin “özel olarak”, “iş ilişkileri bağlamında” düzenlenmesi olduğu yaklaşımını benimseyen Süzek’e göre, “genel anlamda eşit davranma borcu, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmaması ve kişilere ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaması biçimin(d)e tanımlanabilir.”⁸² Bu tanım, içerdiği iki öge yönünden, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik tanımına benzemektedir. Ancak, öğretilerdeki tanımlarda genel olarak görüldüğü gibi, eşitlik (ve eşit davranma) ilkesi ile hak ve özgürlüklerden yararlanma arasındaki bağlantıya değinilmemiştir.

Anayasa’da güvencelenen yasa önünde eşitlik ilkesinin, madde 11/1 kuralı da göz önüne alındığında, “salt bir kamu hukuku kurumu olmayıp özel hukuk ilişkileri alanında da geçerli bir ilke” olduğu görüşünü paylaşan Mollamahmutoğlu, “mutlak eşitliği” içermeyen eşit davranma borcunu şöyle tanımlamıştır: “İşverenin, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, yani; haksız ayırma bulunmaması, keyfi davranışlardan kaçınması; haklı nedenler varsa ayırma bulunması, farklı davranması yükümlülüğü.”⁸³ Bu tanımda, yalnızca, işçiler arasında farklı davranmanın “haklı nedenler”e dayandırılması üzerinde durulmakla yetinilmiş; buna karşılık farklı işlemin aynı yada farklı durumlardaki kişilere (işçilere) uygulanıp uygulanmadığına değinilmemiş, böylece tanımın öğelerinden biri -ve kuşkusuz başkaları, özellikle haklardan yararlanma ile bağlantısı- eksik bırakılmıştır.

“İş hukukuna ilişkin eşit davranma yükümlülüğü(nün) Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitliğe aynen uyan bir eşitliğin gerçekleştirilmesini öngörme(diğini)” ileri süren⁸⁴ ve “aynı işi yapsalar bile bütün işçilere ay-

81 a.k., s. 38.

82 Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, Beta Yayını, İstanbul, Eylül 2008, s. 397; Ayrıca bkz.: Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 12, Aralık 2008, s. 24-25.

83 Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku** (Genel Kavranlar – Bireysel İş İlişkileri), Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayını, Ankara, Kasım 2008, s. 542 ve 536.

Yazar, *Pelissier / Supiot / Jeammaud*’ya göndermede bulunarak, eşitlik ilkesinin “şekli anlamda, kişiler arasındaki farklılıkları dikkate almayı yasaklamaya yönelik iken maddi anlamda, tam tersine bu fiili eşitsizliklerle farklı durumlara uygun kurallar koyarak mücadeleye yönelmek” olduğunu belirtmektedir (s. 536).

84 *Ertürk*’ün bu görüşü, yani İş Yasası’ndaki eşit davranma yükümlülüğününün Anayasa’daki yasa önünde eşitlik ilkesine “aynen uyan” bir yükümlülük içermediği görüşü ile ilgili olarak, öncelikle Anayasa’nın 10. maddesi ve özellikle 1. fıkrası ile İş Yasası’nın 5. maddesinin 1. fıkrasının karşılaştırılması-

nı ücretin ödenmesi(nin) mümkün” olmadığını belirten *Ertürk*'e göre, “eşit davranma yükümlülüğü işverene tüm işçilere şematik olarak aynen davranılması konusunda bir yükümlülük getirmez. Aksine, gerçekte eşit olmayana şekli olarak eşit davranılması, eşit davranma yükümlülüğünü zedeler. Ayırım yapma, eşit davranma yükümlülüğü ile bağdaşmalı veya açıkça bir hukuk normu ile düzenlenmelidir. İş hukukunda geçerli olan eşit davranma yükümlülüğünün sonucu olarak, aynı durumda olanlar arasında maddi açıdan farklı davranılmasını gerektirecek haklı sebepler bulunmadığı sürece, farklı davranılması yasaklanmaktadır.”⁸⁵ İş Yasası'ndaki eşit davranma yükümlülüğünün “mutlak” olmadığını açıklanmasına yönelik olan bu satırların son cümlesinde, bu yükümlülüğün iki ögesinin yer aldığı dolaylı bir tanım yapıldığı söylenebilir.

Eşitlik kavramını, başka anlayışlar bulunduğunu da belirterek hukuksal / biçimsel eşitlik anlayışı çerçevesinde açıklayan *Yıldız*'a göre, “eşitlik, hukuki açıdan, eşitlere eşit veya benzer durumlarda benzer işlem yapılması olarak algılanmaktadır.” Bu biçimsel anlayışa göre, eşitlik ilkesinin “herkese, her durumda aynı davranılması anlamına” gelmediğini, “aksine bireyler arasında makul görülecek farklılıkların varlığı durumunda bireylere farklı davranılmasına olanak tanı(dığı)” belirten yazar, şöyle bağlamaktadır: “Dolayısıyla eşitlik ilkesi, aynı, benzer veya eşit durumdakiler eşit davranılmasını; aynı, benzer veya eşit durumda bulunmayanlara ise eşit davranılmamasını gerektirmektedir.”⁸⁶ Bu açıklama ve tanım da da, iş hukuku öğretisindeki yaklaşım doğrultusunda, biçimsel eşitlik ile hak ve özgürlüklerden yararlanma arasındaki bağlantı, eşitliğin bu konudaki rolü ve işlevi eksik bırakılmıştır.

İş Yasası'nın 5. maddesindeki düzenlemenin amacını ve “genel hükümler”den biri olmasını göz önüne alan *Doğan-Yenisey*'e göre, “4857 sayılı yasa

sını öneriyorum. Bu karşılaştırma, sözü edilen ilkeler arasında, adları dışında, içerik olarak temel bir farklılık bulunmadığını gösterecektir, göstermektedir. Anayasa'nın, eşitliği ayırmacılık yasaklı olumlu ve olumsuz boyutlarıyla birlikte düzenlerken, İş Yasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrasında ilkenin yalnızca “olumsuz” boyutuna, yani ayırmacılık yasağına yer vermiş olmasından, başlığı “eşit davranma ilkesi” olan bu yasanın 5. maddesinin söz konusu ilkeyi tanımadığı sonucuna ulaşılamayacağı açıktır.

Dolayısıyla, eğer her iki ilkedeki doğan yükümlülüklerin “aynen uyan” yükümlülükler olmadığını belirtmekten amaç, eşit davranma ilkesinin “mutlak” olmadığını vurgulamak ise (ki izleyen satırlardan böyle olduğu anlaşılıyor), yasa önünde eşitlik ilkesi de “mutlak” değildir; Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği gibi, haklı nedenlerle, farklı durumlarda farklı işlemler yapılması, anayasal ilkeye de aykırı düşmez. Kanımca, kuşkusuz kendi uygulama alanı (iş ilişkileri) ile sınırlı olmak üzere, eşit davranma ilkesi, yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olan bir eşitliği gerektirir. Tersini düşünmek, Anayasa ile de bağdaşmaz; eşit davranma ilkesi, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yorumlanmalıdır.

⁸⁵ Şükran Ertürk, *a.g.y.*, s. 37 ve 38.

⁸⁶ Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Yetkin Yayını, Ankara, 2008, s. 32.

çerçevesinde eşit davranma ilkesinin işverenin borçlarından biri olmanın ötesinde, iş hukukunun temel ilkelerinden biri haline geldiği söylenebilecektir.”⁸⁷ İşverenin eşit davranma borcunun birbiriyle ilgili iki bileşeninden birinin “ayrımıcılık yasakları” olduğunu belirten yazara göre, “ayrımıcılık yasakları temelde temel hak (hak) ve özgürlüklerle ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir” ve “ayrımıcılık yasağı hem bir temel hak ve özgürlük, hem de diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının bir şartı olarak belirmektedir.”⁸⁸ Böylece yazar, söz konusu ilkenin temel öğelerinden birine değinmiştir. Öte yandan Doğan Yenisey, iş hukuku alanında, “işverenin eşit davranma yükümlülüğü(nün) hiçbir zaman mutlak, sonuçta maddi anlamda eşitliği hedefleyen bir içerik kazanmamış” olduğunu belirterek, “amaçlanan(ın) sonuca ilişkin bir maddi eşitlik, örneğin işverenin bütün işçilerinin eşit mali imkanlara kavuşması” olmadığını, tersine “amaçlanan(ın) aynı nitelikteki ve aynı durumdaki, aynı kıdem ve statüde çalışan işçiler arasında farklılık yaratmamak, benzerlere benzer davranılması biçimindeki şekli eşitlik anlayışının gereği, aynı gruptakiler arasında keyfi veya hukuken haklı görülmemeyecek nedenlerle farklı işlem yapma yasağından ibaret” olduğu görüşünü savunmuştur.⁸⁹

V. TANIMIN ÖGELERİ VE TANIM ÖNERİSİ

Olumlu ve olumsuz yönleriyle anayasal ve yasal güvenceye alınan eşitlik ilkesini, daha doğrusu ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesini, gerek uluslararası insan hakları ortak hukuku, gerek AB hukuku ve gerekse iç hukukumuzun pozitif kuralları ile Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ve kimi örneklerine değinilen öğretilerdeki görüşler çerçevesinde bir tanım denemesine girişebilmek için, önce bu tanımda yer alması gereken temel öğeleri belirlemek gerekir. Kanımca, ayrımcılık yasaklı eşitlik yada eşit işlem kavramlarının tanımında, “olmazsa olmaz” nitelikli dört öğenin birlikte bulunması gerekir.

Bu öğelerden birincisi, ayrımcılık yasaklı eşitliğin, öncelikle insan haklarından yararlanma, bireylerin öznesi oldukları hak ve özgürlükleri eylemler olarak kullanmalarında söz konusu olmasıdır. Bunu, sosyal hakların da kapsamında olduğu “insan haklarından yararlanmada eşitlik” olarak da anlatmak yanlış olmaz. Bu özelliği nedeniyledir ki, ayrımcılık yasaklı eşitlik, devlet ve işverenlerin uyması gereken “üstün” bir ilke, bir “ölçü” ilkedir; buna karşılık hak özneleri açısından, bir “insan hakkı”dır, uluslararası / ulusalüstü insan hakları hukukunun ve ulusal hukukun güvenceye aldığı bir “temel hak”tır.

⁸⁷ Kübra Doğan-Yenisey, **a.g.m.**, 2005, s. 974-975.

⁸⁸ Kübra Doğan-Yenisey, **a.g.m.**, 2006, s. 66.

⁸⁹ Kübra Doğan-Yenisey, **a.g.m.**, 2005, s. 977 ve 978-979. Yazarın, “mutlak” eşitlik kavramını “maddi” eşitlik anlamında kullandığı izlenimi yaratan görüşünün değerlendirilmesi için bkz.: Altıncı Bölüm, s. 594.

İkinci öge, ayrımcılık yasaklı eşitliğin ve eşit işlemin, hak öznelerinin her durumda, her koşulda, her konuda ve her zaman “mutlak” biçimde eşit olmadıkları, eşitleştirmelerine olanak bulunmadığı gerçeğiyle ilgilidir. Tersine bir deyişle, kimi zaman aynı, benzer yada özdeş olmayan “farklı” durum yada koşullarda bulunan kişilere, aynı kuralların uygulanamaması, uygulanmasının eşitliği sağlama yerine daha da bozma, eşitsizliği artırma sonucu doğurmasıdır. Daha yalın bir anlatımla, ayrımcılık yasaklı eşitlik, farklı durumlarda bulunan kişiler için farklı kurallar konulmasına ve uygulanmasına engel olmaz. Varolan eşitsizlikler bunu gerektirmektedir.

Üçüncü öge, ikinci ögeyle bağlantılıdır. Birbirinin aynı olmayan durumlarda farklı kuralların uygulanabilmesinin “haklı” sayılabilecek gerekçeleri, ölçütleri olmalı; böyle bir uygulama, keyfi nitelik taşımamalıdır. Kimi hak özneleri için öngörülen farklı işlemler, nesnel, makul, inandırıcı, kısacası “haklı” nedenlere dayanıyorsa ayrımcı sayılmaz.

Dördüncü ve sonuncu öge, eşitlikle bağdaşmayan ayrımcı eylem(ler)e ilişkindir. Haklı nedenlere dayanmayan ayrımcı bir eylem yada farklı işlem, hak ve özgürlüklerin eşitlik koşullarına uygun biçimde kullanılmasını doğrudan yasaklama ve / yada kısıtlama biçiminde gerçekleştirilebileceği gibi, hak öznelerinin dışlanması yada yeğlenmesi biçiminde de kendini gösterebilir.

Bu dört ögeyi kapsayan ve özellikle uluslararası insan hakları ortak hukukundan esinlenen ayrımcılık yasaklı eşitlik (eşit işlem) tanımı şöyle yapılabilir:

“Ayrımcılık yasaklı eşitlik, aynı durumda bulunan hak öznelerinin; haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal yada başka görüşler, yaş, engel, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama yada yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, insan haklarından eşitlik koşulları içinde devletçe yararlanmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, temel bir haktır.”

Bu genel tanımı, birkaç sözcük değişikliğiyle eşit davranma ilkesinin tanımı olarak iş ilişkilerine uyarlamak hiç de zor değildir:

“Ayrımcılık yasaklı eşit davranma, aynı durumda bulunan işçilerin (çalışanların); haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal yada başka görüşler, yaş, engel, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama yada yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, insan haklarından eşitlik koşulları içinde devlet ve işverenlerce yararlanmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, bir temel haktır.”

BİRİNCİ BÖLÜM

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜ
VE
AYRIMCILIK YASAĞI**

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜ VE AYRIMCILIK YASAĞI

İnsan hakları yazılı hukuku alanındaki “uluslararasılaşma” sürecini ikinci kuşak haklardan başlatan Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ / ILO) sözleşmeleriyle yapılan düzenlemeler unutulmamak koşuluyla, ayrımcılığın önlenmesi alanında bir yandan genel ve ilkesel, öte yandan da özel nitelikli ayrıntılı kuralların üretilmesi, temelde Birleşmiş Milletler Örgütü’nün (BMÖ / BM) kurulmasını izleyen dönemde gerçekleştirilmiştir. Ayrımcılık yasağı, Birleşmiş Milletler Antlaşması ve özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nden (İHEB) başlayarak, birçok evrensel ve bölgesel ölçekli insan hakları sözleşme ve belgesinin kabul edildiği bu dönemde, hem genel nitelikli belgelerde açıkça uluslararası koruma altına alınan ve hem de salt bu soruna ilişkin özel belgelerde ayrıntılı olarak düzenlenip güvenceye bağlanan ilkelerden biridir. Bu da, İkinci Dünya Savaşı sonrasında evrensel ve bölgesel düzeylerde kabul edilen bildirge, sözleşme yada tavsiye niteliğindeki belgelerin oluşturduğu insan hakları uluslararası hukukunda açıkça güvencelenen ayrımcılık yasağı yada ayrımcılığa uğramama hakkının, bir “insan hakkı” olduğunu ortaya koymaktadır.

İnsanlar arasında -ve yasa önünde- eşitlik, temel insan haklarından birini oluşturur. Dahası, başka hakların, ancak herkese tanınmış olmasıyla değer kazanması ölçüsünde, eşitlik ilkesi başka hakların da temel öğelerinden biri olarak görünür. ¹ Ayrımcılık yasağı ise, bir yandan kimi zaman eşitlik ilkesiyle birlikte ve kimi zaman da biçimsel olarak tek başına düzenlenen, öte yandansa uygulama alanı yer aldığı sözleşmelerin güvenceye aldığı haklarla sınırlı tutulan yada bu haklardan bağımsız biçimde “özerk” bir hak olarak güvenceye bağlandığı belirtilen yönleriyle, eşitliğin ayrılmaz parçasıdır.

Ayrımcılık yasağı, yalnızca birinci ve ikinci kuşak insan haklarını güvenceye alan “genel” nitelikli belgelerde bir maddeyle yer almasının dışında, örneğin ırk, cinsiyet, istihdam ve meslek ve eğitim gibi kimi alanlarda, “çalışanlar”, “kadınlar” yada “herkes” gibi kimi hak özneleri için “özel konulu” sözleşmelerle de ayrıca ve ayrıntılı biçimde düzenlenmiş; böylece, hakkın en çok ihlal edildiği alanlar yada hakkı en çok çiğnenen elverişsiz konumdaki kişi kesimleri için genel ilke söylemlerin çerçevesini aşan somut ve ayrıntılı güvenceler getirilmiştir.

Birleşmiş Milletler’ce kabul edilen başlıca insan hakları belgelerinde, bu iki yaklaşımın örnekleri bulunmaktadır. Bir yandan, ayrımcılığın “hangi nedenlere” da-

¹ Jean-Michel Servais, *Droits en synergie sur le travail*, L.G.D.J., Paris, 1997, s. 107.

yalı olarak ve öte yandan da “hangi alanlarda” yasaklandığını belirten bu belgelerden kimileri, yalnızca bir maddesiyle, güvenceye aldığı hak ve özgürlüklerden yararlanılmasında ayrımcılığı yasaklarken, kimileri de belirli bir alanda yada belli bir kişi kesimine yönelik ayrımcılıkları yasaklayan ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır. Bunun BM bağlamındaki ırk ayrımcılığının önlenmesiyle ilgili ilk örneğini, 1963’te bildirge ve 1965’te de sözleşme olarak kabul edilen belgeler; ikinci örneğini de, kadınlara yönelik ayrımcılıkları önlemek için yine 1967’de bildirge ve 1979’da sözleşme olarak kabul edilen belgeler oluşturmaktadır.

Ayrımcılık, belirli alanlarda daha yoğun ve yaygın biçimde tanık olunan bir sorun olarak, BM ailesi içindeki başka uzman kuruluşlarca da ayrı ve özel belgelerle ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. “Eğitim” alanında ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ilk uluslararası özel düzenleme UNESCO’da yapılmıştır. 1960 yılında, UÇÖ’nün “istihdam ve meslek” alanında ayrımcılık yasağı getiren 111 sayılı sözleşmesinden iki yıl sonra, sözleşme ve tavsiye olmak üzere iki belge kabul edilmiştir.

Ayrımcılık yasağı, BM, UÇÖ ve UNESCO gibi evrensel ölçekli ve ikisi belirli alanlarda uzman uluslararası kuruluşlar dışında, bu çalışmada incelenen Avrupa ile bu çalışmanın kapsamı dışında tutulan Amerika, Afrika ve Arap coğrafyalarındaki devletlerce kurulan bölgesel ölçekli uluslararası kuruluşlarca kabul edilen belgelerde de yer almıştır.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI VE AYRIMCILIK YASAĞI

Birleşmiş Milletler’in, 1948 sonrasında, gerek genel bir ilke olarak sözleşmelerle tanıyıp güvenceye aldığı, gerekse kimi konular ve kişi kümeleri için özel olarak ayrıntılı biçimde düzenleme gereksinmesi duyduğu ayrım gözetmeme ilkesinin “anayasal” dayanağı sayılabilecek kural, BM Antlaşması’nın birçok maddesinde yaklaşık olarak birbirine benzer anlatımlarla yer almıştır. Bu da, ayrımcılık yasağının, “antlaşmasal” (anayasal) nitelikte ve tüm insan haklarının tanınması ve kullanılmasında geçerli olan, “genel” ve “üstün” bir ilke değeri taşıdığını göstermektedir.

“İnsan haklarının ilk kez açıkça uluslararası hukuka konu ol(duğu)”² BM Antlaşması’nın başlangıcında ve 1. maddesinde, ayrım gözetmeme ilkesiyle doğrudan ilgili değerler ve kurallar yer almaktadır. Başlangıç bölümünde, BM halklarının “temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inançlarını” yeniden ilan ettikleri belirtilmiştir. Antlaşma’nın 1. maddesinin 3. fıkrasında ise, BM’nin amaçlarından birinin, herkesin; “... ırk, cinsiyet, dil yada din ayrımı gözetmeksizin, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak” olduğu belirtil-

² Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, Legal Yayını, İstanbul, Ekim 2005, s. 343.

miştir. Böylece, öznesi “herkes” olan insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı ilkesi, ayrımcılık yasağıyla birlikte, BM’nin amaçlarından birini ouşturmaktadır.

BM Genel Kurulu’nun görevleri arasında da, ayırım gözetmeksizin insan haklarından yararlanmanın sağlanmasına yer verilmiştir. Gerçekten, 13. maddenin 1. fıkrasının (b) bendine göre Genel Kurul; “... ırk, cinsiyet, dil yada din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanılmasını kolaylaştırmak için incelemeler yapılmasına önayak olur ve bu amaçla tavsiyelerde bulunur.” Burada da, ayırım gözetme yasağı, insan haklarından “yararlanma” konusunda getirilmiş, başka bir anlatımla ayrımcılık yasağı ile insan haklarından yararlanma arasındaki bağlantı açıkça vurgulanmıştır. Daha açık bir anlatımla, BM’ye verilen görev, hukuksal (biçimsel) düzenlemelerle sınırlı değildir, uygulamada da eylemli olarak hak ve özgürlüklerden herkesin yararlanmasının kolaylaştırılmasını kapsamaktadır.

Yine, Antlaşma’nın 55. maddesinin (c) bendinde de; “BM’nin, ırk, cinsiyet, dil yada din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine, tüm dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini kolaylaştırma” görevinin bulunduğu yinelenmiştir. 56. madde ise, bu (ve öteki) amaçlara ulaşmak için, BM üyelerinin gerek birlikte gerekse ayrı ayrı olmak üzere BM Örgütüyle işbirliği içinde hareket etme yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir.

Görüldüğü gibi Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın çeşitli maddelerinde, aynı zamanda Örgüt’e ve üye devletlere yönelik olarak, birlikte ve / yada ayrı ayrı olmak üzere getirilen herkesin insan haklarından ayırım gözetilmeksizin yararlanmasını sağlama ve kolaylaştırma, “antlaşmasal” amaç ve görev olarak öngörülmüştür.

Ayrımcılık yasağının kişiler yönünden kapsamı konusunda bir sınırlama getirmeyen Antlaşma, ayrımcılık nedenleri yönünden aynı yaklaşım içinde olmamıştır. Çünkü, gerek BM’nin ve gerekse başka bölgesel kuruluşların insan hakları belge ve sözleşmelerinde sıkça rastlanılan bir anlatımla, nedenlerin başında “özellikle” yada sonunda “başka her durum” denilmediği için, ayrımcılık nedenlerini sınırlı biçimde saymıştır. Öte yandan, örnek niteliği taşımayan ayrımcılık nedenleri, türleri yönünden de sınırlıdır. Ayırım gözetmeme ilkesi, yalnızca ırk, cinsiyet, dil yada din olmak üzere dört nedenle sınırlı tutulmuş, sayılan nedenlere dayalı ayrımcılık yasağı yinelenmiştir. Ne var ki bu, BM’nin sözleşmelerde de benimsediği bir yaklaşım değildir.

BM Antlaşması’nın yazılı metninin kanımca eleştiriye açık olan ancak dar yorumlanmaması gereken bu yaklaşımı, 10 Aralık 1948 tarihinde Evrensel Bildirge’nin kabul edilmesiyle değişmiş ve 1966’da ise, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin (KSHUS) yasa önünde eşitlik ilkesini özerk bir hak kimliğiyle hukuksal güvenceye bağlamasıyla, sözleşmenin sözel metninde güvenceye alınan hakları da aşan bir genişlik kazanmıştır.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Birleşmiş Milletler, kurucu belgesindeki ayırım gözetmeme ilkesini; bir yandan, 1948'de Evrensel Bildirge ve 1966'da "ikiz sözleşmeler" ile genel olarak, öte yandan da 1965 ve 1979 tarihlerinde, ayrımcılığın BM Antlaşması'nda açıkça belirtilip yasaklanan "ırk" ve "cinsiyet" temellerine dayanan en yaygın iki biçimini karşı korumayı özel olarak düzenleyip hukuksal güvenceye almıştır.

UÇÖ'nün, üye devletlerin onayladıkları sözleşmeler için gönderdikleri düzenli raporlarını inceleyerek denetim işlevi gören Uzmanlar Komisyonu, özellikle BM'nin ikiz sözleşmelerine yollamada bulunmaktadır.³ Yine, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ile Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da (ATAD), Evrensel Bildirge ve ikiz sözleşmelerin eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusundaki kural-larına göndermelerde bulunmaktadır. Örneğin Adalet Divanı; istihdam ve çalış-mada din yada inanç, yaş, engel yada cinsel yönelim temellerine dayanan ayrım-cılıkların önlenmesi ve böylece de eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulması ama-cıyla genel bir çerçeve oluşturmayı amaçlayan 2000/78 sayılı yönergeye ilişkin 22 Kasım 2005 ve 16 Ekim 2007 tarihli kararlarında, "herkesin yasa önünde eşitlik ve ayrımcılığa karşı korunma hakkının *evrensel bir hak*" olduğunu vurgu-layarak, bu hakkı güvenceye alan söz konusu BM belgelerinin tümüne ve UÇÖ'nün 111 sayılı sözleşmesine göndermede bulunmuştur.⁴ Bu nedenle, Evrensel Bildirge'den başlayarak ve ilgili denetim organlarının konuyla ilgili genel gözlemlerini göz önüne alarak, BM belgelerinin oluşturduğu hukuksal çerçevenin incelenmesinde yarar vardır.

1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin⁵ 2. maddesi ile başka kimi maddelerinde açıkça yer alan ve esin kaynağı olduğu sonraki bölgesel ve evrensel nitelikli in-

³ BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, Commission d'experts sur l'application des conven-tion et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude spéciale sur l'égalité dans l'emploi et la profession relative à la convention no 111, Conférence internationale du Travail (CIT), 83^e ses-sion 1996, première édition, Genève, 1996 (ilolex: 251996G01), parag. 244, s. 105.

⁴ CJCE, *Affaire C-144/04, Affaire C-144/04, Werner Mangold, contre Rüdiger Helm*, La Cour (gran-de chambre), demande de décision préjudicielle, arrêt du 22 novembre 2005, parag. 4; *CJCE, Af-faire C-411/05, Félix Palacios de la Villa contre Cortefiel Servicios SA*, La Cour (grande chambre), demande de décision préjudicielle, arrêt du 16 octobre 2007, parag. 4.

⁵ Bazı kaynaklarda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ülkemizce "onaylandığı" belirtilmektedir. Oysa Bildirge, adı üstünde, "hukuksal" yükümlülük doğurmaya yönelik bir belge değildir. Bakanlar Kurulu'nun 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması (.) yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim mü-esseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde mü-nasip neşriyatta bulunulması" öngörülmüştür. Bakanlar Kurulu'nun bu kararı da, 27 Mayıs 1949 ta-rih ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Kuşkusuz, Bildirge'nin Resmi Gazete'de yayım-lanması, 1961 ve 1982 Anayasaları anlamında "onay" sayılamaz. Özellikle hukukçuların, kavram-ları yerinde ve doğru kullanmaya herkesten daha çok özen göstermeleri gerekir.

san hakları belgelerinde de benzer biçimde yinelenen ayırım gözetmeme ilkesinin felsefi ve düşünsel kökenleri ve dayanakları, Başlangıçta ve 1. maddede yer alan “*onurda ve haklarda eşitlik*” ilkesidir.

Başlangıcın ilk paragrafında; “insanlık ailesinin tüm üyelerinin özünde bulunan **onur** ile eşit ve devredilemez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temelini oluşturduğu”; beşinci paragrafında da, Birleşmiş Milletler halklarının, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, *erkek ve kadınların eşit haklarına* inançlarını Antlaşma’da yeniden duyurdukları” belirtilerek, hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayırım gözetilmemesi ilkesinin özündeki değerlere yer verilmiştir.

Bildirge’nin 1. maddesi de, olumlu bir dille, “tüm insanlar, onur ve haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar” derken, insan haklarının doğuştan öznesi olan ve bu nedenle haklardan eşit yararlanmaları öngörülen insanlar arasında ayırım gözetilemeyeceğini öngörmüş, ayrımcılığın insanın özüne içkin onur ile bağdaşmayacağını, son çözümlemede “onurda ayrımcılık” anlamına geleceğini belirtmek istemiştir. Prof. Sudre’ün, 1. maddedeki tüm insanların onur yönünden eşitliği genel postülasından çıkan ayrımcılık yapmama ilkesinin, insan haklarının uluslararası korunmasında *bir tür ölçü ayarı işlevi gören (matriciel)* bir ilke oluşturduğu görüşü,⁶ kanımca da doğrudur.

a. Ayrımcılık Yasağı

Genel nitelikli insan hakları belgelerinin başında gelen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 2. maddesi, Antlaşma’da yer almayan “özellikle” sözcüğüne yer vermekle, saydığı ayrımcılık nedenlerini sınırlı tutmadığını belirtmiş; “herkes”in, Bildirge’de açıklanan tüm hak ve özgürlüklerden yararlanacağını ve bu konuda ayrımcılık yapılmayacağını öngörmüştür.

Ayrımcılık yasağına, kanımca 1. maddedeki haklar yönünden eşit doğmanın, daha açık bir deyişle haklardan eşitlik ilkesi uyarınca yararlanmanın bir uzantısı olarak, doğrudan bir anlatımla yer veren 2. madde şöyledir:

“1. Herkes; hiçbir yönden, *özellikle* ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş yada başka her tür görüş, ulusal yada toplumsal köken, servet, doğum yada *başka her durum* yönlerinden ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirge’de duyurulan *tüm haklardan ve tüm özgürlüklerden yararlanabilir*.”

2. Ayrıca, bir kişinin uyruğu olduğu ülkenin yada (egemenliği altındaki) toprağın; bu ülke yada toprak, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında bulunsun, isterse özerk olmasın yada herhangi bir egemenlik sınırlamasına bağlı tutulmuş olsun; siyasi, hukuksal yada uluslararası statüsü temeline dayanan hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”

⁶ Frédéric Sudre, **Droit européen et international des droits de l’homme**, 7^e édition, PUF, Paris, avril 2005, s. 255.

Görüldüğü gibi ayırım gözetme yasağı, eşitlik ilkesine doğrudan bir yollama yapılmamış olmakla birlikte, hem hak özneleri ve hem de Bildirge'nin içerdiği birinci ve ilkinde oranla sayıca az ikinci kuşak insan hak ve özgürlüklerinin tümü için geçerlidir ve bu açıdan bir istisna öngörülmesi söz konusu değildir. Hak ve özgürlüklerden (somut ve eylemliler olarak) yararlanma konusunda öngörülen ayrımcılık yasağı, genel ve üstün bir kuraldır. Herhangi bir nedenle yada kimi koşullarla, kimi kişi kesimleri ve/yada kimi hak ve özgürlükler için ayrımcılık yapılmasına olanak veren istisnalar getirilemez.

Bidirge, kendisinden sonraki sözleşmelerde yer alan yaklaşımla, ayrımcılık yasağını "hak ve özgürlüklerden yararlanma" konusunda getirmiştir. Dolayısıyla, yalnızca hukuksal planda ayrımcılık yasağı öngörmek yeterli değildir. Bu ilke uygulamada da, somut ve eylemliler olarak, hak ve özgürlüklerden yararlanmanın sağlanmasını içermektedir.

Yine, hak öznelerinin uyruğu oldukları ülkelerin belirtilen farklı statülerine göre de, hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda hiçbir ayırım gözetilemez. Bağımsız olmayan, örneğin vesayet altında bulunan yada kendi kendini yönetemeyen ülkelerin uyrukları ile bağımsız ülkelerin uyrukları arasında da, Evrensel Bildirge'deki haklar temelinde ayırım gözetilemez. Kısacası, kişiler, uyruğu (yurttaşlığı) olduğu ülkelerin farklı siyasal, hukuksal yada uluslararası statülerinden bağımsız olarak hak özneleridir.

Evrensel Bildirge, sonraki belge ve sözleşmelere, örneğin 1950'de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve 1961'de de Avrupa Sosyal Şartı'na esin kaynağı olan düzenlemesinde, ucunu açık tuttuğu ayrımcılık nedenlerini "örnek olarak" saymış; "özellikle" ve "başka her durum" demekle, ayrımcılık yasağının dayandığı nedenleri sınırlandırmak istemediğini açıkça belirtmiştir. Daha sonra yapılacak uluslararası yada ulusal düzenlemelerde, başka nedenlere dayalı ayrımcılık yasağı getirilebilir. Bildirge, örneğin madde 2/1'de sayılmayan engellilik, cinsel yönelim ve yaş gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı da koruma sağlamaktadır.

Bununla birlikte Bildirge, ayrımcılık yasağının hak ve özgürlükler yönünden uygulama alanını, "**bu Bildirge'de açıklanan**" tüm haklar ve tüm özgürlükler diyerek, kendi maddi içeriği ile sınırlandırmıştır. Herkesin ayrımcılık görmeme hakkı, Bidirgedeki hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. ⁷ Bildirge'de yer almayan ancak başka uluslararası belgelerde tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma açısından

⁷ Evrensel Bildirge'de yer alan, ayrımcılık yasağı ve yasa önünde eşitlik ilkesinin gözetilip uygulanacağı hak ve özgürlükler şunlardır: Yaşama, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (m. 3); Kölelik ve kuluk yasağı (m. 4); İşkence yasağı (m. 5); Hukuk önünde kişiliğinin tanınması hakkı (m. 6); Hukuk önünde eşitlik (m. 7); Yargı yerlerine başvuru hakkı (m. 8); Keyfi yakalama, tutuklama ve sürgün yasağı (m. 9); Hakça ve açıkça yargılanma hakkı (m. 10); Suçsuz sayılma, suç ve cezanın yasalılığı (m. 11); Özel yaşam, aile ve konut dokunulmazlığı (m. 12); Seyahat, yerleşme ve ülkeden ay-

bir koruma öngörülmemiştir. 2. maddenin sözel metni çerçevesinde yapılan bu yorum ve yaklaşım, İHAS'ın 14. maddesinde de benimsenmiş ve İHAM'ın ayrımcılık yasağının niteliğiyle ilgili birçok kararına konu olmuştur.⁸ Kanımca, ayrımcılık yasağı kuralının uygulama alanının bu anlamda daraltılmış olmasının, Bildirge'nin 1. maddesindeki tüm insanların onur ve haklar yönünden eşit oldukları kuralıyla çeliştiği ileri sürülebilir.

b. Yasa Önünde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

Evrensel Bildirge'nin 7. maddesi, “yasa (hukuk) önünde eşitlik” ilkesini düzenlemiştir. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 26. maddesinin esin kaynağını oluşturan bu maddeye göre:

“Herkes, yasa önünde eşittir ve herkesin, *ayırım gözetmeksizin* yasanın eşit korunmasına hakkı vardır. Herkesin, bu Bildirge'yi çiğneyen her tür ayrımcılığa ve böyle bir ayrımcılığa yönelik her tür kısırtıcılığa karşı eşit korunma hakkı vardır.”

Aynı ilkeyi “olumlu” ve “olumsuz” yönleriyle birlikte düzenleyen 7. madde, yalnızca yasa (hukuk) önünde eşitliği tanımakla yetinmemiş, aynı zamanda eşitlik ilkesinin “olumsuz” anlatımla tanımlanan ve ayrılmaz parçasını oluşturan ayrımcılık yasağına da yer vermiş; herkesin, hukukun eşit korumasından yararlanma hakkını kullanmasında ayırım gözetilmesi yasağına getirmiştir. Bu nedenle, 7. maddenin “ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi”ni güvencelediği söylenebilir. Kanımca, Bildirge'nin 2. ve 29. maddelerindeki kurallar, 7. maddedeki bu yasak için de geçerlidir.

Öte yandan, 7. maddenin öngördüğü ayrımcılığa karşı koruma, herkesi kapsayan, ancak “Bildirge'yi ihlal eden” ayrımcılıkla sınırlı olan bir korumadır. Başka bir deyişle, “her tür ayrımcılığa”, yani hangi nedenlere dayalı ve hangi kişilere yada kişi kesimlerine yönelik olursa olsun tüm ayrımcılık biçimlerine karşı herkese eşit korunma hakkı tanıyan 7. madde de, 2. maddede olduğu gibi, bu korumanın haklar yönünden uygulama alanını Bildirge'de yer alan hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğuran ayrımcılıklarla, kısacası kendi maddi içeriği ile sınırlandırmıştır.

rılma hakkı (m. 13); Sığınma hakkı (m. 14); Uyrukluk hakkı (m. 15); Evlenme ve aile kurma hakkı ve ailenin korunması (m. 16); Mülkiyet hakkı (m. 17); Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı (m. 18); Görüş ve anlatım özgürlüğü hakkı (m. 19); Toplanma ve dernek özgürlüğü hakkı (m. 20); Ülke yönetimine katılma ve kamu hizmetlerine girme hakkı (m. 21); Sosyal güvenlik hakkı ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi hakkı (m. 22); Çalışma, hakça çalışma koşulları ve hakça ücret ve sendika hakları (m. 23); Dinlenme, boş zaman, ücretli izin hakları (m. 24); Yeterli yaşam düzeyi hakkı ve ana ve çocukların özel korunma hakkı (m. 25); Eğitim hakkı ve eğitimin amaçları (m. 26); Kültürel yaşama katılma hakkı (m. 27); Hak ve özgürlüklerin gerçekleştirildiği sosyal ve uluslararası düzen hakkı (m. 28); Bireyin ödevleri ve hakların sınırlanması koşulları (m. 29); Hakların yok edilmesini amaçlayan etkinlik ve eylemlerin yasaklanması (m. 30).

⁸ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 247-258.

Oysa, aşağıda değinileceği gibi, KSHUS'nin 26. maddesinde öngörülen korumada, bu sözleşmede güvencelenen haklarla bir ilişki kurulmamış, korumanın uygulama alanı sözleşmenin tanıdığı haklarla sınırlı tutulmamıştır.

c. Başka Maddelerde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Eşitlik ilkesi ve ayırım gözetme yasağı, 2. ve 7. maddelerin Evresel Bildirge'deki tüm hak ve özgürlükler için geçerli olmak üzere yer verdiği genel nitelikli kurallar dışında, Bildirge'nin kimi maddelerinde yer alan "özgöl" kurallarda ayrıca öngörülmüştür. İkiz sözleşmelerde de görülen bu yaklaşım, eşitlik ve ayrımcılık yasağının temel ve üstün bir ilke olduğunu ortaya koymaktadır.

Bildirge'nin "*hakça ve açıkça yargılanma hakkı*"na ilişkin 10. maddesine göre:

"Her kişinin; gerek hakları ve borçları gerekse kendisine yönelik her tür cezai suçlamanın haklılığı konusunda karar verecek bağımsız ve yansız bir mahkemece, *tam bir eşitlikle*, hakça (adil) ve açıkça yargılanma hakkı vardır."

Hakça yargılanma hakkının "tam bir eşitlik" ile tanınmış olması, hak arama yollarına başvuran kişiler arasında bu hak açısından hiçbir ayırım gözetilmemesini gerektirir. Bu maddede belirtilmemiş olmasına karşın, Bildirge'deki haklardan yararlanmada 2. maddede sayılan nedenlere dayalı ayrımcılık yapılması yasağının hakça yargılanma hakkının kullanılmasını da kapsadığı açıktır.

Eşitlik ilkesi, Bildirge'nin "*evlenme ve aile kurma hakkı*"nı düzenleyen 16. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde de yer almıştır. Evlenme konusunda "cinsiyet" temeline dayalı ayırım yapılmasının önünü kapatan ve aslında 2. maddede genel ayrımcılık yasağının yinelenmesi anlamına gelen bu kurala göre:

"1. (...) Erkek ve kadınların, evlilik süresince ve boşanma sırasında, evlenme konusunda *eşit hakları* vardır."

Bildirge'nin 21. maddesinin 2. fıkrası ise, *kamu hizmetlerine girme hakkı*nın kullanılmasını eşitlik koşullarına uyulmasına bağlı tutmuştur:

"2. Her kişinin, eşitlik koşulları içinde, ülkesinin kamu hizmetlerine girme hakkı vardır."

Kuşkusuz, kamu hizmetlerine girme hakkı da Bildirge'de öngörülen haklardan olduğu için, aslında 2. maddenin koruması altındadır ve dolayısıyla ayırım gözetme yasağı vardır.⁹

⁹ BM Antlaşması'ndaki erkeklerin ve kadınların *haklarda eşitliği ilkesini* uygulamaya koymak amacıyla 20 Aralık 1952'de kabul edilen ve 7 Temmuz 1954'te yürürlüğe giren **Kadının Siyasal Hakları Sözleşmesi** de; ilk üç maddesinde, *erkeklerle eşitlik koşulları içinde ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin*, kadınlara, tüm seçimlerde oy hakkı (m. 1), ulusal düzenlemeler gereğince oluşturulmuş, açıkça seçilmiş tüm organlara seçilme (m. 2) ve tüm kamu makamlarına gelebilme ve tüm kamu görevlerini yerine getirme hakkı (m. 3) tanımıştır.

Eşitlik ilkesinin yinelendiği bir başka madde, Evrensel Bildirge'nin çok az sayıda yer verdiği sosyal haklardan birine ilişkindir. “*Çalışma, hakça çalışma koşulları ve hakça ücret ve sendika hakları*”nı tanıyan 23. maddenin 2. fıkrası, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde güvenceye bağlanan ücret eşitliği ilkesini, aynı zamanda ayırım gözetme yasağı da öngörerek eşitlik ilkesine şöyle yer vermiştir:

“2. Herkesin, hiçbir ayırım gözetilmeksizin, eşit iş için eşit ücret hakkı vardır.”

Ücret konusunda “cinsiyet” nedeniyle ayrımcılık yapılması yasağını da kapsayan eşit iş için eşit ücret hakkı, aşağıda değinildiği üzere, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesinde daha ayrıntılı bir düzenlemeyle hukuksal güvenceye alınmıştır. ASS ise, “eşit değerde iş” için eşit ücret hakkını ayrıca düzenlemiştir.¹⁰

d. Sınırlama Rejimi ve Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı ve hukuk önünde eşitlik kurallarına getirilebilecek istisnaların sınırları, Bildirge'nin “*bireyin ödevleri ve hakların sınırlandırılması koşulları*”nı düzenleyen 29. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen kural ve koşullara bağlıdır. Buna göre:

“2. Herkes; haklarını kullanırken ve özgürlüklerinden yararlanırken, yalnızca başkasının hak ve özgürlüklerinin tanınmasını ve onlara saygı gösterilmesini sağlamak ereğiyle ve demokratik bir toplumda (genel) ahlak ve kamu düzeni ve genel gönencin haklı gereklerini karşılamak amacıyla, ancak yasayla konulan sınırlamalara bağlıdır.

3. Bu hak ve özgürlükler, hiçbir durumda, Birleşmiş Milletler'in amaçlarına ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.”

Bildirge sonrasındaki evrensel ve bölgesel sözleşmelerde de yer alan 2. fıkradaki sınırlama rejimine ilişkin düzenleme, hak ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilebilecek sınırlamanın üç koşulunu belirtmiştir. Buna göre sınırlamaların; 1) “Yasa” ile getirilmesi; 2) Sayılan nedenlere dayanması; 3) Demokratik toplum gereklerine uygun olması gerekir. Sınırlamaların dayandırılacağı nedenler de, başkasının hak ve özgürlüklerinin tanınması ile genel ahlak, kamu düzeni ve genel gönencin haklı gereklerinin karşılanmasıdır. İleride de görüleceği gibi, bu üç koşuldaki “demokratik toplum gerekleri”, aslında “sınırlamanın sınırı” işlevini gören ve böylece kurala dönüşü sağlayan bir koşuldur. Daha açık bir deyişle, hak ve özgürlüğün kural, sınırlamanınsa istisna olduğunu gösterir. Bu koşulların varlığı da, istisnaların dar yorumlanmasını gerektirir.

¹⁰ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 294-296.

Kanımca, ayrımcılık yasağı ile hukuk önünde eşitlik ilkeleri de, Bildirge’de yer alan “hak ve özgürlükler”den biri olarak, bu sınırlama rejimine bağlıdır. Ancak, ayrımcılık yasağı ve hukuk önünde eşitlik kurallarına, örneğin “genel ahlak” yada “kamu düzeni” gerekçeleriyle getirilebilecek kimi yasal sınırlamaların “demokratik toplum gereklerinden” olması gerektiği açıktır. Yerel yada ulusal gelenek yada göreneklere dayandırılacak sınırlamalar, Bildirge’ye uygun sayılamaz.

2. Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması

Uluslararası Sözleşmesi

İrkçilik ve ırk ayrımcılığı, uluslararası topluluğu kaygılandıran ilk ayrımcılık biçimlerindenidir.¹¹ Bu sorun, yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında ve genellikle de en başında “ırk” teriminin anıldığı bildirge, sözleşme ve tavsiyeler dışında, ilk kez BM’ce ayrıntılı bir uluslararası düzenlemede ele alınmıştır. Sözleşmenin Başlangıç bölümünde, BM Anayasası, Evrensel Bildirge ve 1963 tarihli Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Bildirgesi’nin¹² yanı sıra, UÇÖ’nün 1958 tarihli ve 111 sayılı İstihdamda ve Meslekte Ayrımcılık Sözleşmesi ile UNESCO’nun 1960 tarihli Eğitim Alanında Ayrımcılık Sözleşmesi’ne de göndermede bulunulmuş; 1963 bildirgesinde açıklanan ilkelerin uygulamaya geçirilmesi ve bu amaçla, olabildiğince hızlı biçimde pratik önlemler alınmasının sağlanması isteği vurgulanmıştır.

Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (IATBKUS), 21 Aralık 1965 tarihinde kabul edilmiş ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 17 Ağustos 2008’deki güncellemeye göre, Şubat 2009 başlarında, sözleşmeyi 85 devlet imzalamış, 173 devlet de onaylamıştır.¹³

İlerleme Raporlarında aday devletlerce onaylanması istenen insan hakları sözleşmeleri listesinde yer alan Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi, ülke-

¹¹ BIT, *L’heure de l’égalité au travail*, Rapport du Directeur Général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, CIT, 91^e session, 2003, Rapport I (B), Genève, 2003, s. 8.

¹² Sözleşmeden iki yıl önce, BM Genel Kurulu’nun 20 Kasım 1963 tarihli ve 1904 [XIII] sayılı kararıyla, “*Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Birleşmiş Milletler Bildirgesi*” kabul edilmiştir. Genel Kurul’un, dünyanın tüm bölgelerinde ırk ayrımcılığının tüm biçimlerini ve tüm belirtilerini hızla kaldırmak ve insan onuruna saygıyı ve anlayışı sağlamak zorunluluğunu onaylayarak açıkladığı Bildirge’nin 1. maddesine göre; “ırk, renk ya da etnik köken nedenleriyle (yapılan) insanlar arasındaki *ayrımcılık, insan onuruna bir saldırıdır* ve Birleşmiş Milletler Anayasası ilkelerinin bir yadsınması, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde açıklanan insan haklarına ve temel özgürlüklere bir saldırı (ihlal), uluslar arasındaki dostça ve barışçı ilişkilere bir engel ve halklar arasındaki barış ve güvenliği bozmaya elverişli bir olgu olarak kınanması (mahkum edilmesi) gerekir.” 3. maddeye göre de, “özellikle kişi hakları, yurttaşlığa ulaşma (kabul), eğitim, din, istihdam, uğraş ve konut konularında, ırk, renk ya da etnik köken üzerine dayalı her tür ayrımcılığı önlemek için özel çabalar harcanacaktır.”

¹³ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/2.htm>, erişim: 10.02.2009.

mizce 13 Ekim 1972’de imzalanmış ve bundan otuz yıla yakın bir süre sonra, ancak 16 Haziran 2002’de ¹⁴ “Avrupa Birliğinin siyasal ölçütlerine uyum sağlanması” gerekçesiyle onaylanmıştır. ¹⁵ Onay, 16 Ekim 2002 tarihi itibarıyla uluslararası hukuk alanında yürürlüğe girmiştir. ¹⁶ Birinci ve ikinci raporlarını süresi içinde Komite’ye göndermeyen Türkiye, ancak 12 Kasım 2007 tarihinde, 15 Ekim 2007 tarihinde göndermek zorunda olduğu üçüncü raporunu -bir aylık gecikmeyle- sunmuştur. Komite bu raporu, 16 Şubat-6 Mart 2009 tarihleri arasında yapacağı 74. toplantısında incelemeyi planlayıp gündemine almıştır. ¹⁷ Dolayısıyla Türkiye, bu sözleşmeye uygunluk denetimini ilk kez 2009’un ilk çeyreğinde geçirecektir.

a. Ayrımcılık Tanımı

BM sözleşmeleri arasında kendi kapsamı açısından -benzer- tanımlar veren iki sözleşmeden biri olan bu sözleşme, ırk ayrımcılığını tanımladıktan sonra, taraf devletler için öngördüğü yükümlülükleri ilk yedi maddesinde sıralamıştır. ¹⁸ Daha önce de genel olarak değinildiği gibi, ¹⁹ 1. maddenin ilk fıkrasında yapılan *tanım* şöyledir:

“Siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda yada kamusal yaşamın başka her alanında, insan haklarının ve temel özgürlüklerin *eşitlik koşullarında* tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını bastırma yada tehlikeye koyma amacı taşıyan yada sonucu doğuran ırk, renk, soy yada ulusal yahut etnik köken üzerine dayalı *her tür* ayırım, dışlama, kısıtlama yada yeğleme.”

Sözleşmenin, kanımca geniş anlamda ırk ayrımcılığı özelinde “eşitlik” ilkesine göndermede bulunarak yaptığı tanım, maddi içerik yönünden son derece kapsamlıdır. Hiç kuşkusuz sözleşme, ırk ayrımcılığının yalnızca hukuksal planda yasaklanmasını öngörmemiş; hak ve özgürlüklerin “kullanılması” ve “yararlanılması”ndan söz ettiği için, uygulamayı da kapsayan bir yasak getirmiştir. Yasal düzenlemelerle sınırlı kalan bir ırk ayrımcılığı, sözleşmeye uygunluk için yeterli değildir.

¹⁴ **Resmi Gazete**, 16 Haziran 2002, Sayı: 24787, s. 11-41.

¹⁵ Bu sözleşme konusunda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, TBB Yayını, Ankara, 2004, s. 175-191.

¹⁶ <http://www.ohchr.org/FR/Countries/ENACARRegion/Pages/TRIndex.aspx>, erişim: 19.06.2008.

¹⁷ <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/5038ebdcb712174dc1256a2a002796da/87e6557160d17064c1257220006043e1?OpenDocument>, erişim: 24.06.2008.

¹⁸ ırk ayrımcılığının; kuramlar, olgular ve stratejiler boyutlarıyla, kuramsal ve görgül araştırmalar temelinde, emek piyasasındaki karşılaştırmalı bir değerlendirmesi için örneğin bkz.: Marco Fugazza, “La discrimination raciale: Théories, faits, stratégies”, **Revue internationale du travail**, volume 142, numéro 4, 2003/4, s. 547-588.

¹⁹ Bkz.: Giriş, s. 16-18.

İrk ayrımcılığı yasağı; özel yada kamu kesimleri ayrımı söz konusu olmaksızın siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanların yanı sıra kamusal yaşamın başka alanları için de geçerlidir. Tanımın ikinci ögesi olarak ırk ayrımcılığı yasağının amacı ise, insan haklarının ve temel özgürlüklerin eşitlik koşullarında tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılmasıdır. Önemle belirtmek gerekir ki, insan haklarının niteliği yada türleri açısından herhangi bir ayırım söz konusu değildir. Birinci ve ikinci kuşak insan hakları aynı derecede koruma altındadır. Bu nokta, aşağıda belirtilen 5. maddeden ve İrk Ayrımcılığının Kaldırılması Komitesi'nin (IAKK / CERD) bu maddeye ilişkin XX sayılı ve 1996 tarihli “genel tavsiyesi”nden de anlaşılmaktadır. Tanımda yer alan üçüncü öge, tüm insan hak ve özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen “her tür ayırım, dışlama, kısıtlama yada yeğleme” eylemleridir. Öte yandan, sözleşme, “ırk” dışında “renk, soy yada ulusal köken yahut etnik köken” temellerine dayanan ayrımcı, dışlayıcı, kısıtlayıcı yada yeğleyici işlem (düzenleme) ve eylemleri de tanım kapsamına aldığından, ırk ayrımcılığının çerçevesini son derece geniş tutmuştur.

IAKK, XIV sayılı ve 1993 tarihli genel tavsiyesinde, madde 1'deki tanımın kimi öğeleri konusunda taraf devletlerin dikkatini çekmiş; kimi hakların yada kimi özgürlüklerin kullanılmasına zarar verme amacı taşıyan yada sonuçta böyle bir etki yaratan her tür ayırımın (fark gözetmenin) sözleşmeye aykırı olduğunu vurgulamıştır. Komite'nin, uluslararası ortak hukuka koşul olarak altını çizdiği bir başka nokta da, bir farklı işlemin, sözleşmenin amaç ve hedefleriyle karşılaştırılan, farklılaştırma ölçütlerinin meşru yada sözleşmenin 1. maddesinin 4. fıkrası kurallarına uygun olması durumunda ayırım gözetici bir işlem oluşturulmamasıdır.²⁰ IAKK, sözleşmenin 1. maddesine ilişkin XXIV sayılı ve 1999 tarihli genel tavsiyesinde de, tanımın uygulama alanına giren hak öznelere ilişkin açıklama yapmıştır. Buna göre, farklı ırkların yada ulusal yahut etnik grupların üyesi olan *tüm kişiler*, sözleşmenin kapsamındadır. Komite, gerektiği gibi değerlendirme yapabilmesi için, taraf devletlerden, düzenli raporlarında ülkelerindeki benzer gruplara ilişkin bilgiler sağlamalarını istemiştir.²¹

Kanımda, sözleşmenin verdiği ırk ayrımcılığı tanımı, “doğrudan” ayrımcılık yanı sıra, “dolaylı ayrımcılığı” da kapsamaktadır. Çünkü sözleşme, yalnızca “insan haklarının ve temel özgürlüklerin eşitlik koşullarında tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını bastırma yada tehlikeye koyma amacı taşıyan” işlem ve eylemleri değil, doğrudan ve açıkça “bastırma yada tehlikeye koyma” amacı taşımamakla birlikte, aynı zamanda bastırma yada tehlikeye koyma “sonucu do-

²⁰ Nation Unies (NU), *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, (NU, *Récapitulation*, 2008, II), Volume II, HRI/GEN/Rev.9, 27 mai 2008, s. 21.

²¹ NU, *Récapitulation*, 2008, II, s. 34.

ğuran” işlem ve eylemleri de tanım kapsamına almıştır. Dolaylı ayrımcılık kavramının tanımında olduğu gibi, görünüşte ayrımcı bir amaç izlenmemiş olsa bile uygulamada insan haklarının kullanılmasını tehlikeye koyma sonucu doğuran işlem ve eylemler de, dolaylı ayrımcılık olarak sözleşmenin koruması altındadır.

b. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

Sözleşme, sözleşmeyi onaylayan devletlerin; politika izlemeden başlayıp, alacakları somut önlemlerle hak ve özgürlüklerden uygulamada eylemlerle eşitlik koşullarında yararlandırmaya değer uzanan yükümlülüklerini saymıştır. Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Komitesi de, başlangıçtan beri kabul ettiği ve gözden geçirerek geliştirdiği “genel tavsiyeleri” ile, bu pozitif yükümlülüklerin somut içeriğini belirlemiştir.

Sözleşmenin öngördüğü yükümlülükler, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanları ve karşılığı olan hakları ve özgürlükleri kapsamaktadır. Sözleşmenin, taraf devletler için “**olumlu eylem**”i de kapsamak üzere öngördüğü ve çeşitli yollara başvurarak yerine getirmelerini istediği başlıca **yükümlülükler**, ayrıntılı biçimde şöyle sıralanmıştır (m. 2-7):

- Irk ayrımcılığını kınama / yasaklama ve tüm uygun yollarla ve gecikmeksizin, ırk ayrımcılığının her biçimini kaldırmayı ve tüm ırklar arasında anlaşmayı kolaylaştırma amacı taşıyan bir politika izlemeyi üstlenme (m. 2/1);
- Ortam ve koşullar gerektiriyorsa, sosyal, ekonomik, kültürel ve başka alanlarda kimi ırk gruplarının yada bu gruplara üye bireylerin gelişmesini yada korunmasını sağlamak için *özel ve somut önlemler* alma; bu önlemlerin, eşitlik koşulları içinde, insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanmalarını güvenceye bağlama amacı taşıması; bu önlemlerin, hiçbir durumda, karşıladığı (yanıt verdiği) hedeflere erişildiğinde, farklı ırk grupları için eşitsiz yada farklı hakların sürdürülmesi sonucunu doğurması (m. 2/2);
- Özellikle ırk ayrımını ve aparteid’i kınama (yasaklama) ve bu nitelikteki tüm uygulamaları önleme, yasaklama ve kaldırmayı üstlenme (m. 3);
- Bir ırkın yada belli bir renkten yahut belli bir etnik kökenden olan kişiler grubunun üstünlüğüne dayalı düşünce yada kuramlardan esinlenen yada her tür ırksal nefret ve ayrımcılık biçimini haklı gösterme yada yüreklendirme savında olan her propagandayı ve tüm örgütleri kınama; böyle bir ayrımcılığa yada tüm ayrımcılık eylemlerine isteklendirmeyi kaldırmaya yönelik olumlu önlemler almayı üstlenme (m. 4);
- 2. maddedeki yükümlülüklerle uygun olarak tüm biçimleriyle ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve kaldırmayı ve ırk, renk, ulusal yada etnik köken ayrımı yapmaksızın herkesin hukuk önünde eşitliği ilkesini güvenceye bağlamayı üstlenmesi; bu yükümlülüğünü, özellikle aşağıda somut biçimde sayılan (ve

genellikle Evrensel Bildirge ile 1966 sözleşmelerinde tanınan) birinci ve ikinci kuşak haklardan yararlanma konusunda yerine getirmesi (m. 5):

- Mahkemelerde ve adalet yönetimiyle ilgili öteki tüm organlarda eşit işlem görme hakkı;
- İster hükümet (devlet) memurlarından, ister tüm birey, grup yada kurum görevlilerinden kaynaklansın, müessir fiile yada kötü işlemlere (şiddete) karşı kişi güvenliği ve devlet koruması hakkı;
- Siyasal haklar, özellikle seçimlere katılma hakkı ve eşitlik koşulları içinde kamu görevlerine girme hakkı;
- Öteki kişi hakları, *özellikle*:
 - Bir devlet içinde serbestçe dolaşma (seyahat) ve yerleşeceği yeri seçme hakkı;
 - Kendisinininkini de kapsamak üzere, ülkeden ayrılma ve ülkesine geri dönme hakkı,
 - Yurttaşlık (uyrukluk) hakkı,
 - Evlenme ve eşini seçme hakkı,
 - Tek yada ortaklaşa mülkiyet hakkı,
 - Miras hakkı,
 - Düşünce, inanç ve din özgürlüğü hakkı,
 - Görüş ve anlatım (ifade) özgürlüğü hakkı,
 - Barışçı toplantı ve dernek özgürlüğü hakkı,
- Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, *özellikle*:
 - Çalışma, işini özgürce seçme, adil ve doyurucu çalışma koşulları, işsizliğe karşı korunma; eşit iş için eşit ücret, adil ve doyurucu ücret hakları,
 - Sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkı,
 - Konut hakkı,
 - Sağlık, tıbbi bakım, sosyal güvenlik ve sosyal hizmetler hakkı,
 - Eğitim ve mesleksi eğitim hakkı,
 - Eşitlik koşulları içinde kültürel etkinliklere katılma hakkı.
- Ulaşım araçları, oteller, lokantalar, kahveler, gösterimler ve parklar gibi halkın kullanımına açık yerlere ve hizmetlere girme hakkı (m. 5);
- Yargılama yetkisi içindeki tüm kişilere, bu sözleşmeye aykırı olarak bireysel haklarını ve temel özgürlüklerini çiğneyen tüm ırk ayrımcılığı eylemlerine

karşı ulusal mahkemelerde ve yetkili devlet organlarında eylemli (fiili, gerçek) bir koruma ve başvuru yolu ile böyle bir ayrımcılık sonucu uğradığı zarar için bu mahkemelerden adil ve uygun bir tazminat isteme hakkı sağlama (m. 6);

- Irk ayrımcılığına götüren önyargılara karşı savaşım, uluslar ile ırksal yada etnik gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu desteklemek ve BM Anayasası, Evrensel Bildirge, Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması BM Bildirgesi ve bu sözleşmenin amaç ve ilkelerini geliştirmek için, özellikle öğretim, eğitim, kültür ve bilgi alanlarında ivedi ve etkili önlemler alma- yı üstlenme (m. 7).

Kısaca belirtmek ve anımsatmak gerekirse, “ırk” temeline dayalı ayrımcılık yasağı, güvenceye aldıkları hak ve özgürlükler temelinde, gerek BM, gerek UÇÖ, gerek AK ve gerekse AB özelinde de açıkça öngörülmüştür.²² Dolayısıyla, bu sözleşmenin sağladığı “özgül” korumanın yanı sıra, evrensel ve bölgesel sözleşmeler de, birinci ve ikinci kuşak insan haklarından yararlanmada ırk ayrımcılığını yasaklamıştır.

c. Komite'nin Genel Tavsiyeleri

Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Komitesi, 1999 yılında kabul ettiği 5. maddede ilişkin XX sayılı genel tavsiyesinde, bu maddede sayılan hak ve özgürlükler listesinin “sınırlandırıcı bir liste” oluşturmadığının altını çizmiştir. Taraf devletler, kaynağını BM Anayasası'nda, Evrensel Bildirge'de ve ikiz sözleşmelerde bulan bu hak ve özgürlükleri tanımak ve kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür. Komite, 5. maddenin insan haklarının her tür ırk ayrımcılığından korunmuş olarak kullanılmasını gerektirmekle birlikte, *kendi başına siyasal kişisel, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar yaratmaz; bu hakların varolduğunu ve tanındığını varsayar*. Sözleşme, taraf devletlere, insan haklarının kullanılmasında ırk ayrımcılığını yasaklama ve kaldırma yükümlülüğü getirir. Komite'ye göre, eğer bir devlet 5. maddede sayılan haklardan birinin kullanılmasına görünüşte ülkesindeki tüm kişilere uygulanan bir kısıtlama dayatırsa, bu kısıtlamanın hem amacı ve hem de etkisi yönünden, insan haklarına ilişkin uluslararası kuralların ayrılmaz parçasını oluşturan bir belge olarak sözleşmenin 1. maddesi ile bağdaşmazlık içinde olmaması gerekir. Mahkemeler önünde eşit işlem hakkı gibi 5. maddede sayılan birçok hak ve özgürlük, belli bir üye devlette yaşayan tüm kişileri ilgilendirirken, seçimlere katılma, oy kullanma ve aday olma hakkı gibi başka haklar, yurttaşlara özgüdür.²³

²² Avrupa Birliği hukukunda, ırk yada etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağı öngören 2000/43 sayılı yönerge için bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 385-401.

²³ NU, **Récapitulation**, 2008, II, parag. 1-3, s. 28.

Komite, 2000 tarihli ve XXVII sayılı, Romanlara yönelik ayrımcılıkla ilgili genel tavsiyesinde; Roman topluluklarının yararına taraf devletlerce alınmasını istediği önlemleri ayrıntılı ve sistemli biçimde sıralamıştır. Bunlar; genel nitelikli önlemler, ırksal şiddete karşı koruyucu önlemler, eğitim alanında alınacak önlemler, yaşam koşullarının düzeltilmesine yönelik olarak alınacak önlemler, medya alanındaki önlemler ve kamusal yaşama katılımı ile ilgili önlemler başlıkları altında sıralanmıştır. Yaşam koşullarının iyileştirilmesi amacıyla alınması istenen önlemlerden *kimileri* şunlardır:

- İstihdamda ayrımcılığı yada Roman topluluklarının üyelerine yönelik olarak emek piyasasındaki tüm ayrımcı uygulamaları yasaklayan yada daha etkili kılan bir mevzuat kabul etmek;
- Romanların, yönetim ve kamusal kuruluşlar ile özel işletmelerde istihdamını özendirilmeye yönelik özel önlemler almak;
- Oturan (ikamet eden) statüsünün elde edilmesi ve konuta erişme konusunda, Romanlara yönelik olarak temelde yerel otoritelerden (yönetimlerden) ve özel mülkiyet sahiplerinden kaynaklanan tüm ayrımcı uygulamalara karşı kararlılıkla müdahale etmek;
- Romanların, sağlık (bakım, tedavi) hizmetlerine ve sosyal yardımlara eşit erişimini sağlamak ve bu alandaki tüm ayrımcı uygulamaları kaldırmak;
- Romanlar ve özellikle kadın ve çocuklar yararına sağlık alanında program ve projeler hazırlamak ve uygulamak;
- Roman toplulukları üyelerinin, özellikle lokanta, otel, tiyatro ve kabare, diskotek gibi kamusal kullanımlı tüm yer ve hizmetlere erişimi konusunda, tüm ayrımcı uygulamayı uygun biçimde önlemek, kaldırmak ve yaptırıma bağlamak.²⁴

Komite, madde 1/1 ile ilgili 2002 tarihli ve XXIX sayılı genel tavsiyesinde de, geldiği soy temeline dayalı ayrımcılıklara karşı taraf devletlerce alınmasını öngördüğü önlemler arasında, ekonomik ve sosyal haklarla ilgili olanlara da yer vermiştir. Bunlardan, Romanlara ilişkin olarak yukarıda sayılanların dışındaki yükümlülükler şunlardır:

- Eşitlik ve ayrımcılık yasağı temeline dayanan ekonomik ve sosyal kalkınma plan ve programları hazırlamak, kabul etmek ve uygulamak;
- Geline soy temeline dayanan topluluklarda yoksulluğu kaldırmak amacıyla özsel ve etkili önlemler almak;
- Kamusal ve özel kesimlerde etkilenen topluluk üyelerinin istihdamını geliştirmek amacıyla özel önlemler almak;

²⁴ a.k., parag. 27-35, s. 40-41.

- İş isteyenlerden (arayanlardan) gelinen soya dayalı bilgiler araştıran kamu organlarına, özel şirketlere ve başka örgütlere karşı önlemler almak;
- Bu topluluklardaki çocukların güçsüzlük ve dayanıksızlığına, çocuk çalışmasının (işçiliğinin) sömürülmesine çözüm bulmak ereğiyle önlemler almak;
- Gelinen soy temeline dayalı ayrımcılığa bağlı aşağılayıcı çalışma koşullarını ve borç için köleliği kaldırmak amacıyla kesin önlemler almak.²⁵

IAKK, taraf devletlerin uyruk olmayanlara yönelik ayrımcılık konusundaki sorumluluklarına açıklık kazandırılmasının zorunlu olduğu gerekçesiyle, 1993'te XI sayılı ve bunun yerini almak üzere de, 2005'te XXX sayılı genel tavsiyelerini kabul etmiştir. Sözleşme kurallarına ve özellikle 5. maddesine dayanan komite, bu sorumlulukları sistemli biçimde ortaya koymuştur. Yukarıda sıralanan 5. madde-deki hakların, kimilerinin uyruklara özgülenebilmesine karşın, ilkece herkes tarafından kullanılması gerektiğini; taraf devletlerin, uluslararası hukukun öngördüğü çerçeve içinde, uyrukların ve uyruk olmayanların bu hakları eşit biçimde kullanmasını sağlamakla yükümlü olduğunu yinelemiştir. Yine Komite, sözleşmeye göre, yurttaşlık yada göçmenlik ile ilgili statü temeline dayanan bir farklı işlem uygulanmasının, sözleşmenin hedef ve amaçları ışığında değerlendirilen farklılaştırma ölçütlerinin meşru bir amaç taşıması ve bu amaca ulaşılmasıyla orantılı olması durumunda ayrımcılık oluşturur. XXX sayılı genel tavsiye, “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” başlığı altında, taraf devletlerin yükümlülüklerini, yukarıda Romanlar için sıraladıklarına benzer biçimde belirtmiştir.²⁶

3. Aparteid Suçunun Cezalandırılması ve Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi

Ayrımcılık yasağı, belirli / sayılan nedenlere dayalı olarak yada belirli alanlarda genel yada özel belgelerle yasaklanmasının dışında, 1960'lı yıllardan 1990'lı yılların ortalarına değin Güney Afrika'da hükümetin kararlı bir politikasının sonucu olarak uygulanan sistemli ırk ayrımcılığı (apartheid) biçimiyle de uluslararası düzenlemelere konu olmuştur.

Örneğin UÇÖ Genel Konferansı, 1964'te, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde apartheid politikası ile ilgili bir bildirge kabul etmiştir. Filadelfiya Bildirgesi'ne ve UÇÖ Anayasası'nın Başlangıcı'na dayanan Bildirge ile apartheid politikası mahkum edilmiş ve Güney Afrika Cumhuriyeti hükümetinden aldığı çeşitli önlemleri kaldırması istenmiştir. Ayrıca UÇÖ, çalışma alanında apartheid politikasının kaldırılması için ayrıntılı bir program hazırlamıştır.

UÇÖ'nün 1981 yılında gözden geçirdiği 1964 Bildirgesi'nin kabul edilmesinden başlayarak, UÇB Genel Müdürü'nün her yıl Bildirge'nin uygulanması konu-

²⁵ a.k., parag. 7, s. 51-52.

²⁶ a.k., s. 53-58.

sunda özel bir rapor hazırlayarak Genel Konferansa sunması öngörülmüştür. Bu raporlarda, Güney Afrika'da ve ayrıca uluslararası alanda ayrımcılıkla ilgili olaylar irdelenmiş, çalışma alanında alınması gereken olumlu önlemlerle politika değişikliği yapılmasına yönelik önerilerde bulunulmuştur.

UÇÖ Bildirgesi'nden dokuz yıl sonra 20 Kasım 1973'te kabul edilen ve 18 Temmuz 1976'da yürürlüğe giren Apartheid Suçunun Cezalandırılması ve Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi, Güney Afrika'da ırk ayrımcılığı sorununun çözülmesinden sonra askıya alınmıştır. ²⁷

Sözleşme, Başlangıç bölümünde andığı belgeler arasında bulunan 1965 Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi ile 9 Aralık 1948 tarihli Soykırım Suçunun Cezalandırılması ve Önlenmesi Sözleşmesi'ni tamamlayan bir belgedir. Sözleşme, Güney Afrika'da "apartheid" olarak anılan *sistemli ırk ayrımcılığı* uygulamalarının cezalandırılmasını ve önlenmesini amaçlıyordu. ²⁸

a. Apartheid Tanımı ve Kapsamı

Sözleşme, "apartheid suçu" terimini tanımlamıştır. Bu terim, Güney Afrika'da uygulanan biçimiyle, bir ırksal grubun başka herhangi bir ırksal grup üzerinde egemenliğini kurmak yada sürdürmek ve bu grubu sistemli biçimde baskı altında tutmak ereğiyle işlenen benzer ayrımcılık ve ırk ayrımcılığı politika ve uygulamalarını kapsamaktadır (m. II).

Sözleşme, bu kapsama giren *insanlık dışı eylemleri* ayrıntılı biçimde şöyle belirtmiştir:

- Bir ırksal grup üyesine yada üyelerine yaşam hakkı ve kişi özgürlüğü hakkı tanımamak;
- Bir ırksal gruba, tümüyle yada kısmen bedensel yıkımlarına yol açmaya yönelik yaşam koşulları dayatmak;
- Bir ırksal grubun ülkenin siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yaşamına katılmasını engellemeye yönelik yasal yada başka önlemler almak ve özellikle bir grubun üyelerini temel insan haklarından yoksun bırakarak, grubun eksiksiz gelişimine engel oluşturan koşullar yaratmak;
- Halkı ırksal ölçütlere göre bölmeyi amaçlayan yasal yada başka nitelikte önlemler almak;

²⁷ Ayrıntı için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, 2004, s. 193-198.

²⁸ Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Cinquante troisième session, **Bon fonctionnement des organes créés en application des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, Rapport final sur les moyens d'améliorer l'efficacité à long terme du régime conventionnel mis en place par les Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme**, établi par un expert indépendant, Philip Aston, E/CN.4/1997/74, 27 mars 1997, s. 5.

- Özellikle zorunlu çalışmaya bağlı tutarak, bir ırksal grup üyelerinin emeğini sömürmek;
- Apartheid'a karşı çıkmaları nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerden yoksun bırakarak, örgütleri yada kişileri ezme (m. II/a, b, c, d, e, f).

Sözleşme, gerekçesi ne olursa olsun, kimi kişileri (eylemlerin sürdüğü devletin ülkesinde yada başka bir devlette oturan devlet temsilcilerini, örgüt ve kuruluş üyelerini ve kişileri) uluslararası planda cezai yönden sorumlu tutmuştur. Bunlar; yukarıda sıralanan II. maddedeki eylemleri işleyen, bu eylemlere katılan, apartheid suçunun sürmesine doğrudan destek veren yada onu özendiren yahut doğrudan işbirliği yapan kişiler, örgüt ve kuruluş üyeleri ve devlet temsilcileridir. Bu kişilerin, eylemlerin sürdüğü devlette yada başka bir devlette oturması önemli değildir (m. III/a, b).

Sözleşme, II. maddedeki eylemlerle suçlanan kişilerin, bu kişiler hakkında yargılaması bulunan sözleşmeye taraf her devletin yetkili bir mahkemesinde yada yetkisini kabul edecek taraf devletler hakkında yetkili olan bir uluslararası ceza mahkemesince yargılanabilmelerine olanak tanımıştır (m. V).

Sözleşmenin taraf devletler için öngördüğü bir başka yükümlülük de şudur: BM Güvenlik Konseyinin, apartheid suçunun önlenmesi, kaldırılması ve cezalandırılması amacı taşıyan kararlarını BM Antlaşması'na uygun olarak kabul etmeyi ve uygulamayı üstlenmek, sözleşme amaçlarına erişmek ereğiyle BM'nin başka yetkili organlarınca alınan kararların yerine getirilmesine katkıda bulunmak (m. VI).

Sözleşme, tüm taraf devletlere, BM'nin yetkili organlarından herhangi birine başvurmak, BM Anayasası'na uygun olarak, apartheid suçunun önlenmesi ve kaldırılması için uygun olduğunu düşündüğü önlemler almasını isteme yetkisi tanımıştır (m. VIII).

Sözleşme, taraf devletlerin İnsan Hakları Komisyonu'nu şu konularda yetkilendirmelerini öngörmüştür (m. X/1 a, b, c):

- Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi'nin 15. maddesine uygun dilekçe örneklerini gönderdikleri zaman, BM organlarından II. maddede sayılan eylemlerle ilgili yakınmalara dikkat etmelerini istemek;
- BM'nin yetkili organları ile sözleşmeye taraf devletlerin dönemsel raporlarına dayanarak, II. maddede sayılan suçlardan sorumlu olduğu sanılan kişi, örgüt, kuruluş ve devlet temsilcileri ile kendilerine karşı taraf devletlerce yargısal kovuşturma yapılan kişilerin listesini hazırlamak;
- BM'nin yetkili organlarından, vesayet atındaki ve özerk olmayan toprakların / ülkelerin yönetiminden sorumlu makamlarca II. maddedeki suçlardan sorumlu olabilecek kişiler hakkında alınan önlemler konusunda bilgiler istemek.

Bu sözleşme kuralları, sömürge ülke ve halklarına bağımsızlık verilmesi bildirgesinin amaçlarına ulaşılması beklenirken, bu halklara başka uluslararası belgelerce yada BM ve uzman kuruluşlarınca tanınan dilekçe hakkını hiçbir biçimde kısıtlamaz (m. X/2).

b. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

Sözleşmenin taraf devletler için öngördüğü *yükümlülüklerden* kimileri şunlardır:

- Apartheid'in insanlığa karşı bir suç olduğunu açıklama ve apartheid ile benzer ırk ayrımcısı politika ve uygulamalardan kaynaklanan insanlıkdışı eylemlerin uluslararası hukuk kurallarına aykırı suç olduğunu ve uluslararası barış ve güvenlik için ciddi bir tehdit oluşturduğunu açıklama (m. 1/1);
- Apartheid suçu işleyen örgüt, kuruluş ve bireyleri suçlu sayma (m. 1/2);
- Apartheid suçunun ve benzer başka politikaların yada belirtilerinin, hangi biçimde olursa olsun özendirilmesini engellemek, bu nitelikteki her tür özendirmeyi kaldırmak ve bu suçun eylemcilerini (faillerini) cezalandırmak için gerekli yasal yada başka tüm önlemleri alma (m. IV/a);
- Sözleşmenin II. maddesinde tanımlanan eylemlerden sorumlu tutulan yada bu eylemlerle suçlanan kişileri, kendi yargı düzenine uygun olarak kovuşturmak, yargılamak ve cezalandırmak için yasal, yargısal ve yönetsel önlemler alma (m. IV/b);
- Apartheid suçunu önlemek, kaldırmak ve cezalandırmak amacıyla Güvenlik Konseyince alınan kararları BM Anayasası'na uygun olarak kabul etme ve yerine getirme, sözleşme amaçlarına ulaşmak için BM'nin öteki yetkili organlarınca kabul edilen kararların yerine getirilmesine katkıda bulunma (m. VI).

4. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ESKHUS),²⁹ 16 Aralık 1966'da kabul edilmiş ve 3 Ocak 1976'da yürürlüğe girmiştir. 5 Ocak 2009'da yapılan güncellemeye göre, sözleşmeyi imzalayan ve onaylayan devlet sayıları, sırasıyla 69 ve 160'tır.³⁰

Türkiye, sözleşmenin 4 Haziran 2003 tarihli ve 4867 sayılı yasayla onaylanmasını uygun bulmuş³¹ ve ardından da, Bakanlar Kurulu'nun 10 Temmuz 2003

²⁹ Sözleşme ve denetim organı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin yapısı, işleyişi ve işlevleri konusunda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s. 227 vd.

³⁰ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/3.htm>, erişim: 10.02.2009.

³¹ **Resmi Gazete**, 18 Haziran 2002, Sayı: 25142, s. 11.

tarihli ve ve 2003/5923 sayılı kararıyla onaylayarak taraf olmuştur.³² Uluslararası hukuk alanında ise, sözleşme 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³³ Ancak ülkemiz, 30 Haziran 2005 tarihinde sunmak zorunda olduğu ilk raporunu,³⁴ çok gecikmeli olarak göndermiştir. Mayıs ve Kasım aylarında, bir haftası çalışma grubu ön toplantısı olmak üzere üç hafta süreyle yılda iki kez toplanan Komite, Türkiye'nin ilk raporunu Mayıs 2010 toplantısının gündemine almıştır.³⁵ Böylece, sözleşmeye ilişkin ilk hukuksal uygunluk denetimi, ilk raporun gönderilmesi gereken tarihten beş yıl gibi uzun süre sonra yapılabilecektir. Ne yazık ki bu durum, sözleşmenin güvencesindeki ekonomik, sosyal ve kültürel hakların birincil aktörleri olan işçi ve kamu görevlisi sendikalarının da ilgi ve dikkatini çekmemiş ve çekmemektedir.

“Ulusalüstü” niteliği nedeniyle, bu sözleşmenin, genel olarak bireysel ve toplu iş ilişkilerine ve sosyal haklara ilişkin tüm hukuksal düzenlemelerde ve özel olarak da, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesine uygunluk konusunda “doğrudan” uygulanması ve göz önünde bulundurulması gerekir.

a. Ayrımcılık Yasağı

Sözleşmenin madde 2/2 kuralı, Evrensel Bildirge'nin ayrımcılık yasağına ilişkin kuralına, *taraf devletler için hukuksal yükümlülük* doğurmaya yönelik bir anlatım ve içerikle yer vermiştir. Ayrımcılığın dayandırılacağı nedenleri, “özellikle” dememiş olsa da, sınırlandırmaksızın saymıştır. Ancak sözleşme, Bildirge'de ve başka sözleşmelerde olduğu gibi, ayrımcılık yasağının haklar yönünden uygulama alanını güvenceye aldığı haklarla sınırlı tutmuştur. Dolayısıyla, madde 2/2 kuralı, sözleşmedeki haklardan³⁶ “bağımsız” bir koruma sağlamamakta, yani ayrımcılık yasağı “özerk” bir hak niteliği taşımamaktadır.³⁷

³² **Resmi Gazete**, 11 Ağustos 2003, Sayı: 25196, s. 121-147.

³³ <http://www.ohchr.org/FR/Countries/ENACARRegion/Pages/TRIndex.aspx>, erişim: 19.06.2008.

³⁴ Rapor İngilizce olarak sunulmuştur: “**Advance Unedited Version**, Implementation of The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Initial Reports Submitted by States Parties Under Articles 16 and 17 of the Covenant, Republic of Turkey, Ministry of Foreign Affairs of The Republic of Turkey, Deputy Directorate General For Council of Europe and Human Rights”, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/AdvanceVersions/E-C12-TUR-1.doc>, erişim: 06.02.2009.

³⁵ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/sessions.htm>, erişim: 06.02.2009.

³⁶ Sözleşmenin üçüncü bölümünde güvenceye aldığı haklar, başlık olarak kısaca şunlardır: Çalışma hakkı (m. 6); Çalışma koşullarından yararlanma hakkı (m. 7); Sendika hakkı (m. 8); Sosyal güvenlik hakkı (m. 9); Ailenin korunması ve aileye yardım hakkı (m. 10); Yeterli yaşam düzeyi hakkı (m. 11); Sağlık hakkı (m. 12); Eğitim hakkı (m. 13); Kültürel yaşama katılma ve bilimsel ilerlemeden yararlanma hakkı (m. 15).

³⁷ IHAS'ın 14. maddesiyle karşılaştırmak için bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 243 vd.

Bu kurala göre, sözleşmeye taraf devletler:

“Sözleşmede açıklanan hakların, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş yada başka her tür görüş, ulusal yada sosyal köken, servet, doğum yada **başka her tür durum** temellerine dayanan hiçbir yönden ayırım (discrimination) gözetilmeksizin *kullanılmasını* güvenceye alma yükümlülüğü üstlenirler.”

Sözleşmenin, ayrımcılık yasağını onaylayan devletlere yönelik bir yükümlülük olarak öngörmüş olmasının temel nedeni, güvencelenen hakların salt yasal planda tanınmakla “kendiliğinden” kullanılabilir, hak öznelerince uygulamada somut olarak yararlanılabilir nitelik taşıyaması; hukuksal tanımaya ek olarak devletin bu amaçla somut edimde bulunmasını gerektirmesidir.

Madde 2/2’de, hak özneleri yönünden bir açıklık olmamakla birlikte, sözleşmenin çeşitli maddelerinde güvenceye alınan hakların her biri için belirlenen öznelerin sayılan nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı korunduğuna kuşku yoktur.

Bu maddenin öngördüğü yükümlülük, sözleşmedeki “hakların kullanılmasının” güvenceye alınmasından söz edilmiş olmakla birlikte, aslında iki boyutludur. Bir yandan, *hukuksal plandaki* ayrımcı nitelik taşıyan tüm anayasal, yasal ve yönetsel düzenlemelerin değiştirilmesini ve ayrımcılık yapılmamasını sağlama yükümlülüğü içermektedir. Kanımca bu yükümlülük, toplu sözleşmeler ile iş sözleşmelerini ve işyeri düzenlemelerini de kapsar. Öte yandan da, *uygulamadaki* ayrımcılıkların ve ayrımcı davranışların da kaldırılmasını gerektirmektedir. Kuşkusuz, sözleşmede açıklanan hakların ayırım gözetilmeksizin eylemli olarak “kullanılmasını” güvence altına alma yükümlülüğünü yerine getirmenin önkoşulu, bunu öncelikle Anayasadan başlayarak tüm yasal ve yönetsel düzenlemeleri kapsayacak biçimde gerçekleştirmektir. Sözleşmenin, hakların ayırım gözetilmeksizin “kullanılması”ndan söz etmiş olması, biçimsel / hukuksal düzenlemelerin tek başına yeterli olmayacağını ve devlete düşen asıl sorumluluğun, bu ilkeyi uygulamaya geçirmek ve hak öznelerinin sosyal haklardan eylemli olarak yararlanmalarını sağlamak olduğu gerçeğini görmesidir.

Sözleşme gereğince, onaylayan devletlerin yükümlülüğü, ayrımcılığa yol açan yasa ve uygulamaları değiştirmekle ve her tür ayrımcı davranıştan vazgeçmekle sınırlı değildir; kamusal yaşamın hangi sektöründe olursa olsun, ayrımcılık uygulayan özel kişilere ve organlara yasak getirmeyi de kapsar. Dolayısıyla, ayrımcılık yapmaksızın haklardan yararlandırma yükümlülüğünün, özel kesim işverenlerini de kapsadığına kuşku yoktur. Bu güvencenin hukuksal boyutuyla ilgili bir başka ve çok önemli ögesi, *hak arama yollarının* da tanınmış olmasıdır. Ayrımcılık durumunda, yargısal yada başka (yönetsel) bir başvuru yoluna gidebilmenin olanaklı kılınması gerekir.

Sözleşmenin sağladığı koruma, Bildirge’de olduğu gibi sayılan nedenlerin önünde “özellikle” dememiş olsa da, sonunda “başka her tür durum” dediği için saydığı nedenlerle “sınırlı” değildir. Ayrımcılığın uygulamada en yaygın biçimde

görülen örneklerini sıralayan sözleşme, örneğin ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmayı engelleyen yaş, malvarlığı (patrimoine), gelir düzeyi, engel yada cinsel yönelim gibi başka nedenlere yer vermemiştir. Ancak, maddede açıkça sayılmayan bu gibi nedenlere bağlı olan ve sözleşmedeki hakların kullanılmasına zarar veren başka ayrımcılık biçimlerinin de önlenmesi, onaylayan devletlerin yükümlülükleri kapsamındadır.³⁸

Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili olan ve 2-6 Haziran 1986'da kabul edilen **Limburg ilkelerine**³⁹ uygun olarak, yalnızca ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını kullanabilmeleri için korunma gereksinimi bulunan kimi gruplar yada bireylerin gelişmesini sağlamak amacıyla alınan **özel önlemler** ayrımcılık sayılmaz; daha açık bir deyişle, uygulamadaki eşitsizlikleri görece hafifletmeye ve giderek kaldırmaya yönelik “özgül önlemler”le gerçekleştirilecek olumlu ayrımcılık da sözleşmenin sağladığı koruma kapsamındadır. Ancak bu özel önlemlerin, farklı gruplar için ayrı hakların sürdürülmesi sonucu doğurmaması ve öngörülen amaçlara erişildiğinde süreklilik kazanmaması gerekir.⁴⁰

Sözleşmenin, KSHUS'den farklı olarak, taraf devletlerce hukuk ve uygulama boyutlarıyla sağlanmasını istediği ayrımcılığa karşı korumanın haklar yönünden uygulama alanını -Bildirge'deki yaklaşımla- “sözleşmede açıklanan haklar”⁴¹ ile sınırlı tutmuş olması, kanımca eleştiriye açıktır. ESKHUS'nin bu düzenlemesine karşın, KSHUS'nin 26. maddesinde “özerk” bir hak olarak güvencelenen ayrımcılık yasağı, kanımca ESKHUS'de tanınmayan sosyal hakları da kapsar.

Madde 2/2'de öngörülen ayrımcılık yasağı kuralı, ayrımcılık nedenleri yönünden UÇÖ'nün 111 sayılı sözleşmesiyle karşılaştırıldığında,⁴² şu saptamalar yapılabilir: Ayrımcılık ölçütleri 111'de sayılanlara benzemekle birlikte, bu sözleşmede sayılmayan dil, servet ve doğum (doğumun meşruluğu, evlilik içi olup olmaması anlamında) ölçütlerine de yer verilmiştir. Ayrıca, yalnızca “siyasal görüş” değil -siyasal nitelikli olmayan- “başka her tür görüş” de, ölçütler arasında sayılmıştır.⁴³

38 NU, Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, Droits économiques, sociaux et culturels, Manuel destiné aux institutions nationales des droits de l'homme, s. 15; NU, **Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels**, Fiche d'information, No 16 (Rév.1), http://www2.ohchr.org/french/about/publications/docs/fs16_fr.htm, erişim: 24.07.2008.

39 NU, **Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels...**, 1996, s. 30.

40 NU, Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, **Fiche d'information**, No 16 (Rév.1).

41 Ayrımcılık yasağının koruması kapsamında olan, yani ESKH Komitesi'nin de belirttiği gibi tümünün 3. maddeyle birlikte okunması gereken ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şunlardır: Çalışma hakkı (m. 6); Hakça ve elverişli çalışma koşullarından yararlanma hakkı (m. 7); Sendika ve grev hakları (m. 8); Sosyal güvenlik hakkı (m. 9); Ailenin, annenin, çocukların ve gençlerin korunma hakkı (m. 10); Beslenme, konut, açlığa karşı korunma hakları (m. 11); Sağlık hakkı (m. 12); Eğitim hakkı (m. 13); Kültürel yaşama katılma hakkı (m. 14).

42 Bkz.: İkinci Bölüm, s. 127-131.

43 BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, Etude d'ensemble, 1996, parag. 244, s. 105.

Öte yandan, genel bir ölçüt olarak “başka her durum” a da yer verilerek, ayrımcılık ölçütlerinin ucu açık bırakılmıştır. Bu kısa karşılaştırma, daha geniş bir sosyal haklar yelpazesini korumaya yönelik olmasının doğal sonucu olarak, ayrımcılığa karşı korumanın kapsamının “istihdam ve meslekte” ayrımcılık yasağı öngören 111 sayılı sözleşmeden daha geniş olduğunu göstermektedir.

Madde 2/2 kuralının, GG Avrupa Sosyal Şartı'nın E maddesiyle karşılaştırılması durumunda da,⁴⁴ kısaca şu saptamalar yapılabilir: ESKHUS'den otuz yıl sonra kabul edilen GG ASŞ'de sayılan “örnek” ayrımcılık yasağı nedenleri, bu yeni oluşunun da sonucu olarak daha geniştir ve madde 2/2'de yer almayan “sağlık ve ulusal azınlığa üyelik” nedenlerini de kapsamaktadır. Her iki belgede de nedenler sınırlı olmaksızın belirtildiğinden, bu fark aslında çok önemli değildir. Çünkü ayrımcılık yasağı, her iki belgedeki haklar temelinde (yararlanmak yada kullanmak üzere) ileri sürülebileceğinden, aralarında nitelik olarak bir fark yoktur.

b. Cinsiyet Temeline Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Sözleşme 3. maddesinde, ölçüt olarak madde 2/2'de açıkça belirtmiş olmakla birlikte, “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılığı ayrıca ve açıkça yasaklamıştır. Bu özgül kural ve yansıttığı yaklaşım, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin birbirine sıkı sıkıya bağlı olan ve birbirini güçlendiren güvenceler olduğunu göstermektedir. Madde 2/2 ile birlikte ikinci kuşak insan haklarının ayrımcılıklara karşı korunmasında güçlü bir koruma sağlayan 3. madde, eşitliğe göndermede bulunarak, sözleşmeyi onaylayan devletler için, kadınların ve erkeklerin güvenceye alınan hakların tümünden eşit biçimde yararlanmalarını öngören hukuksal bir yükümlülük getirmiştir. BM Anayasası'nın 1. maddesi ile Evrensel Bildirge'nin 2. maddesine dayanan 3. maddeye göre:

“Sözleşme'ye taraf devletler, kadın ve erkeklerin sözleşmede sayılan tüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan eşit yararlanma hakkını sağlamayı üstlenirler.”

Aynı zamanda hukuksal düzenlemeleri ve uygulamaları (kuramsal/biçimsel ve eylemli/somut eşitliği) kapsayan bu yükümlülük, kadın ve erkeklerin “sözleşmenin” güvenceye aldığı tüm haklardan eşit olarak yararlanma hakkının taraf devletlerce güvenceye alınmasını zorunlu tutmaktadır. Devletler, gerektiğinde, eşitlik durumunu sağlamak amacıyla özel önlemler almakla yükümlüdür.⁴⁵ 3. madde de, eşit yararlanma hakkını “bu sözleşmede sayılan haklar” ile sınırlandırmıştır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin -aşağıda değinilen- 3. maddesindeki benzer bir anlatımla, kadınların ve erkeklerin hak ve özgürlüklerden eşit yararlan-

⁴⁴ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 290-293.

⁴⁵ NU, **Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels**, Fiche d'information, No 16 (Rév.1); http://www2.ohchr.org/french/about/publications/docs/fs16_fr.htm, erişim: 24.07.2008.

ma hakkını güvenceleyen bu maddenin *hazırlık çalışmalarında*, madde 2/2 kuralıyla bir yineleme oluştursa da, 3. maddenin yalnızca ayrımcılığın yasaklanması değil aynı zamanda aynı hakların eşitlik temelinde kadınlara ve erkeklere tanınması için her iki sözleşmeye konulduğu belirtilmiştir. Birçok önyargının kadınların ve erkeklerin haklardan eşit yararlanma hakkının tam olarak uygulanmasına engel oluşturmayı sürdürmesi nedeniyle, bu “temel” ilkenin bir kez daha doğrulanması -sözleşmelerin hazırlık aşamasında- zorunlu görülmüştür.⁴⁶ ESKH Komitesi de, 25 Nisan-13 Mayıs 2005 tarihlerindeki 34. toplantı döneminde kararlaştırdığı 3. maddeye ilişkin **16 sayılı “genel gözlem”inde**;⁴⁷ taraf devletlerin dönemsel raporlarının incelenmesi sırasında, devletlerden kadınların ve erkeklerin güvencelenen hakları eşit kullanmaları konusunda bilgiler istediğini belirtmiştir.

Sözleşmenin *sözel metni*, taraf devletler için “eşit” yararlanma hakkını sağlama yükümlülüğü getirmiş, ancak sosyal haklardan yararlanma konusunda kadın ve erkekler arasında uygulamada görülen somut ve olgusal eşitsizliklerin giderilmesine yönelik *özel önlemler* alma yükümlülüğü öngörmemiştir. Bununla birlikte ESKH Komitesi, 3. maddenin bu yükümlülüğü de içerdiğini kararlaştırmıştır.

Gerçekten Komite’ye göre, 3. maddenin güvenceye aldığı “temel ilke”, anayasa, yasalar ve hükümet politikalarındaki “kuramsal” eşitliğin ötesinde, sözleşmedeki hakların kullanılması açısından erkeklerin ve kadınların “somut” eşitliğini de kapsar. İnsan hakları belgelerindeki ayrımcılık gözetmeme ve eşitlik konusundaki korumalar, aynı zamanda hukuk ve uygulamayı kapsar (de facto ve de jure). *Biçimsel eşitlik*, bir yasanın yada bir politikanın erkekleri ve kadınları yansız biçimde ele almasıdır. Somut yada eylemler eşitlikte ise, yasal düzenlemelerin, politika ve uygulamaların etkisi / sonucu önemlidir; kimi kişi kümelerinin durumuna ilişkin elverişsizliklerin (dezavantajların) sürüp gitmemesi ve fakat azalmasına dikkat etme zorunluluğu vardır. Eşitliği somut olarak yerleştirmek için, kuramsal olarak erkeklere ve kadınlara fark gözetmeksizin uygulanan yasalar çıkarmak yada politikalar belirlemek yeterli olmaz. Taraf devletler, 3. maddeye işlerlik kazandırmak için, bu yasa, politika ve uygulamaların, eğer varolan ve özellikle kadınların mağduru oldukları ekonomik, sosyal ve kültürel eşitsizlikleri göz önünde bulundurmazsa, erkekler ve kadınlar arasında eşitsizliğe çözüm getiremez, hatta sürüp gitmesini sağlar.⁴⁸

⁴⁶ NU, **Projet de Pactes internationaux relatifs aux droits de l’homme**, Rapport de la Troisième Commission A/5365, 17 décembre 1962, parag. 85.

⁴⁷ NU, CES, **Observation générale no 16 (2005)**, Droit égal de l’homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels (art. 3 du Pacte...), E/C.12/2005/4, 11 août 2005; NU, **Instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme**, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme, Volume I, HRI/GEN/Rev.9, 27 mai 2008, (NU, **Récapitulation**, 2008, I) s. 133-143.

⁴⁸ NU, CES, **Observation générale, No 16 (2005)**, parag. 6-8; NU, NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 134.

Komitenin gözleminde; eşitlik ve ayırım gözetmeme ilkelerinin “gerçek” bir eşitliği güvenceye bağlamak için kendi başına yeterli olmadığı vurgulanmış, elverişsiz konumdaki kişilerin yada grupların ötekilerle aynı düzeye getirilmesi için **geçici özel önlemler** uygulanmasının gerekli olabileceği belirtilmiştir. Geçici özel önlemler, yalnızca biçimsel / hukuksal eşitliği değil aynı zamanda kadınlar ve erkekler arasında somut yada eylemli eşitliği yerleştirmeyi amaçlar. Bununla birlikte, eşitlik ilkesinin uygulanması, kimi zaman, ayrımcılığın sürüp gitmesine katkıda bulunan koşulları hafifletmek yada kaldırmak ereğiyle devletlerin kadınlar yararına önlemler almasını gerektirir. ⁴⁹ Kuşkusuz, sözü edilen bu önlemler, olumlu ayrımcılık içeren önlemlerdir.

Komite, 1990 tarihli ve 3 sayılı genel gözleminde de belirttiği gibi, ⁵⁰ taraf devletlerin 3. maddeden doğan yükümlülüklerinin “zorlayıcı ve derhal uygulanabilir” nitelik taşıdığına altını çizmiş ve bu yükümlülükleri “saygı gösterme”, “koruma” ve “uygulama” olmak üzere üç başlıkta toplamıştır. ⁵¹

İlk olarak “**saygı gösterme yükümlülüğü**”, devletlerin, kadınların ve erkeklerin sözleşmedeki haklardan eşit yararlanma hakkından doğrudan yada dolaylı biçimde yoksun kalmalarına yada bu hakkın ihlaline neden olan ayrımcı önlemlerden kaçınmalarını gerektirir. Özellikle, taraf devletler, görünüşte yansız olan yasa, politika ve programların uygulamaya konulmasının etkilerini göz önünde bulundurmalı ve haklardan eşitlik temelinde yararlanma kapasitesi üzerinde olumsuz yansımalarının bulunup bulunmadığını incelemelidir. Daha açık bir anlamıyla, bu yükümlülük, dolaylı ayrımcılıkları da kapsar.

İkinci olarak “**koruma yükümlülüğü**”, devletlerin, cinsiyetlerden birinin aşağılığı yada üstünlüğü ve kadınlar ve erkekler için kalıplaşmış roller kavramını (anlayışını) sürdüren geleneksel yada her türlü önyargı ve uygulamanın doğrudan kaldırılmasına yönelik önlemler almasını gerektirir. Komite bu yükümlülük kapsamında şunları sıralamaktadır: Eşit yararlanma hakkına ilişkin anayasal ve yadal düzenlemeler kabul edilmesi ve onlara uyulması ile her türlü ayrımcılığın yasaklanması; bu hakkın kullanılmasına doğrudan yada dolaylı olarak karşı çıkan üçüncü kişileri caydırmayı ve her türlü ayrımcılığı kaldırmayı amaçlayan yasalar çıkarılması; kadınları ayrımcılığa karşı korumak için, yönetsel önlemler alınması ve programlar kabul edilmesi, kamusal programlar, birimler ve kurumlar kurulması.

⁴⁹ NU, CES, **Observation générale, No 16 (2005)**, parag. 15; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 135-136.

⁵⁰ NU, CES, **Observation générale, No 3**: La nature des obligations des Etats parties (art. 2, par. 1, du Pacte), E/1991/23; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 13-17.

⁵¹ NU, CES, **Observation générale, No 16 (2005)**, parag. 18-21; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 136-137.

Bu yükümlülük, örneğin, kamu hizmetlerinin kısmen yada tümüyle özelleştirildiği durumlarda da uygulanır. Taraf devletlerin, haklardan eşit yararlanma hakkını ihlal etmemelerini güvenceye almak için, devlet dışındaki aktörlerin davranışını da izlemesi ve düzenlemesi gerekir.

Üçüncü olarak, taraf devletlerin “**işlerliğe / uygulamaya koyma yükümlülüğü**”, kadın ve erkeklerin sözleşmedeki haklardan somut olarak yararlanmalarını sağlayıcı önlemler almalarını gerektirir. Komite, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar yönünden nitelikleri nedeniyle ayrıksı önem taşıyan bu önlemleri dokuz maddede şöyle sıralamıştır:

- *Uygun önlemlerin varlığına dikkat etmek.* Bu önlemler şunlardır: Tazminat, eski duruma geri döndürme, rehabilitasyon, yinelenen ihlale karşı koruma, açıklamalar, kamusal özür dilemeler, eğitim programları, önleme programları ve bu önlemlere erişme;
- *Uygun başvuru organları kurmak.* Bunlar, en yoksul, en elverişsiz ve en marjinal erkek ve kadınları kapsamak üzere eşitlik koşullarında herkesin erişebileceği bağımsız yargısal ve yönetsel mekanizmalardır;
- *Gözetim (denetim) organları uygulamaya koymak.* Bunun amacı, kadın ve erkeklerin sözleşmedeki haklara eşit erişmeyi özendirmeye yönelik yasa ve politikaların uygulamaya konulmasının, elverişsiz yada marjinalleştirilmiş kişiler yada gruplar, özellikle kadınlar ve küçük kızlar üzerinde olumsuz sonuçlarının bulunmadığından emin olmaktır;
- *Uzun dönemde, sözleşmedeki hakların erkekler ve kadınlar tarafından eşitlik koşullarında kullanılmasını güvenceye almak ereğiyle, politikalar oluşturmak ve uygulamak;*
- *Yargıçlar ve kamu görevlileri için, insan haklarına ilişkin eğitim ve yetiştirme programları düzenlemek;*
- *Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar yararına erkek ve kadınların haklardan eşit yararlanmaları ilkesini örgün ve yaygın öğretim sistemine koymak ve kadın ve erkeklerin, erkek ve kız çocukların okullarda ve başka öğretim programlarında eşit katılımlarını özendirmek;*
- *Erkek ve kadınların kamu görevinde ve kamusal karar alma organlarında eşit temsil edilmelerini geliştirmek;*
- *Kadın ve erkeklerin, kalkınmanın planlanmasına, kalkınmaya ilişkin kararlara, kalkınmanın iyiliklerine ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesiyle ilişkili olan tüm programlara eşit katılımlarını özendirmek.*

ESKH Komitesi'nin belirlediği üç boyutlu yükümlülükler, ⁵² sözleşmeyi onaylayanın hukuksal ve uygulama düzlemlerinde somut önlemler alınmasını gerektirmekte, biçimsel eşitliğin ancak bu önlemlerle sözleşmenin amaçladığı eylemli eşitliğe dönüşebileceğini, yasal düzenlemeler aşamasında kalan bir uyum sağlamanın sözleşmenin ihlalini oluşturacağını ortaya koymaktadır.

Önemle belirtmekte yarar var ki, Komite bu yaklaşımının doğal sonucu olarak, 16 sayılı genel gözleminde, 3. maddedeki yükümlülüğün tüm sözleşme haklarını kapsayan “genel” bir yükümlülük olduğunu göz önüne alarak, erkek ve kadınların haklardan eşit yararlanmaları ilkesini 6-15. maddelerdeki haklarla birlikte okuyup verdiği örneklerle, taraf devletlerin bu konudaki yükümlülüklerini nasıl somut olarak yerine getirmiş sayılacaklarını açıklamıştır. ⁵³

Komite gözleminde, yükümlülüklerin ulusal düzeyde uygulamaya konulup yerine getirilmesi konusunda da değinmiştir. Alınması gerekli önlemler alanında belli bir “takdir yetkisi” bulunan taraf devletlerin, kadın ve erkeklerin sözleşmedeki haklardan eşit yararlanma hakkını güvenceye almak amacıyla uygun stratejileri insan haklarına ilişkin ulusal eylem planlarına koymaları gerekir. Bu stratejilerin; ilgili devletin özel durumuna ve bağlamına uygun politika, program ve etkinliklerin sistemli biçimde tanımlanmasına dayanması; sözleşmedeki tüm haklardan yararlanılmasında her türlü ayrımcılığın kaldırılmasına özel bir dikkat göstermesi gerekir. Haklardan eşit yararlanmayı hızlandırmak için -ayrımcı sayılmaması gereken- geçici özel önlemler almaları konusunda taraf devletleri özendiren Komite, ulusal politika ve stratejilerinde; eğer yoksa, özellikle yönetsel makamlar, arabuluculuk ve başka insan haklarının korunması ulusal kuruluşları gibi etkili kurum ve mekanizmalar öngörmeleri; bu kurumların, 3. maddenin ihlaline ilişkin yakınmalar konusunda soruşturmalar (anketler) açmaları; ulusal politika ve stratejilerde, kadın ve erkeklerin haklardan eşit yararlanma haklarına ilişkin uygun gösterge ve ölçütlerle yer vermeleri gerektiğini belirtmiştir. ⁵⁴

Eşitlik ilkesinin, sözleşmedeki haklardan yararlanmaları için temel olduğunu bir kez daha vurgulayan Komite, haklardan herhangi biri konusunda biçimsel ve somut (eylemli) eşitliğin güvenceye alınmamasının sözleşmenin ihlali olduğunu, bunun hukuksal ve eylemli (fiili) ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirdiğini belirtmiş; ihlalin, taraf devletlerin yada ulusal yahut yerel kuruluş ve kurumlarının doğrudan bir eyleminden, eylemsizliğinden yada savsaklamasından doğabileceğinin altını çizmiştir.

⁵² Bu yükümlülüklerin, GG ASS'nin hükümet raporlarına ve toplu yakınmalara dayalı hukuksal uygunluk denetimini yapmakla görevli Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nin yerleşik kararlarıyla karşılaştırılması için bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 289 vd.

⁵³ NU, CES, **Observation générale, No 16 (2005)**, parag. 22-31; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 138-140.

⁵⁴ a.k., parag. 32-39; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 140-141.

Ulusal hukukumuzun ayrımcılık yasağı ve yasa önünde eşitlik konusundaki düzenlemelerinin, yalnızca AB yönergeleriyle değil, aynı zamanda bu genel gözlemin çerçevesini çizdiği ESKHUS ile de uyumlu olması gerekir.

c. Başka Maddelerdeki Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, “temel” niteliklerinin ve birbirinin ayrılmaz parçasını oluşturmalarının doğal sonucu olarak, ESKHUS’nin çeşitli maddelerinde yer alan özgül kurallarda da, birlikte yada tek olarak yinelenmiştir.

Örneğin, “herkesin hakça (adil) ve elverişli çalışma koşullarından yararlanma hakkı”na ilişkin 7. maddede, bu hakkın kapsamında olan “*eşit değerde iş için eşit ücret*” ilkesi, Evrensel Bildirge’den daha ayrıntılı olarak düzenlenip hukuksal güvenceye alınmıştır (m. 7/1, a [i]):

“Hiçbir ayırım yapılmaksızın eşit değerde bir iş için eşit hakça (adil) bir ücret ve aylık; özellikle *kadınlara*, kendilerine sunulan çalışma koşullarının erkeklerin çalışma koşullarından daha aşağı olmayacağı güvencesinin verilmesi ve kadınların, aynı iş için erkeklerle aynı ücreti almaları.”

Sözleşme bu kuralıyla, hiçbir fark (distinction) gözetilmeksizin, öncelikle herkesi kapsamak üzere eşit değerde iş için hakça ücret ilkesini güvenceye almıştır.⁵⁵ Daha sonra da, kadınlara yönelik olarak, yalnızca aynı iş için aynı ücret güvencesi sağlanması konusunda değil, tüm çalışma koşullarını içerecek biçimde, kadınlara erkeklerin yararlandıklarından daha geri (kötü) koşullar sunulmaması güvencesinin öngörülmesini de istemiştir. Bu kuralı 3. maddeyle birlikte okuyan Komite, devletlerin bu konudaki yükümlülüğü kapsamında, ücret eşitsizliğinin derin nedenlerini açığa çıkarmanın ve ortadan kaldırmanın, iş teftişi yoluyla özel kesimin ulusal çalışma mevzuatını uygulama biçimini denetlemesinin de bulunduğunu belirtmiştir.⁵⁶

Sözleşmenin bir başka kuralında, yani ailenin, annenin, çocukların ve gençlerin korunmasına ilişkin 10. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinde, taraf devletlerce tüm çocuklar ve gençler için “özel koruma ve yardım önlemleri” alınmasını zorunlu tutmuştur:

“(…) 3. Tüm çocuklar ve gençler yararına, *ebeveynlik yada başka nedenlerle* hiçbir ayırım (discrimination) gözetilmeksizin, özel koruma ve yardım önlemleri alınması gerekir.” (…)

Sözleşme, özellikle yaşları nedeniyle özel olarak korunan çocuklar ve gençler için “olumlu ayrımcılık” yapılmasını ayrımcılık saymamıştır. Komite, bu maddeyi

⁵⁵ GG Avrupa Sosyal Şartı’nın aynı hakka ilişkin madde 4/3 kuralıyla karşılaştırmak için bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 294-296.

⁵⁶ NU, CES, **Observation générale, No 16 (2005)**, parag. 24; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 138.

de 3. madde ile birlikte okuyarak, devletlerin yükümlülüklerinin somut içeriğini sıralamış; örneğin çoğunluğu kadınlar olan aile içi şiddet kurbanlarının güvenli bir konuta ve başvuru yollarına erişmeleri; bedensel, ruhsal ve duygusal zararlarının karşılanması gerektiğini belirtmiştir. ⁵⁷

Komite, sözleşmenin 8. maddesinin güvencesindeki sendika hakkı konusunda da, 3. maddeyle birlikte yaptığı değerlendirmede, özellikle evde çalışanlara, kırsal kesim kadınlarına, kadın ağırlıklı işkollarında çalışan kadınlara ve kendi evlerinde çalışan kadınlara özel bir dikkat gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. ⁵⁸

d. Sınırlama Rejimi

Sözleşmenin 4. maddesi, hakların sınırlandırılma koşullarını düzenlemiştir. Sınırlandırmanın, demokratik bir toplumda, ancak hakların niteliği ile bağdaştığı ölçüde ve yalnızca genel gönenci (refahı) özendirmek ereğiyle, yasayla konulmuş kısıtlamalara bağlı tutulması gerekir.

Bu sınırlama rejimi, ayrımcılık yasağının hukuksal boyutuyla ilgili düzenlemeler için de geçerlidir.

5. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (KSHUS), 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. 5 Ocak 2009 tarihindeki güncellemeye göre, Şubat 2009'da, sözleşmeyi 72 devlet imzalamış ve 164 devlet de onaylamıştır. ⁵⁹

Türkiye, 15 Ağustos 2000'de imzaladığı sözleşmenin onaylanmasını, 4 Haziran 2003 gün ve 4668 sayılı yasayla uygun bulmuştur. ⁶⁰ Bakanlar Kurulu'nun 2003/5851 sayılı kararıyla 7 Temmuz 2003 tarihinde sözleşmeyi onaylanmasıyla da, ⁶¹ onay işlemleri tamamlanmış ve sözleşmenin öngördüğü hukuksal yükümlülükler iç hukukta bağlayıcılık ve işlerlik kazanmıştır. Bu onayın uluslararası hukuk alanında yürürlüğe girme tarihi ise, 23 Eylül 2003'tür. Türkiye, bireysel yakınmaların incelenmesi (denetimi) konusunu düzenleyen seçmeli protokolü de, ⁶² 3 Şubat 2004'te imzalamış ve 24 Kasım 2006'da onaylamıştır. ⁶³

⁵⁷ a.k., parag. 27; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 139.

⁵⁸ a.k., parag. 25; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 138.

⁵⁹ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/4.htm>, erişim: 10.02.2009.

⁶⁰ **Resmi Gazete**, 18 Haziran 2003, Sayı: 25142, s. 11.

⁶¹ **Resmi Gazete**, 21 Temmuz 2003, Sayı: 25175, s. 48-90.

⁶² Bu denetim sistemi konusunda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde...**, s. 216-226.

⁶³ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/5.htm>, erişim: 24.01.2009. Seçmeli protokolü, 5 Mart 2008 itibarıyla 35 devlet imzalamış ve 111 devlet ise onaylamıştır.

Ancak Türkiye, İnsan Hakları Komitesi'nin toplantı takviminden anlaşıldığına göre, ⁶⁴ sözleşme gereğince 16 Aralık 2004'te göndermekle yükümlü olduğu ilk ayrıntılı raporunu, dört yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına karşın, Şubat 2009 itibarıyla göndermemiş, dolayısıyla denetim yapılamamıştır. ⁶⁵ Anımsatmakta yarar vardır ki, ikiz sözleşmelerin imzalanması ve onaylanması, Türkiye'nin Aralık 1999'da yapılan Helsinki Doruğu'nda "aday üye devlet" statüsünü elde etmesinden sonra gerçekleşmişti. ⁶⁶ Ne var ki, her ikisi için de, Şubat 2009 itibarıyla denetim süreci işleyebilmiş, ilgili mevzuatın ve uygulamaların sözleşmelere uygun olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılabilmemiş değildir. ESKHUS için, ilk denetimin Mayıs 2010'da yapılmasının öngörüldüğünü yineliyorum.

a. Ayrımcılık Yasağı

Sözleşmenin ikinci bölümündeki 2. maddenin 1. fıkrasında yer alan ayrımcılık yasağı, büyük ölçüde hazırlık çalışmaları birlikte yürütülen ESKHUS'deki düzenlemeye benzemektedir. İkizi gibi ayrımcılık kavramınının tanımını vermeyen sözleşmeye göre:

“Sözleşmeye taraf devletler, sözleşmede tanınan hakları, özellikle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş yada başka her tür görüş, ulusal yada sosyal köken, servet, doğum yada yada başka her tür durum yönlerinden hiçbir fark (distinction) gözetmeksizin, ülkelerinde bulunan ve yetkilerine bağlı olan tüm bireyler için güvenceye almayı ve bu haklara saygı göstermeyi üstlenirler.”

Böylece dayanağını BM Antlaşması ile Evrensel Bildirge'den alan KSHUS de, onaylayarak hukuksal yükümlülük üstlenen devletler için öngördüğü yükümlülükler arasında, genel ve mutlak bir anlatımla ayrımcılık yasağı öngörmüştür. Bu yasağın, sözleşmece hem güvenceye alınan hakların tümünü ve hem de tüm hak öznelerini kapsamaktadır.

KSHUS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin (İHK) ⁶⁷ 1989 tarihli ve 18 sayılı “genel gözlem”inde belirttiği gibi, ayrımcılık yasağı, insan haklarının korunması alanında yasa önünde eşitlik ilkesi gibi “temel ve genel” bir il-

⁶⁴ Türkiye, İnsan Hakları Komitesi'nin 2009'un Mart, Temmuz ve Ekim aylarında yapacağı üç toplantısının gündeminde yer almamaktadır. Bkz.: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/sessions.htm>, erişim: 10.02.2009.

⁶⁵ <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/5038ebdcb712174dc1256a2a002796da/80256404004ff315c125638c005fa8f1?OpenDocument>. Dışişleri Bakanlığı'ndan edindiğim bilgiye göre, KSHUS'ye ilişkin ilk rapor üzerindeki çalışmalar sürmektedir ve “kısa süre” içinde gönderilecektir.

⁶⁶ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, “2000'in Başında İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye'nin Onay Durumu”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 33, Sayı 1, Mart 2000, s. 1-26.

⁶⁷ İnsan Hakları Komitesi'nin yapısı, işlevleri ve işleyişi konularında geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde...**, s. 205-212.

kedir. ⁶⁸ Ayrımcılık gözetmeme ilkesinin bu özelliği, sözleşmenin başka kimi maddelerinde de ilkenin yinelenmiş olmasından anlaşılmaktadır.

Ayrımcılık yasağının kişiler yönünden uygulama alanına giren hak özneleri yönünden ikiz sözleşmeler arasında önemli bir fark bulunmaktadır. ESKHUS, bu konuda bir açıklık içermezken, KSHUS öngördüğü ayırım gözetmeme yükümlülüğünün taraf devletlerin “*ülkelerinde bulunan ve yetkilerine bağlı olan tüm bireyler*” için geçerli olduğunu öngörmüştür. Dolayısıyla, ayrımcı düzenleme ve uygulamaların dayandırılabilceği nedenler arasında açıkça sayılmamış olmakla birlikte, sözleşmeyi onaylayan devletlerin hak özneleri yönünden “yurttaşlık” temeline dayanan bir ayırım gözetmemesi gerekir. Kanımca aynı yükümlülük, kural olarak ESKHUS için de geçerlidir.

KSHUS, ayrımcılık nedenlerini sayarken, ESKHUS’den farklı olarak “özellikle” sözcüğüne de yer verip ayrımcılık nedenlerini sınırlamamış, ayrıca “hiçbir yönden” diyerek, mutlak bir yasak getirmiştir. İkizi gibi 111 sayılı UÇÖ sözleşmesinden daha geniş biçimde yer verdiği ayrımcılık nedenlerini tüketici olmaksızın ve örnek olarak sayan 2. madde, öngördüğü korumanın haklar yönünden uygulama alanını “bu sözleşmede tanınan haklar” ile sınırlandırmıştır. ⁶⁹ Dolayısıyla ayrımcılık yasağı, sözleşmede güvencelenen haklarla sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Ancak bu yaklaşım, sözleşmenin üçüncü bölümündeki -aşağıda değinilen- 26. maddede benimsenmemiş, benzer bir sınırlama öngörülmemiş; ayrımcılığa uğramama, sözleşmenin içeriğinden bağımsız biçimde “özerk” bir hak olarak güvencelenmiştir.

KSHUS’nin ayrımcılık yasağı konusunda yaptığı düzenlemenin ESKHUS’den ayrılan bir yönü üzerinde durmakta yarar vardır. KSHUS’nin sözel metni, ESKHUS’den farklı olarak, taraf devletlerin ayrımcılık yasağı konusundaki yükümlülüğünün sözleşmedeki hakların “*kullanılması*”nı güvenceye bağlamak olduğunu belirtmemiştir. KSHUS, hakların kullanılmasından söz etmemiş; taraf devletler için, ayrımcılık gözetmeksizin, yalnızca hakları “*güvenceye alma ve onlara saygı gösterme*” yükümlülüğü getirmiştir.

⁶⁸ NU, CDH / HRC, **Observation générale No 18: Non-discrimination**, Trente-septième session, 1989, parag. 1; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 229.

⁶⁹ Sözleşmenin üçüncü bölümünde tanıdığı haklar kısaca şunlardır: Yaşam hakkı (m. 6); İşkence görmeme hakkı (m. 7); Kölelik ve kulluk yasağı (m. 8); Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (m. 9); Özgürlüğünden yoksun kişilere insanca davranma (m. 10); Sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle hapsedilmeme (m. 11); Seyahat hakkı (m. 12); Yabancıyı sınır dışı edilmemesi (m. 13); Hakça yargılanma hakkı (m. 14); Yasasız suç olmaz ilkesi (m. 15); Hukukça kişi olarak tanıma hakkı (m. 16); Özel ve aile yaşamına, konuta ve iletişime karışılmaması (m. 17); Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı (m. 18); İfade özgürlüğü hakkı (m. 19); Savaş propagandası yasağı (m. 20); Barışçı toplanma hakkı (m. 21); Sendikaları da kapsayan örgütlenme hakkı (m. 22); Ailenin korunması, evlenme ve aile kurma hakkı (m. 23); Çocuğun korunması hakkı (m. 24); Kamusal işlere katılma, seçme ve seçilme hakları (m. 25); Yasa önünde eşitlik (m. 26); Etnik, dinsel ve dilsel azınlıkların korunması (m. 27).

İki sözleşme arasındaki bu farkın, güvenceye aldıkları hakların niteliğinden ileri geldiği kanısındayım. KSHUS, tanıdığı hakların ilkece -geleneksel yaklaşıma uygun olarak- devletin olumsuz karışma ve engellemeleri olmadıkça “kendiliğinden” kullanılabilir nitelik taşıması nedeniyle, bu konuda ESKHUS’dan farklı bir düzenleme yapmıştır. Ancak, hakları güvenceye alma ve onlara saygı gösterme yükümlülüğü, aslında kullanılmalarını, onlardan uygulamada eylemler ve somut olarak yararlanılmasını da kapsar. Sözleşmeyi onaylayan bir devletin, hakların ayrımcılık yapılmaksızın “kullanılması”nı güvenceleme, kısacası bu yönüyle aynı zamanda olumlu edimde bulunma yükümlülüğü de vardır.

İHK, taraf devletlerin ayrımcılık yasağından doğan yükümlülüklerinin, salt yasal düzenlemelerle sınırlı olmadığını altını çizmiştir. Raporlarında çoğu kez, hukuksal planda ayrımcılıkla ilgili yasal ve yönetsel düzenlemeler ile yargı kararları konusunda bilgiler vermekle yetinip uygulamadaki ayrımcılıklara değinmeyen devletlerden, kamu yetkililerinden yada toplumdaki yahut kişilerden yada özel kuruluşlardan (işveren ve işletmelerden) kaynaklanan “fiili ayrımcılığa bağlı sorunlar” bulunup bulunmadığı, bu tür ayrımcılıkları hafifletmeye yada kaldırmaya yönelik yasal kurallar ile yönetsel önlemlerin varlığı konularında da kendisini bilgilendirmelerini istemiştir.⁷⁰

b. Cinsiyet Temeline Dayalı Ayrımcılık Yasağı

KSHUS de ikizi gibi, ayrımcılığın dayandırılmayacağı nedenler arasında “cinsiyet”e yer vermiş olmasına karşın, kadınların ve erkeklerin haklardan “eşit yararlanma hakkı”nı ayrıca tanımıştır. Cinsiyetlerarası eşitliği güvenceye alan 3. maddenin bu özgül kuralına göre:

“Sözleşmeye taraf devletler, erkek ve kadınların sözleşmede *sayılan* tüm kişisel ve siyasal haklardan eşit yararlanma hakkını sağlamayı üstlenirler.”

Ayrımcı gözetmeme “temel” ilkesini pekiştiren 3. maddenin taraf devletler için öngördüğü erkek ve kadınların birinci kuşak haklardan “eşit yararlanma hakkı”nı sağlama yükümlülüğü, sözleşmede açıklanan haklarla sınırlıdır. İHK, 2000 tarihli ve 28 sayılı gözleminde, bir kişinin, tüm haklardan eşitlik koşulları içinde eksiksiz biçimde yararlanmasının yadsınması durumunda, 3. maddenin ihlal edilmiş sayılacağına altını çizmiştir.⁷¹

İHK’nin 1981 tarihli ve 4 sayılı çok kısa ve eski “genel gözlem”inde, taraf devletlerin bu madde gereğince “**olumlu yükümlülük**” üstlendikleri belirtilmiştir. Komite’ye göre 3. madde; madde 2/1 ve madde 26 için de olduğu gibi, kimi ay-

⁷⁰ NU, CDH, **Observation générale No 18**, parag. 9; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 230-231.

⁷¹ NU, **Récapitulation**, 2008, I, parag. 2, s. 267.

rımcılık biçimlerinin, özellikle de cinsiyete dayalı ayrımcılıkların önlenmesi söz konusu olduğunda, yalnızca koruma önlemleri gerektirmez, aynı zamanda haklardan olumlu yararlanmayı sağlamaya yönelik yapıcı bir eylemi de gerektirir ki, bu da salt yasalar çıkarmakla gerçekleştirilemez. Bu nedenle İHK, 3. maddenin zorunlu kıldığı açık ve olumlu yükümlülükleri etkili kılmak (gerçekleştirmek) için alınan yada alınacak olan önlemleri öğrenmek, bu alanda gerçekleştirilen ilerlemeleri yada karşılaşılan güçlükleri anlayıp değerlendirmek için devletlerden ek bilgiler istemiştir.⁷²

İHK, 3. maddeye ilişkin genel gözlemini 2000 yılında gözden geçirip güncellemiş ve 4 sayılı eskisinin yerini alan **28 sayılı genel gözlem**ini kabul etmiştir.

Komite'ye göre, tüm insanların sözleşmedeki hakların tümünden tam olarak ve eşitlik temelinde yararlanmaları, 3. maddenin gereğidir. Bir kişinin tam ve eşit olarak tüm haklardan yararlanmaması, 3. maddenin ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla devletlerin, erkek ve kadınların sözleşmedeki tüm hakları “kullanmaları”nda eşitliği sağlamaları gerekir. 2. ve 3. maddelerde tanınan hakların tüm bireyler için güvenceye alınması yükümlülüğünün anlamı, bu hakların herkesçe kullanılmasına olanak vermek için tüm gerekli önlemlerin alınmasıdır. Bu yükümlülük, hakların eşitlik koşullarında kullanılmasını önleyen güçlük ve engellerin kaldırılmasını, halkın ve devlet görevlilerinin insan hakları alanında eğitilmelerini ve iç hukuk kurallarının sözleşmeye uygun duruma getirilmesini gerektirir. Devletler, hiçbir ayırım gözetmeksizin haklardan eşit yararlanmayı sağlamakla yükümlüdür. 2. ve 3. maddeler, kamusal ve özel kesimlerde hakların eşit kullanılmasına zarar veren ayrımcı uygulamalara son vermek için, cinsiyete dayalı tüm ayrımcılığı da kapsamak üzere, gerekli tüm önlemlerin alınmasını gerektirir.⁷³ Kısacası, 3. maddeye uygunluk, hukuk ve uygulamayı birlikte kapsamakta, gerektiğinde olumlu ayrımcılık yapılmasını da içermektedir.

İnsan Hakları Komitesi de, ESKH Komitesi gibi, KSHUS'de güvenceye alınan tüm hakları 3. maddeyle birlikte okuyarak, taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerin somut içeriği konusunda örnekler vermiştir.⁷⁴

Anımsatmakta yarar var ki sözleşme, ayrımcılık yasağını **olağanüstü durumlarda** da geçerli, istisna getirilemeyecek bir temel ilke, bir “sert çekirdek” olarak güvencelemiştir. 4. madde uyarınca, ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü bir durum varsa ve bu resmen ilan edilmişse, taraf devletler, ancak durumun

⁷² a.k., parag. 2; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 229.

⁷³ NU, CDH, **Observation générale No 28: Article 3 (Egalité des droits entre hommes et femmes)**, Soixante-huitième session, 2000, parag. 1-4; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 267.

⁷⁴ NU, CDH, **Observation générale No 28**, parag. 6-32; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 268-274.

gerektirdiği ölçüde, sözleşmedeki yükümlülüklerinden sapan (istisna niteliği taşıyan) kimi önlemler alabilirler. Ancak bu önlemler, hem uluslararası hukukun dayattığı başka yükümlülükler ile bağdaşır olmak, hem de **ırk, renk, cinsiyet, dil, din, yada sosyal köken temellerine dayalı bir ayrımcılık getirmemek zorundadır.**

c. Özerk Bir Hak Olarak Yasa Önünde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin üçüncü bölümünde yer alan 26. maddede, yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı, sözleşmenin güvenceye bağladığı haklarla sınırlı olmaksızın, bağımsız ve özerk bir hak olarak düzenlenmiştir. Ayrımcılığa karşı korumanın kapsamını sözleşmede güvenceye bağlanan kişisel ve siyasal hakların dışına taşıyarak genişleten 26. maddeye göre, taraf devletlerin onayla üstlendikleri yükümlülüklerden biri de şudur:

“Tüm kişiler yasa (hukuk) önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin, yasanın eşit korumasına hakları vardır. Bu konuda, yasanın her tür ayrımcılığı yasaklaması ve özellikle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş yada başka her görüş, ulusal yada sosyal köken, servet, doğum yada başka her durum (temellerine dayanan) her tür ayrımcılığa karşı tüm kişilere eşit ve etkili bir korumayı güvenceye alması gerekir.”

Evrensel Bildirge'nin yaklaşımına koşut biçimde, 26. maddede hukuksal güvenceye bağlanan ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesi, tüm kişiler için geçerlidir ve Evrensel Bildirge ile ESKHUS'den (m. 2/2 ve 3) ve ayrıca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS, m. 14) ile GG Avrupa Sosyal Şartı'ndan (m. E) farklı olarak,⁷⁵ “sözleşmedeki” hakların kullanılması yada sözleşmede “güvenceye alınan” haklar ile de sınırlı değildir. Sözleşme, yasa önünde eşit korumanın ayırım gözetilmeksizin gerçekleştirilmesi için, yasayla “her tür ayrımcılığın” yasaklanmasını öngörmüştür. Yalnızca “hukuksal” planda yasaklamayı yeterli görmeyen 26. madde, tüm kişiler için “eşit ve etkili” bir korumanın uygulamada da güvenceye alınmasını istemiştir. Etkili hak arama yollarını da kapsamaması gereken bu güvence, “her tür ayrımcılık” için sağlanacaktır.

26. madde, ayrımcılık nedenlerini, Bildirge'de olduğu gibi “sınırlı” biçimde saymamıştır. Ayrımcılığa karşı eşit ve etkili koruma, hukuk ve uygulama boyutlarıyla, gerek örnek olarak sayılan nedenlerin ve gerekse sözleşmede güvenceye alınan hakların dışında da sağlanmak zorundadır. 26. maddenin önemli ve İHAS ile GGASS'ye oranla yenilik oluşturan ileri yanı, korumanın sözleşmedeki kişisel ve siyasal hakları aşan geniş bir çerçevede sağlanmasını zorunlu tutmuş olmasıdır. Bunun önemi, özellikle, sözleşmeyi onaylayan devletlerin ulusal hukuk düzenlerin-

⁷⁵ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 290-293.

de tanıdığı hak ve özgürlüklerin kullanılmasında kendini gösterir ve onlardan yararlanılmasını koşullandıran üstün bir ilke işlevi görür.

İnsan Hakları Komitesi, 1989'daki 37. toplantısında kabul ettiği 18 sayılı genel gözleminde,⁷⁶ “ayırım gözetmeme” ilkesini yorumlamış; 26. maddenin güvenceye aldığı hakkın, kapsamı salt sözleşmede açıklanan haklarla sınırlı olmayan “**özerk bir hak**” olduğunu açıkça belirtmiştir. Komite'ye göre, ayırım gözetmeme, insan haklarının korunması alanında, yasa önünde eşitlik ve yasanın eşit koruması ile aynı nitelikte, “temel ve genel” bir ilkedir; bu niteliği dolayısıyla, kimi zaman özel hak kategorilerine ilişkin maddelerde de ayrıca yer almıştır.

26. madde, devletlerin tüm alanlarda, kamusal ve özel organlar (işletmeler ve işverenler) eliyle ayrımcılığa karşı savaşım vermelerini gerektirir. Örneğin, sosyal güvenlik mevzuatı gibi alanlarda kadınlara karşı ayrımcılık gözetilmesi ve yurttaşlık yada yurttaş olmayanların hakları alanında ayrımcılık yapılması, 26. maddenin ihlalini oluşturur. Zina durumunda kadınlar için erkeklerden daha katı cezalar öngörülmesi, cinsiyetlerin yasa önünde eşitliği ilkesini ihlal eder. Devletlerin raporlarının incelenmesi sırasında, kadınların büyük bir oranının iş mevzuatının korumadığı alanlarda istihdam edildiklerini, geleneklerin kadınlar hakkında -özellikle ücretli işlere girme ve eşit değerde iş için eşit ücret konusunda- ayrımcı olduğunu gözlemlediğini belirten İHK, devletlerden mevzuat ve uygulamalarını gözden geçirmelerini istemiştir. Devletler, tüm alanlarda kadınlara karşı ayrımcılığı önlemek için, örneğin istihdam, eğitim ve siyasal etkinlikler ile konut, mal ve hizmetler sağlanması gibi alanlarda özel aktörlerce (özel kişi yada kuruluşlarca) yapılan her türlü ayrımcılığı yasaklamalıdır. Komite, tüm bu önlemler konusunda rapor ve ayrımcılık mağdurları için öngörülen başvurular konusunda da taraf devletlerden bilgi vermelerini istemiştir.⁷⁷

Sözleşmede “ayrımcılık” teriminin tanımının yer olmadığını ve nelerin ayrımcılık oluşturduğunun gösterilmediğini belirten İHK, sözleşmede kullanılan anlamda ayrımcılığın tanımını da yapmıştır.⁷⁸

Sözleşmenin 2. maddesiyle 26. maddesini karşılaştıran Komite'ye göre, 2. maddede ayrımcılığa karşı korunan haklar sözleşmede açıklananlarla sınırlı iken, 26. maddede böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla **26. madde “yalnızca 2. maddede daha önce güvenceye bağlanan hakkı yenisinden ele almamakta, fakat özerk bir hak öngörmektedir.** 26. madde, kamu yetkililerince düzenlenen ve korunan her türlü alanda her türlü ayrımcılığı hukuksal planda ve uygulamada yasaklamaktadır. Böylece, herhangi bir yasal

⁷⁶ NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 229-231.

⁷⁷ NU, CDH, **Observation générale No 28**, parag. 31; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 273-274.

⁷⁸ Bu tanım ve irdelenmesi konusunda bkz.: Giriş, s. 18-20.

-yada yönetsel- düzenleme yapan bir devletin, 26. maddeye uygun olarak, bu düzenlemenin içeriğinin ayrımcı olmamasına çaba göstermesi gerekir.⁷⁹ Başka bir deyişle, ayrımcılık gözetmeme ilkesinin uygulanması, sözleşmedeki haklarla sınırlı değildir. Dolayısıyla sözleşmeyi onaylayan bir devletin Anayasa yada yasalarında tanınan ancak sözleşmede tanınmayan bir hak konusunda hiçbir ayrımcılık gözetmeme yükümlülüğünün hukuksal çerçevesinin belirlenmesinde 26. maddenin göz önüne alınması gerekir.

Komitenin 1989 tarihli ve 18 sayılı genel gözlemine göre, her tür farklılık bir ayrımcılık oluşturmaz. İHK de, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ve Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nin yerleşik kararlarında olduğu gibi,⁸⁰ **nesnel ve makkul ölçütlere** dayanan ve sözleşme karşısında **amacı meşru** olan farklılıkların ayrımcı sayılmayacağını belirtmiştir.⁸¹

d. Öteki Maddelerdeki Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

KSHUS, Evrensel Bildirge'de olduğu gibi, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi konusundaki genel düzenlemelerinin yanı sıra, kimi haklar özelinde de bu ilkeleri yineleyip güçlendiren özgül kurallara yer vermiştir.

Örneğin sözleşmenin 23. maddesi, ailenin, toplumun doğal ve temel birimi olarak toplum ve devletçe korunma hakkının bulunduğunu belirttikten sonra 4. fıkrasında; taraf devletlerin, evlilik konusunda, eşlerin evlilik süresince ve boşanma sırasında *haklarda ve sorumluluklarda eşitliğini* sağlamak için uygun önlemler almasını öngörmüştür. Komite, 1981 tarihli ve 4 sayılı genel gözleminin yerini almak üzere 2000'de kabul ettiği 3. maddeye ilişkin 28 sayılı genel gözleminde; evlenme yada evlenmeme konusunda özgürce karar vermeyi engelleyen etkenlerden birinin asgari evlilik yaşı olduğunu belirtmiştir. Komite'ye göre, taraf devletin bunu erkek ve kadınlar için aynı ölçüte göre belirlemesi ve bu ölçütlerin de kadına, her şeyi bilerek ve baskı altında kalmaksızın karar verme olanağı sağlayacak biçimde belirlenmesi gerekir.⁸²

Her çocuğun; ailesi, toplum ve devlet tarafından, ergin olmama (küçük olma) durumunun gerektirdiği korunma önlemlerine hakkı bulunduğunu belirten 24. madde, bu konuda ayrımcılık yasağı getirmiş; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal yada sosyal köken, servet yada doğum temellerine dayanan hiçbir ayırım gözetilmemesini öngörmüştür. Komite'ye göre bu maddede geçen aile kavramı, "*evli olmayan çiftler ve çocukları ile tek ebeveynli aileler* gibi farklı aile biçimlerini

⁷⁹ NU, CDH, **Observation générale No 18**, parag. 12; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 231.

⁸⁰ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 258-262 ve 293.

⁸¹ NU, CDH, **Observation générale No 18**, parag. 13; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 231.

⁸² NU, CDH, **Observation générale No 28**, parag. 23 ve ayrıca 24-27; NU, **Récapitulation**, 2008, I, s. 271-272.

kapsar. Devletlerin, bu durumlaki aileler için hangi destekleyici önlemleri aldığını belirtmesi gerekir. ⁸³

Sözleşmenin 25. maddesinde ise, tanıdığı haklar, göndermede bulunduğu 2. maddedeki ayrımcılık yasağının korumasına alınmış, ancak uygulama alanı daraltılmıştır. Buna göre; her *yurttaşın*, 2. maddedeki ayrımcılıkların hiçbiri olmaksızın ve ayrıca makul olmayan kısıtlamalar bulunmaksızın şu hakları vardır:

- a) Doğrudan doğruya yada özgürce seçilmiş temsilcileri aracılığıyla, kamusal işlerin yönetilmesine katılma hakkı ve olanağı;
- b) Dürüst, genel ve eşit oya dayalı ve seçmenlerin özgür iradesinin dile getirilmesini sağlayacak gizli sayımla yapılan dönemsel seçimlerde seçme ve seçilme hakkı;
- c) Genel eşitlik koşullarında, *ülkesinin kamu görevlerine girme hakkı*.

İHK, madde 25'te tanınan kamusal yaşama katılma hakkıyla ilgili olarak, devletlerin, kadınların kamusal işlerin yürütülmesine katılmalarını ve kamu görevlerine erişmelerini güvenceye almak ve özendirmek için *etkili ve olumlu önlemler* almaları gerektiğini belirtmiştir. Komite, devletlerden, seçilmiş görevlerdeki, kamu görevinin üst basamaklarındaki ve yargıdaki kadınların oranı konularında istatistiksel veriler sağlamalarını da istemiştir. ⁸⁴

Sözleşmenin 27. maddesinde de, ayrımcı politika ve uygulamalarla sıklıkla karşılaşan etnik, dinsel yada dilsel azınlıklar için kendi kültürel yaşamları, dinleri yada dilleri konularında taraf devletlere yükümlülükler getirilmiştir: "Etnik, dinsel yada dilsel azınlıkların bulunduğu ülkelerde, bu azınlıklardan olan kişilerin, kendi gruplarının öteki üyeleriyle birlikte, kendi kültürel yaşamlarına sahip olma, kendi dinine inanma ve dinini uygulama (ibadet etme) yada kendi dillerini kullanma hakkından yoksun bırakılmaması."

6. Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin

Kaldırılması Sözleşmesi

Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi (KKTABKS / CEDAW), ⁸⁵ BM Genel Kurulu'nun 34/180 sayılı kararıyla 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilmiş ve 3 Eylül 1981'de de yürürlüğe girmiştir. ⁸⁶ Son onay güncellemesinin yapıldığı 15 Şubat 2008 tarihinden beri, sözleşmeyi 98 devlet imzalamış ve 185 devlet de onaylamıştır. ⁸⁷

⁸³ a.k., parag. 28; NU, *Récapitulation*, 2008, I, s. 273.

⁸⁴ a.k., parag. 29; NU, *Récapitulation*, 2008, I, s. 273.

⁸⁵ BM Genel Kurulu'nun 7 Kasım 1967 tarih ve 2263 [XXII] sayılı kararıyla, sözleşmeden oniki yıl önce, "Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Bildirgesi" kabul edilmişti.

⁸⁶ NU, Centre pour les droits de l'homme, *Activités de l'ONU ...*, s. 45.

⁸⁷ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/8.htm>, erişim: 10.01.2009.

Bu sözleşmenin onaylanmasını 3232 sayılı ve 11 Haziran 1985 tarihli yasayla uygun bulan Türkiye, ⁸⁸ Bakanlar Kurulu'nun 85/9772 sayılı ve 24 Temmuz 1985 tarihli kararıyla onaylanıp yayımlanmasıyla hukuksal yükümlülük üstlenmiştir. ⁸⁹ Türkiye, bireysel yakınmalara dayalı denetim ve soruşturma yolunu açan⁹⁰ sözleşmeye ek seçmeli protokolü 8 Eylül 2000'de imzalamış ve 18 Eylül 2002'de onaylamıştır. ⁹¹ Onay, 29 Ekim 2002'de uluslararası hukuk önünde yükümlülük doğurmuştur. ⁹²

Raporlarını çok gecikmeli olarak gönderen Türkiye, 19 Ocak 2007 tarihinde göndermekle yükümlü olduğu altıncı raporunu Ocak 2009 itibarıyla hala sunmamıştı. Komite'nin Ocak-Şubat 2009, Temmuz-Ağustos 2009 ve Ocak 2010 tarihlerinde yapacağı toplantı gündemlerinde Türkiye yoktur. ⁹³ Son denetim, dördüncü ve beşinci raporların birlikte (birleştirilerek) incelenmesiyle, Ocak 2005'te yapılmıştı. ⁹⁴

a. Ayrımcılık Tanımı

Sözleşme, “toplumsal cinsiyete dayalı ‘ayrımcılığın yaygın varlığı’ gerçeğinden yola çıkarak”, ⁹⁵ tüm kuralları için geçerli olan 1. maddesinde, yaşamın tüm alanlarını kapsayan bütünsel bir yaklaşımla, eşitliğe göndermede bulunarak, “kadınlara karşı ayrımcılık” terimini şöyle tanımlamıştır:

“Erkek ve kadının eşitliği temeline dayanarak, evlilik durumları ne olursa olsun, kadınların siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel alanlarda yada başka her alanda insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanmasını yada bu hak ve özgürlüklerin tanınmasını ve kullanılmasını tehlikeye koyma yada kaldırma sonucu doğuran yada amacı taşıyan, cinsiyete dayalı her tür ayırım, dışlama yada kısıtlama.”

Bu tanım, büyük ölçüde, Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi'nin tanımına benzemektedir ve ayrıca Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin tanımıyla da örtüş-

⁸⁸ Resmi Gazete, 25 Haziran 1985, Sayı: 18792.

⁸⁹ Resmi Gazete, 14 Ekim 1985, Sayı: 18898.

⁹⁰ Bu denetim sistemi konusunda bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde...**, s. 265-271.

⁹¹ Resmi Gazete, 18 Eylül 2002, Sayı: 24880.

⁹² <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/5.htm>, erişim: 24.01.2009. Seçmeli protokolü, 17 Aralık 2008 itibarıyla 79 devlet imzalamış ve 96 devlet ise onaylamıştır.

⁹³ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/sessions.htm>, erişim: 10.02.2009.

⁹⁴ <http://www.unhcr.ch/TBS/doc.nsf/5038ebdcb712174dc.1256a2a002796da/80256404004ff3158025646100600b52?OpenDocument>.

⁹⁵ Feride Acar, “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Yükümlülükler”, **20. Yüzyılda Kadın ve Gelecek** (Editör: Oya Çitci), TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, Kasım 1998, s. 27.

mektedir. ⁹⁶ Ayrımcılığa karşı korumanın maddi içeriği yönünden iki tanım arasında bir fark yoktur. Her iki sözleşme, korumayı yaşamın tüm alanlarına yaymış olmasının doğal sonucu olarak, Evrensel Bildirge'den ve ikiz sözleşmelerden farklı biçimde, “sözleşmedeki haklar” ile sınırlı tutmamıştır. Dolayısıyla sözleşme, taraf devletlerin yükümlülükleri bağlamında saydığı insan hak ve özgürlüklerini de aşan geniş bir çerçevede koruma öngörmüştür. İkiz sözleşmelerin güvencelediği kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yanı sıra, birinci ve ikinci kuşak olarak anılan bu hakların dışındaki yeni belgelerle güvencelenen yada gelecekte güvenceye alınacak olan insan hak ve özgürlükleri de, koruma kapsamındadır. Sözleşmede, “kadınlara karşı ayrımcılık probleminin görülebileceği alanların, klasik ilk iki kuşak insan haklarıyla sınırlı tutulmayarak ‘ya da herhangi bir başka alandaki’ ibaresiyle esnekleştirilmiş olması(nın) son derece isabetli” olduğu belirtilmiştir. ⁹⁷

Sözleşme, tüm kadınların, erkeklerle eşitlik ilkesi temelinde, tüm insan haklarından ayrımcılığa uğramaksızın yararlanmalarını sağlamayı amaçlamıştır. Kadınların evlilik durumunun önemi yoktur. Daha açık bir deyişle, evli kadınlar, evlilik dışı birleşmelerle yaşamını sürdüren kadınlar, boşanmış / dul kadınlar ve hiç evlenmemiş kadınlar, ayırım gözetilmeksizin aynı derecede sözleşmenin korumasından yararlanırlar.

Ayrımcılığa karşı koruma; genel olarak insan hakları alanında benimsendiği üzere, salt anayasal, yasal ve yönetsel düzenlemeleri değil, aynı zamanda uygulamada da eylemli olarak insan haklarının kullanılmasını kapsamaktadır. Sözleşme verdiği tanımla, kadınların hem insan haklarından ve temel özgürlüklerden “yararlanması”ndan ve hem de “bu hak ve özgürlükleri “kullanması”ndan söz ederek, salt biçimsel eşitliği değil, aynı zamanda eylemli eşitliği de amaçladığını, korumanın bu iki boyutu kapsadığını ortaya koymuştur.

KKAK Komitesi de, madde 4/1 ve 2'deki “özel geçici önlemler”e ilişkin 25 sayılı “genel gözlem”inde, sözleşmenin genel amaç ve hedefinin, kadınların temel insan hak ve özgürlüklerinden eylemli olarak (fiilen) yararlanmada erkek ve kadınlar arasında **hukuksal ve olgusal eşitliği** (égalité de droit et de fait) yerleştirmek olduğunu vurgulamıştır. Komite'ye göre taraf devletlerin, hukuksal olarak, ayrımcılığa uğramama hakkına saygı gösterme, güvenceye bağlama, hakkı koruma ve geliştirme; kadının durumunu erkeklerle hukuksal ve olgusal eşitliğe yakınlaştırmak amacıyla, kadının durumunu geliştirmeye ve iyileştirmeye dikkat etme yükümlülükleri vardır. ⁹⁸

⁹⁶ KKTABKUS ile IATBKUS'nin ve İHK'nin yaptığı tanımlar konusunda genel saptamalar için bkz.: Giriş, s. 16-20.

⁹⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, **a.g.y.**, s. 479.

⁹⁸ NU, CEDAW, **Recommandation générale No 25** concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, Vingtième session, 1999, parag. 4; NU, **Récapitulation**, 2008, II), s. 131-139.

Cinsiyet temeline dayalı tüm ayrımcı, dışlayıcı yada kısıtlayıcı eylemleri yasaklayan sözleşmenin yaptığı tanım, ırk ayrımcılığında olduğu gibi, dolaylı ayrımcılıkları da kapsamaktadır.

b. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

Sözleşmenin 24. maddesi, taraf devletlerin yükümlülüğünü açıkça düzenlemiştir. Taraf devletler, sözleşmenin tanıdığı hakların tam olarak (eksiksiz biçimde) kullanılmasını sağlamak amacıyla, ulusal düzeyde gerekli olan tüm önlemleri almayı üstlenmişlerdir.

Komite, sözleşmenin öze ilgili maddeler bütünüünün zorlayıcı çerçevesini oluşturan 1-5 ve 24. maddelerinin paralel okumasından, taraf devletlerin kadınlar hakkındaki ayrımcılığa karşı savaşmalarının odağında yer alan üç yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmektedir. Bütüncü bir biçimde yerine getirilmesi gereken ve basit biçimsel işlem eşitliği yükümlülüklerini aşan bu yükümlülüklerden birincisi; yasada doğrudan yada dolaylı her tür ayrımcılığın olmamasını güvenceye bağlamak ve kadınları, kamusal ve özel kesimlerde, yetkili makamlardan, yargı erkin-den, organlardan, işletmelerden ve kişilerden kaynaklanan her tür ayrımcılığa karşı yetkili mahkemeler, yaptırımlar ve başvuru yolları ile korumaktır. İkinci yükümlülük, somut politika ve programlarla, kadının uygulamadaki (fiili) durumunu iyileştirmektir. Üçüncüsü de, cinsiyetler arasında egemen olan ilişkileri düzene koymak ve kadınlara zarar veren cinsiyete dayalı basmakalıpçı davranışlara karşı savaşım vermektir. Bunların etkileri, salt bireysel davranışlarda değil aynı zamanda mevzuatta, yargıda, sosyal yapıda ve kurumlarda da görülmektedir.⁹⁹

Komite, hukuksal ve olgusal eşitlik ayrımını göz önüne alarak, taraf devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin eşitliği her iki boyutuyla gerçekleştirmek olduğunu şöyle dile getirmiştir: İster hukuksal yada programa dayalı olsun, salt biçimsel bir yaklaşım, erkek ve kadınlar arasında olgusal (fiili) eşitliği, yani Komitenin anlayışına göre “gerçek (yada somut) eşitliği (égalité réelle (ou concrète) yerleştiremez. Ayrıca sözleşme, kadınların, başlangıçta fırsat eşitliğinden ve **sonuçların eşitliğine** ulaşmaya elverişli bir ortamdan yararlanmalarını gerektirir. Kadın ve erkekler için özdeş bir işlem güvencesi sağlanması yeterli değildir. Kadın ve erkekler arasındaki biyolojik farklılıklar ile kültürel ve sosyal üretim sonucu olan farklılıkları göz önünde bulundurmamak gerekir. Gerçek bir eşitliğe ulaşmak için kadınların alt-temsiline karşı etkili bir savaşım, erkek ve kadınlar arasında sorumluluk ve kaynakların yeniden bölüşümü stratejisi izlemek gerekir. Sonuçların eşitliğinin olgusal yada gerçek eşitliğin mantıksal sonucu olduğunu ve sonuçların nicel ve nitel olabileceğini belirten Komite, kadının durumunun, ayrımcılığın örtük / gizli nedenleri ve işlem eşitsizliği kaldırılmadıkça iyileştirilemeyeceğini vurgulamıştır.¹⁰⁰

⁹⁹ NU, CEDAW, **Recommandation générale No 25**, parag. 7; NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 132.

¹⁰⁰ a.k., parag. 8, 9 ve 10; NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 132.

Kadınların haklardan eşitlik koşulları içinde yararlanmalarını sağlamaya yönelik “**olumlu ayrımcılık**” yapılmasına da yer veren sözleşmenin, taraf devletler için öngördüğü *yükümlülükler*, hukuksal çerçeveyi, etkili başvuru yollarını ve yaptırımları, yaşamın her alanında görülebilen cinsiyete dayalı ayrımcılıklara karşı alınmasını istediği önlemleri, ayrıntılı biçimde şöyle sıralanmıştır (m. 2-15):

- Kadınlara karşı ayrımcılığın tüm biçimleriyle kınanması, tüm uygun araçlarla ve gecikmeksizin bu ayrımcılığı kaldırmaya yönelik bir *politika izleme* konusunda anlaşmaya varılması (m. 2).

Sözleşme, bu amaçla taraf devletlerce *hukuk ve uygulama düzeylerinde* alınacak (olumlu) önlemleri yedi bentte sıralamıştır. Bunlardan kimileri şunlardır:

- Kadınlar ve erkekler arasında eşitlik ilkesinin, eğer henüz öngörülmemişse, Anayasaya yada başka yasal düzenlemeye konulması ve yasal yada başka uygun yollardan bu ilkenin gerçekten (eylemli olarak) uygulanmasının sağlanması;
- Kadınlar hakkında her tür ayrımcılığı yasaklayan, gerektiğinde *yaptırımlar* içeren yasal yada başka uygun önlemler alınması;
- Kadınların haklarının erkeklerle eşitlik temelinde yargısal korumasının sağlanması ve yetkili ulusal mahkemeler ve başka kamusal kuruluşlar aracılığıyla, kadınların her tür ayrımcılığa karşı eylemli korunmasının güvenceye bağlanması;
- Kadınlar hakkında her tür ayrımcı işlem yada uygulamadan kaçınılması;
- Bir kişi, örgüt yada herhangi bir işletmece (işverenlerce) uygulanan ayrımcılığın kaldırılması için tüm uygun önlemlerin alınması;
- Kadınlar hakkında bir ayrımcılık oluşturan yasa, yönetsel kural, gelenek yada uygulamayı kaldırmak yada değiştirmek için, yasal kuralları da kapsam üzere tüm uygun önlemlerin alınması;
- Kadınlar hakkında bir ayrımcılık oluşturan tüm ceza kurallarının kaldırılması.
- Erkeklerle eşitlik temeline dayalı olarak kadınların insan hakları ve temel özgürlükleri kullanmasını ve onlardan yararlanmasını güvenceye bağlamak ereğiyle, kadınların tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için, *tüm alanlarda özellikle siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda, yasal alanları da kapsam üzere* tüm uygun önlemlerin alınması (m. 3);
- Kadın ve erkekler arasında *olgusal (fiili, eylemli) eşitliğin* kurulmasını (gerçekleştirilmesini) hızlandırmayı amaçlayan **özel geçici önlemler** kabul edilmesinin, sözleşmede tanımlanan anlamda ayrımcılık sayılamaması; ancak hiçbir biçimde, (özel önlemlerin) eşitsiz yada farklı normların sürdürü-

rülmesi sonucunu doğurmaması, fırsat ve işlem eşitliği konusunda hedeflere erişilir erişilmez kaldırılması gerektiği; analığı korumaya yönelik özel önlemler kabul edilmesinin de ayrımcılık sayılmaması (m. 4);¹⁰¹

- Erkek yada kadından birinin aşağılığı yada üstünlüğü yada erkek ve kadınların kalıplaşmış bir rolünün bulunduğu düşüncesine dayanan önyargıların ve töresel uygulamaların kaldırılmasına erişmek ereğiyle, erkek ve kadının sosyo-kültürel davranış şema ve modellerini değiştirmek için aile eğitiminin, analığın sosyal bir görev olduğunun iyice anlaşılması ve çocuklarının yetiştirilmesi ve gelişmelerinin sağlanmasında erkek ve kadının ortak sorumluluğunun kabul ettirilmesine katkıda bulunması için tüm uygun önlemlerin alınması (m. 5);
- Tüm biçimleriyle kadın ticaretini ve kadınların fahişeliğinin sömürülmesini kaldırmak için, yasal kuralları da kapsayan tüm uygun önlemlerin alınması (m. 6);
- Ülkenin *siyasal ve kamusal yaşamında* ayrımcılığı kaldırmak için tüm uygun önlemlerin alınması ve özellikle erkeklerle eşitlik koşulları içinde:
 - a) Tüm seçimlerde ve halkoylamalarında oy verme ve halkın seçtiği tüm organlara seçilebilme hakkının sağlanması;
 - b) Devlet politikasının hazırlanmasına ve yürütülmesine katılma, kamu görevi alma ve tüm yönetsel düzeylerde kamu işlevleri (hizmetleri) yerine getirme hakkının sağlanması;
 - c) Ülkenin kamusal ve siyasal yaşamıyla ilgilenen hükümet dışı örgüt ve derneklere katılma hakkının sağlanması (m. 7);¹⁰²
- Kadınların, erkeklerle eşitlik koşulları içinde ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin, hükümeti *uluslararası düzeyde temsil etmeleri ve uluslararası örgütlerin çalışmalarına katılma olanağı* elde etmeleri için tüm uygun önlemlerin alınması (m. 8);
- Kadınlara; uyrukluk kazanılması, değiştirilmesi ve korunması ile çocuklarının uyrukluğunda konularında erkeklere eşit haklar tanınması (m. 9);
 - Türkiye, 9. maddenin 1. fıkrasına imza sırasında koyduğu ve onayda sürdürdüğü *çekincesini* henüz kaldırmamıştır.¹⁰³

¹⁰¹ Komitenin, aşağıda ayrıca incelenen “özel geçici önlemler” konusundaki 5 ve 25 sayılı genel tavsiyeleri için bkz: NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 76 ve 131-139.

¹⁰² Komite, 1997 tarihli ve 23 sayılı “siyasal ve kamusal yaşam” konulu genel tavsiyesinde, sözleşmenin 7. ve 8. maddelerinden doğan yükümlülükleri ele almış ve taraf devletlere yönelik tavsiyelerini ayrıntılı olarak ortaya koymuştur. Bkz.: NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 111-122.

¹⁰³ Türkiye'nin çekinceleri ve bildirimini (beyanı) konusunda bkz: http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/treaty9_asp_fr.htm, erişim: 13.06.2003 (Déclarations et réserves). Yine, 29. maddenin 1. fıkrasına konulan çekince de, 20 Eylül 1999'da kaldırılmamıştır.

- *Eğitim* konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar sağlamak amacıyla, ayrımcılığı kaldırmak için tüm uygun önlemlerin alınması ve özellikle, aynı mesleki yönlendirme koşulları, tüm öğretim kurumlarında öğrenim görme ve diploma alma, aynı program ve sınavlara girme, karma eğitimi ve başka eğitim tiplerini özendirerek tüm öğretim düzey ve biçimlerinde erkek ve kadın rollerinin kalıplaşmış rol anlayışını kaldırma, aynı burs ve sürekli eğitim programlarına girme olanakları, kız öğrencilerin okuldan ayrılma oranını düşürme, spor ve beden eğitimine etkin olarak katılma ve ailelerin sağlık ve gönencini sağlamaya yönelik eğitsel nitelikli özel bilgiler alması konularında, erkek ve kadının eşitliği temeline dayanan tüm uygun önlemlerin alınması (m. 10);
- *İstihdam* alanında ayrımcılığı kaldırmak için tüm uygun önlemlerin alınması, özellikle çalışma hakkı, aynı istihdam olanakları hakkı, meslek ve işini özgürce seçme hakkı, yükselme ve iş güvencesi hakkı, mesleki eğitim hakkı, eşit ücret hakkı, eşdeğer bir iş için işlem eşitliği hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlığın korunması ve çalışma koşulları güvenliği hakkı konularında aynı hakların tanınmasını sağlamak için tüm uygun önlemlerin alınması; evlilik yada analık nedeniyle ayrımcılığı önlemek ve gerçek çalışma haklarını güvenceye almak için uygun önlemler almayı üstlenmesi, gebelik yada analık izni nedeniyle işten çıkarmanın yaptırımlara bağlanarak yasaklanması, ücretli analık izni verilmesi, gebe kadınlara özel koruma sağlanması konularında uygun önlemlerin alınmasını üstlenme (m. 11);
- Kadınlara, aile planlamasını ilgilendirenleri de kapsamak üzere tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak ereğiyle, sağlık bakım hizmetleri alanında ayrımcılığı kaldırmak için tüm uygun önlemleri almak; bu kurallara karşın gebelik, doğum ve doğum sonrası dönemlerde kadınlara, gerekirse ücretsiz, uygun hizmetler ve gebelik ve emzirme sırasında uygun beslenme sağlanması (m. 12);¹⁰⁴
- *Ekonomik ve sosyal yaşamın öteki alanlarında* ayrımcılığı kaldırmak için, eşitlik temeline dayalı olarak, aynı hakları, özellikle aile yardımları hakkı, banka kredileri hakkı, eğlence etkinliklerine, spor ve kültürel yaşamın tüm yönlerine katılma hakkı sağlamak amacıyla tüm uygun önlemlerin alınması (m. 13);
- Sözleşme kurallarının kırsal kesimdeki kadınlara uygulanmasını sağlamak için tüm uygun önlemlerin alınması; bunlara, kırsal kalkınmaya katılımları-

¹⁰⁴ Komitenin "kadınlar ve sağlık" konusunda, 1999 yılında kabul ettiği 24 sayılı "genel tavsiyesi", taraf devletlerin 12. maddeden doğan yükümlülüklerini ayrıntılı biçimde ortaya koymuştur (Recommandation générale, No 24, vingtième session, 1999; NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 123-130).

nı sağlamak amacıyla tüm uygun önlemlerin alınması ve özellikle (sayılan) çeşitli hakların tanınması (m. 14);

- Kadına erkekle *yasa önünde eşitlik* tanınması: Medeni hukukla ilgili alanda kadına erkekle aynı hukuksal yeteneğin tanınması, özellikle sözleşme bağtlama ve mallarının yönetimi ile ilgili olarak aynı hakların tanınması ve yargılamanın tüm evrelerinde kadınlara aynı davranışın gösterilmesi; serbest dolaşım, oturma ve konut haklarına ilişkin yasal düzenlemeler konusunda aynı hakların tanınması (m. 15);¹⁰⁵
 - Türkiye, 15. maddenin 2. ve 4. fıkralarına imza ve onay sırasında koyduğu çekinceleri 20 Eylül 1999 tarihinde kaldırmıştır.¹⁰⁶
- Evlilikten kaynaklanan sorunlarda ve aile ilişkilerinde ayrımcılığı kaldırmak için tüm uygun önlemlerin alınması ve özellikle, evlilik hakkını, eşini özgürce seçme hakkını; evlilik ve boşanma sırasında aynı hak ve sorumlulukları; çocuklarına ilişkin sorunlarda anne-baba olarak aynı hak ve sorumlulukları; çocukların sayısına ve zamanlanmasına özgürce karar vermede aynı hakları; vesayet, velayet, yuva, evlat edinme yada benzer kurumlar konusunda aynı hak ve sorumlulukları; aile adı, meslek ve iş seçmede kocaya ve karıya aynı kişisel hakları; mülkiyet, malların edinilmesi, yönetilmesi, işletilmesi ve bunlardan yararlanılması konularında eşlerin her birine aynı hakları sağlamaları (m. 16).
 - Türkiye, 16. maddenin 1. fıkrasının c, d, f ve g bentlerine koyduğu çekinceyi de aynı tarihte kaldırmıştır.¹⁰⁷

Sözleşmenin 23. maddesinde, örneklerine başka uluslararası sözleşmelerde de rastlanan bir ilkeye yer verilmiştir. Buna göre, kadın ve erkek eşitliğinin gerçekleştirilmesi için *daha elverişli yada ileri olan kuralların üstünlüğü yada önceliği ilkesi* geçerlidir. Sözleşme, bir taraf devletin daha ileri nitelikteki mevzuatında yada bu devlette yürürlükte olan başka her sözleşme yada uluslararası anlaşmada yer alan kurallara zarar vermez, yani onların yerine (önüne) geçerek uygulanmaz (m. 23).

Sözleşme, kadınlara yönelik ayrımcılık biçimlerinin sosyal ve siyasal yaşamlarda karşılaşılan her türünün önlenmesini; bu amaçla politika izlemenin ötesinde ve

¹⁰⁵ Komite, 1994 yılında kabul ettiği 21 sayılı genel tavsiyesinde; "evlilikte ve aile ilişkilerinde eşitlik" konusunu ele almış; sözleşmenin 9, 15 ve 16. maddelerinde düzenlenen konulardaki önerilerini ayrıntılı biçimde sıralamıştır. Bkz.: NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 99-108.

¹⁰⁶ http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/treaty9_asp_fr.htm, erişim: 13.06.2003 (Déclarations et réserves).

¹⁰⁷ http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/treaty9_asp_fr.htm, erişim: 13.06.2003 (Déclarations et réserves).

hukuksal düzenlemelerin yanı sıra, uygulamada görülen eylemli (fiili) eşitsizlikleri kaldıran (kaldırmayı amaçlayan) somut ve gerektiğinde özel (olumlu) önlemler alınmasını öngörmüştür. Cinsiyetlerarası eşitlik ve ayrımcılık yasağını her alanda vurgulayan sözleşme, özetlenen içeriği ve yansıttığı yaklaşımıyla, kanımca salt “toplumsal cinsiyet” değil daha geniş bağlamda “**siyasal, sosyal, ekonomik ve yönetsel cinsiyet**” bağlamlarında kadınlara yönelik dolaylı yada dolaysız, açık yada örtük tüm ayrımcılıkların aynı zamanda hukuk düzeninden ve uygulamadan kaldırılmasını istemiştir. Kuşkusuz bu kuralları, çalışma yaşam ve koşullarını da bireysel ve toplu iş ilişkileri, sosyal koruma ve sosyal güvenlik boyutlarıyla da kapsar. Kısacası sözleşme, kadınların tüm alanlarda “eksiksiz yurttaş” olmalarını amaçlamıştır. “Toplumsal cinsiyet” kavramı, bu kapsamlı yaklaşımı yeterince anlatmamakta, sosyal yaşamla sınırlandırdığı izlenimi yaratmaktadır.

c. Komitenin Genel Tavsiyeleri

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, sözleşmeye uygun olarak ve taraf devletlerin raporlarına ve ilettikleri bilgilere dayanarak kabul ettiği “genel tavsiyeleri”nde; devletlerin sözleşmeden doğan pozitif yükümlülüklerinin içerik ve kapsamı konusundaki öneri ve telkinlerini ortaya koymuştur. Bu genel tavsiyeler temelinde, sözleşme maddelerinde yer alan kimi belirsizliklere ve dolayısıyla kadınlara yönelik ayrımcılık kavramına açıklık kazandırarak, sözleşme kurallarının onaylayan devletlerce birörnek uygulanmasına katkıda bulunmaktadır.

Komite, 1987’de kabul ettiği eğitim ve bilgilendirme programlarıyla ilgili 3 sayılı ilk genel tavsiyelerinden birinde; sözleşmede hukuksal güvenceye alınan hakların uygulamaya aktarılmasının en temel koşullarından biri olan “**insan hakları eğitimi**”ni, sözleşme özelinde ele almıştır. Bu amaçla, kadınların sosyal eşitliği ilkesinin tam olarak uygulanmasına engel olan önyargıların ve güncel uygulamaların kaldırılmasına katkıda bulunan etkili eğitim ve bilgilendirme programları kabul etmelerini istemiştir. ¹⁰⁸

Komitenin, 1988 tarihli ve 6 sayılı genel tavsiyede üzerinde durduğu konu, AB’nin eşit işlem yönergelerinde açıkça düzenlenen ve İlerleme Raporlarının da, ülkemizde henüz oluşturulmadığı için eleştiri konusu yaptığı **eşitliği geliştirici kurumlar** oluşturulmasıdır. Komite taraf devletlere, yüksek düzeyde (hükümet düzeyinde), gerekli kaynak ve yetkilerle donatılmış etkili ulusal kuruluşlar ve mekanizmalar kurma yada -varolanları- güçlendirme önerisinde bulunmuştur. Bu kuruluşların görevi ise; tüm hükümet politikalarının kadınlar üzerindeki yansımaları konusunda görüş bildirmek, kadınların durumunu izlemek, yeni politikalar oluşturulmasına ve ayrımcılığa son vermek üzere etkili strateji ve önlemlerin uygulamaya konulmasına yardımcı olmaktır. ¹⁰⁹

¹⁰⁸ NU, *Récapitulation*, 2008 II, s. 74.

¹⁰⁹ a.k., s. 77.

Komite, **kadınlara yönelik şiddet** konusunda, 1989 ve 1992 yıllarında iki genel tavsiye kabul etmiştir. 12 sayılı olan ilkinde, üye devletlerin raporlarında; günlük yaşamda her tür şiddete karşı kadınları korumak için yürürlükte olan mevzuat, bu şiddeti kaldırmak için alınan başka önlemler, saldırı yada kötü işlem mağduru kadınlar için destek hizmetlerinin varlığı ve şiddet kurbanı kadınlar üzerinde tüm biçimleriyle görülen şiddetin yansımaları konusunda istatistik verileri konularında bilgiler vermelerini istemiştir. ¹¹⁰ Komite, 19 sayılı ikinci genel tavsiyesinde ise, konuyu çok ayrıntılı biçimde ve sözleşmenin kimi maddeleri temelinde inceleyip önerilerini sıralamıştır. Komite'ye göre, hükümetlerce gönderilen raporlar, kadınlar hakkında ayrımcılık ile cinsiyete dayalı şiddet ve insan hakları ihlalleri arasında varolan sıkı bağı yeterince yansıtmamaktadır. Devletlerin, sözleşmenin eksiksiz uygulanması için, kadınlara yönelik şiddetin tüm biçimlerini kaldırma amacı taşıyan yapıcı önlemler almaları gerekir. **1. maddedeki ayrımcılık tanımını, “cinsiyete dayalı şiddeti kapsar”** ve bu da, 1. madde anlamında bir ayrımcılık oluşturur. Komite'ye göre cinsiyete dayalı şiddet, “kadınların, uluslararası hukukun genel ilkeleri yada insan haklarına ilişkin özel sözleşmeler gereğince bireysel haklardan ve temel özgürlüklerden yararlanmalarını tehlikeye koyan yada ortadan kaldıran” bir ayrımcılıktır. Sözünü ettiği hak ve özgürlükleri örnek olarak sayan komite, sözleşme anlamında ayrımcılığın hükümetlerce yada onlar adına yapılan işlemlerle sınırlı olmadığını vurgulamıştır. Örneğin taraf devletler, madde 2/e bendi gereğince, herhangi bir kişi, örgüt yada işletmenin kadınlar hakkında uyguladığı ayrımcılığı kaldırmak için tüm uygun önlemleri alma yükümlülüğü üstlenmişlerdir. Genel olarak uluslararası hukuk ve insan hakları sözleşmeleri gereğince, devletler, eğer hakların ihlalini önlemek yada şiddet eylemleri konusunda soruşturma yapmak, onları cezalandırmak ve onarımda bulunmak için gereken özen ve uyanıklıkla hareket etmez ise, özel işlemlerden de sorumludurlar. Komite 19 sayılı genel tavsiyesinde, sözleşmenin birçok maddesi konusunda da önerilerde bulunmuştur. Örneğin, 11. maddeye ilişkin olarak, kadınların işyerinde cinsel taciz gibi cinsiyete dayalı şiddete uğramaları durumunda, istihdamda eşitliğin ağır biçimde tehlikeye gireceğini vurgulamıştır. Komite'ye göre cinsel taciz; özellikle fiziksel temaslar dayatmaktan, cinsel anırtırmalı ileri gitmeler ve açıklamalar (dikkat çekmeler) yapmaktan, pornografik eserler göstermekten ve ister sözlü ister eylemle olsun cinsel isteklerin tatmin edilmesini istemekten ibaret olan cinsel güdülerin belirlediği istenmeyen bir davranışla kendini gösterir. Böyle bir davranış, küçük düşürücü olabilir ve sağlık ve güvenlik planında bir sorun yarabilir; bu davranış, kadının reddetmesinin kendisini işinde, özellikle işe girmede yada yükselmede dezavantajlı bir konuma sokacağına inanması temeline dayandığı yahut bu davranış düşmanca bir çalışma ortamı yarattığı zaman ayrımcıdır. Komite

¹¹⁰ a.k., s. 83.

te, özetlenen bu genel ve kimi maddeler özelindeki açıklamalardan sonra, her birine ilişkin somut tavsiyelerini de sıralamıştır. Bunlar arasında; taraf devletlerce, zararın giderilmesini de kapsamak üzere, yakınma ve başvuru yolları yöntemi öngörülmesinin; devlet raporlarında, cinsel taciz ile kadınları şiddete, baskıya ve iş yerinde cinsel tacize karşı korumak amacıyla alınan önlemler konularında bilgilere yer vermeleri bulunmaktadır. ¹¹¹

Eşit değerde iş için eşit ücret konusundaki 1989 tarihli ve 13 sayılı genel tavsiyesinde, şu önerilerde bulunmuştur: 100 sayılı UÇÖ tavsiyesinin onaylanması; cinsiyete dayalı olmayan ölçütlere dayalı iş değerlendirme sistemlerinin incelenmesi, hazırlanması ve kabul edilmesi; uygulama mekanizmalarının işlerliğe geçirilmesini ve bu ilkenin uygulanmasını sağlamak için toplu sözleşme taraflarınca gösterilen çabaların desteklenmesi. ¹¹²

Komite, **aile işletmelerinde ücretsiz çalışan kadınlara** ilişkin 1991 tarihli ve 16 sayılı genel tavsiyesinde, taraf devletlerden raporlarında bilgi vermelerini istediği konuları şöyle sıralamıştır: Bu kadınların hukuksal ve sosyal durumu; bu konuda istatistiksel verilerin derlenmesi; bu kadınlar için ücret, sosyal güvenlik ve başka sosyal avantajlardan yararlanmalarını sağlayıcı gerekli önlemlerin alınması. ¹¹³

Komite, **engelli kadınlara** ilişkin 1991 tarihli ve 18 sayılı genel tavsiyesinde; bu kadınların durumu, özel durumlarına karşı koymak için alınan önlemler, özellikle eğitim ve istihdama, sağlık hizmetlerine ve sosyal güvenliğe eşit erişimleri ve sosyal ve kültürel yaşamın tüm alanlarına katılabilmeleri için alınan özel önlemler ile ilgili bilgilere raporlarında yer vermelerini devletlerden istemiştir. ¹¹⁴

d. Geçici Özel Önlemler

Komite, sözleşmenin 4. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen ve hazırlık çalışmalarında -ve başka uluslararası sözleşmelerde- farklı terimlerin kullanıldığı ve buna bağlı olarak değişik anlamlar içerdiği belirtilen “geçici özel önlemler” konusuna ilişkin 25 sayılı “genel tavsiye”sinde, kavramı oluşturan üç terimin her birinin anlam, değer ve niteliğini açıklamıştır. ¹¹⁵

Buna göre; 1. fıkrada, 2. fıkradan farklı olarak “sürekli” değil “geçici” özel önlemler söz konusudur. Fıkradan da açıkça belirtildiği üzere, geçici özel önlemlerin

¹¹¹ a.k., s. 91-93.

¹¹² a.k., s. 84.

¹¹³ a.k., s. 88.

¹¹⁴ a.k., s. 90.

¹¹⁵ Komite, 1988’de kabul ettiği 5 sayılı ilk ve çok kısa genel tavsiyesinde; taraf devletlerin, kadınların eğitim, ekonomi, siyaset ve istihdam alanlarında bütünleştirilmelerini kolaylaştırmak için, olumlu bir eylem, tercih edilen bir işlem yada bir kota (kontenjan) gibi **geçici özel önlemlere** daha çok başvurmalarını tavsiye etmiştir (CEDAW, Observation générale No 5 [septième session, 1989], mesures temporaires spéciales; NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 76).

amacı, erkeklerle “olgusal (fiili, eylemli) yada gerçek eşitliği yerleştirmek için kadının durumunun iyileştirilmesinin “hızlandırılması” ve kadınlar hakkındaki ayrımcılığın geçmişteki ve şimdiki biçimlerini ve etkilerini kaldırmak için gerekli olan yapısal, sosyal ve kültürel evrimi yüreklendirmek ve kadınlara, bunları telafi etme olanakları tanımak olduğunu belirtmiştir. Devletlerce alınan önlemlerin, kadınların siyasal, sosyal, ekonomik, kültürel vb yaşama eşit katılımlarının yerleştirilmesini hızlandırma amacı taşıması gerekir.

Komite, geçici özel önlemler uygulanmasının ayrımcılık yapmama kuralına bir istisna oluşturmadığını, bu önlemlerin temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla ilgili olarak cinsiyetler arasında **olgusal yada gerçek eşitliği yerleştirmek** için kabul etmeleri gereken stratejinin ayrılmaz bir parçası olduğunu belirtmiştir. Geçici özel önlemler, kadınlar hakkında geçmişteki ayrımcılığın etkilerine çözüm getirme aracı iken, sözleşmenin erkeklerle olgusal yada gerçek eşitliği yerleştirmek amacıyla devletler için öngördüğü yükümlülük geçmişteki ayrımcılık kanıtından bağımsız olarak vardır. Komite’ye göre, devletlerce sözleşmenin öngördüğü önlemlerin kabul edilmesi ve uygulanmasının hedefi, erkeklere bir ayrımcılık dayatılması değildir.

Komite, devletlerin geçici özel önlemleri, kadınların ve kızların durumunu iyileştirmek amacıyla kabul edilen başka *genel sosyal politikalar*dan açıkça ayırdetmeleri gerektiğinin de altını çizmiştir. Kadınlar için potansiyel olarak yada gerçekten elverişli (koruyucu) nitelik taşıyan tüm önlemler, geçici özel önlemler değildir. Kadınlar ve kızlar için, kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel -yani tüm- haklarını kullanmalarını güvenceye kavuşturmak için öngörülen genel koşullar ve ayrımcılıktan bağımsız ve onurlu bir yaşam koşulları, geçici özel önlemler olarak nitelendirilemez.

Madde 4/1’in açıkça “geçici” olarak nitelediği özel önlemler, “geçici” nitelikleri çok uzun süreli bir uygulamayla ortaya çıksa da, sonsuza değin gerekli olduğu düşünülmemelidir. Bu süre, somut bir soruna yanıt olmak üzere, önlemin sonuçları temel alınarak belirlenmelidir. Söz konusu önlemler, önceden beklenen (umulan) sonuç elde edilir edilmez kaldırılabilir.

Komite, madde 4/1’deki “özel” teriminin, insan hakları terminolojisine uygun olsa da, özel bir hedefin gerçekleştirilmesi amacıyla alınan önlemleri açıklamak için kullanıldığını ve “önlem” teriminin de geniş bir politikalar, uygulamalar ve yasal, yönetsel vb araçlar yelpazesini kapsadığını belirtmiştir. Dayanışma ve destek programları, kaynak ayırma, tercihli davranma (işlem), süreye bağlanmış rakamlı hedefler ve kota, bu araçlardandır.

Komite’ye göre, madde 1, 2, 3, 5 ve 24 ışığında yorumlanan madde 4/1 kuralı, taraf devletlerin “tüm uygun önlemleri” alacaklarını” öngören 6-16. maddeler göz önünde tutularak uygulanmalıdır. Taraf devletler, sonuç olarak, kadın-

lar açısından olgusal yada gerçek bir eşitliğin yerleştirilmesini hızlandırmak için kaçınılmaz ve uygun ise, ister genel ve isterse özel bir hedef söz konusu olsun, geçici özel önlemler kabul etmek ve uygulamakla yükümlüdür. ¹¹⁶

Komite, taraf devletlerin madde 4/1'den doğan pozitif yükümlülüklerinin anlam ve içeriğine açıklık getiren bu gözlemlerinin ardından, bu konuların her birine ilişkin öneri yada tavsiyelerini ayrıntılı olarak sıralamıştır. ¹¹⁷

7. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Korunması

Uluslararası Sözleşmesi

Özellikle 1970'li yılların başlarından itibaren gösterilen çeşitli çabaların ürünü olan Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Korunması Uluslararası Sözleşmesi, BM Genel Kurulu'nca 18 Aralık 1990 tarihinde kabul edilerek imzaya açılmıştır. ¹¹⁸ 1 Haziran 2003 tarihinden başlayarak yürürlüğe giren sözleşmeyi, 17 Aralık 2008 tarihindeki güncellemeye göre, 30 devlet imzalamış ve 40 devlet de onaylamıştır. ¹¹⁹

Türkiye, 13 Ocak 1999'da sözleşmeyi imzalamış, 26 Nisan 2001 tarihli ve 4662 sayılı yasayla onaylanmasını uygun bulmuştur. Onay, kararnamenin yayımlandığı 8 Temmuz 2004'te iç hukukta ¹²⁰ ve 27 Eylül 2004'te de uluslararası hukukta geçerlik kazanmıştır. Türkiye, 1 Ocak 2006 tarihinde göndermesi gereken ilk raporunu, üç yıllık gecikmeye karşın, Şubat 2009 itibarıyla sunmamış ve denetim süreci işlerlik kazanmamıştır. Komitenin 20 Nisan-1 Mayıs tarihlerindeki toplantı gündeminde Türkiye, yoktur. ¹²¹

Uzun bir hazırlık sürecinin ürünü olan ve öteki sözleşmelere oranla "göçmen işçi" kavramını daha eksiksiz biçimde tanımlayan sözleşme, insan hakları ile göç arasındaki ilişkiyi vurgulayan çok geniş kapsamlı bir belgedir. ¹²² Dokuz bölümden oluşan sözleşmenin ikinci kısmındaki (bölümündeki) 7. maddesi, "*haklar konusunda ayrımcılık yapılmaması*" başlıklıdır. Sözleşmenin 8-35. maddelerinde, göçmen işçilerin ve aile üyelerinin insan hakları tanınmış, ikiz sözleşmeler ile baş-

¹¹⁶ NU, CEDAW, **Recommandation générale No 25**, parag. 18-24; NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 134-135.

¹¹⁷ a.k., parag. 25-39; NU, **Récapitulation**, 2008, II, s. 136-138.

¹¹⁸ NU, **Les droits des travailleurs migrants**, Fiche d'information, No 24, Genève, 1996, s. 11-15.

¹¹⁹ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/13.htm>, erişim: 10.02.2009.

¹²⁰ **Resmi Gazete**, 8 Temmuz 2004, Sayı: 25516.

¹²¹ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm>, erişim: 10.02.2009.

¹²² NU, Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, **Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et son Comité**, Fiche d'information, No 24 (rév. 1), mai 2006, s. 1-4.

ka insan hakları sözleşmelerinde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin göçmen işçilere uygulanması öngörülmüştür. Sözleşmede, göçmen işçilerin özel gereksinimlerini karşılamaya yönelik kurallar da bulunmaktadır (m. 15, 21-23, 25-28, 30-33 ve 35).

a. Ayrımcılık Yasağı

Sözleşmenin, kişiler yönünden “kapsam” ile ilgili 1. maddesinde, “bundan sonra belirtilen durumlar istisna olmak üzere” (yani sözleşmede başka biçimde düzenlenmiş olmadıkça) denilerek, 7. maddedeki “tüketici” olmayan “aynı” nedenlere dayalı “hiçbir farklılık gözetilmeksizin, tüm göçmen işçilere ve ailelerine uygulan(acağı)” belirtilmiştir.

Sözleşmenin 7. maddesi, taraf devletler için öngördüğü ayrımcılık yasağını, ikiz sözleşmelerde olduğu gibi, tanıdığı haklarla sınırlı, ancak nedenler yönünden daha geniş kapsamlı olarak şöyle düzenlemiştir:

“Taraf devletler, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin kurallarına uygun olarak, ülkesinde bulunan ve yargı yetkisi alanına giren tüm göçmen işçiler (çalışanlar) ve aile üyeleri için; *özellikle* cinsiyet, ırk, renk, dil, din yada inanç, siyasal yada başka görüşler, ulusal, etnik yada sosyal köken, yurttaşlık, yaş, ekonomik durum, servet (mülkiyet), medenî durum, doğum yada *başka her durum* yönlerinden hiçbir fark gözetilmeksizin (sans distinction aucune), ¹²³ bu sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi ve bu hakları güvence altına almayı üstlenirler.” ¹²⁴

Sözleşme, 7. maddesinde “örnek” olarak saydığı ayrımcılığın dayandırılabilceği nedenlerin niteliği yönünden ikiz sözleşmelere benzemektedir. Bir başka benzerlik, taraf devletlerin aynı zamanda “saygı gösterme” ve “güvenceye alma” yükümlülüklerinin haklar yönünden uygulama alanına ilişkindir. Devletlerin yükümlülüğü, “bu sözleşmede tanınan haklar” ile sınırlıdır. Ancak, sözleşmede tüke-

¹²³ 7. maddenin başlığında “discrimination” terimi kullanılmışken, metin içinde “distinction” denilmiştir.

¹²⁴ Bu maddenin Fransızca ve İngilizce orijinallerinde, ayrımcılık nedenlerinin önünde “özellikle” sözcüğü (notamment / such as) yer almışken, resmi çeviride bu sözcük atlanmıştır. Sayılan ayrımcılık nedenlerinin tüketici olup olmaması yönünden kuşku yaratmakla birlikte, nedenlerin sonuna eklenen “gibi nedenlerle” sözcükleri dolayısıyla niteliği üzerinde etkisi olmadığını düşündüğüm “*özellikle*”siz ve “*başka durum*”suz resmi çeviri şöyledir:

“Taraf Devletler, insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler uyarınca, kendi ülkeleri içinde yaşayan veya yasal yetki alanına giren tüm göçmen işçilere ve aile fertlerine, cinsiyet, ırk, renk, dil, din veya inanç, siyasal veya diğer görüşler, millî, etnik veya sosyal köken, vatandaşlık, yaş, ekonomik durum, mülkiyet, medenî durum, doğum veya diğer statüler *gibi nedenlerle* hiçbir ayrımcılık yapmaksızın bu Sözleşmede öngörülen haklara saygı göstermeyi ve uygulamayı taahhüt ederler.”

ticisi olmaksızın sayılan nedenlerin ikiz sözleşmelerden daha geniş kapsamlı olması, belirtilmesi gereken farklardan birini oluşturmaktadır. Bir başka fark da, devletlerin üstlendikleri “saygı gösterme” ve “güvenceye alma” yükümlülüklerini, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin kurallarına uygun olarak yerine getirmelerinin öngörülmüş olmasıdır.

Ayrımcılığa karşı korunan kişiler, taraf devletin ülkesinde bulunan ve yargı yetkisi alanına giren tüm göçmen işçiler ve aile üyeleridir. Öteki sözleşmelere oranla daha eksiksiz bir tanım veren sözleşmeye göre “göçmen işçi” kavramı, “uyruğu (yurttışı) olmadığı bir devlette ücretli bir işte çalışacak olan, çalışmakta olan yada çalışmış olan kişileri anlatır” (m. 2/1). Sözleşme, kişiler yönünden uygulama alanına girmeyen kişileri ise, 3. maddesinde ayrıntılı biçimde saymıştır.

Sözleşme, sağladığı korumadan yararlanacak “aile üyeleri” kavramını da, 4. maddesinde tanımlamıştır. Buna göre; bu sözleşmenin amaçları çerçevesinde “aile üyeleri” terimi, şu kişileri kapsar ve anlatır: a) Göçmen işçilerle evli kişiler; b) Uygulanan yasa gereğince, göçmen işçilerle evliliğe eşdeğer sonuçlar doğuran ilişkileri bulunan kişiler; c) Bakmakla yükümlü oldukları çocukları; d) Uygulanan mevzuat yada ilgili devletler arasında uygulanan iki yada çok yanlı anlaşmalar gereğince aile üyeleri olarak tanınan bakmakla yükümlü oldukları başka kişiler.

b. Çeşitli Maddelerdeki Kurallar

Sözleşmenin çeşitli maddelerinde, göçmen işçilerin buldukları devletin yurttaşları ile kimi haklardan eşit biçimde yararlanmaları güvenceye alınmış, dolayısıyla “uyrukluk” temeline dayalı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Bu maddeler şunlardır:

- Yargı yerleri önünde ilgili devletin yurttaşları ile aynı hakların öznesi olma; yetkili, bağımsız ve yansız bir mahkemece adil ve açık olarak yargılanma hakkı (m. 18);
- Ücret ve başka çalışma koşulları konusunda, çalıştığı devletin yurttaşlarının yararlandığı davranıştan daha az elverişli olan bir davranıştan yararlanmama, yani eşit işlem ilkesine göre yararlanma (m. 25);
- Sosyal güvenlik konusunda, mevzuatın öngördüğü gerekli koşulları yerine getirdikleri ölçüde, yurttaşlarla işlem eşitliğinden yararlanma (m. 27);
- Yurttaşlarla eşit işlem temeline dayalı olarak, yaşamlarını korumak yada sağlıkları için onarılamaz bir zararı önlemek için ivedilikle gerekli olan her tür tıbbi bakım görme hakkı (m. 28);
- Yurttaşlarla eşit işlem temeline dayalı olarak, eğitim hakkı; anne-babadan birinin oturma yada çalışma konusundaki yasaya aykırı durumu nedeniyle göçmen işçi çocuğunun kamusal okul öncesi yada ilköğretim kuruluşlarına girmesinin reddedilmemesi yada sınırlandırılmaması (m. 30);
- Çeşitli konularda (örneğin eğitim kurum ve hizmetlerine girme, mesleksel

yönlendirme ve işe yerleştirme hizmetlerine erişme, mesleksi eğitim ve rö-siklaj kolaylık ve kurumlarına girme [erişme], sosyal konut programlarını da kapsamak üzere konuta erişme, sosyal ve tıbbi hizmetlere girme, koopera-tiflere ve özyönetimli işletmelere girme, kültürel yaşama girme ve katılma konularında), çalıştığı devletin yurttaşlarıyla işlem eşitliğinden yararlanma; taraf devletlerin, göçmenlerin bu haklardan yararlanmalarına olanak ver-mek ereğiyle, onlara etkin işlem eşitliği sağlayan koşulları oluşturmak için çaba göstermeleri; çalıştıran devletin, göçmenleri çalıştıran işverenlerin kendi niyetlerine göre konutlar yada sosyal yahut kültürel hizmetler oluşturma-sına engel olmaması (m. 43/1, 2 ve 3);

- Göçmen işçilerin aile üyelerinin, çalıştıran devletlerde, bu devletin uyruklarıyla eğitim kuruluş ve hizmetlerine girme (erişme), sosyal ve tıbbi hizmetlere erişme ve kültürel yaşama girme ve katılma konularında işlem eşitliğinden yararlanmaları; çalıştıran devletlerin, gerektiğinde göçmenlerin devletiyle işbirliği yaparak, göçmen çocuklarının yerel eğitim sistemiyle, özellikle yerel dilin öğretilmesiyle ilgili olarak, bütünleşmelerini kolaylaştırmayı amaçlayan bir politika yürütmeleri; çalıştıran devletlerin, göçmenlerin çocuklarına ana dil ve kültürlerini öğretmeye çaba göstermeleri ve bu konuda, göçmenlerin devletin işbirliği yapması; çalıştıran devletlerin, gerektiğinde göçmenlerin devletiyle işbirliği yaparak, göçmenlerin çocuklarının ana dil öğretiminde özel programlar sağlayabilmeleri (m. 45/1, 2, 3 ve 4);
- İşten çıkarmaya karşı koruma, işsizlik yardımı, işsizliği önlemeye yönelik kamuya yararlı programlara girme, işini yitirme yada başka bir ücretli işe ara verme durumunda başka bir işe girme konularında çalıştıran devletin uyruklarıyla işlem eşitliğinden yararlanma; işverenin sözleşmesini çiğnediğini düşünen göçmen işçinin, madde 18/1'de öngörülen koşullarda, bu durumu çalıştıran devletin yetkili organlarına götürme hakkının bulunması (m. 54/1 ve 2);
- Ücretli bir etkinlik yerine getirme izni elde eden göçmen işçilerin, bu etkinliği yerine getirirken çalıştıran devletin uyruklarıyla işlem eşitliğinden yararlanmaları (m. 55).

Sözleşme, bireysel ve toplu çalışma ilişkileri ile sosyal güvenliği aşan geniş bir çerçevede, göçmen işçilerin ülkesinde buldukları devletlerin yurttaşlarıyla işlem eşitliği ilkesi temelinde korunmalarını, kendilerine ve aile bireyelerine yönelik ayrımcı politikalar izlenmemesini ve eşit işlem ilkesinin gerçekleştirilmesini öngörmüştür.

8. Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi ve Ayrımcılık Yasağı

Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, kamu yetkililerinin ve genel olarak toplumun engelli kişilere yaklaşımının Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği¹²⁵ bağlam-

¹²⁵ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 411-413.

larında değişiminde önemli bir aşama olduğu belirtilen ¹²⁶ BM Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli ve “*Engelli Kişilerin Şanslarının Eşitlenmesi İçin Genel Kurallar*” başlıklı bu kararından ¹²⁷ onüç yıl sonra, 13 Aralık 2006'da kabul edilmiştir. 50 maddeden oluşan ve 3 Mayıs 2008'de yürürlüğe giren sözleşmeyi, 2 Şubat 2009 itibarıyla 138 devlet imzalamış ve 47 devlet de onaylamıştır. ¹²⁸

Türkiye, sözleşmeyi 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. Onayın hukuksal yükümlülük doğuracak birinci işlemini de, 3 Aralık 2008 günlü ve 5825 sayılı yasa ile onaylanmasını uygun bularak gerçekleştirmiştir. ¹²⁹ Avrupa Birliği de, sözleşmeyi 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır.

Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, UÇÖ'nün 1983 yılında kabul ettiği 159 sayılı sözleşmeden yirmi üç yıl, toplumsal katılım ve bütünleşme ile eksiksiz yurttaşlık temellerine dayanan yeni bir yaklaşımla düzenlenen GG Avrupa Sosyal Şartı'nın 15. maddesinden on yıl sonra kabul edilmiştir. Ülkemizde, 1 Temmuz 2005 tarihinde kabul edilen 5378 sayılı *Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* ile, bu sözleşmenin kabul edilmesinden yaklaşık birbuçuk yıl önce, temel yaklaşım yönünden uyumlu olmakla birlikte, içerik yönünden kimi önemli uyumsuzluklara yer veren bir yasal düzenleme yapılmıştır. ¹³⁰

Sözleşmenin Başlangıç bölümünde, dayandığı eksiksiz bir katılım ve bütünleşmeyi amaçlayan temel düşünceler vurgulanmıştır. Bunlardan kimileri şunlardır:

- Tüm insan hakları ve tüm temel özgürlükler evrensel, bölünemez, karşılıklı bağımlıdır ve bu hak ve özgürlüklerden ayırım gözetmeksizin engelli kişilerin yararlanmalarının güvenceye bağlanması zorunludur.
- **Engel kavramı evrilmiştir** ve engel, yetersizlikler ile engellilerin başkalarıyla eşitlik temelinde topluma tam ve etkili katılımlarını önleyen davranışsal ve çevresel engeller sunan kişiler arasındaki karşılıklı etkileşimin sonucudur.

¹²⁶ 20 Aralık 1993 tarihli karardan önceki dönemde geçerli olan yaklaşım, özetle, engelli kişilerin *özgül önlemler* (uzmanlaşmış eğitim enstitüleri, istihdam yardımları, kişiselleştirilmiş ödemeler vb.) yoluyla sosyal içerilmesini öneren *farklılaşmış bütünleştirici bir model* idi. Dış çevreye uyumu göz ardı eden bu yaklaşımın yerini, 1993 kararından sonra, “sosyal katılım”ı temel alan yeni bir perspektifin aldığı belirtilmektedir. (Sylvain Laurent, “Discrimination: Le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées”, **Droit social**, No: 5, mai 2008, s. 588).

¹²⁷ Nations Unies, Assemblée Générale, Résolution adoptée par L'Assemblée générale, *Règles pour l'égalisation des chances des handicapés*, RES/48/96, 4 Mars 1994.

¹²⁸ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/15.htm>, erişim: 10.02.2009.

¹²⁹ “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”, **Resmi Gazete**, 18 Aralık 2008, Sayı: 27084. Onay işleminin ikincisi, bu çalışmanın baskıya girdiği tarihte gerçekleşmemiştir.

¹³⁰ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 671-676.

- Engele dayalı her tür ayrımcılık, insanın kişiliğine içkin olan (özünde bulunan) onur ve değerini yadsınmasıdır.
- Tüm engelli kişilerin insan haklarının geliştirilmesi ve korunması zorunludur.
- Çeşitli belgelere ve üstlenilen yükümlülüklerle karşın, engelli kişilerin eşit üyeleri olarak topluma katılımında engellemelerle karşılaşmayı ve tüm dünyada insan hakları ihlallerinin konusu olmayı sürdürmeleri kaygı vericidir.
- Yine, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş yada başka her tür görüş, ulusal, etnik, yerli yada sosyal köken, servet, doğum, yaş yada başka her durum temellerine dayanan ayrımcılığın çeşitli yada ağırlaşmış biçimleriyle karşı karşıya olan engelli kişilerin karşılaştıkları güçlükler de kaygı vericidir.

Sözleşme, 1. maddesinde amacını şöyle ortaya koymuştur: Engelli kişilerin tüm insan haklarından ve tüm temel özgürlüklerden *tam ve eşit olarak* yararlanmasını geliştirmek, korumak ve sağlamak ve içkin olan onurlarına saygı göstermesini geliştirmek.

1. madde “engelli kişiler”i tanımlamıştır. Tanımın öğeleri olarak, engelli kişilerin yetersizliklerinin; zihinsel, entelektüel ve duymasal olduğu ve “sürekli” nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Tanımda, bu iki öğenin yanı sıra, sözleşmenin benimsediği yaklaşımı da yansıtan, bir başka öğeye daha yer verilmiştir. Anılan yetersizlikleri nedeniyle engelli kişilerin çeşitli zorluk ve engellerle karşılıklı etkileşimi, başkalarıyla eşitlik temelinde, topluma tam ve etkili katılımlarına engel oluşturmaktadır. Kısacası, sürekli fiziksel, zihinsel, entelektüel ve duygusal yetersizlikleri olan kişiler, engelli kişilerdir ve çeşitli engellerle karşılıklı etkileşimi, başkalarıyla topluma tam ve etkili katılımlarına engel olabilir.

Sözleşme, “*engele dayalı ayrımcılık*” kavramını, yukarıda incelenen ırk ve cinsiyet temellerine dayanan ayrımcılıklara ilişkin BM sözleşmelerindeki tanımlardan esinlenip, engellilere uyarlayarak ve tanımın tüm ayrımcılık biçimlerini kapsadığını da ekleyerek, şöyle tanımlamıştır:

“Engele dayanan ayrımcılıktan; siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, sivil yada *başka alanlarda*, tüm insan haklarının ve tüm temel özgürlüklerinin, başkalarıyla *eşitlik temelinde*, tanınmasını, kullanılmasını yada (bu hak ve özgürlüklerden) yararlanılmasını tehlikeye koyma yada hiçe (sıfıra) indirgeme amacı taşıyan yada sonucu doğuran engele dayalı *her tür* ayırım, dışlama yada kısıtlama anlaşılır. Engele dayalı ayrımcılık, *makul düzenlemenin reddedilmesini* de kapsamak üzere, tüm ayrımcılık biçimlerini kapsar ”

Sözleşmenin yaptığı engele dayalı ayrımcılık tanımı, açıkça görüldüğü gibi, engelli kişilerin “eksiksiz yurttaşlar” olarak, en geniş anlamıyla toplumsal yaşamın tüm alanlarında, kanımca sözleşmede tanınanlarla da sınırlı olmaksızın tüm insan hak ve özgürlüklerinden eşitlik koşullarında eylemli olarak yararlanmalarının sağlanmasını öngörmüştür. Engelli kişiler, hak ve özgürlüklerden somut olarak yararlanma konusunda, engeli dışında diğer insanlardan hiçbir farkı bulunmayan hak öznelidir. Sözleşme, salt “doğrudan” ayrımcılıkları değil ayrımcılığın tüm biçimlerini kapsayan bir tanım yapmıştır. AB yönergelerinde -özellikle 2000/78 sayılı yönergede- tanımları yapılan ¹³¹ dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz, emirle ayrımcılık uygulatma ve özellikle “makul düzenlemeler yapmayı reddetme” de, “engele dayalı ayrımcılık” kavramının kapsamı içindedir.

Sözleşme, her biri için “**diğer (yani engelsiz) kişilerle eşitlik koşulları içinde ve ayırım gözetilmeksizin yararlanma ilkesi**”ni ayrı ayrı yineleyerek hukuksal güvenceye bağladığı hakları ve taraf devletlere getirdiği yükümlükleri ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. ¹³²

Sözleşme, 1990’lı yılların başlarında benimsenen engelli kişilerin toplum ve çevreyle her yönden etkili bütünleşmelerini yansıtan **genel ilkelerini** 3. maddesinde şöyle sıralamıştır:

- a) İçkin (insanın özündeki) onura, kendi seçimlerini yapmayı da kapsamak üzere bireysel özerkliğe ve kişilerin bağımsızlığına saygı gösterilmesi;
- b) Ayırım gözetilmemesi;

¹³¹ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 404-407.

¹³² Bu haklar ve yükümlülükler şunlardır: Yasa önünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı (m. 5); Engelli kadınlar (m. 6); Engelli çocuklar (m. 7); Duyarlılaştırma (m. 8); Erişebilirlik (m. 9); Yaşam hakkı (m. 10); Tehlike durumları ve ivedi insani durumlar (m. 11); Eşitlik koşullarında hukuksal kişiliğin tanınması (m. 12); Adalete erişme (m. 13); Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (m. 14); İşkenceye, zalimce, insanlık dışı yada aşağılayıcı ceza yada davranışlara bağlı tutulmama hakkı (m. 15); Sömürüye, şiddete ve kötü işleme bağlı tutulmama hakkı (m. 16); Bedensel ve zihinsel bütünlüğünün korunması hakkı (m. 17); Özgürce seyahat hakkı, konutunu seçme hakkı ve yurttaşlık hakkı (m. 18); Yaşam özerkliği ve toplumla eksiksiz bütünleşme, toplum içinde yaşama ve topluma katılım hakkı (m. 19); Kişisel hareketlilik (m. 20); Anlatım ve görüş (düşünce) özgürlüğü ve bilgiye erişme özgürlüğü (m. 21); Özel yaşama saygı (m. 22); Konuta ve aileye saygı (m. 23); Eğitim hakkı (m. 24); Olanaklı en iyi sağlık durumundan yararlanma hakkı (m. 25); Uyum ve yeniden uyum (m. 26); Çalışma ve istihdam (m. 27); Uygun yaşam düzeyi ve sosyal koruma hakkı (m. 28); Siyasal ve kamusal yaşamlara katılma hakkı (m. 29); Kültürel yaşama ve hoş vakit geçirmeye, serbest zamana ve spora katılım (m. 30); Taraf devletlerin istatistikler ve uygun sayısal veriler / bilgiler derleme yükümlülüğü (m. 31); Uluslararası işbirliği (m. 32); Sözleşmenin ulusal düzeyde uygulanması ve uygulamanın izlenmesi (m. 33); Engelli Kişilerin Hakları Komitesi (m. 34); Üye devletlerin raporları (m. 35); Raporların incelenmesi (m. 36); Taraf devletler ve Komite arasında işbirliği (m. 37); Komitenin diğer organlarla ilişkileri (m. 38); Komitenin raporu (m. 39); Diğer konulara ilişkin düzenlemeler (m. 40-50).

- c) Topluma tam ve etkili katılım ve bütünleşme;
- d) Farklılığa saygı gösterilmesi ve engelli kişilerin, insansal çeşitliliğin ve insanlığın parçası olarak kabul edilmesi;
- e) Fırsat eşitliği;
- f) Erişilebilirlik;
- g) Erkekler ve kadınlar arasında eşitlik;
- h) Engelli çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesine saygı gösterilmesi ve engelli çocukların kimliklerini koruma hakkına saygı gösterilmesi.

Sözleşme, üye devletlerin, engelli kişilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlükleri engele dayalı hiçbir ayırım gözetilmeksizin tam olarak kullanmalarını güvenceye alma ve geliştirme konusunda üstlendikleri yükümlülükleri ayrıntılı olarak saymıştır (m. 4).

“**Eşitlik ve ayırım gözetmeme**” başlıklı 5. maddede, sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülükleri dört bentte sayılmıştır. Yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesini ayrımcılık yasağını da kapsayan olumsuz boyutuyla güvenceye bağlayan sözleşme, salt hukuksal / biçimsel eşitliği yeterli görmemiş; eşitliği uygulamada da gerçekleştirmek için bir yandan yapılacak “makul düzenlemeler” için gerekli önlemlerin alınmasını istemiş, öte yandan da uygulamadaki olgusal (fiili) eşitsizliklerin kaldırılması amacıyla “**olumlu ayrımcılık**” yapılmasını öngörmüştür. Özgül önlemleri yaptığı ayrımcılık tanımının kapsamı dışında tutan 5. madde şöyledir:

- 1) Taraf devletler, tüm kişilerin yasa önünde ve yasa gereğince eşit olduklarını ve ayırım gözetmeksizin, eşit korunmaya ve yasadan eşit yararlanmaya hakları olduğunu tanırlar;
- 2) Taraf devletler, engele dayalı tüm ayrımcılıkları yasaklar ve engelli kişilere, temeli ne olursa olsun, her tür ayrımcılığa karşı eşit ve etkili bir hukuksal korumayı güvenceye alırlar;
- 3) Eşitliği geliştirmek ve ayrımcılığı kaldırmak amacıyla, taraf devletler **makul düzenlemeler** yapılabilmesi için tüm uygun önlemleri alırlar;
- 4) Engelli kişilerin fiili eşitliğini hızlandırmak yada sağlamak için gerekli olan özel / özgül önlemler, bu sözleşme anlamında ayrımcılık oluşturmaz.

Sözleşme, “**eğitim hakkı**”nı 24. maddesinde çok ayrıntılı biçimde düzenleyip güvenceye bağlamıştır. Taraf devletlerin, bu hakkın ayırım gözetilmeksizin ve fırsat eşitliği temelinde kullanılmasını sağlamak ereğiyle, eğitim sisteminin tüm düzeylerde eğitsel içermeyi sağlayıp yerleştirmesine ve -engelliler konusundaki yeni yaklaşıma uygun hedeflerini de sıraladığı- yaşam boyunca eğitim olanakları sunmasına çaba göstermelerini istemiştir. Taraf devletlerin eğitim hakkının kullanılmasını sağ-

lamak amacıyla üstlendikleri yükümlülükleri de ayrıntılı biçimde belirten sözleşme, örneğin engelli kişilerin engelleri nedeniyle genel eğitim sisteminden dışlanmalarını öngörmüş ve engellilerin her birinin gereksinimlerine göre makul düzenlemeler yapılmasını istemiştir. Taraf devletlere, eğitim hakkının kullanılmasını kolaylaştırmaya yönelik önlemler alma yükümlülüğü getiren ve bu önlemleri belirten sözleşme, başkalarıyla eşitlik temelinde ve ayırım gözetilmeksizin, engelli kişilerin mesleksi eğitime, yetişkinler eğitimine ve sürekli eğitime erişebilmelerini ve bu amaçla engelliler yararına makul düzenlemeler yapmalarını öngörmüştür.

Sözleşmenin 27. maddesinde, “**çalışma ve istihdam**” konusunda ayrıntılı düzenleme yapılmış ve taraf devletlerin yükümlülükleri sıralanmıştır. Buna göre taraf devletler, engellilere eşitlik temelinde çalışma hakkı tanımakla, özellikle özgürce seçtiği bir iş yaparak yaşamlarını kazanma olanağı sağlamakla yükümlüdür ve bu hakkın kullanılmasını güvenceye almak amacıyla, yasal olanlarını da kapsamak üzere, uygun (yani somut ve olumlu) önlemleri alırlar. Bu önlemlerden kimileri şunlardır:

- a) İstihdamla ilişkin tüm konularda, özellikle ücret, işe alma ve istihdam koşulları, istihdamı koruma (iş güvencesi), (meslekte) ilerleme, iş sağlığı ve güvenliği koşulları ile ilgili olarak engelle dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamak;
- b) Engelli kişilerin, başkalarıyla (yani engeli olmayan kişilerle) eşitlik temelinde, fırsat eşitliğini, eşit iş için eşit ücreti, işyerinde güvenlik ve sağlığı, tacize karşı korunmayı ve uyuşmazlıkları çözme yöntemlerini kapsamak üzere, hakça ve elverişli çalışma koşullarından yararlanma hakkını korumak;
- c) Engelli kişilerin çalışma ve sendikal haklarını başkalarıyla eşitlik temelinde kullanabilmelerine çaba göstermek;
- d) Engelli kişilerin teknik ve mesleksi yönlendirme programlarına, işe yerleştirme hizmetlerine ve genel olarak halka sunulan mesleksi ve sürekli eğitim hizmetlerine etkili biçimde erişme olanağı tanımak;
- e) Engelli kişilerin emek piyasasında istihdam ve ilerleme ile araştırmaya, iş bulmaya, işte kalmaya ve işe geri dönmeye yardım olanaklarını geliştirmek;
- f) Bağımsız bir iş yerine getirme olanaklarını geliştirmek;
- g) Engelli kişileri kamu kesiminde istihdam etmek;
- h) Gerektiğinde olumlu eylem önlemlerini de kapsamak üzere, uygun politika ve önlemler uygulamaya koyarak, engelli kişilerin özel kesimde istihdamını kolaylaştırmak;
- i) Engelli kişiler yararına işyerlerinde makul düzenlemeler yapılmasına çaba göstermek;

- j) Engelli kişilerin, genel emek piyasasında mesleksel deneyim edinmelerini desteklemek;
- k) Engelli kişiler için, teknik ve mesleksel yeniden uyum, istihdamda tutma ve istihdama geri dönme programlarını geliştirmek.

27. maddenin 2. fıkrasında, taraf devletlerin, engelli kişilerin kölelik ve kulluk durumunda olmamalarına ve başkalarıyla eşitlik temelinde, zorla yada zorunlu çalışmaya karşı korunmalarına dikkat etmeleri istenmiştir.

“Uygun yaşam düzeyi ve sosyal koruma” başlıklı 28. madde, taraf devletler için şu yükümlülükleri öngörmüştür: Engelli kişilerin kendileri ve aileleri için uygun bir yaşam düzeyi, özellikle uygun beslenme, giysi ve konut ile yaşam koşullarının sürekli iyileştirilmesi hakkının tanınması ve bu hakkın, engele dayalı bir ayırım gözetilmeksizin kullanılmasını korumak ve geliştirmek için uygun önlemlerin alınması (m. 28/1).

Sözleşme, engelli kişilerin sosyal korunma hakkının tanınması ve bu haktan engele dayalı ayırım gözetilmeksizin yararlanılması hakkının tanınması, bu hakkın kullanılmasının korunması ve geliştirilmesi amacıyla uygun önlemler alınması konusunda da, taraf devletlere yükümlülükler getirmiştir (m. 28/2). Bu önlemler, şöyle sıralanmıştır:

- a) Temiz su hizmetlerine erişimde eşitliğin sağlanması ve engellerinin yarattığı gereksinimleri karşılayan hizmetlere, aygıtlara ve aksesuarlara ve başka yardımlara erişmelerinin sağlanması;
- b) Engelli kişilerin, özellikle kadınlar ve kızlar ile yaşlı kişilerin, sosyal koruma programlarına ve yoksulluğun azaltılması programlarına erişmelerinin sağlanması;
- c) Engelli kişilere ve ailelerine, yoksulluk içinde yaşadıkları zaman, engele bağlı giderleri, özellikle uygun bir eğitim, bir psikolojik destek, bir mali yardım sağlama olanağı veren giderleri kapsamak için kamu yardımına erişmelerinin sağlanması;
- d) Engelli kişilerin, sosyal konut programlarına erişmelerinin sağlanması;
- e) Engelli kişilerin, emeklilik program ve ödemelerine eşit erişmelerinin sağlanması.

9. Din yada İnanca Dayanan Tüm Hoşgörüsüzlük ve

Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılmasına İlişkin Bildirge

BM Genel Kurulu'nun 36/55 sayılı ve 25 Kasım 1981 tarihli kararıyla kabul edilen Bildirge, din yada inanç temellerine dayanan her tür hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık biçimlerinin kaldırılmasını amaçlamaktadır.

İHEB ve ikiz sözleşmelerdeki ayrımcılık yasağı ve yasa önünde eşitlik ilkelerini göz önünde bulunduran, dünyanın kimi bölgelerinde din yada inanç konusunda hala gözlemlenen hoşgörüsüzlük ve ayrımcılıklardan kaygı duyan Genel Kurul, bunları önlemek için gerekli önlemleri alma kararlılığıyla Bildirge'yi kabul etmiştir.

Bildirge, hiç kimsenin, din yada inancı nedeniyle, bir devlet, bir kurum, bir grup yada herhangi bir kişi tarafından ayrımcılığa uğrayamayacağını belirttiği 1. maddesinde, Bildirge anlamında “din yada inanca dayanan hoşgörüsüzlük ve ayrımcılığı” şöyle tanımlamıştır:

“Din yada inanca dayanan hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık terimlerinden, din yada inanca dayanan ve insan hakları ve temel özgürlüklerin eşitlik temelinde tanınmasını, kullanılmasını ve onlardan yararlanılmasını kaldırma yada sınırlandırma amacı taşıyan yada etkisi / sonucu doğuran her tür fark gözetme, dışlama, kısıtlama yada yeğleme anlaşılır.”

3. maddeye göre, din yada inanç gerekçeleriyle insanlar arasında ayrımcılık, insan onuruna bir saldırı oluşturur ve BM Anayasası ilkelerinin yadsınması demektir. Bu ayrımcılığın, Evrensel Bildirge ile ikiz sözleşmelerde açıklanan insan hak ve özgürlüklerinin ihlali olarak mahkum edilmesi gerekir.

Bildirge'nin 4. maddesi ise, tüm devletlerin; kişisel, ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın tüm alanlarında insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması sırasında *din ya da inanca dayanan her tür ayrımcılığı önlemek ve ortadan kaldırmak* için etkili önlemler almalarını öngörmüştür (m. 4/1). 5. maddenin 3. fıkrası da, çocuğun, *din ya da inanca dayanan her türlü ayrımcılığa* karşı korunması gerektiğini belirtmiştir.

III. UNESCO BELGELERİ

Ayrımcılık yasağı, özellikle öğretim ve eğitim alanlarında, BM ailesi içindeki uzman kuruluşlardan biri olan BM Eğitim Bilim ve Kültür Örgütü'nün (UNESCO) belgelerinde de,¹³³ özellikle 1960 sözleşmesinde güvenceye alınmıştır. Bu sözleşmenin dayanağı, ayrımcılık yasağına “üstün bir ilke” olarak yer veren ve 16 Kasım 1945'te kabul edilen UNESCO Anayasası'dır.

Örgüt'ün kurucu belgesinin 1. maddesi, BM Anayasası gibi, “amaç ve işlevler” arasında, ayrımcılık yasağını da açıkça öngörmüştür. Göndermede bulunduğu BM Anayasası'nın tüm halklara tanıdığı *ırk, cinsiyet, dil yada din farkı (distinction) gözetmeksizin*, herkes için temel hak ve özgürlüklere, adalete ve yasaya (huku-

¹³³ Burada incelenen belgeler dışında, ırk ayrımcılığıyla ilgili olarak, UNESCO Genel Kurulu'nca 27 Kasım 1978 tarihinde kabul edilen “*İrk ve İrsal Önyargılar Bildirgesi*”nin bulunduğunu da eklemekte yarar vardır.

ka) evrensel saygıyı sağlamak amacıyla, eğitim, bilim ve kültür yoluyla uluslar arasında işbirliğini sıklaştırarak barışın ve güvenliğin korunmasına katkıda bulunmak, Örgüt'ün amaç ve işlevlerinden biridir. Örgüt bu amaçla, *ırk, cinsiyet ve hiçbir ekonomik yada sosyal koşul (durum) farkı gözetmeksizin*, herkes için eşit bir eğitim fırsatı idealini aşamalı olarak gerçekleştirmek amacıyla ulusların işbirliğini (ortak çalışmasını) sağlar ve bu yolla halk eğitimine ve kültürün yayılmasına güçlü bir atılım kazandırır (m. 1/1 ve 2,b).

1. Öğretim Alanında Ayrımcılığa Karşı Savaşım Sözleşmesi

UNESCO'nun kabul ettiği insan hakları sözleşmelerinin en önemlilerinden biri, Öğretim Alanında Ayrımcılığa Karşı Savaşım Sözleşmesi'dir. Sözleşme, 14 Aralık 1960 tarihinde kabul edilmiş ve 22 Mayıs 1962'de yürürlüğe girmiştir.

Çekince konulamayan sözleşme, ülkemizce ne imzalanmış, ne de onaylanmıştır.

31 Mayıs 2007 tarihi itibarıyla, 93 ülke sözleşmeyi onaylamıştı. ¹³⁴ Sözleşmeye taraf devlet sayısı, Temmuz 2008 itibarıyla 94'tür. ¹³⁵ Dolayısıyla, Örgüt'e üye 191 devletin ancak yarısına yakını (%49,21'i) sözleşmeyi onaylamıştır.

UNESCO Genel Konferansı'nın, öğretim alanında ayrımcılığın İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde açıklanan haklara bir saldırı (ihlal) oluşturduğunu gözönüne alarak kabul ettiği sözleşme, yalnızca eğitimde ayrımcılığa karşı savaşım konusunda değil, aynı zamanda eğitim alanında fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmeye yönelik önlemler alınması konusunda da kurallar koymuştur.

a. Ayrımcılık Tanımı

Sözleşme 1. maddesinde, önce "ayrımcılık" terimini tanımlamış ve tanım kapsamına giren örnekler vermiştir. 2. maddesinde ise, sözleşme anlamında ayrımcılık sayılmayan durumları sıralamıştır.

Sözleşmeye göre "ayrımcılık" terimi; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal yada başka her görüş, ulusal yada toplumsal köken, ekonomik durum yada doğum temellerine dayanan, öğretim konusunda davranış (işlem) eşitliğini ortadan kaldırmayı yada saptırmayı kapsar.

Sözleşme, aşağıdaki kimi ayırım, dışlama, sınırlandırma yada yeğlemelerin de, özellikle "ayrımcılık" örnekleri oluşturduğunu belirtmiştir:

- Herhangi bir kişi yada bir grubu, öğretimin çeşitli tip yada düzeylerinin dışında bırakma;

¹³⁴ UNESCO, *Droits de l'homme, Les principaux instruments internationaux* (Préparé par Vladimir Volodin), Etat au 31 mai 2007.

¹³⁵ http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#ENTRY.

- Herhangi bir kişi yada bir grubun eğitimini düşük bir düzeyle sınırlandırma;
- Bu sözleşmenin 2. maddesinde söylenenler saklı kalmak üzere, kişiler yada gruplar için ayrı öğretim sistemleri yada kurumları kurma yada sürdürme; yada
- Herhangi bir kişi yada bir grubu insan onuruyla bağdaşmayan bir duruma sokma.

Sözleşmenin 2. maddesi ise, devletin kabul edeceği yada ettiği aşağıdaki durumların, yukarıda verilen tanım anlamında *ayrımcılık oluşturmayacağını* belirtmiştir:

- Kimi koşullarla (öğretime girişte eşdeğer kolaylıklar sunma, aynı nitelikleri taşıyan bir öğretim personeli ile aynı nitelikte okul binalarına ve donanımına -araç-gerece- sahip olma ve aynı yada eşdeğer öğrenim programlarını izleme olanağı verme), her iki cinsten -erkek ve kız- öğrenciler için ayrı öğretim sistem yada kurumları kurulması yada sürdürülmesi;
- Kimi koşullarla (bu sistemlere katılmanın yada bu kurumlara devam etmenin isteğe bağlı olması ile yapılan öğretimin, özellikle aynı derecedeki öğretim için yetkili makamlarca konulmuş yada onaylanmış olabilen kurallara uygun olması koşullarıyla), dinsel yada dilsel nitelikli gerekçelerle öğrencilerin anne-babalarının yada yasal vasilerinin seçimine uygun olan bir öğretim yapan ayrı sistem yada kurumlar kurulması yada sürdürülmesi;
- Kimi koşullarla (bu kurumların amacının herhangi bir grubun dışlanması sağlamak değil ve fakat kamu yetkililerinin sunduklarına öğretim olanaklarını eklemek olması ve işleyişlerinin bu amacı karşılaması, yapılan öğretimin özellikle aynı derecedeki öğretim için yetkili makamlarca konmuş yada onaylanmış olabilen kurallara uygun olması koşullarıyla), özel öğretim kurumları kurulması yada sürdürülmesi.

b. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

Öğretim Alanında Ayrımcılığa Karşı Savaşım Sözleşmesi, tanımladığı anlamda her tür ayrımcılığı kaldırmak ve önlemek amacıyla, taraf devletlere şu *yükümlülükleri* getirmiştir (m. 3):

- Öğretim alanında bir ayrımcılık içerecek tüm yasal ve yönetsel kuralları kaldırma ve tüm yönetsel uygulamaları durdurma;
- Öğrencilerin öğretim kurumlarına kabul edilmesinde hiçbir ayrımcılık yapılmaması için, gerektiğinde yasal yoldan, gerekli önlemleri alma;
- Okul giderleri, öğrencilere burslar verilmesi yada başka her biçimde yardım sağlanması, yabancı ülkelerde öğrenimin sürdürülmesi için zorunlu olabilen izin ve kolaylıkların sağlanması ile ilgili olarak, yetenek yada gereksinmele-

re dayalı olanlar dışında, kamu yetkililerince yurttaşlar arasında hiçbir davranış farkını kabul etmeme;

- Hangi biçim altında olursa olsun kamu yetkililerince öğretim kurumlarına sağlanması olası yardımda, yalnızca öğrencilerin belirli bir gruptan olmaları olgusuna dayalı olan hiçbir yeğleme yada kısıtlamayı kabul etmeme;
- Ülkelerinde oturan yabancı uyruklulara kendi yurttaşları ile aynı öğretime girişi sağlama.

Sözleşmenin 4. maddesi de, taraf devletlere, ulusal koşullara ve geleneklere uyarlanmış yöntemlerle, öğretim konusunda fırsat ve davranış (işlem) eşitliğini geliştirmeyi amaçlayan *ulusal bir politika* oluşturma, geliştirme ve uygulama yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülük, özellikle şunları kapsar:

- İlk öğretimi zorunlu ve parasız kılma; orta öğretimi değişik biçimleriyle genelleştirme ve herkes için erişilebilir kılma; yüksek öğretimi, tam bir eşitlikle, her birinin yeteneklerine göre, herkes için erişilebilir kılma; yasayla konulan öğrenim (okula gitme) yükümlülüğünün herkesçe yerine getirilmesini sağlama;
- Aynı derecedeki tüm kamu kurumlarında aynı düzeyde öğretim ve yapılan öğretimin niteliği ile ilgili olarak eşdeğer koşullar sağlama;
- İlk öğrenim görmemiş olan yada ilk öğrenimini tamamlamamış olan kişilerin eğitimini uygun yöntemlerle özendirmeyi ve yoğunlaştırmayı ve onlara, yeteneklerine göre öğrenimlerini sürdürme olanağı sağlama;
- Ayrım gözetmeksizin öğretmenlik mesleğine hazırlamayı sağlama.

Öğretim Alanında Ayrımcılığa Karşı Savaşım Sözleşmesi'nin 5. maddesi, taraf devletlerin eğitimin amacıyla ilgili *yükümlülüklerini* de şöyle sıralamıştır:

- Eğitimin, insan kişiliğinin tam gelişmesini ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeyi amaçlaması ve tüm uluslar ve tüm ırk yada din grupları arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu ve Birleşmiş Milletler'in barışın sürdürülmesi yolundaki etkinliklerinin gelişmesini özendirmesi;
- Anne-babaların ve gerektiğinde yasal vasilerin;
- Çocukları için kamu yetkililerinkiler dışında ancak yetkili makamlarca konmuş yada onaylanmış olabilen asgari kurallara uygun kurumlar seçme özgürlüğüne saygı gösterilmesi; ve
- ii) Her devletin mevzuatına özgü uygulama biçimlerine göre, kendi inançlarına uygun olarak çocuklarının din ve ahlak eğitimini sağlama özgürlüğüne saygı gösterilmesi; bundan başka, hiçbir kişinin ne de grubun inançlarıyla bağdaşmayan bir din öğrenimi görmeye zorlanmaması;

- Ulusal azınlıkların üyelerine, okulların yönetimini ve, her devletin eğitim konusundaki politikasına göre, kendi dilinin kullanımını yada öğretimini de kapsamak üzere, kendi eğitim etkinliklerini yerine getirme hakkı tanınması; bununla birlikte şu koşullara da uyulması:
- Bu hakkın, azınlık üyelerinin topluluğun tümünün kültür ve dilini anlamalarına ve etkinliklerine katılmalarına engel olacak yada ulusal egemenliği tehlikeye düşürecek biçimde kullanılmaması;
- ii) Bu okullardaki öğretim düzeyinin, yetkili makamlarca konulmuş yada onaylanmış genel düzeyden düşük olmaması; ve iii) Bu okullara devamın, isteğe bağlı olması.
- Sözleşmeye taraf devletlerin, 5. maddenin 1. fıkrasında açıklanan yukarıdaki ilkelerin uygulanmasını sağlamak için tüm zorunlu önlemleri almayı üstlenmesi.

2. Öğretmenlerin Statüsü Tavsiyesi ve Ayrımcılık Yasağı

Öğretmenlerin Statüsü Tavsiyesi, UNESCO ile ILO'nun kendi uzmanlık ve sorumluluk alanlarına giren sorunlar konusunda yaptıkları sıkı işbirliğinin ürünü bir belge olarak, 5 Ekim 1966 tarihinde UNESCO Genel Konferansı'na kabul edilmiştir. İlk ve orta öğretim personelinin statüsünü tüm yönleriyle düzenleyen ve 146 maddeden oluşan tavsiye, içeriği yönünden özgün değildir. Başlangıç bölümünde yollamada bulunduğu 87, 98, 100, 111 sayılı UÇÖ sözleşmeleri ile 1966 UNESCO sözleşmesinde yer alan ve kuşkusuz öğretmenleri de kapsayan uluslararası sözleşmelerdeki kuralları öğretmenler özelinde biraraya getirmiştir.¹³⁶

“Dünya Öğretmenler Yasası” sayılabilecek 1966 tavsiyesinin çeşitli maddelerinde yer alan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası sözleşmelere -örneğin Evrensel Bildirge'ye ve aynı yıl kabul edilen BM ikiz sözleşmelerine- oranla daha geri ve yetersiz bir içerikle yinelenmiştir.

“Temel ilkeler” başlıklı bölümde, ayrımcılık yasağı istihdam ve eğitim alanında şu anlatımla yer almıştır (m. 7): “Öğretmenlerin eğitim (formation) ve istihdamı, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüşler, ulusal yada sosyal köken yada ekonomik durum temellerine dayanan hiçbir ayrımcılık biçimine yol açmamalıdır.” Tavsiye, ayrımcılık nedenlerini, uluslararası sözleşmelerdekinden ayrılarak, “sınırlı” olmadığını gösteren bir anlatımla sıralamamıştır. Dolayısıyla, yaş, engellilik ve cinsel yönelim gibi belirtilmeyen nedenler açısından eğitim ve istihdam alanında öğretmenlere yönelik ayrımcılıklar için, kapsamında oldukları uluslararası sözleşmelerin sağladığı güvence geçerlidir.

¹³⁶ Öğretmenlerin Statüsü Tavsiyesi konusunda daha geniş bilgi edinmek için bkz.: Mesut Gülmez, **Öğretmenlerin Statüsü Tavsiyesi (1966 ILO / UNESCO Belgesi)**, Eğitim-İş Yayını, Elkitapları Dizisi 5, Kasım 1991, Ankara; Mesut Gülmez, “Öğretmenlerin Statüsü Tavsiyesi'nde Katılma ve Türkiye'de Öğretmen Katılımsızlığı”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 24, Sayı 3, Eylül 1991, s. 3-26.

“Öğretimin amaçları ve eğitim politikası” başlıklı bölümde; bütüncül bir eğitim politikasının belirlenmesinde yetkili makamların göz önünde bulundurmalarıyla yükümlü olduğu ilke ve hedeflerden birinin, ayrımcılık yasağı olduğu şöyle belirtilmiştir (m. 10/b): “Öğrenim (eğitim) hakkının kullanılmasında, cinsiyet, ırk, renk, din, siyasal görüşler, ulusal yada sosyal köken yada ekonomik durum nedenlerine dayanan hiçbir ayrımcılık yapılmaksızın, herkese eşit kolaylıklar tanınmalıdır.” Aynı nedenleri burada da yineleyen 1966 tavsiyesinin bu yaklaşımı için de, yukarıdaki eleştiriyi anımsatıyorum.

Tavsiye, aile yükümlülükleri olan bayan öğretmenler için evlilik yada gebelik nedenleriyle ayrımcılık yapılmamasını öngören kimi kurallara yer vermiştir. Evliliğin, kadınların öğretimde bir konum (görev) elde etmelerine ve onu korumalarına (sürdüremelerine) engel olmaması; ücret ve çalışma koşullarını etkilememesi gerekir (m. 54). İşverenin, gebelik yada analık izni nedeniyle bir bayan öğretmenin sözleşmesini bozması yasaklanmalıdır (m. 55).

1966 Tavsiyesi, UÇÖ'nün 1994 ve AB'nin de 1997 yıllarında kabul ettikleri 175 sayılı sözleşme ile 97/81 sayılı yönergeden sırasıyla yirmi sekiz ve otuz bir yıl önce, eşit işlem ilkesini kısmi zamanlı öğretmenler için öngörmüş ve güvenceye almıştır. Kısmi zaman çalışanların büyük bir bölümünün kadınlar olduğu gerçeğini göz önünde bulunduran Tavsiye, kısmi zamanlı olarak düzenli bir hizmet yerine getiren öğretmenlere yönelik ayrımcılıkları önlemek istemiştir. Kısmi zamanlı öğretmenlerin, tam zamanlı olarak çalışan öğretmenlerle belli bir oran içinde aynı ücreti almalarını ve temelde aynı çalışma koşullarından yararlanmalarını öngörmüştür (m. 60/a). Ücretli izinler, hastalık izinleri ve analık izinleri konusunda aynı kuralların uygulanması saklı kalmak üzere, tam zamanlı olarak çalışan öğretmenlerin haklarının karşılığı (dengi) olan haklardan yararlanabilmelerini istemiştir (m. 60/b). Yine kısmi zamanlı öğretmenlerin, işverenlerce karşılanan (ödenen) emeklilik rejimlerini de kapsamak üzere, sosyal güvenlik alanında hakça (adéquate) ve uygun bir korumadan yararlanabilmeleri gerekir (m. 60/c).

Tavsiyenin ayrımcılık yasağı öngördüğü bir başka ve “özgün” konu da, “öğretmen değişimi”dir. Öğretmen değişiminden yararlanan öğretmenlerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin seçilmesi ve hiçbir siyasal görüşün temsilcisi olarak düşünülmemesi gerekir (m. 105).

3. Yüksek Öğretim Akademik Personelinin Durumu

Tavsiyesi ve Ayrımcılık Yasağı

11 Kasım 1997'de kabul edilen Yüksek Öğretim Akademik Personelinin Durumu Tavsiyesi, 1966 tavsiyesinin uygulama alanı dışında bıraktığı yüksek öğretimin tüm öğretim (akademik) personelini kapsar (m. 2).

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tavsiye kendisinden daha ileri güvenceler sağlayan sözleşme ve tavsiyeler karşısında ikincil değerde, tamamlayıcı niteliktedir.

77. maddeye göre, yüksek öğretim akademik personeli kimi alanlarda bu tavsiyeye oranla daha elverişli bir statüden yararlanıyorsa, tavsiye kuralları daha önce tanınmış olan avantajlara geri dönmek için ileri sürülemez. Kısacası, daha geri olan tavsiye kuralları değil, daha ileri hak ve özgürlük güvencesi içeren uluslararası belgelerdeki kurallar uygulanır.

1966 UNESCO sözleşmesi ile sendikal haklar, eşitlik ve ayrımcılık yasağı konularındaki ILO sözleşmelerine göndermelerde bulunan 1997 tavsiyesinin çeşitli maddelerinde, bu ilkelere yer verilmiştir.

Yüksek öğretim kuruluşlarının, uygulanmasından hesap verebilir olmaları gereken ilkeler arasında, “tüm öğrenciler için, hiçbir ayırım gözetmeksizin hakça ve adil bir işlem güvencesi sağlamak” da bulunmaktadır (m. 22/f).

“Yüksek öğretim akademik personelinin hak ve özgürlükleri” başlıklı bölümde, yüksek öğretimde akademik mesleğe girişin, yalnızca istenilen (gerekli olan) akademik niteliklere, yeteneğe (yeterliliğe) ve deneyime dayanması gerektiği; bu mesleğin, *hiçbir ayırım gözetilmeksizin* tüm yurttalara açık olması gerektiği belirtilmiştir (m. 25).

1997 tavsiyesi, akademik personele, *hiçbir türde ayrımcılıkla karşılaşmaksızın*, yüksek öğretim kuruluşlarının yönetici organlarının çalışmalarına katılma ve bu kuruluşların işleyişini eleştirme hak ve olanağı tanımıştır (m. 31).

Akademik özgürlüklerin kullanılmasının her akademik personele dayattığı yükümlülüklerden biri, öğretim görevini yerine getirirken öğrencilere yönelik ayrımcılık yapmamasıdır. Öğretim üyeleri ve yardımcıları; *ırk, din yada, gerektiğinde, bir engel temeline dayanan ayırım ve cinsiyet farkı gözetmeksizin*, tüm öğrenciler hakkında adalet ve hakkaniyet düşüncesiyle, yüksek öğretim kuruluşunun ve devletin sağladığı olanakların izin verdiği ölçüde, öğrencilerle fikir alış verişini özendirerek ve derslerinde onlara yol göstererek etkili bir öğretim vermekle yükümlüdür (m. 34/a).

Tavsiyenin “mesleğe hazırlık” bölümünde, akademik personelin hazırlamasının, tüm yönleriyle *her tür ayrımcılıktan bağışık tutulması* gerektiği belirtilmiştir (m. 38). Yüksek öğretimde bir kariyere yönelen adaylar arasında, kadınların ve azınlık üyelerinin, eşit akademik nitelikler ve deneyim koşuluyla, *fırsat ve işlem eşitliğinden* yararlanmaları gerekir (m. 39).

Tavsiye, istihdam koşullarında da ayrımcılık yasağı getirmiştir. Yüksek öğretim akademik personelini istihdam eden işverenlerin sunduğu istihdam (çalışma) koşullarının; öğretimin ve/yada araştırmanın ve/yada incelemenin etkinliği sağlama özgü olmasının yanı sıra, *hangi nitelikte olursa olsun tüm ayrımcılıklardan da bağışık olması* gerektiğini belirtmiştir (m. 40). Bu yükümlülüğün özel kesim yüksek öğretim işverenlerini de kapsadığına kuşku yoktur. Başka uluslararası

sözleşmelerde olduğu gibi, olumlu ayrımcılığa olanak tanıyan 1997 tavsiyesi, üniversite topluluğunun elverişsiz (dezavantajlı) durumdaki üyeleri için eylemli (fiili) eşitliğe daha hızlı biçimde erişmek ereğiyle alınan *geçici önlemlerin* ayrımcılık sayılmamasını öngörmüştür. Ancak bunun koşulu, geçici önlemlerin fırsat ve işlem eşitliği hedeflerine erişilir erişilmez kaldırılması ve bu eşitliğin sürdürülmesini sağlayacak mekanizmaların uygulamaya konulmasıdır (m. 41). Bu yaklaşım, uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemelere koşuttur.

Tavsiye, yüksek öğretimde akademik *kadın personel için fırsat ve işlem eşitliğini* geliştirmek amacıyla gerekli tüm önlemlerin alınmasını öngörmüştür. Bu önlemlerin, erkeklerle eşitlik içinde, tavsiyenin ekinde yer alan uluslararası belgelerdeki ¹³⁷ hakları kadın akademik personel için güvenceye bağlayacak biçimde alınması gerekir (m. 70).

Tavsiye, engelli yüksek öğretim akademik personelinin çalışma koşullarını ilgilendiren kuralların ekteki uluslararası belgelerde açıklanan ilgili kurallara uygun olması için gerekli tüm önlemlerin alınması gerektiğini öngörmüştür (m. 71).

1997 tavsiyesi de 1966 tavsiyesi gibi, düzenli biçimde kısmi zamanlı olarak çalışan akademik yüksek öğretim personelinin tam zaman çalışan akademik personel ile aynı çalışma koşullarından yararlanmasını ve orantılı olarak aynı ücreti almaları gerektiğini; ücretli izinler, hastalık izinleri ve analık izinleri konularında tam zamanlı akademik personeline benzeyen koşullardan yararlanmaları gerektiğini; sosyal güvenlik konusunda, özellikle işverenlerce gerektiğinde oluşturulan emeklilik rejimleri konusunda, hakça ve uygun bir korumadan yararlanmalarını öngörmüştür (m. 72/a, b ,c).

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Ayrımcılık yasağının, insan hakkı olarak evrensel düzeyde “genel” nitelikli bir düzenleme konusu olması, ilk kez 1945’te Birleşmiş Milletler Antlaşması’yla gerçekleşmiştir. İzleyen yıllarda BM çerçevesinde kabul edilen belgelerin yanı sıra, başka bölgesel ölçekli belgelere de esin kaynağı olan bu düzenleme, ayrımcılık yasağını “antlaşmasal” düzeyde öngörmüş olması nedeniyle de önemlidir. Çünkü ilk olarak, gerek BM organlarına ve gerekse BM üyesi devletlere, birlikte ve ayrı olmak üzere ayrımcılığı önleme yükümlülüğü getirmiştir. İkinci olarak da, devletlerin üstlendikleri yükümlülük, BM’nin insan hakları sözleşmelerinin onaylanmasından bağımsızdır. BM’ye “üye olan” devletler, içinde ayrımcılık yasağı ilkesi (BM ve üye devletler için ayrımcılık gözetmeme amacı / görevi / yükümlülüğü) bulu-

¹³⁷ Bu belgeler arasında, insan hak ve özgürlükleriyle ilgili başlıca bildirge, sözleşme ve tavsiyelerin neredeyse tümü ve toplam 49 belge sayılmıştır. Bunların, 5’i sözleşme ve 5’i de bildirge olmak üzere 10’u Birleşmiş Milletler’in; 2’si sözleşme, 5’i tavsiye ve 1’i bildirge olmak üzere 8’i UNESCO’nun; 19’u sözleşme ve 9’u tavsiye olmak üzere de, 28’i ILO’nun belgeleridir ve ayrıca 3 çeşitli belge de bu listede yer almaktadır.

nan BM Antlaşması'nı onaylamakla bu niteliği kazandıkları için, bunun doğal sonucu olarak, örneğin ırk yada cinsiyet temellerine dayanan ayrımcılıkların kaldırılmasını öngören “özel” sözleşmelerini yada birinci ve ikinci kuşak insan haklarını güvenceleyen “genel” nitelikli -ikiz- sözleşmelerini onaylamamış olsalar da, “BM üyesi devlet” olarak ayrımcılık yasağıyla bağlıydılar. Daha açık bir anlatımla, “üye” devletlerin her biri, ayırım gözetmeksizin herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırma yükümlülüğü üstlenmişlerdir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, ayrımcılık yasağına, aynı zamanda birinci ve ikinci kuşak insan haklarını içermesi nedeniyle, kişi haklarının yanı sıra sosyal haklardan yararlanmayı da kapsayan bir yaklaşımla, “genel” ilke olarak yer vermiştir. Bununla yetinmeyen Bildirge, esin kaynağı olduğu kendisinden sonraki evrensel ve bölgesel sözleşmelerde “insan hakkı” olarak tanınıp hukuksal güvenceye alınan eşit işlem hakkını da öngörmüş, daha doğru bir anlatımla “ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi”ne yer vermiştir.

Birleşmiş Milletler, Evrensel Bildirge sonrasındaki ayrımcılık yasağı ve işlem eşitliği ilkeleri konusundaki düzenlemelerine, belgelerin ayrımcılık nedeni olarak ilk sırada saydığı “ırk” temeline dayalı ayrımcılığın önlenmesinden başlamış; bu “özel” nitelikli ilk sözleşmeyi “cinsiyet” temeline dayalı sözleşme izlemiştir. Ardından da, “yurttaşlık” temeline dayalı ayrımcılıkların en önemli mağdur kesimlerini oluşturan “göçmen işçiler” için 1990 ve “engelli kişiler” için de 2006 yıllarında iki özel sözleşmenin kabul edilmesiyle, uluslararası hukuksal çerçevedeki çok önemli iki boşluk çok gecikmeli olarak doldurulmuştur.

Kuşkusuz, 1966 tarihli ikiz sözleşmeler, yürürlük tarihleri on yıl gecikmiş olsa da, ayrımcılık yasağını ve eşit işlem ilkesini, kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında hukuksal güvenceye bağlayan “genel” sözleşmeler olarak önem taşımaktadır. Özellikle, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin, yasa önünde eşitliği ayrımcılık yasaklı boyutuyla birlikte ve “özerk” bir hak olarak hukuksal güvenceye alan kuralı, sözleşmenin kendi maddi içeriğini aşan ve ulusal düzenlemelerdeki hak ve özgürlüklerden yararlanmada da üstün bir ilke olarak uygulanması gereken bir kural olarak, evrensel insan hakları hukuku alanında ayrıksı bir önem taşımaktadır.

Türkiye, BM'nin bu ilkelerin yer aldığı altı önemli insan hakları sözleşmesini onaylayarak, ayrımcılık yasağı ve eşit işlem konusunda da uluslararası hukuksal yükümlülük üstlenmiştir. Ancak, onaydan doğan yükümlülüklerinin denetlenmesinin temelini oluşturan ikiz sözleşmelerin ilk ayrıntılı raporlarından birini göndermiş, birini ise göndermemiş, ırk ve cinsiyet ayrımcılıklarına karşı koruma öngören sözleşmelerin raporlarını da çok gecikmeli olarak göndermiş olması nedeniyle, 2000'li yılların başlarında onaylanan üç sözleşmenin denetim süreci, 2009 başları itibarıyla başlamamıştı. ESKHUS'ye ilişkin ilk rapor, Mayıs 2010'da Komitece incelenecektir.

Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin de onay sürecinin son aşamasına gelinmiş ve böylece de BM'nin sekiz temel insan hakları sözleşmesinin tümünün onaylanmasının tamamlanmış olması karşısında, bunlardan ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi için oluşturduğu genel ve özel toplam altı sözleşmeyi kapsayan evrensel hukukun, ülkemiz için "ulusalüstü" bir nitelik taşıdığı unutulmamalıdır.

Oysa, bu alandaki uyum politika ve düzenlemelerine bakıldığında, uyumun uluslararası hukuksal çerçevesinde bu evrensel hukuk, özellikle ikiz sözleşmeler genellikle göz ardı edilmektedir. Uyumun uluslararası çerçevesinin, Ulusal Programlarda olduğu gibi, UÇÖ sözleşmeleri, GG Avrupa Sosyal Şartı ve AB müktesebatı ile sınırlı olduğu sanılmamalıdır. Daha önemli bir nokta ise, ayrımcılık karşıtı evrensel hukuksal çerçevenin, salt sözleşmelerin pozitif metinleriyle sınırlı olmaması, aynı zamanda yetkili denetim organlarının kararlarını da kapsamıdır. Bu nedenle, işlerliğe geçirilmesi geciktirilen ikiz sözleşmelere uyumda, her iki sözleşmenin denetim organının genel gözlemleri ve başka ülkelere ilişkin olarak verdikleri yerleşik kararları göz önüne alınmalı; uyumun, İnsan Hakları Komitesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin ilk raporlarımıza ilişkin kararları beklenmeksizin sağlanmasına çaba gösterilmelidir.

İKİNCİ BÖLÜM

**ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ
VE
AYRIMCILIK YASAĞI**

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Ayrımcılık Karşıtı Uluslararası Hukuk alanındaki ilk ilke ve kurallar, işçilere (çalışanlara) ve özellikle sanayi kesiminde çalışan kadınlara yönelik olarak, dolayısıyla “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılık yasağı bağlamında, kuruluşuyla yaşıtlı ve antlaşmasal değerinde / anayasal düzeyde olmak üzere, Uluslararası Çalışma Örgütü’nce (UÇÖ / ILO) konulmuştur. İçerik, kişiler yönünden uygulama alanı ve ölçütler açısından kapsamı sınırlı olan bu kurallar, İkinci Dünya Savaşı’nı izleyen dönemde hem sayıca ve hem de içerik olarak geliştirilip zenginleştirilmiştir. 1951’de kabul edilen 100 sayılı sözleşme ile 1958’de kabul edilen 111 sayılı sözleşme, “siyam ikizleri” gibi birbirine yapışık olan eşitlik ve ayrımcılık gözetmeme ilkelerini hukuksal güvenceye bağlayarak, bu alanda önemli bir aşamayı simgeleyen ilk “özel” belgeler olmuştur.

111 sayılı sözleşme, ülkemiz açısından da özel önemi olan bir sözleşmedir. Gerçekten, Türkiye’nin sendikal hak ve özgürlükler dışında, 12 Eylül 1980 sonrasında Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organları önünde sorgulandığı¹ ve bu denetim sisteminin en ağır yaptırımını oluşturan “özel paragraf” a alındığı temel konulardan biri, İstihdam ve Meslek Alanında Ayrımcılık ile ilgili 111 sayılı sözleşme kurallarının çiğnenmiş olmasıdır.

Bu sözleşme, AB Adalet Divanı’nın ve başka uluslararası denetim organlarının istihdam ve meslek alanındaki ayrımcı düzenleme ve uygulamalar dolayısıyla sıkça göndermede buldukları, alanındaki ilk belge olması açısından da önem taşımaktadır. Bu nedenle, ayrıca ve özellikle ülkemize yönelik uygulama boyutuyla da incelenmesinde yarar vardır.

Eşit değerinde iş için eşit ücret konusunda cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan 100 sayılı sözleşme ve 90 sayılı tavsiye ile istihdamda ve meslekte ayrımcılık yasağına ilişkin genel nitelikli bir düzenleme yapan olan 111 sayılı sözleşme ve tavsiye dışında, UÇÖ’nün belirli konulara ilişkin çok sayıda başka sözleşme ve tavsiyesinde, örneğin cinsiyet, yaş, yurttaşlık, engellilik, sendika üyeliği, aile sorumluluğu gibi ayrımcılık nedenlerinden biri yada birkaçı ile ilgili kurallar ve belgeler vardır. Bunlardan kimileri, 111 sayılı sözleşmenin koruma sağlamadığı ayrımcılık nedenleridir. Yine, UÇÖ’nün, özel olarak korunma gereksinimi içinde bulunan elverişsiz (dezavantajlı) konumdaki kimi kişiler yada çalışanlar kesimine yönelik sözleşme ve tavsiyeleri de bulunmaktadır. Bunlar arasında; göçmen işçiler, yerli halk

¹ Mesut Gülmez, “12 Eylül’den Günümüze ILO Denetim Organları Önünde Türkiye (Yasal Boyut)”, **Cahit Talas’a Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1990, s. 247-283.

ve kabileler, yaşlı işçiler, engelliler ve AİDS (VİH/SİDA) mağduru olan kişiler sayılabilir. Dolayısıyla, UÇÖ'nün ayrımcılık hukukunun eksiksiz incelenmesi, bu sözleşmelere de kısaca değinilmesini gerektirmektedir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün iş ve meslek alanında ayrımcılığın yasaklanması konusunda yaptığı düzenlemelerin temelinde birbiriyle bağlantılı iki kaygının bulunduğu belirtilmektedir. Biri, işlem eşitsizliğinin kaldırılması; ikincisi de, fırsat eşitliğinin geliştirilmesidir.² Bu kaygılar, eşit işlem ilkesi ile ayrımcılık yasağının birbirini tamamladığını ve birbirinin “onsuz olma” koşulunu oluşturduğunu göstermektedir.

I. UÇÖ ANAYASASI VE AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ

UÇÖ'nün eşitlik ve ayrımcılığın önlenmesi alanındaki ilk temel ve sözleşmelerin hukuksal dayanağını oluşturan adımı, kurucu belgesiyle anayasal düzeyde gerçekleşmiştir.

1. Versay Barış Antlaşması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Versay Barış Antlaşması'nın (daha sonra ve günümüzde UÇÖ Anayasası'nın) Başlangıç bölümünde, “evrensel ve sürekli bir barış(ın), ancak sosyal adalet temelinde dayalı olarak kurulabil(eceği)” belirtilerek siyasal barışın onsuz olmaz koşulu anlamında vurgu yapılan “**sosyal adalet**”, her tür ayrımcılığın kaldırılması, hak ve özgürlüklerden eşitlik koşulları içinde yararlanmanın sonucu ve göstergesi olan yoksulluğun kaldırılması için savaşım verilmesi yükümlülüğünü de içerir.

Örgüt'ün dayandığı temel bir değer ve ilke olan ve eşitliğin sosyal alanda da gerçekleştirilmesini, kısacası “sosyal eşitliği” gerektiren anayasal sosyal adalet ilkesinin yanı sıra, “özel ve ivedi bir önem taşıdığı” vurgulanarak UÇÖ'nün kurucu belgesine konulması kabul edilen “Genel İlkeler”den aşağıda belirtilen üçü de, eşit işlem ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile doğrudan ilgilidir:

- “Emeğin, yalnızca bir “mal” yada bir ticari meta sayılmaması (VBA, m. 427/1);
- Cinsiyet ayrımı gözetmeksizin, eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi (VBA, m. 427/7);
- Çalışma koşulları konusunda her ülkede yayımlanan kuralların (çıkarılan yasaların), bir ülkede yasal olarak oturan tüm (yabancı) işçilere hakça (adaletli) bir ekonomik davranış sağlaması (o ülke yurttaşlarıyla aynı işleme bağlı tutulmaları) (VBA, m. 427/8).”³

² Nicolas Valticos, **Droit international du Travail**, deuxième édition, Dalloz, Paris, 1983, s. 283.

³ Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, 2008, s. 66 ve 68.

Kanımcıca, “Genel İlkeler”in ilk sırasında; “emeğin yalnızca bir mal yada bir ticari meta sayılmaması”nı, kısacası emeğin mal olmaması ilkesinin yer almasını, özünde insanların (işçilerin) onurda eşit sayılmasının doğal bir sonucu olarak değerlendirmek gerekir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin otuz yıl kadar sonra tüm insanların “onur (ve haklar) yönünden eşit doğduklarını” belirtmesinin temelinde eşitlik ilkesinin bulunduğu söylenebilir. VBA da, emeği mal saymamakla, insanların onurda eşit oldukları ilkesini benimsemiştir. Örgüt’ün kuruluşundan beri etkinliklerinin dayanağını oluşturan ⁴ bu ilke, temelde “emek özneleri”nin, emekçilerin, çalışanların onurunu korumayı amaçlamaktadır.

UÇÖ’nün kurucu belgesi Versay Barış Antlaşması’nın 427. maddesinin 7. ve 8. bentlerinde, “cinsiyet” ve “yurttaşlık” temellerine dayalı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Yukarıda değinildiği gibi, üye devletlerin çalışma koşullarının düzeltilmesinde uygulamaya çaba göstermek zorunda oldukları, özel ve ivedi önem taşıdığı belirtilen ilkelerden biri, “cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin, eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi”dir (m. 427/7). UÇM Komisyonu’nun Barış Antlaşması’nın “Emek” başlıklı XIII. Bölümüne konulmasını kabul ettiği metinde ise, bu ilkeye şu anlatımla yer verilmişti: “Cinsiyet ayrımı gözetmeksizin, nitelik ve nicelik olarak eşit işe eşit ücret.” ⁵ Bu anayasal ilke, 1951 yılında kabul edilen 100 sayılı Ücret Eşitliği Sözleşmesi’yle uluslararası güvenceye alınmıştır.

İkinci ilkede ise, çalışma koşulları konusunda her ülkede yayımlanan kuralların (çıkarılan yasaların), bir ülkede yasal olarak oturan tüm yabancı işçilere hakça (adaletli) bir ekonomik davranış sağlanması (yani o ülkenin yurttaşlarıyla aynı (eşit) işleme bağlı tutulmaları) öngörülmüştür (m. 427/8). Bu kural, özel olarak korunma gereksinimi olan gruplardan göçmen işçilerin, “yurttaşlık” temeline dayalı ayrımcılıklara karşı korunmasını amaçlamaktadır.

Böylece UÇÖ’nün kuruluş belgesiyle, “ayrımcılık” kavramının kullanılmamış olmasına karşın, kanımcıca bir yandan ücret konusunda, kadın ve erkekler arasında “eşit değerde iş için” cinsiyet temeline ve öte yandan da yerli ve yabancı işçiler arasında “yurttaşlık” temeline dayalı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Bu yasaklar, “anayasal”dır ve Filadelfiya Bildirgesi’yle birlikte, sonraki sözleşmelere dayanak olmuştur.

2. Filadelfiya Bildirgesi

10 Mayıs 1944’te kabul edilen ve 1946’da UÇÖ Anayasası’na eklenen ve UÇÖ’nün İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki hedef ve amaçlarını “insan hakları” yaklaşımıyla ortaya koyan Filadelfiya Bildirgesi, ⁶ Örgüt’ün genel felsefesinin te-

⁴ Bob Hepple, “Egalité et renforcement du pouvoir d’action pour un travail décent”, *Revue internationale du travail*, Volume 140, Numéro 1, 2001/1, s. 12.

⁵ Mesut Gülmez, *a.g.y.*, 2008, s. 65-69.

⁶ *a.k.*, s. 141-146.

melini oluşturan dört ilkenin ilk sırasında, “emek mal değildir” diyerek, VBA’da-ki kuruluş ilkesini daha açık ve kesin bir dille yinelemiş; böylece de, hak öznelerinin kapsamını işçilerden çalışanlara ve hatta tüm insanlara doğru genişleten Filadelfiya Bildirgesi de, örtük olarak, emeğiyle geçinen insanların onur yönünden eşit olduklarını kabul etmiştir. Kanımca, “emek mal değildir”in özünde yatan düşünce, emeğin öznelerinin “mal” değil “insan” ve insan olarak da “onurlu” bir varlık olduğudur. Kısacası, emeği mal olmayan emekçiler, öteki insanlar gibi, insan haklarının özündeki etik değerlerden biri ve başlıcası olan onur yönünden eşittirler. Bu, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ndeki yaklaşıma koşuttur, ama onu önceler.

Bildirge, UÇÖ’nün etkinlik alanının kişiler ve konular yönünden genişlediğini ortaya koyan ikinci bölümünde, ayrımcılık yasağına daha açık bir anlatımla yer vermiştir. UÇÖ’nün amaç ve hedeflerini en geniş terimlerle yeniden belirleyen, Örgüt’ün etkinlikleri ve üye devletlerin izleyeceği sosyal politikalar için bir “**esin kaynağı**” ve gelecek için bir “**eylem programı**” olan Bildirge, BM’nin kurulmasından ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ni insanlığa duyurmasından önce açıkça yer verdiği ve benimsediği insan hakları anlayışının somutlaştığı dört ilke-den biri olarak, yani özgürlük, onur ve ekonomik güvenlik ilkelerinin yanı sıra “**fırsat eşitliği**” ilkesini de tüm insanlara tanımıştır:

“*Irk, inanç yada cinsiyetleri ne olursa olsun, tüm insanların, özgürlük ve onur ile ekonomik güvenlik içinde ve **fırsat eşitliği** ile maddi ilerleme ve manevi gelişmelerini izleme hakkı vardır.*”

“Hak özneleri” yönünden “çalışanlar”a yönelik bir sınırlama getirmeyen bu kural, ayrımcılık yasağı ile fırsat eşitliğini *üstün ilkeler* olarak anayasal düzeyde güvenceye almıştır. Ancak, BM Antlaşması’nda olduğu gibi, ayrımcılık nedenlerini sınırlı biçimde saymış olması açısından yetersiz ve eleştiriye açıktır. Bağımlı yada bağımsız olsun, “çalışan ve çalıştıranlar”la sınırlı olmaksızın “tüm insanlar”a maddi ve manevi ilerleme ve gelişmelerini sağlama hakkı konusunda, “ırk, inanç ve cinsiyet” olmak üzere üç nedene / temele dayalı ayırım gözetme yasağı getirilmiştir. Filadelfiya Bildirgesi’nin sözel metninde, bunların “örnek” olarak sayıldığına ilişkin bir anlatıma yer verilmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu nedenlere dayalı “anayasal” ayrımcılık yasağı, tüm sosyal ve sendikalar hakları, daha doğru bir anlatımla UÇÖ’nün kural üretme yetkisi kapsamındaki tüm konular için geçerlidir.

Filadelfiya Bildirgesi, ikinci bölümünün izleyen maddelerinde, bu temel amacın hem ulusal ve uluslararası politikalarda ve hem de tüm eylem programlarında göz önüne alınması gerektiğini açıkça şöyle belirtmiştir:

- Bu sonuca ulaşılmasına olanak veren koşulların gerçekleştirilmesi, her ulusal ve uluslararası politikanın temel amacını oluşturmalıdır;

- Tüm eylem programları ve özellikle ekonomik ve mali alanda ulusal ve uluslararası planda alınan önlemler, bu açıdan değerlendirilmeli ve yalnızca, **bu temel amacın** yerine getirilmesini engelleyici değil kolaylaştırıcı nitelik taşıdıkları ölçüde kabul edilmelidir;
- Tüm eylem programları ile ekonomik ve mali nitelikli önlemlerin, uluslararası alanda bu temel amaç ışığında incelenmesi ve gözönüne alınması, UÇÖ'ye düşen bir ödevdir.

Filadelfiya Bildirgesi, UÇÖ'nün, dünyanın çeşitli uluslarında (devletlerinde) gerçekleştirilmesi sağlanacak programların uygulanmasına yardım etme yükümlülüğünü tanıdığı ve Örgüt'ün gelecekteki eylem ve etkinliklerine kılavuzluk edecek on somut amacı sıraladığı Üçüncü Bölümünde de, ⁷ “*eğitim ve meslek alanında fırsat eşitliği güvencesi*”nin sağlanmasını açıkça belirtmiştir.

Versay Barış Antlaşması'ndaki ve Filadelfiya Bildirgesi'ndeki anayasal ilkelerin bağlayıcılığı konusunda önemle belirtmek gerekir ki, bir devlet, ayrımcılık yasağı ve / yada eşitlik ilkelerine ilişkin sözleşmeleri onaylamamış olsa da, “UÇÖ üyesi devlet” niteliğini kazanmakla, ayrımcılığı önleme ve eşitliği geliştirme yükümlülüğü üstlenmiştir. ⁸ Anayasa'sını onaylayarak kazanılan UÇÖ üyeliğinin sonuçları vardır ve bunların en başında, anayasal ilkelere uyma, bu ilkeleri hukuk ve uygulama düzeylerinde gerçekleştirmek için çaba gösterme yükümlülükleri gelmektedir. ⁹ Kısacası, ayrımcılık yapılmaması yada ayrımcılık yasağı, UÇÖ Anayasası'nın temel ilkelerinden biridir. UÇÖ üyesi devletler için bu ilkeyi hukuksal düzlemde geliştirmek ve uygulamada da gerçekleştirmek anayasal bir yükümlülüktür.

3. Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi

Uluslararası Çalışma Konferansı, ekonomik büyümeye sosyal adaletin eşlik etmesi gerektiği kaygısına yanıt vermek için, ¹⁰ 18 Haziran 1998 tarihinde kabul ettiği *Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler İle İzlenmesi UÇÖ Bildirgesi*

⁷ a.k, s. 144-145.

⁸ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude spéciale sur l'égalité dans l'emploi et la profession relative à la convention no 111, Conférence internationale du Travail (CIT), 83^e session 1996, première édition, Genève, 1996 (ilolex: 251996G01), parag. 7, s. 2-3.

⁹ Bu konuda, örneğin anayasal “sendika özgürlüğü” ilkesine, bunu evrensel güvenceye bağlayan 87 sayılı sözleşmenin onaylanmasından bağımsız biçimde, salt UÇÖ Anayasası'nı onaylamakla kazanılan “üye devlet” niteliğinin sonucu ve gereği olarak saygı gösterilip uyulması konusunda daha geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, “87, Türkiye'yi Üye Devlet Olarak Bağlar”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Sayı 105, Mart 1989, s. 11-15. Ayrıca, onay koşulsuz uluslararası denetim ve koruma yöntemlerinin -UÇÖ'den esinlenen- Birleşmiş Milletler bağlamındaki örnekleri olan “özel yöntemler” için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s. 417-419.

¹⁰ BIT, **Un travail décent**, Rapport du Directeur général, CIT, 87^e session 1999, Genève, s. 14, 15.

ile,¹¹ aralarında ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin de bulunduğu temel insan hakları kümesi içinde yer alan sekiz sözleşmeye ilişkin denetimi güçlendirmeyi amaçlamıştır. ¹² Bildirge’de açıklanan ilkeler, Türkiye’nin tümünü onayladığı, sendikal haklar, zorunlu çalışma, ayrımcılık yasağı, ücret eşitliği ve çocukların çalışması konularındaki temel insan hakları sözleşmelerinde güvenceye alınan haklarla ilgilidir ve bunlardan dördüncü kümede yer alanı, 1951 ve 1958 tarihli, 100 ve 111 sayılı sözleşmelerle düzenlenen “istihdam ve meslekte ayrımcılığın yasaklanması”dır. ¹³

Temel Haklar Bildirgesi, öngördüğü kuralların yaşama geçirilmesini sağlamak için, onaydan bağımsız ve raporlar temeline dayanan “özendirici, güvenilir ve etkili bir izleme mekanizması”nın işlerliğe konulmasını ve bunların da; onaylanmayan temel sözleşmelere ilişkin olarak verilecek *yıllık raporlar* ile geçen dört yıllık dönemde gözlemlenen olaylar konusunda Genel Müdür’ün hazırlayacağı *küresel (global) rapora* dayalı olmak üzere, iki yoldan gerçekleştirilmesini öngörmüştür. Küresel raporun amacı, geçen dört yıllık bir dönem sırasında gözlemlenen, her bir küme temel ilke ve hakka ilişkin küresel ve dinamik bir imaj sunmak ve Örgüt’ün yaptığı yardımın etkililiğini değerlendirmede temel almak ve özellikle konusu, uygulanmaları için gerekli iç ve dış kaynakları seferber etmek olan teknik işbirliği alanında eylem planları biçiminde olmak üzere, gelecek dönemlere yönelik olarak öncelikleri belirlemektir.

Genel Müdür, küresel izleme yöntemi çerçevesinde, ¹⁴ ilki 2003’te ve ikincisi de 2007’de olmak üzere, 100 ve 111 sayılı sözleşmelerin önceki dört yıllık dönemde uygulanmasını kapsayan iki küresel rapor yayımlamıştır. ¹⁵

¹¹ BIT, **Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi**, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa quatre-vingt-sixième session, Genève, 18 juin 1998.

¹² Bidirge’nin hazırlık süreci ve içeriği ile oluşturduğu küresel ve yıllık izleme yöntemleri, 100 ve 111 sayılı sözleşmelerin 1999-2008 yılları arasındaki onay sayılarının evrimi konularında geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **a.g.y.**, 2008, s. 148-155 ve 327-343.

¹³ Bidirge’de yer alan öteki temel ilkeler ve ilgili sözleşmeler de şunlardır:

- Örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının eylemsel olarak tanınması (1948 ve 1949 tarihli, 87 ve 98 sayılı sözleşmeler);
- Tüm biçimleriyle zorla yada zorunlu çalışmanın kaldırılması (1930 ve 1956 tarihli, 29 ve 105 sayılı sözleşmeler);
- Çocukların çalışmasının yasaklanması (1973 ve 1999 tarihli, 138 ve 182 sayılı sözleşmeler). Bkz.: Mesut Gülmez, **a.g.y.**, 2008, s. 148-155.

¹⁴ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, 2008, **a.g.y.**, s. 336-338.

¹⁵ BIT, **L’heure de l’égalité au travail**, Rapport du Directeur Général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, CIT 92^e session, 2003, Rapport I (B), Genève, 2003; BIT, **L’égalité au travail: relever les défis**, Rapport du Directeur Général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, CIT 96^e session, 2007, Rapport I (B), Genève, 2007.

Bu raporlarda da belirtildiği gibi, kuşkusuz, UÇÖ'nün eşit işlem ve ayrımcılık yasağı konusundaki etkinlikleri “kurallar üretilmesi”, genel nitelikli sözleşmeler kabul edilmesi ve özel konulu sözleşmelerde de ayrımcılık yasağına ilişkin kurallara yer vermesi ile sınırlı değildir. Örgüt'ün etkinlikleri arasında çok önemli ve geniş bir yeri bulunan çeşitli kuralların yanı sıra, **teknik yardım etkinlikleri** de önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle, 1990'lı yılların ortalarında, Güney Afrika, Namibya ve Brezilya'da gerçekleştirilen ırkçı yasal düzenlemelerin değiştirilmesi ve emek piyasasında her türlü ayrımcılığın önlenmesi için 111 sayılı sözleşmenin uygulanması konularındaki teknik işbirliği ve yardım etkinlikleri önem taşımaktadır.¹⁶

II. İSTİHDAM VE MESLEK ALANINDA

AYRIMCILIK SÖZLEŞMESİ VE TAVSİYESİ

UÇÖ'nün, 1919'dan beri, 1958 öncesinde ve sonrasında kabul ettiği çeşitli sözleşmelerde farklı neden yada ölçütlere dayalı ayrımcılıkların önlenmesine ve yasaklanmasına ilişkin özel kuralları bulunmakla birlikte, istihdam ve meslek alanında ayrımcılık yasağı konusundaki temel belgesi, ikisi de 1958 tarihli ve 111 sayılı olan sözleşme ile tavsiyedir. Kuşkusuz, bu sözleşmeler arasında, 111 sayılı sözleşmenin “ikizi” olarak gördüğüm, eşit değerde iş için eşit ücret hakkını cinsiyete dayalı ayrımcılığa karşı koruyan 1951 tarihli ve 100 sayılı sözleşmenin ayrı bir yeri vardır.

Başlangıç bölümünde, Filadelfiya Bildirgesi'nin; “ırk (soy), inanç yada cinsiyetleri ne olursa olsun tüm insanların özgürlük ve onur ve ekonomik güvenlik içinde ve fırsat eşitliği ile maddi ve manevi gelişmesini sürdürme hakkı vardır” ilkesine yollamada bulunan 111 sayılı sözleşme, kaynağını UÇÖ Anayasası'ndan (yani Anayasa'nın eki olan Filadelfiya Bildirgesi'nden) aldığını vurgulamış ve bu Bildirgeye koşut bir yaklaşımla, (istihdam ve meslek alanında gözetilecek) **ayrımcılığın, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde açıklanan hakların ihlalini oluşturduğunu** anımsatmıştır. Bunun, kanımca ayrımcılık kavramının temel öğelerinden birini oluşturan “insan haklarından yararlanma ile ayrımcılık yasağı arasındaki bağı”nı, erken sayılabilecek bir aşamada vurgulanmış olması yönünden önemli olduğunu belirtmek gerekir. Kuşkusuz, 111 sayılı sözleşmenin yasakladığı ayrımcılık, yalnızca sözleşmenin kabul edilmesinden önceki yıllarda başlıca kaynak olan Evrensel Bildirge'deki değil, örneğin ESKHUS ile GG ASŞ'nin hukuksal güvenceye aldığı ekonomik ve sosyal hakların da ihlalini oluşturur.

Kapsam ve uygulama alanına tüm çalışanların, tüm etkinlik kollarının ve hukuksal yada uygulama planlarındaki “doğrudan” yada “dolaylı”, örtük yada açık

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için örneğin bkz.: BIT, *L'heure de l'égalité au travail*, 2003, s. 89 vd.; BIT, *L'égalité au travail: relever les défis*, 2007, s. 105 vd.

tüm ayrımcılıkların girdiği sözleşme ve tavsiye, istihdam ve meslek alanındaki ayrımcılıkların önlenmesinde uluslararası düzeyde önemli bir kilometre taşı oluşturur. 1958 sözleşmesinin kabul edilmesi sırasında belirtildiği üzere, çalışanlar arasında ayrımcılığın ortadan kaldırılması, insanlığın siyasal, sosyal ve kültürel geleceği için ortaya çıkan en önemli sorunlardan birini oluşturmaktadır ve çalışanların eşitliğinin gerçekleştirilmesi, tartışmasız, adalet ve sosyal ilerleme düşüncesi-nin yöneldiği büyük amaçlardan biridir. ¹⁷

111 sayılı sözleşmenin hazırlık çalışmaları, BM İnsan Hakları Komisyonu kararının ardından, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 29 Temmuz 1954 tarihli ve 545 (XVIII) sayılı kararıyla, istihdam ve meslek alanında ayrımcılığın incelenmesini UÇÖ'den istemesi üzerine başlatılmıştır. UÇÖ Yönetim Konseyi, üye devletlerdeki yasal düzenleme ve uygulamalara ilişkin olarak hazırlanacak rapora dayanarak, sorunu UÇK'nin 1957'deki 40. toplantı gündemine yazmaya kararı vermiştir. ¹⁸

25 Haziran 1958 tarihinde UÇÖ Genel Konferansı'nca kabul edilen sözleşme, 15 Haziran 1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 12 Şubat 2009 tarihi itibarıyla, sözleşmeyi 168 devlet onaylamıştır. ¹⁹

Türkiye, bu sözleşmenin 13 Aralık 1966 gün ve 811 sayılı yasayla onaylanmasını uygun bulmuş ²⁰ ve 19 Temmuz 1967'den başlayarak da UÇÖ'ye karşı uluslararası yükümlülük altına girmiştir. Onaylanmakla Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukla bütünleşerek "ulusalüstü" bir hukuksal değer kazanan, yasanın yanı sıra yürütme ve yargı organlarını da, kısacası yasa yapıcı ve uygulayıcılarını bağlayan ve doğrudan uygulanması gereken ²¹ 111 sayılı sözleşme, iç hu-

¹⁷ BIT, Rapport de la Commission de le discrimination, **Comte rendu des travaux**, CIT, 42^e session, 1958, s. 427.

¹⁸ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude d'ensemble des rapports concernant la convention (no 111) et la recommandation (no 111) sur la discrimination (emploi et profession), 1958, CIT, 75^e session 1988, première édition, Genève, 1988 (ilolex: 251988G01), parag. 2, s. 2-3.

¹⁹ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

²⁰ **Resmi Gazete**, 22 Aralık 1966, Sayı: 12484.

²¹ Mesut Gülmez, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", **Çalışma ve Toplum**, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/1, 4, s. 11-56; Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Karşısında Sendikal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Bağlayıcılığı", **Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar Kapsamında Sendikal Haklar, Sosyal Güvenlik Hakkı ve Sağlık Hakkı Sempozyumu**, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 8-9 Ekim 2004, Dedeman Oteli, Ankara, DİSK Yayını, No: 49, Şubat 2005, s. 24-38; Mesut Gülmez, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa md. 90/son)**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s. 38-82.

kukun, yasalara ve Anayasa'ya aykırı olması durumunda da öncelikle uyulması ve uygulanması gereken bir parçasına dönüşmüştür. ²²

1. Ayrımcılık Tanımı ve Öğeleri

İstihdam ve Meslek Alanında Ayrımcılık Sözleşmesi'nin bu konudaki içerik kuralları ilk beş maddesinde yer almaktadır. Bunlardan 1, 4 ve 5. maddelerde, “ayrım” yada “ayrımcılık” teriminin sözleşme yönünden tanımı verilerek sınırları gösterilmiştir. 2 ve 3. maddelerde ise, üye devletler için iş ve meslek alanında ayrım gözetmeme politikası izleme yükümlülüğü, bunun temel ilke ve gerekleri düzenlenmiştir. 111 sayılı tavsiyenin 1. maddesinde de, sözleşmedeki tanımlar yinelenmiştir.

Sözleşmenin 1. maddesinin a ve b bentleri, “ayrım” yada “ayrımcılık” terimi ile korunan alanları belirten “istihdam” ve “meslek” sözcüklerinin tanımlarını yapmıştır. Sözleşmedeki ayrımcılık, istihdam ve meslek kavramlarının tanımlarını yinelenen (m. 1/1 a, b, 3) tavsiye ise, koruma kapsamındaki alanları daha somut ve ayrıntılı biçimde saymıştır (m. 2/6).

Sözleşme, fırsat yada işlem (davranış) eşitliğini (égalité de chance ou de traitement / equality of opportunity or treatment) etkileyebilecek durumların kapsamına olanak verecek biçimde, “ayrımcılık” teriminin kapsamını şöyle belirlemiştir:

“İstihdam yada meslek alanında *fırsat yada işlem eşitliğini* ortadan kaldırma yada bozma (saptırma) etkisi olan ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal yada sosyal köken temeline dayalı her tür ayrılık (fark) gözetme, ayrı tutma (dışlama) yada üstün tutma (yeğleme).”

Önce vurgulamak gerekir ki, sözleşmenin bu tanımı eşit işlem ilkesi ve ayrımcılık yasağı arasındaki yakın, hatta birbirinden ayrılması olanaksız ilişkiyi açıkça ortaya koymaktadır. Ayrımcılık, eşitliği ortadan kaldıran yada bozan bir olgudur. Değişik bir anlatımla fırsat yada işlem eşitliği, ister doğrudan ister dolaylı olsun, ayrımcılıkların olmamasını varsayar, hatta gerektirir. Bu yaklaşımın, Avrupa Birliği hukukunda eşit işlem ilkesinin, tanımlanan ayrımcılık biçim yada türlerinin yokluğu olarak tanımlanmasıyla örtüştüğü söylenebilir. ²³

Sözleşme, madde 1/a'da sınırlı biçimde saydığı ²⁴ yedi neden arasında, özellikle dil, yaş, “siyasal” nitelik taşımayan görüşler gibi başka uluslararası sözleşmelerde bulunan ölçütlere yer vermemekle birlikte, ayrımcılık kavramını fırsat yada

²² BIT, **Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations** (Rapport III, Partie 4 A), CIT, 54^e session 1970, s. 30.

²³ Karşılaştırmak için bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 370 vd., 387-389, 404-407.

²⁴ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 31, s. 26-27.

işlem eşitliği ilkesi üzerinde olumsuz etkilerde bulunabilecek tüm ayrımcılık durumlarını kapsamak üzere çok geniş biçimde tanımlamıştır. Bu tanımın, Uzmanlar Komisyonu'nun 111 sayılı sözleşmeye ilişkin 1988 ve 1996 tarihli "Toplu İnceleme" yada "Genel Yorum" başlıklı raporlarında da belirtildiği gibi, üç ögesi vardır.²⁵

Ayrımcılık tanımının birinci ögesi, işlem farklılığı oluşturan bir ayrılık yada fark gözetme, ayrı tutma (dışlama) yada üstün tutma eylemlerinin varlığıdır. Değişik eylemlerle anlatılan bu öge, işlem farklılığını oluşturan olgudur.

Tanımın ikinci ögesi, bu işlem farklılığını yaratan bir yada birden çok ölçüttür. Sözleşmenin açıkça öngördüğü ayrımcılık ölçütlerinin (nedenlerinin) sayısı yedidir. Ancak, madde 1/6'da öngörüldüğü ve aşağıda da değinildiği üzere, UÇÖ'ye özgü üçlü danışma yöntemiyle bu ölçütlerin genişletilmesi olanaklıdır.

İşlem farklılığının sonucu ile ilgili olan üçüncü öge de, istihdam ve meslekte fırsat yada işlem eşitliğinin yok edilmesi yada bozulmasıdır. Ayrımcılık nedenlerinden birine yada birkaçına dayanan ve ayrılık gözetme, ayrı tutma yada üstün tutma niteliği taşıyan bir yasal düzenleme yada uygulama, sözleşmenin geliştirmeyi amaçladığı fırsat ve işlem eşitliğini bozmakta yada tümüyle ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin yaptığı ayrımcılık tanımında, belirttiği eylemlerin eşitlik üzerindeki etki yada sonuçlarına gönderme yapılmıştır.

Tanımın öğeleriyle ilgili bu irdeleme, Uzmanlar Komisyonu'nun belirttiği gibi, 111 sayılı sözleşme, ayrımcı bir işleme (yada eyleme) başvuran kişinin "niyetini" söz konusu etmeksizin, her türlü ayrımcılığa karşı koruma sağlar. Üstelik, dolaylı ayrımcılıkta yada cinsiyete dayalı mesleksi ayrışmada olduğu gibi, ayrımcılığı gerçekleştiren kişinin belirlenmesi de gerekmez.²⁶ Dolayısıyla, işlem farklılıklarının etkisiyle ayrımcılığın getirdiği engellemelere yada kısıtlamalara yönelen 111 sayılı sözleşmenin perspektifi içinde, bir niyetin varlığı hesaba katılmaz.²⁷

Sözleşmenin kendi kapsamı ve sağladığı koruma açısından yaptığı üç ögeli ayrımcılık tanımının, hem hukuk ve uygulama planlarındaki ayrımcılıkları, hem de "doğrudan" ve "dolaylı" ayrımcılıkları kapsadığına kuşku yoktur. Ölçüt olarak önlemlerin nesnel sonuçlarını temel alan 1958 belgelerinin ayrımcılık tanımı, dolaylı ayrımcılıklara, cinsiyete dayalı mesleksi ayrışma / bölünme gibi olgulara karşı da koruma sağlar. Sözleşmede tanımlanmayan **dolaylı ayrımcılık** kavramı ise, Avrupa Birliğinin ayrımcılık yasaklı eşit işlem yönergeleri gibi, görünüşte yansız

²⁵ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 22, s. 18-19; BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1996, parag. 23, s. 12.

²⁶ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 26, s. 22-23.

²⁷ Manuela Tomei, "Sur les notions de discriminations et d'égalité au travail", **Revue internationale du travail**, Volume 142, Numéro 4, 2003/4, s. 436.

olan düzenlemelerin yada uygulamaların, kimi özellikler taşıyan yada (ırk, renk, cinsiyet, din gibi) belirli özellikleri bulunan kimi grupların üyesi olan kişilere karşı eşitsizlik sonucu doğuran durumları anlatır. Dolaylı ayrımcılıklar, aynı koşulların, aynı işlemin yada aynı ölçütün tüm kişilere uygulandığı, ancak orantısız biçimde, ilgili istihdama (işe) ilişkin gerekliliklerle sıkı bir bağı olmaksızın, ırk, renk, cinsiyet yada din gibi bazı özellikler nedeniyle kimi kişiler üzerinde elverişsiz sonuçlara ulaşılan durumlarda söz konusu olur.²⁸ Başka bir anlatımla, görünüşte yansız olan kural yada uygulamaların istihdam için yerine getirilmesi gereken yeteneklerinden bağımsız olarak, herhangi bir grupta çalışanların orantısız bir bölümü üzerinde olumsuz etkileri olduğunda dolaylı ayrımcılıktan söz edilir.²⁹ 111 sayılı sözleşme bağlamında yapılan dolaylı ayrımcılık kavramıyla ilgili bu açıklamaların, belirtildiği gibi, AB yönergelerindeki tanımlarla örtüştüğü söylenebilir.

Sözleşme, ayrımcılık kavramının ikinci ögesi olarak, sözünü ettiği eylemlerin dayandırıldığı yedi ölçüt saymıştır. Bunlar; ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal yada sosyal kökendir.³⁰ Dolayısıyla, istihdam ve meslek alanındaki tüm ayrılık (fark) gözetme, ayrı tutma (dışlama) yada üstün tutma (yeğleme) eylemleri, sözleşme anlamında ayrımcılık oluşturmaz. Sözleşme, 1. maddesinin a bendinde saydığı ve b bendinde de eklenmesine olanak tanıdığı ölçütlere dayalı ayrımcılıkları yasaklamıştır. Yedi ölçüt arasında, UÇÖ'nün başka sözleşmelerinde yer alan kimi ölçütlere yer verilmemiş olduğunu ve ayrıca, sözleşmenin hazırlık çalışmalarında dil, yaş, sakatlık, sendikaya üye olma yada olmama gibi ölçütlere de yer verildiğini anımsatmak gerekir.³¹

Kuşkusuz, bir kişinin aynı zamanda bu ölçütlerden yalnızca birine değil birçoğuna dayanan ayrımcılığa uğraması, ayrımcılık nedenlerinin birleşmesi olanaklıdır. Hangi ölçüte dayanırsa dayansın, ayrımcı işlem ve uygulamaların adalet düşüncesine ve insan onuruna aykırı olduğu evrensel olarak kabul edilmektedir.³²

111 sayılı sözleşme, “ayrımcılık” teriminin kapsamını ilkece belirli ölçütlerle sınırlandırmış, ayrımcılığın dayandırılacağı nedenleri, başka insan hakları belgelerinde olduğu gibi, “özellikle” yada “başka her durum” diyerek “örnek” olmak üzere saydığını belirtmemiştir. Ancak sözleşme, bu konuda başka bir yaklaşım izle-

²⁸ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 28, s. 23-24; BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1996, parag. 26, s. 13.

²⁹ BIT, **L'heure de l'égalité au travail**, 2003, s. 21; BIT, **L'égalité au travail: relever les défis**, 2007, s. 9.

³⁰ Uzmanlar Komisyonu'nun, 111 sayılı sözleşmenin saydığı ölçütlerin her birine ilişkin olarak yapılan geniş açıklamalar ve ulusal düzenlemelerin sözleşme açısından değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 30-47; BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1996, parag. 27-47, s. 13-19.

³¹ BIT, **Egalité de rémunération**, 1988, parag. 65, s. 67-69.

³² BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1996, parag. 28, s. 13.

miş, başka uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi “özellikle” yada “başka her durum” gibi anlatımlara yer vermemekle birlikte, ayrımcılık neden yada ölçütlerinin üçlü danışma yoluyla genişletilmesine olanak tanımıştır. Sözleşmenin, UÇÖ’nün yapılanmasında temel alınan üçlülük ilkesinin doğal bir sonucu olan bu kuralına göre, “ayrımcılık” terimi şu eylemleri de kapsayabilir:

“İlgili üyenin (üye devletin), temsil yeteneği bulunan çalışan (işçi) ve çalıştıran örgütlerine ve eğer varsa, başka uygun organlara danışarak özellikle belirtilebilecek (saptanabilecek) istihdam ve meslek alanında fırsat (şans) yada işlem eşitliğini ortadan kaldırma yada bozma etkisi olan *başka her tür ayrılık (fark) gözetme, ayrı tutma yada üstün tutma.*”

Görüldüğü gibi, hukuksal yada eylemsel, doğrudan yada dolaylı tüm ayrımcılık biçimlerini kapsayan 1958 sözleşme ve tavsiyesine göre, öngördüğü yöntem uymak koşuluyla, sayılan yedi ölçüt dışında, örneğin başka uluslararası sözleşmelerde sıkça rastlanan *yaş, sakatlık, dil, sendikaya üye olma yada olmama* gibi nedenlere dayanan ³³ *başka* ayrımcılık ölçütleri de belirlenebilir. Yine, AB yönergelerinde yasaklanan ayrımcılık biçimlerinden biri olarak tanımlanan taciz ve cinsel taciz ile emirle ayrımcılık uygulama da, 111 sayılı sözleşmenin kapsamına alınabilir. Devletler, sözleşmenin saydıklarının dışında, ***çalışan ve işveren sendikaları ile varsa başka örgütlere danışarak***, başka ayrımcılık nedenleri öngörebilir. ³⁴ Sözleşmenin bu kuralından, 1996 Toplu İncelemesinin yapıldığı tarihe değin, geride kalan kırk yıl içinde, hiçbir devletin yararlandığını açıklamadığı, bununla birlikte anayasal, yasal yada yönetsel iç hukuk düzenlemelerinde yedi ölçüt dışında başka ek ölçütlerin de öngörüldüğü belirtilmektedir. ³⁵ 111 ve 100 sayılı sözleşmelere ilişkin 2007 tarihli küresel raporda ise, Uzmanlar Komisyonu’nun, birçok devletin 111 sayılı sözleşmede öngörülen nedenler dışında başka nedenleri de tanıdığı; son yıllarda, 111’dekilere örneğin engel, yaş, sağlık durumu, sendika üyeliği ve evlilik durumu gibi nedenlerin de eklendiğini not ettiği belirtilmektedir. ³⁶

111 sayılı sözleşmenin üye devletlere, çalışan (işçi) yada işveren örgütlerinin görüşünü alarak ayrımcılık yasağının kapsamını genişletme konusunda takdir yetkisi tanımış olması, kuşkusuz hem UÇÖ sözleşmelerinin “asgari” nitelikli olmasının ve hem de ulusal çalışma ilişkisi sistemlerindeki çeşitlilikleri göz önünde bulunduran -çok sayıda sözleşmenin de benimsediği- “esneklik” yaklaşımının ürünüdür. Ancak kanımca bu olanak, temel insan haklarını ilgilendiren çok önemli bir konuda ülkeler arasında değişik nedenlere dayalı bir düzenleme ve uygulama farklı-

³³ Nicolas Valticos, **a.g.y.**, s. 287.

³⁴ Jean-Michel, Servais, **a.g.y.**, s. 112.

³⁵ BIT, **Egalité dans l’emploi et la profession**, 1996, parag. 49 ve 295, s. 19 ve 133.

³⁶ BIT, **L’égalité au travail: relever les défis**, 2007, s. 9.

lıklarının ortaya çıkmasına ve bunun da rekabet eşitsizliğine yol açmaya elverişli olması nedeniyle eleştiriyeye açıktır.

Sözleşmenin öngördüğü yedi ölçüt dışında, gerek iç hukuk düzenlemelerinde ve gerekse kimi UÇÖ sözleşmelerinde ayrımcılıklara karşı korunan kişi kesimleri yada ayrımcılık ölçütleri arasında, örneğin şunlar sayılabilir: Aile sorumlulukları olan her cinsten çalışanlar, engelli kişiler, sağlık durumu, yaş ve sendika üyeliği.³⁷ Sözleşmenin hazırlık ve oluşum aşamasında, bu nedenlerden kimileri, örneğin sendikalara üye olup olmama taslaklarda yer almışsa da, 87 sayılı sözleşmede güvenceye alınan bu ölçütün yinelenmesine gerek bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.³⁸

2. Sözleşmenin Kişiler Yönünden Uygulama Alanı

İstihdam ve Meslek Alanında Ayrımcılık Sözleşme ve Tavsiyesi, “özel konusu” istihdam ve meslek alanında ayrımcılık ve uygulama alanı “genel” olan ilk UÇÖ belgeleridir. En geniş anlamıyla hiçbir iş ve hiçbir meslek, 1958 belgelerinin uygulama alanı dışında değildir. Bunun doğal sonucu olarak da, kişiler yönünden uygulama alanı, *tüm çalışanları* kapsayacak denli geniştir. 111 sayılı sözleşme ve tavsiyenin uygulama alanına, yalnızca istihdama, eğitime ve değişik mesleklere girme değil, aşağıda değinildiği üzere, aynı zamanda ve en geniş anlamda tüm çalışma koşulları da girmektedir.³⁹

Sözleşme, ayrımcılığın önlenmesi sorununu belirli çalışan kümeleriyle sınırlı olmaksızın genel bir yaklaşımla düzenlemiştir. Sözleşmenin hiçbir kuralı, kişisel ve mesleki uygulama alanını sınırlandırmaz. Yalnızca bir iş yada mesleği olanlar değil, aynı zamanda *iş arayan kişiler* de fırsat ve işlem eşitsizliğine karşı korunmuştur.⁴⁰ Sözleşme, tüm kişileri, istihdam ve meslek alanındaki ayrımcılıklara karşı korumayı amaçlamıştır. Sözleşmenin sağladığı korumayı, onu tamamlayan tavsiye, “*göçmen işçiler*”in özel durumuna göndermede bulunarak genişletmiştir. Aşağıda değinilen 1949 tarihli ve 97 sayılı Gözden Geçirilmiş Göçmen İşçiler Sözleşmesi’ne göre ise, UÇÖ belgeleri anlamında göçmen işçi, “kendi adına ve hesabına olmaksızın” bir iş bulmak (ve çalışmak) amacıyla bir ülkeden başka bir ülkeye göç eden kişidir. Bu terim, göçmen işçi niteliğiyle yasal olarak kabul edilmiş her kişiyi kapsar (m. 11/1).⁴¹ 111 sayılı tavsiyenin 8. maddesi, yabancı uyruklu göçmen işçiler ve aile üyeleri (bireyleri) için, bir yandan fırsat ve işlem eşitliğini ve öte yandan istihdama yönelik kısıtlamaların kaldırılmasını amaçlayan 97

³⁷ Daha geniş bilgi bkz.: BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1996, parag. 52-64, s. 20-24.

³⁸ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 74, s. 79.

³⁹ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 2, s. 2.

⁴⁰ Manuela Tomei, **a.g.m.**, s. 436.

⁴¹ BM Göçmen İşçiler Sözleşmesi'nin yaptığı tanımla karşılaştırmak için bkz.: Birinci Bölüm, s. 96-98.

sayılı sözleşme ile onu tamamlayan tavsiyenin özel kurallarının göz önünde bulundurulmasını istemiştir. 1975 tarihli ve 143 sayılı Göçmen İşçiler Sözleşmesi (Tamamlayıcı Kurallar) ile onu tamamlayan 151 sayılı tavsiye, 111 sayılı sözleşmenin tanımlarını temel almışlardır.

Dolayısıyla, 111 sayılı sözleşmeyi imzalayıp onaylayan bir devletin ülkesinde yasal olarak yerleşmiş olan göçmen işçilerin, yalnızca 97 sayılı sözleşmedeki iş-lem eşitliği ilkesinden (m. 6) değil, aynı zamanda fırsat eşitliğini geliştirmeye yönelik ulusal politikadan yararlanmaları gerekir (143 sayılı sözleşmenin II. bölümü). Bu da, göçmen işçilere ilişkin olarak “olumlu önlemler” alınmasını gerektirir.⁴²

Sözleşme, ayrımcı işlemlere karşı kişiler yönünden kapsamını sınırlayıcı hiçbir kurala yer vermemiştir. Dolayısıyla, iş / çalışma yada meslek yaşamındaki tüm kişiler için, yasal düzenlemelerle yapılan “işçi”, “memur”, “kamu görevlisi”, “sözleşmeli personel”, “geçici personel” gibi tanımlar, sözleşmenin kişiler yönünden uygulama alanını sınırlandıramaz. Sözleşme, esnek (atipik) çalışma biçimleri çerçevesinde çalışanları da kapsadığı gibi, kanımca kayıt dışı çalıştırılanlar için de güvenceler sağlar. Başka bir anlatımla, sözleşmenin gerek kişiler, gerek etkinlik kesimleri ve gerekse istihdam edilenlerin üretim sürecindeki konumları yönlerinden uygulama alanı sınırlandırılmamıştır. Statüsü ne olursa olsun, ister ücretli olarak ve isterse *bağımsız* çalışan olarak etkinlikte bulunsun yada ister tarım, ister sanayi ve isterse hizmetler kesimlerinde çalışsın, tüm kişiler sözleşme güvencelerinden yararlanırlar. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında, bağımsız mesleklerin (kendi adına ve hesabına çalışanların) sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılmasını amaçlayan değişiklik önergelerinin birçok kez reddedilmiş olması da, sözleşmenin kişiler ve etkinlik kesimleri yönlerinden uygulama alanını sınırlandırma amacı gütmeyeceğini göstermektedir.⁴³

Aşağıda değinildiği üzere, örneğin aile sorumlulukları bulunan kişiler, yerli halk ve kabileler, kadınlar ve engelliler gibi kişi kesimlerini özel olarak koruyan başka sözleşmeler, 111 sayılı sözleşme ve tavsiyenin kişiler yönünden koruma alanını genişletmişlerdir.

3. Sözleşmenin Maddi Uygulama Alanı ve İçeriği:

İstihdam ve Meslek Kavramları

Sözleşmenin 1. maddesinin 3. bendinde, maddi içeriğiyle ilgili “istihdam” ve “meslek” kavramlarının tanımı, daha doğrusu içeriği belirtilmiştir. Bu iki kavram, herhangi bir ayırım yapılmaksızın; mesleksel eğitime erişmeyi (girişi), ***istihdama ve farklı mesleklere girişi*** ve çalışma koşullarını kapsar. UÇÖ denetim or-

⁴² BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1996, parag. 19-22.

⁴³ Nicolas Valticos, *a.g.y.*, s. 289 ve 290, 22 sayılı dipnot.

ganları, ilk ve orta öğretimi, üniversite öğretimini ve mesleksi eğitim kurumlarına erişmeyi de, mesleksi eğitime erişme kapsamında görmüş ve böylelikle denetim alanını genişletmişlerdir. ⁴⁴

Kuşkusuz sözleşme, yalnızca daha önce bir iş edinmiş yada bir mesleğe girmiş kişiler için koruma getirmemiştir. Aynı zamanda, bir işe yada mesleğe girme olasılıklarını da açıkça kapsamaktadır. ⁴⁵ Sözleşmenin, istihdamın önkoşulu olan mesleksi eğitime erişme konusunda da ayrımcılıklara karşı açıkça koruma sağlamış olması son derece önemli ve anlamlıdır. Uygulamada, çalışma yaşamının başında yada sonraki aşamalarında bu korumadan yararlanmaksızın istihdama erişme, farklı iş yada mesleklere girme ve meslek değiştirme güvencesine işlerlik kazandırılmaz.

Tavsiye, aşağıda belirtildiği üzere, bu kavramlara açıklık kazandırmış; üye devletlerin bu alanda saptayacakları ve uygulayacakları ulusal politikanın öğelerinden biri olarak, bireylerin fırsat ve işlem eşitliğinden yararlanmalarının zorunlu tutulacağı konuları daha ayrıntılı biçimde şöyle saymıştır (m. 2/b):

- i. “Mesleksi yönlendirme ve işe yerleştirme hizmetlerine erişme (bu hizmetlerden yararlanma);
- ii. Mesleksi eğitim yada seçtiği iş için (taşıdığı) kişisel yeteneklerine göre, mesleksi eğitime ve seçtiği işe girme;
- iii. Mesleksi niteliklerine, deneyimine, yeteneklerine ve işteki becerisine göre yükselme (meslekte ilerleme);
- iv. İstihdam güvenliği (iş güvencesi);
- v. Eşit değerde iş için ücret;
- vi. İş süresini, dinlenme dönemlerini, ücretli yıllık izinleri, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini kapsayan çalışma koşulları, sosyal güvenlik önlemleri ve istihdamla ilgili sosyal hizmetler ve sosyal ödemeler.” ⁴⁶

Tavsiyenin 2/d maddesine göre de, işverenlerin şu konularda ayrımcılık gözetmemesi yada ayrımcılıkları hoş görmemesi gerekir: İşe girme, eğitim, yükselme, işte kalma (işin korunması, iş güvencesi) yada istihdam koşulları. İşverenlerin, bu politikanın uygulanmasında, bireylerden yada örgütlerden kaynaklanan, doğrudan yada dolaylı, hiçbir engellemeye yada karışmaya (müdahaleye) konu olmama-

⁴⁴ Jane Hodges-Aeberhard, “L’action positive dans l’emploi: la jurisprudence récente face à une notion complexe”, *Revue internationale du travail*, Volume 138, Numéro 3, 1999/3, s. 292.

⁴⁵ BIT, *Egalité dans l’emploi et la profession*, 1988, parag. 76, s. 81-82; BIT, *Egalité dans l’emploi et la profession*, 1996, parag. 65, s. 25.

⁴⁶ Daha geniş bilgi bkz.: BIT, *Egalité dans l’emploi et la profession*, 1996, parag. 69-116, s. 26-39.

ları gerekir. Bu yükümlülük de, aşağıda incelenen ulusal politikanın öğelerinden biridir.

4. Ayrımcılığın İstisnaları

Üç ögeli ayrımcılık tanımı yapan sözleşme, kimi önlemlerin ve özellikle olumlu eylemin ayrımcılık sayılmayacağını açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla, istihdamda ve meslekte ayrımcılık yasağı, istisnası bulunmayan mutlak bir ilke değildir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, sözleşmenin öngördüğü aşağıdaki istisnalar, niteliği gereği geniş yorumlanmamalı, kuraldan sapmaya olanak verecek ve sağlanan korumanın kapsamını daraltarak değerini düşürecek biçimde genişletilmemelidir.

a. Belirli Bir İş İçin Gerekli Olan Nitelikler

Sözleşmenin öngördüğü istisnalardan biri, “*belirli bir iş için gerekli olan niteliklere* dayanan ayrılık (fark) gözetmelerin, ayrı yada üstün tutmaların (tercihlerin) ayrımcılık sayılmamasıdır” (m. 1/2). Böylece, kimi işlerin gerektirdiği nitelikler, ayrımcılık ilkesine istisna getirme olanağı vermektedir. Örneğin, büyük bir fiziksel (bedensel) güç harcanmasını gerektiren işlerde “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılık, sözleşmeye aykırı düşmeyecektir. Buna karşılık, kadınların, kamu hizmetlerinde kimi “otorite makamları”ndan dışlanması yada (hükümet politikalarının uygulamaya konulmasında özel sorumluluklar içeren kimi yüksek konumların ötesinde), kamu yönetimine yapılacak atamalarda siyasal görüşlerin göz önünde bulundurulması sözleşmeyle bağdaşmaz.⁴⁷

İstihdamda ve meslekte ayrımcılık yasağına getirilen istisnaların kapsamı ile oynamak kolay olmadığı gibi, kötüye kullanmalara da elverişlidir. Kimi konumlar için aranan niteliklerin, öncelikle **nesnel ve orantılı** olması gerekir. Böyle bir soruna, Norveç ile ilgili bir olayda, dinsel kuruluşlarda, alt düzeylerde olsa da kimi konumlara (görevlere) aday olan kişilerin Hristiyanlığa inançları konusundaki anketlerle ilgili olarak tanık olunmuştur. UÇÖ'nün yetkili organına göre, söz konusu her konumun gerçek gerekliliklerinin ve istihdam eden kuruluşun hedefleri üzerindeki etkilerinin özenle incelenmesi uygun olur. Kısacası, herhangi bir konuma (temizlikçilik, aççılık, bekçilik...) aday olan kişilere, belirli bir dine mensup olma zorunluluğu dayatılamaz: Her şey, sağlanacak konumun niteliğine bağlıdır.

Bu ilkeler, siyasal görüşler konusunda da uygulanır. Örneğin kamu yönetiminde, siyasal görüşlerin yalnızca özel bir güven içeren yada daha zorlayıcı bir sır saklama (gizlilik) ödevi içeren kimi üst düzey konumlar için göz önüne alınması gerekir.⁴⁸

⁴⁷ Nicolas Valticos, **a.g.y.**, s. 288.

⁴⁸ Jean-Michel, Servais, **a.g.y.**, s. 117-118; BIT, Rapport du Comité chargé d'étudier la réclamation présentée par la Fédération norvégienne des syndicats (LO) au sujet de l'application de la convention No 111 par la Norvège, Conseil d'administration du BIT, 222^e session, Genève, mars 1983, document GB.222 / 18 / 23.

b. Devlet Güvenliğine Zarar Veren Eylemler

“Ayrımcılık” kavramının sözleşme yönünden taşıdığı anlamı ve sınırları ile istisnaların çerçevesini belirleyebilmek için 4 ve 5. maddeleri de gözönünde bulundurmak gerekir. Gerçekten 4. madde, devlet güvenliğine zarar veren eylemler yönünden ayrımcılık teriminin içeriğine açıklık getirmiş ve ayrımcılık oluşturmayacağıını belirttiği ikinci küme önlemlere yer vermiştir. Tavsiyenin 7. maddesinde de aynen yinelenen 4. madde kuralına göre:

“Devlet güvenliğine zarar veren bir etkinliğe girişmekten bireysel olarak haklı bir kuşkuya konu olan yada böyle bir etkinliğe gerçekten giriştiği ortaya konulan bir kişiyi etkileyen tüm önlemler, ilgili kişinin ulusal uygulamaya göre oluşturulan yetkili bir organa *başvuru hakkına* sahip olması koşuluyla, ayrımcılık sayılmaz.”

Öncelikle belirtmek gerekir ki 4. madde, sözleşmenin kural olarak istihdam ve meslekte ayrımcılığa karşı sağladığı korumaya bir istisna getirdiği için, dar yorumlanması gerekir ve olağandışı bir sınırlama getirilmesine izin vermez.⁴⁹ 4. madde kuralı, içerik ve biçim yada yöntem ile ilgili olmak üzere koşullar öngörmüştür.

İçerik koşuluyla ilgili olarak 4. madde, “ayırım” kavramının kapsamını bir ölçüde daraltmış ve özellikle siyasal görüş temeline dayalı ayrımcılık için sağladığı korumayı, devlet güvenliğini (*sécurité de l'Etat*) zedeleyen eylemler söz konusu olduğunda tanımamıştır.

Devlet güvenliğine zarar verme gerekçesine dayanan ayrımcı önlemlerin, yalnızca giriştiği etkinlikleri nedeniyle kendisine yönelik “haklı bir kuşku duyulan” yada “gerçekten böyle bir etkinliğe giriştiği ortaya konulan” kişileri kapsamaması gerekir. Dolayısıyla, bir kişiye karşı, etkinlikleri göz önüne alınarak değil yalnızca belli bir grup yada topluluk üyesi olması nedeniyle alınan önlemler ayrımcı nitelik taşıyacaktır.⁵⁰

1963 Toplu İncelemesinde belirttiği görüşünü 1988 ve 1996'da da yineleyen Uzmanlar Komisyonu, 111 sayılı sözleşmenin uygulanmasını denetleme işlevi dolayısıyla, önlemlerin hangi koşullarla ayrımcı sayılmayacağını belirtmiştir.

İlk olarak 4. maddeye göre, bir kişiye karşı bireysel olarak yaptığına inanılan ve yasal olarak kuşkulanan *etkinlikleri* göz önüne alınarak kabul edilen önlemler ayrımcı sayılmaz. 4. madde, öncelikle, etkinlikler göz önüne alınarak değil, salt belirli bir gruba yada topluluğa üye olunması nedeniyle alınan önlemleri dışlar ve bu gibi önlemler ayrımcı nitelik taşır, yani istisna kapsamında sayılamaz ve sözleşmenin korumasından yararlanamaz. Buradaki amaç, ayrımcılık gözetmeme

⁴⁹ BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1988, parag. 134, s. 156-159.

⁵⁰ Nicolas Valticos, *a.g.y.*, s. 288.

politikasından yararlanmanın, gerçekte devlet güvenliğine zarar verebilecek etkinliklerde bulunan kişilerce ileri sürülmesini engellemektir. Ne var ki bu önlemlerin, bir gruba yada belirli bir topluluğa üyeliğe göre alınmamış olması gerekir, yoksa bu önlemler ayrımcı sayılır.

İkinci olarak, 4. maddedeki istisna, yalnızca devlet güvenliği için zarar verici olarak nitelenen bir etkinlikte bulunulmasını amaçlar ve bu etkinliğin yapılması yada meşru biçimde kuşulanılmasına olanak veren açık ve uygun / uyarlı karinelelerin bulunması gerekir. Bu nedenle, dinsel, siyasal yada felsefi görüş ve inançların dışı vurulması, tek başına devlet güvenliğine zarar veren eylemlere benzetilemez ve istisna kuralının uygulanmasına olanak verdiği düşünülemez. Şiddet yöntemlerine başvurmaksızın, devlet kuruluşlarında temel değişiklikler getirilmesini amaçlayan doktrinlerin propagandasını yapan bir kişi, sözleşmenin korumasından yararlanır. Bu istisna kuralının amacı, devlet güvenliğini ileri sürerek alınan önlemlerin, gerçekte, bu koruma önlemlerine eşlik edecek koşul ve güvenceleri saptayarak, ayrımcılık gözetmeme politikası aleyhine olmasını engellemektir.

Üçüncü olarak da Uzmanlar Komisyonu, 4. madde anlamında devlet güvenliğini sağlamaya yönelik önlemlerin, sözleşmenin birinci hedefi olan fırsat ve işlem eşitliğini ortadan kaldıracabilecek siyasal görüşlere yada dine dayalı ayrımcılıklara dönüşmemesi için yeterince tanımlanmış ve sınırlandırılmış olması gerektiği görüşündedir. Özellikle “rejime bağlılık”, “kamu yararı” yada “antidemokratik davranışlar” temellerine dayalı olsa da, bu önlemlerin uygulanması, o etkinliğin söz konusu kişinin istihdamı yada mesleği üzerinde yapabileceği etkinin sonuçları ışığında incelenmelidir. Yoksa, bu önlemlerin, siyasal görüş yada din temeline dayalı farklılıklara ve dışlamalara yol açması tehlikesi ve hatta olasılığı vardır ki, bu da sözleşmeye aykırıdır.⁵¹ Bu gibi önlemlerin uygulanması, belirli etkinliklerin söz konusu kişinin istihdamı, görevi ve mesleği fiilen yerine getirmesinin üzerinde göstereceği etkiler ışığında irdelenmelidir.⁵²

Belirteyim ki, ayrıca değineceğim 1402 sayılı yasaya dayanılarak sıkıyönetim komutanlıklarınca alınan görevden uzaklaştırma kararları, sözleşmenin bu maddesinin uygulanması yönünden sorun yaratmış ve denetim organlarında, “özel paragraf” yaptırımının uygulanmasına varan eleştirilere konu olmuştur.

Sözleşmenin 4. maddesi, içerikle ilgili koşulların yanı sıra, biçim yada yöntemle (usulle) ilgili ikinci bir koşula da yer vererek, benzer bir gerekçeyle ayrımcı bir işlemle karşılaşan kişilerin *yetkili makamlara (hak arama yollarına) başvuru hakkını* saklı tutmuştur. Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasağına ilişkinin yönergelelerinde korumanın önemli bir ögesi olarak ayrıntılı biçimde düzenlenen bu güven-

⁵¹ BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1996, parag. 123-127, s. 42-43; BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1988, parag. 135-137, s. 156-160.

⁵² Jean-Michel Servais, *a.g.y.*, s. 118.

cenin bulunması, sözleşmenin 4. maddesinin doğru uygulanması için kaçınılmaz, gerekli bir koşuldur, ama yeterli değildir. Başka bir anlatımla, salt bu biçim koşulunun varlığı, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için yeterli değildir. Öte yandan, hak arama yolları, “hakça yargılanma hakkı”nın koşullarını taşımaları, bağımsız ve nesnel bir yargılanma söz konusu olmalıdır. UÇÖ denetim organları, yargı denetiminin, eğer uygulanacak kurallar gerekli içerik koşullarına saygı göstermiyorsa, yeterli olmayacağını belirtmişlerdir. Ayrıca, başvurulacak organın yönetsel yada hükümete makamlardan ayrılması, nesnellik ve bağımsızlık güvenceleri sunması ve başvurucuya savunmasını eksiksiz biçimde yapma olanağı vermesi gerektiğini de vurgulamışlardır. ⁵³ UÇÖ Soruşturma Komisyonu, ⁵⁴ 1975 yılında Şili ile ilgili bir olayda, bu ilkeleri anımsatmıştır. ⁵⁵

c. Özel Koruma yada Yardım Önlemleri

UÇÖ, 111 sayılı sözleşme öncesinde de, salt olumsuz yasaklama önlemlerini yeterli görmeyerek, eşitliğin geliştirilmesine yönelik önlemler alınmasını öngörmüştür. ⁵⁶ Hepple'e göre, 1998 Bildirgesi ve 111 sayılı sözleşme, geniş biçimde, yeni bir açıdan yorumlanmalıdır. “Ayrımcılığın önlenmesi”, salt olumsuz yükümlülüğü kapsamamalıdır. Kavramı; hükümetlere, örgütlere ve bireylere düşen *olumlu eylemler* yoluyla değişimi kolaylaştırma sorumluluğunu vurgulayacak biçimde yeniden düşünülmalıdır. ⁵⁷

111 sayılı sözleşmenin ayrımcı nitelik taşımayacağını açıkça belirttiği üçüncü istisna, 5. maddede öngörülen *özel koruma yada yardım önlemleridir*. Uygulamada da önlenmesi için salt yasaklanmasının yeterli olamayacağı yaklaşımını kabul eden sözleşme, “olumlu ayrımcılık” yapılmasına olanak veren söz konusu önlemler yönünden ayrımcılık kavramının sınırlarını 5. maddesinde şöyle göstermiştir:

“1. Uluslararası Çalışma Konferansı'nca kabul edilen başka sözleşme ve tavsiyelerde öngörülen *özel koruma yada yardım önlemleri* ayrımcılık sayılmaz.

2. Her üye (devlet), varsa temsil yeteneği olan işçi ve işveren örgütlerine danıştıktan sonra, cinsiyet, yaş, sakatlık (engel), aile yükümlülük-

⁵³ Jean-Michel Servais, **a.g.y.**, s. 119; BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1996, parag. 128-129, s. 44; BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 137-138.

⁵⁴ Devletten devlete yada Genel Konferans delegelerinin yakınmalarını inceleyen bu komisyonun denetim yetkisi ve işlevi konusunda bkz.: Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, 2008, s. 285 vd.

⁵⁵ BIT, **Rapport de la Commission instituée pour examiner l'observation, par le Chili, des conventions Nos 1 et 111**, Genève, 1975, parag. 174 ve 175.

⁵⁶ Bob Hepple, **a.g.m.**, s. 16.

⁵⁷ **a.k.**, s. 18.

leri yada toplumsal yahut kültürel düzey *gibi nedenlerle* haklarında (kendileri için) özel bir koruma yada yardımın gerekli olduğu genel bir biçimde kabul edilen kişilerin *özel gereksinmelerini* gözönünde bulundurmaya yönelik başka tüm özel önlemlerin ayrımcılık sayılmamasına karar verebilir.”

Görüldüğü üzere, 5. maddenin 1. ve 2. fıkraları, özel koruma yada yardım önlemlerinin iki tür olabileceğini belirtmiştir.⁵⁸ Birincisi, UÇÖ'nün kabul ettiği 111 sayılı sözleşme dışındaki başka sözleşme ve tavsiyelerde öngörülen elverişsiz konumdaki kişi kesimlerini korumaya yönelik özel (olumlu) önlemlerin ayrımcılık tanımının kapsamı dışında tutulmuş olmasıdır. “Kabul edilen” sözcükleri, “kabul edilecek” olanları da kapsamaktadır. Bu nitelikteki önlemlere örnek olmak üzere, kadınları, yerli halk ve kabileleri, engelli ve yaşlı kişileri kapsayan önlemler ile anağın ve kadınların sağlığının korunmasına yönelik önlemler verilebilir. İleride ayrıca açıklanan başka UÇÖ sözleşmelerindeki özel koruyucu önlemlerin 111 sayılı sözleşme anlamında ayrımcı sayılmamasının önemi, özellikle 111 sayılı sözleşmenin onaylanmasının özel önlemler içeren öteki sözleşmelerin onaylanmasına yada uygulanmasına engel olmamasındadır. Başka bir deyişle, UÇÖ sözleşmeleri arasındaki olası çatışma bu kuralla önlenmiştir.

Kanımcı, madde 5/1'de yalnızca UÇÖ sözleşmelerine yollamada bulunmuş olması önemli bir eksikliktir. Bu kuralın karşıt kavram yoluyla yorumlanması, UÇÖ dışında örneğin BM yada Avrupa Konseyi'nce kabul edilen sözleşmelerdeki özel koruyucu önlemlerin ayrımcı sayılması sonucuna ulaşılması gerekir. Böyle bir yorum, kanımcı doğru olmaz. UÇÖ Anayasası'nın UÇÖ sözleşmelerinin “asgari” nitelik taşıdığını belirten kuralı karşısında, UÇÖ sözleşmeleri dışında daha ileri özel koruyucu kurallar içeren, ilgili devletçe başka tüm uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki önlemler de ayrımcı sayılmamalıdır.

İkinci tür özel önlemler ise, tavsiyenin 6. maddesinde aynen yinelenen, üye devletlerin üçlü danışma yöntemine uygun olarak alacağı özel koruma yada kendilerine yardım etme önlemleridir. Önemle belirtilmelidir ki, söz konusu özel önlemler, kimi kişileri “koruma” yada “yardım” amacıyla alınmış olmalıdır. Öte yandan, sözleşmenin “köşe taşı” olarak nitelenen⁵⁹ 2. fıkrası, “gibi” diyerek, bu önlemlerin dayandırılacağı neden yada ölçütleri sınırlı olmaksızın saymıştır. Örnek olarak sıralanan ölçütler, kimileri başka UÇÖ sözleşmelerinde de bulunan “cinsiyet, yaş, sakatlık (engel), aile yükümlülükleri yada toplumsal yahut kültürel düzey”dir. Bunlardan yaş, sakatlık (engel), toplumsal yahut kültürel düzey, 111 sayılı sözleşmede yer almayan ölçütlerdir. Üye devlet ve sosyal ortakların, örnek

⁵⁸ BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1996, parag. 130-136, s. 44-46.

⁵⁹ Jane Hodges-Aeberhard, *a.g.m.*, s. 292.

olarak sıralanan ölçütler dışında da, herhangi bir nedenle elverişsiz konumda bulunan kimi kişilerin yada kişi kesimlerinin özel gereksinimleri gerektiriyorsa, ayrımcılık sayılmayacak başka tür özel önlemler alabilirler. Hangi kişilerin hangi ölçüte dayalı olarak alınacak özel önlemlerle korunacağına, devlet ve temsil yetkisi bulunan sendikal örgütler karar verecektir. En çok temsil yeteneği bulunan işveren ve çalışan örgütlerine danışılmasının zorunlu tutulması, UÇÖ'nün, gerek kuralların üretilmesi ve gerekse uygulanmasının denetlenmesi aşamalarında uygulanmasına özel önem verdiği ve örgütsel yapısında da öngördüğü üçlülük ilkesinin⁶⁰ olağan bir gereğidir. Kanımca danışma, temsil yetkisi bulunan sendikal örgütlerle sınırlı olmamalı; koruma kapsamına alınacak ayrımcılık ölçütüyle ilgili etkinliklerde bulunan sivil toplum örgütlerini de kapsmalıdır. Devlet ve sendikal örgütlerin buna karar vermelerine bir engel yoktur.

Sözleşmenin 5. maddesinin 2. fıkrasındaki kural, madde 1'de yapılan ayrımcılık tanımında da benimsenen yaklaşıma koşuttur ve üye devletlere, üçlü danışma yöntemini işleterek özel koruma yada yardım önlemlerinin kapsamını genişletme olanağı tanımıştır. Bu düzenlemenin, sözleşmeyi onaylayan devletlerin, dilediklerinde olumlu ayrımcılık önlemlerine başvurma konusunda serbest olduklarının öngörüldüğü belirtilmektedir.⁶¹ Bu kural, olumlu ayrımcılık önlemleri alınmasını devletlerin takdirine bırakmış, sözleşmeden doğan bir "yükümlülük" olarak öngörmemiştir. Dolayısıyla, devletlerce alınacak olumlu ayrımcılık önlemleri, sözleşme anlamında ayrımcılık sayılmayacaktır.

Tavsiyenin 6. maddesi, ayrımcılık gözetmeme politikasının uygulanmasının, özel önlemlere zarar veren bir etkisinin olmamasını öngörmüştür. Tavsiyede de, sözleşmede sayılan altı ölçüt örnek olarak yinelenmiştir.

UÇÖ denetim organları, eşitliği geliştirmeye yönelik olumlu eylemlerin ayrımcılık olmadığını, tersine ayrımcılığa karşı savaşmada meşru araçlar olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.⁶²

Sözleşmenin öngördüğü istisnaların, kuralın "ayrımcılık yasağı" olması nedeniyle genişletilmesinin söz konusu olmadığını ve dar yorumlanması gerektiğini bir kez daha anımsatmakta yarar vardır.

5. Ayrımcılık Gözetmeme Ulusal Politikası ve İlkeleri

Sözleşmeyi onaylayan devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerinin başında, istihdam ve meslek alanında fırsat ve işlem eşitliğinin uygulamada gerçekleştirilmesi, söz konusu alanlardaki her tür ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere, bir "ulusal po-

⁶⁰ Bu ilke konusunda bkz.: Mesut Gülmez, **a.g.y.**, 2008, s. 77 vd.

⁶¹ Bob Hepple, **a.g.m.**, s. 16.

⁶² Jane Hodges-Aeberhard, **a.g.m.**, s. 293.

litika” belirlenmesi gelmektedir. 111 sayılı sözleşmeden doğan yükümlülük, tüm öteki insan hakları sözleşmelerinde de olduğu gibi, aynı zamanda hukuk ve uygulamayı kapsayan bir yükümlülüktür. Ayrımcılığın önlenmesi, salt hukuksal düzlemde yasaklanmasıyla sınırlı olmayan, uygulamayı da içeren ve bu nedenle her şeyden önce bir ulusal politika belirlenmesini gerektiren bir yükümlülüktür. Bu ulusal politika, tüm çalışanların istihdam ve meslek alanında fırsat ve işlem eşitliğinden somut olarak yararlanmalarını sağlayan koşulları yaratmaya yönelik olmalıdır.⁶³ Dolayısıyla, sözleşmeyi onaylayan devletlerin yükümlülüğü, salt bir ulusal politika belirlemekle sınırlı değildir; bundan daha önemlisi, saptanan politikayı uygulayıp sözleşmenin temel amacı olan fırsat ve işlem eşitliğini uygulamada geliştirmek ve gerçekleştirmektir.

111 sayılı sözleşme ve tavsiye, öngördükleri ilkelerin uygulamaya aktarılmasını, sırasıyla 2 ve 3. maddeleri ile 2 ve 10. maddelerinde düzenlemişlerdir. Bunun için de, amacı istihdam ve meslek alanında fırsat ve işlem eşitliğinin⁶⁴ geliştirilmesi olan bir ulusal politikanın belirlenmesi öngörülmüştür. Yayınlanan ve uygulanan somut programlar içermesi gereken ulusal politikanın saptanmasında üye devletlere çok büyük bir esneklik ve ulusal koşullara uyarılama konusunda geniş olanaklar tanıyan⁶⁵ sözleşme ve tavsiye, fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmeye yönelik ulusal politikanın içeriğine ilişkin kimi ilkelere yer vermiştir. Sözleşme, ayrımcılık yasağı konusunda izlenecek *ulusal politikanın temel ilke ve yöntemleri*, 2. maddesinde şöyle belirlemiştir:

“Bu sözleşme kendisi için yürürlükte olan her üye (devlet), ulusal koşullara ve geleneklere (uygulamalara) uyarlanmış (uygun) yöntemlerle, istihdam ve meslek alanındaki her tür ayrımcılığı ortadan kaldırmak (önlmek) amacıyla, bu alanda fırsat ve işlem eşitliğini geliştirme amacı güden bir ulusal politika saptama ve izleme yükümlülüğü üstlenir.”

Görüldüğü gibi sözleşme, aşağıda değinilen niteliğine uygun olarak ve uygulanması açısından kaçınılmaz olan esnekliği korumak amacıyla, ayrımcılıkları ortadan kaldırma konusunda benimsenecek *yöntemlerin* ulusal koşullara ve geleneklere uyarlanmasına olanak vermiştir. Yöntemler saptayarak devletlere dayatmayan sözleşme, “ayrımcılıkların derhal kaldırılmasını da zorunlu tutmamış, devletlere araçları ve uygulama süresini seçme konusunda bir serbestlik tanımıştır.”⁶⁶ Genel olarak evrensel ve bölgesel ölçeklerde belirlenen sosyal politika kuralları

⁶³ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1996, parag. 279, s. 123.

⁶⁴ Sözleşmenin 2. maddesindeki “fırsat ve işlem eşitliği” teriminin “eşitlik” terimine yeğlenmiş olması, hem belirsiz ve hem de özsel eşitlik (égalité de fond) konusundaki kabullerden yalnızca birini kapsaması nedeniyle eleştirilmiştir (Bob Hepple, **a.g.m.**, s. 16).

⁶⁵ BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 157 ve 158.

⁶⁶ Nicolas Valticos, **a.g.y.**, s. 291.

alanında “ulusal” bağlamların her yönüyle belirleyici olduğu; bu konuda tarihsel, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, töresel, çevresel, vb. koşulların rol oynadığı ve farklı çalışma ilişkileri sistemlerinin oluşmasına yol açtığı anımsanırsa, “doğrudan” ve “derhal” uygulanabilecek nitelikte kurallar içermeyen sözleşmenin ulusal politikanın uygulanmasında başvurulacak *yasal, sözleşmesel yada yargısal* yöntem yada araçların seçilebilmesine ilişkin bu esnek yaklaşımının gerçekçi olduğunu kabul etmek gerekir. İstihdam ve meslekte ayrımcılıkların kaldırılması; sorunun kaynaklandığı nedenlere, niteliğine, özellikle etkilediği çalışan kesimlerine yada sektörlerle vb etkenlere göre ülkeden ülkeye değişen yöntemler belirlenmesini, içerdiği ulusal koşullara uyarlanmış farklı politikalar saptanmasını ve bunların hemen değil, zaman içinde ve birbirini izleyen önlemler dizisi olarak aşamalı biçimde uygulanmasını gerektirebilir.

Sözleşme, saptanmasını ve izlenmesini yani uygulamaya konulmasını zorunlu tuttuğu ulusal politikanın amacını, istihdam ve meslek alanında fırsat ve işlem eşitliğini geliştirme olarak belirlemiştir. Fırsat ve işlem eşitliğinin geliştirilmesi ise, her türlü ayrımcılığın kaldırılmasıyla sağlanabilir. Vurgulamak gerekirse, 111 sayılı sözleşme, verdiği “ayrımcılık” tanımında olduğu gibi, ulusal politikanın temel ilkeleri konusunda da, ayrımcılık yasağı ile fırsat ve işlem eşitliği arasında birbirinin “ayrılmaz parçası” olma anlamında varolan örtük bağı açıkça yinelemiştir. Dolayısıyla denilebilir ki, 111 sayılı sözleşme anlamında, istihdam ve meslek alanında ne ayrımcılık önlenmeden fırsat ve işlem eşitliği sağlanabilir, ne de fırsat ve işlem eşitliği geliştirilmeden ayrımcılık önenebilir.

Bu yaklaşım ve kurallarıyla 111 sayılı sözleşme, kısa, orta ve uzun erimli ulusal politikalarla, **“aşamalı” biçimde uygulamaya konulacak sözleşmelerdendir.** Kuşkusuz, sözleşmenin bu niteliği, “ulusal koşullar ve gelenekler” gerekçesiyle, edilgin yada “yasak savıcı” türden ayrımcılık karşıtı bir ulusal politika uygulanmasına olanak vermez. Aşamalı uygulama; ayrımcılık sorununun, bulunduğu noktadan başlayarak, birbirini izleyen somut ve olumlu önlemlerle, sürekli biçimde ilerlemeler sağlayıp *somut sonuçlar elde ederek çözülmeye çaba gösterilmesini*; istihdam ve meslek alanındaki her tür ayrımcılığı hukuksal ve uygulama planlarında ortadan kaldırmaya yönelik politikaların saptanmasını ve alınan sonuçlara göre de sürekli biçimde gözden geçirilerek uygulanmasını gerektirir.

Üye devletlerin belirleyip uygulayacakları ulusal politikanın amacı, fırsat ve davranış eşitliğinin geliştirilmesidir. Devletler bu amaca erişmek için, ulusal koşullara ve geleneklere uygun yöntemleri seçebilirler. Yöntemleri seçme özgürlüğü, bu amaçtan kaçınmanın, ayrımcılığın her türünün ortadan kaldırılması için fırsat ve davranış eşitliğini geliştirmeden sapmanın gerekçesi yada özrü olamaz. Sözleşmenin “ulusal” a yaptığı gönderme, belirlenmesi zorunlu politikanın uygulanmasını sağlamak amacıyla seçilecek yöntemlere ilişkindir ki, bu nokta unutulmamalıdır.

Sözleşmenin 3. maddesi, ulusal ayrımcılık politikasının belirlenip izlenmesinde hangi ilkelere uyulacağını, bu politikaya somut programlarla nasıl işlerlik kazandırılacağını göstermiştir. Ulusal politikanın kapsamı gereken kimi alanları ve eylem araçlarını açıklayan bu madde uyarınca, sözleşme kendisi için yürürlükte olan her üye devlet, ulusal koşullara ve geleneklere (uygulamalara) uygun yöntemlerle şu yükümlülükleri üstlenmiştir:

- “Bu politikanın kabul edilmesini ve uygulanmasını desteklemek (kolaylaştırmak) için çalışan (işçi) ve işveren örgütlerinin ve başka uygun organların (ilgili / uzman örgütlerin) işbirliğini elde etmeye çaba harcamak;
- Bu (politikanın) kabul edilmesini ve uygulanmasını sağlamaya özgü yasalar çıkarmak ve eğitim programlarını özendirmek;
- Bu politika ile bağdaşmayan her tür yasa kuralını kaldırmak ve her tür yönetsel kural yada uygulamayı değiştirmek;
- Ulusal bir makamın doğrudan denetimine bağlı görevler (işler) konusunda bu politikayı izlemek;
- Ulusal bir makamın denetimine bağlı mesleksi yönlendirme, mesleksi yetiştirme ve iş bulma hizmetleri çalışmalarında bu politikanın uygulanmasını sağlamak;
- Sözleşmenin uygulanması konusundaki yıllık raporlarda, bu politika uygun olarak alınan önlemleri ve elde edilen sonuçları belirtmek.”

Tavsiyede de, ulusal politikanın saptanmasında ve uygulanmasında uyulacak ilkelere kimilerine yer verilmiştir. Tavsiyenin, sözleşmede de öngörülen yükümlülüklerin hukuksal boyutuyla ilgili 5. maddesine göre, her üye devletin, ayırım gözetmeme politikasına aykırı olan her tür yasal düzenlemeyi (mevzuatı) kaldırması ve her tür yönetsel kural yada uygulamayı değiştirmesi gerekir. Tavsiyenin 9. maddesinde ise, ayırım gözetmeme ilkelerinin uygulanmasını sağlamak için, ulusal koşullara göre gerekli olabilecek başka olumlu önlemlerin incelenmesi ereğiyle, yetkili makamlar, çalışan ve işveren temsilcileri ve uygun organlar arasında sürekli bir işbirliğinin kurulması gerektiği öngörülmüştür. Tavsiye, “tüm alanlarda ayrımcılığa karşı önlemlerin eşgüdümlemesi” başlıklı III. Bölümünün 10. maddesinde de, istihdam ve meslek alanında ayrımcılığa karşı savaşım vermekle görevli yetkililerin, bu amaçla alınan tüm önlemlerin eşgüdümlemesini sağlamak için, başka alanlarda ayrımcılığa karşı savaşım ile yükümlü olan yetkililerle sıkı ve sürekli biçimde işbirliği yapmalarını öngörmüştür.

Sözleşme ve tavsiyenin bu kurallarına göre üye devlet, bir yandan içerik ve sınırları sözleşmenin 1, 4 ve 5. maddelerinde gösterilen ayrımcılık alanında izleyeceği politikanın benimsenmesini ve uygulanmasını sağlamak için *işçi ve işveren*

örgütleriyle işbirliği yapmanın, üçlü danışma sistemini işletmenin yanı sıra, ulusal politikayla bağdaşmayan *yasal ve yönetsel engelleri kaldırma* ve bu amaçla yasal düzenlemelere gitme, aykırı yönetsel uygulamaları değiştirme, *eğitim programları düzenleme* yükümlülüğü üstlenmiştir. Öte yandan devlet, ulusal bir makamın denetimine bağlı kimi görevlerde ve çalışmalarda ayrımcılık gözetmeme politikası izleme ve bu politikanın uygulamasını sağlama yükümlülüğü altındadır.

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin, hukuksal planda kimi olumlu düzenleme yada değişiklikler yapılmasıyla sınırlı olmadığını bir kez daha vurgulamak gerekir. Bu bağlamda, örneğin, ulusal politikanın önemli öğeleri olsa da, ne ayrımcılık yasağını da içeren hukuk önünde eşitlik ilkesinin Anayasa'ya konulması, ne sözleşmenin onaylanarak iç hukukla bütünleştirilmesi -ona ulusalüstü bir değer kazandırılması-, ne de iç hukukta eşitsizliklerle ilgili yasal yada yönetsel kuralların bulunması, sözleşme anlamında ulusal politikanın gereklerinin, sonuç olarak her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını amaçlayan sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmiş sayılması için yeterlidir. ⁶⁷ Uzmanlar Komisyonu, ulusal politikanın, sözleşmenin hedeflediği tüm kişi kesimleri için tüm istihdam ve meslek alanlarında, *kamu ve özel kesimlerde* sözleşmenin temel amacı olan fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmeye yönelmesini, bu amaçla tamamlayıcı önlemler alınmasının taşıdığı önemi vurgulamıştır. ⁶⁸ Anayasa'dan başlayarak, 111 sayılı sözleşmenin ayırım gözetmeme ilkesine uygunluk sağlayan tüm yasal, yönetsel ve sözleşmesel düzenleme ve değişiklikleri yapmak, üstlenilen yükümlülüklerin tümüyle yerine getirilmesi ve ayrımcılık sorununun çözülmesi için yeterli değildir. İş ve meslek alanındaki ayrımcılıkların önlenmesi için önemli bir dayanak oluşturduğuna kuşku bulunmayan pozitif hukuk alanındaki önlemlere karşın, sorunun büyük ölçüde belirtilen etkenlerin ürünü olan uygulamalardan kaynaklandığı unutulmamalıdır. Sözleşme de, sorunun bu boyutunu göz ardı etmemiş; salt işlem eşitsizliğinin kaldırılması değil, aynı zamanda eşitliğin geliştirilmesi konusunda da devletlere yükümlülükler getirmiştir. Hem genel olarak eğitimin ve hem de mesleksi eğitimin, sözleşmenin de öngördüğü gibi, bunun en başta gelen araçlarından biri olduğuna kuşku yoktur.

Sözleşme gibi tavsiye de, fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmeyi amaçlayan bir ulusal politikanın ortak ilkelerini ve devletlerin ortak yükümlülüklerini belirlemiştir. Tavsiyenin 2. maddesi de, her üye devletin, istihdam yada meslek alanında fırsat yada davranış eşitliğini ortadan kaldırmayı amaçlayan bir ulusal politika belirlemesi gerektiğini zorunlu tutmuş; saptanacak ulusal politikanın da, yasal düzenlemeler, temsil yeteneği bulunan çalışan ve işveren örgütleri arasındaki toplu iş sözleşmeleri yada ulusal koşullara ve geleneklere uygun başka her yolla uygulanmasını öngörmüştür. Ancak tavsiye, söz konusu ulusal politikaların tümüyle (ek-

⁶⁷ BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1988, parag. 159, s. 180-181.

⁶⁸ a.k., s. 184-186.

siksiz biçimde) göz önünde bulundurmaları gereken ilkeleri de ayrıntılı biçimde belirtmiştir. Sözleşmede yer almayan ve gerek hükümetler, gerekse sosyal ortaklar için yükümlülükler içeren bu ilkeler, 2. maddede şöyle sıralanmıştır:

- a) İş ve meslek alanında fırsat ve davranış eşitliğini geliştirmeye yönelik önlemlerin, bir *kamu yararı sorunu* oluşturması;
- b) Her bireyin, ayırım gözetilmeksizin, “sözleşmenin maddi uygulama alanı ve içeriği” altbaşlıklı bölümde altı maddede sıralanan madde 2/b'deki konularda fırsat ve davranış eşitliğinden yararlanmasının zorunlu olması:
 - i. Mesleksel yönlendirme ve işe yerleştirme hizmetlerine erişme (bu hizmetlerden yararlanma);
 - ii. Mesleksel eğitim yada seçtiği iş için (taşıdığı) kişisel yeteneklerine göre, mesleksel eğitime ve seçtiği işe girme;
 - iii. Mesleksel niteliklerine, deneyimine, yeteneklerine ve işteki becerisine göre yükselme;
 - iv. İstihdam güvenliği (iş güvencesi);
 - v. Eşit değerde iş için ücret;
 - vi. İş süresini, dinlenme dönemlerini, ücretli yıllık izinleri, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini kapsayan çalışma koşulları, sosyal güvenlik önlemleri ve istihdamla ilgili sosyal hizmetler ve sosyal ödemeler;
- c) Hükümet organlarının, hiçbir ayırım gözetmeksizin, tüm etkinliklerinde bir politika uygulaması gerekir;
- d) İşverenlerin şu konularda ayrımcılık gözetmemesi yada ayrımcılıkları hoş görmemesi gerekir: İşe girme, eğitim, yükselme, işte kalma (işin korunması) yada istihdam koşulları. İşverenlerin, bu politikanın uygulanmasında, bireylerden yada örgütlerden kaynaklanan, doğrudan yada dolaylı, hiçbir engellemeye yada karışmaya (müdahaleye) konu olmamaları gerekir;
- e) Tarafların, toplu pazarlıklarda (toplu iş ilişkilerinde) ve mesleksel ilişkilerde (bireysel işçi-işveren ilişkilerinde), istihdamda ve meslekte fırsat ve işlem eşitliği ilkesine saygı göstermeleri ve toplu iş sözleşmelerinin, *işe girme*, eğitim, yükselme, işte kalma yada istihdam koşulları ile ilgili olarak ayırım gözetici nitelikte hiçbir kural içermemesine dikkat etmeleri gerekir;
- f) İşveren ve çalışan örgütlerinin, üyeliğe kabul, üyeliğin sürmesi yada sendikal işlere (yönetim ve etkinliklere) katılım konularında hiçbir ayrımcılık uygulamaması yada ayrımcılıkları hoş görmemesi gerekir.

Tavsiyenin 3. maddesi, üye devletlere, ayırım gözetmeme ilkelerinin uygulamada gerçekleştirilmesine yönelik olarak, aşağıdaki konularda yükümlülükler getirmiştir:

- a) Ayırım gözetmeme ilkelerinin (aşağıdaki iş ve etkinliklere) uygulanmasını sağlamak:
 - i. Ulusal bir makamın doğrudan denetimine bağlı tutulan işler konusunda;
 - ii. Ulusal bir makamın denetimine bağlı mesleksel yönlendirme, mesleksel eğitim ve işe yerleştirme (iş bulma) etkinliklerinde (hizmetlerinde);
- b) Olanaklı ve gerekli olduğu ölçüde, bu ilkelerin başka işlerde ve başka mesleksel yönlendirme, mesleksel eğitim ve işe yerleştirme hizmetlerinde de uygulanmasını destekleyip özendirmek. Özellikle:
 - i. Bu ilkelerin, kurucu (merkezi) devletin yönetimlerinin yada federatif bir devletin taşra yönetimlerinin (federe devletlerin yada eyaletlerin), yerel yönetimlerin ve kamusal mülkiyetli yada bir kamusal makamın denetimine bağlı tutulmuş sanayi ve işletmelerin organları ve hizmet birimleri tarafından uygulanmasını desteklemek;
 - ii. Kamusal harcamalar yapılmasını gerektiren sözleşmeler *bahşedilmesini (octroi)*, söz konusu ilkelerin uygulanmasına bağlı tutar;
 - iii. Mesleksel eğitim kuruluşlarına yardımlar verilmesi ile işe yerleştirme ve mesleksel yönlendirme özel bürolarına izin verilmesini, söz konusu ilkelerin uygulanmasına bağlı tutmak.

Tavsiyenin 4. maddesi, kamusal ve özel istihdam alanında bu politikanın uygulanmasını özendirmek ereğiyle, uygun organlar kurulmasını öngörmüştür. Bu organlar, olanaklı olduğu yerde işveren ve çalışan örgütlerinin temsilcilerinden oluşan danişsal komisyonlarca ve eğer varsa, ilgili başka organlarca yardım edilen organlardır. Tavsiye, bu politikanın özendirilmesinin “özellikle” hangi konularda olacağını, örnek olarak şöyle sıralamıştır:

- a) Ayırım gözetmeme ilkelerini halka anlatmaya ve kabul ettirmeye yönelik her tür önlemi almak;
- b) Kabul edilen politikaya uyulmamasına dayanan yakınmaları kabul etmek ve incelemek, bu gibi yakınmalar konusunda anket yapmak ve, bu politikayla bağdaşmadığı düşünülen tüm uygulamalara, gerekirse bir uzlaştırma yöntemiyle çözüm bulmak;
- c) Uzlaştırma yönteminin çözüm getiremediği tüm yakınmaları yeniden incelemek ve gözlemlenen ayırım gözetici uygulamaları düzeltmek için alınacak önlemler konusunda görüşler kabul etmek yada karar almak.

Tavsiyenin, ulusal politikanın uygulamaya aktarılmasını özendirmek için öngördüğü araçlardan, kamu oyunun ayrımcılık yasağına ilişkin ilkeler konusunda bilgilendirilmesi, özellikle ayrımcı tutum ve davranışların değiştirilmesi açısından önem taşımaktadır. İstihdam ve meslekte fırsat ve işlem eşitliğinin etkili biçimde uygulanması, bir yandan halkın bu alanda doğru bilgilenebilmesinin ve eğitilmesinin sağlanmasına ve öte yandan da ayrımcılık olgularının belirlenmesine bağlıdır.⁶⁹

Tavsiyenin, “tüm alanlarda ayrımcılığa karşı önlemlerin eşgüdümlemesi” başlıklı III. Bölümünün 10. maddesine göre, istihdam ve meslek alanında ayrımcılığa karşı savaşım vermekle görevli yetkililerin, bu amaçla alınan tüm önlemlerin eşgüdümlemesini sağlamak için, başka alanlarda ayrımcılığa karşı savaşım ile yükümlü olan yetkililerle sıkı ve sürekli biçimde işbirliği yapmaları gerekir.

6. 111 Sayılı Sözleşmenin Niteliği

İstihdamda ve Meslekte Ayrımcılık Sözleşmesi, açıklanan kuralları göz önünde bulundurulduğunda, onaylayan devletler için ulusal düzeyde yasal, yönetsel, sözleşmesel yada başka türden önlemler alınmaksızın kendiliğinden ve *doğrudan uygulanabilir* nitelikte bir sözleşme değildir. İçerik kurallarıyla ilgili toplam beş maddesinde; tanımlar dışında, temelde devlete yönelik yükümlülükler getirmekte, buna karşılık hak öznelerine örneğin yargı yerlerinde ileri sürebilecekleri ve yargı yerlerince de doğrudan uygulanabilecek öznel haklar tanımamaktadır. Sözleşmenin bu özelliği, UÇÖ sözleşmeleri arasında başka örnekleri de bulunan “*pragmatik*” nitelikli bir sözleşme olduğunu göstermektedir. Genel bir anlatımla kaleme alınan kuralları “*özendirici*” (incitativ) nitelik taşıyan sözleşme,⁷⁰ alınacak çeşitli önlemlerle uygulamada erişilecek amaçları belirlemiş; istihdam ve meslek alanındaki ayrımcılıkların uygulamada kaldırılması için ulusal politikalar saptayıp somut eylem programları yürütme yükümlülüğü öngörmüştür.

111 sayılı sözleşmenin “*program*” nitelikli oluşuna ve aşamalı biçiminde uygulanabilir nitelik taşımasına bakarak, onun devletleri bağlayıcı nitelik taşımadığı yanılığına düşmemek gerekir. Onaylayan devletler, Türkiye’ye yönelik olanlarında da açıkça görüldüğü gibi, denetim organlarıncı ulusal ayrımcılık politikalarını uygulamada gerçekleştirme düzeyi konusunda sorgulanmaktadırlar. Bu politikalarını denetim organları önünde kanıtlamakla, özellikle bunu söz konusu politikaya aykırı olan her tür yasa (düzenleme) ve eylem konusunda yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yönüyle ve bu anlamda, 111 sayılı sözleşme kurallarının “*doğrudan zorlayıcı*” (directement contraignant) bir niteliği vardır. Denetim organları da, sözleşmenin aynı zamanda hem “*program*” ve hem de “*zorlayıcı*” nitelik taşıma özelliğini vurgulamışlardır. Sözleşmenin öngördüğü ilkelerin uygulamaya konulmasını

⁶⁹ BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1996, parag. 286-287, s. 126.

⁷⁰ Jean-Michel Servais, *a.g.y.*, s. 120.

amaçlayan politika ve programları izlemekle yetinmeyen denetim organları, bu il-kelerle bağdaşmadığını gördüğü mevzuatın yada uygulamaların değiştirilmesini is-temektedir. ⁷¹

Kanımcı denetim organlarının bu tutumu, sözleşmenin “program” nitelikli “özendirici” bir belge olma özelliğini değiştirmiştir. 111 sayılı sözleşmenin “temel insan hakları sözleşmeleri” arasında yer aldığını göz önünde bulundurarak, ka-nımcı hak öznelerinin, devletin sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine aykırı dü-zenlemelere karşı, sözleşmeye dayanarak hak arama yollarını işletmelerine (yargı yerlerine başvurmalarına) bir engel yoktur.

7. Genel Değerlendirme ve Uzmanlar Komisyonu'nun

Ek Protokol Önerisi

UÇÖ'nün istihdam ve meslek alanlarında ayrımcılıkların önlenmesi konusun-daki genel nitelikli belgelerini oluşturan 111 sayılı sözleşme ve tavsiyenin kabul edilmesinin üzerinden yarım yüzyılı aşkın bir süre geçmiştir. Uzmanlar Komisyo-nu'nun belirttiği gibi, sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında dünya ekonomik büyüme aşamasında bulunuyordu ve “tam çalışma”nın gerçekleştirilmesi ve sür-dürülmesinin, istihdam alanında fırsat eşitliğine en etkili biçimde katkıda bulunma-ya elverişli öğelerden birini oluşturduğu düşünülüyordu. ⁷²

1958 belgelerinin kabul edildiği yıllardaki ekonomik, sosyal ve siyasal koşul-larda, özellikle 1980'li yıllardan başlayarak, son derece önemli değişikliklerin gerçekleştiğini, bunun da emek evrenini yakından etkilediğini belirtmeye gerek yoktur. Uluslararası insan hakları hukuku alanında da, 1958 sözleşmesi sonra-sında, ayrımcılığın yasaklanması ve hukuk önünde eşitliğin uluslararası güvence-ye alınması alanında önemli gelişmeler olmuştur. Özellikle sosyal haklar alanın-da, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler bağlamında 1961 ve 1996 Sosyal Şartları ile ⁷³ 1966 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi kabul edil-miş; ⁷⁴ Avrupa Birliği bağlamında da Antlaşma ve türevsel hukuk düzeylerinde, eşit işlem ilkesini uygulamada gerçekleştirmek amacıyla, ayrımcılığa karşı koru-mayı nedenler ve alanlar yönünden genişleten düzenlemeler yapılmış, özellikle 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler çıkarılmıştır. ⁷⁵

UÇÖ 1958'den günümüze değin kimi sözleşmelerle elverişsiz durumdaki kimi kişi ve/yada çalışan kesimleri için ayrımcılıklara karşı 111 sayılı sözleşmede bu-

⁷¹ Jean-Michel Servais, **a.g.y.**, s. 120.

⁷² BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1996, parag. 292, s. 131-132.

⁷³ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 275 vd.

⁷⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, s. 66 vd.

⁷⁵ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 385 vd., 401 vd.

lunmayan ölçütlere dayalı koruma getirilmiş olmakla birlikte, ayrımcılık yasağı konusunda uluslararası hukuksal çerçevedeki gelişmeler göz önüne alındığında, 1958 belgelerinin özellikle ayrımcı düzenleme ve uygulamaların dayandırıldığı ölçütler yönünden, üçlü danışma yoluyla genişletilmesine olanak verilmiş olsa da, bunun gereksinimleri karşılama yetersiz kaldığı söylenebilir. Küreselleşmenin olumsuz sosyal sonuçlarının ürünü olan eşitsizliklerin çeşitlenerek artması ve derinleşmesi, özellikle kimi kişi yada çalışan kesimlerinin bu eşitsizliklerden giderek daha çok etkilenmesi ve hukuksal planda tanınan sosyal haklardan uygulamada yararlanamamaları karşısında, 1958 belgelerinin hiç olmazsa 1990'lı yıllarda gözden geçirilmiş olmaları gerekirdi. Ne var ki, UÇÖ'nün bu alandaki kural üretme etkinliği, ayrımcılığa karşı geliştirilmiş ve güncellenmiş "genel" nitelikli bir belgeyle sonuçlanmamış, belirli kesimlere ve belirli ölçütlere dayalı ek korumalar getirmekle sınırlı kalmıştır. Uzmanlar Komisyonu'nun 1996 Toplu İncelemesinde önerdiği ek protokol de kabul edilmemiştir.

Komisyon, 111 sayılı sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen yedi ölçüte yenilerinin eklendiği bir ek protokol kabul edilmesi olanağının düşünülmesini önerirken, UÇÖ'de sınırlı sayıda da olsa örnekleri bulunan bu yöntemle (ek protokolle), 111 sayılı sözleşmenin hem UÇÖ'nün öteki kurallarıyla ve hem de insan haklarına ilişkin başka uluslararası sözleşmelerle uyumunun sağlanacağını düşünmüştü. 111 sayılı sözleşmenin, kimi zaman ulusal düzenleme ve uygulamalardan daha sınırlı bir kapsamının bulunduğu ve kimi zaman da başka uluslararası sözleşmeler kadar geniş bir kapsamı olmadığını belirten Komisyon, Yönetim Konseyi ve UÇK'nin önerdiği şu ölçütlerden kimilerinin yada tümünün 111 sayılı sözleşmeye ek bir protokole konulması konusunu incelemelerini önermiştir: Sendika üyeliği, yaş, medeni durum, sağlık durumu, servet, engelli kişiler, dil, yurttaşlık, cinsel yönelim ve aile sorumlulukları. Komisyon'un düşündüğü iki seçenekten birincisinde, devletlere ölçütlerden bir yada birçoğunu seçme olanağının tanınması, ikincisinde ise onay sırasında kabul edilmesi zorunlu olan bir ek ölçütler "zorunlu çekirdeği"nin bulunması yer alıyordu. Komisyon aynı zamanda, ayrımcı uygulamaları kanıtlamada karşılaşılan büyük güçlükler nedeniyle, örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Sosyal Haklar Avrupa Komitesi kararları ile AB'nin eşit işlem yönergelerinde ve Adalet Divanı kararlarında olduğu gibi, kanıtama yükümlülüğünün değiştirilmesine ilişkin bir öneride de bulunmuş; elverişsiz (ayrımcı) işlemin yasaklanan ölçütlerden hiçbirine dayanmadığını kanıtama yükümlülüğünün devlete düşmesini önermiştir. Komisyon, ek protokolün seçmeli olmasını önerdiğinden, 111 sayılı sözleşmenin varolan çerçevesinin sürmesine engel olmayacağını ve onaylamayan devletler için yeni ve ek yükümlülükler getirmeyeceğini belirtmiştir.⁷⁶

⁷⁶ BIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, 1996, parag. 294-300, s. 132-134.

Kanımcı, Uzmanlar Komisyonu'nun, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği bağlamlarındaki gelişmelere uyum sağlamak üzere, on yılı aşkın bir süre önce yaptığı ek protokol önerisi, 111 sayılı sözleşmenin ölçütlerinin sınırlılığının yanı sıra, "temel insan hakları sözleşmeleri"nden biri olarak kabul edilmesi ve 1998 Temel Haklar Bildirgesi'yle iki yoldan denetlenmesi karşısında son derece yerindedir. Ek protokol önerisinin sonuçsuz kalması ise, temelde UÇÖ'nün "küreselleşme sözleşmeleri"nin ⁷⁷ kabul edildiği yıllardaki yaklaşımının bir ürünüdür.

Bir görüşe göre 111 sayılı sözleşme, eşitliği geliştirici olumlu politikalar kabul edilmesi, işveren ve çalışan örgütlerinin yanı sıra başka uygun organların katılımı için bir temel olarak kalmaktadır. Sözleşme ve tavsiye, eşitliğe ve eylem erkinin güçlendirilmesine vurgu yapılacak biçimde gözden geçirilmelidir. ⁷⁸ Kanımcı, ayrımcılık karşıtı koruyucu hukuksal çerçevedeki gelişmeler karşısında, 111 sayılı sözleşmenin köklü biçimde yenilenmesi gerekir.

III. ÜCRET EŞİTLİĞİ SÖZLEŞMESİ (1951)

Ücret Eşitliği Sözleşmesi, 29 Haziran 1951 tarihinde kabul edilmiş ve 23 Mayıs 1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi, 111 sayılı sözleşmeyle birlikte 1966'da onaylamış ve onay, 19 Temmuz 1967'de uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girmiştir. 100 sayılı sözleşmeyi, 12 Şubat 2009 tarihi itibarıyla onaylayan devlet sayısı 166'dır. ⁷⁹

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusunda Versay Barış Antlaşması'ndaki üç ilke den birini hukuksal güvenceye bağlayan 100 sayılı sözleşme, ücret ayrımcılığına karşı savaşımındaki ilk temel adımlardan biridir. ⁸⁰ UÇÖ'nün çalışma alanında fırsat ve işlem eşitliğini düzenleyen, *temel insan haklarına ilişkin* önemli sözleşmelerinden biri olarak da ayrıntı bir önem taşımaktadır.

Sözleşme, "kadın ve erkek işgücü arasında eşit değerde iş için eşit ücret" ilkesinin uygulanmasını sağlamak, özendirmek yada kolaylaştırmak için, onaylayan devletlerce alınması gereken bir dizi önlem içermektedir. Üye devletlerin ekonomik ve sosyal koşullarının çeşitliliğini, gelişme düzeylerinin ve çalışma ilişkileri sistemlerinin farklılığını göz önüne alan 100 sayılı sözleşme de, 111 sayılı sözleşme gibi, tümüyle zorlayıcı kurallar içeren bir sözleşme değildir. Uzmanlar Komisyo-

⁷⁷ Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, 2008, s. 190 vd.

⁷⁸ Bob Hepple, **a.g.m.**, s. 21-22.

⁷⁹ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12.02.2009.

⁸⁰ François Eyraud, "Egalité de rémunération et valeur du travail dans les pays industrialisés", **Revue internationale du travail**, Volume 123, Numéro 1, janvier-février 1984, s. 35. Yazar, sanayileşmiş ülkelerde, ücret ayrımcılığına karşı yürütülen hukuksal savaşımın "eşit iş" kavramından "eşit değerde iş" kavramı yönündeki evrimini; "ücret eşitliğinin taş devri: eşit işe eşit ücret", "ücret eşitliğinin tunç devri: eşit değerde işe eşit ücret" ve "ücret eşitliğinin altın devrine doğru mu" biçiminde nitelendirdiği üç aşamada incelemiştir.

nu'nun, "özendirici" nitelikteki sözleşmeler (convention promotionnelle) ⁸¹ için benimsediği yaklaşımı açıklarken de belirttiği gibi bu sözleşme, onaylayan devletlerin uygulamakla yükümlü oldukları katı kurallar içermeyen, tersine sürekli bir eylem programı aracılığıyla izleyip gerçekleştirecekleri hedefleri saptayan bir sözleşmedir. Devletlerin üstlendiği yükümlülük; yetkililer, ücret oranlarının saptanmasını cinsiyete dayalı ayrımcılık gözetmeksizin ister doğrudan isterse dolaylı biçimde kontrol edebilecek durumda olsun yada olmasın, ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını özendirmek yada sağlamaktır. ⁸² Sözleşme, erişilmesi gereken hedefi yada amacı saptamakla yetinmiş, buna ulaşılmasını sağlayacak (yasal, yönetsel, sözleşmesel vb.) araçların seçilmesine de olanak tanımıştır. 100 sayılı sözleşme de, 111 sayılı sözleşme gibi uygulanması birbirini izlemesi gereken somut programlarla gerçekleştirilen ve önceliklere oranla daha ileri ve somut sonuçlar elde edilmesini gerektiren "özendirici" yada "aşamalı" bir sözleşmedir.

Nitekim tavsiye, çalışan ve işveren örgütlerine "danıştıktan" sonra, aşağıda değinilen 1, 2 ve 3. maddelerindeki işler konusunda ücret eşitliği ilkesinin "derhal" uygulamaya konulmasının olanaksız olduğunun ortaya çıkması durumunda, "aşamalı olarak" uygulanması ereğiyle uygun kurallar kabul edilmesinin uygun olduğunu belirtmiştir (m. 4). Tavsiye, aşamalı biçimde alınacak önlemlere şu iki örneği vermiştir: a) Eşit değerde iş için erkek ve kadın ücretleri arasındaki farkların azaltılması ve, b) Ücret artış sistemleri yürürlükte olduğunda, eşit değerde iş yapan erkek ve kadın çalışanlara eşit ücret artışı yapılması (m. 4/a, b). Böylece tavsiye, sözleşmedeki yaklaşımla, ekonomik ve sosyal gelişmişlik düzeyleri ve koşulları, ilkenin "hemen" uygulanmasına olanak vermeyen devletler için, ücret eşitliği ilkesini kabul edecekleri somut ve birbirini izleyen programlarla "aşamalı" biçimde uygulama olanağı tanımıştır. Ancak, sosyal taraflara danışılması, bu olaktan yararlanmanın koşullarından biridir.

100 ve 111 sayılı sözleşmeleri, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının aynı olgunun biri olumlu ve biri de olumsuz iki farklı yüzünü dile getirmeleri nedeniyle, birbirini tamamlayan ve hatta "**ikiz**" sözleşmeler" olarak nitelemek yanlış olmaz. Bununla birlikte, 100 sayılı sözleşmenin, 111 sayılı sözleşmedeki tüm ayrımcılık nedenleri ile tüm çalışma koşullarını kapsadığı anlamında ikiz olduğu kuşkusuz söylenemez. Uzmanlar Komisyonu, daha önce de değinildiği gibi, ⁸³ 100 sayılı sözleşmeye ilişkin Toplu İncelemesinde, "eşitliğin bölünmezliği"nin altını çizmiş;

⁸¹ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, 2008, s. 188-189.

⁸² BIT, **Egalité de rémunération**, Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude d'ensemble des rapports concernant la convention (no 100) et la recommandation (no 90) sur l'égalité de rémunération, 1951, CIT, 72^e session 1986, Genève, 1986 (ilolex: 251986G01), parag. 246, s. 209-210.

⁸³ Bkz.: Giriş, s. 11.

eşit değerde iş için ücret eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesinde karşılaşılan sayısız güçlüklerin, erkeklerin ve kadınların istihdamda ve toplumdaki genel statüsüne bağlı olduğunu; işin eşit değerlendirilmesinin ve ücretin tüm öğelerine eşit hakkın genel bir eşitsizlik bağlamında gerçekleşemeyeceğini vurgulamıştır. Tavsiyenin, ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını çeşitli meslek ve görevlere eşit girişe ve mesleki eğitim alanında eşit kolaylıklardan yararlanılmasına bağlayan 6. maddesi bunu tanımıştır. 111 sayılı sözleşme ise, görüldüğü gibi, eşitliğin bu yönlerini, daha genel bir anlatımla istihdam ve meslek alanında erkek ve kadınlar için işlem ve fırsat eşitliğini güvenceye almıştır. Komisyon, sayısız giderek artan ülkenin, eğer ulusal politika farklı düzeydeki işlere giriş konusunda cinsiyete dayalı ayrımcılığı da kaldırmayı amaçlamıyorsa, eşit iş için ücret alanında erkek ve kadın ücretleri arasındaki ayrımcılığı kaldırma hedefine doyurucu biçimde erişilemeyeceğini belirtmiştir. Komisyon bu görüşünü, 111 sayılı sözleşmeye ilişkin 1988 Toplu İncelemede de anımsatıp yinelemiştir.⁸⁴

1. Tanımlar: Ücret, Ücret Eşitliği, Çalışanlar, Eşit Değerde İş Kavramları

100 sayılı sözleşmenin 1. maddesinin a ve b bentlerinde, ücret ve eşit değerde iş için kadın işgücü ile erkek işgücü arasında ücret eşitliği kavramları tanımlanmıştır. Ancak sözleşme, herhangi bir tanım yapmaksızın, kişiler yönünden uygulama alanını göstermek amacıyla yalnızca “çalışanlar” demekle yetinmemiş, “tüm çalışanlar” diyerek, aslında bir tanım yapılmasına da gerek bırakmamıştır.

1. maddenin a bendine göre, sözleşme anlamında *ücret* terimi:

“Olağan, temel yada asgari ücret yada aylığı (salaire ou traitement) ve çalışanın istihdam edilmesi nedeniyle işverence çalışana doğrudan yada dolaylı, parasal yada aynî (en nature) olarak ödenen başka tüm avantajları kapsar.”

Görüldüğü gibi sözleşme, ücret kavramını dar anlamıyla tanımlamamış, böylece de ücret eşitliği ilkesinin yalnızca temel yada kök ücretle sınırlı olarak uygulanmamasını güvenceye bağlamıştır. Bu tanım ve yaklaşım, örneğin kendisinden altı yıl sonra kabul edilen AET (Roma) Antlaşması'nın 119. maddesine de esin kaynağı olmuştur.⁸⁵ Ücret kavramını, yasalardaki düzenlemelerde başvurulabilecek kimi farklı anlatımlarla sınırlandırma sözleşmeye aykırıdır. Tanımda geçen ve sözleşmede örneklerinin verilmesine gerek görülmeyen “**başka tüm avantajlar**” terimleri de, nicel ve nitel olarak çok çeşitli ödemeleri, çok değişik ücret eklerini

⁸⁴ BIT, **Egalité de rémunération**, 1986, parag. 100, s. 83-84; BIT, **Egalité dans l'emploi et la profession**, 1988, parag. 118, s. 137-138.

⁸⁵ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 341-344.

ve öğelerini kapsar ve sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanır. Daha açık bir anlatımla, ücret eşitliği ilkesini uygulama yükümlülüğü, parasal olan yada olmayan her tür -doğrudan yada dolaylı- ödemeyi içerir ve temel ücret dışındaki bu ödemeler için de cinsiyet temeline dayalı ayırım gözetilmemesi gerekir. Örneğin, kıdeme dayalı ücret artışları, analık ödeneği (yardımı), hayat pahalılığı ödeneği, konut sağlanması yada konut ödeneği verilmesi, aile ödeneği, iş elbisesi verilmesi ve temizliği, işverenin yönettiği ortak bir fondan ödenen izin ödeneği örneğinde olduğu gibi “doğrudan” değil “dolaylı” yaptığı ödemeler, sözleşme anlamında ücret kavramının kapsam ve korumasındadır. ⁸⁶

100 sayılı sözleşmenin kişiler yönünden uygulama alanına “**tüm çalışanlar**” (tous les travailleurs) ve “erkek işgücü ile kadın işgücü” girmektedir (m. 2/1). Dolayısıyla, ulusal düzenlemelerin değişik çalışan kesimleri için yaptığı çeşitli tanımlar, ücret eşitliği ilkesinin kişiler yönünden uygulama alanının sınırlandırılmasına yol açamaz. Daha açık bir anlatımla, sosyal hukukumuzda rastlanan “işçi”, “kamu görevlisi”, “devlet memuru”, “sözleşmeli personel”, “geçici personel”, “sözleşmeli öğretmen” gibi biçimsel tanımlar, kesin ve açık bir anlatımla güveneye alınan ilkenin uygulama alanını daraltamaz. Kamusal yada özel kesimde yahut sanayi, tarım ve hizmetler sektörlerinden birine giren bir işte çalışmanın da, ücret eşitliği ilkesi açısından sınırlandırıcı bir etkisi yoktur. Kısacası, çalışan-çalıştıran ilişkisi içinde bulunan tüm “bağımlı çalışanlar” arasında eşit değerde iş için ücret konusunda cinsiyete dayalı ayırım gözetilmemesi gerekir. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında da, ücret eşitliği ilkesinin uygulanacağı işkollarının sayılmasına gerek görülmemiştir. İş, işyeri, işkolu, yasal niteliği ne olursa olsun, kamusal yada özel kesimlerde ve değişik yada farklı etkinliklerde (işkollarında) istihdam edilen tüm çalışanlar, sözleşmenin korumasından yararlanırlar. 100 sayılı sözleşmenin sağladığı korumanın, kısmi yada belirli süreli iş sözleşmeleri gibi esnek çalışma ilişkileri çerçevesinde çalıştırılanları da kapsadığına kuşku yoktur.

Sözleşmeyi tamamlamak üzere aynı tarihte kabul edilen 90 sayılı **Eşit Ücret Tavsiyesi**, ilgili çalışan örgütlerine danışarak, *merkezi kamu yönetimi hizmet ve birimlerinde istihdam edilen tüm kişiler için*, erkek ve kadın işgücü arasında eşit değerde iş için ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamak amacıyla tüm uygun önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir (m. 1/a). Dolayısıyla devlet, yasal niteliği yada statüsü ne olursa olsun, kamu yönetiminde istihdam edilen tüm kişiler için, ilkenin uygulanmasını “sağlamak” amacıyla uygun önlemler almakla yükümlüdür. Tavsiye, sözleşmeden daha esnek bir yaklaşımla, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi sırasında, çalışan örgütlerine “danışılmasını” (consultation) zorunlu tutmakla yetinmiş, sözleşme gibi “işbirliği” yapılmasını istememiştir. Tavsiye, ücret eşitliği ilkesinin, 1. maddede belirtilenler dışında ücret oranlarının kamusal bir düzenleme-

⁸⁶ BIT, **Egalité de rémunération**, 1986, parag. 14-16, s. 10-12.

ye yada denetime bağlı tutulduğu tüm mesleklerde de uygulanmasının sağlanması için, olabildiğince hızlı önlemler alınmasını da öngörmüştür. Tavsiye, “özellikle” diyerek şu üç örneği saymıştır: a) Asgari ücret oranlarının saptanması sırasında yada bu oranların bir kamu makamınca saptandığı sanayilerde yada hizmetlerde; b) Kamu mülkiyetinde olan yada bir kamusal makamın denetimine bağlı tutulan sanayilerde ve işletmelerde; c) Bir kamu makamınca imzalanan sözleşmeler gereğince yerine getirilen işler için, bunun uygun olacağı zamanda (m. 3/a, b, c).

UÇÖ Anayasası'nın Başlangıç bölümündeki -daha önce değinilen- ilkeden esinlenen sözleşme, “özdeş” yada “benzer” (identique ou similaire) kavramlarının ötesinde, “eşit değerde iş için eşit ücret” diyerek, karşılaştırmanın işin “değer”i alanında yapılmasını öngörmüştür. Sözleşmenin madde 1/b kuralına göre, “erkek işgücü ve kadın işgücü arasında **eşit değerde iş için ücret eşitliği**” terimi, **cinsiyete dayalı ayırım gözetmeksizin** saptanmış ücret oranlarına göndermede bulunur.” Bu tanım, çalışanların cinsiyetine ilişkin her tür düşüncüyü açıkça dışlar. Ancak bu olumsuz tanım, işin (çalışmanın) “değer”inin nasıl belirleneceğine ilişkin olumlu (pozitif) bir açıklama yada herhangi bir ölçüt içermemektedir. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında UÇB'nin hazırladığı raporda, bu ölçütler şu üç kümede toplanmıştı: 1) Karşılaştırılabilir nitelikteki işlerde çalışan erkek ve kadınların her birinin verimliliği; 2) İşveren için üretim giderleri yada toplu değeri; 3) İşin niteliği. İlgili tarafların üçüncü ölçütü daha doyurucu bulmaları üzerine UÇB, “erkek işgücü ve kadın işgücü arasında eşit değerde iş için ücret eşitliği” terimini şöyle tanımlamıştır: “Ücret oranları, çalışanın cinsiyetine göre ayırım gözetilmeksizin işin niteliğine göre saptanacaktır.” Ancak uzun tartışmalardan sonra, “işin niteliği”ne yapılan gönderme “eşit değerde iş” tanımından çıkarılmış ve sözleşmenin madde 1/b kuralında yer alan yukarıdaki tanım temel alınmıştır.⁸⁷

Sözleşmenin, aşağıda da değinilen 3. maddesinin 3. fıkrası, “işlerin değerlendirilmesi” konusunda madde 1/b'de yapılan “ayırım gözetmeksizin” biçimindeki olumsuz tanımı tamamlayıcı niteliktedir. Buna göre, eğer ücret oranları arasındaki farklılıklar, cinsiyete dayanmayan *nesnel bir değerlendirme*nin sonucu olan farklılıklar niteliğindeyse, ücret eşitliği ilkesine aykırı sayılmaz. Sözleşme, yapılacak çalışmalar temelinde işlerin nesnel olarak değerlendirilmesi ereğiyle önlemler alınması konusunda koşulsuz bir yükümlülük öngörmemiş ve bu amaçla özel değerlendirme yöntemi seçilmesini de dayatmamıştır. Ancak, madde 3/3 kuralına göre, içerdiği çalışmalar (travaux) temelinde işlerin (emplois) nesnel değerlendirilmesi biçimi, ücret oranlarını eşitlik ilkesine uygun olarak farklılaştırmak için sözleşmenin öngördüğü tek araçtır. Komisyon'a göre, eşit değerde iş kavramının kabul edilmiş olması, mantıksal olarak işlerin karşılaştırılmasını içermektedir; çeşitli işlevlerin değeri karşılaştırmaya uygun olduğu zaman, cinsiyet temeline dayalı her

⁸⁷ a.k., parag. 19-20, s. 12-13.

türlü ayrımcılıktan bağışık bir değerlendirmeyi güvenceye almaya özgü bir mekanizma yada yöntemler bulunmalıdır. ⁸⁸

Tavsiye de; üye devletlerin, ücret eşitliği ilkesine uygun olarak ücret oranları oluşturulmasını kolaylaştırmak ereğiyle uygun olduğunu düşünmeleri durumunda, işlerin içerdiği çalışmaların *nesnel biçimde değerlendirilmesine* olanak veren yöntemler oluşturulmasını öngörmüştür. 5. maddeye göre, nesnel değerlendirme yöntemi, ilgili işveren ve çalışan örgütleriyle anlaşarak oluşturulacaktır. Söz konusu değerlendirme de, ya işin analizi yada başka yöntemler ile yapılacaktır. Üye devletin yükümlülüğü, anılan yöntemleri “oluşturmak” yada cinsiyet düşüncesine yer vermeksizin bu gibi yöntemlerin oluşturulmasını “kolaylaştırmak”tır. Tavsiye bu yöntemlerin, sözleşmenin 2. maddesindeki kurallara uygun olarak uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

100 sayılı sözleşme, bölgeler, işkolları yada işletmeler arasında ücretlerin genel düzeyindeki farklılıkların kaldırılmasını gerektirmemektedir. Ücret eşitliği ilkesi, yalnızca aynı işyerinde benzer bir işin yapıldığı durumları ve karma bir işgücünün yerine getirdiği işleri ilgilendirmez. Her şeyden önce ayrımcılık, kadınlara özgülenmiş işlevlerin yada meslek kategorilerinin varlığının sonucu olabilir. Kadın işgücünün çoğu kez bazı işlerde ve bazı işkollarında yoğunlaşması olgusunun, niteliklerin geleneksel olarak “kadınsı” biçimindeki önyargılı değerlendirmesinden kaçınmak yada bunu düzeltmek amacıyla göz önünde bulundurulması gerekir. ⁸⁹

Ücret oranlarının saptanmasında cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık yapılmasını öngören sözleşme anlamında ayrımcılık, erkek yada kadınlardan birine yönelik “açık” (doğrudan) ayrımcılıkla sınırlı olmayıp, aynı zamanda “örtük” ayrımcılıkları da kapsayan bir kavramdır. Ücretlerin belirlenmesi sırasında, cinsiyete dayalı tüm önyargıların kaldırılması da, sözleşmenin gereğidir. Örneğin Komisyon’a göre, verimlilik ölçütü, kendi başına meşru olsa da, yalnızca kadın çalışanlardan verimliliklerini kanıtlamalarının istenmesi yada farklı ücret kategorilerinin her iki cinsin ortalama verimliliğine göre belirlenmesi durumunda kabul edilemez. Yine, kadınların bazı işleri yapmalarının yasalar yada toplu iş sözleşmeleri ile yasaklanması örneğinde olduğu gibi, koruyucu nitelik taşıyan çeşitli kurallar, cinsiyete dayalı farklı ücret baremlerini haklı göstermek için kullanılamaz. ⁹⁰

Görüldüğü gibi 100 sayılı sözleşme, ayrımcılık yasağını, 111 sayılı sözleşmeye oranla, konusu ve nedenleri yönünden sınırlı biçimde kurala bağlamıştır. Ayrımcı gözetme yasağı, yalnızca “cinsiyet” temeline dayalı olarak öngörülmüştür. Yasak kapsamı ise, sözleşme anlamında “ücret” ile sınırlıdır. Ücret kavramı da, işveren-

⁸⁸ a.k., parag. 21, s. 13.

⁸⁹ a.k., parag. 22, s. 14.

⁹⁰ a.k., parag. 23, s. 14-15.

ce çalışana yapılan her tür ödemeyi kapsamak üzere en geniş anlamıyla tanımlanmıştır.

2. Ücret Eşitliği İlkesinin Uygulanmasında

Devletlerin Rolü ve Yükümlülükleri

Sözleşme ve tavsiye, eşit değerde iş için kadın ve erkek işgücü arasında eşit ücret ilkesinin uygulanması konusunda, onaylayan devletlere düşen rol ve yükümlülüklerle ilişkin düzenleme yapmışlardır.

Sözleşmenin 2. maddesine göre, her üye devletin, ücret oranlarının saptanması için (öngörülen) yürürlükteki yöntemlere uyarlanmış araçlar yoluyla, eşit değerde iş için erkek işgücü ile kadın işgücü arasında ücret eşitliği ilkesinin tüm çalışanlara uygulanmasını *özendirmesi* ve bunun söz konusu yöntemlerle bağdaşırılığı ölçüsünde *sağlanması* gerekir.

Görüldüğü gibi 100 sayılı sözleşme, onaylayan devletlerin ücret eşitliği ilkesinin uygulanması konusundaki yükümlülüğünü, “aşamalı” nitelik taşımasının doğal bir sonucu olarak, iki “yüklem” ile belirlemiş ve aynı zamanda sınırlamıştır. Bunlar; ilkenin uygulanmasını, ilk sırada ve genel olarak “*özendirme*”, ikinci sırada ve koşula bağlı olarak “*sağlama*”dır. Sözleşmeyi onaylayan devletlerin, ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını “sağlama” yükümlülüğü, devletin eyleminin ücret oranlarını saptamak için yürürlükteki -ulusal- yöntemlerle bağdaştığı, yani yetkililerin ücret oranlarının saptanması üzerinde doğrudan yada dolaylı bir etkisinin bulunduğu alanlarla sınırlıdır. Devletin, çalışanlara ve işverenlere tanıdığı özgür ve gönüllü toplu pazarlık hakkı ve toplu iş sözleşmesi özerkliği nedeniyle ücretlerin saptanmasında doğrudan bir yetkisinin bulunmadığı durumlarda ise, ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını “*özendirme*” yükümlülüğü vardır. Kanımca, devletin bu gibi durumlarda *özendirme* yükümlülüğünü yerine getirmesi, özgür ve özerk toplu pazarlıkla bağdaşır ve bundan kaçınması ise sözleşmeye aykırı düşer.

Maddenin 2. fıkrası, ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasının *özendirilmesi* yada *sağlanması* yükümlülüğünün hangi yöntemler yada araçlar ile yerine getirileceğini göstermektedir. Devletlere, çalışma ilişkileri sistemlerine göre değişebilen seçenekler sunan sözleşme, “sınırlı” olmadığını düşündüğüm bu yöntemleri şöyle sıralamıştır:

- a) Ulusal mevzuat yoluyla;
- b) Mevzuatın öngördüğü yada tanıdığı tüm ücret saptama sistemleri yoluyla;
- c) İşverenler ile çalışanlar arasında imzalanmış toplu iş sözleşmeleri yoluyla;
- d) Bu (yukarıdaki) çeşitli yolların bileşimi yoluyla.

Ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasında yöntemsel bir sınırlama getirmeyen 100 sayılı sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yasal, yönetsel, sözleşmesel yön-

temlerle, ayrı ayrı yada bunlardan tümünün yada birkaçının kullanıldığı karma bir yöntemle yerine getirilmesi olanaklıdır. Sözleşmenin tanıdığı bu geniş yönetsel esneklik, başka konularda da etkisini gösteren ulusal sosyal politika ve çalışma ilişkisi sistemlerindeki çeşitliliğin bir sonucudur. Maddede sayılmamış olmakla birlikte, kanımca “yargısal” yöntem de, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde kullanılabilir yada, örneğin karma yöntem benimsenmişse, yargı kararları kısmen etkili olabilir.

Tavsiyenin 3. maddesinin 1. fıkrası ise, ücret oranlarının saptanması konusunda yürürlükteki yöntemlerin olanak vermesi durumunda, ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasının *yasa kuralları* aracılığıyla sağlanmasını öngörmüştür. Tavsiyenin yasal yönetime tanıdığı öncelik, öteki yöntemlerin, özellikle de toplu pazarlık sisteminin buna olanak tanımış olmasına bağlıdır. Böylece tavsiye, aslında toplu pazarlık yöntemine üstünlük tanımıştır. Kuşkusuz, ücret oranlarının belirlenmesi konusundaki ulusal yöntemlerin toplu pazarlıktan ibaret olmadığını, toplu pazarlığın tüm çalışanları kapsamadığını da unutmamak gerekir.

Uzmanlar Komisyonu'nun 1986 Toplu İncelemesinde; devletin, ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlama yükümlülüğünün bulunduğu ve dolayısıyla eyleminin yürürlükteki yöntemlerle bağdaştığı durumlara şu üç örnek verilmiştir: a) İşveren konumunda olduğu yada işletmeleri denetlediği durumlar; b) Ücretleri doğrudan saptama yetkisinin bulunduğu durumlar; c) Ücret alanında işlem eşitliğine ilişkin bir mevzuatın var olduğu durumlar.⁹¹

Devletin ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını “özendirme” yükümlülüğünün kapsamı konusunda” bir kez daha yinelemek gerekirse, ilkenin uygulanmasını “sağlama” yükümlülüğü yoksa, “özendirmek”le yükümlüdür. Kanımca, ücret oranlarının saptanması konusundaki ulusal yöntemlerin hangisi kullanılırsa kullanılsın, devlet ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını ve uygulama alanının genişletilmesini özendirmekle yükümlüdür. Sözleşme, bu ilkenin uygulanması amacıyla alınacak önlemlerin yürürlükteki ücretleri saptama yöntemlerine uyarlama konusunda getirdiği esnekliğin bir başka gereği ve sonucu, devletin onayla üstlendiği yükümlülüğünden sıyrılabilmek için, örneğin “ücretlerin saptanmasına karışmama” gibi bahaneler yaratmamasıdır. İlkenin uygulanmasını özendirmek ve sözleşme kurallarını uygulamaya aktarmak için çalışan ve işveren örgütlerine danışma konularındaki yükümlülükler, “olumlu bir eylem” gerektirir. Sözleşme ve tavsiye, ilkenin tüm çalışanlara uygulanmasının geliştirilmesi için alınacak çeşitli önlemlere yer vermiştir. 100 sayılı sözleşme, Uzmanlar Komisyonu'nun da altını çizdiği gibi, uygulanması için alınacak önlemlerin -ve başvurulacak araçların- seçilmesi konusunda esnek olmakla birlikte, erişilecek hedef konusunda her tür uzlaşmaya kapalıdır.⁹² Bu hedef ise, devletin alacağı somut ve olumlu önlemlerle, ilkenin uygulanmasını özendirmesi ve kendisinin

⁹¹ a.k., parag. 25-28, s. 16-17.

doğrudan yada dolaylı etkili olduğu durumlarda da sağlamasıdır. Özendirme yükümlülüğü de, kimi soyut söylem ve demeçleri aşan bir yükümlülüktür.

Sözleşmenin 3. maddesi, devlet için bir başka yükümlülük daha getirmiştir. Buna göre, benzer önlemler sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırıcı nitelikte olacaksa, işlerin (emplois) içerdikleri çalışmalar (travaux) temelinde *nesnel değerlendirme* için önlemler alınacaktır. 2. fıkraya göre, bu değerlendirme için izlenecek yöntemler, ya ücret oranlarının saptanması konusunda yetkili makamların kararlarına yada ücret oranlarının toplu iş sözleşmeleri gereğince saptanması durumunda bu toplu sözleşmelerin taraflarının kararlarına konu olacaktır. Yukarıda da değinilen 3. fıkraya göre de, cinsiyet düşüncesi olmaksızın, yapılacak çalışmalarda böyle bir nesnel değerlendirmenin sonucu olan farklılıklara tekabül eden ücret oranları arasındaki farklılıklar, erkek işgücü ile kadın işgücü arasında eşit değerde bir iş için ücret eşitliği ilkesine aykırı sayılmayacaktır.

Sözleşmenin, ücret eşitliği ilkesine ilişkin son içeriksel ve UÇÖ'nün hemen her alanda uygulamaya özen gösterdiği “üçlü danışma” yönteminin gereği olan bir kuralı, her üye devletin, sözleşme kurallarını etkili kılmak (uygulamaya aktarmak) ereğiyle, ilgili işveren ve çalışan örgütleriyle uygun biçimde *işbirliği* yapmasına ilişkindir (m. 4). Üye devlet için öngörülen sendikal örgütlerle işbirliği yükümlülüğü, aynı zamanda çalışan ve işveren örgütlerinin ücret eşitliği ilkesinin tüm çalışanlara uygulanması konusunda sorumluluklarının bulunduğunu da ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle, ilgili çalışan ve işveren örgütlerinin, ilkenin uygulanması konusunda devletçe işbirliği önerilmesini bekleyen ve işbirliğiyle yetinen edilgen bir tutum içinde olmamaları, devletin ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını özendirme ve sağlama yükümlülüklerini yerine getirmesini ve bu sırada da kendileriyle işbirliği yapmasını istemeleri gerekir. Kanımca, sözleşmenin kullandığı işbirliği terimi, ilgili sendikal taraflardan görüş alınmanın yada onlara danışmanın ötesinde daha yakın ve etkili diyalog içeren, ortak çalışmayı gerektiren daha ileri bir yükümlülüğü anlatmaktadır.

3. Tavsiyenin Öteki Kuralları

90 sayılı Eşit Ücret Tavsiyesi, sözleşmeyi tamamlayıcı nitelik taşıması ve devletler için yol gösterici olması nedeniyle, yukarıda değinilenlerin yanı sıra, sözleşmede düzenlenmeyen kimi konularda da kurallara yer vermiştir.

Tavsiyenin 6. maddesi, ilkenin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, çalışan kadınların verimliliğini artırmak için, gerektiğinde, özellikle diyerek örneklerini sıraladığı -aşağıdaki- uygun önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir:

- a) Her iki cinsten çalışanlara, mesleksel yönlendirme, mesleksel kurullar, mesleksel eğitim ve iş bulma alanlarında, eşit yada eşdeğer kolaylıklar sağlama;

- b) Kadınları, mesleksel yönlendirme, mesleksel kurullar, mesleksel eğitim ve iş bulma alanındaki kolaylıklardan yararlanmaya özendirmek için uygun önlemler alma;
- c) Kadın çalışanların, özellikle de aile yükümlülükleri olanların gereksinimlerini karşılayan sosyal hizmetler öngörme ve bu hizmetleri çeşitli yollardan (genel olarak kamu fonları, sosyal güvenlik fonları yada cinsiyet düşüncesi olmaksızın çalışanların yararına yapılan ödemelerle oluşturulan işletme fonları yoluyla) finanse etme;
- d) Kadınların sağlık ve esenliğinin korunmasıyla ilgili uluslararası düzenlemelerin ve ulusal mevzuat kurallarının saklı kalması koşuluyla, çeşitli meslek ve görevlere girme konusunda kadın ve erkekler arasında eşitliği özendirme.

Ücret eşitliği ilkesinin salt yasal düzenlemelerle tam olarak uygulanmasının kolay ve gerçekçi olmadığını göz önüne alan tavsiyenin son iki maddesi, *eğitim, inceleme ve araştırmalar* yapılmasıyla ilgilidir. 7. madde, kamuoyunun (halkın), ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını gerektiren nedenler konusundaki bilincinin geliştirilmesi için tüm çabanın gösterilmesinin uygun olduğunu belirtmiştir. 8. madde ise, söz konusu ilkenin uygulanmasına ulaşmak için istenen her türlü inceleme ve araştırmaya girişilmesinin uygun olacağını öngörmüştür. Kanımca bu yükümlülükler, aynı zamanda devlet ve sendikal örgütlerin yanı sıra, bu alanda etkinliklerde bulunan sivil toplum örgütleri için de söz konusudur. Öte yandan, 7. maddedeki ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasının gerekçeleri konusundaki bilinçlendirme ve bu amaçla yapılacak eğitim etkinlikleri, kanımca öncelikle ilkenin uygulanmasını özendirme ve sağlama yükümlülüğü bulunan kamu yetkilileri için geçerlidir. Kuşkusuz, sendika yöneticileri, üyeleri ve çalışanlar da bu kapsamdadır.

IV. ELVERİŞSİZ KİŞİ KESİMLERİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELERDE EŞİT İŞLEM İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

UÇÖ, ayrımcılık sorununu bütünsel bir yaklaşımla düzenleyen, kişiler yönünden uygulama alanı ile maddi içeriği yönlerinden genel nitelik taşıyan 111 sayılı sözleşme ve tavsiye öncesinde ve sonrasında (Filadelfiya Bildirgesi'ni izleyen yıllarda), başka sözleşme ve tavsiyelerinde de ayrımcılık yasağına yer veren özel kurallar koymuştur.⁹³ Bu kurallardaki yaklaşım, örneğin kadınlar, göçmen işçiler, tarım işçileri, yabancılar, yerli halk ve kabileler, anakara dışındaki topraklarda ça-

⁹³ Eşit işlem ve ayrımcılık yasağının yer aldığı sözleşme ve tavsiyelerden başlıcaları "erkekler ve kadınlar arasında eşitlik ve insanca çalışma" başlıklı şu derlemede biraraya getirilmiştir: BIT, **Egalité entre hommes et femmes et travail décent, Conventions et recommandations clés pour la promotion de l'égalité entre hommes et femmes**, Bureau pour l'égalité entre hommes et femmes, Département des normes internationales du travail, Deuxième édition (révisée), Genève, 2006,

lışanlar, engelliler, yaşlı çalışanlar, AIDS mağdurları gibi genellikle herhangi bir nedenle elverişsiz konumda bulunan belirli çalışan (işçi) kümelerinin 1958 belgelerinde sayılmayan nedenlerden birine yada birkaçına dayalı ayrımcılık biçimlerine karşı korunmasıdır.

Öte yandan, analığın korunması, aile sorumlulukları, iş bulma hizmetleri, mesleki eğitim, ücret, sosyal güvenlik ve iş güvencesi (işten çıkarma) gibi konulara ilişkin sözleşme ve tavsiyelerde de, eşit işlem ve ayrımcılık gözetme yasağı öngörülmüş; uyruğu, yaşı, engeli, cinsiyeti, vb nedenlerle elverişsiz durumda olan çeşitli çalışan kesimleri de, kendileriyle ilgili olarak kabul edilen “özel” sözleşmelerle ayrımcılığa karşı korunmuştur. Böylece, bir anlamda, 111 sayılı sözleşmenin ayrımcılık nedenlerinin “örnek” olarak sayılmamış olmasından ileri gelen eksikliği tamamlanmıştır.

UÇÖ'nün, içerdiği yaklaşımla yeni bir dönemi başlatan Filadelfiya Bildirgesi'nin kabul edilmesinden günümüze değin uzanan örgütsel yaşamı boyunca, güçsüz ve elverişsiz durumdaki kişileri yada grupları belirli nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı özel olarak korumak için kabul ettiği sözleşme, tavsiye, karar, bildirme gibi değişik nitelikler taşıyan belgelerinden kimilerinin özetle incelenmesi yararlı olacaktır.

1. Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmeler (1949, 1975)

UÇÖ, göçmen işçilerle ilgili ilk düzenlemeyi, 28 Ağustos 1939'da kabul edilen 66 sayılı Göçmen İşçiler Sözleşmesi ile yapmıştı. Ancak öngörülen onay sayısının gerçekleşmemesi nedeniyle hiçbir zaman yürürlüğe giremeyen bu sözleşme, 30 Mayıs 2000 tarihinde geri çekildi ve onaya da kapatıldı.⁹⁴ Bu alandaki uygulanan ilk düzenleme, 1949'da yapıldı ve 1975'te gözden geçirildi.⁹⁵

a. 97 Sayılı Sözleşme

1 Temmuz 1949 tarihli ve 97 sayılı GG Göçmen İşçiler Sözleşmesi, 22 Ocak 1952'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi onaylamamıştır. 12 Şubat 2009 itibarıyla, sözleşmeyi 48 devlet onaylamıştır.⁹⁶

Sözleşmenin 6. maddesi, saydığı konularda ayrımcılık yasağı getirmiştir. Taraf devletler, “yurttaşlık, ırk, din, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin, yasal olarak ülkesinin

⁹⁴ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, 2008, s. 248-249.

⁹⁵ Göçmen işçiler sorunu, bütünsel bir yaklaşım temelinde, UÇÖ Genel Konferansı'nda “genel bir tartışma” yapılması ereğiyle 2004 yılı gündemine yazıldı. Bu tartışmada, şu üç ana sorun ele alındı: Küreselleşme döneminde işgücünün uluslararası göçü, istihdam amaçlı göçün daha iyi düzenlenmesi ereğiyle politikalar ve yapılar, göçmen işçilerin kural üretme etkinliği yoluyla korunmasının iyileştirilmesi. Bu konuda bkz.: BIT, **Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée**, Rapport VI, CIT, 92^e session 2004, première édition, Genève, 2004.

⁹⁶ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

sınırları içinde bulunan göçmenlere, saydığı konularla ilgili olarak, kendi uyruklarına uyguladığından daha az elverişli olan bir işlem uygulamama yükümlülüğü üstlenmişlerdir. Bu konular şunlardır:

- a) Mevzuatla düzenlenmesi yada yönetsel makamlara bağlı olması ölçüsünde;
 - i. Ücret (ücretin parçası olan aile ödeneklerini de kapsar), çalışma süresi, fazla çalışma, ücretli izinler, evde çalışmaya getirilen kısıtlamalar, işe kabul yaşı, çıraklık ve mesleksel eğitim, kadınların ve gençlerin çalışması;
 - ii. Sendikal örgütlere üyelik ve toplu iş sözleşmeleriyle sağlanan avantajlardan yararlanma;
 - iii. Konut;
- b) Sosyal güvenlik (yani iş kazalarına, meslek hastalıklarına, analığa, hastalığa, yaşlılık ve ölüme, işsizliğe ve aile ödeneklerine ve ulusal mevzuata uygun olarak, bir sosyal güvenlik sisteminin kapsadığı başka her tür risk [sözleşme bu konuda bazı kayıtlı öngörmüştür]);
- c) Çalışan (işçi) sıfatıyla alınan vergiler, harçlar ve işe ilişkin katkılar;
- d) Sözleşmede anılan sorunlar konusunda yargıya başvuru.

1 Temmuz 1949'da kabul edilen 86 sayılı *Gözden Geçirilmiş Göçmen İşçiler Tavsiyesi*, sözleşmeyi tamamlayan ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır.

b. 143 Sayılı Sözleşme

23 Haziran 1975'te kabul edilen ve 9 Aralık 1978'de yürürlüğe giren Göçmen İşçiler Sözleşmesi (Tamamlayıcı Kurallar), 12 Şubat 2009 tarihi itibarıyla, aralarında Türkiye'nin bulunmadığı onaylayan devlet sayısı yalnızca 23'tür.⁹⁷

Sözleşmenin başlangıç bölümünde 111 sayılı sözleşmenin "yurttaşlığa dayalı farkları zorunlu olarak içermediğini" anımsatmıştır. 1. maddesinde taraf devletlerin "tüm göçmen işçilerin (çalışanların) temel insan haklarına saygı göstermeyi üstlendiklerini" belirten sözleşme, 8. maddesinde özellikle bazı alanlar için göçmen işçilerin yurttaşlarla işlem eşitliği ilkesinden yararlanmalarını öngörmüştür. 111 sayılı sözleşmenin eksikliğini tamamlayan 8. maddeye göre:

"1. Ülkede istihdam amacıyla yasal olarak oturmuş olması koşuluyla, göçmen işçiye, oturma izninin ve hatta gerektiğinde çalışma izninin geri alınmaması sonucunu doğurmaması gereken işini kaybetmesi nedeniyle olsa bile, yasa dışı yada kaçak durumda olduğu gözüyle bakılamaz.

⁹⁷ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

2. Dolayısıyla göçmen işçinin, özel olarak iş güvencesine, yeniden sınıflandırmaya, yardım işlerine ve yeniden uyuma ilişkin güvencelerle ilgili olarak, yurttaşlara eşit işlemden yararlanması gerekir.”

Bu kuralın öngördüğü eşit işlem güvencesi, işini yitiren bir göçmen işçi için önceliği olan konuların “özellikle” denilerek sayılmış olması nedeniyle, belirtilen konularla sınırlı değildir.

Sözleşmenin 9. maddesi, göçmen işçiye ve ailesine, bazı durumlarda da eşit işlemden yararlanma hakkı tanımaktadır. 1. fıkraya göre; göçmen işçilerin ulusal sınırlardan (ülkeye) girmelerini ve ülkede ilgili mevzuata uygun olarak çalışmalarını sağlayarak istihdam amaçlı uluslararası göç hareketlerini denetlemeye yönelik önlemlere zarar vermeksizin, ilgili mevzuatın uyulmadığı ve göçmen işçinin durumunun yasallaştırılmadığı durumlarda, göçmen işçinin kendisinin ve aile üyelerinin, ücret, sosyal güvenlik ve başka avantajlar konusunda önceki işinden kaynaklanan hakları konusunda eşit işlemden yararlanması gerekir. 2. fıkrada ise, söz konusu haklarının verilmemesi durumunda, göçmen işçiye, kişisel olarak yada temsilcileri aracılığıyla, yetkili bir organ önünde haklarını ileri sürme, yani başvuru (hak arama) olanağı tanınmıştır.

Sözleşmenin “fırsat ve işlem eşitliği” başlıklı ikinci bölümünde yer alan 10 maddesi, 111 sayılı sözleşmeyi tamamlamakta ve onaylayan devletlerin, oluşturup uygulayacakları bir ulusal politikayla, belirttiği birçok alanda eşit işlem hakkını güvenceye almaları yükümlülüğü getirmektedir. Bu maddeye göre:

“Kendisi için sözleşme yürürlükte olan her üye devlet; ulusal koşullara ve geleneklere uyarlanmış yöntemlerle, göçmen işçi yada aile üyesi olarak ülkesinde yasalara uygun biçimde bulunan kişiler için, istihdam ve meslek, sosyal güvenlik, sendikal ve kültürel haklar, bireysel ve toplu özgürlükler konularında fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlayan bir ulusal politika oluşturmayı ve uygulamayı üstlenir.”

10. maddenin öngördüğü bu yükümlülük, taraf devletlerin alacakları somut önlemlerle “aşamalı” biçimde ve seçecekleri ulusal koşullarına uygun yöntemlerle uygulamaya konulmasını içermekte; göçmen işçiler ve aile bireyleri için, belirtilen konularda yurttaşlara tanınan haklardan eşit olarak yararlanma güvencesi getirmektedir.

12. madde, üye devletlerin, ulusal koşullarına uyarlayacakları yöntemlerle yerine getirecekleri yükümlülüklerini sıralamıştır. Bunlardan (e) ve (g) bentlerinde yer alan ikisinde, eşit işlem ilkesi şöyle vurgulanmıştır:

“e. Göçmen işçilerin ve aile üyelerinin, devletin kendi uyruklarına tanıdığı avantajlardan yararlanabilmeleri için, -fırsat ve işlem eşitliği ilkesi-

ne zarar vermeksizin- istihdam eden ülke toplumuna uyumlarının gerçekleştiği ana değin özel gereksinimlerini göz önünde bulundurarak, temsil yeteneği bulunan çalışan ve işveren örgütlerine danışarak, ulusal koşul ve uygulamalarına uygun bir *sosyal politika oluşturmak ve uygulamak*”;

“g. İşlerinin özel koşulları ne olursa olsun, aynı etkinlikte bulunan göçmen işçiler arasında *çalışma koşulları alanında işlem eşitliğini* güvenceye almak.”

24 Haziran 1975'te kabul edilen 151 sayılı *Göçmen İşçiler Tavsiyesi* de, bir üye devletin ülkesinde bulunan göçmen işçilerin ve aile bireylerinin ulusal uyruklular ile *etkili* bir fırsat ve işlem eşitliğinden yararlanmaları gerektiğini belirtmiş ve bu ilkenin uygulanacağı alanları dokuz bentte kapsamlı biçimde saymıştır (m. 2).

2. Yaşlı Çalışanlar Tavsiyesi (1980)

23 Haziran 1980'de kabul edilen 162 sayılı Yaşlı Çalışanlar Tavsiyesi, başlangıç bölümünde, 1958 tarihli ve 111 sayılı istihdam ve meslekte ayrımcılık konusundaki sözleşme ve tavsiyede, saydıkları ayrımcılık nedenleri arasında “yaş”ın yer almadığını, ancak listeye eklenmesi olanağının bulunduğunu anımsatarak, bu boşluğu doldurma amacı taşıdığını belirtmiştir. Gerçekten, yine başlangıçta, fırsat ve işlem eşitliği ile ilgili varolan belgelerin yaşlı çalışanlar yararına tamamlanmasının, istihdam alanında korunmaları ile emekliliğe hazırlanma ve erişmelerinin istendiğinin göz önünde bulundurulduğu da belirtilmiştir.

İlerleyen yaşları nedeniyle istihdam ve meslek alanında güçlüklerle karşılaşabilecek tüm çalışanlara uygulanan (m. 1/1) tavsiyenin, “**fırsat ve işlem eşitliği**” başlıklı ikinci bölümünde yer alan 3. madde, çalışanlar arasında yaşa dayalı ayrımcılığ önlemeye yöneliktir. Bu maddeye göre:

“Her üye devletin; çalışanlar için fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmeyi amaçlayan bir *ulusal politika* çerçevesinde, yaşı ne olursa olsun, bu konudaki mevzuat ve uygulaması çerçevesinde, yaşlı çalışanlar hakkında istihdam ve meslekte her tür ayrımcılığı önlemek için önlemler alması gerekir.”

Tavsiyenin 5. maddesi, yaşlı çalışanların, *yaşlarına bağlı ayrımcılığa uğramaksızın*, öteki çalışanlarla birlikte fırsat ve işlem eşitliğinden yararlanmaları gerektiğini belirtmiştir. 5. madde, “özellikle” diyerek, yani aşağıda saydığı konular yönünden bir sınırlandırma getirmeksizin, yaşlı çalışanlar için ayrımcılığa karşı koruma öngördüğü konuları şöyle sıralamıştır:

- Mesleksel yönlendirme ve işe yerleştirme hizmetlerine giriş;
- Kişisel yetenekleri, deneyimleri ve nitelikleri göz önünde bulundurularak:

- i. İstisna olarak bazı işlere özgü gereklilikler, koşullar yada düzenlemeler nedeniyle özel olarak belirtilebilecek yaş koşulları saklı kalmak üzere, kamu kesiminde ve özel kesimde, seçtikleri istihdam (iş);
 - ii. Mesleksel eğitim kolaylıkları, özellikle yetkinleştirme ve rösiklaj;
 - iii. Özellikle sendikal eğitim amaçlı ücretli eğitim izni;
 - iv. İlerleme ve görevlerin hakça bölüşümü;
- c) İşten çıkarmaya ilişkin ulusal yasa ve uygulamalar ve bu tavsiyenin 22. maddesinde anılan inceleme sonuçları saklı kalmak üzere, iş güvencesi;
 - d) Eşit değerde bir iş için ücret,
 - e) Sosyal güvenlik önlemleri ve sosyal ödemeler;
 - f) İş güvenliği ve sağlığı önlemlerini de kapsamak üzere, çalışma koşulları;
 - g) Konuta, sosyal hizmetlere ve sağlık kuruluşlarına erişme, özellikle bu erişme mesleksel etkinliğe yada istihdama bağlı olduğu zaman.”

Devletlerin, 3. maddede belirtilen “ulusal politika”ya uyarlamaları ereğiyle ilgili yasaları ve yönetsel kural ve uygulamaları incelemelerini öngören tavsiyeye göre (m. 6); yaşlı çalışanların, sendikal örgütlerin, işverenlerin ve örgütlerinin, bu politikaya aykırı olduğu düşünülen tüm uygulamaları düzeltmek için fırsat ve işlem eşitliğine ilişkin yakınmaların incelenmesi ve haklarında soruşturmalar yapılması ile görevli organlara erişebilmeleri gerekir (m. 8). Tavsiye, yönlendirme, eğitim ve işe yerleştirme hizmetlerinin yaşlı çalışanlara, fırsat ve işlem eşitliğinden tam olarak yararlanmalarını sağlamak amacıyla, gereksinimleri olan kolaylık, öğüt ve yardım sağlamak için devletlerce uygun önlemlerin alınması gerektiğini de belirtmiştir (m. 9).

Tavsiye, emekliliğe hazırlık ve geçiş ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler de yapmıştır.

3. Engelli Kişilerin Mesleksel Yeniden Uyumu ve

İstihdamı Sözleşmesi

20 Haziran 1983'te kabul edilen 159 sayılı sözleşme, iki yıl sonra 20 Haziran 1985'te yürürlüğe girmiştir. 12 Şubat 2009'da, 80 devlet sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye de, Haziran 2000'de bu sözleşmeyi onaylayan devletlere katılmıştır.⁹⁸

⁹⁸ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

Sözleşme, kendi amaçları açısından “engelli kişi”yi, “gereğince tanınmış be dinsel yada zihinsel bir engeli sonucunda uygun bir iş bulma ve işi koruma perspektifleri önemli ölçüde azalan her kişi” olarak tanımlamıştır (m. 1). Üye devletler için, ulusal koşul ve uygulamalarına uygun olarak ve olanaklarına göre, engelli kişilerin yeniden mesleksel uyumu ve istihdamı ile ilgili bir “*ulusal politika*” belirlemelerini, uygulamaya koymalarını ve dönemsel olarak da gözden geçirmelerini öngören (m. 2) 159 sayılı sözleşme, bu politikanın amacını 3. maddesinde şöyle belirlemiştir: “Uygun yeniden mesleksel uyum önlemlerinin tüm engelli kişi kategorileri için erişilebilir olmasını güvenceye bağlamak ve serbest emek piyasasında engelli kişilerin istihdam olanaklarını geliştirmek.”

Sözleşme, söz konusu ulusal politikanın, “engelli çalışanlar ile genel olarak çalışanlar arasında fırsat eşitliği ilkesine dayanması gerektiğini öngörmüş; erkek ve kadın engelli çalışanlar arasında fırsat ve eşit işlem ilkesine saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. 159 sayılı sözleşme, engelli çalışanlar ile öteki çalışanlar arasında etkili fırsat ve işlem eşitliği ilkesini güvenceye almayı amaçlayan *özel olumlu önlemlere*, öteki çalışanlar hakkında ayrımcı olduğu gözüyle bakılamayacağını da belirterek, engelli çalışanlar yararına olumlu ayrımcılık yapılmasına olanak tanımıştır (m. 4).⁹⁹

4. Yerli Halk ve Kabilelere İlişkin Sözleşmeler (1957, 1989)

Birçok bağımsız devlette, henüz ulusal toplulukla bütünleşmemiş yerli halkların ve başka kabilelerin ve yarı kabilelerin bulunduğunu ve bunların ekonomik, sosyal ve kültürel durumlarının nüfusun geri kalanının yararlandığı haklardan ve avantajlardan tam olarak yararlanamadıklarını göz önünde bulunduran UÇK, bu konudaki ilk düzenlemeyi 1957 yılında 107 sayılı sözleşme ve onu tamamlayan 104 sayılı tavsiye ile yapmış ve 1989’da da, sözleşmeyi gözden geçirip yenilemiştir.

a. 107 Sayılı Sözleşme

26 Haziran 1957’de kabul edilen ve 2 Haziran 1959’da yürürlüğe giren 107 sayılı Yerli Halk ve Kabilelere İlişkin Sözleşme’yi, 12 Şubat 2009 itibarıyla, aralarında ülkemizin bulunmadığı 17 devlet onaylamıştır.

107 sayılı sözleşme, ilgili halkların korunması ve ülkelerindeki yaşamla bütünleştirilmeleri ereğiyle, devletlerin *eşgüdümlü ve sistemli programlar* uygulamalarını öngörmüştür (başlangıç). Bu programların kapsayacağı önlemlerden biri de, söz konusu halkların, ulusal mevzuatın nüfusun öteki kesimine tanıdığı hak ve olanaklardan “*eşitlik koşulları içinde*” yararlanmalarının sağlanmasıdır (m. 2/1, 2, a).

⁹⁹ Bu sözleşmeyi, 2006 sonlarında kabul edilen BM sözleşmesi ile karşılaştırmak için bkz.: Birinci Bölüm, s. 99-105.

İlgili halkların kurumlarını, kişilerini, mallarını ve çalışmasını korumak için “özel önlemler” alınması gerektiğini belirten sözleşme, “bu özel koruma önlemlerinin, yurttaş niteliğine bağlı hakların tümünden, *ayrımcılık gözetmeksizin* yararlanmaya hiçbir zarar veremeyeceğini öngörmüştür (m. 3/3).

Sözleşme, “işe girme ve istihdam koşulları” başlıklı üçüncü bölümünde; taraf devletlerin, yerli halklardan olan çalışanlara işe girme ve istihdam koşulları konusunda etkili bir koruma sağlamak ereğiyle özel önlemler almalarını zorunlu tutmuş; yerli halk çalışanları ile öteki çalışanlar arasında her tür ayrımcılıktan kaçınmak için, “özellikle” denildiğinden sınırlı olmaksızın sayılan aşağıdaki konularda yetkisine giren her şeyi yapmasını istemiştir (m. 15):

- a) Nitelikli işleri de kapsamak üzere, istihdama (işe) giriş;
- b) Eşit değerde iş için eşit ücret;
- c) Sosyal ve tıbbi yardım, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi, iş sağlığı ve konut;
- d) Örgütlenme (sendika hakkı), yasalara aykırı olmayan tüm sendikal etkinliklere özgürce katılma hakkı, işverenlerle yada işveren örgütleriyle toplu iş sözleşmeleri bağtlama hakkı.

107 sayılı sözleşme, yerli halktan olan kişilerin öteki yurttaşlarla aynı (eşit) mesleksel eğitim kolaylıklarından yararlanmalarını öngörmüş (m. 16) ve devletlerin, nüfusun geri kalan bölümüyle eşitlik temelinde tüm düzeylerde öğrenim (eğitim) görme olanaklarını sağlayacak önlemler almalarını istemiştir (m. 21).

b. 169 Sayılı Sözleşme

107 sayılı sözleşme, 27 Haziran 1989 tarihinde kabul edilen ve 5 Eylül 1991’de yürürlüğe giren 169 sayılı Yerli Halk ve Kabilelere İlişkin Sözleşme ile gözden geçirilmiştir. 12 Şubat 2009’da, sözleşmeyi yalnızca 20 devlet onaylamıştır.

169 sayılı sözleşmenin başlangıç bölümünde de, öncekinde olduğu gibi, dünyanın birçok bölümünde yerli halk ve kabilelerin, içinde yaşadıkları devletlerin nüfusunun geri kalan bölümüyle *aynı derecede temel insan haklarından yararlanmadıklarını* ve çoğu kez yasalarının, değerlerinin, geleneklerinin ve perspektiflerinin erozyona uğradığı kaydedilerek, insan hakları alanında ayrımcılık bulunduğu belirtilmiştir.

107 sayılı sözleşme gibi, taraf devletlerin, yerli halkların haklarını korumak ve bütünleşmelerine saygı gösterilmesini güvenceye almak için, onların katılımıyla, eşgüdümlü ve sistemli bir eylem geliştirmelerini öngören 169 sayılı sözleşme, bu eylemin kapsayacağı önlemleri şöyle sıralamıştır (m. 2/1 ve 2):

- a) Yerli halkların, ulusal mevzuatın nüfusun öteki bölümüne tanıdığı hak ve olanaklardan *eşitlik temelinde* yararlanmalarını sağlamak;

- b) Yerli halkın sosyal ve kültürel kimliğine, geleneklerine ve kurumlarına saygı içinde, onların sosyal, ekonomik ve kültürel haklarının tam olarak gerçekleştirilmesini geliştirmek;
- c) Yerli halk üyelerine, özelemleri ve yaşam biçimleri ile bağdaşır biçimde, kendileri ile ulusal topluluğun öteki üyeleri arasında bulunan sosyal ve ekonomik farklılıkları kaldırmalarına yardım etmek.

Sözleşmeye göre, yerli halkların ve kabilelerin, engelleme ve *ayrımcılık olmaksızın*, insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanmaları ve bu kuralın, yerli halktan kadın ve erkeklere ayrımcılık yapılmaksızın uygulanması gerekir (m. 3).

Sözleşmenin 4. maddesi, alınması ve ilgili halkların özgürce dile getirdikleri isteklerine aykırı olmaması gereken “özel önlemler” kapsamına “kültür ve çevre”yi de katarak, 107 sayılı sözleşmenin 3. maddesini aynen yinelemiş, yurttaşlık haklarından ayırım gözetilmeksizin yararlanmalarını güvenceye bağlamıştır.

169 sayılı sözleşme de, 107 sayılı sözleşmenin 15. maddesinde taraf devletler için işe girme ve istihdam koşulları alanında öngörülen “özel önlemler” alma yükümlülüğü ve kapsamına “özellikle” girdiği belirtilen konular ile ilgili kuralı, birkaç yeni ekleme dışında yinelemiş, daha açık bir deyişle (a) ve (c) şıkları aşağıda olduğu gibi yeniden kaleme alınmış, dolayısıyla kapsam kısmen genişletilmiştir (m. 20):

- a) Nitelikli işleri de kapsamak üzere, istihdama (işe) giriş ve “*yükselme ve ilerleme önlemleri*”;
- c) Tıbbi ve sosyal yardım, *iş güvenliği ve sağlığı, tüm sosyal güvenlik ödemeleri ve istihdamdan kaynaklanan tüm başka avantajlar ve konut.*

169 sayılı sözleşmenin yeni bir kuralına göre, alınacak önlemlerin amaçları arasında, “yerli halktan olan çalışanların, istihdamda erkekler ve kadınlar arasında fırsat ve işlem eşitliğinden ve *cinsel tacize karşı korumadan yararlanmaları*” öngörülmüştür (m. 20/3, d).

Sözleşme, mesleksi eğitimi ilgili olarak, 107 sayılı sözleşmedeki kuralı, “ilgili yerli halk üyelerinin, mesleksi eğitim olanaklarından, en azından öteki yurttaşlara tanınanlara eşit olarak yararlanmaları gerektiği” biçiminde yeniden kaleme almıştır (m. 21). 169 sayılı sözleşmenin yeni bir kuralına göre ise, sosyal güvenlik rejimlerinin ilgili (yerli) halklara aşamalı olarak yaygınlaştırılması ve kendilerine yönelik ayrımcılık yapılmaksızın uygulanması gerekir (m. 24).

107 sayılı sözleşmenin öğrenim (eğitim) görme olanaklarıyla ilgili kuralını aynen yineleyen 169 sayılı sözleşme (m. 26), yerli halk çocuklarına verilecek eğitimin, “onların, kendi topluluklarına ve ulusal topluluğa tam olarak ve *eşitlik teme-*

linde katılmalarına yardımcı olan yetenekler ve genel bilgiler vermeyi amaçlaması gerektiğini belirtmiştir (m. 29).

V. ANALIĞIN KORUNMASINA VE KADINLARA İLİŞKİN

SÖZLEŞMELERDE EŞİT İŞLEM VE AYRIMCILIK YASAĞI

Analığın korunması ve çocuklarla birlikte sanayi devriminin “acımasız kurbanları”nın ilk sırasında yer alan kadınların çalışması, UÇÖ’nün kuruluşundan beri kural etkinliğinin en önemli yönlerinden birini oluşturmuştur. 111 sayılı sözleşmenin “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılığı yasaklamış ve 100 sayılı sözleşmenin de eşit değerde iş için eşit ücreti güvenceye almış olmasına karşın, bu ilkeler başka birçok sözleşmede de kendi bağlamlarında yinelenmiştir.

1. Analığın Korunması Sözleşme ve Tavsiyeleri

(1919, 1952, 2000)

Analığın korunması, UÇÖ’nün 1919’da kabul ettiği ilk altı sözleşmeden birinde, ilk kez uluslararası kurallara bağlanan konulardan biri olmuştur. 28 Kasım 1919’da kabul edilen ve 13 Haziran 1921’de yürürlüğe giren 3 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, 1952 ve 2000 yıllarında olmak üzere iki kez gözden geçirilmiştir. Öte yandan, 1952 tarihli ve 95 sayılı tavsiye ile 2000 tarihli ve 191 sayılı tavsiye de, analığın korunması konusunda sözleşmeleri tamamlayıcı kurallar öngörmüştür.¹⁰⁰

Türkiye, bu sözleşmelerin üçünü de onaylamamıştır. 12 Şubat 2009 tarihi itibarıyla, 3 sayılı sözleşmeyi 31, 103 sayılı sözleşmeyi 32 ve 183 sayılı sözleşmeyi de 15 devlet onaylamıştır.¹⁰¹

a. 3 Sayılı Sözleşme (1919)

UÇÖ, analığın korunmasını, ilk sözleşmelerinden biriyle 1919’da düzenlemiştir. 3 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi’nde kadın terimi; “kadın cinsiyetinden her kişi (herkes), yaşı yada uyrukluluğu ne olursa olsun, ister evli isterse bekar olsun, bu sözleşmenin uygulanması açısından kadındır” biçiminde tanımlanmıştır. Çocuk ise, “meşru olsun yada olmasın her çocuk çocuktur” biçiminde tanımlanmıştır (m. 1).

Sözleşmenin çok kısa olan metninde, istihdamda ayrımcılık yasağıyla “doğrudan” ilgili bir kural bulunmamaktadır. Ancak kanımca, sözleşmenin “kadın” ve “çocuk” tanımları, ayrımcılık yasağı içermektedir. Sözleşmenin öngördüğü güven-

¹⁰⁰ Bu sözleşmeler ile analığın korunmasına ilişkin başka uluslararası belgeler, AB yönergeleri ve karşılaştırmalı hukuk (ABD, Birleşik Krallık ve Alman hukukları) ile Türk hukukundaki durum konusunda bkz.: A. Can Tuncay, “Çalışan Kadının Analık Durumunda İzin ve Ücret Güvencesi”, **Mercek**, Temmuz 2005, s. 29-47.

¹⁰¹ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

celerden yararlanılmasında, sözleşme anlamında kadınlar arasında ayırım gözetilemez. Örneğin, çalışan kadınlar arasında “yaş”, “uyruklu” yada “medeni durum” nedenleriyle ayrımcılık yapılamayacağı gibi, evlilik dışı çocuğu olan bir kadın da, evli kadın gibi sözleşmenin güvenceye aldığı haklardan yararlanır.

b. 103 Sayılı Sözleşme (1952)

3 sayılı sözleşmede ilk gözden geçirme, 1952 yılında 103 sayılı sözleşme ile gerçekleştirilmiştir. 26 Haziran 1952’de kabul edilen ve 7 Eylül 1955’te yürürlüğe giren 103 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, 2. maddesinde “kadın” teriminin, daha ayrıntılı ve 1919’daki ayrımcılık nedenlerini biraz daha genişleten bir tanımını yapmıştır. Sözleşmenin, eklediği yeni ayrımcılık nedenlerini içeren kadın tanımı şöyledir: “Kadın cinsiyetinden her kişi (herkes), yaşı yada uyrukluğu, ırkı yada dinsel inançları ne olursa olsun, ister evli isterse bekar olsun, kadındır.” Çocuk terimini ise, özünde bir fark olmaksızın, “bir evlilikten doğmuş olan yada olmayan her çocuk” biçiminde tanımlamıştır (m. 2).

Böylece kadın teriminin kapsamı, yaş ve uyrukluğun yanı sıra, “ırk yada dinsel inançlar” nedeniyle ayırım yapılması yasağını da kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Kuşkusuz, bu tanım da ayrımcılık nedenleri açısından yetersizdir. Bu yetersizlikler, ancak 2000 yılındaki ikinci gözden geçirmede önemli ölçüde giderilmiştir. Öte yandan, 103 sayılı sözleşmeden sonra 111 sayılı sözleşmenin de 1958’de kabul edildiğini, istihdam ve meslek alanında aynı zamanda cinsiyet temeline dayalı genel bir ayrımcılık yasağı getirdiğini, böylece hem 103 ve hem de 183 sayılı “analığın korunması” ile ilgili sözleşmelerdeki boşluklarda 111 sayılı sözleşmenin uygulanacağını unutmamak gerekir. Ayrıca, 103 sayılı sözleşmenin 4. maddesinin 7. bendi, analık ödenekleri öngören bir zorunlu sigorta sisteminde gerekli olan her katkının yada ödenen ücretler temelinde hesaplanan ve bu ödeneklerin sağlanması için alınacak (toplanacak) her verginin; ister yalnızca işverenlerce ödensin isterse işverenler ve çalışanlarca birlikte ödensin, “**cinsiyet ayrımı yapılmaksızın**”, ilgili işletmelerde istihdam edilen erkek ve kadınların toplam sayısına göre ödenmesi gerektiğini öngörmüştür.

28 Haziran 1952’de kabul edilen 95 sayılı Analığın Korunması Tavsiyesi, 103 sayılı sözleşmeyi tamamlayan düzenlemeler yapmıştır.

c. 183 Sayılı Sözleşme (2000)

15 Haziran 2000’de kabul edilen ve 7 Şubat 2002’de yürürlüğe giren 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, 1952 tarihli sözleşmenin ikinci kez gözden geçirilmesinin zorunlu görülmesi üzerine, Başlangıç bölümünde belirtildiği gibi, çalışan tüm kadınların eşitliğini daha da geliştirmek amacıyla kabul edilmiştir. Sözleşme, gebeliğin korunmasının sağlanması zorunluluğunu, kamu yetkililerinin ve toplumun ortak sorumluluğuna düşen bir sorun olarak görmüştür.

Atipik (esnek) bağımlı çalışma biçimleri çerçevesinde çalıştırılanları da kapsa-

mak üzere *istihdam edilen tüm kadınlara* -kural olarak- uygulanan (m. 2/1) 183 sayılı sözleşmenin “kadın” ve “çocuk” terimlerine ilişkin tanımı daha genişdir ve her iki terim, tüm ayrımcılık nedenlerini kapsayan bir anlatımla tanımlanmıştır. Buna göre kadın, “ne olursa olsun ayırım gözetmeksizin, kadın cinsiyetinden olan her kişidir” ve çocuk da, “ne olursa olsun, her çocuktur” (m. 1).

Bu tanımların, 103 sayılı sözleşmede sayılan ve özellikle sayılmayan tüm ayrımcılık nedenlerini kapsadığı kanısındayım. Daha önemlisi 183 sayılı sözleşme, “**işin korunması ve ayrımcılık yapılmaması**” başlıklı 8. maddesinde, 1 ve 103 sayılı sözleşmelerden farklı olarak özel bir düzenleme yapmış, sözleşmenin feshine karşı güvence getirmiştir. Bu maddeye göre, işverenin, bir kadını gebeliği yada 4 yahut 5. maddelerde öngörülen analık ve hastalık izinleri sırasında yada ulusal mevzuatça belirlenecek (işe) geri dönüşünü izleyen dönem sırasında *işten çıkarması yasaktır*. Cinsiyete dayalı bu ayrımcılık yasağı; gebelik, çocuğun doğumu yada emzirme ile bağı (ilişkisi) bulunmayan gerekçeler dışında geçerlidir. İşten çıkarmanın, gebelik, çocuğun doğumu yada emzirme ile bir bağı bulunmayan gerekçelere dayandığını *kanıtlama yükümlülüğü işverene düşer* (m. 8/1). Sözleşme, analık izninin bitiminde, kadının eski işine dönmelerini de güvenceye almış, bu konudaki olası ayrımcılıkları, özellikle ücret kayıplarını önlemek istemiştir. İzninin bitiminde yeniden çalışmaya başlayan kadının, işverence “aynı göreve yada aynı oranda ücretlendirilmiş eşdeğer bir göreve dönmelerini sağlanması gerekir” (m. 8/2). Kadının eski görevine dönmeye olanak bulunmaması durumunda, ücretinde bir eksilme olmaması güvenceye alınmıştır.

Sözleşme, analığın, istihdam alanında bir ayrımcılık kaynağı olmamasını sağlamaya özgü önlemler alması konusunda üye devletler için yükümlülük getirmiştir. Bu yükümlülük, madde 2/1'e karşın, istihdama girişi de kapsar (m. 9/1). Sözleşme, maddenin 1. fıkrasında öngörülen önlemlerin kapsamı konusunda ise, bir göreve adaylığını koyan bir kadının, bir gebelik testine bağlı olmasının yada gebelik durumunu doğrulayan yada doğrulamayan bir sertifika sunmasının gerekli görülmesinin yasaklandığını belirtmiştir (m. 9/2). Ancak, ulusal mevzuatın öngördüğü kimi çalışmalar için bu yasağa istisna getirilmiştir. Bu çalışmalar da; a) ulusal mevzuatın, gebe yada emziren kadınlar için kısmen yada tümüyle yasakladığı çalışmalar yada, b) kadının yada çocuğun sağlığı için tanınmış olan yada anlamlı bir tehlike oluşturan çalışmalardır (m. 9/2).

15 Haziran 2000'de kabul edilen *191 sayılı Analığın Korunması Tavsiyesi*, bu sözleşmeyi tamamlayan kurallar içermektedir.

2. Yeraltı Çalışmaları (Kadınlar) Sözleşmesi (1935)

21 Haziran 1935'te kabul edilen ve 30 Mayıs 1937'de yürürlüğe giren 45 sayılı sözleşmeyi, 12 Şubat 2009 itibarıyla 70 devlet onaylamıştır. ¹⁰²

¹⁰² <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

Sözleşme, kadınların her tür maden ocağında (madenlerin) yeraltı işlerinde çalıştırılmalarını yasaklamıştır. 2. maddeye göre, “kadın cinsiyetinden olan hiçbir kişi, yaşı ne olursa olsun, madenlerde yeraltı işlerinde çalıştırılmaz.” Bu yasaktan başışık tutulabilecek kişileri 3. maddesinde sayan sözleşme, “maden” teriminin, yeraltındaki madenleri çıkarmaya yönelik kamusal yada özel her tür işletmeyi kapsadığını öngörmüştür (m. 1).

Türkiye'nin, yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra onayladığı ilk UÇÖ sözleşmesi olan 45 sayılı sözleşme,¹⁰³ kural olarak, tüm kadınların, yaşına bakılmaksızın madenlerde yeraltı işlerinde çalıştırılmasını yasaklamıştır. Bu yasağın, yaş dışında, örneğin “uyruklu” gibi başka nedenleri de kapsayıp kapsamadığı açıkça belirtilmemiştir. Bununla birlikte, yasak öznesi için “kadın cinsiyetinden olan hiçbir kişi” denilmiş olması, medeni durumu ne olursa olsun, yasağın tüm kadınlar için geçerli olduğunun kabul edilmesini, “yaş” dışında da herhangi bir ayrımcılık yapılmamasını gerektirir. Öte yandan, bu kuralın istisnaları 3. maddede sınırlı biçimde sayıldığından, bu istisnaların başka belgelerde sayılan ayrımcılık nedenlerine dayanarak genişletilmesi de, kuşkusuz olanak dışıdır.

3. Gece Çalışması Sözleşmeleri, Tavsiyesi ve Protokolü

a. 89 Sayılı Sözleşme (GG, 1948)

9 Temmuz 1948 tarihli ve 89 sayılı Kadınların Gece Çalışması Sözleşmesi (GG), 27 Şubat 1951'de yürürlüğe girmiştir. Aralarında Türkiye'nin bulunmadığı 46 devlet, 12 Şubat 2009'da sözleşmeyi onaylamıştır.¹⁰⁴

“Yaş” nedeniyle ayrımcılık yasağı öngören sözleşme, “sanayi işletmesi” ve “gece” kavramlarını tanımladıktan sonra, 3. maddesinde öngördüğü bu yasağa, 4. maddesinde istisnalar getirilmesine olanak tanımıştır.

Kadınlar, *yaş ayrımı yapılmaksızın*, kamusal yada özel hiçbir sanayi işletmesinde yada bu işletmelerin hiçbir şubesinde geceleyin çalıştırılmazlar. Ancak bu yasak, yalnızca aile üyelerinin çalıştırıldığı işletmelerde uygulanmaz (m. 3). Ayrıca 4. madde, bu yasağın iki durumda uygulanmayacağını da öngörmüştür:

b. 89 Sayılı Protokol (1990)

6 Haziran 1990 tarihinde kabul edilen 89 sayılı sözleşmeye ilişkin protokol, kadın çalışanlar için fırsat ve işlem eşitliğine gönderme bulunmuştur.

3 devletin onayladığı¹⁰⁵ protokolün 1. maddesine göre, ulusal mevzuat; yetkili makamın kararıyla, temsil yeteneği bulunan çalışan ve işveren örgütlerine da-

¹⁰³ Sözleşme, 9 Haziran 1937 sayılı ve 3229 sayılı yasayla onaylanmıştır (**Resmi Gazete**, 23.06.1937, Sayı: 3638). Onay, 21 Nisan 1938'den başlayarak, UÇÖ için yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁴ <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

¹⁰⁵ <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

nışarak, sözleşmenin 2. maddesinde tanımlanan *gece dönemi süresinde değişiklikler* ve 3. maddesinde öngörülen *gece çalışması yasağında da istisnalar* getirilebilir. Protokolün aradığı koşullardan biri, belirli bir işkolunda yada meslekte getirilebilecek bu değişiklik ve istisnalar konusunda, temsil yeteneği bulunan ilgili çalışan ve işveren örgütlerinin bir anlaşma imzalamış yada olurlarını vermiş olmasıdır (m. 1/a).

Protokol, 1. maddenin “a bendine uygun olarak alınmış bir kararın kapsamadığı ve b bendine uygun olarak da bir anlaşmanın yapılamadığı belirli bir işyerinde”, üçlü danışma koşulunun yanı sıra, yetkili makamın, işyerinde iş güvenliği ve sağlığı, sosyal hizmetler ve *kadın işçiler için fırsat ve işlem eşitliği konusunda uygun güvencelerin bulunduğundan emin olması* gerekir (m. 1/c, ii).

c. 171 Sayılı Sözleşme (1990)

26 Haziran 1990'da kabul edilen ve 4 Ocak 1995'te kabul edilen **Gece Çalışması Sözleşmesi**'ni, 12 Şubat 2009 itibarıyla 11 devlet onaylamıştır.¹⁰⁶ 89 sayılı sözleşme ile 1990 protokolüne yollamalarda bulunan 171 sayılı sözleşmede ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi ile ilgili bir kural yoktur.

d. 178 Sayılı Tavsiye (1990)

178 sayılı Gece Çalışması Tavsiyesi, 8. maddesinde, gece çalışmasının genel olarak uygun bir ücret denkleştirmesine (telafisine) neden olması ve denkleştirmenin de, aynı gün gereklerine göre yapılan özdeş (aynı) bir iş için ödenen ücrete eklenmesi gerektiğini belirtmiş ve aynı zamanda “erkekler ve kadınlar arasında özdeş yada eşit değerde bir iş için eşit ücret ilkesine saygı göstermesi gerektiğini” öngörmüştür (m. 8/1, a).

4. Aile Sorumlulukları Bulunan Çalışanlara

İlişkin Tavsiye ve Sözleşme

İşe girme ve meslekte ilerleme yönünden özellikle kadın çalışanları olumsuz etkileyen “aile sorumlulukları”, analığın korunmasına ilişkin sözleşmeler dışında, UÇÖ'nün önce 1965'te bir tavsiye ve sonra da 1981'de aynı zamanda bir sözleşme ve tavsiye ile düzenlediği ayrımcılık konusu olabilen sorunlardan biridir.

a. 123 Sayılı Tavsiye (1965)

Aile ve meslek (çalışma) yaşamı alanındaki sorumlulukların uzlaştırılmasını sağlamaya yönelik ilk UÇÖ düzenlemesi, 22 Haziran 1965'te kabul edilen 123 sayılı **Aile Sorumlulukları Bulunan Çalışanlar Tavsiyesi** ile yapılmıştır.

Bakmakla yükümlü oldukları çocukları için aile sorumlulukları bulunan her iki cinsten çalışanlara uygulanan 1965 tavsiyesi, sayıları giderek artan ve aktif nüfu-

¹⁰⁶ <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

sun ayrılmaz bir parçasını oluşturan evleri dışında çalışan ve aile sorumlulukları bulunan kadınların karşı karşıya kaldıkları aile ve çalışma yaşamlarını uzlaştırma ve “sosyal uyumu” sağlama sorununa çözüm olarak kabul edilmiştir. UÇK’nin, üye devletlerlerce ulusal koşullarının olanak tanıdığı ölçüde, eksiksiz ve hızlı biçimde uygulamalarını önerdiği tavsiyenin “genel ilke” başlıklı 1. maddesi, yetkili kamusal makamların, ilgili kamusal ve özel örgütlerle, özellikle çalışan ve işveren örgütleriyle işbirliği yaparak, yerel ve ulusal planlardaki olanak ve gereksinimlere göre izleyecekleri politikaları belirlemiştir. Buna göre, izlenmesi gereken uygun ulusal politikanın, evleri dışında çalışan aile sorumlulukları bulunan kadınların, hem 111 sayılı sözleşmedeki ve hem de UÇK’nin kabul ettiği kadınları ilgilendiren başka belgelerdeki ilkelere uygun olarak ve hiçbir ayrımcılığa uğramaksızın çalışma haklarını kullanmalarına olanak vermesi gerekir (m. 1/a). Tavsiye, yetkili organların, aile sorumlulukları bulunan kadınların öteki çalışanlarla eşitlik temelinde bütünleştirilmelerine olanak vermek amacıyla alacakları önlemler arasında; genç kızların, cinsiyete dayalı her tür ayrımcılıktan başışık olarak genel öğretim, mesleki yönlendirme ve eğitim almalarının sağlanması da bulunmaktadır (m. 8/a).

Bu sorunla ilgili ilk “sözleşmesel” düzenleme, 1965 tavsiyesinden onaltı yıl sonra yapılmıştır.

b. 156 Sayılı Sözleşme (1981)

23 Haziran 1981 tarihinde kabul edilen ve 11 Ağustos 1983’te de yürürlüğe giren 156 sayılı Aile Sorumlulukları Bulunan Çalışanlara İlişkin Sözleşme’yi, aralarında Türkiye’nin bulunmadığı 40 devlet onaylamıştır.¹⁰⁷

Başlangıçta da belirtildiği gibi, 156 sayılı sözleşme, temelde 111 sayılı sözleşmenin “aile sorumlulukları” temelinde dayanan farklılıkları (distinctions) -yasaklanan ayrımcılık nedeni olarak- açıkça kapsamamasından doğan hukuksal boşluğu doldurmaya yöneliktir.

Başlangıç bölümünde Filadelfiya Bildirgesi’ne, 1975 tarihli Kadın Çalışanlar İçin Fırsat ve İşlem Eşitliği Bildirgesi’ne, 100 ve 111 sayılı sözleşmelere, BM sözleşmelerine ve özellikle Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi’nin başlangıcının 14. paragrafına yollamalarda bulunan 156 sayılı sözleşme, 1. maddesinde kişiler yönünden uygulama alanını belirlemiştir: Sözleşme, bakmakla yükümlü oldukları çocukları hakkında sorumlulukları bulunan iki cinsten çalışanlara, bu sorumlulukların ekonomik etkinliğe hazırlanma, bu etkinliğe girme, katılma yada bu etkinlikte ilerleme olanaklarını sınırladığı zaman uygulanır. Sözleşme kuralları aynı zamanda, bakım yada desteklerine açıkça gereksinimi bulunan ailelerinin başka üyeleri hakkında doğrudan sorumlulukları olan iki cinsin çalışanlarına da, bu sorumlulukların ekonomik etkinliğe hazırlanma, bu et-

¹⁰⁷ <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>, erişim: 12.01.2009.

kinliğe girme, katılma yada bu etkinlikte ilerleme olanaklarını sınırladığı zaman uygulanacaktır. 3. fıkrada da, bazı terimlerin anlamı, 9. maddedeki yöntemlere yollama yapılarak belirlenmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesi, gerek konu ve gerekse kişi yönlerinden uygulama alanını açık ve kesin bir anlatımla şöyle belirlemiştir: Sözleşme, tüm ekonomik etkinlik dallarına ve tüm çalışan kesimlerine uygulanır. Dolayısıyla sanayi, tarım ve hizmetler kesimlerinde, kamusal yada özel kesimlerde çalışan herkese, statüsü yada konumu ne olursa olsun sözleşme uygulanır.

Aile sorumluluklarını işe son vermek için geçerli bir gerekçe saymayan (m. 8) sözleşmenin 3. maddesi, her iki cinsten çalışanlar için fırsat ve işlem eşitliğini uygulamalı olarak yerleştirmek ereğiyle üye devletlere yükümlülük getirmiştir. Her üye devletin, ulusal politika hedefleri arasında, bir işi olan yada bir iş edinmek isteyen aile sorumlulukları olan kişilere, **ayrımcılığa konu olmaksızın** ve olanaklar ölçüsünde, mesleki ve ailesel sorumluluklar arasında çatışma olmaksızın, bir iş edinme yada iş elde etme haklarını kullanmalarına olanak vermeyi amaçlaması gerekir. Sözleşme, burada geçen “ayrımcılık” teriminin, 111 sayılı sözleşmenin 1. ve 5. maddelerinde tanımlanmış anlamında anlaşılacağını belirtmiştir (m. 3/1 ve 2).

4. madde ise, erkek ve kadın çalışanlar için fırsat ve işlem eşitliğini eylemli olarak sağlamak amacıyla, ulusal koşul ve olanaklarla bağdaşan ve kuşkusuz ayrımcılık içermeyen- tüm önlemlerin alınmasını öngörmüştür. Bu önlemler; a) aile sorumlulukları bulunan çalışanların işlerini serbestçe seçmelerine olanak vermelidir; b) istihdam koşulları ve sosyal güvenlik konusundaki gereksinimlerini göz önünde bulundurmalıdır.

c. 165 Sayılı Tavsiye (1981)

156 sayılı sözleşmeyi tamamlamak üzere 23 Haziran 1981’de kabul edilen ve bakmakla yükümlü oldukları çocukları için aile sorumlulukları bulunan her iki cinsiyetten işçiler (çalışanlar) ile tüm ekonomik etkinlik kollarına ve tüm çalışan kategorilerine uygulanan (m. 4) 165 sayılı tavsiye, her cinsiyetten çalışanlar için fırsat ve işlem eşitliğini yerleştirmek amacıyla üye devletlere yönelik yükümlülükler öngörmüştür. 1965 tavsiyesinin yerini alan ve daha ayrıntılı kurallar içeren 165 sayılı tavsiye, konuyla ilgili çeşitli UÇÖ belge ve sözleşmeleri ile BM’nin 1979 tarihli sözleşmesini andıktan ve 1965 tavsiyesinin kabul edilmesini izleyen yıllarda değişimler olduğunu anımsattıktan sonra, aile sorumlulukları bulunan her iki cinsten çalışanlar için gerçek (eylemli) fırsat ve işlem eşitliğini yerleştirme zorunluluğu kabul ederek ayrıntılı düzenleme yapmıştır.

Tavsiyenin, “ulusal politikalar” başlıklı ikinci bölümündeki 6. maddeye göre; aile sorumlulukları taşıyan her (iki) cinsiyetten çalışanlar için fırsat ve işlem eşitliğini yerleştirmek amacıyla, her bir üye devletin, ulusal politikalarının hedefleri arasında, ayrımcılığa uğramaksızın ve olabildiğince, ailesel ve mesleki sorumlulukları arasında bir çatışma olmaksızın, bir işte çalışan yada çalışmak isteyen aile so-

rumlulukları olan kişilerin çalışmalarına olanak tanımayı amaçlaması gerekir. 7. maddede de; fırsat ve işlem eşitliğini her iki cinsiyetten için geliştirmeyi amaçlayan bir ulusal politika çerçevesinde, evlilik (medeni) durumuna yada aile sorumluluklarına dayanan **doğrudan yada dolaylı ayrımcılıkları önlemek** amacıyla önlemler alınması ve uygulamaya konulması gerektiği belirtilmiştir. 8. madde ise, bu iki maddede geçen ayrımcılık teriminin, 111 sayılı sözleşmenin 1-5. maddelerinde tanımlanan ayrımcılık anlamına geldiğini; geçici bir dönem süresince, her iki cinsiyetten çalışanlar arasında gerçek / eylemli bir eşitliğe erişme amacı taşıyan **özel önlemlerin** (yani olumlu ayrımcılık sayılabilecek önlemlerin) ayrımcı sayılmayacağını öngörmüştür. Tavsiyenin 9. maddesi, her iki cinsiyetten çalışanlar için gerçek bir fırsat ve işlem eşitliğini yerleştirmek amacıyla, ulusal koşul ve olanaklar ile bağdaşan tüm önlemlerin alınması gerektiğini, bu önlemlerin hangi amaçlarla alınacağını belirtmiştir (m. 9/a, b, c).

165 sayılı tavsiyeye göre, aile sorumlulukları olan çalışanların, istihdama hazırlık ve giriş, istihdamda ilerleme ve iş güvencesi konularında öteki çalışanlarla fırsat ve işlem eşitliğinden yararlanmaları gerekir (m. 15). Evlilik durumu, aile durumu ve aile sorumlulukları, bir çalışana istihdamı reddetmek yada iş ilişkisini sona erdirmek için geçerli bir neden oluşturamaz (m. 16). Başka bir deyişle, anılan üç durum, iş ilişkisinin kurulması ve sona erdirilmesi için ayrımcılık nedeni olamaz.

VI. SENDİKAL HAKLARA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER VE DENETİM ORGANLARININ KARARLARI (1948, 1949, 1960, 1975, 1978)

111 sayılı sözleşmenin ayrımcılık nedenleri yönünden bir eksiği de, “sendika üyeliği” ve “sendikal etkinlikler” nedeniyle işverenlerin başvuracağı ayrımcı işlem ve eylemlere yer vermemiş olmasıdır. Kanımca bunun temel nedeni, 111 sayılı sözleşmeden önce kabul edilen sendika özgürlüğü ve özgür toplu pazarlığı düzenleyen ve bu yönüyle birbirini tamamlayan 87 ve 98 sayılı sözleşmelerde, ayrımcılığa karşı koruma sağlayan özgül kuralların yer almış olmasıdır. 1948 ve 1949 yıllarında kabul edilen bu sözleşmeler ile sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık alanlarındaki öteki sözleşme ve tavsiyelerde öngörülen kurallar ve ayrıca denetim organlarının bunlara ilişkin yerleşik kararları, UÇÖ'nün ayrımcılık yasağı hukukunun çok önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

1. Sendika Özgürlüğü ve Sendika Haklarının Korunması Sözleşmesi (1948)

9 Temmuz 1948'de kabul edilen ve 4 Temmuz 1950'de yürürlüğe giren 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Haklarının Korunması Sözleşmesi'ni, 12 Şubat 2009 tarihi itibarıyla onaylayan devlet sayısı 149'dur. ¹⁰⁸

¹⁰⁸ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

Türkiye, 25 Kasım 1992 tarihli ve 3847 sayılı yasayla onaylanmasını uygun bulduğu ¹⁰⁹ 87 sayılı sözleşmeyi, Bakanlar Kurulu'nun 8 Ocak 1993 tarihli ve 93/3967 sayılı kararıyla onaylamış ¹¹⁰ ve onay, 12 Temmuz 1993'ten başlayarak uluslararası hukukta yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmenin 1. maddesi, sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkının üç evrensel ilkesinden birinin “*hiçbir fark (distinction) gözetmeme*” olduğunu belirtmiştir. Çalışanlar ve işverenler arasında, Filadelfiya Bildirgesi'ndeki üç nedene dayalı olarak değil “hiçbir yönden” ayırım gözetmeme, çok sınırlı istisnaları bulunan bir kuraldır. İstisnalar ise, geniş yorumlanmaması, örneğin “sivil” olanları kapsaması gereken “silahlı kuvvetler” ve “polis” üyeleri / görevlileri ile ilgilidir.¹¹¹

Sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkını, “çalışanlar”a ve “işverenler”e tanıyan 87 sayılı sözleşmenin 2. maddesi, çalışanların özgür iradesinin üstünlüğünü somutlaştıran üç evrensel ve temel ilkeye yer vermiştir. Sendika hakkını güvenceye alan bu ilkelerden biri, ayrımcılığın, nedenlerinin örnek olarak da sayılmaksızın mutlak bir anlatımla yasaklandığı, “*hiçbir biçimde ayırım gözetmeme*” ilkesidir. Öteki iki ilke de, önceden izin almama ile seçtikleri (istedikleri) örgütleri kurma ve onlara üye olma ilkeleridir.

Sözleşme, denetim organlarının kararlarında da vurgulandığı gibi, yaptıkları iş yada hizmetin niteliği, çalıştıkları ekonomik etkinlik kesimleri (tarım, sanayi yada hizmet sektörleri), bağlı oldukları istihdam biçimleri yada memur, kamu görevlisi,¹¹² işçi, sözleşmeli personel gibi işverenleriyle çalışma ilişkileri temelinde tanımlanmış yasal nitelikleri, hiyerarşide buldukları düzey gibi yönlerden, *tüm çalışanlar arasında hiçbir ayırım yapılmamasını* öngörmüştür. Örneğin, itfaiye hizmetlerinde çalışanlar ile cezaevi personeli, sendika hakkı açısından “çalışanlar” kapsamındadır. Çalışanlar arasında ayırım yapmama ilkesi, genel ve mutlak bir ilkedir; ırk, dil, din, cinsiyet, sosyal yada ulusal köken, siyasal yada ideolojik görüş vb. yönlerden ayırım gözetilmemesini olduğu kadar, örneğin hak öznelerinin “uyrukluğu” temeline dayalı ayrımcılık yapma yasağını da kapsamakta, dolayısıyla yasalara uygun olarak oturduğu yada çalıştığı devletin yurttaşı olmayan “yabancılar”ın (örneğin, bulunduğu devletin yurttaşı olmayan göçmen işçilerin) sendika hakkını da uluslararası güvenceye almaktadır.¹¹³

¹⁰⁹ **Resmi Gazete**, 11 Aralık 1992, Sayı: 21432.

¹¹⁰ **Resmi Gazete**, 25 Şubat 1993, Sayı: 21507.

¹¹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu**, 2005, s. 146-147.

¹¹² Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'nın, birçok kamu görevlisini ve adayları, sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkından yoksun bırakan düzenlemeleri, statü ve görevlerin niteliği temeline dayalı doğrudan ayrımcılık niteliği taşıyor ve 87 sayılı sözleşmeye açıkça aykırıdır (bkz.: Altıncı Bölüm, s. 655-658).

¹¹³ Sendikalar Yasası'nın kuruculuk koşulları arasında yer verdiği “Türk vatandaşı olma”, aynı zamanda UÇÖ denetim organlarının 87 sayılı sözleşme ve Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nin de Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinde eleştirdiği ve kaldırılmasını istediği ayrımlıklardan biridir (bkz.: Altıncı Bölüm, s. 638-642).

87 sayılı sözleşme, kişiler yönünden uygulama alanı açısından yalnızca güvenlik görevlileri için sınırlama olanağı getirmiş; tanıdığı güvencelerin “silahlı kuvvetler” ile “polis”e “*hangi ölçüde*” uygulanacağını belirlemesi yetkisini “ulusal mevzuat” a bırakmıştır (m. 9/1). Bu, sınırlı bir yetkidir ve genişletilmesi, “kural” olan sendika özgürlüğüne aykırı düşer. Bunların dışında kalan hiçbir çalışan, örneğin ev hizmetlerinde, informal sektörde, serbest bölgelerde, yardımseverlik kuruluşlarında çalışanlar, sözleşmenin kapsamı dışında tutulamaz, başka bir deyişle sendika hakkı yönünden ayrımcı işlem ve uygulamalara konu edilemezler.

Öte yandan, silahlı kuvvetler ve polis ile ilgili düzenlemenin genel kurala getirilmiş bir “istisna” kuralı olduğu ve geniş yorumlanmaması gerektiği de unutulmamalıdır. Daha açık bir deyişle, her iki güvenlik personeli, dar anlamda “silahlı kuvvetler” ve “polis”i kapsamalı, bu kişilerin çalıştırıldığı kurum ve kuruluşlardaki “sivil” personeli de içerecek biçimde geniş yorumlanmamalıdır; bu personele yönelik olarak “hizmetin özelliği” nedeniyle ayrımcılık yapılmamalıdır. ¹¹⁴

87 sayılı sözleşme, çalışan ve işveren örgütlerine, bu üç ilkedен yararlanarak, federasyon ve konfederasyonlar kurma ve bunlara üye olma hakkı tanımıştır. Bu üst örgütlerin de, uluslararası çalışanlar ve işverenler örgütlerine katılma (üye olma) hakkı vardır (m. 5). Daha açık bir anlatımla, öteki iki ilkeyle birlikte *hiçbir biçimde ayırım gözetmeme*, alt düzey sendikal örgütler kurulmasında olduğu gibi, federasyon ve konfederasyonların yanı sıra, üst düzeydeki başka örgütlenmeler ve uluslararası sendikal üyelikler için de geçerlidir. Kanımca, sözleşmenin “federasyon ve konfederasyon” olarak belirlediği üst düzey sendikal örgütlerin, bunlarla sınırlı olduğu sonucuna varmamak gerekir. Çünkü ayrımcılık yasağı, “hiçbir biçimde” yapılmaması gereken “mutlak” bir ilkedir.

2. Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi (1949)

1 Temmuz 1949 tarihinde kabul edilen ve 18 Temmuz 1951’de yürürlüğe giren 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi’ni, 12 Şubat 2009 tarihi itibarıyla, 159 devlet onaylamıştır. ¹¹⁵

¹¹⁴ 87 sayılı sözleşme, Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası’nın madde 19/8 kuralı gereğince, sözleşmeyi onaylayan bir devletin yasa, yargı kararı, gelenek yada antlaşma ile silahlı kuvvetlere ve polise bu sözleşmedeki hak ve güvenceleri sağlamış olması durumunda, onayın bunu etkilemeyeceğini öngörerek (m. 9/2), *daha ileri ulusal hukukun üstünlüğü ilkesine yer vermiştir*. Bu ilke, aslında UÇÖ Anayasası’nda (m. 19/8) yer alan daha genel nitelikli “çalışanlar yararına olan ulusal kuralların geçerliliği, üstünlüğü” ilkesinin yinelenmesinden başka bir şey değildir (Bu ilke konusunda bkz.: Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, 2008, s. 252).

¹¹⁵ BIT, **Rapport de la Commission d’experts...**, 2008 (II), s. v-x; <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>, erişim: 12.02.2008.

Türkiye, 98 sayılı sözleşmeyi 8 Ağustos 1951 tarihli ve 5834 sayılı yasayla onaylamıştır. ¹¹⁶ Onay işlemi, 23 Ocak 1952'den başlayarak uluslararası hukukta geçerlik kazanmıştır.

98 sayılı sözleşme, örgütlenme (sendika) özgürlüğünü “işverenlere ve işveren örgütlerine” karşı korumayı, işverenlerden gelebilecek engelleme, *ayırım gözetme*, *karışma* vb. eylem ve işlemlere karşı güvenceye almayı ve böylece de 87 sayılı sözleşmeyi tamamlamayı amaçlar. ¹¹⁷ Sözleşmeye göre çalışanların, işverenlerin istihdam alanında sendika özgürlüğüne zarar verme amacı taşıyan tüm *ayırımı eylemlerine karşı* eksiksiz (tam) bir korumadan yararlanmaları gerekir. 2821 sayılı yasada da yer alan bu koruma (m. 31), *özellikle* şu iki küme ayırımı eyleme başvurulması durumunda uygulanır:

1. Bir çalışanın çalıştırılmasını (istihdam edilmesini), bir *sendikaya girmemesi* yada bir sendikadan çıkması koşuluna bağlı tutma;
2. Bir çalışana, sendika üyeliği yada iş saatleri içinde *sendikacılık etkinliklerine katılması* nedeniyle *işten çıkarma* yada başka yollarla ona zarar verme amacı gütmeye (m. 1).

Kısaca belirtmek gerekirse, 98 sayılı sözleşme, işverenin ayırım gözetici bu eylemlerini “örnek” olarak saymıştır, dolayısıyla da koruma sendika üyeliği ile sendikal çalışmalara ilişkin iki küme eylemle sınırlı değildir. Çalışma ilişkisinin işe girmeden işten çıkarılmaya değin tüm aşamalarını kapsayan ayırıcılık karşıtı koruma, “tam / eksiksiz” bir korumadır. Uzmanlar Komisyonu'nun yerleşik kararına göre, işverenin ayırımı işleminin mağduru olan bir işçiye “tazminat” ödenmesi yeterli değildir; sözleşmenin öngördüğü tam koruma, bu işçinin işine geri döndürülmesini de kapsar. ¹¹⁸

3. Sınai ve Ulusal Düzeylerde Danışma Tavsiyesi (1960)

20 Haziran 1960'ta kabul edilen 113 sayılı Sınai ve Ulusal Düzeylerde Danışma Tavsiyesi, 94 sayılı tavsiyeyi tamamlamayı amaçlar.

Tavsiye, bir yandan kamu yetkilileri ile işveren ve çalışan örgütleri arasında, öbür yandan da bu örgütler arasında sınai ve ulusal düzeylerde danışma ve işbirliği süreçlerini geliştirmek ereğiyle, ulusal koşullara uygun önlemler alınmasını ön-

¹¹⁶ T. C. Resmi Gazete, 14 Ağustos 1951, Sayı: 7884, s. 1-2. Bu onay, Cahit Talas'ın girişimiyle gerçekleşmiştir (bkz: Mesut Gülmez, “Kırkıncı Yılında, 98 Sayılı ILO Sözleşmesi Üzerine Prof. Dr. Cahit Talas ile Bir Söyleşi”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Sayı 109, Temmuz 1989, s. 31-35 ve *Cahit Talas'a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Yayını, Ankara, 1990, s. 59-68.

¹¹⁷ Mesut Gülmez, *Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye*, s. 54 vd.

¹¹⁸ Sendikalar Yasası'nın bu konuda öngördüğü tazminat yaptırımı, 98 sayılı sözleşmenin bu kuralıyla bağdaşmamaktadır (bkz.: Altıncı Bölüm, s. 644 vd.).

görmüştür. Söz konusu önlemlerin, işveren ve çalışan örgütlerine karşı ve bu örgütler arasında *üyelerinin sayısı, cinsiyet, din, siyasal görüş ve ulusal köken gibi ölçütler üzerine temellenen hiçbir ayırım yapılmaksızın* uygulanması gerekir (m. 1/1, 2). Tavsiye, ayrımcılığın dayandırılabilceği nedenleri sınırlı olmaksızın saymıştır.

4. İşçi Temsilcileri Sözleşmesi

İşletmelerde İşçi (Çalışan) Temsilcilerinin Korunması ve Temsilcilere Tanınacak Kolaylıklar Sözleşmesi, 23 Haziran 1971 tarihinde kabul edilmiş ve 30 Haziran 1973'te yürürlüğe girmiştir. 12 Şubat 2009 itibarıyla 82 devletin taraf olduğu ¹¹⁹ 135 sayılı sözleşmeyi, Türkiye 25 Şubat 1993 tarihinde onaylamış ¹²⁰ ve onay, 12 Temmuz 1993'te uluslararası hukuk önünde (UÇÖ'ye karşı) yürürlüğe girmiştir. ¹²¹

Çalışanlara, temsilcilerini özgürce seçme hakkı tanıyan 87 sayılı sözleşme ile işverenin ayrımcı eylemlerine karşı örgütlenme özgürlüğünü koruyan 98 sayılı sözleşmeyi tamamlama gereksiniminden doğan 135 sayılı sözleşme, temsilcilerin, kendilerine zarar verebilecek tüm önlemlere karşı "etkili" bir korumadan (protection efficace / effective protection) yararlanmalarını öngörmüştür. Bu koruma, yalnızca iş ilişkisinin sürdüğü dönem içinde değil, aynı zamanda işten çıkarmada da uygulanır. Temsilcilere zarar veren önlemler, onların çalışan (işçi) temsilcisi niteliğinden, temsilcilik etkinliklerinden, sendika üyeliğinden yada sendikacılık etkinliklerine katılmalarından ileri gelmiş, bu nedenlerden birine dayandırılmış olabilir. Bu korumadan yararlanmak için temsilcilerin yürürlükteki yasalara, toplu sözleşmelere ve başka sözleşmesel düzenlemelere uygun davranması gerekir (m. 1).

Kuşkusuz, sözleşmenin temsilcilere (Sendikalar Yasası'nda öngörülen işyeri sendika temsilcilerine) sağladığı koruma, ¹²² işverenin kendilerine yönelik ayrımcı işlem ve eylemlerini de kapsar. İşletmedeki işlevlerini hızlı ve etkili biçimde yerine getirmelerine olanak vermek üzere kendilerine tanınması gereken kolaylıklardan yararlanarak gerçekleştirdikleri tüm etkinlikleri nedeniyle, örneğin işten çıkarılmaları durumunda yararlanmaları gereken "etkili koruma", işten çıkarmanın haksızlığı yargı kararıyla saptandığında, işe geri dönmeyi de içeren ve salt tazminat ödenmesiyle yetinmeyen bir hukuksal yaptırım öngörülmesini gerektirir.

¹¹⁹ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12.02.2009.

¹²⁰ **T. C. Resmi Gazete**, 25 Şubat 1993, Sayı: 21507, s. 2-4.

¹²¹ Uzmanlar Komisyonu, onayın yürürlüğe girmesinden beri UÇK'ye sunduğu raporlarında, 135 sayılı sözleşmeye ilişkin herhangi bir gözleme yer vermemiştir.
<http://www.ilo.org/ilolex/french/newcountryframeF.htm>, erişim: 12.02.2009.

¹²² Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 652 vd.

5. Kırsal Kesim Çalışan Örgütleri Sözleşmesi (1975)

23 Haziran 1975 tarihinde kabul edilen ve 24 Kasım 1977’de yürürlüğe giren 141 sayılı sözleşmeyi, 12 Şubat 2009 itibarıyla -aralarında ülkemizin bulunmadığı- 40 devlet onaylamıştır. ¹²³

141 sayılı sözleşme, ücretli yada kendi hesabına çalışan tüm kır çalışanlarına önceden izin almaksızın, istedikleri örgütleri kurma ve onlara üye olma hakkı tanımıştır. Bu örgütler, bağımsız ve gönüllülük temeline bağlı olarak kurulur; hiçbir karışma, zorlama ve baskıcı önleme bağlı tutulamaz. Tüzel kişilik kazanmaları, bu kuralların uygulanmasını tartışma konusu yapacak nitelikte koşullara bağlı olmaz. Ulusal mevzuatın, sözleşme güvencelerine zarar vermemesi ve zarar verecek biçimde uygulanmaması gerekir (m. 3).

Sözleşmeyi onaylayan devletler, kır örgütlerinin kurulmasına, gelişmesine ve yasal etkinliklerini yerine getirmesine karşı koyan engeller ile **kendilerine ve üyelerine yönelik yasal ve yönetsel ayrımcılıkları ortadan kaldırmayı amaçlayan bir politika** benimsemek ve uygulamak zorundadır (m. 5). Örneğin, kooperatiflerin varlığı, kır çalışanlarının sendikal örgütler kurmasına engel olmamalıdır ve kır çalışanları da, grev hakkında yararlanmalıdır.

6. Kamu Yönetiminde Çalışma İlişkileri Sözleşmesi (1978)

Türkiye, 27 Haziran 1978 tarihinde kabul edilen ve 25 Şubat 1981’de yürürlüğe giren 151 sayılı sözleşmeyi, 87 sayılı sözleşmeyle birlikte -1993’te- onaylamış ve onay, yine aynı tarihte uluslararası hukukta geçerlik kazanmıştır. 12 Şubat 2009 itibarıyla sözleşmeyi onaylayan devlet sayısı, 44’tür. ¹²⁴

151 sayılı sözleşme, hem “birey” olarak kamu görevlilerini ve hem de kurdukları örgütleri, istihdam konusunda sendika özgürlüğünü zedeleyen *ayrımcı eylemler* ile işveren konumundaki kamu yetkililerinden gelen *karışma (müdahale) eylemlerine* karşı tam koruma amacı sağlayan kurallara yer vermiştir (m. 4). Bunlar, 98 sayılı sözleşmede yer alan kuralların benzeridir. ¹²⁵

7. Denetim Organlarının Ayrımcılık Yasağına İlişkin Kararları

UÇÖ denetim organlarının (Uzmanlar Komisyonu ile Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin), birçoğu ülkemizdeki sendikal düzenlemelerle ilgili olarak da yinelenen

¹²³ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

¹²⁴ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

¹²⁵ 151 sayılı sözleşme, Türkiye’nin 87 ve 98 sayılı sözleşmeleri onaylamış ve temelde bu iki sözleşmede güvenceye alınan sendikal hakları kamu görevlileri özelinde düzenlemiş olması nedeniyle, çoğu kez ileri sürüldüğünün tersine, kamu görevlileri için 87 ve 98 sayılı sözleşmeleri göz ardı ederek öncelikle uygulanması gereken bir sözleşme değildir. Bu, sözleşmenin 1. maddesinin bu konuda daha elverişli kurallar içeren sözleşmelerin uygulanacağını açıkça belirten kuralının bir gereğidir (Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu**, s. 154-155).

ayrımcılık yasağı konusundaki yerleşik kararlarından kimilerini, 87 ve 98 sayılı sözleşmelerin güvenceye aldığı haklar bağlamında ayrı ayrı sıralamakta yarar vardır.

a. 87 Sayılı Sözleşmeye İlişkin Kararlar

SÖK ve Uzmanlar Komisyonu'nun aşağıdaki kararları; ¹²⁶ sendika hakkının öznelere (çalışanlar) arasında, hukuksal nitelikleri, uyruğu, gördükleri işin yada hizmetin niteliği, çalıştıkları işkolu, kamu yada özel kesimde çalışmaları vb nedenlerle yapılan yasaklayıcı yada kısıtlayıcı, sonuç olarak ayırım gözetici düzenleme ve uygulamaların, 87 sayılı sözleşmenin güvenceye aldığı sendika özgürlüğü ilkesiyle bağdaşmadığını, gerek işçilere ve gerekse kamu görevlilerine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemelerimizin çoğunun bu sözleşmeye aykırılığını ortaya koymaktadır.¹²⁷

- 87 sayılı sözleşmeyi onaylayan bir ülke, bu sözleşmeyi “tüm çalışanlara hiçbir ayırım gözetmeksizin” uygulama konusunda uluslararası bir yükümlülük altına girmiştir.
- 87 sayılı sözleşmenin 2. maddesi, sendikal alanda ayırım gözetmeme ilkesini öngörür ve “hiçbir ayırım yapmama” ilkesi, sendika özgürlüğünün uğraş (iş yada hizmet), cinsiyet, renk, ırk, inanç, uyruklu, siyasal görüşler vb. yönlerden hiçbir ayırım gözetilmeksizin, yalnızca ekonominin özel kesimindeki çalışanlarına değil aynı zamanda *memurlara* ve genel olarak kamu hizmetlerinin görevlilerine de tanındığı anlamına gelir.
- 87 sayılı sözleşme kuralları, hiçbir ayırım gözetmeksizin tüm çalışanlara uygulanır ve dolayısıyla *devlet personelini* de kapsar. Gerçekten, çıkarlarını savunmak amacıyla başkaları gibi örgütlenecek durumda ve yetenekte olmaları gereken kamu görevlileri ile özel kesim çalışanları arasında, sendika hakkı alanında ayırım yapmak denkserliğe (hakkaniyete) aykırıdır.

¹²⁶ BIT, **La liberté syndicale, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT**, Cinquième édition (révisée), 2006, Genève, s. 61-82; BIT, Bureau international du Travail (BIT), **Liberté syndicale et négociation collective** (Etude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations), Rapport III (Partie 4B), CIT, 81^e session 1994, Genève, 1994, s. 23-34. Ayrıca, SÖK karar ve ilkeleri derlemesinin 4. basısından yapılan ve İngilizce orijinali ile birlikte yayımlanan şu kaynağa da bakılabilir: Çağla Ünlütürk (çev), **Örgütlenme Özgürlüğü**, UÇÖ Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Yönetim Kurulu'nun Karar ve İlkelerinin Özeti, Belediye-İş, BES, Genel-İş, Sağlık-İş, SES, Tüm Bel-Sen, Türk Harp-İş, Yapı Yol-Sen, Yol-İş, Birinci Basım, Ankara, Haziran 2007.

Önemle belirteyim ki, alt başlığı şöyle okumak gerekir: UÇÖ Yönetim Konseyi (Kurulu) Sendika (Örgütlenme) Özgürlüğü Komitesi'nin Karar ve İlkeleri Derlemesi (MG).

¹²⁷ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 638 vd.

- *Tüm kamu görevlilerinin, özel kesim çalışanları gibi, üyelerinin çıkarlarını korumak ve geliştirmek için seçtikleri örgütleri kurabilmeleri gerekir. Bunun tek istisnası, 9. madde gereğince, silahlı kuvvetler ve polistir.*
- *Yabancılarla sendikal hakların tanınması konusunda, sözleşmenin 2. maddesi karşısında karşılıklılık koşulu kabul edilemez.*
- *Özellikle kamu görevlilerini sendika özgürlüğü karşıtı (anti-sendikal) ayrımcılığa karşı korumayı ve kamu hizmetinin (yönetiminin) tümüne uygulanabilir çalışma ilişkilerinin ve koşullarının saptanmasını amaçlayan bazı kurallar açıklayarak (98 sayılı) Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi'ni tamamlamak üzere kabul edilen 151 sayılı sözleşme, hiçbir biçimde 87 sayılı sözleşmece tüm çalışanlara sağlanan temel örgütlenme hakkını geçersiz kılamaz yada küçültemez (daraltamaz).*
- *Memurların da, özel kesim çalışanları gibi üyelerinin çıkarlarını savunmak ve ilerletmek (geliştirmek) amacıyla, seçtikleri örgütleri kurabilme ve bu örgütlerin de etkinliklerini düzenleme ve özellikle kamu yetkililerinin karışması olmaksızın toplantılar yapma hakkının bulunması gerekir.*
- *Sendika kurma yada tescil ettirme hakkının devlet yada yerel yönetimler görevlileri için taşıdığı önem gözönüne alındığında, devlet hizmetinde çalışanlara örgütlenme hakkının yasaklanması, çalışanların ayrımsız ve önizinsiz olarak seçtikleri sendikaları kurma hakkına sahip olmaları konusunda genellikle benimsenmiş olan ilke ile bağdaşmaz.*
- *Özel kesim çalışanlarının sahip olduğu sendika kurma hakkının kamu kesimi çalışanlarına tanınmasının yadsınması, bunların “dernekler”inin gerçek anlamıyla “sendikalar”a tanınan avantaj ve ayrıcalıklardan yoksun bırakılması sonucu doğurur. Ayrıca yadsıma, hükümetçe istihdam edilen çalışanlar ve onların örgütleri için, özel kesim çalışanlarına ve örgütlerine oranla bir ayrımcılık içerir. Böyle bir durumsa, bu ayrımcılığın, çalışanlara “hiçbir ayırım gözetilmeksizin” ve önceden izin olmaksızın seçtikleri örgütleri kurma ve onlara üye olma hakkı tanıyan 87 sayılı sözleşmenin 2. maddesinin yanı sıra, 3. ve 8. (2. fıkra) maddeleri ile de bağdaşırılığı sorunu doğurur.*
- *Yerel yönetimler çalışanlarının, uygun olduğunu düşündükleri örgütleri kurabilmeleri ve bu örgütlerin de, temsil ettikleri çalışanların çıkarlarını tam olarak geliştirme ve savunma hakkına sahip olmaları gerekir.*

- Sözleşmenin 9. maddesinin 1. fıkrası, bu sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polise *uygulanma ölçüsünün* belirlenmesini ulusal mevzuata bırakmıştır. Uluslararası Çalışma Konferansı'nın, bu kural gereğince, sözleşmede öngörülen hakların silahlı kuvvetlere ve polise tanınmasının uygun olup olmadığı konusundaki ölçünün belirlenmesini devletlere bırakma dileğinde bulunduğu hiçbir kuşku yoktur. Bu, sözleşmeyi onaylayan devletlerin, sözleşmedeki hakları bu personel kesimlerine tanımakla yükümlü olmadıklarını içerir.
- Sözleşmenin 9. maddesinin 1. fıkrasındaki (sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polise *uygulanma ölçüsünü* belirleme yetkisini ulusal mevzuata bırakan) kural, bir devlet mevzuatının silahlı kuvvetlerin ve polis sendikal haklarını *sınırlandırma yada kaldırmasının*, bu sorunun UÇÖ üyesi devletlerin değerlendirmesine (takdirine) bırakılmış olması nedeniyle, sözleşmeye aykırı olduğu biçiminde düşünülmesine yol açmaz.
- 87 sayılı sözleşmenin uygulama alanı dışında tutulabilecek *silahlı kuvvetler üyelerinin* sınırlayıcı / kısıtlayıcı (restrictif) biçimde (yani dar olarak) belirlenmesi gerekir. *Kuşkulu durumlarda, çalışanların (silahlı kuvvetler ve polis üyelerinin) "sivil" sayılması gerekir.*
- Silahlı kuvvetlerin yapımevi kuruluşlarındaki (imalathanelerdeki) sivil çalışanlarının, sözleşmeye uygun olarak, önceden izin almaksızın seçtikleri örgütleri kurma hakkı vardır.
- Silahlı kuvvetler bankasının istihdam ettiği sivil personelin, öteki sendika militan ve yöneticileri ile aynı koşullarda, sendikal örgütler kurma ve bunlara üye olma hakkı ile sendika özgürlüğü karşıtı (anti-sendikal) ayırıcı işlemlere karşı uygun korunma hakkından yararlanması gerekir.
- *Tarım çalışanlarının* sendikal örgütler kurma hakkından yararlanması gerekir.
- Uluslararası hava yollarında sendikal etkinliklerin yasaklanması, sendika özgürlüğünün ağır bir ihlalini oluşturur.
- Sözleşmenin 2. maddesindeki sendika hakkı, *hastane personelini* de kapsayan temel bir haktır.
- Çeşitli ülkelerde sendika kurma hakkından yoksun bırakılan *itfaiyeciler* ile birçok ülkede örgütlenme hakkı yönünden polise benzetilen *cezaevi personelinin* yerine getirdikleri işlevler, sözleşmenin 9. mad-

desine dayanarak sendika hakkının ortadan kaldırılmasını haklı göstermez.

- Çalışanların sendikalaşma hakkından yoksun bırakılmasına olanak veren “*güven konumu*” kavramının aşırı geniş yorumu, sendikal hakların kullanımını ağır biçimde kısıtlayabilir ve hatta küçük işletmelerde, sendikalar kurulmasını engelleyebilir, bu da sendika özgürlüğü ilkesine aykırıdır.
- Yönetim personelinin (yöneticilerin) çalışan sendikalarına üyeliğinin yasaklanmasıyla ilgili olarak, “*yönetici*” (dirigeant) kavramının yalnızca işverenlerin çıkarlarını gerçekten temsil eden kişilerle sınırlandırılması gerekir.
- İster sürekli çalışanlar isterse *geçici bir dönem için işe alınan çalışanlar yada geçici çalışanlar* (işçiler) olsun, tüm çalışanların, hiçbir ayırım gözetilmeksizin seçtikleri sendikaları kurma ve onlara üye olma hakları vardır.
- *Deneme döneminde bulunan çalışanların*, istiyorlarsa, seçtikleri sendikaları kurma ve onlara üye olma hakları vardır. Deneme (adaylık) dönemindeki çalışanlara sendika hakkının yasaklanması, 87 sayılı sözleşme açısından sorunlar yaratır.
- *Serbest bölgelerde çalışanların* da, ileri sürülen ekonomik gerekçelere karşın, aynen öteki çalışanlar gibi, hiçbir ayırım gözetilmeksizin, sendika özgürlüğü konusundaki sözleşmelerde öngörülen sendikal haklardan yararlanmaları gerekir.
- Bir sendika kurmak için çalışanların yalnızca bir işverenin ücretlisi olma koşulunun aranması, sendika özgürlüğü ilkelerine aykırıdır.
- Hükümet, *kamu işletmelerinde (KİT’lerde) memur ve sözleşmeli personel* statüsünde olan kişilere, seçtikleri örgütleri kurma ve onlara üye olma olanağı vermek amacıyla, yürürlükteki ulusal mevzuat kurallarını değiştirmelidir.
- 98 sayılı sözleşme, yalnızca devlet yönetiminde görevli olan memurları kapsamaz. Hükümet (Türkiye), kamu işletmelerindeki memur ve sözleşmeli personel statüsündeki kişilere istihdam koşullarını ve ücretlerini, 98 sayılı sözleşmenin 4. maddesine uygun olarak toplu pazarlık yoluyla belirleme olanağı vermek amacıyla yürürlükteki ulusal mevzuat kurallarını değiştirmelidir. ¹²⁸

¹²⁸ BIT, *Bulletin officiel*, Volume LXXIII, 1990, Série B, No 2, s. 196.

b. 98 Sayılı Sözleşmeye İlişkin Kararlar

SÖK ve Uzmanlar Komisyonu'nun taraf devletlerce 98 sayılı sözleşmenin uygulanmasına ilişkin aşağıdaki yerleşik kararları; ¹²⁹ bu sözleşmenin iki ana konusundan birini oluşturan “örgütlenme özgürlüğünün işveren kaynaklı ayrımcı eylemlere karşı korunması”na ilişkindir. Çalışma (istihdam) hakkının, kamusal yada özel işverenin ayrımcı işlem ve eylemlerine karşı korunması, salt çalışanların diledikleri sendikalara üye olması ve sendikalarının etkinliklerine eylemli olarak katılması yada başka biçimlerde destek vermesini değil, aynı zamanda 87 sayılı sözleşmenin güvencesindeki toplu eylemlere ve greve katılmayı da kapsamaktadır.

- Sendika özgürlüğü karşıtı ayrımcılık eylemlerine karşı koruma, sendika üyelerine, *eski sendikal sorumlulara* ve görevdeki sendika yöneticilerine uygulanır.
- Hiç kimse, istihdam alanında, sendika üyeliği yada meşru sendikal etkinliklerde bulunması nedeniyle *işten çıkarılamaz* ve başka zarar veren önlemlere konu olamaz. Uygulamada tüm ayrımcılık eylemlerinin yasaklanmış ve yaptırıma bağlanmış olması gerekir.
- İsteyen sendikacıların, bir sendika kurma etkinlikleri nedeniyle işten çıkarıldıklarında, **yeniden görevlerine dönmeleri** için önlemler alınması uygun olur.
- Çalışanların, *meşru (yasal) bir grev* nedeniyle işten çıkarılması, istihdam konusunda bir ayrımcılık oluşturur.
- Uygulamada işverenlere, tüm haksız işten çıkarma durumları için yasaıyla öngörülen **tazminatı ödeme** koşuluyla bir çalışana işten çıkarma olanağı tanıyan bir mevzuat, eğer gerçek neden sendika üyeliği yada sendikal etkinlik ise, 98 sayılı sözleşmenin amaçladığı sendika özgürlüğü karşıtı ayrımcı eylemlere karşı **yeterli bir koruma sağlamış sayılamaz**.
- Sendika yönetici ve militanları için *kara liste* oluşturma uygulaması, sendikal hakların özgürce kullanılmasını ağır biçimde tehlikeye düşürür ve hükümetler, bu gibi uygulamalara karşı katı önlemler almalıdır.
- Ekonomik (amaçlı) işten çıkarmalar kisvesi altında sendika özgürlüğü karşıtı ayrımcılık eylemlerine izin verilmemelidir.
- Bir işverenin; *bir grev, lokavt yada başka benzer eylemler* sonunda, bu çalışanlara, bağımsız bir mahkemeye başvurarak işten çıkar-

¹²⁹ BIT, *La liberté syndicale*, 2006, s. 163-179; BIT, *Liberté syndicale et négociation collective*, 1994, s. 99-107.

malara karşı çıkma (itiraz etme) hakkı tanımaksızın, çalışanlarının bir bölümünü yada tümünü yeniden işe almayı reddetmesine olanak vermek, grev hakkı ile bağdaşmaz.

- Hükümetin, sendika özgürlüğü karşıtı tüm ayrımcılık eylemlerini önleme sorumluluğu vardır ve bu tür ayrımcı uygulamalar nedeniyle yapılan yakınmaların, hızlı, yansız ve etkili olması gereken usuller (etkili başvuru / hak arama yolları) çerçevesinde incelenmesini gözetmesi gerekir.
- Çalışanların, *cezai ve hukuksal yaptırımlar* içeren özel kurallarla, işverenlerden kaynaklanan sendika özgürlüğü karşıtı ayrımcılık eylemlerine karşı korunmasını sağlama zorunluluğu vardır.
- Sendika özgürlüğü karşıtı işten çıkarmalar durumunda çok ağır para cezaları, yönetime çalışanları işe geri alma emri vermeyi ve işletmenin kapatılması olasılığını içeren (sendika özgürlüğü karşıtı ayrımcılık eylemlerine karşı) bir koruma sistemi, 98 sayılı sözleşmeye zarar vermez.

VII. ÖTEKİ UÇÖ SÖZLEŞMELERİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Kuşku yok ki, en geniş anlamıyla istihdam ve meslek alanında geleneksel ve yeni, tüm ayrımcılık biçimlerine karşı genel nitelikli tek bir belgeyle karşı koymak olanaklı değildir. Belirli özel sorunlara ve kişi kesimlerine yönelik olarak kabul edilen sözleşme ve tavsiyelerin çokluğu ve özellikle çeşitliliği de bunun göstermektedir.¹³⁰

UÇÖ'nün, gerek "elverişsiz konumdaki kişi kesimleri"ne yönelik sözleşme ve tavsiyelerindeki, gerek "sendikal haklar"a ilişkin sözleşmelerindeki ve gerekse analığın korunmasına ve kadınlara ilişkin belgelerindeki ayrımcılık karşıtı kurallarının yanı sıra, başka sözleşmelerinde de eşit işlem ve ayırım gözetmeme ilkelerine yer veren sözleşme ve tavsiyeleri de bulunmaktadır.

1. Sosyal Politika Sözleşmeleri

Türkiye'nin onaylamadığı, 82 ve 117 sayılı sosyal politikaya ilişkin iki sözleşme, geniş bir konular yelpazesi için ayrımcılık yasağı öngörmüştür. Bu sözleşmeleri, 12 Şubat 2009 tarihi itibarıyla onaylayan devlet sayısı sırasıyla 4 ve 29'dur.¹³¹

a. 82 Sayılı Sözleşme (1947)

Filadelfiya Bildirgesi'nden kısa bir süre sonra 11 Temmuz 1947'de kabul edilen ve 19 Haziran 1955'te yürürlüğe giren 82 sayılı *Sosyal Politika Sözleşmesi*

¹³⁰ BIT, *L'heure de l'égalité au travail*, 2003, s. 89.

¹³¹ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

(*Anakara Olmayan Topraklarda*), ayrımcılık yapılmaması ilkesine genel bir anlatımla yer vermiştir.

“Çalışanlar arasında ırk, renk, cinsiyet, inanç, geleneksel bir gruba üyelik ya da sendika üyeliği temellerine dayanan *her tür (tüm) ayrımcılığı kaldırmak*”, sözleşmenin 18. maddesinde açıkça öngörülmüştür. Sosyal politikanın amaçlarından biri olan bu yasak şu konuları kapsar (m. 18/1):

- a) Ülkede yasal olarak oturan yada çalışan herkese hakça bir ekonomik işlem (davranış) sunması gereken çalışmaya ilişkin yasal düzenlemeler ve iş sözleşmeleri;
- b) Özel yada kamusal *istihdama (işe, hizmete) girme*;
- c) İş verme (işe alma) ve ilerleme koşulları;
- d) Mesleksel eğitim kolaylıkları;
- e) Çalışma koşulları;
- f) İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemler;
- g) Disiplin;
- h) Toplu iş sözleşmeleri pazarlığına katılma;
- i) Ücret oranları. Ücret oranlarının, aynı süreç içinde ve aynı işletmede, bu ilkenin tanınmış olması ölçüsünde, “eşit iş için eşit ücret” ilkesine uygun olarak belirlenmesi gerekir.

18. maddenin 2. fıkrasına göre, 1. fıkranın i bendindeki kurallar saklı kalmak üzere, sayılan nedenlere dayalı ayrımcılıkların sonucu olan ücret oranlarındaki tüm farklılıkları azaltmak ereğiyle, tüm pratik ve olanaklı önlemlerin alınması gerekir. Ücret oranlarındaki söz konusu farklılıkların azaltılması, en düşük ücret ödeyen çalışanlara uygulanabilen oranların yükseltilmesi yoluyla yapılır.

Sözleşmeye göre, ayrımcılık yasağıyla ilgili bu kurallar, yetkili makamın analığın korunması ve kadın çalışanların sağlık, güvenlik ve esenliğini güvenceye bağlamak amacıyla alınmasını gerekli yada uygun gördüğü önlemlere zarar vermez (m. 18/4). Başka bir deyişle, analığı ve kadın çalışanları koruyan yasal yada yönetsel önlemler, ayrımcılık sayılmaz. Bu, kadınlar yararına “olumlu ayrımcılık” yapılmasının sözleşmeye aykırı düşmeyeceğini gösterir.

b. 117 Sayılı Sözleşme (1962)

22 Haziran 1962 tarihinde kabul edilen ve 23 Nisan 1964’te yürürlüğe giren 117 sayılı *Sosyal Politika Sözleşmesi (Temel Amaçlar ve Kurallar)*, 82 sayılı sözleşmenin gözden geçirilmiş yeni metnidir.

Başlığı -ve dolayısıyla yer yönünden uygulama alanı- değiştirilen ve genişletilen sözleşmenin “*ırk, renk, cinsiyet, inanç, geleneksel bir gruba aidiyet yada*

sendika üyeliği konusunda ayrımcılık yapılmaması” başlıklı beşinci bölümünün 14. maddesi, 82 sayılı sözleşmenin 14. maddesini aynen yinelenmiş; her türlü ayrımcılığın sosyal politikanın amaçlarından biri olarak kaldırılması öngörülen konulara yenilerini eklememiştir.

Aynen yinelenen 2. fıkradaki tek değişiklik, 1. fıkranın i bendinin saklı tutulmasına ilişkin kaydı kaldırılmasıdır.

Sosyal Politika Sözleşmesi'nin saydığı ayrımcılık nedenleri son derece sınırlıdır ve örneğin yaş, engel, medeni durum, sağlık durumu gibi nedenleri kapsamamaktadır. Yasağın kapsadığı konular arasında ise, sosyal güvenliğe yer verilmemiştir.

2. Sosyal Güvenlik (Asgari Norm) Sözleşmesi (1952)

28 Haziran 1952'de kabul edilen ve 27 Nisan 1955'te yürürlüğe giren 102 sayılı sözleşmeyi, 12 Şubat 2009 itibarıyla 44 devlet onaylamıştır.¹³²

Türkiye, 102 sayılı sözleşmenin onaylanmasını 29 Temmuz 1971 tarihli ve 1451 sayılı yasayla uygun bulmuş ve onay kararnamesinin 15 Ekim 1974'te Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla, sözleşme iç hukukta yürürlüğe girmiştir. Onayın uluslararası hukukta geçerlik kazanması ise, 29 Ocak 1975'te gerçekleşmiştir.

Sözleşmenin, “yabancılara eşit işlem” başlıklı ikinci bölümünde yer alan 68. maddesi, oturduğu ülkenin uyrukluğunu taşımayanlar (yabancı uyruklu mukimler) için işlem eşitliği ilkesini güvenceye almış; ülkede oturan uyruklarla (yurttaşlarla) aynı haklara sahip olması gerektiğini belirterek, uyruklu temeline dayalı ayrımcılık yapılmamasını öngörmüştür. Bununla birlikte, yalnızca yada baskın (ağırlıklı) biçimde kamu fonlarıyla finanse edilen yardımlar yada yardımların bir bölümü ile geçici rejimler konusunda, uyruk olmayanlar ve üye devlet dışında doğan uyruklar için özel kurallar konulabilir (m. 68/1).

Öte yandan, ücretlilere uygulanan katkıya dayanan / primli sosyal güvenlik sistemlerinde, sözleşmenin ilgili bölümünden doğan yükümlülükleri kabul eden başka bir üye devletin uyrukları olan korunan kişilerin, bu bölüm konusunda ilgili üye devletin uyruklarıyla (yurttaşlarla) aynı haklara sahip olmaları gerekir. Bununla birlikte, bu fıkranın uygulanmasını, “karşılıklılık” koşulu öngören iki yanlı yada çok yanlı bir anlaşmanın varlığına bağlı tutmak olanaklıdır (m. 68/2).

3. Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi (1957)

111 sayılı sözleşmeden önce, 25 Haziran 1957'de kabul edilen ve 17 Ocak 1959'da yürürlüğe giren 105 sayılı Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi'ni, 12 Şubat 2009 itibarıyla 169 devlet onaylamıştır.¹³³

¹³² <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

¹³³ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

Türkiye, 14 Aralık 1960 tarihli ve 162 sayılı yasayla sözleşmenin onaylanmasını uygun bulmuş ve onay kararnamesinin yayımlanmasıyla iç hukukta bağlayıcılık kazanmıştır. ¹³⁴ Uluslararası hukukta ise, onay 29 Mart 1961'den başlayarak yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme, onaylayan devletler için zorla çalıştırma yada zorunlu çalışmayı kaldırma ve hiçbir biçimine başvurmama yükümlülüğü getirmiştir. Sözleşmenin yasakladığı bu zorla çalıştırma biçimlerinden biri de, “ırksal, sosyal, ulusal yada dinsel ayrımcılık önlemi olarak” zorla çalıştırmaya başvurulmasıdır (m. 1/1, e). Bunun yanı sıra sözleşme, örneğin, siyasal bir baskı yada kimi siyasal görüşleri dile getirmiş olan yahut yerleşik siyasal, sosyal yada ekonomik düzene ideolojik olarak karşı olduklarını belirten kişiler için bir yaptırım olmak üzere, iş disiplini önlemi olarak yada grevlere katılmış olmayı cezalandırma önlemi olarak zorla yada zorunlu çalıştırmaya başvurulmasının yasaklanmasını da öngörmüştür (m. 1/1, a. B. c). İşverenin, bu önlemlere başvurması da ayrımcılık oluşturabilir.

Sözleşme, devletlerin zorla çalıştırmayı yada zorunlu çalışmayı derhal ve tümünden kaldırmaları için etkili önlemler alma yükümlülüğü de öngörmüştür (m. 2).

4. İşlem Eşitliği Sözleşmesi (Sosyal Güvenlik, 1962)

28 Haziran 1962'de kabul edilen ve 25 Nisan 1964'te yürürlüğe giren 118 sayılı sözleşmeyi, 12 Şubat 2009 itibarıyla 37 devlet onaylamıştır. ¹³⁵

Türkiye bu sözleşmenin onaylanmasını 1453 sayılı ve 19 Temmuz 1971 tarihli yasayla uygun bulmuş ¹³⁶ ve 6217 sayılı ve 5 Nisan 1973 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla da onaylamıştır. ¹³⁷ Onay, uluslararası hukuk açısından, 25 Haziran 1974'te geçelik kazanmıştır.

Sosyal güvenlik alanında işlem eşitliğini “yurttaşlar” ve “yurttaş olmayanlar” arasında sağlamaya yönelik olan 118 sayılı sözleşmenin 3. maddesine göre, sözleşme kendisi için yürürlükte olan her üye devlet, kendi ülkesinde, yine sözleşme kendisi için yürürlükte olan başka her üye devletin uyruklarına mevzuatı karşısında kendi uyruklarıyla işlem eşitliğini tanımak zorundadır. Eşit işlem yükümlülüğü, sosyal güvenliğe bağlı olma hakkını ve yardımlardan yararlanmaya hak kazanmayı kapsar (m. 3/1). Ölüm yardımları söz konusu olduğunda, sözleşmeyi onaylayan başka bir devletin yurttaşı olan hak sahipleri, uyruklarına bakılmaksızın eşit işlemde yararlanırlar (m. 3/2).

¹³⁴ Resmi Gazete, 21 Aralık 1960, Sayı: 10686.

¹³⁵ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

¹³⁶ Resmi Gazete, 10 Ağustos 1971, Sayı: 13922.

¹³⁷ Resmi Gazete, 9 Eylül 1973, Sayı: 14559.

Bununla birlikte, sosyal güvenliğin belirli bir dalının ödenekleri ile ilgili olarak, bir üye devlet, bu dala ilişkin bir mevzuatının bulunmasına karşın, sosyal güvenliğin bu dalında bu üye devletin uyruklarına işlem eşitliğini tanımayan başka her üye devletin uyrukları hakkında, 3. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki kurallara aykırı düzenleme yapabilir (m. 3/2).

Sözleşmenin 4. maddesine göre, yardımlardan yararlanma konusunda, işlem eşitliğinin, kural olarak, “oturma” (ikamet) koşulu aranmaksızın sağlanması gerekir. Bununla birlikte, belirli bir sosyal güvenlik dalındaki yardımlardan yararlanmak için böyle bir koşul arayan bir üye devletin uyrukları için oturma koşulu öngörülebilir. Bu, ödeneklerden yararlanmanın “karşılıklılık” temeline dayanmasının bir gereğidir (m. 4/1).

Sözleşmenin 5. maddesine göre de, bu fıkrada (yani m. 5/1’de) söz konusu olan sosyal güvenlik dallarından biri yada birçoğu için bu sözleşmenin yükümlülüklerini kabul eden her devlet, 4. madde kurallarından fazla olarak, gerek kendi uyruklarına ve gerekse bu sözleşmenin yükümlülüklerini kabul eden başka her devletin uyruklarına, karşılığı olan (aynı) sosyal güvenlik dalı için, yabancı ülkede oturma durumunda, malullük, yaşlılık, ölüm ve cenaze yardımları ile iş kazası ve meslek hastalıkları dolayısıyla bağlanan gelirlerin ödenmesini, 8. madde uyarınca gerektiğinde alınacak önlemler saklı kalmak üzere, sağlamak zorundadır (m. 5/1).

5. Ücretli Eğitim İzni Sözleşmesi (1974)

24 Haziran 1974’te kabul edilen ve 23 Eylül 1979’da yürürlüğe giren 140 sayılı Ücretli Eğitim İzni Sözleşmesi’ni, 12 Şubat 2009 itibarıyla, aralarında Türkiye’nin bulunmadığı 34 devlet onaylamıştır. ¹³⁸

Sınırlı olarak saydığı nedenlere dayalı ayrımcılık yasağı getiren 140 sayılı sözleşmenin 1. maddesinde, ücretli eğitim izninin, “bir işçiye (çalışana), eğitim amacıyla belirli bir süre için, çalışma saatleri sırasında, uygun mali ödemeler yapılarak verilen izin” anlamına geldiğini belirten sözleşme, ayrımcılık terimi kullanılmaksızın, tüm çalışanların ücretli eğitim izni hakkından yararlanmasında ayrımcılık gözetilmemesini öngörmüştür.

8. maddeye göre, “ücretli eğitim izninin; *ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal köken yada sosyal kökenleri* nedeniyle çalışanlara reddedilmemesi gerekir.” Bu kural, yasal / biçimsel niteliklerine, yerine getirdikleri işe, çalıştıkları işkollarına ve kesimlere bakılmaksızın, tüm çalışanları kapsamaktadır. Ayrımcılık nedenlerinin “örnek” olarak sayıldığıının belirtilmemiş, örneğin yaş, engel, yurttaşlık gibi nedenlerin sayılmaması, kanımca önemli bir eksikliklerdir.

¹³⁸ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

6. İstihdam Politikasına ve İstihdamın

Geliştirilmesine İlişkin Sözleşmeler

Ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi, istihdam politikası ile istihdamın geliştirilmesi ve işsizliğe karşı korunma sağlanması konusundaki iki sözleşmede de yer almıştır.

a. 122 Sayılı Sözleşme (1964)

9 Eylül 1964'te kabul edilen ve 15 Temmuz 1966'da yürürlüğe giren 122 sayılı İstihdam Politikası Sözleşmesi'ni, 12 Şubat 2009 itibarıyla onaylayan devlet sayısı 99'dur.¹³⁹

Türkiye, 122 sayılı sözleşmenin onaylanmasını 9 Kasım 1976 tarihli ve 2027 sayılı yasayla uygun bulmuş ve Bakanlar Kurulu'nun onay kararı 23 Ekim 1977'de Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 13 Aralık 1977'de ise, onay uluslararası hukukta yürürlüğe girmiştir.

Onaylayan devletler için, temel hedef olarak, "tam istihdam"ı geliştirmeye yönelik aktif bir istihdam politikası belirleme ve uygulama yükümlülüğü öngören sözleşme, tam istihdam politikasının güvenceye almasını öngördüğü noktalar arasında ayrımcılık yasağına da yer vermiştir. Her çalışanın, kendisine uygun bir iş edinmek için gerekli nitelikleri kazanma ve bu işte, **ırkı, rengi, cinsiyeti, dini, siyasal görüşü, ulusal yada sosyal kökeni ne olursa olsun**, nitelik ve yeteneklerini kullanma olanaklarına sahip olmasını öngörmüştür (m. 1/2, c).

b. 168 Sayılı Sözleşme (1988)

21 Haziran 1988'de kabul edilen ve 17 Ekim 1991'de yürürlüğe giren 168 sayılı **İstihdamın Geliştirilmesi ve İşsizliğe Karşı Koruma Sözleşmesi**, 12 Şubat 2009'da yalnızca 7 devletin onayladığı bir sözleşmedir.¹⁴⁰

İşsizliğe karşı koruma rejimini ve istihdam politikasını eşgüdümlemek için önlemler alma yükümlülüğü getiren (m. 2) sözleşmenin taraf devletler için öngördüğü yükümlülüklerden biri de, ayrımcılık yasağıdır. 6. maddeye göre "her taraf devlet; ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal köken, yurttaşlık, etnik yada sosyal köken, sakatlık yada yaş temellerine dayalı ayırım gözetmeksizin, tüm korunmuş kişiler için eşit işlem güvencesini sağlamak zorundadır."

Sözleşme, bu maddenin 2. fıkrasında da, elverişsiz konumdaki çalışan kesimler için *olumlu ayrımcılık* yapılmasına olanak tanımıştır. 1. fıkra kuralı, madde 12/2'de amaçlanan rejimler çerçevesinde, belirli grupların durumunun haklı gösterdiği yada emek piyasasında özel sorunlarla karşılaşan kişi kesimlerinin, özellik-

¹³⁹ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

¹⁴⁰ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

le dezavantajlı grupların özgül gereksinimlerini karşılamaya yönelik “**özgül önlemler**” alınmasına engel değildir. Yine, karşılıklılık temelinde, devletler arasında işsizlik ödemelerine ilişkin iki yanlı yada çok yanlı anlaşmalar da imzalanabilir.

7. İnsan Kaynaklarının Değerlendirilmesi Sözleşmesi (1975)

23 Haziran 1975'te kabul edilen ve 19 Temmuz 1977'de yürürlüğe giren 142 sayılı İnsan Kaynaklarının Değerlendirilmesi Sözleşmesi'ni, 12 Şubat 2009 itibarıyla, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 65 devlet onaylamıştır. ¹⁴¹

Ülkemiz, 26 Kasım 1992 tarihli ve 3850 sayılı yasayla onaylanmasını uygun bulunduğu sözleşmeyi, 87 ve 151 sayılı sözleşmelerle birlikte onaylamış ve 12 Temmuz 1993'ten başlayarak da, uluslararası yükümlülük üstlenmiştir.

Sözleşmenin 1. maddesinde; eksiksiz mesleksel yönlendirme ve eğitim politika ve programlarının kabul edilmesi ve geliştirilmesi; bu politika ve programların da, özellikle kamusal istihdam hizmetleri sayesinde, mesleksel yönlendirme ve eğitim ile istihdam arasında sıkı bir ilişki kurarak oluşturulması gerektiği öngörülmüştür.

142 sayılı sözleşme, 1. maddesinin 5. bendinde; “bu politika ve programların, *eşitlik temelinde ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin*, toplumun gereksinimlerini de göz önünde bulundurarak, tüm kişilerin kendi yararlarına ve özlemlerine uygun olarak, mesleksel yeteneklerini geliştirmelerine ve kullanmalarına yardımcı olması ve özendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

8. İş İlişisine Son Verme Sözleşmesi (1982)

22. Haziran 1982'de kabul edilen ve 23 Kasım 1985'te yürürlüğe giren 158 sayılı İş (Hizmet) İlişisine İşverence Son Verilmesi Sözleşmesi'ni, 12 Şubat 2009 itibarıyla 34 devlet onaylamıştır. ¹⁴² Sözleşmeyi tamamlayan aynı başlıklı 166 sayılı tavsiye de, aynı tarihte kabul edilmiştir.

Türkiye, 9 Haziran 1994 tarihli ve 3999 sayılı yasayla, 158 sayılı sözleşmenin onaylanmasını uygun bulmuştur. ¹⁴³ Bakanlar Kurulu'nun 94/5971 sayılı ve 10 Ağustos 1994 tarihli kararıyla da onay için zorunlu olan ikinci işlemi tamamlanan ¹⁴⁴ sözleşmeden doğan hukuksal yükümlülüklerimiz, 4 Ocak 1995'te başlamıştır.

158 sayılı sözleşme, genel bir kural olarak, tüm ekonomik etkinlik kollarında, yurttaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın tüm ücretlilere ve kimi koşullarla kapsamı

¹⁴¹ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

¹⁴² <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

¹⁴³ **Resmi Gazete**, 18 Haziran 1994, Sayı: 21964.

¹⁴⁴ **Resmi Gazete**, 12 Ekim 1994, Sayı: 22079.

dışında tutulabilen kamu görevlilerine de uygulanır. Ancak sözleşme, onaylayan devletlere büyük bir esneklik tanıyarak, saydığı kimi ücretli kesimleri ve işkolları için sözleşmenin tümünü yada bir bölümünü uygulama alanı dışında tutma olanağı da tanımıştır (m. 2).

Bununla birlikte sözleşme, kapsam dışında bırakma olanağını, iş sözleşmesinin niteliğine dayanan istisnalar için uygun güvencelerle kuşatır; “zorunlu olduğu kadarıyla” kabul edilen kimi ücretli kategorilerinin kapsam dışında bırakılması için, özellikle işçi ve işveren örgütlerine danışılmasını öngörerek, koşullarını ve ölçütlerini açıklar. Hükümetlerce hazırlanacak raporlara ilişkin formatta, bu esneklik formüllerinin uygulanması konusunda -Komisyon’a iletilmesi gereken- açık bilgiler yer almaktadır. Uzmanlar Komisyonu, kapsam dışı bırakma olanağından yararlanılmasının, **korumanın atlatılması yada belgelerin** (sözleşme ve tavsiyenin) **uygulama alanının haksız biçimde sınırlandırılması ile sonuçlanmasından gerçekten kaçınmak** gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁴⁵ Kısacası, sözleşmenin sağladığı korumayı daraltma olanağı veren istisnalar, temel amaç olan korumadan kurtulmanın (bir yolunu bulup iş güvencesinden sıyrılmanın) gerekçesi olarak kötüye kullanılamayacaktır.¹⁴⁶

158 sayılı sözleşme, işverenin tek yanlı olarak iş ilişkisine son vermesinde “geçerli” olmadığını belirttiği nedenlere ilişkin 5. maddesinde, kanımca ayrımcılık yasayla da doğrudan bağlantılı olan bir düzenleme yapmıştır.

158 sayılı sözleşmenin, 4857 sayılı İş Yasası’nın 18. maddesinin 3. fıkrasına çevrilerek alınan 5. maddesinin “özellikle” diyerek tüketici olmaksızın sıraladığı “geçerli” (haklı) sayılmayan bu nedenler şunlardır:

- a) “Sendika üyeliği yada çalışma saatleri dışında yada işverenin izniyle çalışma saatleri süresince sendikal etkinliklere katılma;
- b) İşçi temsilcisi olmayı istemek, temsilcilik yapmış olmak ve yapıyor olmak;
- c) Mevzuatı ihlal ettiği savıyla işverene karşı yakınmada (şikayette) bulunmuş yada (bu nedenle) başlatılmış olan bir usule (sürece) katılmış

¹⁴⁵ BIT, **Protection contre le licenciement injustifié**, Rapport III (Partie 4 B), Etude d’ensemble des rapports sur la convention no 158 et la recommandation no 166 sur le licenciement, CIT, 82^e session 1995, première édition, Genève, 1995, parag. 34, s. 15.

¹⁴⁶ 4857 sayılı yasanın iş güvencesine ilişkin kurallarının (m. 18-21’in), temel aldığı 158 sayılı sözleşme açısından değerlendirilmesi ve kimi aykırılıklar konusunda, örneğin bkz.: Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu Yayını, Birinci Basım, İstanbul, Eylül 2004, s. 15-145.

olmak yahut yetkili yönetsel makamlara bir başvuruda bulunmuş olmak;

- d) *Irk, renk, cinsiyet, medeni durum, aile sorumlulukları, gebelik, din, siyasal görüş, ulusal köken (ascendance) yada sosyal köken;*
- e) Analık (doğum) izni sırasında işe gelmeme.”

158 sayılı sözleşmenin 5. maddesinin beş bendinde “sınırlı” olmaksızın sayılan nedenlerden herhangi birine dayalı bir “haksız” işten çıkarma işlemi, aynı zamanda ayrımcılık içerir ve bu nedenle, ilgili başka sözleşmelere de aykırı ve geçersizdir. Kanımca, 5. maddenin d bendinde sayılan nedenleri de, belirtilenlerle sınırlı saymamak gerekir; maddenin tüm bentlerini kapsayan “özellikle” sözcüğü-nün, bu bentte sayılanlar için de geçerli olduğuna kuşku yoktur.

4857 sayılı İş Yasası, “fesih için geçerli sebep oluşturmayacağını” öngördüğü bu kuralın (iş güvencesini düzenleyen kuralların) uygulama alanını, 158 sayılı sözleşmenin 2. maddesinde tanıdığı istisnalara aykırı olarak genişletmiştir.¹⁴⁷

Uzmanlar Komisyonu’nun 4857 sayılı yasadaki bu sınırlamaya ilişkin kararları, yasanın sözleşmeye uygun olmadığını göstermektedir.

Örneğin, Uzmanlar Komisyonu’nun **2005 raporunda**, 158 sayılı sözleşmenin uygulanması konusunda; Türk-İş’in sözleşmenin uygulanmadığı yolundaki yakınması ile 4857 sayılı İş Yasası’nın kabul edilmesini ve DİSK’in yorumlarını not ettikten sonra, şu saptamalarda bulunmuştur:

İş Yasası’nın 18 maddesinde, sözleşmenin 4, 5 ve 6. maddelerine uygun olarak, “feshin geçerli sebebe dayandırılması”nın öngördüğünü, kimi nedenlerin yasaklandığını not etmekle birlikte, yasanın 1-4. maddelerinin, **birçok işçi kategorisini uygulama alanı dışında tuttuğunu** da belirtmiştir. Yasanın 25. maddesindeki “işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı”nı düzenleyen kurallarına (özellikle II. ve III. fıkralardaki kurallara) da değinen Uzmanlar Komisyonu, 18. maddenin öngördüğü sınırlandırmayı not ederek; “feshin geçerli sebebe dayandırılması”nı düzenleyen 18. maddenin, “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçileri” kapsadığını anımsatmıştır. Komisyon, yasanın otuzun altında işçi çalıştıran işyerlerini uygulama alanı dışında bırakan bu kuralı konusunda, DİSK’in 18. maddenin sağladığı korumanın uygulama alanını daraltarak, tüm işyerlerinin yaklaşık %95’ini kapsamı dışında bıraktığından yakındığını not edip, hükümetten gelecek raporunda şu konularda bilgi istemiştir:

- 1) Sözleşmenin öngördüğü korumaya eşdeğer asgari bir korumanın, kapsam dışında tutulan tüm işçi kesimleri -özellikle otuzun altında işçinin çalıştığı işyerlerindeki işçiler- için nasıl sağlandığının belirtilmesi;

¹⁴⁷ Karşılaştırmak için bkz.: Altıncı Bölüm, s. 614-623.

- 2) Sözleşmenin 2. maddesinde öngörüldüğü gibi, kimi işçi kesimlerinin İş Yasası'nın uygulama alanı dışında bırakılması amacıyla yapılan üçlü görüşmelere ilişkin bilgi verilmesi.

Uzmanlar Komisyonu, sözleşmenin 7, 8, 9 ve 10. maddelerine uygun olarak, İş Yasası'nın “feshin bildirimine itiraz ve usulü”nü düzenleyen 20. maddesinde haksız işten çıkarmaya karşı dava açma hakkı tanınmasını ve “geçersiz sebeple yapılan feshin “sonuçları”na ilişkin 21. maddenin de haksız işten çıkarmanın sonuçlarını düzenlemiş olmasını hoşnutlukla not etmiştir. Komisyon, hükümetten bu kuralların uygulaması konusunda bilgiler istemiştir.

Komisyon ayrıca, 2000 raporu ile 2001 UÇK Komisyonu'ndaki tartışmalarda ortaya konulan sorunlara ilişkin bilgileri de, gelecek raporunda sunmasını hükümetten istemiştir. Yine, 854 ve 5953 sayılı yasalardaki değişiklikler konusunda da bilgiler istemiştir.¹⁴⁸

Uzmanlar Komisyonu'nun **2008 raporunda**; 4857 sayılı yasanın 18. maddesindeki “*otuz veya daha fazla işçi çalıştırma koşulu*” ile ilgili olarak, otuz işçi sınırlamasını da az bulan TİSK'in, bu koşula yönelik eleştirileri yer almaktadır. Raporla belirtildiğine göre; hükümet, sözleşmenin madde 2/5 kuralına göndermede bulunmuş; buna karşılık TİSK, bu koşulun (sayının) çok düşük olduğunu ve emek-yoğun sektörlerdeki işletmelerin iş güvencesi sağlayan kurallara bağlı olmak için otuz işçi sınırını aşmamaya çaba göstermeleri nedeniyle istihdam durumunun iyileştirilmesine engel olduğunu ileri sürmüştür. Komisyon ise, madde 2/5'e uygun olarak kapsam dışında bırakılabilecek işçi kategorilerinin taraf devletlerin gönderdikleri ilk raporda belirlenmesi ve sayılması gerektiğini anımsatmıştır. Oysa hükümet, Komisyon'un Aralık 2007'de aldığı ilk raporunda, sözleşmenin madde 2/5 ve 6. fıkra kurallarına uygun olarak, sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılan otuzdan daha az işçi çalıştıran işletmelerde (işyerlerinde) istihdam edilen işçileri bildirmemiştir. Bu nedenle de, sözleşmeye hukuksal uygunluk denetimi işlevini yerine getiremeyen Komisyon, hükümetten, **otuzun altında işçinin çalıştığı işyerlerinde istihdam edilen işçilerin sözleşmenin 4. maddesinin sağladığı korumadan nasıl yararlandıklarını belirtmesini** rica etmiştir.

Komisyon ayrıca, Türk-İş'in kendisine ilettiği gözlemlerine dayanarak, 18. maddede öngörülen “*en az altı ay kıdemi olma*” koşulunu da ele almıştır. Belirli süreli iş sözleşmesiyle geçici yada mevsimlik işlerde çalıştırılan işçiler ile altı aydan daha az bir süreden beri bir işyerinde istihdam edilen işçilerin sözleşme ku-

¹⁴⁸ BIT, **Application des normes internationales du travail 2005 (I), Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, CIT 93^e session, 2005, Rapport général et observations concernant certains pays, Rapport III (partie 1 A), première édition, Genève, 2005, s. 396.

rallarından (güvencelerinden) yararlanmamaları konusunda, hükümetten, “**sözleşmeden doğan korumayı atlatmayı (korumaya yan çizmeyi) amaçlayan belirli süreli iş sözleşmesine başvurulmasına karşı hangi güvencelerin öngörüldüğünü belirtmesini** rica etmiştir.”¹⁴⁹

Uzmanlar Komisyonu'nun 2005 ve 2008 raporları, hükümetin istisnaların sayısal boyutu ve kapsam dışında bırakılan işçiler için öngörülen güvenceler konularında bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediğini, bu nedenle de sözleşmeye uygunluk konusunda henüz bir değerlendirme yapmadığını ortaya koymaktadır. Ancak, Komisyon'un hükümetten bilgi isterken de belirttiği gibi, 18. maddedeki koşullar nedeniyle sözleşmenin sağladığı korumadan yoksun bırakılan işçilerin, büsbütün güvencesiz bırakılamayacakları, sözleşmenin 4. maddesinde öngörülen güvenceden yararlandırılmalarının gerektiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrasında, Toplu İncelemede de vurguladığı gibi, bu sözleşmeden kaynaklanan korumayı atlatmaya yönelik belirli süreli iş sözleşmelerine başvurulmasına karşı uygun güvenceler öngörülmesi istenmiştir. Tavsiye de, bu konuda alınabilecek önlemleri, örnek olarak saymıştır (m. 3/2, a, b ve c).

9. Kısmi Zaman Çalışma Sözleşmesi (1994)

24 Haziran 1994 tarihinde kabul edilen ve 28 Şubat 1998'de yürürlüğe giren 175 sayılı Kısmi Zaman Çalışma Sözleşmesi, 12 Şubat 2009 itibarıyla 11 devletçe onaylanmıştır.¹⁵⁰

Türkiye'nin onaylamadığı sözleşme, kısmi zamanlı işçiyi (çalışanı), “normal çalışma süresi, karşılaştırılabilir bir durumda bulunan tam zamanlı işçilerin çalışma süresinde daha az olan ücretli” olarak tanımlamıştır (m. 1/a).

100 ve 111 sayılı sözleşmeler ile 1981 tarihli aile sorumlulukları olan çalışanlara ilişkin sözleşmeye yollamada bulunan 175 sayılı sözleşmenin 4. maddesinde, kısmi zaman çalışanların benzer bir durumda bulunan tam zaman çalışanların yararlandıkları aynı korumadan yararlanmaları için önlemler alınmasını öngörmüştür. Bu önlemler arasında; örgütlenme, toplu pazarlık ve çalışanları temsil etme hakları ile iş güvenliği ve sağlığının yanı sıra, “*istihdamda ve meslekte ayrımcılık*” da bulunmaktadır.

Kanımca, bu kurala yer verilmemiş olsaydı bile, kısmi zamanlı çalışanlar da tam zamanlı çalışanlar gibi istihdam ve meslek alanında 111 sayılı sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanabilirlerdi. Ancak, ayrımcılık yasağının açıkça belirtilmiş olması, bu genel korumayı kısmi zamanlı çalışanlar için pekiştirmiştir.

¹⁴⁹ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport général et observations concernant certains pays, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 97^e session 2008, première édition, Genève, 2008, s. 587.

¹⁵⁰ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

Kısmi zaman çalışma, sosyal ortakların 1997’de imzaladığı bir çerçeve anlaşmayla (97/81 sayılı yönergeyle) Avrupa Birliği’nde ve 4857 sayılı yasayla da ülkemizde düzenlenmiştir. ¹⁵¹

10. Evde Çalışma Sözleşmesi (1996)

20 Haziran 1996’da kabul edilen ve 22 Nisan 2000’de yürürlüğe giren Evde Çalışma Sözleşmesi’ni, 12 Şubat 2009 itibarıyla yalnızca 5 devlet onaylamıştır. ¹⁵²

177 sayılı sözleşmenin 4. maddesi, evde çalışma konusundaki ulusal politikanın, olabildiğince, evde çalışmanın özel niteliklerini ve uygun olduğunda da, işletmede yapılan özdeş yada benzer tipte bir çalışmaya uygulanabilen koşulları göz önünde bulundurarak, *evde çalışanlar ile başka ücretli çalışanlar arasında işlem eşitliğini geliştirmek zorundadır*. Sözleşme, eşit işlem yükümlülüğünün özellikle geliştirilmesini istediği **konuları** aşağıdaki sekiz şıkta sıralamıştır:

- a) Seçtikleri örgütleri kurma ve etkinliklerine katılma;
- b) *İstihdam ve meslekte ayrımcılığa karşı koruma*;
- c) İş güvenliği ve sağlığı konusunda koruma;
- d) Ücret;
- e) Yasal sosyal güvenlik rejimlerinde korunma;
- f) (Mesleksel) eğitime erişme;
- g) İstihdama yada işe kabul edilme asgari yaşı;
- h) Analığın korunması.

UÇÖ sözleşmelerinin sayılan bu konularda sağladığı işlem eşitliği ve ayrımcılık yasağı konusundaki güvencelerin, sözleşmenin tanımladığı anlamda evde çalışanlara uygulanması, bu kuralla açıkça güvenceye alınmıştır.

Aynı tarihte kabul edilen 184 sayılı tavsiyede, benzer bir kural yinelenmemiştir.

11. Özel İstihdam Ajansları Sözleşmesi (1997)

19 Haziran 1997’de kabul edilen ve 10 Mayıs 2000’de yürürlüğe giren 181 sayılı Özel İstihdam Ajansları Sözleşmesi’ni, 12 Şubat 2009 itibarıyla 21 devlet onaylamıştır.

Bu sözleşme, “emek piyasasının işleyişinde esnekliğin bilincinde” olduğunu belirterek, 1933 ve 1949 tarihli ücretli iş bulma büroları ile ilgili sözleşmeleri göz-

¹⁵¹ Bkz.: Dördüncü ve Altıncı Bölümler, sırayla s. 380-381 ve s. 605-606.

¹⁵² <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, erişim: 12 Şubat 2009.

den geçiren, bir “küreselleşme dönemi” sözleşmesidir. Sözleşme, üye devletlerin, özel istihdam ajanslarının çalışanların saydığı çeşitli nedenlere dayalı ayrımcılık mağduru olmamasına dikkat etmesini zorunlu tutmuştur. 5. maddeye göre her üye devlet; istihdama (işe) ve farklı mesleklere giriş konusunda fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmek amacıyla, özel istihdam ajanslarının, çalışanları ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal köken, sosyal köken temellerine dayanan yada yaş yahut engel gibi ulusal mevzuat yada uygulamanın öngördüğü başka her tür (biçim) ayrımcılığa uğratmamasını gözetmekle yükümlüdür (m. 5/1). Ancak bu fıkranın uygulamaya konulması, özel istihdam ajanslarının, istihdam araştırma çalışmalarında en elverişsiz konumdaki çalışanlara yardım etmek için tasarladıkları *özel programlar* gerçekleştirmelerine yada özel hizmetler sağlamalarına engel olmaz (m. 5/2).

Sözleşmenin 1. fıkrada öngördüğü nedenler, öteki insan hakları sözleşmeleri yada 2000 yönergeleri ile karşılaştırıldığında, eksiktir. Kanımca, sözleşme “**başka her tür ayrımcılık**” (toute autre forme de discrimination) demiş olmakla birlikte, saydığı yedi nedenin “sınırlı” olmadığını yada “örnek” olarak sıralandığını belirtmek için, bu terimlere yer vermemiştir. Tersine, ulusal mevzuat yada uygulamaya yaptığı gönderme bağlamında belirtmiştir. Maddede, “yaş yahut engel gibi ulusal mevzuat yada uygulamanın öngördüğü başka her tür (biçim) ayrımcılık” denilmiş olması karşısında, sayılan nedenlerin sınırlarının ulusal mevzuatlara göre değişmesi ve genişletilebilmesi söz konusudur.

12. Başka UÇÖ Belgeleri: Kararlar, Bildirgeler, Eylem Planları

UÇÖ’nün, bir yandan ayrımcılık yasağına ilişkin kural üretme ve öte yandan da bu kuralların yer aldığı sözleşme ve tavsiyelerin uygulanmasını denetleme etkinliklerinin yanı sıra, başka belgeleri ile kimi özel programları ve özgül etkinlikleri de bulunmaktadır. Yönetim Konseyi, istihdam alanında ayrımcılığı önlemek için bilgilendirme, eğitim ve geliştirme eylemi başlatmıştır. Hükümetler ile işveren ve çalışan örgütlerinin isteği üzerine, kimi durumlara ilişkin özel incelemeler yapma olanağı, bu eylemlerden biridir. UÇB Genel Müdürü’nün, 1978 yılından beri, ***işgal edilmiş Arap topraklarındaki çalışanların durumu***na ilişkin her yıl Genel Konferans’a sunduğu rapor da, UÇÖ’nün ayrımcılık yasağı alanındaki özel etkinliklerinin bir başka örneğidir.

UÇK, Güney Afrika’daki ***apartheid*** uygulaması konusunda bir ***bildiri*** kabul etmiş ve ardından (Yönetim Konseyi Ayrımcılık Komitesi’nce ve sonra da UÇK özel komisyonunca incelenen ***özel raporlar*** hazırlanması ve apartheid kurbanı olan halk yararına teknik işbirliği gibi) bir dizi özgül eylemler gerçekleştirmiştir. Bu bildirinin gözden geçirilmiş 1988 tarihli metninde, devletlerden G. Afrika hakkında özellikle “ekonomik” yaptırımlar uygulamaları istenmiştir. Yönetim Konseyi, bu yaptırımların ve apartheid’a karşı başka eylemlerin uygulamaya konulmasını izlemekle ve denetlemekle görevli olan bir bağımsız uzmanlar grubu oluşturmuş-

tur. Bu yönetime, apartheid'in 1994 yılında resmen kaldırılması üzerine son verilmiştir. ¹⁵³

UÇB, 2001 yılında, AIDS (VIH/SIDA) mağduru kişiler için, "AIDS ve emek dünyası" üzerine bir pratik yönergeler derlemesi hazırlamış ve bu hastalık mağduru çalışanlara yönelik her türlü ayrımcılığa karşı savaşım verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Örgüt de, sekiz kuruluştan biri olarak, Birleşmiş Milletler'in SIDA (ONUSIDA) konusundaki programında yer almıştır. ¹⁵⁴ 2007'de, yaklaşık 40 milyon SIDA mağdurunun bulunduğu dünyada, bu kişilere yönelik olarak istihdamda ayrımcılığın tüm dünyada sürdüğü, silahlı kuvvetlerde ve sağlık sektöründe işe almada sıklıkla ayrımcılık yapıldığı belirtilmektedir. 2006 yılında, 73 devletin iş mevzuatında yada ayrımcılığa karşı savaşım ile ilgili yasal düzenlemelerinde, VIH/SIDA'ya ilişkin kurallar koymuştur. Ancak, bu konuda hukuksal korumanın bulunduğu ülkelerde bile, ayrımcılık sürmektedir. Bu da, tek başına yasal düzenlemelerin yeterli olmadığını, bu kişilere karşı işverenlerin ve meslektaşlarının tutum ve davranışlarının değişmesi için işyerinde girişimlerde bulunarak yasaların tamamlanması gerektiğini göstermektedir. UÇB'nin pratik yönergeler derlemesinin kabul edilmesi ve taşımacılık gibi çalışanların hastalığa özellikle elverişli olduğu bazı sektörlerde iki yanlı anlaşmalar imzalanması, bu konudaki olumlu gelişmelerdendir. ¹⁵⁵

a. UÇK Kararı (1938)

UÇÖ, kuruluşunu izleyen yıllarda kabul ettiği sözleşme ve tavsiyeler dışında, UÇK'nin, İkinci Dünya Savaşı öncesi dönemde 1938'de kabul ettiği bir **kararla** da, tüm üye devletleri, "ülkelerinde oturan tüm çalışanlar için işlem eşitliği ilkesini uygulamaya ve kimi ırk yada inançlara mensup çalışanların kamusal ve / yada özel işlere kabul edilmeleri için ayrımcılıklar yapmaya yönelik tüm istisna önlemlerinden vazgeçmeye" çağırmıştır.

b. Kadın Çalışanlar İçin Fırsat ve

İşlem Eşitliği Bildirgesi (1975)

Uluslararası Kadın Yılı dolayısıyla kabul edilen bu bildirmede; kadın çalışanların fırsat ve işlem eşitliğine hakkı bulunduğu, bu eşitliği ortadan kaldıran yada sınırlandıran her türlü ayrımcılığın kabul edilemez olduğu ve ortadan kaldırılması gerektiği; geçici bir dönem için cinsiyetler arasında gerçek bir eşitliği amaçlayan özel bir pozitif işlemin, ayrımcı sayılmayacağı belirtilmiştir (m. 1/1 ve 2).

¹⁵³ Jean-Michel Servais, **a.g.y.**, s. 123-124.

¹⁵⁴ BIT, **L'heure de l'égalité au travail**, 2003, s. 11.

¹⁵⁵ BIT, **L'égalité au travail: ...**, 2007, s. 48-51.

İlgili BM belgelerine ve UÇÖ'nün 100, 103 ve 111 sayılı sözleşmeleri ile onları tamamlayan tavsiyelerine yollamada bulunan 1985 kararı, içerdiği 15 maddeyle ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır.

c. Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında

Fırsat ve İşlem Eşitliği Kararı (1985)

UÇK'nin 1985'te yapılan 71. toplantı döneminde kabul edilen çok ayrıntılı bu kararda, 1975 bildirgesi ile eylem planının geçerliliği doğrulanmış; üye devletlerden, ulusal plandaki çalışmalarla ilgili olarak "sonuçlar" bölümündeki önerileri izlemeleri ve Genel Müdür'den de, UÇÖ'nün eylem programlarında ve etkinliklerinde kararı göz önünde bulundurması istenmiştir.¹⁵⁶

1975 bildirgesinden sonra yadsınamayacak ilerlemeler gerçekleştirildiğini belirten karar, "ulusal düzeydeki çalışmalar konusunda, bu bildirmede açıklanan ilkelere uygulanmasını sağlamak amacıyla, istihdam alanında kadınlar ve erkekler arasında fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmek ve gerçekleştirmek için alınan önlemlerin güçlendirilmesini istemiş ve bu hedeflere ulaşma olanağı verecek öncelikleri son derece ayrıntılı biçimde sıralamış; ücret eşitliği, analığın korunması, aile sorumlulukları olan çalışanlar, sosyal güvenlik, katılma, fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmeye yönelik yönetsel yapılar ve temel verilerin iyileştirilmesi konularında önerilerde bulunmuştur. Kararın "UÇÖ'nün eylemi" başlıklı bölümünde de, Örgüt'e yönelik önerilere yer verilmiştir.

VIII. 111 SAYILI SÖZLEŞME VE TÜRKİYE:

DENETİM ORGANLARININ KARARLARI

İstihdamda ve meslekte ayrımcılık sözleşmesinin uygulanması, özellikle 12 Eylül sonrasında 1402 sayılı yasaya göre, geri dönmek üzere gerçekleştirilen görüşmelerden uzaklaştırmalar dolayısıyla Türkiye'nin UÇÖ denetim organlarıncı sorgulanıp eleştirilmesine yol açmıştır. Ancak 1980 öncesinde de bu sözleşme, UÇÖ Anayasası'ndan kaynaklanan yıllık rapor verme yükümlülüğünün sürekli biçimde yerine getirilmemiş olması yönünden, UÇÖ denetim sistemi çerçevesinde ülkemize en ağır yaptırımların uygulanmasına değin varan sorunlar yaratmıştır.

1. 12 Eylül 1980 Öncesi

Türkiye, 12 Eylül 1980 öncesinde, 1967 yılından başlayarak yıllık rapor sunma yükümlülüğü altına girdiği 111 sayılı sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili olarak üç kez Uzmanlar Komisyonu gözlemine konu olmuştur. Dolayısıyla, içerik kuralları yönünden sözleşmenin denetimi yapılamamış, yürürlükteki mevzuatın sözleşmeye uygunluğu denetlenememiştir.

¹⁵⁶ BIT, Résolution sur l'égalité de chances et de traitement entre les travailleurs et les travailleuses en matière d'emploi, CIT, 71^e session, 1985, Genève, 1985.

Uzmanlar Komisyonu'nun 1970, 1974 ve 1975 yıllarına ilişkin raporlarından anlaşıldığına göre hükümet, onaylanan 111 sayılı sözleşmenin uygulanması konusundaki rapor verme yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Uzmanlar Komisyonu, 111 ve 119 sayılı sözleşmelere ilişkin 1970 yılı raporlarını almadığını, hükümetin bu konudaki yükümlülüğünü gelecekte (izleyen rapor dönemlerinde) yerine getirmekten geri kalmayacağı umudu taşıdığını belirtmiştir.¹⁵⁷

Ancak Komisyon'un bu umudunun, izleyen yıllarda da karşılıksız kaldığı anlaşılmaktadır. Genel Konferans'ın 59 ve 60. toplantı dönemi için hazırladığı raporlarında da Uzmanlar Komisyonu, hükümetin 111 sayılı sözleşmeye ilişkin 1974 ve 1975 yılı raporlarını alamadığını belirtmiştir.

Sözleşmenin uygulanması konusundaki daha önceki istemlerine de yanıt verilmediğini üzülen Komisyon, her iki yıldaki kısa gözleminde, bir kez daha yinelediği bir "doğrudan istem"de yer alan noktalar konusunda, hükümetin eksiksiz yanıtlar içeren bir raporu gelecek toplantı döneminde (yani önce 1975'te, sonra da 1976'da) incelenmek üzere göndermekten geri kalmayacağına inandığını belirtmiştir.

Uzmanlar Komisyonu'nun 1970, 1974 ve 1975 yıllarındaki gözlemlerinden açıkça anlaşıldığı gibi, Türk hükümetleri onaylanan 111 sayılı sözleşmenin uygulanması konusunda Örgüt Anayasası'nın öngördüğü yıllık rapor verme yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Nitekim, Uygulama (Konferans) Komisyonu'nun 1975 yılı raporunda işçi grubu başkanının belirttiğine göre, hükümet birbiri ardına üç yıl Uzmanlar Komisyonu'nun istediği bilgilere yanıt vermekten kaçınmıştır.¹⁵⁸

Hükümet, 1975 yılında Uzmanlar Komisyonu'nun yorumlarına yanıt niteliği taşıyan bilgiler içeren bir raporu, *Genel Konferans'ın toplanması sırasında -gecikmeli olarak-* Uygulama Komisyonu'na sunmuştur. Hükümet temsilcisinin üçlü yapıdaki Konferans Komisyonu'nda yaptığı açıklamaya göre rapor, Türkiye'de ayırım gözetmeme ilkesiyle ilgili bir dizi sorunu, özellikle *istihdam politikası, kamu hizmetlerinde göreve alma ve görevde yükselme, mesleksel eğitim, erkekler ve kadınlar arasında hak eşitliği ve eğitim sorunlarını* içermektedir.

Komisyon'un *işçi grubu başkanı*, üstüste üç yıl gönderilmeyen bir raporun sunulmasına sevindiklerini, raporun Uzmanlar Komisyonu'na iletilmesi ve bundan

¹⁵⁷ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 54^e session 1970, s. 30; BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 59^e session 1974, s. 204; BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 60^e session 1975, s. 167.

¹⁵⁸ BIT, **Compte rendu des travaux**, CIT, 60^e session 1975, s. 752.

sonra da tüm bilgilerin zamanında gönderilmesi gerektiğini vurgulamıştır. *İşveren grubu başkanı* da, raporların ve istenen bilgilerin zamanında iletilmesinin taşıdığı öneme değinmiş ve bunun UÇÖ denetim usullerinin uygun işleyişi için temel (bir yükümlülük ve ilke) olduğunu anlatmıştır. Uygulama Komisyonu da sonuç olarak, özellikle Uzmanlar Komisyonu'nca doğrudan istemlerde bulunulduğu yada gözlemler dile getirildiği durumlarda, sözleşmelerin uygulanması konusunda zamanında rapor sunma zorunluluğunun altını çizmiştir. ¹⁵⁹

Ancak bu uyarıya karşın, hükümetler anayasal rapor yükümlülüğünü yerine getirmeme davranışını sürdürmüştür. Üstelik bu davranış, salt 111 sayılı sözleşmeye özgü değildir; onaylanan öteki sözleşmeler (örneğin 98 sayılı sözleşme) için de yıllık raporlar gönderilmemiştir. ¹⁶⁰

Gerçekten de, Uygulama Komisyonu'nun 1977 yılı raporunda hükümet temsilcisince yapılan açıklama bunu ortaya koymaktadır. Çünkü temsilci, raporların gönderilmesindeki ve Uzmanlar Komisyonu yorumlarına verilen yanıtların iletilmesindeki gecikmelerin, hükümetin UÇÖ ilkelerine inanmadığı anlamı taşımadığını açıklamış ve *gecikmenin yönetsel güçlüklerden ileri geldiğini (!)* ve hükümetin bunları ortadan kaldırmaya kararlı olduğunu belirtmiştir.

Hükümet temsilcisinin güçlüklerin varlığını onaylayan bu açıklamasından mutlu olmakla birlikte, beş sözleşmeye ilişkin yanıtların iletilmemiş olmasından duydukları üzüntüyü belirten işçi grubu başkanı, “*özel liste*”nin beşinci ölçütüne başvurulmasını önermek zorunda kaldıklarını açıklamıştır. ¹⁶¹ İşveren üyeler de bu öneriyi desteklemiştir.

Sonuç olarak Uygulama Komisyonu, açıklamaları ve Türkiye'nin beşinci ölçüte göre “*özel liste*”ye alınmasını doğrulayacak durumun varlığını kabul etmiş ol-

¹⁵⁹ BIT, **Compte rendu des travaux**, CIT, 62^e session 1977, s. 601.

¹⁶⁰ Mesut Gülmez, “98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (1): 1955-1980”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990, s. 13-29; Mesut Gülmez, “98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (2): 1980-1990”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 4, Aralık 1990, s. 3-37.

¹⁶¹ “Özel liste”ye alınmanın altısı biçimsel olmak üzere yedi ölçütü vardır ve şunlardır:

- 1) Onaylanan sözleşmeler konusunda son iki yıl içinde bilgi iletilmemesi ve özellikle hiçbir rapor gönderilmemesi;
- 2) Onaylanan sözleşmeler konusunda en az iki yıl ilk raporların gönderilmemesi;
- 3) Onaylanmamış Sözleşmeler ve tavsiyeler konusunda son beş yıl içinde hiçbir rapor gönderilmemesi;
- 4) İlgili Genel Konferans'ın son yedi toplantı döneminde kabul edilen sözleşmelerin yetkili makamlara sunulması konusunda bilgi iletilmemesi;
- 5) Uzmanlar Komisyonu'nun gözlem ve doğrudan istemlerinin tümü yada çoğu konusunda bilgi iletilmemesi;
- 6) Komisyon'un sürekli çağrılarına karşın, hükümetin ülkesiyle ilgili tartışmaya katılmaması;
- 7) Komisyon'un daha önce tartıştığı Sözleşmelerin uygulanmasındaki ayrılıkların (aykırılıkların) birçok yıl süreli biçimde ortadan kaldırılmaması (Nicolas Valticos, **a.g.y.**, s. 591/35 sayılı dipnot).

ması dolayısıyla hükümet temsilcisine teşekkür etmiştir. Ancak bu teşekkür, Türkiye'nin düzenli raporlara dayalı denetim sisteminin en ağır yaptırımı olan “özel liste”ye girmesini de önleyememiştir. Böylece ülkemiz, saptayabildiğimiz kadarıyla ilk kez **1977** yılında “beşinci ölçüt” olarak anılan “*Uzmanlar Komisyonu'nun gözlem ve doğrudan istemlerinin tümü yada büyük çoğunluğu konusunda bilgi gönderilmemesi*” ölçütü uyarınca “**özel liste**”ye alınmış, yani Genel Konferans'a sunulan Uygulama Komisyonu raporunda durumu özel olarak (Konferans'ın, yani dünya kamuoyunun dikkatini çekmek üzere) belirtilmiştir.

2. 12 Eylül 1980 Sonrası

Türkiye, 12 Eylül sonrasında 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'na dayanılarak gerçekleştirilen görevden uzaklaştırmalar nedeniyle, ¹⁶² UÇÖ denetim organlarınınca 111 sayılı sözleşme açısından sorgulanmıştır. Ancak, onaylanmış sözleşmelerin uygulanmasıyla ilgili denetim sistemi, sözleşmeye aykırı uygulamanın başlamasından üç yıl sonra işlerlik kazanmıştır. Gerçekten, sıkıyönetim komutanlarına kamu görevlilerini görevden uzaklaştırma konusunda yetki veren yasal değişikliğin 12 Eylül'ün ilk haftası içinde gerçekleştirilmiş olmasına karşın, ¹⁶³ bu sözleşmenin uygulanmasını denetlemekle görevli Uzmanlar Komisyonu ancak üç yıl sonraki gözleminde soruna değinmiştir. Komisyon bu yasa değişikliğini ve uygulamayı, bir uluslararası sendikal örgütün bir başka denetim organına iletmediği yakınmadan öğrenerek çok gecikmeli biçimde gündemine almıştır.

a. 69. Genel Konferans Dönemi (1983)

aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu

Uzmanlar Komisyonu, 12 Eylül sonrasında 69. Genel Konferans için hazırladığı 1983 yılı raporundaki gözlemlerinde, ilk kez 111 sayılı sözleşmenin ülkemizce uygulanması sorununa değinmiştir.

Komisyon, 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'nda sıkıyönetim kumandanlarını kamu kesiminde görevden uzaklaştırma yetkisiyle donatan değişiklikler yapıldığını, Dünya Sendikalar Federasyonu'nun Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne iletmediği haberdan (yakınmadan) öğrenmiştir. Bu habere göre, devlet işletmeleri (KİT) çalışanlarından 20.000 kişi 1981 yılının ilk altı ayında işten çıkarılmış ve son (izleyen) iki yıl (1982 ve 1983) içinde de, 5.040 öğretim üyesi ve öğretmen “ideolojik nedenler” ile görevden uzaklaştırılmıştır.

¹⁶² 12 Eylül'ün en “acımasız uygulamalarından” biri olan ve ödünsüz bir savaşla çözüm yolu arayışları 14 yıl süren “1402'likler sorunu” konusunda, yazılı ve sözlü tarih belgeseli niteliğindeki şu çalışmaya bkz.: Haldun Özen, **Entelektüelin Dramı, 12 Eylül'ün Cadı Kazanı**, İmge Yayını, Ankara, 1. Baskı, Mart 2002.

¹⁶³ **Resmi Gazete**, 21 Eylül 1980, Sayı: 17112.

Uzmanlar Komisyonu, 19 Eylül 1980 tarihli 2302 sayılı yasanın 1. maddesiyle, 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'nın 2. maddesinin son fıkrasına, aşağıdaki kuralın (fıkranın) eklendiğini not etmiştir:

“Sıkıyönetim komutanlarının, bölgelerinde **genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmalarını sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin** statülerine göre atanması veya işine son verilmesi, yerel yönetimde çalışanların görevden uzaklaştırılması veya işlerine son verilmesi hakkındaki istemleri ilgili kurum ve organlarca derhal yerine getirilir.”

Komisyon, bu konuda ayrımcılık ile ilgili 1971 tarihli Toplu İncelemesinin 38. paragrafında vurguladığı şu ilkeye yollamada bulunmuştur:

“Sözleşmenin 4. maddesi anlamındaki *devletin güvenliğine yönelik önlemlerin*, 1958 belgelerinde (ayrımcılık sözleşme ve tavsiyelerinde) yer alan kurallarla bağdaşmayan salt **siyasal görüşlere dayalı ayrımcılıklar** ile kendini göstermesi için, yeterli biçimde iyi tanımlanmış ve sınırlarının belirlenmiş olması gerekir.”

Komisyon bu konuda, başka vesilelerle dile getirdiği şu görüşü de anımsatmıştır: “Çalışanları siyasal görüş temeline dayalı ayrımcılığa karşı korurken, sözleşme bu korumanın *yerleşik siyasal ilkelere karşı çıkılmasını* (muhalefet edilmesini) dile getiren yada ortaya koyan etkinlikler konusunda da tanınmasını içerir. Çünkü dile getirilmeyen ve açığa vurulmayan görüşler hakkındaki korumanın amacı (konusu) yoktur.”

Komisyon aynı zamanda, sözleşmenin korumayı yerleşik ilkeler çerçevesindeki görüş ayrılıkları ile sınırlı tutmadığına daha önce dikkat çekmiş olduğunu da anımsatmıştır. Eğer kimi öğretiler devlet kuruluşlarına temel değişiklikler getirilmesini amaçlıyorsa, istenilen sonuca ulaşmak ereğiyle şiddet yöntemlerine başvurmaksızın yada onlara çağrıda bulunmaksızın, bu anılan öğretileri yaymanın sözleşmenin sağladığı koruma dışında kaldığını düşünmek için bir neden oluşturmaz.

Komisyon; memurlar, görevliler ve kamu görevi (memur) adayları hakkında siyasal görüş temeline dayanan tüm ayrımcılıkları ortadan kaldırmak ereğiyle gerekli önlemlerin çok yakın bir sürede alınmış olacağına ve hükümetin bu yönde gerçekleştirilen önlemleri belirteceğine inanmak istediğini vurgulayarak gözlemini noktalamıştır. Ayrıca hükümetten, 69. Genel Konferans'a (1983) bütün verileri sağlamasını da rica etmiştir. ¹⁶⁴

¹⁶⁴ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 69^e session 1983, Genève, s. 237.

bb. Uygulama Komisyonu Raporu

Türkiye'nin “*özel paragraf*”a alınmasıyla noktalanın 1983 Konferans Komisyonu'ndaki tartışmalar, *hükümet temsilcisinin* yaptığı aşağıdaki açıklamalarla başlamıştır:

“Hükümetin Dünya Sendikalar Federasyonu'nun kamu kesimindeki işten uzaklaştırmalara ilişkin yorumlarından sonra yaptığı anket, Eylül 1981 ile 1 Nisan 1983 tarihleri arasında kamu kesiminde yalnızca 422 kişinin Sıkıyönetim Yasası gereğince görevden uzaklaştırıldığını; bundan başka 477 kişinin disiplin ve 449 kişinin de uzayan (süreklili) devamsızlık nedenleriyle işten çıkarıldığını, böylece toplam 1 348 kişinin işine son verildiğini ortaya koymuştur. Bu sorun, Komisyon'da siyasal nedenlerle tartışma konusu olmuştur. Tartışmayı rakamlar değil, Türkiye'nin özel kuruluşları üzerine yöneltmek gerekir. Ülke, terörizmden çok aşırı derecede acı çektiikten sonra halen üç yıllık bir geçiş dönemi yaşamakta ve bireysel özgürlüklerin güvence altına alınacağı parlamenter bir sisteme yönelmektedir. Bu yıl seçimler yapılacaktır ve siyasal partiler şimdiden buna hazırlanmaktadır; gelecek yıl özgürce seçilmiş bir parlamento olacaktır. Hatalı yargılardan kaçınmak için, Türkiye'nin (12) Eylül 1980'den önce içinde bulunduğu özel koşulları göz önünde bulundurmak gerekir. Hiç kimse, bu dönemde Türkiye'de yaşamaksızın durumun ağırlığını tam olarak değerlendiremez. Anarşi ve terörizm dışında, ülke ekonomisi de tam iflas durumundaydı. Söz konusu olan, sanayileşmiş ülkelerin karşılaştığı yüzde beş yada yüzde on oranında bir enflasyon ile yüzde on oranında bir işsizlik değil, yüzde yüzden fazla bir enflasyon ile yüzde beşten fazla bir işsizliktir. Şu yada bu sözleşmeye karşı konulan kısıtlama önlemlerini ekonomik durgunlukla haklı gösterme eğilimindeki ülkelerin, Türkiye'nin durumu için biraz anlayışlı olmaları gerekir.”

İşçi grubu başkanı, işten çıkarmaları Türkiye'nin yaşadığı genel siyasal durumla açıklayıp haklı olduğunu savunmaya çalışan hükümet temsilcisinin bu görüşünü benimsemediğini şöyle ortaya koymuştur:

“Uzmanlar Komisyonu'nca anılan *gerçek işten çıkarma nedenleri terörizm değil, sendikal etkinliktir*. Bundan dolayı da, işçi grubu hükümet temsilcisiince yapılan açıklamalardan hoşnut değildir ve Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin, siyasal görüş nedeniyle yapılan tüm ayrımcılığı yasaklayan 111 sayılı sözleşme konusunda ulaştığı sonuçları benimser. Komisyon, hükümetin iyi niyetini ve sürdürülmesi gereken UÇÖ ile diyalogu başlatma isteğini not etmekle birlikte, kaygısını bildirmek zorundadır.”

İşçi grubu başkanı, işveren grubunca desteklenen ve Komisyonca da karara bağlanan bir “*özel paragraf*”ın onayladığımız 95, 98 ve 111 sayılı sözleşme-

lerle ilgili olarak Komisyon raporuna konulmasını önermiştir. Bu özel paragrafta ise, “bu konuda yapılması gerekli ilerlemeler bulunduğu, Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin yorumlarının onaylandığı, tartışma konusu tüm sorunları incelemek, tutuklu sendikacıların durumu konusunda daha çok bilgi edinmek ve yürürlükteki mevzuatın bu üç sözleşme ile uygunluğunun nasıl sağlanabileceğini incelemek için durumun ağırlığı nedeniyle *doğrudan ilişkilerin yararlı olacağı*”nın belirtilmesini istemiştir.

İşveren grubu başkanı da, 111 sayılı sözleşmenin uygulanmasını çok kaygı verici bulmuş; görevden uzaklaştırmaların siyasal görüş temeline dayalı tüm ayrımcılıklar gibi çok ağır bir sorun niteliği taşıdığını, istatistikler ne olursa olsun her ayrımcılık durumunun kabul edilemez olduğunu vurgulamıştır. Bu ayrımcılık olaylarının süren olağanüstü duruma bağlı olduğunu ve Komisyon'un bu durumu yargılaması gerektiğini belirten işveren üye, sözleşmenin açıkça çiğnenmesini de görmezlikten gelemeyeceğini, siyasal durumdaki olumlu gelişmelere (normalleşmeye ve serbest seçimlerin yapılacak olmasına) karşın sözleşmeye ilişkin şu andaki durumun kaygı verici olduğunu ve işçi grubunun önerdiği gibi *doğrudan ilişki misyonunun*¹⁶⁵ yararlı olacağını belirtmiştir. Komisyon'un kaygısını bildirmek için bir “özel paragraf”ın gerekli olduğu görüşüne katılan işveren grubu başkanı, tüm sözleşmelerin uygulanmasının yeni bir siyasal bağlamda güvenceye alınacağı umudunu dile getirerek konuşmasını bitirmiştir.

Bunun üzerine hükümet temsilcisi, hükümetin 111 sayılı sözleşme konusunda bir “doğrudan ilişki misyonu”nu kabul edebileceğini açıklamıştır. *Komisyon* da, hükümetin sağladığı bilgileri gözönünde bulundurarak şu sonuca varmıştır:

“Siyasal ortam ve koşullar, sıkıyönetim durumunun sözleşmeye aykırı olarak kişileri görevden uzaklaştırmak için kullanılmasını haklı göstermez. Komisyon, hükümetin söz ettiği geçiş döneminin çok yakın bir gelecekte sona ermesini, ***mevzuat ve uygulanmanın iş ve meslekte siyasal görüş temeline dayanan her tür ayrımcılığı yasaklayan sözleşmeye uygun duruma getirilmesini*** umar. Ayrıca Komisyon, hükümetçe kabul edilen *doğrudan ilişki misyonunun* güçlüklerin üstesinden gelmek için zorunlu olan yardımı ve hızlı gelişmeleri sağlayacağı umudunu da dile getirir.

Komisyon, özellikle 98 ve 111 sayılı sözleşmelerin uygulanması üzerindeki olumsuz etkileri kesin olan sıkıyönetim nedeniyle Türkiye'deki durum konusundaki kaygısını dile getirir. Dolayısıyla Komisyon, Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin önerilerini destekler. Durumun yakında dü-

¹⁶⁵ Doğrudan ilişki misyonu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, 2004, s. 99-102; Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, 2008, s. 313-318.

zeleceği umudunu dile getirir. Hükümetin 111 sayılı sözleşme konusunda bir doğrudan ilişki misyonuna çağrıda bulunacağını not eder ve bu misyondan 98 sayılı sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili güçlüklerin üstesinden gelmek için de yararlanılacağı umudunu dile getirir. Komisyon, raporuna yukarıda anılan anlatımla, bir **özel paragraf koymaya karar vermiştir.**" ¹⁶⁶

b. 70. Genel Konferans Dönemi (1984)

aa. Uzmanlar Komisyon Raporu

Uzmanlar Komisyonu 1984 yılı gözleminde, 1402 sayılı yasada yapılan değişikliği ve bu konuda yollama yaptığı görüşünü anımsattıktan sonra, hükümetin raporunda ve 1983 Konferans Komisyonu'nda DSF'nin yorumları konusunda yaptığı açıklamaları yinelemiştir.

Komisyon, hükümetçe yapılan görevden uzaklaştırma sayısının pek çok abartıldığı ve kamu işletmelerindeki işten çıkarma olaylarının büyük ölçüde çalışmada disiplinsizliğe ve devamsızlığa dayandığı yolundaki 1402 sayılı yasanın uygulanması çerçevesinde anılan önlemlerin genişliğine (yoğunluğuna) ve sözleşmeye değgin açıklamaları not ederek şu noktayı vurgulamıştır: "Bu açıklamalar, bu kuralların sözleşme ile uygunluğunu sağlamak ereğiyle girilmiş hiçbir eylemden söz etmemektedir."

Milli Güvenlik Konseyi'nin 1402 sayılı yasanın 19 Kasım 1983'ten başlayarak dört ay daha yeniden uzatılması konusundaki 10 Kasım 1983 tarihli kararını not eden Komisyon, bundan başka doğrudan ilişki misyonuna değinmiş ve Eylül 1983'te UÇÖ Genel Müdür temsilcisi ile hükümet arasında gerçekleştirilen *doğrudan ilişkiler* sırasında Devlet Bakanının şu açıklamalarda bulunduğunu belirtmiştir:

"6 Eylül 1983'te 69 öğretim üyesi (maîtres de conférences), 2 442 öğretmen, 1 595 memur ve kamu hizmetlerinde görevli 424 işçi görevden uzaklaştırılmıştır. Görevine son verilen 2 442 öğretmen, toplam 526 000 öğretmenin yüzde 0,5'inden azını temsil etmektedir. Bundan başka, 29 Aralık 1982 tarihli ve 2766 sayılı yasa, ¹⁶⁷ görevden alınan

¹⁶⁶ BIT, **Compte rendu des travaux, CIT**, 69^e session 1983, Genève, s. 31/68.

¹⁶⁷ **Resmi Gazete**

tüm kişilerin durumunun gözden geçirilmesine ve kamu hizmetine uygun olduğu kanısına varılan kişilerin yeniden göreve alınmasına olanak vermiştir. Bu usule uygun olarak 645 öğretmen, 52 memur ve kamu hizmetlerinde görevli 14 işçi işlerine yeniden alınmıştır. Bu gözden geçirme usulü sürmekte ve başka göreve yeniden almalar beklenmektedir.”

Bu bilgilerle yapılan açıklama ve gösterilen niyetleri dikkate alan Uzmanlar Komisyonu; “devlet güvenliğini yada kimi görevlerin gereklerini gözönünde bulundurmak için sözleşmenin izin verdiği önlemler, bunları iş konusunda siyasal görüş temeline dayalı ayırım yapılmaması temel ilkesi ile çelişkiye sokacak biçimde uygulanamaz” ilkesine verdiği önemi bir kez daha anımsatmıştır.

Hükümetin, gözden geçirilmekte olan görevden alma durumlarının sonuçları konusunda ayrıntılı bilgiler vermeyi sürdürmesini rica eden Uzmanlar Komisyonu, SÖK’ün 232. raporunda yer alan kimi yakınmalar konusunda bilgi edindiğini de eklemiştir. Türkiye’deki UÇB Genel Müdürü temsilcisine iletilen bu yakınmalara göre, hapisneden bırakılan kişilerin büyük bir bölümünün işsiz kalmasının yanı sıra, kimi işverenler DİSK ile bağlantısı olduğu için bu kişilere karşı ayrımcılık yapmakta ve kimi hizmet sözleşmeleri de eski tutukuların bir işe alınmasını yasaklayan kurallar içermektedir. Komisyon bu konuda, 1402 sayılı yasanın 3. maddesinin (d) bendini değiştiren 3 Haziran 1983 tarihli ve 2836 sayılı yasanın 1. maddesinin, ¹⁶⁸ sıkıyönetim kumandanlarına ulusal güvenlik yada kamu düzeni için

diğer sosyal güvenlik kurumları hakkındaki kanun hükümleri uygulanır. Bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar. Bu kanunun 21 inci maddesi kapsamına girenlere ilişkin istemler hakkında kendi özel kanunlarındaki hükümler uygulanır.”

2766 sayılı yasanın, görevlerine son verilenlerin durumlarının yeniden incelenmesine olanak veren geçici maddesi şöyledir:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 2 nci maddesine 19/9/1980 tarih ve 2301 sayılı Kanunla eklenmiş bulunan fıkra hükümlerine göre, sıkıyönetim komutanlarının istemeleri üzerine işlerine son verilenlerin durumları; **sıkıyönetim komutanlıklarınca yeniden tetkik edilip**, kamu hizmetlerinde görevlendirilemeyecekleri tespit edilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar. Bunlar hakkında tabi oldukları 5334 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu veya diğer sosyal güvenlik kurumları hakkındaki kanun hükümleri uygulanır.”

¹⁶⁸ Resmi Gazete, 4 Haziran 1983, Sayı: 18067.

1402 sayılı yasanın 3. maddesinin 2936 sayılı yasayla değiştirilen (d) bendi şöyledir:

“Kamu düzeni, Devlet kuvvetleri, kişi hürriyeti, kamu selameti aleyhine işlenen cürümlerle, adam öldürmek veya kişilere karşı müessir fiilde bulunmak suçlarından yükümlülüğü bulunanlardan veya genel emniyet gözetimi altında olanlardan veya sıkıyönetim bölgesinde belirli bir ikametgahı olmayanlardan veya diğer şüpheli olan veya genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından zararlı faaliyette buldukları anlaşılan kişilerden gerekli görülenlerin sıkıyönetim bölgesi içinde yerlerini değiştirmek veya bu bölge içinde belirli yerlere girmelerini veya yerleşmelerini yasaklamak, sıkıyönetim bölgesi içinde bulunmaları sakıncalı görülenleri de, sıkıyönetim bölgesi dışına çıkarmak,

bir tehdit sunduğundan (taşıdığından) kuşku duyulan yada daha önce ulusal güvenliğe ve kamu düzenine zarar veren eylemlerinden dolayı cezaya çarptırılan kişileri beş yıl süre ile sıkıyönetim bölgesi dışına çıkarma yetkisi tanıdığını da gözlemlemiştir.

Hükümeti yeniden çok yakın bir süre içinde, sözleşmeye aykırı tüm ayrımcılıkları ortadan kaldırmak ereğiyle gerekli önlemleri almaya çağırın ve bu yönde gerçekleştirilen gelişmeleri belirtmesini dileyen Komisyon, 70. Genel Konferans'a eksiksiz veriler sağlaması için de hükümete ricada bulunmuştur.¹⁶⁹

bb. Uygulama Komisyonu Raporu

Hükümet temsilcisi, Konferans Komisyonu'nda 111 sayılı sözleşmeye aykırı uygulamayı tümüyle yadsıyan şu açıklamalarda bulunmuştur:

“Siyasal görüş, Türkiye’de geçerli bir işten çıkarma gerekçesi oluşturamaz. İşten çıkarılan 24 084 çalışan, gerçekte 1980-1984 döneminin toplamını temsil eder ve bunlar yalnızca ekonomik nitelikli gerekçelere dayanır. Kamu görevinde (ise), görevden uzaklaştırmalar disiplin yada kusur yahut mesleksel yeteneksizlik nedenlerine dayanmıştır ve hiçbir durum siyasal görüşe dayalı bir ayrımcılık oluşturmamıştır. 29 (28) Aralık 1982 tarihli bir yasa (2766), görevden alma durumlarının yeniden incelenmesine olanak vermektedir ve 880 memur, görevlerine yeniden dönebilmiştir. İş mahkemelerine başvurular yapılmıştır. Bundan başka, sıkıyönetimin kaldırıldığı bölgelerdeki işten çıkarmaları denetlemek için yeni yasal kurallar incelenmektedir. SÖK’ün raporu, yeni özgürleştirilen kişilerin işsizliğine ve DİSK ile ilişkileri bulunan işçilere karşı kimi işverenlerce uygulanan ayrımcılığa göndermede bulunmaktadır. İşsizlik, Türkiye’nin en önemli sorunlarından biridir ve bu koşullarda eski tutukluların işe yerleştirilmesinin kimi sorunlar yaratabilmesini kabul etmek gerekir. 2869 sayılı yasayla değiştirilen 1475 sayılı İş Yasası, 50 yada daha çok işçi çalıştıran işyerlerini %2 oranında eski hükümlüyü mesleklerine uygun bir işte çalıştırmakla yükümlü tutmuştur.”

Hükümet temsilcisinin bu açıklamasından sonra 111 sayılı sözleşme üzerindeki tartışmalar, 98 sayılı sözleşme ile birlikte yapılmıştır.

İşçi grubu başkanı, önce tartışma konusu olan 98 ve 111 sayılı sözleşmelerin uygulanmasıyla ilgili sorunların 1978, 1979, 1980 ve 1983 yıllarında “özel pa-

Genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından zararlı faaliyette bulunanlardan gerekli görülenler sıkıyönetim komutanının takdirine göre **beş yıl geçmemek üzere sıkıyönetim bölgesi dışına çıkarılarak** işçileri Bakanlığı'nca belirlenecek yerlerde ikamete mecbur tutulurlar.”

¹⁶⁹ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 70^e session 1984, Genève, s. 282-283.

ragraf”lara alındığını anımsatmıştır. Çalışanların siyasal ve sendikal gerekçelerle işten çıkarıldığını vurgulayarak 111’in uygulanması konusundaki kaygılarının sürdüğünü yineleyen işçi grubu sözcüsü, bu konuda hükümet temsilcisinden şu iki soruyu yanıtlamasını istemiştir: “İlk olarak hükümet, SÖK’ün karar ve önerilerini tam olarak ve kısa süre içinde kabul etmeye ve uygulamaya hazır mıdır? İkinci olarak da hükümet, iş ve meslekte ayrımcılıkla ilgili tüm bireysel durumların Uzmanlar Komisyonu’nca incelettilmesine hazır mıdır?”

Hükümet temsilcisi, Komisyon’un işçi kanadı üyelerinin özellikle 98 sayılı sözleşme ile tutuklu DİSK yönetici ve üyelerinin durumu konusundaki eleştirilerinden sonra, yukarıda aktarılan konuşmasında yaptığı açıklamaları yineleyerek bu soruları şöyle yanıtlamıştır: “Çalışanların işten çıkarılma gerekçeleri konusunda istenen bilgiler, diyalogun ve doğrudan ilişkiler misyonunun yararlı olabileceği bir alandır. (...) Eski hükümlülerin işe alınması konusundaysa, işletmeler için belli bir oranda işe alma yükümlülüğü vardır. Ancak Türkiye’de herkesi etkileyen bir işsizlik sorunu vardır.”

Genel Sekreter temsilcisinin, işçi grubunun sorusu üzerine 111 sayılı sözleşmenin uygulanması için Türkiye’de daha önce doğrudan ilişkiler misyonuna başvurulduğunu anımsatmasından sonra, işçi grubu başkanı, doğrudan ilişkilerin öngörülmemesi durumunda 98 ve 111 sayılı sözleşmeler için “özel paragraf” önerceklerini belirtmiştir.

Hükümet temsilcisinin, diyaloga olumlu bir nitelik kazandırmak konusunda hükümetin niyetine ilişkin güvence vermesinden ve yeni doğrudan ilişkiler misyonunun da önceki gibi çok yapıcı olacağı umudunu belirtmesinden sonra, Konferans Komisyonu 111 sayılı sözleşme konusunda şu sonuca varmıştır:

“Komisyon, bu olayın 1983 yılında Komisyon’da tartışılmasının ardından gerçekleştirilen *doğrudan ilişkiler misyonu* sırasında elde edilen bilgilerden ve açıklamalardan dolayı sevinir. Hükümetin sözleşmeye aykırı tüm ayrımcılıkları ortadan kaldırmak için gerekli olan önlemleri alacağını ve bu sorun konusunda, Uzmanlar Komisyonu’nun istediği gibi, *tüm bilgileri sağlayacağını* umut eder.”¹⁷⁰

c. 71. Genel Konferans Dönemi (1985)

aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu

Sıkıyönetim Yasası’nda 2301 sayılı yasayla yapılan değişikliğe daha önceki gözlemlerinde değindiğini anımsatan Komisyon, 1985 yılı gözleminde beş nokta üzerinde durmuştur.

¹⁷⁰ BIT, *Compte rendu des travaux*, CIT, 70^e session 1984, Genève, s. 35/62-63.

Komisyona, önce hükümet raporunun içerdiği bazı bilgileri not etmiştir. Buna göre, TBMM'nin 19 Mart 1984 tarihli kararıyla 13 ilde sıkıyönetim kaldırılmıştır. Dolayısıyla, 50 ilde sıkıyönetim uygulanmaktadır. Hükümetin açıklamasına göre, sıkıyönetim komutanlarından memurların yerini değiştirme yada onları görevden alma kararları ile görevli olmalarını, bu usullerin siyasal ayrımcılıklara neden olmadığı bir kanıtı olarak düşünmek gerekir. Bununla birlikte Komisyon, sıkıyönetim komutanlarının yer değiştirmeye yada görevden almaya ilişkin bir karar aldıkları zaman, mevzuatın bir memura sitem edilen etkinliklerin işgal ettiği fonksiyona özgü hizmetlerin yerine getirilmesi üzerinde sahip olabileceği etkiyi gözönüne almalarını istemediğini gözlemlemiştir. Bundan başka Komisyon, sıkıyönetim komutanlarının "çalışmanın gerekli olmadığı düşünüldüğü" zaman da yer değiştirme yada görevden alma önlemlerine başvurabildiğini not etmiş ve bu ölçütün, devlet güvenliğinin korunması konusunda doğru (yerinde) olmadığını ve kullanılmasının, doğrudan doğruya memuru çalıştıran yetkililerin kararına ve sorumluluğuna bağlı olması gerektiğini vurgulamıştır.

Bu konuda 1971 Toplu İncelemesinin 38. paragrafına bir kez daha yollamada bulunan Komisyon, memurların yalnızca titizlikle belirlenmiş ölçütlere dayanarak yerlerinin değiştirilmesini yada görevden alınmasını sağlamak ereğiyle, hükümetin tartışma konusu kuralları çok yakın bir süre içinde kaldırmak yada değiştirmek için gerekli önlemleri alacağı ve bu kararların, anılan ölçütlere saygı göstermeyen kararlara karşı eksiksiz (tam) bir koruma sağlayacak usullere konu olacağı umudunu dile getirmiştir. Komisyon, bu gibi önlemler kabul edilmesi beklentisiyle, hükümetin 1402'in 2. maddesinin yürürlükte olduğu illerde uygulanması konusunda ayrıntılı bilgiler iletilmesini de rica etmiştir.

Uzmanlar Komisyonu ikinci nokta olarak, görevden alınan 4 530 memurdan 880'inin yasa gereğince yeniden işe alındığını hükümet raporuna dayanarak not etmiş ve sürmekte olana görevden alma durumlarının gözden geçirilmesinin sonuçları konusunda hükümetin ayrıntılı bilgiler vermeyi sürdürmesini istemiştir.

Üçüncü nokta olarak, sıkıyönetimin kaldırıldığı bölgelerde tüm görevden uzaklaştırmaları denetlemek için incelenmekte olan yeni yasal düzenlemelere ilişkin hükümet açıklamasını not eden Komisyon, kabul edilir edilmez bu metinleri kendisine iletmesini hükümetten rica etmiştir.

Komisyonca üzerinde durulan dördüncü nokta, eski hükümlülerin istihdamına ilişkindir. Bu konuda daha önceki yorumlarına yollamada bulunan Komisyon, hükümetin İş Yasası'nın değiştirilen kuralına (m. 25/B) karşın istihdam durumunun tüm eski hükümlülerin yeniden işe alınmasını kolaylaştırmadığı yolundaki açıklamasını dikkate almış ve hükümetten sözleşmeye (m. 3/b) uygun olarak ayırım gözetmeme politikasının kabul edilmesini ve uygulanmasını kolaylaştırmak için işçi ve işveren örgütlerinin işbirliğini elde etmek amacıyla aldığı yada almayı düşündüğü önlemleri bildirmesini rica etmiştir.

Uzmanlar Komisyonu'nun 1985 gözleminde değindiği son nokta, 1402'in 2836 sayılı yasayla değiştirilen kuralının (m. 3/d) sıkıyönetim komutanlarına tanıdığı kamu düzeni yada güvenliği için bir tehdit sunduğundan kuşkulanan kişileri bölgeleri dışına çıkarma yetkisiyle ilgilidir. Bu konuda da önceki yorumlarına göndermede bulunan Komisyon, hükümetin “bu gibi geçici önlemlerin kötü niyetli kişilerin olası kötü eylemlerini önlemek amacı taşıdığı yolundaki açıklamasını not etmiş ve yeniden 1971 Toplu İncelemesi'ndeki 38. paragrafı anımsatıp yinelemiştir. Hükümetten bölge dışına çıkarma kararlarının siyasal görüşlere dayalı ayrımcılıklara yol açmamasını sağlamak için aldığı yada almayı düşündüğü önlemleri bildirmesini rica eden Komisyon, yürürlükte kaldığı sürece bu kuralların uygulanması konusunda ayrıntılı bilgiler vermesini de istemiştir.¹⁷¹

bb. Uygulama Komisyonu Raporu

Hükümet temsilcisi, Uzmanlar Komisyonu'nun bilgi verilmesini istediği konularda açıklamalar yapmıştır.

Hükümetin son amacının tüm ülkede sıkıyönetimi kaldırmak olduğunu belirten *temsilci*, parlamenter demokrasinin yeniden kurulduğu iki yıldan beri sıkıyönetimin 50 ilde kaldırıldığını, böylece sıkıyönetimin uygulamasından ileri gelen tüm kaygıların kuramsal nitelik taşıdığını savunduktan sonra, 1402'nin 2. maddesine 2301 sayılı yasayla eklenen kuralı şöyle açıklamıştır:

“Bu maddeyle sıkıyönetim komutanlarına verilen yetki, yalnızca çalıştırılması tehlikeli olan yada tehlikeli olduğu düşünülen kişiler için kullanılabilir. Komutanların kamu görevlilerini yerine getirdikleri görevlerin niteliğine değgin nedenlerle görevden uzaklaştırma yada yerlerini değiştirme hakkı yoktur. Bir memurun yerine getirdiği hizmetlerin yararlı olup olmadığına karar verebilecek tek yetkili makam, onu çalıştıran kamu kurumu yada kuruluşudur. Son iki yıl içinde bu yetki kullanılmamıştır. (...) Uzmanlar Komisyonu, bir kamu görevlisinin sıkıyönetim komutanlarınca görevden alınmasının yada yerinin değiştirilmemesinin ancak “kamu görevlisinin çalışmasının gerekli olduğunun düşünülmemesi” ölçütüne dayanmaması gerektiğini, çünkü bu ölçütün devlet güvenliği ve koruma (devlet güvenliğinin korunması) konusunda doğru olmadığını, bundan başka kararın memuru çalıştıran yetkililerce alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu ölçüt konusunda bir yanlış anlama olabilir. Önce belirtildiği gibi, 2301 sayılı yasayla sıkıyönetim komutanlarına verilen yetki, yalnızca çalışmalarını genel güvenlik yönünden tehlikeli olduğu düşünülen kişiler hakkında kullanılır. Genel olarak, görevden alma durumun-

¹⁷¹ BIT, *Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations*, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 71^e session 1985, Genève, s. 311-313.

da kamu görevlileri Danıştay'a yada bölge idare mahkemelerine başvuru-
rabilirler ve bu yeterli bir güvencedir.”

Temsilci, Uzmanlar Komisyonu'nun bilgi istediği görevden alma durumlarının gözden geçirilmesiyle ilgili ikinci nokta konusunda ise şu açıklamayı yapmıştır:

“Görevden alınan kişilerin yeniden çalıştırılmasına olanak vermek için 2766 sayılı yasaya geçici bir kural konulmuştur. Bu kural şimdiye değin 2 079 memurun yeniden görevine başlamasına olanak vermiştir. Bu yasadaki ilkelere uygun biçimde her Bakanlıkta bir “gözden geçirme kurulu” oluşturulmuştur. Böylece geçerli olmayan nedenlerle görevden alınan memurlar yeniden görevlerine dönebilmişlerdir. Eski görevlerine dönmek yada başka konumlara geçmek (nakil) isteyen memurlar için sıkıyönetim bölgesinde boş bir göreve atanmak için seçilebilirlik ile ilgili resmi belge, Nisan 1985'ten beri, bu kişileri çalıştıran kurumlarca yada kamu yetkililerince artık gerekli değildir. Bundan başka, görevden alınan ancak henüz göreve geri dönmeyen kişiler için de parlamentoya bir genel af yasası tasarısı sunulmuştur.”

Hükümet temsilcisi, Uzmanlar Komisyonu'nun bilgi verilmesini rica ettiği üçüncü nokta, yani sıkıyönetimin kaldırıldığı bölgelerde görevden uzaklaştırmaların denetlenmesini amaçlayan yasal düzenlemeler konusunda şunları söylemiştir: Bir işçinin işten çıkarılması işverene önemli mali yükümlülükler getirir. Bu konuda bankaların iflası ile ilgili yasada yakından bir değişiklik yapılmıştır. Bununla işçilerin ücretleri ve ödünleyici (telafi edici) ödemeler, ayrıcalık sıralamasında altıncıdan birinciye alınmıştır.

Eski hükümlülerin istihdamı konusunda da, *hükümet temsilcisi* özetle şu açıklamalarda bulunmuştur:

“Hükümet, eski hükümlülerin ve özürlü kişilerin çalıştırılmasını da kapsamak üzere, çalışma yaşamının tüm yönleri konusunda temsil yeteneği olan işçi ve işveren örgütleriyle sürekli biçimde işbirliği yapmaktadır. İş Yasası'nın 25. maddesinin 8. bendine titizlikle uyulmaktadır. Bakanlık yakınma durumunda iş müfettişleri göndererek sorunu incelemekte, yasal çerçevede hızlı ve haklı çözüm yolları araştırılmasına öncelik vermektedir. Birkaç hafta önce eski hükümlülerin yeniden çalıştırılmasını kolaylaştırmak ve çalışma koşullarını iyileştirmek için alınacak önlemlerle ilgili yönetmelik tasarısı üzerindeki incelemeler tamamlanmış ve onaylanması için Bakanlar Kurulu'na sunulmuştur.”

Hükümet temsilcisi, Uzmanlar Komisyonu'nun bilgi istediği sıkıyönetim komutanlarının bölge dışına çıkarma kararlarının siyasal görüş temeline dayalı ayrımcılıkla sonuçlanmaması konusunda ilgili son noktaya ilişkin olarak da şu açıklamayı yapmıştır: 1402'nin 3. maddesinin d bendi, uygulamada siyasal görüşe dayalı ay-

rımcılıklara götürmemiştir. Ne olursa olsun, bu madde on yıldan beri uygulanmamıştır. Sıkıyönetimin giderek kaldırılması son evresindedir.

Hükümeti temsilcisinin Uzmanlar Komisyonu raporundaki noktalara yönelik bu açıklamalarından sonra, Konferans Komisyonu işçi ve işveren grupları başkanları ile Norveç işçi üyesi söz almıştır.

İşçi grubu başkanı, özellikle sıkıyönetim komutanlarının kanıt göstermeksizin görevden uzaklaştırma yetkileriyle bağlantılı olarak 111 sayılı sözleşmenin uygulanmasının doğurduğu güçlüklerle değindikten sonra, görevden alınan memurların yeniden göreve dönmesi sorununa dikkat çekerek şunları söylemiştir:

“Görevden alınan memurların büyük bir bölümü yeniden işe alınmamıştır. Hükümet temsilcisinin oluşturulduğunu belirttiği gözden geçirme komisyonunun, siyasal konumları nedeniyle görevden uzaklaştırılan ya da yerleri değiştirilen memurları göreve geri döndürmesini dilemek gerekir. Türkiye’de olağan toplumsal (çalışma) ilişkilerin yeniden kurulabilmesi için, aynı zamanda eski hükümlülerin de olağan haklarıyla yeniden bütünleştirilmeleri gerekir. Gelecek yıl, yasalarda ve uygulamada yeni gelişmeler ve olağan duruma hemen hemen tam bir dönüş saptayabilmeyi ummak gerekir.”

111 sayılı sözleşmenin uygulanmasının ağır güçlükler doğurduğunu belirten *işveren grubu sözcüsü* ise şu noktalara değinmiştir:

“Burada nitelik olarak geçici bir önlem olan, ancak sonuçları daha uzun bir dönem için hissedilen sıkıyönetim sorunu ile karşı karşıyayız. Sonuçlar göz önüne alındığında, bir dizi sorunla karşı karşıyayız. Temsilci, hükümetin sıkıyönetimi aşamalı olarak kaldırmaya hazır olduğunu ve işten çıkarılan kişilerin yeniden işe alınması olanağının düşünüldüğünü söyledi. (...) Hükümet, uygun önlemler almak ve Uzmanlar Komisyonu’na ayrıntılı bilgiler sunmak zorundadır. Durum düzelmiştir, iyi yoldadır, önceki yıllarda durum böyle değildi ve eğer bağlam (durum) daha çok düzelse sonuçlar daha iyi olacaktır.”

Konferans Komisyonu’nun Norveçli işçi kanadı üyesi, Uzmanlar Komisyonu gözlemlerine yollamada bulunduktan sonra, Türkiye’de sendikacı ve gazeteci olarak düşüncelerini açıklamış olması nedeniyle tutuklanan bir Norveçli gazetecinin duruma da değinerek, “bu ülkede insanlar düşüncelerini dile getirmiş ve siyasal sorunlara değinmiş olmaları nedeniyle tutuklanabilir ve hapse konulabilir” demiştir.

Bu konuşmalardan sonra göreve dönen memur sayısının 2 079 olduğunu belirten hükümet temsilcisi, ekonomik, siyasal ve toplumsal alanda karmaşık sorunlarla karşı karşıya olan hükümetin, uluslararası kuralları ülkenin özel koşullarını gözönünde bulundurarak olabilen en iyi biçimde uygulamaya çalıştığını savunmuştur.

Temsilcinin iletmiş olduğu bilgileri dikkate alan *Uygulama Komisyonu*, işten çıkarılan kişilerin yeniden göreve alınacağı ve Uzmanlar Komisyonu'nun ortaya koyduğu noktalar konusunda tam bilgilerin sunulacağı umudunu dile getirmiştir. Özellikle, 111 sayılı sözleşmenin uygulanması konusunda 1983'te bir doğrudan ilişki misyonu gerçekleştirildiğini belirten Komisyon, hükümetin kamu kesimindeki tüm ayrımcılıkları ortadan kaldırmak için alacağı önlemler konusundaki tutumunu gözden geçirmemiş görüldüğünü vurgulayarak şu sonuca varmıştır:

“Uygulama Komisyonu, bir kez daha, *mevzuat ve uygulamanın sözleşme ile uygunluğunu sağlayarak* yakın bir gelecekte gerçek bir ilerleme yapılacağı umudunu dile getirir.¹⁷²

ç. 73. Genel Konferans Dönemi (1987)

aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu

Komisyon 1987 yılı gözleminde, hükümet raporunda verilen bilgileri ve 1985'te Konferans Komisyonu'nda yapılan açıklamaları not ettiğini belirttiikten sonra, 1402'de 2301 sayılı yasayla yapılan değişikliğe ilişkin önceki yorumlarını yinelemiş ve hükümetten, memurların yalnızca titizlikle belirlenmiş ölçütlere dayanarak görevden alınmasını yada yerlerinin değiştirilmesini sağlamak ve bu görevden alma yada yer değiştirme kararlarının bu ölçütlere uyulmasına saygı göstermeyen kararlara karşı eksiksiz bir koruma sağlayan usullere konu olmasını güveneye bağlamak amacıyla bu kuralların ortadan kaldırılması için önlemler almasını rica ettiğini anımsatmıştır.

Bu kuralların sıkıyönetimin kaldırılmadığı illerde uygulanması konusunda ayrıntılı bilgiler istediğini de ekleyen Komisyon, hükümet raporunda şu bilgilerin gönderildiğini belirtmiştir: Sıkıyönetim, Mart 1986'da 62 ilde kaldırılmıştır ve iki yıldan beri de, anılan kurallar uygulanmamıştır. Sıkıyönetim komutanlarına verilen yetkiler, salt genel güvenlik, asayiş yada kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen yada hizmetlerinin artık gerekli olmadığı düşünülen kişiler için kullanılmıştır.

Komisyon bu açıklamaları not ettikten sonra, bir kez daha 2. maddeye ilişkin yorumunu anımsatmıştır. Bilindiği gibi bu yorumda Komisyon, sözleşmenin 4. maddesi anlamında devlet güvenliğini sağlamaya yönelik önlemlerin, sözleşmeyle bağdaşmayan açıkça siyasal nitelikli görüş temeline dayalı ayrımcılıklar biçiminde kendini göstermemesi için yeterince belirlenmiş / tanımlanmış ve sınırlandırılmış olması gerektiğini vurgulamıştır. Komisyon bir kez daha hükümetin, çok yakın bir süre içinde, sıkıyönetimin varlığına karşın *memurların yalnızca titizlikle belirlenmiş ölçütlere dayanarak görevden alınmalarına yada görev yerlerinin de-*

¹⁷² BIT, *Compte rendu des travaux*, CIT, 71^e session 1985, Genève, s. 30/80-82.

ğiştirilmesine ve bu memurların anılan ölçütlere uyulmasına saygı göstermeyen kararlara karşı eksiksiz bir koruma sağlayan usullere başvurabilmesine çaba göstermek için önlemler alacağına inanmak istediğini yinelemiş ve benzer önlemlerin alınması beklentisi içinde, hükümetten 1402'nin yürürlükte olduğu beş ilde uygulanması konusunda ayrıntılı bilgiler iletmesini rica etmiştir.

Uzmanlar Komisyonu'nun 1987 gözleminde üzerinde durduğu ikinci nokta, 2766 sayılı yasanın geçici kuralı gereğince görevden alınan memurların durumunun yeniden incelenmesi ile ilgilidir. Konferans Komisyonu'nda 1985'te (4 530 memurdan 2 079'unun yeniden göreve dönmesi, bir gözden geçirme komisyonu oluşturulması ve parlamentoya genel bir af yasaı tasarısı sunulması konularında) yapılan açıklamalar ile hükümet raporunda sunulan durumu incelenen görevden alınmış memur sayısının 880'den 3 999'a yükseldiği yolundaki bilgileri not eden Komisyon, şu noktayı anımsatmıştır: "2766 sayılı yasa, aynı geçici maddesinde sıkıyönetim komutanlarınca yürütölen inceleme sonunda kamu görevinde *'istenilmeyen kişi'* olarak düşünölen memurların ve kamu görevlilerinin *hiçbir zaman kamu görevinde çalıştırılmamasını* da kurala bağlamıştır."

Uzmanlar Komisyonu, bu nokta ile ilgili olarak hükümetten şu konularda bilgiler iletmesini rica etmiştir: Görevden alınan memurlar ve kamu görevlileri konusunda af yasaının içeriği, kapsamı ve kabul edilmesi sürecinin durumu; kamu görevinde "istenilmeyen" olarak düşünölen kişilerin sayısı, bu kişilerin yeniden göreve alınması yada alınmaması için kullanılan ölçütler; ilgili yasal ve yönetsel metinleri de kapsamak üzere, her bakanlıkta oluşturulan komisyonlar ve görevden alma durumlarının gözden geçirilmesi ve eski görevlerine dönen kişilerin sayısı.

Komisyon'ca üzerinde durulan üçüncü nokta, 1402'de 2836 sayılı yasayla yapılan değişiklikle sıkıyönetim komutanlarına tanınan kimi kuşkulu kişileri bölge dışına çıkarma yetkisine ilişkindir. Bu kuralın iki yıldır uygulanmadığı yolundaki hükümet raporunda sunulan bilgiyi dikkate alan Komisyon, sözleşmenin 4. maddesi konusundaki görüşünü bir kez daha anımsatarak, devlet güvenliğini sağlamaya yönelik önlemlerin siyasal görüşe dayalı ayrımcılıklarla açığa vurulmaması için yeterince belirlenmiş ve sınırlandırılmış olması gerektiğini vurgulamıştır. Hükümetin, anılan kuralların uygulanması çerçevesinde alınan kararların siyasal görüş temeline dayalı ayrımcılıklara yol açmamasını sağlamak için alınan yada alınması tasarlanan önlemleri bildirmesini rica eden Komisyon, söz konusu kuralların yürürlükte kaldığı beş ilde uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgiler iletmesini de istemiştir.¹⁷³

¹⁷³ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 73^e session 1987, Genève, s. 397-399.

bb. Uygulama Komisyonu Raporu

Ayrımcılık sözleşmesi konusundaki tartışmaların 98 sayılı sözleşmeye ilişkin sorunlarla birlikte yapıldığı 73. Genel Konferans Komisyonu, *hükümet temsilcisinin* şu açıklamalarıyla başlamıştır:

“1402 sayılı yasa gereğince yürürlükte olan sıkıyönetim, 19 Temmuz 1987’den başlayarak halen uygulanmakta olduğu beş ilde de kaldırılacaktır. Sıkıyönetimin varlığından bağımsız olarak, ulusal mevzuatta siyasal görüşe dayalı ayrımcılık tehlikesine karşı bir dizi güvence vardır. Anayasa’nın 10. maddesine göre herkes, özellikle siyasal düşüncesi ne olursa olsun, (ayrım gözetilmeksizin) yasa önünde eşittir ve devlet organları ile yönetsel makamlar (bütün işlemlerinde) yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Bundan başka, Anayasa’nın 125. maddesi gereğince, yönetimin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu hükümlerin uygulanmasıyla, görevden uzaklaştırılan toplam 4 530 memurdan 3 999’unun durumu yeniden incelenmiştir. Sıkıyönetimin uygulandığı 5 ilde, son üç yıl içinde yalnızca 5 memur görevden alınmıştır ve son görevden alma tarihi de Şubat 1986’dır. O halde 1402 sayılı yasanın uygulanması, siyasal yada başka nitelikli ayrımcılıklar yapılmasına engel olan gerekli hukuksal usullerle donatılmıştır. Ayrıca bu yasa, Şubat 1986’dan beri uygulanmamıştır ve sıkıyönetimin tümüyle kaldırılacağı 19 Temmuz 1987’den başlayarak da yürürlükten kaldırılacaktır.”¹⁷⁴

Temsilcinin, Uzmanlar Komisyonu’nun raporunu görmezlikten gelen bu açıklamalarından sonra söz alan Komisyon’un işçi kanadından İsvetli, Yunan ve Fransız üyelerin yanı sıra Türk üye de, yalnızca 98 sayılı sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili sorunlara değinmişlerdir. Özellikle ***Komisyon’da ilk kez konuşan Türk-İş temsilcisi üyenin 111 sayılı sözleşmenin uygulanmasından doğan sorunlara bir cümle ile de olsa hiç değinmemiş olması anlamlıdır.***¹⁷⁵

Buna karşılık ABD’li ve Norveç’li işçi üyeler ile işçi ve işveren grubu başkanları, 98’in yanı sıra 111’e de değinmişlerdir. ABD’li işçi üye, kısa konuşmasında 2821’in sendikalara siyaset yasağı getiren 37. maddesinin 111 sayılı sözleşmenin 1. maddesiyle doğrudan çelişki içinde olduğunu öne sürerken, *Norveç’li işçi üye* bu sözleşme ile ilgili olarak şu noktaları anımsatmayı uygun görmüştür:

¹⁷⁴ BIT, **Compte rendu des travaux**, CIT, 73^e session 1987, Genève, s. 24/59-61.

¹⁷⁵ Türk-İş temsilcisi, aşağıda değinildiği gibi, ülkemizin “özel paragraf” a alındığı 1989’da Uygulama Komisyonu’nda söz alıp 1402 uygulamasını eleştirmiştir.

“İnsan haklarıyla ilgili uluslararası kurallara göre sıkıyönetim ilan edilmesi ve sürdürülmesi, ancak ulus yaşamını etkileyen olağanüstü ivedi durumlarda haklı görülebilir. Bu koşullarda, Türkiye’de sıkıyönetimin sürdürülmesi, UÇÖ Anayasası ve sözleşme ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 15. maddesinde tanınan biçimiyle temel insan haklarına ciddi bir saldırı (ihlal) oluşturur. Sıkıyönetimin sürdürülmesi, hükümet için 111 sayılı sözleşmenin onaylanmasından doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin bir kanıtı olamaz. Birçok yıldan beri bu mevzuat memurların yada kamu görevine aday olan kişilerin ciddi ve sayısız ayrımcılıklara uğramasına neden oldu. İlgili görevliler, salt siyasal gerekçelere dayanan ayrımcılıklara karşı hiçbir kesin güvence vermeyen ölçütlerle işten çıkarıldı, yerleri değiştirildi yada başka bölgelere gönderildi (sürüldü). Öyleyse *Komisyon’un*, kuralları memurlar hakkında 111 sayılı sözleşmeye ciddi saldırılar (ihlaller) içeren Sıkıyönetim Yasası’nın 5 ilde sürdürülmesi karşısındaki *derin kaygısını dile getirmesi gerekir.*”

Daha çok 98 sayılı sözleşmenin uygulanmasına ilişkin sorunlar üzerinde duran işçi grubu başkanı, 111 sayılı sözleşme çerçevesinde hükümetçe verilen bilgileri açıklıktan yoksun bulmuş ve Uzmanlar Komisyonu’nun gözlemlerine hiçbir geçerli yanıt verilmediğini, hiçbir somut gelişmeden söz edilmediğini, yalnızca vaat ve açıklamalar yapıldığını ve bu koşullarda hükümetin işçi üyelerce belirtilen kaygıyı ciddiye alması gerektiğini vurgulamıştır.

İşveren grubu başkanı ise, 111 sayılı sözleşme konusunda hükümet temsilcisinin sıkıyönetimi kaldırma kararının resmen alınıp alınmadığını ve Resmi Gazete’de yayımlanıp yayınlanmayacağını belirtmesini istemiştir. Özellikle, işten çıkarılmalar ve hapis cezasına çarptırmalar ile ilgili olarak alınan önlemler konusunda çok az bilgi sağlandığını söyleyen işveren grubu başkanı ek bilgilerin gerekli olduğunu, çünkü *şu andaki durumun sözleşmeye uygun olmadığını* belirtmiştir.

Kuşkusuz, Komisyon’un sözünü ettiği “başka araçlar”dan biri ve başlıcası, “özel paragraf”tır.

Hükümet temsilcisinin, sıkıyönetimin uygulandığı illerden kaldırılması kararının parlamentoca alındığı ve 19 Temmuz 1987’den başlayarak yürürlüğe gireceği bilgisini vermesinden ve böylece 111 sayılı sözleşme ile ilgili olarak artık askıda hiçbir sorunun kalmayacağını öne sürmesinden sonra, Komisyon aynı zamanda 98 sayılı sözleşme için de geçerli olan şu sonuca varmıştır:

“Komisyon, ulusal mevzuat ve uygulama ile 98 ve 111 sayılı sözleşmeler arasında her zaman varolan *ciddi ayrımlıklar (aykırılıklar) konusundaki derin kaygısını dile getirir.* Komisyon, çok yakın bir gelecekte bu vaatlerin yerine getirileceği ve gelecek toplantı döneminde gelişmeler kaydedileceği umudunu belirtir. Eğer durum böyle olmazsa, Ko-

misyon sözleşmeler ile uygunluğu sağlamak ereğiyle başka araçlara (yollara) başvurmak zorunda kalacaktır.”

Böylece, 1987 Uygulama Komisyonu'ndaki 111 sayılı sözleşmeye ilişkin tartışmalar, altını çizdiği “ciddi aykırılıklar” giderilmezse, gelecek Konferans döneminde Türkiye'nin “özel paragraf” a alınabileceği uyarısıyla sonuçlanmıştır.

d. 76. Genel Konferans Dönemi (1989)

aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu

Uzmanlar Komisyonu, hükümetin ilettiği bilgileri, 1987'de Uygulama Komisyonu'nda yapılan tartışmaları ve Türk-İş'in gözlemlerini not ettikten sonra, sözleşmenin 4. maddesi bağlamında -yani 1402'ye göre alınan önlemlerin ayrımcı nitelik taşıdığı- konusunda, uzun süreden beri dile getirdiği gözlemlerini yinelemiş ve 1402'nin 2301'le değiştirilen 2. maddesinin kaldırılması yada değiştirilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını istediğini anımsatmıştır.

Sıkıyönetimin tüm ülkede 19 Temmuz 1987'den başlayarak kaldırıldığı ve sıkıyönetimin uygulandığı illerde 1985'ten beri yalnızca beş kamu görevlisinin görevden alındığı yolunda hükümetçe iletilen bilgiler ile Anayasa'nın 10. ve 125. maddelerine dayanarak yapılan açıklamaları not eden Komisyon, işten çıkarılan yada görev yerleri değiştirilen çalışanların durumunun yeniden incelenmesi konusunda 1985'te yaptığı yorumları ve ayrıca 1988 tarihli Toplu İncelemesinde yer alan görüşünü anımsatmıştır. Buna göre, devlet güvenliğini korumayı amaçlayan önlemlerin uygulanmasının, belli etkinliklerin, söz konusu (işten çıkarılan) kişinin istihdamını, görevini yada mesleğini yerine getirmesi üzerinde yaratabileceği etkiler ışığında incelenmesi gerekir. ¹⁷⁶

Komisyon, Türk-İş'in ilettiği belgelere dayanarak, 1402'nin kimi maddelerinin değiştirilmesini öngören bir yasa tasarının Meclis'e sunulduğunu, sıkıyönetim komutanlarına tanınan görevden uzaklaştırma yetkisine kimi sınırlamalar getirilmiş olmakla birlikte, devlet güvenliğini sağlamaya yönelik önlemlerin tanımlanmadığını ve sınırlanmadığını, örneğin *görevden çıkarmanın hangi ölçütlere dayanacağını belirlenmediğini* anımsatmış ve gerçekleştirilecek ilerlemeler konusunda -bu soruna hiç değinmeyen- hükümetin bilgi vermesini; yasa tasarısının kabul edilmesi sırasında, 1402'nin m. 3/d kuralına dayanarak sıkıyönetim komutanlarının alınan “bölge dışına çıkarma” önlemlerinin siyasal görüşlere dayalı ayrımcılıklara yol açmamasının sağlanmasını rica etmiştir.

Komisyon, bir önceki raporunda da değindiği görevden uzaklaştırılanların durumunun yeniden incelenmesi sorunu konusunda, hükümetin ilettiği genel af yasasının kabul edilmediğine ve toplam 4 530 kişiden 3 999'unun durumunun ye-

¹⁷⁶ BIT, *Etude d'ensemble*, 1988, parag. 136.

niden incelendiğine ilişkin bilgileri not etmiştir. Türk-İş'in ilettiği belgelere göre, göreve geri dönme başvurularının ancak sıkıyönetimin kaldırılmasından sonra yapıldığını, fakat reddedildiğini; Danıştay ve bölge idare mahkemelerinin 1987 ve 1988 yıllarında verdikleri kararların hukuk (devleti) ilkeleriyle daha uyumlu olduğunu belirten Komisyon, 1402'nin kimi maddelerinin değiştirilmesine ilişkin yasa tasarısında, yürürlüğe girmesinden başlayarak bir yıl içinde çalıştığı kuruma başvurma hakkı tanındığını, tasarının kimi kurallarında yargı kararlarına oranla daha az güvence ve koruma öngörüldüğünü belirtmiş ve hükümetten, göreve geri dönmeye ilişkin yargı kararlarını¹⁷⁷ göndermesini istemiş ve tasarının geri adım oluşturmayacağı umudu taşıdığını eklemiştir.¹⁷⁸

bb. Uygulama Komisyonu Raporu

76. Genel Konferans dönemi, Uygulama Komisyonu'ndaki tartışmalardan sonra, iki yıl önce başvurulabileceği uyarısı yapılan ve bu denetim yöntemi çerçevesinde en ağır yaptırımı oluşturan özel paragrafa alınmasıyla sonuçlanmıştır.¹⁷⁹

Komisyon tartışmaları, hükümet temsilcisinin, gelişmeler konusunda verdiği bilgilerle başlamıştır. Buna göre; 1402 sayılı yasa 19 Temmuz 1987'den sonra tüm bölgelerde yürürlükten kaldırılmış ve yasadaki kimi kusurları düzeltmek üzere Meclis'e bir tasarı sunulmuştur. Meclis'te tartışılmakta olan bu tasarıyla, yürürlükteki yasanın bazı kurallarında iyileştirmeler yapılması ve özellikle sıkıyönetim komutanlarının bazı yetkilerinin sınırlandırılması amaçlanmıştır. Temsilci ayrıca, Uzmanlar Komisyonu raporunun yanıtlanması sırasında, sözünü ettiği taslağın son metni ile 1402'ye göre görevine son verilen kişilerin göreve iade kararlarının da ekleneceği bilgisini sunmuştur.

Norveç'li işçi üye, ülkesinin yanı sıra Finlandiya, Danimarka ve İsveç ulusal sendikaları adına da yaptığı konuşmada; Türk işçi üyenin 98 sayılı sözleşmeye ilişkin görüşlerini desteklediğini açıkladıktan sonra, bu sorunla ilgili olarak, şu görüşleri dile getirmiştir: 1402 sayılı yasanın uygulanması, 12 Eylül 1980 darbesinden bu yana üniversite öğretim üyelerini, öğretmenleri, kamu görevlilerini ve işçileri kapsayan yaklaşık 8 500 kişinin işten çıkarılmasına ya da sürülmesine yol açmış-

¹⁷⁷ Hükümet temsilcisinin 1987 Uygulama Komisyonu'nda söz etmediği bu kararlardan biri, Danıştay 5. Dairesi'nce 24 Mart 1987 tarihinde verilmiştir. "1402'likler" in görevlerine dönmelerinde bir dönemeç olan bu karara göre:

"Sıkıyönetim komutanlığının istemi üzerine görevine son verilen ve daha sonra göreve iadesi uygun görülen davacının, fiili ve hukuki imkansızlıklar bulunmadığı takdirde **eski görevine iade edilmesi ve açıkta geçen süreye ilişkin her türlü özlük haklarından yararlandırılması** gerekir."

(Karar No: 452, Esas No: 442; <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>),

¹⁷⁸ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 76^e session 1989, Genève, s. 429-433.

¹⁷⁹ ILO, International Labour Conference, Seventy-sixth session 1989, **Record of Proceedings, Provisional Record 26**, Geneva, 1987, s. 26/100-101.

tır. Kamu görevli ve işçilerine yönelik ayrımcılık, tüm ülkede sürmektedir ve “istenmeyen” bu kişilerin yaşam boyu kamu hizmetlerinde ve devlet işletmelerinde görev üstlenmeleri yasaklanmıştır. Bu yaptırım, bir yargı kararına değil, keyfi yönetsel (idari) karara dayandırılmıştır. Meclis’e sunulan yeni tasarı, sıkıyönetim komutanlarının kimi yetkilerini sınırlandırmakla birlikte, işten çıkarma yada görev yerini değiştirme ölçütleri hala titizlikle belirlenmiş değildir. Güvenlik soruşturmalarıyla ilgili düzenlemeler, kamu görevlilerinin ve devlet memurlarının siyasi görüşleri konusunda bilgi toplanması, hiçbir mahkeme kararı olmaksızın uygulanmaktadır. Oysa, bu tür bir güvenlik (istihbarat) hizmeti, UÇÖ Anayasası’na ve 111 sayılı sözleşmeye uymayı kabul etmiş hiçbir üye devlette haklı gösterilemez.

Söz konusu dört ülkenin sendikaları adına yapılan bu konuşmanın ardından, Uygulama Komisyonu’nca, siyasi görüşleri nedeniyle memurlara ve kamu çalışanlarına (işçilerine) ayrımcılık uygulanmasına son verilmesi için hükümete ivedi çağrıda bulunulması istenmiştir. Bu sendikalara göre, Sıkıyönetim Yasası 15 Temmuz 1987’de yürürlükten kaldırılmış olsa da, 111 sayılı sözleşme açısından durumda değişiklik yoktur ve olağanüstü hal süresince kimi olağandışı disiplin yaptırımları sürmüştür. Yasa taslağı, Türk-İş’in ve Uzmanlar Komisyonu’nun içerdiği konusundaki kimi kaygılarına karşın, iyileştirmeler getirmiştir; ancak durum, bugün için de değişmeksizin sürmektedir. Kamu hizmetlerinde çalışmalarını yasaklanan binlerce kamu çalışanının, adil bir yargılamayla **görevlerine geri dönmeleri ve kendilerine tazminat ödenmesi gerekir**. Uzmanlar Komisyonu, bu kişilerle ilgili **yargı kararı örneklerini birçok kez istemiş, ancak hükümet yanıt vermemiştir**. Bu durum karşısında ise, Türk-İş’in sağladığı bilgilere başvurulması gerekir ve sonuç olarak, üzülen belitmek gerekir ki Türk hükümeti, onayladığı 111 sayılı sözleşmeyi uygulamamıştır.

Uygulama Komisyonu’nda söz alan **Türk işçi üye** ise, 1402’nin sıkıyönetim komutanlarına tanıdığı yetkiyi ve bu konuda birçok kez değişiklik yapılması isteğinde bulduklarını anımsatmıştır. Türk-İş temsilcisi, özetle şu görüş ve eleştirileri dile getirmiştir: Yetkili makamlar, 1402 sayılı yasa uyarınca sıkıyönetim komutanlarının hizmetlerini genel güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve mevzuat açısından sakıncalı buldukları kamu görevlilerinin görevine son verilmesine veya sürülmesine yönelik isteklerini anında yerine getirmek zorundadır. Hükümetten, yasanın bu uygulamaya olanak veren kurallarının kaldırılması yada değiştirilmesi ile göreve son verme yada sürgün işlemlerini açık biçimde tanımlanmış / belirlenmiş ölçütlere dayandıracak düzenlemeler yapılması konularında birçok kez istekte bulunulmuştur. Bu konunun, “doğrudan ilişki misyonu” çerçevesinde görüşülmesi istekleri de yanıtız kalmıştır. Eylül 1980’den bu yana, pek çok kişi; tüm bölgelerde kamu görevinden uzaklaştırılmıştır. Zararlı olduklarının belirlenmesinde, güvenilirlikten uzak çeşitli bilgi kaynakları (MİT ve polis raporları ile ihbarcılar ve iftiralar) kullanılmıştır. Kabul edilemez olan bu uygulamalarda, 95 öğretim üye-

si, 2515 öğretmen, 1298 kamu görevlisi ve 317 işçi işten çıkarılmış, 4509 kamu görevlisi sürgüne gönderilmiştir. Bunların bazıları göreve geri döndürülmüş, ama çoğunluğu döndürülmemiştir. Meclis'e sunulan tasarı, sıkıyönetim komutanlarının yetkilerini sınırlamamış, yalnızca işten atma yada sürgün cezalarını sıkıyönetim uygulaması süresiyle sınırlandırmış ve uygulamadan etkilenen kişiler için yeniden inceleme olanağı sağlamıştır. Tasarı, devletin güvenliğini sağlama amacı taşıyan önlemleri tanımlamamış yada kısıtlamamıştır; örneğin, işten atma ve sürgün uygulamalarının dayandırılacağı ölçütleri titizlikle belirlememiştir. *Taslak, mahkemelerde elde edilen tüm olumlu sonuçları ortadan kaldırmış; ayrıca, göreve iade edilenlerin işsiz kaldıkları dönemlerle ilgili haklarını almalarını da önlemiştir.* Böylece taslak, bir ilerleme sağlamadığı gibi, var olan sorunların çözümüne de katkı yapmamıştır. Türk-İş temsilcisi, sözlerini, Türkiye'nin Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylarken, sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkı ile ilgili 5. ve 6. maddelere çekince koyduğunu anımsatarak bitirmiştir. ¹⁸⁰

İspanyol işçi üye, 1402'nin sıkıyönetim komutanlarına tanıdığı yetkilerin değiştirilmesine değin, tasarı ile sözleşmenin uygulanmasında bir ilerleme sağlanamayacağını; işten uzaklaştırma ve sürgünler konusunda tek çözümün, bu kişilerin kazanılmış bütün hakları da korunarak görevlerine geri dönmelerini sağlayacak bir genel af çıkarılması olduğunu belirtmiştir.

Uygulama Komisyonu'nun *işveren kanadının temsilcisi*, Sıkıyönetim Yasası ile ilgili durumun ILO'nun doğrudan yetki alanına girmediğini belirterek başladığı konuşmasında, özetle şunları söylemiştir: Sıkıyönetim dönemlerinde, sıkıyönetim komutanlarının kamu görevlilerinin işten çıkarılmasını yada görev yerlerinin değiştirilmesini isteme yetkileri vardır. Hazırlanan taslak, işten çıkarma önleminin uygulama süresinin sınırlanmasına olanak sağlamaktadır. Uzmanlar Komisyonu'nun, hükümetçe bu konuda daha fazla bilgi sağlanması yolundaki isteğini ve yasada değişiklik yapılması önerisini destekleyen işveren temsilcisi, Komisyon'un işten çıkarılan görevlilerine mahkemeye başvurma ve durumlarının gözden geçirilmesini isteme hakkının tanınması isteğini de not ettikten sonra, konuşmasını şöyle bitirmiştir: Hükümet temsilcisinin, parlamentodaki taslağa ilişkin bilgi edinme isteğini karşılamamasını anlama olanağı yoktur. Oysa, Sendika Özgürlüğü Komitesi, son üç raporunda, Türkiye'nin istenen bilgileri sağladığını belirtmiştir. Hükümet, koşullar izin verdiğinde sözleşme gereklerini hızla yerine getirecektir. Komisyon sonuçlarında (kararında), olağanüstü halin sonuçlarının ortadan

¹⁸⁰ Anımsatmakta yarar var: Türkiye 1989 UÇÖ Genel Konferansı'na, "eli kulağında olan" özel paragraf yaptırımını önlemek için, UÇÖ'nün örneğin 87 ve 151 sayılı sözleşmelerini değil, Avrupa Konseyi'nin Avrupa Sosyal Şartı'nı, üstelik yalnızca 5. ve 6. maddelerini değil neredeyse kurallarının yarısını onay kapsamı dışında tutarak, onaylama yolunu seçmişti. Ancak bu önlem, özel paragrafı engellemeyemedi (bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı'na Genel Bir Bakış", s. 120-122; GG ASŞ'nin onay gerekçeleriyle karşılaştırmak için bkz.: Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?", s. 32 vd.).

kalkması ve Türk toplumunun tüm siyasal baskılardan kurtulması umudu vurgulanmalıdır.

İşçi ve işveren kanatları temsilcilerinden sonra yeniden söz alıp eleştirileri yanıtlayan *hükümet temsilcisi*; özet olarak, hükümetten istenen bilgilerin en kısa sürede sağlanacağını, ancak yasal önlem konusunda hükümetin taslak hazırlayıp Meclis'e sunmak dışında bir şey yapamayacağını belirtmiştir. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca hükümetin tüm işlemlerinin yargı denetiminde olduğunu anımsatan temsilci, işten çıkarılan 4891 kişiden %70'ini oluşturan 3406 kişinin yargı kararıyla görevine geri döndüğünü eklemiştir.

Uygulama Komisyonu, verilen bilgileri ve tartışmada dile getirilen görüşlerin yanı sıra, Uzmanlar Komisyonu'nun "aynı zamanda hukuk ve uygulama düzeylerinde 111 sayılı sözleşmeden derin (önemli) sapmalar olduğu" yönündeki değerlendirmesini de not etmiştir. Komisyon, hükümetin yerine getireceği konusunda umutlu olduğunu belirttiği istekleri şöyle sıralamıştır: Sıkıyönetim Yasası'nın kimi maddeleri değiştirilirken, UÇÖ denetim organlarının gözlemlerinin göz önüne alınması; hükümetin, devletin güvenliğini koruyacak (güvenceye bağlayacak) önlemlerin siyasal görüşü temel alan ayrımcılık uygulamalarını önleyecek biçimde belirlenmesi için çaba göstermesi; gelişmelere ilişkin bilgileri yakın gelecekte sağlaması.

Uygulama Komisyonu, işçi kanadı üyelerinin işveren kanadı üyelerince de desteklenen önerisi uyarınca, bu olaya raporunun özel bir paragrafında yer verme kararı almıştır.

Türkiye'nin "özel paragraf"ta anılması kararı üzerine yeniden söz alan hükümet temsilcisi, başka ülkelere ilişkin sonuçlarla karşılaştırıldığında, Komisyon'un orantısız sonuçlara varmasından üzüntü duyduğunu dile getirmiş; ayrıca işçi ve işveren kanadı temsilcilerinin Türkiye'nin özel paragrafa alınması önerisine katılmadığını da eklemiştir.

e. 77. Genel Konferans Dönemi (1990)

aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu

Konferans Komisyonu'nda 1989'da yapılan tartışmaları, hükümetin -çok gecikmeli olarak- 15 Şubat 1990'da gönderdiği raporunu ve Türk-İş'in, Mart 1989'da aldığı gözlemlerini not eden Uzmanlar Komisyonu, hükümet raporunu ancak ekli belgelerin ve özellikle Danıştay'ın 7 Aralık 1989 tarihli içtihadı birleştirme kararının¹⁸¹ çevirilerinin yapılmasından sonra inceleyeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte Komisyon, bir yandan yasa ile uygulama ve öte yandan da söz-

¹⁸¹ *Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu*'nun 7 Aralık 1989 tarihli (Esas No: 88/6, Karar No: 89/4) kararında, kanımca da doğru bir yaklaşımla, yasada yer alan "bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmama" kuralının, tüm zamanlar için değil, yalnızca sıkıyönetim süresince geçerli olacak biçimde anlaşılması ve uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Karara göre:

leşme gerekleri açısından Konferans Komisyonu'nun önem verdiği üç nokta konusunda hükümetin dikkatini çekmiştir.

Birinci nokta, görevden uzaklaştırılan memurların konumudur. Bu konuda hükümet; Danıştay'ın 7 Aralık 1989 tarihli kararına göre, 1402'nin 2. maddesinde öngörülen kuralın yalnızca “sıkıyönetim yasasının yürürlükte olduğu dönemde” uygulanacağı, sıkıyönetimin sona erme nedeniyle görevden uzaklaştırılanların, başka hukuksal engeller saklı kalmak üzere, görevlerine geri dönebilecekleri; bu kararın yönetim ve idare mahkemeleri için bağlayıcı olduğu; YÖK'ün de 11 Aralık 1989'da bir genelge çıkararak, fakültelerine geri dönmek isteyenlere öncelik tanınmasını öngördüğü bilgilerini Komisyon'a iletmiştir. Bu bilgileri ilgiyle not eden Komisyon üniversitelerin yanı sıra başka kamu kuruluşlarını da kapsayan açıklamalar yapmasını istemiştir. Türk-İş'in iletmiş olduğu Şubat 1989 tarihli bir belgeye göre, başka bölgelerde işten çıkarılan toplam 9 400 memurdan 4 125'inin hala “tehlikeli” görüldüğü belirten Komisyon, bu konuda da hükümetten açık sayısal bilgiler istemiştir. Ayrıca, ilgililerin eski hizmetlerine bağlı haklarının tanınması ve tazminat almaları amacıyla alınan önlemler konusunda da bilgi edinmek istediğini eklemiştir.

Komisyon'un değindiği ikinci nokta, 1402 sayılı yasaya ilişkin değişiklik önerisidir. TBMM'de bulunan bu konudaki yasa tasarısının, devlet güvenliği açısından “tehlikeli” yada “istenmeyen” kişiler olarak görülen kişilere karşı istihdamı etkileyen önlemler alınmasına engel olmayacağını anımsatan Komisyon, sözleşmenin 4. maddesi konusundaki -Toplu İncelemenin 136 ve 137. paragraflarında yer alan- yorumunu yinelemiştir.

Üçüncü nokta olarak da, güvenlik soruşturmaları temelinde alınan önlemlere değinen Komisyon, bu konudaki yönetmeliğin Danıştay'ın kararıyla şekil yönünden iptal edildiği bilgisini not etmiş ve kabul edilecek yeni yönetmelik ile sözleşmeye uygunluğu sağlamak için alınacak önlemler konusunda hükümetten bilgi istemiştir.¹⁸²

bb. Uygulama Komisyonu Raporu

Bulgaristan, İran ve Çekoslovakya'nın yanı sıra, 111 sayılı sözleşmenin uygulanmasındaki aykırılıklar nedeniyle 1990 Konferans Komisyonu'nda tartışılan

“Sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak 1402 sayılı sıkıyönetim yasasının 2. maddesinin 2766 sayılı yasa ile değişik son fıkrasında yer alan ‘... **Bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar**’ hükmünün sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerekir.”

(Kararın tam metni için bkz.: **Danıştay Dergisi**, Sayı: 78-79, Ankara, 1990, s. 50-67; **Resmî Gazete**, 9 Şubat 1990, Sayı: 20428; <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>).

¹⁸² BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 77^e session 1990, Genève, s. 385-388.

dördüncü devlet olan Türkiye, 1989'daki "özel paragraf" uygulamasının ardından bir kez daha gündeme alınmıştır.

Hükümet temsilcisi, 1402 sayılı yasanın artık uygulanmadığını belirterek başladığı konuşmasında, Uzmanlar Komisyonu raporunda yer alan ve üç başlıkta toplanan gözlemleri temelinde açıklamalar yapmıştır. *Danıştay (içtihadı birleştirme) kararının yalnızca öğretim üyelerine değil tüm kamu görevlilerine uygulandığını* belirten ve ÇSG Bakanı'nın TBMM Adalet Komisyonu başkanına bir mektup göndererek, 1402 sayılı yasanın değiştirilmesi sırasında, onaylanarak ulusal mevzuatın bir parçası olan 111 sayılı sözleşmenin göz önüne alınması gerektiğini açıklayan hükümet temsilcisi, 13 Nisan 1990'da güvenlik soruşturmaları konusunda yeni bir yönetmelik yayımlandığını, bu nedenle Uzmanlar Komisyonu'na gönderilemediğini eklemiştir.

Konferans Komisyonu, işçi kanadı temsilcilerinin (Türkiye, B. Krallık, Norveç, Hollanda ve Yunanistan) eleştirilerini ve işveren kanadının da ortak görüşünü açıklamalarından, hükümet temsilcisinin aynı doğrultudaki özel paragrafta yer alan sonuçları göz önüne alarak, *hükümet raporunun çok geç gönderilmiş* ve bu nedenle Uzmanlar Komisyonu'nun ayrıntılı inceleme yapamamış olmasından duyduğu üzüntüyü belirtmiştir. Komisyon'a göre, tartışılan üç konudaki sorunlar ve kuşkular sürmektedir. Bu nedenle Komisyon, kaygısını yeniden dile getirmiş ve Uzmanlar Komisyonu'nun yalnızca niyetleri değil alınan önlemleri inceleyebilmesi için eksiksiz raporların en kısa sürede gönderilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Sonuç olarak Komisyon, hükümetin, kabul edilen yeni metinleri, verilen yargı kararlarını ve tasarlanan önlemlere ilişkin bilgileri, olabildiğince hızlı biçimde, UÇÖ denetim organlarına göndereceği konusundaki sarsılmaz umudunu dile getirmiştir.¹⁸³

f. 78. Genel Konferans Dönemi (1991)

aa. Uzmanlar Komisyonu Raporu

1991 UÇK dönemi, Danıştay'ın 1989 sonunda verdiği içtihadı birleştirme kararından sonra, "1402'likler" in görevlerine dönmeye başladıkları, bu nedenle de Komisyon'un uygulamaya dönük açık ve istatistiksel bilgiler edinmeye daha çok özen gösterdiği yıllardır.

1990'da UÇK'de yapılan tartışmaları, hükümetin 7 Şubat 1991'de aldığı raporunu ve TİSK'in, 1402'nin özel kesimde uygulanmasında hiçbir sorun yaşanmadığını belirten gözlemlerini not eden Komisyon, hükümet raporuna ekli mevzuat ile Danıştay ve idare mahkemeleri kararlarının çevirilerini inceleyerek, üç başlıkta topladığı gözlemlerini ortaya koymuştur.

¹⁸³ BIT, CIT, 87^e session 1990, **Compte rendu provisoire 27**, Genève, 1990, s. 27/66-68.

1980-1987 arasında görevden uzaklaştırılan yada yerleri değiştirilen kamu görevlilerinin durumu konusunda; içeriğini özetlediği Danıştay kararını “hoşnutlukla” not eden Komisyon, Danıştay savcısının sıkıyönetim komutanlarının görevden uzaklaştırma kararlarını sözleşmenin 4. maddesine aykırı bulmasını ilgiyle not etmiş ve bu görüşlerin önceki gözlemlerinde dile getirdiği görüşlerle uyum içinde olduğunu belirtmiştir. Hükümet raporuna göre, 1402'nin uygulanmasından etkilenen toplam kamu görevlisi sayısı 9 400'dür. Bunların 453'ü, görevden uzaklaştırılmıştır. Görevine geri dönenlerin, dönme isteği reddedilenlerin ve istekte bulunmayanların sayısı, sırasıyla 4 097, 358 ve 75'tir. 4 870 kamu görevlisinin de yeri değiştirilmiştir.

Danıştay kararından sonra, hükümetin üniversitelerde alınan önlemleri belirtmesini isteyen Komisyon, görev yeri değiştirilenlerin eski görevlerine dönmesi ve gelir kaybı nedeniyle tazminat isteyenler konusunda sayısal bilgiler vermesini rica etmiştir.

Komisyon, 1402 sayılı yasaya ilişkin değişiklik önerileri konusundaki; TBMM'de bekleyen yasa tasarısında Uzmanlar Komisyonu'nun görüşlerinin değerlendirilmesi için ÇSB Bakanı'nca ikinci kez Adalet Komisyonu başkanına yazı yazıldığı bilgisine yer verildiğini; başvuru hakkı tanınmasının sözleşmenin 4. maddesinin gereksinmelerini karşılama açısından yeterli olmadığını ve devlet güvenliğini korumak için alınan önlemlerin yeterince açık ve sınırlandırılmış olması gerektiğini; tasarının anılan görüşlerini tam olarak göz önünde bulunduracağı umdu taşıdığını belirtmiştir.

Komisyon, güvenlik soruşturmaları temelinde alınan önlemlerle ilgili olarak da; Bakanlar Kurulu'nun 90 / 245 sayılı ve 8 Mart 1990 tarihli kararıyla kabul edilen güvenlik soruşturmaları yönetmeliğini, kapsamının geniş olması, güvenlik soruşturmasıyla ilgili sorunların ideolojik ve yıkıcı etkinlikleri kapsamı, değerlendirme komisyonu kararına karşı itiraz hakkı tanınmaması gibi nedenlerle eleştirmiştir. Hükümete, Toplu İncelemesinin 135 ve 136. paragraflarını anımsatan Komisyon, güvenlik soruşturmalarına ilişkin raporların hangi ölçüde hazırlandığı ve kullanıldığını ve güvenlik soruşturmasına dayanarak alınan kararlardan etkilenen kişilerin, 4. madde uyarınca başvuru hakkının bulunup bulunmadığını belirtmesini hükümetten istemiştir.¹⁸⁴

bb. Uygulama Komisyonu Raporu

Uygulama Komisyonu'nun 1991 gündemine alınan üç ülkeden (Küba ve Mısır) biri olan Türkiye, bir kez daha 111 sayılı sözleşmenin uygulanması nedeniyle tartışılmıştır.

¹⁸⁴ BIT, *Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations*, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 78^e session 1991, Genève, 1991, s. 416-421.

Hükümet temsilcisinin, temelde Uzmanlar Komisyonu raporundaki bilgileri yinelenen açıklamalarına, bu Komisyon'un 111 sayılı sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili ilerleme durumları arasında göstermiş olmasına karşın Uygulama Komisyonu'nda tartışılmasına şaşırıldığını belirterek başlamasına, işçi grubu başkanı bunun tartışmaya engel olmadığını ve gerçekleştirilen ilerlemeleri gözlemlemesine olanak verdiğini söyleyerek yanıtlamıştır.

İşçi kanadı üyeleri, yeni gelişmelere karşın, özellikle ağır bir durumun söz konusu olduğunu, bunun hukuksal ve uygulama boyutlarıyla izlenmesi gerektiğini, kimi alanlardaki ilerlemelere karşın yapılacak çok şey bulunduğunu belirterek, 1402'nin hala değiştirilmemiş olmasını düş kırıklığıyla karşılamışlardır. TBMM'deki yasa tasarısının incelenmek üzere Uzmanlar Komisyonu'na iletilmesini isteyen bu üyeler, işveren grubu üyeleri gibi, güvenlik soruşturmaları konusunda sunulan bilgilerden hoşnut olmadıklarını belirtmişlerdir. İsveç ve Finlandiya işçi üyeleri adına da konuşan Norveç işçi üyesi, güvenlik soruşturmalarının gizli belgelere erişme olanağı bulunanlar dışındaki tüm kamu görevlilerini kapsamının sözleşmeye aykırı olduğunu; ardından söz alan İspanya işçi temsilcisi de, sıkıyönetimi kaldırma konusundaki siyasal iradenin, sonuçlarının da çok hızlı biçimde kaldırılmasını içermesi gerektiğini belirtmiştir. Almanya işçi üyesi de, bu durumun incelenmesinin ancak (görevden alınan yada görev yeri değiştirilen) *tüm kişilerin evlerine ve işlerine yada işyerlerine döndükleri ve gerekli tazminatları aldıkları zaman* sona ermiş sayılacağını, henüz kesin çözümün kabul edilmediğini söylemiştir.

Hükümet temsilcisinin “yapılacak az şey kaldığı” yolundaki görüşünü paylaşmayan işçi grubu üyeleri; ilerlemelerin yavaş ve gerçekleştirilmesinin güç olduğunu, 1402'yi değiştirecek yasa tasarısının Uzmanlar Komisyonu'nca dile getirilen kaygıları göz önüne bulundurması gerektiğini, hükümetin yakın bir gelecekte gerekli tüm önlemleri alacağını, mevzuat ve uygulamanın sözleşmeyle tam uygunluğunu sağlamak için çabalarını sürdüreceğini ve denetim organlarıncı gerçekleştirilen ilerlemeler konusunda istenen ayrıntılı bilgilerin sağlanacağını belirtmişlerdir.¹⁸⁵

g. 80. Genel Konferans Dönemi (1993)

1991 yılında Konferans Komisyonu'nda yapılan tartışmaları, hükümet raporunu ve buna ekli TİSK ve Türk-İş gözlemlerini not eden Uzmanlar Komisyonu, 1993 raporundaki üç başlık çerçevesinde gözlemlerini belirtmiş ve ayrıca 12 Nisan 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nı da değerlendirmiştir.

Görevden uzaklaştırılan memurların durumu konusunda; 1991 gözlemlerini anımsatan Komisyon, görevine geri dönme başvurusunda bulunan 72 öğre-

¹⁸⁵ BIT, CIT, 87^e session 1990, **Compte rendu provisoire 24**, s. 24/90-92.

tim üyesinden 68'inin görevine yeniden başlamasını ilgiyle not etmiştir. Geri dönme istekleri kabul edilmeyen 358 kamu görevlisi hakkında bilgi istediğini anımsatan Komisyon, hükümetin verdiği Terörle Mücadele Yasası'ndan sonra 161 kamu görevlisinin eski görevine döndüğü bilgisini ilgiyle not etmiş ve bu yöndeki isteklerin süreceği umudunu dile getirmiştir. Başka bir bölgeye gönderilen (sürgün edilen) 4870 kamu görevlisi konusunda, hükümetin eski görevine dönen kişiler ile tazminat isteğinde bulunan kişilerin sayılarını kapsayan daha açık bilgiler ve istatistikler sunması isteğini yinelemiştir.

1402 sayılı yasaya ilişkin değişiklik önerileri konusunda; hükümet raporundaki önceki yasa tasarısının kadük olduğu ve yeni bir tasarının Bakanlar Kurulu'na sunulduğu, tasarıda görevden çıkarılan yada yeri değiştirilenlerin geri dönme ve tazminat istemelerinin öngörüldüğü yolundaki bilgileri not eden Komisyon, madde 3/d'nin değiştirileceğine inandığını ve ayrıca salt başvuru hakkı tanımının yeterli olmayacağı yolundaki görüşünü belirtmiştir. Yeni yasa tasarısının kamu yönetimindeki güvenlik soruşturmalarını sınırlandıracağını belirten hükümetten, 1402 sayılı yasa gibi yönetmeliği de değiştirip değiştirmeyeceğini sormuştur.

Güvenlik soruşturmaları temelinde alınan önlemler konusunda; önceki gözlemlerine göndermede bulunan Komisyon, 8 Mart 1990 tarihli yönetmeliğe yönelik eleştirilerini yinelemiş; TMK'daki terörizm ve propaganda kavramlarının çok geniş tanımlandığını belirtmiş, 4. madde açısından başvuru hakkı tanınmasının yeterli olmadığı görüşünü yinelemiş ve yönetmeliğin uygulanmasının sözleşme anlamında ayrımcılığa yol açmamasını sağlamak için alınan yada alınması tasarlanan önlemleri belirtmesini hükümetten istemiştir.

1993 raporunda TMK'yı da değerlendiren Uzmanlar Komisyonu, aktardığı terörizm ve propaganda tanımlarının son derece geniş olduğu görüşünü yinelemiş, bunların yeterince açık ölçütler getirmediğine değinerek, TMK'dan mahkum olan kişilerin işlerinden yoksun kalmamalarını sağlamak için alınan önlemleri belirtmesini hükümetten istemiştir. 186, 187

h. 83. Genel Konferans Dönemi (1996)

Hükümet raporunun yanı sıra TİSK ve Türk-İş'in yorumlarını da not eden ve ayrıca her iki konfederasyondan kısa Türkçe raporlar alan, ancak incelemesini gelecek döneme erteleyen Komisyon, *görevden uzaklaştırılan yada görev yeri değiştirilen kamu görevlileriyle ilgili şu bilgileri almıştır:* Görevden uzaklaştırılan 4 614 memurdan 3 541'i göreve dönme isteğinde bulunmuştur. Bunların 3 515'i

¹⁸⁶ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 80^e session 1993, Genève, 1993, s. 397-401.

¹⁸⁷ Türkiye, 1993'te Uygulama Komisyonu gündemine alınmamıştır (ILO, International Labour Conference, Eightieth session 1993 **Record of Proceedings, Provisional Record 25**, Geneva, 1993, s. 25/52-60).

göreve dönmüş ve 3 399'u tazminat almıştır. Görev yeri değiştirilen 7 023 memurdan 6 270'i eski görevlerine dönmüştür. 267 kamu hizmetleri ajanından yalnızca 65'i eski görevine dönmüştür. Komisyon, eski görevlerine dönemeyenlerle ilgili olarak, bunun nedenlerini açıklayan bilgiler vermesini istemiştir.

1402'ye ilişkin değişiklik önerileri konusunda; 1402'yi değiştiren 26 Ekim 1994 tarihli ve 4045 sayılı yasanın¹⁸⁸ kabul edilmesini ilgilyle not eden Komisyon, bu yasanın 2. maddeyi kaldırmayıp sıkıyönetim komutanlarının yetkisini sınırlandıracak biçimde değiştirmiş olmasını ve 3/d maddesini değiştirmemesini eleştirmiştir.

1991 tarihli TMK konusunda; hükümet raporundan, bu yasanın değiştirilmesine yönelik çalışmaların sürdüğü, Anayasa Mahkemesi'nin kimi maddelerini iptal etmekle birlikte kendisinin eleştirdiği 1. ve 8. maddelerini Anayasaya uygun bulunduğu bilgilerini edinen Komisyon, anılan maddelerin sözleşmede belirtilen nedenlere dayalı ayrımcılıkları olanaklı kıldığını yinelemiştir. Hükümetin, istihdam ve meslek alanında ayrımcılık yapılmaması konusundaki ulusal politika planı üzerindeki etkilerine ilişkin bilgi vermesini istemiştir.¹⁸⁹

1. 86. Genel Konferans Dönemi (1999)

Uzmanlar Komisyonu 1999 raporunda, hükümet raporu ile TİSK yorumlarını, yine son (bir önceki, 1998) toplantısında inceleyemediği hükümet raporu ile

¹⁸⁸ "Güvenlik soruşturması, bazı nedenlerle görevlerine son verilen kamu personeli ile kamu görevine alınmayanların haklarının geri verilmesine ve 1402 numaralı sıkıyönetim kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin 26 Ekim 1994 tarihli ve 4045 sayılı yasanın geçici 2. maddesine göre:

"1402 numaralı Sıkıyönetim Kanunu ile ek ve değişikliklerine göre 12/09/1980 tarihinden başlayarak sıkıyönetim komutanlıklarının istemleri üzerine, bölgelerinde genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen veya hizmetlerinin yararlı olmaması nedeniyle **bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmamak üzere görevlerine son verilenler**, ilk kez kamu görevine girdikleri tarihte bu görev için ilgili mevzuatında veya toplu iş sözleşmelerinde öngörülen nitelikleri yitirmemiş olmaları ve bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde müracaatları halinde yaş koşulu aranmaksızın ve emeklilik yaş haddinin aşılmamış bulunması koşuluyla, görevlerine son verildikleri tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit derecenin aynı kademesinden, ayrıldıkları tarihteki **eski görevlerine veya eşdeğer bir göreve, başvurma tarihinden itibaren en geç 60 gün içinde iade edilirler**. Bu suretle göreve ve işe alınanlarla iade edilenlere, **geçmişe yönelik olarak aylık ve diğer özlük hakları verilmez ve açıkta geçen süreleri değerlendirilmez.**"

4045 sayılı yasanın geçici 3. maddesinde de, "3713 numaralı Terörle Mücadele Kanununun 23 üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununun 140, 141, 142 ve 163 üncü maddeleri kapsamına giren fiillerden dolayı yargılanarak mahkum olmaları nedeniyle **görevlerine son verilen memurlar ve diğer kamu görevlileri ile toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre iş sözleşmeleri feshedilmiş olan işçiler**" için de benzer düzenleme yapılmıştır (Resmi Gazete, 3 Kasım 1994, Sayı: 22100).

¹⁸⁹ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 83^e session 1996, Genève, s. 330-333.

Türk-İş ve TİSK'in önceki yorumlarını not edip, geçmiş yıllardaki raporlarında ele aldığı sorunlar konusundaki gözlemlerine yer vermiştir.

Komisyon, *1980-1987 Sıkıyönetim Yasası'nın uygulanması döneminde görevden çıkarılan yada görev yeri değiştirilen memurların durumu konusunda*; Danıştay'ın 1402 sayılı yasaya göre siyasal nedenlere dayalı ayrımcılık kurbanı olanların yeniden göreve dönmeleriyle ilgili 1989 tarihli kararını yerine getirmek için binlerce memurun göreve geri döndürülmesi sürecini özlediği önceki gözlemine değinmiştir. Yeniden göreve dönmek isteyen 753 kamu görevlisi ile 202 kamu hizmetlisinin (employés publics) görevlerine dönmemelerin nedenleri konusunda bilgi istediğini belirtmiştir. Hükümet, bunların ya başvuruda bulunmadığını yada söz konusu görevin gereklerini yerine getirmediklerini bildirmiştir. Komisyon bu konuda hükümetten, görev yeri değiştirilen tüm memurların yeniden göreve geri dönme hakkı konusunda bilgilendirilip bilgilendirilmediklerini bildirmesini ve ele alınan başvuru sayısı ve sonuçlandırılması ile ilgili ayrıntılı bilgiler vermeyi sürdürmesini istemiştir. Yine, önceki gözleminde değindiği 4045 sayılı yasaya göre güvenlik güçleri üyeleri ile silahlı kuvvetlerin sivil ve asker üyelerinin göreve geri dönmesi konusunda, hükümetten kimi bilgiler rica etmiştir.

Komisyon, *1402 sayılı yasada değişiklikler konusunda*; önceki gözlemlerinde, 4045 sayılı yasanın 1402'nin madde 3/d kuralını değiştirmedeğini, bu maddenin sıkıyönetim komutanlarına geniş yetkiler tanıdığını ve değişikliğin buna dokunmadığını belirttiğini anımsatmıştır. Yine, özellikle siyasal görüş temeline dayalı bir ayrımcılığa götürmemesi için, devletin güvenliğini korumaya yönelik önlemlerin yeterince tanımlanmış ve sınırlarının belirlenmiş olmasını sağlamak için uygun değişikliklerin yapılmış olması umudunu dile getirdiğini de eklemiştir.

Türk-İş'in gözlemlerinde, 1402'nin sıkıyönetim komutanlarının, sözleşmenin 4. maddesindeki itiraz hakkına uymaksızın ve bir yargı kararı olmaksızın işçileri ve memurları görevden almalarına yada başka bölgelere göndermelerine izin verdiğini belirtmiştir. Sıkıyönetimin, Anayasa'nın 122. maddesinde tanımlandığı gibi olağanüstü ve geçici bir önlem olduğu, sıkıyönetimin 19 Temmuz 1987'den itibaren kaldırıldığı ve sıkıyönetim komutanlarına kimi sınırlamalar getirildiği yolundaki hükümet açıklamasını not eden Komisyon, şu görüşe yer vermiştir: Sıkıyönetim komutanları, sözleşme ile çelişkili biçimde ve kamu görevlilerinin istihdamında siyasal görüş temeline dayalı olarak bir ayrımcılığa götürebilecek geniş yetkilerle donatılmış olmayı sürdürmektedirler. Bu nedendir ki Komisyon, hükümetten, bir kez daha, bu yasa-yı kaldırmak yada değiştirmek için hemen çalışmaya başlamasını rica etmiştir. Hükümetin yanıtında verdiği, 1402'nin madde 3/d kuralının uygulanması için itiraz hakkının Anayasa madde 125'e göre bulunduğu ve daha sonra da idari davalar usulü ile ilgili 2577 sayılı yasayla sağlandığı yolundaki güvenceleri not eden Komisyon, hükümetten bu madde çerçevesindeki itirazların sayısı ve sonuçlanması konularında istatistiksel bilgiler sağlamasını hükümetten bir kez daha rica etmiştir.

Güvenlik soruşturmaları konusunda 1990 yönetmeliğine göre alınan önlemlere ilişkin olarak; Komisyon, 4045 sayılı yasanın “geçici” maddelerinin yalnızca yürürlüğe girdiği 2 Kasım 1994’ü izleyen altı aylık bir dönem için uygulanabilir olduğunu, ancak hükümete göre, yasanın geçici 7. maddesi uyarınca, yasanın yürürlüğe girmesini izleyen altı ay içinde kabul edilmesi gereken uygulama yönetmeliklerinin henüz kabul edilmemiş ve 4045 sayılı yasa kurallarıyla çelişmeyen 1990 yönetmelik kurallarının uygulanmakta olduğunu belirtmiştir.

Komisyon, uygulama yönetmeliklerinin durumu ile güvenlik soruşturmalarına ilişkin 1990 yönetmeliğinin sonradan kaldırılması konusunda bilgiler ve söz konusu yönetmeliğin kullanılması konusunda ayrıntılar elde etmek istediğini belirtmiştir.

Terörizmle Mücadele Yasası konusunda; bu yasanın bir hapis cezasına çarptırılma olanağı veren çok geniş bir propaganda tanımı içeren 8. maddesinde 27 Ekim 1995’te yapılan ve niyet (kasıt) yada gerekçe ögesi getiren, böylece geniş yorumları ve ayrımcılık olanağını kısıtlayan değişikliği ilgiyle not eden Komisyon, yasanın (hapis cezasına çarptırılma olanağı veren çok geniş bir terörizm tanımı yapan) 1. maddesinin değiştirilmediğini belirtmiştir. Bununla ilgili olarak ve önceki gözlemine göndermede bulunarak, BM Alt Komisyonu’nun Türkiye’nin aydınları, bilim insanlarını, yazarları, gazetecileri ve parlamenterleri görüşleri nedeniyle hapsedmesinden dolayı kesin olarak mahkum ettiğini anımsatmıştır.¹⁹⁰

TMY’nin 1. maddesinin önceki gözlemlerinde anıldığını, sözleşmenin yasakladığı gerekçelere dayalı bir ayrımcılığı olanaklı kıldığını ve kapsamının çok geniş olduğunu belirttiğini anımsatan Komisyon, hükümetin dikkatini istihdam ve meslekte eşitlik konusunda 1996 Toplu İncelemesine çekmiştir. Bu incelemede, sözleşmenin öngördüğü siyasal görüş temeline dayalı istihdamda ve meslekte ayrımcılığa karşı bireylerin korunmasının, bu korumanın yerleşik siyasal ilkelere muhalefet gösterisi yada anlatımı (ifadesi) etkinlikleri için yada yalnızca farklı bir görüş için tanınmasını içerdiğini belirttiğine değinmiştir. Aynı zamanda, siyasal görüş korumasının, yalnızca ister dile getirilen ister dışlatılan görüşlere uygulandığını, bu anlatım için şiddet yöntemleri kullanıldığı zaman uygulanmadığını da eklemiştir. Komisyon, sözleşmenin madde 1/1’in a bendinde tanımlanan ölçütlerden birine dayalı bir ayrımcılık sonucu olarak, bu yasaya göre kişilerin hapis yoluyla işinden yoksun kalmamasını sağlamak için yasada değişiklikler yapmayı düşünmeye devam etmesini hükümetten rica etmiştir.

Komisyon, *Medeni Yasa’nın 159. maddesinin iptal edilmesi konusunda;* Anayasa Mahkemesi’nin Medeni Yasa’nın kadının çalışabilmesi için kocanın izin vermesini zorunlu tutan 159. maddesini Anayasa’ya aykırılık nedeniyle iptal etmesini¹⁹¹ ilgiyle not etmiştir.

¹⁹⁰ UN, E/CN.4/Sub-2/1995/L.10/Add. 7 Ağustos 1995.

¹⁹¹ 29 Kasım 1990 tarihli bu karar (Esas Sayı: 1990/30, Karar Sayısı: 1990/31; **Resmi Gazete**, 2 Temmuz 1992) için bkz.: Altıncı Bölüm, s. 566-567.

Komisyon, başka noktalar için de hükümete doğrudan istemler göndermiştir.¹⁹²

i. 89. Genel Konferans Dönemi (2001)

Uzmanlar Komisyonu, hükümet raporu ile TİSK ve Türk-İş'in yorumlarını not ettiği 2001 raporunda; bir işçi örgütü olan İran İslam Cumhuriyeti Çalışanları Evi'nin (sendikasının) 9 Mayıs 1999'da yaptığı -Merve Kavakçı olayıyla ilgili- bir yakınma dışında, 1402'liklerin durumunu, yasaya ilişkin değişikliği, güvenlik soruşturmalarıyla ilgili 1990 yönetmeliği gereğince alınan önlemleri ve TMK'yı değerlendirmiştir.

Hükümet raporundan, görev yeri değiştirilen toplam 955 görevliden kimileri başvuruda bulunmadıkları ve kimileri de Ceza Yasası uyarınca aldıkları hapis cezaları nedeniyle eski görevlerine dönemedikleri bilgisini alan Komisyon, hükümetin hapis cezası nedeniyle görevine dönemeyenlerin oranı ve her birinin suçu ve aldığı ceza konularında ayrıntılı bilgi vermesini istemiştir. 1402'nin madde 3/d kuralının değiştirilmesi konusunda hükümet raporunun hiçbir bilgi içermemesi karşısında, hükümetten bu maddenin uygulanmasına karşı yapılan başvurulara ilişkin istatistiksel bilgiler sağlamasını bir kez daha istemiştir.

TMK'nın 1. maddesinin terörizm tanımını şiddet eylemleriyle sınırlandırdığını belirten hükümetin dikkatini bir kez daha 1996 Toplu İncelemesinin 45. paragrafına çeken Komisyon, 111 sayılı sözleşmenin sağladığı korumanın yerleşik siyasal ilkelere karşı bir muhalefeti yada gösteriyi yahut sadece bir görüş ayrılığının (divergence) dile getirilmesini kapsadığını anımsatmış ve hükümeti, hiç kimsenin siyasal görüş gerekçesiyle iş yada mesleğinden yoksun kalmamasını güvenceye alacak biçimde 1. maddenin uygulama alanını sınırlandırmayı düşünmeye çağırmıştır. Ayrıca, TMK'nın 8. maddesinin değiştirilmesini öngören bir yasa tasarısı konusunda bilgi vermesini, 1 ve 8. maddelere ilişkin yönetsel ve yargısal kararların örneklerini göndermesini istemiştir.

Uzmanlar Komisyonu, başka ölçütler temelinde ayrımcılık yapılmaması konusunda, önceki doğrudan istemlerinde sözleşmenin madde 1/1, a bendinde yer alan kuraldaki çeşitli ölçütler konusunda bilgiler istediğini, hükümet raporunun, Kürtler gibi azınlık grupları konusunda fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmek için alınan önlemlere ilişkin bir yanıt içermediğini ve dolayısıyla bu konudaki isteğini yinelemiştir.¹⁹³

¹⁹² BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 87^e session 1999, s. 498-500.

¹⁹³ BIT, **Application, Conventions internationales du travail**, CIT, 89^e session, 2001, Rapport III (Partie 4 A), Genève, 2001, s. 536-540.

k. 91. Genel Konferans Dönemi (2003)

Uzmanlar Komisyonu, hükümet raporu ile TİSK ve DİSK'in yorumlarını not ettiği 2003 raporunda, 1402'liklerle ilgili konulara değinmeyi sürdürmüştür.

Görev yeri değiştirilen 955 kişinin hapis cezası alması nedeniyle görevlerine geri dönememiş olması sorunu konusunda, her biriyle ilgili suçlama nedeni ve verilen cezaların açıklanmasını, daha önce istediği bu konudaki bilgileri yetkili bakanlık ve kuruluşların arşivlerindeki bilgilerin elde edilemediğini (kullanılabilir olmadığını) bildiren hükümetten, gelecek raporda bu bilgileri iletmesi isteğini yinelemiştir.

İkinci olarak Komisyon, 1402'nin sözleşmeye aykırı biçimde siyasal görüş temelinde dayalı ayrımcılıklara yol açtığını belirttiği madde 3/d kuralının değiştirilmesi isteğine hükümetin yanıt vermemesini eleştirmiş; benzer ayrımcılıkları önlemek için devlet güvenliğini korumaya yönelik önlemlerin açıkça tanımlanıp sınırlandırılmasını sağlayan uygun değişiklikler yapılması gerektiği görüşünü yinelemiş ve madde 3/d'nin uygulanması çerçevesinde verilen kararlara karşı yapılan itirazlara ilişkin istatistiksel bilgileri iletmesi isteğini bir kez daha yinelemiştir.

Güvenlik soruşturmaları konusunda, 14 Şubat 2000 tarihli yönetmeliğin kabul edildiğini not eden Komisyon, 6. maddeye göre, gizli bilgileri elinde bulunduran birim ve daire sayılan bakanlık ve başka kamu kurumlarının birim ve dairelerinin hangileri olduğunu açıklamasını ve yine yönetmeliğin madde 4/f ve g bentlerinde geçen kimi terimlere açıklık getirmesini, ayrıca madde 4/k'nin uygulanması konusunda bilgiler verilmesini istemiştir.

TMK'ye (1991) de değinen Komisyon, kasıt ögesine yer vererek aşırı geniş yorumları ve ayrımcılık tehlikesini sınırlandıran 8. madde değişikliğini not etmiş; ancak görüşlerini açıklayan gazetecilerin cezaya çarptırıldığını da belirterek, 1. maddenin her tür belirsizliği önlemek için, yasanın hiçbir maddesinin şiddete dayanmayan yollardan siyasal görüşlerin açıklanması nedeniyle cezaya çarptırılmayı güvenceye alacak biçimde gözden geçirilmesinin düşünülmesini bir kez daha rica etmiştir. Gazeteci, yazar ve editörlerin mahkumiyetlerine ilişkin davaların sayısı ve nitelikleri konusunda da bilgi istemiştir.

Başka ölçütlere dayalı ayrımcılıklar konusunda; tüm Türk yurttaşların yasa önünde eşitliğinin güvenceye bağlandığı ve günümüz Türkiye'sinin etnik, dinsel ve kültürel bileşenleri kapsadığı, Kürtlerin de içinde bulunduğu çeşitli etnik kimlikleri tanıyıp kabul ettiği yolunda hükümetçe iletilen bilgileri not eden Komisyon, bu kararların sözleşmenin 2. maddesindeki eşitliğe dayalı bir ulusal politikanın önemli bir ögesi olmakla birlikte kendi başına bir politika oluşturmadığını anımsatmıştır. Komisyon'a göre sözleşme, ayrımcılığın uygulama ve hukuk alanlarında önlenmesini öngörmekte, bu amaçla da, tüm çalışanların fırsat ve işlem eşitliği için kararlı önlemler alınmasını buyurmaktadır. Özel okullarda Türk-

çe'den başka bir dilde öğrenim olanağı getiren yeni reformlara ilişkin bilgileri not eden Komisyon; ırk, renk, ulusal yada sosyal köken temellerine dayanan ayırım gözetmeksizin istihdamda ve meslekte eşitliği geliştirmek için alınan yada düşünülen tüm önlemler ve sözü edilen reform konusunda bilgiler sağlamasını hükümetten rica etmiştir.¹⁹⁴

Uzmanlar Komisyonu'nun 2003 raporunda, "cinsiyet ve din temeline dayalı ayrımcılık" başlığı altında, İran işçi örgütünün yakınmasıyla ilgili değerlendirmeler de yer almaktadır.

l. 93. Genel Konferans Dönemi (2005)

Hükümet, 2005 Konferans dönemi raporunu göndermemiştir. Bu nedenle de Uzmanlar Komisyonu, bir değerlendirme yapmamış, 2003 raporundaki gözlemlerinin tümünü aynen 2005 raporuna koyup yinelemiş; hükümetin yakın bir gelecekte gerekli tüm önlemleri almaya çaba göstereceği umudunu dile getirmiştir.

Komisyon, Uluslararası Özgür Sendikalar Konfederasyonu'ndan ¹⁹⁵ 15 Aralık 2003 tarihli bir yazı aldığını ve 111 sayılı sözleşme konusunda daha önce değindiği sorunlara ilişkin olan bu yazının değerlendirmesini de, hükümetin göndereceği rapor ve ilgili yorumlar ile birlikte yapacağını belirtmiştir. ¹⁹⁶

m. 94. Genel Konferans Dönemi (2006)

Uzmanlar Komisyonu'nun 2006 raporunda, hükümetin 2005'te göndermediği raporunun yanı sıra DİSK, Türk-İş, TİSK ve Türkiye Kamu-Sen'in yorumları ile ICFTU'nun 2003'te gönderdiği yazısı temelinde değerlendirmeler yapılmıştır.

Komisyon, sözleşmenin 1. maddesi çerçevesinde, 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Yasası'nın 5. maddesinin 1, 3 ve 6. fıkralarını değerlendirmiştir. Bu kuralları olumlu karşılayan Komisyon, iş teftişliğince alınan önlemleri, adli ve yönetsel yargı kararlarını ve yasaya uyulmaması nedeniyle uygulanan tüm yaptırımları kapsamak üzere, İş Yasası'nın eşit davranma ilkesi konusundaki kurallarının pratikteki uygulamasına ilişkin bilgileri iletmesini hükümetten istemiştir. İş Yasası'nın eşit davranma konusundaki kurallarını sözleşme gerekleri çerçevesinde de-

¹⁹⁴ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, CIT, 91^e session 2003, Rapport III (Partie 1 A), s. 568-573.

¹⁹⁵ ICFTU / CISL ile Dünya Emek (Çalışma) Konfederasyonu, varlıklarını sona erdirerek, Kasım 2006'da, yeni bir uluslararası sendikal oluşum olan **Uluslararası Sendikalar Konfederasyonu**'nu (USK / CSI / ITUC) kurmuşlardır. 8 bağımsız sendikal örgütün de katıldığı USK, 168 milyon çalışanı temsil eden ve 155 ülkeden 311 ulusal üyesi bulunan bir örgüttür. <http://www.ituc-csi.org/spip.php?rubrique2&lang=fr.>, erişim: 14.02.2009.

¹⁹⁶ BIT, **Application des normes internationales du travail, 2005 (I)**, Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 93^e session 2005, Genève, s. 310-312.

ğerlendirebilmek için, hükümete gönderdiği “doğrudan istem”de¹⁹⁷ yer alan bir dizi noktaya ilişkin ek bilgiler de rica etmiştir.

Siyasal görüş temeline dayalı ayrımcılık konusunda; gazeteci, yazar ve editörlerle ilgili önceki gözlemlerini anımsatan Komisyon, hükümetin bu konuda verdiği TMK madde 8’in kaldırılması ve 1. maddesinin değiştirilmesi ve Ceza Yasası’nın 159. ve 312. maddelerinin değiştirilmesi konularındaki bilgileri not ettikten sonra, adı geçenlerin dile getirdikleri *siyasal görüşleri nedeniyle mesleklerini yerine getirmelerinin kısıtlanmaması* amacıyla önlemler almayı sürdürmesini ve ayrıca, bu kişilerin TMK ve TCK çerçevesinde çarptırıldıkları cezaların sayısı, niteliği ve sonucu konularında bilgi vermesini, hapis cezaları niteliği ve sonucu konularında bilgi vermesini, hapis cezaları verilip verilmediğini bildirmesini hükümetten istemiştir.

Din yada cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık konusunda, *islami başörtüsü* (foulard islamique) taşıyan üniversite öğrencilerinin karşılaştığı kısıtlamalara ilişkin önceki yorumları ile Türk-İş’in ve bu kısıtlamaların Anayasa’ya ve İHAS’a uygun olduğunu belirten DİSK’in yorumlarını anımsatan Uzmanlar Komisyonu, İHAM’ın 29 Haziran 2004 tarihli Leyla Şahin / Türkiye davasında verdiği kararını ve İHAM Büyük Dairesi’nin de 29 Haziran 2005 tarihli kararını not ederek, şu yorumu yapmıştır: *İlke olarak, dinsel bir uygulamaya dayalı kısıtlama yada dışlamalar kararlaştırıldığı ve bunlar iş ve meslekte fırsat ve işlem eşitliği ilkesini önlemek yada tehlikeye sokmak sonucu doğurduğu zaman, sözleşme de tanımlanan biçimiyle ayrımcılıklara yol açabilir.* Başörtüsüne getirilen kısıtlamalar, dinsel inançları yada yükümlülükleri nedeniyle başörtüsü taşımak isteyen yada kendini yükümlü sayan kadınların üniversiteye girmesini önleme yada tehlikeye sokma sonucu (etkisi) doğurabilir. Komisyon, genel nitelikli bu kısıtlamanın zorunlu olup olmadığını belirlemek ve dinsel inançları nedeniyle bir başörtüsü taşımak isteyen yada zorunlu olduğunu düşünen kadınlar yararına, 111 sayılı sözleşmeye aykırı koşullarda eğitime, öğretime ve üniversiteye eşit erişme hakkına bir kısıtlama olup olmadığını gözlemek konusunda hükümete güvenmektedir. Komisyon, *kadınların üniversiteye devam etmelerini ve eğitimi (formation) uygulamada engelleyebilecek bu (güncel) kısıtlamalardan kaygı duymaktadır.* Durumu daha iyi anlayabilmek için, hükümetten gelecek raporunda, üniversite öğrencileri için (öngörülen) dinlerini açığa çıkaran giysiler taşıma yasağının kadınların yüksek öğretime katılmaları üzerindeki etkisini değerlendirmesini ve üniversite binalarında başörtüsü taşıdıkları gerekçesiyle üniversiteden çıkarılan öğrencilerin sayısını belirtmesini istemiştir.

Sözleşmenin 2. maddesi (*kadınlar ve erkekler arasında fırsat ve eşit işlem ilkesi*) bağlamında, Anayasa’nın 10. maddesindeki -2004’te yapılan- değişikliği ilgilie not eden Komisyon, 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren yeni Medeni Ya-

¹⁹⁷ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, *Uluslararası Sosyal Politika*, 2008, s. 265 ve 271.

sa'dan sonra kadın ve erkekler arasında eşitlik alanında önemli ilerlemeler gerçekleştirildiğini de belirtmiştir. Ancak Komisyon, UÇB istatistiklerinde verdiği örneklerle, *kadınların emek piyasasına katılımlarının çok zayıf olmasını da kaygıyla not etmiştir*. Hükümetin iletmiş olduğu bilgilere dayanarak yüksek öğrenimli kadınların yürütme ve yönetme görevlerinde alt düzeyde temsil edildiklerini de belirten Komisyon, eğitimde ve istihdamda fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmek için önlemler almayı ve gerçekleştirilen ilerlemeler konusunda bilgiler sağlamayı sürdürmesini, ayrıca Anayasa'nın 10. maddesine uygun olarak erkekler ve kadınlar arasında istihdam alanında eylemli (fiili) eşitliği güvenceye bağlamak için alınan somut önlemlere ilişkin bilgiler vermesini de istemiştir.

Yeni İş Yasası'nın 5. maddesinin dil ve ırk temeline dayalı ayrımcılığı yasakladığını not eden **Komisyon, 5. maddeye renk, ulusal köken ve sosyal köken nedenlerinin de ayrımcılık yasağı nedenleri olarak eklenmesini önermiştir**. Ayrıca, ırkı, rengi, etnik yada sosyal kökeni ne olursa olsun, istihdam ve mesleğe eşit erişimi güvenceye bağlamak ve geliştirmek için alınan yada alınması düşünülen önlemleri belirtmesini de hükümetten istemiştir.

14 Şubat 2004 tarihli yönetmelik gereğince yapılan *güvenlik soruşturmalara* da sözleşmenin madde 3/d kuralı bağlamında değişen Komisyon, güvenliğe dayalı soruşturma tipinin, sözleşme gereklerine, örneğin siyasal görüşlerini barışçı yollardan dile getirme gerekçesinde olduğu gibi, sözleşme gereklerine aykırı olarak istihdamdan dışlanmalara yol açabileceğini belirttikten sonra, hükümetten önceki raporunda da ortaya koyduğu şu isteklerde bulunmuştur: Güvenlik soruşturması yapma izni olan yetkililerce alınan önlemlerin, uygulamada sözleşme gereklerine uygun olmasına dikkat edilmesi gerekir. Hükümet, kamusal istihdamdan dışlanmayla sonuçlanan güvenlik soruşturmalarını değerlendirmelidir. Hükümet, Türkiye'de sürmekte olan reformlar çerçevesinde, güvenlik soruşturmalarının kapsamını daha da sınırlandırma olanağını incelemeli, bu konuda alınan önlemleri belirtmelidir.

Komisyon'un 2006 raporunda, başka noktalara ilişkin bir "doğrudan istem" in de hükümete gönderildiği belirtilmiştir.¹⁹⁸

n. 97. Genel Konferans Dönemi (2008)

2008 raporunda,¹⁹⁹ hükümet ile Türk-İş, TİSK ve KESK'in raporlarını aldığı not eden Uzmanlar Komisyonu, kadınlar ve erkekler arasında fırsat ve işlem

¹⁹⁸ BIT, **Application des normes internationales du travail, 2006 (I)**, Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 93^e session 2006, Genève, s. 297-299.

¹⁹⁹ BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations**, Rapport général et observations concernant certains pays, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 97^e session 2008, première édition, 2008, Genève, s. 452-453.

eşitliği konusunda, çalışan kadınların 2004'te %25,4 olan oranın 2005'te %24,8'e gerilemiş ve üniversite diplomalı çalışan kadınların ise 2004'te %17 olan oranın 2005'te %14,2'ye düşmüş olmasından duyduğu derin kaygıyı belirtmiştir. Komisyon hükümetten; kadınlar ve erkekler arasında fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmek için ve özellikle, Şubat 2006'da İstanbul'da toplanan Kadınların İstihdamı Doruğu'nda dile getirilen önerilerin çalışan ve işveren örgütleriyle işbirliği yaparak gerçekleştirilmesi konusunda alınan önlemlere ilişkin ayrıntılı bilgiler sağlamasını istemiştir.

KESK'in, yürürlükteki yasal düzenlemelere karşın cinsiyete dayalı ayrımcılığın uygulamada yaygın olduğunu belirten 31 Mayıs 2006 tarihli yazısı üzerine, Komisyon önceki gözlemlerini hükümete anımsatmıştır. Komisyon ayrıca, İş Yasası'nın 5. maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde, eşit davranma ilkesine ilişkin iş mevzuatı (yasası) kurallarına uyulmasını sağlamak amacıyla iş teftişliğince alınan önlemler ile uygulanan yaptırımları da belirterek, yönetsel yada yargısal organlarca alınan kararlar konusunda ayrıntılı bilgiler sunmasını da istemiştir.

Uzmanlar Komisyonu, 2006 raporunda da dile getirdiği ancak hükümetin yanıtlamadığı yüksek öğretim kurumlarında öğrencilerin başlarını örtmesi (türban) konusunda yürürlükte bulunan kısıtlamalara ilişkin bilgiler iletilmesi yolundaki isteğini yinelemiştir. Hükümetin, türban yasağının sonuçları, dinsel inancı gereği yada zorunlu olarak türban taşımak isteyen kadınların yüksek öğretim kurumlarına devam etmesi ve türban taşıdıkları için bu kurumlardan uzaklaştırılan bayan öğrencilerin sayısı konularındaki görüş ve yorumlarını iletilmesini istemiştir.

Komisyon, **siyasal görüş temeline dayalı ayrımcılık** konusunda da, önceki raporunda yer alan gözlemlerini anımsatmıştır. 2006 raporunda Komisyon, iş yada mesleklerini yerine getirirken gazetecilere, yazarlara yada editörlere dile getirdikleri siyasal görüşleri nedeniyle kısıtlamalar dayatılmaması için güvence sağlayacağı konusunda hükümete yönelik dile getirdiği umudunu ve bu meslekleri yapan kişilerin Terörle Mücadele Yasası'na yada Türk Ceza Yasası'na dayalı olarak mahkum olmalarına neden olan davalara ilişkin bilgiler istediğini anımsatmıştır. Hükümetin Komisyon'a ilettiği raporunda yer alan bilgilere göre, 1 068 davada anılan yasalara göre gazeteci, yazar yada editörler hakkında kovuşturma açılmış ve bunlardan kimileri de hapis ve para cezaları ile sonuçlanmıştır. Bu bilgileri değerlendiren Komisyon, hükümetin kendisine bilgi vermeyi sürdürmesini ve gazeteci, yazar yada editörlere iş yada mesleklerini yerine getirirken kısıtlamalar dayatılmamasını güvenceye bağlamak üzere, yasal düzenlemeleri de kapsamak üzere aldığı yada almayı düşündüğü önlemler belirtmesini rica etmiştir.

Uzmanlar Komisyonu, KESK'in; TCK'nın 301. ve 216. maddelerine dayanarak haklarında açılan kovuşturmanın kaldırdığı kamu görevlileri ile sol görüşler dile getirmiş olmaları nedeniyle disiplin cezalarına çarptırılan kamu görevlilerinin, mahkemelerin kararlarına karşın görevlerine geri döndürülmedikleri, buna karşı-

lık hükümete yakın dinsel görüşleri bulunan kamu görevlilerinin başkalarının zararına -görevlerinde- yükselttikleri konularındaki savları için de hükümetten yanıt istemiştir.

Komisyon'un 2008 raporunda yer alan son konu, 111 sayılı sözleşmenin madde 3/d bendi kuralı bağlamında "güvenlik soruşturmaları" ile ilgilidir. Komisyon; gündeminden düşürmediği güvenlik soruşturmaları önleminin kamu görevinin reddedilmesi yada görevden dışlanma sonucu doğurması konusunu değerlendirip sonucunu bildirmesini ve ayrıca, ilgili kişilerce yapılan yönetsel başvurular ile sonuçları konusunda da, hükümetten bilgi iletmesini istemiştir.

IX. GENEL DEĞERLENDİRME

Ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi, uluslararası insan hakları hukuku alanında, tarihsel olarak, ilk kez Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde "yazılı hukuk" kurallarına konu olmuştur. İnsan haklarının "uluslararasılaşması"nın da, "sosyal adalet"i anayasal ilke olarak benimseyen UÇÖ'nün kuruluşu ile birlikte sosyal haklardan başlamış olması karşısında, bunu olağan karşılamak gerekir.

Ayrımcılık yasağına ve eşit işlem ilkesine ilişkin ilk genel ve üstün ilkelere kurucu belgesi Anayasası'nda ve daha sonra amaç ve felsefesini insan hakları yaklaşımıyla yenilediği Filadelfiya Bildirgesi'nde yer veren UÇÖ; özellikle temel işlevlerinin başında gelen "kural üretme etkinliği" çerçevesinde, sözleşmelerle uluslararası hukuksal güvenceye aldığı sosyal haklar alanında, belirli nedenlere yada belirli kesimlere yönelik "genel" ve "özel" yada "özgül" düzenlemeler yaparak, "sosyal eşitliği" sağlama çabası içinde olmuştur.

Bu düzenlemelerden, ayrımcılık yasağını içeren boyutuyla "eşitlik ilkesinin bölünmezliği"nin de belgeleri olan 1951 ve 1958 yıllarında kabul edilen ikisi, aynı zamanda sekiz "temel insan hakları sözleşmesi" arasında yer alması ve varolan denetim yöntemleri dışında yeni bir izleme yönteminin de konusu olması yönünden de önem taşır. Birbirini tamamlayan 100 ve 111 sayılı bu sözleşmeler, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği bağlamlarında kendilerinden sonra kabul edilen çeşitli belgelere esin kaynağı olmuştur. Onaylayarak "ulusalüstü" nitelik kazandırdığımız bu iki sözleşme, denetim organlarının, özellikle Uzmanlar Komisyonu'nun Toplu İncelemelerinde derlediği yerleşik kararlarıyla içerik olarak zenginleştirilmiş, öngördükleri pozitif koruma geliştirilmiştir.

Güvenceledikleri sendika özgürlüğünün, kamusal ve özel işverenlerin sendikal nitelikli ayrımcı işlem ve eylemlerine karşı işe girmeden işten çıkarılmaya değin uzanan çalışma ilişkileri süreci boyunca korunmamasının, sendikal hakların tüm bileşenleriyle eylemli ve etkili kullanımına engel olacağı açıktır. Dolayısıyla, 100 ve 111 sayılı sözleşmeler dışında, aynı zamanda ayrımcılığa karşı koruma yönünden ayrıntı önemi bulunan sendikal haklarla ilgili 87 ve 98 sayılı sözleşmeler, UÇÖ'nün bu alandaki korumasının özellikle toplu iş ilişkileri alanındaki en önem-

li belgeleridir. 151 sayılı sözleşme ise, sanıldığı gibi ve savunulduğunun tersine, birbirini tamamlayan 87 ve 98 sayılı sözleşmelerin ülkemizce onaylanmış olması nedeniyle, kamu görevlileri ve sendikal hakları açısından, ancak “tamamlayıcı” bir nitelik taşıyor; dolayısıyla da, uyumda 87 ve 98’in önceliği vardır. Öte yandan bu sözleşmelere uyum, ancak Uzmanlar Komisyonu ile Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin yerleşik kararlarına uygun düzenlemelerle sağlanabilir. Anayasa ve sendikal yasalarımızda, yalnızca sendikal haklar alanında değil, ayrımcılık yasağı konusunda da bu sözleşmelerle bağdaşmayan birçok kural bulunmaktadır. Örneğin, sendikal hakların öznelerine yönelik ölçsüz ve haksız yasak ve kısıtlamalar, aynı zamanda ayrımcılıktır ve “hiçbir yönden ayırım gözetmeme” ilkesine aykırıdır.

Bu sözleşmelerin yanı sıra, “onaylanan” ve “onaylanmayan” ayrımı gözetilmeksizin taranıp incelenen çok sayıda başka sözleşme ve tavsiyeden de anlaşıldığı gibi, UÇÖ’nün ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi konusundaki pozitif hukuku, genel nitelikli bu iki sözleşmeden oluşmamaktadır. Çalışma yaşamı ve ilişkilerinin belirli sorunları ve / yada belirli kişi kesimleri için yapılan özgül düzenlemelerde de, ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi güvenceye alınmıştır. Kuşkusuz, UÇÖ bağlamında da, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin koruyucu çerçevesinin salt sözleşmelerin pozitif kurallarıyla sınırlı olmadığını, denetim organlarının bu konudaki yerleşik kararlarını göz önüne almaksızın sözleşmelere tam uygunluk sağlamayacağını anımsatıp yinelemekte yarar vardır.

Genel olarak bireysel ve toplu çalışma ilişkileri alanlarında, özel olarak da ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi bağlamında, görece yeni olan kimi yasal düzenlemeleri de kapsamak üzere, yürürlükteki hukukumuzun bu bölümde incelenen sözleşmeler ile Uzmanlar Komisyonu’nun ve Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin kararlarına aykırı olan birçok düzenlemesi bulunmaktadır. TBMM gündeminde bulunan -4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası’nı kapsamayan- 2821 ve 2822 sayılı yasalarda uyum sağlayıcı değişiklikler yapılmasını öngören yasa önerilerinin varolan içerikleriyle yasalaştırılması durumunda, denetim organlarının kararları göz ardı edildiği, daha doğrusu bir bütün olarak göz önüne alınmadığı için, ancak sınırlı bir uyum sağlanmış olacak, dolayısıyla da “kronik uyum sorunu”, gündemde kalmayı sürdürecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

**AVRUPA KONSEYİ
VE
AYRIMCILIK YASAĞI**

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA KONSEYİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 12 sayılı ek Protokolü ile 1961 Avrupa Sosyal Şartı ve 1996 Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, ayrımcılık yasağı açısından doğrudan düzenlemeler içeren başlıca Avrupa Konseyi belgeleridir. Ayrımcılık yasağı ve / yada ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi konusunda genel ve / yada özgül kurallar içeren bu belgeler, onaylanmayan 12 sayılı protokol dışında, Türkiye için “doğrudan” uygulanması gereken “ulusalüstü” bir hukuksal değer taşımaktadır. Sosyal haklar açısından, ikiye katlanan yükümlülüklerimizin ulusalüstü hukuksal çerçevesini, onayın uluslararası hukuk yönünden yürürlüğe girdiği 1 Ağustos 2007’den sonraki “referans dönemleri” için GG ASŞ oluşturacaktır.

Birinci ve ikinci kuşak insan hakları alanında 1966 Birleşmiş Milletler sözleşmeleri gibi birbirinin ikizi sayılabilecek bu belgelerden 1950 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 1961 Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu Antlaşmalarında doğrudan ve AB Adalet Divanı kararlarında sıklıkla yollama yapılan iki Avrupa Konseyi belgesi olarak ayrıca önem taşır. Kanımca, hem bu yollamalar ve hem de AB ve AT Antlaşmalarındaki kurallar ¹ nedeniyle, her iki belge AB hukukunun “dolaylı” müktesebatı içinde yer alır. ²

Öte yandan, kuşkusuz, pozitif düzenlemeleri yorumlayarak, ayrımcılık yasağı konusunda zengin bir içtihat oluşturan İHAS ve ASŞ / GG ASŞ denetim organlarının (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nin) kararları da, önemli kaynakların ilk sırasında yer alır.

I. AVRUPA KONSEYİ STATÜSÜ VE AYRIMCILIK

Ocak 2009 itibarıyla 47 üyesi bulunan Avrupa Konseyi’nin kurucu belgesi olan Statüsü, 5 Mayıs 1949’da Londra’da imzalanmış ve 3 Ağustos 1949’da yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Konsey Statüsü’nü 13 Nisan 1950’de onaylamıştır.

Avrupa Konseyi Statüsü’nde, BM Antlaşması’nda ve UÇÖ Anayasası’nda olduğu gibi, sözleşmelere birincil kaynak olmak üzere, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili doğrudan bir düzenleme açıkça yer almamıştır. Statü’ye göre Konsey, üye devletlerin ortak malvarlıklarını oluşturan ideal ve ilkeleri korumak ve geliştirmek, ekonomik ve sosyal ilerlemelerini desteklemek amacıyla, üyeleri arasın-

¹ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 345, 351-352.

² Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, s. viii-xii ve 219-220.

da daha sıkı bir birlik gerçekleştirmek için kurulmuştur (m. 1/a). Statü’de, bu “siyasal” birlik amacının izlenmesinde başvurulacak araçlardan biri olarak, “*insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi*”ne yer verilmiştir (m. 1/b). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Konsey’in kabul ettiği başka insan hakları belgelerinin genel hukuksal dayanağını, kanımca kurucu belgedeki “insan haklarını koruma ve geliştirme” ilkesi oluşturmaktadır.

Statü’nün Başlangıç bölümünde, Avrupa Konseyi’nin dayandığı temel ilkeler sayılmıştır, ancak eşitlik ve ayrımcılık yasağı bunlar arasında da yer almamıştır. Üye devletlerin; halklarının ortak malvarlıklarını oluşturan ve tüm gerçek demokrasilerin dayandığı “*kişi özgürlüğü, siyasal özgürlük, hukukun üstünlüğü*” ilkelere kökeninde yatan manevi ve ahlaki değerlere sarsılmaz biçimde bağlı olan Avrupa Konseyi’ni kurdukları belirtilmiştir.

Sonuç olarak Avrupa Konseyi, üstün ilkeler olarak eşit işlem ve ayrımcılık yasağını, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütü gibi antlaşmasal düzeyde, doğrudan ve açık bir anlatımla güvenceye almamıştır. Konsey’in kuruluş temellerini oluşturan hukukun üstünlüğü ilkesi ile insan hakları ve temel özgürlükleri koruma ve geliştirme ilkesinin örtük olarak içerdiğini düşündüğüm eşit işlem ve ayrımcılık yasağının, birinci ve ikinci kuşak insan haklarından yararlanma konusunda açık sözleşmesel dayanakları vardır.

II. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ’NDE AYRIMCILIK YASAĞI

Başlangıç bölümünde, “amacının, içerdiği hakların evrensel ve eylemsel (fiili) olarak tanınması ve uygulanması olduğunu” belirttiği Evrensel Bildirge’ye ve bu bağlamda Konsey Statüsü’ne yollamada bulunan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Konsey Statüsü’nde olduğu gibi ne eşitlikten ve ne de ayrımcılık yasağından söz etmiştir.³ Ancak ayrımcılık yasağı, esinlendiği Evrensel Bildirge’deki anlatım ve yaklaşımla, sözleşmede açıkça yer almıştır. Buna karşılık sözleşmede, İHEB’in öngördüğü “yasa önünde eşitlik ve herkesin her türlü ayrımcılığa karşı yasanın eşit korumasına hakkı bulunması”na ilişkin kurallarına benzer bir düzenleme yoktur.

Sözleşmenin 14. maddesi ile elli yıl sonra kabul edilen 12 sayılı protokolü, ayrı alt başlıklarda ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin bu alandaki içtihadını göz önünde bulundurarak incelemeyi önce anımsatmakta yarar vardır ki, bu kurallar hem AB Antlaşmalarında ve hem de AB Adalet Divanı kararlarında sözleş-

³ İHAS, 14. maddesinin dar kapsamı ve eşitlik hakkına ilişkin bir başka düzenlemeye yer vermemiş olması ve sözleşmeyi hazırlayanlar da, “eşitsizlik ve ayrımcılıkla ilgili sorunlara oldukça sınırlı ilgi göstermiş” olmaları nedeniyle eleştirilmiştir (Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayını, Ankara, Mart 2004, s. 288-289).

meye yapılan doğrudan yollamalar nedeniyle, kanımca aynı zamanda bu alanda AB hukuk ve müktesebatının çerçevesini belirleme açısından da önem taşır.

1. Ayrımcılık Yasağı: 14. Madde ve Mahkeme Kararları

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesi, kendisinden iki yıl önce kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin madde 2/1 kuralından esinlenmiştir. Ayrımcılık kavramını tanımlamayan 14. madde, ayrımcılık yasağını gerek nedenler ve gerekse yasağın hak ve özgürlükler yönünden uygulama alanı açılardan Evrensel Bildirge'ninkine benzer bir yaklaşımla, şöyle düzenlemiştir:

“Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden; özellikle cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tüm görüşler (kanaatler), ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya başka her durum temeline dayanan hiçbir fark gözetilmeksizin yararlanmanın sağlanması gerekir.”

Öncelikle, sözleşmenin yaptığı pozitif düzenlemenin içeriğine değinmeden, yukarıda Fransızca'sından çevrilerek aktarılan 14. maddenin Fransızca ve İngilizce orijinal metinlerinde, “ayrımcılık” terimi ile “hiçbir” ve “herhangi bir” terimi yönlerinden bir fark bulunduğunu belirtmek gerekir.⁴ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, aşağıda değinilen ayrımcılıkla ilgili ilk kararında, bu terim farklılığı üzerinde durmuştur.

a. Terim Sorunu

14. maddenin Fransızca metninin başlığına, 11 sayılı protokolle yapılan değişiklikle “ayrımcılık yasağı” (*interdiction de discrimination*) terimlerinin eklenmiş olmasına karşın, maddenin içeriğinde “hiçbir fark gözetmeksizin” (*sans distinction aucune*) terimlerine yer verilmiştir. Buna karşılık, 14. maddenin İngilizce metninin başlığında ve içeriğinde kullanılan terimler yönünden Fransızca'sına benzer herhangi bir tutarsızlık bulunmamakta; başlıkta “ayrımcılık yasağı” (*prohibition of discrimination*) ve içeriğinde de “herhangi bir ayrımcılık gözetmeksizin” (*without discrimination on any ground*) terimleri kullanılmaktadır. Oysa, Evrensel Bildirge'nin İngilizce orijinalinin 2. maddesinin 1. fıkrasında da, Fransızca'sından farklı olarak “herhangi bir fark gözetmeksizin” (*without distinction of any kind*) terimleri yer almaktadır. Dolayısıyla, İHAM'ın 14. maddesinin Fransızca orijinalindeki terim farklılığının kaynağı, esinlendiği Evrensel Bildirge'dir.

İHAM, ayrımcılık kavramının tanımı ve 14. maddenin kapsam ve değeri sorunlarını ilk kez incelediği⁵ “**Belçika'da eğitim dili rejiminin kimi yönle-**

⁴ BM belgeleriyle karşılaştırmak için bkz.: Birinci Bölüm.

⁵ Denis Martin, **Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire**, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste, Bruylant, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 2006, s. 227.

rine ilişkin olarak Belçika'ya karşı açılan dava"da (dil rejimi) ortaya çıkan bu terminoloji sorunu konusunda, 23 Temmuz 1968 tarihli kararında şu saptamayı yapmıştır:

"Fransızca metnin çok genel olan anlatımına karşın, 14. madde sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her tür işlem farklılığını (ayrımıcılığı) yasaklamamıştır. **Fransızca metnin, daha kısıtlayıcı olan İngilizce metin ışığında okunması gerekir.** Bundan başka ve özellikle, eğer 14. madde Fransızca metnin içerdiği kadar sanıldığı kadar geniş yorumlanırsa, saçma (anlamsız) sonuçlara ulaşılabilecektir. Gerçekten, tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada herkese tam bir işlem eşitliği sağlamayan çok sayıda yasal yada yönetsel kuralın her birinin sözleşmeye aykırı olduğu yargısına (düşüncesine) varılabilecektir." ⁶

Böylece, Anglo-sakson ayrımcılık anlayışını benimsediği belirtilen ⁷ Mahkeme, genel bir koruma getirmeyen 14. maddeyi, *daha kısıtlayıcı olan İngilizce metni temel alarak* yorumlamış ve bu maddenin hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her tür işlem farklılığını yasaklamadığını, yasağın tüm farklılıklarla değil ve fakat yalnızca keyfi olanlarla ilgili olduğunu belirtmiştir. ⁸

Sözel metin çerçevesinde, şu ikinci saptamanın yapılmasında da yarar vardır: 14. madde ve sözleşmenin öteki maddeleri, 7 sayılı protokol dışında, ⁹ eşitlik ilkesinden herhangi bir doğrudan anlatımla söz etmemiştir. Bununla birlikte İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (ve Avrupa Birliği Adalet Divanı), sözleşme (yada Ant-

⁶ CEDH (Plenière), **Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principale)**, arrêt du 23 juillet 1968, Requête no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, parag. 10. İHAM, daha sonraki kararlarında da, bu kararına yollamada bulunarak terminoloji sorununa değinmiştir (CEDH, [Plenière] **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, arrêt du 27 octobre 1975, Requête no 4464/70, parag. 46).

⁷ Rémy Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes** (Préface de Gérard Soulier), L.G.D.L., Paris, 2003, s. 251.

⁸ Jean-François Renucci, **Droit européen des droit de l'homme**, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2002, s. 108-109.

⁹ Bu protokol, 22 Kasım 1984'te imzalandı ve 1 Kasım 1988'de yürürlüğe girdi. Türkiye'nin, 19 Ekim 1992'de imzaladığı ve 23 Şubat 1994 gün ve 3975 sayılı yasa ile onaylanmasını uygun bulduğu, 9 Haziran 1994 tarihinde de onayladığı 7 sayılı ek protokol, eşlerin kişi haklarından eşit yararlanmalarını öngörmektedir. Protokolün, "**eşler arasında eşitlik**" başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde *medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar*. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez."

laşma) kurallarının eşitlik ilkesinden somut olarak söz etmediği zaman bile, bu ilkenin anılan kurallarda bulunduğuna gecikmeksizin karar vermişlerdir. ¹⁰

12 sayılı protokolün kurallarını yorumlayan açıklayıcı rapor, 14. maddedeki bu eksikliğe değinmiş ve İHAM'ın kararlarına egemen olan yaklaşımını göz önünde bulundurarak, iki ilke arasındaki yaşamsal bağ ile eşitliğin tanımı konusunda, kanımca da doğru olan ve daha önce değinilen ¹¹ şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Eşitlik ilkesi, sözleşmenin 14. maddesinin metninde açıkça yer almamış olsa da, **ayrımıcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkeleri sırkı sıkıya birbirine bağlıdır**. Örneğin, eşitlik ilkesi, eşit durumlarda eşit biçimde işlem yapılmasını ve eşitsiz durumlarda da farklı işlem yapılmasını gerektirir. Bu konuda her tür zedeleme (atteinte) bir ayrımcılık sayılacaktır, meğer ki **nesnel ve makul bir kanıtlama** olmasın.”

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, açıklayıcı raporda belirtildiği gibi, ¹² 14. maddeye ilişkin kararlarında, sözleşmede tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmada “işlem eşitliği” (égalité de traitement) ¹³ ve “cinsiyet eşitliği” (égalité de sexe) ¹⁴ ilkelerine yollamada bulunmuştur.

14. maddeyi, Strazburg Mahkemesi kararlarıyla birlikte, sözel metninin açıkça içerdiği ve içermediği yönleriyle birlikte incelemek yararlı olacaktır. Bunlar; ayrımcılık nedenleri, ayrımcılık yasağının haklar yönünden uygulama alanı, olumlu ayrımcılık, yasaklanan ayrımcılık türleri, vb konulardır.

b. Ayrımcılık Yasağı ve Haklardan Yararlanma

Arasındaki İlişki

14. madde, esin kaynağı Evrensel Bildirge gibi, sözleşmenin güvenceye bağladığı hak ve özgürlükler ile ayrımcılık yasağı arasındaki bağı açıkça vurgulamıştır. Bu, örnekleri sonraki yıllarda da görülen bir yaklaşımdır ve kanımca, ayrımcılık, yada daha genel bir anlatımla, ayrımcılık yasaklı eşitlik kavramının temel öğelerinden birini oluşturur. ¹⁵

Aşağıda değinildiği gibi, kapsamı haklar yönünden sözleşmenin ve ek protokollerinin tanıdığı haklar ile sınırlı olan ayrımcılık yasağının amacı, hak özneleri-

¹⁰ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 225.

¹¹ Bkz.: Giriş, s. 20-21.

¹² CE, Protocole no 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport explicatif, parag. 15.

¹³ CEDH (Plenière), **Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique” c. Belgique (au Principale)**, arrêt du 23 juillet 1968, Requête no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, parag. 10.

¹⁴ CEDH, **Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni**, Requête no 9214/80; 9473/81; 9474/81, arrêt du 28 mai 1985, Série A, no 94, parag. 78.

¹⁵ Bkz.: Giriş, s. 43-44.

nin eşitlik koşulları içinde söz konusu hakları kullanmalarının sağlanmasıdır. Eşitlik ilkesine doğrudan göndermede bulunulmamış olması, 14. maddenin eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki bağı göz ardı ettiği anlamına gelmez.

c. Nedenleri Sınırlı Olmayan Bir Yasak

14. maddenin sözel metninin içeriği konusunda yapılabilecek ilk saptama, hiçbir ayırım gözetmeme kuralını, doğrudan esinlendiği Evrensel Bildirge'deki sırayı değiştirerek aynen saydığı çok sayıda nedenle sınırlandırmamış olmasıdır. Ayrımcılık nedenlerinin “örnek” olarak sayıldığını, bir yandan nedenlerin başında “*özellikle*” denilmiş, öte yandan da saydığı nedenlerin sonunda “*başka her durum*” (toute autre situation / other status) terimine yer verilmiş olması açıkça göstermektedir.¹⁶

Sözleşmenin “tüketici” olmaksızın sıraladığı -ve aşağıda ayrı bir alt başlıkta incelenen 12 sayılı protokolde de aynen yinelenen- ayrımcılık nedenleri şunlardır: Cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal görüşler yada başka tüm görüşler, ulusal yada sosyal köken, bir ulusal azınlık üyesi olma, servet, doğum yada başka her durum. Sözleşme, Evrensel Bildirge'deki ilk üç nedene ilişkin sıralamayı değiştirerek, “*cinsiyet*”i *birinci* sıraya almış ve ayrıca, İHEB'te yer almayan “***bir ulusal azınlık üyesi olma***”yı da, 14. maddesine eklemiştir. Bunun dışında, ayrımcı işlemlerin dayandırılacağı nedenler yönünden bildirge ile sözleşme ve elli yıl sonra kabul edilen ek protokolü arasında bir fark yoktur. Doğal olarak, sözleşmenin 14. maddede ucu açık olmak üzere sıraladığı ayrımcılık nedenleri arasında, bildirge gibi doğrudan bir anlatımla açıkça yer vermediği nedenler de bulunmaktadır. Örneğin, “başka durumlar” kapsamına giren ve kimileri başka bölgesel ve evrensel ölçekli insan hakları belge ve sözleşmeleri ile Avrupa Birliği'nin “ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi”ni uygulamaya koymayı amaçlayan yönergelerinde açıkça sayılan ve yasaklanan nedenler arasında *yurttaşlık, genetik özellikler, engelli olma, yaş ve cinsel yönelim* örnek olarak verilebilir. Bunların da, sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanmada göz önünde bulundurulması gerektiğine kuşku yoktur. Bu aynı zamanda, “özellikle” vurgusunun yapılmış olmasının da gereğidir. Kısacası, sözleşmenin sağladığı koruma, sözel anlatımında saymadığı ayrımcılık nedenlerini de kapsamaktadır. Uluslararası insan hakları mevzuatında yasaklanmış olan geleneksel ayrımcılık biçimleri listesinde yer alan yada almayan her tür farklılaşma ölçütü, potansiyel olarak 14. maddeye göre incelenebilir.¹⁷

¹⁶ Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^e édition refondue, PUF, Paris, avril 2005, s. 262-263; Jean-François Renucci, *a.g.y.*, s. 108; Denis Martin, *a.g.y.*, s. 225.

¹⁷ O. De Schutter, *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme*, Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en février 2005, s. 13.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, 14. maddenin saydığı ayrımcılık nedenlerinin sınırlayıcı (limitatif) olmadığını belirtmiş¹⁸ ve verdiği listenin içermediği nedenlere dayalı ayrımcı işlem ve uygulamalarda da 14. maddeyi duraksama göstermeksizin uygulamıştır. Mahkeme, dayandığı ölçüt (neden) ne olursa olsun, her tür ayrımcılığın yasaklandığını;¹⁹ ayrımcılık yasağı ilkesinin, örneğin subaylar (ve kanımca sivil kamu görevlileri) arasında *rütbe* / *dereceye* (*grade*) *dayalı bir fark gözetmeye* 14. maddenin uygulanacağını ve bundan başka, bir yaptırımın yada özgürlükten yoksun bırakıcı bir önlemin de sözleşmenin (m. 5/1'in) tanıdığı bir haktan yararlanmanın sağlanma biçimi üzerinde yansımaları olabileceği için, 14. maddenin etki alanından kurtulamayacağını karara bağlamıştır.²⁰ Yine Strazburg Mahkemesi'ne göre 14. madde, "*cinsel yönelim*" temeline dayalı işlem farklılıklarında da uygulanır;²¹ "başka her tür durum" kavramı, örneğin "*yurttaşlık*"²² ve "*evlilik dışı doğum*"²³ nedenlerini de (bu nedenlere dayalı ayrımcılıkları da) kapsar. Böylece İHAM, "ayrımcılık nedenleri" yönünden pozitif metne uygun olarak ilkece dar yorumla bağlı kalmamıştır. Ne var ki bu yaklaşım, aşağıda görüleceği üzere, ayrımcılık yasağının mutlak olduğu biçiminde anlaşılmalıdır.

d. Haklar Yönünden Uygulama Alanı Sınırlı Bir Yasak ve 14. Maddenin Niteliği Sorunu

14. maddenin pozitif metni çerçevesinde yapılması gereken ikinci saptama, ayrımcılık yasağının "genel" nitelikli bir ilke olmamasıdır. Sözleşme, hak ve özgürlükler yönünden ayırım gözetmeme ilkesinin uygulama alanını sınırlandırmıştır. Gerçekten, maddede geçen, "bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden (...) yararlanma" sözcükleri, Evrensel Bildirge ile -KSHUS'nin 26. maddesi dışında ikiz sözleşmelerde ve GG Avrupa Sosyal Şartı'nda (E maddesinde) olduğu gibi, ayrımcılıklara karşı korumanın yada 14. maddenin uygulama alanının sözleşmede ve ek protokollerinde tanınmış hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulduğunu göstermek-

¹⁸ CEDH, **Engel et autres c. Pays-Bas**, Requête no 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, arrêt du 8 juin 1976, Série A, no 22, parag. 72.

¹⁹ CEDH (Chambre), **Affaire Rasmussen c. Danemark**, Requête no 8777/79, arrêt du 28 novembre 1984, parag. 34.

²⁰ CEDH, **Engel et autres c. Pays-Bas**, parag. 72.

²¹ CEDH, **Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal**, Requête no 33290/96, arrêt du 21 décembre 1999, définitif, 21/03/2000; parag. 28; CEDH, **Affaire Fretté c. France**, Requête no 36515/97, arrêt du 26 février 2002, Définitif, 26/05/2002, parag. 32.

²² CEDH, **Affaire İbrahim Gueye et autres c. France**, no 196 / 1985, arrêt du 3 avril 1989, **Revue universelle des droits de l'homme**, 1989, s. 62.

²³ CEDH, **Affaire Inze c. Autriche**, arrêt du 28 octobre 1987, Série A, no 126, parag. 41.

tedir. Kuşkusuz, maddedeki “sözleşme” terimi, güvenceli hak ve özgürlükler listesini genişleten tüm ek protokolleri de kapsamaktadır. ²⁴

Böylece, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 26. maddesindeki benzer bir içerikle, ayrımcılığa karşı “genel” ve “bağımsız” bir koruma sağlamayan 14. madde, ancak sözleşmenin yada ek protokollerin tanıyıp güvenceye aldığı bir hakka ilişkin başka kural ile birlikte ileri sürülebilir. ²⁵

14. maddenin sunduğu pozitif korumanın haklar yönünden uygulama alanı “sınırlı” olan bu özelliği, 12 sayılı protokole ilişkin “açıklayıcı rapor”da da belirtilmiş; anılan maddenin, başka uluslararası belgelerden farklı olarak, “ayrımcılığa ilişkin bağımsız bir yasak getirmedeği” saptaması yinelenmiştir. ²⁶ İHAM da, aşağıda incelenen birçok kararında, bu yaklaşımı benimsemiştir.

Sözleşmenin 14. maddesinin salt sözel anlatımına bağlı kalındığında, *Lambert*’in de 1998’de yazdığı gibi, bu maddenin yasa önünde eşitlik hakkını değil, ancak daha sınırlı biçimde sözleşme ve protokollerinde tanınan hakların kullanılmasında ayrımcılık yapılmamasını güvenceye bağlamış olduğu savunulabilir. Aynı yaklaşımı benimsediği anlaşılan *Eissen de*, İHAM’ın 14. maddeyle ilgili ilk kararıyla aynı tarihte yayımlanan -1968 yılındaki eski- bir yazısında, 14. maddenin “yasa (hukuk) önünde eşitlikten çok sözleşme önünde eşitlik” getirdiğini belirtmişti. 14. madde, sözleşmedeki hakların yanı sıra ek bir hak yaratmamıştır, dolayısıyla da sözleşmeye taraf devletlere karşı ileri sürülemez. ²⁷ Bu bağlamda, ayrım gözetmeme ilkesinin, Topluluk hukukundan farklı olarak, İHAS sisteminde mer-

²⁴ Sözleşme ve protokollerindeki -birkaç istisna dışında büyük bir bölümü birinci kuşaktan olan- insan hak ve özgürlükleri, madde başlıklarıyla şunlardır:

Yaşama hakkı (m. 2); İşkence yasağı (m. 3); Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 4); Özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 5); Adil yargılanma hakkı (m. 6); Cezaların yasallığı (m. 7); Özel hayatın ve aile hayatının korunması (m. 8); Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (mç 9); İfade özgürlüğü (m. 10); -Sendika hakkının da kapsayan- dernek kurma ve toplantı özgürlüğü hakkı (m. 11); Evlenme hakkı (m. 12); Etkili başvuru hakkı (m. 13); Mülkiyetin korunması (1 sayılı ek protokol, m. 1); Eğitim hakkı (1 sayılı ek protokol, m. 2); Serbest seçim hakkı (1 sayılı ek protokol, m. 3); Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı (4 sayılı ek protokol, m. 1); Serbest dolaşım özgürlüğü (4 sayılı ek protokol, m. 2); Vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağı (4 sayılı ek protokol, m. 3); Yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı (4 sayılı ek protokol, m. 4); Ölüm cezasının kaldırılması (6 sayılı ek protokol, m. 1); Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvenceler (7 sayılı ek protokol, m. 1); Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (7 sayılı ek protokol, m. 2); Adli hata halinde tazminat hakkı (7 sayılı ek protokol, m. 3); Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (7 sayılı ek protokol, m. 4); Eşler arasında eşitlik (7 sayılı ek protokol, m. 5); Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması (12 sayılı ek protokol, m. 1); Ölüm cezasının kaldırılması (13 sayılı ek protokol, m. 1).

²⁵ O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 20.

²⁶ CE, Protocole no 12 à la Convention ..., Rapport explicatif, parag. 1.

²⁷ Paul Lambert’den (“Vers une évolution de l’interprétation de l’article 14 de la CEDH?”, **Revue trimestrielle des droits de l’homme**, 1998, s. 497’den) aktaran Denis Martin, **a.g.y.**, s. 223.

kezi bir yerinin bulunmadığı bile ileri sürülmektedir. ²⁸ F. Sudre'ün anlatımıyla 14. madde, güvenceye alınmış haklar listesine bir ekleme yapmaz, onların korunmasını güçlendirir. ²⁹ Sözleşme yada protokollerdeki hak ve özgürlüklerin birinden yararlanma ile bağlantısı olmayan bir ayrımcılık savı, sözleşmece korunmamıştır.

Kanımca, 14. maddenin bu özelliği, sözleşme sistemi açısından önemsiz olduğu yolunda anlaşılmalıdır. Tersine, sözleşme ve protokollerde tanınan tüm hak ve özgürlüklerin hiçbir yönden ayırım gözetilmeksizin hak öznelerince kullanılmasının sağlanması, haklara uygulamada gerçeklik ve işlerlik kazandırılması yönünden önemli ve “genel” bir işlevi vardır. Öte yandan, 14. madde yasa önünde eşitliğe açık bir göndermede bulunmamış olmakla birlikte, temelde hak öznelerinin sözleşmede tanınan haklardan eşitlik koşullarında yararlanmalarını sağlama amacı taşır; ayrımcılık yasağının amacı bunu sağlamaktır. Bu nedenle de, örtük olarak eşitlik ve eşit işlem ilkelerini içerir. Ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi arasındaki sıkı ve yaşamsal bağlantı da bunu gerektir. ³⁰ Sözleşmenin kendi içeriğiyle sınırlı tuttuğu ayrımcılığa karşı korumanın maddi içeriği, aşağıda incelenen 12 sayılı protokolle genişletilmiştir.

14. maddenin güvencelenen haklardan bağımsız sayılmayan niteliğine karşın, ayrımcılığa uğramama, sözleşmenin güvencelediği haklardandır. Daha açık bir anlatımla, sözleşmedeki haklardan birinin ihlali savıyla birlikte ileri sürülebilse de, söz konusu hakkın ihlal edilmediği sonucuna varılması durumunda da, ayrımcılık savının incelenmesi gerekir. Hakların ihlal edilmediğine karar verilmesi, otomatik olarak ayrımcılık savının da düşmesi yada reddedilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Bu, Strazburg Mahkemesi'nin birçok kararında yinelediği gibi, ayrımcılık yasağı kuralının sözleşmedeki hakların “ayrılmaz parçası” niteliği taşımasının, gerçekten “özerk” bir varlığı bulunduğunun kabul edilmesinin doğal gereğidir. Nitekim Mahkeme de, ayrıca değineceğim kimi sendikal davalarda, 11. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiş olmasına karşın, başvuranların 11. maddeyle birlikte ileri sürdükleri 14. maddeye ilişkin savlarını da inceleyip karara bağlamıştır.

Bununla birlikte 14. maddenin bu özellik yada niteliğinin; aşağıda değinileceği gibi, İHAM'ın 14. maddenin “bağımsız” ve / yada “özerk” bir varlığının bulunup bulunmadığı yada sözleşmedeki her bir maddenin (hakkın) “ayrılmaz parçası” olduğu yolundaki “çelişik” kararları çerçevesinde tartışılıp değerlendirilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, 14. maddenin sözel anlatımının, ayrımcılık yasağının yalnızca sözleşmenin tanıdığı hak ve özgürlükler için ileri sürülebileceğini öngörmüş olması ve buna dayanarak da, 14. maddenin ek bir hak yaratmadığı görüşü-

²⁸ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 226.

²⁹ Frédéric Sudre, **a.g.y.**, s. 256.

³⁰ Bkz.: Giriş, s. 7-12.

nün belirtilmesi, *Martin*'in haklı olarak değindiği gibi, bu yasağın kapsam ve rolünün ne olduğu sorununu tam olarak çözmemektedir. Örneğin 14. madde, sözleşmedeki bir hak ihlal edilmeksizin ihlal edilebilir mi? Kısacası, 14. maddenin “özerk” bir değeri var mıdır? ³¹ Mahkemenin çeşitli kararlarında kullandığı 14. maddenin sözleşme maddelerinin her birinin “ayrılmaz parçası” olmasının yada “özerk bir değeri” bulunduğu terimlerinin anlamının ne olması gerekir? Bu terim yada nitelermeler, eşanlamlı mıdır? 14. maddenin, bir yandan sözleşmenin öteki maddelerinden “bağımsız bir varlığı” bulunmadığı belirtilirken, öte yandan “ayrılmaz parça” yada “özerk” terimleriyle nitelenmesi çelişkili değil midir?

14. madde için farklı nitelermelerde bulunan İHAM kararlarının bu konuda belirsizlikler içerdiğini ve nitelermelerin doğal gereği olan tutarlılıktan uzak bulunduğunu ileri sürmek, kanımca da yanlış olmaz.

İHAM, ilk kez 1968 **Belçika dil davası kararında**; AB Adalet Divanı'ndan farklı olarak, ³² 14. maddenin, yalnızca “sözleşmede tanınan hak ve özgürlükler”i amaçlamış olması anlamında, “**bağımsız bir varlığı bulunmadığını**” belirtmiştir. Bununla birlikte, Strazburg Mahkemesi'ne göre, tartışma konusu hak yada özgürlüğü tanıyan maddenin gereklerine uygun olan bir önlem, 14. madde ile *birlikte*, ayrımcı bir niteliği olduğu gerekçesiyle, bu maddeyi ihlal edebilir. ³³ Mahkeme bu görüşünü, örneğin 27 Ekim 1975 tarihli **Belçika Ulusal Polis Sendikası davasında**, 14. maddenin, bağımsız bir varlığı olmamakla birlikte, “sözleşme ve protokollerin başka kurallarını *tamamladığını*” belirterek yinelemiştir. ³⁴ Yine, 9 Ekim 1979 tarihli **Airey kararında** da; 14. maddenin, yalnızca sözleşmedeki hak ve özgürlükleri amaçlamış olması anlamında “bağımsız varlığı” olmadığını, sözleşmenin koruduğu hakların her birinin “özel bir ögesini” (élément particulier), yani o haktan yararlanma konusunda ayrımcılık yapılmamasını temsil ettiğini belirtmiştir. ³⁵

İHAM'ın, 14. maddenin sözleşme sistemindeki yerine ilişkin bir başka yaklaşımı da, bu maddede güvenceye bağlanan ayırım gözetmeme ilkesinin sözleşmenin bir başka özgül maddesinde yer almış olması durumunda, bu özgül maddenin ihlal edildiğine daha önce karar verdiği zaman, genel kural olan 14. maddeye ilişkin olası bir ihlal bulunup bulunmadığı konusunu ele almayı gereksiz görmüş olmasıdır. Örneğin iki davada; “adil yargılanma hakkı”nı güvenceye alan 6. mad-

³¹ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 234.

³² Rémy Hernu, **a.g.y.**, s. 289.

³³ CEDH (Plénière), **Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique” c. Belgique (au Principale)**, parag. 9.

³⁴ CEDH, [Plénière] **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, parag. 44.

³⁵ CEDH (Chambre), **Affaire Airey c. Irlande**, Requête no 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979, parag. 30.

denin 3. fıkrasının “duruşmada kullanılan dili bilmeyen bir sanık ile bu dili bilen ve konuşan sanık arasındaki eşitsizliği önlemeyi amaçlayan 3. fıkrasının (yani sözleşmedeki özel kuralın) ihlal edildiğine karar verdiği için, genel kural olan -ve dil temeline dayanan ayrımcılığı açıkça yasaklayan- 14. madde çerçevesinde yargılama yapmayı gereksiz saymıştır. ³⁶

Mahkeme, “**dil rejimi**” kararında, “*özerk bir değeri*” bulunduğunu kabul ettiği **14. maddenin, sözleşmenin hak ve özgürlükleri tanıyan maddelerinin her birinin “ayrılmaz bir parçası”** olduğunu da vurgulamış; hak ve özgürlükler ile bunların karşılığı olan yükümlülüklerin niteliğine göre, örneğin söz konusu hakka saygı gösterilmesinin olumlu bir eylem (action positive) yada yalın bir karışmama (simple abstention) içerip içermemesine göre fark gözetilmesinin uygun olmadığını karara bağlamıştır. Mahkemeye göre, 14. maddede kullanılan “bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın sağlanması gerekir” biçimindeki terimlerin çok genel niteliği bunu kanıtlamaktadır. ³⁷ Dolayısıyla ayrımcılık görmeme hakkı, *Sudre*’ün değişik bir deyişle, sözleşmenin güvenceye aldığı hakların her birine sinir kolları vermektedir. ³⁸ Uygulanması, sözleşmenin bir başka maddesiyle eşzamanlı olarak ihlal edilmesine bağlı olmayan 14. maddedeki ayrımcılık yasağı kuralı, güvenceye alınmış haklardan biri yada başkasının bulunmamasında da (haklardan birinin ihlal edildiği savının ileri sürülmemiş olması durumunda da) devreye sokulabilir. Örneğin, sözleşmenin güvencelediği *özel ve aile yaşamına saygı hakkına* (m. 8’e) uygun bir önlem, ayrımcı bir niteliğe bürünebilir. Bu, sözleşmeye aykırı olacaktır. ³⁹ Böylece 14. madde, saygı gösterilen bir hakkın kullanılmasından da ayrımcılığı sansürleme olanağı vermektedir. ⁴⁰

Başka bir anlatımla, 14. maddenin uygulanması için, sözleşmenin koruduğu *hak ve özgürlüklerden birinin mutlaka ihlal edilmiş olması gerekmez*. Ayrımcılık yasağı kuralının, *birlikte* ileri sürüldüğü sözleşme kuralının (örneğin 11. maddedeki sendika hakkının) ihlal edilmediği sonucuna varılması durumunda da, (14. maddenin) ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gerektiği sonucuna varılabilir.

³⁶ CEDH (Chambre), **Affaire Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne**, Requête no 6210/73; 6877/75; 7132/75, Arrêt du 28 novembre 1978, Série A, no 29, 1978, parag. 53; CEDH, (Chambre) **Affaire Kamasinski c. Autriche**, Requête no 9783/82, arrêt du 19 décembre 1989, Série A, no 168, 1989, parag. 75.

³⁷ CEDH (Pléniaire), **Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique (au Principale)**, parag. 9. Mahkeme, bu yaklaşımını şu kararında da yinelemiştir: CEDH, **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, parag. 44.

³⁸ Frédéric Sudre, **a.g.y.**, s. 256.

³⁹ CEDH, **Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni**, arrêt du 28 mai 1985, Série A, no 94, parag. 69 ve 83.

⁴⁰ Frédéric Sudre, **a.g.y.**, s. 257.

Örneğin Mahkeme, “**Belçika polisi ulusal sendikası**” kararında; madde 11/1’in ihlal edilmediği sonucuna varmış olmasına karşın, davacı sendikanın yakındığı işlem farklılıklarının *birlikte* 11 ve 14. maddelere aykırı olup olmadığının araştırılmasının uygun olduğunu belirtmiştir. 14. maddenin, karşılaştırmalı bir durumda bulunan bireyleri yada toplulukları sözleşme ve protokollerin tanıdığı hak ve özgürlüklerden yararlanmada her tür ayrımcılığa karşı koruduğunu anımsatan Mahkemeye göre, söz konusu hak yada özgürlüğü tanıyan maddenin gereklerine uygun olan bir önlem, bu maddeyi 14. madde ile *birlikte* ayrımcı bir nitelik taşıdığı gerekçesiyle ihlal edebilir. Her şey, sanki 14. maddenin, hak ve özgürlükleri güvenceye bağlayan çeşitli maddelerin, hak ve özgürlüklerin niteliği ne olursa olsun, *ayrılmaz parçası*ymiş gibi cereyan eder. Bu düşünceler; özellikle, sözleşme-deki bir hak ve devletin bu konudaki yükümlülüğü somut biçimde tanımlanmamışsa ve dolayısıyla da, söz konusu hakkın kullanılmasının olanaklı ve etkili kılınması için devletin seçim yapabileceği birçok araç varsa uygulama alanı bulur. ⁴¹

Ancak, yinelemek gerekir ki, ayrımcılık savının 14. maddenin uygulama alanına girmesi için, ayrımcılığın sözleşmenin tanıdığı hak ve özgürlüklerden en az birinin “uygulama alanı” kapsamında olması gerekir. 14. madde, sözleşme ve ek protokoller dışındaki haklar için bir koruma sağlamaz. İHAM, bu nedenle, 14. maddenin, *sözleşmenin ve protokollerin öteki normatif kurallarını tamamladığını*, yalnızca bu kuralların güvenceye aldığı hak ve özgürlüklerden yararlar-

⁴¹ CEDH, **Affaire Syndicat national de la police belge c. Belgique**, parag. 44.

İHAM, sözleşmenin 11. maddesinin güvenceye aldığı sendika hak ve özgürlüğüne ilişkin ilk kararlarında, 11. maddeye yönelik bir ihlal kararı vermemiş olmakla birlikte, başvuranlarca 14. madde kapsamında *farklı işlem* yapıldığı yolundaki savları incelemiştir. Mahkemenin bu kararlarda benimsediği yaklaşım, 14. maddenin “özerk” bir varlığının bulunup bulunmadığının yada sözleşmenin öteki maddelerinin “ayrılmaz parçası” olup olmadığının tartışılması açısından önem taşımaktadır.

İHAM, kararından alıntı yaptığım “*Belçika polisi ulusal sendikası davası*”nda, uyuşmazlık konusu olan farklı işlemin “ayrımcı” bir nitelik taşıyıp taşımadığını araştırmıştır. Bununla birlikte Strazburg Mahkemesi, yaptığı denetimin yalnızca alınan önlemlerin sözleşme gerekleriyle uygunluğunu araştırmaya değgin olduğunu, uygun önlemleri seçmekte serbest olan ulusal yetkililerin yerini alamayacağını da eklemiştir. Mahkeme, yaptığı araştırma ve inceleme sonucunda, dava konusu farklı işlemin orantılılık ilkesine aykırı olmadığını ve 11 ile 14. maddelerin (4’e karşı 10 oyla) ihlal edilmediğine karar vermiştir (parag. 47-49). Dört üye, karara ayrık görüş yazmıştır.

Mahkeme bu yaklaşımını, ikisi de 6 Şubat 1976 tarihli olan kararlarında da sürdürerek, 11. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmış olmasına karşın, 11. ve 14. maddelerin birlikte ihlal edildiği savlarını incelemiştir. Ancak Mahkeme, önceki kararlarına göndermede bulunarak, benzer gerekçelerle, orantılılık ilkesinin ihlal edilmediği kanısına varmış ve oybirliğiyle 11. ve 14. maddelerin birlikte ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır (CEDH, **Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède**, parag. 44-48; CEDH, **Affaire Schmidt et Dahlström**, série A: Arrêts et décisions, vol. 21, Carl Heymanns Verlag KG., Köln-Berlin-Bonn-München, 1976, parag. 38-42).

Buna karşılık Strazburg Mahkemesi, aşağıda kısaca değinilen Türkiye’ye yönelik üç sendika davasında, 11. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiş, 14. maddeye ilişkin ayrımcılık savlarını ise araştırmaya gerek görmemiştir.

nılmasında ileri sürülebildiği için **“bağımsız bir varlığı bulunmadığını”** birçok kararında belirtip yinelemiştir. Mahkemeye göre 14. madde çerçevesinde bir değerlendirme yapılması, sözleşme kurallarının gerekleriyle ilgili bir eksikliğin (aykırılığın, ihlalin) bulunmadığı durumlarda da söz konusu olabilir ve bu durumda (ve kanımca bu anlamda) **özerk bir değeri** (portée autonome) **vardır**; 14. maddenin uygulanması için, anlaşmazlığa ilişkin olguların anılan kurallardan hiç olmazsa birinin etki / uygulama alanına girmesi yeterlidir. ⁴²

Bu nedenle, Mahkemenin 14. madde için söz ettiği “özerk değer”, tam ve gerçek anlamda kullanıldığı yolunda anlaşılmalıdır; kanımca Mahkemenin yaklaşımı bağlamında, 14. maddenin **“yarı-özerk bir değeri”** bulunduğunu düşünmek daha doğru olur. ⁴³

Dolayısıyla, ileri sürülen ayrımcılık savı, sözleşmenin koruduğu bir haktan yararlanma çerçevesinde ortaya çıkmamışsa yada sözleşmenin güvenceye aldığı bir hakkın kullanılmasına dayanmıyorsa, 14. maddenin uygulanması söz konusu değildir. Bu nedenle de, istihdama (işe) girişte bir dizi ayrımcılık örneğinin 14. maddenin uygulama alanına girdiği düşünülmeyecektir. ⁴⁴ Çünkü bu hak, sözleşmenin tanıdığı haklar arasında yoktur.

Mahkeme, 14. maddeyi öteki maddelerin “ayrılmaz parçası” sayan görüşünün sonucu olarak, eğer başlangıçta sözleşmenin özel bir maddesinin ihlal edildiği so-

⁴² CEDH, **Affaire Thlimmenos c. Grèce**, Requête no 34369/97, arrêt du 6 avril 2000, Strasbourg, parag. 40. İHAM, bu yaklaşımını başka birçok kararında da yinelemiştir: CEDH, **Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni**, parag. 71; CEDH, **Inze c. Autriche**, arrêt du 28 octobre 1987, parag. 36; CEDH, **Karlheinz Schmidt c. Allemagne**, arrêt du 18 juillet 1994, parag. 22; CEDH, **Van Raalte c. Pays-Bas**, arrêt du 21 février 1997, parag. 33; CEDH, **Petrovic c. Autriche**, arrêt du 27 mars 1998, parag. 22; CEDH, **Haas c. Pays-Bas**, arrêt du 13 janvier 2004, parag. 41; CEDH, **Affaire Fretté c. France**, parag. 27.

⁴³ **Denis Martin**, Mahkemenin -benzerlerinin çok seyrek olduğunu yazdığı- 2000 tarihli **İbrahim Aksoy kararında**, 14. maddenin **“gerçekten özerk niteliğini kabul ederek**, bu maddenin gerçek yerini tanıdığı görüşündedir. Mahkeme bu kararında, sözleşmenin 10. maddesinin **ihlal edildiği** sonucuna ulaşmıştır (CEDH, **Affaire İbrahim Aksoy c. Turquie**, Requête no 28635/95, 30171/96 et 34535/97, arrêt du 10 octobre 2000, définitif, 10/01/2001, parag. 66, 73 ve 80). Ancak, ihlal kararına karşın, yakınmacının ileri sürdüğü 14. maddenin de ihlal edildiği savını incelemiştir (Denis Martin, **a.g.y.**, s. 242.)

Belirteyim ki İHAM, “Kürt” kökenli başvuranın, üç mahkumiyetinden son ikisinin, “etnik köken”ine dayalı bir ayrımcılık olduğunu ve dolayısıyla 10. maddeyle birlikte 14. maddenin de ihlal edildiğini ileri sürmesi üzerine, bu savı incelemiş, ancak 14. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, anlatım özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların başvuranın etnik kökenine dayalı bir işlem farklılığına bağlanabilmesini inandırıcı bulmamıştır (parag. 83).

⁴⁴ O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 22-23. Kimi istisnai durumlarda, genel yasaklar dayatıldığı zaman, kişinin kimi mesleklerle girme yeteneğinin bulunmaması, özel yaşama saygı hakkına bir karışma oluşturabilir (İHAM, 2. section), **Affaire Sidabras ve Dziautas c. Lituanie**, Requête no 55480 / 00 ve 59330 / 00, arrêt du 27 juillet 2004, parag. 48.

nucuna varmışsa, 14. maddenin olası ihlali konusuna eğilmeyi (bu sorunu ele almayı) gereksiz bulmaktadır. Örneğin Strazburg Mahkemesi, ülkemiz kamu görevlileri sendikalarının sendika, toplu iş sözleşmesi ve toplu eylem hakları konusunda Türkiye'ye karşı yaptıkları başvurulara ilişkin kararlarında, sendikaların 11. maddenin yanı sıra 14. maddenin de ihlal edildiği yolundaki savlarını, 11. maddenin ihlaline karar verdiğinden, incelememiştir.

Demir-Baykara davasında; başvuranlar sendika kurma ve toplu iş sözleşmeleri bağitleme haklarının tanınmadığını ileri sürerken, 11. madde ile birlikte 14. maddeyi de dayanak göstermiş; sendikalar kurma ve toplu iş sözleşmeleri bağitleme özgürlüklerine getirilen kısıtlamaların, 11. madde ile birlikte, sözleşmenin 14. maddesi anlamında ayırım gözetici bir fark (ayrımcılık) olduğunu da savunmuşlardır. Ancak İHAM, 11. madde konusundaki sonuçlarını göz önünde bulundurarak, yani her iki sav nedeniyle 11. maddenin ihlal edildiği sonucunu göz önüne alarak, 14. maddeye ilişkin yakınmaların ayrıca incelenmesini zorunlu görmemiştir. ⁴⁵

Mahkeme, **Satılmış ve diğerleri davasında**, başvuranların betimlediği olayların özellikle 11. maddenin uygulanma alanına girdiği kanısına varmış ve ileri sürülen yakınmaları yalnızca bu açıdan incelemeye karar vermiştir. Dilekçede yer alan 14. madde ile 1 sayılı protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği savlarını “kabul edilemez” bulan İHAM, yalnızca 11. madde kapsamına giren yakınmaları inceleyip oybirliğiyle ihlal kararı almıştır. Başvuranların, ayrımcılık yapılmasına ve üç saatlik iş bırakımı nedeniyle dava konusu para cezaları ödemeleri nedeniyle mallarına saygı gösterilmesi (mülkiyet) haklarına saldırı olduğuna ilişkin yakınmalarını kabul etmemiştir. ⁴⁶

İHAM, 27 Mart 2007 tarihli **Karaçay davası** kararında, başvuranın sözleşmenin 6, 11, 13 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğine ilişkin yakınmalarından 11 ve 13. maddelere ilişkin olanlarını kabul etmiş ve ihlal kararı vermiştir. Mahkeme, bir toplu eyleme katılmış olması nedeniyle kendisine “uyarı” cezası verilmesinin sözleşmenin anılan maddelerini ihlal ettiğini ileri süren başvuranın, 11 ve 14. maddelere ilişkin ihlal savlarını 11. madde açısından incelemeye karar vermiş ve bu maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başvuranın ihlal gerekçelerini açıklamadığı 14. maddeyi ise ele almamıştır. ⁴⁷

⁴⁵ CEDH, **Affaire Demir et Baykara c. Turquie**, Requête no 34503/97, arrêt du 21 novembre 2006, parag. 24, 47 ve 48).

Büyük Daire de, 12 Kasım 2008 tarihli kararında aynı görüşü benimsemiştir (CEDH, **Affaire Demir et Baykara c. Turquie**, Requête No 34503/97, Arrêt, Grande Chambre, 12 novembre 2008, Strasbourg, parag. 172 ve 183; Mesut Gülmez, “Toplu Sözleşmesiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur”, **Radikal İki**, 23 Kasım 2008, s. 7.

⁴⁶ CEDH, **Affaire Satılmış et autres c. Turquie**, Requête no 74611/01, 26876/02 et 27628/02, arrêt du 17 juillet 2007, parag. 54.

⁴⁷ CEDH, **Affaire Karaçay c. Turquie**, Requête no 6615/03, arrêt du 27 mars 2007, définitif, 27/06/2007, parag. 3, 18 ve 39.

Martin'e göre, bu içtihadın (yaklaşımın) bir benzeri de şudur: Mahkeme; sözleşmenin bir kuralıyla birlikte yada ondan bağımsız olarak ele alınan 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna vardığı zaman, tek başına ele alınan, hatta kimi zaman başka bir özel kuralla birlikte ele alınan, özel kuralın ihlal edildiğini araştırmamanın artık zorunlu olmadığı kanısına varmalıdır. Aynı şekilde Mahkeme, başka bir kuralla birlikte ele aldığı özel bir yakınmaya dayanan bir ayrımcılık nedeniyle 14. maddenin ihlali sonucuna vardığı zaman, bu kez başka bir yakınmaya dayanan bir ayrımcılık nedeniyle, aynı kurallarda bir ihlalin varlığını incelememektedir. ⁴⁸

De Schutter, 14. maddenin uygulama alanı sınırlı olsa da, sözleşme sisteminin bir dizi etkenle bu sınırlılığı telafi ettiğini belirtmektedir. ⁴⁹

İlk olarak, İHAM'ın, özel ve aile yaşamını koruyan 8. maddeyi geniş yorumlamış olması nedeniyle, ayırım gözetmeme zorunluluğu, sözleşmenin sözel ve daha kısıtlayıcı bir okumasıyla kapsam dışında tutulabilecek durumların çeşitliliğini de kapsamaktadır. Örneğin, bu zorunluluk, engelli kişilere tazminatların ödenme biçimlerinin 14. maddeye uygun olmasını içerebilir. Bununla birlikte İHAM, kamu yetkililerinin 8. madde gereğince engelli kişilerin sosyal yada mesleki bütünleşmelerini kolaylaştırmak için önlemler alma yükümlülüğü bulunmadığı görüşündedir. 8. madde uygulanamayacağı için, 14. madde de ileri sürülemez.

İkinci olarak 14. madde, 1 sayılı protokolün koruduğu mallara saygı (mülkiyet) hakkıyla (m. 1) birlikte ileri sürülüyorsa, bu madde avantajlar tanınmasında her tür ayrımcılığı yasaklar. Bu, sözleşmenin sosyal güvenlik yada sosyal yardım alanında her türlü ayrımcılık yapılmasını yasaklamasını içerir. Ancak bu içtihat, 14. maddenin uygulama alanının kapsamını kimi avantajlar için kazanılmış bir hakkın bulunduğu durumların ötesinde genişletmez.

Üçüncü olarak, ırk yada etnik kökene, cinsiyete, dine yada cinsel yönelime dayanan ayrımcılıkların belli bir ağırlık eşliğine ulaşması durumunda, sözleşmenin 3. maddesinin mutlak biçimde yasakladığı aşağılayıcı bir davranış oluşturması da olanaklıdır.

Bu açıklamalara karşın, İHAS'ta güvencelenen hakların sınırlılığı nedeniyle, 14. maddenin uygulama alanı da sınırlıdır. İstihdamda ve çalışmada ayrımcılık, sözleşmedeki bir hakkın kullanılması temeline dayanmadığı sürece, ilke olarak, 14. maddenin uygulama alanına girmez. 12 sayılı protokolün kabul edilmesinin

⁴⁸ Mahkemenin bu konudaki, aralarında Türkiye'ye ilişkin olanlarının da bulunduğu çok sayıda kararından kimi örnekler için bkz.: Denis Martin, *a.g.y.*, s. 235-236'da 624-630 sayılı dipnotlar. Ayrıca, Türkiye'ye yönelik başvurularda, İHAM'ın kimi zaman 14. madde açısından bir ihlal olmadığı, kimi zaman da 14. madde yönünden bir inceleme yapılmasına gerek bulunmadığı yolundaki kararları için bkz.: Yasemin Özdek, *a.g.y.*, s. 292-294 ve ilgili dipnotlar.

⁴⁹ O. De Schutter, *a.g.y.*, s. 23-24.

temel nedeni, sözleşme sisteminde ayrımcılığa karşı korumanın haklar yönünden uygulama alanının genişletilmek istenmesidir. Ne var ki bu genişleme, devletlerin siyasal iradesine (hem protokolü onaylamalarına ve hem de yasayla koruma kapsamına alınacak hakları belirlemelerine) bağlıdır. 12 sayılı protokolü onaylayan AK üyesi devletlerin sayısının ancak üçte birin biraz üstünde olması, devletlerin ayrımcılık karşıtı korumanın haklar yönünden uygulama alanını genişletmeye, sözleşmenin denetim sistemine bağlı olmaya istekli olmadıklarını göstermektedir.

Bununla birlikte İHAM, 14. maddenin uygulama alanını, sözleşme ve ek protokollerde açıkça güvenceye alınmamış hakları da kapsayacak biçimde genişletmiştir. 1 sayılı protokolün 1. maddesindeki mülkiyet hakkının örtük olarak tazminat hakkını da içermesi⁵⁰ ve **sendika özgürlüğünü kullanmanın çeşitli biçimleri (danışma, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmeleri bağitleme ve grev) konularında, ayırım gözetmeme ilkesine uyulması gerekir**. Ancak İHAM, genel kural olarak, sözleşmenin koruduğu bir haktan bağımsız (ayrı) bir ihlâl gözlemlediği zaman, davayı 14. madde açısından incelemenin (yani ayrımcılık yakınması konusunda karar vermenin) gereksiz olduğu kanısındadır. Örneğin, evlilik dışı bir çiftin kızının İHAS'ın 8. maddesindeki haklarının bazı İrlanda yasalarınca tanınmadığının 14. maddeyle birlikte ileri sürüldüğü bir davada, madde 8'e aykırılığı saptayan Mahkeme, sorunun 14. madde çerçevesinde incelenmesini gerekli görmemiştir.⁵¹ Bunun istisnası, Airey kararında belirttiği üzere,⁵² söz konusu haktan yararlanmada (hakkın kullanılmasında) **açık bir işlemler eşitsizliğinin** bulunması ve bu eşitsizliğin, yakınmanın / uyuşmazlığın temel yönünü oluşturmasıdır.⁵³

İHAM kararları, 14. maddenin uygulama alanını son yıllarda iki yönden genişletmiştir.⁵⁴ İlk olarak, 14. maddenin uygulanabilirlik koşullarını çok esnek yorumlamakla, **korumayı kimi sosyal hakları kapsayacak biçimde genişletmiştir**. Bu nedenle kimi yazarlar, Strazburg Mahkemesi'nin ayrımcılığa karşı korumada yüksek bir standarda ulaştığını ve böylece de, bu korumanın Avrupa ka-

⁵⁰ CEDH, **Affaire James c / Royaume-Uni**, arrêt du 21 février 1986, parag. 76; CEDH, **Affaire Lithgow c. Royaume-Uni**, arrêt du 8 juillet 1986, parag. 109.

⁵¹ CEDH, (Pléniaire), **Affaire Johnston et autres c. Irlande**, Requête no 9697/82, arrêt du 18 décembre 1986, parag. 76 ve 78.

⁵² CEDH (Chambre), **Affaire Airey c. Irlande**, Requête no 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979, parag. 30.

⁵³ CEDH (Pléniaire), **Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni**, Requête no 7525/76, arrêt du 22 octobre 1981, parag. 67.

Bu davada, bir eşcinsel, K. İrlanda yasalarının, 21 yaşının üzerindeki bir erkek ile bir küçük arasındaki cinsel ilişkileri yasaklamasının 8. maddeye ve 14. maddeye aykırı olduğunu ileri sürmüştü. İHAM, 8. maddeye aykırılığı saptamış, ancak, başvuranın bir ayrımcılığa uğrayıp uğramadığını araştırmada "bir hukuksal yarar bulunmadığı" sonucuna varmıştır. Ayrıca bkz.: Frédéric Sudre, **a.g.y.**, s. 257.

⁵⁴ Frédéric Sudre, **a.g.y.**, s. 258-260.

mu düzeninin bir ögesine dönüşmesine katkıda bulunduğunu belirtmektedir. ⁵⁵ Örneğin bu bağlamda Mahkeme, 16 Eylül 1996 tarihli **Gaygusuz / Avusturya** kararında; ivedi ödenek hakkının sonuna gelmiş bir işsiz hakkını, 45 yaşından büyük olan ve çocuğu bulunmayan bekar erkeklere aile ödenekleri yasasına göre getirilmiş ödenti verme yükümlülüğünü, yaşlılık, dulluk ve emeklilik aylığı hakkını, engelliler için ödenek hakkını mülkiyet hakkına bağlamıştır. Mahkeme sırasıyla, aile yaşamına saygı hakkına ve özel yaşama saygı hakkına, anne-baba izni ödeneği hakkına ve yaşamını çalışmayla kazanma hakkına bağlamıştır. *Sudre*'e göre bu yapıcı yorum, sosyal bir ödenek (yardım) hakkının kullanılmasında ayrımcılık görmeme hakkını güvenceye alarak, ayırım görmeme hakkının “özerkleştirilmesine” katkıda bulunmuştur. ⁵⁶ Avrupa hukukunu etkileyen ⁵⁷ bu kararla, sosyal ödemelerin (yardımların) 1 sayılı protokolün 1. maddesi anlamında mülkiyet hakkının uygulama alanına girdiği ve dolayısıyla 14. maddenin ayrımcılığa karşı sağladığı korumadan yararlanacağı kabul edilmiştir.

İkinci olarak Mahkeme, **Fransa'ya karşı Fretté** davasındaki 2002 tarihli kararıyla ek bir adım atmıştır. Mahkeme, bekar bir eşcinsele evlat edinme izni verilmesi isteğinin reddedilmiş olmasının, ne “aile” ve ne de “özel” yaşama girdiğini onaylamıştır. Sözleşmenin evlat edinme hakkını güvenceye almadığını ve aile yaşamına saygı hakkının ise bir ailenin varlığını varsaydığını, sözleşmenin basit bir aile kurma isteğini korumadığını birçok kararına yollamada bulunarak anımsatan Mahkeme, başvurunun sözleşmedeki bir hakka (evlat edinme hakkına) ilişkin olması nedeniyle “8. maddenin etki alanına” girdiğini düşünmüştür. Evlat edinme izni verilmemesinin; kendi başına, başvuranın kişiliğini serbestçe geliştirmesine yada sürdürdüğü yaşam, özellikle cinsel yaşam biçimine zarar verdiğinin düşünülmemeyeceği sonucuna varan Mahkeme, bununla birlikte Fransız hukukunun her bekar için evlat edinme isteğinde bulunmasına izin verdiğini ve oysa söz konusu reddin, yalnızca başvuranın cinsel yönelimine dayandığını eklemiştir. Dolayısıyla da, Strazburg Mahkemesi'ne göre, **başvuranın cinsel yönelimine dayanan bir farklı işlem vardır**, bu da hiç kuşkusuz, sözleşmenin 8. maddesiyle birlikte, 14. maddesinin kapsamındadır. ⁵⁸ Sözleşmenin 8. maddesinin etki alanı (kapsamı) içinde kalan Fransız hukukunun güvencelediği evlat edinme hakkı, başvuranın cinsel yöneliminin temeli konusunda zedelenmiştir. Böylece Avrupa yargıcı, 12 sayılı protokolün yürürlüğe girmesini öncelemiştir. ⁵⁹

⁵⁵ Rémy Hernu, **a.g.y.**, s. 289.

⁵⁶ Frédéric Sudre, **a.g.y.**, s. 258.

⁵⁷ Jean-Michel Belorgey / Régis Brillat, “Quelle justice internationale pour les droits sociaux”, **Droit social**, No: 7-8, juillet-août 2008, s. 775.

⁵⁸ CEDH, **Affaire Fretté c. France**, parag. 32 ve 33.

⁵⁹ İHAM'ın bu kararı ve benimsediği yaklaşımdaki belirsizliğin eleştirisi konusunda bkz.: Denis Martin, **a.g.y.**, s. 232-234, 247-250 ve 278.

İHAM, 14. maddeye bir “yatay etki” tanıyarak, ayrımcılık görmeme hakkının kişilerarası ilişkiler çerçevesinde uygulanmasını da kabul etmiştir.

14. maddenin uygulama alanı yönünden bir başka sorun da şudur: Bu madde, sözleşmenin güvencelediği haklara sınırlama rejimine uygun (haklı) kısıtlamalar getirilmesi durumunda, bu kısıtlamalara da uygulanacak mıdır? Soruya verilmesi gereken yanıt olumludur: Sözleşmedeki herhangi bir hak yada özgürlük sınırlandırıldığında, bu sınırlamanın benzer durumda bulunan farklı gruplar arasında bir ayrımcılığa yol açmaması gerekir.⁶⁰ Başka bir deyişle, söz konusu haklara “haklı” olduğu düşünülerek getirilen yasal yada yönetsel kısıtlamalar da, ayrımcılık içermemelidir.

Örneğin, sözleşmenin 11. maddesinin “herkes” için güvenceye aldığı sendika hakkına kamu görevlileri için sözleşme açısından geçerli sayılabilecek “haklı kısıtlamalar” getirildiğinde, kamu görevlileri arasında “statü” yada yerine getirilen hizmetlerin niteliği temeline dayanan bir ayrımcılık sonucu doğurmaması -örneğin, 4688 sayılı yasada olduğu gibi “aday” kamu görevlileri için sendika yasağı öngörülmemesi- gerekir. Bu tür yasaklar, nesnel ve makul -sözleşme anlamında “haklı”- gerekçelerle kanıtlanamaz ve 14. maddeye aykırı düşer. Yine, İHAM’ın “**Demir-Baykara**”, “**Karaçay**” ve “**Satılmış ve Diğerleri**” kararlarıyla açıkça ortaya konulduğu üzere,⁶¹ 11. maddedeki sendika hakkının “üyelerin çıkarlarının savunulması” amacıyla kamu görevlileri sendikaları için de kamu işvereniyle toplu iş sözleşmesi imzalama ve / yada toplu eylemlere başvurma haklarını da içermesi karşısında, söz konusu haklardan yararlanacak kamu görevlileri arasında yapılacak farklı yada ayırım gözetici düzenleme ve eylemlerin 11. maddenin yanı sıra “ayrılmaz parçası” olan 14. maddeye de uygun olması, kullanılan araçlar ile varılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık bağının bulunması gerekir. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası’nın öngördüğü kesin ve mutlak grev yasağı, İHAM’ın yerleşik içtihadı çerçevesinde, ne nesnel ve ne de makul nedenlerle haklı gösterilebilir.⁶²

e. Nesnel ve Makul Biçimde Haklı Gösterme

14. madde, daha önce de belirtildiği gibi, sözleşme ve protokollerince tanınan hakların kullanılmasında her tür işlem farkını mutlak ve kesin olarak yasaklamaz.

⁶⁰ CEDH, “**Affaire Irlande c. Royaume-Uni**” kararından (Série A, no 25, 1978, parag. 228’den) aktaran Denis Martin, **a.g.y.**, s. 254.

⁶¹ Bu kararlar konusunda, Mahkemenin 11. maddeye ilişkin ilk kararlarından başlayarak yapılan ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: Mesut Gülmez, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylemler Hakkını Kapsar mı?”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 18, 2008/3, s. 137-170; Mesut Gülmez, “Toplu Sözleşmesiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur”, **Radikal İki**, 23 Kasım 2008, s. 7.

⁶² Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 663.

Sözel metinde farklı işlemin (ayrımcılığın) kimi ölçütlere göre kanıtlanması yada haklı olduğunun ortaya konulması ile ilgili bir açıklık olmamasına karşın, Mahkeme, benimsediği ayrımcılık kavramının tanımından yola çıkarak, taraf devletler için başvurdukları ayrımcı işlemleri nesnel ve makul biçimde kanıtlanma yükümlülüğü getirmiştir. Strazburg Mahkemesi'nce benimsenen bu yaklaşımın, Avrupa Birliği içtihat ve türevsel hukukuyla uyumlu olduğu söylenebilir.

İHAM'a göre, "**ayrımcılık kavramı**, bir birey yada gruba, uygun haklı gösterme olmaksızın, sözleşme daha elverişli bir işlem gerektirmese bile, bir başkasına oranla daha az iyi davranıldığı durumları kapsar." ⁶³

Dolayısıyla, her türlü işlem farkını yasaklamayan 14. maddenin yorumlanmasında daha kısıtlayıcı İngilizce orijinalin göz önünde bulundurulması görüşünü benimseyen İHAM kararları çerçevesinde, ayrımcılık kavramının tanımında birlikte bulunması gereken -ancak ikincisi 14. maddenin sözel metninde açıkça yer almayan- iki ölçüt (yada koşul) bulunduğu belirtilmektedir: ⁶⁴

1. Sözleşmenin tanıdığı haklardan yararlanmada yada birinin kullanılmasında **işlem farkı**;

2. **Nesnel ve makul bir haklı göstermenin (kanıtlamanın) olmaması.**

İşlem farklılığı, eğer farklılık yalnızca benzer yada karşılaştırılabilir durumlar arasındaysa vardır. Avrupa içtihadının bu konuda belirsiz olduğunu, durumların benzerliğinin (yada karşılaştırılabilirliğinin) açık biçimde seyrek olarak ortaya konulduğunu -kararlardan örnekler vererek- belirten *Sudre*, durumların benzerliği sorununun Büyük Daire'nin 6 Nisan 2000 tarihli **Thlimmenos c / Yunanistan** kararıyla yenilendiğini ve 14. maddedeki yasağın uygulama alanının önemli ölçüde genişlediğini yazmaktadır. Gerçekten Mahkeme adı geçen kararda; "devletlerin, nesnel ve makul bir haklı gösterme (kanıtlama, meşrulaştırma) olmaksızın, *durumları belirgin (gözle görülecek) biçimde farklı olan kişilere farklı bir işlem uygulaması durumunda*, ayrımcılık görmeme hakkını (14. maddesi) ihlâl ettikleri sonucuna varmıştır. ⁶⁵ *Sudre*'e göre böyle bir çözüm, sözleşmenin tanıdığı haklardan yararlanmak için zorunlu olan olumlu ayrımcılıklar getiren bir düzenleme yapma olumlu yükümlülüğü doğurmuş gibi görünmektedir. ⁶⁶

⁶³ CEDH, **Affaire Abdulaziz, Cabaes et Balkandali c. Royaume-Uni**, parag. 82.

⁶⁴ Frédéric Sudre, **a.g.y.**, s. 254-270.

⁶⁵ CEDH, **Affaire Thlimmenos c. Grèce**, parag. 46. Bu davadaki başvuran Thlimmenos, İHAM'ın barışçı bir dinsel grup olduğunu belirttiği "*Yahova Tanıkları*"nın üyesidir ve dinsel inancı nedeniyle üniforma taşımayı reddettiği için cezaya çarptırılmış ve bu yüzden de muhasebe uzmanı olarak atanmamıştı. Başvuran, sözleşmenin 9 ve 14. maddelerinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştü.

⁶⁶ Frédéric Sudre, **a.g.y.**, s. 265.

Hernu'ye göre, Topluluk hukukundaki 17 Temmuz 1963 tarihli "İtalya / Komisyon" kararı ne ise, "Thlimmenos / Yunanistan" kararı da İnsan Hakları Avrupa Hukuku'nda odur ve İHAM kararı, ayrımcılık yasağının maddi niteliği konusunda Strazburg ve Lüksemburg Mahkemelerinin içtihadındaki yakınlaşmayı göstermektedir. ⁶⁷ Bununla birlikte, İHAM'ın aynı yönde olmayan kararları da vardır. ⁶⁸

İHAM, ikinci ölçüt yada koşulla ilgili olarak, Belçika dil davasına ilişkin karardan başlayarak birçok kararında; bir fark gözetmenin, "**nesnel ve makul bir kanıtlama**"dan (justification objective et raisonnable) yoksunsa, yani kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında "**makul bir orantılılık bağı**" (rapport raisonnable de proportionnalité) yoksa, 14. madde açısından ayrımcı olduğu görüşünü yinelemiştir. ⁶⁹ 1968 yılındaki ilk kararında, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden birinin kullanılmasına ilişkin bir farklı işlemin 14. maddeye aykırı olup olmadığını belirleme olanağı veren ölçütlerin araştırılması gerektiğini savunan Mahkeme, demokratik ülkelerin büyük bir çoğunluğunun yargı pratiğinden çıkardığı ilkeleri göz önünde bulundurarak şu sonuca varmıştır: Eğer farklı işlem, **nesnel ve makul bir kanıttan yoksunsa**, işlem eşitliği ihlal edilmiştir. Böyle bir haklı göstermenin varlığı, genellikle demokratik ülkelerde egemen olan ilkeler göz önüne alınarak, önlemin amaç ve sonuçlarına göre değerlendirilmek zorundadır. Sözleşmenin tanıdığı bir hakkın kullanılmasında bir farklı işlemin, yalnızca meşru (légitime) bir amaç izlemesi gerekmez: 14. madde, başvuru araçları ve izlenen amaç arasında **makul bir orantılılık ilişkisinin** bulunmadığının açıkça ortaya konulmuş olduğu zaman da ihlal edilmiştir. ⁷⁰

Nesnel ve makul kanıtlamada, demokratik bir toplumda meşru bir amaç izlenmesi ve kullanılan araçlar ile istenen amaç arasında "**makul bir orantılılık ilişkisi**"ne saygı gösterilmesi söz konusudur. Makul orantılılık bağının yokluğu, ayrımcılığı işlem eşitsizliği olarak nitelemeye olanak veren kesin ölçüttür. İHAM, Avusturya yetkililerinin, Avusturya sosyal sigortalar yasası gereğince aranan koşullardan biri olan salt "*Avusturya yurttaşı*" olmaması nedeniyle -Türk yurttaşı-

⁶⁸ *Chapman* kararında İHAM, başvuranın haklarına karışmanın meşru amaç (çevrenin korunması amacı) ile orantılı olduğu yolundaki sözleşmenin 8. maddesi açısından ulaştığı sonucu göz önünde bulundurarak, 14. maddeye aykırı bir ayrımcılık bulunmadığı sonucuna varmıştır (CEDH, **Affaire Chapman c. Royaume-Uni**, parag. 129). *Martin*, haklı olarak, böyle bir görüşün 14. maddenin "özerk karakteri" olduğunu kabul etmenin gerçek anlamının sorgulanmasını gerektirdiğini belirtmektedir (Denis Martin, **a.g.y.**, s. 241).

⁶⁹ CEDH (Chambre), **Affaire Rasmussen c. Danemark**, parag. 38; Ayrıca bkz.: CEDH, (Plénière) **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, parag. 46; CEDH (Plénière), **Marckx c. Belgique**, Requête no 6833/74, arrêt du 13 juin 1979, Série A, no 31, parag. 33; CEDH, **Petrovic c. Autriche**, arrêt du 27 mars 1998, parag. 30.

⁷⁰ CEDH (Plénière), **Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principale)**, parag. 10; CEDH, (Plénière) **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, parag. 46.

bir işsize ivedi ödenek (avans) verilmesini reddetmesinin makul olmadığını ve ayrımcı bir işlem niteliği taşıdığını belirtmiştir. 1996 tarihli kararında Mahkeme, bu yasanın izlediği amacın meşruluğunu incelemeye gerek görmeden, “yalnız ve ancak çok güçlü düşüncelerin” kendisini, münhasıran yurttaşlığa dayanan bir farklı işlemin sözleşmeyle bağdaşır olduğu kanısını taşımasına götürebileceğini belirtmiştir. ⁷¹ Mahkeme, 14. maddede açıkça yer almayan “(evlilik dışı) doğum” temeline dayanan bir ayrımcılığın söz konusu olduğu 1987 tarihli bir başka kararda da; Avrupa Konseyi üyesi devletlerin, kişi hakları alanında, evlilik içi çocuklar ile evlilik dışı çocuklar arasında eşitliğe önem verdiklerini belirttikten sonra, yalnızca “çok güçlü nedenler”in kendisini evlilik dışı doğum temeline dayalı bir ayırım gözetmenin sözleşmeyle bağdaşır olduğu kanısına götürebileceğini yinelemiştir. ⁷² Kısacası Strazburg Mahkemesi’ne göre, yurttaşlık yada (evlilik içi ve dışı) doğum temellerine dayalı farklı işlemler, ancak çok güçlü nedenler varsa 14. maddeye uygun sayılabilir. Taraf devletin, yaptığı bu ayrımcılığı kanıtlaması gerekir.

İHAM, sosyal güvenlik alanında cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın ileri sürüldüğü bir davada, “çok güçlü düşünceler” yada “çok güçlü nedenler” kavramları yerine, ilk kez AB Adalet Divanı’nın kullandığı bir kavrama yer vermiştir. ^{73, 74} Bu kavram, erkek ve kadınlar arasındaki işlem farkını kanıtlama olanağı veren “zorlayıcı nedenler”dir (raisons impérieuses). Bekar ve çocuksuz bir Hollanda yurttaşı olan bir bay, sosyal güvenlik alanında ödenek vermekle yükümlüdür. Oysa, 45 yaş ve üstündeki çocuksuz ve bekar bayanlar, aile ödenekleri (yardımları) genel yasası uyarınca ödenek verme yükümlülüğünden bağışık tutulmuştur. Mahkeme, 14. maddenin ihlal edildiği savını inceledikten sonra, bu maddenin 1 sayılı protokolün madde 1/1 kuralı ile birlikte ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir. İHAM’a göre:

“Taraf devletler, sözleşme karşısında, ödenti verme yükümlülüğünden kaçınmalarına izin veren bağışıklıklar getirilmesiyle ilgili olarak belli bir takdir yetkisinden yararlanıyorlarsa, 14. madde, bir işlem farkını kanıtlayan zorlayıcı nedenler dışında, bu tip tüm önlemlerin ilke olarak erkek ve kadınlara aynı koşullarda uygulanmasını gerektirir.” ⁷⁵

⁷¹ CEDH, **Affaire Gaygusuz c. à Autriche**, parag. 42; CEDH, **Petrovic c. Autriche**, parag. 37.

⁷² CEDH, **Affaire Inze c. à Autriche**, parag. 41.

⁷³ Denis Martin, Strazburg Mahkemesi’nin bu kavramı AB Adalet Divanı’ndan “*ithal ettiğini*” belirtmektedir (a.g.y., s. 286).

⁷⁴ Tam bir karşılaştırmadan söz edilemese de, İHAM ve ATAD’ın kararlarına koşut biçimde, İş Yasası’nın 5. maddesinin son fıkrasında da, işverenin ayrımcı davranışlarına karşı işçinin kural olarak kendisine düşen kanıtlama yükümlülüğünden kurtulması için, “bir ihlalin varlığı ihtimalini **güçlü bir biçimde** gösteren bir durumu ortaya koy(ması)” yeterli görülmüştür. Kanıtlama yükümlülüğünün yer değiştirmesi için aranan bu koşulun yazımında İHAM ve / yada ATAD kararlarından esinlenilmiş olabileceği düşünülebilir mi? bkz.: Altıncı Bölüm, s. 613-614.

⁷⁵ CEDH, **Affaire von Raalte c. Pays-Bas**, arrêt du 21 février 1997, parag. 42.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, “zorlayıcı nedenler” kavramını, Türkiye’ye karşı yapılan **Tekeli** başvurusunda da kullanmıştır. Evli kadınların genç kızlık so-yadlarını taşımalarının yasaklanmasıyla ilgili bu kararında Mahkeme, bu “doğru-dan” ayrımcılığın “zorlayıcı nedenler”le açıklanıp açıklanamayacağını yine de in-celemiştir. ⁷⁶ Taraf devletlerin, aile birliğini ortaya koymak (sağlamak yada koru-mak) için alınacak önlemlerle ilgili olarak belli bir takdir yetkisinden yararlandık-larını belirten Mahkeme, 14. maddenin bu tür her önlem için ilkece erkek ve ka-dınlara uygulandığı, bunun istisnasının ise işlem farkını kanıtlayan “zorlayıcı ne-denler”in bulunması olduğu, bu davada da benzer nedenlerin varolduğu kanısını taşımadığı sonucuna varmıştır. ⁷⁷

Buna karşılık, İHAM’ın 1970’li yılların ortalarında önüne gelen, 11. madde-nin güvencesindeki sendika hakkına ilişkin ilk davalarda verdiği kararlarında gö-rüleceği gibi, sendikal danışma sisteminde sendikalar arasında gözetilen işlem far-kı, sendikal temsili göz önünde bulundurarak “sendikal anarşi”ye karşı savaşım verme iradesi nedeniyle, makul ve haklı görülmüştür.

Makul orantılılık ilişkisi, İHAM’ın, **ulusal yetkililerin takdir yetkisinin** sı-nırlarını saptamasına olanak vermektedir. Avrupa yargıcının, açık bir orantısızlığı

⁷⁶ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 286 / dipnot 732.

⁷⁷ Bu davada, avukatlık stajı yapan başvurana (Ayten Ünal Tekeli), -başvuru tarihinde yürürlükte olan eski Medeni Kanun’un 153. maddesi gereğince- tek başına kızlık soyadını taşıma izni ver-ilmemesinin *özel yaşamın korunması hakkını haksız biçimde zedelediğini*, yalnızca evli bir erkeğin evlilik sonrasında babanın soyadını taşıyabilmesi nedeniyle ayrımcılığa uğradığını ileri sürmüştür. Bunun, *tek başına ve 14. maddeyle birlikte*, sözleşmenin 8. maddesine aykırı olduğunu savunmuştur.

Mahkeme, ileri sürülen savların niteliğini göz önünde bulundurarak, 8. maddeyle birlikte doğrudan doğruya 14. madde kapsamında yargılama yapmayı uygun bulmuştur. Soyadın, kişisel kimlik ve aileye bağlanma aracı olması nedeniyle, yakınmanın 8. madde kapsamında olduğuna karar veren Mahkeme, “her tür işlem farkının otomatik olarak 14. maddenin ihlaline yol açmadığını” belirtmiş; ayrımcı işleme 14. maddenin uygulanmaması için “nesnel ve makul” nedenlerin bulun-ması, amaç ve araçlar arasında “makul bir orantılılık bağı”nın bulunması gerektiği konularındaki yerleşik içtihadını yinelemiştir. Aile birliğini sağlamak için alınacak önlemler konusunda hükümetin belli bir takdir yetkisi bulunduğunu, ancak, işlem farklılığını nesnel ve makul biçimde kanıtlayan “zorlayıcı nedenler”in söz konusu olmadığını belirtmiştir.

Türkiye’nin, Avrupa Konseyi üyeleri arasında kocanın soyadını yasal olarak dayatan ve böylece kadının kızlık soyadını yitirmesine yol açan tek devlet olduğunu anımsatan Mahkeme, ancak ve yalnız “çok güçlü düşünceler” varsa salt cinsiyete dayalı bir farklı işlemin sözleşmeyle bağdaşır sayılabileceği görüşünü, eski bir kararına (CEDH, **Schuler-Zgraggen c. Suisse**, arrêt du 24 juin 1993, série A no 263, parag. 67) yollamada bulunarak yinelemiş ve AB Adalet Divanı’nın kullandığı terimlerle “zorlayıcı nedenler”in bulunmadığını ve **aile birliğinin, evli bir çiftin ortak bir aile soyadını taşımamayı seçmeleri durumunda da korunması ve güçlendirilmesinin düşünölebileceğini** belirtmiş, -yasal olarak dayatılan- ortak bir soyadla aile birliğini sağlama hedefinin cinsiyete dayalı işlem farkını haklı gösteremeyeceği sonucuna vararak, **8. maddeyle bir-likte 14. maddenin ihlal edildiğine** oybirliğiyle karar vermiştir. Bkz.: CEDH (Quatrième section), **Affaire Ünal Tekeli c. Turquie**, Requête no 29865/96, arrêt du 16 novembre 2004, définitif, 16/02/2005, parag. 3, 39, 40, 42, 49-54, 58, 61, 66, 68 ve 76.

düzeltilme olanağı vardır. Üye devletlerin hukuk sistemleri için ortak bir paydanın varlığı, Mahkeme için işlem eşitliğinin makul olan yada olmayan niteliğini belirleyen bir ölçüdür.⁷⁸

İHAM, ilk kez “dil rejimi” kararında, taraf devletlere bıraktığı “**takdir yetkisi**” (değerlendirme kolaylığı, marge d’appréciation) üzerinde durmuştur. Mahkeme; somut bir olayda, keyfi bir fark gözetme (ayrımıcılık) olup olmadığını araştırırken, karşı çıkılan (ayrımıcı olduğu ileri sürülen) bir önleme taraf devlet olarak yanıt veren devlette toplum yaşamını karakterize eden hukuksal ve eylemsel (fiili) verileri görmezlikten gelemez. Mahkeme bunu yaparken, kendisini yetkili ulusal makamların yerine koyamaz; böyle davranması, sözleşmenin oluşturduğu uluslararası ortak güvence sisteminin ikincil / yedek / tamamlayıcı niteliğini gözden kaçırması demektir. **Ulusal yetkililer, sözleşmenin düzenlediği alanlarda uygun olduğu kanısını taşıdıkları önlemleri seçmekte serbesttirler.** Mahkemenin denetimi, yalnızca bu önlemlerin sözleşmenin gerekleriyle uygunluğuna ilişkindir.⁷⁹

Mahkeme, başka birçok kararında, bu konudaki yaklaşımını şu anlatımla yinelemiştir: Ulusal yetkililer, başka bakımlardan benzer durumlar arasındaki farklılıkların farklı hukuksal işlemleri haklı gösterip göstermediğini ve hangi ölçüde haklı gösterdiğini belirlemek için takdir yetkisinden yararlanabilirler. Mahkemenin rolü, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hukuk sistemlerinde bir ortak paydanın (görüş birliğinin) bulunmadığı “kritik” sorunlar (örneğin bekar bir eşcinselin evlat edinmesi) konusunda tek bir çözüm dayatmak için kendisini ulusal yetkililerin yerine koymak değildir. Ulusal yetkililer, ülkelerinin dinamik güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişki içinde bulduklarından, yerel (ulusal) duyarlılıkları ve bağlamı değerlendirmek için uluslararası yargı sistemine oranla çok daha iyi durumdadırlar.⁸⁰

Ancak Strazburg Mahkemesi’ne göre, taraf devletlere tanınması gereken takdir yetkisi (alanı), devletlerin “keyfi bir yetki” kullanmasına dönüştürülemez. Ulusal yetkililerin kararı, bunun 14. maddenin gerekleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını belirleme açısından İHAM’ın denetimine bağlıdır.⁸¹

⁷⁸ CEDH (Chambre), **Affaire Rasmussen c. Danemark**, parag. 40).

⁷⁹ CEDH (Plenière), **Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique (au Principale)**, parag. 10; Örneğin ayrıca bkz.: CEDH, **Petrovic c. Autriche**, parag. 38.

⁸⁰ CEDH, **Affaire Rasmussen c. Danemark**, parag. 40; CEDH, **Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni**, parag. 78; CEDH, **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, parag. 47; CEDH, **Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède**, parag. 47; CEDH, **Affaire Engel et autres c. Pays-Bas**, parag. 72; CEDH, **Affaire Fretté c. France**, parag. 36, 40 ve 41.

⁸¹ CEDH, **Affaire Fretté c. France**, parag. 41. Mahkeme bu davada, Fransız hükümetinin kanıtlarının “nesnel ve makul” olduğu kanısına vararak, uyumsuzluk konusu farklı işlemi, 14. madde anlamında ayrımcı bulmamış ve 3’e karşı 4 oyla, 8. maddeyle birlikte 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (parag. 43).

f. Olumlu Eylem ve Yükümlülük

14. madde, sözleşmedeki haklardan ayırım gözetilmeksizin yararlanmanın “sağlanması”nı öngörmekle, devletler için “olumlu eylem”de bulunma yükümlülüğü de getirmiştir mi?

Bu soruya olumsuz yanıt verilemeyeceği açıktır. Kuşkusuz 14. maddenin, tüm maddelerin ayrılmaz parçası olarak, devlet için salt hakların ayrımsız biçimde kullanılması anlamında olumsuz bir yükümlülük içerdiği düşünülemez. Sözleşmenin 1. maddesinin taraf devletler için öngördüğü “yargılama yetkisi içinde bulunan herkese hakları ve özgürlükleri tanıma” yükümlülüğü, 14. maddeyi de kapsamaktadır. Kanımca devletin bu yükümlülüğü, aynı zamanda hak ve özgürlüklerden uygulamada da eylemli olarak yararlanılmasının sağlanmasını, bu amaçla da olumlu eylem ve somut edimlerde bulunulmasını kapsar.

Nitekim, 12 sayılı ek protokolün açıklayıcı raporunda da, protokolün 1. maddesinin 1. fıkrasındaki -ve dolayısıyla aynı anlatıma yer veren 14. maddedeki “sağlama” (assurer) ödevinin, **olumlu yükümlülükler içerdiği** belirtilmiştir. Bu sorun, özellikle, ulusal hukukun ayrımcılığa karşı sunduğu korumada açık bir boşluk bulunması durumunda ortaya çıkabilir. Özellikle kişiler arasındaki ilişkilerle ilgili olarak, bu ilişkilerde ayrımcılığa karşı korumanın bulunmaması o denli açık ve ağırdır ki, açık biçimde devletin sorumluluğunu doğurabilir ve dolayısıyla da, protokolün genel ayrımcılık yasağı öngören 1. maddesi kapsamına girer.^{82, 83}

Özel taraflar arasındaki ilişkilerde ayrımcılığa karşı bir koruma sağlamak için devletlere kimi olumlu yükümlülükler dayatılsa da, taraf devletler, ayrımcılığa karşı bir koruma sağlama bahanesiyle, sözleşmenin 8. maddesinde güvenceye bağlandığı gibi, özel yada aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkına orantısız karışmalarda bulunamazlar. Öyleyse, *De Schutter*'e göre, **üç hukuksal ilişki tipi** arasında üçlü bir ayırım yapılmalıdır: i) *Kamu yetkilileri ve özel kişiler arasındaki karşılıklı etkileşimlerde*, kamu yetkililerinin özel kişilere ayrımcı davranması yasaktır. ii) *Piyasa alanındaki ilişkiler bağlamında ortaya çıkan özel kişiler arasındaki karşılıklı etkileşimlerde*, devlet, çok açık ayrımcılık durumlarını önlemek ve mağdurlara başvuru olanakları sunmak için karışmakla yükümlü tutulabilir. Özel yaşam alanını ilgilendiren özel ve aile yaşamı kavramının ilk anlamında, özel

⁸² CE, Protocole no 12 à la Convention ..., Rapport explicatif, parag. 26.

⁸³ Kanımca, öncelikle, İHAS'ın “insan haklarına saygı yükümlülüğü” başlıklı 1. maddesi de, taraf devletler için bu yükümlülüğü içermektedir. Sözleşmenin güvenceye bağladığı hak ve özgürlükleri “tanıma” yükümlülüğü, “hukuksal” boyutuyla hem mevzuatta var olan tüm aykırı kuralları kaldırma, geçersiz kılma ve sözleşmeye ve içtihatlara uygun düzenlemeler yapma yükümlülüklerini kapsar. Ancak, 1. maddeden doğan yükümlülük, aynı zamanda uygulamayı ve uygulamada görülen eşitsizliklerin kaldırılmasını da kapsar. 1. madde şöyledir:

“Yüksek Sözleşmeciler Tarafar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.”

alanı ilgilendiren özel kişiler arasındaki karşılıklı etkileşimlerde de, kamu yetkililerinin, ayrımcı eylemlere karşı daha iyi koruma sağlamak amacıyla hareket etseler de, aile ve özel yaşam hakkına orantısız bir karışmaya ulaşan karışmalarda bulunması yasaktır. iii) *Yarı kamusal yada ara alanda ise*, devletin yükümlülükleri açıklıkla tanımlanmamıştır: Burada, ayrımcılığı yasaklamak için ayrımcı davranış düzenlenebilir, ancak kimi durumlarda, 12 sayılı protokolün 1. maddesi gereğince bir yükümlülüğün söz konusu olup olmaması tartışılabilir. ⁸⁴

İHAM'ın, olumlu eylem önlemleri konusunda 14. maddeyle bağdaşırılığına ilişkin hiçbir içtihadı bulunmadığını belirten *De Schutter*, bununla birlikte, bu gibi önlemlerin ayırım gözetmeme zorunluluğu karşısında kabul edilebilir olduğunu düşünmektedir. ⁸⁵

Nitekim, **12 sayılı protokolün başlangıcında**, ayırım gözetmeme ilkesinin, taraf devletlerin *etkili / gerçek ve tam bir eşitliği geliştirmek için önlemler almalarına* engel olmadığını doğruladıkları, ancak bu önlemlerin -yukarıda değinildiği gibi- *nesnel ve makul bir kanıtlamasının* bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir (parag. 3). Açıklayıcı rapor, benzer bir ilkenin ırk ve cinsiyet ayrımcılıklarının yasaklanmasına ilişkin BM sözleşmelerinde de bulunduğunu anımsatarak, kimi grupların yada kişi kategorilerinin elverişsiz durumda olması yada kimi **fili eşitsizliklerin** varlığı olgusunun, eşitliği geliştirmek ereğiyle **özel avantajlar tanıyan önlemlerin** kabul edilmesi için bir kanıtlanma (yani nesnel ve makul bir gerekçe) oluşturabileceğini belirtmiştir. Devletlere olumlu önlemler alma yükümlülüğü getiren birçok uluslararası belge bulunduğunu belirten açıklayıcı rapora göre, **12 sayılı protokol hiçbir olumlu önlem alma yükümlülüğü dayatmamaktadır**. Çünkü “program” nitelikli böyle bir yükümlülük, sözleşmenin ne global niteliği ve ne de kanıtlanabilir olmak için yeterince özgül terimlerle açıklanan bireysel (kişisel) hakların ortak güvenceye alınması temeline dayanan denetim sistemi ile uyudur. ⁸⁶

Kanımcı, açıklayıcı rapordaki bu görüş, dar sözel yoruma bağlı kalındığında, yukarıda aktarılan “sağlama” ödevinin içeriğine ilişkin görüşle açıkça çelişmektedir. 12 sayılı protokolün pozitif metninde, 14. maddede de olduğu gibi, olumlu önlemler alma konusunda açık bir yükümlülük öngörülmediği ortadadır. Ancak, protokolün madde 1/1 kuralındaki “sağlama” ödevi de, 14. madde gibi, özellikle elverişsiz konumdaki hak öznelerinin karşı karşıya bulunduğu açık ve olgusal eşitsizlikleri hafifletmek ve giderek kaldırmak amacıyla olumlu önlemler alınarak “pozitif ayrımcılık” yapılmasına engel olmadığı gibi, bunu içermektedir. Çünkü ayrımcılık yasağının son amacı, eşitliğin uygulamada somut olarak gerçekleştiril-

⁸⁴ O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 25.

⁸⁵ **a.k.**, s. 19.

⁸⁶ CE, Protocole no 12 à la Convention ..., Rapport explicatif, parag. 16-19.

mesidir. Özellikle elverişsiz konumdaki hak öznelerinin hak ve özgürlüklerden uygulamada yararlanmalarını engelleyen olgusal / eylemli (fiili) eşitsizliklerin temel nedenlerinden biri, sözleşmenin soyut olarak yasakladığı ayrımcılıkların sürmesidir. Protokolün başlangıcında sözü edilen “*etkili / gerçek ve tam bir eşitliği geliştirme*” amacının, salt karışmamakla yada ayrımcılık yasağına ilişkin hukuksal boşluğu doldurma ve aykırı düzenlemeleri kaldırma amacı taşıyan düzenlemelerle sağlanamayacağı açıktır. Mahkemenin farklı işlemin nesnel ve makul biçimde kanıtlanmasına ilişkin yerleşik içtihadı, olumlu ayrımcılık önlem ve uygulamaları için de geçerlidir.

De Schutter'in de belirttiği gibi, sözleşmenin 14. maddesi yada 12 sayılı protokolün 1. maddesi gereğince olumlu eylemin kabul edilebilir sayılması gerekir, yeter ki işlem farklılığı nesnel ve doğru biçimde haklı gösterilebilsin; başka bir deyişle, yeter ki olumlu eylem meşru bir amaç izlesin ve bu amaç orantısız araçlarla gerçekleştirilmesin.⁸⁷

g. Sözleşmenin Yasakladığı Ayrımcılık Biçimleri

14. maddenin sözel metni, saydığı nedenlere dayalı ayrımcılık yapılmaksızın sözleşmenin güvencelediği haklardan yararlanılmasını sağlama yükümlülüğü getirirken, kimi Birleşmiş Milletler sözleşmelerinde olduğu gibi,⁸⁸ ayrımcılık biçimlerini örtük olarak içerdiği söylenebilecek bir düzenleme yapmamıştır. Yine, Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesine ilişkin yönergelerinden farklı olarak, yasak kapsamındaki ayrımcılık biçimleri de tanımlanmış değildir.

Ayrımcılık yasağının, ister hukuksal ve isterse uygulama planında olsun, öncelikle “doğrudan” ayrımcılık tanımı kapsamındaki işlem ve eylemleri kapsadığına kuşku yoktur. Yalnızca hak ve özgürlükleri sıfırlayan ayrımcı yasal ve yönetsel kısıtlamalar, yani hak ve özgürlüklerden yararlanmayı kesin ve mutlak bir dille belirli hak özneleri için yasaklayan yasal ve yönetsel düzenlemeler değil, aynı zamanda haklılığı nesnel ve makul biçimde kanıtlanamayan sınırlamalar da, doğrudan ayrımcılık olarak 14. maddeyle bağdaşmaz.

1950 yılında yazılan 14. maddenin açık olmayan pozitif anlatımı çerçevesinde, “dolaylı” ayrımcılık biçimleri için de koruma sağlayıp sağlamadığının tartışmaya açık olduğu ileri sürülebilir. Nitekim *Martin*, 2000 AB yönergelerinde yapılan “doğrudan” ve “dolaylı” ayrımcılık türlerine benzer biçimde, İHAS'ta da aynı ayırımın bulunup bulunmadığı sorusunu ortaya attıktan sonra, “yanıtın(ın) olumsuz olduğunu” belirtmektedir. Yazarın ileri sürdüğü gerekçelerden biri şudur: 14. maddeki ayrımcılık nedenleri, 1957 AET Antlaşması'ndaki nedenler-

⁸⁷ O. De Schutter, *a.g.y.*, s. 20.

⁸⁸ Bkz.: Birinci Bölüm.

den daha genişti ve bu nedenle de, dolaylı ayrımcılık kavramına başvurulması zorunlu değildi. Ne var ki yazar, bu gerekçesinin kanımca doğru olan yanıtını da kendisi vermektedir: 2000 yönergeleri çok geniş bir ayrımcılık nedenleri listesi içermelerine karşın, ⁸⁹ açık ve gizli ayrımcılıkların yasaklanmasını da açıklıkla öngörmektedir. Yazarın ikinci gerekçesi de, İHAM'ın "dil rejimi" davasında yaptığı ayrımcılık tanımının, kendisine geniş bir takdir alanı sunan çok esnek bir tanım olmasıdır. ⁹⁰

Kanımca, 14. maddenin tür yada biçimlerini belirtmeksizin öngördüğü ayrımcılık yasağı, dolaylı ayrımcılıklar için de koruma sağlar. Tersine bir yorum, hem maddenin uygulama alanının örtük yada gizli biçimde daraltılmasına yol açar ve hem de, özellikle elverişsiz konumdaki hak özneleri açısından, sözleşmenin 1. maddesinde taraf devletler için öngörülen "insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü" ile de bağdaşmaz ve 14. maddeyi işlevsiz bırakma sonucuna götürür.

Nitekim, İHAM içtihatları çerçevesinde de, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık örnekleri arasında bir ayırım yapıldığı ve kararların bu sınıflandırmaya göre incelenebileceği belirtilmektedir. ⁹¹ Yazarın yaptığı bu sınıflandırmada ve aşağıda verdiği doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarında ATAD kararlarından ve bu konudaki yönergelerden esinlendiği söylenebilir.

Doğrudan ayrımcılık; kimi kişi kesimlerine farklı biçimde davranılması ve bu işlem farklılığının, ister meşru bir amaç izlememesi nedeniyle ve isterse kullanılan araçlar ile izlenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmaması nedeniyle olsun, nesnel ve makul biçimde kanıtlanamaması (haklı gösterilememesi) durumunda kendini gösterir.

Dolaylı ayrımcılık ise; üç farklı biçimde ortaya çıkar:

- a) İlk bakışta bir işlem farklılığı yaratmayan (ve dolayısıyla görünüşte yansız olan) bir düzenleme yada uygulamanın, belli bir kesimin üyeleri için özellikle dezavantajlı olduğunun anlaşılması ve bu dezavantajı yaratan kuralın nesnel ve makul biçimde haklı gösterilememesi durumunda dolaylı ayrımcılık;
- b) Uygulanan genel bir önlemin belirli bir kesimin yüksek (önemli) sayıdaki üyelerini orantısız biçimde etkilemesinden, bu denli orantısız bir

⁸⁹ Kanımca, yazarın 2005 sonu itibarıyla yaptığı çalışmasında ileri sürdüğü bu görüşünün tersine, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin yasakladığı ayrımcılık nedenleri listesinin "çok geniş" olduğu savunulamaz. Geçmişe oranla, bu ve başka yönergelerle yasaklanan ayrımcılık nedenlerindeki genişlemeye karşın, Topluluk hukukunun bu alandaki boşluklarını doldurma çabaları sürmektedir (bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 447-452).

⁹⁰ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 284-285.

⁹¹ O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 16.

etki yaratan önlemin nesnel ve makul biçimde haklı gösterilmiş olmasından kaynaklanan, kısacası orantısız etkiden doğan dolaylı ayrımcılık);

- c) Genel bir önlemin sahibinin, nesnel ve makul biçimde haklı gösterilmeksizin, bir kişiye yada özel bir kişi kesimine, bu kişi yada kişi kesiminin üyeleri için genel kuralın uygulanmasında bir istisna öngörerek farklı biçimde davranmamasının (örneğin, engeli olan bir kişi yada dinsel yasaklamalar nedeniyle özgül gereksinimleri olan bir kişi için etkili bir düzenleme öngörülmemesinin) sonucu olan dolaylı ayrımcılık.

De Schutter, İHAM içtihadının geçiş evresinde olduğunu, 14. maddenin sağladığı korumayı güçlendirmek amacıyla doğrudan ayrımcılığın yasaklanması evresini aşmaya çalıştığını, ancak henüz belirlenen farklı dolaylı ayrımcılık biçimlerine ilişkin sistemli bir içtihat oluşturmadığını yazmaktadır. Yazara göre İHAM, 2000 yılında **Thlimmenos / Yunanistan** davasında içtihadını genişletmiş ve 14. madde çerçevesinde, kimi kesimlerin özgül gereksinimlerini karşılamak için fiili / gerçek düzenleme yapılmamasının (hukuksal boşluğun) bu maddenin ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir.⁹² Mahkeme, yaklaşım değişikliğini belirttiği bu kararında; **14. maddenin, yalnızca “doğrudan ayrımcılığı” kapsamadığı**, aynı zamanda durumu onları çoğunluktan ayıran kişilerin özgül gereksinimlerine yanıt veren her tür düzenlemenin bulunmamasını da bir ayrımcılık biçimi olarak kapsadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararına değin, 14. maddenin, devletlerin, **nesnel ve makul biçimde haklılığını göstermeksizin, benzer durumlarda bulunan kişilere farklı davranmasıyla ihlal edildiği yaklaşımını benimsiyordu.**⁹³ Bununla birlikte Strazburg Mahkemesi’ne göre bu (yaklaşım), 14. maddenin içerdiği her türlü ayrımcılık yasağının tek yüzü değildir. Sözleşmenin güvencesindeki haklardan ayrımcılığa uğramaksızın yararlanma hakkı (yani 14. madde), aynı zamanda, devletlerin, nesnel ve makul biçimde kanıtlamaksızın, **durumları anlamlı biçimde farklı olan kişilere farklı bir işlem uygulamadığı zaman da ihlal edilmiş olur.**⁹⁴

İHAM, son zamanlarda ayrımcılık kanıtını kolaylaştırarak ikinci bir doğrultuya yönelmiş, sağlanan **istatistiksel verilerin** ayrımcılık kanıtı olarak sunulmasını kabul etmiştir. Bu tür kanıtlar da, 14. maddenin yasakladığı bir ayrımcılık biçimi olarak bir yasanın yada uygulamanın orantısız etkisinin sonucu olan ay-

⁹² O. De Schutter, a.g.y., s. 16.

⁹³ CEDH, **Affaire Inze contre à Autriche**, parag. 41.

⁹⁴ CEDH, **Affaire Thlimmenos c. Grèce**, parag. 44.

rımcılıkların da, 14. maddenin yasakladığı bir ayrımcılık biçimi olarak tanınmasına götürülebilir. ⁹⁵

İHAM, **Nachova ve ötekiler / Bulgaristan** davasında; ⁹⁶ ilk kez, ayrımcı davranışların başvuranlardan birinin küçük oğlunun ölümüne neden olan yayılım ateşinde önemli bir rolünün bulunup bulunmadığını öğrenme konusunda yetkililerce **anket yapılmamış olması** nedeniyle, sözleşmenin 2. maddesiyle birlikte 14. maddenin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, 2004 tarihli bu kararında, başvurunun, kamu gücünün çingenelere karşı ölümlerle sonuçlanan şiddet içeren davranışları nedeniyle Bulgaristan'a karşı yapılan ilk başvuru olmadığını da ekleyip anımsatmıştır. ⁹⁷

Roman kökenli iki asker kaçacağının devlet görevlilerince öldürülmesinin ve *etkili anketler (soruşturmalar) yapılamamasının* söz konusu olduğu bu davada, Avrupa Birliği Konseyi'nin 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerine (ayrımcılık kanıtına ilişkin kurallarına) yollamada bulunan Mahkeme şu sonuca varmıştır: "Ayrımcılık yasağının etkili biçimde uygulamaya konulmasının, ayrımcılık kanıtında ileri sürülen güçlükleri göz önünde bulunduran özgül önlemler alınmasını gerektirdiği, artık Avrupa'da yerleşik bir düşünce olmuştur." Mahkeme aynı zamanda, **14. maddede öngörülen korumanın daha geniş bir yorumu gereksinim gösterdiğini de vurgulamıştır**. Mahkemeye göre:

"Yetkililer, devlet görevlilerince işlenen şiddet eylemleri konusundaki *anketlerinde*, tüm yolları izlememiş ve olası bir ayrımcılık kanıtını göz

⁹⁵ Ancak Mahkeme, 2001 tarihli bir kararında, ayrımcı uygulamayı kanıtlamak üzere sunulan istatistiksel bilgileri yeterli görmemiştir. Bu davada İHAM'a, 25 yıllık bir dönemde (1969-1994), büyük çoğunluğu katolik yada milliyetçi topluluktan olan 357 kişinin güvenlik güçlerince Kuzey İrlanda'da öldürüldüğünü gösteren *istatistiksel bilgiler* sunulmuştu. Silahsız olmasına karşın güvenlik güçlerince oğlu öldürülen başvurana göre, proteston topluluğundan olan öldürülmüş kişilerin sayısıyla karşılaştırılırsa ve ayrıca görece olarak daha az yargısal soruşturma yapıldığı ve yalnızca birkaç mahkumiyet cezası verildiği göz önüne alınırsa, tüm bunlar öldürücü gücün *ayrım gözetici biçimde kullanıldığını* ve ulusal köken yada bir ulusal azınlık ile ortaklık etme nedeniyle topluluğun bir bölümü için hukuksal korumanın olmadığını kanıtlar (parag. 152).

Ancak Mahkeme bu davada, başvuranın oğlunun öldürülmesi konusunda **uygun anketler yapılmamış** olması nedeniyle sözleşmenin 2. maddesinin güvencelediği yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ise de, **yalın istatistiksel verilerin bir ayrımcılığın varlığını kanıtlamak için yeterli olmadığı** gerekçesiyle, başvuranın dilekçesinin ayrımcılık savına ilişkin bölümünü reddetmiştir. Strazburg Mahkemesi'ne göre, **istatistikler, kendi başına, bir uygulamanın 14. madde anlamında ayrımcı olarak sınıflandırılabilmesi için yeterli değildir** (CEDH (3^e section), **Hugh Jordan c. Royaume – Uni**, Requête no 24746/94, arrêt du 4 mai 2001, parag. 154). Ayrıca bkz.: O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 16-18.

⁹⁶ CEDH (1^{er} section), **Affaire Nachova et autres c. Bulgarie**, Requête no 43577/98 et 43579/98, arrêt du 26 février 2004, parag. 158.

⁹⁷ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 257-258.

önünde bulundurmamıştır. Mahkeme, 14. maddeye dayanan dilekçeleri incelediği zaman, olumsuz çıkarsamalara dayanabilir yada *kanıtlama yükümlülüğünü savunan (davalı) devlete dayatarak tersine çevirebilir.*" 98

De Schutter'e göre, İHAM'ın bu tutumu, devlet organlarınca işlenmiş bir ırk ayrımcılığı savıyla karşı karşıya kaldığı zaman sergilediği daha ihtiyatlı olan eski tutumuyla çelişmektedir. 99

Büyük Daire ise, 6 Temmuz 2005 tarihli kararında bu görüşü kısmen kabul ederek, kısaca şu sonuca varmıştır: Devletin, şiddet eylemleri durumunda, olası bir ırkçı gerekçenin varlığı konusunda **anket yapma yükümlülüğü vardır**. Bulgar yetkilileri, ileri sürülen ırkçı davranışlar ile ilgilinin ölümü arasında bir nedensellik bağının bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğünü yerine getirmemişlerdir. Bu nedenle de Büyük Daire, başvuruların, iki kişinin ölümüyle sonuçlanan olayların "ırkçı bir şiddet eylemi oluşturduğu"na ilişkin savları konusunda, 6'ya karşı 11 oyla 14. maddenin 2. maddeyle birlikte ihlal edilmediğine; buna karşılık, yetkililerin, iki kişinin ölümüyle sonuçlanan olayların "ırkçı bir gerekçesinin olup olmadığı" nı araştırmadıkları için (yani yalnızca "usul yönüyle"), 14. maddenin 2. maddeyle birlikte ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir. 100

2. 12 Sayılı Ek Protokol ve Ayrımcılık Yasağı

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin eşitlik ve ayrımcılık yasağı alanında 14. madde ve yalnızca eşler arasında eşitlik öngören 7 sayılı ek protokol ile sağladığı korumanın uygulama alanı öteki uluslararası sözleşmelere oranla sınırlı olduğundan, 1960'lı yıllardan başlayarak Avrupa Konseyi çerçevesinde yeni ek güvenceler getirmek için çeşitli araçlar önerilmiş yada incelenmiştir. Özellikle 1990'lı yıllarda yoğunlaşan çalışmalar, 101 2000 ortalarında ayrımcılık yasağı konusundaki korumaya "genel" nitelik kazandıran *İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 12 Sayılı Protokol*'ün, 4 Kasım 2000 tarihinde Roma'da kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır.

a. Protokolün Onay Durumu

Yürürlüğe girmesi için öngörülen on devletçe onay koşulunun gerçekleşmesinden sonra, ancak 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girebilen 12 sayılı protokolü, 14 Şubat 2009 tarihi itibarıyla, 20 devlet imzalamış ve yalnızca 17 devlet de

98 CEDH (1^{er} section), **Affaire Nachova et autres c. Bulgarie**, parag. 169.

99 O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 19.

100 CEDH (Grande Chambre), **Affaire Nachova et autres c. Bulgarie**, Requête no 43577/98 et 43579/98, arrêt du 6 juillet 2005, parag. 160 ve 168.

101 CE, Protocole no 12 à la Convention ..., Rapport explicatif, parag. 2 vd.

onaylamıştır. 10 devlet ise, ne imzalamış, ne de onaylamıştır. ¹⁰² Türkiye, protokolü 18 Nisan 2001’de imzalamış, ancak hala onaylamamıştır.

47 Avrupa Konseyi üyesinin yalnızca üçte birinden biraz fazlasının (%36,17’sinin) protokolü onaylayarak yükümlülük üstlenmiş olması, özellikle de onaylamayan otuz devlet arasında AK’nin eski kurucu üyelerinin bulunması düşündürücüdür. Gerçekten, AB üyelerinden yalnızca Finlandiya, İspanya, Kıbrıs, Lüksemburg ve Romanya 12 sayılı protokolü onaylamışlardır. Buna karşılık Bulgaristan, Danimarka, Fransa, Malta, Polonya, Birleşik Krallık, Litvanya ve İsveç, protokolü ne imzalamış, ne de onaylamışlardır. Bu kümede, Monako ve İsviçre de bulunmaktadır.

Bu onay tablosu karşısında şu saptamanın yapılması gerekmektedir: 12 sayılı ek protokol, hukuksal planda ayrımcılık yasağının uygulama alanını 14. maddeye oranla önemli ölçüde genişletmiş, daha doğrusu genelleştirmiştir. Ne var ki bu koruma, ne tüm Avrupa Konseyi ve ne de tüm Avrupa Birliği coğrafyası için geçerlidir. Protokolü onaylamayan üçte ikiye yakın çoğunluk (Konsey üyesi devletlerin % 63,8’i) için 14. maddenin öngördüğü “sınırlı” koruma uygulanırken, onaylayan azınlık için protokolün getirdiği “genel” koruma uygulanmaktadır. Bu da, haklı olarak, *Prof. E. Décaux*’nun belirttiği gibi, ayrımcılık yasağı alanında “iki vitesli bir sistem”in uygulanması sonucunu doğurmaktadır. ¹⁰³ Başka bir deyişle, 12 sayılı protokolün genelleştirdiği ayrımcılık yasağı, onay koşulu nedeniyle genel bir uygulamaya dönüşmemektedir. 12 sayılı protokolün onay koşuluna bağlanmış olması, ayrımcılık yasağı alanında ayrımcılık yaratmaktadır.

Göçmen işçi istihdamının ve buna bağlı olarak ayrımcılık sorunlarının yaşandığı gelişmiş AK ve AB üyesi devletler, bu iki vitesli sistemin başlıca sorumlusudur.

b. Ayrımcılık Yasağının Nitelik ve İçeriği

12 sayılı ek protokolün “genel ayrımcılık yasağı” başlıklı 1. maddesinde, başlıktan da anlaşıldığı gibi, “genel” bir yasak öngörülmüştür. Buna göre:

“1. *Yasaca öngörülen her türlü haktan yararlanmanın, özellikle cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal görüşler yada başka tüm görüşler, ulusal yada sosyal köken, ulusal bir azınlık üyesi olma, servet yada başka her durum temeline dayanan hiçbir ayırım gözetmeksizin sağlanması* gerekir.

¹⁰² 12 sayılı ek protokolü onaylayan devletler şunlardır: Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Bosna-Hersek, Kıbrıs, Hırvatistan, İspanya, Finlandiya, Gürcistan, E. Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, Lüksemburg, Karadağ, Romanya, San Marino, Sırbistan, Ukrayna. Açıkça görüldüğü gibi, Avrupa Birliği’nin üyelerinden yalnızca beş devlet 12 sayılı protokolü onaylamıştır.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=2/14/2009&CL=FRE>, erişim: 14.02.2009.

¹⁰³ http://www.coe.int/t/com/dossiers/interviews/20051012_inter_Prof_decaux.asp, erişim: 14.10.2005.

2. Hiç kimse, kamu yetkililerinin, özellikle 1. fıkrada anılan gerekçelere dayanan bir ayrımcılığına konu olamaz.”

Öncelikle, 12 sayılı protokolün Fransızca ve İngilizce metinleri arasında, “ayrımcılık” terimiyle ilgili olarak 14. maddedekine benzeyen bir terim tutarsızlığının bulunmadığını, Fransızca orijinalde de “discrimination” teriminin kullanıldığını belirtmek gerekir.

12 sayılı protokol, 14. maddedeki ayrımcı işlem ve uygulamaların dayandırılabilceği ölçüt yada nedenleri aynen yinelemiş, İHAM içtihatlarından da esinlenerek ve AB'nin ırk ve istihdam alanlarında ayrımcılık yasağı öngören 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerini göz önünde bulundurarak, bunlara yenilerini eklememiştir. Aslında, “özellikle” diyerek saydığı için, protokol de ayrımcılık nedenlerini tüketmeksizin ve örnek olarak sıraladığından, böyle bir eklemenin, hukuksal yönden zorunlu olmadığı açıktır. Dolayısıyla, yeni nedenlerin eklenmemiş olması bu yönüyle bir eksiklik oluşturmaz. Protokole ilişkin açıklayıcı raporda da, ayrımcılık nedenlerinin sınırlandırıcı olmaması ve her tür özel eklemenin yapılmasının, eklenmeyen nedenlere dayalı ayrımcılıkla ilgili istenmeyen “karşıt kavram” yorumlarına yol açması olasılığı nedenleriyle, böyle bir eklemede hukuksal yarar bulunmadığı -haklı olarak- belirtilmiştir. Ayrıca İHAM'ın, açıkça sayılmayan nedenler -örneğin yurttaşlık, rütbe / derece, cinsel yönelim- için de, ilgili maddelerle birlikte 14. maddeyi de uygulayarak ihlal kararları verdiğini bir kez daha yinelemekte yarar vardır.

12 sayılı protokolün ayrımcılığa karşı sağladığı koruma ile 14. maddenin sağladığı koruma karşılaştırıldığında şu saptamalar yapılabilir:

Protokol, belirtildiği gibi, korumanın haklar yönünden maddi kapsamını sözleşmeye oranla genişletmiştir. Daha doğru bir anlatımla, sözleşmenin öngördüğü sınırlandırmayı kaldırmıştır. Sözleşme, yalnızca “sözleşmede (ve ek protokollerde)” güvenceye alınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada, 12 sayılı protokol ise -sözleşmedeki haklarla sınırlı olmaksızın- “**yasanın öngördüğü her türlü haktan**” yararlanmada da ayrımcılığa karşı güvence sağlamıştır. Ayrıca, protokolün öngördüğü ayrımcılığa karşı koruma, salt “her türlü hak” ile de sınırlı değildir, aynı zamanda kamu yetkililerinin işlemlerinden yada hareketsizliğinden (eylemsizliğinden, suskunluğundan, işlem yapmamasından) doğan “pasif” ayrımcılıklara karşı da koruma getirilmiştir. Böylece protokol, “sınırlı” korumayı “genelleştirmiş”, sözleşmenin BM ve AB hukuku karşısında ayrımcılık yasağı alanındaki önemli bir boşluğunu doldurmuştur. Artık, sözleşmede korunan haklardan birinin kullanılmasından bağımsız olarak, ayrımcılık yasağı ilkesinin İHAM önünde ileri sürülmesi olanaklıdır. “**Bağımsız hak**” niteliği kazanan ayrımcılık yasağı, sözleşmenin güvenceye aldığı haklara bağlı olmaksızın Strazburg Mahkemesi'ne götürülebilecektir. Ancak bu olanağın, yalnızca 12 sayılı protokolü onaylayan devletler için söz konusu olduğunu unutmamak gerekir.

1. maddenin ilk fıkrasındaki “**yasa**” (loi / law) terimi, ulusal hukukun yanı sıra, açıklayıcı raporda da belirtildiği gibi, aynı zamanda *uluslararası hukuku* da kapsar; ancak bu, söz konusu kuralın Strazburg Mahkemesi’ne başka uluslararası belgelerde yer alan hukuk kurallarına saygı gösterilmesini inceleme yetkisi vermez.¹⁰⁴ Uluslararası hukukun, öncelikle de onaylanan insan hakları sözleşmelerinin güvenceye aldığı hak ve özgürlüklerden ayırım gözetmeksizin herkesin yararlanmasını sağlama konusunda, ulusal yetkililerin yükümlülüğü 12 sayılı protokolle genişlemiştir.

Sosyal güvenlik sorunları, *Gaygusuz davasından* beri 1 sayılı ek protokolün 1. maddesinin kapsamında olduğundan, özellikle ilgili alanlar, kamusal yerlere erişme, mallara erişme, sigorta yardımlarına erişme, yurttaşlığa erişme ve kimi durumlarda da, istihdama erişme olacaktır. Ayrımcılık, sözleşmeye göre korunan hakların kullanılması dışında başka gerekçelere dayandığı zaman, İHAM’ın 14. maddenin kapsadığı durumlarda yetkisini genişletmek için 12 sayılı protokolü ile ri sürmesi olanaklıdır.¹⁰⁵

12 sayılı protokolün 1. maddesindeki ayrımcılık kavramı ile sözleşmenin 14. maddesindeki ayrımcılık kavramı arasında bir fark yoktur. İHAM’ın 14. madde temelinde oluşturduğu yerleşik içtihadı göre, tüm işlem farklılık yada ayrımları bir ayrımcılık oluşturmaz. Bir farklılık, eğer **nesnel ve makul bir kanıttan** yoksun ise, yani “haklı bir amaç” izlemiyorsa yada kullanılan araçlar ile amaç arasında makul bir **orantılılık** ilişkisi yoksa, ayrımcıdır.

Bir yandan, her işlem farklılığının ayrımcılık oluşturmaması ve öte yandan da ayrımcılık gözetmeme ilkesinin genel bir nitelik taşıması nedeniyle, protokole kısıtlayıcı bir kural konulması gerekli ve yararlı görülmemiştir.

c. Kamu Yetkililerinin Ayrımcılık Yapmama Yükümlülüğü

12 sayılı ek protokolün 14. maddeden farklı olarak getirdiği yenilik, 1. maddenin 2. fıkrasında öngördüğü kamu yetkililerine (autorité publique / public authority) yönelik ayrımcılık yapmama yükümlülüğüdür. Buna göre, kamu yetkilisinin, hiç kimseye özellikle 1. fıkrada anılan nedenlere dayanan ayrımcılık yapmaması gerekir. Kuşkusuz, bu yükümlülüğün kapsamı da, sayılan nedenlerle sınırlı değildir.

12 sayılı protokole ilişkin açıklayıcı raporda da belirtildiği gibi, 1. maddenin birbirini tamamlayan her iki fıkrası göz önüne alındığında, getirilen ek korumanın kapsamı, **sözleşmede tanınan hakların çerçevesini aşmış** ve aşağıda belirtilen ayrımcılık durumlarına karşı dört madde olarak sıralanan bir genişlik kazanmıştır:

¹⁰⁴ CE, Protocole no 12 à la Convention ..., Rapport explicatif, parag. 29.

¹⁰⁵ O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 25.

- 1) Ulusal hukukun bireye (kişiye) özel olarak tanıdığı her türlü haktan yararlanmada ayrımcılık yapılması;
- 2) Kamu yetkililerinin ulusal hukuktaki açık yükümlülüklerinden kaynaklanan her türlü haktan yararlanmada ayrımcılık yapılması;
- 3) Kamu yetkililerinin takdir yetkisini kullanırken ayrımcılık yapması (örneğin kimi yardımlar yapılmasında ayrımcılık);
- 4) Kamu yetkililerinin başka işlemlerinden yada işlem yapmamasından kaynaklanan ayrımcılıkları (örneğin, bir ayaklanmanın bastırılmasında yasaların uygulanmasından sorumlu olanların tutumundan ileri gelen ayrımcılık).¹⁰⁶

2. fıkradaki “**kamu yetkilisi**” terimi kapsamına kimler girer? Bu terim, yönetsel yetkililerle yada yürütme erkiyle sınırlı olarak mı anlaşılmalıdır, yoksa aynı zamanda yasama ve yargıyı da kapsar biçimde mi yorumlanmalıdır?

De Schutter'e göre, 12 sayılı protokolün 1. maddesi, yalnızca doğrudan doğruya (devletin ister yürütme, ister yasama yada isterse yargı erklerine mensup olsunlar) kamu yetkililerine (pouvoirs publics) dayatmada bulunmaktadır. Açıklayıcı rapora göre de, sözleşmenin madde 8/2 ve madde 10/1 kurallarından alınan ve aynı anlamı taşıyan “kamu yetkilisi” formülü, **yalnızca yönetsel yetkilileri değil, aynı zamanda mahkemeleri ve yasama organını da kapsar**.¹⁰⁷ Bununla birlikte, devletlerin (kamu yetkililerinin) özel kişilerce (işverenlerce) uygulanan ayrımcılığı yasaklamak amacıyla önlemler alma yükümlülüğü de vardır. Özel taraflarca ayrımcılık uygulamasını yasaklamaya yönelik önlemler almak ereğiyle, bu gibi önlemler alınmamasının açıkça makul olmadığı ve kişileri yasayla öngörülen haklardan yoksun bırakma sonucu doğurabileceği durumlarda, taraf devletlere *olumlu bir yükümlülük* dayatılabilir.

12 sayılı protokole ilişkin *açıklayıcı rapora göre* 1. madde, kişiler arasındaki ilişkilerde her tür ayrımcılık durumunu önlemek için önlemler alınması konusunda taraflara **genel bir olumlu yükümlülük dayatmaya yönelik değildir**. Bir ek protokol, *program nitelikli* bu denli geniş bir yükümlülüğün çeşitli öğelerinin tanımlanması açısından uygun bir araç değildir. Başka uluslararası sözleşmelerde (örneğin BM'nin ırk ve cinsiyet temellerine dayalı ayrımcılıklarla ilgili sözleşmelerinde) özel ve daha ayrıntılı kuralları vardır. Bu protokolü, ayrımcılığa karşı koruma öngören iç hukuk yada uluslararası sözleşmelerdeki kuralları kısıtladığı yada bir sapma oluşturduğu biçiminde yorumlamamak gerektiği açıktır. 1. maddenin olası olumlu ayrımcılıklar konusunda “*dengeli bir yaklaşım*”ı yansıttığını belirten *açıklayıcı rapora göre*, burada söz konusu olan sorun, 1. maddenin

¹⁰⁶ CE, Protocole no 12 à la Convention ..., Rapport explicatif, parag. 22.

¹⁰⁷ a.k., parag. 30.

hangi ölçüde taraf devletler için ayrımcılığı önlemeye yönelik önlemler alma zorunluluğu getirmiş olduğudur. Aynı sorun, ayrımcılık durumlarına çözüm getirmeye yönelik önlemler hakkında da söz konusudur. Benzer olumlu yükümlülüklerin tümüyle dışlanması olanaklı değilse de, 1. maddenin temel amacı, taraf devletler için olumsuz (yani bireylere karşı her tür ayrımcılıktan kaçınma) yükümlülüğü yerleştirmektedir. ¹⁰⁸

Öte yandan, bir kez daha vurgulamak gerekirse, 12 sayılı protokolün öngördüğü ayrımcılık yasağının hak ve özgürlükler yönünden uygulama alanının belirlenmesinde, “yasa” teriminin “uluslararası hukuk”u da kapsadığı, dolayısıyla geniş anlamda kamu yetkililerinin ayırım gözetmeme yükümlülüğünün insan hakları sözleşmelerinin güvencesindeki hakları da kapsadığı göz ardı edilmemelidir.

12 sayılı protokolün, İHAM için sosyal haklar alanında daha ileri yaklaşımli kararlar vermesi açısından bir dayanak oluşturup oluşturmayacağı konusunda bir görüş ileri sürmek için zaman henüz erkendir. Çünkü İHAM, yürürlüğe girmesinin üzerinden üç yıl geçen 12 sayılı protokolün uygulanması konusunda henüz bir karar vermiş değildir. Bu konuda ihtiyatlı bir yaklaşım içinde oldukları anlaşılan *Belorgey ve Brillat*; 12 sayılı protokolün, sosyal haklarla ilgili olan kararları da kapsamak üzere ayrımcılıkların söz konusu olduğu tüm karar kategorilerine bakma olanağı verdiğini belirterek, Strazburg Mahkemesi'nin 12 sayılı protokolün temeli konusunda belki de daha ileri gideceğini yazmaktadırlar. ¹⁰⁹

III. SOSYAL ŞARTLAR SİSTEMİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Avrupa Konseyi insan hakları hukukunda ayrımcılığa karşı koruma alanındaki ikinci belge, İHAS'ın sosyal haklar alanındaki ertelenmiş ¹¹⁰ eksikliğini gidermek ve böylece de İHAS'ı tamamlamak amacıyla kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı'dır (ASS). 18 Ekim 1961 tarihinde imzalanan ve 26 Şubat 1965'te yürürlüğe giren ASS'yi, 14 Şubat 2009 itibarıyla 27 devlet onaylamış ve 5 devlet de imzalamıştır. ¹¹¹

Türkiye, ASS'yi 14 Ekim 1989 tarihinde onaylamıştır. Onay için zorunlu olan alt sınırı yalnızca bir madde yada bir fıkra (paragraf) geçerek gerçekleştirilen bu onay, 24 Aralık 1989'da yürürlüğe girmiştir. Ancak, GG ASS'nin onaylanmasından ve bu onayın yürürlüğe girmesinden sonra, Türkiye'nin 1961 ASS'sinden doğan yükümlülüklerinin yerini, iç hukukta 9 Nisan 2007 ve uluslararası hukukta ise 1 Ağustos 2007 tarihlerinden başlayarak, GG ASS'den doğan daha kapsamlı yükümlülükler almıştır.

¹⁰⁸ a.k., parag. 16 ve 24.

¹⁰⁹ Jean-Michel Belorgey / Régis Brillat, a.g.m., s. 775.

¹¹⁰ Mesut Gülmez, “Avrupa Sosyal Şartına Genel Bir Bakış ve Türkiye”, *İnsan Hakları Yıllığı* Cilt 12, Yıl 1990, s. 91 vd.

¹¹¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=035&CM=8&DF=2/14/2009&CL=FRE>, erişim: 14.02.2009.

Özellikle Berlin Duvarı'nın çökmesini izleyen 1990'lı yıllarda kabul edilen iki protokol ve yeni Sosyal Şart ile, Sosyal Şartlar Sistemi (SSS) içerik ve denetim sistemi olarak geliştirilmiş ve etkinleştirilmiştir. ¹¹² Başlangıç bölümünde, ister kişisel ve siyasal, ister ekonomik, sosyal ve kültürel olsun, tüm insan haklarının bölünmezliğinin korunması zorunluluğunun altını çizen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GG ASŞ), Bakanlar Komitesi'nce 2 Nisan 1996 tarihinde kabul edilmiş ve 3 Mayıs 1996'da imzaya açılmasından üç yılı aşkın bir süre sonra, 1 Temmuz 1999'da yürürlüğe girmiştir. 14 Şubat 2009 itibarıyla, GG ASŞ'yi 25 devlet onaylamış ve 18 devlet de imzalamıştır. ¹¹³

Türkiye'nin, ASŞ ve 1988 ek protokolünde yer alan hakların tümünü tek bir metinde toplayan ve bunlara yeni haklar ekleyen GG ASŞ'yi imzalaması ve ardından onaylanmasıyla ilgili anayasal işlemleri gerçekleştirmesi, Avrupa Birliği'ne üyelik sürecine bağlı olarak üç yıla yakın bir süre içinde gerçekleşebilmiştir. Avrupa Birliği'nden müzakerelere başlama tarihinin alındığı 3 Ekim 2004'ten üç gün sonra 6 Ekim 2004'te imzalanan GG ASŞ'nin onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin 5547 sayılı yasa, bundan ancak üç yıl sonra 27 Eylül 2006'da kabul edilmiş ve birkaç gün sonra yayımlanarak ¹¹⁴ onay işleminin birincisi tamamlanmıştır. GG ASŞ'nin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nun 22 Mart 2007 tarihli ve 2007/11907 sayılı ortak kararnamesiyle onaylanıp Resmi Gazetede yayımlanması ise, onayı uygun bulma yasasından bir yılı aşkın bir süre sonra, 9 Nisan 2007 tarihinde gerçekleşmiştir. ¹¹⁵ Uluslararası hukuk alanındaysa, GG ASŞ 27 Haziran 2007'de onaylanmış ve onay, 1 Ağustos 2007'de yürürlüğe girmiştir. ¹¹⁶

Ülkemiz, GG ASŞ'nin 31 maddeli ikinci bölümünün içerdiği toplam 98 fıkra- dan 91'ini onay kapsamına alarak onaylamış ve dolayısıyla yalnızca 7 fıkrasına çekince koymuştur. Değişik bir anlatımla, GG ASŞ'nin 31 sosyal hakkı güvenceye bağlayan maddelerinden ikisi (tek fıkralı 5. ve dört fıkralı 6. maddeler) ve ayrıca 2. ve 4. maddelerin birer fıkrası (m. 2/3 ve m. 4/1) onay kapsamı dışında tutulmuştur. Böylece Türkiye, 1961 ASŞ'si ile üstlendiği yükümlülükleri, iki katına çıkararak kanımca olumlu karşılanması gereken bir adım atmıştır. Ancak, onay kapsamı dışında tutulan kurallar arasında, İlerleme Raporlarında da sürekli eleştiri konusu olan ¹¹⁷ -sendikal haklara ilişkin- 5 ve 6. maddelere konulan çekince-

¹¹² Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi İle Yeni Avrupa Sosyal Şartı", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Kumu-İş Yayını, Ankara, 1998, s. 327-358.

¹¹³ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=7&DF=2/14/2009&CL=FRE>, erişim: 14.02.2009.

¹¹⁴ Resmi Gazete, 3 Ekim 2006, Sayı: 26308, s. 1.

¹¹⁵ Resmi Gazete, 9 Nisan 2007, Sayı: 26488, s. 1.

¹¹⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=TUR&MA=44&SI=2&DF=&CM=3&CL=FRE>, erişim: 20.08.2008.

¹¹⁷ Bkz.: Beşinci Bölüm.

lerin kaldırılmamış olması, kanımca “bir çuval inciri berbat etmiş”, ¹¹⁸ geniş kapsamlı onayın değerini düşürdüğü gibi, etkisini de azaltmıştır.

1. 1961 Avrupa Sosyal Şartı ve Ayrımcılık Yasağı

Yapı olarak İHAS’tan ve başka insan hakları sözleşmelerinden ayrılan Avrupa Sosyal Şartı, ¹¹⁹ eşit işlem ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusunda, biri “genel” ve kimileri de çeşitli maddelerinde yer alan “özel” nitelikli kurallar içermektedir. Bunlar, cinsiyet, yurttaşlık, aile sorumlulukları, engel gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı koruma getiren kurallardır. ¹²⁰

a. Başlangıçtaki Ayrımcılık Gözetmeme İlkesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nden “kısmen” esinlenen Avrupa Sosyal Şartı, ayrımcılık yasağına ilişkin genel bir kurala, ne güvenceye aldığı ondokuz sosyal hakkı “ilkeler” olarak sıraladığı birinci bölümünde, ne de aynı hakları taraf devletlerin onaylamasına açık olan hukuksal kategoriler olarak güvenceye aldığı ikinci bölümünde yer vermiştir.

Ayrımcılık yasağı, ASS’nin *başlangıç* bölümünün dördüncü paragrafında, kanımca sosyal hakların tümünü kapsayan bir yaklaşımla, aşağıdaki anlatımla yer vermiştir:

¹¹⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?”, **Çalışma ve Toplum**, 2007/1, Sayı 12, s. 27-52.; “Prof. Dr. Mesut Gülmez: Sosyal Şarta Çekince Koymak Gereksiz ve Anlamsızdır”, **TSS Türk Sağlık-Sen**, Sayı 12, Ocak-Şubat-Mart 2007, s. 33-37; “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye’nin Çekinceleri”, TÜRK-İŞ/SAK, “Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Avrupa Sosyal Modeli ve Sendikal Haklar” Uluslararası Sempozyumu, 3-4 Ekim 2006, Ankara, **Türk-İş**, Sayı 373, Temmuz-Ekim 2006; “Prof. Dr. Mesut Gülmez İle Yeni Sosyal Şart Üzerine Söyleşi: Sosyal Haklar İnsan Haklarıdır, Sosyal Şart İnsan Hakları Sözleşmesidir”, **Sendikal Notlar**, Aralık 2006, Sayı: 31, s. 40-65; Gülnur Erdoğan, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 78, Eylül-Ekim 2008, s. 123-165.

¹¹⁹ Avrupa Sosyal Şartı’nın, taraf devletlerce “gerçekleştirilecek sosyal politikanın amacını oluşturan haklar ve ilkeleri” kapsayan Birinci Bölüm ile onaylayan devletler için hukuksal yükümlülükler doğuran ve “güvenceye alınan sosyal hakları” içeren İkinci Bölümden oluşan kendine özgü yapısı konusunda bkz.: Mesut Gülmez, **a.g.m.**, 1990, s. 100.

¹²⁰ ASS ve GG ASS’nin ayrımcılık yasağına ilişkin çeşitli maddelerinde yer alan ve her biri aşağıda ayrıca incelenecek olan bu kurallarından kimileri, “ayrımcılık gözetmeme” başlığı altında kısaca şöyle sıralanmıştır:

- Kadın ve erkeklerin, isithdam alanında işlem ve fırsat eşitliği;
- Yasal olarak oturan ve / yada çalışan yabancılara ve yurttaşlara, ırk, cinsiyet, yaş, renk, dil, din, görüşler, ulusal yada sosyal köken, sağlık durumu yada bir ulusal azınlığa mensup olma yada olmama temeline dayalı ayırım gözetmeksizin, ASS’deki hakların güvenceye alınması;
- Aile sorumlulukları temeline dayalı ayrımcılık yasağı;
- Engelli kişilerin, sosyal bütünleşme ve topluluk yaşamına katılma hakkı.

(http://www.coe.int/t/f/droits_de_l_27homme/cse/1_pr%20E9sentation_g%20n%20E9rale/CharterGance_fr.asp#TopOfPage, erişim: 20.08.2008).

“Sosyal hakların kullanılmasının, ırk, renk, cinsiyet, siyasal görüş, ulusal yada sosyal köken temeline dayanan ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması gerekir.”

Komitenin, ASS'nin güvenceye aldığı tüm sosyal haklarla birlikte okunmasını istediği bu ilkenin hak özneleri (kişiler), etkinlikler (iş ve meslekler) ve haklar yönlerinden kapsam ve uygulama alanı nedir?

Sorunun yanıtlarından kimileri, ilkenin pozitif metninde vardır. Ayrımcılık yasağı ilkesinin kişiler yönünden uygulama alanı, başlangıçtaki ilkenin belirsizliğine karşın, ASS'nin ikinci bölümündeki sosyal hakların her birinin özneleridir. İlkece, tüm çalışanlar; cinsiyetlerine, yasal konumlarına (statülerine), çalıştıkları ekonomik (kamusal ve özel) kesimlere, yerine getirdikleri işin niteliklerine bağlı olmaksızın ve bakılmaksızın, ayrımcılık yasağına karşı getirilen koruma kapsamındadır. Bu arada, “yabancılar” konusunda ASS'ye Ek'te yapılan açıklamayı göz önünde bulundurmak gerekir. Daha açık bir anlatımla, madde 12/4 ve 13/4'te öngörülen kurallar saklı kalmak üzere, ASS'nin madde 1-17 kurallarında amaçlanan kişiler, “yabancılar”ı şu koşullarla kapsar: İlgili taraf devletin ülkesinde yasal olarak oturan ve düzenli olarak çalışan ve başka sözleşmecilerle tarafların (yani ASS'yi onaylayan öteki devletlerin) uyuştuğu olan yabancılar, madde 1-17'de sözü edilen kişiler kapsamında sayılırlar. “Karşılıklılık” koşuluna da yer veren ASS'ye Ek'teki bu yorum kuralı, sözleşmecilerle taraflardan herhangi birinin benzer hakların başka kişilere yönelik olarak genişletilmesine engel değildir.

Ayrımcılık gözetmeme ilkesi, kamusal ve özel kesimde, ¹²¹ serbest meslekleri de kapsamak üzere tüm mesleklerde, ¹²² ve örneğin evde yapılan çalışmayı da kapsamak üzere istisnasız tüm işlerde uygulanır. İşyerinde çalıştırılan işçi sayısı yönünden de, ilkenin uygulama alanı sınırlandırılmaz. Komiteye göre, 5'ten çok işçi çalıştırmayan işletmelerde ayrımcılık yasağının uygulanmaması, madde 1/2'ye aykırıdır. ¹²³ Dolayısıyla, İş Yasası'nın çok sayıda işi ve iş ilişkisini uygulama alanı dışında bırakmış (m. 4) ve iş güvencesi kurallarından (m. 18-21) yararlanmak için “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışma” ile başka koşullar aramış olması (m. 18/1), ¹²⁴ ayrımcılık gözetmeme ilkesine açıkça aykırı bir doğrudan ayrımcılıktır.

Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nin (SHAK, eski adıyla Bağımsız Uzmanlar Komitesi, BUK), görülen işin (yerine getirilen görevin) niteliği yönünden istihdamda ayrımcılık yasağı ilkesi için öngördüğü kimi *istisnalar* bulunmaktadır. Komite-

¹²¹ CE, CEDS, **Conclusions XIII-1**, s. 50-51; CE, CEDS, **Conclusions XIII-2**, s. 242.

¹²² CE, CEDS, **Conclusions VII**, introduction générale, s. xi.

¹²³ CE, CEDS, **Conclusions IX-1**, s. 25 ve 38; CE, CEDS, **Conclusions XI-1**, *Birleşik Krallık*, s. 49.

¹²⁴ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 614 vd.

ye göre, madde 1/2'deki hak, hiçbir çalışana, ister kamu görevinde olsun isterse olmasın, niteliklerinden bağımsız biçimde bir işte çalışma hakkı tanımaz. Irk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş vb temellere dayanan kimi gereklilikler ASŞ'ye (başlangıca) göre kabul edilemez. Bunun anlamı şudur: ASŞ, kabul edilemez saydığı gerekliliklere dönüşmemesi ve 31. maddenin göz önünde bulundurulması koşuluyla, işverenin isteyebileceği tüm nitelikleri özel olarak belirlemesine engel olmaz.¹²⁵ İşverenin kimi özel nitelikler belirleme yetkisinin sınırı, 31. maddedir. Özellikle de, 31. maddenin öngördüğü üç kısıtlama koşulundan birini, aynı zamanda “kural”ın “özgürlük” olduğunu da gösteren “demokratik toplum gerekleri”nin oluşturduğu unutulmamalıdır.

İstihdamda “yurttaşlık” temeline dayalı ayrımcılık konusunda, devletler yabancı uyrukluların ülkelerinde işe girebilmelerini, çalışma izni elde edilmesi koşuluna bağlı tutabilirler. Ancak, GG ASŞ'nin “kısıtlamalar” a ilişkin G maddesinde -ve ASŞ'nin de aynı konuyu (kısıtlama rejimini) aynı anlatımla düzenleyen 31. maddesinde- belirtilen gerekçeler dışında, genel bir yasak getiremezler. Yabancılara kapalı tutulabilecek işler, *kamu düzeninin yada ulusal güvenliğin korunmasına sıkı biçimde bağlı olan ve kamu gücü kullanılmasının içeren işlerdir.* ¹²⁶ Kişilerin “siyasal etkinlikler” nedeniyle işe alınmaması yada işten çıkarılması, G maddesi anlamında -yani demokratik bir toplumda- “zorunlu” olmadıkça yasaktır. ¹²⁷

Başlangıçtaki bu düzenleme, kimi yönlerden İHAS'ın 14. maddesindeki düzenlemeye benzemekte, kimi yönlerden ise ondan ayrılmaktadır. 14. maddeye benzeyen yönü, ayrımcılık gözetmeme ilkesini, “**sosyal hakların kullanılması**” için öngörmüş olmasıdır. Ancak, tüm insan hakları sözleşmeleri için ortak olan bu benzerlik mutlak değildir. Çünkü ASŞ, “bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlükler” diyerek başlayan 14. maddeden farklı olarak, “*bu Sosyal Şartta*” öngörülen sosyal haklar dememiş, böylece de ayrımcılık yasağının haklar yönünden uygulama alanını, kanımca ASŞ ile sınırlandırmamıştır. Kuşkusuz bu yönüyle, İHAS'tan daha ileri bir düzenleme niteliği taşıdığı söylenebilir. Dolayısıyla da, ayırım gözetmeme ilkesinin haklar yönünden uygulama alanı, ASŞ ile sınırlı olmayan bir genişliktedir. Dar ve sözel bir yorumla, “sosyal hakların kullanılması” terimlerinin örtük olarak ASŞ'deki sosyal hakları anlattığını düşünmek ve ileri sürmek, ayırım gözetmeme ilkesinin uygulama alanının daraltılması anlamına gelir ki, “özgürlük yararına olmayan” böyle bir yorum kanımca kabul edilemez. Bununla

¹²⁵ CE, CEDS, **Conclusions VII**, s. 28.

¹²⁶ CE, ECSR, ECS (revised), **Conclusions 2006**, Volume 1 (*Albania, Bulgaria, Cyprus, Estonia, Finland, France, Ireland, Italy*), s. 30.

¹²⁷ CE, ECSR, ECS (revised), **Conclusions 2006**, Volume 2 (*Lithuania, Moldova, Norway, Portugal, Romania, Slovakia, Sweden*), s. 487-489.

birlikte, ASS denetim organlarının, ASS'nin açıkça tanımadığı sosyal hakların kullanılmasında ayrımcılık yapıldığı yolundaki savları incelememesi olasılığı da yüksektir. Aşağıda belirtildiği gibi, GG ASS'nin E maddesi, ASS'nin başlangıcında öngörülmemen “bu Sosyal Şartta” sözcüklerine yer vererek, bu konudaki belirsizliği sona erdirip ayrımcılık yasağının haklar yönünden uygulama alanını sınırlandırmış, aykırı yorumlara olanak tanımamıştır.

Başlangıçtaki ayrımcılık yasağı ilkesi, özellikle ayrımcı işlem ve uygulamaların dayandırılabilceği *nedenler yönünden* de İHAS'ın 14. maddesinden ayrılmaktadır. İlk fark, öngörülen ayrımcılık nedenlerinin -yarı yarıya azaltılmış- sayısı ile ilgilidir. Gerçekten, başlangıçta, altı neden sayılmıştır ve şunlardır: Irk, renk, cinsiyet, siyasal görüş, ulusal yada sosyal köken. Oysa 14. maddede, üstelik sınırlayıcı olmaksızın onbir neden sıralanmıştır. Dolayısıyla da, bu nedenlerden kimileri sözleşmeden onbir yıl sonra kabul edilen ASS'nin başlangıcında yer almamıştır. Bunlar; “*dil, din, başka (siyasal olmayan) görüşler, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet ve doğum*”dur.

Başlangıcın yer vermediği bu nedenlerin, sosyal hakların kullanılmasında karşılaşılabilecek ayrımcılıklarda söz konusu olmayacağı düşünülemez. Başka bir deyişle, çalışanların sosyal haklardan yararlanmalarında, sayılmayan nedenlere dayalı ayrımcı düzenleme ve uygulamalarla karşılaşmayacakları düşünülemez ve ileri sürülemez. Nitekim, UÇÖ'nün 111 sayılı sözleşmesinde öngörülen ayrımcılık nedenleri arasında, başlangıcın yer vermediği “din” ile “ulusal yada sosyal köken” de bulunmaktadır.¹²⁸ Yine, ASS'den beş yıl sonra kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin daha geniş biçimde saydığı ve nedenlerin sonuna eklediği “başka her durum” sözcükleriyle örnek olarak sıraladığı ayrımcılık nedenleri arasında da, ASS'nin başlangıcında yer almayan şu nedenler öngörülmüştür: *Dil, din, başka her tür görüş, servet, doğum*.¹²⁹

Öte yandan, ayrımcılık nedenleri yönünden ASS'nin başlangıcındaki ilke ile İHAS'ın 14. maddesini ve ayrıca ESKHU Sözleşmesi'ni birbirinden ayıran önemli noktalardan bir başkası da, başlangıçta nedenlerin önünde “*özellikle*” ve sonunda da “*başka her durum*” sözcüklerine -bunlardan birine- yer verilmemiş olmasıdır. Bu, ASS'nin başlangıcındaki ayrımcılık nedenlerinin 14. maddede olduğu gibi “örnek” olarak değil “sınırlı” biçimde sayıldığını, dolayısıyla ayrımcılığa karşı getirilen korumanın da bu yönüyle yetersiz olduğunu göstermektedir.

Bu kısa karşılaştırma ve saptamalar, Avrupa Sosyal Şartı'nın, ekonomik ve sosyal gelişmişlik düzeyi yönlerinden görece daha uyumlu bir siyasal coğrafyada ve UÇÖ sözleşmelerine oranla çok daha sınırlı bir bölgesel düzeyde uygulanmak üzere, üstelik görece ileri bir tarihte -1961 yılında- kabul edilmiş olmasına karşın,

¹²⁸ Bkz.: İkinci Bölüm, s. 127.

¹²⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, s. 68.

maddi içeriğinin yetersiz olduğunu, ayrımcılık yasağına ilişkin “yasak savma” nitelikli bu ürkek kuralıyla da ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte SHAK, gerek ikinci bölümde hukuksal güvenceye alınan sosyal hakların bu ilkeyle birlikte okunmasını öngörerek, gerekse sözel metnin saymadığı nedenlere dayalı ayrımcı işlem ve uygulamaların da ASS’ye uygun olmadığını belirterek, başlangıcın ayrımcılık yasağı ilkesini dar yorumlamamıştır.

b. İstihdamda Ayrımcılık Yasağı ve Hukuksal Çerçevesi

Asgari çerçeve olarak ASS’nin tanıdığı sosyal hakların tümünün kullanılmasında ayrımcılık gözetilmemesini öngören başlangıçtaki ilkeye karşın, devletlerin onaylayarak hukuksal yükümlülük üstlenecekleri sosyal hakların tanıdığı ikinci bölümde bu nitelikte “işlem eşitliği” yada “ayırım gözetmeme” ilkesini içeren genel bir kurala yer verilmemiştir. SHAK, bu boşluğu başlangıçtaki ilkeyle doldurmuştur.

Bunun iki nedeni olabilir. Birincisi, başlangıçtaki ayırım gözetmeme ilkesinin ikinci bölümde hukuksal yükümlülük doğuracak biçimde daha ayrıntılı olarak tanımlanan sosyal haklar için de geçerli olacağına düşünülmesi olmalıdır. İkincisi de, ikinci bölümdeki 1. maddenin 2. fıkrasının ve başka maddelere serpiştirilmiş kimi “özgöl” kuralların yeterli olacağına varsayılmış olmasıdır. Gerekçesi ne olursa olsun, İHAS’taki 14. madde örneği ortada dururken, sosyal haklardan eşit işlem ve ayrımcılık gözetmeme ilkeleri çerçevesinde yararlanılacağına ayrı ve genel bir kuralla öngörülmemiş olması, kanımca önemli ve ciddi bir eksiklik ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ve dolayısıyla Konsey’in, 1950’li yıllarda yükümlülük altına girmekten kaçındıkları sosyal haklara “mesafeli” bakışlarının ve aynı zamanda birinci ve ikinci kuşak haklar arasında ikincisini “üvey evlat” olarak gören ayırım gözetici yaklaşımının göstergelerinden biridir.

ASS denetim organı Sosyal Haklar Avrupa Komitesi, hiçbir değişiklik yada ekleme yapmaksızın GG ASS’de de aynen yinelenen “**çalışma hakkı**” başlıklı 1. maddenin 2. fıkrasında yer alan kurala dayanarak, istihdamda tüm ayrımcılık biçimlerinin yasaklandığını yerleşik kararlarıyla (sonuçlarla) ortaya koymuştur. SHAK’nin, Türkiye için de yinelediği kararlarının pozitif dayanağını oluşturan ve GG ASS’de de, değişiklik yada ekleme yapılıksızın aynen korunan bu kural şöyledir:

“Sözleşmeciler, çalışma hakkının etkili kullanımını sağlamak amacıyla; (...)

2) Çalışanın, özgürce giriştiği bir çalışma (iş) ile yaşamını kazanma hakkını etkili biçimde korumayı, (...) üstlenirler.”¹³⁰

¹³⁰ Bu kuralın resmi çevirisi şöyledir:

“Akit Taraflar çalışma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

(...)

2- Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı (...) taahhüt ederler.”

Kolayca görülebileceği gibi, çalışma hakkının etkili biçimde korunmasını güvenceye almayı amaçlayan bu kural, doğrudan ve açık bir anlatımla, ayrımcılık yasağı getirmiş değildir. Taraf devletlerin yükümlülüğü, çalışma hakkını etkili biçimde korumaktır. Devletin, çalışma hakkının “çalışanlar” için “etkili” kullanımını, daha açık bir anlatımla çalışma hakkından uygulamada eylemli olarak yararlanılmasını sağlama yükümlülüğü, ayrımcılık gözetmeksizin ve hatta uygulamada süregelen eşitsizlikleri hafifletmeye ve giderek kaldırmaya yönelik somut önlemler almaksızın -kıscası, kimi durumlarda ve kimi kesimler için olumlu ayrımcılık yapmaksızın- gerçekleştirilebilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilemeyeceğine göre, çalışanların özgürce edinecekleri bir iş ve / yada meslek aracılığıyla yaşamlarını kazanma haklarının “etkili” biçimde korunmasının öngörülmüş olmasının, doğal olarak ayrımcılıkların hukuk ve uygulamadan kaldırılmasını da içerdiğini kabul etmek gerekir.

ASS’yi onaylayan devletlerin, ¹³¹ 31 Aralık 1967 itibarıyla sundukları ilk raporlarını inceleyen Bağımsız Uzmanlar Komitesi, madde 1/2’ye ilişkin sonuçlarında; bu fıkranın iki önemli sorunu ilgilendirdiğini belirtmiştir. Bunlar; “*zorla çalıştırma yasağı*” ile “**istihdamda her türlü ayrımcılık biçiminin kaldırılması**” idi. Komite daha sonra, madde 1/2’nin güvence sağladığı bu iki sorun, bir üçüncüsünü de eklemiştir. Bu da, “*çalışma hakkına zarar verebilen her tür başka yasaklama*”dır. ¹³² BUK, bu fıkranın güvenceye bağladığı ayrımcılığa uğramama hakkının tam olarak yerine getirilmesini sağlamak ereğiyle, taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerin arasında, *eğitim ve mesleksel eğitimin* de bulunduğunu vurgulamıştır. İkinci olarak bu fıkranın, çalışanların, “devletin yalnızca kimi görevlere (işe, hizmete) girişini önleyen hukuksal engellerin kaldırılmasını değil, ama aynı zamanda uygulamada da tam bir işlem eşitliğini sağlamaya elverişli bir ortam yaratmak ereğiyle *olumlu ve somut bir eylemde* bulunmasını gerektirdiğini” belirtmiştir. ¹³³ Böylece BUK, istihdamda ayrımcılığın kaldırılmasının, uygulamadaki olgusal eşitsizlikleri giderici somut önlemler alma yükümlülüğü de içerdiğini ortaya koymuştur.

¹³¹ Bu devletler, İtalya, İsveç, Norveç, Birleşik Krallık ve Danimarka idi.

¹³² CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 2, *Pologne*, s. 555-561; CE, CEDS, **Conclusions II**, Observation interprétative de l’article 1/2, s. 4.

Madde 1/2 konusundaki ilgili içtihatlardan alıntılar ve genel açıklamalar için, Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nin 1 Aralık 2008 tarihi itibarıyla güncellediği yerleşik kararlarını içeren şu derlemesine bkz: CE, Comité européen des droits sociaux (CEDS), **Digest de Jurisprudence du Comité européen des droits sociaux**, 1^{er} décembre 2008 (Etabli par le Secrétariat), Article 1/2, s. 18-22 ve 180-186; CE, **La femme dans le monde du travail**, égalité et protection dans la Charte sociale européenne, Droits de l’homme, Cahiers de la Charte sociale, No 2, Strasbourg, 1995, s. 12-20; Lenia Samuel, **Droit sociaux fondamentaux**, Jurisprudence de la Charte sociale européenne, Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1997, article 1/2, s. 21-36.

¹³³ CE, CEI de la CSE, **Conclusions I**, Strasbourg, 1969-1970, s. 15.

Kuşkusuz, madde 1/2'nin sağladığı koruma, belirtilen üç yönüyle, salt “tam zamanlı istihdam”ı değil, değişik biçimleriyle “kısmi zamanlı istihdam”ı da kapsamaktadır. Bu bağlamda SHAK, madde 1/2'nin ilk iki yönüyle ilgili olarak, taraf devletlerden *kısmi zaman çalışanlar* için hangi güvenceleri sağladıklarını, fazla çalışma süreleri çerçevesinde kayıt dışı istihdamın önlenmesine olanak veren kuralların neler olduğunu, tüm öğelerini kapsayacak biçimde tam zamanlı ve kısmi zamanlı çalışanlar arasında eşitlik ilkesinin bulunup bulunmadığını sormakta, bilgi istemektedir.¹³⁴ Kanımca bu koruma, kural olarak, başka esnek çalıştırma ve doğrudan ayrımcılık dışındaki ayrımcılık biçimleri için de geçerlidir.

Komite, kanımca da doğru bir yaklaşımla, ASS'ye taraf devletlerin söz konusu 2. fıkra uyarınca üstlendiği “*çalışanın özgürce seçilen bir meslekte özgürce yaşamını kazanma hakkını etkili biçimde koruma*” hakkını, başlangıçtaki ayırım gözetmeme ilkesiyle birlikte değerlendirmiştir. Böylece Komite, bir anlamda, ayırım gözetmeme ilkesinin madde 1/2'deki kuralın “ayrılmaz parçası” niteliği taşıdığı, ayrımcılık yasağının çalışma hakkına içkin olduğu yaklaşımını benimsemiştir. Gerçekten, SHAK'nin bu kurala ilişkin yerleşik yorumu şöyledir:

“Komite, Şartın 1. maddesinin 2. fıkrasını, devletlerin, ***istihdamda, doğrudan yada dolaylı, her tür ayrımcılığı hukuksal olarak yasaklamalarını gerektirdiği biçiminde yorumlamaktadır.*** Cinsiyet yada bir ırk yahut bir etnik gruba üyelik gibi kimi nedenlere dayalı güçlendirilmiş bir koruma öngörülebilir. Bu kuralla yasaklanan ayırım gözetici eylem ve kuralların tümü, genellikle ***işe alma / iş verme*** (recrutement) sırasında ve genel olarak çalışma koşullarıyla (temel olarak ücret, eğitim, ilerleme, başka bir yere yada işe verme, işten çıkarma ve başka zararlarla) ilişkili olarak ortaya çıkabilecek olanlardır.”¹³⁵

Komiteye göre, ASS'nin madde 1/2 kuralını onaylayan taraf devletlerin; “ayrımcılık yasağını *etkili* biçimde güvenceye almak, yasağın etkililiğini (l'effectivité de l'interdiction) sağlamak amacıyla ***hukuksal önlemler*** almaları”, öğelerine aşağıda değinilen ASS'ye ve yerleşik kararlara uygun bir hukuksal çerçeve oluşturmaları gerekir. Burada altı özellikle çizilmesi gereken noktalardan birincisi, ayrımcılık yasağının madde 1/2'deki maddi içeriğinin kapsamıyla ilgilidir. Komite kararında açıkça belirtildiği gibi, “işe alma yada iş verme” de koruma kapsamındadır. Dolayısıyla, 4857 sayılı İş Yasası'nın madde 5/1 kuralında geçen “iş ilişkisi” kavramının, ilişkinin işe alma aşamasını da kapsayacak biçimde anlaşılması, “ulusalüstü” olması nedeniyle ASS'nin (ve GG ASS'nin) İş Yasası'na üstün tutulması ge-

¹³⁴ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 1, *Islande*, s. 333.

¹³⁵ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 2, *Luxembourg*, novembre 2002, s. 401.

rekir.¹³⁶ İkinci nokta, madde 1/2'den doğan yükümlülüğün, aynı zamanda “doğrudan” ve “dolaylı” ayrımcılıkların yasaklanmasını da kapsamasıdır. Kanımca, kararda “her tür ayrımcılık” (toute discrimination) denilmiş olması, ASS'nin doğrudan ve dolaylı ayrımcılıklar dışındaki ayrımcılık biçimlerine karşı da koruma içerdiğini gösterir.¹³⁷ Bir başka önemli nokta ise, Komitenin başlangıçta sayılmayan “etnik” köken temeline dayalı ayrımcılıkları da koruma kapsamına almış olmasıdır. Bu korumadan, ASS'nin kapsamına giren tüm kişiler (hak öznelere) yararlanır. Tüm kişiler, ilgili devletlerin uyrukları ile “karşılıklılık ilkesi” dolayısıyla ASS'ye taraf öteki devletlerin uyruklarını da kapsar, ancak üçüncü ülkelerin uyrukları koruma kapsamı dışındadır.

Kanımca, madde 1/2'nin sağladığı koruma, salt “hukuksal önlemler” alınmasıyla sınırlı görülmemelidir. Ayrımcılık gözetmeme ilkesiyle ilgili hukuksal boşlukların doldurulmasının ve aykırı düzenlemelerin kaldırılmasının yanı sıra, ayrımcılık karşıtı kuralların etkili biçimde yaşama geçirilmesini ve bu amaçla aktif politikalar belirlenip uygulanmasını, uygulamadaki olgusal eşitsizliklerin olumlu eylem ve somut edimlerde bulunarak sürekli ve aşamalı biçimde hafifletilmesini, elle tutulur sonuçlar sağlanmasını ve kaldırılmasını da kapsayan bir yükümlülük söz konusudur.

Komite, istihdamda ayrımcılığı yasaklayan **hukuksal çerçevenin**, her türlü farklılık (ayrımcılık) ölçütüne ve hiç olmazsa siyasal görüş, din, ırk, dil, cinsiyet, yaş ve sağlık ölçütlerine dayanan ayrımcılığa karşı bir koruma sağlaması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin bu nedenle Komite, Anayasa'daki ayrımcılık yapılmamasıyla ilgili düzenlemeyi yetersiz bulmuştur.¹³⁸ 10. maddenin, etnik ve ulusal kökene bağlı nedenleri de kapsadığı yolunda yorumlandığını önceki raporunda not ettiğini anımsatan SHAK, anılan bu nedenlere dayalı ayrımcılıkların iş mahkemelelerinde ileri sürüldüğü davaların sayısı ile ilgili (yani uygulamadaki somut durum konusunda) bilgiler istemiştir. Komiteye göre, istihdamda ayrımcılığa değgin, istihdam edilenleri mesleksen yaşamlarının tüm yönleriyle korumak için yeterince ayrıntılı olan özel bir mevzuatın, Anayasa'nın “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi gereğince sağlanan koruma konusunda çıkarılması gerekir.¹³⁹ SHAK'nin söz ettiği bu “özel mevzuat”, 22 Mayıs 2003'te kabul edilen -ancak ulusalüstü sözleşmelere kısmen uyum sağlayan- İş Yasası ile gerçekleştirilmiştir.

¹³⁶ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 597-602.

¹³⁷ CE, CEDS, **Conclusions XVIII-1**, Volume 1, *Austria*, December 2006, s. 29.

¹³⁸ SHAK'nin bu görüşünü; Türkiye'nin 7 Mart 2002'de gönderdiği -bu tarihten önceki döneme ilişkin olan- sekizinci raporunun değerlendirilmesi sırasında, dolayısıyla da 1982 Anayasası'nın 10. maddesine 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı yasayla, 1. fıkrasından sonra gelmek üzere, “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” fıkrasının eklenmesinden önce belirttiğini anımsatmakta yarar vardır.

¹³⁹ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 2, *Turquie*, s. 676-677.

Komite, zaman zaman, yalnızca bu gerekçelerden kimileri hakkında ayrımcılığı yasaklayan bir ulusal yasanın madde 1/2 kuralıyla bağdaşırılığı konusunda kuşku dile getirmiştir. Bununla birlikte Komite, örneğin Danimarka'da 1996 tarihli bir yasa gereğince ayırım gözetmeme ilkesine getirilebilecek istisnaları irdelemiş ve açık bir biçimde, bir siyasal görüşü yada özel bir dinsel inancı geliştirmek ereğiyle kurulmuş işletmeler yararına getirilebilecek bu istisnaların anılan kuralla (m. 1/2) uygunluk sorunları çıkarmadığı kanısında olduğunu açıklamıştır. ¹⁴⁰

Komitenin birçok kez yinelediği yerleşik içtihadına göre, madde 1/2 ile bağdaşan -uygun- bir hukuksal çerçeve oluşturmak için, devlet, "etkili" bir ayrımcılık yasağını güvenceye alan hukuksal önlemleri almakla yükümlüdür. Bu önlemler, asgari olarak kısaca şunlardır:

- 1) Hukuksal engellere karşı güvence sağlanması;
- 2) Etkili başvuru yolları öngörülmesi;
- 3) İşverenin misilleme eylemine karşı koruma;
- 4) Uzmanlaşmış bir organ kurma. ¹⁴¹

Dört başlıkta sıralanan ayrımcılık karşıtı hukuksal önlemler bütünü, genel olarak Avrupa Birliği'nin eşit işlem yönergelerinde yapılan düzenlemelerle uyumludur. ¹⁴²

- 1) Hukuksal çerçeve, korunan çalışanların istihdama erişmelerinin önündeki *her tür hukuksal engele karşı güvence* sunmalıdır. ¹⁴³

Komite birçok kararında, işlem eşitliği ilkesine saygı göstermeyen statüter, düzenleyici yada yönetsel tüm kuralların taraf devletlerce kaldırılması gerektiğini yinelemiştir. ASS'ye uygunluk için ayırım gözetici ulusal mevzuatın uygulanmaması yeterli değildir. ¹⁴⁴ Komite, denetim işlevini yerine getirirken, istihdamda ayrımcılığı önlemek amacıyla yapılan yasal düzenlemeler konusundaki bilgilerle yetinmemekte; durumu bütünsel olarak değerlendirebilmek için, ayrıca bu amaçla uygulamada alınan somut önlemler konusunda da bilgi ve belgeler istemektedir. ¹⁴⁵ Örneğin Komite, Lüksemburg'tan, istihdamda cinsiyete dayalı işlem eşitliği ilkesine aykırı olan her türlü sözleşmesel, yönetsel yada yasal (statüsel) düzenlemeyi ge-

¹⁴⁰ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 1, *Danemark*, s. 179-180.

¹⁴¹ O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 30-31. Komite, hukuksal çerçevenin bu dört asgari koşulunu, Türkiye için de aynen yinelemiştir (CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 2, *Turquie*, s. 677).

¹⁴² Karşılaştırmak için bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 369 vd.

¹⁴³ CE, CEDS, **Conclusions XIII-5**, s. 253.

¹⁴⁴ CE, CEDS, **Conclusions XIII-3**, *Antilles néerlandaises*, s. 72; CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Volume 2, *Austria*, s. 22-27.

¹⁴⁵ CE, CSE, **Conclusion XIII-3**, 1996, s. 73.

çersiz sayan bir yasal düzenlemesi konusunda, işlem eşitliği ilkesinin, özellikle *istihdama giriş* ve ücret konusunda, bu yasanın nasıl uygulandığına ilişkin bilgiler istemiştir. Yabancıların entegrasyonu ile ilgili bir başka yasanın öngördüğü ayrımcılık yasağı konusunda da, uygulamada alınan somut önlemlere ilişkin benzer istekte bulunmuştur. ¹⁴⁶ Ayrıca hukuksal çerçevenin, işlem eşitliği ilkesine aykırı olan toplu ve bireysel iş sözleşmelerindeki yada işletme yönetmeliklerindeki her tür kuralın hukuksal olarak geçersiz sayılmasını yada iptal edilmesini, kaldırılmasını yada değiştirilmesini öngörmesi gerekir. ¹⁴⁷ Kısacası, yasal, yönetsel, sözleşmesel, yargısal vb niteliklerdeki ayrımcı kuralların tümünün, ister kamu görevlileri ister işçiler yada başka çalışanlarla ilgili hukuksal düzenlemeler söz konusu olsun, kaldırılması gerekir.

2) İkinci olarak, ayrımcılık ileri sürülmesi durumunda *uygun ve etkili başvuru yolları* bulunmalıdır.

Komite, örneğin Romanya'ya ilişkin sonuçlarında, üzülererek şu gözlemde bulunmuştur: Ayrımcılık savı durumunda *kanıtlama yükümlülüğüne* ilişkin hiçbir düzenleme yoktur. Ayrımcılık karşıtı kuralların ihlal edildiğini kanıtlama yükü tümüyle mağdur olduğunu düşünen kişiye düşmektedir. Bu durumun, ayrımcılık yasağının sağladığı korumanın etkililiğine zarar verici nitelik taşıdığını belirten Komite, ASS'nin, ister açıkça dile getirilen bir kuralda yada uygulamada ortaya çıksın, her tür ayrımcılığı yasakladığını, uygulamadaki bir ayrımcılık durumunda istemde bulunan mağdur (davacı işçi) için bir işlem farklılığının varlığını ortaya koymak güç, hatta olanaksızdır. ¹⁴⁸ Dolayısıyla, ayrımcı uygulamada kanıtlama yükümlülüğünün tek başına mağdur işçiye / çalışana düşmesi, *etkili* bir koruma gereği ile bağdaşmaz.

3) Hukuksal çerçevenin, işverenin işten çıkarma yada başka her tür *misilleme* eylemine karşı yakınmada bulunan yada bir dava açan işçi (çalışan) için koruma sağlaması gerekir. ¹⁴⁹

Ayrımcılık karşıtı hukuksal çerçevenin içermesi gereken bu koruma, aslında geniş anlamda “etkili başvuru yolları sağlanması” kapsamına girer. Ancak, uygulamada işverenlerin, hak arama yollarına başvuran, işverenin sendikalara üye olan yada daha ileri giderek sendikal etkinliklerde bulunan çalışanlara (işçilere ve kamu görevlilerine) karşı, en yalın disiplin yaptırımlarının uygulanmasından işten çıkarmaya değin uzanan sindirme, yıldırma, göz dağı verme vb eylemlerine karşı *cay-*

¹⁴⁶ CE, CSE, **Addendum aux Conclusions XIII-3**, 1996, s. 17-18.

¹⁴⁷ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 1, *Islande*, s. 331 ve Tome 2, *Luxembourg*, s. 401-402.

¹⁴⁸ CE, CEDS, **Conclusions 2002**, *Romanie*, s. 117-121.

¹⁴⁹ CE, CEDS, **Conclusions 2002**, *Romanie*, s. 117-121; CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 1, *Islande*, s. 331.

dırıcı nitelikte etkili bir koruma sağlanmasının taşıdığı önem, ayrıca belirtilmesini gerektirmiştir.

- 4) Ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi durumunda, işveren için yeterince caydırıcı ve mağdurun uğradığı zararlar orantılı olan yeterli bir onarım (yaptırım) öngörülmelidir.

Komite, güvenceli bir hukuksal çerçeveyi bu dört koşulla sınırlı görmemiş, ayrımcılık yasağı alanındaki korumanın uygulamada daha etkili kılınmasını kolaylaştırıcı başka önlemler alınmasını da istemiştir. Gerçekten Komite, madde 1/2 kuralıyla bağlı olan **taraf devletlerin yükümlülükleri** arasında, aşağıdaki koşulların da bulunduğunu, bunların yukarıdaki “asgari” nitelikli dört koşula eklendiğini belirtmiştir:

1. Kişiler adına da olmak üzere, *sendikaların* istihdamda ayrımcılık durumlarında hareket etme (dava açma) hakkının tanınması;¹⁵⁰
2. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ortaya koyan bir karar elde edilmesinde çıkarı bulunan gruplarca girişilen bir *toplu eylem* olanağının göz önünde bulundurulması; ¹⁵¹
3. İşlem eşitliğini bağımsız biçimde geliştirmekle görevli *uzmanlaşmış bir organ* kurulması ve özellikle, ayrımcılık mağdurlarına kovuşturmalar başlatmak için gereksindiği desteğin sağlanması. ¹⁵²

Kanımca, ilk ikisi “etkili başvuru” güvencesiyle ilgili olan bu koşullar, ayrımcı uygulamalara karşı sendikaların doğal sayılması gereken yasal girişim ve toplu eylemlerini öngörmektedir. Bunun tam olarak gerçekleşmesinin, sendikal haklarla ilgili 5 ve 6. maddelere, Komitenin yerleşik kararlarına uygun bir içerikle, uygulamada işlerlik kazandırılmasına bağlı olduğu açıktır.

Hukuksal çerçeve, ayrımcılık karşıtı ve işlem eşitliğini güvenceye alan yasal, yönetsel, sözleşmesel kurallardan oluşmaz. Bu alanda, çeşitli ülkelerde örnekleri bulunan “uzman” bir kurum oluşturulması, hukuksal çerçevenin önemli bir parçasıdır. Bu istek yada gereklilik, Avrupa Birliği bağlamında da yinelenmektedir. ¹⁵³ Örneğin SHAK, Norveç’in 1998-2001 yıllarında uyguladığı ırkçılık ve ayrımcılığa karşı eylem planında, ırk ayrımcılığını denetlemek ve din yada inanç, ırk, renk, ulusal yada etnik köken gibi çeşitli nedenlere dayanan ayrımcılıklara uğrayan kişilere hukuksal yardım sağlamak amacıyla 1999 yılında “*etnik ayrımcılığa karşı savaşım merkezi*” kurulmuş olmasını, olumlu bir anlatımla not etmiştir. ¹⁵⁴

¹⁵⁰ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 1, *Islande*, s. 332.

¹⁵¹ CE, CEDS, **Conclusions 2002**, *Italie*, s. 75.

¹⁵² CE, CEDS, **Conclusions 2002**, *Slovénie*, s. 174-176.

¹⁵³ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 393-394.

¹⁵⁴ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 2, *Norvège*, s. 516.

Özetlemek gerekirse, madde 1/2'ye uygun -ayırım gözetmeyen, koruyucu, etkili- bir hukuksal çerçeve oluşturulması; her düzey ve nitelikteki mevzuatta yer alan ayrımcı kuralların titizlikle ayıklanıp kaldırılması ve / yada değiştirilmesi; tüm ayrımcı uygulamalara karşı etkili başvuru yollarına yer verilmesi, daha genel bir anlatımla, ayrımcılık mağdurlarına adil yargılanma hakkının tüm güvencelerinin tanınması; kamusal ve / yada özel işverenlerin başvurabilecekleri misilleme yada yıldırma eylemlerine karşı koruma sağlanması ve işlem eşitliği konusunda bağımsız bir uzman kuruluş öngörülmesi koşullarına bağlıdır. Bu koşullardan birinin eksik, yetersiz yada etkisiz olması, taraf devletlerin madde 1/2'den doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi anlamına gelir.

ASS'de öngörülen ilkelerin güvenceye bağlanması ve uygulamaya aktarılması için ulusal mevzuat düzeyinde alınan ASS'ye uygun düzenlemelerin (yani hukuksal düzlemdeki önlemlerin) gerekli ama her zaman yeterli olmadığını belirten Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'ne göre, taraf devletlerin istihdamda tam bir işlem eşitliğini kolaylaştırmak amacıyla **somut önlemler** almaları gerekir¹⁵⁵; "**istihdama erişme / işe giriş (l'accès à l'emploi) konusunda salt ayrımcılık yasağının öngörülmesi ve aykırı düzenlemelerin kaldırılması yeterli olmadığından, böyle bir ayrımcılık aynı zamanda uygulamada da önlenmelidir.** Oysa emek piyasasındaki kadınların durumu, alınan önlemlerin yeterli olmadığını göstermektedir."¹⁵⁶ Örneğin taraf devletler, azınlıkların bütünleştirilmesini özendirme çabası gösteren **aktif bir istihdam politikası** yürütmelidir. Komite, kadınların yada kimi azınlıkların istihdam piyasasındaki durumunun doyurucu olmamasını, alınan önlemlerin yetersizliğini gösterdiği yolunda değerlendirmektedir. Belirtelim ki Komite, istihdam politikası konusunda, zaman zaman Avrupa Birliği'nde **İstihdam İçin Avrupa Stratejisi** çerçevesinde kabul edilen Yönlendirici İlkelere de¹⁵⁷ yollamalarda bulunmuştur.¹⁵⁸

Komite bu kararında da, ASS'nin "istihdamda ayrımcılığın yasaklanması" konusundaki madde 1/2 kuralının işe girişi, işe almayı da kapsadığını açıkça yinelemiştir. İş Yasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrasındaki "iş ilişkisi" teriminin dar ve sözel anlamıyla sınırlı yorumu benimsenecek olursa, bunun 5. maddeye üstün olan madde 1/2 ile bağdaşmadığı kabul edilmelidir.

Komite, ilk denetim döneminde, madde 1/2 kuralının kabul edilmiş olmasından, taraf devletler için, bu maddede güvenceye bağlanan hakkın eksiksiz biçim-

¹⁵⁵ CE, CEDS, **Conclusions I**, s. 15-16.

¹⁵⁶ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 2, *Espagne*, s. 642.

¹⁵⁷ Bu konuda bkz.: Ahmet Selamoğlu / Kuvvet Lordoğlu, **Katılım Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye'de İşgücü ve İstihdamın Genel Görünümü**, Belediye-İş Yayını, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2006, s. 93-136; Mesut Gülmez, **a.g.y.**, 2008, s. 228 vd.

¹⁵⁸ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 2, *Espagne*, s. 642; CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 1, *République tchèque*, s. 131.

de kullanılmasını sağlamak amacıyla, özellikle, uygun bir eğitim (éducation) ve mesleksi eğitim (formation) sunma yükümlülüğü bulunduğu sonucuna varmıştır.¹⁵⁹ ASS'nin bu kuralı bağlamında, salt ulusal hukuksal çerçevenin uygunluğunu araştırmakla yetinmeyen ve aynı zamanda geleneksel olarak emek piyasasından dışlanmış kimi hedef (elverişsiz) grupların bütünleştirilmesinde ulaşılan sonuçları da inceleyen Komiteye göre, bu grupların üyelerine bir eğitim ve mesleksi eğitim sunulması olgusu, taraf devletler için bu kural gereğince üstlendikleri yükümlülüklerine saygı göstermelerinin bir aracını oluşturur.¹⁶⁰ Kısacası, yükümlülükler, sosyal haklardan yararlanmanın önkoşulu olan eğitimi de kapsar.

SHAK'nin belirtilmesinde yarar gördüğüm bir yaklaşımı da, Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasağı alanındaki hukukuna da yollamalarda bulunmuş ve ASS'ye taraf devletleri, istihdamda ayrımcılık yapılmaması alanında AB hukukunun dayattığı yükümlülüklerle uymaya özendirmiş olmasındır.¹⁶¹ *De Schutter*'e göre, ayrımcılık davalarında kanıtlayıcı yükümlülüğü ile ayrımcılığa karşı savaşında çıkarı bulunan sendikaların ve örgütlerin rolünü de kapsamak üzere, ayrımcılığa karşı gerekli etkililikle koruma sağlayan bir hukuksal çerçeve oluşturulması konusundaki ısrarının da gösterdiği gibi, SHAK'nin içtihadında gözlemlenen gelişmeler, ayrımcılığa karşı savaşım alanında Topluluk mevzuatının evriminden esinlenmiş göründüğünü ortaya koymaktadır.¹⁶²

2. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Ayrımcılık Yasağı

1961 ASS'si ile 5 Mayıs 1988'de kabul edilen ASS'ye Ek Protokol'deki sosyal hakları kapsayan ve ayrıca getirilen değişiklikler ile eklenen sekiz yeni ve toplam otuzbir sosyal hakkı tek bir belgede toplayan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı,¹⁶³ ayrımcılık yasağı alanında gecikmiş ve uygulamayı izleyen bir yeni-

¹⁵⁹ CE, CEDS, **Conclusions 1**, s. 15.

¹⁶⁰ Özellikle Romanlar için eğitim ve mesleksi eğitim yükümlülüğü konusunda bkz.: CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Volume 1, s. 125-129.

¹⁶¹ CE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Volume 1, *Allemagne*, s. 236-242.

¹⁶² O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 33.

¹⁶³ GG ASS'nin güvencelediği, ayırım gözetilmeksizin yararlanılması gereken sosyal haklar, madde başlıkları olarak sırasıyla şunlardır:

Çalışma hakkı (m. 1; *zorunlu çekirdek [ZÇ]*); Adil çalışma koşulları hakkı (m. 2); İş güvenliği ve işçi sağlığı hakkı (m. 3); Adil ücret hakkı (m. 4); *Örgütlenme (sendika) hakkı* (m. 5, ZÇ); *Toplu pazarlık hakkı* (m. 6, ZÇ); Çocukların ve gençlerin korunması hakkı (m. 7); Çalışan kadınların korunma hakkı (m. 8); Mesleğe yönelme hakkı (m. 9); Mesleksi eğitim hakkı (m. 10); Sağlığın korunması hakkı (m. 11); *Sosyal güvenlik hakkı* (m. 12; ZÇ); *Sağlık ve sosyal yardım hakkı* (m. 13; ZÇ); Sosyal refah hizmetlerden yararlanma hakkı (m. 14); Bedensel yada zihinsel özürliülerin mesleksi eğitim ile mesleksi ve sosyal yeniden uyum hakkı (m. 15); *Ailenin sosyal, hukuksal ve ekonomik korunma hakkı* (m. 16; ZÇ); Ananın ve çocuğun sosyal ve ekonomik korunması hakkı (m. 17); Öteki sözleşmeciler tarafından ölkelerinde gelir getirici bir iş yapma hakkı (m. 18); *Çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı* (m. 19; ZÇ); *Cinsiyete dayalı ayırım gözetmek-*

lik getirmiştir. Açıklayıcı raporda; ekonomik ve sosyal haklar alanında başka uluslararası sözleşmelerdeki ve üye devletlerin mevzuatındaki gelişmeler ile yürürlükteki sözleşmelerde düzenleme konusu olmayan yeni sosyal sorunların göz önünde bulundurulduğu belirtilerek, “*tüm değişikliklerin erkekler ve kadınlar arasında işlem eşitliğini sağlama zorunluluğunu unutmaksızın yapılması gerektiği*”nin altı çizilmiş olmakla birlikte,¹⁶⁴ bu alandaki yeniliğin sınırlı kaldığı açıktır.

Gerçi, ASŞ'nin 1961'de çalışma hakkı gereğince istihdamda ayrımcılığa karşı sağladığı sınırlı ve yetersiz koruma, 1996'da kabul edilen GG ASŞ ile istihdamı aşan ve güvenceye alınan sosyal hakların tümünü kapsayan bir genişliğe kavuşturulmuştur. Ne var ki bu olumlu adımın, İHAS'ın 14. maddesinden esinlendiğini ve temelde SHAK'nin yerleşik kararlarının GG ASŞ kuralı olarak düzenlenmesi anlamına geldiğini, içtihat hukukunun pozitif hukuku önelediğini baştan belirtmekte yarar vardır.

GG ASŞ'de -ve ASŞ'de-, ASŞ'nin istihdamda ayrımcılık yasağına ilişkin değiştirilen düzenlemeleri (başlangıç ilkesi ve m. 1/2) dışında, birinci ve ikinci bölümlerdeki çeşitli maddelere serpiştirilmiş biçimde, bazı sosyal hakların kullanılmasıyla ilgili olarak da, eşit işlem ve ayırım gözetmeme konusunda kimi “özümlü” kurallar yer almaktadır. Komiteye göre, istihdamda ayrımcılığa karşı hukuk ve uygulama düzeylerinde koruma sağlayan madde 1/2 kuralı, bu özümlü kuralların özünde vardır, onlara içkindir.¹⁶⁵

a. Genel Ayrımcılık Yasağı ve Hukuksal Çerçevesi

Avrupa Konseyi pozitif hukukunda sosyal haklar listesini genişleten GG ASŞ,¹⁶⁶ ayrımcılık yasağı konusunda da ASŞ'ye oranla görece önemli bir yenilik getirmiştir. ASŞ'nin başlangıcında öngörülen “sosyal haklardan ayrımcılık gözetmeksizin yararlanma” ilkesine başlangıç bölümünde yer vermeyen GG ASŞ, V. bölümüne eklenen ve dolayısıyla içerdiği tüm sosyal haklar için uygulanabilen **E maddesi** ile aşağıdaki düzenlemeyi yapmıştır:

sizin istihdam ve meslek konusunda fırsat ve ücret eşitliği hakkı (EP, m. 1; GGASŞ, m. 20 [ZÇ]); Bilgi alma ve danışılma hakkı (EP, m. 2; GGASŞ, m. 21); Çalışma koşullarının ve iş çevresinin belirlenmesine ve iyileştirilmesine katılma hakkı (EP, m. 3; GGASŞ, m. 22); Yaşlı kişilerin sosyal korunma hakkı (EP, m. 4; GGASŞ, m. 23); İşten çıkarma durumunda korunma hakkı (m. 24); İşverenin iflası durumunda çalışanların alacaklarının korunması hakkı (m. 25); Onurlu çalışma hakkı (cinsel tacize ve saldırgan davranışlara karşı korunma hakkı) (m. 26); Aile sorumlulukları taşıyan çalışanların fırsat ve işlem eşitliği hakkı (m. 27); Çalışan temsilcilerinin işletmede korunma hakkı ve kendilerine tanınacak kolaylıklar (m. 28); Toplu işten çıkarma yöntemlerinde bilgilendirme ve danışılma hakkı (m. 29); Yoksulluğa ve sosyal dışlanmaya karşı korunma hakkı (m. 30); Konut hakkı (m. 31).

¹⁶⁴ CE, Charte sociale européenne (révisée), (STE no 163), Rapport explicatif, parag. 7.

¹⁶⁵ CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, Article 1/2, s. 18.

¹⁶⁶ Bkz.: Mesut Gülmez, **a.g.m.**, 1998, s. 327-358.

“*Bu Şartta* tanınmış haklardan yararlanmanın, *özellikle* ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüşler yada başka her türlü görüş, ulusal çıkış (köken) yada sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa üyelik, doğum yada *başka her durum* temeline dayanan hiçbir ayırım gözetmeksizin sağlanması gerekir.”

GG ASS'nin ayrılmaz parçasını oluşturan ve E maddesine yapılan Ek'te de, esinlendiği İHAM içtihadını pozitif hukuk kuralına dönüştüren ve bu maddedeki ayrımcılık tanımını tamamlayan şu yeni düzenlemeye yer verilmiştir:

“*Nesnel ve makul bir gerekçe*ye dayanan bir işlem farkı ayrımcı sayılmaz.”

E maddesi ile Ek'indeki bu kurallar konusunda öncelikle belirteyim ki, ayrımcılık terimi açısından E maddesinin Fransızca ve İngilizce orijinalleri arasında İHAS'ın 14. maddesindeki benzer -daha önce değindiğim- bir tutarsızlık bulunmaktadır. Kuşkusuz bunun nedeni, E maddesinin her iki dildeki metnininin, 14. maddenin Fransızca ve İngilizce orijinallerinin temel alınarak yazılmış olmasıdır.

E maddesi, SHAK'nin GG ASS'nin yürürlüğe girmesinden önce verdiği kararlarında da sıklıkla belirttiği gibi, salt “doğrudan” değil “**dolaylı**” **ayrımcılıklara karşı da koruma sağlar**. Örneğin, İtalya'ya yönelik 27 sayılı toplu yakınmada verdiği 7 Aralık 2005 tarihli kararında; E maddesinin içerdiği ayırım gözetmeme ilkesinin dolaylı ayrımcılığı da kapsadığını anımsatmış ve Romanların farklı durumunu göz önünde bulundurmamayı ve sosyal konutlara gerçekten erişme olanağını da kapsamak üzere konut koşullarını iyileştirmek amacıyla uyarlanmış önlemler almayı ihmal eden İtalya'nın, konut hakkını güvenceye alan 31. maddenin 1. ve 3. fıkralarını, E maddesiyle birlikte ihlal ettiği sonucuna varmıştır.¹⁶⁷

Ayrımcılık yasağı, İHAS'ın 14. maddesindeki koşul bir yaklaşımı benimseyen E maddesiyle, 1961 ASS'sinde (m. 1/2'de) olduğu gibi artık yalnızca belirli bir alanda değil, GG ASS'deki **tüm haklar** için geçerli olan *genel* bir yükümlülük niteliği kazanmıştır. Böylece pozitif hukuk bağlamında, ayırım gözetme yükümlülüğünün sosyal haklar yönünden uygulama alanı genişletilmiş ve genelleştirilmiştir. Nitekim, eklenen E maddesinin getirdiği yenilik ve sonuç olarak “içtihadı yasalastırmak”la sınırlı olan özelliği, açıklayıcı raporda da şöyle belirtilmiştir: E maddesi, -SHAK'nin ilk ve eski adıyla- Bağımsız Uzmanlar Komitesi'nin, ASS'ye ilişkin içtihadını onaylamış, yani başlangıcın ayırım gözetmeme ilkesinin ASS'nin tüm kurallarına uygulandığını, sonuç olarak da GG ASS'nin içindeki hakların her biriyle ilgili olarak, bu maddede sayılan nedenlerden birine dayalı ayrımcılığa izin verilmediğini belirtmiştir.¹⁶⁸

¹⁶⁷ CE, CEDS, **Réclamation no 27/2004, Centre européen des droits des Roms c. Italie, Décision sur le bien-fondé**, 7 décembre 2005, parag. 46. SHAK'nin E maddesi konusundaki içtihatları için bkz.: CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, Article 1/2, s. 180-186.

¹⁶⁸ CE, Charte sociale européenne (révisée), (STE no 163), Rapport explicatif, parag. 135.

GG ASŞ'nin E maddesinin, “*bu Şartta tanınmış haklardan yararlanmada*” uygulanabilmesi, yani yalnızca GG ASŞ'deki haklardan birinin ihlaliyle birlikte ileri sürülebilmesi nedeniyle, İHAS'ın 14. maddesi gibi “**bağımsız bir varlığı” yoktur**; örneğin toplu yakınmalar sistemi çerçevesinde, güvenceye alınmış sosyal haklardan bağımsız biçimde ileri sürülemez. Ancak kanımca, İHAM'ın sözleşmenin 14. maddesinin uygulanmasında benimsediği yaklaşımda olduğu gibi, ihlal edildiği ileri sürülen sosyal hak yada hakların ihlal edilmediği sonucuna varılsa da, E maddesine aykırılık söz konusu olabilir ve SHAK'nin, bu maddenin ihlal edildiğine karar vermesine herhangi bir engel olmamak gerekir.

Otizm-Avrupa derneğinin Fransa'ya karşı toplu yakınmasında; SHAK, E maddesinin GG ASŞ'ye “*ayrı bir kural*” olarak konulmasının, GG ASŞ yazarlarının bu Şartın öngördüğü temel hakların gerçekleştirilmesinde ayrımcılık yapılması ilkesine verdikleri önemi kanıtladığını belirttikten sonra, söz konusu kuralın nitelik ve işlevini, İHAM'ın yaklaşımına koşut olarak açıklamıştır. Komiteye göre E maddesi, (güvenceye alınan sosyal) hakların tümünden kimi kişilere yada kişi gruplarına özgü karakteristiklerden bağımsız olarak etkili biçimde yararlanmanın güvenceye bağlanmasına katkıda bulunmayı amaçlar. Bu nedenle E maddesi, tek başına bir yakınmaya yeterli temel sunabilecek “**özerk bir hak**” (**droit autonome**) **oluşturmaz**.¹⁶⁹

SHAK, yine Fransa'ya yöneltilmiş *26 sayılı toplu yakınmada* verdiği 15 Haziran 2005 tarihli kararında, İHAM'ın “Belçika'da dil rejimi davası”na ilişkin kararına yollamada bulunarak, “*E maddesinin İHAS'ın 14. maddesine benzer bir rol oynadığını* ve GG ASŞ'nin bir maddi kuralıyla birlikte olması (ileri sürülmesi) gerektiğini, ilgili maddi kurala uygun olan bir durumun, E maddesiyle bağlantılı olarak okunduğunda, ayrımcı bir nitelik taşıdığı gerekçesiyle söz konusu kuralı ihlal edebileceğini belirtmiştir.¹⁷⁰

GG ASŞ'de yer alan (m. 24-31) sekiz yeni sosyal hakkın, AT yönergelerinden esinlenmiş olmasının,¹⁷¹ SHAK'nin bu haklar ile öteki haklar konusundaki kararlarının AT hukuku üzerinde de etkide bulunmasını kolaylaştıracağı belirtilmektedir.¹⁷² Kanımca, uluslararası insan hakları hukuku ve uygulaması arasındaki etkileşimin bölgesel ve evrensel düzeylerde giderek yoğunlaştığı, İHAS'ın 14. maddesinin E maddesinin esin kaynağını oluşturduğu ve bunun başka örneklerinin de

¹⁶⁹ CE, CEDS, *Réclamation no 13/2002 par Autisme-Europe contre la France, Décision sur le bien-fondé*, parag. 51.

¹⁷⁰ CE, CEDS, *Réclamation no 26/2004 par le Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. France, Décision sur le bien-fondé*, 15 juin 2005, parag. 34. Komite bu toplu yakınmada, 5. maddeyle birlikte E maddesinin ihlal edilmediğine oybirliğiyle karar vermiştir.

¹⁷¹ Mesut Gülmez, *a.g.m.*, 1998, s. 327-358.

¹⁷² O. De Schutter, *a.g.y.*, s. 33-34.

bulunduğu göz önüne alındığında, SHAK'nin de İHAM içtihatlarına sıklıkla yollamalarda bulunmasının kaçınılmaz olacağı öngörülebilmektedir.

GG ASS'deki düzenleme, ASS'nin başlangıcından daha geniş biçimde sayılan ayrımcılık nedenlerinin niteliği yönünden esinlendiği İHAS'ın 14. maddesi ile 12 sayılı protokole benzemektedir: Sıralanan ayrımcılık nedenleri "sınırlı" değildir; bu alandaki koruma, E maddesinde sayılmayan nedenler için de geçerlidir. Çünkü nedenler, ASS'nin başlangıcında sayılanlardan farklı biçimde, hem "özellikle" denilerek örnek olmak üzere sıralanmıştır, hem de sonuna sayılmayanları da kapsamak üzere "başka her durum" sözcükleri eklenip ucu açık bırakılmıştır. Açıklayıcı raporda da belirtildiği gibi, bu nedenlerden kimileri, SHAK kararlarıyla ASS'de güvencelenen haklara daha önce de uygulanmıştır. Örneğin SHAK, 13 sayılı toplu yakınmada, E maddesinde açıkça yer almayan "engel" in, "başka her durum" kapsamında olduğunu belirtmiştir.¹⁷³ Açıklayıcı rapora göre, E maddesinin uygulanacağı iki örnekten biri, bu kuralın gebe bir kadın istihdamının reddedilmesinin yasaklanması ve yardımlara erişme konusunda ayırım gözetmemenin öngörülmesidir.

Öte yandan, E maddesine İHAM'ın yerleşik içtihadından esinlenilerek yapılan eklemeye, **nesnel ve haklı bir kanıtlamaya** dayanan bir işlem farklılığının ayrımcı sayılmayacağı belirtilmiştir. Nesnel ve makul kanıtlama örneği olarak, kimi eğitim biçimlerine erişmek için yaş yada nitelik koşulları verilebilir. Ulusal köken, kabul edilebilir bir ayrımcılık nedeni olmamakla birlikte, kimi durum ve koşullarda, örneğin silahlı kuvvetlerde yada yönetimde istihdam edilebilmek için *yurttaşlık* koşulunun gerekliliği kabul edilebilir.¹⁷⁴

Ayrıca E maddesinin, GG ASS'nin ekte tanımlanan kişiler yönünden uygulama alanını genişletecek biçimde yorumlanmaması gerekir. GG ASS, ilgili taraf devletin ülkesinde yasal olarak oturan yada düzenli (yasalara uygun) olarak çalışan *yabancılara*, başka sözleşmeciler tarafından devletlerin uyuştuğu oldukları ölçüde, yani karşılıklılık ilkesi gereğince uygulanır.¹⁷⁵

b. Ayrımcılık Yasağına ve İşlem Eşitliğine İlişkin Özgül Kurallar

GG ASS'nin -ve ASS'nin- çeşitli maddelerinde, ayrımcılık yasağına ve / yada işlem eşitliğine ilişkin "özümlü" kurallar bulunmaktadır. Yukarıda ASS'nin madde 1/2 kuralı olarak incelenen -ve daha önce de belirtildiği gibi GG ASS'de de aynen yinelenen- "istihdamda ayrımcılık yasağına ilişkin kural dışında, her birini kısaca ve SHAK kararlarını göz önünde bulundurarak, ilkece madde sırasıyla açıklamakla yetineceğimiz bu kurallar, temelde E maddesinin sağladığı korumayı pe-

¹⁷³ CE, CEDS, **Réclamation no 13/2002...**, parag 51.

¹⁷⁴ CE, Charte sociale européenne (révisée), (STE no 163), Rapport explicatif, parag. 136.

¹⁷⁵ CE, Charte sociale européenne (révisée), (STE no 163), Rapport explicatif, parag. 137.

kiştiren, güvencelenen bazı sosyal haklardan elverişsiz konumdaki kimi hak öznelrinin yararlanmasını sağlamak için ayrımcılık yasağını ve / yada fırsat eşitliği ile eşit işlem görme hakkını özgüleştirilen düzenlemelerdir.

aa. Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret Hakkı

GG ASŞ'nin, 1961 ASŞ'sinden aynen alınan “*adil bir ücret hakkı*” başlıklı 4. maddesinin, hakça (adil) bir ücret hakkının *etkili* kullanımını sağlamak üzere taraf devletler için öngördüğü ve beş fıkrada sıraladığı yükümlülüklerden biri, 3. fıkrasında şöyle düzenlenmiştir:

“Erkek ve kadınlar arasında eşit değerde bir iş için eşit ücret hakkını tanımak.”¹⁷⁶

Bu kural, “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılığı ayrıca ve açıkça yasaklayan bir düzenlemedir. Kanımca, “*cinsiyet*” temeline dayalı ayrımcılıkları yasaklayan E maddesi, ücret konusundaki her tür ayrımcılığa karşı da öncelikle koruma sağlamaktadır. SHAK'nin yerleşik içtihadına göre, cinsiyete dayalı ayırım gözetmeksizin eşit ücret hakkını güvenceye alan madde 4/3 kuralı, 1988 ek protokolünün 1. ve GG ASŞ'nin 20. maddesinin güvencelediği daha geniş mesleksen eşitlik hakkının bir yönünü oluşturur.¹⁷⁷ Bu nedenle de, SHAK'nin 20. maddeye ilişkin içtihadı “*mutadis mutandis*” madde 4/3'e de uygulanır.¹⁷⁸

Komitenin, ASŞ'nin onay kapsamı dışında tutulan kimi maddelerine ilişkin ilk raporunda vurguladığı gibi, madde 4/3 kuralının koruduğu hak, doğrudan doğruya ASŞ'nin temel ilkelerinin birinden, yani cinsiyete dayalı ayırım gözetilmeksizin sosyal haklardan yararlanma ilkesinden kaynaklanmış olduğu için çok büyük önem taşımaktadır. Bu nedenledir ki, **onaylanmayan** maddelere ilişkin ilk denetim yöntemi,¹⁷⁹ madde 4/3'e de (ve ayrıca madde 7/1 ile 8/1 ve 2'ye) uygulanmıştır.

Bağımsız Uzmanlar Komitesi, söz konusu ilk denetim dönemindeki sonuçlarında; madde 4/3'ün, “yalnızca hukuksal planda değil aynı zamanda *uygulamada* da, taraf devletlerin eşit değerde iş için eşit ücret ilkesini tanımalarını zorunlu

¹⁷⁶ Bu fıkra, “eşit değerde iş” (*une rémunération égale pour un travail de valeur égale / equal pay for work of equal value*) yerine “eşit iş” kavramının kullanıldığı resmi çeviride şöyledir:

“Çalışan erkekler ile kadınların eşit işe eşit ücret hakkına sahip olduklarını tanıma.”

Bu çeviri, ister İngilizce, ister Fransızca orijinal temel alınmış olsun, kuşkusuz önemli bir yanlıştır.

¹⁷⁷ Bu nedenle, her iki maddeyi onay kapsamına alarak yükümlülük üstlenen devletler, yalnızca 20. maddenin uygulanması açısından denetlenmektedirler ve dolayısıyla da, madde 4/3'e ilişkin rapor sunma yükümlülüğünden bağımsızdır.

¹⁷⁸ CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, article 4/3, s. 60.

¹⁷⁹ İlk kez 1981 yılında işletilen bu denetim yöntemi konusunda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, “Avrupa Sosyal Şartı Koruma Sistemi ve Türkiye”, **Türk-İş Yıllığı 99**, Cilt 2, (Yüzyıl / Binyıl Biterken Dünyada ve Türkiye'de Durum), Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu / Türk-İş Araştırma Merkezi, Ankara 1999, s. 98-99.

kıldığını” belirtmiştir. Bu fıkranın yorumu konusunda da, erkekler ve kadınlar arasında ücret eşitliğinin eşit değerde işlere uygulanması gerektiğini ve bunun da, ilgili devletlerin hükümetlerince (inceleme komisyonları, anketler vb.) uygun yöntemlere dayanan, bu işlerin nesnel değerlendirilmesi ölçütlerinin oluşturulmasını varsaydığını belirtmiştir.¹⁸⁰ Eşit değerde iş kavramı ise, BUK’a göre, karşılaştırmaların yalnızca bir (tek) ve aynı işletme ile sınırlı olmamasını ve farklı işler arasında da yapılması olanaklarını içerir.

Ücretin tüm öge ve yönlerini (yani geniş anlamda ücreti) kapsayan eşit ücret ilkesine, tam ve kısmi zaman çalışanlar için de uyulması gerekir. ASS, bu ilkeyi (yasa, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi vb.) uygulamaya koyma araçlarını seçme özgürlüğünü hükümetlere bırakmıştır.¹⁸¹ Eşit ücret ilkesi, toplu sözleşmeler yoluyla uygulamada tam olarak gerçekleştirilemiyorsa, ilkece araçları seçme serbestliği bulunan devletin yasal ücret saptama yöntemleri yada başka uygun bir yolla karışması gerekir.¹⁸² İç hukuk, ücretle ilgili ayrımcılık savları durumunda uygun *başvuru yolları* öngörmelidir. Komiteye göre, durumun madde 4/3’e uygun sayılabilmesi için, kötü niyetli işten çıkarmada, öngörülen yaptırımın ilkece **“işe yeniden geri dönme”** (işe iade) olması gerekir. **Tazminat ise, bunun olanaksız olması yada ilgilinin istememesi durumunda ödenmelidir.** Ancak, cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığı mağdurlarına, işveren için caydırıcı ve işçi için de uğradığı zararı *onarıcı* nitelik taşıyan yeterli bir *tazminat* ödenmesi sağlanmalıdır.¹⁸³ Devletler, ücretler arasındaki farkı olabildiğince azaltmak ereğiyle, örneğin ücret istatistiklerinin kapsam ve niteliğini iyileştirici önlemler getirilmesi ve eşit ücret sorununun istihdam için ulusal eylem planında göz önünde bulundurulması gibi *olumlu önlemler* alınmasını özendirmelidirler.¹⁸⁴

Ayrımsız eşit ücret hakkından etkili biçimde yararlanmanın gerektirdiği güvenceler konusunda çok titiz davranan SHAK, sürekli ve sistemli bir denetim yapmaktadır. Mevzuatın, salt “aynı iş” için değil, aynı zamanda “eşit değerde iş” için de eşit ücret öngörmesi gerektiğini belirten SHAK, istihdamda ayrımcılık yasağının hukuksal çerçevesine ilişkin kararlarında olduğu gibi; a) Toplu iş sözleşmeleri ile iş sözleşmelerindeki olası aykırı kuralların geçersiz sayılması; b) Hakkın uygun başvuru yolları ile korunması ve c) Eşit ücret hakkından yararlanmak isteyen, örneğin bu amaçla yargıya (hak arama yollarına) başvuran çalışanlara yönelik olarak işverenin misilleme önlemlerine karşı etkili koruma sağlaması gibi güvencelerin de tanınma-

¹⁸⁰ CE, Comité d’experts indépendants (CEI) de la CSE, **Conclusions I**, Srasbourg, 1969-1970, s. 29.

¹⁸¹ CE, CEI, **Conclusions I**, Srasbourg, 1969-1970, s. 30.

¹⁸² CE, CEI, **Conclusions I**, Observation introductive, 29-30.

¹⁸³ CE, CEI, **Conclusions XIII-5**, Observation introductive de l’article 1^{er} du Protocole additionnelle, s. 270-271; CE, CEDS, **Conclusions XVI-2**, Tome 2, *Malte*, juillet 2003, s. 534.

¹⁸⁴ CE, CEI, **Conclusions XVII-2**, *République tchèque*, s. 117-119.

sını (öngörülmesini) istemiştir. ¹⁸⁵ Komiteye göre, “temel hak” olarak nitelendirdiği eşit ücret hakkını kullanan bir işçinin yakınmasını (davasını) geri almak zorunda kalması, bu hakkın anlamının büyük ölçüde içinin boşaltılması anlamına gelir ¹⁸⁶ ve bu gerekçeye dayalı işten çıkarma yasaklanmalı ve işten çıkarma durumunda uygulanması gereken yaptırım da, ilkece işe geri döndürme olmalıdır. ¹⁸⁷

İş Yasası'nın, işverenin, ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesine aykırı işlemleri için öngördüğü yaptırımın (m. 5/6), sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda işe geri dönmeyi içermemesi, SHAK'nin yerleşik kararlarıyla bağdaşmamaktadır.

bb. Sosyal Güvenlik Haklarında Eşit İşlem İlkesi

GG ASS'nin 12. maddesi, sosyal güvenlik hakkının *etkili* kullanımını sağlamak amacıyla taraf devletler için öngördüğü yükümlülükler arasında, sosyal güvenlik hakları konusunda *eşit işlem* ilkesine yer vermiştir. 12. maddenin değişiklik yapmaksızın ASS'den aynen GG ASS'ye alınan 4. fıkrasının *a bendi*; taraf devletlerin uygun ikili yada çok taraflı sözleşmeler yaparak yada başka araçlarla, bu anlaşmalardaki koşullar saklı kalmak koşuluyla, sosyal güvenlik haklarında “*yurttaşlık*” (*uyrukluk*) temeline dayalı farklı işlem yapılmamasını sağlama yükümlülüğü öngörmüştür:

“Korunan kişilerin taraf devletlerin ülkeleri arasında gerçekleştirecekleri yer değiştirmeler ne olursa olsun, sosyal güvenlik mevzuatının tanıdığı avantajların korunmasını da kapsamak üzere, sosyal güvenlik haklarıyla ilgili olarak, **taraf devletlerin her birinin yurttaşları ile diğer taraf devletlerin uyrukları arasında işlem eşitliği(ni sağlama).**” ¹⁸⁸

Bu kuralın kişiler yönünden uygulama alanı -daha önce de değinilen- ASS'ye Ek'in 1. paragrafına göre belirlenir. Karşılıklılık ilkesinin uygulanmadığı ¹⁸⁹ mad-

¹⁸⁵ CE, CEI, **Conclusions VIII**, s. 65; CE, **La femme dans le monde du travail**, s. 35-40; Lenia Samuel, **a.g.y.**, s. 91-101.

¹⁸⁶ CE, CEDS, **Conclusions VII**, s. 27.

¹⁸⁷ CE, Charte sociale européenne (CSE), **Vade-Mecum**, Strasbourg, juillet 2000, s. 140-141; Lenia Samuel, **a.g.y.**, s. 328-335.

¹⁸⁸ 12. maddenin 4. fıkrasının a bendinin resmi çevirisi şöyledir:

“Korunan kişilerin Taraf Ülkeler arasında ne suretle olursa olsun yer değiştirmeleri sırasında, sosyal güvenlik mevzuatından doğan yardımların muhafazası da dahil olmak üzere sosyal güvenlik hakları açısından diğer Tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarının eşit muamele görmelerini (sağlama).”

¹⁸⁹ Sosyal Şart'a Ek, ASS'nin madde 1-17'de amaçlanan kişilerin, yalnızca, ilgili taraf devletin ülkesinde yasal olarak oturan yada çalışan başka sözleşmeciler taraf devletlerin uyrukları oldukları ölçüde “yabancılar”ı kapsamamasını öngörmüştür. Ancak Ek, ASS'nin madde 12/4 ile madde 13/4 kurallarını saklı tutarak, bu “karşılıklılık” ilkesinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Komite de, bu kuralı göz önünde bulundurarak, şu sonuca varmıştır:

de 12/4'ün kapsamına; ülkede yasal olarak oturan yada düzenli olarak çalışan ulusal uyruklulardan başka, artık ülkede oturmayan ancak geçmişte yasal olarak oturmuş yada düzenli biçimde çalışmış olan ve bu nedenle de ülke mevzuatı gereğince kazanılmış sosyal güvenlik haklarını koruyan öteki taraf devletlerin uyrukları da girer. Sığınmacılar ve vatansızlar, bağımsız çalışanlar ve uzun dönemli riskler dışında başka bir göreve (işe) verilmiş işçiler (çalışanlar), madde 12/4'ün kapsamındadır.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkları kapsayan madde 12/4'ün maddi içeriği ile ilgili olarak kısaca belirtmek gerekirse; bu kural taraf devletin, bir sosyal ödemeyi salt kendi uyruklarına özgülemesine yada yalnızca yabancılara uygulanan ek yada daha kısıtlayıcı koşullar dayatmasına olanak vermez. Bunun istisnası, ASŞ Eki'inde ilkece kabul edilen, *katkıda bulunmayı içermeyen ödemeler* yapılması için bir oturma döneminin tamamlanmasıdır. Ancak, bu koşulun (sürenin) izlenen amaçla orantılı olması ve aşırı uzun olmaması gerekir. Komite, bu sürenin “makul” olmasını denetlemektedir. Komiteye göre, *katkıda bulunmayı içeren ödemeler ile ilgili olarak öngörülen* oturma yada oturma süresi yahut istihdam süresi ile ilgili koşullar, dolaylı ayrımcılık sayılır. Bu nedenle, uyruklara ve yabancılara fark gözetmeksizin uygulanan kural yada koşulların, özellikle oturma zorunluluğu yada oturma süresi ile ilgili olanların, gerçekte temel olarak yada yalnız yabancılara amaçlayabileceğini ve dolayısıyla da dolaylı ayrımcılıklara yol açabileceğini unutmamak gerekir.¹⁹⁰

Kanımcı, madde 12/4'ün a bendindeki farklı işlem yasağı da, aslında E maddesinin koruması altındadır. “Yurttaşlık” yada “uyrukluk” temeline dayalı ayrımcılık yasağı E maddesinde açıkça öngörülmemiş olsa da, bu ölçütün “özellikle” denilerek başlanan ve “başka her durum” denilerek bitirilen nedenler kapsamına girdiğine kuşku yoktur. Kanımcı, uluslararası işgücü hareketlerinin Batı Avrupa coğrafyasında özendirilmesini ve gereksinim duyulan yabancı işgücünün sosyal güvenlik haklarını yitirme kaygısına kapılmasını önlemek için, bu kuralın 1961 yılında ASŞ'ye açıkça yazılması gerekli görülmüştür.

Nitekim, ASŞ'den dört yıl önce, kurucu devletler arasında “ekonomik” bütünlüşmeyi amaçlayan Roma Antlaşması'yla 1957'de kurulan Avrupa Ekonomik

“Gerçekten bu kural karşılıklılık temeline dayanmaz ve sözleşmeciler taraflar, iki yanlı yada çok yanlı anlaşmalar imzalamaksızın başka araçlarla, madde 12/4'teki ilkeleri doğrudan bu madde nedeniyle uygulamaya koymakla ödevlidir. Komite bu konuda, tek yanlı önlemlerin söz konusu olabileceğini açıklamıştır. Sosyal güvenlik konusunda anlaşmaların bulunmaması durumunda, her sözleşmeciler taraf, madde 12/4'ün ilkelerinin öteki sözleşmeciler tarafların uyrukları hakkında uygulanmasını sağlamak amacıyla tek yanlı önlemler almakla yükümlüdür.” Bkz.: CE, CEDS, **Conclusions XIII-4**, Introduction générale, Observation interprétative de l'article 12, s. 57.

¹⁹⁰ CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, article 12, s. 103; CE, CSE, **Vade-Mecum**, s. 176.

Topluluğu'na "sosyal politika" alanında tanınan "istisna" nitelikli yetkilerden birini oluşturan "işgücünün serbest dolaşımı" alanında, üye devletlerin işçileri arasında uyrukluğa (vatandaşlığa) dayalı her tür ayrımcılığın kaldırılması öngörülmüş; serbest dolaşım hakkının doğal sonucu olarak göçmen işçilerin sosyal güvenliği sorunu ele alınıp, göçmen işçilere ve onların hak sahiplerine sosyal güvenlik alanında kimi olanaklar sağlanmıştır. ¹⁹¹

cc. Engelli Kişilerin Özerklik, Sosyal Bütünleşme ve Topluluk Yaşamına Katılma Hakkı

GG ASŞ'nin E maddesi, saydığı ayrımcılık nedenleri arasında "engel"e yer vermemiştir. Ancak, söz konusu nedenlerin sınırlayıcı olmama özelliği nedeniyle, tüm engelliler, yalnızca bedensel, zihinsel yada entellektüel engelleri değil aynı zamanda bu maddedeki başka nedenlere dayalı ayrımcılıklara uğramaksızın da güvencelenen tüm sosyal haklardan yararlanma konusunda E maddesinin koruması kapsamındadır.

Anımsatmak gerekirse, Türkiye, 1961 ASŞ'sinin 15. maddesini, ne yazık ki onay kapsamı dışında tutmuştu. Ancak, GG ASŞ'onaylanması ile bu çekince kaldırılmış ve maddenin değişiklik ve yenilikler içeren yeni metninin tümü onay kapsamına alınmıştır.

Temelde, madde 1/2'deki genel yükümlülüğü engelliler özelinde ayrıntılı olarak güvenceleyen 15. maddenin, değiştirilen ve yeni içeriğine uygun olarak düzenlenen başlangıç bölümünde (ilk cümlesinde); taraf devletlerce üstlenilen yükümlülüğün, engellilerin "**yaşları, engellerinin nitelik ve kökeni ne olursa olsun**", onların "özerklik, sosyal bütünleşme ve topluluk yaşamına katılma hakkının etkili kullanımını sağlama" amacı taşıdığı vurgulanmıştır. ASŞ'de yer almayan bu yeni düzenlemeyle, uluslararası insan hakları alanındaki yeni yaklaşım ve korumadan esinlenilmiş, engelin nitelik ve kökenine dayalı ayrımcılıklara karşı engellileri korumayı amaçlayan özgül bir kural getirilmiştir. SHAK'nin anlatımıyla, 15. maddenin özünde yatan düşünce, engelli kişilerin "*yurttaşlıktan tam olarak yararlanmaları*"dır. Engelliliği, eskiden olduğu gibi artık "hedef grup, bireysel sorun" prizmasından değil, duvarları kaldırması ve dışlamaları tümenden uzaklaştırması gerekenin tüm toplum olduğu anlayışını getiren, "tüm toplumla ilgili bir yurttaşlık sorunu" olarak gören 15. madde, ilk iki fıkrasında engellilerin geleneksel olarak karşılaştığı iki büyük sorunu oluşturan "eğitim ve istihdam"ı ele almış; 3. fıkrasında da bu alanların ötesine geçerek, eğitim ve istihdam konusunda eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasının toplumsal yaşamın diğer alanlarından soyutlanamayacağını göstermiştir. ¹⁹²

¹⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 171-175.

¹⁹² CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, article 15, s. 118-120.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (92)6 sayılı Tavsiyesindeki yaklaşımı benimseyen ve engelliler için eğitim ve mesleksel eğitim ile sınırlı olmayan daha geniş bir koruma öngören GG AŞŞ'nin 15. maddesinin değiştirilen 1. fıkrasına göre, taraf devletler şu yükümlülüğü üstlenmiştir:

“Engelli kişilere, olanaklıysa ortak hukuk çerçevesinde yada olanaklı değilse, uzmanlaşmış özel yahut kamusal kuruluşlar aracılığıyla, yöneltme / yönlendirme, *eğitim ve mesleksel eğitim* sağlamak için gerekli önlemleri almak.”

Madde 15/1'de öngörülen bu yükümlülük gereğince, çocuk, genç ve yetişkin tüm engellilerin öğretim, eğitim ve mesleksel eğitiminin “genel yada olağan yapılar içinde” düzenlenmesi gerekir. Ancak bunun olanaksızlığı durumunda, daha açık bir deyişle, özel yada ayrı bir öğretimi haklı gösteren *zorlayıcı gerekçeler* (motif impérieux) varsa, bu kurala istisna getirilebilir. Engele dayalı ayrımcılığı yasaklaması gereken taraf devletlerin, bütünleşmeye olanak veren önlemler alması ve hiç kimseyi dışlamayan öğretim ve eğitim sistemlerini uygulamaya koymak için, durumun elle tutulur biçimde düzeldiğini kanıtlaması gerekir. Ayrımcılığa uğramaksızın eğitim hakkından dışlandığı yada yararlanamadığı kanısını taşıyan engellilere, etkili başvuru yolları tanınmalıdır.¹⁹³ Engelli kişilerin hukuksal durumu, özellikle eğitim ve mesleksel eğitim alanında ayrımcılık karşıtı bir mevzuatın varlığını zorunlu kılar.¹⁹⁴

Engellilerin istihdam hakkını güvenceye alan 15. maddenin 2. fıkrasındaki yeni kuralın getirdiği yükümlülük ise, işverenlerin engele dayalı ayrımcı işlem ve uygulamalarını önleme amacı taşımaktadır ve şöyledir:

“İşverenleri, engelli kişileri *işe almaya* ve olağan iş çevresinde etkinlikte tutmaya ve çalışma koşullarını bu kişilerin gereksinimlerine uyarlamaya özendirmeye elverişli önlemler yoluyla yada, özür nedeniyle olanaksızlık durumunda, işgöremezlik derecesine göre korunmuş istihdam yaratarak yada düzenleyerek, (engellilerin) işe girişlerini kolaylaştırmak.”

Engellilerin, çalışma koşullarının gereksinimlerine uyarlanması yoluyla, “olağan emek piyasası”na girmelerini öngören 2. fıkra, mevzuatın, engele dayalı ayrımcılığı yasaklamasını; işverenler için engelli bir kişiyi yada iş kazası yahut meslek hastalığı sonucu engelli olan bir işçiyi işten çıkarmama yükümlülüğü içermesini; korunmuş istihdam yapılarının (kotalı işlerin), engeli nedeniyle olağan emek pi-

¹⁹³ CE, CEDS, Charte sociale européenne (révisée), **Introduction Générale, Conclusions 2007**, Observation interprétative de l'article 15/1, décembre 2007, parag. 9; CE, CEDS, Charte sociale européenne (révisée), **Conclusions 2005**, Tome 1 (Bulgarie, Chypre, Estonie, France, Irlande, Italie, Lituanie), Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, septembre 2005, s. 102.

¹⁹⁴ CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 2 (Roumanie, Sloveenie, Suède), s. 538.

yasasında yer bulamayan engelli kişilere ayrılmasını gerektirir. Bu nitelikteki işlerde üretime yönelik olarak çalışan kişiler, özellikle hakça ücret ve sendikal haklar başta olmak üzere, iş hukukunun başlıca kurallarından yararlanmalıdırlar. ¹⁹⁵

1. ve 2. fıkraları yukarıdaki biçimde değiştirilen 15. maddeye, taraf devletlere engellilerin sosyal yaşama eksiksiz katılımlarını ve kimi hizmet yada olanaklardan yararlanmalarını sağlama konularında yeni ve “olumlu” yükümlülükler getiren aşağıdaki yeni 3. fıkra eklenmiştir:

“Engelli kişilerin, özellikle iletişim ve hareketlilik engellerini aşmayı amaçlayan, teknik yardımları da kapsayan önlemlerle *sosyal yaşama tam katılımlarını* ve onunla bütünleşmelerini kolaylaştırmak ve onlara, ulaşım araçlarına, konuta, kültürel etkinliklere ulaşma ve serbest zaman kullanma olanağı vermek.” ¹⁹⁶

GG ASS’ın 15. maddesi, E maddesiyle birlikte çeşitli toplu yakınmalara konu olmuştur. Aşağıda ayrıca belirtileceği gibi SHAK, 4 Kasım 2003 tarihli kararında, Fransa’ya karşı yapılan *13 sayılı toplu yakınmada*, madde 15/1 (ve 17/1) kurallarının, E maddesiyle birlikte yada tek başına okunduğunda, ihlal edildiği sonucuna varmıştır. SHAK; BM, UÇÖ ve AB bağlamında benimsenen yaklaşımlarla örtüşen bu kararında; GG ASS’ın 15. maddesinin değerler sisteminin evriminde bir dönemeci simgelediğini; tüm Avrupa ülkelerinde son on yıldır biçimlenen bu anlayışa göre, artık engelli kişilere “*özel bir hedef grup*” olarak davranmanın yerini onlara “**eksiksiz yurttaşlar olarak saygı göster-**

¹⁹⁵ CE, CEDS, **Conclusions I**, s. 202; CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 2 (Romanie, Slovenie, Suède), s. 538-542; CE, CEDS, **Conclusions XIV-2**, *Belgique*, s. 168-170 ve *République tchèque*, s. 151-152; CE, CEDS, Charte sociale européenne (révisée), **Introduction Générale**, **Conclusions 2007**, Observation interprétative de l’article 15/2, décembre 2007, parag. 10.

¹⁹⁶ 15. maddenin resmi çevirisi şöyledir:

“Âkit Taraflar, yaşları ve özürlülerinin nedenleri ve niteliği ne olursa olsun, özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak amacıyla:

1- Mümkün olduğunda genel plan çerçevesinde, ya da bu mümkün değilse, kamusal ya da özel uzmanlaşmış organlar aracılığıyla özürlülerin yönlendirilmesini, öğrenimini ve mesleki eğitimini sağlamak için gerekli önlemleri almayı;

2- Normal çalışma ortamında özürlüleri istihdam etmek ve onların istihdamını sürdürmek ve çalışma koşullarını özürlülerin gereksinimlerine uyarlamak, ya da özürülük nedeniyle bunun mümkün olmadığı durumlarda çalışmayı buna göre düzenlemek ya da özürün düzeyine göre güvenli bir istihdam türü yaratmak için, işverenleri özendirmeye yönelik bütün önlemlerle onların istihdam edilmelerini teşvik etmeyi; Bazı durumlarda bu önlemler uzmanlaşmış yerleştirme ve destekleme hizmetlerine başvurmayı gerekli kılabilir.

3- Özellikle, teknik yardımları da içermek üzere, iletişim ve hareket engellerinin üstesinden gelmeyi ve ulaşım, barınma, kültürel etkinlikler ve boş zaman kullanımını sağlamayı hedefleyen önlemler yoluyla özürlülerin toplumla tam olarak bütünleşmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını teşvik etmeyi; Taahhüt ederler.”

me” yaklaşımının aldığı vurgulamıştır. 15. maddenin altında (özünde), “engelli kişilerin yurttaşlıktan tam olarak yararlanmaları gerektiği” ana düşüncesinin bulunduğu altını çizen SHAK, hiç kuşkusuz, bu hedefe erişmenin koşulunun, bir engeli bulunan çocuklara ve başka kişilere eğitim hakkı güvencesinin sağlanması olduğunu belirtmiştir. Komiteye göre, eğitimin 15. maddede özel olarak anılmasının nedeni budur ve yine 1. fıkranın, söz konusu eğitimin “olanaklıysa ortak hukuk çerçevesinde” sürmesi ve gerçekleşmesi zorunluluğu üzerinde ısrarla durması da bundandır. 15. madde, engellerinin nitelik ve kökeni ve engelli kişilerin yaşları ne olursa olsun, tüm engelli kişilere uygulanır, dolayısıyla çocukları ve yetişkin otistleri kapsar. ¹⁹⁷

dd. Göçmen İşçilere Ayrımcılık Yasağı

ASS'nin iki yeni fıkra eklenerek GG ASS'de aynen yinelenen 19. maddesi, çalışan göçmenlerin ve aile üyelerinin bir başka taraf devletin ülkesinde korunma ve yardım hakkının etkili biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, taraf devletler için toplam oniki fıkrasında sıraladığı yükümlülükler getirmiştir. Bunlardan 4. ve 5. fıkralarda öngörülen yükümlülükler, bir taraf devlet için, saydığı konularda, ülkesinde yasal durumda bulunan göçmen çalışanlara kendi yurttaşlarından daha az elverişli olmayan işlemlerde bulunmasını öngörmektedir. SHAK'ye göre bu madde, yabancı işçiler ile ulusal (uyruklu) işçiler arasında basit bir işlem eşitliğini aşan bir değer taşır. Devletin üstlendiği yükümlülük, kendi uyruklarına oranla daha elverişli ve daha olumlu (pozitif) önlemler alıp uygulamaya koymalarını öngörmektedir. ¹⁹⁸

4. fıkraya göre taraf devletler, ülkelerinde yasal olarak bulunan göçmen çalışanlara, aşağıdaki konularla ilgili olarak, kendi yurttaşlarından daha az elverişli olmayan bir işlemde bulunma güvencesi sağlamayı üstlenmiştir. Yasalara yada tüzük ve yönetmelik gibi yönetsel düzenlemelere konu olan ve yönetsel yetkililerin denetimine bağlı tutulan ve aynı zamanda hukuk ve uygulama düzeylerinde taraf devletler için yükümlülükler içeren bu konular şunlardır:

- a) Ücret ve başka istihdam ve çalışma koşulları,
- b) Sendikal örgütlere üyelik ve toplu iş sözleşmeleriyle sunulan (sağlanan) avantajlardan yararlanma,
- c) Konut.

¹⁹⁷ CE, CEDS, **Réclamation no 13/2002, par Autisme - Europe contre la France, Décision sur le bien-fondé**, 4 novembre 2003, parag. 48.

¹⁹⁸ CE, Comité d'experts indépendants (CEI), **Conclusion I**, s. 81. SHAK'nin içtihatlarından alıntılar ve daha geniş bilgi için ayrıca bkz.: CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, article 19/4, 5, 7, s. 133-135 ve 287-291; CE, **Les travailleurs migrants et leurs familles**, Protection dans la Charte sociale européenne, Droits de l'Homme, Cahiers de la Charte sociale, No 4, Strasbourg, 1996, s. 33-56; Lenia Samuel, **a.g.y.**, s. 434-458.

5. fıkraya göre, taraf devletler, ülkelerinde yasal olarak bulunan göçmen çalışanlara, çalışan kişi olarak alınan, çalışmaya değer *vergiler, harçlar ve primler* ile ilgili olarak, kendi yurttaşlarından daha az elverişli olmayan bir işlemde bulunma yükümlülüğü üstlenmişlerdir. ¹⁹⁹

7. fıkraya göre de, taraf devletlerin *mahkemelere erişme ve adli yardımdan aynı koşullarla yabancıların yararlanmalarını sağlama* yükümlülükleri vardır ve 19. maddenin güvenceye aldığı tüm haklara ilişkin uyumsuzluklarda (örneğin ücret, çalışma koşulları, sendikal haklar, konut, vergi konularında) geçerlidir. ²⁰⁰

Taraf devletlerin, istihdam sırasındaki eğitim ve ilerlemeyi de kapsayan 4. fıkradan doğan yükümlülükleri, gerek hukuksal düzlemde gerekse uygulamada, doğrudan yada dolaylı hiçbir ayrımcı kural bulunmadığının kanıtlanmasını içermektedir. Devletler ayrıca, göçmen işçilere daha elverişli işlem sağlayan olumlu ve sürekli eylemler sürdürmekle de görevlidir. ²⁰¹ 4. fıkra kuralı, *sendikal örgütlere üyelik ve sendikalarda yöneticilik işlevleri üstlenme* konusunda da, yasal düzenlemelerdeki ve uygulamadaki ayrımcılıkların kaldırılmasını gerektirdiği gibi, ²⁰² toplu pazarlığın (sözleşmenin) sunduğu avantajlardan yararlanmayı da kapsar. İleride değinileceği gibi, 2821 ve 2822 sayılı yasaların madde 19/4, b bendi kurallarıyla bağdaşmayan kuralları vardır. ²⁰³ Konutla ilgili yükümlülükler, kamusal ve özel konutlar edinme ile sosyal konutlara erişme yada konut yardımından yararlanma konusunda, ne yasal düzenlemelerde ve ne de uygulamada ayrımcılık yapılmasını gerektirir. ²⁰⁴

ee. İstihdamda ve Meslekte Fırsat Eşitliği ve Eşit İşlem Görme Hakkı

İstihdamda ve meslekte fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkı, Sosyal Şartlar Sistemi'nde ilk kez 5 Mayıs 1988'de imzalanan ve 4 Eylül 1992'de yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol ile güvenceye alınmıştır. 1961 ASS'sinin

¹⁹⁹ Bu iki fıkranın resmi çevirisi şöyledir: Taraf devletler:

“4- Kendi ülkesinde yasal olarak bulunan bu tür çalışanlara, yasalar ya da yönetmeliklerle düzenlenmek ya da idari makamların denetimine bağlı olmak üzere;

a- ücret, diğer istihdam ve iş koşulları,

b- sendika üyeliği ve toplu pazarlığın sağladığı olanaklardan yararlanma,

c- barınma konularında kendi vatandaşlarına olduğundan daha az lehte davranılmamasını sağlamayı;

5- Kendi ülkelerinde yasal olarak bulunan bu tür çalışanların, çalıştırılan kişiler için ödenmesi gereken istihdam vergileri, harç ve primler bakımından kendi vatandaşlarından daha az lehte bir muameleye tabi olmamalarını sağlamayı (taahhüt ederler).”

²⁰⁰ CE, CSE, **Vade-Mecum**, s. 202-203.

²⁰¹ CE, CEI, **Conclusions III**, s. 101; CE, CEI, **Conclusions I**, s., 84.

²⁰² CE, CEI, **Conclusions XIII-3**, s. 431.

²⁰³ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 638 vd., s. 653-654.

²⁰⁴ CE, CEI, **Conclusions III**, s. 102.

maddi içeriğini eklediği dört yeni sosyal hakla genişleten 1988 ek protokolü, 205 GG ASŞ'ye 20. madde olarak aynen aktarılan 1. maddesinde, 206 istihdam ve meslek alanında, *cinsiyete dayalı ayırım gözetmeksizin*, fırsat ve işlem eşitliği hakkını güvenceye almıştır. Bu hakkın etkili kullanımını sağlamak amacıyla, taraf devletlerin bu hakkı tanımayı ve sayılan alanlarda uygulanmasını sağlamak yada özendirmek için uygun önlemler almayı üstlendiklerini öngörmüştür. Bu alanlar, dört başlıkta somut olarak şöyle sıralanmıştır:

- *İşe (istihdama) giriş* (accès à l'emploi), işten çıkarmalara karşı koruma ve yeniden mesleksel bütünleştirme (işe yerleştirme);
- Mesleksel yönlendirme ve eğitim, rösiklaj, mesleksel yeniden uyum;
- Ücreti de kapsamak üzere, istihdam ve çalışma koşulları;
- Yükselmeyi de kapsamak üzere, meslekte ilerleme (kariyer yapma).

Görüldüğü gibi, "işe alma"dan başlayarak mesleksel yaşamın (iş ilişkisinin) tüm aşamalarında fırsat ve işlem eşitliği hakkını güvenceye alan 20. madde, salt "cinsiyet"e dayalı ayrımcılık yasağı öngörmekle birlikte, taraf devletler için madde 1/2'den daha geniş yükümlülükler getirmiştir. SHAK'nin yerleşik kararlarında, bu maddeye uygunluğun gerektirdiği koşullar şöyle sıralanmıştır:

- a) Yasa dışı yada kötü niyetli işten çıkarma (fesih) durumunda, işçinin **işine geri dönmesi** (işe iade) yada **istihdamda kalması** (işini sürdürmesi);
- b) *Eğer işçi işine geri dönmek istemiyorsa* yada iş ilişkisini sürdürme olanağı yoksa, uğranılan ekonomik ve moral (maddi ve manevi) zararı gideren orantılı bir *tazminat* ödenmesi;
- c) Başka tüm durumlarda, ayrımcılığın durdurulması ve zararlar orantılı bir tazminat ödenmesi. 207

²⁰⁵ Türkiye, 13 Haziran 2008 itibarıyla, ancak 10 devletin imzaladığı ve 13 devletin de onayladığı 1988 ek protokolünü, 5 Mayıs 1988'de imzalamıştı.

Bkz.: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=128&CM=1&DF=6/13/2008&CL=FRE>, erişim: 14 Şubat 2009.

GG ASŞ'nin ek protokollerden aktarılan maddeleri de (m. 20-23) onay kapsamı içinde olduğundan, artık 1988 protokolünün onaylanmasının gereği ve anlamı kalmamıştır. Kuşkusuz, GG ASŞ'yi onaylayan tüm devletler için aynı durum söz konusudur.

²⁰⁶ Bu aktarma sırasında yapılan ve içeriği etkilemeyen teknik düzenlemelere göre, ek protokolün 1. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları GG ASŞ'nin 20. maddesinin metninden çıkarılmıştır. Ancak bu fıkraların yeri değiştirilerek, GG ASŞ'nin -ayrılmaz parçası olan- eki'ne aktarılmış ve ek 20. maddenin 2, 3 ve 4. fıkraları olarak aynen yinelenmiştir. Uyum gerekçesiyle yapılan bu yer değiştirme, üstlenilen yükümlülüklerin uygulama alanını hiçbir biçimde etkilememektedir. Bkz.: CE, Charte sociale européenne (révisée), Rapport explicatif, parag. 81.

²⁰⁷ CE, CEDS, **Conclusions XVII-2**, Tome 1, article 1^{er} du Protocole additionnel de 1988, (*République chèque*), s. 160-161. Örneğin SHAK, işçinin cinsiyete dayalı bir ayrımcı işleme işten çıkarılması durumunda, işe geri dönme hakkını öngörmeyen bir yasal düzenlemenin (*Finlandiya*) madde 20'ye uygun olmadığına karar vermiştir (s. 256).

Bu yönüyle madde 1/2 karşısında özel kural (lex specialis) niteliği taşıyan 20. madde, ilke olarak, sosyal güvenlik konusunda da işlem eşitliğini güvenceye bağlar.²⁰⁸ Ancak, taraf devletlerin, sosyal güvenliği 20. maddenin uygulama alanı dışına çıkarmaları olanaklıdır. 1988 ek protokolünün (GG ASS'nin) eki'ne göre taraf devletlerin, onay yada 20. maddenin kabul edilmesi sırasında yapacakları bir bildirimle, sosyal güvenlikle ilgili konular ile işsizlik, yaşlılık ve dul ve yetim aylıklarına (yardımlarına) ilişkin kuralların tümünü yada bir bölümünü 1. maddenin (GG ASS'nin 20. maddesinin) kapsamı dışında tutabilirler (m. 1; GG ASS'ye Ek, m. 20/1). Sosyal güvenlik konusunda eşit işlem, özellikle sosyal güvenlik rejimlerinin uygulama alanı, bu rejimlere erişme koşulları, ödeneklerin (yardımların) hesaplanması ve süresi konularında cinsiyete dayanan her tür ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirir.

1988 ek protokolünün madde 1/1 (GG ASS'nin m. 20) kuralı ile ASS'nin madde 1/2 kuralı arasında içerik ve uygulama alanları ile ilgili olarak yapılacak bir karşılaştırma, şu saptamalara olanak vermektedir: Madde 20, madde 1/2 ile madde 4/3'ü tamamlar. Ancak, söz konusu maddelerin konu yönünden uygulama alanları farklıdır. Madde 1/2, istihdamda cinsiyet dışındaki başka nedenlere dayalı ayrımcılıkları da kapsarken, madde 20 yalnızca "cinsiyet"e dayalı ayrımcılıklarla ilgilidir. Madde 4/3 ise, eşit değerde iş için eşit ücret ilkesine ilişkindir. Madde 20, ücret ile ilgili sorunları kapsar ve daha geniş bir uygulama alanı vardır; taraf devletler için madde 1/2 ve madde 4/3'te öngörülenden daha geniş yükümlülükler yer verir.

SHAK'nin yerleşik ve tüm sosyal haklar için yinelediği kararlarına göre, erkekler ve kadınlar arasında eşit işlem ilkesinin içerdiği yükümlülükler; madde 1/2 ile madde 4/3'te de olduğu gibi, doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkların yasaklanmasını, aynı zamanda hukuk ve uygulama planlarında güvenceye alınmasını gerektirir. Salt ayrımcı bir kuralın uygulanmaması, GG ASS'ye uygunluk açısından yeterli değildir. 20. madde, yasal / biçimsel nitelik yada statülerine bakılmaksızın, kamusal ve özel kesimlerde çalışan tüm ücretlileri kapsayan bir koruma sağlar.

Eşit değerde iş için eşit ücret hakkını güvenceleyen madde 4/3 kuralına ilişkin içtihatlarla değinilirken de belirtildiği gibi, *hukuksal güvenceler* bağlamında özetle; eşit işlem hakkı tüm yönleriyle ve açıkça güvencelenmeli; bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile iç yönetmelikleri de kapsamak üzere yasal, yönetsel ve sözleşmesel her tür aykırı düzenleme yok ve geçersiz sayılmalı; mağdura (ücretliye) uygun ve etkili başvuru (hak arama) yolları ile uğradığı maddi ve manevi zararları karşılayan ve işveren için de ayrımcı işlem ve eylemlerden kaçınmasını sağlayan -ayrı-

²⁰⁸ CE, CEDS, *Digest de Jurisprudence du Comité...*, 2008, article 20, s. 141-142; CE, CEDS, CSE (révisée), *Conclusions 2002, Italie*, s. 109-114.

ca tavan sınırlaması olmayan-, kısacası “*orantılı, onarıcı ve caydırıcı*” bir tazminat elde etme hakkı tanınmalı; cinsiyete dayanan bir ayrımcılık nedeniyle -yasa-ya, GG ASS’ye aykırı- işten çıkarma durumunda **eski işe geri dönme hakkı tanınmalı**; ücretliler, örneğin eşit ücrete ilişkin hak istemleri ileri sürdükleri için işverenlerce işten çıkarılma, çalışma koşullarını değiştirme, ilerlemeyi durdurma vb. misilleme eylemlerine karşı korunmalı; sendikal yada başka örgütlere bireysel uyuşmazlıklarda taraf olarak başvuru (dava) hakkı tanınmalı, işlem eşitliği hakkına aykırı kuralların geçersizliğinin saptanmasında yararı bulunan kişilere açık bir toplu başvuru olanağı verilmeli; işlem eşitliği hakkının geliştirilmesi ve mağdurlara hukuksal yardımda bulunulması amacıyla bağımsız bir organ kurulmalıdır. ²⁰⁹

Yine, daha önce de belirtildiği gibi, cinsiyet temeline dayanan ayrımcılık durumunda, *kanıtlama yükümlülüğünün* kısmen tersine çevrilmesi öngörülmelidir. Buna göre, işlem eşitliği ilkesine aykırı bir uygulama savında bulunan kişi (davacı işçi), mahkemede yada başka bir yetkili önünde ayrımcılığın varlığı sonucuna götürebilecek olayları ortaya koymalıdır. Görünüşteki bu ayrımcılığın, cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılıktan bağımsız biçimde nesnel etkenlere bağlı olduğunu ve bu nedenle de işlem eşitliği ilkesinin ihlalini oluşturmadığını kanıtlama yükümlülüğü davalı tarafa (işverene) düşmelidir. ²¹⁰

İnsan haklarını koruma belgesi olarak GG ASS’nin amacının “kuramsal değil ve fakat gerçek (effectif) hakların korunması” olduğundan, ²¹¹ salt yasal düzenlemeler yapmakla GG ASS’ye uygunluk sağlanamaz ve devletler, fırsat ve işlem eşitliği hakkını geliştirmek amacıyla somut önlemler almak zorundadır. Bu nedenle de, SHAK’ye göre, genel nitelikli bir anayasal kuralla ayrımcılık yasağı öngörmek, madde 1/2’nin gerektirdiği asgari güvenceye işlerlik kazandırmak için yeterli değildir. Bu kural, devletlerin yalnızca eşit işlem ilkesine saygı gösterme ça-

²⁰⁹ SHAK’nin, daha önce de belirtildiği gibi, gerekli uyarlamalarla madde 1/4 ve madde 20 için geçerli olan yerleşik kararlarından seçmeler ve alıntılar için bkz.: CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, article 20, s. 139-144 ve 292-295; CE, CEDS, **Conclusions XVII-2**, Tome 1, article 1^{er} du Protocole additionnel de 1988, *Grèce*, s. 348-349.

SHAK, *Danimarka*’da bir yasal düzenlemenin, işverenin misilleme olarak işten çıkarma eyleminin sonuçları konusunda; işçiye, kıdemine göre değişmek üzere en çok 36 haftalık ücreti tutarında bir tazminat hakkının tanınması, buna karşılık işine geri dönme olanağı verilmemesi ile ilgil olarak, devletlerin işverenler için yeterince caydırıcı olan yaptırımlar ve uğranılan zararlar orantılı ve yeterli bir tazminat öngörmesi gerektiği görüşünü yinelemiştir (s. 207).

²¹⁰ SHAK, 1988 ek protokolünün 1. maddesi ile ASS’nin madde 1/2 ve madde 4/3’teki kurallarına ilişkin “genel gözlemler”ni, karşılaştırmalı biçimde ortaya koymuştur. Örneğin bkz.: CE, CSE, **Conclusions XIII-5**, Observation interprétative de l’article 1^{er} du protocole additionnel; CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2004**, Tome 2 (Italie, Lituanie, Norvège, Roumanie, Slovénie, Suède), septembre 2004, s. 530-531; CE, CSE, **Vade-Mecum**, s. 207.

²¹¹ CE, **Réclamation No 1/1998**, Commission internationale des juristes c. Portugal, Décision sur le bien-fondé, 9 septembre 1999, parag. 32.

bası içinde olmalarını değil, aynı zamanda kadınların ve erkeklerin istihdamda ve eğitimde ayrımcılığa karşı korunması yükümlülüğü de dayatır. Bu ise, eşit işlem ilkesini tüm yönleriyle güvenceye bağlayan *açık bir yasal düzenleme* yapma yükümlülüğünü içerir. SHAK, bu bağlamda, örneğin İHAS'ın 14. maddesi ile KSHUS'nin 26. maddesinin uygulanmakta olmasının da, yeterli bir hukuksal temel oluşturmadığını, ***istihdamda ayrımcılığın daha açık yasaklayıcı bir kuralla düzenlenmesi gerektiğini*** belirtmiştir. Yine SHAK, bir ülkenin, ESKHUS'nin 7. maddesinin uygulandığını bir yüksek mahkeme kararıyla destekleme biçimindeki yaklaşımı dolayısıyla da, bu kuralın ASS'nin madde 4/3 kuralına eşdeğer terimlerle yazılmadığını ve 7. maddenin uygulanmasının da, ek protokolün 1. maddesinin (GG ASS'nin 20. maddesinin) işlerliğe geçirilmiş olduğu anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir.²¹²

Komite, istihdamda ve meslekte cinsiyete dayalı ayrımcılık gözetilmeksizin fırsat ve işlem eşitliği hakkına uygulamada gerçeklik ve işlerlik kazandırmaya yönelik önlemlere şu örnekleri vermektedir:

- Fırsat eşitliği yararına bir *ulusal eylem planı* kabul edilmesi ve uygulanması;
- Kadınlar ve erkekler arasında daha büyük eşitliğe ulaşmak için, işletmelerce *işletme planları* kabul edilmesinin zorunlu tutulması;
- Sosyal ortakların (sendikaların), eşit işlem ilkesini toplu iş sözleşmelerinde ele almalarının özendirilmesi;
- Cinsiyetlerarası eşitlik sorununun, istihdam için ulusal eylem planlarında göz önünde bulundurulması.²¹³

Tüm boyutlarıyla cinsiyetlerlerarası eşitliği, emek piyasasıyla ilgili (ücrete, meslekte ilerlemeye ve eğitim sistemine ilişkin) tüm politikalarda göz önünde bulundurmaya amaçlayan geniş (global) bir stratejiye dayanan politikalar yürütülmelidir. Bu amaçla, Bakanlar Komitesi'nin 7 Ekim 1998 tarihinde Avrupa Konseyi üyesi tüm devletlere gönderdiği "*kadınlar ve erkekler arasında bütünlüklü eşitlik yaklaşımı*"na ilişkin 98(14) sayılı tavsiye göz önünde bulundurulmalıdır.

GG ASS'ye Ek'in 20. maddesinin 2. fıkrasında (yani 1988 protokolünün 1. maddesinin 2. fıkrasında), *özellikle* gebelik, doğum ve doğum sonrasıyla ilgili olarak, kadının "biyolojik" korunmasına ilişkin -8. maddedeki- kuralların, 20. madde (m. 1/1) anlamında ayrımcı sayılmayacağı öngörülmüştür. Ayrımcılıktan bağı-

²¹² CE, CEDS, **Conclusions XVII-2**, Tome 2, article 1^{er} du Protocole additionnel de 1988, *Pays-Bas (Aruba)*, s. 643 ve (*Antilles*), s. 647.

²¹³ CE, CEDS, **Conclusions XVII-2**, Tome 1, article 1^{er} du Protocole additionnel de 1988, *Grèce*, s. 348-351.

şık tutulan -ve 8. maddeyle güvenceye alınan- bu tür koruyucu kuralların haklılığının, analık gibi kadınlara özgü gereksinimlerle nesnel olarak kanıtlanması gerekir.

Ek'in 3. fıkrasında ise, 20. maddenin (m. 1/1'in), *olgusal / eylemli (fiili) eşitsizliklere çözüm* bulmayı amaçlayan *özgöl önlemler* alınmasına (yani olumlu ayrımcılık içeren somut önlemlere) engel olmadığı öngörülmüştür. 1988 ek protokolünün -geçerliliğini sürdüren- açıklayıcı raporunda, genellikle kadınları etkileyen bu özgöl kuralların, zorunlu olmadığı ve geçici nitelik taşıyacağı, eşitlik hedefine erişilince aşamalı olarak kaldırılacağı belirtilmiştir. ²¹⁴ Komite, GG ASS'ye Ek'in 3. fıkrasındaki bu kuralın amacının, 20 maddenin güvenceye aldığı fırsat ve işlem eşitliği hakkının desteklenmesi olduğunu göz önüne alarak, söz konusu kuralın devletler için "**olumlu yükümlülük**" içeren bir düzenleme niteliği taşıdığı sonucuna varmıştır. Mevzuatın, hem olumlu önlemler kabul edilmesini yada olumlu eylemlerde bulunulmasını engellememesi, hem de olgusal eşitsizliklere çözüm bulmaya yönelik özgöl önlemler alması gerekir. Bu aslında, 20. maddenin devletler için öngördüğü fırsat ve işlem eşitliği hakkının gerçekten (eylemli olarak) kullanılmasını uygulamada da sağlama (gerçekleştirme) yükümlülüğünün bir gereğidir. Komite, kadınlar ve erkekler arasındaki farklılıkları hafifletmek ve 20. maddeye uygun olarak cinsiyetler arasında olgusal (fiili) eşitliğe ulaşmak ereğiyle alınacak olumlu önlemlerin önemini vurgulamış; bu yükümlülüğü gerçekleştirmenin, niteliği gereği "aşamalı" olduğunu da eklemiştir. ²¹⁵

GG ASS'ye Ek'in 4. fıkrasında da (m. 1/4), taraf devletlerin, nitelikleri yada yerine getirilme koşulları nedeniyle, yalnızca belli bir cinsiyetten olan kişilere ayrılabilir (özgülenebilecek) mesleki etkinliklerin, 20. maddenin (tümünün) yada kurallarından bir bölümünün uygulama alanı dışında tutulabilecekleri öngörülmüştür. Ancak, bu fıkranın ikinci cümlesine göre 4. fıkra kuralı, taraf devletler için, nitelikleri yada yerine getirilme koşulları nedeniyle, yasal yada yönetsel düzenlemelerle yalnızca belirli bir cinsiyetten olan kişiler için saklı tutulabilecek mesleki etkinlikler listesi belirleme zorunluluğu içerdiği biçiminde yorumlanamaz. Bu açıklama, ek protokolün açıklayıcı raporunda da yinelenmiştir. ²¹⁶

Polis ve silahlı kuvvetler gibi "cinsiyetin" belirleyici bir rol oynadığı ve koşul oluşturduğu kimi mesleki etkinliklere ilişkin bir "istisna" kuralı olduğundan, 4. fıkranın dar yorumlanması gerekir. Bu mesleki etkinliklerin niteliği ve yerine getirilme koşulları, GG ASS'ye uygunluk açısından üç koşullu sınırlama rejimiyle ilgili

²¹⁴ CE, Protocole additionnel à la Charte sociale européenne (STE no 128), Rapport explicatif, parag. 26.

²¹⁵ CE, CEDS, **Conclusions XIII-5**, 1997, Observation générale sur l'article 1 du Protocole additionnel, s. 270-273 ; CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2002**, Tome 2, *Romanie*, s. 167-173.

²¹⁶ CE, Protocole additionnel à la Charte..., Rapport explicatif, parag. 27.

düzenleme yapan G maddesine göre incelenir ve denetlenir; özellikle istisnayı haklı gösteren “meşru amaç” (örneğin kamu düzeni yada ulusal güvenlik) ve getirilen istisnanın (yani ayrımcı kuralın) “demokratik bir toplum için zorunlu olması” koşullarının bulunması gerekir. Örneğin Komite, Yunanistan’ın kadınların polis okullarına alınmasına getirdiği sınırlamayı (kadınların %85’inin polis gücü / örgütü görevlerinden dışlanmasını), kamu düzenini yada ulusal güvenliği güvenceye almak için demokratik bir toplumda gerekli olduğunun ortaya konulamadığı, dolayısıyla durumun ek protokolün 1. maddesine uygun olmadığı sonucuna varmıştı. ²¹⁷ Yunanistan, 2003’te yaptığı bir yasal düzenlemeyle bu aykırılığı kaldırmıştır.

ff. Onurlu Çalışma Hakkı ve

Ayrımcılık Biçimi Olarak Taciz Yasağı

GG ASŞ’nin, AB yönergeleri ile UÇÖ sözleşmelerinden esinlenerek güvenceye bağladığı yeni sosyal haklardan birini oluşturan “onurlu çalışma hakkı”, tüm çalışanların çalışmada onurlarının korunması hakkının gerçekten ve etkili biçimde kullanılmasını sağlama amacını taşımaktadır. GG ASŞ’nin 2 fıkradan oluşan ve onay sırasında ayrı ayrı kabul edilmesi olanaklı 26. maddesi, taraf devletlerin, çalışan ve işveren örgütlerine danışarak, şu önlemleri almasını öngörmüştür:

“1. İşyerinde yada işle ilişkili olarak, *cinsel taciz* konusunda duyarlılığı, bilgilenmeyi ve önleyici önlemleri geliştirmek ve çalışanları bu gibi davranışlara karşı korumak için uygun her önlemi almak;”

“2. İşyerinde yada işle ilişkili olarak, her ücretliye karşı *sürekli olarak yinelenen kınanabilir yada açık biçimde düşmanca (olumsuz) ve saldırgan (suç oluşturan) eylemler* konusunda duyarlılığı, bilgilenmeyi ve önleyici önlemleri geliştirmek ve çalışanları bu gibi davranışlara karşı korumak için uygun her önlemi almak.”

Eşit işlem ilkesine aykırı bir davranış oluşturan cinsel taciz davranışları ve eylemleri konusunda *duyarlılaştırma ve önleyici önlemler alma* etkinliklerini geliştirmenin altını çizen bu madde, taraf devletler için bu gibi davranışlara karşı koruma sağlayan özel bir yasal düzenleme yapma yükümlülüğü getirmemiştir. Ek’te de belirtildiği gibi, 26. madde taraf devletlerin bu konuda özel yasa çıkarmasını zorunlu kılmaz, ancak varolan ayrımcılığa karşı bir genel yasa yada tacize karşı özel bir yasa çerçevesinde etkili bir korumanın sağlanması gerekir. Cinsel taciz mağdurlarına, maddi ve manevi zararlarını karşılayabilecekleri etkili başvuru yolları tanınmalı; SHAK’nin her zaman yinelediği gibi, tazminat tutarı işveren için caydırıcı ve mağdur için de zararını onarıcı düzeyde olmalıdır. ²¹⁸

²¹⁷ CE, CEDS, **Conclusions XVI-2**, Tome 1, juin 2003, *Grèce*, article 1^{er} du Protocole additionnel, s. 396-397.

²¹⁸ CE, CSE (révisée)..., Rapport explicatif, parag. 97.

26. maddenin 1. fıkrasının düzenlediği cinsel taciz, GG ASS'nin hazırlık çalışmaları sırasında açıklayıcı raporda; ***cinsel nitelikli istenmeyen bir davranış yada, üstlerin ve meslektaşların davranışlarını da kapsamak üzere, çalışanların onurunu zedeleyen cinsiyete dayalı başka her davranış*** biçiminde tanımlanmıştır. ²¹⁹

GG ASS'ye Ek'te de belirtildiği gibi (m. 26/2), cinsel tacizi kapsamayan 2. fıkra, bir kişinin kendine özgü niteliklerine bağlı bir çalışma evreni (çevresi, ortamı) yaratıcı tacize karşı insan onurunu koruma hakkını güvenceye alır. Bağımsız bir organa başvuru hakkını da içeren bu koruma, onurlu çalışma hakkını zedeleyen sözlü taciz yada kasıtlı yıldırma biçimlerine yöneliktir. İşverenin yada iş arkadaşlarının sevmemesi gibi nedenlerle, işin düzenlenip örgütlenmesiyle ilgili tartışmaların sistemli biçimde dışlanan yada benzer nedenlerle bürosu (odası) olmayan yada derecesine uygun görevler verilmeyen bir çalışanın durumu, bu fıkranın tanımladığı eylemler kapsamına girer. ²²⁰

Cinsel taciz, haklı nedenle fesih hakkına dayanak olan nedenlerden biri olarak İş Yasası'nda düzenlendiği gibi; Ceza Yasası'nda da, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan biri olarak yaptırıma bağlanmıştır. ²²¹

gg. Aile Sorumlulukları Olan Çalışanlar İçin Fırsat Eşitliği ve Eşit İşlem Görme Hakkı

27. maddede düzenlenen bu hak, üstlendikleri yada üstlenebilecekleri "aile sorumlulukları" yüzünden çalışma yaşamının her aşamasında çeşitli güçlüklerle (ve bu nedene dayalı ayrımcılıklarla) karşılaşan çalışanları korumayı, onlara gerek işe girme, gerek işini koruma, gerekse yeni iş bulma vb. konularda öteki çalışanlarla fırsat ve işlem eşitliği tanımayı öngörmektedir. ²²² UÇÖ'nün aynı konuyu düzenleyen 1981 tarihli ve 156 sayılı sözleşmesi ile 165 sayılı tavsiyesinden esinlenilerek güvenceye alınan ²²³ bu hak, 27. maddede üç fıkrada düzenlenmiştir. Aile sorumlulukları bulunan çalışanların bu nedenle ayrımcılığa uğramamasını sağlamak amacıyla önlemler alması gereken taraf devletlerin üstlendiği yükümlülükler şöyle belirtmiştir:

²¹⁹ CE, Assemblée parlementaire, **Demandes d'avis du Comité des ministres à l'Assemblée parlementaire sur le projet de Charte sociale européenne révisée**, Doc. 7242, 10 février 1995, FDOC 7242, s. 48; CE, CSE (révisée), Rapport explicatif, parag. 99.

²²⁰ CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, article 24/2, s. 159; CE, CSE (révisée), Rapport explicatif, parag. 100.

²²¹ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 678-681.

²²² CE, CEDS, **Digest de Jurisprudence du Comité...**, 2008, article 27, s. 160-162; CE, CSE (révisée), Rapport explicatif, parag. 102.

²²³ Bu sözleşme ve tavsiye konusunda bkz.: İkinci Bölüm, s. 172-174.

“1. a) Aile sorumlulukları olan çalışanlara, etkin yaşama girmelerine ve orada kalmalarına yada bu sorumlulukları nedeniyle ayrı kaldıktan sonra oraya geri dönmelerine olanak vermek için, mesleksel yöneltme ve eğitim alanındaki önlemleri de kapsamak üzere, uygun önlemler almak;

b) İstihdam koşulları ve sosyal güvenlik ile ilgili olarak gereksinmelerini gözönünde bulundurmak için uygun önlemler almak;

c) Kamusal yada özel hizmetleri, özellikle gündüz çocuk bakım (koruma) hizmetlerini ve başka koruma biçimlerini geliştirmek ve desteklemek için uygun önlemler almak.

2. Her ana-baba için, analık izni sonrasında bir dönem sırasında bir çocuğa bakmak için, süresi ve koşulları ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler yada uygulama yoluyla saptanacak bir ana-baba izni elde etme olanağı öngörmek;

3. Aile sorumluluklarının, bu niteliğiyle, geçerli bir işten çıkarma nedeni oluşturmasını sağlamak.”

Geçerli bir işten çıkarma gerekçesi sayılmayan “aile sorumluluğu” nedeniyle işten çıkarılan bir işçi (çalışan), madde 1/2’nin ayrımcı işten çıkarmalara karşı sağladığı korumadan aynı düzeyde yararlanır. Özellikle mahkemelerin yada başka yetkili organların, işveren için yeterince caydırıcı nitelik taşıyan ve işten çıkarılan işçi için de uğradığı zararlar orantılı olan bir tazminata karar vermesi gerekir. Tazminat için bir *üst sınır* öngörülmesi, GG ASS ile bağdaşmaz.²²⁴

GG ASS’ye Ek’te yapılan açıklamaya göre 27. madde, bakmakla yükümlü oldukları çocukları ile bakım ve desteklerine açıkça gereksinimleri bulunan öteki yakın (doğrudan) aile üyeleri hakkında, aile sorumlulukları ekonomik çalışma yapma, ona katılma yada orada ilerleme olanaklarını sınırlandırdığı zaman, bu tür sorumluluklar taşıyan her iki cinsiyetten çalışanlara uygulanır.

c. Sosyal Haklar Avrupa Komitesinin Kararları

SHAK, bir yandan raporlara ve bir yandan da toplu yakınmalara dayalı denetim sistemleri çerçevesinde, GG ASS’nin çeşitli maddelerine ilişkin kararlarıyla ayrımcılık yasağının hukuksal çerçevesini göstermiştir.

Örneğin Komitenin, Otizm-Avrupa Örgütü’nün Fransa’ya karşı yaptığı 13/2002 sayılı toplu yakınmasına ilişkin kararında, Fransa’nın GG ASS’nin mad-

²²⁴ CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2005**, Tome 1 (Bulgarie, Chypre, Estonie, France, Irlande, Italie, Lituanie) septembre 2005, s. 230-231; CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Observation interprétative de l’article 27/3, Bulgaristan, s. 95-96.

de 15/1 ve madde 17/1 kurallarını ihlal ettiğini belirtmiştir. Komite, oyçokluğuyla (2'ye karşı 11'le) aldığı kararında, genel yada uzmanlaşmış okullarda öğrenim gören otist çocukların oranının, engelli olsun yada olmasınlar, daha düşük olmasının, yetişkin otistler için yardım ve destek sağlayan alt yapıdaki kronik eksiklik nedeniyle, Fransa'nın madde 15/1'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Komite bu kararında, GG ASS'ye ayrı bir madde konulmasının, yazarlarının, bu Şartta öngörülen farklı normatif hakların elde edilmesi konusunda ayrımcılık yapılmaması ilkesine verdikleri önemi gösterdiğini eklemiştir.

SHAK ayrıca, söz konusu kararında, İHAM'ın *Thlimmenos / Yunanistan davasında* verdiği kararı da anmıştır. Anımsanacağı gibi bu kararında İHAM, ayırım gözetmeme ilkesinin, devletlerce nesnel ve makul bir kanıtlama sağlamaksızın, *durumları farklı olan kişilere farklı bir işlem uygulamaması* durumunda da çiğnenmiş sayılacağını belirtmiştir. SHAK, İHAM'ın bu karara yaptığı yollamanın ardından şu sonuca varmıştır:

“Başka bir deyişle, demokratik bir toplumda, yalnızca insani çeşitliliği olumlu biçimde algılamak değil, aynı zamanda **gerçek ve etkili bir eşitliği** güvenceye bağlamak için de uygun biçimde tepki göstermek gerekir. Bu bağlamda Komite, madde E'nin yalnızca doğrudan ayrımcılığı değil aynı zamanda tüm *dolaylı ayrımcılık biçimlerini de yasakladığını* düşünmektedir. Dolaylı ayrımcılıklar, ya kimi durumlarda uygun olmayan işlemleri, ya bu durumlarda bulunan kişilerin ve başka yurttaşların çeşitli toplu avantajlara eşitsiz erişimini ortaya çıkarabilir.”²²⁵

Komite bu kararında, bütçe üzerinde önemli yansımaları olan bazı hakların gerçekleştirilmesinin zamana yayılmasını gerektirdiğini kabul etmiş ve bu bağlamda, ESKH Komitesi'nin benimsediği “aşamalı gerçekleştirme” yaklaşımından esinlenerek,²²⁶ görüşünü şöyle ortaya koymuştur:

“Tartışma konusu haklardan birinin gerçekleştirilmesi olağanüstü biçimde karmaşık ve özellikle pahalı ise, taraf devlet Şart'ın öngördüğü hedeflere makul bir süre içinde ve ölçülebilir ilerlemelerle, seferber edebileceği kaynakları en iyi biçimde kullanarak erişmeye çaba göstermelidir. Ayrıca taraf devletlerin, yaptıkları seçimin en elverişsiz durumdaki gruplar üzerindeki etkisine özellikle dikkat etmeleri gerekir.”²²⁷

SHAK, Fransa'nın GG ASS'nin “uygun ve yeterli kuruluşlar yada hizmetler öngörerek yada var olanları sürdürerek eğitim hakkı”nı güvenceye alan madde

²²⁵ CE, CEDS, **Réclamation no 13 / 2000**, parag. 54 ve 52.

²²⁶ Bkz.: Birinci Bölüm, s. 70 vd., 74. ESKH Komitesi'nin bu konuya ilişkin bir genel gözlem / yorum kararı bulunmaktadır.

²²⁷ CE, CEDS, **Réclamation no 13 / 2000**, parag. 53.

17/1 kuralını da ihlal ettiğine karar vermiştir. Komiteye göre Fransa, ilgili grubun (otistlerin) önemi ve üstlenilecek uygun stratejiler konusunda yirmi yılı aşan ulusal tartışmaya karşın, otist kişiler için eğitim hakkının gerçekleştirilmesinde yeterli biçimde ilerlememiştir. Fransa, yalnızca belirli bir sonuca ulaşmamış olması nedeniyle değil, aynı zamanda engelli kişiler gibi elverişsiz grupların durumunu bir öncelik olarak ele almak ereğiyle eldeki kaynaklarının üst sınırı ölçüsünde önlemler aldığını kanıtlayamadığı için de söz konusu maddeyi ihlal etmiştir. Komitenin bu kararı, *De Schutter*'e göre, ayırım gözetmeme zorunluluğunun, eğitim hakkı gibi sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesinin, özel elverişsizlikleri nedeniyle özel bir dikkat gösterilmesini hak eden kişi kesimlerini belirleyerek yönlendirme-ye götürme biçimini aydınlatmaktadır. ²²⁸

GG AŞŞ'nin bir başka katkısı, AŞŞ'nin 15. maddesinin değiştirilmesindedir. 1961 ve 1996 Sosyal Şartlarının madde başlıkları da, engelli kişilerin korunmasındaki yaklaşım farklılık ve değişikliğini açıkça yansıtmaktadır. 1961 Sosyal Şartı'nın 15. maddesi, "bedensel yada zihinsel yönden güçsüz kişilerin mesleksi eğitimi ve sosyal ve mesleksi yeniden uyum hakkı"nı tanıtmıştır. 1996 Sosyal Şartı'nın 15. maddesi ise, yukarıda değinildiği gibi, "engelli kişilerin özerklik, sosyal bütünleşme ve topluluk yaşamına katılma hakkı"nı güvenceye bağlamıştır. SHAK, GG AŞŞ'nin 15. maddesine ilişkin ilk yorumlarında, bu kuralın, son on yılda gelişen engel (ve engelliler) konusundaki politikanın değişip ilerlemesine olanak verdiğini, *bu maddenin ayırım gözetmeme zorunluluğunu kapsadığını* belirtmiştir.

Komite; GG AŞŞ'nin 15. maddesinin 1. fıkrasının, taraf devletler "engelli kişilere bir eğitim (...) sağlamak için gerekli önlemleri almayı üstlenirler" diyerek eğitimi açıkça anmış olması karşısında, engelli çocukların genel yada geleneksel öğretim programlarında aşamalı olarak içertilmesinin (bütünleştirilmelerinin) önemli bir aracı olarak, **ayrımıcılığı yasaklayan bir mevzuatın varlığını** gerekli görmüştür. Böyle bir mevzuatın, hiç olmazsa, özel yada ayrı öğretim sistemleri oluşturulmasının kanıtlanmasını / haklı gösterilmesini zorunlu tutması ve yasaya aykırı biçimde dışlanmış yada gerçek bir eğitim hakkından yoksun bırakılmış kişilere etkili bir başvuru hakkını güvenceye alması gerekir. ²²⁹

SHAK, GG AŞŞ'nin engelli kişilerin topluluk (toplum) yaşamıyla bütünleştirilmesi ve ona katılımı ile ilgili 15. maddesinin 3. fıkrasının, engellilerin konut, ulaşım, iletişim, kültür ve serbest zaman alt yapıları konularında bütünleşmelerini elde etmek (bunlara erişmelerini sağlamak) için olumlu önlemler alınmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Engelli kişiler ile onları temsil eden örgütlere benzer olumlu

²²⁸ O. De Schutter, **a.g.y.**, s. 35.

²²⁹ CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 1, s. 167-173 (France, m. 15/1) ve s. 292 (Italie, m. 15/1); CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 2, s. 498 (Slovenie, m. 15/1) ve s. 608 (Suède, m. 15/1).

önlemlerin tasarlanmasında ve incelenmesinde danışılmasını isteyen SHAK'ye göre, bu amaçlara uygun bir forum bulunmalıdır.

Ayrıca madde 15/3 kuralı, engellilerin toplum yaşamıyla bütünleştirilmeleri ve katılımlarının tam olarak gerçekleştirilmesi amaçları nedeniyle konut, ulaşım, kültür ve serbest zaman etkinlikleri gibi konularda “**olumlu önlemler**” alınmasını ve bu konuda kendilerine ve onları temsil eden örgütlere danışılmasını da gerektirir. ²³⁰ Taraf devletler, gerek kamusal ve gerekse özel alanları kapsamak üzere, konut, ulaşım, kültür ve serbest zaman etkinlikleri gibi konularda ayrımcılığı yasaklayan ve haksız işleme karşılaşılan kişiler için *başvuru yolları* öngören bir yasal düzenleme yapmalıdır. ²³¹ Komitenin birçok ülke için yinelediği bu karar, ayrımcılığa karşı sosyal haklardaki korumanın hukuksal çerçevesinde **olumlu önlemler içeren yasal ve yönetsel düzenlemelerin** taşıdığı önemi ortaya koymaktadır. Etkili bir yönetsel ve yargısal başvuru, hak arama yolları tanınmadıkça, madde 15/3'ten doğan yükümlülük yerine getirilmiş sayılamaz ve bu kuralı yaşama geçirmek de zorlaşır.

SHAK, GG ASŞ'nin yaşlıların sosyal koruma hakkını güvenceye alan 23. maddesi konusunda; bu kuralın, yaşlı kişilerin *yaşa dayalı ayrımcılığa karşı korunmalarını* sağlayan ayırım gözetmeme yükümlülüğü öngören bir mevzuat kabul etmelerini gerektirdiğini belirtmiştir. ²³² Komite aynı zamanda, madde 23'ün, yaşlı kişilere emeklilik aylıkları (pensions) ya yeterli ücret almamaları durumunda başka mali yardım yollarıyla yada uygun bir ücret düzeyi yoluyla yeterli kaynaklar sunulması üzerinde de ısrar etmiştir. Yine Komite, (özellikle Alzheimer hastalığına tutulmuş yaşlı kişiler için) evde yardım hizmetleri ve gündüz bakım merkezlerini kapsamak üzere alt yapı oluşturulması ve hizmetler sunulması; yaşlı kişilerin gereksinimlerinin ulusal ve yerel konut politikalarında yer alması; yaşlı kişiler, aileleri ve sosyal ve sendikal örgütleri için kurumda bakım ve davranış konusunda yakınmada bulunma olanağı tanınması üzerinde de ısrar etmiştir. ²³³

3. Toplu Yakınmalar Protokolü ve Ayrımcılık Yasağı

Beş belgeli Sosyal Şartlar Sistemi'nin ayrımcılık yasağı ve işlem eşitliği konusundaki genel ve özgül kuralları, yer yer yapılan alıntılardan da anlaşıldığı gibi,

²³⁰ CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 1, s. 168 (France, m. 15/3; CE, CEDS, **Conclusions 2003**, CSE (révisée), Tome 2, s. 507 (Slovenie, m. 15/3).

²³¹ CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 1, s. 170 (France, m. 15/3); CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 1, s. 298 (Italie, m. 15/3); CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 2, s. 508 (Slovenie, m. 15/3); CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 2, s. 614 (Suède, m. 15/3).

²³² CE, CEDS, CSE (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 1 (Bulgarie, France, Italie (m. 23), Strasbourg, 2003, s. 335.

²³³ O De Schutter, **a.g.y.**, s. 36.

1998'de uygulanmaya başlayan yeni bir denetim sistemi çerçevesinde de ele alınmaya başlanmıştır.

Bu denetim sistemini getiren *Toplu Yakınmalar Sistemi Öngören Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol* ²³⁴, Bakanlar Komitesi'nce 22 Haziran 1995'te kabul edilmiş ve 9 Kasım 1995'te de imzaya açılmıştır. ²³⁵ Ancak 1 Temmuz 1998 tarihinde yürürlüğe girebilen protokolü, 14 Şubat 2009 itibarıyla 6 devlet imzalamış ve aday üye olan biri (Hırvatistan) dışında Avrupa Birliği üyesi olan 12 devlet de onaylamıştır. ²³⁶ Bunlar; Belçika, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, Kıbrıs, İrlanda, İtalya, İsveç, Norveç, Portekiz ve Yunanistan'dır. Dolayısıyla, 27 AB üyesinden 15'i, toplu yakınmalar yoluyla gerçekleştirilebilecek sendikal ve sivil denetim yolunu açmamıştır. Ayrımcılık yasağını düzenleyen E maddesini içeren GG ASS'yi onaylayan 24 devlet arasında, kendisine yönelik toplu yakınmalarda bulunulan 7 devletten yalnızca Yunanistan yoktur. Dolayısıyla, Yunanistan'a yönelik 2 toplu yakınmanın ikisi de, onayladığı ASS'nin 16. maddesiyle birlikte başlangıç bölümündeki ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlal edildiği savlarına dayandırılmıştır.

Türkiye, İlerleme Raporlarında da onaylanmadığı için eleştirilen bu protokolü ne imzalamış, ne de onaylamıştır.

GG ASS'nin, güvenceye aldığı tüm sosyal haklardan saydıklarının dışındaki nedenlere de dayalı olarak hiçbir yönden ayırım gözetilmeksizin yararlanılmasını öngören E maddesi, 6 Ocak 2009 tarihi itibarıyla, ²³⁷ Toplu Yakınmalar Protokolü'nün yürürlükte olduğu on yılı aşkın süreden beri yapılan toplam 54 yakınmadan 22'sinde (%40,7) ileri sürülmüştür ve bunların 9'u Fransa'ya karşı gerçekleştirilmiştir. 5 toplu yakınma Bulgaristan'a, 2 toplu yakınma Yunanistan'a ve 1'er toplu yakınma da Hollanda, İtalya, İrlanda ve Portekiz, Slovenya ve Hırvatistan'a yönelik olarak gerçekleştirilmiştir. Sosyal Haklar Avrupa Komitesi, bu toplu yakınmalardan 9'u için gerekçeli ihlal kararı vermişti. Toplu yakınmalardan 2'si (28 ve 36 sayılı olanları) için, kabul edilmezlik kararı alınmıştır. Buna karşılık, yalnızca Hırvatistan'a yönelik 1 toplu yakınma konusunda, henüz kabul edilebilirlik incelemesi sonuçlanmamıştı (bkz.: Çizelge).

²³⁴ 1995 Protokolünün öngördüğü "onay" koşullu bu denetim sisteminin, UÇÖ'nün benzer koşulları bulunan denetim sistemiyle karşılaştırılması için bkz.: Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, 2008, s. 281-285.

²³⁵ Toplu Yakınmalar Protokolü konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz.. Mesut Gülmez, "Geliştirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi İle Yeni Avrupa Sosyal Şartı", **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 1998, s. 327-358.

²³⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=158&CM=8&DF=2/14/2009&CL=FRE>, erişim: 14.02.2009.

²³⁷ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/complaints_fr.asp, erişim: 06.01.2009.

Çizelge.- Toplu Yakınmalar ve Ayrımcılık Yasağı (1999-2008)

No	Yakınma Tarihleri	Yakınılan Maddeler	ASS/ GGŞ	Yakınılan Ülkeler	Sonuç Karar	Bakanlar Komitesi Tavsiyeleri	
						Sayı	Tarih
6	30.08.99	1/1, 2, 4, 10/1, 3a,b; E	GGŞ	Fransa	Karar	RecChS (2001)1	30.01.01
13	27.07.02	15, 17, E	GGŞ	Fransa	Karar	ResChS(2004)1	10.03.04
14	03.03.03	13, 17, E	GGŞ	Fransa	Karar	ResChS(2005)6	04.05.05
15	04.04.03	16, Başlangıç	ASS	Yunanistan	Karar	ResChS(2005)11	08.06.05
24	06.02.04	1/2	GGŞ	Fransa	Karar	ResChS(2006)5	12.05.06
26	27.04.04	5, E, G, I	GGŞ	Fransa	Karar	ResChS(2005)14	07.09.05
27	28.06.04	31, E	GGŞ	İtalya	Karar	ResChS(2006)4	03.05.06
28	12.07.04	1/2	GGŞ	Fransa	KE (-)		
31	22.04.05	16, E	GGŞ	Bulgaristan	Karar	<u>ResChS(2007)2</u>	05.09.07
33	01.02.06	16, 30, 31, E	GGŞ	Fransa	Karar	<u>ResChS (2008)7</u>	02.07.08
36	03.07.06	6/2, E	GGŞ	Portekiz	KE (-)		
41	20.02.07	17/2, E	GGŞ	Bulgaristan	KE (+)		
42	26.07.07	23, E, 12/4	GGŞ	İrlanda	KE (+)		
44	08.08.07	13/1, E	GGŞ	Bulgaristan	KE (+)		
46	22.10.07	11, 13, E	GGŞ	Bulgaristan	KE (+)		
47	04.02.08	31, 11, 13, 16, 17, 30, E	GGŞ	Hollanda	KE (+)		
48	28.03.08	13/1, E	GGŞ	Bulgaristan	KE (+)		
49	28.03.08	16, Başlangıç	ASS	Yunanistan	KE (+)		
50	01.04.08	4, 12, 18, 19, E	GGŞ	Fransa	KE (+)		
51	17.04.08	16, 19, 30, 31, E	GGŞ	Fransa	KE (+)		
52	25.08.08	16, E	GGŞ	Hırvatistan			
53	28.02.08	16, 31, E	GGŞ	Slovenya	KE (+)		

Kaynak: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/complaints_fr.asp, erişim: 16.02.2009.

IV. AYRIMCILIK YASAĞI VE TÜRKİYE:**UYGUN VE AYKIRI DÜZENLEME ÖRNEKLERİ**

Türkiye, ASS'yi 1989'da onaylamasından 2006 yılına değin, toplam 13 rapor sunmuştur. ²³⁸ 14. rapor ise, 31 Ekim 2007'de sunulması gerekirken 29 Şu-

²³⁸ Her denetim döneminin olumlu ve olumsuz sonuçları ile bilgi eksikliği nedeniyle ertelenen sonuçların ayrıntılı bir dökümü için bkz.: Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı Koruma Sistemi ve Türkiye", 1999, s. 83-137.

bat 2008'de gönderilmiştir. ²³⁹ Türkiye'nin, 13 raporunu kapsayan onyediyıllık süre boyunca yapılan denetimlerde, gerçekleştirdiği ilerlemeler ile varlığını sürdüren ayrıntılıkların aşağıda değinilen genel / toplu listesi özet olarak çıkarılmıştır.

28 Ocak 2009 tarihi itibarıyla güncellenen bu listede; ASS'nin onayladığımız 46 fıkrasından (madde yada fıkrasından) doğan yükümlülüklerle sınırlı bir denetimin yapıldığı yaklaşık onsekiz yıllık döneme ilişkin ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesiyle ilgili sonuçlar yer almaktadır. Liste; Komite kararlarının ardından gerçekleştirilen ilerlemeler (uygunluk sağlayıcı düzenlemeler) ile ayrıntılığı süren konu ve düzenlemeleri, raporlardan derleyerek kısa başlıklar biçiminde özetlemiştir. ²⁴⁰ Dolayısıyla, 1 Temmuz 2007 itibarıyla listelenen bu olumlu ve olumsuz sonuçlar (ASS'ye uygun ve aykırı kurallar), onayladığımız GG ASS'den doğan -46 fıkradan 91 fıkraya yükseltilecek iki katına çıkan- yükümlülüklerin rapora dayalı denetiminin henüz başlamadığı yıllara ilişkindir.

1. Uygun Düzenlemeler

“**Ayrımcılık gözetmeme**” başlığı altında, SHAK'nin hükümet raporları temelinde yaptığı ASS'ye hukuksal uygunluk denetimi çerçevesinde aldığı “sonuç-

²³⁹ Türkiye 14. raporunu, Bakanlar Komitesi'nin 3 Mayıs 2006 tarihli kararıyla belirlenen yeni rapor sunma yöntemi uyarınca sunmuştur.

“**1. Grup: İstihdam, Eğitim ve Fırsat Eşitliği**” başlığı altında toplanan maddelere ilişkin olan 14. raporun “referans dönemi”, maddelere göre şöyledir: 18. madde için 1 Ocak 2003 ile 31 Aralık 2006 tarihleri; 1., 9. ve 10. maddeler için de, 1 Ocak 2005 ile 31 Aralık 2006 tarihleri.

Sonraki (15.) rapor ise, “**2. Grup: Sağlık, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Koruma**” başlığı altında toplanan 3., 11., 12., 13., 14. maddelere (ve ek protokol m. 4'e) ilişkin olacaktır. 2005-2007 referans dönemine ilişkin olan bu raporun gönderilmesi için belirlenen son tarih, 31 Ekim 2008 idi.

15. ulusal rapor, aynı zamanda 1961 ASS'sinin ve 1996 GG ASS'nin belirli maddelerinin farklı referans dönemlerinde uygulanmasına ilişkin olmak üzere hazırlanmıştır (*European Social Charter, 15th National Report on the Implementation of The European Social Charter submitted by The Government of The Republic of Turkey for the period between August 1, 2007 to December 31, 2007 (Revised Charter) on Articles 3,23 & 30 For the period between January 1, 2003 to July 31, 2007 (1961 Charter) and August 1, 2007 to December 31, 2007 (Revised Charter) on Articles 11,12,13 & 14*).

Ancak, 6 Mart 2009 tarihi itibarıyla, Avrupa Konseyi'nin ASS / GG ASS'ye ilişkin internet sayfasında yer almıyordu. Bu da, 15. raporun, gönderilmesi gereken tarihten dört ayı aşan bir süre sonra, henüz gönderilmediğini göstermektedir (MG).

“**3. Grup: Çalışmaya İlişkin Haklar**” (madde 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 ve 29) ile ilgili ve 2005-2008 referans dönemine ilişkin olan raporların, 31 Ekim 2009'da; “**4. Grup: Çocuklar, Aile ve Göçmenler**” (madde 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31) ile ilgili olan ve 2005-2009 referans dönemini kapsayan raporların da 31 Ekim 2010'da sunulması öngörülmüştür.

Bkz.: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ReportCalendar/CalendarNRS_fr.asp, erişim: 01.03.2009.

²⁴⁰ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/Turkey_fr.pdf, erişim: 16.02.2009.

lar” (conclusions) olarak bilinen kararları doğrultusunda “gerçekleştirilen ilerlemeler (yani ASS’ye uygun düzenlemeler) şöyle sıralanmıştır:

- İstihdamda ayrımcılığa karşı genel düzenleme yapılması (4857 sayılı İş Yasası): İstihdam kavramının genişletilmesi, mağdurun yeniden bütünleştirilmesi (işe geri alınması) olanağı ve uğranılan zararın orantılı olarak karşılanması vb; ²⁴¹
- 17 Ocak 1997’den beri, yurttaşlık farkı gözetilmeksizin, aylık yoksulluk ödeneği (*muhtaçlık aylığı*) verilmesi;
- Uzun erimli risklerle ilgili olarak yabancıların üyeliğini kapsam dışında tutan 506 sayılı ve 1964 tarihli Sosyal Sigortalar Yasası’nın madde 3-II A kuralının kaldırılması;
- Eşler, anne-babalar (ebeveynler) arasında eşitliği sağlayan yeni Medeni Yasa’nın 1 Ocak 2002’de yürürlüğe girmesi; ²⁴²
- 573/97 sayılı kararnamenin, *engelli kişilerin özel öğretim kurumlarına ve yüksek öğretime erişmelerine olanak vermesi.*

“İstihdam” alanında gerçekleştirilen ilerleme olarak ise, 4817 sayılı ve 6 Mart 2003 tarihli yasanın 6 Eylül 2003’te yürürlüğe girmesi; **Türkiye’de yabancıların çalışmasına olanak veren bu yasayla** çalışma izni olan bir yabancı işçinin ÇSGB’nin izniyle işyerini ve işkolunu değiştirme hakkının tanınmış olması belirtilmiştir. ²⁴³

2. Aykırı Düzenlemeler

ASS’ye aykırı olan kuralların önemli bir bölümü, “yurttaşlık” ve “cinsiyet” temellerine dayanan ayrımcı kurallara ilişkindir.

Yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılıklar (yani ASS’ye uygun olmayan kurallar) şunlardır:

- *Madde 1/2:* Özgürce edinilen iş (ayrım gözetmeme, zorla çalıştırma yasağı, başka yönler): Bazı istihdam (iş) kategorilerinin Türk yurttaşlarına ayrılmış olması;
- *Madde 12/4:* Sosyal güvenlik alanında eşit işlem hakkı:
 - 1) Türkiye’ye bir anlaşmayla bağlı olmayan ASS’ye yada GG ASS’ye taraf olan devletlerin uyruklarının, uzun süreli riskler için sigorta kapsamında olmaması;

²⁴¹ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 584 vd.

²⁴² Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 666-668.

²⁴³ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 688-692.

- 2) Bu durumdaki ²⁴⁴ yabancıların işsizlik ödeneği hakkının olmaması;
- *Madde 19/4 ve 19/10*: Sendika hakkı ve istihdam alanında eşit iş-lem hakkı:
 - 1) Yabancıların, sendika kurucusu olamaması; ²⁴⁵
 - 2) Mevzuatın, istihdam alanında, göçmen işçilerin eşit işlem hakkının yeterince korumaması;
 - 3) Bağımsız çalışanlar için de, aynı durumun söz konusu olması;
- *Madde 19/6 ve 19/10*: Ailenin biraraya gelme hakkı:

Göçmen işçilerin 18 ve 21 yaşları arasındaki çocuklarının, ailenin biraraya gelme (birleşme) hakkından yararlanmaması.

Cinsiyet temeline dayalı ayrımcılıklar (ASS ile uyumsuz kurallar) ise şöyle sıralanmıştır:

- *Madde 4/3*: Eşit ücret hakkı:
 - 1) Ekonominin birçok kesiminin, eşit ücret ilkesinin uygulama alanı dışında olması; ²⁴⁶
 - 2) Bakmakla yükümlü olunan çocuklar için verilen aile yardımı ödeneğinin, eşlerin devlet memuru olması durumunda kocaya yada kocanın rızasıyla ve eşin cinsiyetine dayalı olmayan başka ölçütlerle göre kadına ödenmesi. ²⁴⁷

İstihdamda ayırım gözetmeme alanındaki ASS'ye uygun olmayan durum, ASS'nin madde 1/2 kuralıyla ilgilidir ve; özgürce edinilen iş (ayırım gözetmeme, zorla çalıştırma yasağı, başka yönler) başlığı altında; *istihdamda ayırmacılık durumunda ödenen tazminatın dört aylık ücretle sınırlı tutulması*, yani komitenin yerleşik kararlarına aykırı olarak tavan sınırlaması öngörülmüş olmasıdır.

3. Aykırı Düzenleme Örnekleri

Yukarıda başlıklar biçiminde özetlenen ASS'ye aykırı düzenlemelerin “istihdam”, “eşit ücret ilkesi”, “sosyal güvenlik” ve “göçmen işçiler” ile ilgili örneklerini, ²⁴⁸ Komite raporlarındaki inceleme ve kararlar temelinde daha ayrıntılı olarak incelemek gerekir.

²⁴⁴ Burada, ASS'nin 12. maddesinin 4. fıkrası konusunda “karşılıklılık” ilkesinin uygulanmadığını anımsatmakta yarar vardır. Sözü edilen yabancılar, Türkiye'nin iki yada çok yanlı bir anlaşma imzalamadığı ASS'yi yada GG ASS'yi onaylayan -taraf olan- devletlerin uyruğu olan yabancılardır.

²⁴⁵ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 638 vd.

²⁴⁶ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 588 vd.

²⁴⁷ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 665.

²⁴⁸ Bu konuda genel olarak bkz.: Mesut Gülmez, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?”, s. 48-50.

a. İstihdam Alanında Ayrımcılık Yasağına Aykırı Düzenlemeler

Sosyal Haklar Avrupa Komitesi, madde 1/2 kuralına ilişkin olarak, hükümetin 1 Ocak 2003 ile 31 Aralık 2004 referans dönemine ilişkin 12. raporunun denetiminde, yukarıda kısaca değinilen ayrıntılıları saptarken şu değerlendirmeleri yapmıştır: ²⁴⁹

Bu kural gereğince, mevzuatın, istihdamda cinsiyet, ırk, etnik köken, din, engel, yaş, cinsel yönelim ve siyasal görüşlere dayalı her tür ayrımcılığı yasaklaması, doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkları da kapsamı gerektiği yolundaki yerleşik görüşünü yineleyen Komite, dolaylı ayrımcılıklar konusunda 13 sayılı toplu yakınmadaki kararına göndermede bulunmuştur.

Türkiye'nin UÇÖ'nün 100 sayılı özleşmesi ile BM'nin KKTABKUS'yi onayladığını ve aynı zamanda AB'nin 75/117 76/207 ve 86/378 sayılı yönergelerini iç hukuka aktardığını anımsatan Komite, 4857 sayılı İş Yasası'nın 5. maddesinin istihdamda dil, ırk, cinsiyet, siyasal görüşler, felsefi inançlar, din ve başka benzer gerekçelere dayanan her tür ayrımcılığı yasakladığını belirtmiş; **ancak yaş, engel ve cinsel yönelim temellerine dayanan ayrımcılık yasağı konusunda tamamlayıcı bilgiler elde etmek istediğini eklemiş ve aynı zamanda, istihdamda ayrımcılığın işe alma (le recrutement) ve eğitimi de kapsamak üzere tüm alanlarda yasaklanıp yasaklanmadığını sormuştur.**

Kadın ve erkeklerin eşit değerinde iş için eşit ücret hakkının -madde 1/2 değil- madde 4/3 kuralı açısından incelendiğini belirten Komite, ayrımcılık yasağı için kabul edilebilir istisnalar (örneğin temel mesleki gereklilikler) konusunda açıklamalar istemiş ve mevzuatın tüm istihdam sektörlerini kapsayıp kapsamadığı konusunda bilgi istemiştir. Aynı zamanda Komite, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının yasa metinlerinde tanımlanıp tanımlanmadığı ve mahkemelerce de yorumlanıp yorumlanmadığı konularında bilgi istemiştir.

Başvuru yollarıyla ilgili olarak, ayrımcılık mağduru olan işçinin yargıda tazminat isteme hakkının bulunduğunu ve yasanın böyle bir durumda, kanıtlama yükümlülüğünün tersine çevrilmesini öngördüğünü ve işçinin ayrımcı uygulamalar ileri sürdüğü zaman, ayrımcılık bulunmadığını kanıtlama yükümlülüğünün işverene düştüğünü belirtmiştir.

İşçinin, karşılaştığı yasa dışı ayrımcılık için tazminat isteyebileceğine, ancak bunun tutarının dört aylık ücretle sınırlı olduğuna değinen Komite, oysa madde 1/2 kuralının ayrımcılık durumunda ödenecek **tazminatın "etkili, orantılı ve**

²⁴⁹ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XVIII-1**, Tome 2, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Décembre 2006 (Chapitre 16- Conclusions relatives aux articles 1, 12, 13, 16 et 19 de la Charte concernant la Turquie), s. 781-817.

caydırıcı” olmasını gerektirdiğini, dolayısıyla, bazı durumlarda bir **“ta-
van” dayatılmasının verilen tazminatların gerçekten karşılaşılan
zararla bir bağının olmaması sonucu doğurabileceğini** ve işveren için
yeterince caydırıcı olmama riski taşıyabileceğini belirtmiş ve sonuç olarak da, be-
timlenen bu durumun ASS’ye uygun olmadığı sonucuna varmıştır.

Ayrımcılık yasağına uymayan işverenlerin karşılaşılabileceği olası yaptırımlar hakkında açıklamalar yapılmasını isteyen Komite, ayrıca mahkemelerdeki ayrımcılık davalarının sayısını ve sonuçlarını da öğrenmek istediğini eklemiş ve madde 1/2 uyarınca, **örgütler, dernekler ve başka tüzel kişilerin ayrımcılık mağduru için dava açma yetkisinin bulunması gerektiğini** ve böyle bir olanağın bulunup bulunmadığını da sormuştur. Komite, (kamusal) yetkililerin işlem eşitliğini geliştirmekle görevli bir organ kurmayı düşünüp düşünmediklerini de öğrenmek istemiştir.

Ayrımcılık karşıtı mevzuatın ancak eşitliğe eksenli geniş bir strateji çerçevesinde gerçekten etkili olabileceğini vurgulayan Komite, bunu kolaylaştırıp desteklemek amacıyla hangi önlemlerin alındığını ve özellikle de istihdamda kadınların eşitliğini özendirmek için neler yapıldığını sormuştur.

Yine, sendika üyeliğine dayalı ayrımcılığın yasaklandığını belirten SHAK’nin hükümetten sorduğu bir başka konu da, 2821 sayılı yasanın bu durumda öngördüğü işçinin en az bir yıllık ücreti tutarına eşit olan “sendikacılık tazminatı”nın 1475 sayılı yasanın 13. maddesi gereğince tanınan tazminata eklenip eklenmediği yada onun yerine geçip geçmediğidir.

Komite, istihdamda **“yurttaşlık”**a dayalı ayrımcılık konusunda, madde 1/2 çerçevesinde, şu anımsatmada bulunmuştur: Devletler, yabancı uyruklu kişilerin ülkelerinde bir işe girişlerini çalışma izni elde etmelerine bağlı tutabilirler. Ancak, 31. maddede amaçlanan gerekçeler dışındaki başka gerekçelerle, taraf devletlerin uyruklarının iş edinmelerini genel olarak yasaklayamazlar. 31. maddenin öngördüğü üç sınırlama koşulunu (yasayla öngörme, haklı nedene dayanma ve demokratik bir toplum için gerekli olma koşullarını) anımsatan SHAK’ye göre, yabancılara kapatılabilecek biricik iş, hizmet yada görevler (istihdam), *kamu düzeyininin yada ulusal güvenliğinin korunmasına sıkı biçimde bağlı olanlar ve kamu gücünün kullanılmasını içerenlerdir.*

Komite, daha önceki sonuçlarında, ASS’ye *taraf başka devletlerin uyruklarının birçok istihdam / iş kategorisinden dışlanmış olmasını* uygun bulmadığını anımsatmış; hükümet raporunda bu durumun düzeltildiği bilgisinin yer aldığını, ancak başka bir açıklama bulunmadığını belirtmiştir. Komite, elinde bu konuda daha önce yaptığı değerlendirmeyi değiştirmesine ilişkin hiçbir bilgi olmadığı gerekçesiyle, durumun ASS’nin madde 1/2 kuralına uygun olmadığı sonucuna varmıştır.

Komite, Türk yurttaşlarına ayrılan işler konusunda güncel bilgiler istemiş ve ayrıca, ideolojik ve yıkıcı / bozguna olası etkinlikler konusunda bilgiler elde etmek amacıyla bazı kamu kuruluşları personel kategorilerine yönelik soruşturmaları düzenleyen kurallara ilişkin bilgi isteğini yinelemiştir.

Komite, önceki denetim dönemlerinde, ²⁵⁰ görevleri genel olarak güvenlik, yasa ve kamu düzeni yada kamu güvenliği için bir tehdit oluşturduğu yada gerekli olmadığı için yerel yönetimlerin görevlilerinin görevden alınmasına yada başka yere nakledilmesine izin veren -ve 4045/1994 ve 2935/1983 sayılı ve tarihli yasalarla değiştirilmiş olan- 1402 sayılı yasanın kimi kurallarının, ASŞ'nin 31. maddesinin izin verdiği sınırların ötesine geçtiği sonucuna varmıştı. 12. rapor bu konuda yeni bilgi içermediğinden, durumu gelecek raporda güncelleştirmek isteğini belirtmiş, ancak bu arada da, durumun madde 1/2 kuralına uygun olmadığı kanısı taşıdığını eklemiştir. ²⁵¹

Türkiye'nin, iki yıl öncesine ilişkin olmak üzere, “*istihdam, eğitim ve fırsat eşitliği*” konusunda dört ay gecikmeyle 29 Şubat 2008'de sunduğu 14. raporunu inceleyen Sosyal Haklar Avrupa Komitesi, çalışma hakkına ilişkin 1. maddenin de denetim kapsamında olduğu bu dönemde, 6 uygunluk ve 5 aykırılık saptamıştır. Aykırılıklar, ASŞ'nin madde 1/2, madde 1/4, madde 18/2 ve madde 18/3 kurallarına ilişkindir. ²⁵²

Komite, iç hukukumuzun madde 1/2 karşısındaki durumunu değerlendirdiği 2008 raporunda, Anayasa'nın 10. maddesi ile İş Yasası'nın 5. maddesini ve ayrıca özürülere ilişkin yasanın 14. maddesini anımsatmıştır. “Yaş” ve “cinsel yönelim”in, mevzuatın yasakladığı ayrımcılık nedenleri arasında bulunmadığını saptayan Komite, önceki kararlarında da yer alan bu ayrımcılık nedenleri konusundaki bilgi isteğine hükümetin yanıt vermediğini belirtip aynı isteğini, özellikle Türkiye'ye göre, bu iki nedenin -Anayasa madde 10 ile İş Yasası madde 5'te geçen- “*ve benzeri nedenler*” arasında bulunup bulunmadığını öğrenmek için yinelemiştir.

Komite kararından anlaşıldığına göre hükümet raporunda, mevzuatın tüm istihdam sektörlerini kapsadığı açıklamasına yer verilmiş, ayrımcılık yasağına getirilen istisnaların da, özellikle kadınları yada 18 yaşından küçük genç işçileri korumak amacıyla, olumlu ayrımcılığa bağlı olduğu eklenmiştir. Oysa, İş Yasası'nın 4. maddesini -ve ayrıca iş güvencesi kurallarından yararlanma koşullarını- görmezlikten gelen hükümetin verdiği bu bilginin, gerçeği yansıtmadığı ortadadır.

²⁵⁰ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XVI-1** (*Turquie*), p. 680 et 681.

²⁵¹ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XVIII-1**, Tome 2, s. 791-792.

²⁵² CE, CSE, CEDS, **Conclusions XIX-1**, Chapitre 15 – Conclusions relatives aux articles 1, 9, 10 et 18 de la Charte concernant la Turquie (s. 491-526), Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, s. 495-499.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/XIX1_fr.pdf.

SHAK, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının yasal metinlerde tanımlanmadığını belirterek, bu kavramların mahkemelerce yorumlanıp yorumlanmadığını ve nasıl yorumlandığını yeniden sormuştur.

Komite, XIX. denetim döneminde kabul ettiği kanıtlama yükümlülüğü konusundaki gözleminde (genel yorumunda), -uluslararası hukuktaki ortak yaklaşıma uygun olarak-, Sosyal Şart'ın kapsadığı alanlarda ayrımcılık savına ilişkin uyumsuzluklarda, kanıtlama yükümlülüğünün yalnız başına davacıya (yakınmacıya, işçiye) düşmemesi, fakat uygun bir düzenleme konusu olması gerektiğini anımsatmıştır. ²⁵³ Başvuru yolları konusunda ise, ayrımcılık mağduru olan bir işçinin tazminat isteme hakkı bulunduğunu, yasanın böyle bir durumda kanıtlama yükümlülüğünün tersine çevrilmesini öngördüğünü belirten ve yasanın ilgili kuralını yineleyen Komite, feshin geçerli nedene dayandırılmasına ilişkin 18. maddenin -1. fıkrasının- korumayı sınırlandırdığının altını çizmiştir.

Komiteye göre madde 1/2 kuralı, ayrımcılık durumunda onarımın etkili, orantılı ve caydırıcı olmasını gerektirdiğini; bunun sonucu olarak da, kimi durumlarda bir tavan dayatılmasının ödenen tazminatın gerçekten karşılaşılan zararlarla ilişkili (orantılı) olmaması sonucunu doğurabileceğini ve aynı zamanda işveren için de yeterince caydırıcı olmayacağını bir kez daha vurgulamıştır.

“İş Yasası'nda birçok tazminat tipinin öngörüldüğünü” anımsatan ve 4857'nin 17/6, 5/6 ve 21. maddeleri ile 2821'in 31. maddesinde öngörülen tazminatları kısaca açıklayan SHAK'nin, bu düzenlemeler karşısında ulaştığı sonuç, **durumun ASS'ye uygun olmadığıdır**. Çünkü, sendikaya üye olup olmamaya bağlı ayrımcılık durumu dışında, mağdur işçiye ödenecek tazminatlara **tavan sınırlaması** konulmuştur.

İş Yasası'nın 5. maddesine aykırı davranan işveren için madde 99'da öngörülen 50 YTL'lik (26 Avro'luk) para cezası ile TCK'da öngörülen 6 aylık hapis ya da para cezası yaptırımlarına değinen SHAK, ASS'nin madde 1/2 kuralı karşısında, derneklerin ve başka tüzel kişilerin ayrımcılık mağduru kişi yararına dava açma yetkisinin bulunması gerektiğini anımsatmış ve hükümet raporunda böyle bir olanak bulunduğunun belirtildiğini eklemiştir.

Komite, AB İlerleme Raporlarının da sürekli vurguladığı bir başka uyumsuzluk konusu olarak, hükümet raporundan, eşit işlem ilkesini geliştirmekle görevli bir özel kurumun bulunmadığının anlaşıldığını da belirtmiştir. Hükümet raporunda, genel olarak insan hakları ile ilgili birçok organdan (insan haklarıyla görevli bakanlık, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, il ve ilçe insan hakları kurullarından) söz edildiğine değinen SHAK, bir kez daha, özel olarak işlem eşitliğini geliştirmekle görevli organlar kurmayı düşünüp düşünmediğini hükümete sormuştur.

²⁵³ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XIX-1**, s. 12.

Komitenin üzerinde durduğu bir başka konu da, yabancı uyrukluların istihdamıdır. ASS'nin madde 1/2 kuralı çerçevesinde, devletlerin yabancı uyrukluların ülkelerinde istihdamını çalışma izni almalarına bağlı tutabileceklerini belirten Komite, ASS'ye taraf olan devletlerin uyruklarına madde 31'de öngörülen koşullar dışında, genel bir yasaklama getiremeyeceklerini anımsatmıştır. 31. maddedeki koşulları sıraladıktan sonra, "yabancılara kapatılabilecek (yasaklanabilecek) işlerin, yalnızca özüne içkin olarak (intrinsic) kamu düzeninin yada ulusal güvenliğin korunmasına bağlı olan ve kamu gücünün kullanılmasını içeren işler olduğunu" ²⁵⁴ belirtmiştir.

Komite, daha önceki raporunda, ²⁵⁵ taraf devletlerin uyruklarının birçok istihdam kategorisinden dışlanmış olması nedeniyle, durumun ASS'ye uygun olmadığı sonucuna vardığını anımsatmıştır. Türk yurttaşlarına ayrılan ticaret ve meslekler hakkındaki 2007 sayılı ve 1932 tarihli yasanın kaldırıldığını not eden Komite, bununla birlikte özellikle doktorluk, dişçilik, eczacılık, tayfalık, dok işçiliği, oftalmolog ve veterinerlik mesleklerine erişme konusundaki kısıtlamaların değişmediğini, bu nedenle de durumun madde 1/ 2'ye uygun olmadığı görüşünü ve Türk yurttaşlarına ayrılmış istihdam kategorileri konusunda güncellenmiş bilgi iletilmesi isteğini yinelemiştir. Komite, önceki raporunda, 1932 yasasıyla yabancı uyruklulara genel bir anlatımla getirilen yasakların ASS'nin 31. maddesiyle bağdaşmadığını, çünkü yabancılara yasaklanan işlerin nitelik olarak kamu düzeninin yada kamu gücünün kullanılmasıyla ilişkisinin bulunmadığını belirtmişti. ²⁵⁶

Komitenin üzerinde durduğu son bir nokta da, güvenlik soruşturmalarıdır. Kamu kurum ve kuruluşlarının kimi personel kategorileri için olası ideolojik ve yıkıcı etkinlikleri konusunda bilgiler elde etmek amacıyla yapılan soruşturmaları düzenleyen kurallara ilişkin olarak birçok kez bilgi istediğini anımsatan Komite, hükümet raporunun bu konuda hiçbir bilgi içermediğini saptamış ve bu soruşturmaların çerçevesini belirleyen kuralların ve kimi personel kategorilerine karşı ayrımcılık durumları sonucu doğurmasından kaçınmanın taşıdığı önemi vurgulamış, bilgi isteğini bir kez daha yinelemiştir.

²⁵⁴ Komite kararının Fransızcası şöyledir:

"Les seuls emplois pouvant être fermés aux étrangers sont donc ceux *intrinsèquement liés* à la protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale et impliquant l'exercice de la puissance publique."

Komite kararının bu bölümünün İngilizcesi de şöyledir:

"The only jobs from which foreigners may be barred are therefore those that are *inherently connected* with the protection of law and order or national security and involve the exercise of public authority."

Bkz.: Council of Europe, European Social Charter, European Committee of Social Rights,

Conclusions XIX-1, *Turkey Article 1*, Strasbourg, 2008, s. 460.

²⁵⁵ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XVI-1**, Tome 2, s. 675-679.

²⁵⁶ a.k., s. 678-679.

b. Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesine Aykırılıklar

SHAK, Türkiye'nin 1 Ocak 2003 ve 31 Aralık 2004 tarihleri arasındaki dönemi kapsayan 12. raporuna ilişkin denetim sonuçlarında, 4. maddenin 3. fıkrasıyla ilgili olarak saptamalarda bulunmuş; bir yandan hukuksal düzlemdeki olumlu gelişmelerin uygulamaya yansıtılmasını, öte yandan da süren aykırılıkların kaldırılmasını istemiştir.

Gerçekten SHAK, yeni İş Yasası'nın kabul edilmesi ile Anayasa'nın 10. maddesinde yapılan olumlu değişiklikleri not ettikten sonra, bundan böyle yetkililerce bu düzenlemelerin ***etkili biçimde uygulamaya konulduğunu kanıtlamaları gerektiğini*** vurgulamıştır. 12. hükümet raporunda, 4857 sayılı yasanın kapsamı dışında bırakılan işler bulunduğunun kabul edildiğini not eden ve bu işleri sayan SHAK, daha önceki sonuçlarında da anımsattığı gibi, ²⁵⁷ bu durumun, "***ekonominin birçok sektörünün eşit ücret ilkesinin uygulama alanı dışında bırakılmış olması nedeniyle***", ASS'nin madde 4/3 kuralına uygun olmadığını bir kez daha yinelemiştir. ²⁵⁸

Önceki sonuçlarında da aykırılığını belirttiği bu konuyla ilgili bir gelişme olmadığı sonucuna varan SHAK, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'ndaki çalışmayan eş ve çocukların her biri için verilen aile yardımı ödeneklerine ilişkin düzenlemede de "cinsiyet" temeline dayalı ücret ayrımcılığı yapıldığı sonucuna varmıştır. Komite, aile yardımı ödeneklerinin ücret eklerinden olduğunu anımsatarak ve bu nedenle de madde 4/3 kapsamına girdiğini belirterek, 657 sayılı yasanın 203. maddesindeki düzenlemeyi ²⁵⁹ bu maddeye aykırı bulmuştur. Çünkü, aile yardımı alan kişinin belirlenmesi, "***ödeneklerin verildiği kocanın erkek olan cinsiyeti ölçütüne dayanmaktadır***" ve bu da, ASS'nin madde 4/3 kuralına uygun değildir.

Öte yandan SHAK, önceki sonuçlarında, ücret farklılıklarını azaltmak için alınan somut önlemlere ilişkin bilgi verilmesi istemine hükümetin yanıt vermediğini de anımsatarak bu isteğini yinelemiş, özellikle Türkiye'nin gelecek raporda, kadınlar ve erkekler arasında ücret farklılıklarının gelişimini kavrama ola-

²⁵⁷ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XIII-3**, p. 273.

²⁵⁸ CE, CSE, CEDS, **Charte sociale européenne, Conclusions XVIII-2**, (Turquie), Juin 2007, Articles 1/4, 4, 9 et 10 de la Charte.
http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/TurkeyXVIII2_fr.pdf.

²⁵⁹ 657 sayılı yasanın, "***aile yardımı ödeneğinin ödeme usulü***" başlıklı 203. maddesine göre; "aile yardımı ödeneği Devlet memurlarına her ay aylıklarıyla birlikte ödenir. ***Karı ve kocanın her ikisi de memur iseler bu ödenek yalnız kocaya verilir.*** Aile yardımı ödenekleri hiç bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın ödenir ve borç için haczedilemez." Yasanın 204. maddesinde ise, "***aile yardımı ödeneğine hak kazanma***" şöyle düzenlenmiştir: "Memur, eş için ödenen aile yardımı ödeneğine evlendiği; çocuk için ödenen yardıma da çocuğunun doğduğu tarihi takip eden ay başından itibaren hak kazanır."

nağı veren istatistikler sunmasını istemiştir. 12. raporda, eşit değerde iş için eşit ücret ile ilgili davalarda birçok Yargıtay kararına göndermelerde bulunduğu da not eden SHAK, gelecek raporda hem bu kararların içeriği ve hem de erkek ve kadın çalışanların eşit değerde bir iş için eşit ücret hakkı sorunuyla ilgili olarak taşıdığı yararların neler olduğu konularında da açıklamada bulunmasını istemiştir.²⁶⁰

c. Sosyal Güvenlik Alanında Ayrımcılık

SHAK, ikili ve çok yanlı anlaşmalar çerçevesinde, ASS'ye ve GG ASS'ye taraf olan başka devletlerin uyruklarının sosyal güvenlik ve kazanılmış haklarının korunması, istihdam ve sigorta dönemlerinin birleştirilmesi konusunda işlem eşitliğinden yararlandığını not etmiştir. Ancak kimi devletlerle (Andora, Ermenistan, Azerbaycan, Estonya, Finlandiya, İzlanda, İrlanda, Kıbrıs, Litvanya, Letonya, Macaristan, Malta, Moldova, Polonya, Gürcistan, Yunanistan, Slovakya ve Slovenya ile) bu gibi güvenceler sağlayan hiçbir anlaşma yoktur. Hükümetin 12. raporunda, 506 sayılı yasanın Türkiye'de çalışan yabancıların isteğe bağlı üyelik temelinde değil otomatik olarak uzun dönemli riskler için sigorta kapsamına alınmaları amacıyla değiştirildiği belirtilmiştir. Ancak SSK'nın yabancı işçilere uygulanması, iki yada çok yanlı anlaşmalara bağlı tutulmuştur. Bu nedenle de, belirtilen devletlerin uyrukları sigorta kapsamı dışındadır. Komite, bu durumun ASS'ye uygun olmadığı sonucuna varmıştır.

İşsizlik ödemeleri için de işlem eşitliği güvenceye alınmamıştır; ancak -yabancılar da tazminat ödenebilmesi için- karşılıklılık koşulunun kaldırılmasını öngören bir yasa tasarı hazırlandığı belirtilmiştir.

Komiteye göre, taraf devletler, ister iki yada çok yanlı anlaşmalar imzalanması ve isterse tek yanlı önlemler alınması söz konusu olsun, yükümlülüklerini uygulamaya koymak için araçları seçmekte serbesttir. Taraf devletlerce madde 12/4 kuralı çerçevesinde üstlenilen yükümlülüklerin, sosyal güvenlik alanında uygulanabilecek **her tür çok yanlı anlaşmadan bağımsız olarak** yerine getirilmesi gerekir. ²⁶¹ ASS'ye ve GG ASS'ye taraf devletlerin bir anlaşmayla Türkiye'ye bağlı olmayan uyrukları uzun dönemli riskler için sigorta kapsamında olmadıklarından ve bu durumdaki yabancıların işsizlik ödeneği (yardımı) alma hakkının bulunmamasından dolayı, Türkiye'nin durumu madde 12/4'e uygun değildir. ²⁶²

²⁶⁰ CE, CSE, CEDS, **Charte sociale européenne, Conclusions XVIII-2, (Turquie)**, juin / décembre 2007, Articles 1/4, 4, 9 et 10 de la Charte.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/TurkeyXVIII2_fr.pdf.

²⁶¹ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XVI-1, Belgique**, Article 12/4, p. 79.

²⁶² CE, CSE, CEDS, **Charte sociale européenne, Conclusions XVIII-1**, Tome 2, s. 800-801.

d. Göçmen İşçilerin Sendika Kurucusu Olma ve Aile Birleşmesi Konularında İşlem Eşitliği Hakkı

Komite, önceki kararında olduğu gibi bu kez de, yabancı işçilerin -kurucu- sendika üyeliği hakkının güvenceye alınmamış ve 2821 sayılı yasadaki sendika kurucusu olabilmek için “Türk vatandaşı” olma zorunluluğu getiren kuralın (m. 5) değişmemiş olması nedeniyle, bu rapor döneminde de değişmeyen durumun madde 19/4’te öngörülen işlem eşitliğine aykırı olduğunu belirtmiştir. Komite, yeni İş Yasası’nın da, hükümetin önceki raporunda ileri sürdüğünün tersine, göçmen işçilere sendika kurucusu olma hakkı tanıyan hiçbir kural içermediğini eklemiştir.²⁶³ Hükümet raporunda, 2821’i değiştirmeyi ve yurttaşlık koşulunu kaldırma-yı öngören bir yasa tasarısı hazırlandığı bilgisinin yer aldığı belirten SHAK, bu konudaki ilerlemelerden bilgi edinme isteğini dile getirmiştir.

Komite, yasanın 18 yaşına kadar aile birleşmesi hakkını tanımış olmasına karşın, hükümetin göçmen işçilerin 18 ve 21 yaşları arasındaki çocuklarının bu hak-tan yararlandıklarını ortaya koymadığını belirterek, ASS’nin madde 19/6 kuralı açısından aykırı durumun bu kez de değişmediği sonucuna varmıştır.

SHAK’nin 19. madde bağlamında saptadığı başka bir aykırılık da, 10. fıkrasıyla ilgilidir. Komite, hükümet raporundaki bilgiler çerçevesinde ücretli göçmen işçiler ile bağımsız göçmen işçiler arasında ayrımcılık bulunmadığını gözlemlemiştir. Bununla birlikte, ücretli ve bağımsız göçmenler arasında ve bağımsız ulusal uyruklular (nationaux) arasında işlem eşitliği durumunda, 19. maddenin 1-9, 11 ve / yada 12. fıkraları çerçevesindeki bir aykırılık saptaması, bu fıkralarda açıklanan aykırılık durumu aynı biçimde bağımsız işçilere de uygulanacağından, 10. fıkrası çerçevesinde de bir aykırılık sonucuna götürmektedir. Madde 19’un 4. ve 6. fıkralarına ilişkin aykırılık saptamalarına göndermede bulunan SHAK, Türkiye’nin durumunun 10. fıkraya da uygun olmadığına karar vermiştir.²⁶⁴

²⁶³ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XVII-1**, Tome 2, p. 530.

Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nin raporlarında, yabancı işçilerin sendika -kurucu- üyeliği konusunda yapılan değerlendirmeler, sonuç olarak doğru olmakla birlikte, yanlış anlaşılmaya elverişli şöyle bir genel açıklama ile başlamaktadır: “Yabancı işçilerin, *sendika üyeliği* (affiliation syndicale / membership of trade unions) ve istihdam ile ilgili olarak eşit işlem hakları güvenceye alınmıştır” (**Conclusions XVII-1**, Tome 2, p. 530; **Conclusions XVIII-1**, Tome 2, s. 811-812; European Committee of Social Rights, **Conclusions XVIII-1**, Volume 2, s. 791).

Genel olarak sendika üyeliğini kapsayan bu anlatım, sendika “kurucusu” olan üyelerle sınırlı olmadığından yanılıcıdır. Ancak SHAK, bu genel anlatımın ardından, ASS’nin madde 19/4 kuralına aykırı olan durumun yabancı işçilerin “*kurucu sendika üyeliği*” ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, işlem eşitliği ilkesine aykırılık genel olarak sendika üyeliğine ilişkin değildir. Sendikalar Yasası da, yabancı işçiler için böyle genel bir üyelik yasağı içermemektedir (bkz.: Altıncı bölüm, s. 638 vd).

²⁶⁴ CE, CSE, CEDS, **Charte sociale européenne, Conclusions XVIII-1**, Tome 2, s. 811-812.

V. GENEL DEĞERLENDİRME

Avrupa Konseyi insan hakları hukukunun birbirini tamamlayan “ikiz” belgeler olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 1961 ve 1996 Sosyal Şartlarının güvencesindeki ayrımcılık yasağı ve işlem eşitliği konusundaki düzenlemeleri genel olarak ve karşılaştırmalı biçimde değerlendirildiğinde, kimi özet saptamalar yapmak olanaklıdır.

Pozitif düzenlemeler olarak, 1950 tarihli İHAS’ın Evrensel Bildirge kaynaklı ve “genel” nitelikli 14. maddesi, İHAM’ın içtihatları çerçevesinde, sözleşmenin güvencelediği tüm haklar için uygulanmakla birlikte, ancak bunlardan birinin ihlal edildiği iddiasına bağlı olarak koruma sağlamaktadır. Ayrımcılık görmeme, bu anlamda “özerk” bir hak değildir. Strazburg Mahkemesi’nin, doğrudan ve dolaylı tüm ayrımcılık biçimlerine karşı koruma getirdiğini belirttiği 14. madde, ayrımcılığın her koşulda yasaklanmasını öngörmemekte, AB hukukunda da olduğu gibi haklılığı “nesnel ve makul” gerekçelerle kanıtlanan ayırım gözetici işlemlere olanak tanımaktadır. İHAS’ın, geleneksel olarak kabul edildiği gibi, devletin “olumsuz” edimini, yani karışmamasını gerektiren birinci kuşak hak ve özgürlükleri güvenceye almasına karşın, haklardan somut olarak yararlanmayı engelleyen olgusal (fiili) eşitsizliklerin giderilmesi için geçici olumlu önlemler alınması olanaklıdır.

14. maddenin ayrımcılığa karşı sağladığı korumanın haklar yönünden uygulama alanını genişletici bir adım, sözleşmeden ancak elli yıl sonra atılabilmektedir. Ne var ki bu adım, ancak 12 sayılı ek protokolün tüm Avrupa Konseyi üyesi devletlerce onaylanması koşuluyla anlam kazanacaktır. 12 sayılı protokolü onaylayan devlet sayısının ancak 17 olması, insan haklarından eşitlik koşullarında yararlanma açısından taşıdığı önem açık olan ayrımcılığa karşı koruma konusunda, en geniş Avrupa coğrafyasında “iki vitesli” bir uygulama varlığını sürdürmektedir. Avrupa Konseyi, bu duruma son vermek için ciddi bir çaba göstermelidir.

İnsan haklarından sosyal hakları gecikmeli olarak güvenceye alan ve maddi içeriğini de yine gecikmeli olarak genişleten 1961 ve 1996 Sosyal Şartları, ayrımcılık yasağı ve işlem eşitliği konusunda “genel” nitelikli düzenlemeler yapmışlardır. Birincisi, ancak 1961 ASS’sinin başlangıcında yer alırken, ikincisi SHAK’nin ve İHAM’ın içtihatlarına uygun bir yaklaşımla ayrımcılık yasağına yer vermiştir. Sosyal Şartlar Sistemi’nde de, Birleşmiş Milletler sözleşmelerinde ve Avrupa Birliği Antlaşmalarında olduğu gibi, bu genel düzenlemeler dışında, kimi haklar özelinde söz konusu ilkeleri ve korumayı pekiştiren “özgül” kurallar da bulunmaktadır.

SHAK de İHAM gibi, ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkelerinin, salt hukuksal düzenlemeler yapılmasıyla somut olarak gerçekleştirilemeyeceğini, onaydan doğan yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılmayacağını, bu alandaki yükümlülüğün aynı zamanda hukuk ve uygulama boyutlarını kapsadığını belirtmiştir. Komitenin,

ASS'nin onay kapsamında bulunan sınırlı maddeleri temelinde yaptığı ÷lkemize yönelik denetimlerde "ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi" konusunda ulaştığı sonuçlar, genel olarak olduğu gibi, bu alanda da uyumsuzlukların uygun kurallardan daha çok olduğunu ortaya koymuştur. Anayasa'da ve 4857 sayılı İş Yasası'nın uyum sağlayıcı düzenlemelerini de kapsamak üzere yasalarda yapılan değişikliklere karşın, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi konusunda ortak hukukun benimsediğı yerleşik kurallarla bağdaşmayan çok sayıda aykırı kural yürürlüktedir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanmasıyla, yükümlülüklerimizin maddi içeriğinin neredeyse iki katına çıkması ve GG ASS'ye ilişkin raporların denetiminin başlaması, yürürlükteki kurallar değiştirilmedikçe, uyumsuz kuralların sayısını daha da arttıracaktır. Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nin ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi bağlamında yaptığı denetimlerde, 1961 ve 1996 Sosyal Şartları arasında bir değişikliğin bulunmadığı madde 1/2 ve madde 4/3 kuralları ile ilgili olarak, saptanan uyumsuzluklarda da herhangi bir değişiklik olmayacağı; aykırılık saptamalarının, E maddesi çerçevesinde, onay kapsamına alınan yeni sosyal hakları kapsayacağı, bunun da uyumsuz kuralların sayısını artıracığı öngörülebilir.

İnsan haklarına saygılı ve dayalı bir devlete düşen yükümlülük, kuşku yok ki, uyumsuzluğu açık olan kuralların yeniden ortaya konulmasını beklemezsiniz, GG ASS'ye ilişkin denetimin başlamasından önce gerekli değişiklikleri yapmaktır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA
AYRIMCILIK YASAĞI**

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI

Evrensel ve bölgesel ölçekli insan hakları sözleşmelerinde de örnekleri görüldüğü gibi, aynı zamanda bir hak ve üstün ilke olarak eşitlik ve ayrımcılık yasağının birbirinden ayrılmazlığı nedeniyle, Avrupa Birliği'nde ayrımcılık yasağı konusunu, eşitlik ilkesine ilişkin antlaşmasal kurallar ile türevsel hukuk belgelerini göz ardı ederek incelemek, yalnızca zor değil, aynı zamanda olanaksızdır. Çünkü, herhangi bir nedene dayalı olarak kimi hak özneleri için yada hak özneleri arasında hak ve özgürlüklerden yararlanmada “eşitlik”ten söz edilmesi ve bunu sağlayıcı düzenlemeler yapılması, örtük olarak ayrımcılık bulunduğu ve / yada yapıldığı, bu nedenle de eşitsizliklerin uygulamada sürdüğü, hatta giderek derinleştiğinin kabul edildiği anlamına gelir. Kaldı ki bu, türevsel hukukun benimsediği bir yaklaşımdır.

Avrupa Birliği hukukunun ayrımcılık yasağına ilişkin yarım yüzyıllık evrimin ürünü olan antlaşmasal ve türevsel kökenli ilke ve düzenlemeleri, temelde Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi gibi evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası kuruluşların kurallarını tamamlayan düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerden kimilerinin de, sözü edilen uluslararası hukukla çeliştiği belirtilmektedir.¹

Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasağına karşı oluşturduğu pozitif hukuk ile içtihat hukukunun evriminde, bunlardan antlaşmasal düzeyde yapılan düzenleme ve değişiklikler göz önünde bulundurulduğunda, Amsterdam Antlaşması (AA) bir kilometre taşı olarak temel alınabilir. Her ne kadar Amsterdam Antlaşması, Adalet Divanı'nın daha önce oluşturduğu içtihatları yasalastırma işlevini yerine getirmiş ve özellikle ayrımcılık nedenlerini “tüketici” bir yaklaşımla saymış ise de, 13. maddesinin öngördüğü kural; türevsel hukuk alanında yapılan ve “ulusüstü” kurallar olarak başka uluslararası kuruluşlar bağlamında örnekleri bulunmayan kapsamlı düzenlemelerin, özellikle 2000/43, 2000/78 ve 2004/113 sayılı yönergelerin dayanağını oluşturmuştur; eşit işlem ilkesinin emek piyasası dışında da uygulamaya konulmasına yönelik yeni yönerge girişiminin dayanağını oluşturmayı sürdürmektedir. Ayrıca, tek başına çözüm olmayan ayrımcılık karşıtı pozitif hukukunu güçlendiren Avrupa Birliği, uygulamadaki ayrımcı tutum ve davranışları değiştirmeye yönelik eylem planlarını da, bu dönemde başlatmıştır.

¹ Francis Kessler / Jean-Philippe Lhernould, “Un marché sans discriminations entre hommes et femmes”, Chapitre II, **Droit social et politiques sociales communautaires**, Editions liaisons, Paris, 2003, s. 112. Bu çelişkinin Fransa'da tanık olunan örneklerinden birinde, Fransa 89 sayılı UÇÖ sözleşmesini feshetmek zorunda kalmıştır.

Dolayısıyla, AB'nin ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi konusunda uzun bir evrimle oluşturduğu ve yeni yönerge önerisiyle boşluklarını doldurmak istediği hukuksal çerçeveyi; kronolojik bir yaklaşımla, şu ana başlıklar çerçevesinde incelemek uygun olacaktır: Önce, Roma Antlaşması'ndan Lizbon Antlaşması'na değin, yönergelerin dayanağını oluşturan Antlaşmalardaki düzenleme ve değişiklikler ele alınacaktır. Ardından, örneğin Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı ve Temel Haklar Şartı gibi başka AB belgelerindeki kurallara yer verilecektir. Üçüncü olarak, dayanağını, kaynak (birincil) hukuku oluşturan Antlaşmalardan alan ve sözü edilen başka AB belgelerine de sıklıkla yollamalarda bulunan türevsel hukuk alanındaki -birçok değişiklik geçiren ve 2006'da tek bir yönergede derlenen- düzenlemeler, yani kısaca eşit işlem ilkesini çeşitli alanlarda uygulamaya koyarak işlerlik kazandırmayı amaçlayan yönergeler incelenecektir. AB'nin ayrımcılık yasağı konusundaki çok kapsamlı türevsel hukukunu; "ayrımcılıkların yokluğu" olarak tanımlanan eşit işlem ilkesinin istihdam ve çalışma alanları dışında da uygulanmasını sağlamaya yönelik girişimi de göz önüne alarak, Amsterdam Antlaşması'ndan sonra kabul edilen 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler öncesi ve sonrası olarak iki büyük başlıkta ele almak uygun olacaktır. Bu arada, belirtilen başlıklarda yer yer değinilen ve çoğu zaman türevsel hukukun önünden giden ve değişiklikler yapılmasına neden olan Adalet Divanı kararlarından, 2000/78 sayılı yönergeye ilişkin olan yenileri daha geniş olarak incelenip değerlendirilecektir.

AB'nin, giderek genişleyen ve çeşitlenen nedenlere dayalı ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi konusundaki çalışmalarını "hukuksal çerçeve" ile sınırlı olmadığından, bu ilkeyi yaşama geçirmeye yönelik başka etkinlikleri de bulunmaktadır ve bunların da ele alınması gerekmektedir. Dolayısıyla son olarak, salt hukuksal araçlarla kaldırılmasına olanak bulunmayan ayrımcılıklara karşı savaşımında, 2000 yönergelerini izleyen yıllarda uygulanmaya başlanan Topluluk eylem programlarının incelenmesi ve Komisyon'un, "genişleyen Avrupa Birliği'nde eşitlik ve ayırım gözetmeme" başlıklı "yeşil kitap"ına yer verilmesi yararlı olacaktır.

Ancak önce, Avrupa Birliği bağlamında ayrımcılık yasağına ilişkin hukuksal çerçevenin belirlenmesi, salt Birlik kurumlarının iradesinin ürünü olan düzenlemelerden oluşup oluşmadığı sorunu üzerinde durmak gerekmektedir. Kuşkusuz bu çerçeve, birbirinden ayrılmazlıkları nedeniyle, aynı zamanda eşit işlem ilkesi için de geçerlidir.

I. HUKUKSAL ÇERÇEVEYİ BELİRLEME ZORUNLULUĞU

Genel bir deyişle, AB'nin eşitlik ve ayrımcılık karşıtı hukukunda, özellikle kurucu Antlaşmalarda, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde hukuksal güvenceye bağlanan ve insan haklarından yararlanmada koruyucu işlev yerine getiren üstün bir ilke olarak "yasa (hukuk) önünde eşitlik" ilkesinin karşılığını oluşturan bir düzenleme yoktur. *Renucci*'ye göre de, Avrupa Birliği hukukunda, İnsan Hakları

Avrupa Sözleşmesi'nin "ayrımcılık yasağı"na ilişkin 14. maddesindeki -ve 12 sayılı ek protokolündeki- kurala benzer biçimde, tüm alanlarda ayrımcılık yapılmamasını öngören, ayrımcılık nedenleri yönünden sınırlı olmayan "genel ve tek" bir kural bulunmamaktadır. Amsterdam Antlaşması, bunu bir ölçüde (asgari düzeyde) gerçekleştirmiştir. Bu nedendir ki Adalet Divanı, ayrımcılık yasağını "*temel bir Topluluk ilkesi*"ne dönüştürmüştür.² Kanımca, bu saptamayla ilgili olarak, iki noktaya açıklık getirmekte yarar vardır. Birincisi, yazarın ileri sürdüğü gibi, İHAS'taki ve ek protokoldeki ayrımcılık karşıtı koruma "tüm alanlarda" değil, yalnızca İHAS'ın güvencelediği ve yasanın öngördüğü hakların kullanılmasıyla sınırlı olarak söz konusudur. İkinci nokta da, yazarın saptamasının, Amsterdam Antlaşması öncesi için ve Antlaşmalar bağlamında doğru olduğudur. Çünkü, 2000'de kabul edilen Temel Haklar Şartı, hukuksal bağlayıcılığı tartışma konusu olsa da, aşağıda görüleceği üzere, "tüm kişiler hukuk önünde eşittir" diyerek, bu "genel ilke" boşluğunu doldurmuştur. Bu arada, Temel Haklar Şartı'nın, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle, hukuksal bağlayıcılığına ilişkin tartışmaların da sona ereceğini anımsatmak gerekir.

Ayrımcılık kavramının amaçsal okumasına (yorumuna) ayrıcalıklı bir önem veren Adalet Divanı, insan haklarına açılımı büyük ölçüde beslemiştir.³ Divan, eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesine yer veren BM ve UÇÖ sözleşmelerine sıklıkla yaptığı göndermelerde, "yasa önünde eşitlik ve ayrımcılığa karşı koruma"nın *evrensel bir hak* olduğunu yinelemektedir. Örneğin Divan, 11 Temmuz 2006 tarihli kararında; "**Topluluk hukukunun genel ilkelerinin ayrılmaz parçasını oluşturan temel haklar arasında, özellikle ayrımcılık gözetme ilkesinin bulunduğunu**", açık bir dille ve "kesinlikle" diyerek vurgulamıştır.⁴ Adalet Divanı, 3950/92 sayılı Konsey tüzüğü'nün yorumlanmasına ilişkin 13 Nisan 2000 tarihli daha önceki bir kararında da; ⁵ "Topluluk hukuk düzeninde temel hakların korunmasından kaynaklanan gereklerin, Topluluk düzenlemelerini uygulamaya koydukları zaman, üye devletleri bağladığını da anımsatmış ⁶ ve bu bağlamda, "**genel eşitlik ve ayrımcılık yasağının, temel haklar ara-**

² Jean-François Renucci, **Droit européen des droits de l'homme**, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2002, s. 387.

³ Michèle Rivet, "La discrimination dans la vie du travail, Rapport général", in **La discrimination**, journées Franco-Belges, Tome LI / 2001, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique Française, Société de législation comparée (SLC), Paris, 2004, s. 246.

⁴ CJCE, Affaire C-13/05, Affaire C-13/05, Sonia Chacón Navas contre Eurest Colectividades SA, (demande de décision préjudicielle, arrêt du 11 juillet 2006, parag. 52.

⁵ CJCE, Arrêt de la Cour (sixième chambre), Kjell Karlsson e.a., affaire C-292/97, 13 avril 2000, parag. 37; [http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-\(...\)](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-(...)).

⁶ Adalet Divanı'nın bu konudaki önceki kararı için bkz.: CJCE, arrêt du 24 mars 1994, Bostock, C-2/92, Rec. p. I-955, parag. 16.

sında yer aldığı” belirtmişti. ⁷ Kısacası temel haklar, Topluluk hukuk düzeyinin genel ilkeleri olarak üye devletleri bağlar.

Ayrımcılık yasağının, “genel ilke” olarak Antlaşmalara konulması sorunu, Amsterdam Antlaşması’yla, belirli ölçüde gerçekleşmiş, ancak yine de “sınırlı” olmaksızın tüm ayrımcılık nedenlerini kapsayan “genel” nitelikli bir kural getirilememiştir. Bu nedenle, Avrupa Birliği’nin sayılan nedenlerle sınırlı olan ayrımcılık yasağı konusundaki kurallarının Roma Antlaşması’ndan Lizbon Antlaşması’na ⁸ değin uzanan yarım yüzyılı aşkın dönemdeki evrimine değinmeden önce, ayrımcılık

⁷ CJCE, Arrêt de la Cour (sixième chambre), Kjell Karlsson e.a., affaire C-292/97, 13 avril 2000, parag. 38.

Divan, ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasındaki bağı vurguladığı bu kararında; “eşit işlem ilkesi”nin tanımı konusundaki görüşünü de (bkz.: Giriş, s. 8-9 ve 23), önceki kararlarına göndermede bulunarak şöyle yinelemiştir:

“Antlaşma’nın ortak tarım politikası çerçevesinde her tür ayrımcılığın yasaklandığını belirten 40. maddesinin 3. fıkrasının 2. bendi, genel eşitlik ilkesinin dile getirilmiş olmasından ibarettir. **Genel eşitlik ilkesi, karşılaştırılabilir durumlarda farklı biçimde davranılmamasını (farklı işlem yapılmamasını) ve farklı durumlarda da eşit biçimde davranılmamasını (eşit işlem yapılmamasını) gerektirir, yeter ki farklılaştırma (farklı işlem) nesnel olarak kanıtlanmış olmasın.**” (parag. 39).

Adalet Divanı’nın bu konuda göndermede bulunduğu öteki iki kararı için bkz.: CJCE, arrêt du 20 septembre 1988, Espagne/Conseil, 203/86, Rec. p. 4563, parag. 25 et arrêt du 17 avril 1997, EARL de Kerlast, C-15/95, Rec. p. I-1961, parag. 35).

⁸ Bilindiği gibi İrlanda halkı, 13 Haziran 2008 tarihinde yapılan referandumda, Lizbon Antlaşması’na % 46,6’ya karşı %53,4 ile “hayır” dedi ve bu da, Lizbon Antlaşması’nın öngörülen tarihte (1 Ocak 2009’da) yürürlüğe girmesini olanaksızlaştırdı.

Bu sorun, Komisyon Başkanı *Barroso*’nun “tarihsel kararlar” olarak nitelediği 12 Aralık 2008 Brüksel doruğunda kabul edilen kararlardan biri ile çözüme bağlanmış görünmektedir. Avrupa Konseyi, iklim değişikliği ve mali kriz konularının yanı sıra, Lizbon Antlaşması’nın onaylanması konusunda İrlanda ile uzlaşılmasını sağlayan bir çözüm yolu bulmuştur. Avrupa Konseyi’nde; çok sayıda İrlandalı’nın, Lizbon Antlaşması’nın mali politikaları, askeri yansızlıkları yada çocuk düşürme gibi kimi etik sorunlar üzerindeki sonuçlarından kaygılandığı göz önüne alınarak, **Antlaşma’nın bu sorunlar konusunda İrlanda hükümetinin egemenliğine zarar vermeyeceği** konusunda hukuksal güvenceler sağlamıştır. İrlandalıların, Komisyon üyelerinin sayısının azaltılması tasarısına da karşı çıkmalarına çözüm olmak üzere de, Konsey, Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesi durumunda, AB’nin 27 üyesinin her birinin Brüksel’e birer komiser göndermeyi sürdürmesini sağlamak için gerekli hukuksal önlemleri almayı kabul etmiştir. İrlanda da, bu ödünler karşılığında, 2009 içinde ikinci referandumu düzenlemeyi kabul etmiştir.

Bkz.: http://ec.europa.eu/news/economy/081212_1_fr.htm, erişim: 15.01.2009.

Brüksel Avrupa Konseyi sonuçlarında, Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesi koşuluna bağlanan ve ilkelerden sapma anlamına gelen bu “büyük” uzlaşma şu anlatımla yer almıştır:

“İrlanda Anayasası’nın yaşam hakkı, eğitim ve aile ile ilgili kurallarının, Lizbon Antlaşması’nın AB Temel Haklar Şartı’na hukuksal bir statü kazandırmasından ve Lizbon Antlaşması’nın adalet ve içişlerine ilişkin kurallarından hiçbir biçimde etkilenmeyeceği güvencesi”;

“Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesi koşuluyla, her üye devletten bir uyuğun Komisyon’da bulunmasını sürdürmek için, gerekli hukuksal yöntemlere uygun olarak, karar alınması.”

karşıtı Avrupa Birliği hukukunun -yazılı hukuk alanındaki Birlik düzenlemelerini aşan- çerçevesinin belirlenmesi zorunluluğu üzerinde durmak yararlı olacaktır.

Kanımcı, ayrımcılığa karşı Avrupa Birliği hukukunun çerçevesini ve evriminin temel aşamalarını belirlerken, öncelikle “doğrudan” ve “dolaylı” müktesebat ayrımı yapmak ve her ikisini birlikte göz önüne almak gerekir.⁹ Daha açık bir anlatımla, ayrımcılık yasağı konusundaki AB hukuku ve müktesebatının, yalnızca AB kurumlarının iradesinin ürünü olan birincil ve ikincil kaynaklarla, Antlaşmalar ve türevsel belgelerle, bunlara dayanarak -ancak çoğu zaman bu kaynakları önceleyen- Adalet Divanı’na oluşturulmuş içtihat hukukuyla, kısacası “**AB’nin doğrudan hukuk ve müktesebatı**” ile sınırlı tutulmaması gerekir.

Ayrımcılık yasağı, daha genel bir anlatımla ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi, kanımcı AB hukuk düzeninin içinde yer alan ve genel olarak insan hakları alanında ve bağlamında göz önünde bulundurulması gereken “**AB’nin dolaylı hukuk ve müktesebatı**”nı oluşturan kaynaklarda da yer alan bir ilkedir. Bu ilke, gerek AB kurumlarını ve gerekse üye devletleri bağlayan kaynaklarda da yasaklanmıştır. İnsan hakları alanında, nasıl ulusal hukuk düzenleri artık salt “ulusal” kaynaklardan oluşmuyorsa, AB hukuk düzeni de artık yalnızca AB üyelerinin, AB kurumlarının ve AB sosyal ortaklarının iradelerinin ürünü olan kaynaklardan oluşmamaktadır. AB’nin “ulusalüstü” olan kaynakları arasında, AB üyesi devletler ile AB kurumlarının iradelerinin ürünü olmayanlar da vardır. AB hukuk düzeni, insan haklarına ilişkin bu kaynakların tümünü kapsayan “kendine özgü” bir kurallar bütünü oluşturmaktadır.

Dolayısıyla, hukuksal bağlayıcılığı olan ve olmayan birincil ve ikincil (ve ayrıca, kökeninde sosyal ortakların iradesinin bulunduğu -kimileri yönergeye dönüştürülen- sözleşmesel) kaynaklar, “doğrudan müktesebat” olarak bu konuda kimi genel ve özel düzenlemeler içermektedir. Ancak, bu kaynakların yanı sıra, Avrupa Birliği Antlaşması ile Avrupa Topluluğu Antlaşması’ndaki ilkeler dolayısıyla, özellikle açıkça yollama yapılan *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı* gibi Avrupa Konseyi belgelerinin dışındaki evrensel belgeler de dikkate alınmalıdır. Avrupa Birliği’nin, antlaşmasal yollama dışında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne “katılmak” istemesi ve bunu Lizbon Antlaşması’na da koymuş olması, dolaylı müktesebatı içselleştirerek “doğrudan” müktesebata dönüştürme anlamına gelmektedir.

Bkz.: Conseil de l’Union européenne, Conseil européen de Bruxelles, 1-12 décembre 2008, **Conclusions de la présidence**, Conc 5, 17271/1/08, REV 1, Bruxelles, le 13 février 2009 (la version révisée des conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles), 11 et 12 décembre 2008; CE, Le **Rapport général sur l’activité de l’Union européenne**, 2008; <http://europa.eu/generalreport/fr/welcome.htm>, 06.03.2009.

9 “Doğrudan müktesebat” ve “dolaylı müktesebat” ayrımını, ilk kez sendikal haklar bağlamında önermiş ve incelemiştım. Bkz.: Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda... Uyum Sorunu**, s. 4-5 ve 219-220.

Öte yandan, AB'nin kurucu ilkelerinden biri, “**insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı**” gösterilmesidir. AB'nin varlık nedenini oluşturan, AB kurumlarının yanı sıra üye devletleri de bağlayan insan haklarına saygı ilkesi, “antlaşmasal” bir ilkedir; soyut, siyasal yada ahlaksal bir ilke olmanın ötesinde, bir pozitif hukuk belgesinde yer alan, somut içeriğinin evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası kuruluşların kabul ettiği insan hakları sözleşmelerine yetkili denetim organlarının kararlarına göre belirlenmesi gereken bir ilkedir. İnsan hakları sözleşmelerinin tümüne yollamada bulunmasına olanak ve gerek bulunmayan Antlaşmalar, bu sözleşmelerden aynı zamanda AB ve Avrupa Konseyi üyesi olan devletlerce “Avrupa” düzeyinde kabul edilmiş olan ikisine doğrudan ve açık yollamada bulunmakla yetinmiştir. AB kurumlarının ve üye devletlerin insan hakları ve ayrımcılık yasağı alanındaki yükümlülüklerinin çerçevesini belirlerken, yalnızca birinci ve ikinci kuşak insan haklarının somut içeriğini sınırlı biçimde ortaya koyan İHAS ve ASS ile sınırlı kalınmamalı, aynı zamanda öteki insan hakları sözleşmeleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, başta Adalet Divanı kararlarında olmak üzere, gerek BM ve gerekse UÇÖ sözleşmeleri AB hukuk düzeni içinde anılan, esinlenilen ve yararlanan “dolaylı” kaynaklar arasında yer almaktadır.

Bu yaklaşım, başka örneklerinin yanı sıra, 2000/43 ve 2000/78 yönergelerinde de açıkça benimsenmiştir. Bu yönergelerde, sırasıyla ırk ve cinsiyet temellerine dayalı iki özel Birleşmiş Milletler sözleşmesi (IATBKUS ve KKTABKUS) ile UÇÖ'nün yine istihdamda ve meslekte ayrımcılık yasağını düzenleyen 111 sayılı sözleşmesine, konuları nedeniyle yollamada bulunulmuş, böylece de özellikle Adalet Divanı'nın -bu tür yollamalarda bulunmaksızın da- öteden beri yararlandığı uluslararası kaynaklara yer verilmiştir. Kuşkusuz, ayrımcılık yasağına ilişkin AB hukukunun ve müktesebatının çerçevesi belirlenirken, açıkça yollamada bulunulanlarla sınırlı olunmaksızın, örneğin BM'nin genel insan hakları sözleşmelerindeki (ESKHUS ve KSHUS) ilgili maddeler de dikkate alınmalıdır.

Sonuç olarak, Adalet Divanı'nın yerleşik kararlarında; genel eşitlik ilkesinin ve özgül bir anlatımı sayılan ayrımcılık yasağının, üye devletleri bağlayan “temel haklar” olarak nitelenmiş olması, Topluluk hukuk düzeninin salt “doğrudan” kaynaklar (müktesebat) ile sınırlı olmadığı kabul edilmiş, AB kurumlarının doğrudan iradesinin ürünü olmayan uluslararası insan hakları ortak hukukunun da “dolaylı hukuk ve müktesebat” olarak benimsenmiş olduğu anlamına gelmektedir.

II. ANTLAŞMALARDA AYRIMCILIK YASAĞI

Eşitlik ilkesi, *üstün bir hukuk kuralı* olarak, birincil ve ikincil tüm Topluluk hukukunun içerdiği kuralların bağlı olduğu yüksek yorum referansı oluşturan hukukun genel ilkelerinden biridir. Avrupa Topluluğu, bu ilkeler bütününe dayanır ve ayrımsız tüm Topluluk yetkilileri (kurumları), kendilerine tanınan tüm yetkilerin kullanılmasında, söz konusu ilkelerle bağlıdırlar. Eşitlik ilkesi, Adalet Divanı'nın

kararlarında da belirtildiği gibi, Topluluğun genel kurucu ilkelerinin ilk sırasında yer alan ve üstelik, Antlaşma kurallarında (Antlaşma'nın köşe taşı olarak 12. maddesinde) açıkça düzenlenen tek ilke olma özelliği taşımaktadır.¹⁰

Kanımcıca, Roma Antlaşması'nın “yurttaşlık” ve “cinsiyet” nedenlerine dayalı ayrımcılıkları yasaklayan düzenlemeler yaptığı göz önüne alınırsa, daha çok 2000'li yıllardaki Topluluk yaklaşımını yansıtan yukarıdaki görüşlerin, aynı zamanda ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesinin birbirinin onusuz olmaz koşulunu oluşturdukları yaklaşımının, doğal olarak başlangıçtan beri benimsendiği söylenebilir.

Eşitlik ilkesini gerçekleştirmenin başlıca araçlarından biri olarak ayrımcılık yasağı, nedenler ve konular yönünden kapsamı giderek genişleyen bir yaklaşımla, türevsel hukuk düzenlemelerinin kaynağı olarak Roma Antlaşması'ndan itibaren yer alan temel değerlerden biri olmuştur.

Avrupa Birliği hukukunun Antlaşmalar ve türevsel hukuk alanlarında ayrımcılık yasağı konusundaki yarım yüzyılı aşkın evrimi, Roma Antlaşması'nın “sınırlı” birkaç nedene dayanan ve temelde ortak pazarın işleyişinin araçları olan kurallardan, Adalet Divanı'nın yerleşik kararlarının ardından “temel hak” anlayışının benimsendiği Maastricht, Amsterdam ve Nis Antlaşmaları ile Lizbon Antlaşması'na değin uzanmaktadır. Özellikle, temel bir yasal aşamaya damgasını vuran¹¹ Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden hemen sonra ise, türevsel hukuk alanında, bir yandan her tür ayrımcılığın yokluğu anlamında eşit işlem ilkesinin uygulama alanını genişleten, öte yandan da önceki yönergeleri yalınlaştırma, birleştirme / derleme ve iyileştirme amacı taşıyan son derece önemli düzenlemeler yapılmıştır ve hukuksal çerçevenin, istihdam ve çalışma alanı dışındaki boşluklarını doldurmaya yönelik çabalar da sürdürülmektedir.

Kanımcıca, bu süreç kısaca, bir yandan ayrımcılık nedenlerinin ve koruma alanlarının genişlemesi ve öte yandan da Topluluğa, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesini uygulamaya geçirmek amacıyla önlemler alma yetkisinin tanınması biçiminde evrilmiştir. Ancak aynı zamanda, ekonomik bütünleşmenin ve ortak pazarın işleyişinin araçları olmasının ötesinde, 1990'lı yıllardan başlayarak düzenlemelerin amacı yönünden de önemli bir değişime tanık olunmuştur.

Sürecin Antlaşmalar bağlamındaki son aşaması olarak, özellikle Temel Haklar Şartı'nı içselleştiren ve ona “anayasal” bir değer kazandırarak içerdiği tüm haklar-

¹⁰ Denis Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 18.

¹¹ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Tendances et évolutions de 1997-2005, Combattre la discrimination ethnique et raciale et promouvoir l'égalité dans l'Union européenne*, Hongrie, 2007, s. 9.

la birlikte eşitlik ilkesini de “anayasallaştırma”¹² yönünden önem ve anlam taşıyan -ama artık sadece tarihsel bir belge olan- *AB Anayasa Tasarısı*¹³ ve Temel Haklar Şartı’nı içselleştirmemiş olmakla birlikte ayrı bir protokolle hukuksal değer ve bağlayıcılığını açıkça kabul ederek bu konudaki tartışmalara son veren *Lizbon Antlaşması* da göz önünde bulundurulmalıdır.

1. Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması’nda Ayrımcılık Yasağı

25 Mart 1957’de Roma’da imzalanan ve 1 Ocak 1958’de yürürlüğe giren Avrupa Ekonomik Topluluğu / Roma Antlaşması’nda (AETA / RA), eşitlik ve ayrımcılık yapılmaması ilkesiyle ilgili “genel” bir düzenleme yoktu. Kurucuların sosyal politikayı ekonomik bütünleşmenin aracı olarak gören temel ideolojisi anımsandığında, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi için Topluluğa genel bir yetki tanıyan ve tüm alanları kapsayan bir kurala yer verilmesi, kuşkusuz beklenemezdi. Dolayısıyla, eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusunda Roma Antlaşması’nda, birincisi ekonomik ve ikincisi de sosyal kaygılarla, yalnızca iki nedene dayalı “sınırlı” bir koruma öngörülmüştür: Yurttaşlık ve cinsiyet.

AET Antlaşması’nın “yurttaşlık” ve çalışma koşullarından yalnızca “ücret” ile sınırlı olarak “cinsiyet” temellerine dayalı ayırım gözetilmemesiyle ilgili 7. (AT Antlaşması’nda 12.) ve 119. (AT Antlaşması’nda 141.) maddelerinde yer alan iki pozitif kuralının nedenler yönünden sınırlı olan kapsamı ve uygulama alanı, türevsel hukukla genişletilmiştir. Kadın ve erkekler arasındaki ayrımcılık yasağı, bir yandan kadın ve erkeklerin mesleki yaşamının tümünü kapsayan bir genişlik kazanırken, öte yandan Toplulukta yasal olarak oturan *Topluluk uyuşu olmayanların* da benzer haklardan yararlanması üzerinde durulmaya başlanmıştır.

Ayrımcılık yasağı ilkesinin pozitif hukukun öngördüğü sınırlı uygulama alanının genişletilmesinde, kuşkusuz en önemli katkı Adalet Divanı’nın kararları sağlamıştır. Divan’ın, ücretle sınırlı ayrımcılığı, cinsiyete dayalı genel bir “işlem eşitliği” ilkesine dönüştürmüş olmasını özellikle vurgulamak gerekir. Divan kararlarının türevsel hukukla geliştirilip tamamlanmasıyla da, çalışma ilişkileri alanında uluslararası hukuk kurallarını tamamlayan yada onun yerine geçen ayrımcılık yapmama kurallarını tamamlayan eksiksiz bir savunma / koruma çerçevesi yürürlüğe konulmuştur.^{14, 15}

¹² Marie-Thérèse Lanquetin, “L’égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d’emploi et de travail, A propos de la directive 2000/54 (2006/54) CE du 5 juillet 2006”, **Droit social**, No 7/8, juillet- août 2007, s. 862.

¹³ Anayasa Tasarısı’nın bu konudaki kuralları, içselleştirdiği Temel Haklar Şartı başlığı altında incelendiğinden ayrıca ele alınmamıştır. Bu konuda genel ve daha geniş bilgi edinmek için bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 280-289.

¹⁴ Francis Kessler / Jean-Philippe Lhernould, **a.g.y.**, s. 111.

¹⁵ Kanımca, yazarın ileri sürdüğü gibi bu çerçevenin “eksiksiz, tam” (complet) olduğu savunulamaz. Çünkü Komisyon da, ileride değinildiği gibi, eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin hukuksal çerçevenin özellikle koruma alanları yönünden hala varolan boşluklarını doldurmak için 2008 ortalarında yeni bir yönerge girişiminde bulunmuştur.

a. Yurttaşlık Temeline Dayalı Ayrımcılık Yasağı

AET Antlaşması'nın 7. maddesi, "yurttaşlık" (nationalité) nedeniyle yapılan her tür ayrımcılığı kesin bir dille yasaklamış, Konseyi de bu amaçla gerekli düzenlemeyi yapmakla görevli kılmıştır. Bu maddenin, 17 Şubat 1986'da imzalanan ve 1 Temmuz 1987'de yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi'nin 6. maddesi ile değiştirilen ilk metnine göre:

"Antlaşma'nın uygulama alanında ve öngördüğü özel kurallara zarar vermeksizin, yurttaşlık nedeniyle yapılan *her tür ayrımcılık* yasaktır.

Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine ve Meclise (Avrupa Parlamentosu'na) danıştıktan sonra, nitelikli çoğunlukla (251. maddedeki yöntem uygun olarak) bu ayrımcılıkları yasaklamak ereğiyle her tür düzenlemeyi yapacaktır."

Antlaşma'nın tanıdığı ekonomik özgürlüklerin kullanılmasında ve bir "ortak pazar"ın kurulmasında, Topluluk uyruklarının üye devletlerin yurttaşları ile eşit olarak yararlanmalarını amaçlayan ¹⁶ bu yasa, ilke olarak, Antlaşma'nın uygulama alanına giren *tüm konular* için geçerlidir ve uygulanması, öngördüğü özel kurallara zarar vermemesine bağlıdır. Başka bir deyişle, bu maddenin öngördüğü "yurttaşlık" nedeniyle ayrımcılık yapma yasağı, "genel" bir kuraldır. Dolayısıyla ayırım gözetmeme ilkesine, dolaşım özgürlüğünün kapsadığı alanların tümünde saygı gösterilmesi gerekir. Bu ilkenin uygulama alanına, yalnızca çalışma ve yaşam koşulları değil, aynı zamanda sosyal yardımlar da girer. Eşitlik, toplu haklar konusunda, özellikle sendikal planda mutlaklıdır. Öte yandan, çalışanlara tanınan işlem eşitliği hakkı, aile üyelerini de kapsar. Topluluk uyruğunun, ulusal uyruklu kişilerle, konut yada öğrenim alanlarında aynı hakları vardır. ¹⁷

Maddedeki ayırım gözetmeme ilkesi, Antlaşma'yı önceleyen temel ve üstün bir ilke olarak, Antlaşma'nın özel kurallarla düzenlediği durumların dışında, uygulanmasının söz konusu olabileceği tüm durumlar için geçerlidir ve uygulanması gerekir. ¹⁸ Gerçekten, Antlaşma'nın kimi başka maddelerinde (örneğin m. 31/1, m. 39/2 [kişilerin serbest dolaşımı], m. 43, m. 49-50 ve 54), "yurttaşlık" temeline dayalı ayrımcılıkların yasaklandığı özel olarak belirtilmiş, yani kimi özel durumlarda bu genel yasa ayrıca yinelenmiştir. ¹⁹ Dolayısıyla, RA'nın 7. (ATS'nin 6. ve

¹⁶ Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 153.

¹⁷ Jean-François Renucci, **a.g.y.**, s. 392-393.

¹⁸ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 19.

¹⁹ Örneğin, serbest dolaşım hakkı, istihdam, ücret ve öteki çalışma koşulları (örneğin işten çıkarma ve sendikal haklar) ile ilgili olarak, üye devletlerin işçileri arasında uyrukluğa (vatandaşlığa) dayalı her tür ayrımcılığın kaldırılmasını içerir (m. 48/2; AA, m. 39/2). Bu, çalışanların serbest dolaşım hakkından yararlanmasının ön koşuludur. Dolayısıyla, 3. fıkrada sayılan dört hakka, 2. fıkrada öngörülen bu kural nedeniyle, "eşit işlem görme hakkı"nın da, beşinci hak olarak eklemek gerekir (Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 171-175).

AT Antlaşması'nın 12.) maddesindeki genel kural ile özel kurallar arasında bir seçme yapma sorununun söz konusu olması durumunda, Topluluk yargıcının, “*özel kuralın genel kuralın yerini alması*” ilkesi gereğince, özel kurala öncelik tanınması gerekecektir (*specialia generalis bus derogant*).²⁰

Antlaşma'ya, özgül kurallardaki ayrımcılık yasağıyla yetinilmeyip “yurttaşlık” temeline dayalı genel bir kural konulmasının özünde, AET'nin kuruluş yıllarındaki sosyal politikasının dayandığı temellerden birini oluşturan “yüksek bir istihdam düzeyi sağlama” düşüncesinin bulunduğu da söylenebilir.²¹ Başka bir anlatımla, yurttaşlık nedeniyle ayrımcılık yapılmaması ilkesinin kökeninde, işgücü gereksinmesini içeren bir ekonomik büyüme bağlamında tasarlanan bir Avrupa istihdam piyasası oluşturma düşüncesi bulunuyordu.²²

Topluluk yargıcı, 12. maddenin uygulama alanını, gerek zaman, gerek konu, gerekse kişi yönlerinden belirlemiştir. Katılma belgesinde özel ulusal kuralların bulunmaması durumunda, 12. madde hemen uygulanabilir. 12. maddenin “emredici” (*contraignant*) niteliği, yeni bir hak olarak ve geçiş kurallarının bulunmaması durumunda, geçmişe etkili olarak ve hemen uygulanmasını haklı göstermektedir. 12. maddenin konular yönünden uygulama alanıyla ilgili olarak da, Topluluk yargıcı, yargısal korumanın hiçbir sınırlamadan etkilenmemesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak, 12. maddenin 1. fıkrasının açıkça belirttiği gibi, yalnızca Topluluk hukukunun -Antlaşma'nın- uygulama alanına giren durumlara uygulanabileceği kuşkusuzdur. 12. maddenin kişiler yönünden uygulama alanı konusundaysa, Topluluk yargıcı, aynı zamanda üye devlet ve üçüncü devlet yurttaşı olan bir kişinin, Topluluk uyrukluğunu taşıması nedeniyle 12. maddeyi ileri sürebileceğini belirtmiştir. Kanımca, 12. maddede yurttaşlık nedeniyle uygulanan “her tür ayrımcılık” denildiği -ve kesin bir dille yasaklandığı- için, bu korumanın üye devletlerin yurttaşı olmayan kişileri de kapsadığı tartışmasızdır.

Adalet Divanı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi, yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılıkları belirlerken “orantılılık” denetimi yapmaktadır. Nesnel koşullarda farklı işlemi haklı gösteren olgunun olası varlığının yanı sıra, yaptırım yada yükümlülüğün orantısız olup olmadığını da doğrulamaktadır.²³

12. maddenin 2. fıkrası ise, Konsey'e, yurttaşlık nedeniyle yapılan ayrımcılıkların yasaklanması ereğiyle, 251. maddedeki yönetime uygun olarak (nitelikli ço-

Ayrımcılık yasağı içeren (çalışanların, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı, ortak tarım politikası ile ilgili) bu özel kurallar konusunda daha geniş bilgi için bkz.: Denis Martin, **a.g.y.**, s. 21-28.

²⁰ Jean-François Renucci, **a.g.y.**, s. 389.

²¹ Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 170.

²² Claire Aubin / Benjamin Joly, “De l'égalité à la non-discrimination: le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française”, **Droit social**, No. 12, décembre 2007, s. 1296.

²³ Jean-François Renucci, **a.g.y.**, s. 390-391.

ğunlukla) her tür düzenlemeyi yapma olanağı tanımıştır. Topluluğa türevsel kaynaklar düzeyinde kural üretme yetkisi tanıyan bu fıkraya dayanarak, yurttaşlık nedeniyle işlem eşitliği ilkesinin uygulamaya aktarılması için tüzük ve yönergelerle özel düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, 1408/71 sayılı tüzükle,²⁴ üye devlete, Topluluk uyrukları arasında yurttaşlık temeline dayanan ayırım gözetmeksizin işlem eşitliğini sağlama konusunda “olumlu yükümlülük” getirilmiştir. 15 Ekim 1968 tarihli ve 1612/68 sayılı tüzükte de,²⁵ sosyal ve mali avantajlar konusunda aynı yaklaşım geçerlidir. Topluluk yargıcı, işe girme alanında da aynı titizliği göstermektedir.²⁶

12. maddede öngörülen yasak, Topluluk / Birlik üyesi olan ve olmayan devletlerin uyruklarının yurttaşlığı nedeniyle yapılan ayrımcılıklarla ilgilidir; yasal olarak üye devletlerde bulunan üçüncü ülkelerin yurttaşlarını da kapsar. Aynı zamanda gerçek ve tüzel kişileri kapsayan yurttaşlık nedeniyle yapılan ayrımcılık yasağı, ister üye devletler, ister kurumlar ve isterse kişiler söz konusu olsun, Topluluk hukukunun tüm konuları için geçerlidir. Amaç, kullanılan araç ne olursa olsun, her tür haksız ayrımcılığın yasaklanmasıdır. Öte yandan, yurttaşlığa dayalı “doğrudan” ayrımcılığın yanı sıra, çalışanın konutu gibi ölçütler koyan yada orantısız dil gereklilikleri dayatan ve böylece de sonunda aynı sonucu doğuran “dolaylı” ayrımcılıklar da yasaktır. Kısacası, işlem eşitliğinin hukuk ve uygulama boyutlarıyla gerçekleştirilmesi gerekir.

1992’de Maastricht’te imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması’nın getirdiği “Birlik yurttaşlığı” kavramının, aşağıda değinileceği üzere, yurttaşlığa dayalı ayrımcılık alanında da olumlu etkileri olmuştur.

b. Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşit Ücret İlkesi

Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, “yurttaşlık” dışında, ücretle sınırlı olarak “cinsiyet” temeline dayanan ayrımcılık yasağına, kadın ve erkekler arasında aynı iş için ücret konusunda ayırım yapılmamasına da yer vermiştir (m. 119). Toplulukların kurucu belgelerinde, kadın-erkek eşitliği konusunda “genel kurallar” yoktur.

Topluluk organlarına, ekonomik bütünleşmenin sosyal politika araçları niteliğindeki “serbest dolaşım”, “Avrupa sosyal fonu” ve “mesleki eğitim” dışında, belirlenen hedeflere ulaşılmasını öngören *özel / özgül kurullarla* tanınan yetkilerden biri, kadınlar ve erkekler arasında eşitlik ilkesidir (AETA / RA, m. 119; SPP /

²⁴ Sosyal güvenlik rejimlerinin, Topluluk içinde yer değiştiren ücretli işçilere, ücretsiz işçilere ve aile üyelerine uygulanmasına ilişkin Konsey tüzüğü.

²⁵ İşçilerin Toplulukta serbest dolaşımı konusunda işlem eşitliğine ilişkin Konsey tüzüğü.

²⁶ Jean-François Renucci, *a.g.y.*, s. 391.

SPA, m. 6; AA ve NA, m. 141).²⁷ “Fransa’nın tutumuna karşı verilen ödünleri temsil eden”²⁸, sosyal ve ekonomik olmak üzere iki amacının bulunduğu belirtilen²⁹ ve UÇÖ’nün 100 sayılı sözleşmesinden esinlenen³⁰ kadın ve erkekler arasında eşit ücret ilkesi, AB’nin ortak değerlerinden ve sosyal Avrupa’nın temel bileşenlerinden biri olarak, Avrupa Ekonomik Topluluğu’nun kurulmasından beri antlaşmasal dayanağı olan bir ilkedir, Topluluk yazılı hukukunun güvenceye aldığı bir temel haktır. Kırk yıla yaklaşan bir süre içinde birçok alanda Avrupa mevzuatıyla düzenlenen, Adalet Divanı kararlarıyla geliştirilen ve Komisyon’ca da uygulanması sağlanmaya çalışılan bu ilke, AB Anayasa Tasarısı’nda ayrıntılı biçimde düzenlenmişti (m. III-214). Lizbon Antlaşması, madde 141’de değişiklik yapmamıştır.

Roma Antlaşması’nın, serbest rekabeti olumsuz etkilemeye elverişli bir özel ayrımcılık tipini, yani ücret konusunda cinsiyet temeline dayanan ayrımcılığı önlemeyi amaçlayan³¹ ve sosyal politikanın belirli (özel) alanındaki “nadir” kurallarından birine yer veren 119. maddesinin 1. fıkrasına³² göre:

“Her üye devlet, erkek işçiler ile kadın işçiler arasında *aynı iş için ücret eşitliği* ilkesinin uygulanmasını ilk aşamada sağlar ve daha sonra da sürdürür.”

Roma Antlaşması, ortak pazarın aşamalı olarak kurulmasını öngördüğü oniki yıllık geçiş dönemini, dörder yıllık üç aşamaya böldüğünden (m. 8), üye devletlerin cinsiyetler arası ücret eşitliği ilkesini sağlama yükümlülüğünü ilk dört yıl içinde

²⁷ Öteki konu da, “ücretli izin rejimlerinin eşdeğerliliği”dir (RA, m. 120; eski m. 119/A; NA, m. 142).

²⁸ Hugh G. Mosley, **a.g.m.**, s. 160; Mesur Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 182-183.

²⁹ Roger Blanpain / Jean-Claude Javillier, **Droit du travail communautaire**, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 1995, s. 217.

³⁰ Bob Hepple, **a.g.m.**, s. 9.

³¹ J. Megret, **a.g.y.**, s. 42-43.

³² Geniş bilgi için örneğin bkz.: J. Megret / Marie Wolcarius / Théophile Margelos, **a.g.y.**, s. 85 vd.; Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 261 vd.; Bernard Teyssié, **a.g.y.**, s. 240 vd.; Annick Mallet, **a.g.y.**, s. 217 vd.; Gérard Lyon -Caen / Antoine Lyon-Caen, **a.g.y.**, s. 292 vd.; Roger Blanpain / Jean-Claude Javillier, **a.g.y.**, s. 216 vd.; Oya Çitçi, “Avrupa Topluluğu, Kadın Çalışması ve Türkiye”, **Cahit Talas’a Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayını, Ankara, 1990, s. 139-159;ERCÜMENT TEZCAN, “Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliği ve Avrupa Birliği Çerçevesindeki Uygulamalar”, **20. Yüzyılda Kadın ve Gelecek** (Editör: Oya Çitçi), TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, Kasım 1998, s. 173-206; Zeki Erdut, “Avrupa Birliği’nde Çalışan Kadınların Hakları”, **Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan**, TÜHİS Yayını, Ankara, 2000, s. 353-374; Pir Ali Kaya, “Avrupa Birliği İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları** (Yay. Haz.: Berrin Ceylan Ataman), A Ü SBF Yayını, Ankara, 2007, s. 417-428; Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Nobel Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2007, s. 59-128; Şükran Erdürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Belediye-İş Yayını, Mart 2008, Ankara, s. 88-123.

yerine getirmesini ve izleyen aşamalarda da bunu sürdürmesini (bu ilkeye uymasını) istemiştir. Ancak, haklı olarak belirtildiği gibi bu kural, salt ücreti amaçladığından eşitlik ilkesinin uygulama alanını kısıtlamıştır. Oysa bu ilke, çalışanların serbest dolaşımında hem istihdamı ve hem de öteki çalışma koşullarını kapsar, ³³ kapsamalıdır. Ancak, eşitlik ilkesine maddi içerik ve konu yönünden getirilen bu sınırlama, daha sonra yönergelerle genişletilmiştir.

119. maddenin çifte amacından birincisi ve kanımca belirleyici olanı, ekonomik amacın izlenmesi; üye devletlerin kadınlara yönelik düşük ücret politikasıyla “sosyal damping” uygulamalarının engellenmesi, ³⁴ kadın işçilerin düşük ücretlerine bağlı olası rekabetten kaçınılmasıdır. ³⁵ 1950’li yılların sonlarında, kadın işgücünün yoğun olduğu kimi sektörlerde kadınların ücretlerinin düşük olmasından kaynaklanan rekabetin sınırlandırılması söz konusuydu. ³⁶ İkinci plandaki “sosyal” nitelikli amaç ise, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1951 yılında kabul edilen ve ülkemizde de 1953’te onaylanan 100 sayılı “Eşit Ücret Sözleşmesi”nde ³⁷ güvenceye bağlanan bu ilkenin -ancak altı yıl sonra 1957’de- bir Topluluk ilkesi olarak tanınmasıdır.

Anılan maddenin öngördüğü **“ücret eşitliği” ilkesinin sınırlarını aşan** Topluluk ve özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, kadın ve erkeklerin çalışmada eşitliği (işlem eşitliği) bağlamında, türevsel düzenlemeleri etkileyen ayrıntılı ve ileri bir hukuk oluşturmuştur. İstihdam ve sosyal güvenlik ile ilgili hakları da kapsayan bu ilke, ilk on yıldaki eylemsizlikten sonra, Topluluk sosyal politikasının en güçlü etkisinin söz konusu olduğu bir alan olmuştur. ³⁸

Roma Antlaşması, *ücretin tanımını* yaptığı gibi, *ücret eşitliği ilkesinin içeriğini* de göstermiştir. 119. maddenin 2. fıkrasına göre:

“Bu madde anlamında ücretten, temel yada asgari olağan ücret yada aylık ve işverenin, işçinin çalışması nedeniyle kendisine dolaylı yada dolaysız biçimde, para yada mal olarak ödediği tüm öteki avantajlar (yardımlar) anlaşılır.”

Ücret kavramını “asıl” yada çıplak” ücretle sınırlı tutmayan ve tüm ücret eklerini de kapsar biçimde geniş anlamda tanımlayan 119. maddenin 2. fıkrası; Adalet Divanı’nca, örneğin işverenin emeklilik rejimlerine yaptığı ödemeleri, iş ilişki-

³³ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 28.

³⁴ Francis Kessler / Jean-Philippe Lhernould, **Droit social et politiques sociales communautaires**, Editions liaisons, Paris, 2003, s. 112.

³⁵ Claire Aubin / Benjamin Joly, **a.g.m.**, s. 1295-1296.

³⁶ Brigitte Favarel – Dapas / Odile Quintin, **a.g.y.**, 2007, s. 76.

³⁷ Bkz.: İkinci Bölüm, s. 149-158.

³⁸ Hugh G. Mosley, **a.g.m.**, s. 164.

sinin sona ermesi durumunda ödenen tazminatları, hastalık durumunda ücretin kesilmesi için yapılan ödemeleri, kötü niyet tazminatını kıdemli ücretlilere işverenlerce tanınan avantajları kapsadığı biçiminde geniş yorumlanmıştır. ³⁹ Dolayısıyla, Divan'ın genişletici yorumu eşitlik ilkesinin ve bu konuda ayırım gözetme yasağının ücretle ilgili maddi içerik ve çerçevesini belirlemiştir. ^{40, 41}

119. madde, erkek ve kadın işçiler (çalışanlar) arasında yasakladığı “cinsiyet”e dayalı ücret ayrımcılığının maddi içeriğini de belirlemiştir. Buna göre:

“Ücret eşitliği, cinsiyete dayalı ayırım gözetilmeksizin, şu iki noktayı içerir:

- 1) Görülen işe göre (parça başına) aynı iş için verilen ücret, aynı ölçü birimi temeline göre saptanmalıdır;
- 2) Zamana göre aynı iş için verilen ücret, aynı iş konumu için aynı olmalıdır.”

119. madde, aşağıda görüleceği gibi, 1990'lı yılların birinci ve ikinci yarısında yapılan kimi değişiklik ve eklemelerle geliştirilmiş; özellikle SP Anlaşması'nın Amsterdam Antlaşması'na konulmasıyla, emek piyasasında fırsat eşitliği ile işlem eşitliği ilkeleri, nitelikli çoğunluk yöntemiyle kural üretilebilecek sosyal politika alanları arasında yer almıştır.

³⁹ Ingeborg Heide, **a.g.m.**, s. 435-437.

⁴⁰ Ancak Adayet Divanı'nın, Belçika Danıştay'ının asıl karar öncesinde yaptığı başvuru üzerine verdiği ve “119. maddeyi ilk kez yorumladığı” 25 Mayıs 1971 tarihli kararında (**Defrenne I**); “işçi ve işverenlerin katkıları ve devletin yardımı ile finanse edilen sosyal güvenlik rejimi çerçevesinde yapılan (ödenen) emeklilik aylığının, 119. madde anlamında işverence işçiye (çalışana) dolaylı olarak ödenen bir avantaj oluşturup oluşturmadığı” sorusuna olumsuz yanıt vermiştir. Divan'a göre, sosyal güvenlik rejimleri yada ödemeleri, özellikle doğrudan yasayla düzenlenen emeklilik aylıkları ücret kavramında değildir. Buna karşılık, işverence ödenen yada bu amaçla kurduğu bir fon aracılığıyla ödenen emeklilik aylıkları, 119. madde anlamında “ücret” sayılır (C. E. Landau, “La CE et l'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi”, **Revue internationale du travail**, Volume 123, Numéro 1, janvier-février 1984, s. 62-63; Roger Blanpain / Jean-Claude Javillier, **a.g.y.**, s. 227-229; Nurhan Süral, **a.g.y.**, s. 79).

Bu karar üzerine Komisyon, 119. maddenin bu boşluğunu doldurmak amacıyla, sosyal güvenlik alanında erkekler ve kadınlar arasında işlem eşitliği ilkesinin aşamalı biçimde uygulanmasına ilişkin bir yönerge önerisi hazırlayıp Konsey'e sunmuştur. Bu öneri, 79/7 sayılı yönerge olarak kabul edilmiştir.

Adayet Divanı, 8 Nisan 1976 tarihli kararında da (**Defrenne II**), doğrudan ayrımcılık durumlarında 119. maddenin “doğrudan uygulanabilirliği” konusundaki tüm kuşkulara son vermiş, kişilerin bu madde kuralların ulusal yargı yerleri önünde ileri sürebileceklerini belirtmiştir. Ayrıca, “doğrudan ve açık ayrımcılıklar ile dolaylı ve gizli ayrımcılıklar” arasında ayırım yapmış, kadınlar ve erkekler için ücret eşitliği ilkesinin “sosyal ve eşitlikçi” yönlerini vurgulamıştır (C. E. Landau, **a.g.m.**, s. 63; Roger Blanpain / Jean-Claude Javillier, **a.g.y.**, s. 245-246; Nurhan Süral, **a.g.y.**, s. 78).

⁴¹ Dolayısıyla, 4857 sayılı İş Yasası'nın 5. maddesinde öngörülen “ayrımcılık tazminatı” için “asıl ücret”in temel alınacağı konusundaki görüşler, Roma Antlaşması'nın 119/2. maddesine aykırıdır (bkz.: Altıncı Bölüm, s. 609 vd.).

2. Maastricht Antlaşması'nda Ayrımcılık Yasağı

Avrupa bütünleşmesini daha ileri düzeye götürmek, ekonomik ve parasal birlik ile siyasal birliği de gerçekleştirmek amacıyla 7 Şubat 1992'de imzalanan ve 1 Kasım 1993'te yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması (Avrupa Birliği Antlaşması), sosyal politika alanında “sözleşmesel sosyal diyalogu” kurumsallaştıran önemli bir adım atmıştır.

Tüzel kişiliği bulunmayan “Avrupa Birliği”ni kuran ve “Avrupa Ekonomik Topluluğu”nun adını “Avrupa Topluluğu” olarak değiştiren ⁴² Maastricht Antlaşması, 119. maddeye bir fıkra eklenmesinin yanı sıra, kanımca eşit işlem ilkesine de yansıyan bir yaklaşım değişikliği yönünden önem taşıyan “temel haklara saygı” ile ilgili kimi kurallara yer vermiştir.

Yine, “bir üye devletin uyruğu olan her kişiyi Birlik yurttaşı” olarak tanımlayan, ancak ulusal yurttaşlığın Birlik yurttaşlığını tamamladığını ve onun yerine geçmediğini de belirten AB Antlaşması (m. 17, eski m. 8), öngördüğü “Birlik yurttaşlığı” kavramı ve Birlik yurttaşlarına tanıdığı, “Antlaşmada öngörülen sınırlama ve koşullar saklı kalmak üzere, üye devletlerin ülkelerinde serbestçe dolaşma ve oturma hakkı” (m. 18, eski m. 8/A) ile, yurttaşlığa dayalı ayrımcılık konusunda da önemli bir katkı getirmiştir.

a. İnsan Haklarına ve Temel Haklara Yollama ve Temel Hakların Korunması

Antlaşmasal düzeyde “insan hakları” belgelerine yollama, ilk kez Roma Antlaşması'nda ilk değişiklikleri yapan 1986 Avrupa Tek Senedi (ATS) ile gerçekleştirilmiştir. Yollama yapılan belgeler, ayrımcılık yasağına ilişkin kurallar da içeren ve birinci ve ikinci kuşak insan haklarını güvenceye alarak birbirini tamamlayan iki “Avrupa” belgesi (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Avrupa Sosyal Şartı) idi. ⁴³

⁴² Önemle belirtmekte yarar var ki, *Maastricht Antlaşması'yla Avrupa Ekonomik Topluluğu, ne Avrupa Birliği'ne dönüşmüş, ne Avrupa Birliği adını almış, ne de onun yerine geçmiştir.* Kısaltmalarıyla açıklamak gerekirse, AET'nin “E”si çıkarılmış ve AT olmuştur. Ancak AT, AB değildir; Maastricht'ten başlayarak, hem AB vardır ve hem de AT vardır. AT, AB'nin en önemli ayağıdır, kanadıdır. AT'nin tüzel kişiliği vardır; AB ise, tüzel kişilikten yoksundur. Lizbon Antlaşması, AB'ye tek bir tüzel kişilik tanımaktadır (yeni m. 46/A); yürürlüğe girdiğinde, AT'nin yerini alacak ve ardılı olacaktır (m. 1, 2/m 1/b) (Mesut Gülmez, *Avrupa Birliği ve Sosyal Politika*, s. 1-3, 66 ve 208-209).

⁴³ İHAS'ı uygulama alışkanlığı edinen Lüksemburg yargıçlarının, AB üyesi tüm devletlerin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı'na karşı aynı çabayı göstermediklerini ve ASS'ye aynı önemi vermediklerini belirterek haklı bir eleştiri yönelten Belorjey ve Brillat, ATAD'ın 1961 Sosyal Şartı'na yaptığı yollamanın, “bireysel haklar kaynağı değil, yalnızca AB üyesi devletlerce izlenmesi gereken bir hedefler kaynağı” niteliği taşıdığını belirtmektedir. SHAK üyesi olarak görev yapan yazarlar, Divan'ın genel avukat (tetkik hakimi) Jacobs'un “Albany International” davasında sunduğu sonuçlardan etkilendiğini belirtmektedir (Jean-Michel Belorgey / Régis Brillat, “Quelle justice internationale pour les droits sociaux”, *Droit social*, No: 7-8, juillet-août 2008, s. 775).

Ancak, “insan haklarına ve temel özgürlüklere bağlılık” ile “temel haklara saygı” konusundaki vurgu, ilk kez Maastricht Antlaşması ile yapılmıştır. Antlaşma'nın *Başlangıç* bölümünde tüm üye devletleri ve Avrupa Birliği'ni bağlayan ilkeler arasında, “*insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı*” da yer almaktadır.⁴⁴ Bu antlaşmasal genel ilke, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin genel hukuksal dayanaklarından biridir. Birliğin dayandığı kurucu ilkelerden özellikle “insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı”nın, insan haklarının evrensel ilkelerinden bölünmezlik ve bütünsellik ilkesi nedeniyle, kişisel ve siyasal hakların yanı sıra ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da kapsadığına kuşku yoktur. Daha açık bir anlatımla, insan haklarına saygı yükümlülüğü, AB'nin “dolaylı müktesebatı”nın en önemli kaynakları arasında yer alan taraf oldukları uluslararası insan hakları sözleşmelerine saygı demektir.

Birliğin saygı göstereceği “**temel haklar**”ın iki kaynağından biri İHAS, biri de Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak, üye devletlerin *ortak anayasal geleneklerinden doğan haklardır*. Antlaşma'nın İHAS'a ve ASS'ye yollamada bulunmuş olması, kanımca eşit işlem ve ayrımcılık yasağı ilkesinin “dolaylı müktesebat” olarak güvenceye alınmış olması yönünden önemlidir.

AB Antlaşması'nın F maddesinin 2. fıkrası, kanımca Adalet Divanı'nın bu konudaki yerleşik içtihadının etkisiyle, ATS'nin İHAS'a yaptığı yollamayı yineleyerek, “**temel haklara saygı**”nın, Avrupa Birliği'nin kurucu ilkelerinden biri olduğunu belirtmiştir:

“Birlik, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi'nce güvenceye alınan ve *Topluluk hukukunun temel ilkeleri* olarak üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden doğan biçimiyle, temel haklara saygı gösterir.”

Belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği'nin kurucu ilkelerinden biri ve meşruiyetinin kaçınılmaz koşulu olan “*temel haklara saygı gösterilmesi*”, Antlaşmalarda yer almadan önce Adalet Divanı içtihatlarıyla saptanmıştır. Divan, Antlaşmalardaki “suskunluk ve boşluğa” karşın⁴⁵ Topluluk hukukunun “**temel haklar**”ı koruduğunu açıkça karara bağlamıştır. Örneğin 17 Aralık 1970 tarihli bir kararında (International Handelsgesellschaft); temel hakların, Topluluğun yapısı ve hedefleri çerçevesinde saygı gösterilmesini sağlamakla görevli *hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu* belirtmişti. Yine, 15 Haziran 1978 tarihli *Defrenne III* kararında da, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi-

⁴⁴ Bu ilkeler, Aralık 2000 Nis doruğunda kabul edilen ve 1 Şubat 2003'te yürürlüğe giren Nis Antlaşması ile de aynen korunmuştur (m. 6).

⁴⁵ François-Xavier Priollaud / David Siritzky, **a.g.y.**, s. 50 ve 51.

nin, Topluluk hukukunun saygı gösterilmesini sağlama “misyon”u bulunan **temel hakların bir parçası** olduğunu yinelemiştir. Divan bu kararında, cinsiyete dayalı ayrımcılıkların yasaklanması anlayışının 1961 Avrupa Sosyal Şartı ile UÇÖ’nün 25 Haziran 1958 tarihli ve 111 sayılı İstihdam ve Meslekte Ayrımcılık Sözleşmesi’nde tanındığını belirterek, bu iki belgeye de yollamada bulunmuştur.⁴⁶

Divan, Antlaşma’da öngörülen “*hukuka saygı gösterilmesi*” görevini Topluğun yazılı kurallarıyla sınırlı tutmamış, bunun kapsamına “*temel insan hakları*”nı da almıştır. Temel insan haklarını Topluluk hukukunun genel ilkelerinden sayan Divan’ın yerleşik içtihadına göre:

Temel haklar, hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve **onayladıkları insan hakları sözleşmeleri (örneğin İHAS), Topluluk hukuk düzeni içinde temel hakların korunmasının hukuksal dayanaklarını oluşturur.**

Böylece Adalet Divanı, üye devletlerce onaylanan ve hukuk önünde eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağını da “temel hak” olarak tanıyıp güvenceye bağlayan insan hakları sözleşmelerini Topluluk hukuk düzeninin kaynakları arasında görmüştür. Bu sözleşmelerin, İHAS ile sınırlı olmadığını belirtmeye gerek yoktur.

Divan’ın, AB üyesi devletlerin onayladıkları insan hakları sözleşmelerini Topluluk hukuk düzeniyle bütünleştirirken, bu sözleşmeleri AT / AB hukuk düzeni içinde temel hakları koruyan kaynaklar arasına katan içtihadı, kanımca, aynı zamanda insan hakları uluslararası hukukunun da doğal bir gereğidir. Onaylayan üye devletleri bağlayan insan hakları sözleşmelerinin AB üyelerini ve AB kurumlarını bağlamadığı sonucuna ulaşılması düşünülemezdi. Kuşkusuz, sözü edilen onaylanmış insan hakları sözleşmeleri kapsamında, hukuk önünde eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına yer veren örneğin Evrensel Bildirge, ikiz sözleşmeler ve ayrımcılığı “ırk” ve cinsiyet” nedenlerine dayalı biçimleriyle yasaklayan sözleşmeler ile UÇÖ’nün 100 ve 111 sayılı sözleşmeleri de vardır. Dolayısıyla, eşit işlem ilkesinin ve ayrımcılık yasağının çerçevesinin belirlenmesinde, yalnızca doğrudan yollamada bulunulan AB dışında kabul edilmiş belgeler (İHAS, ASS) değil, açıkça gönderme yapılmayan öteki evrensel belgeler de göz önünde tutulmalıdır.

AB Antlaşması, *Birliğin dayandığı ilkelerin çiğnenmesini yaptırıma bağladığından*, özgürlük, demokrasi, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ve hukuk devleti ilkeleri, soyut ilkeler değildir. Eşit işlem ve ayrımcılık yasağı ilkesi-

⁴⁶ CJCE, arrêt de la Cour du 14 juin 1978 (619775JO49), Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne SABENA (<http://europa.eu.int/eur-lex/lexUriServ...>, 29.03.2005); Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 147-148.

nin **ağır ve sürekli biçimde ihlal edilmesi** durumunda da, bu yaptırımların uygulanması olanaklıdır. ⁴⁷

b. Fırsat ve İşlem Eşitliği İlkesi

Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'ya (kısaca AT Antlaşması'na) eklenen Sosyal Politika Protokolü'nün eki *Sosyal Politika Anlaşması* (B. Krallık ve K. İrlanda dışındaki AT üyelerinin imzaladığı "11'ler Anlaşması"), ⁴⁸ 2. maddesinde,

⁴⁷ Gerçekten, AB Antlaşması'nın Nis Antlaşması'yla değiştirilen 7. maddesine eklenen 1. fıkrada, bir üye devletin 6. maddede açıklanan ilkelerin ağır biçimde ihlali konusunda açık bir tehlike bulunup bulunmadığının nasıl saptanacağı düzenlenmiştir.

Bu saptamanın yapılması için, önce üye devletlerin üçte birinin, Avrupa Parlamentosu'nun yada Komisyon'un gerekçeli öneride bulunması gerekir. Konsey, bu öneri üzerine, Parlamento'nun uygun görüşünden sonra, üyelerinin beşte dördünün çoğunluğu ile "**açık bir ağır ihlal tehlikesi**" bulunduğu karar verebilir. Bunun üzerine Konsey'in, bu üye devlete "**uygun tavsiyeler**" göndermesi olanaklıdır. Konsey, bu açık bir ağır ihlal tehlikesini gözlemlemeden önce, söz konusu *üye devleti dinler* ve üyelerinin beşte dördünün çoğunluğuyla, bağımsız kişilerden söz konusu üye devletteki durum konusunda makul bir süre içinde bir *rapor* sunmalarını isteyebilir. Konsey, böyle bir açık ağır ihlal tehlikesi bulunduğu konusunda gözlemde bulunmasına yol açan gerekçelerin doğruluğunu düzenli olarak inceleyip denetler.

İkelere aykırı davranma durumunda uygulanacak yaptırımın bundan sonraki aşaması şöyledir: Devlet ve hükümet başkanları düzeyinde toplanan Konsey, önce ilgili üye devleti gözlemlenen açık bir ağır ihlal tehlikesi konusunda gözlemlerini sunmaya çağırır. Sonra da, üye devletlerin üçte birinin yada Komisyon'un önerisi üzerine ve Parlamento'nun uygun görüşünü aldıktan sonra, üye devletçe *ağır ve sürekli bir ihlal* varlığını gözlemleyebilir. Konsey, bu gözlemini oybirliğiyle karara bağlar (m. 7/2).

Konsey bu karardan sonra, AB Antlaşması'nın tartışma konusu üye devlete uygulanmasından doğan **kimi hakların askıya alınmasına** karar verebilir. Bu haklar, söz konusu üye devletin hükümet temsilcisinin Konsey'deki *oy haklarını da kapsar*. Konsey, hakların geçici olarak kullanılmaması kararını nitelikli çoğunlukla alır. Kimi hakları askıya alınan üye devletin Antlaşma gereğince üstlendiği yükümlülükleri ortadan kalkmaz, bu devlet için her durum ve koşulda zorlayıcı (bağlayıcı) olmayı sürdürür (m. 7/3).

Konsey, daha sonra, nitelikli çoğunlukla, aldığı önlemleri değiştirebilir yada bu önlemlerin uygulanmasını gerektiren durumun değişmesi üzerine, tümüyle kaldırabilir (m. 7/4). Konsey'in 7. maddedeki yaptırım konusunda aldığı kararlarda, söz konusu ihlalci devletin hükümet temsilcisinin oyu göz önüne alınmaz (m. 7/5).

Özetlemek gerekirse, AB'nin dört kurucu ilkesinin üye devletlerce çiğnenmesi durumunda, oy hakkını da kapsamak üzere, Antlaşma'dan doğan kimi haklardan geçici olarak, yani ihlal durumunun sona erdirilmesine değin yoksun bırakılması olanaklıdır. Böyle bir karar için öngörülen yöntem uzundur ve kimi koşullara bağlıdır. İlk aşamada, açık bir ağır ihlal tehlikesinin varlığının gözlemlenmesi ve Konsey'ce "uygun tavsiyeler" gönderilmesi söz konusudur. Eğer bu tavsiyelerle ağır ihlal durumu sona ermezse, Konsey'in ağır ve sürekli bir ihlalin varlığına karar vermesi olanaklıdır. Bu kararın ardından da, kimi hakların askıya alınması söz konusudur.

Kanımcı, temel / kurucu ilkelerin üye devletlerce ihlal edilmesi, bu "siyasal" yaptırım dışında, AB yargı sürecinin de işletilmesine yol açabilir.

Bu konuda örneğin bkz.: Mesut Gülmez, "İnsan Haklarında, Uluslararasılıktan Ulusalüstülüğe Geçiş Süreci ve Türkiye'de Durum", **Sivil Toplum**, Düşünce ve Araştırma Dergisi, 04 (13-14), Ocak-Haziran 2006, s. 83-96.

⁴⁸ Sosyal Politika Protokolü ve Anlaşması konusunda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 212-221.

Avrupa Topluluğu'nun 1. maddedeki hedeflerini (yani istihdamı geliştirme, yaşam ve çalışma koşullarını iyileştirme, uygun bir sosyal koruma, sosyal diyalog, insan kaynaklarını geliştirme hedeflerini) gerçekleştirmek ereğiyle, üye devletlerin eylemlerini destekleyeceği ve tamamlayacağı alanları saymıştır. Bunlardan biri olan cinsiyete dayalı fırsat eşitliği ilkesi ile işlem eşitliği ilkesine, uygulama alanı yönünden ayırım yaparak, şu anlatımla yer verilmiştir:

“Erkekler ve kadınlar arasında, emek piyasasında fırsat eşitliği ve çalışmada eşit işlem (davranma).”⁴⁹

Bu düzenleme, ikincilik ilkesi gereğince, üye devletlerin istihdamda ve çalışmada fırsat ve cinsiyetler arası işlem eşitliğini geliştirmeye yönelik çalışmalarını ko-

49 Topluluğun, üye devletlerin eylemlerini destekleyip tamamlayacağı alanlardan birini oluşturan bu ilkelerin, Amsterdam ve Nis Antlaşmalarında da aynen yer alan (NA, m. 137/1, i) Fransızca ve İngilizceleri, sırasıyla şöyledir:

“Egalité entre homme et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail.”

“Equality between men and women with regard to labour market opportunities and treatment at work.”

AT Antlaşması'nda kullanılan “*fırsat eşitliği*” kavramı, eşitliğe hukuksal yaklaşım konusundaki üç kavramdan biridir ve “her türlü ayrımcılığın yokluğu” biçiminde tanımlanan “eşit işlem” ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin yönergelerde de kullanılan bir kavramdır. Aynı zamanda farklı adalet anlayışlarını da yansıtan bu üç kavram, Komisyon'un bir yayınında şöyle açıklanmaktadır:

Biçimsel eşitlik, kişilere yönelik davranışlarda *kurallara uygunluk* gerektirdiğinden, nitelik olarak usulle ilgilidir. *Benzer durumdaki kişilere, benzer biçimde davranılmasını* gerektirir; bu davranışın (işlemin), kişilerin, belli bir durumda nesnel olarak doğru / uygun olmayan niteliklerine dayanmaması gerekir. Biçimsel eşitlik ilkesi, her türlü ayrımcılığın katı biçimde yasaklanmasıyla uygulamaya konulur. Biçimsel eşitliğin gerçekleştirilmesi, bireysel ayrımcılık eylemlerinin üstünlüğünün değerlendirilmesi yoluyla ölçülebilir.

Sonuçların eşitliği, politikaların en son sonuçları üzerinde odaklaştığından, *daha somuttur* ve malların ve yararların *hakça bölüşümünü* amaçlar. Bu eşitlik yaklaşımının gerçekleştirilmesi, ayrımcılığa karşı savaşım konusundaki temel yasa ve politikaların uygulamaya konulmasının ötesinde bir *eylemde bulunulmasını*, kota yada başka kamusal politika karışmalarını gerektirir. Örneğin, gruplar arasındaki zenginlik ve gelir farklarını ölçen sonuçlara ilişkin istatistiklerle ölçülmesi olanaklıdır.

Fırsat eşitliği, “biçimsel eşitlik” ile “sonuçlarda eşitlik” kavramlarını (yada yaklaşımlarını) *uzlaştırma* çabası taşır. Bu kavram, kişilerin, eğitim, istihdam ve sağlık hizmetlerine ve etkinliklerine *eşit katılma fırsatlarının bulunması için çaba gösterilmesine* yönelik bir yaklaşımı anlatır. Fırsat eşitliği yaklaşımı, ayrımcı sonuçlara ulaşan önyargıların ve süreçlerin ortadan kaldırılması gibi önlemler olarak, *olumlu eylemlerle* dezavantajları (elverişsizlikleri, eşitsizlikleri) telafi ederek (denkleştirerek), kişilerin eşitlik koşulları içine konulmasını amaçlar. Fırsat eşitliğini, büyük bir açıklıkla ölçme olanağı yoktur. Kuramsal olarak, birbirine uyan yetenek ve değerleri bulunan gruplar arasında sonuçları karşılaştırarak ölçmek olanaklıdır. Sonuç olarak, biçimsel eşitliği ve sonuçların eşitliğini ölçmek için kullanılan yöntemler, çoğu kez fırsat eşitliğinin dolaylı önlemleri olarak kullanılır.

(Timo Makkonen, **Manuel européen sur les données relatives à l'égalité**, Commission européenne, Office des publications officielles des Communautés européennes, novembre 2006, s. 114-115).

nusunda Topluluğa yalnızca “destek olma” ve “tamamlama” görevi vermekle yetinmiştir.

Roma Antlaşması'nın 119. maddesindeki “aynı iş için” ücret eşitliği ilkesinin - aşağıda kısaca değinilen- 75/117 sayılı yönerge ile genişletilmesinden sonra, daha önce incelenen kuralları aynen korunan bu maddeye ilk kez 1992'de yeni bir kural / fıkra eklenmiştir. AB Antlaşması'nın ayrılmaz parçasını oluşturan Sosyal Politika Protokolü'nün eki olan Sosyal Politika Anlaşması'nın 6. maddesine 3. fıkra olarak yapılan bu ekleme şöyledir:

“Bu madde, bir üye devletin, bir mesleki etkinliğin kadınlarca yerine getirilmesini yada mesleki kariyerlerindeki dezavantajları önlemeyi yada telafi etmeyi kolaylaştırmaya yönelik *özel avantajlar* öngören önlemler almasına yada aldığı önlemleri sürdürmesine engel olamaz.”

Böylece, kadın çalışanların uygulamada karşılaştıkları “dezavantajları”, yani olumsal eşitsizlikleri önleme yada giderme amaçlarıyla üye devletlerce alınmış yada alınacak özel önlemlerin eşit ücret ilkesine aykırı sayılmaması sağlanmıştır. Ancak bu ekleme, üye devletlere olumlu ayrımcı önlemler alma yükümlülüğü getirmemekte, ürkek bir anlatımla bu nitelikte önlemler alabileceklerini, alanların da almayı sürdürebileceklerini belirtmekle yetinmektedir. Olumlu ayrımcılık öngören önlemlerin amacı, kadınların iş ve meslek yaşamlarında karşılaştıkları olumsuzlukların (eylemli eşitsizliklerin) kaldırılmasını kolaylaştırmak; daha açık bir deyişle, soyut eşitlik ilkesini somut olarak gerçekleştirilmesi için olumlu ayrımcılık yapmaktır.

Bu madde ve eklenen 3. fıkra, aşağıda görüleceği gibi, 1997'de Amsterdam Antlaşması'yla daha da geliştirilecektir.

c. Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Maastricht Antlaşması'nın, her tür ekonomik etkinliğin yerine getirilmesinden bağımsız olarak Birlik yurttaşlarına tüm üye devletlerin ülkelerinde -kimi koşullarla, ancak belirtilen koşul aranmaksızın- serbest dolaşma ve oturma hakkının tanınmış olması, Antlaşma'nın en büyük katkılarından biri olarak değerlendirilmektedir.⁵⁰

Antlaşma'nın Birlik yurttaşlığına ilişkin -eski- madde 8/A kuralını ilk kez yorumlayan Adalet Divanı, Birlik yurttaşlığı statüsüne, Antlaşma'nın kişiler yönünden uygulama alanında, yurttaşlık nedeniyle ayrımcılığa uğramama hakkı tanımıştır.

Divan, 12 Mayıs 1998 tarihli kararında (*Martinez-Sala*);⁵¹ Almanya'da oturan ve 1989'dan beri çalışmayan İspanyol uyruklu bir kadına, oturma izninin bulunma-

⁵⁰ Sean Van Raepenbusch, “Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (1998-2003)”, *Droit social*, No: 7/8, Juillet-Août 2003, s. 752.

⁵¹ CJCE, Arrêt du 12 mai 1998, *Martinez-Sala*, C-85/96, Rec. s. I-2708; Sean Van Raepenbusch, *a.g.m.*, s. 752-753.

diği gerekçesiyle çocuğu için eğitim ödeneği verilmesinin Alman yetkililerce reddedilmesini, Antlaşma'nın 6. maddesine (12. maddesine) aykırı bulmuştur. Divan, 1612/68 ve 1408/71 sayılı yönergelerin uygulanabilirliğinden bağımsız biçimde, bir üye devletin uyruğu kimliğiyle bir başka üye devlette yasal olarak oturan kişinin, Antlaşma'nın Birlik yurttaşlığına ilişkin kurallarının kapsamında olduğuna, oturma hakkıyla ilgili 90/364 ve 90/365 sayılı yönergelerdeki koşulları yerine getirip getirmediğinin doğrulanmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir. Divan'a göre, Antlaşma'nın 8. maddesinin 2. fıkrası, Birlik yurttaşlığı statüsüne, haklar ve ödevler bağlamıştır. Bu haklardan biri, Antlaşma'nın kişiler yönünden uygulama alanında, 6. maddede öngörülen yurttaşlığa dayalı ayrımcılık görmeme hakkıdır. Dolayısıyla ilgili kişi (çalışmayan İspanyol yurttaşı), yasal olarak oturduğu Almanya'ya karşı 6. maddeyi ileri sürebilir ve Almanya, kendi uyruklarından istemediği bir belgenin bulunmadığı gerekçesiyle, çocuk için eğitim ödeneğini reddedemez.

Adalet Divanı, 20 Eylül 2001 tarihli bir başka kararında (*Grzelczyk*), Martinez-Sala kararını onaylamıştır. Bu kararında Divan, üniversite öğrenimini Belçika'da yapan Fransa uyruklu bir öğrenciyeye, salt uyrukluğu nedeniyle bir sosyal avantajın (asgari geçim ödeneğinin) verilmemesini 6. maddeye aykırı bulmuştur. Divan'a göre 6. madde, kişiler yönünden uygulama alanının belirlenmesinde, Antlaşma'nın Birlik yurttaşlığına ilişkin maddeleriyle, özellikle madde 8/A ile birlikte okunmalıdır. ^{52, 53}

3. Amsterdam Antlaşması'nda Ayrımcılık Yasağı

2 Ekim 1997'de imzalanan ve 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması, Sosyal Politika Anlaşması'ndan aktarılan ve yukarıda değinilen emek piyasasında fırsat ve çalışmada eşit işlem ilkeleriyle ilgili kurallarının (AA, m. 137) yanı sıra, içerdiği başka ilke ve kurallarıyla da -özellikle 13. maddesiyle- eşitlik alanında yeni antlaşmasal dayanaklar ve perspektifler getirmiştir. Eşitlik ilkesi, Amsterdam Antlaşması'yla, "anayasal" değerde yeni bir boyut kazanmıştır. ⁵⁴

a. Temel Sosyal Haklara Bağlılık

AB Antlaşması'nda AA ile yapılan değişiklikler arasında; Başlangıca eklenen yeni bir gerekçe ile, Maastricht Antlaşması'nda yer alan "temel haklara saygı", ka-

⁵² CJCE, Arrêt du 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. s. I-6193; Sean Van Raepenbusch, **a.g.m.**, s. 753-754.

⁵³ Adalet Divanı'nın yurttaşlık nedeniyle öğretmenlere yönelik ayrımcılıklara ilişkin kararları çerçevesinde ayrıntılı bir inceleme olarak, örneğin bkz.: Ami Barav, "Non discrimination des enseignants dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes", **Liberté, justice, Tolérance, Mélanges en hommages au Doyen Gérard Cohen-Jonathan**, Volume I, Bruylant, Bruxelles, 2004, s. 189-218.

⁵⁴ Katell Berthou, "Sur les discriminations positives (CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*)", **Droit social**, No 9-10, septembre-octobre 2000, s. 903.

nımcı bu kez “temel sosyal haklara bağlılık” ile daha da güçlenmiş ve insan haklarının bölünmezliği ilkesi bağlamında, bu konuda Maastricht Antlaşması’nı tamamlamıştır:

“Üye devletler, 18 Ekim 1961’de Torino’da imzalanan Avrupa Sosyal Şartı ile 1989 tarihli Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı’nda tanımlanan *temel sosyal haklara* bağlılıklarını doğrular.”

Avrupa Konseyi’nin ve Avrupa Birliği’nin sosyal hakları güvenceye alan iki belgesine “temel sosyal haklar” alanında bağlılığın maddi içeriği ve çerçevesi açısından önem taşıyan bu gerekçe, her iki belgenin eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin kurallar içermesi nedeniyle de önem taşımaktadır. ASS’ye yapılan bu gönderme, bu alanda ASS’de güvenceye bağlanmış olan genel ve özgül kurallara⁵⁵ bağlılık anlamına gelmektedir.

Temel haklara saygının sağlanması amacıyla, AB Antlaşması’nın F maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

“Birlik; üye devletler için ortak ilkeler olan özgürlük, demokrasi, *insan hakları ve temel özgürlüklere saygı* ve hukuk devleti ilkelerine dayanır.”

Ayrıca, ilkelerin “ağır ve sürekli ihlali” durumunda denetim sürecinin işleyişine ilişkin yeni bir fıkra eklenmiştir.

Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın Amsterdam Antlaşması’yla değiştirilen 2. maddesinde; Topluluğun bir ortak pazar, ekonomik ve parasal birlik kurarak, Topluluğun tümünde geliştirme “*misyonu*” üstlendiği konulardan birinin “*erkekler ve kadınlar arasında eşitlik*” olduğu belirtilmiştir. Değiştirilen 3. maddeye de, şu yeni fıkra eklenmiştir:

“Topluluk, bu maddede amaçlanan tüm eylemler için **eşitsizlikleri kaldırmaya** ve erkekler ve kadınlar arasında eşitliği geliştirmeye çaba gösterir.”

Bu yeni düzenleme, cinsiyete dayalı eşit işlem ilkesinin uygulamaya aktarılmasında yeni bir yaklaşımı, “özel (maddi) eşitlik” yaklaşımını yansıtmaktadır: Topluluk, Antlaşma’da ilk kez söz edilen “eşitsizlikler”i (inégalités) kaldırmaya ve erkekler ile kadınlar arasındaki eşitliği geliştirmeye çaba gösterme görevini, *tüm eylemlerini* kapsamak, sayılan tüm etkinlikleriyle bütünleştirmek üzere yerine getirecektir. Topluluğa verilen bu görev, esnek bir dille, “çaba gösterme” ile sınırlı olsa ve zorlayıcılık içermese de, sürekli ve düzenli bir çabayı içermektedir. Kanımca bu esnekliğin nedeni, olgusal eşitsizliklerin, bir yandan aşamalı

⁵⁵ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 277 vd.

olarak belirlenecek ve uygulanacak sosyal ve ekonomik polikalarla kaldırılabilmesi, öte yandan da Topluluk eylemlerinin ikincillik ve orantılılık ilkeleriyle sınırlı olmasıdır.

b. Eşit Ücret İlkesine Ekleme

Sosyal Politika Anlaşması'nı metnine taşıyan ve kendisiyle bütünleştiren Amsterdam Antlaşması, AT Antlaşması'nın 117-120. maddelerinde ve dolayısıyla 119. maddede değişiklikler getirmiştir. Bunlardan biri, erkekler ve kadınlar arasında "eşit ücret ilkesi"nin uygulanmasını güvenceye alan 1. fıkraya "eşit değerde iş" ögesinin eklenmesidir. Bir başka ekleme de, SP Anlaşması (m. 6/3) ile maddeye eklenen 3. fıkrada, "çalışma yaşamında erkekler ve kadınlar arasında **tam eşitliği somut olarak sağlama**" (assurer concrètement une pleine égalité) amacı öngörülmüş ve 4. fıkra olarak yeniden kaleme almıştır.

SP Anlaşması'nda, olumlu ayrımcılık önlemlerinin izleyeceği tam eşitliği somut olarak sağlama hedefiyle ilgili eklemenin yanı sıra, madde 141/4'teki şu yeniliklerin de vurgulanması gerekir: İlk olarak bu fıkra, yalnızca "kadın"ı değil, daha genel biçimde "düşük düzeyde temsil edilen cinsiyet"i amaçlar. İkinci olarak da, 1. fıkradan farklı biçimde, yalnızca "ücret eşitliği"nden söz etmez ve "işlem eşitliği ilkesi"ne yer verir.⁵⁶

Ayrıca Amsterdam Antlaşması, SP Anlaşmasının bu maddesine yeni bir fıkra daha eklemiş ve 141. madde olarak AT Antlaşması'na koymuştur. 3. fıkrayla yapılan bu yeni düzenlemeyle, Konsey'e aynı zamanda "fırsat ve işlem eşitliği ilkeleri"ne (principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement) işlerlik kazandırıcı önlemler alma yetkisi tanınmıştır. Nis ve Lizbon Antlaşmalarıyla yapılan değişiklikler sırasında dokunulmayan 141. madde, dört fıkralı bu biçimiyle yürürlükte. Böylece, 119. maddenin 1957'deki ilk metni, ancak 1992 ve 1997'de pozitif hukuk bağlamında iki yönden geliştirilip zenginleştirilebilmiştir. 141. maddenin söz konusu 3. ve 4. fıkralarına göre:

"Konsey, 251. maddedeki yönetime göre ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'e danıştıktan sonra alacağı kararlar, aynı iş yada aynı değerde iş için ücret eşitliği ilkesini de kapsamak üzere, istihdam ve çalışma alanında erkek ve kadınlar arasında fırsat eşitliği ilkesinin ve işlem eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamaya yönelik önlemler alır."

İşlem eşitliği ilkesi; bir üye devletin, çalışma yaşamında erkekler ve kadınlar arasında *tam eşitliği somut olarak sağlama* için, (bir meslekte) alt düzeyde temsil edilen bir cinsin (erkeklerin yada kadınların) bir mesleksi etkinliği yerine getirmesini kolaylaştırmaya yada mesleksi ka-

⁵⁶ Sean Van Raepenbusch, **a.g.m.**, s. 757.

riyer içindeki dezavantajları önlemeye yada telafi etmeye yönelik özel avantajlar öngören önlemleri sürdürmesine yada (bu tür önlemler alınmışsa) bu amaca yönelik önlemler almasına engel değildir.”

Adalet Divanı'nca aynı zamanda “dolaylı ayrımcılıkları da yasakladığı kararlaştırılan 141. maddeye 3. ve 4. fıkraların eklenmesiyle, bir yandan, -daha önce de belirtildiği gibi- üye devletlerin anılan ilkelerin uygulamada tam olarak somut gerçekliğe dönüşmesini sağlayıcı olumlu ayrımcılık içeren önlemler almasına olanak verilmiştir. Öte yandan da, “ücret”i aşan “istihdam ve çalışma”yı kapsayan geniş bir sosyal politika alanında, Konsey'den fırsat ve işlem eşitliği ilkelerinin “uygulanmasını sağlayıcı” önlemler alması istenmiştir. Başka bir deyişle, bu fıkralarla, Avrupa Topluluğu'na çalışma yaşamında *olumlu eylem önlemleri* alması konusunda gerekli yetkiler tanınmış; ⁵⁷ fırsat eşitliği ve işlem eşitliği ile ücret (işlem / fırsat) eşitliği konusunda “**olumlu ayrımcılık**” yapılmasına olanak sağlanmıştır.⁵⁸ Üye devletlerin, kadınların bir mesleksel etkinlik yerine getirmesini (çalışmasını) kolaylaştırmaya yada mesleksel kariyerlerindeki dezavantajları önlemeye yahut gidermeye yönelik özel avantajlar (olumlu ayrımcılıklar) öngören önlemleri -varsa- sürdürmesi yada -yoksa- alması olanaklıdır. ⁵⁹ Olumlu ayrımcılıkla ilgili önlemlerin amacı, “çalışma (meslek) yaşamında kadın ve erkekler arasında tam (eksiksiz, olgusal) bir eşitliği somut olarak sağlamaktır.”

Adalet Divanı, 6 Temmuz 2000 tarihli bir kararında; İsveç'te kamu görevinde erkekler ve kadınlar arasında eşitliği sağlamayı amaçlayan bir yasal düzenlemeyi hem 76/207 sayılı yönergeye, hem de 141. maddeye aykırı bulmuştur. Bu düzenleme, kadın ve erkek adayların her birinin yeteneklerindeki farklılık *hizmete (işe) alma* sırasında tüm nesnelliği bozacak nitelikte olmadıkça, bir görev için yeterli nitelikleri taşıyan bir kadın adayın daha nitelikli olan erkek adaya yeğlenmesi gerektiğini öngörüyordu. Divan, olumlu eylemin kabul edilebilmesi için, niteliklerin eşit olması durumunda, daha düşük düzeyde temsil edilen cinsiyete “**otomatik ve koşulsuz bir öncelik**” tanınmaması gerektiğini anımsatmıştır. Ayrıca, adaylıkların, kişisel nitelikli özel durumlarını göz önünde bulunduran nesnel bir değerlendirme konusu olması gerektiğini de belirtmiştir. Oysa bu düzenlemede, seçme yöntemi, açık ve belirli ölçütlere göre yeteneklerin nesnel bir karşılaştırmasının yapılmasına olanak vermiyordu. Çünkü, bir kadın bir göreve gelebilme için niteliğinin yeterli olduğunu ileri sürdüğünde, adaylığı, kendisinden daha yüksek nitelikleri bulunsa da, erkek adaya üstün tutuluyordu. ⁶⁰

⁵⁷ Ingeborg Heidi, **a.g.m.**, s. 426, 432-433.

⁵⁸ Francis Kessler / Jean-Philippe Lhernould, **a.g.y.**, s. 113.

⁵⁹ J. Megret, **a.g.y.**, s. 62 ve özellikle 87 vd.

⁶⁰ CJCE, Arrêt du 6 juillet 2000, Anderson, C-407/98, Rec. s. I-5539; Sean Van Raepenbusch, **a.g.m.**, s. 757; Sean Van Raepenbusch, **a.g.m.**, s. 757.

c. Ayrımcılığı Önlemede Genel Yetki

Avrupa Birliği'nin, ayrımcılık yasağı alanında antlaşmasal düzeyde attığı ilk ve önemli ama kanımca çok geç kalmış bir adım, Amsterdam Antlaşması'nın 13. maddesiyle gerçekleşmiştir. Antlaşma'nın 13. maddesi, eşitlik ilkesinin uygulama alanını genişleten hukuksal plandaki kilometre taşlarından biridir. Bu madde, ATAD'ın işlem eşitliği alanındaki içtihadını Antlaşma ile bütünleştiren, böylece de Topluluğun yapılanmasındaki temel aşamalardan biri sayılan⁶¹ bir düzenlemedir. Amsterdam Antlaşması, kadınlar ve erkekler arasında ayırım gözetilmemesine odaklanan eylemleri, ayrımcılıklara karşı savaşımında daha geniş bir çerçeve içinde bütünleştirdiğinden, bu alanda yeni bir aşama sayılmaktadır.⁶²

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden kopyalandığı belirtilen⁶³ -ve aşağıda değinilen Nis Antlaşması'yla 2. fıkrası eklenen- 13. maddeye göre:

“Konsey; Antlaşma'nın öteki maddelerindeki kurallara zarar vermeksizin ve Antlaşma'nın Topluluğa tanıdığı yetkilerin sınırları içinde kalarak, Komisyon'un önerisi üzerine ve Parlamento'ya danıştıktan sonra *oybirliğiyle* karar vererek, cinsiyet, ırk yada etnik köken, din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temeline dayalı *her türlü ayrımcılığa* karşı savaşım vermek amacıyla gerekli önlemleri alabilir.”

Bu düzenlemeyle, Topluluk hukukunun yasakladığı ayrımcılık nedenleri genişletilmiş ve Topluluğa, ayrımcılığa karşı savaşım ereğiyle ilk kez gerekli önlemleri alma yetkisi tanınmıştır.⁶⁴

13. madde konusunda yapılması gereken ilk saptama, Topluluğa ilk kez, yurttaşlık ve cinsiyet nedenleri dışındaki ayrımcılıklara karşı da hukuksal araçlarla savaşım olanağı tanımış olmasıdır.⁶⁵ Topluluk bu yetkisini, AA'nın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra kullanmış, 13. maddenin saydığı nedenlere karşı koruma getiren 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeleri kabul ederek ayrımcılık karşıtı hukuksal çerçevesini güçlendirmiştir.

13. maddede yer alan düzenleme konusundaki ikinci saptama, bu kuralın niteliğiyle ilgilidir. 13. madde, ancak öngörülen bir dizi koşulu yerine getirdikten sonra Konsey'ce alınacak önlemlerle uygulanabilir. Daha teknik bir deyişle, açıkça “**doğrudan etki**”den yoksun olan 13. madde, ancak Konsey'in öngörü-

61 Marie-Ange Moreau, **a.g.m.**, s. 1112.

62 Francis Kessler / Jean-Philippe Lhernould, **a.g.y.**, s. 111.

63 Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 154.

64 Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), **Tendances et évolutions de 1997-2005**, s. 9.

65 Denis Martin, **a.g.y.**, s. 21.

len koşulları yerine getirerek çıkaracağı yönergelerle uygulamaya konulabilir. ⁶⁶ Bu koşullar ise; Antlaşma'nın çeşitli maddelerinde yer alan ayrımcılık yasağıyla ilgili "özgöl" kurallara zarar verilmemesi; Konsey'in, ancak -yasama sürecinin başlatılmasını tekelinde tutan- Komisyon'un önerisi üzerine ve Parlamento'ya danışarak karar verebilmesi, kararını da ancak *oybirliğiyle* alması ve Antlaşma'nın Topluluğa tanıdığı yetkilerin sınırları içinde kalmasıdır. Daha açık bir anlatımla, Topluluğun "ikincillik ilkesi"ne uyması; yani ancak üye devletlerin ulusal anayasal sistemleri çerçevesinde girişecekleri eylemle yeterli biçimde gerçekleştiremeyip Topluluğun eylemiyle daha iyi gerçekleştirebilecekleri hedefler için önlemler alabilmesi olanaklıdır. ⁶⁷

13. maddeye ilişkin bir başka saptama da, ayrımcılık nedenlerini görece genişletmiş, kanımca özellikle dolaylı ayrımcılıklara karşı da "antlaşmasal" koruma sağlamak için "her tür ayrımcılık" demiş olmasına karşın, ayrımcılık nedenleri yönünden bir esneklik getirmemiş olmasıdır. Çünkü, "özellikle" yada "ve benzeri nedenler" sözcüklerine yer vermeyen 13. madde, ayırım gözetme yasağının dayandırılabilceği nedenleri "sınırlı" biçimde saymıştır. ⁶⁸ Bu nedenle de, 13. maddenin yasaklanan ayrımcılık nedenleri yönünden uygulama alanının, örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ayrımcılık nedenlerini sınırlı biçimde saymayan 14. maddesine ⁶⁹ oranla daha dar olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla 13. madde, hem "genel" ve "doğrudan" uygulanabilir nitelik taşımadığı ve hem de ayrımcılık nedenlerini "örnek" olarak saymadığı için, iki yönden sınırlama getirmektedir. *Rodière* bu sınırlamaları, Topluluk hukukunun temel amacının insan haklarının korunması değil *ekonomik özgürlüklerin kullanılması* yada sosyal hakların verilmesi olduğunu anımsatarak, "anlaşılır" bulmaktadır. ⁷⁰ Kuşkusuz, söz konusu iki sınırlamaya bir üçüncüsünün, yani "oybirliği" kuralının da eklendiğini -Parlamento'ya danışma ile sınırlı bir yükümlülük bulunduğunu- unutmamak gerekir.

Bununla birlikte 13. maddenin, yurttaşlığa dayalı işlem farklılıkları ile kadın ve erkekler arasında ücret eşitliği alanlarının yanı sıra, ayrımcılığa karşı savaşım da ırk yada etnik köken, din yada inançlar, ⁷¹ yaş, engel ve cinsel yönelim ola-

⁶⁶ **a.k.**, s. 20.

⁶⁷ Francis Kessler / Jean-Philippe Lhernould, **a.g.y.**, s. 114.

⁶⁸ Aynı görüş için bkz.: Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 154.

⁶⁹ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 246-247.

⁷⁰ Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 154. Kanımca, yazarın bu görüşü temelde doğru olmakla birlikte, Maastricht Antlaşması'yla insan haklarına vurgunun yoğunlaştığını, AB'nin dayandığı ilkelerin (içinde insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesinin de bulunduğu ilkelerin) ihlal edilmesinin yaptırımlara bağlandığını, her şeye karşın unutmamak gerekir.

⁷¹ Belirtelim ki ırk ve din nedenlerine dayanan ayrımcılık yasağı, 13. maddeye girmeden önce, ilk kez Avrupa Memurlarının Statüsü'nde (m. 27) yer almıştı (Denis Martin, **a.g.y.**, s. 30).

rak sayılan nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı savaşım konusunda Konseyi (Topluluk kurumlarını) yetkilendirmiş ve böylece savaşım alanını genişletmiş olması görece ileri bir adımdır. Bu, kanımca gecikmiş bir adımdır. Ancak, AB üyesi devletlerin -o tarihte- tümünün onayladığı uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesine ilişkin yürürlükte olan kuralları karşısında, Topluluğa tanınan bu yetkinin, sayılan ayrımcılık nedenleriyle sınırlı olduğunu, “doğrudan etki”sinin bulunmadığını ve “genel” nitelik taşımadığını bir kez daha yinelemekte yarar vardır.

4. Nis Antlaşması’nda Ayrımcılık Yasağı

7-9 Aralık 2000’de kabul edildikten sonra 26 Şubat 2001’de imzalanan ve 1 Şubat 2003’te yürürlüğe giren Nis Antlaşması ile 13. maddeye aşağıdaki 2. fıkraya eklenmiştir.

Konsey, 1. fıkraya aykırı olarak, üye devletlerin yasal ve yönetsel düzenlemelerinin her türlü uyumlulaştırılması söz konusu olmaksızın, üye devletlerce 1. fıkroda amaçlanan hedeflerin gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak ereğiyle başvurdukları (giriştikleri) eylemleri desteklemek için, *özendirici Topluluk önlemleri* kabul ettiği zaman, kararını 251. maddede öngörülen yönetime uygun olarak alır.”

Bu düzenlemeyle, Konsey’e, 1. fıkraya aykırı olarak, oybirliğiyle değil *nitelikli çoğunlukla* özendirme önlemleri kabul etme olanağı tanınmış ve bunun için de bazı koşullar öngörmüştür. Konsey, özendirici Topluluk önlemlerini, 1. fıkradaki hedeflerin gerçekleştirilmesine (yani sayılan nedenlere dayalı ayrımcılıkların önlenmesine) katkıda bulunmak ereğiyle üye devletlerin eylemlerini desteklemek için alacaktır. Bu önlemler, üye devletlerin yasal ve yönetsel düzenlemeleri arasında bir uyumlulaştırma amacı taşımayacaktır.

Buna karşılık, nitelikli çoğunluk yöntemine doğru evrilmek amacıyla Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde Komisyon’ca sunulan önlemlere karşın, yasal önlemler, Konsey’in oybirliğiyle onamasına bağlıdır.⁷²

5. Lizbon Antlaşması’nda Ayrımcılık Yasağı

Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu Antlaşmalarını değiştiren ve üye devletlerce 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan Lizbon Antlaşması, özellikle Temel Haklar Şartı’nın hukuksal bağlayıcılığını açıkça öngörmüş olması yönünden önem taşımaktadır. İrlanda’nın “hayır”ı nedeniyle öngörüldüğü gibi 1 Ocak 2009’da yürürlüğe giremeyen Lizbon Antlaşması, genel olarak Avrupa kurumları ve çalışma yöntemleri, Birliğin demokratik meşruiyetinin güçlendirilmesi ve

⁷² CCE, *Livre vert* – Egalité et non-discrimination dans l’Union européenne élargie, COM(2004)379 final, 28 mai 2004, s. 6.

dayandığı temel değerler bütününe sağlamalaştırılması yönlerinden kimi yenilikler getirmiştir. ⁷³

Özellikle, Nis Antlaşması'na oranla, Birliğin üzerine oturduğu temel ilkelerin daha da güçlendirilmesi bağlamında, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkelerine ilişkin olarak şu saptamalar yapılabilir: AB Antlaşması'nın Başlangıç bölümünde, evrensel değerleri oluşturan “insanın dokunulamaz ve devredilemez hakları ile özgürlük, demokrasi, **eşitlik** ve hukuk devletinin”, Avrupa'nın kültürel, dinsel ve insancıl mirasından esinlenilerek geliştirildiği belirtilmiştir (m. 1/a). Antlaşma'ya konulan yeni 1. maddede, Birliğin dayandığı değerler arasında “**eşitlik**” ilkesi yinelenmiş; bu değerlerin, “çoğulculuğun, *ayrım gözetilmemesinin*, hoşgörünün, adaletin, dayanışmanın ve *kadınlar ile erkekler arasında eşitliğin*” karakterize ettiği demokratik bir toplumda bütün üye devletler için ortak olduğu vurgulanmıştır (madde 1 bis).

Değiştirilen 2. maddede, Birliğin sosyal dışlanma ve ayrımcılıklara karşı savaşım vereceği ve kadınlar ile erkekler arasında eşitlik vaad ettiği yinelenmiştir.

6. maddenin yeni metninde, “Birliğin, 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda açıklanan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıdığı” ve daha önemlisi, 12 Aralık 2007'de Strazburg'ta kabul edilen biçimiyle, Temel Haklar Şartı'nın “**Antlaşmalarla aynı hukuksal değerinin bulunduğu**” belirtilmiştir. Ayrıca, Birliğin İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi'ne katıldığı” da, açıkça belirtilmiştir.

Ne var ki, gerek Temel Haklar Şartı'nın Antlaşmalar gibi (düzeyinde) hukuksal değerinin bulunduğu kabul edilmesi, gerek İHAS'a katılma, hiçbir biçimde, Birliğin Antlaşmalarda belirlenen *yetkilerinin genişletilmesi ve değiştirilmesi anlamına gelmemektedir*.

Eleştiriye açık olan bu düzenlemenin, özellikle sosyal politika alanında Birlik kurumlarına tanınan yetkiler üzerindeki hukuksal sonuçları açısından tartışılması gerekmektedir.

Lizbon Antlaşması, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda da değişiklikler getirmiştir. Avrupa Birliği'nin işleyişini düzenleyen bu Antlaşma'ya, ayrımcılık yasağı konusunda şu yeni madde (article 3 ter) eklenmiştir:

“Birlik, *politika ve eylemlerinin belirlenmesinde*, cinsiyet, ırk yada etnik köken, din ve inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temeline dayanan her tür ayrımcılığa karşı savaşım vermeye çaba gösterir.”

⁷³ Yürürlüğe girme sürecinde İrlanda'nın “hayır”ının yarattığı engelin -yukarıda değindiğim- 11-12 Aralık 2008'deki Avrupa Konseyi'nde çözüme bağlandığı Lizbon Antlaşması'nın, sırasıyla kurumsal yapıda, hukuk düzeninde, sosyal politika ve sosyal diyalog konularında getirdiği değişiklik ve yenilikler konusunda bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 65-69, 105-112, 237-240 ve 422-424

Görüldüğü gibi, ayrımcılık nedenleri yine -2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin öngördükleriyle- “sınırlı” kalmış, esnetilmesine olanak tanınmamıştır. Zorlayıcı gücü ve doğrudan etkisi söz konusu değildir; daha önce de olduğu gibi, Birlik için “çaba gösterme” ile sınırlı bir yükümlülük vardır. Ancak, yeni olmamakla birlikte altı çizilmesi gereken nokta, ayrımcılık yasağının Birliğin tüm politika ve eylemlerinin belirlenmesinde göz önünde tutulmasının öngörülmesidir. Öte yandan bu “çaba”nın, sürekliliği olan somut politika ve uygulamalarla olumlu sonuçlar elde edilmesini içerdığı kabul edilmelidir.

Antlaşma'nın ikinci bölümünün “ayrım gözetmeme ve yurttaşlık” başlığı, “ayrım gözetmeme ve Birlik yurttaşlığı” biçiminde değiştirilmiştir.

III. BAŞKA BİRLİK BELGELERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

Avrupa Birliği'nin hukuksal bağlayıcılığı olmayan yada tartışma konusu olan belgelerinden kimilerinde, çeşitli temellere dayalı ayrımcılık yasağına ilişkin kurallara yer verilmiştir. Bunlardan Topluluk Şartı ve özellikle Temel Haklar Şartı, gerek yönergelerin gerekçelerini oluşturan Başlangıç bölümlerinde ve gerekse Adalet Divanı kararlarında sıkça göndermede bulunulan belgelerdir.

1. Kopenhag Ölçütleri ve Ayrımcılık

Avrupa Konseyi'nin 1993'te Kopenhag doruk toplantısında kabul ettiği siyasi ve ekonomik ölçütler ile üyelikten doğan yükümlülükleri üstlenebilme yeteneğini kısaca ortaya koyan ve özellikle eski Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin Batı demokrasileriyle bütünleştirilmesi temel amacına yönelik olan ilkeler arasında, “insan hakları ve azınlıkların korunması” bulunmaktadır. Komisyon'un, 28 Mayıs 2004 tarihli yeşil kitabında da, ayrımcılık yasağının Kopenhag “siyasal ölçütleri”nden biri olduğu belirtilmiştir.

İnsan haklarına yapılan bu genel yollama, özellikle adaylık sürecinde bulunan devletler için, İlerleme Raporlarında görüldüğü üzere,⁷⁴ yirmi dolayında temel insan hakları sözleşmelerinin onay durumunun Komisyon'ca düzenli biçimde izlenmesinin dayanağını oluşturmuştur. “İnsan hakları” ölçütü, doğal olarak, tüm insan haklarından eşitlik koşullarında ve ayrım gözetilmeksizin yararlanılmasını kapsar.

2. Topluluk Şartı'nda Ayrımcılık Yasağı ve İşlem Eşitliği

Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı,⁷⁵ ASŞ'de de olduğu gibi,⁷⁶ Başlangıç bölümünde ayrımcılığı açıkça yasaklamıştır. Ancak, aynı yaklaşım, “te-

⁷⁴ Bkz.: Beşinci Bölüm, s. 485 vd. 535-536.

⁷⁵ Topluluk Şartı için bkz.: Ali Güzel, “Avrupa Topluluğu Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı”, **Çimento İşveren**, Cilt 6, Sayı 3, Mayıs 1992, s. 9 vd.; Ali Güzel / Şebnem Gökçeoğlu, “Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı”, **Çimento İşveren**, Cilt 6, Sayı 5, Eylül 1992, s. 3 vd.; Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, s. 200 vd.

⁷⁶ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 277-281.

mel sosyal hakları” düzenleyen bölümde söz konusu değildir. Başlangıçta, “işlem eşitliğini sağlamak için, her biçimiyle (türüyle) ayrımcılıklara, özellikle cinsiyet, renk, ırk, görüş ve inanç temellerine dayalı olan ayrımcılıklara karşı savaşım vermenin uygun olacağı belirtilmiştir (parag. 8). Ayrımcı işlemlerin dayandırılacağı nedenlerin sınırlı olmaksızın sayıldığı bu paragrafın kanımca vurgulanmasında yarar bulunan -ve ASS’den ayrılan- yanı; genellikle benimsenen yaklaşım doğrultusunda, eşitlik ve ayrımcılık yasağının özünde aynı olan olgunun birbirinden ayrılmayan iki yüzünün bulunduğunu ortaya koymasındır. Kısacası, “ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi”ne yer vermesi, yönergelerde de benimsenen yaklaşım ve tanımında görüldüğü gibi, işlem eşitliğinin uygulamada gerçekleştirilmesi, ayrımcılıkların yasaklanmasıyla sağlanabilecektir.

“Mesleksi eğitim”e ilişkin 15. madde, “her Avrupa Topluluğu çalışanın mesleksi eğitime erişebilmesini ve aktif çalışma yaşamı boyunca bundan yararlanabilmesini” öngörmüştür. Maddeye göre, “bu eğitime erişme koşullarında yurttaşlığa dayalı ayrımcılık” yapılamaz. Böylece 15. madde, ayrımcılık yasağını, mesleksi eğitime erişme koşullarında yalnızca “yurttaşlık” ile sınırlı olarak öngörmüştür. Bununla, kanımca bir yandan AB üyesi devletlerin yurttaşları, öte yandan da AB üyeleri ile üçüncü ülkelerin yurttaşları arasında ayırım yapılmasını yasaklamıştır. Ancak 15. madde, öteki insan hakları belgelerinde sayılan başka nedenlere dayalı ayrımcılığı yasaklamamıştır.

Topluluk Şartı’nın, “erkekler ve kadınlar arasında işlem eşitliği”ni düzenleyen 16. maddesinde, “doğrudan etki”si olan bir ayrımcılık yasağı öngörülmemiş, daha doğru bir anlatımla eşit işlem ilkesi ayrımcılık yasaklı olumsuz yönünü de içeren bir yaklaşımla düzenlenmemiştir. Erkekler ve kadınlar arasında işlem eşitliğinin “sağlanması” (güvencelenmesi) ve fırsat eşitliğinin de “geliştirilmesi” gerektiği öngörülmüştür. Bu amaçla, özellikle istihdama (işe / hizmete) giriş, ücret, çalışma koşulları, sosyal koruma, eğitim, mesleksi eğitim ve kariyerlerin evrimi için, erkekler ve kadınlar arasında eşitliğin uygulamaya konulmasını güvenceye almak amacıyla, gerekli olduğu her yerde, çalışmaların yoğunlaştırılmasının uygun olduğu belirtilmiştir (m. 16/2). Aynı zamanda, erkekler ve kadınlar için mesleksi ve ailesel yükümlülüklerini uzlaştırma olanağı veren önlemlerin geliştirilmesinin “uygun olduğu” da eklenmiştir (m. 16/3). 2. fıkradaki “esnek bir dille” yapılan düzenleme, sayılan konularda cinsiyete dayalı ayrımcılıkların kaldırılmasını içeren çalışmalarını da kapsar.

İşlem eşitliği maddesinin dili, muhataplarına (kanımca aynı zamanda Topluluk kurumlarına ve üye devletlere) yönelik bir eşitliği uygulamada gerçekleştirme konusunda yükümlülükler dayatmaktan özenle kaçınmıştır. Topluluk Şartı’nın kendisi gibi, bu maddesi de doğal olarak “zorlayıcı” nitelik taşımamakta, doğrudan yükümlülük getirmekten kaçınan, niteliği gereği “yumuşak hukuk” tanımına uygun düşen bir dil kullanmaktadır.

Topluluk Şartı'nın sendikal haklarla ilgili maddelerinde yapılan düzenleme göz önüne alındığında, dolaylı yada örtük olarak, ayrımcılık yasağı içeren kurallar bulunduğu söylenebilir.

İlk olarak, sendika hakkının öznelerinin, genel kural olarak “çalışanlar” ve “işverenler” olarak belirlenmiş olması, hakkın kişiler yönünden uygulama alanı açısından çalışanlar arasında bir ayırım gözetilmediğini ve gözetilmemesi gerektiğini gösterir. Bununla birlikte bu konuda, aşağıda değinilen ve kimi istisnalara yer veren 14. maddeyi de göz önünde bulundurmak gerekir.

Topluluk Şartı'nın 11. maddesi, aynı zamanda sendika özgürlüğünü, bireysel düzlemde olumlu ve olumsuz yönleriyle işverenlere karşı da korumuştur. Sendika özgürlüğünü kullanan yada kullanmayan, yani işyerinde etkinlikte bulunan sendikalara üye olmayan çalışanın, bundan “kişisel yada mesleksi” olarak hiçbir zarar görmemesi gerekir. Dolayısıyla, özel yada kamusal işverenlerin, sendikalara üye olmaları yada olmamaları nedeniyle çalışanlar arasında işe girişte ve iş içinde, yani meslek yaşamı süresince tüm çalışma koşulları yönünden ayırım gözetmemesi gerekir. Üye olup olmamanın yanı sıra *sendikacılık etkinliklerinde bulunmayı* da kapsayan bu güvence, aslında 98 sayılı sözleşmenin sağladığı ve kimi somut örneklerini açıkça belirttiği (m. 1) ayrımcılık yasağı güvencesidir.

Topluluk Şartı, üye devletlerin iç hukuk düzenine, Şartın 11 ve 13. maddelerinde öngörülen sendikal hakların tümünün, yani sendika, toplu pazarlık ve grevi de kapsayan toplu eylemler haklarının *silahlı kuvvetlere, polise ve kamu görevlilerine* hangi koşullarda ve hangi ölçüde uygulanacağını belirleme yetkisi tanımıştır (m. 14). Bu düzenleme, 87 sayılı sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nden ayrılan bir yaklaşımla, hakların kişiler yönünden kapsamının daraltılmasına, dolayısıyla hem kamu görevlilerine ve hem de anılan iki güvenlik görevlisi kesimine yönelik olarak “statü”leri nedeniyle ayırım gözetilmesine olanak vermektedir.

3. Temel Haklar Şartı'nda Hukuk Önünde Eşitlik,

Ayrımcılık Yasağı ve Cinsiyete Dayalı Genel Ayrımcılık Yasağı

Temel Haklar Şartı'nın “eşitlik” başlıklı üçüncü bölümünde, eşitlik ve ayrımcılık yasağı; ilk ikisi “genel” ve üçüncüsü de “özümlü” olmak üzere, üç ayrı maddede düzenlenmiştir. Bunlar; “hukuk önünde eşitlik” (*égalité en droit / equality before the law*); “ayrımcılık gözetmeme” (*non-discrimination*) ve “erkekler ve kadınlar arasında eşitlik”tir.

a. Hukuk Önünde Eşitlik

Temel Haklar Şartı'nın, Adalet Divanı kararlarında da belirtildiği gibi “Avrupa demokrasisinin temeli” olan ⁷⁷ eşitlik ilkesine daha iyi vurgu yapmak ama-

⁷⁷ Jean-François Renucci, a.g.y., s. 457.

ciyla,⁷⁸ “eşitlik” başlığı altında topladığı bu üç maddeden ilki olan 20. maddenin çok kısa düzenlemesine göre, “tüm kişiler hukuk önünde eşittir.”

Böylece THŞ, olumsuz yönünü ayrı bir maddede ve daha ayrıntılı biçimde düzenlediğinden, öznesi “tüm kişiler” olan hukuk önünde eşitlik ilkesini, yalnızca olumlu yönüyle güvenceye almıştır. Kanımca, hukuk önünde eşitlik ilkesinin hak özneleri yönünden kapsamı, Birlik yurttaşları ile sınırlı değildir. Bu ilke, üye devletlerde yasal olarak oturan ve çalışan, üçüncü ülkelerin uyruğu olan kişiler için de koruma sağlar. Uyruluk nedeniyle, hiç kimse hukuk önünde eşitlik ilkesinin güvencesinden yoksun bırakılamaz. Daha genel bir anlatımla, 21. maddeyle birlikte okunması gerektiğinden, eşitlik ilkesinin kişiler yönünden uygulama alanında, 21. maddenin yasakladığı nedenlere dayalı ayrımcılık yapılamaz.

Kanımca, 20. maddenin en önemli eksikliği, ayrımcılık yasağına ilişkin 21. maddede de olduğu gibi, konusunu, yani haklar yönünden uygulama alanını belirlememiş olmasıdır. Hukuk önünde eşitlik, kuşkusuz öncelikle, THŞ'nin güvencelediği tüm haklardan yararlanmayı güvenceye alan bir üstün ilkedir. Buna karşılık, 20. maddenin suskunluğu karşısında, THŞ'nin tanımadığı haklar için de koruma sağlayıp sağlamadığı, kimi tartışmalara yol açabilir. Bununla birlikte, insan hakları sözleşmelerinin çoğunluğunun (örneğin İHEB'in ve -KSHUS'nin 26. maddesi dışında- ikiz sözleşmelerin ilgili maddelerinin, İHAS'ın 14. maddesi ile GG ASS'nin E maddesinin), ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesinin uygulama alanını “güvenceye aldıkları haklarla” sınırlı tuttuklarını açık ve doğrudan bir anlatımla belirtmiş olmaları anımsanırsa, THŞ'nin benzer bir sınırlayıcı düzenlemeye yer vermemiş olması karşısında, hukuk önünde eşitlik ilkesinin haklar yönünden uygulama alanını THŞ'deki haklarla sınırlandırmamak gerekir. Kanımca, 20. maddenin yaptığı düzenleme, hukuk önünde eşitlik ilkesinin sağladığı korumayı, KSHUS'nin 26. maddesinde olduğu gibi, THŞ'deki haklar listesiyle sınırlı tutulmaması gereken daha geniş bir çerçeveye taşımıştır.

Hukuk önünde eşitlik ilkesi, genel anlayışa ve Adalet Divanı'nın yaklaşımına uygun olarak, her koşulda ve her durumda, tüm kişiler için “mutlak” bir koruma sağlamaz; haklı ve nesnel nedenlere dayandığı kanıtlanan farklı işlemler, eşitliğe aykırı düşmez. 20. maddenin kısa anlatımı da böyle anlaşılmalıdır.

b. Ayrımcılık Yasağı

THŞ, örneğin İHEB'in 26. ve KSHUS'nin 26. maddelerinin hukuk önünde eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını aynı maddede ve birlikte düzenlemesinden farklı biçimde, ayrımcılık yasağını ayrı bir maddeyle güvenceye almıştır.

⁷⁸ Guy Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Editions du Seuil, Paris, novembre 2001, s. 152.

THŞ, kanımca 20. maddenin devamı niteliğindeki “ayırım gözetmeme” başlıklı 21. maddesi, “özellikle” diyerek saydığı nedenlere dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamıştır. Ancak THŞ, ne hukuk önünde eşitlik ilkesinde, ne de ayrımcılık yasağında, haklardan yararlanma ile bağ kurmuştur. İnsan hakları sözleşmelerinde benimsenen bu yaygın yaklaşımdan ayrılan THŞ’in, eşitlik ve ayrımcılık yasağının temel bileşenlerinden birine yer vermemesi önemli bir eksikliktir. Bu boşluğun, korumayı, THŞ’deki haklar listesiyle sınırlandırıcı dar bir yoruma yol açmaması gerektiğini yineliyorum.

THŞ, AT Antlaşması’nın 13. maddesi ile İHAS’ın 14. maddesinden ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 11. maddesinden esinlenen,⁷⁹ ancak Antlaşma’nın 13. maddesinden farklı biçimde,⁸⁰ İHEP’te ve İHAS’ta olduğu gibi “vb. nedenler” yada “başka her durum” dememiş olmak birlikte “özellikle” diyerek, birçok nedene dayalı her tür ayrımcılığı kesin bir dille yasaklamıştır (m. 21/1).

THŞ, her ne kadar “hiçbir yönden” dememiş olsa da, kanımca “her türlü ayrımcılık” (toute discrimination / any discrimination) demekle, ayrımcılığın tüm biçimlerini -2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde ayrımcılık biçimlerinden biri sayılan tacizi de- yasaklamıştır. Bunun anlamı, sayılan nedenlerin tüketici yada “sınırlandırıcı” olmaması,⁸¹ ayrımcılık yasağının belirtilenler dışındaki neden yada etkenler için de geçerli, kısacası açık uçlu olmasıdır. Sıralanan “örnek” nedenler şunlardır: Cinsiyet, ırk, renk, etnik yada sosyal kökenler, genetik özellikler, dil, din yada inançlar, siyasal yada başka her türlü görüşler, bir ulusal azınlık üyesi olma, servet (varsıllık), doğum, bir engel, yaş yada cinsel yönelim (m. 21/1). Bu nedenlerin yarısından çoğu, örneğin etnik yada sosyal kökenler, genetik özellikler, dil, siyasal yada başka her türlü görüşler, bir ulusal azınlık üyesi olma, servet (varsıllık), doğum, AT Antlaşması’nın 13. maddesinde yer almıyordu.

THŞ’nin saydığı nedenler, aşağıda incelenen 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde belirtilen nedenlerle karşılaştırıldığında, doğal olarak, yasak kapsamının genişletildiği görülmektedir. Söz konusu yönergelerde yer almayan nedenler şunlardır: Cinsiyet, renk, sosyal köken, genetik özellikler, dil, siyasal yada başka her türlü görüşler, bir ulusal azınlık üyesi olma, servet ve doğum. Böylece THŞ, ayrımcılığa karşı korumanın çerçevesini çok genişletmiştir. THŞ, Avrupa Topluluğu Antlaşması’yla karşılaştırıldığında, 13. maddede sayılan altı nedene yedi yeni neden daha eklendiği görülmektedir. Bunlar da; sosyal köken, genetik özellikler, dil, siyasal yada başka her türlü görüş, bir ulusal azınlığa üyelik, servet ve doğumdur.

⁷⁹ Guy Braibant, **a.g.y.**, s. 153.

⁸⁰ Marie-Thérèse Lanquetin, **a.g.m.**, s. 862.

⁸¹ Guy Braibant, **a.g.y.**, s. 155.

THŞ'nin bir insan hakları belgesi olarak saydığı ayrımcılık yasağı kapsamında ki nedenler, başka bölgesel ve evrensel ölçekli insan hakları belgelerinde de genellikle yer almaktadır. İHEB ve 1966 sözleşmeleri, İHAS ile 12 sayılı protokol ve GG ASS, güvenceye aldıkları haklardan ayırım gözetilmeksizin yararlanılmasını, çeşitli nedenleri sayarak güvenceye almışlardır. Bu belgelerle THŞ karşılaştırıldığında, genel olarak, THŞ'de yer alan nedenlerin daha geniş tutulduğu söylenebilir. Özellikle, “genetik özellikler” ile “cinsel yönelim”e dayalı ayrımcılık yasağı, bu belgelerde açıkça öngörülmemiştir.

THŞ'nin 21. maddesinin 2. fıkrası, “yurttaşlık” temeline dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamıştır. Ancak 1. fıkradan farklı olarak, yurttaşlığa dayalı ayrımcılığın uygulama alanını sınırlandırmıştır. 1. fıkrada yasaklanan genel ayrımcılık nedenleri arasında sayılmayan “yurttaşlık” temeline dayalı ayrımcılık yasağı, bir yandan AB ve AT Antlaşmalarının uygulama alanlarında geçerlidir; öte yandan da, bu Antlaşmaların “özel kurallarına zarar vermeme koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, AB ve AT Antlaşmalarında yer alan -örneğin kişilerin / çalışanların, malların serbest dolaşımı ve ortak tarım politikası gibi konulardaki- kimi özel düzenlemeler, bazı alanlarda yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılık yapılmasına olanak tanımışsa, bu düzenlemelerin uygulanması sürdürülecektir. Böylece THŞ, Antlaşmalardaki “istisna” nitelikli yurttaşlığa dayalı ayrımcılık yapma olanağı tanıyan kuralları saklı tutmuş, yasağın kapsamını bu açıdan daraltmıştır. Yalnızca söz konusu Antlaşmaların sınırları içinde uygulanması nedeniyle, üçüncü ülke uyruklarının ayırım gözetmeme ilkesinden tam olarak yararlanmamaları eleştirilmiştir. Ancak THŞ yazarları, AT Antlaşması'nın -2. fıkradaki her iki koşula yer veren- 12. maddesiyle bağlı olduklarından, yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılık için bu tür bir düzenleme yapıldığı belirtilmektedir.⁸²

THŞ'nin kapsamlı bir ayrımcılık yasağı öngören madde 21/1 kuralı, büyük ölçüde İHAS'ın da kaynağı olan İHEB'ten esinlenmiştir. Evrensel Bildirge'deki düzenleme, daha önce de değinildiği gibi, ayırım gözetmeme yasağının öznelere, THŞ'den ayrılarak açıkça göstermiş ve dokuz nedeni “örnek” olarak saydıktan sonra, bir de “başka her durum” diyerek yasağın kapsamını saymadığı nedenleri de içerecek biçimde esnetip genişletmiştir. THŞ; kendisinden elli yıl önce kabul edilen İHEB'te belirtilmeyen şu nedenleri de yasak kapsamına almıştır: Genetik özellikler, ulusal azınlık üyesi olma, engel, yaş ve cinsel yönelim. İHAS'ın 14. maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağında, Evrensel Bildirge'deki nedenlere “bir ulusal azınlık üyesi olma” da eklenmiştir.⁸³ Ancak THŞ'de yer alan dört neden (genetik özellikler, engel, yaş ve cinsel yönelim) 14. maddede sayılmamıştır. Avrupa Konseyi'nce kabul edilen 12 sayılı protokol ise, korumanın maddi içeriği yönünden ayrımcılığa karşı daha geniş bir koruma getirmiştir.

⁸² a.k., s. 155 .

⁸³ BM'nin ikiz sözleşmeleriyle karşılaştırma için bkz.: İkinci Bölüm, s. 67-70 ve 77-79.

c. Cinsiyete Dayalı Genel Ayrımcılık Yasağı

GG ASS'nin 20. maddesi ile Topluluk Şartı'nın 16. ve AT Antlaşması'nın da 2, 3/2 ve özellikle 141/3 ve 4. maddelerinden esinlenen THŞ, eşitlik ilkesini, "cinsiyet"e dayalı özgül boyutuyla ayrıca düzenlemiştir. Konu yada alan yönünden hiçbir sınırlama getirmeyen 23. madde, erkekler ve kadınlar arasında eşitlik ilkesini, olumlu ayrımcılık önlemlerini de içerecek biçimde, Antlaşmadan daha öz- lü ve zorunluluk içeren bir anlatımla güvenceye bağlamıştır:

"Erkekler ve kadınlar arasında eşitliğin, istihdam, çalışma ve ücret konusunu da kapsamak üzere, *tüm alanlarda* sağlanması gerekir."

Eşitlik ilkesi, alt düzeyde temsil edilen cinsiyet yararına özgül avantaj- lar öngören önlemler alınmasına yada (alınmış olanların) sürdürülmesi- ne engel olmaz."

Kadınların ve kadın örgütlerinin enerjik, etkili ve uyumlu eylemiyle özel bir madde olarak THŞ'ye konulduğu belirtilen ⁸⁴ 23. madde, cinsiyetler arası eşitli- ğin "tüm alanlar" için sağlanması gerektiğini; bunun kapsamına, özellikle kadın- lar açısından eşitsizliklerin yaygın biçimde sürdüğü, önemi nedeniyle örnek olarak belirttiği -ve madde 141/3'te de geçen- istihdam, çalışma ve ücretin de girdiğini, dolayısıyla çalışma yaşamında da eşitliğin sağlanmasının zorunlu olduğunu belirt- miştir.

Kanımcı, THŞ'nin 2000'de yaptığı bu düzenlemenin (23. maddenin), Antlaş- malaradaki kurallara oranla getirdiği yenilik, cinsiyetlerarası eşitliğin, çalışma yaşa- mı yada sosyal sorunlar ile sınırlı olmaksızın "tüm alanlar" için öngörölmüş ol- masıdır. Oysa, AT Antlaşması'nın 141/3. maddesindeki koruma "istihdam ve ça- lışma ile ücret" konularını kapsar. *Braibant*, bu nedenle THŞ'nin AT Antlaşma- sı'ndan (m. 141/3'ten) daha ileri olduğunu belirttiikten sonra, eşitliğin "tüm alan- larda" kabul edilmesinin hukuksal nitelikli uluslararası bir belgede ilk kez gerçek- leştiğini, THŞ'nin de bu anlamda kadınların hakkının (kadın haklarının) gelişimin- de bir aşama sayılabileceğini ileri sürmektedir. ⁸⁵ Oysa, salt "cinsiyet" temeline dayalı ayrımcılıkla sınırlı olmaksızın ama yasakladığı ayrımcılık nedenleri arasında "cinsiyet"e de açıkça yer veren KSHUS'nin 26. maddesi, "tüm kişiler" için ve "tüm konularda" yada "tüm haklarda" demeksizin ancak bu sözleşmedeki haklar- la da sınırlı olmaksızın, ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitliği "özerk bir hak" olarak güvenceye almıştır. ⁸⁶ Bu konuda, İHAS'ek 12 sayılı protokolün sözleşme- deki haklarla sınırlı olmaksızın "genel ayrımcılık yasağı" getiren 1. maddesinin de

⁸⁴ Guy Braibant, *a.g.y.*, s. 163.

⁸⁵ a.y.

⁸⁶ Bkz. ve karşı: Birinci Bölüm, s. 81-83.

unutulmaması gerektiği kanısındayım. ⁸⁷ Yazarın bu görüşü, AB hukuku bağlamında doğrudur.

Erkekler ve kadınlar arasında eşitliğin sağlanacağı “tüm alanlar”, THŞ’nin içerdiği haklarla sınırlı değildir. Bu kavramı, örneğin BM’nin Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi’nin öngördüğü geniş çerçeve içinde anlamak; eşitliği sağlama yükümlülüğünün de, aynı zamanda hukuk ve uygulama boyutlarını, yani hukuksal ve olgusal eşitliği gerçekleştirme yükümlülüğünü kapsadığını kabul etmek gerekir.

4. Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildirge

Avrupa Birliği kurumlarının (Parlamento, Konsey, Konsey bünyesinde toplantı yapan üye devletlerin temsilcileri ve Komisyon) ortaklaşa ilan ettikleri 11 Haziran 1986 tarihli bildirmede; “ırk temeline dayalı ayrımcılığın çeşitli biçimlerinin ortadan kaldırılmasının (...) üye devletlerin ortak kültürel ve hukuksal miraslarının bir parçası olduğu” göz önüne alınarak, şu noktalara değinilmiştir:

- Irk (...) farkı gerekçesiyle kişileri yada grupları hedef alan hoşgörüsüzlüğün, düşmanlığın ve şiddet kullanımının tüm biçimlerinin kesinlikle kınanması;
- (...) Vatandaşların ırkçılık (...) tehlikesine karşı bilinçlendirilmesinin ve ayrımcılığın her biçiminin ve ayrımcı eylemlerin önlenmesinin ve bastırılmasının öneminin vurgulanması.

5. Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi

Avrupa Parlamentosu’nca 12 Nisan 1989’da kabul edilen Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi’nin “yasa önünde eşitlik” başlıklı 3. maddesi, Topluluk hukukunun uygulanmasında bu ilkeyi “herkes” için 1. fıkrasında güvenceye aldıktan sonra, 2. fıkrasında da ayrımcılık yasağını öngörmüştür. İHEB ile İHAS’tan esinlendiğine kuşku bulunmayan bu fıkrada, şu nedenlere dayalı “hiçbir ayırım yapılmayacağı” belirtilmiştir: Irk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal yada başka konulardaki görüş, ulusal yada sosyal köken, bir ulusal azınlık üyesi olma, servet (mülkiyet), doğum yada başka bir durum (statü).

3. fıkra, Avrupa yurttaşları arasında “milliyet” düşüncesiyle herhangi bir ayırım yapılmasını yasaklamıştır. 4. ve son fıkrada da, çeşitli alanlarda kadınlar ve erkekler arasında yasa önünde eşitlik sağlanması öngörülmüştür.

IV. TÜREVSEL HUKUK BELGELERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

Ücretler, çalışma koşulları ve sosyal güvenlik konularında “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılığa karşı savaşımlar mevzuatı, türevsel hukuk alanında 1970’li yılların

⁸⁷ Bkz. ve karşı.: Üçüncü Bölüm, s. 271-273.

ortalarından başlayarak oluşturulmuştur. ATAD, kararlarıyla bu mevzuata açıklık kazandırmıştır. Ancak, işlevi bununla sınırlı kalmamış; ayrımcılık karşıtı AB hukukunu, çoğu kez esin kaynağı olduğu ve öncelediği pozitif hukukun ötesinde daha da güçlendirmiştir. Cinsiyete dayalı ayrımcılık konusunda edinilen bu deneyim, 1990'lı yılların ortalarında, başka alanlarda ve başka nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı da savaşım verilmesi ve kişilerin bu tür farklı davranışlara karşı da korunması konusunda bir oydaşma sağlanmasına yol açmıştır. Böylece, 1997'de Amsterdam Antlaşması ile, antlaşmasal düzeyde daha kapsamlı bir düzenlemeye olanak veren kural (m. 13) konulmuştur.

Amsterdam Antlaşması'nın ayrımcılığa karşı savaşım alanlarını genişleten 13. maddesinin yürürlüğe girmesinden kısa sayılabilecek bir süre sonra, 29 Haziran 2000 ve 27 Kasım 2000 tarihlerinde sırasıyla 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin kabul edilmesiyle, AB'nin bu alandaki çabaları yeni ve önemli bir evreye ulaşmıştır. Hukuksal dayanağını 13. maddeden alan yönergeler, bu maddenin uygulamaya konulması amacının gerçekleştirilmesinde önemli bir adımdır.

“Ayrımcılığın tüm biçimlerinin yokluğu” olarak tanımlanan eşit işlem ilkesi konusundaki düzenlemeler ve düzenleme girişimleri, aşağıda görüleceği gibi, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerden sonra da sürmüştür.

A. AYRIMCILIK YASAĞI YÖNERGELERİ

ÖNCESİNDEKİ DÜZENLEMELER

Antlaşmasal dayanağı bulunan kadınlar ve erkekler arasında ücret eşitliği ilkesi alanındaki ilk *türevsel hukuk düzenlemeleri*, 1974 tarihli ilk Topluluk sosyal eylem programının ardından⁸⁸ ve bu programın “dümen suyunda” kabul edilmiştir. Ancak, 119. maddeyi tamamlayan yönergelerin dayanağının, Roma Antlaşması'nın, Topluluğun yararı (çıkartı) tartışma konusu olduğunda bir genel yetki tanıyan 100. ve 235. maddeleri olduğunu belirtmek gerekir.⁸⁹ Söz konusu yönergeler, özellikle ve aynı zamanda istihdam, mesleki eğitim, mesleki ilerleme ve çalışma koşulları ile sosyal koruma (yasal / zorunlu ve mesleki / özel sosyal güvenlik) alanlarında ücret eşitliği ve işlem eşitliği konularına ilişkili ve “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılıklara karşı koruma öngörüyordu. Ortak amaç, kısaca “ayrımcılıkların yokluğu” biçiminde tanımlanan cinsiyetlerarası eşit işlem ilkesinin, sosyal politikanın çeşitli alanlarında uygulamaya konulması idi.

2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler öncesinde kabul edilen işlem eşitliği yönergelerinin üye devletler için öngördüğü yükümlülükler, özetle şunlardır: Eşitlik ilkesine aykırı tüm kuralların her türlü mevzuattan ayıklanması, etkili bir yargı-

⁸⁸ 1974 programı konusunda bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, s. 156-157.

⁸⁹ Francis Kessler / Jean-Philippe Lhernould, **a.g.y.**, s. 115.

sal başvuru yolunun güvenceye alınması, çalışanlara hakları konusunda bilgi verilmesi, çalışanların işverenlerin yıldırma (misilleme) önlemlerine karşı korunması.⁹⁰

Ücret eşitliği ilkesi, Roma Antlaşması'ndan on sekiz yıl sonra kabul edilen 75/117 sayılı ve 10 Şubat 1975 tarihli yönergeden başlayarak, izleyen yıllarda çıkarılan başka yönergelerle kapsamını genişletecek biçimde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.⁹¹

Öngördükleri neden ve konular ile sınırlı olmak üzere, yaptıkları tanımlarda ayrımcılık yasağını da açıkça içeren ücret ve işlem eşitliği ilkelerine işlerlik kazandırmayı amaçlayan türevsel Topluluk düzenlemelerinden kimilerini,⁹² bu yönlerine vurgu yaparak özetlemekte yarar vardır.⁹³ Böylece, Topluluğun ayrımcılık karşı-

⁹⁰ Ingeborg Heide, **a.g.m.**, s. 428.

⁹¹ Bu konudaki tüm Topluluk düzenlemelerinin derlendiği şu yeni kaynağa bakılabilir: Commission européenne, Emploi et affaires sociales, **Egalité entre les femmes et les hommes, Textes communautaires**, Manuscrit terminé en septembre 2005, Communautés européennes, Luxembourg, 2006.

⁹² Bu başlık altında, eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasıyla ilgili olmayan, metninde ve gerekçelerinde bu konuya değinmeyen **92/85 sayılı ve 19 Ekim 1992 tarihli yönergeye** yer verilmemiştir.

Bu yönerge kısaca; gebe (hamile), doğum yapmış (loğusa) yada emzikli kadın çalışanların güvenlik ve sağlığının iyileştirilmesini geliştirmeye yönelik önlemlerin uygulamaya konulmasıyla ilgilidir. 89/391 sayılı yönergenin madde 16/1 kuralı anlamında kabul edilmiş onuncu özel yönergedir. Antlaşma'nın 118 A maddesine dayanılarak kabul edilen bu yönerge, sağlık ve güvenlik alanında "çerçeve yönerge"dir ve analık iznini (aralıksız 14 hafta) ve bu izin süresince, statüsü ne olursa olsun tüm kadın çalışanlar için güvenceye alınmış "uygun" ücretin sürdürülmesini öngörmüştür.

TBMM komisyonlarında bekletilen "*Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*" ile, genel gerekçesinde de açıklandığı gibi, 92/85 sayılı yönergenin yanı sıra, 96/34 sayılı yönergeye -ve kimi uluslararası sözleşmelere- uyum sağlayıcı değişiklikler getirilmesi öngörülmektedir.

İş Yasası'nın 74. maddesinin 5. fıkrasında yapılması öngörülen değişiklikle, "ebeveyn izni müessesesi kurularak bu Kanuna tabi çalışan anne ve babanın ücretsiz izin hakkını ayrı ayrı kullanabilmeleri, bu süreyi *eşlerin talebi* halinde birbirini izleyen iki dönem halinde kullanabilme ve kadın işçi veya eşinin istekleri halinde ücretsiz izin süresini(n) on iki aya kadar uzatılabilmesi imkanı, altıncı fıkra değişikliği ile (de) süt izinleri konusunda işçi ve *memur* kadınlara paralel düzenleme getirilm(esi)" öngörülmektedir.

14 Ocak 2005 tarihinde TBMM'ye sunulan, ancak önceki yasama döneminde çıkarılmamış olması nedeniyle dört yıl sonra 24 Ocak 2008'de aynen yenilenen ve 6 Şubat 2008 tarihinde esas ve tali komisyonlara gelebilen, "tali" komisyon Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nun raporunu verdiği, buna karşılık tali komisyon Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu ile esas komisyon Plan ve Bütçe Komisyonu'nun raporlarını vermediği 1/510 Esas sayılı bu tasarı metni için bkz:

<http://www.basbakanlik.gov.tr/sour.ce/index.asp?wpg=detay&did=basbakanlik.783558>;
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=6079.

⁹³ Bu yönergeler (kimileri) konusunda genel bilgi için, örneğin ayrıca bkz.: Ercüment Tezcan, **a.g.m.**, s. 175-184; Nurhan Süral, **Avrupa Topluluğunun Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliğine**

tı hukukunun, 1975'ten 2000'li yıllara değin uzanan çeyrek yüzyıllık dönemdeki, hatta Komisyon'un 2008 ortalarında sunduğu yeni yönerge önerisi de göz önüne alınırsa, daha uzun bir zaman kesitindeki evriminin başlıca aşamaları ortaya konulabilecektir.

Bu başlık altında, eşit işlem ve ayrımcılık yasağına ilişkin kurallarıyla sınırlı olmak üzere, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler öncesindeki türevsel düzenlemelerin yanı sıra, sektörlerarası sözleşmesel sosyal diyalogun ürünleri olan ve hiçbir değişiklik yapılmaksızın Konsey'ce yönergeye dönüştürülerek yürürlüğe konulan üç "çerçeve anlaşma"ya da (ilk Avrupa toplu iş sözleşmelerine de) yer verilecektir. Çünkü, İş Yasası'nın 5. maddesinin gerekçesinde; "Ulusal Program da kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için", yürürlüğe girdiği belirtilen 75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378 sayılı cinsiyetlerarası eşit işlem yönergelerinin "bu hususta(ki) gerekli hükümlerin(in) İş Kanununa alınması(nın) gerekli ol(duğu)" belirtilmiştir. Ayrıca, İlerleme Raporlarında da, 2000 yönergelerinin yanı sıra, yasal (zorunlu) ve mesleki (özel) sosyal güvenlik sistemleriyle ilgili eşit işlem yönergelerine de uyum sağlanması gerektiğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla, bu yönergelere kısaca değinmekte yarar vardır.

1. Cinsiyetlerarası Eşit Ücret İlkesi: 75/117 Sayılı Yönerge

Kadın ve erkekler arasında ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin üye devletlerin mevzuatlarının yakınlaşmasıyla ilgili, 10 Şubat 1975 tarihli ve 75/117 sayılı yönerge,⁹⁴ 119. maddedeki ücret eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesinin, "**ortak pazarın kurulmasının ve işleyişinin ayrılmaz parçasını oluşturduğu**" göz önüne alınarak çıkarılmıştır. 1974 Sosyal Eylem Programı'nın ardından kabul edilmiş olmasına karşın, gerekçe bölümünün ilk sırasında yer alan bu açıklama, kanımca yönergenin birincil amacının "sosyal" değil "ekonomik" olduğunu, "sosyal"ın "ekonomik" olana bağlı ve bağımlı tutulduğunu ortaya koymaktadır.

Kamu ve özel kesimlerde uygulanabilen 75/117 sayılı yönerge, Roma Antlaşması'nın 100. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır.⁹⁵ Yönerge, erkek ve kadın işçiler (çalışanlar) arasında ücret eşitliği ilkesini tanımlarken, "aynı iş"ın yanı sıra, özdeş yada benzer olmayan, ancak kendisine aynı değer bağlanabilen işler anla-

Dair Düzenlemeleri ve Türkiye, T. C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, Eylül 2002, s. 80-102; Şükran Ertürk, **a.g.y.**, s. 101-119; Dilek Baybora, "Türkiye'de Çalışma Hayatında Kadın-Erkek Eşitliği", **Çimento İşveren**, Cilt 21, Sayı 2, Mart 2007, s. 38-57; Ertan İren, **Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu**, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 2008, 118-137.

⁹⁴ Commission européenne, **Egalité entre les femmes et les hommes**, **Textes communautaires**, s. 67-68.

⁹⁵ C. E. Landau, **a.g.m.**, s. 59.

mında “eşit değer bağlanabilen iş” kavramına da yollama yaptıktan sonra, bu ilkenin, “**cinsiyete dayalı her tür ayrımcılığın**”, ücretin tüm öğelerinden ve koşullarından kaldırılmasını içerdiğini belirtmiştir. Yönergeye göre, özellikle ücretlerin belirlenmesinde kullanılan mesleki sınıflandırma sisteminin, erkek ve kadın işçiler (çalışanlar) için ortak olan ölçütlere dayanması ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkları dışlayacak biçimde oluşturulması gerekir (m. 1/1 ve 2).

Yönergenin 3. maddesinde, üye devletler için, yasal, yürütmesel yada yönetsel kurallardan kaynaklanan ve “**ücret eşitliği ilkesine aykırı olan**” erkekler ve kadınlar arasındaki (yani cinsiyete dayalı) ayrımcılıkları kaldırma yükümlülüğü öngörmüştür. 4. maddesinde de, üye devletler için benzer bir yükümlülüğe yer veren yönerge, toplu iş sözleşmelerinde, ücret baremlerinde yada anlaşmalarında ve bireysel iş sözleşmelerinde yer alan ve “**ücret eşitliği ilkesine aykırı olan**” kuralların geçersiz sayılması yada değiştirilmesi için üye devletlerce gerekli önlemlerin alınmasını istemiştir.

Kanımcıca bu düzenlemelerde, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde olduğu gibi doğrudan ve açık bir tanım yapılmamış olsa da, “ücret eşitliği ilkesinin, cinsiyete dayalı ayrımcılığın bulunmaması” anlamına geldiği yaklaşımı benimsenmiş, hatta dolaylı bir tanım verilmiştir.

75/117 sayılı yönergenin daha sonraki yönergelerde yinelenen kurallardan biri, işverenin, işçilerin yakınmasına yada yargıya başvurmasına karşı tepki olarak başvurduğu tüm işten çıkarmalara karşı korunmaları amacıyla gerekli önlemlerin alınmasıdır (m. 5). Bir başkası da, yönergenin uygulanması için alınan ve daha önceden yürürlükte bulunan önlemlerin, işyerlerinde bilgilendirme gibi, uygun her yoldan işçilerin bilgisine sunulmasıdır (m. 7).

75/117 sayılı yönergenin 1. maddesi, 2006/54 sayılı ve 5 Temmuz 2006 tarihli yönergenin “her tür ayrımcılığın yasaklanması” başlıklı 4. maddesinde -herhangi bir ekleme yapılmaksızın- değişik bir anlatımla yinelenmiştir.

2. Belirli Konularda Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi:

76/207 Sayılı Yönerge

İstihdama (işe) girişe, mesleki eğitime ve işte ilerlemeye (yükselmeye) erişme ve çalışma koşulları konusunda kadın ve erkekler arasında eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarihli ve 76/207 sayılı yönerge,⁹⁶ “eşit işlem ilkesi”ni tanımlarken, “**işe alma**” aşamasını da kapsayan ayrımcılık yasağıyla doğrudan ve açık bir bağlantı kurmuştur. 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde olduğu gibi, bu yönerge anlamında **eşit işlem ilkesi**, annelik yada aile

⁹⁶ Commission européenne, **Egalité entre les femmes et les hommes, Textes communautaires**, s. 64-66. 76/207 sayılı yönerge konusunda ayrıntılı bilgi için, örneğin bkz.: Bernard Teyssié, **a.g.y.**, 2003, s. 247-266.

durumuna yollama yoluyla, ister doğrudan isterse dolaylı olsun, “**cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın yokluğunu içerir**” (m. 2/1). Ancak, yalnızca cinsiyete dayalı ayrımcılıklara ilişkin olan yönerge, örneğin özellikle gebelik ve analık konusunda, kadının korunmasına ilişkin kurallara engel olmaz (m. 2/3). İşlem eşitliği tanımını 3. ve 5. maddelerinde de yineleyen yönerge, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarını tanımlamamıştır. Bu tanımlar, 2002/73 sayılı yönergede yer alacaktır.

Hukuksal dayanağını RA'nın 235. maddesinden alan ve eşit işlem ilkesinin uygulama alanını 119. maddedeki “ücret” sorununu aşarak genişleten 76/207 sayılı yönerge,⁹⁷ *olumlu ayrımcılık* ile ilgili olarak, özellikle uygulama alanına giren konularda kadınların fırsat eşitliğini etkileyen “olgusal (fiili) eşitsizlikler”e çözüm getirerek, erkekler ve kadınlar arasında fırsat eşitliğini geliştirmeye yönelik önlemler alınmasına engel olmadığını belirtmiştir (m. 2/4). Yukarıda görüldüğü gibi, Antlaşmalara daha sonra yazılan bu kural, Topluluk hukukunda cinsiyetlerarası olgusal eşitsizliklere karşı olumlu eylem önlemleri alınmasına olanak veren ilk düzenleme olma özelliği taşır.

76/207 sayılı yönerge, saydığı konuların yanı sıra, eşit işlem ilkesinin “sosyal güvenlik alanında” da *aşamalı* biçimde uygulamaya konulmasını sağlamak ereğiyle, içerik, kapsam ve uygulama koşullarının açıklanacağı kurallarla, Konsey’ce belirlenmesini öngörmüştür (m. 1/2).

Cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı öngördüğü konuların her biri konusunda üye devletlerce alınması gereken önlemleri (kısaca belirtmek gerekirse, işlem eşitliği ilkesine aykırı yasal, yürütmesel ve yönetsel nitelikli kuralları kaldırma, geçersiz sayma ve gözden geçirme olarak sıralayan (m. 3, 4, 5) bu yönerge de, 75/117 sayılı yönergede olduğu gibi mağdurların başvuru hakkı, işçilerin işveren tepkisine karşı korunması ve alınan önlemlerin işçilerin bilgisine sunulması konularında benzer düzenlemeler yapmıştır (m. 6, 7, 8).

Yönergenin yasakladığı ve üye devletlerce önlemler alınmasını istediği cinsiyete dayalı ayrımcılık konuları arasında çalışma koşulları da bulunmaktadır. İşlem eşitliği ilkesinin, *işten çıkarma* koşullarını da kapsamak üzere, çalışma koşulları alanında uygulanması, cinsiyete dayalı hiçbir ayırım gözetilmeksizin, erkekler ve kadınlar için aynı koşulların sağlanmasını içerir (m. 5/1). Bu yasak, iş sözleşmesinin örneğin belirli yada belirsiz, tam yada kısmi süreli olması yönlerinden fark gözetilmesine olanak vermez; öngörülen güvence, esnek çalışma biçimleri için de geçerlidir.

76/207 sayılı yönergenin bu kuralları, aşağıda görüleceği gibi, önce 2002/73 sayılı yönergeyle büyük ölçüde değiştirilmiş ve ardından da, Adalet Divanı karar-

⁹⁷ Claire Aubin / Benjamin Joly, *a.g.m.*, s. 1296; C. E. Landau, *a.g.m.*, s. 60.

ları doğrultusunda yeni kurallar ekleyen ve dört yönergeyi biraraya getiren (birleştiren, tekleştiren) 2006/54 sayılı yönergeyle gözden geçirilmiştir. 2002/73 sayılı yönergenin yaptığı eklemelerden biri (m. 8bis), aşağıda görüleceği üzere, 2000/43 sayılı yönergede öngörülen eşitliği geliştirme birim yada birimleri oluşturulmasıyla ilgilidir.

AT Adalet Divanı, 76/207 sayılı yönergenin -2002/73 sayılı yönerge ile değiştirilmesinden önceki- olumlu ayrımcılığa ilişkin kuralı konusunda 1995, 1997 ve 2000 yıllarında verdiği çeşitli kararlarda, giderek genişleyen bir yaklaşım benimsemiştir.

Divan, 17 Kasım 1995 tarihli ilk kararında (*Kalanke*),⁹⁸ madde 2/4 kuralını dar yorumlamış; bunun açık ve sınırlı amacının, görünürde ayrımcı olmakla birlikte, sosyal yaşamın gerçekliği içinde bulunabilen (görülebilin) eylemli eşitsizlikleri kaldırmaya yada azaltmaya yönelik önlemlere olanak tanımak olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla madde 2/4'teki kural, örneğin bir atama yada yükselme sırasında, fırsat eşitliğini geliştirmenin ötesinde, kadınlara *mutlak ve koşulsuz bir önceliği* güvenceye alan bir ulusal düzenlemenin meşrulaştırılmasının gerekçesi olamaz. Başka bir deyişle, *sonuç eşitliğini fırsat eşitliğinin yerine koyan bir sistem* (ulusal düzenleme) yönergeye aykırıdır.⁹⁹

Adalet Divanı, 11 Kasım 1997 tarihli ikinci kararında da (*Marschall*),¹⁰⁰ temelde bu görüşünü yinelemiştir. Divan; yükselme konusunda, yetenek eşitliği durumunda, sayıları erkeklerden daha az olduğu zaman, kadınlara öncelik tanıyan bir ulusal düzenlemenin yönerge karşısında yasallığını kabul etmiştir. İlk karardan farklı olarak, bu düzenlemede öngörülen ve özel koşulları göz önünde bulundurma olanağı tanıyan "*açıklık kaydı*"na göre, bir adayın kişiliğine ilişkin gerekçelerin, teraziyi gene de kendi lehine çevirmesi olanaklıydı ve bu da, önlemin otomatikliğini ortadan kaldırıyordu. Divan'ın bu *somut eşitlik* yaklaşımı için aradığı iki koşul vardı: İlk olarak ulusal kuralın; kadın adaylara eşit nitelikleri bulunan erkek adaylara, adayların kişiliğine ilişkin tüm ölçütleri göz önünde bulundurarak *adaylıkların nesnel bir değerlendirme* konusu olması konusunda güvence vermesi ve bu ölçütlerden birinin yada birçoğunun dengeyi erkek aday lehine çevirdiği zaman da, kadın adaylara tanınan önceliği kaldırması gerekir. Divan'ın aradığı ikinci koşul da, adayların kişiliğine ilişkin ölçütlerin kadınlar için ayrımcı olmasıdır. Ancak Divan, bu ölçütlerin neler olduğu konusunda ayrıntılı açıklama yapmamıştır.¹⁰¹

⁹⁸ CJCE, arrêt du 17 novembre 1995, *Kalanke*, C-450/93, Recueil, s. I-3051 ve 3069.

⁹⁹ Katell Berthou, **a.g.m.**, s. 902; Sean Van Raepenbusch, **a.g.m.**, s. 757; Denis Matin, **a.g.y.**, s. 165.

¹⁰⁰ CJCE, Arrêt du 11 novembre 1997, C-409/95, Hellmut Marschall et Land Nordrhein-Westfalen (Recueil, s. I-6363).

¹⁰¹ Katell Berthou, **a.g.m.**, s. 902-904; Sean Van Raepenbusch, **a.g.m.**, s. 757.

Adalet Divanı, olumlu ayrımcılıklar konusundaki 28 Mart 2000 tarihli üçüncü kararında (*Badeck*),¹⁰² daha geniş bir yaklaşım benimsemiş ve bu eylemlerin orantılılığına vurgu yapan bir dizi koşul öngörmüştür. Divan'a göre yapılan ulusal düzenleme, çalışma evrenine girmelerini ve kariyerlerini kolaylaştırmak için nitelikli kadınlara ek olanaklar sunma amacı taşımaktadır. Niteliklerin eşitliği durumunda, nitelikli kadınların hizmete (işe) alınma görüşmelerine çağrılmaları için onlara güvence vermiştir ve bu da, yönergenin madde 2/4 kuralı anlamında erkekler ve kadınlar arasında fırsat eşitliğini geliştirme amacı taşımaktadır (parag. 60-63). Divan'a göre 76/207 sayılı yönerge, kadınların daha düşük oranda temsil edildiği kamu görevi sektörlerinde, ayrı cinsiyetlerden adaylar arasında eşit nitelikler durumunda, kadınların geliştirilmesi planının hedeflerine saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli olduğu zaman, kadın adaylara öncelik tanıyan bir ulusal düzenlemeye karşı değildir. Meğer ki, hukuksal planda, üstün önemi olan bir gerekçe -örneğin engel- buna karşı olmasın. Ayrıca, -önceki kararlarında da belirttiği gibi- söz konusu düzenlemenin; adaylıkların, tüm adayların kişisel nitelikli özel durumlarını göz önünde bulunduran nesnel bir değerlendirme konusu olmasının güvenceye alınması koşulunu da yerine getirmesi gerekir (parag. 68).

Badeck kararının ardından, ATAD içtihadını göz önüne alan Komisyon yasa- ma girişiminde bulunarak, 76/207 sayılı yönergenin özellikle madde 2/4 kuralı- nı değiştirmek amacıyla 7 Haziran 2000 tarihinde bir yönerge önerisi kabul etmiş ve Konsey de bu öneriyi -aşağıda incelenen- 2002/73 sayılı yönerge olarak kabul etmiştir.

Öte yandan Adalet Divanı, ikisi de 4 Ekim 2001 tarihli olan iki kararında (*Jimenez Melgar ve Tele Danmark*); bir kadın işçiyi (çalışanı) gebelik nedeniyle iş- ten çıkarma yasağının belirli süreli iş sözleşmelerine de uygulanacağını belirtmiş- tir. Divan'a göre, 76/207 ve 92/85 sayılı yönergeler (sırasıyla m. 5/1 ve m. 10); gebe, doğum yapmış yada emzikli kadın işçilerin işten çıkarılması yasağı konusun- da iş ilişkisinin süresine göre hiçbir ayırım gözetmemiştir ve Topluluk yasa koyu- cusu isteseydi bunu açıkça yapabilirdi. 92/85 sayılı yönergenin 10. maddesinde- ki işten çıkarma yasağı, belirsiz süreli iş sözleşmeleri gibi belirli süreli de kap- sar. İşverenin gebeliğe bağlı devamsızlık nedeniyle uğradığı ekonomik zararın ni- teliği ve kapsamı (yaygınlığı) ne olursa olsun, gebelik nedeniyle bir kadın işçinin işten çıkarılması "doğrudan ayrımcılık" oluşturur. İş sözleşmesinin belirsiz yada belirli süreli olmasının, işten çıkarmanın ayrımcı niteliği üzerinde etkisi yoktur. Ancak Divan, bir başka kararında (*Hertz*), kadın işçinin, kökeni gebelikte yada doğum yapmış olmakta bulunmayan (gebelikten ileri gelmeyen) yinelenen hasta- lık izinleri nedeniyle işten çıkarılmasının, benzer hastalık izinlerinin bir erkek işçi-

¹⁰² CJCE, arrêt du 28 mars 2000, C-158/97, Georg Badeck e.a., c. Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen.

nin de aynı koşullarda işten çıkarılmasına neden olması ölçüsünde, cinsiyete dayalı bir doğrudan ayrımcılık oluşturmadığını belirtmiştir. ¹⁰³

3. Sosyal Güvenlikte Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi:

79/7 Sayılı Yönerge

Konsey, 76/207 sayılı yönergede öngörülen düzenlemeyi, sosyal güvenlik alanında erkekler ve kadınlar arasında eşit işlem ilkesinin aşamalı olarak uygulamaya konulmasına ilişkin, 19 Aralık 1978 tarihli ve 79/7 sayılı yönerge ile gerçekleştirmiştir. ¹⁰⁴

Eşit işlem ilkesine yasal (zorunlu) sosyal güvenlik rejimlerinde işlerlik kazandırmayı amaçlayan ve dolayısıyla *özel sosyal güvenlik rejimlerini kapsamayan* 79/7 sayılı yönerge; hastalık, sakatlık, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı ve işsizlik risklerine karşı koruma sağlayan yasal rejimler ile bu yasal rejimleri tamamlayıcı olduğu ölçüde sosyal yardım ile ilgili kurallara uygulanır (m. 3/1, a ve b).

79/7 sayılı yönerge, eşit işlem ilkesini “ayrımcılık yokluğu” anlamında, aynı yaklaşımla tanımlamıştır. Bu yönerge anlamında **eşit işlem ilkesi**, annelik ya da aile durumuna yollama yoluyla, ister doğrudan isterse dolaylı olsun, “**cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın yokluğunu içerir**” (m. 4/1). Özellikle belirttiği kimi konulardaki ayrımcılık yokluğunu da tanım kapsamına alan yönerge, örneğin “yaşlılık ve emeklilik yaşının saptanması” gibi bazı konuların uygulama alanı dışında bırakılabileceğini kabul etmiştir (m. 7).

79/7 sayılı yönerge, üye devletler için, eşit işlem ilkesinin uygulanmamasından zarar gören kişilere yargısal başvuru yoluyla haklarını aramasına olanak veren önlemler alma yükümlülüğü öngörmüştür (m. 6).

2006/54 sayılı yönergeyle oluşturulan eşit işlem ve ayrımcılık yasağı hukukunun “zorunlu çekirdeği”, yasal sosyal güvenlik rejimlerini kapsamamaktadır. ¹⁰⁵

4. Özel Sosyal Güvenlik Rejimlerinde

Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi: 86/378 Sayılı Yönerge:

Özel (mesleki) sosyal güvenlik rejimlerinde ¹⁰⁶ erkekler ve kadınlar arasında eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin 86/378 sayılı ve 24 Temmuz

¹⁰³ Sean Van Raepenbusch, **a.g.m.**, s. 761; Katell Berthou, **a.g.m.**, s. 904-908. Ayrıca, bu yönerge konusunda Divan'ın başka kararlarının değerlendirilmesi için örneğin bkz.: Ercüment Tezcan, **a.g.m.**, s. 192-196; Nurhan Süral, **a.g.y.**, s. 87-90.

¹⁰⁴ Commission européenne, **Egalité entre les femmes et les hommes, Textes communautaires**, s. 62-63.

¹⁰⁵ Marie-Thérèse Lanquetin, **a.g.m.**, s. 865.

¹⁰⁶ “Mesleki (profesyonel) -özel- sosyal güvenlik rejim” terimi şöyle tanımlanmaktadır:

“Bir işletme ya da işletmeler grubu, ekonomik bir işkolu ya da mesleki yahut mesleklerarası sektör çerçevesinde biraraya gelen ücretli ya da bağımsız çalışanlara, bu rejimlere katılma ister zorunlu isterse isteğe bağlı olsun, yasal sosyal güvenlik rejimlerinin ödemelerini tamamlamaya yönelik ödemeler sağlama amacı taşıyan rejimler.”

(<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10908.htm>, erişim: 11.11.2008).

1986 tarihli yönerge, ¹⁰⁷ 79/7 sayılı yönergeyi tamamlamıştır. “Özel sosyal güvenlik rejimi”, 79/7 sayılı yönergenin kapsamı dışında kalan ve, katılma ister zorunlu ister isteğe bağlı olsun, yasal (zorunlu) sosyal güvenlik rejimlerini tamamlamaya yada onların yerini almaya yönelik yardımlar sağlamayı amaçlayan rejimler anlamına gelir (m. 2/1).

Hastalık, sakatlık, erken emeklilik durumlarını da kapsamak üzere yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı ve işsizlik risklerine karşı koruma sağlayan “özel” sosyal güvenlik rejimlerine uygulanan (m. 4/a) bu yönerge, eşit işlem ilkesi konusunda 79/7 sayılı yönergenin cinsiyete dayanan ayrımcılık yasağı içeren tanımını (m. 5/1) ve üye devletlerin yükümlülükleri (m. 7 ve 8) ile başvuru yolları (m. 10) ve işverenin misilleme olarak işçiyi işten çıkarmasına karşı korunması (m. 11) konularındaki kurallarını yinelemiştir.

Bu yönergede, Divan’ın, *mesleksel (özel) emeklilik ödeneklerini Antlaşma’nın 141. maddesi anlamında “ücret”* sayan 17 Mayıs 1990 tarihli *Barber* kararından sonra, ¹⁰⁸ aşağıda değinilen 96/97 sayılı ve 20.12.1996 tarihli yönergeyle önemli değişiklikler yapılmıştır. 2006/54 sayılı yönerge ise, bu iki yönergeyi kapsamlı biçimde gözden geçirip, madde başlıkları ve kimi yeni kurallar ekleyerek, daha sistemli biçimde düzenlemiştir.

5. Bağımsız Çalışmada Cinsiyetlerarası

Eşit İşlem İlkesi: 86/613 Sayılı Yönerge:

Kadınlar ve erkekler arasındaki işlem eşitliği ilkesinin, tarım kesimini de kapsamak üzere bağımsız çalışma yapan erkek ve kadınlara uygulanmasını öngören 86/613 sayılı yönerge, ¹⁰⁹ 11 Aralık 1986 tarihinde kabul edilmiştir.

Yönerge, 76/207 ve 79/7 sayılı yönergelerin kapsamadığı “kendi adına kazanç (gelir) sağlayıcı bir etkinlik yapan (m. 2/a) “bağımsız” çalışanlar ve katkıda bulunanlar (eşler) için eşit işlem ilkesinin uygulama alanını genişletmiş (m. 1) ve eşit işlemin, cinsiyete dayalı ayrımcılık yokluğu anlamındaki yerleşik tanımını yinelemiştir (m. 3).

2006/54 sayılı yönerge, ileride değinileceği gibi, ücretli ve bağımsız çalışanların özel sosyal güvenlik rejimlerini de kapsamak üzere ücretler sorununu da uygulama alanı içine aldığından, bağımsız çalışmaya da uygulanır. Bu nedenle de, 86/613 sayılı yönergenin içeriğinin kısmen boşaltıldığı belirtilmektedir. ¹¹⁰

¹⁰⁷ Commission européenne, **Egalité entre les femmes et les hommes, Textes communautaires**, s. 59-61.

¹⁰⁸ CJCE, *Affaire C-262/88, Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, arrêt du 17 mai 1990.

¹⁰⁹ **Journal officiel des Communautés européennes**, No L 359, 19/12/1986, s. 56-58.

¹¹⁰ Marie-Thérèse Lanquetin,, **a.g.m.**, s. 864.

6. Anne-Baba İzni Çerçeve Anlaşması: 96/34 Sayılı Yönerge

Avrupa sosyal ortaklarının (Avrupa Sendikalar Konfederasyonu, Avrupa Sanayi ve İşveren Konfederasyonları Birliği¹¹¹ ve Kamu İşletmeleri Avrupa Merkezi'nin), 31 Ekim 1991'de imzaladıkları "Sosyal Politika Anlaşması'nın öncülü olan" anlaşmanın¹¹² AT Antlaşması'nın eklerinden biri olan Sosyal Politika Protokolü'ndeki 11'ler Anlaşması'na¹¹³ konulmasının -ve 1997'de de Amsterdam Antlaşması'yla bütünleştirilmesinin- en önemli sonuçlarından biri, sosyal ortakların sosyal politika alanında Topluluk karar sürecine katılması olmuştur.

Kurumsallaşan sektörlerarası sosyal diyalogun (sözleşmesel toplu pazarlığın) sonucu olarak 14 Aralık 1995'te imzalanan ilk çerçeve anlaşma ile anne-baba izni düzenlenmiştir. Başlangıçta belirtildiği gibi, sosyal ortakların, çalışma ve aile yaşamını uzlaştırmanın ve "erkekler ile kadınlar arasında fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmenin önemli bir aracı" olarak imzaladıkları bu ilk "Avrupa toplu sözleşmesi", onların ortak isteği üzerine, Konsey'in 3 Haziran 1996 tarihli ve 96/34 sayılı yönergesiyle yürürlüğe konularak Topluluk düzeyinde zorunlu hale getirilmiştir.¹¹⁴

Çerçeve anlaşmanın Başlangıcında, 1989 Topluluk Şartı'nın işlem eşitliğine ilişkin 16. maddesi ile Konsey'in 6 Aralık 1994 tarihli kararına göndermede bulunulmuştur. Bu kararda; *etkili bir fırsat eşitliği politikasının*, çalışma sürelerinin daha iyi düzenlenmesine, daha büyük bir esnekliğe ve çalışma yaşamına daha kolay bir geri dönüşe olanak veren global ve bütünleştirilmiş bir stratejinin bulunmasını varsaydığı belirtiliyordu.

Asgari kurallar içeren çerçeve anlaşma (m. 1/1), her üye devlette yürürlükte olan yasal düzenlemeler, toplu sözleşmeler yada uygulamalarca tanımlanmış bir iş sözleşmesi yada bir iş ilişkisi bulunan tüm çalışanlara, erkeklere ve kadınlara, uygulanır (m. 1/2). Dolayısıyla, çerçeve anlaşmanın kişiler yönünden uygulama alanının belirlenmesinde, *cinsiyet temeline dayalı ayırım gözetilemez*. Ayrıca ve kuşkusuz, anne-baba izninden yararlanma konusunda, çalışanların statüsü, yerine getirdikleri iş yada hizmetin niteliği, iş yada hizmetin girdiği işkolu yada hizmet kolu, buldukları hiyerarşik düzey vb yönlerden de ayırım gözetilemez. Kaldı ki bu tür olası ayrımcı uygulamalar, öteki uluslararası sözleşmelerin de koruması altındadır.

¹¹¹ Avrupa Sanayi ve İşveren Konfederasyonları Birliği (UNICE), 2007'de adını değiştirerek, *Avrupa İşletmeler Konfederasyonu* (BUSINESSEURPE) olmuştur.

¹¹² Mesut Gülmez, *Avrupa Birliği ve Sosyal Politika*, 2008, s., 355-359.

¹¹³ SPP ve SPA'nın öngördüğü sözleşmesel sosyal diyalog konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, *Avrupa Birliği ve Sosyal Politika*, 2008, s. 363-376.

¹¹⁴ *Journal officiel des Communautés européennes*, No L 145, 19/06/1996, s. 4-9.

Topluluk hukukunun kadınlar ve erkekler arasındaki işlem eşitliği ilkesi ve Adalet Divanı'nın bu konudaki kararları ile bağdaştığı belirtilen ¹¹⁵ çerçeve anlaşma; anne-baba iznini, madde 2/2 saklı kalmak üzere, bir çocuğun doğması yada evlat edinilmesi nedeniyle, ¹¹⁶ bu çocuğa bakmak amacıyla, erkek yada kadın çalışanlara *bireysel bir hak* olarak tanımıştır. İznin süresi, üye devletler ve / yada sosyal ortaklarca belirlenecek, sekiz yaşına kadar gidebilen belirli bir yaşa değin (yani 0-8 yaşlarını kapsayan dönem içinde), en az üç aydır (m. 2/1). Madde 2/2'de ise, çerçeve anlaşmanın imzacı taraflarının, *kadınlar ile erkekler arasında fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmek amacıyla*, madde 2/1'de tanınan anne-baba izin hakkının, ilke olarak, *devredilemeyecek* biçimde verilmesi gerektiğini düşündükleri belirtilmiştir. Başka bir deyişle, anne-baba izin hakkı, insan hakları gibi, devredilemeyen bireysel bir haktır. ¹¹⁷

5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54 sayılı yönergenin “ortak” kuralları arasında yer alan kanıtlama yükümlülüğüne ilişkin 19. maddesinin ilk üç fıkrasındaki kurallar, cinsiyete dayalı ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda 96/34 sayılı yönergeye de uygulanır (m. 19/4).

7. Özel Sosyal Güvenlik Rejimlerinde

Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi: 96/97 Sayılı Yönerge:

Özel (mesleki) sosyal güvenlik rejimlerinde erkekler ve kadınlar arasında eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin 86/378 sayılı yönergeyi değiştiren 96/97 sayılı ve 20 Aralık 1996 tarihli yönerge, ¹¹⁸ Başlangıç (gerekçeler) bölü-

¹¹⁵ Pierre Rodière, *a.g.y.*, s. 485.

¹¹⁶ 14 Ocak 2005 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan, ancak dört yıl sonra 24 Ocak 2008'de değiştirilmeksizin “yenilenen” bir yasa tasarısı (*Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*) ile, 96/34 sayılı yönergeye uyum sağlayıcı kimi değişiklikler öngörülmektedir.

Dört yılı aşkın bir süreden beri bekletilen tasarının genel gerekçesinde açıklandığı gibi, 96/34 sayılı “direktif doğrultusunda doğum sonrası çocuk bakımı için verilen ücretli ve ücretsiz izin hakkından sadece doğum halinde değil, *0-2 yaş grubunda bir çocuğun evlat edinilmesi halinde* de kadın ve erkek çalışanların yararlanabilmeleri hususu” da tasarıda yer almaktadır. 4857 sayılı yasanın 74. maddesinin 1. fıkrasının sonuna eklenmesi öngörülen cümle ile, doğum yapan kadına verilen sekiz haftalık ücretli izin hakkının, evlat edinen kadın ve *erkeğe de* tanınması öngörülmektedir. Böylece, “işçi ve memur çalışanlar arasında var olan doğum izinlerine ilişkin ayırım kaldırılarak uluslararası platformlarda onaylanmış olan fırsat eşitliği ve muamele eşitliği prensibi de yerine getirilmi olacaktır.”

Tasarı metni ve gerekçeleri için bkz.:

<http://www.basbakanlik.gov.tr/sour.ce/index.asp?wpg=detay&did=basbakanlik.783558;>

[http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=6079.](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=6079)

¹¹⁷ Anne-baba izni çerçeve anlaşmasının hazırlık süreci ve öteki kuralları konusunda bkz.: Mesut Gülmez, *Avrupa Birliği ve Sosyal Politika*, 2008, s. 380-381; Nurhan Süral, *a.g.y.*, s. 98-100; Şükran Ertürk, *a.g.y.*, s. 116-118.

¹¹⁸ *Journal officiel des Communautés européennes*, No L 14, 20/01/1998, s. 6-8..

münde belirtilen Adalet Divanı kararlarından da anlaşıldığı gibi, geçen on yıl içinde oluşan içtihat hukukuna uyum sağlanması amacıyla kabul edilmiştir.

Örneğin, Adalet Divanı'nın 17 Mayıs 1990 tarihli *Barber kararında*, tüm mesleksel ödenek (yardım) biçimlerinin, 119. madde anlamında ücretin bir ögesini oluşturduğunun kabul edildiği anımsatılmıştır. Yine, 14 Aralık 1993 tarihli *Moroni kararında*; Divan'ın 119. maddeyi mesleksel (özel) sosyal güvenlik rejimlerinde erkekler ve kadınlar arasındaki tüm ayrımcılıkların, yalnızca emeklilik yaşının saptanması söz konusu olduğu zaman yada bir mesleksel ödeme (yardım) ekonomik nitelikli bir işten çıkarmanın telafi edilmesi yerine yapıldığı zaman değil, genel olarak yasaklandığı biçiminde yorumlandığı belirtilmiştir.

Yönergenin Başlangıcında, 119. maddenin “*doğrudan uygulanabilir*” nitelik taşıdığını ve ulusal yargı yerleri önünde, ister gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun, işverenlere karşı ileri sürülebileceğini anımsatan Konsey, “*hukuk güvenliği*”ni sağlamak için 86/378 sayılı yönergenin Barber kararının etkilediği kurallarının uyarlanması amacıyla değiştirilmesinin zorunlu olduğunu vurgulamıştır.

Böylece, türevsel pozitif hukuku önceleyen içtihat hukukuna uyum sağlanmış; 86/378 sayılı yönergenin, birçok maddesi (2, 3, 6, 8 ve 9. maddeleri) değiştirilmiş, 9. maddeye de bir ekleme (m. 9 bis) yapılmıştır.

Dolayısıyla, 86/378 sayılı yönergenin, işlem eşitliği ilkesinin uygulamaya konulması (m. 1), cinsiyete dayanan ayrımcılık yasağı içeren eşit işlem ilkesinin tanımı (m. 5/1), başvuru yolları (m. 10) ve işverenin misilleme olarak işçiyi işten çıkarmasına karşı korunması (m. 11) konularındaki kurallarında bir değişiklik söz konusu değildir.

2006/54 sayılı yönerge, bu yönergenin değişiklikler yaptığı 86/378 sayılı yönergeyi elden geçirip daha sistemli bir düzenleme yapmıştır.

8. Kanıtlama Yükümlülüğünün Kısmen Paylaşılması:

97/80 Sayılı Yönerge

Cinsiyete dayanan ayrımcılık durumlarında kanıtlama yükümlülüğüne ilişkin 97/80 sayılı ve 15.12.1997 tarihli yönerge, ¹¹⁹ nitelikli çoğunluk gerektiren Maastricht Antlaşması'nın eki olan Sosyal Politika Protokolü'ne dayanarak kabul edilmiştir. ¹²⁰

Bu yönerge, eşit işlem ilkesinin uygulanmasında üye devletlerce alınacak önlemlerin daha etkili olmasını güvenceye bağlamayı amaçlamıştır. Yönergeye göre bu ilke, ilkenin kendisi için uygulanmamasından zarar gören herkese, başka yetkili organlara başvurduktan sonra, yargısal yoldan haklarını ileri sürme olanağı tanımaktadır (m. 1).

¹¹⁹ *Journal officiel des Communautés européennes*, No L 46, 17/02/1997, s. 20-24.

¹²⁰ Marie-Thérèse Lanquetin, *a.g.m.*, s. 863.

Yönerge, kendi kapsamı açısından, eşit işlem ilkesinin, ister doğrudan isterse dolaylı olsun, cinsiyete dayalı her tür ayrımcılığın yokluğunu içerdiği anlamına geldiğini bir kez daha yinelemiştir (m. 2/1). 97/80 sayılı yönerge, ayrımcılığın “dolaylı” olması ölçüsünde ayrımcılık kanıtının o denli zorlaştığını belirterek (parag. 19), Adalet Divanı’nın kararları doğrultusunda “**dolaylı ayrımcılık**” kavramını şöyle tanımlamıştır (m. 2/2):

“Görünüşte yansız olan bir kural, ölçüt yada uygulama, bir cinsiyetten olan kişilerin açıkça daha yüksek bir oranını etkiliyorsa, dolaylı ayrımcılık vardır. Yeter ki bu kural, ölçüt yada uygulama, uygun ve gerekli olsun ve ilgililerin cinsiyetinden bağımsız olan nesnel etkenlerle haklı gösterilebilsin.”

Antlaşma’nın 119. maddesi ile 75/117 ve 76/207 sayılı yönergelerin ve cinsiyete dayalı ayrımcılık bulunduğu ölçüde, 92/85 ve 96/34 sayılı yönergelerin kapsadığı durumlara uygulanan yönerge (3/1, a), 4. maddesinde kanıtlama yükümlülüğünü düzenlemiştir. 97/80 sayılı yönergeden üç yıl sonra kabul edilen 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin esinlendiği ve alıntılıdığı bu düzenleme şöyledir: Bir kişi (davacı işçi), kendisi hakkında cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesine uyulmadığı kanısını taşıyorsa ve *doğrudan yada dolaylı bir ayrımcılığın bulunduğu varsayma olanağı veren olguları yargı yada yetkili birim önünde ortaya koymuşsa*, işlem eşitliği ilkesinin çiğnenmediğini kanıtlama yükümlülüğü davalıya (işverene) düşer. Üye devletler, yargı sistemlerine uygun olarak, bunu sağlayıcı gerekli önlemleri alırlar (m. 4/1). Yönerge, üye devletlerce, davacı için daha elverişli bir rejim dayatılmasına engel değildir. Ayrıca üye devletlerin, olguları soruşturma görevinin yargıya yada yetkili birime düştüğü durumlarda 1. fıkrayı uygulamaması da olanaklıdır (m. 4/2 ve 3).

Yönergenin uygulanması için alınan önlemler ve bu konuda yürürlükte olan kurallar, üye devletlerce uygun biçimlerde ilgili her kişinin bilgisine sunulmalıdır (m. 5). 97/80 sayılı yönerge, “koruma düzeyinin korunması”na ilişkin 6. maddesinde, içerdiği kuralların üye devletlerce uygulamaya konulmasının, hiçbir durumda, kapsadığı alanlarda işçilerin genel korunma düzeyinde bir gerilemeyi haklı gösterme gerekçesi (yani daha ileri ulusal kuralları geri çekmenin, değiştirme yada uygulamaktan vazgeçmenin dayanağı) olamayacağını öngörmüştür.

Bu düzenlemenin, Adalet Divanı’nın 1980’li yıllardan başlayarak uygulamaya koyduğu kanıtlama rejimindeki değişikliğin ardından yapıldığını anımsatmak gerekir. Divan, **Jenkins / Kingsgate Ltd.** davasında verdiği 31 Mart 1981 tarihli kararında,¹²¹ ayrımcı uygulamayı yapana oranla bu konudaki bilgilere erişmesi daha güç olan mağdurlar için daha elverişli bir kanıtlama rejimi öngörmüştür.

¹²¹ CJCE, Affaire 96/80, RJ 1981, s. 911; Ingeborg Heide, **a.g.m.**, s. 439.

Birçok üye devletin bu konudaki hukuksal geleneğinden bir sapma anlamına gelen bu kararın ardından, kanıtlanma rejimindeki bu değişiklik 97/80 sayılı bu yönergenin özel konusunu oluşturmuştur. ¹²²

4857 sayılı İş Yasası'nın 5. maddesinin son fıkrasındaki kanıtlanma yükümlülüğüne ilişkin kural, madde gerekçesinde açıklandığı gibi, bu yönergeye "uyum sağlayan bir hüküm" olarak maddeye eklenmiştir. ¹²³

9. Kısmi Zaman Çalışma Çerçeve Anlaşması: 97/81 Sayılı Yönerge

Avrupa Birliği'nde "her geçen yıl daha fazla önem ve yoğunluk kazanan" ¹²⁴ esnek çalışma biçimlerinden **kısmi zaman çalışmayı** düzenleyen 97/81 sayılı ve 15 Aralık 1997 tarihli yönerge, ¹²⁵ sosyal ortakların, anne-baba izninden sonra, 6 Haziran 1997'de imzaladıkları ikinci çerçeve anlaşmayı yürürlüğe koymuştur.

Sosyal ortaklar, birincisi gibi Konsey'ce hiçbir değişiklik yapılmaksızın yönergeleştirilen bu çerçeve anlaşmanın hedeflerinden birinin, "kısmi zaman çalışanlara yönelik ayrımcılıkların kaldırılması amacıyla genel bir çerçeve oluşturma istenci" olduğunu belirtmişlerdir (parag. 11 ve Başlangıç). Bu hedef, çerçeve anlaşmanın 1. maddesinde de, "kısmi zaman çalışanlar hakkındaki ayrımcılıkların kaldırılmasını sağlamak" denilerek yinelenmiştir.

Çerçeve anlaşmanın "*ayırım gözetmeme ilkesi*" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında, istihdam koşullarıyla ilgili olmak üzere, kısmi zaman çalışanlara salt bu nedenle karşılaştırılabilir tam zamanlı çalışanlara oranla *daha elverişsiz davranılmaması* öngörülmüştür. Ancak 4. fıkrada, nesnel nedenlerin haklı gösterdiği farklı davranma (işlem) olanaklıdır. Sosyal ortaklara danıştıktan sonra, ulusal mevzuata, toplu sözleşmelere yada uygulamalara uygun olarak üye devletler ve / yada sosyal ortaklar, gerektiğinde, özel istihdam koşullarına erişmeyi kıdem süresine, iş süresine yada ücret koşullarına bağlı tutabilirler. Kısmi zaman çalışanların özel istihdam koşullarına erişme ölçütlerinin, 1. fıkradaki ayırım gözetmeme ilkesi göz önünde bulundurularak düzenli biçimde yeniden incelenmelidir.

"Kısmi zaman çalışma olanakları" başlıklı 5. maddede, 1. madde ile *kısmi zaman ve tam zaman çalışanlar arasında ayırım gözetmeme ilkesi bağlamında*, üye devletlerin ve sosyal ortakların, öngörülen koşullara uyararak, kısmi zaman çalışma olanaklarını sınırlandırabilen yada kaldıran hukuksal yada yönetsel nitelikli

¹²² Claude Aubin / Benjamin Joly, **a.g.m.**, s. 1297; C. E. Landau, **a.g.m.**, s. 65; Roger Blanpain / Jean-Claude Javillier, **Droit du travail communautaire**, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 1995, s. 217.

¹²³ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 613-614.

¹²⁴ Ahmet Selamoğlu / Kuvvet Lordoğlu, **a.g.y.**, s. 74.

¹²⁵ **Journal officiel de l'Union européenne**, No L 014, 20/01/1998, s. 9-14.

engelleri belirlemeleri ve incelemeleri gerektiği öngörülmüştür. Üye devletler bunu, sosyal ortaklara danıştıktan sonra ulusal düzenleme ve uygulamalara uygun olarak; sosyal ortaklar da, kendi yetki alanlarında kalarak ve toplu sözleşmelerde öngörülen yöntemlerle yerine getireceklerdir (m. 5/1, a ve b).

Kuralların yürürlüğe konulmasını düzenleyen 6. maddede, bu çerçeve anlaşmanın, daha özel nitelikli Topluluk kurallarına, özellikle de erkekler ve kadınlar arasında işlem ve fırsat eşitliğine ilişkin Topluluk kurallarına (düzenlemelerine) zarar vermediği belirtilmiştir (m. 6/4).¹²⁶

10. Belirli Süreli Çalışma Çerçeve Anlaşması:

99/70 Sayılı Yönerge

Avrupa sosyal ortakları, 18 Mart 1999'da, esnek çalışmanın bir başka türü olan belirli süreli çalışma konusunda üçüncü bir çerçeve anlaşma bağlatmıştır. 28 Haziran 1999 tarihli ve 99/70 sayılı yönerge,¹²⁷ öncekiler gibi bir değişiklik yapmaksızın ekine koyduğu bu çerçeve anlaşmaya bağlayıcılık kazandırmıştır.

Sosyal ortakların, "ayırım gözetmeme ilkesinin uygulanmasını güvenceye alarak belirli süreli çalışmanın niteliğini iyileştirme istencini ortaya koydukları bu çerçeve anlaşma (parag. 14),¹²⁸ Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden-SP Anlaşması'nı Antlaşma ile bütünleştirmesinden- sonra, madde 139/2'ye dayanarak imzalanmıştır. B. Krallık'la birlikte tüm üye devletleri kapsayan anlaşmada, belirli süreli sözleşmesi olan işçiler ile belirsiz süreli sözleşmesi olan işçiler arasında *ayırım gözetilmemesi* öngörülmüştür.

Yönerge ile eki çerçeve anlaşmanın Başlangıç bölümünde; bu anlaşmayla sosyal ortakların *belirli süreli çalışanları ayrımcılığa karşı koruyarak onlar için eşit işlem ilkesini sağlayan* genel bir çerçeve oluşturma isteklerini ortaya koydukları ve AB'de belirli süreli çalışanların yarısından çoğunun kadın olduğu¹²⁹ ve dolayısıyla bu anlaşmanın *fırsat eşitliğinin iyileştirilmesine* katkıda bulunacağı belirtilmiştir.

¹²⁶ Kısmi zaman çalışma çerçeve anlaşmasının öteki kuralları konusunda bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 381-383.

¹²⁷ **Journal officiel de l'Union européenne**, No L 175, 10/07/1999, s. 43-48.

¹²⁸ Belirli süreli çalışma çerçeve anlaşmasının tarihsel gelişimi, içeriği ve -aşağıda biri (Mangold) incelenen- Adalet Divanı'nın kararları konusunda bkz.: Ali Güzel – Emre Ertan, "İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, Sayı: 14, s. 405-407. Çerçeve anlaşmaya ilişkin ayrıntılı bir inceleme için, ayrıca bkz. Chrisophe Vigneau, "L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée", **Droit social**, No 11, novembre 1999, s. 928-937; Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 383-385.

¹²⁹ AB'de belirli süreli istihdamın sayısal boyutuyla ilgili irdeleme ve değerlendirmeler için bkz.: Ahmet Selamoğlu / Kuvvet Lordoğlu, **a.g.y.**, s. 78-80.

Anlaşmanın iki hedefinden birincisi, ayırım gözetmeme ilkesine saygı gösterilmesini sağlayarak belirli süreli çalışmanın niteliğini iyileştirmektir. İkinci hedefi de, birbirini izleyen (zincirleme) belirli süreli sözleşme yada iş ilişkilerinden kaynaklanan kötüye kullanmaları önleyecek bir çerçeve oluşturmaktır (m. 1).

Çerçeve anlaşma, uygulama alanını 2. maddesinde ve “belirli süreli çalışma” ile “karşılaştırılabilir belirsiz süreli çalışma” kavramlarını 3. maddesinde tanımladıktan sonra, 4. maddesinde “**ayrımcılık gözetmeme ilkesi**”ne yer vermiştir. Buna göre, istihdam koşulları ile ilgili olarak, belirli süreli çalışanlara, salt belirli süreli çalışıyor olmaları gerekçesiyle belirsiz süreli çalışanlara oranla daha az elverişli davranılmaması gerekir. Ancak, farklı işlemlerin nesnel nedenlerle haklılığının kanıtlanmasına da olanak verilmiştir.

Anlaşmaya göre işverenlerin işletme yada işyerindeki boş görevler konusunda, öteki çalışanlarla eşit biçimde sürekli görevlere geçebilmelerini sağlamak amacıyla, belirli süreli çalışanları bilgilendirmesi ve onların, mesleki yeteneklerini, kariyerlerinin ve mesleki hareketliliklerinin gelişmesini iyileştirmek için uygun eğitim olanaklarına erişmelerini kolaylaştırması zorunludur (m. 6).

Önceki çerçeve anlaşmalar gibi “asgari” nitelikli kurallar içeren bu anlaşma, daha özel nitelikli Topluluk düzenlemelerine, özellikle kadınlar ve erkekler arasındaki işlem ve fırsat eşitliğine ilişkin kurallara zarar vermez. Sosyal ortakların uygun düzeylerde ve Avrupa düzeyinde bu anlaşma kurallarını uyarlayan ve / yada tamamlayan anlaşmalar bağitlamalarına da engel olmaz (m. 8).¹³⁰ Adalet Divanı'nın 22 Kasım 2005 tarihli kararına göre, belirli süreli çerçeve anlaşmanın 8. maddesinin 3. fıkrasının şöyle yorumlanması gerekir: Bu kural, istihdamı geliştirme zorunluluğuna bağlı gerekçelerle ve bu çerçeve anlaşmanın yürürlüğe konulmasından bağımsız olarak, yaş indirimi yapan bir düzenlemeye karşı değildir. Bu yaşın ötesinde, kısıtlama olmaksızın belirli süreli iş sözleşmeleri imzalanabilir.¹³¹

B. İRK AYRIMCILIĞI VE İSTİHDAMDA AYRIMCILIK

YASAKLARI: 2000/43 VE 2000/78 SAYILI YÖNERGELER

13. maddenin 1997'de Amsterdam Antlaşması'na konulmasından ve 1 Mayıs 1999'da da yürürlüğe girmesinden sonra, Komisyon 1999 sonlarında bu maddenin uygulamaya aktarılmasını sağlamak amacıyla yönerge önerileri sunmuştur. Konsey de, 2000 yılının Temmuz ve Aralık aylarında 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeleri kabul ederek, ayrımcılık karşıtı Birlik mevzuatını güçlendirme ve hukuksal çerçeveyi tamamlama yolunda önemli bir adım atmıştır. Böylece, Roma Antlaşması'ndan beri varolan “yurttaşlık” ve “cinsiyet” temellerine dayanan ay-

¹³⁰ http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/sos-dial/fixe_fr.htm, erişim: 05.04.2002.

¹³¹ CJCE, Affaire C-144/04, Affaire C-144/04, Werner Mangold, contre Rüdiger Helm, La Cour (grande chambre), demande de décision préjudicielle, arrêt du 22 novembre 2005, parag. 79/1.

rımcılık nedenlerine, bu iki yönergede sayılanların eklenmesiyle pozitif korumanın kapsamı genişletilmiştir.

Cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık nedenlerinin tümünü kapsayarak birbirini tamamlayan ¹³² bu iki yönergede geçen çok sayıda tanım ve kavram, kadın ve erkekler arasında eşitliğe ilişkin mevzuat ile ATAD'ın bu alandaki içtihatlarında kökenlerini bulmaktadır. Tersine, kadın ve erkekler arasında eşitlik konusundaki Topluluk mevzuatının güçlendirilmesi de, bu iki yönergedeki kimi yeniliklerin kabul edilmesiyle gerçekleştirilmiştir. ¹³³ 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin getirdiği yenilik, temelde daha önceden varolan işlem eşitliği alanındaki Adalet Divanı kararlarıyla oluşturulan "Topluluk kazanımlarını genelleştirmiş", ¹³⁴ ve Topluluk türevsel hukukuna taşımış olmasıdır.

2000/43 ve 2000/78 yönergelerinin dayandığı temel ilke, tüm yurttaşlar hakkında işlem eşitliği ve yansızlıktır. Yönergelerde de açıklandığı gibi, bu ilke bir "özgürlük, güvenlik ve adalet alanı" geliştirmek isteyen Avrupa Birliği için temeldir. Yönergeler, ayrımcılığın; ATA'nın, özellikle yüksek bir istihdam ve sosyal koruma düzeyi, yaşam düzeyi ve niteliğinin yükseltilmesi, ekonomik ve sosyal uyum, dayanışma hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye koyabileceğini belirtmişlerdir (2000/43, Başlangıç/9; 2000/78, Başlangıç/11).

2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler, cinsiyete dayalı ayrımcılık konusunda kurallar içermemektedir. Çünkü 1957'den beri, Roma Antlaşması'nda kadın ve erkekler arasındaki ücret eşitsizliğini yasaklayan bir kural (m. 119) bulunuyordu. 1975'ten beri ise, bu konuda birçok yönerge kabul edilmiş ve ATAD da birçok karar vermişti.

2000 yönergelerinin, bir temel hak olarak THŞ'nin ve Adalet Divanı içtihatlarının koruduğu sözleşme özgürlüğü ilkesini ihlal edip etmediği sorunu konusunda şu saptamalar yapılabilir: Yönergeler, kimi istisnalara yer vermekle birlikte, öngördükleri nedenlere dayalı ayrımcılıkları yasaklamış olmaları nedeniyle, kötüye kullanılma olasılığına karşı sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Bu açıdan da, işlem eşitliği ilkesi ile sözleşme özgürlüğü ilkesini uzlaştırmıştır. ¹³⁵

Çok sayıda üye devlet, yönergeleri iç hukuka taşıma süresini (19 Temmuz 2003 ve 2 Aralık 2003) aşmıştır. Öte yandan, kimi üye devletler Topluluk mevzuatının öngördüğü asgari ölçütleri aşan düzenlemeler yapmışlardır. Örneğin, *istihdama bağlı olmayan alanlarda da*, din yada inanç, engel, yaş yada cinsel

¹³² Pierre Rodière, *a.g.y.*, s. 155.

¹³³ CE, *Livre vert*, s. 7.

¹³⁴ Pierre Rodière, *a.g.y.*, s. 156.

¹³⁵ http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/faq/faq16_fr.htm, erişim: 27.07.2007.

yönelim temellerine dayalı ayrımcılığı yasaklamışlardır. Birçok üye devlet, yalnızca cinsiyete dayalı ayrımcılığa değil aynı zamanda her iki yönergede belirtilen nedenlere dayalı ayrımcılıklara da uygulanan *tek bir hukuksal çerçeve* oluşturmuşlardır. Bir başka olumlu gözlem de şudur: Yönergelerin uygulandığı tüm ayrımcılık nedenlerini ele alıp değerlendirmekle yükümlü bir **eşitliği geliştirme birimleri** kurma eğilimi. Bu ulusal birimler, cinsiyete dayalı ayrımcılık ve 13. maddede öngörülen ayrımcılık biçimleriyle ilgilenmektedir. Komisyon, eşitliği geliştirme kurumlarıyla ilgili olarak, bu kurumların bağımsız olması, kaynaklarının bulunması ve gerekli yeteneklere sahip olması konularında kaygı duyduğunu belirtmiştir. ¹³⁶

Komisyon, aşağıda incelendiği gibi, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeleri, öngörülen süre içinde (sırasıyla 19 Haziran 2003 ve 2 Aralık 2003 tarihlerinde) ulusal hukuklarına taşımayan üye devletlere (Avusturya, Almanya, Finlandiya, Yunanistan ve Lüksemburg'a) karşı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na başvurmuştur.

Aday devletler, **üye olmadan önce** ayrımcılık yasağı getiren yönergeleri ulusal hukuklarına taşımak zorundadır. Nitekim, gerek ulusal programlarda, gerekse İlerleme Raporlarında ve Katılım Ortaklığı Belgelerinde, bu konudaki istek ve eleştiriler ortaya konmuştur. ¹³⁷

Ayrımcılığa karşı korumayı daha da güçlendirmek amacıyla üye devletlerce kabul edilecek yasal düzenlemelerde, *kanıtlama yükümlülüğünün* paylaşılması ilkesine yer verilecektir. ¹³⁸ Ayrımcılığa karşı korumaya “etkililik” ve “caydırıcılık” nitelikleri kazandırılması açısından önem taşıyan bu yükümlülük, bir işlem eşitsizliği ile karşılaştığını ve bundan mağdur olduğunu ileri süren kişi (işçi) ile kendisine karşı bu savla yakınmada bulunulan kişi (işveren) arasında paylaştırılmıştır. Önce yakınan tarafın, olayların bir işlem eşitsizliği (ayrımcılık) durumuna uyduğunu ve bu konuda başvuru yolu bulunduğunu kanıtlaması gerekir. Ayrımcılık yapmakla suçlanan kişinin ise, daha sonra, haksız ve ayırım gözetici bir biçimde davranmadığını yada böyle davranmasını gerektiren haklı nedenler bulunduğunu kanıtlaması gerekir.

Ayrımcılık nedeniyle yakınmada bulunan kişilerin misillemelere (yıldırma amaçlı tepkilere) karşı korunması da, hukuksal çerçevenin bir başka önemli ögesi- dir. Bu koruma sağlanmadıkça, işlem eşitliği hakkının kullanılması olanaksızdır. Tanıklar için bu koruma çok önemlidir. ¹³⁹

¹³⁶ CE, **Livre vert**, s. 8.

¹³⁷ Bkz.: Beşinci Bölüm, s. 485 vd., 510 vd.

¹³⁸ Ayrımcılıkların kanıtlanması konusunda bkz.: Marie-Ange Moreau, **a.g.m.**, s. 1112-1124.

¹³⁹ <http://www.stop.discrimination.info/index.php?id=479&type=98>, erişim: 23.04.2005.

1. Irk yada Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı:

2000/43 Sayılı Yönerge

Konsej'in, Antlaşma'nın 13. maddesine işlerlik kazandırmak amacıyla, 29 Haziran 2000 tarihinde oybirliğiyle kabul ettiği 2000/43 sayılı yönerge,¹⁴⁰ kişiler arasında ırk yada etnik köken ayrımı gözetmeksizin işlem eşitliği ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkindir. Geniş bir konu yelpazesi için bu nedenlere dayalı ayrımcılık yasağı öngören yönerge, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi'nde yayımlandığı 19 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m. 18).

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı'nın, üye devletlerdeki hukuksal durumla ilgili olarak verdiği bilgilere göre; 2000/43 sayılı yönerge öncesinde, bu devletlerin çoğunda konuya ilişkin kurallar vardı. Tüm üye devletler, BM'nin bu konudaki sözleşmesini onaylamıştı. Ancak, özellikle uygulama konusunda önemli farklılıklar da gözleniyordu. Üye devletlerden kimileri (örneğin Belçika, İrlanda, Hollanda, İsveç ve Birleşik Krallık), bu alandaki mevzuatı sistemli biçimde uygulamıştır. Kimileri (örneğin Avusturya, Danimarka, Fransa, Finlandiya, Yunanistan, İtalya ve Portekiz) ise, 1970 ve 1980 yıllarında ayrımcılığa karşı savaşım konusunda BM sözleşmesi bağlamında yasal düzenlemeler yapmış olmakla birlikte, bunları sistemli biçimde uygulamıyorlardı. Kimi üye devletler de (örneğin Çek Cumhuriyeti, Kıbrıs, Almanya, Macaristan, Estonya, İspanya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Polonya, Slovakya ve Slovenya), bu alana ilişkin yeterince ayrıntılı yasal düzenlemelerden yoksundu.¹⁴¹

Üye devletlerdeki ırk ayrımcılığı konusundaki bu durum, 2000/43 sayılı yönergenin üye devletlerce iç hukuka aktarılmasından doğan yükümlülüğün hem kapsamının ve hem de rolünün devletten devlete değişebileceğini de ortaya koymaktadır.

a. Yönergenin Ulusal Hukuka Aktarılması

Yönergenin ulusal hukuka aktarılması, yasal ve sözleşmesel olmak üzere iki yoldan gerçekleştirilebilir. İç hukuka aktarmada seçilecek yöntem yönünden bir sınırlandırma yoktur. Yönergenin 16. maddesi uyarınca, en geç üç yıl sonra 19 Temmuz 2003'te, üye devletlerce kabul edilecek gerekli yasal, yürütmesel ve yönetsel kurullarla ulusal hukuka aktarılması öngörülmüştür. Üye devletlerin, ortak istekleri üzerine, yönergenin uygulamaya konulmasını sosyal ortaklara bırakmaları da olanaklıdır. Bu durumda, üye devletlerin; sosyal ortakların en geç 19 Temmuz 2003'te, anlaşma (toplu iş sözleşmeleri) yoluyla gerekli kurulları uygulamaya koydukları konusunda güvence vermeleri gerekir. İlgili üye devletler, sosyal ortak-

¹⁴⁰ 2000/43 sayılı yönergenin -Başlangıç bölümü dışında- İngilizce orijinali temel alınarak yapıldığını düşündüğüm Türkçe çevirisi için bkz.: Şükran Ertürk, **a.g.y.**, s. 351-358.

¹⁴¹ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), **Tendances et évolutions de 1997-2005**, s. 17.

ların yönergenin dayattığı sonuçları her zaman güvenceye bağlayabilmelerine olanak veren her türlü gerekli önlemi almalıdır. Bu konuda derhal Komisyon'a bilgi verirler. Üye devletlerce yapılan bu düzenlemelerde yönergeye yollamada bulunulmalıdır yada böyle bir yollama, söz konusu düzenlemenin resmen yayımlanması sırasında yapılmalıdır (m. 16/2).

Başlangıcın 27. paragrafında da, yönergenin uygulamaya konulmasının sosyal ortaklara bırakılabileceği, ancak yönergenin zorunlu tuttuğu sonuçları güvenceye alan gerekli her tür önlemin alınması koşulu yinelenmiştir.

b. Genel Olarak

2000/43 sayılı yönerge, beş başlıkta düzenlenen, toplam 19 maddeden oluşmaktadır. Başlangıçta yer alan 28 paragrafta, yönergenin dayanakları, daha önce yapılan düzenlemeler ve içeriğine ilişkin açıklamalar vb noktalar ele alınmıştır. 2000/78 sayılı yönergede geçen "genel çerçeve" terimlerinin 2000/43 sayılı yönerge için de kullanılabileceği belirtilmektedir.¹⁴²

Yönergenin "*genel kurallar*" başlıklı ilk bölümünde; konusu, ayrımcılık kavramı, uygulama alanı ve istisnaları, ulusal düzeyde daha ileri düzenlemeler yapılabileceği gibi noktalara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Yönergenin konusu (yada amacı), işlem eşitliği ilkesinin üye devletlerde uygulamaya konulması ereğiyle, ırk yada etnik köken temeline dayalı ayrımcılığa karşı savaşımlar için bir çerçeve oluşturmaktır (m. 1).

Böylece yönerge, belirtilen nedenlere dayalı ayrımcılıkla savaşımları, daha genel nitelikli işlem eşitliği ilkesine işlerlik kazandırmanın araçlarından biri olarak görmüştür. Yönerge anlamında, her birini tanımladığı dört ayrımcılık biçiminin bulunmaması demek olan "işlem eşitliği" kavramına ilişkin tanımın (m. 2/1) sonucu olan bu yaklaşımın, aynı zamanda eşit işlem ve ayırım gözetme yasağı arasındaki bölünmez bağlantıyı da ortaya koyduğunu anımsatmak gerekir.

2000/43 sayılı yönergenin Başlangıcında; AB Antlaşması'nın 6. maddesi yinelenmiş (parag. 2); herkese tanınan yasa önünde eşitlik ve ayrımcılığa karşı korunma hakkının, belirtilen uluslararası belgelerde (İHEB, KKTABKUS, IATBKUS, KSHUS, ESKHUS ve İHAS'ta) tanınan evrensel bir hak olduğu anımsatılmıştır (parag. 3). Örgütlenme / dernek hakkını da kapsayan bu temel haklara ve özgürlüklere saygı gösterilmesinin önemini vurgulayan Başlangıç, aynı zamanda mallara ve hizmetlere erişilmesi ile bunların sağlanması bağlamında, özel yaşam ile aile yaşamının korunmasına saygı gösterilmesinin de önem taşıdığının altını çizmiştir (parag. 4).

¹⁴² Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 155-156.

Avrupa Parlamentosu'nun AB'de ırkçılığa karşı savaşım konusunda bir dizi karar kabul ettiğini (parag. 5) ve AB'nin, farklı insan ırklarının varlığını belirlemeye yönelik her tür kuramı reddettiğini ve 2000/43 sayılı yönergede "ırk" sözcüğünün kullanılmış olmasının hiçbir biçimde bu gibi kuramların kabul edilmesini içermediğini (parag. 6) anımsatan Başlangıç, yönergenin oluşum sürecindeki gelişmeleri anımsatmıştır. Buna göre; 15-16 Ekim 1999'da toplanan Tampere Avrupa Konseyi, Komisyon'dan olabildiğince hızlı biçimde, ırkçılığa ve yabancı düşmanlığına karşı savaşım ile ilgili olarak AB Antlaşması'nın 13. maddesinin uygulamaya konulmasını amaçlayan öneriler sunmasını istemiştir (parag. 7). 10-11 Aralık 1999'daki Helsinki Avrupa Konseyi'nin onadığı 2000'de istihdam için yönlendirici ilkelerde, etnik azınlıklar gibi gruplar hakkında ayrımcılığa karşı savaşımaya yönelik bir uyumlu politikalar bütünü oluşturarak sosyal içermeye elverişli bir emek piyasası geliştirme zorunluluğunun vurgulandığını anımsatan Başlangıç (parag. 8), ırk yada etnik kökene dayanan ayrımcılığın AT Antlaşması'nın hedeflerinin, özellikle yüksek bir istihdam ve sosyal koruma düzeyinin, yaşam düzey ve niteliğinin yükseltilmesinin, ekonomik ve sosyal uyumun ve dayanışmanın gerçekleştirilmesini ve aynı zamanda, AB'nin bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı olarak geliştirilmesi hedefini tehlikeye sokabileceğini belirtmiştir (parag. 9).

Komisyon'un Aralık 1995 tarihli ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve Yahudi düşmanlığı konusundaki bildiri ile Konsey'in 15 Temmuz 1996'da kabul ettiği ırkçılık ve yabancı düşmanlığına karşı eylemle ilgili 96/443/JAI sayılı ortak eylemini anımsatan Başlangıç (parag. 10 ve 11), ırk yada etnik köken temeline dayanan ayrımcılık alanında özel bir eylemin hangi konuları kapsayacağını belirtmiştir. Tüm bireylerin, ırk yada etnik kökenleri ne olursa olsun katılımlarına olanak veren demokratik ve hoşgörülü toplumların gelişmesini sağlamak için gerekli görülen bu özel eylemin, ücretli yada ücretsiz etkinliklere erişmenin ötesinde, eğitim, sosyal koruma (sosyal güvenlik ve sağlık bakımını kapsar), sosyal avantajlar, mallara ve hizmetlere erişme ve mal ve hizmetlerin sağlanması gibi alanlara da yayılması gerektiği belirtilmiştir (parag. 12).

Bu amaçla, yönergenin kapsamındaki alanlarda ırk yada etnik kökene dayanan doğrudan yada dolaylı her tür ayrımcılığın Toplulukta yasaklanması ve bu yasaklamanın üçüncü ülke uyruklarına da uygulanması gerektiği, ancak yurttaşlığa dayanan işlem farklılıklarını amaçlamadığı ve üçüncü ülke uyruklarının (Topluluğa) girmesi ve oturmasını, istihdama ve işe girmelerini yöneten kurallara zarar vermediği belirtilmiştir (parag. 13).

c. Ayrımcılık Kavramı: Türleri ve Tanımları

2000/43 sayılı yönergenin "ayrımcılık kavramı" başlıklı 2. maddesi, önce "işlem eşitliği ilkesi"ni, ardından da ayrımcılık türlerini tanımlamıştır. Yönerge anlamında "***işlem eşitliği***", ***ırk yada etnik kökene dayalı her tür doğru-***

dan yada dolaylı ayrımcılığın bulunmamasıdır (m. 2). Bu tanım, cinsiyetlerarası eşit işlem yönergelerinde yinelenen tanımlarda da görüldüğü gibi, eşit işlem ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki yaşamsal bağlantıyı ve bir yönüyle de, genellik-özellik ilişkisini ortaya koymaktadır.

Yönerge, kendi kapsamıyla sınırlı olarak, “doğrudan ayrımcılık” ve “dolaylı ayrımcılık” kavramlarının tanımlarını vermiştir. İşlem eşitliği anlamında bir ayrımcılık biçimi olarak olarak, “taciz” kavramını da tanımlayan 2000/43 sayılı yönerge, dördüncü bir ayrımcılık türünü de, 2. maddenin son fıkrasında tanımlamıştır. 2000/78 sayılı yönerge de, yasaklanan bu dört ayrımcılık türüne yer vermiştir.

2000/43 sayılı yönerge, doğrudan ayrımcılık tanımında, daha önce varolan bir türevsel düzenlemeden (15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80 sayılı cinsiyete dayalı ayrımcılık durumunda kanıtlama yükümlülüğüne ilişkin yönergeden) esinlenirken, dolaylı ayrımcılık tanımında Adalet Divanı’nın çalışanların serbest dolaşımı konusundaki kararlarına dayanmıştır.¹⁴³ Yönergeye göre:

Doğrudan ayrımcılık, ırk yada etnik köken nedenleriyle, bir kişiye, karşılaştırılabilir bir durumda, başka bir kişiye oranla daha az elverişli bir davranışın gösterildiği, gösterilmiş olduğu yada gösterileceği zaman söz konusu olur.

Dolaylı ayrımcılık, ise, görünüşte yansız olan bir kural, bir ölçüt yada bir uygulama, belli bir ırktan yada etnik kökenden olan kişiler için diğer kişilere oranla özel bir dezavantaj doğurmaya elverişli olduğu zaman ortaya çıkar. Yeter ki bu kural, bu ölçüt yada bu uygulama, nesnel olarak meşru bir amaçla haklı gösterilebilsin ve bu amacı gerçekleştirme araçları (yolları) uygun ve zorunlu olsun.

Görüldüğü gibi, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları, doğallıkla genel olarak değil yalnızca “ırk yada etnik köken” özelinde tanımlanmıştır. Yönerge, dolaylı ayrımcılıktan söz edebilmek için, tanımın aşağıdaki dört koşulunu öngörmektedir:

- 1) Görünüşte yansız olan bir kural, bir ölçüt yada bir uygulamanın bulunması;
- 2) Bunun, belli bir ırk yada etnik kökenden olan kişilere uygulanması;
- 3) Bu uygulamanın, özel bir dezavantaj doğurması;
- 4) Bunun nesnel olarak kanıtlanamaması.¹⁴⁴

¹⁴³ Commission des Communautés Européennes, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur l’application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d’origine ethnique, COM(2006) 643 Final/2, Bruxelles, le 15.12.2006, s. 3; CJCE, Affaire C-237/94, O’Flynn, REC 1996- I-02617.

¹⁴⁴ Colm O’Cinneide, a.g.y., s. 27.

Rodière, kısmen Adalet Divanı içtihatlarından ve önceki metinlerden alınan doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarını eleştirmekte, doyurucu bulmamakta ve bunu ortaya koyan haklı sorular yöneltmektedir. Doğrudan ayrımcılık tanımı, işlem farklılığının açık açık yada kesin olarak, saklanıp gizlenmeden (göz göre göre) yasaklanan bir ölçüte (ırk, cinsiyet, yurttaşlık vb...) dayanması olgusunu anlayacak biçimde (açıkça) dile getirmemektedir. “Karşılaştırılabilir durum” (situation comparable) kavramı, iyi seçilmiş midir? Benzer (similaire, semblable) terimleri daha uygun olmaz mıydı? Karşılaştırılabilirlik gerekliliği, dolaylı ayrımcılıkları da ilgilendirmez mi? Öte yandan, dolaylı ayrımcılık tanımı da, yazara göre anlaşılmalıdır, kapalıdır. Bu tanım, özellikle, görünüşte yansız olan (cinsiyet, ırk, din, vb. ölçütlerden çıkarılmayan) bir ölçütün uygulanmasının, yasaklanan bir ölçütün (cinsiyet, ırk, din, vb.) uygulanmasına benzeyen yada ona eşdeğer olan bir sonuca ulaşmasını açıklığa kavuşturmamaktadır. ¹⁴⁵

Yönerge, *taciz* (harcèlement) kavramını da ayrıca tanımlamıştır. Böylece taciz de, ayrımcılık kavramının kapsamına alınmış, 2. maddenin 1. fıkrası anlamında ayrımcılık biçimlerinden biri (üçüncüsü) sayılmıştır. 2000/43 sayılı yönergeye göre, ırk yada etnik kökene bağlı *istenmeyen bir tutum* kendini gösterdiği zaman, taciz bir ayrımcılık biçimidir. Bu tutum, bir kişinin onuruna zarar verme ve onu yıldırma, ona karşı düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevre yaratma amacı taşıyan yada etkisi olan tutumdur. Bu bağlamda, taciz kavramı, üye devletlerin ulusal mevzuat ve uygulamalarına uygun olarak tanımlanabilir (m. 2/3). 2000/78 sayılı yönergede de yer alan bu tanımla, cinsel taciz durumunu aşan, *genel nitelikli ayrımcı taciz* kavramına yer verilmiştir. Ancak, çelişkili biçimde, kadın ve erkekler arasında eşitliğe ilişkin yönergelerde cinsel taciz kavramına açıkça yer verilmemiştir. ¹⁴⁶

Yönerge, bir başka ayrımcılık biçimine karşı da koruma sağlamaktadır: *Emirle ayrımcılık uygulatma*. 2. maddenin son fıkrası; herhangi bir kişiye, ırk yada etnik köken nedenleriyle kişilere karşı (yasaklanmış) bir ayrımcılık uygulaması için emir (talimat) verilmesi biçimindeki her davranışı, 1. fıkrada tanımladığı “işlem eşitliği” anlamında ayrımcılık saymıştır (m. 2/4). *Rodière* bunu, “bir başka dolaylı ayrımcılık biçimi” ¹⁴⁷ olarak nitelemektedir. Oysa yönerge, “1. fıkra anlamında ayrımcılık sayılır” demekle, “dolaylı ayrımcılığı” değil, bu fıkradaki doğrudan yada dolaylı her tür ayrımcılığın bulunmaması anlamında “eşit işlem” tanımını amaçlamıştır. Emir vererek ayrımcılık uygulatma biçimindeki dördüncü ayrımcılık türüne, doğrudan yada dolaylı olarak da rastlanabilir. Ancak, uygulamada en sık rastlanma olasılığının, “dolaylı” yada “gizli, örtük” ayrımcılık biçimi için söz konusu olacağı söylenebilir.

¹⁴⁵ Pierre Rodière, **a.g.y.**, s.158.

¹⁴⁶ a.y.

¹⁴⁷ a.y.

d. Ayrımcılık Yasağının Uygulama Alanı

Yönergenin *kişiler* yönünden uygulama alanını belirleyen 3. maddeye göre, Topluluğa verilen yetkinin sınırları içinde, yönerge kamu ve özel kesimlerdeki *tüm kişilere* uygulanır. Kamusal birimler de kapsam içindedir. Böylece yönerge, kişiler yönünden uygulama alanı açısından, kişilerin özel yada kamu kesimlerinde olmalarına (yada çalışmalarına) göre ayırım gözetmemiştir. Yönergenin Başlangıcında da, ırk yada etnik kökene dayanan ayrımcılığa karşı tüm gerçek kişilerin korunmasının önem taşıdığı belirtilmiştir. Dolayısıyla çalışanların, ne çalıştıkları kesimlere, ne de hukuksal statü yada niteliklerine göre ayrımcılık yapılabilir. Üye devletlerin, gereksinime ve ulusal uygulamalara ve geleneklere uygun olarak, üyelerinin (örneğin sendika yada dernek üyelerinin) bu tür ayrımcılıkların kurbanı olması durumunda, tüzel kişilerin (sendika ve dernekleri) korunmasını da sağlama-ları gerekir. Kanımca yönerge, kayıt dışı çalışan ve çalıştırılanları da kapsar.

Yönergenin, 2000/78 sayılı yönergeden farklı olarak, “istihdam ve çalışma” ile sınırlandırılmayan *konular* yönünden uygulama alanı ise şöyledir (m. 3/1, a-h):

- a) İşkolu ne olursa olsun ve yükselmeyi de kapsamak üzere, mesleksel hiyerarşinin tüm düzeylerinde, seçme ölçütlerini ve işe (hizmete) girme koşullarını da kapsamak üzere, *istihdama, ücretli olmayan etkinliklere* (kendi adına çalışmaya) *yada çalışmaya* (işe) *girme koşulları* (les conditions d'accès à l'emploi);
- b) Pratik bir deneyim kazanılmasını da kapsamak üzere, *tüm mesleksel yönlendirme* (rehberlik), *mesleksel eğitim, yetkinleştirme* (ileri düzeyde mesleksel eğitim) *ve yeni koşullara uyuma ilişkin eğitim* (yeniden eğitim) tip ve düzeylerine girme;
- c) İşten çıkarma ve ücret koşullarını da kapsamak üzere, *istihdam ve çalışma koşulları*;
- d) Bir çalışan (işçi yada kamu görevlisi) örgütüne yada işveren örgütüne (dernek ve sendikalara) yada üyeleri belli bir mesleği yerine getiren her tür örgüte (meslek örgütlerine) üyelik yada bu tip örgütlerce sağlanan avantajları (yardımları) da kapsamak üzere, bu örgütlerde görev üstlenme;
- e) Sosyal güvenlik ve sağlık bakımlarını kapsamak üzere, *sosyal koruma*;
- f) *Sosyal avantajlar* (yardımlar);
- g) *Eğitim*;
- h) Mal ve hizmetlere erişme ve konut konusunu da kapsamak üzere, kamunun hizmetindeki mal ve hizmetlerin sağlanması (m. 2/1, a-h).

Görüldüğü gibi, her tür ayrımcılığın yokluğu demek olan eşit işlem ilkesinin -işe alma koşullarından başlayarak- “sınırlı” biçimde sayılan uygulama alanına giren konuların çoğu, sosyal hukuk alanı ve özellikle de çalışma ilişkileri ile ilgilidir.¹⁴⁸ Ancak yasak kapsamı, *dar anlamda* çalışma ve istihdam koşullarını, kısacası -satışın reddini de içeren son bentte olduğu gibi- “sosyal”i aşarak ticaret yada tüketici hukuku kapsamına giren ayrımcılıklara karşı da koruma sağlayan genişliktedir.¹⁴⁹

Başlangıcın 12. paragrafı da kapsamla ilgilidir ve konular yönünden kapsamın, “*ücretli olan yada olmayan etkinlikler*” ile sınırlı olmadığını, bu çerçeveyi aştığını açıkça yinelemiştir. Irk yada etnik köken temellerine dayalı ayrımcılık alanındaki özel eylemin (yapılacak özel çalışmaların), eğitim ve sosyal koruma gibi alanları da kapsamı gerektiğini ve sosyal korumanın ise sosyal güvenlik ve sağlık bakımlarını, sosyal avantajları (yardımları), mal ve hizmetlere ulaşmayı, mal ve hizmetler sağlanmasını içerdiğini belirtmiştir. Bu kapsamda bir özel eylemin amacının da, ırk yada etnik kökenleri ne olursa olsun tüm bireylerin katılımına olanak veren demokratik ve hoşgörülü toplumların gelişimini sağlamak olduğu belirtilmiştir.

e. Ayrımcılık Yasağının İstisnaları

2000/43 sayılı yönerge, ayrımcılık yasağına üç durumda *istisnalar* getirme olanağı tanımıştır.¹⁵⁰

İlk olarak, “**olumlu eylem**” başlıklı 5. maddeye göre, *uygulamada tam eşitliği sağlamak için*, işlem eşitliği ilkesi bir üye devletin, ırk yada etnik kökene bağlı dezavantajları önlemeye yada telafi etmeye yönelik *özel önlemleri* sürdürmesine yada özel önlemler almasına engel olmaz. Böylece yönerge, elverişsiz bir grup yararına olmak üzere, “mesleksi yaşamda tam bir eşitlik sağlamak”, fırsat eşitliğini iyileştirmek için olumlu eylemlerde bulunmaya olanak tanımıştır. Benzer bir düzenleme, 2000/78 sayılı yönergede de yapılmıştır.

Komisyon, 2000/43 sayılı yönergenin uygulanması konusunda hazırladığı raporda, 5. maddenin olanak tanıdığı olumlu eylem önlemleri ile bu yönergeyle bağdaşmayan olumlu ayrımcılığın birbirinden ayrılması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin, mesleksi eğitime genellikle erişme olanağı bulunmayan kimi ırksal yada etnik gruplara üye kişilere yönelik olarak özel mesleksi eğitim önerilmesi yada iş sunumları konusunda tam olarak bilgilendirilmeleri için özel önlemler alınması, 5. madde kapsamındadır. Yönergenin olanak tanımadığı “olumlu ayrımcılık” önlemlerinde ise, belirli bir grubun üyelerine, bu gruba üyelik dışında başka hiçbir temeli olmaksızın, başkalarına oranla (örneğin işe girişte) otomatik ve mutlak bir yeğleme söz konusudur.¹⁵¹

¹⁴⁸ Bernard Teyssié, **a.g.y.**, s. 241-242.

¹⁴⁹ Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 159 ve 164.

¹⁵⁰ **a.k.**, s. 159-160.

¹⁵¹ CCE, COM(2006) 643 Final/2, Bruxelles, Le 15.12.2006, s. 8.

İkinci istisna olarak 2000/43 sayılı yönerge, üye devletlere “**temel ve belirleyici mesleksel gereklilik**” gerekçesiyle, ırk yada etnik kökene bağlı bir özelliğe dayalı işlem farklılığı öngörme olanağı tanımıştır. Ancak bununun, 2. maddenin 1. ve 2. fıkralarına zarar vermemesi gerekir. Öte yandan, böyle bir farklı işlemin, bir mesleksel etkinliğin niteliği yada yerine getirilmesi koşulları gerekçesiyle öngörülmesi olanaklıdır. Ayrıca, **amaç meşru ve gereklilik de orantılı olmalıdır** (m. 4). 2000/78 sayılı yönergede de yer alan bu istisna, kadın ve erkek çalışanlar arasında çalışma koşullarında işlem eşitliği ile ilgili 76/207 sayılı yönergeden alınmıştır.¹⁵² Başlangıcın 18. paragrafında, çok sınırlı durum ve koşullarda, bir ırk yada etnik kökene bağlı bir karakteristik (özellik) temel ve belirleyici bir mesleksel gereklilik oluşturduğu zaman, bir işlem farklılığının haklı gösterilebileceği, ancak amacın meşru (haklı) ve gerekliliğin de orantılı olması öngörülmüştür. Üye devletler, bu durum ve koşulları Komisyon’a sağladıkları bilgilerde belirteceklerdir. Mesleksel gerekliliğin “temel belirleyici” nitelikleri taşıyıp taşımadığı, sonuç olarak yargıcın değerlendirmesine bağlıdır.

Üçüncü olarak da, “dolaylı” ayrımcılığın, **meşru bir amaçla haklı gösterilmesi** (kanıtlanması) olanaklıdır. Kullanılan araçların, bu amacın gerçekleştirilmesi için uygun ve zorunlu olması gerekir.

Bu üç durumun yanı sıra, 2000/43 sayılı yönergenin -2000/78 sayılı yönerge gibi-, ilke olarak “**yurttaşlığa**” (**nationalité**) **dayalı ayrımcılıkları** da kapsam dışında tuttuğunu eklemek gerekir. Yönergenin, yurttaşlığa dayalı işlem farklılıklarını amaçlamadığı ve üye devletlerin ülkelerinde bulunan üçüncü ülke uyruklarının (yurttaşlarının) ve vatansız kişilerin kabul edilmesine ve oturmasına ilişkin kurallara ve koşullara zarar vermeksizin anlaşılacağı belirtilmiştir. Yine yönerge, üçüncü ülke uyruklarının ve ilgili vatansız kişilerin statüsüne bağlı her tür işleme zarar vermeksizin anlaşılır / uygulanır (m. 3/2). Böylece, bir yandan “uyruklu” temeline dayalı “işlem farklılıkları”, öte yandan üye devletlerde bulunan üçüncü ülke uyrukları ve vatansız kişilere ilişkin düzenlemeler, yönergenin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bu açıklama, Başlangıçta da şöyle yer almıştır: Yönerge, ırk yada etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağının üçüncü ülke uyruklarına da uygulanmasını öngörmüştür. Ancak yönerge, yurttaşlığa dayalı işlem farklılıklarını amaçlamaz ve üçüncü ülke uyruklarının giriş ve oturması ile istihdama ve işe girmesini yöneten (düzenleyen) kurallara zarar vermez (parag. 13).

2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin bu konudaki anlatımını “belirsiz” bulunan *Rodière*, yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılığın kapsam dışında tutulması yolundaki dışlamanın, “yurttaşlığa dayalı tüm işlem farklılıklarını mı, yoksa yalnızca Avrupa Birliği’nde bulunan üçüncü ülke uyruklarını mı” kapsadığı sorusunu ortaya atmış-

¹⁵² Marie-Ange Moreau, **a.g.m.**, s. 1117.

tır. Yazara göre, yurttaşlığa dayalı ayrımcılıkların işlem eşitliğine ilişkin genel çerçevenin dışında bırakılması, yabancıları ve özellikle Topluluktan olmayan uyrukları ilgilendiren ırk, din, engel (özür) vb gibi temellere dayalı ayrımcılıkların bu iki yönergeye bağlı olmaması anlamına gelmez. Yalnızca yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılıklar kapsam dışında bırakılmıştır; bunun dışındaki tüm ayrımcılıklar, mağdurun yurttaşlığı ne olursa olsun, her iki yönergenin çerçevesi (kapsamı) içine girer. ¹⁵³

Belirtmek gerekir ki, yurttaşlık nedeniyle ayrımcılık, Topluluk uyruklarını ilgilendirdiği zaman, kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı bağlamında ele alınmaktadır. Öte yandan, üçüncü ülke yurttaşlarının eşit işlem hakları da, Birliğin üçüncü ayağı çerçevesinde yürütülen eylem ve etkinlikler kapsamına girmekte ve bu çerçevede, özgürlük, güvenlik ve adalet ile görevli genel müdürlüğün yetki alanına girmektedir. Ancak, etnik yada ırksal köken, din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılıkları yasaklayan yönergeler, işlem farklılığı yurttaşlık temeline dayanmadığı sürece ve üçüncü ülke yurttaşlarının üye devletlere kabul edilmesine ve bu devletlerde oturmasına ilişkin kurallara zarar vermeksizin, üçüncü ülke uyruklarına da uygulanabilir. ¹⁵⁴

2000/78 sayılı çerçeve yönerge, işlem eşitliği alanında daha ileri ve güçlü bir koruma sağlayan ve sağlayacak olan ulusal düzenlemeleri geçersiz kılmaz. Bu alanda var olan koruma düzeyinin düşürülüp geri çekilmesine de izin vermez. ¹⁵⁵ Gerçekten, yönergenin 6. maddesi, öngörülen koruma kurallarının “*alt sınır*” olduğu yaklaşımıyla şu düzenlemeyi yapmıştır: Üye devletler, işlem eşitliği ilkesinin korunması için yönergede öngörülenlerden *daha elverişli* kurallar kabul edebilir yada önceden varolan bu nitelikteki kuralları sürdürebilirler. Yönergenin uygulamaya konulması, hiçbir durumda, yönergenin düzenleme yaptığı alanlarda üye devletlerce daha önce tanınmış olan koruma düzeyini düşürme (geriye çekme) gerekçesi oluşturamaz (m. 6/1 ve 2). Başlangıçta da, yönergenin asgari gereklilikleri saptadığı ve üye devletlerin daha elverişli kuralları sürdürme yada kabul etme olanaklarının bulunduğu belirtilmiştir (parag. 25). Dolayısıyla, yönergenin kapsam dışında tuttuğu “yurttaşlık” temeline dayalı ayrımcılıkların da koruma kapsamına alınmasına bir engel yoktur. ¹⁵⁶

f. İşlem Eşitliğini Geliştirme Birimleri

2000/43 sayılı yönerge, ırk yada etnik kökene dayalı ayrımcılığa karşı korumayı güçlendirmek için, her üye devlette kimilerini saydığı “bağımsız” yetkililerle

¹⁵³ Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 156-157.

¹⁵⁴ http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/faq/faq23_fr.htm, erişim: 27.07.2007.

¹⁵⁵ Colm O’Cinneide, **a.g.y.**, s. 14.

¹⁵⁶ 2000/43 sayılı yönergenin “*başvuru yolları ve hukukun uygulanması*” başlıklı bölümünde (m. 7-12) yer alan kurallar, 2000/78 sayılı yönergede de aynen yineleniğinden, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

donatılmış bir yada birden çok birim (kurum / organ) belirlenmesini öngörmüştür. 157

Başlangıcın 24. paragrafında, sorunları irdelemek, olası çözüm yollarını incelemek ve ayrımcılık mağdurlarına somut yardımlarda bulunmak için yetkili olan bir yada birçok organın üye devletlerde bulunmasının ayrımcılığa karşı korumayı güçlendireceği belirtilmiştir. 13. maddeye göre, üye devletlerin, ırk yada etnik kökene dayalı ayırım gözetmeksizin tüm kişiler arasında işlem eşitliğini geliştirmekle yükümlü bir yada birçok birim belirlemesi gerekir. Ülkemizce kurulmamış olması nedeniyle İlerleme Raporlarında eleştiri konusu olan 158 bu birimlerin, ulusal düzeyde insan haklarını savunmakla yada kişilerin haklarını korumakla görevli organların parçası olması da olanaklıdır. Yönerge, yeni bir eşitlik kurumu yada birimi kurulmasını zorunlu tutmamış, görev ve yetkileri yönünden doğrudan bağlantılı ve ilgili gördüğü insan hakları kuruluşlarının da yönergede sayılan yetkilerle donatılabileceğini belirtmiştir. Ancak bu kuruluşların “ulusal” düzeyde kurulmuş ve üstleneceği yetkilerin niteliğinden de kolayca anlaşılacağı üzere, bağımsız ve özerk yapıları gerekir.

“Kamusal” olması gerektiği yolunda bir açıklık bulunmayan ve dolayısıyla “özel” nitelik taşıyabileceği de belirtilen 159 bu organların *yetkileri* üç madde olarak şöyle sıralanmıştır:

- a) Madde 7/2’de öngörülen mağdurların, derneklerin, örgütlerin ve başka tüzel kişilerin haklarına (yetkilerine) zarar vermeksizin, bir ayrımcılık mağduru olan kişilere, ayrımcılık davası açmak için *bağımsız bir yardım* sağlamak,
- b) Ayrımcılıklarla ilgili *bağımsız incelemeler* yürütmek,

157 2000/43 sayılı yönergenin yanı sıra 2002/73 ve 20006/54 sayılı yönergelerin eşitliği geliştirme birim yada birimleri konusundaki kurallarının karşılaştırmalı incelemesi için özellikle bkz.: Fatma Başterzi, “Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli”, **TİSK Akademi**, Cilt 2, Sayı 3, 2007/1, s. 109-111; ayrıca bkz.: Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayını, Ankara, 2008, s 136.

Yıldız, 2000/43 sayılı yönergenin 13. maddesinde yapılan düzenleme için, şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Bu maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak çalışacak bu kuruluşların belli oranda bağımsızlığa sahip olmaları gerekmektedir.”

Kanımcı, eşitlik birimlerinin -2006/54 sayılı yönergeyle genişletilen- yetkilerinin her biri konusunda “bağımsız” sözcüğünü yineleyen, mağdura yapacağı yardımın “bağımsız” olmasını, gerçekleştireceği incelemelerin “bağımsız” niteliğini ve yayımlayacağı raporların “bağımsız” olmasını üç kez vurgulayan yönergenin, bu yetki ve işlevleri görecektir kurumlarda “belli oranda” bağımsızlık aradığı savunulamaz.

158 Bkz.: Beşinci Bölüm, örneğin s. 492, 497, 500, 502, 504, 506 ve 510.

159 Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 164.

- c) Bu ayrımcılıklara ilişkin tüm sorunlar konusunda *bağımsız raporlar* yayımlamak ve tavsiyeler çıkarmak (önerilerde bulunmak).

2000/78 sayılı yönergenin öngörmediği eşitlik birimlerinin “asgari” nitelikli bu yetkilerinin tümünde yinelenerek vurgulanan “bağımsızlık” özelliği son derece önemlidir. Siyasal iktidardan ve uzantısı yönetimden bağımsız bir yapıda olmadıkça, yönergenin sıraladığı yetkilerin “bağımsız” kullanılması da beklenemez.

Ekleyelim ki, 2000/43 sayılı yönergede öngörülen işlem eşitliğini geliştirme birim yada birimleri konusunda, 76/207 sayılı yönergeyi değiştiren 2002/73 sayılı yönerge, bu birim yada birimlerin kuruluş amaç ve görevleriyle ilgili olarak, aşağıda da değinildiği gibi, “*ırk yada etnik köken*” yerine “*cinsiyet*” temeline dayalı ayrımcılık gözetmeksizin kurulmalarını öngörmüştür. Bu birim yada birimlere, işlem eşitliğini “geliştirme”nin yanı sıra, “*analiz*”, “*izleme*” ve “*destekleme*” görevleri de vermiş ve ayrıca, üye devletlerin yükümlülüğüne, “gerekli önlemleri alma”yı da eklemiştir (m. 8bis). Öte yandan, dört yönergeyi tekleştiren 2006/54 sayılı yönerge, eşitlik birim yada birimlerinin yetkilerine şu eklemeyi yapmış ve böylece genişletmiştir:

- d) “Eldeki bilgilerin, **Cinsiyetlerin Eşitliği Avrupa Enstitüsü** gibi benzer Avrupa örgütleri ile uygun düzeyde *değişimini* yapma yetkisi” (m. 20/2, d).

g. Uygunluk Sağlama, Yaptırımlar ve Yönergenin Uygulanması

Yönergenin beşinci ve “*son kurallar*” başlıklı son bölümünde, üye devletlerin yönergeye uygunluk sağlama yükümlülüğü, yaptırımlar, yönergenin uygulamaya konulması ve üye devletler ile Komisyon’un rapor hazırlama yükümlülükleri konularında düzenlemeler yapılmıştır.

Üye devletlerce alınacak eşit işlem ilkesine *uygunluk sağlayıcı önlemler*, mevzuatın tüm düzenlemelerini kapsamaktadır ve şöyle sıralanmıştır (m. 14):

- a) İşlem eşitliği ilkesine aykırı olan yasal, yürütmesel ve yönetsel kuralların kaldırılması;
- b) Sözleşmelerde yada toplu iş sözleşmelerinde, işletmelerin iç yönetmeliklerinde, kar amacı güden yada gütmeyen dernekleri, bağımsız (serbest) meslekler ile çalışan ve işveren örgütlerini yöneten kurullarda (tüzük yada yönetmeliklerde) yer alan işlem eşitliği ilkesine aykırı kuralların yok yada geçersiz sayılması yada değiştirilmesi.

Komisyon, işlem eşitliği ilkesinin emek piyasası dışında da korunması amacıyla başlattığı yeni bir yönerge kabul edilmesi girişiminde, eşitlik birimlerinin yetkilerini kullanırken ve sorumluluklarını yerine getirirken, Birleşmiş Milletler’ce tanımlanan “**Paris İlkeleri**” ile bağdaşacak biçimde davranmaları gerektiğini be-

lirterek, doğru ve yerinde bir öneride bulunmuştur (Başlangıç, parag. 28). BM Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli ve 48/134 sayılı kararıyla kabul edilen Paris İlkeleri, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusunda etkinliklerde bulunan ulusal kuruluşların statüsünü ve işleyişini düzenlemektedir. ¹⁶⁰

Tam uygunluk sağlayıcı bir hukuksal çerçeve oluşturma yükümlülüğü, tüm düzeylerdeki kurallarıyla ulusal mevzuatı kapsadığı gibi, yalnızca Topluluk hukukuna aykırı kuralların değiştirilmesini yada geçersiz sayılmasını değil, aynı zamanda uygunluk sağlayıcı gerekli önlemleri alma, daha açık bir anlatımla, gerekli değişikliklere yer veren olumlu düzenlemeler yapma yükümlülüğünü de içermektedir. Ulusal yetkililerin, özellikle sosyal ortakları, işverenleri, mesleksel federasyonları vb. kuruluşları, yaptıkları anlaşma yada düzenlemeleri düzeltmeye (uygunluk sağlayıcı değişiklikleri yapmaya) özendirilmesi gerekir. Bu düzeltmelerin yapılmaması durumundaysa, Topluluk hukukuna aykırı kuralların kaldırılması gerekir. Her iki yönerge, bu konuda kadın ve erkeklerin eşitliğine ilişkin yönergelerdeki kuralları almıştır. ¹⁶¹

Yönerge, öngördüğü yükümlülüklerle uyulmamasını yaptırımlara bağlamıştır. Başlangıcın 26. paragrafında, yönergeden doğan yükümlülüklerle uyulmaması durumunda uygulanabilecek *etkili, orantılı ve caydırıcı* yaptırımların üye devletlerce uygulamaya konulması gerektiği belirtilmiştir. Bu ilkeyi daha somut biçimde düzenleyen 15. maddeye göre üye devletlerin, yönergenin uygulanması amacıyla kabul edilen ulusal kuralların ihlal edilmesi durumunda uygulanacak **yaptırımlar rejimini** belirlemeleri ve ulusal kuralların uygulanmasını sağlamak için gerekli her tür önlemi almaları gerekir. Öngörülen yaptırımların, mağdura **tazminat** ödenmesini de içerebileceğini açıkça belirten yönerge, yaptırımların "*etkili, orantılı ve caydırıcı*" olmasını zorunlu görmüştür. Kanımca, tazminatın, anılan üç özelliğiyle düzenlenmesi

¹⁶⁰ 2000/43 sayılı yönerge gibi 2006/54 sayılı yönergenin de göndermede bulunmadığı **Paris İlkeleri**, özetle belirtmek gerekirse; insan haklarının korunması ve geliştirilmesi yetkisiyle donatılacak ulusal kuruluşların (yönerge bağlamında eşitlik birim yada birimlerinin), "yetki ve görevleri", "oluşum ve bağımsızlık ve çoğulculuk güvenceleri" ile "işleyiş biçimleri" konularını ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Örneğin, ulusal kuruluşun (eşitlik kurul yada komisyonunun) oluşum ve üyelerin belirlenmesinin, ister seçim yoluyla ister başka bir yolla olsun, insan haklarıyla ilgili sosyal güçlerin (sivil toplumun) çoğulcu temsilini sağlamak için zorunlu olan tüm güvenceleri taşıyan bir yöntemle göre yapılması gerektiğini öngörmüştür. Yine, ulusal kuruluş üyelerinin görev sürelerinin istikrarının sağlanması için, üyelerin atanmalarının görev süresini belirten resmi bir işleme dayanması gerekir. Bu sağlanmadıkça, gerçek bir bağımsızlıktan söz edilemez, (Nations Unies, HCDH, **Droits de l'homme, Recueil d'Instruments internationaux, Instruments universels**, Volume I (deuxième partie), New York et Geneva, 2002, s. 537-540.

Bu yaklaşıma dayanmayan bir eşitlik birimi oluşturulması, göstermelik olmaktan öte bir anlam taşımayacaktır. TBMM içinde, 25 Şubat 2009 tarihli ve 5840 sayılı yasayla uzmanlık komisyonlarından biri olarak kurulan **Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu**'nun da, yönergelerin gerektirdiği bir komisyon sayılması olanaksızdır (Bu konuda bkz.: Altıncı Bölüm, s. 628-633).

¹⁶¹ Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 163.

zorunlu olan yaptırım rejiminde mutlaka yer alması gereken bir yaptırım türü olarak öngörülmemiş, üye devletlere “takdir yetkisi” tanıyan bir esnekliğe yer verilmiş olması eleştiriye açıktır. Ayrımcılık tazminatı, öngörülecek yaptırımlar rejiminde yer alması gereken ortak bir öge olmalıydı. Öngörülen yaptırımlar, uğranılan haksızlıkla (karşılaşılan ayrımcı işlemle) *orantılı* olmalı ve sonraki olası benzer davranışlardan kaçınılmasını ve yaygın biçimde uygulanmamasını sağlamak üzere de *caydırıcı* nitelik taşımalıdır. *Teyssié* bu anlamda, yaptırımların “biçimi”nin (türünün) önemli olmadığı, önemli olanın bu özellikleri taşıması gerektiği görüşündedir.¹⁶² Üye devletlerin bu kuralları en geç yönergenin yürürlüğe girdiği 19 Temmuz 2003 tarihinde Komisyon’a bildirmelerini öngören yönerge, bu konularda daha sonraki tüm değişikliklerin çok fazla gecikmeksizin Komisyon’a bildirilmesini istemiştir.

Adalet Divanı’nın, cinsel ayrımcılıkla ilgili içtihadında, üye devletlerin “gerçek ve etkili” bir korumayı güvenceye bağlayan başvuru yollarına yer vermeleri ve bu yolların da, işverenler için gerçekten caydırıcı bir etkisinin olması gerektiği karara bağlanmıştır. Ayrıca üye devletlerin, ayrımcılık mağduru bir kişinin ileri sürebileceği tazminat için bir üst sınır getirmeleri gerektiği de belirtilmiştir.¹⁶³

Yönerge, bir yandan üye devletlerce uygulanmasının Komisyon’ca izlenmesini sağlamak, öte yandan da elde edilen bilgiler ışığında genel değerlendirme yapmak ve gerekli değişiklikleri gerçekleştirmek amacıyla *rapor yükümlülüğü* getirmiştir (m. 17).

Üye devletlerin ilk raporlarının, en geç 19 Temmuz 2005’te gönderilmesi öngörülmüştür. Böylece, yönergeyi ulusal hukuka aktarma yükümlülüğünün son tarihini izleyen ikinci yılın sonunda, Komisyon’un hazırlayacağı rapor için gerekli olan tüm bilgilerin gönderilmesi gerekir. İzleyen bilgiler (rapor) ise, beş yılda bir Komisyon’a iletilecektir (m. 17/1).

h. Komisyon’un Uygulama Raporu Sunması

2000/43 sayılı yönerge, Komisyon’un, üye devletlerden aldığı bilgiler ve başka kaynaklar temelinde hazırlayacağı yönergenin uygulanması konusundaki raporunu Parlamento’ya ve Konsey’e sunmasını öngörmüştür. Komisyon raporunda, Irkçı ve Yabancı Düşmanı Olgular Avrupa Gözlemevi’nin¹⁶⁴ görüşü ile sosyal or-

¹⁶² Bernard Teyssié, *a.g.y.*, s. 243.

¹⁶³ Affaire 14/83 Von Colson et Affaire C-271 Marshall II (Rap. Ann. 2005, s. 9).

¹⁶⁴ 2 Haziran 1997 tarihli ve 1035/97 sayılı tüzüğüyle kuruluşundan on yıl sonra, *İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Olguları Avrupa Gözlemevi*’nin ardılı olarak, **Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı** (ABTHA / FRA) kurulmuştur. Merkezi *Viyana*’da olan Gözlemevi’nin varlığı, görevlerini genişletmek amacıyla kurulan AB Temel Haklar Ajansı’nın işlerliğe geçtiği 1 Mart 2007’den başlayarak sona ermiştir. 15 Şubat 2007 tarihli Konsey tüzüğü’nün 1 Mart 2007’de yürürlüğe girmesiyle işlerliğe geçen Temel Haklar Ajansı, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı alanında da görevlidir (Geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 60-62).

takların ve ilgili hükümetdışı kuruluşların görüşleri de göz önünde bulundurulur. Kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliği sorununun sistemli biçimde göz önüne alınması ilkesine uygun olarak, bu rapor, başkaları arasında, alınan önlemlerin erkekler ve kadınlar üzerindeki etkisinin bir değerlendirmesini de içerir. Bu raporda, eğer gerekirse, alınan bilgiler ışığında, yönergeyi gözden geçirme ve güncelleştirme amacı taşıyan önerilere yer verilir (m. 17/2).

Komisyon, ırk yada etnik kökene dayalı ayrımcılık yapmaksızın eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin 2000/43 sayılı yönerge konusundaki aşağıda özetlenen- raporunu hazırlayıp Konsey ve Parlamento'ya sunmuştur. ¹⁶⁵

Yönerge, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 5. maddesinde açıklanan **ikincilik ilkesi ile orantılılık ilkesine** uygun olarak, ¹⁶⁶ tüm üye devletlerde ayrımcılıklara karşı ortak bir koruma düzeyi sağlamak amacıyla çıkarıldığından, bu amacın üye devletlerce yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve dolayısıyla, eylemin boyutları ve etkileri nedeniyle, Topluluk düzeyinde (amacın) daha iyi gerçekleştirilebileceği düşünülerek çıkarılmıştır. Bu amaçlara erişmek için gerekli olanı aşmadığı belirtilen (Başlangıç, parag. 28) yönerge, ayrımcılık yasağı sorununa Topluluk düzeyinde çözüm getirmeyi amaçlamıştır.

i. Komisyon'un 2000/43 Sayılı Yönergenin

Uygulanmasına İlişkin Raporu

Avrupa Komisyonu'nun, 15 Aralık 2006 tarihli Konsey ve Parlamento'ya sunduğu ilk uygulama raporundan anlaşıldığına göre, altı yıl önce kabul edilen 2000/43 sayılı yönergenin bazı üye devletlerce ulusal hukuka aktarılmasında gecikmeler olmuştur ve bu konuda çabalar harcanması gerekmektedir. ¹⁶⁷

Yönergenin 17. maddesi gereğince, bu raporunu hazırlaması için en geç 19 Temmuz 2005'e değin gönderilmesi zorunlu olan bilgilerin, uyarıya karşın iletilmediğini ve Aralık 2005 itibarıyla birçok üye devletin (Avusturya, Polonya, B. Krallık, Fransa, Almanya, Litvanya'nın) ve ETUC dışında sosyal ortakların hiçbir yanıt vermediğini belirten Komisyon, sosyal ortaklara (ETUC, UNICE / BUSI-

¹⁶⁵ CCE, COM(2006) 643 Final/2, Bruxelles, Le 15.12.2006.

¹⁶⁶ Bu ilkeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 100-105.

¹⁶⁷ Commission des Communautés Européennes (CCE), Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, Bruxelles, le 15.12.2006, COM(2006) 643 final/2. Ayrıca, aynı zamanda 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin uygulamaya konulmasında, iç hukuka aktarma süresinin sona ermesinden sonra da kimi üye devletlerin Nisan 2005 ile Haziran 2006 arasında yaptıkları düzenlemeler konusunda bkz.: CE, **Egalité et non-discrimination, Rapport annuel 2006**, Manuscrit achevé en septembre 2006, Italy, 2006, s. 7-28.

NESSEUROPE, CEEP, CEC, UEAPME, EUROCADRES) ve kimi sivil toplum kuruluşlarına danışmıştır.

Amacının, yönergenin üye devletlerce iç hukuka aktarılmasının ayrıntılı bir dökümünü yapmak değil, özellikle önem taşıyan yada sorunlu olan kimi yönlerini ve iyi uygulamaları belirlemek olduğunu açıklayan Komisyon; yönergenin etkileri, ulusal hukuka aktarmayla ilgili sorunlar, bilgilerin yayılması, haklara saygı gösterilmesi, eşitliği geliştirme birimleri ile sosyal ortakların ve sivil toplum kuruluşlarının rolü, olumlu eylem ve gelecek için olumlu eylemler ve tavsiyeler üzerinde odaklanmıştır.

Komisyon raporuna göre 2000/43 sayılı yönerge, ırk temeline dayalı ayrımcılık konusunda önceden yasal düzenlemeler yapmış olanları da kapsamak üzere, tüm üye devletlerin yönergeye uygunluk sağlamak amacıyla ulusal hukuklarında değişiklikler yapmalarına neden olmuştur. Başlıca sorunlar arasında; ayrımcılık biçimlerinin ulusal hukuktaki tanımlarının yönergeden farklı olması, istisnaların genişletilmesi, kanıtlama yükümlülüğüne, derneklerin ayrımcılık mağdurlarına yardım etmesine, başvuru yollarına ve yaptırımlara ilişkin kuralların kötü (eksik, yetersiz ve uyumsuz biçimde) aktarılması bulunmaktadır.

Altı çizilmesi gereken bir nokta da, çok sayıda mağdurun, maliyet ve misilleme korkusuyla yargıya başvurmamış olmasıdır. Mağdurlar, daha çok bir sivil toplum kuruluşuna yada eşitliği geliştirme birimine başvurma eğilimindedir. Yargıya yada eşitlik birimlerine taşınan yakınmaların çoğu, önce istihdama ilişkindir ve bunu, mal, hizmet ve konut sağlanması izlemektedir. On üye devletin çoğunluğunda, en çok yakınmada bulunan, dolayısıyla yönergeye uygulamada işlerlik kazandıran grup *Romanlardır*.

Üye devletlerin çoğu, yönergede olanak tanıdığı gibi, ya yeni bir eşitlik birimi kurmuş yada varolan bir birimin yetkilerini artırmıştır. Kimi devletler de, Topluluk mevzuatının kapsadığı tüm ayrımcılık nedenleriyle görevli eşitlik birimlerini işlerliğe geçirmişlerdir. Eşitliği geliştirmekle görevli birimler arasında *arabulucular (ombudman), iş müfettişlikleri, komisyonlar* bulunmakta ve kimi zaman yönergedeki yetkileri paylaşmaktadırlar. Bu birimler, mağdurlara hukuksal tavsiyelerde bulunmakta, ancak yargıdaki çok az davaya destek sağlamaktadır. Kimi devletlerde, yakınmacılara hukuksal destekten çok, fırsat eşitliğinin geliştirilmesi ve ayrımcılığın önlenmesi ilk planda gelmektedir. Belçika, Kıbrıs ve B. Krallık'ta, hükümet ve / yada eşitliği geliştirme birimleri, yasal yükümlülüklerini yerine getirmelerine yardımcı olmak ve ayrımcılık sorunları konusunda duyarlılaştırmak amacıyla, işverenler için özel yönlendirici ilkeler yayımlamaktadırlar. ¹⁶⁸

¹⁶⁸ Üye devletlerde oluşturulan eşitlik kurumlarının değerlendirilmesi, görevleri, zayıf ve güçlü yanları ile İzlanda ve Hollanda örnekleri bağlamında iki ülkenin yaklaşımı konularında ayrıntılı ve karşılaştırmalı bilgi için bkz.: Fatma Başterzi, **a.g.m.**, s. 111-130.

Yönergenin öngördüğü, üye devletlerin “*bilgileri yayma*” konusundaki yükümlülüğünü yerine getirmelerine ilişkin çok az bilgi bulunduğunu belirten Komisyon raporuna göre, Portekiz’de yeni hakların işyerinde asılması zorunlu tutulmuştur. Devletler bu konuda Topluluk Eylem Planı’na ve bilgilendirme kampanyasına göndermelerde bulunmuşlardır.

Sosyal ortakların ve HDK’ların rolü konusundaki bilgilere göre, bu yükümlülük üye devletlerce değişik biçimlerde yerine getirilmiştir. Hollanda gibi kimi devletler, sendikaların etnik azınlıklarla işbirliği yaparak yürüttükleri projeleri desteklemiştir. Belçika’da, ayrımcılığa karşı savaşım için iyi bir araç olarak toplu iş sözleşmelerine kayıtlar konulmuştur. İtalya’da ise, eşitliği geliştirme birimince, işçi ve işveren örgütlerinin temsilcilerine ayrımcılığa karşı savaşımı ve çeşitliliği desteklemeyi amaçlayan eğitimler verilmektedir.

ETUC, hükümetlerin, sosyal ortaklardan çok HDK’lar ile ayrımcılık konusunda diyalogo destekleme eğiliminde olduklarını belirtmektedir.

Sendikalar, ayrımcılık mağduru üyelerine yardım ederek de önemli bir rol oynamaktadırlar. Portekiz’de, ayrımcılık davasında işçiyi temsil hakkı, sendikanın tekelindedir. İsveç’te de, sendikalar dava açma yetkisi konusunda temel örgütlerdir.

Komisyon, yönergenin madde 17/2 kuralına uygun olarak, toplumsal cinsiyet (genre) boyutunun bütünleştirilmesi konusunda özel olarak bilgi istemiş olmasına karşın, çok az devletin buna yanıt verdiğini belirtmektedir. ETUC’a göre, devletler bu konuya sistemli bir yaklaşım içinde olmamıştır.

Rapora göre, üye devletlerin “*olumlu eylemler*” konusundaki tutumları, birinden ötekine değişmektedir. Örneğin Hollanda’da, yalnızca cinsiyet, ırk yada engelleme dayalı yapısal bir ayrımcılık bulunduğu kanıtlandığında olumlu eylemlere olanak tanınmıştır. Finlandiya’daki olumlu eylemler, Lapon’lara yöneliktir. Slovakya’da, Romanların sosyal dışlanmasına karşı savaşımın özel bir aracı sayılır.

Sonuç olarak, tüm üye devletlerde eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusunda daha önce de kimi düzenlemeler bulunmakta ise de, devletlerin çoğu, yönergeyi iç hukuka aktarmak amacıyla önemli yasal değişiklikler yapmış, hatta tümüyle yeni yasalar kabul etmiştir. Gecikmeli -ve eksik- de olsa, Komisyon raporuna göre yönergenin aktarılması gerçekleşmiştir. Üç yılı aşkın bir süreden beri (2006 sonu itibarıyla), yeni hukuksal çerçeve yürürlüktedir. Ancak bu süre, tüm etkilerinin değerlendirilmesi için kısadır. Bu tarihe değin, ulusal yargı yerleri ATAD’a başvuruda bulunmamıştır.

Komisyon, yönergenin 17. maddesi uyarınca, bu tarih itibarıyla yönergeyi gözden geçirmek ve güncelleştirmek için bir öneride bulunmasının zorunlu olmadığı kanısındadır. Yönergenin uygulanmasındaki deneyim eksikliği ile ATAD içti-hadının oluşmamış olması, bu sonuca ulaşmasını gerektirmiştir. Komisyon yeni yönerge girişimini, 2008’in ikinci yarısında gerçekleştirmiştir.

Komasyon, 2000/43 sayılı yönergenin uygulanmasında gözlemlendiği -ve uygulama raporunda da değindiği- **başlıca boşluklar**, 2007 ortalarında da yineleyip şöyle sıralamıştır:

- “İrk eşitliği” yönergesi, aynı zamanda sosyal koruma, eğitim, mallara ve hizmetlere erişme (konut) konularındaki ayrımcılığı da yasaklar-ken, ulusal düzenlemelerin uygulama alanı işyeri ile sınırlıdır;
- Ayrımcılık tanımları, yönergede yapılan tanımlardan farklıdır (özellikle dolaylı ayrımcılık ve taciz);
- Ayrımcılık mağduru kişilere yardım etmeye yönelik kurallardaki uyumsuzluklar (özellikle, misilleme önlemlerine karşı koruma, kanıt-lama yükümlülüğünün tersine çevrilmesi yada sendikaların / dernek-lerin [örgütlerin] mağdurlara yardım götürme hakkı).¹⁶⁹

2. İstihdam ve Çalışmada Ayrımcılık Yasağı:

2000/78 Sayılı Yönerge

Konsey’in, 2000/43 sayılı yönergeden beş ay sonra 27 Kasım 2000 tarihinde oybirliğiyle kabul ettiği 2000/78 sayılı yönerge, *istihdam ve çalışma* alanında işlem eşitliği yararına genel bir çerçeve oluşturulmasına ilişkindir.¹⁷⁰ Daha açık bir deyişle bu yönerge, başlığında da açıkça belirtildiği üzere, istihdam ve çalışma, yani kısaca emek piyasası dışında kalan alanlarda, öngördüğü ayrımcılık biçimlerine karşı koruma sağlamamaktadır.

Komasyon, bu boşluğu doldurmak için, Temmuz 2008’de -aşağıda değinilen-yeni bir yönerge önerisi girişiminde bulunmuştur.

Hukuksal dayanağı Avrupa Topluluğu Antlaşması ve özellikle 13. maddesi olan yönerge, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi’nde yayımlandığı 2 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁷¹

a. Yönergenin Uygulamaya Konulması

2000/78 sayılı yönergenin, 2000/43 sayılı yönerge gibi, üye devletlerce ön-görülen süre içinde -15’ler için en geç 2 Aralık 2003 tarihinde- ulusal hukuka aktarılması istenmiştir (m. 18/1). Bu tarih, beşinci genişlemede üye olan 10 devlet

¹⁶⁹ IP/07/928, Bruxelles, le 27 juin 2007 (Egalité raciale: La Commission agit pour que les lacunes de certains législations nationales soient comblées).

¹⁷⁰ 200/78 sayılı yönerge konusunda genel bilgi ve iş hukukundaki düzenlemeler konusunda bkz.: Ali Nazım Sözer, “-AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 2, Haziran 2006, s. 184-208.

¹⁷¹ 2000/78 sayılı yönergenin -Başlangıç bölümü dışında- İngilizce orijinalden yapıldığını düşündüğüm Türkçe çevirisi için bkz.: Şükran Ertürk, **a.g.y.**, s. 359-365.

için 1 Mayıs 2004 ve Bulgaristan ile Romanya için de 1 Ocak 2007'dir. Ulusal hukuka taşıma konusundaki düzenleme, 2000/43 sayılı yönergedeki gibidir: Yönergeye uygunluk sağlanması yasal, yürütmesel ve yönetsel yollardan olabileceği gibi, bu sorumluluk, ortak istekte bulunmaları durumunda sosyal ortaklara da verilebilir. Bu durumda, "sözleşmesel yöntem"le yönergenin iç hukuka taşınması da söz konusudur. Bu, Topluluk sosyal politikası alanında araçların seçilmesinde tanınan esnekliğin örneklerinden biridir.

Ancak bu yönerge, 2000/43 sayılı yönergeden ayrılarak, öngördüğü ayrımcılık nedenlerinden ikisi için üye devletlere üç yıllık bir ek süre tanımıştır. 2 Aralık 2003'ten başlayarak (2 Aralık 2006'ya değin) üç yıllık bir ek süre ve dolayısıyla da toplam olarak altı yıllık bir süre içinde, "yaş" ve "engel" temellerine dayalı ayrımcılığa ilişkin yönerge kurallarının iç hukukta uygulamaya konulması olanaklıdır. Ek sürenin nedeni, "özel koşullar"ın göz önünde bulundurulmasıdır. Yönerge, bu ek süreden yararlanmak isteyen üye devletler için kimi yükümlülükler öngörmüştür. İlk olarak, bu konuda hemen Komisyon'a bilgi vermeleri gereken üye devletlerin, ayrıca her yıl rapor sunmaları da zorunlu tutulmuştur. Komisyon'a sunacakları yıllık raporlarda, yaş ve engele dayalı ayrımcılığa (bu sorunun çözülmesine) yönelik olarak aldıkları önlemleri ve yönergenin uygulamaya konulmasında gerçekleştirdikleri önlemleri (ilerlemeleri) belirtmeleri gerekir. Komisyon da, yine her yıl Konsey'e (ek süreden yararlanan üye devletlerin durumu konusunda) rapor sunmakla yükümlüdür (m. 18/2).

Almanya, Belçika, B. Krallık, Hollanda ve İsveç, "yaş" konusunda üç yıllık ek süreden yararlanmak amacıyla başvuruda bulunmuşlardır. Danimarka ise, aynı konuda bir yıllık ek süreden yararlanmıştır. Ancak Belçika, Danimarka ve Hollanda, İspanya ve İtalya gibi ek süreden yararlanmayan devletlerin çoğunluğu gibi, ek sürelerinin dolmasını beklemeksizin, yaş gerekçesiyle ayrımcılık yapılmasına karşı savaşım konusunda düzenlemeler yapmışlardır. 2004'te üye olan Litvanya'da, yürürlükteki yasaların yönergeyle uyumunu sağlayacak kimi değişikliklerin Ocak 2005'te yürürlüğe girmesinin öngörüldüğü, Malta'nın da yürürlükteki mevzuatında uyarılama yapmayı üstlendiği belirtilmiştir.¹⁷²

2000/43 sayılı yönergede olduğu gibi, üye devletler yönerge kurallarını kabul ettiklerinde, yönergeye yollamada bulunurlar yada böyle bir yollamaya, kuralların yayımlanması sırasında yer verirler. Üye devletler, yollamanın biçimlerini kararlaştırırlar (m. 18/3).

b. Genel Olarak

2000/78 sayılı yönerge, üçü 2000/43 sayılı yönergeyle aynı olan şu dört bölümden oluşmaktadır: Genel kurallar, başvuru yolları ve hukukun uygulanması,

¹⁷² Colm O'Cinneide, a.g.y., s. 18; **Rapport Annuel 2005**, s. 7.

özel kurallar ve son kurallar. Üçüncü bölümdeki “özel kurallar” ise, Kuzey İrlanda’ya ilişkindir. İşlem eşitliğini geliştirme birimlerinin 2000/78 sayılı yönergede düzenlenmediğini bir kez daha yineliyorum

2000/78 sayılı yönergenin toplam 37 paragraftan oluşan Başlangıç bölümünde, 2000/43 sayılı yönergede olduğu gibi, AB Antlaşması’nın -Birliğin dayandığı kurucu ilkelere yer veren- 6. maddesi yinelenmiş; işlem eşitliği ilkesinin Topluluk hukuku metinlerinde, özellikle de 76/207 sayılı ve 9 Şubat 1976 tarihli yönergede yer aldığı anımsatılmış; Topluluğun, eşit işlem ilkesinin uygulamaya geçirilmesinde, AT Antlaşması’nın madde 3/2 kuralına uygun olarak eşitsizlikleri önlemeye ve kadınlar ile erkekler arasında eşitliği geliştirmeye çalıştığı belirtilmiştir (parag. 1-3). Ayrımcılığa karşı korumanın ve tüm kişilerin yasa önünde eşitliği hakkının, Evrensel Bildirge’nin yanı sıra, BM’nin kadınlara karşı her tür ayrımcılığı kaldırmayı amaçlayan sözleşmesi ile ikiz sözleşmelerinde ve UÇÖ’nün de 111 sayılı sözleşmesinde tanındığını anımsatan Başlangıç (parag. 4), bu temel hak ve özgürlüklere uyulmasının taşıdığı önemin ve bu yönergenin, örgütlenme (sendika) özgürlüğüne zarar vermediğinin altını çizmiştir (parag 5). 1989 Topluluk Şartı’nın, yaşlı ve engelli kişilerin sosyal ve ekonomik bütünleşmeleri yararına uygun önlemler alınmasını da kapsamak üzere, her tür biçimiyle ayrımcılıklara karşı savaşımın önemini kabul ettiğini anımsatmış (parag. 6) ve AT Antlaşması’nın, hedefleri arasında üye devletlerin istihdam politikalarında eşgüdümün geliştirilmesine de yer verdiğini eklemiştir (parag. 7).

“2000 yılında istihdam için yönlendirici ilkeler”e de yollamada bulunan Başlangıç, engelli kişiler gibi gruplar hakkında ayrımcılığa karşı savaşıma yönelik uyumlu bir politikalar bütünü oluşturarak sosyal içermeye elverişli bir emek piyasasını geliştirme zorunluluğu ile mesleksi yaşama daha çok katılmaları için yaşlı kişilere yardım edilmesi gerektiğini vurgulamıştır (parag. 8).

Başlangıç, istihdam ve çalışmanın, herkes için fırsat eşitliğini güvenceye bağlamanın temel öğelerini oluşturduğunu ve yurttaşların ekonomik, kültürel ve sosyal yaşama tam olarak katılmaları ile kişisel gelişmelerine büyük ölçüde katkıda bulunduğunu belirtmiştir (parag. 9).

Başlangıç, 2000/43 sayılı yönergenin kabul edildiğini ve kendi alanında koruma sağladığını anımsattıktan sonra (parag. 10), din yada inançlara, engele, yaşa yada cinsel yönelime dayanan ayrımcılığın; AT Antlaşması’nın hedeflerinin, özellikle yüksek bir istihdam ve sosyal koruma düzeyinin, yaşam düzey ve niteliğinin yükseltilmesinin, ekonomik ve sosyal uyumun ve dayanışmanın gerçekleştirilmesini ve aynı zamanda, AB’nin bir “özgürlük, güvenlik ve adalet alanı” olarak geliştirilmesi hedefini tehlikeye sokabileceğini vurgulamıştır (parag. 11).

Bu amaçla, yönergenin kapsamındaki alanlarda sayılan nedenlere dayanan doğrudan yada dolaylı her tür ayrımcılığın Toplulukta yasaklanması ve bu yasak

lamanın aynı zamanda *üçüncü ülke uyruklarına da uygulanması gerektiği* belirtilmiştir.

Başlangıcın izleyen paragraflarında da, yapılan pozitif düzenlemelerin uygulama alanı, anlam ve içeriği konularında açıklamalar yer almaktadır.

c. Ayrımcılık Kavramı: Türleri ve Tanımları

2000/78 sayılı yönergenin 1. maddesinde, ayrımcılık nedenleri sayılarak, 2000/43 sayılı yönergedeki yaklaşıma benzer biçimde, amacı (konusu) şöyle belirtilmiştir:

“Üye devletlerde işlem eşitliği ilkesinin, istihdam ve çalışma (iş) ile ilgili olarak uygulamaya konulması ereğiyle, **din yada inançlara**,¹⁷³ **engele**,¹⁷⁴ **yaşa yada cinsel yönelime** dayalı ayrımcılığa karşı savaşım verilmesi için *genel bir çerçeve* oluşturulması.”

¹⁷³ Belirtelim ki Sözer, 2000/78 sayılı yönergenin yasakladığı dört ayrımcılık nedeninden birini ve birincisini oluşturan **“din yada inançlar”** ı iki ayrı neden olarak düşünmüş; “inançlar” terimini, uluslararası insan hakları belgelerinde de rastlanmayan bir terim kullanarak, **“dünya görüşü”** biçiminde çevirmiştir (Ali Nazım Sözer, **a.g.m.**, s. 184 vd).

Oysa, yönergenin Fransızca ve İngilizce metinleri göz önüne alındığında (la religion ou les convictions / religion or belief), “inanç” teriminin kullanılmasının, beşinci bir ayrımcılık nedeni olarak ayrıca ele alınmaması gerekmektedir. “Inanç”, “din” olmayan kimi inanç yada inançsızlıkları da koruma kapsamına almaktadır.

Kanımcıca, dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da, her iki dilde, gerek yönergenin Başlangıcındaki ilgili paragraflarda (örneğin 11, 12 ve 23. paragraflarda), gerekse metninde “din”den sonra “yada (veya)” bağlacının kullanılmış olmasıdır. Bu da, “din” ile “inanç”ın birbirinden tümüyle ayrı ve farklı ayrımcılık nedenleri olmadığını göstermektedir.

Din yada inancın iki ayrı / farklı ayrımcılık nedeni olmadığı, Komisyon’un bu yönergenin uygulanmasına ilişkin bildirisinden de (communication) anlaşılmaktadır. Yönergenin “yenilikçi” yönlerinden birini açıklarken, dört yeni gerekçeye dayalı ayrımcılıkları yasakladığını birçok kez yineleyen Komisyon, bu nedenlerin de, bir cümlesinde “inanç” sözcüğüne yer vermeksizin **“din, cinsel yönelim, yaş ve engel”** olduğunu belirtmekte; aynı paragraftaki birkaç cümle sonra yaptığı açıklamasında da, bu kez “ve” bağlacını kullanarak, dört nedenin **“cinsel yönelim, din ve inançlar, yaş ve engel”** olduğunu belirtmektedir. Bildirinin “din yada inançlar” başlıklı paragrafında da, “din” ve “inançlar” arasındaki sınırın, özellikle etnisiteye bağlı olduğu zaman, belirlenmesinin sorunlu olabileceği görüşüne yer vermektedir (COM(2006) 643 Final/2, Bruxelles, Le 15.12.2006, s. 3 ve 4).

Ayrıca belirteyim ki, örneğin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlıklı 10. maddesinin Fransızca ve İngilizce metinlerinde de, bu özgürlük hakkının, “din yada inanç değiştirme özgürlüğünü de içerdiği” belirtilirken, 2000/78 sayılı yönergedeki aynı terimler ve aynı bağlaç (veya) kullanılmıştır (liberté de changer de religion ou de conviction / change religion or belief).

¹⁷⁴ Ertürk’ün yaptığı 2000/78 sayılı yönergenin çevirisinde, “engel” (özür) ve “sakatlık” (maluliyet) kavramları birbirine karışmış; engel yada özür yerine maluliyet, maluliyet yerine de özür terimleri kullanılmıştır (Şükran Ertürk, **a.g.y.**, s. 359-365).

Örneğin, yönergenin ayrımcılık nedenlerini sayan 1. maddesi ile yönergenin silahlı kuvvetlere uygulanmamasına ilişkin 3. maddesinin 4. fıkrasındaki “engel” (**disability** / handicap) terimi **“maluliyet”** olarak çevrilmiştir.

Böylece 2000/78 sayılı yönerge, dört farklı nedene dayalı ayrımcı politika ve uygulamalara karşı güvence sağlamaktadır. Ne var ki, belirtilen nedenlere dayalı ayrımcılık, ancak *istihdam ve çalışma alanında* söz konusu olduğunda yönergenin sağladığı korumadan yararlanacaktır. Kısacası, emek piyasası ile sınırlı bir koruma söz konusudur.

Yönerge, gerek genel olarak “eşit işlem ilkesi” ve gerekse bu ilkeyle bağlantılı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ile taciz ve emirle ayrımcılık uygulatma kavramlarının tanımında 2000/43 sayılı yönergedeki yaklaşımdan ayrılmamıştır. Yönerge anlamında “eşit işlem ilkesi”nden, 1. fıkradaki nedenlere dayalı her tür doğrudan yada dolaylı ayrımcılığın bulunmaması anlaşılır (m. 2/1).

1. fıkra anlamında *doğrudan ve dolaylı ayrımcılık* kavramları, 2. fıkranın a ve b bentlerinde, taciz kavramı da 3. fıkrada tanımlanmıştır. Ayrımcılık nedenlerinin uyarlanmasıyla, temelde 2000/43 sayılı yönergedeki tanımlar yinelenmiştir. Buna göre:

Doğrudan ayrımcılık, 1. fıkradaki nedenlerden biri temelinde, bir kişiye, *karşılaştırılabilir* bir durumda, başka bir kişiye oranla daha az elverişli bir davranışta bulunulduğu, böyle bir davranışın gösterilmiş olduğu yada gösterileceği zaman söz konusu olur.

Dolaylı ayrımcılık, ise, görünüşte yansız olan bir kural, bir ölçüt yada bir uygulama, belli bir din yada inançtan olan, bir engeli bulunan, belli bir yaşta olan yada cinsel yönelimi olan kişiler için diğer kişilere oranla *özel bir dezavantaj* doğurmaya elverişli olduğu zaman ortaya çıkar. Yeter ki:

- i. bu kural, bu ölçüt yada bu uygulama, *nesnel olarak meşru bir amaçla haklı gösterilebilir* ve bu amacı gerçekleştirme araçları (yolları) uygun ve zorunlu olsun; yada
- ii. belli bir engeli bulunan kişilerin durumunda; işveren yada yönergenin uygulandığı her kişi yada örgütün; *ulusal mevzuat gereğince*, bu kural, bu ölçüt yada bu uygulamanın getirdiği (onun sonu-

Yine, yaşa dayalı işlem farklılıklarının haklı gösterilmesini düzenleyen 6. maddenin 2. fıkrasında “emeklilik yada **sakatlık / malullük** ödemeleri (yardımları)” (retirement or **invalidity** benefits / prestations de retraite ou d’invalidité) söz konusu iken, bu terim “**özürlü** yardımı” biçiminde çevrilmiştir.

İngilizcesi, Fransızcasından farklı olarak yalnızca “Olumlu Eylem” başlığını taşıyan 7. maddenin 2. fıkrasında da, “**engelli kişiler**”den (disabled person / personnes handicapées) söz edilmiş iken, bu terim de “**sakatlar**” olarak çevrilmiştir.

Bu yanlış çevirilere karşın, engelli kişiler için makul düzenlemeler (yardımlar) başlıklı 5. maddede geçen “engelli kişiler” (disabled persons / personnes handicapées) terimi ile “engelli bir kişi” (a person with disabilities / une personne handicapée) terimi, sırasıyla “özürlüler” ve “özürlü bir kimse” biçiminde -doğru olarak- çevrilmiştir.

Ayrıca, Ertürk’ün çevirisinde 11. madde de eksiktir.

cu olan) dezavantajları kaldırmak amacıyla, 5. maddede öngörülen ilkelere uygun önlemler alma yükümlülüğü bulunmasın.

2000/78 sayılı yönerge, doğallıkla, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarını genel olarak değil, yalnızca “*din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim*” olarak sıraladığı dört neden özelinde tanımlanmıştır. Yönerge, dolaylı ayrımcılıktan söz edebilmek için de, tanımın aşağıdaki koşullara uyumunu öngörmektedir:

- 1) Görünüşte yansız olan bir kural, bir ölçüt yada bir uygulamanın bulunması;
- 2) Bunun, belli bir din yada inançtan olan, bir engeli bulunan, belli bir yaşta olan yada cinsel yönelimi bulunan kişilere uygulanması;
- 3) Bu uygulamanın, görece özel bir dezavantaj doğurması;
- 4) Bunun nesnel olarak kanıtlanamaması; ¹⁷⁵
- 5) Engelliler konusunda, ulusal mevzuatın dezavantajları kaldırmak için, “engelli kişiler için *makul düzenlemeler*” yapılmasını düzenleyen 5. madde ilkelerine uygun önlemler alma yükümlülüğü öngörmemiş olması.

Yönergenin 2. maddesinin 1. fıkrası anlamında ayrımcılık biçimlerinden biri sayılan “**taciz**” kavramı da, ayrımcılık nedenlerindeki farklılık dışında, 2000/43 sayılı yönergedeki aynı anlatımla tanımlanmıştır. Dört ayrımcılık nedenine bağlı *istenmeyen bir tutum* kendini gösterdiği zaman, bir ayrımcılık biçimi olarak **taciz** vardır. Bu eylemin ayrımcı özelliklerinden biri, mağdurun isteği dışında ve isteğine karşı gerçekleştirilmiş bir tutum olmasıdır. İstek dışı bu tutumun, bir kişinin onuruna zarar verme ve onu yıldırma, ona karşı düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevre yaratma amacı taşıması yada etkisi göstermesi söz konusudur. 2000/78 sayılı yönergenin 2. maddesinin 3. fıkrasına göre taciz:

“1. maddedeki nedenlerden birine bağlı olarak, bir kişinin onuruna zarar verme ve onu yıldırma, ona karşı düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevre yaratma amacı taşıyan yada etkisi olan (sonucu doğuran) *istenmeyen bir tutum* kendini gösterdiği zaman, 2. maddenin 1. fıkrası anlamında bir ayrımcılık biçimi olarak sayılır. Bu bağlamda, taciz kavramı, üye devletlerin ulusal mevzuat ve uygulamalarına uygun olarak tanımlanabilir.”

Bu tanımla, 2000/43 sayılı yönergede de olduğu gibi, açıkça sözü edilmeyen *cinsel taciz* durumunu aşan, *genel nitelikli ayrımcı taciz* kavramına yer verilmiş-

¹⁷⁵ Colm O’Cinneide, **a.g.y.**, s. 27.

tir. Daha açık bir deyişle, yukarıdaki taciz tanımı, kuşkusuz “cinsel” amaçlı tacizi de kapsamakta, istihdam ve çalışmada, cinsel tacize karşı da koruma sağlamaktadır. Ancak, çelişkili biçimde, kadın ve erkekler arasında eşitliğe ilişkin yönergelerde cinsel taciz kavramına açıkça yer verilmemiş olması haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁷⁶

Yine, 2000/43 sayılı yönergede öngörüldüğü gibi, 1. maddede belirtilen nedenlerden biri için kişilere karşı bir kimseye bir ayrımcılık uygulaması yapılması için buyruk (emir, talimat) verilmesi de, 2. maddenin 1. fıkrası anlamında ayrımcılık sayılmıştır (m. 2/4). Böylece, doğrudan ayrımcılık için bir yakınma nedeni olabilecek davranış tipleri genişlemiştir.¹⁷⁷ Kuşkusuz, emirle ayrımcı uygulama yaptırma biçimindeki ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık yada taciz biçiminde de kendini gösterebilir.

2000/78 sayılı yönerge, sınırlama rejimi konusunda, 2000/43 sayılı yönergede bulunmayan ancak başlıca insan hakları sözleşmelerinde (örneğin İHAS ve GG ASŞ ile 1966 BM sözleşmelerinde) yer alan şu düzenlemeyi yapmıştır: Bu yönerge, 2. maddesinin son fıkrasında, ulusal düzenlemelerle, üç koşullu sınırlama rejimine uygun olarak önlemler alınmasına olanak tanımıştır. Yönerge, “ulusal mevzuat”ın, demokratik bir toplumda, kamu güvenliği, düzenin korunması (kamu düzeni), cezai suçların önlenmesi, (genel) sağlığın korunması ve başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan önlemler alınmasına zarar vermez (m. 2/5).

Böylece yönerge, ulusal mevzuatla (législation nationale) alınacak sınırlayıcı önlemlerin koşullarını belirtmiştir. İlk olarak, önlemler, daha esnek bir yaklaşımla, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde olduğu gibi yalnız ve ancak “yasa” ile değil, “ulusal düzenlemeler” ile alınabilecektir. Dolayısıyla, yasanın yanı sıra, gerektiğinde, kanun hükmünde kararname, kararname, tüzük ve yönetmeliklerle de önlemler alınabilir. Kanımca, yönetsel düzenlemelerle de önlemler alınabilmesi, öngörülen korumayı zayıflatıcı niteliktedir. Bu esnekliğin, sosyal politika alanında üye devletlere araçları seçme konusunda tanınan takdir yetkisinin bir sonucu olduğu söylenebilir. Ne var ki bu esneklik, insan haklarına sınırlama getirilmesi konusunda kabul edilemez ve uygulanamaz. İkinci koşul, sayılan beş nedenden birinin yada birkaçının bulunması, alınan önlemlerin bu nedenlere dayandırılmasıdır. Kanımca bu nedenler sınırlı biçimde sayıldığından, belirtilenler dışında başka nedenlerle alınan önlemler yönergeye aykırı düşer. Üçüncü ve en önemli koşul da, önceki iki koşula uyularak alınacak önlemlerin “demokratik bir toplumda zorunlu” nitelik taşımasıdır. Üye devletlerden herhangi birinin değil genel olarak demokratik toplum gereklerinin göz önüne alınması gerekir.

¹⁷⁶ Pierre Rodière, *a.g.y.*, s. 158.

¹⁷⁷ Colm O’Cinneide, *a.g.y.*, s. 21.

d. Yönergenin Uygulama Alanı

2000/78 sayılı yönergenin kişiler ve konular yönlerinden *uygulama alanı*, 3. maddesinde belirlenmiştir. Bu konuda iki yönerge arasındaki benzerlikler, farklı düzenlemelerden daha çoktur.

Bu yönerge de, kamusal birimleri de kapsamak üzere, *özel ve kamu kesimlerindeki tüm kişilere* uygulanır. Dolayısıyla, ne sektörel yönden, ne de kişilerin yaptığı işlerin niteliği yada buldukları düzeyler vb yönlerden, yönergenin uygulanmasında bir ayırım gözetilemez. Kamu görevlilerini de kapsadığına kuşku bulunmayan yönergenin sağladığı korumadan, bağımsız çalışanlar ile kayıt dışı istihdam edilenler de yararlanırlar. Yönergenin, Birlik üyesi devletlerin ülkesinde bulunan tüm kişilere uygulanması, temel kuraldır.

Yönergenin, kişiler yönünden uygulama alanına getirilmesine olanak tanıdığı istisna, *silahlı kuvvetler personeline* ilişkindir. İstihdam ve çalışmayı geniş biçimde tanımlayan 178 3. maddenin son fıkrasına göre, üye devletlerin engel ve yaş temeline dayalı ayrımcılıklarla ilgili olarak silahlı kuvvetlere (*forces armées*) uygulanmamasını öngörmeleri olanaklıdır. Böylece, sayılan nedenlerden yalnızca belirtilen bu ikisiyle ilgili ve sınırlı olarak silahlı kuvvetlerde kimi ayrımcı düzenlemeler yapılması olanaklıdır. Ancak, din yada inançlar ve cinsel yönelim nedenlerine dayalı ayrımcılık yasağı, silahlı kuvvetleri de kapsamaktadır.

Başlangıcın 18. paragrafında, 3. maddenin son fıkrasını genişletici ve esnetici nitelikte olmak üzere, iç ve dış güvenlik hizmetlerini yerine getiren kuruluşlarla ilgili olarak şu açıklamaya yer verilmiştir: Bu yönerge, özellikle *silahlı kuvvetler ile polis, cezaevi yada (can ve/yada mal) kurtarma hizmetlerinin* (birim yada kuruluşlarının), bu hizmetlerin operasyonel niteliğini koruma meşru amacı bakımından yürütmeleri istenebilecek işlevler bütününe yerine getirmeleri için gerekli olan yetenekleri (özel koşulları) taşımayan kişilerin hizmete alınma yada onların istihdamda tutulmalarını zorlama sonucu doğurmaz. 19. paragrafa göre de, üye devletlerin silahlı kuvvetlerinin kapasitesini korumaya devam edebilmeleri için, silahlı kuvvetlerin tümüne yada bir bölümüne, yönergenin *engel ve yaş* ile ilgili kurallarını uygulamama yolunu seçmeleri olanaklıdır. Bu seçeneğe başvuran üye devletlerin, bu sapmanın (istisnanın) uygulama alanını belirlemeleri gerekir.

Bu konudaki önemli noktalardan biri, “silahlı kuvvetler”den ne anlaşılması gerektiğidir. Kanımca, gerek ILO’nun sendikal haklarla ilgili sözleşmelerinde, gerek GG Avrupa Sosyal Şartı’nda ve gerekse Birleşmiş Milletler sözleşmelerinde öngörülen kurallar ve ilgili denetim organlarının yerleşik kararlarına yansıyan yaklaşımlar da göz önüne alındığında, 179 “silahlı kuvvetler” terimini, bununla ilgili kurum

178 a.k., s. 16.

179 Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, *Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu*, s. 46-47, 118-127, 146-147, 196-200.

ve kuruluşlarda çalışanlardan “subay” sayılmayan sivil görevlileri de kapsayacak biçimde geniş yorumlamamak gerekir. Bir başka önemli nokta da, 2000/78 sayılı yönergenin pozitif metninde, “engel” ve “yaş” nedenlerine dayalı ayrımcılıklara uygulanmaması konusunda “polis”e istisna getirilmesine açıkça olanak tanınmamış olmasıdır. Polisin, yönergenin uygulanmayacağı kişi kesimleri arasında açıkça belirtilmemiş olması, özellikle “engel”e dayalı ayrımcılıklar açısından kimi görevlerde sorunlar yaratması olanaklıdır. Ancak bu tür istisna kurallarının, belirli işlevlerle sınırlı olmak üzere, bir yandan madde 2/5’te öngörülen üç koşullu sınırlama rejimine uyularak, öte yandan da 4. maddeye dayanılarak getirilmesi olanaklıdır.

2000/78 sayılı yönergenin *konular* yönünden uygulama alanı, 2000/43 sayılı yönergede sayılan konuların ilk dördünün aynısıdır ve şöyledir (m. 3/1, a-d):

- a) İşkolu ne olursa olsun ve yükselmeyi de kapsamak üzere, mesleksen hiyerarşinin tüm düzeylerinde, seçme ölçütlerini ve **istihdama girme** (işe erişme) koşullarını (les conditions d’accès à l’emploi) da kapsamak üzere, *istihdama, ücretli olmayan etkinliklere* (kendi adına çalışmaya) *yada çalışmaya* (işe) *girme koşulları*;
- b) Pratik bir deneyim kazanılmasını da kapsamak üzere, *tüm mesleksen yönlendirme* (rehberlik), *mesleksen eğitim, yetkinleştirme* (ileri düzeyde mesleksen eğitim) *ve yeni koşullara uyuma ilişkin eğitim* (yeniden eğitim) tip ve düzeylerine girme;
- c) İşten çıkarma ve ücret koşullarını da kapsamak üzere, *istihdam ve çalışma koşulları*;
- d) Bir çalışan (işçi yada kamu görevlisi) örgütüne yada işveren örgütüne (dernek ve sendikalara) yada üyeleri belli bir mesleği yerine getiren her tür örgüte (meslek örgütlerine) üyelik yada bu tip örgütlerce sağlanan avantajları (yardımları) da kapsamak üzere, bu örgütlerde görev üstlenme.

Konular yönünden karşılaştırmak gerekirse, işlem eşitliğini yalnızca “**istihdam ve çalışma**” alanında, yani emek piyasası ile sınırlı ve bağlantılı olarak koruyan ve genel bir çerçeve oluşturmayı amaçlayan 2000/78 yönergesinin uygulama alanı daha dar tutulmuştur. 2000/43 yönergesinde sayılan sosyal koruma ve sosyal avantajlar ile mal ve hizmetlere erişme konuları, 2000/78 yönergesinin uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

e. Ayrımcılık Yasağının İstisnaları

2000/78 sayılı yönerge, 2000/43 sayılı yönerge gibi, ne *yurttaşlık* temeline dayanan farklı işlemleri kapsar, ne de üye devletlerin ülkelerinde bulunan üçüncü ülke uyrukları ile vatansızların kabul edilmesine (Topluluğa girmesine) ve (üye ül-

kelerde) oturmasına ilişkin kurallara ve koşullara, istihdama ve işe girmelerini düzenleyen kurallara zarar verir. Yine yönerge, üçüncü ülke uyruklarının ve ilgili vatsansız kişilerin statüsüne bağlı her tür işleme de zarar vermeksizin anlaşılır / uygulanır (m. 3/2; parag. 12).

3. maddenin 3. fıkrasında; yönergenin, sağladıkları avantajlar Topluluk mevzuatı anlamında “ücret”e benzer sayılmadığından, sosyal güvenlik yada sosyal koruma kamusal rejimlerini de kapsamak üzere, kamusal yada benzer rejimlerce yapılan her tür ödemeye uygulanmaması öngörülmüştür. Başlangıçta, söz konusu avantajların, Antlaşma'nın 141. maddesinin uygulanması anlamında ücrete benzemediği ve yönergenin bu nedenle sosyal güvenlik ve sosyal koruma rejimleri ile devletin, istihdama erişmeyi yada istihdamda kalmayı hedefleyerek yaptığı her tür ödemeye uygulanmadığı açıklaması yer almaktadır (parag. 13)

Yönergenin uygulama alanına getirilen bu kısıtlama, kamusal sosyal güvenlik rejimlerini yönergenin genel kurallarının kapsamı dışında bırakmaktadır. Yine, yaşa dayalı farklılıkların gerekçesinin kanıtlanması zorunluluğunun da, yönergenin kapsamı dışında kaldığı belirtilmektedir.¹⁸⁰

Başlangıcın 14. paragrafındaki açıklamaya göre yönerge, “emeklilik yaşlarını saptayan ulusal kurallara zarar vermez.” Anlamı açık bulunmayan bu cümlenin, emeklilik ödemesine ilişkin olarak devletçe dayatılan emeklilik yaşlarının yönergenin yaş konusundaki kurallarının uygulama alanının dışında kalmasını doğrular görüldüğü ileri sürülmüştür.¹⁸¹ 2000/43 yönergesinde öngörülen yurttaşlığa dayalı işlem farklılıkları ile ilgili kural, 2000/78 yönergesinde de aynen yinelenmiştir; dolayısıyla yönerge, bu farklılıklara uygulanmaz (m. 3/2).

2000/78 yönergesi, 2000/43 yönergesi gibi “**mesleksel gereklilikler**”e dayalı işlem farklılıklarının ayrımcılık oluşturmamasını öngörmüştür. 2. maddenin 1 ve 2. fıkralarına karşın, üye devletlerin, 1. maddede amaçlanan nedenlerden birine bağlı bir özelliğe dayanan bir işlem farklılığı ayrımcılık oluşturmaz. Ancak bu işlem farklılığı, bir mesleksel etkinliğin niteliği yada yerine getirilmesi koşulları nedeniyle söz konusu özelliğin temel ve mesleksel bir gereklilik oluşturması, amacın meşru ve gerekliliğin de *orantılı* olması durumunda ayrımcılık sayılmaz.¹⁸² Yönerge, 2000/43 sayılı yönerge gibi, gerekliliğin niteliklerini göstermiş ve değerlendirilmesini de ulusal yargıca bırakmıştır.¹⁸³

¹⁸⁰ Colm O’Cinneide, **a.g.y.**, s. 16.

¹⁸¹ **a.k.**, s. 17.

¹⁸² Örneğin, bir inşaat firmasının, tehlikeli bir şantiyede çalışan tüm işçilerin kask takmasını zorunlu tutması, başlarında türban taşıyan Sihler için sorun yaratabilirse de, burada sağlık ve güvenlik nedenlerinin söz konusu olması dolayısıyla, böyle bir ayrımcılık yasa dışı değildir (Commission européenne, **Lutter contre la discrimination au sein de l’Union européenne**, Edition révisée, Berlin, 2005, s. 7).

¹⁸³ Marie-Ange Moreau, **a.g.m.**, s. 1117.

2000/78 sayılı yönerge, 2000/43 yönergesinden farklı olarak, öngördüğü genel ayrımcılık yasağına, “kimi **dinsel örgütlerin** özel niteliğini korumak ya da daha yaşlı yahut daha genç çalışanların emek piyasasıyla bütünleşmeleri yararına önlemler getirilmesine olanak vermek için” istisnalar getirilebileceğini öngörmüştür. 184

Üye devletlerin, yönergenin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuatlarındaki yada yönergenin kabul edildiği tarihte varolan ulusal uygulamaları alan (yineleyen) daha sonraki bir mevzuatta öngörülen kurallarda, bir kişinin **din yada inançlarına dayanan bir işlem farklılığı** ayrımcılık oluşturmaz. Söz konusu kurallar gereğince, kiliselerin ve etiği, din yada inançlara dayanan kamusal yada özel başka örgütlerin mesleksel etkinlikleri durumunda öngörülen işlem ayrılığı (farklı işlem) ayrımcılık sayılmaz. Ancak bunun için, bu etkinliklerin niteliği yada yerine getirildikleri bağlam yoluyla, din yada inançların *temel, meşru ve örgütün etiği* bakımından *haklı bir mesleksel gereklilik* oluşturması gerekir. Ayrıca bu işlem farklılığı, üye devletlerin anayasal kural ve ilkeleri ile Topluluk hukukunun genel ilkelerine saygı içinde yerine getirilmelidir ve başka bir nedene dayalı ayrımcılık haklı gösterilemez (m. 4/2). Örneğin, cinsel yönelime dayalı bir ayrımcılık uygulamasını haklı göstermek için bu istisna ileri sürülemez. Anılan örgütlerin, aynı din yada inançtan olmayı bir istihdam koşulu olarak öngörmeleri, yönergeye aykırı bir ayrımcılık değildir.

Yönerge, bu kuralına saygı gösterilmesi için, anayasal ve yasal kurullarla uyumlu olarak hareket eden kiliseler ile etiği (ahlakı, felsefesi) din yada inançlara dayanan başka kamusal yada özel örgütlerin, örgütün etiği konusunda iyi niyetle ve dürüst davranışla kendileri için çalışan kişileri işe alma haklarına (yetkilerine) zarar vermez (m. 4/2, 2). Başlangıçtaki açıklamaya göre, Avrupa Birliği, Amsterdam Antlaşması'nın son belgesine ekli kiliselerin ve başka inançsal (dinle ilgili) olmayan örgütlerin statüsüne ilişkin 11 sayılı bildirgesinde, ulusal hukuk gereğince üye devletlerdeki kiliseler ile dinsel dernek yada toplulukların yararlandıkları statüye saygı gösterdiğini ve önyargısı bulunmadığını ve yine felsefi ve inançsal olmayan örgütlerin statüsüne de saygı gösterdiğini örtük biçimde kabul etmiştir. Üye devletlerin, bu perspektif içinde, bir mesleksel etkinliği yerine getirmek için gerekli olmaya elverişliliği kanıtlanmış, meşru ve temel mesleksel gereklilikler konusunda özgül kurallar öngörmesi yada varolanları sürdürmesi olanaklıdır (parag. 24).

Engellilerin çalışma yaşamıyla bütünleştirilmesini sağlayan olumlu ve özel önlemler alınmasına olanak veren 2000/78 yönergesi, **engelli kişiler için ma-**

184 <http://www.stop-discrimination.info/index.php?id=150&type=98>, erişim: 08.06.2005.

kul düzenlemeler (yardımlar) yapılmasını öngörmüştür.¹⁸⁵ Bunun nedeni, iş-lem eşitliği ilkesine engelli kişiler için saygı gösterilmesini güvenceye bağlamaktır. Böylece yönerge, yalnızca engele dayalı ayrımcılık yasağına yer vermekle yetinmemiştir. Aynı zamanda, dört ayrımcılık biçiminin de yokluğu anlamında işlem eşitliğini gerçekleştirmek ve önemli bir yenilik olmak üzere, işveren için ikinci bir yükümlülük öngörmüştür. Çalıştırılacağı iş için gerekli nitelikleri taşıyan engelli bir kişinin, engelinden bağımsız olarak, işe alınması, işte (meslekte) ilerlemesi, bu amaçla gerekli mesleksi eğitimden yararlanmasını sağlayıcı “makul” düzenlemelerin gerçekleştirilmesi, işverenin yükümlülükleri arasındadır.

2000/43 sayılı yönergede öngörülme ve “eşit işlem ilkesinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan”¹⁸⁶ “makul” düzenlemelerin anlamı 5. maddede şöyle açıklanmıştır: İşverenin, somut bir durumda gereksinimlere göre, engelli bir kişinin istihdama (işe) girmesine, bu işi yerine getirmesine yada bu işte ilerlemesine olanak vermek yada bir eğitimin engelli kişiye verilmesini sağlamak için uygun önlemler alması gerekir. Bunun istisnası, bu önlemlerin işveren için *orantısız bir yük* getirmesidir. Ancak bu yük, ilgili üye devlette engelli kişiler yararına yürütülen poli-

¹⁸⁵ Engel kavramının ve engelli kişilere yaklaşımın BM'nin 1993 tarihli kararını izleyen yıllardaki değişimine (bkz.: Birinci Bölüm, s. 99 vd.), Avrupa Birliği bağlamında da tanık olunmuştur. Engellileri toplum ve çevreden dışlayan eski yaklaşımın yerini alan eksiksiz, etkili ve bütünleştirici bir toplumsal katılım yaklaşımı çerçevesinde, Avrupa Komisyonu 30 Temmuz 1996'da “**engelli kişilerin fırsat eşitliği – Avrupa Topluluğu için yeni bir strateji**” başlıklı bir bildiri kabul etmiştir (COM (96) 406 final). “Engelli kişilerin yeniden uyumu ereğiyle yıllardır yürütülen politikaların yeterliliğinin kanıtlandığını” belirten Komisyon, engelli kişilerin ekonomik, sosyal ve başka süreçlere, kişisel seçimlere saygı göstererek bir bütün olarak (eksiksiz) katılımını desteklemeyi amaçlayan politikalar belirleme zorunluluğunun altını çizmiştir. Konsey de, 20 Aralık 1996'da aynı konuda bir karar kabul ederken (JOCE, C-12, 13 janvier 1996), Avrupa Parlamentosu, 11 Nisan 1997 tarihli kararıyla, bu yeni yaklaşıma destek vermiştir.

Bu yaklaşım, 1961 ASS'sinin 15., 1996 GG ASS'sinin 23. maddeleri ile TŞ'nin 26. maddesinden esinlenen *Temel Haklar Şartı*'nın “engelli kişilerin bütünleştirilmesi” başlıklı 26. maddesine, öznel haklardan çok siyasi hedefleri içerdiği belirtilen (Guy Braibant, **a.g.y.**, s. 170) şu kısa anlatımla yansımıştır: “Birlik, engelli kişilerin özerkliğini, sosyal ve mesleksi bütünleşmesini ve topluluk yaşamına katılımlarını sağlamayı amaçlayan önlemlerden yararlanma hakkını tanıy ve bu hakka saygı gösterir.”

Komisyon, 30 Ekim 2003 tarihinde kabul ettiği “**engelli kişilerin fırsat eşitliği – Avrupa eylem planı**” başlıklı bildirisinde, engelli kişiler hakkında saptanacak öncelikleri yeniden şöyle tanımlamıştır: Çeşitliliğe saygıyı iyileştirmek, çevreyi daha erişilebilir kılmak, istihdam yoluyla içermeyi özendirmek, marjinalizasyona ve ayrımcılığa karşı savaşım vermek, engelli kişilerin özerkleşmesini kolaylaştırmak, vb. (COM (2003) 650 final). Daha geniş bilgi için bkz.: Sylvain Laurent, “Discrimination: Le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées”, **Droit social**, No: 5, mai 2008, s. 586-597.

¹⁸⁶ Commission des Communautés Européennes (CCE), Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, L'application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, SEC(2008)524, COM(2008) 225 Final/3, Bruxelles, le 2.9.2008, s. 6.

tika çerçevesinde varolan önlemlerle yeterli biçimde telafi edildiği zaman orantısız değildir. Başka bir deyişle, üye devletlerin, pahalı uyarlamalar için işverenlere parasal destek sağlaması durumunda, söz konusu yükün “makul olmadığı” ileri sürülemez. ¹⁸⁷

Başlangıçta da, işte engelli kişilerin gereksinimlerini göz önüne bulundurmaya yönelik önlemlerin uygulamaya konulmasının, bir engele dayanan ayrımcılığa karşı savaşımında temel bir rol oynadığı belirtilmiştir (parag. 16). Yönerge, engelli kişiler için makul düzenlemeler öngörme yükümlülüğüne zarar vermeksizin, ilgili görevin temel işlevlerinin yerine getirilmesi yada bir eğitimin izlenmesi için yetkin, yetenekli ve elverişli olmayan bir kişinin işe alınmasını, yükseltilmesini yada işte kalmasını yahut ona bir eğitim verilmesini gerektirmez (parag. 17).

Yine Başlangıca göre, uygun, yani engele göre işi (görev pozisyonunu) düzenlemeye yönelik etkili ve pratik önlemler öngörülmesi yararlı olur. Örneğin, işyerlerinin düzenlenmesi yada ekipmanların uyarlanması, iş temposunun düzenlenmesi, görevlerin bölüşülmesi yada eğitim yada kadrolama olanakları sunulması gibi uygun önlemler öngörülebilir (parag. 20). Söz konusu önlemlerin orantısız bir yüke yol açıp açmadığını belirlemek için, özellikle içerdiği mali ve başka nitelikteki maliyetlerin, örgütün yada işletmenin büyüklük ve mali kaynaklarının, kamusal fon yada başka her tür yardım elde etme olanağının göz önünde bulundurulması gerekir (parag. 21).

f. Yaşa Dayanan İşlem Farklılıklarının Kanıtlanması

Yönergenin 6. maddesi, “yaş” nedeniyle yapılan farklı işlemlerin haklılığına, haklılığının kanıtlanmasına ilişkindir. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının yaş özelinde tanımlandığı 2. maddenin 2. fıkrasına karşın, üye devletlerin öngörebilecekleri yaşa dayalı işlem farklılıkları, kimi koşullarla bir ayrımcılık oluşturmaz. Bu koşullar; işlem farklılıklarının, ulusal hukuk çerçevesinde, meşru bir amaçla, özellikle meşru istihdam, emek piyasası ve mesleki eğitim politikası amaçlarıyla nesnel ve makul biçimde haklı gösterilmesi ve bu amacı gerçekleştirme araçlarının uygun ve gerekli olmasıdır. Yaşın, geleneksel olarak, yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında bulunmaması, tersine yaşa dayalı işlem farklarının temel insan hakları arasında yer alması karşısında, yönergenin öngördüğü geniş sapma olanaklarını olağan karşılamak gerekir. İlkesel yasak, büyük bir esneklik içermektedir. ¹⁸⁸

Yönerge, yaşa dayalı işlem farklılıklarının *özellikle* aşağıdaki konuları kapsayabileceğini belirtmiştir (m. 6/1, a, b, c):

¹⁸⁷ a.y.

¹⁸⁸ Pierre Rodière, **a.g.y.**, s. 165.

- a) İstihdama ve mesleksi eğitime giriş, istihdam ve çalışma özel koşullarının uygulamaya konulması; istihdam ve çalışma koşulları, gençler, yaşlı çalışanlar ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler bulunan çalışanlar için, mesleksi bütünleşmelerini 'kolaylaştırmak' yada korunmalarını sağlamak ereğiyle, işten çıkarma ve ücret koşulları;
- b) İstihdama yada istihdama bağıli kimi avantajlara erişmek için, istihdamda asgari yaş, mesleksi deneyim yada kıdem koşullarının sağlanması;
- c) İlgili görev için gerekli eğitime dayanan hizmete (işe) giriş için azami bir yaş saptanması yada emeklilikten önce makul bir istihdam döneminin zorunlu olması.

6. maddenin 2. fıkrasında, yaşa dayalı ayrımcılığa başka bir istisna daha getirilmiştir. 2. maddenin 2. paragrafına karşın, üye devletlerin, sosyal güvenlik mesleksi rejimleri için, emeklilik yada sakatlık (malullük) ödemelerine katılma yada kabul edilme yaşları saptaması, yaşa dayanan bir ayrımcılık oluşturmaz. Buna, bu rejimler için, çalışanlar yada çalışan grupları yada kategorileri için farklı yaşların belirlenmesi ve bu rejimler çerçevesinde, cinsiyete dayalı ayrımcılıklara dönüşmesi koşuluyla, aktüarya hesaplarında yaş ölçütlerinin kullanılması da dahildir, yani yaşa dayalı ayrımcılık sayılmaz.

Bu iki istisnanın ortak etkisinin anlamı şudur: Kamusal emeklilik ve sosyal güvenlik rejimlerinde yaşa dayalı farklılıkların kullanılmasını, 6. madde gereğince nesnel olarak kanıtlamak gerekmeyecektir. Bununla, üye devletlere, sosyal güvenlik sistemlerinin reformu konusunda belirli bir esneklik tanınması amaçlanıyordu. Ancak bu geniş istisna, (kamu yetkililerini kapsamak üzere), tüm avantajlara ve özellikle işverenlerce ulusal sosyal güvenlik ödeneklerini tamamlamak için sunulan emeklilik ve sosyal güvenlik rejimlerine uygulanmaz. Yine bu istisnanın, ulusal mevzuatın işverenlere zorunlu emeklilik rejimleri kabul etmelerine izin verdiği zaman bile, işverenlerce dayatılan zorunlu emeklilik yaşlarına da uygulanmayacağı sanıldığı belirtilmektedir. Öyleyse, işverenlerce yaş sınırlarına başvurulması, madde 6/1 gereğince nesnel kanıtlama getirilmesine bağıli olacaktır. Ancak, madde 6/2 ile madde 3/2'yi unutmamak gerekir.¹⁸⁹

Başlangıç, yaşa bağıli ayrımcılıkların yasaklanmasının, istihdam ve istihdamda çeşitliliği özendirme konusundaki yönlendirici ilkelere erişmek için temel bir öge oluşturduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, yaşa bağıli işlem farklılıkları kimi koşullarda haklı gösterilebilir ve üye devletlerin durumuna göre değişebilen özgül kurallar gerektirebilir. O halde, istihdam politikasının, emek piyasasının ve mesleksi eğitimin meşru hedeflerinin haklı gösterdiği işlem farklılıkları ile yasaklanması gereken ayrımcılıklar arasında fark gözetilmesi temeldir (parag. 25).

¹⁸⁹ Colm O'Cinneide, a.g.y., s. 17.

Yönergenin genel çerçevesinin uygulanma biçimini değiştiren, yaşa özgü olmayan ancak yaşa ilişkin kuralların uygulanma biçimi yönünden son derece önemli olduğu belirtilen ¹⁹⁰ başka kurallar da vardır ve bunlardan, yukarıda da değinilen kimileri şunlardır:

- Varolan dezavantajları önlemek yada telafi etmek için *olumlu bir eylem* izin verilmesi (m. 7/1);
- Doğrudan ayrımcılığa olanak tanıyan *temel mesleksel gerekliliklere* izin verilmesi, ancak bu iznin yalnızca amacın meşru (haklı) ve gerekliliğin de orantılı olması durumunda söz konusu olabilmesi (m. 4/1);
- Yönergenin, ulusal mevzuatta; demokratik bir toplumda, saydığı nedenlerle (kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması ve ceza-i suçların önlenmesi, genel sağlığın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için) zorunlu olan önlemler alınmasına engel olmaması (m. 2/5).

g. Olumlu Eylem ve Özel Önlemler

2000/78 sayılı yönerge, 2000/43 sayılı yönergedekine benzer bir anlatımla, mesleksel yaşamda **eşitliği tam olarak sağlamak için**, işlem eşitliği ilkesinin, bir üye devletin, 1. maddenin 1. fıkrasında amaçlanan nedenlerden birine bağlı dezavantajları kaldırmaya yada telafi etmeye yönelik *özel önlemleri* sürdürmesi yada kabul etmesine engel olmadığını belirtmiştir (m. 7/1). 2000 yönergelerinin, ayrımcılık karşıtı uluslararası ortak hukuka koşut yaklaşımı, olumlu ayrımcılık öngören önlemlerin amacı, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden herhangi birine bağlı olarak uygulamada süregelen “dezavantajlar”ın (olgusal eşitsizliklerin) kaldırılması yada telafi edilmesidir. Çünkü, çalışma yaşamının tüm evrelerinde “tam eşitliğin sağlanması”, ancak yönerge anlamında ayrımcılık sayılmayan bu “özel önlemler”le olanaklıdır.

“Olumlu eylem ve özel önlemler” başlıklı 7. maddenin 2. fıkrasında da, engelli kişilerle ilgili şu kurala yer verilmiştir: İşlem eşitliği ilkesi, üye devletlerin sağlığını ve işyerinde güvenliğin korunması ile ilgili kuralları sürdürmesi yada kabul etmesi hakkına (yetkisine) engel oluşturmaz. Yine bu ilke, engelli kişilerin çalışma dünyasıyla bütünleştirilmelerini korumak yada özendirmek ereğiyle kurallar koymaya yada kolaylıklar getirmeye yada bunları sürdürmeye yönelik önlemlere de engel olmaz.

İstihdam ve çalışmada ayrımcılık yasağı öngören yönergenin “*asgari kurallar*” başlıklı 8. maddesi, 2000/43 sayılı yönergenin 6. maddesini aynen yinelemiştir. Böylece yönerge, insan hakları alanındaki genel yaklaşıma da uygun olarak, ken-

¹⁹⁰ a.k., s. 17.

disinden daha ileri ve elverişli koruma sağlanmasına ve güvenceler öngörülmesine engel olmadığı gibi, varolan koruma düzeyini geriye çekmenin de gerekçesi olamaz. ¹⁹¹

h. Özel Kurallar

2000/78 sayılı yönerge, Kuzey İrlanda'ya ilişkin özel bir maddeye yer vermiştir.

15. maddenin 1. fıkrasına göre, başlıca dinsel topluluklardan birinin Kuzey İrlanda polis hizmetlerinde eksik / yetersiz temsiline karşı koymak için, destek personeli de kapsamak üzere, bu hizmetlerde işe / hizmete alma konusundaki işlem farklılıkları, ulusal mevzuatın söz konusu işlem farklılıklarına açıkça izin vermesi ölçüsünde bir ayrımcılık oluşturmaz.

15. maddenin 2. fıkrasına göre ise, yönergenin din yada inançlar konusundaki kuralları, ulusal mevzuatça açıkça izin verildiği ölçüde, Kuzey İrlanda okullarında öğretmenlerin hizmete alınmasında uygulanmaz. Bu istisna kuralının amacı, Kuzey İrlanda'da bulunan başlıca dinsel topluluklar arasındaki tarihsel bölünmelerin üstesinden gelinmesine katkıda bulunarak, bu ülkede öğretmenler için istihdam olanaklarında bir dengenin korunmasıdır. Başlangıcın 34. paragrafına göre, Kuzey İrlanda'nın başlıca toplulukları arasında barış ve yeniden uzlaştırmayı geliştirme gereksinmesi, yönergeye özel kurallar konulmasını gerektirmiştir.

i. Son Kurallar

Yönergenin dördüncü ve son başlığında yapılan düzenlemeler de, birkaç küçük uyarlayıcı farklılık dışında, 2000/43 sayılı yönergenin yinelenmesinden ibarettir. Üye devletlerin yönergeye uygunluk sağlamak için gerekli önlemleri almaları (m. 16), ihlallere uygulanacak **yaptırımlar rejimini** belirlemeleri (m. 17) ve bir yandan üye devletlerin Komisyon'a ve öte yandan da Komisyon'un Konsey'e ve Parlamento'ya sunacakları raporlar (m. 19) konusunda aynı kurallar yinelenmiştir. Raporlar konusundaki tek doğal farklılık, Komisyon'un raporunu hazırlarken 2000/43 yönergesinde olduğu gibi İrkçi ve Yabancı Düşmanı Olgular Avrupa Gözlemevi'nin görüşlerini göz önünde bulundurmamakla yükümlü olmasıdır.

2000/78 sayılı yönerge, 2000/43 sayılı yönergeden ayrılarak, araştırma / inceleme ve destek işlevleriyle donatılmış bağımsız bir organ kurulmasını gerekli görmemiştir. ¹⁹²

¹⁹¹ Yönergenin, 2000/43 sayılı yönergedeki kuralların aynen yinelenmesinden ibaret olan "başvuru yolları ve hukukun uygulanması" başlıklı ikinci bölümündeki kurallar, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

¹⁹² Colm O'Cinneide, **a.g.y.**, s. 14 (20 sayılı dipnot).

k. Komisyon'un Yönergenin Uygulanmasına İlişkin Raporu

Komisyon, Konsey ve Parlamento'nun yanı sıra Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi ile Bölgeler Komitesi'ne sunduğu 2 Eylül 2008 tarihli bildirisinde,¹⁹³ 2000/78 sayılı yönergenin uygulanması konusundaki kimi gözlemlerini ortaya koymuştur.

Komisyon, 2000/43 sayılı yönergeye ilişkin uygulama raporundakine benzer bir yaklaşımla, bu raporda da amacının yönergenin tüm kurallarının üye devletlerde iç hukuka taşınmasını ayrıntılı olarak incelemek değil, özellikle sorunlu yada önemli kimi yönleri üzerinde durmak olduğunu belirtmiştir. Üye devletlerdeki duruma -15 Aralık 2007 itibarıyla- yaptığı yollamaların da, yönergeyle kesin bir uygunluk irdelemesi olmadığını ekleyen Komisyon, yönergenin doğru biçimde uygulandığından emin olmak için, tüm ulusal hukuka aktarma önlemlerini incelemekte olduğunu açıklamıştır.

Yönergenin öngördüğü ayrımcılık nedenlerinden kimilerinin iç hukuka aktarma sırasında ulusal düzenlemelerde bulunmasına karşın, özellikle cinsel yönelim ile yaş gibi kimi nedenlerin aktarılmasında kimi sorunlar yaşanmıştır.

Cinsel yönelime dayalı ayrımcılık yasağının, hemen hemen tüm üye devletler için yeni olduğunun belirtildiği rapora göre, devletler, bu alanda ilk kez yasal düzenleme yapmak zorunda kalmışlardır. Artık, üye devletlerin tümünde cinsel yönelime dayanan ayrımcılık yasağı bulunmaktadır. Ancak devletlerin çoğunda, bu ayrımcılık türüne ilişkin mahkemelere yansıyan davalar seyrek yada yok gibidir. Komisyon bu durumu, bu ayrımcılık yasağının üye devletlerin çoğu için yeni olması ile yakınmacıların cinsel yönelimlerini açıkça ortaya koyma konusundaki kararsızlıklarına bağlamıştır. Bu bağlamda, Avrobarometrenin Ocak 2007'de yaptığı bir anketin verilerini aktaran Komisyon, Avrupalıların yarısına yakınının, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı ülkelerinde yaygın bir uygulama ve tabu sayılan bir konu olarak değerlendirdiklerini belirtmiş ve bu konuda, Adalet Divanı'nın -aşağıda değinilen- iki kararından söz etmiştir.¹⁹⁴

Din yada inançlar konusunda, ayrımcılık yasağının tüm üye devletlerde aktarıldığı, ancak çoğunda koşulların tanımlanmadığı bilgisini veren Komisyon, kimi durumlarda "din" ve "inançlar" arasındaki sınırı belirlemenin "sorunlu" olabileceğini, bu durumun özellikle ya bir dinsel grubun etnik nitelik taşıdığı düşünülmesi yada bir dinin üyelerinin çoğunluğunun özel etnik gruplara üye olması nedeniyle "etnisite"ye bağlı olduğu zaman ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Komisyon'un raporuna göre, birçok üye devlet madde 4/2'deki istisna kuralına uygun düzen-

¹⁹³ CCE, COM(2008) 225 Final/3, Bruxelles, le 2.9.2008.

¹⁹⁴ a.k., s. 3.

lemeler yapmış, kimi devletler ise yönergenin sözlerinin ötesine geçmiş yada belirsiz kalmış, kimileri de bu istisnaya yer vermemeyi yeğlemiştir. ¹⁹⁵

Üye devletlerin büyük bir çoğunluğunun **yaş** temeline dayanan ayrımcılık konusunda ulusal mevzuatı yokken, biri dışında tüm üye devletler bu ayrımcılık türünü yasaklamıştır. Bu ayrımcılığı yasaklayan yeni düzenlemelerin ayrımcı başka düzenlemelere yada toplu sözleşmelere üstün olduğu varsayılırken, yaşa dayalı farklılıklarla ilgili eski düzenlemelerin çoğu yerinde kalmaktadır. Devletlerin çoğunluğu, 6. maddeden esinlenen genel yasal düzenlemelere gitmiştir. Ancak kimi devletler, yaşa dayalı ayrımcılığa 6. maddede öngörülen “haklı gösterme”den daha geniş genel istisnalar getirmiştir. Buna karşılık, 6. maddedeki istisnayı iç hukuka aktarmamışlardır. Devletlerin çoğunda, ulusal düzenlemeler, yaş ile ilgili çeşitli gereklilikler içermektedir. Bunların her birinin, 6. madde ışığında ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Hemen hemen tüm devletlerde, genç işçiler (çalışanlar) ile yaşlı işçileri korumaya yönelik yasal kurallar bulunmaktadır. Temel sorunlardan biri olan *emeklilik* konusundaki ulusal uygulamaların çok değişik olduğunu belirten Komisyon raporuna göre, bir üye devlet hiçbir zorunlu emeklilik yaşı öngörmezken, bir başka üye devlet kamusal ve özel işverenlere belirli bir yaşta emekliliği zorunlu tutma olanağı tanıyabilmektedir. Birçok üye devlette, belirli bir yaşta emeklilik zorunludur ve bu yaşı doldurduktan sonra da çalışan bir işçi, kötü niyetli işten çıkarılmaya karşı korunmaz. ¹⁹⁶

İki yönü bulunan **engelle** dayalı ayrımcılık yasağının “yasak”la ilgili birinci yönü konusunda, tüm üye devletlerin yönergeyi iç hukuka aktardığını, buradaki tek sorunun -yönergede yapılmayan- engel kavramının tanımlanması olduğunu belirten Komisyon, devletlerin yarısına yakınının da özel bir tanım vermediğini eklemektedir. Yasağın, işveren için öngörülen “makul düzenlemeler” yükümlülüğü ile ilgili ikinci yönü konusunda ise, devletlerin çoğunun bu yükümlülüğü iç hukuka aktardığını belirtmektedir. Birçok üye devletin, engelli kişilerin istihdamını “kota” yada “saklı tutulan işler” gibi sistemlere göre düzenlemeyi sürdürdüğünü belirten Komisyon’a göre, bu sistemlerin, makul düzenlemeler ve ayrımcılık görmeme bireysel hakkı zararına uygulanmaması gerekir. ¹⁹⁷

Komisyon, 2000/78 sayılı yönergenin yalnızca istihdam, çalışma ve mesleki eğitim alanlarında uygulanmasına karşın, birçok devletteki dört nedene dayalı ayrımcılığa karşı korumanın daha geniş olduğunu; üye devletlerin çoğunun yönerge gereklerinin ötesinde, tüm ayrımcılık nedenleri yada çoğu için benzer bir koruma uyguladıklarını belirtmektedir.

¹⁹⁵ a.k., s. 4.

¹⁹⁶ a.k., s. 4-6.

¹⁹⁷ a.k., s. 6.

2000/43 sayılı yönergenin öngördüğü işlem eşitliğini geliştirme birimleri de, 2000/78 sayılı yönergenin öngördüğü nedenlere dayalı ayrımcılık durumlarında da yetkili birimler olarak hareket etmektedirler. Bu konudaki egemen model, eşitlik biriminin, işlem eşitliği sorunları üzerinde uzmanlaşmış ve tüm ayrımcılık nedenleriyle ilgilenen bir **eşitlik kurumu** olmasıdır. Birkaç devlet ise, ayrımcılık sorunlarını da ele almak üzere, önceden varolan genel olarak insan hakları sorunlarıyla görevli bir örgütü (genellikle arabulucuyu) seçmiştir. Az sayıda devletin bu konudaki seçimi ise, yalnızca ırk ve etnik kökene bağlı sorunlarla ilgilenen bir eşitlik birimi kurulması olmuştur.¹⁹⁸

Komisyon raporunun “**uygulamaya bağlı sorunlar**” başlıklı bölümünde; üye devletlerin çoğunun “*olumlu eylemler*”e olanak tanıdığı, hepsinin engel ile ilgili olarak bir mevzuatının bulunduğu; ancak bu olumlu eylem önlemlerinin gerçek değerinin Adalet Divanı’nın kararlarıyla belirleneceği, bununla birlikte tüm AB üyelerinde bu kavramın geniş bir kabul görme eğilimi bulunduğu; birçok devletin eşitliğin özendirilmesiyle ilgili genel yada özel yasal yükümlülükler öngördüğü belirtilmektedir.

Yönergenin, “*bilgilerin yayılması ve sosyal diyalog*” ile ilgili kuralları, daha az formel bir yaklaşımla iç hukuka aktarılmış ve devletlerde değişik tepkilere yol açmıştır. Az sayıda devlet, bunu “yasal gereklilik” olarak öngörmüş; iç hukuka aktarma sırasında da, ayrımcılık sorunlarıyla ilgili yoğun tartışmalar yapılmıştır.

“*Kanıtlanma yükümlülüğü ve yaptırımlar*” konusunda; devletlerin çoğu 10. maddeye uygun biçimde bir kural koymuştur. Yalnızca birkaç devlet, bu kuralı tam olarak iç hukukuna aktarmamıştır. Üye devletlerin çoğunda ayrımcılık konusundaki içtihat azlığı, yönergenin henüz aşırı bir yargı kovuşturmasına yol açmadığını ortaya koymaktadır. Öte yandan, potansiyel ayrımcılık mağdurları, henüz haklarının bilincinde değildir. Ocak 2007 Avrobarometre anketine göre, Avrupalıların üçte birinden azı, ayrımcılık mağduru olmaları durumunda haklarının bilincindedir.

Birçok devlette, misillemelere karşı koruma öngören kuralın iç hukuka aktarılması eksik kalmıştır. Tüm devletler, hukuksal, yönetsel yada cezasal yaptırımlar öngörmüş ise de, koruma düzeyi eşit değildir. Komisyon, her üye devlette durumun hoşnut edici olup olmadığını belirlemek amacıyla, yaptırımların düzeyi ve sürenin uzunluğu konusunda karşılaştırmalı bir inceleme yapacağını belirtmiştir.¹⁹⁹

Raporun, “yasal çerçevenin hazırlanması” başlıklı son bölümünde; her iki yönergenin uygulama alanı anımsatıldıktan sonra, 2006’da tamamladığı inceleme-

¹⁹⁸ a.k., s. 7.

¹⁹⁹ a.k., s. 8-9.

nin sonuçlarına göre, devletlerin çoğu varolan Topluluk gereklerinin ötesinde bir yasal koruma biçimi öngörmektedir. Ancak, korumanın kapsamı (genişliği) ve niteliği yönlerinden *üye devletler arasında büyük farklılıklar* bulunmaktadır. Komisyon, bu bilgiler temelinde ve Parlamento'ya karşı önceki yükümlülüklerine uygun olarak, “2008 yıllık siyasal strateji”sinde, emek piyasasının dışında cinsiyet, din, inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temellerine dayanan ayrımcılıkları önlemeye ve bu ayrımcılıklara karşı koymaya yönelik yeni yasal girişimlerde bulunma niyetini açıklamıştır.

Komisyon, varolan hukuksal çerçevenin genişletilmesini amaçlayan bir yönerge önerisi sunarak, bu niyetini gerçekleştirme yolundaki ilk adımını atmıştır. Eşit işlem ilkesini *emek piyasası dışında* da uygulanmasını amaçlayan bir yönerge önerisi kabul edilmesini öngören 2008 çalışma programına uygun olarak, bir yönerge önerisi hazırlayıp yasal girişimde bulunmuştur. Bu girişimin nedeni, -aşağıda da değinileceği üzere- din yada inançlar, yaş, engel yada cinsel yönelim nedenlerine dayalı ayrımcılığa karşı koruma düzeyinin yürürlükteki ırk temeline dayalı ayrımcılığa karşı koruma düzeyinin altında olması olgusudur. Komisyon, bu girişimde bulunurken, ikincillik ve orantılılık ilkelerine bağlı sorunları da göz önünde bulunduracağını eklemiştir. ²⁰⁰

Sonuç olarak, 2000/78 sayılı yönergeyi Avrupa Birliği'nde ayrımcılığa karşı savaşımında önemli bir aşama sayan Komisyon'a göre, yönergenin iç hukuka aktarılması “başarılı” sayılabilir. Devletlerin çoğundaki hukuksal çerçeve eksiksizdir ve başlıca sorun, “uygulama düzeyi”nde ortaya çıkmaktadır. Kendini gösteren özel bir sorun ise, ayrımcılığa karşı yasal düzenlemelere saygı gösterilmesi sorudur. Eksiksiz bir ayrımcılık karşıtı hukuksal çerçeve oluşturulmasının temel öğeleri; mahkemelerde kanıtlama yükümlülüğünün yer (taraf) değiştirmesi, caydırıcı yaptırımlar ve destekleme kuruluşlarının varlığı, özellikle işlevlerini yerine getirmesi için tam yetkili eşitlik birimlerinin kurulmasıdır. ²⁰¹

3. Başvuru Yolları ve Hukukun Uygulanması

2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin ikinci başlıklarında yer alan 6'şar maddede (sırasıyla 7-12 ve 9-14. maddelerde), tüm ayrımcılık biçimlerinin yokluğu anlamında işlem eşitliği ilkesinin ihlal edilmesine karşı “*başvuru yolları ve hukukun uygulanması*” düzenlenmiştir.

Her iki yönergede ortak olan ve Komisyon'un yeni yönerge önerisinde de yinelenen bu kurallar, ırk yada etnik köken ile istihdam ve çalışma alanında din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temellerine dayanan her tür ayrımcılığa karşı savaşım vermek için “genel bir çerçeve” oluşturmayı ve bu ayrımcılıkla-

²⁰⁰ a.k., s. 9-10.

²⁰¹ a.k., s. 10.

rın yokluğu anlamında işlem eşitliği (eşit davranma) ilkesine uygulamada işlerlik kazandırmayı amaçlamaktadır.

a. Yargısal, Yönetmel ve Başka Başvuru Yolları:

Hakların Savunulması

2000/43 sayılı yönergenin 7. ve 2000/78 sayılı yönergenin 9. maddeleri; üye devletlerin, yönerge anlamında ayrımcılık mağduru tüm kişilerin erişebileceği (yararlanabileceği) değişik nitelikli yöntemler konusundaki yükümlülüklerini düzenlemiştir. Buna göre üye devletler, yönergeden kaynaklanan yükümlülüklere saygı gösterilmesini (uyulmasını) amaçlayan yöntemlerin, kendisi hakkında işlem eşitliği ilkesine saygı gösterilmemiş olmasından mağdur olduğu (zarar gördüğü, incindiği) kanısını taşıyan tüm kişilerce erişilebilir olmasına dikkat etmekle yükümlüdürler. Bunlar, *yargısal* ve / yada *yönetmel* yöntemler olabileceği gibi, uygun gördüklerinde *uzlaştırma* yöntemlerini de kapsayabilir. Yönergeler, başvuru yöntemlerinin türünü belirleme konusunda üye devletlere seçme serbestliği tanımıştır. Eşit işlem mağdurları, varsayılan ayrımcılığın ortaya çıktığı ilişkilerin sona ermesinden sonra da, bu yöntemlerden yararlanabilirler (m. 7/1 ve m. 9/1).

Üye devletlere düşen bir başka yükümlülük, örgütlerin de, yakınmacılar için yada onları desteklemek amacıyla yargısal ve/yada yönetmel başvuru yollarını işletebilmelerine dikkat etmesidir. Başvuru yöntemlerinin salt mağdurlarca erişilebilir olması yeterli değildir. *Dernekler, örgütler yada tüzel kişiler* de, ulusal mevzuatın saptadığı ölçütlere uygun olarak, yönergeden kaynaklanan yükümlülüklere saygı gösterilmesini sağlamak için sözü edilen başvuru yollarını işletebilirler, işletebilirler. Ancak anılan örgütlerin, yönerge kurallarına uyulduğunu sağlamada *meşru bir yararı* bulunmalıdır (m. 7/2). Komisyon'un ülkemiz için hazırladığı 2005 İlerleme Raporunda, derneklere dava açma hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir.²⁰² Bunun, yönergelerin uygulamaya konulması konusunda Komisyon'ca hazırlanan raporlarda da, üye devletlerce iç hukuka aktarmada rastlanılan önemli eksikliklerden biri olduğu belirtilmiştir. Yönergelerin yasakladıkları nedenlere dayanan bir ayrımcılığa konu olan kişilerin, başvurabilecekleri uygun hukuksal koruma araçlarının bulunması gerektiğini belirten Başlangıca göre de, daha etkili bir koruma düzeyi sağlamak için derneklere yada (başka) tüzel kişilere de, üye devletlerce belirlenecek kurallara göre, yargı yerlerinde savunma ve temsile ilişkin ulusal usul kurallarına zarar vermeksizin, ayrımcılık kurbanı olan kişi adına yada onu desteklemek için dava açma yetkisi tanınmalıdır (2000/43, parag. 19 ve 2000/78, 29).

2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler, 1. ve 2. fıkra kurallarının, işlem eşitliği ilkesiyle ilgili olarak bir başvuruda bulunmak için tanınan sürelerle ilişkin ulusal kurallara zarar vermeyeceğini belirtmiştir (m. 7/3 ve m. 9/3).

²⁰² Bkz.: Beşinci Bölüm, s. 500.

Bir üye devlet yönergeleri ulusal hukuka gerektiği gibi taşımamış olsa da, kişiler yönerge kurallarının sağladığı korumadan yararlanabilirler. ²⁰³ Kuralları açık, belirli ve koşulsuz olan bir yönerge, süresi içinde hiç yada doğru biçimde iç hukuka aktarılmamışsa, üye devletin yargı organları önünde *doğrudan* ileri sürülebilir (doğrudan dikey etki). Bununla birlikte bu dikey etki, yalnızca kamusal bir organa yada örneğin yerel otoriteler (yönetimler), polis yada hatta devlet denetimi altında kamusal hizmetler gören özel işletmeler (devlete ait gaz tekeli yada özelleştirilmiş bir telefon işletmesi) gibi devletten kaynaklanan birimlere karşı yapılan yakınmalarda söz konusu olur ve uygulanır. Buna karşılık ATAD kararlarına göre, yönergenin “doğrudan yatay etkisi” bulunmadığından, bir kişiye yada özel bir organa karşı ileri sürülmesine olanak yoktur. ²⁰⁴

b. Kanıtlama Yükümlülüğü

2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin kanıtlama yükümlülüğünü düzenleyen 8. ve 10. maddelerine göre, üye devletler, yargı sistemlerine uygun olarak, bir kişinin (davacının) işlem eşitliği ilkesine kendisi hakkında uyulmamasından incindiği (mağdur olduğu, zarar gördüğü) kanısında olması ve doğrudan yada dolaylı bir ayrımcılık bulunduğunu varsayma olanağı veren *olguları ortaya koyması* durumunda, işlem eşitliği ilkesinin çiğnenmediğini kanıtlanmanın *davalı tarafa* (işverene) düşmesi için gerekli önlemleri alırlar (m. 8/1 ve m. 10/1). Böylece yakınmacının (ayrımcı işlem mağduru davacı işçinin) ayrımcılık yapıldığını düşünmeye yol açacak olayların bulunduğunu ileri sürmesi durumunda, işlem eşitliği ilkesinin çiğnenmediğini kanıtlama yükümlülüğü karşı tarafa (davalıya) düşmektedir. Bu fıkra, üye devletlerin, yakınmacılar için daha elverişli kanıtlama kuralları koymalarına engel olmaz ve ceza davalarında uygulanmaz (m. 8/2, 3 ve m. 10/2, 3). Kanıtlama yükümlülüğü kurallarının tüm ayrımcılık türleri için geçerli olduğuna kuşku yoktur.

Bu üç fıkra, madde 7/2 ve madde 9/2 uyarınca dernekler, örgütler ve tüzel kişilerce açılan tüm davalarda da uygulanır (m. 8/4 ve m. 10/4). Üye devletlerin, olayların soruşturulmasının yargıya yada yetkili birime (organa) düştüğü davalarda, 1. fıkrayı uygulamaması olanaklıdır (m. 8/5 ve m. 10/5). Bu davalarda, *davacı taraf* kanıtlama yükümlülüğünden (olayların kanıtlanmasından) başışık tutulmuştur. Başlangıca göre, bir *ayrımcılık karinesinin* varlığından itibaren kanıtlama yükümlülüğüyle ilgili kuralların düzenlenmesi gerekir ve bu durumun doğrulandığı durumlarda, eşit işlem ilkesinin gerçekten uygulamaya konulması, kanıtlama yükümlülüğünün davalı tarafa (işverene) düşmesini gerektirir (parag. 21 ve parag. 31). Bununla birlikte, 2000/78 sayılı yönerge bağlamında, davalı, davacının

²⁰³ Rapport Annuel 2005, s. 9.

²⁰⁴ http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/faq/faq15_fr.htm, erişim: 27.07.2007. Ayrıca bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, s. 81-82.

belli bir dinden olduğunu, belli inançları taşıdığını, belli bir engelinin bulunduğunu, belli bir yaşta olduğunu yada belli bir cinsel yöneliminin bulunduğunu kanıtlamakla yükümlü değildir (parag. 31, 2. cümle). Üye devletler, olayların soruşturulmasının yargıya yada yetkili organa düştüğü davalarda, kanıtlama yükümlülüğüyle ilgili kuralları uygulamayabilirler (parag. 22 ve parag. 32). Komisyon'un yeni yönerge önerisinin başlangıcında da açıklandığı gibi, kanıtlama yükümlülüğü ile ilgili kuralların düzenlenmesi, eğer bir ayrımcılık karinesi varsa ve bu durum doğrulanıyorsa, işlem eşitliği ilkesinin etkili uygulaması kanıtlama yükümlülüğünün davalıya düşmesini gerektirir (parag. 24).

Her iki yönergenin Başlangıcına göre, doğrudan yada dolaylı bir ayrımcılık bulunduğu varsayılmasına olanak veren olayların değerlendirmesini yapmak, ulusal yargı organına yada ulusal hukuka veya ulusal uygulamalara uygun olarak yetkili bir başka organa düşer. Dolaylı ayrımcılığın, istatistiksel verileri de kapsam üzere, tüm yollarla saptanabileceği öngörülebilir (parag. 15).

2000 yönergelerinin kanıtlama yükümlülüğü konusundaki bu ortak düzenlemesinden, kimi zaman “yükümlülüğün paylaşılması” biçiminde söz edildiği görülebilmektedir. Kanımca, burada, kanıtlama yükümlülüğünün, -nasıl gerçekleştirilebileceği de tartışmaya açık olan- “eşit” bir paylaşılması söz konusu değildir. Yükümlülük, asıl olarak işverene düşer; ancak, bundan önce işçiden, *ayrımcılık bulunduğunu varsayma olanağı veren olguları ortaya koyması* istenmektedir. Dolayısıyla bunu “paylaşırma” değil, “tersine çevirme” olarak değerlendirmek doğru olur. Paylaştırmadan ise, yükümlülüğün küçük bir bölümünün işçide kalması anlamında, olsa olsa “kısmen” söz edilebilir.

c. Misillemelere Karşı Koruma

Yönergelerin önemli kurallarından biri, ayrımcılık uygulaması nedeniyle yakınlarda bulunan yada dava açan kişilere yönelik **misillemelere karşı koruma** getirmiş olmalarıdır. Üye devletlerin, işlem eşitliği ilkesine saygı gösterilmesini amaçlayan bir yakınma yada bir davaya tepki olarak ortaya konulan her tür işleme yada elverişsiz sonuca karşı kişileri korumak için iç hukuk sistemlerinde gerekli önlemleri almaları öngörülmüştür (m. 9 ve m. 11). Başlangıçta da, eşitlik ilkesinin eylemli olarak uygulanmasının, misillemelere karşı uygun bir hukuksal koruma gerektirdiği belirtilmiştir (2000/43, parag. 20 ve 2000/78, parag. 30). Özel yada kamusal işverenin, yönergenin saydığı konulardan birine ilişkin ayrımcı işlemine karşı hak arama yollarına başvuran işçinin doğrudan ve / yada dolaylı tepkisel misillemelere karşı etkili biçimde korunması, yönerge anlamında işlem eşitliğini uygulamada gerçekleştirmenin önemli bir ögesidir. Bu korumanın, yönergenin tanımladığı dört ayrımcılık biçimi için de geçerli olduğu açıktır.

11. maddede düzenlenen *misillemelere karşı korumaya* ilişkin kuralda ise, sağlanan korumanın içeriğiyle ilgili (yönergenin konusuna uyarlamadan ileri ge-

len) bir değişiklik söz konusudur. Buna göre üye devletler, çalışanları *her tür iş-ten çıkarmaya* yada -ayırıcı uygulamalar nedeniyle- işletme düzeyinde yapılan bir yakınmaya yada işlem eşitliği ilkesine saygı göstermeyi amaçlayan bir dava açma eylemine misilleme / tepki olarak işverence gerçekleştirilen başka her tür elverişsiz işleme karşı korumak için, iç hukuk sistemlerinde gerekli önlemleri alırlar.

d. Bilginin Yayılması

Yönergeler, “bilginin yayılması” başlıklı maddelerinde, ayrımcılığı önlemenin hukukla sınırlı bir sorun olmadığını gördükleri için, ayrımcılık karşıtı hukuku yaşama geçirmenin önemli araç ve yollarından biri olarak *eğitime* yer vermişlerdir. Üye devletler için, yönergenin uygulanması amacıyla kabul edilen kurallar ile bu alanda daha önce yürürlükte olan kuralları, tüm uygun araçlarla ve tüm ülkede ilgili kişilerin bilgisine sunma yükümlülüğü vardır (m. 10 ve m. 12).

Yönergelerin, kanımca anlatımı yetersiz olan bu kuralı, öğretim ve bilgilendirmeyi aşan bir yaklaşımla okunmalı ve bu alanda *insan hakları eğitimi* yapılmasına olanak veren bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir. Kamusal kurum ve kuruluşların yanı sıra, sendikal ve sivil örgütler de yönerge konusundaki bilgilendirme ve eğitime katkıda bulunmalı, ama aynı zamanda bu eğitimin hedef kitlelerinin başında yer aldıklarını da unutmamalıdır.

e. Sosyal Diyalog

Genel işlem eşitliği ilkesinin ve bu ilke kapsamında yer alan ırk yada etnik köken ile istihdam ve çalışma alanında din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim nedenlerine dayalı ayrımcılık yasağının yaşama geçirilmesinde sosyal ortaklara önemli görev ve sorumluluklar düştüğü açıktır. Başlangıç, üye devletlerin sosyal ortaklar arasında ve hükümet dışı örgütler ile diyalogu özendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (2000/43, parag. 23 ve 2000/78, parag. 33). Yönergelerin 11. ve 13. maddeleri, bunu göz önüne alarak, üye devletlerin ulusal gelenek ve uygulamalarına uygun olarak, *sosyal ortaklar arasındaki diyalogu* alacakları uygun önlemlerle desteklemelerini öngörmüştür. Ayrımcılık yasağı konusundaki bu sosyal diyalogun amacı, işyerindeki uygulamaların gözetilmesi (denetlenmesi) yolunu da kapsamak üzere, işlem eşitliğinin toplu sözleşmeler, davranış kuralları ve deneyim ile iyi uygulamaların araştırılması yada değişimi yollarıyla desteklenmesidir.

Üye devletlerin bu alandaki bir başka yükümlülüğü, sosyal ortakları, özerkliklerine zarar vermeksizin, uygun düzeyde, toplu pazarlıkların uygulama alanına giren her iki yönergenin 3. maddesindeki alanlarda ayrımcılık gözetmeme kuralları içeren anlaşmalar (toplular iş sözleşmeleri) bağlatmaya (yada sözleşmelere yönerge doğrultusunda ayrımcılık yasağı öngören maddeler koymaya) özendirme. Bu anlaşmaların, yönergenin ve yönergeyi ulusal hukuka aktaran önlemlerin belirlediği “asgari gereklilikler”e uyması gerekir (m. 11/1, 2 ve m. 13/1, 2). Kanımca, bu yöntemle daha ileri koruma sağlayan kurallar konulması, kuşkusuz olanaklıdır.

f. Hükümetdışı Örgütlerle Diyalog

Üye devletlerin, ilgili hükümetdışı örgütlerle de diyalogu destekleme yükümlülüğü vardır. İşlem eşitliği ilkesini geliştirmek ereğiyle, her iki yönergede öngörülen nedenlere dayalı tüm ayrımcılıklara karşı savaşıma katkıda bulunmakta “meşru bir yararı” bulunan hükümetler dışı kuruluşların, ulusal uygulama ve düzenlemelere uygun olarak desteklenmesi öngörülmüştür (m. 12 ve 14).

4. 2000 Yönergelerine İlişkin Adalet Divanı Kararları

Ayrımcılık karşıtı 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler, bir yandan -daha önce de değinildiği gibi- üye devletlerce süresi içinde ve gerektiği gibi iç hukuka aktarılmamış olmaları, öte yandan da kimi kurallarına aykırı uygulamalar nedeniyle Adalet Divanı'nın kararlarına konu olmuştur.

a. 2000 Yönergelerinin İç Hukuka

Aktarılmamasına İlişkin Kararlar

2000/78 sayılı istihdam alanında eşitlik yönergesinin, öngördüğü sürenin sonunda kimi üye devletlerce iç hukuka aktarılmamış olması nedeniyle de, Komisyon'ca davalar açılmıştır. ²⁰⁵ Üç aşamalı olan süreç, Komisyon'ca alınan resmi kararlarla işlemekte ve yönergenin gerektiği gibi iç hukuka aktarılmamasının sürmesi durumunda, Divan'a başvurulmasıyla sonuçlanmaktadır. ²⁰⁶

Birincil ve türevsel hukukun uygulanmasını gözeten, bu bağlamda yönergeleri iç hukukuna aktarmayan yada tam olarak uygulamayan üye devletlere karşı “Antlaşmaların bekçisi” olarak Adalet Divanı'na başvurma yetkisi bulunan Avrupa Komisyonu, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeleri süresi içinde iç hukuklarına aktarmayan kimi üye devletlere karşı Divan'a başvurdu. ²⁰⁷ 2000/43 sayılı yönergeyi de süresi içinde iç hukuka taşımamış olmaktan Divan'ca cezaya çarptırılmış olan bu devletler; Avusturya, Almanya, Finlandiya, Yunanistan ve Lüksemburg idi.

²⁰⁵ IP/04/1512, Bruxelles, 20 décembre 2004.

²⁰⁶ Komisyon, bu sürecin ilk aşamasında, üye devlete bir *mektup* (yazılı uyarı, ihtarname) gönderir ve mektupta, yönergenin hangi nedenle iç hukuka tam olarak aktarılmadığını genel olarak açıklar (mise en demeure). Bu, ilk “uyarı mektubu” olarak nitelenebilir. Üye devlet, iki ay içinde buna yanıt vermezse yada yanıtı Komisyon için inandırıcı değilse, sürecin ikinci aşamasına geçilir. Bu aşamada Komisyon, ilgili üye devlete “*gerekçeli bir görüş*” (avis motivé) gönderir ve yönergeye uyumsuzluğun hukuksal gerekçelerini ayrıntılı olarak açıklar. Komisyon, üye devletin iki ay içinde vereceği yanıtı inandırıcı bulmazsa ve yönergenin gerektiği gibi iç hukuka aktarılmadığı kanısını sürdürüyorsa, Divan'a başvurur (MEMO/08/69, 31 janvier 2008).

²⁰⁷ Komisyon bu davaları, temel görevlerinden biri olan “üye devletlerin Antlaşmalara ve türevsel hukuka uymalarını sağlamak, ATAD ile birlikte Topluluk hukukuna saygı gösterilmesini gözetmek” bağlamında açmıştır (Bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, s. 27 ve 28-29).

ATAD, 24 Nisan 2005 tarihli kararıyla, **Almanya**'nın 2000/43 sayılı yönergeyi öngörülen süre içinde (19 Temmuz 2003'te) iç hukukuna aktarmamış olması nedeniyle, Avrupa Birliği mevzuatını çiğnemekten mahkum etmiştir. Komisyon'un, Avrupa Topluluğu Antlaşması'na (m. 226) dayanarak 29 Temmuz 2004 tarihinde açtığı dava üzerine Divan (5. Daire), 28 Nisan 2005 tarihli kararında, adı geçen yönergeye uygun olarak öngörülen süre içinde gerekli yasal, yürütmesel ve yönetsel kuralları kabul etmeyerek yönergeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmediği için, 23 Şubat 2006 tarihli kararıyla Almanya'yı tazminat ödemesine karar vermiştir. ^{208, 209}

Komisyon, Almanya'nın 2000/78 sayılı yönergeyi de öngördüğü süre içinde ulusal hukukuna aktarmamış olması nedeniyle, Avrupa Topluluğu Antlaşması'na (m. 226) dayanarak 3 Şubat 2005 tarihinde dava açmıştır. Divan (4. Daire), bu yönergeye uygun olarak öngörülen süre içinde (2 Aralık 2003'e değin) gerekli yasal, yürütmesel ve yönetsel kuralları kabul etmeyerek yönerge gereğince üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmediği için, 23 Şubat 2006 tarihli kararıyla Almanya'yı tazminat ödemeye mahkum etmiştir. ²¹⁰

Adalet Divanı, Komisyon'un, aynı tarihte (27 Temmuz 2004'te) **Finlandiya** ve **Lüksemburg**'a karşı 2000/43 sayılı yönergeyi süresi içinde iç hukuklarına taşımamış olmaları nedeniyle açtığı davalarda da, bu iki üye ülkeyi, tazminatı da içermek üzere 24 Şubat 2005 tarihli kararlarıyla mahkum etmiştir. ^{211, 212}

²⁰⁸ <http://curia.eu.int/jurisp/egi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=79949571C19040329&doc=T&au...> erişim: 08.06.2005.

²⁰⁹ Komisyon; 2000/43 sayılı yönergenin 16. maddesi uyarınca iç hukuka aktarma yükümlülüğünün dolduğu 19 Temmuz 2003'ten sonra, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 226. maddesine uygun olarak 5 Şubat 2004 tarihinde **Almanya**'yı iki aylık süre içinde gerekli önlemleri almaya çağırmıştır. Almanya ise, 6 Nisan 2004 tarihli yanıtında, Parlamento'ya sunulmadan önce Mayıs 2004'te bir yasa tasarisinin Bakanlar Kurulu'nda kabul edileceğini bildirmiştir. Bunun dışında Almanya'dan başka hiçbir bilgi alamayan Komisyon, 29 Temmuz 2004'te dava açmıştır.

Almanya hükümeti savunmasında, 2005 yılının başında yürürlüğe girebilecek ayrımcılığa karşı korumaya ilişkin bir yasa çerçevesinde yönergenin iç hukuka aktarılmasını sonuçlandırmaya yönelik önlemlerin kabul edileceğini ileri sürmüştü ve böylece aynı zamanda, 2000/78 sayılı yönergenin de iç hukuka aktarılacağını belirtmiştir.

Ancak Divan, yerleşik kararını anımsatarak, bir üye devletçe yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin gerekçeli görüşte (*avis motivé*) saptanmış sürenin sonundaki duruma göre değerlendirilmesi ve daha sonra ortaya çıkan değişikliklerin Divan'ca göz önüne alınmaması gerektiğini belirtmiş ve, yönergenin iç hukuka eksiksiz aktarılmasını sağlamaya yönelik önlemlerin süresi içinde alınmamış olması nedeniyle davayı haklı bulmuş ve Almanya'yı, dava yönetmeliğinin 69. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tazminat ödemesini de içerecek biçimde mahkum etmiştir.

²¹⁰ CJCE, Affaire 43/05, arrêt de la Cour du 23 février 2006.

²¹¹ <http://curia.eu.int/jurisp/egi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=79949571C19040329&doc=T&au...> erişim: 08.06.2005.

²¹² Her iki devletin savunması aynı gerekçelere dayanıyordu: **Finlandiya** yetkilileri, Aland eyaleti hükümetinde yönergenin aktarılmasının hazırlanmakta olduğunu bildirirken; **Lüksemburg** hükümeti de, bir yasa tasarisinin parlamentonun oylamasına sunulduğu bilgisini Komisyon'a iletti. Her iki üye devletten başka bir bilgi alamayan Komisyon davayı açmış ve Divan da anılan kararlarını vermiştir.

Divan, 2000/43 sayılı yönergeyi süresi içinde iç hukukuna taşıma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle, **Avusturya** hükümetini de, tazminat ödemeyi de kapsamak üzere 4 Mayıs 2005 tarihli kararıyla mahkum etmiştir.^{213,214}

Komisyon, 2008 başlarındaki durum itibarıyla, 2000/78 sayılı yönergeyi tam olarak iç hukukuna aktarmayan on -ve Almanya ile onbir- üye devlete, ilk uyarı mektubunun ardından, 31 Ocak 2008'de "gerekçeli görüşler" göndermiştir. Bu devletler; **Çek Cumhuriyeti, Estonya, İrlanda, Yunanistan, Fransa**,²¹⁵ **Macaristan, Malta, Hollanda, Finlandiya ve İsveç**'tir.²¹⁶ Komisyon, her devlete gönderdiği gerekçeli görüşte, her birinin yönergenin hangi kurallarını iç hukuka aktarmada aykırılık ve / yada eksiklikler bulunduğunu gerekçeleriyle açıklamıştır.

²¹³ <http://curia.eu.int/jurisp/egi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=79949571C19040329&doc=T&au...> erişim: 08.06.2005.

²¹⁴ Komisyon, 5 Şubat 2004 tarihli gerekçeli görüşüyle, **Avusturya**'yı bu tarihten başlayarak iki ay içinde gerekli önlemleri almaya çağıran bir yazı göndermişti. Avusturya yetkilileri, 26 Mart 2004'te yazdan önce kabul edilmesi ve 2004'ün ikinci üç ayının sonundan önce yürürlüğe girmesi olasılığı bulunan yasalarla iç hukuka aktarılacağı yolundaki bilgi dışında başka hiçbir bilgi vermedi. Hükümet, federal devletle ilgili olarak yönergenin iç hukuka aktarıldığını belirtip, çeşitli federe devletlerdeki (Länder) duruma ilişkin ayrıntılı bilgi verdi ve davanın kısmen reddedilmesini istedi.

Divan bu konudaki yerleşik içtihadını anımsattı ve bir yönergenin öngördüğü yükümlülük ve sürele uymamasını haklı göstermek için, federal örgütlenmesinden ileri gelenlerini de kapsamak üzere iç hukuk düzeninin kural, uygulama yada durumlarını ileri süremeyeceğini vurguladı. Bir üye devlet, iç/ulusal planda normatif yetkilerini dilediği gibi bölüştürmekte özgür olsa da, Topluluğa karşı, Topluluk hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine saygı gösterilmesinden tek başına sorumlu kalır.

Yine, yerleşik başka bir içtihadı göre de, bir devletin yükümlülüğünü yerine getirmemesinin, gerekçeli Komisyon görüşünde saptanan sürenin sonundaki durumun sunduğu gibi üye devletin durumuna göre değerlendirilmesi gerekir. Daha sonra ortaya çıkan değişiklikler, dava konusu olan yönergenin doğru biçimde aktarıldığının saptanmasına karşın, göz önüne alınmaz. Bu nedenle, Avusturya, kimi federe devletlerde gerekli tüm aktarma önlemlerinin süresi içinde henüz alınmamış olması ve daha önce alınan önlemlerin de iki aylık sürenin dolmasından sonra (28 Temmuz ve 1 Eylül 2004) Komisyon'a bildirilmiş olması nedeniyle, yönergeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmedi. Komisyon'ca açılan davayı haklı bulan Divan da, Avusturya'yı yönergeye aykırı davranmaktan mahkum etti.

²¹⁵ **Fransa**, Komisyon'un anımsatmalarına karşın süresi içinde ve gerektiği gibi iç hukukuna aktarmadığı üç yönergeyi (2000/78, 2002/73 ve 2004/113 sayılı yönergeleri ve ayrıca kısmen 2006/54 sayılı yönergeyi) iç hukukuna taşımak için 2008/496 sayılı yasayı 15 Mayıs 2008 tarihinde kabul etmiştir. Ayrımcılıklara karşı savaşım alanında Topluluk hukukuna uyum kuralları başlıklı bu yasa, "ivedi" notuyla 27 Mayıs 2008'de resmi gazetede yayımlanmıştır.

Lanquetin'e göre, Fransa ayrımcılıklara karşı savaşım hukukunu çeşitli kereler tamamlamış ise de, eşit işlem ve ayrımcılık gözetmemeye ilişkin yönergeleri iç hukuka aktarma alanında Topluluk hukukunun gereklerine Fransız direnmeleri olan "unutkanlıklar" olmuştur ve bu yasa, bir dizi Topluluk gereğine uygundur, ama *tam bir uygunluk yoktur* (Ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Marie-Thérèse Lanquetin, "Discriminations: la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008", **Droit social**, No 7-8, Juillet-Août 2008, s. 778-788.

²¹⁶ MEMO/08/68, 31 janvier 2008.

Komisyron'un gözlemlediği -yaygın yada ortak nitelik taşıyan- başlıca boşluk ve uyumsuzluklardan kimileri şunlardır:

- Ulusal mevzuatın uygulandığı kişilerin ve alanların, yönergede öngörülenlere oranla daha sınırlı olması (örneğin, kamu görevlilerinin ücretsiz işlere erişmelerinin korunmasının her zaman sağlanmaması);
- Kimi ayrımcılık türlerine ilişkin tanımların (özellikle dolaylı ayrımcılık, taciz ve emir vererek ayrımcılık uygulatma kavramlarının tanımlarının) yönergedekinden farklı olması;
- Engelli kişiler için işveren yükümlülüğü olarak öngörülen makul düzenlemelerin gerektiği gibi aktarılmaması;
- Ayrımcılık mağdurlarına yardım edilmesine yönelik kurallardaki uyumsuzluklar (örneğin kanıtlanma yükümlülüğünün tersine çevrilmesi (kısmen paylaşılması), özellikle derneklerin mağdurlara başvuru- larında yardımcı olma hakkı).²¹⁷

Yine 31 Ocak 2008 tarihinde, sürecin ilk aşaması olarak **Almanya**'ya gönderilen Komisyon mektubunda ise, Komisyonu kaygılandıran yönergeye aykırılıklar şöyle sıralanmıştır:

- Ulusal mevzuatın işten çıkarmaları kapsam dışında tutması;
- İşverence engelli kişiler için sağlanması gereken korumanın yetersiz olması (yalnızca büyük bir engeli olan işçiler için makul düzenleme yükümlülüğünün bulunması);
- Yakınma için öngörülen iki aylık sürenin çok kısa olması;
- Hükümetdışı kuruluşların davalarda mağdurları savunma hakkının sınırlandırılması;
- Yaşa dayalı ayrımcılık yasağı istisnasının, yönergenin gerektirdiği bir koşulu içermemesi.²¹⁸

Komisyon, öteki üye devletlerin mevzuatının incelemesini henüz bitirmemiştir ve süreç onbir devletin bulunduğu aşamaya gelmemiştir. Kimi durumlarda, üye devletlerce yeni bir ulusal yasal düzenleme yapılmakta ve bunun Komisyon'ca incelenmesi de zaman gerektirmektedir. Kimi durumlarda ise, yeni sorunlar (uyumsuzluklar) saptanmakta ve bu da, **Letonya ve Litvanya** için olduğu gibi, ek bir uyarı mektubu gönderilmesini zorunlu kılmaktadır.²¹⁹

²¹⁷ IP/08/155, Bruxelles, le 31 janvier 2008.

²¹⁸ MEMO/08/68, 31 janvier 2008. Komisyon, çok kısıtlayıcı ayrımcılık tanımı yapması ve yaşa dayalı ayrımcılık yasağında çok geniş istisnalara yer vermesi nedeniyle Letonya'ya ve yine yaşa dayalı ayrımcılık yasağında çok geniş istisnalara yer vermesi nedeniyle Litvanya'ya ek mektuplar göndermiştir.

²¹⁹ MEMO/08/69, 31 janvier 2008.

31 Ocak 2008 tarihinde yapılan açıklamalara göre; Komisyon ilk kez Aralık 2006'da, onyediy üye devlete uyarı mektupları göndererek süreci başlatmıştır. Yönergeyi gerektiği gibi iç hukuka aktarmadıkları için **Slovenya ve Kıbrıs**'a karşı da başlatılan süreç, bu iki ülkenin Komisyon'un belirttiği kaygıları karşılayan yeni yasal düzenlemeler yapması nedeniyle, Aralık 2007'de kapatılmıştır. **Belçika ve Slovakya**'ya karşı, sürecin ilk aşaması başlatılmıştır. Ancak bu iki ülke, yeni bir yasal düzenleme yapmıştır. Sürecin ilk aşamasının başlatıldığı ve izleyen aşamalarının sürdürüldüğü öteki ülkeler de; **Danimarka, İtalya, İspanya, Polonya, Portekiz ve Birleşik Krallık**'tır. Komisyon; yönergeyi iç hukuklarına taşıyan **Avusturya, Bulgaristan, Lüksemburg ve Romanya**'nın yasal düzenlemelerinin incelemesini sürdürüyordu. ²²⁰

b. 2000/78 Sayılı Yönergenin Uygulanmasına İlişkin

Yeni Kararlardan Örnekler

Adalet Divanı'nın, üye devletlerce iç hukuka tam olarak aktarılmasında ve aktarılmış olanların da gerektiği gibi uygulanmasında sorunlar bulunan 2000/78 sayılı yönergeye ilişkin ilk kararlarından kimileri, ²²¹ bir yandan bu yönergenin ilgili kurallarının nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiği konusunda bilgiler vermekte, öte yandan da ulusal hukuk düzenlerine taşınmasında özellikle karşılaşılan güçlüklerin yasaklanan ayrımcılık nedenleri yönünden hangi noktalar üzerinde toplandığını göstermektedir. ²²²

Adalet Divanı'nın **Maruko** davasında verdiği 1 Nisan 2008 tarihli kararı, ²²³ Komisyon'un üye devletlerin 2000/78 sayılı yönergeyi iç hukuka aktarmakta karşılaştıkları güçlüklerin başında geldiğini belirttiği ayrımcılık nedenlerinden biri olan "cinsel yönelim" ile ilgilidir. Ancak kararda, aynı zamanda, özel bir emeklilik rejimi çerçevesinde yapılan ödemelerin 141. madde anlamında ücret sayılıp sayılmayacağı sorunu da ele alınmıştır.

İlk olarak Adalet Divanı; genel olarak uygulanan ulusal düzenleme gereğince yapılan sosyal ödemelere ek olmak amacıyla, belirli bir çalışan kesimi (tiyatro çalışanları) için bir toplu iş sözleşmesiyle oluşturulan *özel bir sosyal koruma (güven-*

²²⁰ IP/08/155, Bruxelles, 31 janvier 2008.

²²¹ Divan bu kararlarını, ulusal yargı yerlerinin, önlerindeki asıl davada verecekleri karar öncesinde kendisine yaptıkları başvurular üzerine vermiştir.

²²² Bu kararlar, Komisyon'un 2000/78 sayılı yönergenin uygulanmasına ilişkin bildirisinde çok kısa olarak özetlenmiştir. Bkz.: CCE, COM(2008) 225 Final/3, Bruxelles, le 2.9.2008, s. 3-7.

²²³ CJCE, Affaire C-267/06, Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, La Cour (grande chambre), demande de décision préjudicielle, arrêt du 1^{er} avril 2008; Kararla ilgili eleştirileri ve değerlendirmeleri ve Fransa'daki durumla karşılaştırma konusunda bkz.: Jean-Philippe Lhernould, "Les droits sociaux des couples homosexuels", **Droit social**, No: 6, juin 2008, s. 712-719.

lik) rejimi çerçevesinde (sağ kalana) yapılan ödemeleri, daha önceki kararlarına da göndermede bulunarak, ²²⁴ Antlaşma'nın 141. maddesi anlamında "ücret" olarak nitelendirmiş ve 2000/78 sayılı yönergenin uygulama alanına girdiğine karar vermiştir. Özetle Divan, bu rejimin özel bir emeklilik sandığına yönetildiğini, yalnızca bu sektörün işçi ve işverenlerince finanse edildiğini ve hiçbir kamusal katkı olmadığını, sağ kalana ödenen tutarın (dulluk aylığının) işçinin verdiği ödentilerin (primlerin) toplam tutarına ve üyelik süresine göre belirlendiğini (iş ilişkisine dayandığını) göz önüne alarak bu sonuca varmıştır (parag. 49-51, 53-57, 61). Divan'a göre, sandığın kamusal bir organ yada üyeliğin zorunlu olmasının önemi yoktur.

Maruko davasında çözülmesi istenen ikinci uyumsuzluk konusu, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa ilişkindir. Tiyatro giysi kreatörü olan bir eşcinsel ile yaşam birlikteliği (partenariat de vie) ²²⁵ kuran Maruko, sandığa katkıda bulunan partönerinin ölümü üzerine sandıktan dulluk ödeneği (aylığı) istemiş, ancak bu isteği "evlilik birliği"nin bulunmadığı -dolayısıyla "eş" olmadığı- gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Böylece, sağ kalanın alacağı dulluk ödeneği bağlamında, aynı cinsiyetten olanların "yaşam birlikteliği" ve ayrı cinsiyetten olanların "evliliği" arasında cinsel yönelime dayalı bir ayrımcılık sorunu çıkmıştır. Divan; evlilik ve iki eşcinselin yaşam birlikteliği sorunlarının üye devletlerin ulusal yetki alanlarında kaldığını göz önüne almakla birlikte, 2000/78 sayılı yönergenin 1. ve 2. maddeleri çerçevesinde şu sonuca varmıştır: Ulusal hukukun, dulluk ödeneği (aylığı) ile ilgili olarak, yaşam birlikteliği aynı cinsten olan kişilerin (eşcinsellerin) durumunu "evli" eşlerin durumuna yaklaştırmış olmasına karşın, ²²⁶ birlikte yaşadığı kişinin ölümünden sonra, sağ kalan "partöner" in sağ kalan bir "eş" e verilen dulluk ödeneğine eşdeğer bir ödenek (aylık) almaması, 2000/78 sayılı yönergeyle bağdaşmaz. Söz konusu ayrımcılık, kanıtlanması gerekmeyen "doğrudan" bir ayrımcılıktır.

Divan'ın bu kararının, evli olmayan eşlerin her tür korunmasını kabul etmeyen 2000/78 sayılı yönerge öncesindeki kararları karşısında önemli bir evrim niteliği taşıdığı ve ilerleme oluşturduğu belirtilmektedir. Ancak karar, "evlilik" ve "yaşam birlikteliği" durumlarının karşılaştırılabilir olması kaydını aramıştır. ²²⁷ Evliliğe seçe-

²²⁴ CJCE, Arrêt du 6 octobre 1993, Ten Oever, C-109/91, Rec. s. I-4879, parag. 8; CJCE, arrêt du 28 septembre 1994, Beune, C-7/93, Rec. p. I-4471, parag. 21.

²²⁵ Yaşam birlikteliğinde; "birlikte yaşayanlar, karşılıklı olarak birbirlerine yardımda bulunmak zorundadır ve karşılıklı olarak birbirlerine karşı sorumluluklar üstlenmişlerdir." Bu, "evlilik" kurumuna erişimleri kabul edilmeyen eşcinsel çiftler için öngörülmüş evliliğin seçeneği olan bir formüldür (Jean-Philippe Lhernould, **a.g.m.**, s. 712-713).

²²⁶ 15 Aralık 2004 tarihli bir yasa, sosyal güvenlik yasasında yaptığı değişikliklerle, yasal emeklilik rejimi konusunda, dul aylığı ile ilgili olarak, "yaşam birlikteliği"ni -özdeş olmamakla birlikte- "evlilik"e, aynı cinsiyetten olan kişileri de eşlere benzetmiştir (parag. 68-69). Oysa, özel emeklilik rejimi, sağ kalanın bu ödemededen yararlanma hakkını, "evli eşler" ile sınırlı tutmuştur. Bu da, cinsel yönelime dayalı bir ayrımcılık oluşturur ve yönergeye aykırıdır.

²²⁷ Jean-Philippe Lhernould, **a.g.m.**, s. 714.

nek olan ve eşcinsel çiftlere açık olan birlik (birliktelik) biçimlerinin, uyumsuzluk konusu olan avantaj (sosyal güvenlik yardımı) açısından karşılaştırılabilirliği için birbirine yeterince benzeyip benzemediğine karar verme yetkisi ulusal yargıçlarıdır. Karardaki anlatımla; sağ kalan “partöner”in, söz konusu mesleki rejimin öngör­düğü dulluk ödemesinden yararlanan bir “eş”in durumuna benzer bir durumda olup olmadığını araştırıp doğrulama, (ulusal) üst yargı yerine düşer (parag. 73).

Divan’ın 22 Kasım 2005 tarihli **Mangold** kararı da, ²²⁸ 2000/78’in yasak­ladığı ve üye devletlerin, öteki nedenlere oranla ulusal hukuka aktarmakta görece daha çok güçlüklerle karşılaştığı “yaş” nedeniyle yapılan ayrımcılıkla ilgilidir. İnsan hakları sözleşmelerinin yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusundaki kurallarını ve Avrupa Konseyi’nin 10-11 Aralık 1999 Helsinki toplantısında onayladığı “*istihdam için yönlendirici ilkeler, 2000*”de, yaşlı çalışanların çalışma yaşamına daha çok katılmaları için özel bir dikkat gösterilmesi zorunluluğunu vurguladığını anımsatan (parag. 8) Adalet Divanı’na göre, yaşa dayalı ayrımcılık yapılmaması *Topluluk hukukunun genel bir ilkesidir* (parag. 75). Genel olarak eşit işlem ilkesine ve özel olarak da bu ilkeye saygı gösterilmesi ise, yönergeyi iç hukuka aktarma süresinin dolmasına bağlı değildir (parag. 76).

Bu davaya konu olan bir Alman yasası, ²²⁹ işverenlerce işe alınmalarının özen­dirilmesi amacıyla, 52 yaşını doldurmuş işçilerin kısa süreli zincirleme sözleşme­lerle işe alınmalarına izin veriyordu. Divan, 22 Kasım 2005 tarihli **Mangold** kararında; yaşlı işçilerin mesleki bütünleşme yeteneklerini artırma amacının meş­ru olduğunu kabul etmekle birlikte, bu önlemin, izlenen amaca erişmek için uy­gun ve gerekli olanın ötesine geçmiş olması, daha açık bir anlatımla çok geniş kapsamlı olması ve aynı amaca daha az ayrımcılıkla erişme olanağının bulunma­ası gerekçesiyle, *orantılılık* ilkesine uygun olmadığına karar vermiştir. ²³⁰ Divan’a göre, Topluluk hukukunun ve özellikle 2000/78 sayılı yönergenin 6. maddesinin

²²⁸ CJCE, Affaire C-144/04, Affaire C-144/04, Werner Mangold, contre Rüdiger Helm, La Cour (grande chambre), demande de décision préjudicielle, arrêt du 22 novembre 2005; Bu karar ve değerlendirilmesi konusunda bkz.: Ali Güzel – Emre Ertan, “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, Sayı: 14, s. 405-407.

²²⁹ 25 Eylül 1996 tarihli yasayla değiştirilen istihdamı geliştirme amacı taşıyan Alman yasasının 1. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmelerini en çok iki yıllık bir süre için yapma ve bu üst sınır çerçevesinde en çok üç kez yenileme olanağı vardı. 2. fıkraya göre de, eğer işçi belirli süreli iş ilişkisinin başladığı sırada 60 yaşına ulaşmışsa, 1. fıkradaki koşul aranmaksızın belirli süreli iş sözleşmeleri yapılabilirdi. 3. fıkraya göre ise, belirsiz süreli önceki bir iş sözleşmesi yada aynı işverene belirli süreli bir önceki iş sözleşmesi ile sıkı bir bağ bulunduğu zaman, 1. ve 2. fıkralar anlamında iş sözleşmeleri imzalanamazdı. Özellikle, iki iş sözleşmesi arasındaki zaman aralığının dört aydan daha düşük olması durumunda, böyle bir sıkı bağ bulunduğu varsayılabirdi. Bu düzen­lemenin de, 31 Aralık 2000 tarihine değin uygulanması olanağı vardı.

²³⁰ CCE, COM(2008) 225 final/3, 2.9.2008, s. 5.

1. fıkrasının, aynı işveren ile imzalanmış belirsiz süreli önceki bir iş sözleşmesi ile sıkı bir bağı bulunmadıkça, kısıtlama olmaksızın, işçinin 52 yaşına ulaştığı zaman *belirli süreli* bir iş sözleşmesi imzalanmasına izin veren -bu davadakine benzer- bir ulusal düzenlemeye karşı olduğu biçiminde yorumlanması gerekir. Ulusal yarıya düşen görev, üstelik bu yönergeyi iç hukuka taşıma süresi henüz dolmamış olsa da, ulusal yasanın aykırı her tür kuralını uygulanamaz (geçersiz) kılarak, yaşa göre ayrımcılık gözetmeme genel ilkesinin tam etkisini sağlamaktır (parag. 78).

Adalet Divanı, 2000/78'in yasakladığı ayrımcılık nedenlerinden yine yaş ile ilgili olan 16 Ekim 2007 tarihli **Palacios del la Villa** kararında,²³¹ ulusal hukukun izin verdiği bir toplu iş sözleşmesine dayanarak yasal (zorunlu) emeklilik yaşı olan 65'i doldurduğu sırada işten çıkarılan bir işçinin durumunu incelemiştir. Divan bu kararında, söz konusu ulusal düzenlemenin,²³² geçerli olması için, açıkça haklı gösterilmesine gereksinim olmadığını, ancak söz konusu önlemin, istihdam politikasının ve emek piyasasının meşru hedefleriyle ulusal hukukta *nesnel ve makul biçimde haklı gösterilmesi* gerektiğini belirtmiştir.

Divan'a göre, Topluluk hukukunda, üye devletlerin ve, gerektiğinde, sosyal ortakların, sosyal politika ve istihdam konusunda yalnızca belirli bir hedefin izlenmesi için değil, ama aynı zamanda bu hedefi gerçekleştirmeye elverişli önlemlerin tanımlanmasında da ulusal düzeyde geniş bir *takdir yetkisi* vardır (parag. 68). Farklı çıkarlar arasında hakça bir denge bulma görevi, üye devletlerin yetkililerine düşmektedir. Bununla birlikte, bu bağlamda öngörülen ulusal önlemlerin, ilgili üye devletçe izlenen hedefe erişmek için uygun ve gerekli olanın ötesine geçmemelidir (parag. 71), yani orantılı olmalıdır.

Ancak, üye devletler, emeklilik yaşını saptama konusunda yetkili olsalar da, eğer emeklilik bir iş sözleşmesi sona erdirildiği (feshedildiği) için ortaya çıkıyorsa, bu durum 2000/78 sayılı yönergenin uygulama alanına girer ve bunun, yönergenin 6. maddesi anlamında haklı gösterilmesi gerekir. Kararda belirtildiği gibi, dava konusu olan düzenlemenin, işçinin 65 yaşına ulaşır ulaşmaz, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin sona erdirilmesini geçerli sayması, işçinin gelecekte aktif yaşama katılmasına engel olarak tarafları bağlayan iş ilişkisinin süresini ve daha genel bir

²³¹ CJCE, Affaire C-411/05, Félix Palacios de la Villa contre Cortefiel Servicios SA, La Cour (grande chambre), demande de décision préjudicielle, arrêt du 16 octobre 2007.

²³² İspanya'da, belirli bir yaşa gelen işçilerin zorunlu olarak emekli edilmesine ilişkin düzenleme, ulusal istihdam politikası çerçevesinde, işsizlere iş olanakları sunabilmek için yüksek bir işsizlik düzeyinin bulunduğu 1980 yılında yapılmıştı. İspanyol yasa koyucu, 2001'de bu kuralı kaldırmış, ancak 14/2005 sayılı yasayla, iş arayan kişilere fırsatlar sunmak amacıyla, zorunlu emekliliği yeniden getirmiştir. Yasa, toplu sözleşmelerde öngörülebilecek bir kayıtlı, emeklilik yaşına gelindiğinde iş sözleşmesinin bozulmasına izin vermiştir. Ancak bu önlemin, "toplular sözleşmede öngörülen -örneğin geçici sözleşmelerin belirsiz süreli sözleşmelere dönüştürülmesi ve yeni işçilerin istihdamına destek olunması gibi- hedeflere bağlı ve istihdam politikasıyla bağdaşır olması" koşulunu aramıştır (parag. 60).

deyişle, ilgili işçinin mesleksi etkinliğini yerine getirmesini etkilemektedir. Dolayısıyla böyle bir düzenleme, 2000/78'in madde 3/1, c'deki kuralı anlamında, *işten çıkarma* ve ücreti de kapsamak üzere, "istihdam ve çalışma koşulları"na ilişkin kurallar koyduğu için yönergenin uygulama alanına girer (parag. 45, 46 ve 47).

Divan'a göre, işçinin emekliliğe kabul edilmesi için saptanan yaşa ulaşmasının iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuran bu ulusal düzenleme, bu yaşa erişen işçilerin çalışmakta olan kişilerin tümüne oranla *daha az elverişli bir işlem dayatan düzenleme* sayılmalıdır (parag. 51). 2000/78 sayılı yönergeye göre (m. 6/1), bu gibi eşitsizlikler, ulusal hukuk çerçevesinde meşru bir amaçla-daha somut olarak istihdam, emek piyasası ve mesleksi eğitim alanında izlenen politikanın meşru amaçlarıyla- nesnel ve makul biçimde haklı oldukları kanıtlandığında, yönergenin 2. maddesi anlamında yasaklanan bir ayrımcılık oluşturmaz (parag. 52).

Sonuç olarak Divan'a göre, 2000/78 sayılı yönergede öngörülen yaşa dayalı her tür ayrımcılık yasağı şöyle yorumlanmalıdır: Yönergedeki bu yasağın; işçinin, emekliliğe kabul edilmesi için ulusal düzenlemenin 65 olarak saptadığı yaş sınırına ulaşması koşulu ile bir emeklilik ödeneğine hak kazanmak için sosyal güvenlik konusundaki öteki ölçütleri yerine getirmesi koşulunu -ve yalnızca bu iki koşulu-arayan toplu iş sözleşmelerinde yer alan zorunlu emeklilik kayıtlarını geçerli sayan bir ulusal düzenlemeye karşı koymaz. Ne var ki, yaşa dayalı bu önlem, ulusal hukuk çerçevesinde, istihdam ve emek piyasası politikasına ilişkin nesnel bir amaçla, nesnel ve makul biçimde haklı gösterilmeli (kanıtlanmalı) ve bu genel yarar amacını gerçekleştirmek için uygulamaya konulan araçlar uygun ve gerekli olmalıdır (parag. 77).

2000/78'in yasakladığı dört ayrımcılık nedeninden biri olan yaşa ilişkin bu iki karar (*Mangold ve Palacios del la Villa* kararları), istenen haklı gösterme tipi konusunda kimi işaretler vermektedir: Ulusal yetkililerin sosyal politika konusundaki seçimlerinde geniş bir *takdir yetkisi* bulunmakla birlikte, her özgül durumda, önlemin istenen amaca uyarlanmış ve onunla *orantılı* olmasına dikkat edilmesi asıldır (temeldir). Örneğin, yalnızca yaşa göndermede bulunan önlemlerden kaçınılmalı ve aynı zamanda başka uygun ölçütlere de göndermede bulunulmalıdır.²³³

Divan'ın, 11 Temmuz 2006 tarihli **Sonia Chacón Navas** kararı da, ^{234,235} 2000/78 sayılı yönergenin yasakladığı ayrımcılık nedenlerinden "**engel**" ile ilgili-

²³³ CCE, COM(2008) 225 final/3, Bruxelles, le 2.9.2008, s. 5.

²³⁴ CJCE, Affaire C-13/05, Affaire C-13/05, Sonia Chacón Navas contre Eurest Colectividades SA, Demande de décision préjudicielle, arrêt du 11 juillet 2006.

²³⁵ Bu kararın incelemesi için bkz.: Şeyda Aktekin, "Hastalık Nedeniyle İşten Çıkarma Özürlülük Temelinde Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder mi?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 6, Haziran 2007, s. 233-238.

lidir. İşverenin, hastalığı nedeniyle sekiz ay çalışmaya ara veren bayan Navas'ı, gerekçesini belirtmeksizin ancak tazminat ödeyerek işten çıkarması ve Navas'ın, işlem eşitsizliği ve ayrımcılık nedeniyle, işine son verilmesinin geçersiz olduğunu ileri sürerek yeniden işe alınmasını istemesiyle başlayan yargı sürecinde, ulusal yargı yeri Adalet Divanı'ndan şu sorularına yanıt vermesini istemiştir: 1) 2000/78 sayılı yönerge, salt *hastalık* nedeniyle işten çıkarılan kadın işçiyi korur mu? 2) Yanıt olumsuz ise, hastalık, yönergenin engele dayalı ayrımcılıklara karşı sağladığı koruyucu çerçevenin dışında ise, yönergenin yasakladığı ayrımcılıklara eklenen bir belirti sayılabilir mi? Başka bir deyişle, engel ve hastalık iki farklı kavramsa ve yönerge hastalığa doğrudan uygulanamıyorsa, hastalık özel olarak anılmayan, ancak öteki nedenlere eklenebilecek bir belirti olarak görülebilir mi?

Divan'a göre, "engel" kavramı, yönergede tanımlanmamıştır ve tanım konusunda da, üye devletlerin hukukuna göndermede bulunmamıştır. Oysa, Topluluk hukukunun bir örnek uygulanmasının gerekleri, "özerk ve bir örnek" -tüm üye devletler için geçerli- bir yorumun araştırılmasını gerektirmektedir. Yönergenin, istihdam ve çalışma konusunda, aralarında "engel" in de bulunduğu ayrımcılık nedenlerine karşı genel bir çerçeve oluşturma amacı taşıdığını anımsatan Divan, önce yönergede tanımlanmayan "engel" kavramını tanımlamıştır. Divan'a göre bu bağlamda "engel" kavramı, "**özellikle bedensel, zihinsel yada psikolojik bir yetersizlikten ileri gelen ve ilgili kişinin meslek (çalışma) yaşamına katılmasına engel olan bir sınırlama**" olarak anlaşılması gerekir." Avrupa yasa koyucusu, 1. maddede "engel" kavramını kullanmakla, "hastalık" kavramından farklı olan bir terimi bile bile seçmiştir. İki kavramın özdeş sayılması söz konusu değildir (parag. 42-44).

Yönergenin Başlangıç bölümündeki 8. gerekçesini anımsatan Divan, engel durumunda çalışma yaşamına katılmanın *uzun bir süre* engellendiğini ve bir sınırlamanın "engel" kavramına değgin olması için "uzun süreli" olması gerektiğini; yönergenin, çalışanların, herhangi bir hastalık çıkar çıkmaz engele dayalı ayrımcılık yasağı bağlamında korunmuş olduklarını gösteren hiçbir belirti içermediğini belirterek şu sonuca varmıştır: Bir kişinin, işverence salt hastalık nedeniyle işten çıkarılması, yönergenin engele dayalı ayrımcılığa karşı savaşımla oluşturduğu genel çerçeveye girmez (parag. 45-47). İşten çıkarma konusunda, 2000/78 sayılı yönergede (m. 2/1 ve 3, 1/c) öngörülen engele dayalı ayrımcılık yasağı; engelli kişiler için makul düzenlemeler öngörme yükümlülüğü göz önünde bulundurulurken, ilgili kişinin görevinin temel işlevlerini yerine getirmek için yetkin, yetenekli ve hazır olmaması olgusuyla kanıtlanmamış olan engele dayalı işten çıkarmaya karşıdır (parag. 52).

Adalet Divanı'nın, yerel yargı yerinin ikinci sorusuna yanıtı ise şöyledir: AT Antlaşması'nın hiçbir kuralı, hastalığa dayalı ayrımcılık yasağı içermez. AT Antlaşması'nın 13. maddesi ve -136. maddeyle birlikte okunan- 137. maddesi, yal-

nızca Topluluğun yetkileriyle ilgili bir düzenleme içermektedir.²³⁶ Öte yandan, engele dayalı ayrımcılık ötesinde, Antlaşma'nın 13. maddesi de hastalığa dayalı ayrımcılığı amaçlamamaktadır, yani 13. maddenin "tüketici" olarak saydığı ayrımcılık nedenleri arasında "hastalık" yer almamaktadır. Dolayısıyla 13. madde, Konsey'in böyle bir ayrımcılığa karşı savaşım vermesini amaçlayan önlemlerin hukuksal dayanağını oluşturamaz. Kuşkusuz, Topluluk hukukunun genel ilkelerinin ayrılmaz parçasını oluşturan temel haklar arasında, özellikle ayrımcılık gözetmeme genel ilkesi vardır. Bu ilke, ulusal durum Topluluk hukukunun uygulama alanına değgin olduğu zaman üye devletleri bağlar. Bununla birlikte, 2000/78 sayılı yönergenin uygulama alanının, 1. maddede "tüketici" biçimde sayılan gerekçelere dayanan ayrımcılıkların ötesinde benzetme yoluyla genişletilmesi gerektiği sonucu çıkmaz (parag. 53-57).

Adalet Divanı'nın, 2000/78 sayılı yönergenin uygulanmasına ilişkin olarak, üye devletlerin yargı yerlerince asıl karar öncesinde yaptıkları başvurular dolayısıyla verdiği bu sınırlı karar örnekleri çerçevesindeki yaklaşımının, genelde yönergenin sözel metnine uygun bir çizgide olduğu söylenebilir.

C. 2000 AYRIMCILIK YÖNERGELERİ SONRASINDAKİ DÜZENLEMELER

Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi konusunda evrimci bir yaklaşımla oluşturduğu hukuksal çerçeveyi geliştirme ve tamamlama yolundaki çabaları, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerden sonra da sürmüştür. Bu alandaki düzenleme çalışmalarını sürdüren Komisyon, 1 Mart 2006'da öteki Topluluk kurumlarına sunduğu bir bildiri, 2006-2010 döneminde AB'nin kadın ve erkekler arasında eşitliğe ilişkin olarak çalışmalar yapacağı altı öncelikli alanı belirlemiştir,²³⁷ 2008'in ikinci yarısında da yeni bir yönerge önerisi sunmuştur.

1. Belirli Konularda Cinsiyetlerarası Eşit İşlem İlkesi:

2002/73 Sayılı Yönerge

İstihdama (işe) girişe, mesleksel eğitime ve işte ilerlemeye (yükselmeye) erişme ve çalışma koşulları konusunda kadınlar ve erkekler arasında işlem eşitliği ilkesi-

²³⁶ Antlaşma'nın 136. ve 137. maddelerinde öngörülen, Topluluğun "sosyal hedefleri" ile nitelikli çoğunluk ve oybirliği yöntemleriyle kurallar üretebileceği sosyal politika alanları ve üye devletlerin "ulusal" yetki alanlarında bırakılan konular için bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, s. 213-221.

²³⁷ CCE, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, Une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 2006-2010, SEC (2006) 275, COM (2006) 92 final, Bruxelles, 01.03.2006.

²³⁸ **JOUE**, No L 269, 05/10/2002, s. 15-20.

nin uygulanmasına ilişkin 2002/73 sayılı ve 23 Eylül 2002 tarihli bu yönerge,²³⁸ 9 Şubat 1976 tarihli ve 76/207 sayılı yönergeyi değiştirmiş ve esinlendiği²³⁹ Di-
van kararlarına uygun yeni düzenlemeler yapmıştır.

Başlangıç bölümündeki birçok paragrafta 2000/78 sayılı yönergedeki gerek-
çeleri yineleyen 2002/73 sayılı yönerge, Antlaşma'nın 2 ve 3/2. maddeleri ile
Divan içtihadını anımsatarak, kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin Topluluk için
bir "misyon" ve hedef olduğunu ve Topluluğa, tüm eylemlerinde bu ilkeyi "geliş-
tirme" konusunda *olumlu yükümlülük* dayattığını vurgulamıştır.

2002/73 sayılı yönerge, 76/207 sayılı yönergenin dört maddesinde (m. 2, 3,
6 ve 7) ayrıntılı değişiklikler yapmış, 1. maddesine bir fıkra ve 8. maddesine de,
2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerden aldığı beş yeni madde eklemiştir.

1. maddeye eklediği fıkrada, üye devletler için, eşit işlem ilkesinin belirtilen alan-
larda, yasal, yürütmesel ve yönetsel kurallar ile politikaların ve etkinliklerin hazırlan-
ması ve uygulamaya konulması sırasında, erkekler ve kadınlar arasında eşitlik hede-
fini etkili biçimde göz önünde bulundurma yükümlülüğü getirmiştir (m. 1 bis).

Eşit işlem ilkesi konusunda, 76/207 sayılı yönergenin tanımını yinelemekle
kalmayan 2002/73 sayılı yönerge, 76/207'nin tanımsız bıraktığı ayrımcılık bi-
çimlerinin her birini, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde yer almayan "cin-
sel taciz"i de kapsamak üzere tanımlamıştır (m. 2/2, 3, 4).²⁴⁰ Üye devletler için
yeni bir yükümlülük getirerek, yasal düzenlemeler, toplu sözleşmeler yada ulusal
uygulamalar çerçevesinde, *işverenler ve mesleki eğitime erişmeden sorumlu*
kişiler için cinsiyete dayalı her tür ayrımcılık biçimine engel olmak ve özellikle ***iş-***
yerlerinde taciz ve cinsel tacizi önlemek amacıyla önlemler almaya özen-
dirilmelerini öngörmüştür (m. 2/5). Üye devletlere, "mesleki gereklilik" sayıla-
bilecek nedenlerle ayrımcılık sayılmayacak cinsiyete bağlı bir işlem farklılığı ön-
görme olanağı tanıyan yönerge (m. 2/6), 92/85 sayılı yönerge anlamında gebe-
liğe yada analık iznine bağlı daha az elverişli her tür işlemin bu yönerge anlamın-
da ayrımcılık oluşturacağını öngörmüştür (m. 2/7, 3).

Yönergenin 2. maddesinin 8. ve son bendinde de, Antlaşma'nın 141. madde-
sinin 4. fıkrasına göndermede bulunarak, "olumlu ayrımcılık önlemleri" konusun-
da şu kurala yer vermiştir: "Üye devletler, erkekler ve kadınlar arasında *tam bir*
eşitliği somut olarak sağlamak için, Antlaşma'nın 141. maddesinin 4. fıkrası
anlamında önlemler kabul edebilir yada bu tür önlemleri sürdürebilirler." Anımsa-
nacağı gibi madde 141/4 kuralı; alınmış yada alınacak "özgül avantajlar" öngö-
ren, yani olumlu ayrımcılık içeren önlemler" yoluyla, yetersiz düzeyde temsil edi-

²³⁹ Francis Kessler / Jean-Philippe Lhernould, **a.g.y.**, s. 116.

²⁴⁰ 2002/73 sayılı yönergenin bir ayrımcılık biçimi saydığı ve yasakladığı "cinsel taciz" kavramının
tanımı için bkz.: Giriş, s. 31-32.

len cinsiyetin mesleksi etkinliğinin kolaylaştırılmasını yada mesleksi kariyerde karşılaştıkları dezavantajların (eşitsizliklerin) önlenmesini yada telafi edilmesini, böylece de **tam eşitliğin** somut olarak sağlanmasını amaçlamaktadır.

Yönerge; kamusal birimleri de kapsamak üzere, kamu kesimi ile özel kesimde cinsiyete dayalı doğrudan yada dolaylı her tür ayrımcılığın yokluğunu içeren eşit işlem ilkesinin uygulanmasının aşağıdaki konuları kapsadığını belirtmiştir (m. 3/1, a, b, c ve d):

- İstihdama, ücretli olmayan etkinliklere yada **işe giriş koşulları** (hangi işkolu olursa olsun, seçme ölçütleri ve hizmete alma koşullarını kapsar);²⁴¹
- Mesleksi yönlendirmenin, mesleksi eğitimin, ileri mesleksi eğitimin (yetkinleştirmenin) ve iş değiştirmeye yönelik eğitimin tüm türlerine ve tüm düzeylerine erişme (pratik bir iş deneyimi kazanılmasını da kapsar);
- İstihdam ve çalışma koşulları (işten çıkarma koşullarını ve 75/117 sayılı yönergede öngörüldüğü gibi ücreti de kapsar);
- İşçi (çalışan) yada işveren örgütünde yada üyeleri belli bir mesleği yerine getiren başka her tür örgütte üyelik ve görev üstlenme (bu tip örgütün sağladığı avantajları da kapsar).

2002/73 sayılı yönerge, değişiklik ve yeni eklemeler yaptığı maddelerinde, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde de ortak olan “başvuru yolları ve hukukun uygulanması” başlığı altında düzenlenen konulara, 2000/43 sayılı yönergede yer alan eşitliği geliştirme birimlerine yer vermiştir. Ancak, yukarıda değinildiği gibi, işlem eşitliğini geliştirme amacıyla kurulması zorunlu tutulan birimlerin 2000/43 sayılı yönergede “geliştirme” ile sınırlı olan kuruluş amacına, “analiz etme”, “izleme” ve “destekleme” de eklenmiştir. Ayrıca, 2000/43 sayılı yönerge, üye devletlerin, “ırk yada etnik köken” temeline dayalı ayrımcılık yapılmaksızın kişiler arasındaki işlem eşitliğini geliştirmekle görevli olan birim yada birimler belirlemesini öngörürken, 2002/73 sayılı yönerge, “cinsiyet”e dayanan ayrımcılık yapılmaksızın kişiler arasındaki işlem eşitliğini geliştirmekle görevli olan birim yada birimler belirlemesini öngörmüş ve “gerekli önlemleri almaları” yükümlülüğünü de eklemiştir (m. 8bis). Dört yönergeyi tekleştiren 2006/54 sayılı yönerge

²⁴¹ “İş ilişkisi”nin, “işe girme, işe alma” aşamasını da kapsadığını açıkça ortaya koyan ve aşağıda incelenen 2006/54 sayılı yönergenin 14. maddesinde de aynen yinelenen bu bendin (m. 3/1, a’nın), Fransızcası şöyledir:

“a) **Les conditions d'accès à l'emploi**, aux activités non salariées ou **au travail**, y compris **les critères de sélection et les conditions de recrutement**, quelq que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion.”

de, aşağıda görüleceği üzere, söz konusu birimlerin yetkilerine bir ekleme yaparak genişletmiştir (m. 20).

2002/73 sayılı yönerge, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerden farklı olarak, kendisine uygulanan ayrımcılıktan zarar gören kişiye ödenecek tazminat için, kural olarak, “**önsel bir üst sınır (tavan)” getirilemeyeceğini** öngörmüş, bununla birlikte şu istisnaya da yer vermiştir: İşverenin; davacının, yönerge anlamında bir ayrımcılık sonucu olarak uğradığı tek zararın, onun istihdam isteğinin göz önüne alınmasının kabul edilmemesi olduğunu kanıtlaması durumu (m. 6/2).

Komisyon’un, erkekler ve kadınlar arasındaki beşinci yıllık raporunda belirtildiğine göre, 2002/73 sayılı yönergenin iç hukuka taşınma süreciyle ilgili işlemler, -kısmi bir eksiklik dışında- kapanmıştır; ulusal düzeyde yapılan düzenlemelerin yönergeye uygunluğunun incelenmesi ise sürdürülmektedir.²⁴²

2. Mal ve Hizmetlere Erişimde Cinsiyetlerarası

Eşit İşlem İlkesi: 2004/113 Sayılı Yönerge

Cinsiyetlerarası eşit işlem ilkesinin sağladığı korumayı çalışma ilişkileri alanı dışında da sağlama yolundaki bir adım, 2004 sonlarında atılmış; mal ve hizmetlere erişimde ve mal ve hizmetler sağlanmasında kadınlar ve erkekler arasında eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin 2004/113 sayılı yönerge, 13 Aralık 2004 tarihinde kabul edilmiştir.²⁴³ Komisyon’un Sosyal Politika Ajandası’na ilişkin bildirisinde, *emek piyasası dışında* cinsiyete dayalı ayrımcılık konusunda bir yönerge önerisinde bulunma niyetini açıklamasından ve Avrupa Konseyi’nin 7-9 Aralık 2000 Nis toplantısında, *istihdam ve mesleki etkinlik dışındaki alanlarda* da kadınlar ve erkekler arasındaki eşit işlem ilkesinin geliştirilmesi amacıyla bir yönerge önerisi kabul edilmesi için Komisyon’a çağrıda bulunmasından sonra (parag. 6 ve 7), söz konusu boşluk bu yönergeyle doldurulmuştur.

Taciz ve cinsel tacizi de kapsayan cinsiyete dayalı ayrımcılık, görüldüğü emek piyasası dışındaki alanlarda da zararlı olabilir ve kadınların ve erkeklerin ekonomik ve sosyal yaşamla tam ve başarılı bütünleşmelerine engel olabilir (parag. 9). 2000/43 sayılı yönergede olduğu gibi, bu alanda da Topluluk düzeyinde bir düzenlemeyle amaca daha iyi ulaşılabileceği kabul edilmiştir (parag. 10). Başlangıçta yer alan önemli bir açıklama da, “mal” ve hizmet” kavramlarına ilişkindir. Bu

²⁴² Commission des Communautés Européennes, **l’Egalité entre les femmes et les hommes – 2008**, Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 10 final, Bruxelles, le 23.1.2008.

²⁴³ JOUE, No L 373, 21/12/2004, s. 37-43; CE, **Egalité entre les femmes et les hommes, Textes communautaires**, s. 19-25.

na göre, “mallar”dan, Antlaşma’nın malların serbest dolaşımına ilişkin kuralları anlamında mallar ve “hizmetler”den de, Antlaşma’nın 50. maddesi anlamında hizmetler anlaşılmalıdır (parag. 11).

2004/113 sayılı yönerge, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları ile taciz ve cinsel taciz kavramlarını tanımlamış (m. 2) uygulama alanını da şöyle belirlemiştir: Yönerge, ilgili kişiden bağımsız olarak halkın hizmetine sunulan mal ve hizmetleri sağlayan tüm kişilere uygulanır. Bu kapsama, kamusal birimleri de içermek üzere, kamu kesimi kadar özel kesim de girer. Yönerge, özel ve aile yaşamı alanları dışında sunulan mal ve hizmetleri sağlayan tüm kişiler ile bu çerçevede yürütülen anlaşmalara da uygulanır (m. 3).

Yönerge, ilgilinin cinsiyetine dayalı bir seçim yapılmaması koşuluyla, ortak sözleşmeci (cocontractant) seçme konusundaki bireysel özgürlüğe zarar vermez; ancak ne medyanın içeriğine, tanıtıma ve eğitime, ne de istihdam ve çalışmaya ilişkin sorunlara uygulanır (m. 3/2, 3, 4).

Eşit işlem ilkesinin “doğrudan” ve “dolaylı” ayrımcılıkları kapsayan anlamı, 4. maddede şöyle açıklanmıştır:

- a) Gebelik ve annelik nedeniyle daha az elverişli bir işlemi de kapsamak üzere, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık yapılamaması;
- b) Cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık yapılamaması.

Gebelik ve annelik ile ilgili olarak kadınların korunmasına ilişkin daha elverişli kurallara zarar vermeyeceğini belirten yönerge, kendi kapsamı açısından taciz ve cinsel taciz kavramları ile emirle ayrımcılık uygulatmayı tanımlamıştır. Yönergenin işlem farklılıklarını dışlamadığı bir durum da, mal ve hizmetlerin yalnızca yada temel olarak bir cinsiyetin üyelerine yönelik olarak sağlanmasının meşru (haklı) bir nedenle kanıtlanması ve bu amaca ulaşma araçlarının uygun ve gerekli olmasıdır (m. 4/2-5).

Üye devletlere, özel önlemler olarak “olumlu eylem” ve daha elverişli kurallar kabul etme olanakları tanıyan yönerge (m. 6 ve 7), 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerdeki başvuru yolları ve hukukun uygulanması ile eşitliği geliştirme birimleri konularındaki kuralları yinelemiştir (m. 8-15). Bu arada, kimi konularda anılan yönergelerden farklı bir anlatımla düzenleme yapmıştır. Örneğin üye devletlerin, ayrımcılık mağduru kişinin uğradığı zararın “gerçekten ve etkili biçimde” onarılması yada tazmin edilmesi ve bunun önsel bir tavan ile sınırlandırılmaması için iç hukuk düzeninde gerekli önlemleri almasını öngörmüştür (m. 8/2). Öteki yönergelerde hükümetdışı kuruluşlarla diyalogtan söz edilirken, 2004/113 sayılı yönergede yine “meşru yararı” bulunan ilgili taraflarla diyalog”tan söz edilmiştir (m. 11).

3. Cinsiyetlerarası Eşitlik Yönergelerinin Tekleştirilmesi:

İstihdamda ve Çalışmada Cinsiyetlerarası Fırsat Eşitliği ve Eşit İşlem İlkesinin Uygulamaya Konulması:

2006/54 Sayılı Yönerge

Temelde “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılıklara karşı farklı alanlarda koruma sağlamak için evrimci bir yaklaşımla kabul edilen eşit işlem yönergelerinin, bir yandan Antlaşmalarda yapılan değişiklikler nedeniyle ve öte yandan da özellikle pozitif hukukun önünden giden Adalet Divanı kararlarına uyum sağlamak amacıyla gözden geçirilip değiştirilmiş olması, yalınlaştırma, derleme, yenileştirme / iyileştirme ve hukuk güvenliğini ve açıklığı sağlama yönlerinden köklü biçimde gözden geçirilmelerini ve biraraya getirilmelerini kaçınılmaz kılmıştır.

İşte, istihdam ve çalışma alanında erkekler ve kadınlar arasında fırsat eşitliği ilkesi ile eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54 sayılı Parlamento ve Konsey yönergesi, ²⁴⁴ bu gereksinimi karşılamak için kabul edilmiştir. Kısaca “köklü elden geçirme yönergesi” (refonte) olarak nitelenen bu yönergeyle, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerden önce kabul edilen dört yönerge (bunları değiştiren üç yönergeyle birlikte toplam yedi yönerge) baştanbaşa elden geçirilmiş ve tek bir metinde toplanmıştır. Bunlar; 75/117, 76/207, 86/378 ve 97/80 sayılı yönergelerdir ve ortak yanları, erkekler ve kadınlar arasında işlem eşitliği ilkesinin, değişik alanlarda olmak üzere, etkili biçimde uygulamaya konulmasını amaçlamalarıdır. Daha önce belirtildiği gibi, bunlardan 76/207 sayılı yönerge 2002/73 sayılı yönerge ile büyük ölçüde ve 86/378 sayılı yönerge de 96/97 sayılı yönerge ile önemli ölçüde değiştirilmiştir. Yine, 75/117 ve 97/80 sayılı yönergeler de -ikincisi 98/57 sayılı yönergeyle- önemli değişiklikler görmüştü.

a. Genel Olarak

Dayanağını Antlaşma'nın 141. maddesinin 3. fıkrasından alan 2006/54 sayılı yönerge, “açıklık kaygısı” ile söz konusu yönergelerin yürürlükteki kurallarını elden geçirerek ve Adalet Divanı'nın kararlarında yer alan yeni öğeleri de ekleyerek, bu dört yönergeyi bir araya getirmiş; böylece, iş ve istihdamda kadınlar ve erkekler arasındaki işlem eşitliği alanındaki Topluluk mevzuatını yalınlaştırıp iyileştirmeyi amaçlamıştır (parag. 1). Ancak, cinsiyetlerarası eşitlik ilkesini tekleştirme yönergesi, şu dört yönergeyi kapsam dışında bırakmıştır: Sosyal güvenlik ile ilgili 79/7 sayılı yönerge; bağımsız çalışma ile ilgili 86/613 sayılı yönerge; gebe (hamile), doğum yapmış (loğusa) yada emzikli kadın çalışanların güvenlik ve sağlığının iyileştirilmesinin geliştirilmesini amaçlayan önlemlerin uygulamaya konul-

²⁴⁴ JOUE, No L 204, 26/07/2006, s. 23-36.

ması ile ilgili 92/85 sayılı yönerge; anne-baba izni çerçeve anlaşması ile ilgili 96/34 sayılı yönerge.

Fırsat ve işlem eşitliği ile ayrımcılık yasağı hukukunun “zorunlu çekirdeği”ni oluşturduğu belirtilen ²⁴⁵ bu kurallar bütünü (yani 2006/54 sayılı tekleştirme yönergesi), erkekler ve kadınlar arasında işlem eşitliği konusunda kabul edilen kimi yönergelerde köklü değişiklikler yapmışsa da, hukuksal dayanağını Antlaşma’nın 141. maddesinin 3. fıkrasında bulamayan tüm yönergelerde bunu gerçekleştirememiştir. Anımsanacağı üzere bu madde, bazı koşullarla Konsey’e, istihdam ve çalışma alanında erkekler ve kadınlar arasında fırsat eşitliği ve işlem eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlayan önlemler alma yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle de, ilgili yönergelerin yada “istihdam ve çalışma”ya ilişkin alanları kapsayan başka yönergelerin kimi kurallarının aynı hukuksal temele dayalı olarak birarada toplanması (yeniden gruplandırılması) uygun görülmüştür. 2006/54 sayılı yönerge, bu gruplandırmayı madde 141/3’e dayanarak, birlikte karar yöntemine göre gerçekleştirmiştir. ²⁴⁶

2006/54 sayılı yönerge, *iç hukukta uygulamaya konulması* ile ilgili olarak, kısaca şu düzenlemeyi yapmıştır: Üye devletlerin, en geç **15 Ağustos 2008** tarihine değin, yönergeye uygunluk sağlamak için gerekli yasal, yürütmesel ve yönetsel kuralları uygulamaya koymaları yada aynı tarihe değin, sosyal ortakların anlaşma (toplu sözleşme) yoluyla gerekli kurallara yer vermelerini sağlamaları öngörülmüştür. Üye devletlere, eğer *özel güçlükler* bulunduğunu haklı gösterirlerse (kanıtlarlarsa), yönergeye uyum için bir yıl ek süreden yararlanma olanağı tanınmıştır.

Üye devletlerin, yönergenin dayattığı sonuçları güvenceye bağlama olanağı ve ren tüm gerekli önlemleri almaları ve bunları hemen Komisyon’a iletmeleri gerekir (m. 33/1). Yönergeyi ulusal hukuka aktarma yükümlülüğü, önceki yönergelere oranla köklü bir değişiklik oluşturan kurallarla sınırlıdır. Değişmeyen kuralları aktarma yükümlülüğü, önceki yönergelerden kaynaklanır (m. 33/3). Üye devletler, yönergenin düzenlediği alanlarda kabul ettikleri başlıca iç hukuk kurallarının metnini Komisyon’a gönderirler (m. 33/4).

15 Ağustos 2009 tarihi itibarıyla, 75/117, 76/207, 86/378 ve 97/80 sayılı yönergeler yürürlükten kaldırılacaktır. Ancak bu, üye devletlerin, Ek I/B’de gösterilen yönergelerin (söz konusu dört yönerge ile 97/80, 98/52 ve 2002/73 sayılı yönergelerin) iç hukuka aktarılması ve uygulanması süreleri ile ilgili yükümlülüklerine zarar vermez (etkilemez). Kaldırılan yönergelere yapılan yollamalar, 2006/54 sayılı yönergeye yapılmış sayılır (m. 34/1 ve 2).

²⁴⁵ Marie-Thérèse Lanquetin, *a.g.m.*, s. 861.

²⁴⁶ *a.k.*, s. 862.

AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanmasını izleyen yirminci günde yürürlüğe giren yönergenin (m. 35), en geç 15 Şubat 2013 tarihinde, Komisyon'ca uygulamaya konulması incelenecek ve gerekli görülürse, değişiklikler önerilebilecektir (m. 32).

b. Yönergenin İçeriği

Toplam 41 gerekçeden ve 36 maddeden oluşan 2006/54 sayılı yönerge; “genel kurallar”, “özümler”, “yatay (ortak) kurallar” ve “son kurallar” başlıkları altında, birarada toplamanın yanı sıra, kurallarından esinlendiği ve alıntılar yaptığı önceki yönergelere oranla daha sistematik bir düzenleme yapmıştır.

“**Genel kurallar**”ın yer aldığı I. ana başlıktaki ilk üç maddede; yönergenin amacı, tanımlar ve olumlu önlemler, temelde bir yenilik getirmeksizin düzenlenmiştir. İstihdam ve çalışma konusunda erkekler ve kadınlar arasında fırsat eşitliği ve işlem eşitliği ilkesinin uygulamaya konulmasını amaçlayan yönerge, “tekleştirdiği” dört yönergenin düzenlediği aşağıda sayılan -ve kuşkusuz yeni olmayan- üç farklı konuda (alanda) işlem eşitliği ilkesinin uygulamaya konulmasına yönelik kurallar içermektedir (m. 1):

- a) Mesleki ilerlemeyi ve eğitimi de kapsamak üzere, istihdama erişme;
- b) Ücretleri de kapsamak üzere, çalışma koşulları;
- c) Mesleki (özel) sosyal güvenlik rejimleri.

Maddi uygulama alanı 2002/73 sayılı yönergeden daha geniş olan bu yönerge, eşit işlem ilkesinin uygun yöntemlerle daha etkili olarak uygulamaya konulmasına yönelik kuralları da kapsar.

2. maddede, yönerge anlamında ayrımcılık türlerinden “doğrudan ayrımcılık” ve “dolaylı ayrımcılık” ile eşit işlem ilkesine aykırı olan “taciz” ve cinsel taciz”, 2002/73 sayılı yönergeden alıntı yapılarak tanımlanmıştır. Ancak, yönerge anlamında ayrımcılık bu kavramlarla sınırlı değildir. Ayrımcılık kavramı, eşit işlem ilkesine aykırı olan şu işlemleri de kapsamaktadır:

- a) Taciz, cinsel taciz ve ilgili kişi tarafından benzer davranışların reddedilmesine dayanan daha az elverişli işlem;
- b) Kişilere karşı emirle (talimatla) cinsiyete dayalı ayrımcılık uygulamaları;
- c) 92/85 sayılı yönerge anlamında gebeliğe yada analık iznine bağlı olarak bir kadına yönelik daha az elverişli her tür işlem (m. 2/2, b ve c).²⁴⁷

²⁴⁷ Bkz.: Giriş, s. 33.

Üye devletlerce, çalışma yaşamında erkekler ve kadınlar arasında **tam eşitliği somut olarak sağlamak amacıyla**, Antlaşma'nın madde 141/4 kuralı anlamında aldıkları önlemleri sürdürebilecekleri yada önlemler alabilecekleri, “*olumlu önlemler*” başlıklı 3. maddede belirtilmiştir. Tekleştirme yönergesindeki bu anlatım, kadınlar için fırsat eşitliğini etkileyen “eylemli (olgusal, fiili) eşitsizlikler”e çözüm getirmekten söz eden 76/117 sayılı yönergeden farklıdır ve kuşkusuz, çok daha güçlüdür. Böylece, “olumlu önlemler”in amacı, olgusal eşitsizliklere çözüm getirmenin ötesinde, tam eşitliği somut biçimde gerçekleştirmektir.

“**Özgül kurallar**”ın yer aldığı II. ana başlıkta; işlem eşitliği ilkesinin üç alanda etkili biçimde uygulamaya konulmasını sağlamak amacıyla, üç alt başlıkta -daha sistemli biçimde- düzenlemeler yapılmıştır. Bunlar; 75/117 sayılı yönergede düzenlenen “*eşit ücret*”, 86/378 sayılı yönergede düzenlenen -ve 96/97 sayılı yönerge ile değiştirilen- “*özel sosyal güvenlik rejimleri*” ve 76/207 sayılı yönergede düzenlenen -ve 2002/73 sayılı yönerge ile değiştirilen- “*istihdama, mesleki eğitime ve yükselmeye erişme ve çalışma koşulları*” alanlarıdır.

2006/54 sayılı yönerge; 75/117 sayılı yönergede düzenlenen “**eşit ücret ilkesi**” konusunda, yalnızca “*her tür ayrımcılığın yasaklanması*” başlıklı 4. maddesinde herhangi bir yenilik içermeyen bir düzenleme yaparak, 75/117'nin 1. maddesini değişik bir anlatımla yinelemiştir. Buna göre, aynı iş için yada eşit değer bağlanan bir iş için, cinsiyete dayalı doğrudan yada dolaylı ayrımcılık, *ücretin tüm öge ve koşullarını kapsamak üzere* kaldırılmıştır. 141. maddenin 2. fıkrasından alıntı yapılarak tanımlanan ücretlerin belirlenmesinde kullanılacak mesleki sınıflandırma sisteminin, erkek ve kadın işçiler (çalışanlar) için ortak olan ölçütlere dayanması ve cinsiyete dayalı ayrımcılıklara yer vermeksizin oluşturulması gerektiği yinelenmiştir.

2006/54 sayılı tekleştirme yönergesi, en ayrıntılı düzenlemeyi, 79/7 sayılı yönergenin kapsamı dışında kalan “**özel sosyal güvenlik rejimlerinde işlem eşitliği**” konusunda yapmıştır (m. 5-13). Bu konu, daha önce de belirtildiği ve çok kısa özetlendiği gibi, önce 86/378 sayılı yönerge ile düzenlenmiş, sonra da 86/378'in birçok maddesini yeniden ele alan 96/97 sayılı yönerge ile büyük ölçüde değiştirilmiştir.

Yasal (zorunlu) sosyal güvenlik rejimlerini kapsamayan 2006/54 sayılı yönerge, 86/378 sayılı yönergede de olduğu gibi, cinsiyete dayalı doğrudan yada dolaylı her tür ayrımcılığın, “*özellikle*” yasaklandığını belirttiği konuları şöyle saymıştır:

- a) Bu gibi rejimlerin uygulama alanı ve onlara erişme koşulları;
- b) Prim yükümlülüğü ve primlerin hesaplanması;
- c) Yardımların hesaplanması (m. 5).

Bu başlıktaki kuralların kişiler yönünden uygulama alanını gösteren 6. maddeye göre, özel sosyal güvenlik rejimlerine ilişkin madde 5-13'teki kurallar *aktif nüfusun tümüne* uygulanır. Bağımsız çalışanlar; çalışması hastalık, analık, iş kazası yada isteğe bağlı olmayan bir işsizlik nedeniyle kesintiye uğrayan işçiler (çalışanlar); iş arayan kişiler, emekli işçiler, sakat (malul) işçiler ve -86/378 sayılı yönergede yer almayan- ulusal düzenlemelere ve / yada uygulamalara uygun olarak, bu işçilerin hak sahipleri de, yönergenin uygulanacağı kişiler arasındadır.

Tekleştirme yönergesi, daha önce de belirtildiği gibi, tarımsal etkinliği de içermek üzere bağımsız bir çalışma yapan erkek ve kadınlar arasında eşit işlem ilkesinin uygulanmasını düzenleyen 86/613 sayılı yönergenin kapsamındaki bağımsız çalışmayı da uygulama alanı içine almış, bu da içeriğini olumsuz etkilemiştir. Çünkü bağımsızların özel sosyal güvenlik rejimleri ile analığın korunması konusundaki kurallarına, 2006/54 sayılı yönerge uygulanacaktır. ²⁴⁸

2006/54 sayılı yönergenin madde 5-13'teki kurallarının “maddi” uygulama alanı, bağımlı çalışanların kimi özel kategorilerine yönelik emeklilik rejimleri konusundaki yeni kural dışında, temelde 86/378 sayılı yönergede olduğu gibi, 7. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, yönergenin madde 5-13'teki kuralları:

- Şu beş riske karşı koruma sağlayan özel sosyal güvenlik rejimlerine uygulanır: i) hastalık; ii) sakatlık; iii) erken emeklilik durumlarını da kapsamak üzere, yaşlılık; iv) iş kazası ve meslek hastalığı; v) işsizlik;
- Para yada mal olarak başka sosyal ödemeler, özellikle hak sahiplerine yapılan ödemeler ve aile yardımları öngören özel sosyal güvenlik rejimlerine de uygulanır. Yönergenin hak sahiplerine yapılan ödemeler ile aile yardımlarına uygulanması, işverence işçinin istihdamı nedeniyle yapılan (sağlanan) avantajlar oluşturması koşuluna bağlıdır.
- *Kamu görevlileri* gibi özel bir çalışan kesimine yönelik emeklilik rejimlerine de uygulanır. Ancak, söz konusu rejim gereğince yapılan ödemelerin, kamu işvereni ile çalışma ilişkisi nedeniyle ödenmiş olması gerekir. Böyle bir rejimin, genel bir yasal (zorunlu) rejimin bir parçası olması (onun içinde yer alması), önceki kurala zarar vermez.

2006/54 sayılı yönergenin Başlangıcında, kamu görevlileriyle ilgili yeni eklemenin Adalet Divanı'nın kararlarına uyum sağlama olan gerekçesi şöyle açıklanmıştır: Antlaşma'nın 141. maddesi anlamında ücret kavramı sosyal güvenlik ödemelerini kapsamasa da, kamu görevlileri için öngörülen bir emeklilik rejiminin eşit ücret ilkesinin uygulama alanına girdiğine kuşku yoktur. Yeter ki ödemeler, yukarıda da belirtildiği gibi, kamu işvereni ile kamu görevlisi arasındaki çalışma ilişkisinin bir gereği olarak yapılmış olsun. Adalet Divanı'nın kararlarına uygun olarak,

²⁴⁸ Marie-Thérèse Lanquetin, **a.g.m.**, s. 864.

eğer emeklilik rejimi belli bir çalışan kesimini ilgilendiriyorsa ve eğer ödemeler doğrudan tamamlanan hizmet süresine bağlıysa ve kamu görevlisinin son aylığı temel alınarak hesaplanıyorsa, bu koşul yerine getirilmiş sayılır. İşte açıklık kaygısıyla, bu nedenle yeni kurallar koymak uygun olur (Başlangıç, parag. 14).

2006/54 sayılı yönergenin 8. maddesi, “maddi” uygulama alanının dışında bırakılan, yani yönergenin uygulanmayacağı konuları saymış; “ayrımcılık örnekleri” başlıklı 9. maddesi de, 86/378 ve 96/97 sayılı yönergelerin bu konudaki kurallarını yineleyerek, işlem eşitliğine aykırı olan cinsiyete dayalı doğrudan yada dolaylı ayrımcılık oluşturan örnek kuralları onbir bentte ayrıntılı olarak sıralamıştır. *Eşit işlem ilkesine aykırı sayılan bu örneklerden* kimileri şunlardır:

- Bir özel sosyal güvenlik rejimine katılmaya kabul edilmiş kişileri belirlemek (tanımamak);
- Rejime katılmanın zorunlu yada isteğe bağlı niteliğini saptamak;
- Rejime girme yaşı yada ödemeler elde etmek için asgari istihdam süresi yada rejime üyelik konularında farklı kurallar koymak;
- Farklı emeklilik yaşları dayatmak;
- Analık izni yada ailesel nedenlerle izin sırasında hakların sürdürülmesini yada kazanılmasını kesintiye uğratmak;
- İşçilerin primleri için farklı düzeyler saptamak;
- İşverenlerin primleri için farklı düzeyler saptamak.

Yönerge; 10. maddesinde, bağımsız çalışanların özel sosyal güvenlik rejimlerinin eşit işlem ilkesine aykırı kurallarının gözden geçirilmesi için gerekli önlemlerin üye devletlerce alınmasını öngörmüş; 11. maddesinde, üye devletlere, bağımsız çalışanların özel sosyal güvenlik rejimleri ile ilgili olarak, işlem eşitliği ilkesinin zorunlu olarak uygulanmasını erteleme olanağı tanımış; 12. maddesinde de “geriye etki” konusunu düzenlemiştir. “Emeklilik yaşı saptanmasında esnek sistem” başlıklı 13. maddeye göre ise, eğer erkekler ve kadınlar, emeklilik yaşı ile ilgili olarak, aynı koşullarda, esnek bir sistemden yararlanmak istiyorlarsa, böyle bir düzenleme 5-13. maddelerdeki kurallarla bağdaşır.

2006/54 sayılı yönerge, üçüncü konu yada alan olarak, 76/207 ve 2002/73 sayılı yönergelerle değişiklikler yapılarak düzenlenen “**istihdama, mesleksi eğitime ve yükselmeye erişme ve çalışma koşulları**” alanında eşit işlem ilkesine işlerlik kazandırılması konusunda kimi yeni kurallara yer vermiştir.

“Her tür ayrımcılık yasağı” başlıklı 14. maddede, kamusal birimleri de kapsam üzere, gerek kamu kesiminde ve gerekse özel kesimde “cinsiyet”e dayalı doğrudan yada dolaylı her tür ayrımcılık, 2002/73 sayılı yönergede de olduğu gibi, aşağıdaki konularda yasaklanmıştır:

- a) Hangi işkolu olursa olsun, seçme ölçütleri ile hizmete alma koşullarını kapsamak üzere, **istihdama, ücretli olmayan etkinliklere yada işe giriş** ve yükselmeyi de içermek üzere, *mesleksel hiyerarşinin tüm düzeylerine giriş (erişme) koşulları*;
- b) Pratik bir iş deneyimi kazanılmasını da kapsamak üzere, *mesleksel yönlendirmenin (rehberliğin), mesleksel eğitimin, ileri mesleksel eğitimin (yetkinleştirmenin) ve iş değiştirmeye yönelik eğitimin tüm türlerine ve tüm düzeylerine erişme*;
- c) İşten çıkarma koşullarını ve Antlaşma'nın 141. maddesinde öngörül-
düğü gibi ücreti de kapsamak üzere, *istihdam ve çalışma koşulları*;
- d) *İşçi (çalışan) yada işveren örgütlerine üye olma ve bu örgütlerde görev alma yada üyeleri belli bir mesleği yerine getiren başka her tür örgütte, bu tip örgütün sağladığı avantajları da kapsamak üzere, üyelik ve görev üstlenme.*

Ayrımcılık yasağı kapsamındaki sendikalara -yada belirtilen örgütlere- üyelik, sendika -yada örgüt kurma- kurma hakkı ile sendikal etkinliklerde bulunmayı da kapsamaktadır.

14. maddenin 2. fıkrası, üye devletler için, kimi koşullarla, istihdama giriş ve istihdama erişme olanağı veren eğitim konusunda, cinsiyete bağlı bir özelliğe dayanan *farklı işlem* öngörme olanağı tanımıştır. Bu farklı işlemin ayrımcılık sayılmaması için, *cinsiyete bağlı böyle bir özelliğin*, ilgili özel mesleksel etkinliklerin niteliği yada yerine getirildikleri çerçeve nedeniyle, *gerçek ve belirleyici bir mesleksel gereklilik* oluşturması gerekir. Ayrıca, amaç meşru ve gereklilik de orantılı olmalıdır.

2006/54 sayılı yönergede “açıklık” sağlamak gerekçesiyle (başlangıç parag. 25), iki yeni kurala (15 ve 16. maddelere) yer verilmiştir. 15. maddeye göre, analık iznini kullanan bir kadının, izninin sona ermesinden sonra, daha az elverişli olmayan koşullarla *eski işine yada eşdeğer bir işe geri dönme hakkı* ile izni süresince hak kazanabileceği çalışma koşullarının her türlü iyileştirilmesinden yararlanma hakkı vardır. Böylece, kadın işçinin analık iznini kullanmasından kaynaklanabilecek olası hak kayıplarının karşılanması öngörülmüştür.

“Anne-baba yada evlat edinme izni” başlıklı 16. maddede de, benzer bir düzenleme yapılmıştır. Üye devletlerin ayrı (farklı) anne-baba yada evlatlık izni hakları tanıma (düzenleme) seçeneği (yetkisi) bulunduğunu belirten yönergeye göre, benzer haklar tanıyan üye devletlerin, bu hakları kullanan erkek ve kadın işçilerin işten çıkarılmalarına karşı korunmaları amacıyla gerekli önlemleri almaları gerekir. Yönerge, bu iznin bitiminde de, daha az elverişli olmayan koşullarla *eski işine yada eşdeğer bir işe geri dönme* ve izni süresince hak kazanabileceği çalışma koşullarının her türlü iyileştirilmesinden yararlanma haklarını güvenceye bağlamıştır.

2006/54 sayılı tekleştirme yönergesinin, eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulması öngörülen konuların üçü için de geçerli, yani ortak olan “**yatay kural-**

lar” başlıklı bölümünde; ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin etkili biçimde korunması amacıyla, daha sistemli bir düzenleme yapılmıştır. Üç alt başlıkta, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin bu konudaki kurallarından 2002/73 sayılı yönergeye alınan bu kurallar; başvuru yolları ve hukukun uygulanması (m. 17-19), işlem eşitliğini geliştirme - diyalog (m. 20-22) ve yatay (ortak) nitelikli genel kurallar (m. 23-30) konularına ilişkindir.

Sözü geçen yönergelerin incelendiği bölümlerde değinilen ve büyük ölçüde bunların yinelenmesinden oluşan bu kurallarla, özetle şu konularda düzenlemeler yapılmıştır: Mağdurlar için hak arama (başvuru) yolları ve meşru yararı bulunan dernek ve örgütlerin dava açma hakkı; **önsel olarak üst sınır konulmaması** ve etkili, caydırıcı ve orantılı olması gereken tazminat yada onarım; kanıtlama yükümlülüğü; görevlerine, “eldeki bilgilerin *Cinsiyetlerin Eşitliği Avrupa Enstitüsü* gibi benzer Avrupa örgütleri ile uygun düzeyde *bilgi değişimi* yapılmasının da eklendiği” işlem eşitliğini geliştirme birimleri; sosyal ortaklar ve HDK’lar ile diyalog; yönergeye uygunluk, misillemelere karşı koruma, yaptırımlar, cinsiyete dayalı her tür ayrımcılığın önlenmesi için işverenlerin ve sorumlu kişilerin özendirilmesi, üye devletlerin daha ileri kurallar koyabilmesi, bu yönergenin kadının korunmasına ilişkin kurallara engel olmaması ve 96/34 sayılı yönerge ile 92/85 sayılı yönergelerdeki kurallara zarar vermemesi, erkekler ve kadınlar arasında eşitlik sorunlarının çeşitli politikalarla bütünleştirilmesi, bilgilerin yayılması.

4. Yeni Yönerge Önerisi: Eşit İşlem İlkesinin İstihdam ve Çalışma Dışındaki Alanlarda İşlerliğe Konulması

Avrupa Komisyonu, 23 Ekim 2007’de kabul ettiği yasama ve çalışma programında; varolan ayrımcılık karşıtı hukuksal çerçeveyi tamamlayıcı yeni yasal girişimlerde bulunacağına ilişkin açıklamasının ardından, Antlaşma’nın 13. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, 2 Temmuz 2008’de yeni yönerge önerisinde bulunmuştur.²⁴⁹ Bu yönerge önerisinin, uzun süreden beri beklendiği, Komisyon’un 2004’ten başlayarak genel kapsamlı bir yönerge önerisi sunma vaadinde bulunduğu belirtilmektedir.²⁵⁰

²⁴⁹ Komisyon’un yeni yönerge önerisiyle ilgili açıklamalar, gerekçe ve metin, aşağıdaki belgelerde yer almaktadır:

CCE, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), Bruxelles, le 2.7.2008, *Proposition de directive du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d’âge ou d’orientation sexuelle*, {SEC(2008) 2180}, {SEC(2008) 2181}, présentée par la Commission;

CCE, COM(2008) 420 final, Bruxelles, le 2.7.2008, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Non-discrimination et égalité des chances: un engagement renouvelé*, {SEC(2008) 2172}.

²⁵⁰ Parlement européen, 2004-2009, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, *Projet de Rapport sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d’âge ou d’orientation sexuelle*, COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), 14.01.2009.

Brüksel Avrupa Konseyi'nin 14 Aralık 2007'deki çağrısı²⁵¹ ile Avrupa Parlamentosu'nun 20 Mayıs 2008 tarihli kararında²⁵² yaptığı çağrıyla göz önünde bulunduran Komisyon'un bu önerisi, başlıktan da kolayca görülebileceği gibi, özellikle 2000/78 sayılı yönergenin boşluğunu tamamlamayı amaçladığından “*istihdam ve çalışma*” alanları ile sınırlı değildir. Yönerge önerisi, cinsiyet, ırk ya da etnik köken, engel, cinsel yönelim, din ya da inançlar temellerine dayanan ayrımcılıkları yasaklayan 2000/43, 2000/78 ve 2004/113 sayılı yönergelerin bir uzantısı niteliğindedir.²⁵³

Komisyon'un, 2000 yönergeleri gibi “asgari” nitelikli olmasını öngördüğü yeni önerisiyle izlediği amaç, kişiler arasında *din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim* nedenlerine dayalı ayırım gözetmeksizin, eşit işlem ilkesinin **emek piyasası dışında** uygulamaya konulmasıdır. Böylece bu öneri, Topluluğun, 2000/78 sayılı yönergenin dört nedene dayalı ayrımcılıkları yalnızca “istihdam ve çalışma” alanında -ve bu alanlar kapsamında olan mesleksi eğitim” alanında- yasaklayan, kısacası emek piyasasıyla sınırlandıran yürürlükteki ayrımcılık karşıtı hukuksal çerçevesini genişleterek tamamlamaya yönelik bir girişim niteliğindedir.

Komisyon, yönerge önerisinde “*ikincillik*” ve “*orantılılık*” ilkelerini göz önünde bulunduracağını da belirtmiştir. Bu, aslında Antlaşma'nın 5. maddesinin bir gereğidir.²⁵⁴ İkincillik ilkesi, yönerge önerisinin Topluluğun “inhisari” yetkisinden kaynaklanmadığı ölçüde uygulanacaktır. Yönergenin hedefleri, -uygulamadaki farklılıkların da gösterdiği gibi- üye devletlerin tek başına hareket etmesiyle -yani ulusal düzeydeki düzenlemelerle- yeterli biçimde gerçekleştirilemez. Tüm üye devletlerde, sayılan nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı etkili ve yeterli nitelikte *asgari düzeyde ortak (standart) bir koruma*, yalnızca Topluluk düzeyinde alınacak önlemlerle daha iyi sağlanabilir (başlangıç, parag. 30). Orantılılık ilkesine uygun olarak da, yönerge önerisi, tanımlanan hedeflere erişmek için gerekli olanın ötesine geçmeyecektir.

İkincillik ilkesine uygun olarak, Avrupa'nın güçlü yanlarından biri olan “toplumların çeşitliliği” ne saygı gösterilmesi gerekir. Eğitimin düzenlenmesi ve içeriği, aile yada evlilik statüsünün tanınması, evlat edinme gibi sorunların “ulusal” düzeyde ele alınması yeğlenir. Bu nedenle öneri, üye devletlerin bu sorunlara ilişkin ya-

Avrupa Parlamentosu'nun kişi özgürlükleri, adalet ve içişleri komisyonu raportörünce hazırlanan bu raporda; uygulama alanı farklı olan iki yönergenin, ayrımcılık nedenleri hiyerarşisi oluşturduğu; Komisyon'un bu yönerge önerisinin, nedenleri ne olursa olsun, ayrımcılığa karşı korumada eşitliği gerçekleştirme girişimi niteliği taşıdığı belirtilmekte ve kimi değişiklik önerilerinde bulunmaktadır.

²⁵¹ CE, Conclusion de la présidence du Conseil européen de Bruxelles du 14 décembre 2007, parag. 50.

²⁵² CE, Résolution du 20 mai 2008, P6_TA-PROV(2008)0212.

²⁵³ CCE, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), s. 2.

²⁵⁴ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, s. 100-105 ve 111-112.

sa ve uygulamalarında değişiklik yapılmasını gerektirmez ve kiliselerin ve başka dinsel örgütlerin etkinliklerine ilişkin ulusal kuralları etkilemez.²⁵⁵

a. Yönerge Önerisi Öncesindeki Hukuksal Çerçeveye

Kısa Bir Bakış

AB'nin ayrımcılık karşıtı yürürlükteki koruyucu hukuksal çerçevesinde, bir yandan ayrımcılık nedenleri, öte yandan da koruma alanları ve düzeyi yönlerinden, deyim yerindeyse ayrımcılık yapılmıştır. Gerçekten bu hukuksal çerçevenin, iki nedene (*cinsiyet ile ırk yada etnik köken temellerine*) dayalı ayrımcılıklar konusunda sağladığı korumanın uygulama alanı, dört nedene (*din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim nedenlerine*) dayalı ayrımcılıklara karşı sağlanan korumanın uygulama alanından daha geniştir ve koruma da, eşit işlem ilkesini geliştirme birimleriyle daha güçlü bir konumdadır.

Çizelge

Avrupa Birliği Hukunda Ayrımcılık Karşıtı Korumanın

Nedenler ve Alanlar Yönünden Yönerge Önerisi Öncesindeki Görünümü

KORUMA ALANLARI \ AYRIMCILIK NEDENLERİ	IRK	DİN	ENGEL	YAŞ	CİSEL YÖNELİM	CİNSİYET
İSTİHDAM VE MESLEKSEL EĞİTİM	Var + Eşitlik Birimi	Var	Var	Var	Var	Var + Eşitlik Birimi
EĞİTİM	Var + Eşitlik Birimi	Yok	Yok	Yok	Yok	Yok
MALLAR VE HİZMETLER	Var + Eşitlik Birimi	Yok	Yok	Yok	Yok	Var + Eşitlik Birimi
SOSYAL KORUMA	Var + Eşitlik Birimi	Yok	Yok	Yok	Yok	Var + Eşitlik Birimi

Kaynak: CCE, COM(2008) 426 final, SEC(2008) 2180, s. 3'te yer alan "Avrupa Düzeyinde Varolan Yasal Çerçeve" başlıklı tablo.

Açıklama: Ayrımcılık karşıtı korumanın bulunup bulunmadığını daha açık bir dille ortaya koyduğunu düşündüğüm için, bu tablodaki "evet"i "var" ve "hayır"ı da "yok" ile değiştirdim (MG).

²⁵⁵ CCE, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), s. 6.

Komisyon'un yönerge önerisi konusunda hazırladığı çalışma belgesinde yer alan Çizelge, yeni yönerge önerisi öncesinde, ayrımcılık nedenlerine ve koruma alanlarına göre yürürlükte olan ayrımcılık karşıtı hukuksal korumanın bu "ayrımcı" durumunu ortaya koymakta ve özetlemektedir: Irka yada etnik kökene dayalı ayrımcılık dört alanda da güvencelenmiştir. Cinsiyet nedenine dayalı ayrımcılık da, "eğitim" dışında koruma altındadır. Buna karşılık, din, engel, yaş yada cinsel yönelime dayalı ayrımcılıklar yalnızca istihdam, çalışma ve mesleki eğitim alanlarında korunmuş; ancak eğitim, mallara ve hizmetlere erişme ve sosyal koruma alanlarında bu dört nedene dayanan ayrımcılıklar koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. ²⁵⁶ 2000/78 sayılı yönerge, "mesleki eğitim"e erişimde ayrımcılığı yasaklamış ise de, yönerge önerisiyle, bu yasağın mesleki eğitim sayılmayan eğitim biçimindeki ayrımcılıkların yasaklanmasını da kapsayacak biçimde genişletilmesi gerekli görülmüştür (başlangıç, parag. 10).

Ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi konusunda sağlanan korumanın hukuksal çerçevesindeki farklılığın, bir yandan kuramsal olarak, tekbiçimli asgari bir koruyucu çerçeve oluşturulmamasıyla *hukuk güvenliği* yönünden, öte yandan da uygulama boyutuyla, kişilerin, malların ve hizmetlerin *serbest dolaşımını* olumsuz etkilemeye elverişli olması yönünden sakıncalar taşıyacağı tartışmasıdır.

Koruma düzeyi ve kapsamının genişliği yönlerinden, üye devletler arasında da farklılıklar vardır. Gerçekten, birçok üye devletin, yönergelerin "asgari" çerçevesinin ötesinde düzenleme yapmış olmasına karşın, çeşitli nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı sağlanan korumanın düzeyi ve genişliği (yaygınlığı), çok değişkendir. Örneğin, üye devletlerin yalnızca beşinde (İrlanda, Bulgaristan, Lüksemburg, Slovenya ve Macaristan'da), din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim nedenlerine dayanan ayrımcılıklara karşı sayılan tüm alanlarda ayrıntılı ve olabildiğince eksiksiz bir koruyucu yasal çerçeve bulunmaktadır. Öteki üye devletler ise, nedenlerden bazılarıyla sınırlı olan ve herkesi kapsamayan daha genel nitelikli anayasal yada yasal kurallar kabul etmiştir. Koruma düzeyindeki bu farklılıklar, seyahat, çalışma yada öğrenim amaçlarıyla serbest dolaşım hakkını kullanmak isteyen yurttaşların kararları üzerinde etkili olabilir. ²⁵⁷

Komisyon, Avrupa Birliği'nin temel değerlerinden birini oluşturan ayrımcılık yasağı konusunda; ayrımcılık nedenleri, koruma alanları ve üye devletlerin yasal düzenlemeleri yönlerinden varolan "ayrımcılıkları" gidermek üzere, ilgili taraflara

²⁵⁶ CCE, Bruxelles, le 2.7.2008, SEC(2008) 2181, *Document de travail de la Commission accompagnant la proposition de directive du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, Résumé de l'analyse d'impact*, {COM(2008) 426 final}, {SEC(2008) 2180}.

²⁵⁷ CCE, SEC (2008) 2181, s. 3.

danışma sürecini tamamlamasının ardından ve emek piyasası dışındaki ayrımcılıkların varlığının incelendiği “etki analiz raporu”nun sonuçlarını göz önüne alarak, varolan koruyucu asgari çerçeveyi tamamlayıcı yeni bir yönerge önerisi için girişimde bulunmaya karar vermiştir. Etki analizi raporu, bu girişimle erişilmesi gereken üç hedefi şöyle belirlemiştir:

- Ayrımcılığa karşı korumayı iyileştirmek;
- Ekonomik aktörler ile üye devletlerdeki tüm potansiyel mağdurlar için hukuk güvenliğini güvenceye almak;
- Sosyal içermeyi güçlendirmek ve halkın tüm kesimlerinin, ekonomik ve sosyal yaşama tam ve eksiksiz katılımını özendirmek.²⁵⁸

Komisyon’un yeni yönerge girişimini temellendirdiği bir başka gerekçe de, Birleşmiş Milletler’ce kabul edilen, “ayrımcılık gözetmeme, katılma, toplumla bütünleşme, fırsat eşitliği ve erişebilirlik ilkeleri”ne dayanan ve özellikle de “makul düzenlemeler” yapılmasının reddedilmesini bir ayrımcılık sayan **Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin**²⁵⁹ üye devletlerin yanı sıra, 30 Mart 2007’de Avrupa Birliği’nce de imzalanmış olmasıdır.

b. Yönerge Önerisinin İçeriği

Toplam 31 paragrafta açıklanan gerekçe ile 18 maddeden oluşan yönerge önerisi, benzer madde başlıklarıyla, örneğin tanımlar, olumlu eylem, asgari kurallar, “başvuru yolları ve hukukun uygulanması” başlıklı bölümdeki tüm kurallar ve bu bölüme konulan işlem eşitliğini geliştirme birimleri, yaptırımlar ile ilgili düzenlemeler, boşlukları doldurulmak istenen 2000 yönergelerinden esinlenmiş ve bunun da ötesinde, kimileri aynen alınmıştır.

Öneri; istihdam ve çalışma dışındaki başka alanlarda işlem eşitliği ilkesini üye devletlerde uygulamaya koymak ereğiyle, 2000/78 sayılı yönergede de yer alan dört nedene dayalı ayrımcılığa karşı savaşım vermek için bir çerçeve oluşturmaktadır (m. 1).

Ayrımcılık kavramına ilişkin 2. madde de, “eşit işlem ilkesi”ni 2000 yönergeleri gibi tanımlamış ve dört ayrımcılık biçimine ilişkin tanımlar, kimi anlatım değişiklikleri dışında, içerik olarak yinelenmiştir. Engelli kişiler yararına “makul düzenlemeler gerçekleştirilmesinin reddedilmesi” de, ayrımcılık sayılmıştır (m. 2).

Yönerge önerisinin uygulama alanına, Topluluğa devredilen yetkilerin sınırları içinde, kamu kesimi ile özel kesimdeki tüm kişilere, aşağıda sayılan (2000/43 sayılı yönergede yer alan, ancak 2000/78 sayılı yönergede olmayan) konular girmektedir:

²⁵⁸ CCE, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), s. 5.

²⁵⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, s. 99-105.

- a) Sosyal koruma (sosyal güvenliği ve sağlık bakımlarını da kapsar);
- b) Sosyal avantajlar (yardımlar);
- c) Eğitim;
- d) Mal ve hizmetlere erişme ve konutu da kapsamak üzere, halka sunulan mal ve hizmetler sağlanması.

İkincilik ilkesi gereğince kapsam dışında tutulan konuları belirten ve yurttaşlığa dayanan ayrımcılıkları kapsamayan önerinin 4. maddesinde, engelli kişilerin iş-lem eşitliğini güvenceye almak amacıyla, uygun değişiklik ve uyarlamalar yapılarak, yukarıda sayılan konulardan etkili biçimde ve ayrımcılık gözetilmeksizin yararlanmalarına olanak veren zorunlu önlemler öngörülmüş ve orantısız yük ile ilgili benzer kurallar getirilmiştir.

2000/43 sayılı yönergedeki başvuru yollarıyla ilgili kuralları aynen yineleyen ve 2000/78 sayılı yönergede öngörülmeyen işlem eşitliği ilkesini geliştirme birimlerini yetkileriyle düzenleyen kurallarını da alan yönerge önerisi, yaptırımlar rejimi konusunda da her iki yönergedeki kuralları yinelemiştir. Ancak öneri, Adalet Divanı'nın içtihadına uygun olarak, ²⁶⁰ işlem eşitliği ilkesinin ihlali durumunda ödenecek *tazminatlar* *önsel bir tavan sınırlaması getirilemeyeceğini* ve yaptırımların etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiğini açıkça öngörmüştür.

Yasalaşma süreci sürmekte olan yönerge önerisinin, “eşitsiz” olarak nitelenen ayrımcılık karşıtı Toplum mevzuatının sağladığı korumayı “istihdam ve çalışma” alanları dışına yayan içeriği şu somut örneklerle açıklanmaktadır: Yönerge önerisi gereğince, görme engelli bir kişinin, köpeğinin eşliğinde lokantasına girmesini engelleyen bir yöneticiye karşı yada cinsel yönelimi nedeniyle eşcinsel bir çiftte oda vermeyi reddeden bir otel müdürüne karşı kovuşturma açılabilir. Bir sigorta şirketi, engelli bir kişiyi sigortalamaktan kaçınamayacak, nesnel olarak kanıtlanmadıkça daha yüksek prim isteyemeyecektir. Öğrencilere oda kiralamaı reddeden ev sahiplerine karşı da, yaşa dayalı ayrımcılık nedeniyle kovuşturma yapılabilecektir. Lokanta ve mağaza sahipleri / yöneticileri, engelli kişilerin yapılarına (binalarına) erişmesini iyileştirmek için gerekli önlemleri almakla yükümlü olacaklardır. Bununla birlikte yönerge önerisi, “makul düzenleme” ilkesine yer vermekte ve işletmenin kaynaklarına ve niteliğine göre belirli bir esneklik de getirmektedir. Tüm farklı işlemlerin yasaklanması söz konusu değildir. Üye devletlerin, devletin laikliğini güvenceye bağlayan önlemler almaları, örneğin okulda dinsel semboller taşınmasını yasaklama yada sınırlandırmaları olanaklıdır. ²⁶¹

²⁶⁰ CJCE, *Affaire Draehmpaehl* (C-180-95, Rec. 1997, s. I-2195) ve *Affaire Marshall* (C-271/91, Rec. 1993, s. I-4367).

²⁶¹ “L'égalité de traitement au-delà du monde du travail”, **Agenda Social**, Numéro 18, octobre 2008, s. 17.

V. AYRIMCILIĞA KARŞI SAVAŞIMDA

TOPLULUK EYLEM PROGRAMLARI

Ayrımcılık karşıtı hukuksal çerçevedeki boşluklarının, antlaşmasal ve türevsel düzeylerde yapılan düzenlemelerle olabildiğince eksiksiz biçimde doldurulmasının, ayrımcılığın kökünün kazınması ve özellikle de bu konudaki yaygın olumsuz davranış ve önyargıların değişmesi için tek başına yeterli olamayacağı açıktır. Örneğin, eşit ücret ilkesinin gerek uluslararası hukukta ve gerekse Avrupa hukukunda 1950’li yıllardan beri yer almış olmasına karşın, “Avrupa Birliği’nde hiçbir üye devlet yoktur ki, kadınların ücretleri erkeklerinkine eşit olsun.”²⁶² Avrupa Komisyonu’nun “*Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşitlik 2008*” raporuna göre, cinsiyetlerarası ücret eşitsizliği (farkı), 2000 yılında % 16 iken, 2003’ten beri %15 olarak süregelen kazanmıştır.^{263, 264} Dolayısıyla da, ayrımcılık karşıtı kural üretmenin dışında, bu kuralların titizlikle **uygulanması**, yaşamın tüm alanlarındaki ayrımcı şemaların etkin olarak belirlenmesi ve **analiz edilmesi**, ayrımcılıkların kaldırılması alanında gerçekleştirilen ilerlemelerin **izlenmesi**, duyarlılaştırma **programlarının** kabul edilmesi ve koşullar uygunsa da, ayrımcılık mağduru olan elverişsiz konumdaki kişilere yada gruplara yardımcı olmak için **olumlu eylem önlemleri** alınması gerekir.²⁶⁵

Avrupa Birliği de, hukuksal düzenlemelerin, yönergelerde kısaca “her tür ayrımcılığın bulunmaması” olarak tanımlanan eşit işlem ilkesinin uygulamada yerleştirilmesinde yetersiz kalacağını ve kaldığını gördüğü için, hukuku uygulamaya aktarmanın ancak uzun soluklu eylem programlarının uygulanmasıyla sağlanabileceğini düşünmüş ve 2000 yönergelerinin ardından, önce 2001-2006 yıllarını, sonra da 2007-2013 yıllarını kapsayan iki eylem programının uygulanmasına karar vermiştir.

1. Birinci Eylem Programı (2001-2006)

Ayrımcılıkla savaşım konusundaki birinci eylem programı, Konsey’in, 2000/78 sayılı yönergeyle aynı tarihte kabul ettiği 2000/750 sayılı kararına dayanmaktadır. 27 Kasım 2000 tarihli bu kararla Konsey, 1 Ocak 2001’den 31 Aralık 2006’ya değin sürmek üzere “Ayrımcılığa Karşı Savaşımında Topluluk Eylem Programı”nın (TEP) uygulanmasını öngörmüştür. 2000/78 yönergesiyle aynı tarihte yayımlanarak yürürlüğe giren Konsey kararı,²⁶⁶ 12 maddeden oluş-

²⁶² Timo Makkonen, *Manuel européen sur les données relatives à l’égalité*, novembre 2006, s. 11.

²⁶³ **Rapport sur l’égalité entre les femmes et les hommes 2008**;
<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10167.htm>.

²⁶⁴ Bu konuda, Komisyon’un, kadınlar ve erkekler arasındaki ücret farklarına karşı koyma ile ilgili, COM(2007) 424 final sayılı ve 18 Temmuz 2007 tarihli bir bildirisi vardır

²⁶⁵ Timo Makkonen, *a.g.y.*, s. 11-12.

²⁶⁶ **Journal Officiel des Communautés européennes**, FR, 2.12.2000, L 303, s. 23-28.

maktadır ve kararın Ek'inde de, "programın uygulamaya konulması için bilgiler" yer almaktadır.

98,4 milyon Avro tutarında bir bütçe öngören programın genel amacı, ayrımcı tutum ve uygulamaları somut biçimde değiştirmektir. Programın öncelikli üç eylem alanı vardır ve şunlardır:

- Ayrımcılık olgusunun niteliğinin irdelenmesini güçlendirmek,
- Ayrımcılığa karşı savaşım üstlenmiş örgütleri desteklemek,
- Ayrımcılık olgularına ve farklılığın yararlarına karşı duyarlılık kazandırmak.

Avrupa Birliği, bu program çerçevesinde, tüm üye devletlerde, sendikal örgütler, işverenler, hükümet dışı kuruluşlar ve ulusal yetkililer ile sıkı bir işbirliği yaparak geniş bir bilgilendirme kampanyası başlatmıştır. Amaç, işyerinde farklılığın yararlarını açığa çıkarmaktır. Eylem Programı'nın amaç ve eylem alanları, hukuksal düzenlemelerin ve hukuk desteğinin tek başına yeterli olmadığını ortaya koymaktadır.

a. Kararın İçeriği

Geride kalan altı yıllık bir dönemi kapsayan TEP, ırk yada etnik köken, din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temellerine dayanan her türlü doğrudan yada dolaylı ayrımcılığa karşı savaşım önlemlerini geliştirmeye / desteklemeye yöneliktir (m. 1). Maddenin saydığı ayrımcılık nedenlerinden de anlaşılacağı gibi karar, 2000/43 ve 2000/78 yönergelerini kapsamaktadır. Başka deyişle TEP, her iki yönergenin sağladığı ayrımcılıklara karşı hukuksal korumayı, deyim yerindeyse ayrımcılık nedenleri arasında ayırım gözetmeksizin uygulamaya aktarmayı amaçlamaktadır.

Kararın başlangıç bölümündeki 5. paragraf, bu yaklaşımı şöyle açıklamıştır: "Farklı ayrımcılık biçimleri önem sırasına göre sınıflandırılmaz ve tümü de eşit olarak hoş görülemez. Program, üye devletlerde daha önce yürürlükte olan iyi uygulamaların değişiminin yapılması kadar, ayrımcılığa karşı savaşımında yeni uygulama ve politikaların hazırlanmasının geliştirilmesini de amaçlamaktadır. Karar, farklı nedenlere dayalı her türlü ayrımcılığı yenmek için global bir stratejinin uygulamaya konulmasına katkıda bulunabilir."

Yine, başlangıcın 7. paragrafında, programın, cinsiyet dışında, özel bir Topluluk eylemine konu olan tüm ayrımcılık nedenlerini kapsamasının uygun olacağı belirtilmiştir. Çeşitli nedenlere dayanan ayrımcılıklar, benzer özellikler taşıyabilirler ve bunlara benzer araçlarla karşı konulabilir. Cinsiyeti de kapsamak üzere kimi nedenlere dayalı ayrımcılığa karşı uzun yıllardan beri edinilen deneyim birikiminden, başka nedenlere dayanan ayrımcılıkları alt etmek için yararlanmak olanaklıdır. Bununla birlikte, ayrımcılığın değişik biçimlerinin özelliklerini göz önün-

de bulundurmak gerekir. Dolayısıyla, etkinliklere ve sonuçlara erişme konusunda engelli kişilerin özel gereksinimlerini hesaba katmak uygun olur.

Özellikle kadın ve erkeklerin eşitliği alanında Topluluk düzeyinde yürütülen eylemlerden edinilen deneyim, ayrımcılığa karşı savaşımın, önlemlerin uygulamada ortaklaştırılmasını, özellikle karşılıklı olarak birbirini güçlendirmek için tasarlanan somut eylemler ile yasal araçların birleştirilmesini gerektirmektedir. Irk ve etnik köken ile engele dayanan ayrımcılıklara karşı savaşımından kazanılan deneyimden de benzer dersler çıkarılabilir (parag. 6).

Kararın 2. maddesi, TEP'in altı yılda erişilmesi öngörülen hedeflerini göstermektedir. TEP, Topluluk yetkilerinin sınırları içinde, gerektiğinde, gelecek yasama etkinliklerini göz önünde bulunduran basit ve birçok (değişik) ayrımcılığa karşı savaşım ve önleme önlemlerini özendirme için, Topluluk düzeyinde ve üye devletlerde gösterilen çabaları destekleme ve tamamlamayı amaçlamıştır. TEP'in izlediği hedefler, hangi yollarla gerçekleştirileceği de belirtilerek, üç maddede şöyle sıralanmıştır:

- a) Ayrımcılık olgusuna ilişkin bilgiyi iyileştirerek ve politikalar ile uygulamaların etkisini değerlendirerek, *ayrımcılığa bağlı sorunları daha iyi anlatmak*;
- b) Özellikle örgütlerin eylem araçlarını güçlendirerek, bilgi ve iyi uygulamalar değişimini destekleyerek ve Avrupa düzeyinde ağ oluşturarak, çeşitli ayrımcılık biçimlerinin özelliklerini göz önünde bulundurarak, *ayrımcılığı etkili biçimde önleme ve ayrımcılığa karşı savaş açma yeteneğini geliştirmek*;
- c) Duyarlılaştırma etkinliklerini de kapsamak üzere, *ayrımcılığa karşı savaşıma yönelen değerleri ve uygulamaları geliştirmek ve yaymak*.

Konsey kararının 3. maddesi, 2. maddede açıklanan yukarıdaki hedeflere erişmek için ulusötesi bir çerçevede uygulamaya konulabilecek *Topluluk eylemlerini* şöyle sıralamıştır:

- a) Ayrımcılığa bağlı etkenlerin irdelenmesi; bu irdelenmenin, özellikle incelemeler gerçekleştirme ve ulusal hukuk ve uygulamalara saygı göstererek, nitel ve nicel gösterge ve ölçüler oluşturma yollarıyla yapılması; sonuçlarının etkili biçimde yayılmasını kapsayacak biçimde, ayrımcılık karşıtı mevzuat ve uygulamaların etki ve yansımalarının değerlendirilmesi;
- b) Ulusötesi işbirliği ve Avrupa düzeyinde, HDK'ları da kapsamak üzere, ayrımcılığa karşı savaşımında ve ayrımcılığın önlenmesinde *aktif ortaklar ağının uygulamaya konularak geliştirilmesi*;

- c) *Duyarlılaştırma*, bunun özellikle ayrımcılığa karşı savaşımın Avrupa boyutunu vurgulamak amacıyla ve Komisyon bildirimleri, yayınlar, kampanyalar ve gösteriler yoluyla, programın sonuçlarını kamuoyuna açıklamak amacıyla yapılması.

Karar, Topluluk eylemlerini uygulamaya koyma biçimlerini Ek'inin 1. paragrafında açıklamıştır.

Kararın 4. maddesinin 1. fıkrasında, bir yandan programın uygulanmasında ve öte yandan da üye devletlerle işbirliği yapılmasında *Komisyon'un görevleri* düzenlenmiştir. Buna göre Komisyon:

- a) Program gereği yürütülen Topluluk eylemlerinin Ek gereğince uygulamaya konulmasını sağlar;
- b) HDK'ların ve Avrupa düzeyinde örgütlenmiş sosyal ortakların (ETUC, UNICE / BUSINESSEUROPE, CEEP) temsilcileriyle, program anlayışı, programın uygulamaya konulması ve izlenmesi ile bu alandaki siyasal yönelimler konularında düzenli bir görüş alış verişinde bulunur. Bu amaçla da Komisyon, gerekli / yararlı bilgileri HDK'ların ve sosyal ortakların yararlanmasına / hizmetine sunar. Komisyon'a yardımcı olmak üzere 6. madde gereğince oluşturulan komiteye, bu görüşler konusunda bilgi verir.

Başlangıç, Topluluk eyleminin katma değerini güçlendirmek için, Komisyon'un üye devletlerle işbirliği yaparak, bu karar çerçevesinde uygulamaya konulan eylemlerinin ve Topluluğun bu konudaki, özellikle eğitim ve yetiştirme, fırsat eşitliği ve sosyal içermeyi geliştirme alanlarında Avrupa sosyal fonundan kaynaklanan başka politika, araç ve eylemlerinin uyum ve tamamlayıcılığının tüm düzeylerde sağlanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda, Irkçı ve Yabancı Düşmanı Olgular Avrupa Gözlemevi'nin (yerine kurulan Temel Haklar Ajansı'nın) ilgili eylemleri ile uyum ve tamamlayıcılığının sağlanması da uygun olur (parag. 11).

Başlangıç, birçok hükümetdışı örgütün, ayrımcılığa karşı savaşım ve ayrımcılık kurbanı kişilerin korunması alanında Avrupa düzeyinde deneyim ve yetkinliğinin bulunduğunu anımsatmıştır. Dolayısıyla bu HDK'lar, ayrımcılığın çeşitli biçim ve etkilerinin daha iyi anlaşılmasına önemli ölçüde katkıda bulunabilirler. Yine, söz konusu HDK'ların, eylem programının uygulamaya konulması ve izlenmesinde ayrımcılık kurbanı olan kişilerin deneyiminin göz önünde bulundurulmasına çalışılmasında da önemli katkıları olabilir. Topluluk, geçmişte ayrımcılık alanında çalışmalar yapan çeşitli örgütlere temel mali katkı sağlamıştır; bundan böyle etkili HDK'lara temel bir finansman verilmesi, ayrımcılığa karşı savaşımında değerli / yararlı bir koz olabilir (parag. 9).

Konsey kararı Komisyon'a, üye devletlerle işbirliği yaparak aşağıda belirtilen amaçlarla gerekli önlemleri alma görevi vermiştir (m. 4/2):

- Tüm boyutlardaki hükümetdışı örgütleri de kapsamak üzere, tüm ilgili tarafların programa katılımlarını geliştirmek;
- Özellikle ayrımcılığa karşı savaşımında bütünsel ve eşgüdümlü bir yaklaşımı özendirmek amacıyla, programın tüm katılımcıları arasında aktif ortaklığı ve aktif diyalogu kolaylaştırmak;
- Program çerçevesinde yürütülen eylemlerin sonuçlarının yayılmasını sağlamak;
- Program desteğinden yararlanan eylemlerle ilgili olarak erişilebilir bilgiler sunmak ve uygun bir tanıtma ve izleme sağlamak.

Kararın 5. maddesi, aşağıda sıralanan konularda uygulamaya konulması için alınması gerekli önlemleri düzenlemiştir. Bu önlemlerin, 6. maddenin 2. fıkrasında amaçlanan yönetme usulüne ²⁶⁷ uygun olarak kararlaştırılması öngörülmüştür. Konsey kararını işlerliğe geçirecek önlemler, şu konuları kapsamaktadır:

- a) Programın uygulamaya konulması için genel yönelimler;
- b) Program konularını uyarılama yada tamamlama olanağını da kapsamak üzere, program eylemlerinin uygulamaya konulması için yıllık çalışma planı;
- c) Topluluğun sağlayacağı mali destek;
- d) Yıllık bütçe ve programın farklı eylemleri arasında fonların bölüştürülmesi;
- e) Topluluğun desteklediği eylem ve örgütleri seçme biçimleri ve her hangi bir destek için Komisyon'un sunduğu eylem ve örgütler listesinin tasarısı;
- f) Programı izleme ve değerlendirme ölçüleri ve özellikle de, maliyet-etkinlik raporu, sonuçları yayma ve aktarma biçimleri.

Sıralanan bu konuların dışındaki başka her tür sorun için, kararın uygulamaya konulması açısından gerekli olan önlemlerin 6. maddenin 3. fıkrasındaki danışal yönteme ²⁶⁸ uygun olarak kararlaştırılması öngörülmüştür (m. 5/2).

²⁶⁷ Komisyon'a verilen görevlerin yerine getirilmesinde yardımcı olmak üzere bir *komite* kurulmasını ve bu komitenin iç yönetmeliğini yapmasını öngören kararın 6. maddesi, yapılan yollamalara açıklık getirmiştir.

Buna göre, 6. maddenin 2. fıkrasına yapılan yollama durumunda, 1999/468 sayılı Konsey kararının 4 ve 7. maddeleri uygulanır. Bu kararın 4. maddesinin 3. fıkrasında geçen dönem iki ay olarak saptanmıştır.

²⁶⁸ Kararın 6. maddesinin 3. fıkrasına yapılan göndermeler durumunda da, yine 1999/468 sayılı kararın 3 ve 7. maddeleri uygulanır (m. 6/1, 2, 3 ve 4).

Konsey kararı, *öteki komitelerle işbirliği* konusunu 7. maddesinde düzenlemiştir. Komisyon, 8. maddede amaçlanan öteki önlemlerle programın uyum ve tamamlayıcılığını sağlamak amacıyla, Topluluğun ayrımcılığa karşı savaşıma katkıda bulunan öteki eylemleri konusunda komiteye düzenli olarak bilgi verir. Gerektiğinde Komisyon, bu komite ile bu alandaki başka politikalar, araçlar ve eylemler için kurulmuş izleme komiteleri arasında düzenli ve yapılaşmış bir işbirliği kurar. Kararın Komisyon'a yüklediği bir başka görev, üye devletlerle işbirliği yaparak, Birliğin ve Topluluğun başka politika, araç ve eylemleri ile *global bir uyum* sağlamasıdır.

Komisyon, özellikle program etkinliklerinin araştırma, istihdam, kadın ve erkekler arasında eşitlik, sosyal bütünleştirme, kültür, eğitim, yetiştirme ve gençlik politikası ile Topluluğun dış ilişkileri alanındaki uygun etkinlikleri ile eşgüdümünü sağlama olanağı veren uygun mekanizmaları işlerliğe geçirme yoluyla, söz konusu global uyumu sağlar (m. 8/1). Komisyon ve üye devletler, program gereği yürütülen eylemler ile Birliğin ve Topluluğun başka uygun eylemleri, özellikle yapısal fonlardan ve Topluluğun EQUAL girişiminden kaynaklanan eylemleri arasında uyum ve tamamlayıcılığı sağlarlar (m. 8/2). Üye devletler, program gereği olan etkinlikler ile ulusal, bölgesel ve yerel düzeylerde yürütülen etkinlikler arasındaki uyum ve tamamlayıcılığı olabildiğince sağlamaya çok özen gösterirler.

Kararın 9. maddesi, Topluluk Eylem Programı'na, Avrupa Ekonomik Alanı (espace économique européen, AELE / EEE) ülkeleri ile (eski) Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin, ²⁶⁹ Kıbrıs, Malta ve *Türkiye*'nin katılımını düzenlemektedir. Maddeye göre, program şu ülkelerin katılımına açıktır:

- a) EEE anlaşmasında saptanan koşullara uygun olarak AELE / EEE ülkeleri;
- b) Avrupa anlaşmalarında, ek protokollerinde ve her birinin katılım konseyi kararlarında saptanan koşullara uygun olarak Orta ve Doğu Avrupa'nın aday ülkeleri (PECO);
- c) Kıbrıs, Malta ve Türkiye, bu katılıma bu ülkelerle uygun bulunacak usullere göre ek kredilerle finanse edilecektir.

Başlangıca göre, Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması, bir yandan Avrupa Topluluğu ve üye devletler arasında ve öte yandan da AEA'ya katılan Avrupa Serbest Mübadele Derneği üyeleri arasında sosyal alanda artan bir işbirliği öngörmektedir. Öte yandan, programa, Orta ve Doğu Avrupa'nın aday ülkelerinin, Avrupa anlaşmalarında, ek protokollerinde ve her birinin dernek konseylerinin kararların-

²⁶⁹ Bu ülkeler (Polonya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Slovakya, Slovenya, Estonya, Litvanya, Letonya, Kıbrıs ve Malta), 1 Mayıs 2004'ten başlayarak Avrupa Birliği'nin üyesi olmuştur.

da belirlenen koşullara uygun olarak, Kıbrıs, Malta ve *Türkiye*'nin katılımına açılmasını öngörmek uygun olur. Bu katılım, söz konusu ülkelerde anlaşmaya varılacak usullere göre ek kredilerle finanse edilir (parag. 12).

Karar, altı yıllık program dönemi için toplam 98,4 milyon tutarında bir ödenek ayrılmasını öngörmüş; yıllık kredilere, mali perspektiflerin sınırları içinde bütçe makamınca izin verileceğini belirtmiştir (m. 10).

Topluluk Eylem Programı'nın Avrupa Komisyonu'nca *izlenmesi ve değerlendirilmesi*, kararın 11. maddesinde düzenlenmiştir. Komisyon, üye devletlerle işbirliği yaparak ve 6. maddenin 2 yada 3. fıkralarında öngörülen usullere uygun olarak, programın düzenli biçimde izlenmesini sağlamakla görevlidir. Komisyon'un bir başka görevi de, programın bağımsız uzmanların yardımıyla değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme, şu konulara ilişkin olacaktır: Uygulamaya konulan eylemlerin 2. maddede açıklanan amaçlara uygunluğu, etkililiği ve maliyet - etkililik ilişkisi. Değerlendirmenin aynı zamanda, programın bütünlüğü içinde yansımaları (etki ve sonuçlarını) tahmin etmeyi de amaçlaması öngörülmüştür (m. 11/2, 1).

Bundan başka değerlendirme, program gereğince girilen eylemler ile başka Topluluk politikaları, araçları ve eylemleri gereğince yürütülen eylemler arasındaki tamamlayıcılığa da ilişkin olacaktır (m. 11/2, 2). Karar, programın uygulamaya konulmasının değerlendirilmesine ilişkin bir raporun Komisyon'ca hazırlanarak 31 Aralık 2005'te Avrupa Parlamentosu'na, Konsey'e, Ekonomik ve Sosyal Komite'ye ve Bölgeler Komitesi'ne sunulmasını öngörmüştür (m. 11/3).

b. Karar Eki : Programın Uygulamaya Konulması

TEP'in uygulamaya konulmasına yönelik bilgiler içeren karar ekinde; 2000 yönergeleri eylem programının, Antlaşma'nın Topluluk için belirlediği sınırlar çerçevesinde, aşağıdaki *eylem alanlarına* ilişkin olabileceği öngörülmüştür:

- a) Kamu yönetimlerinde ve kamu yönetimlerinde ayrımcılık yapılmaması;
- b) Medyada ve medyaca ayrımcılık yapılması;
- c) Siyasal, ekonomik ve sosyal karar almaya eşit katılım;
- d) Mal ve hizmetlere eşit erişim ve özellikle konut, ulaşım, kültür, eğlence ve spor alanlarında, kamunun hizmetine / yararlanmasına mal ve hizmet sunulması;
- e) Birçok ayrımcılığı kapsamak üzere, ayrımcılığın etkili gözetilmesi,
- f) İşlem eşitliği ve ayrımcılık yapılmaması konusunda haklara ilişkin bilgilerin etkin yayılması;

- g) Ayrımcılık karşıtı politika ve uygulamaların başka alanlarla bütünleştirilmesi.

Program, tüm etkinliklerinde kadınlar ve erkekler arasında eşitliği öteki alanlarla bütünleştirmeyi amaçlayan ilkeye saygı gösterecek ve cinsiyetlerarası eşitlik, bütünleştirici bir yaklaşımla ele alınacaktır.

Komisyona; programın uygulamaya konulmasında, kimlik belirleme, program yada projelerin hazırlanması, yönetilmesi, izlenmesi, duyulması ve denetimi ile ilişki içinde, aynı zamanda Komisyon'un ve yararlanıcıların karşılıklı yararına olmak üzere, teknik ve / yada yönetsel bir yardıma başvurabilir.

Komisyon, aynı zamanda incelemeler yürütebilir, uzmanların buluşmasını örgütleyebilir, doğrudan programın hedefine bağlı olan bilgilendirme ve yayma eylemleri yürütebilir.

Programa giriş (katılma), Ekte açıklanan yürütme koşulları ve biçimleri çerçevesinde, ayrımcılığa karşı savaşmada rol oynayan kamusal ve / yada özel birim / organ ve kuruluşların tümüne açıktır. Bunlar, "özellikle" denilerek, en önemlileri ve akla ilk gelenleri olarak şöyle sayılmıştır:

- a) Üye devletler;
- b) Yerel ve bölgesel makamlar (yönetimler);
- c) İşlem eşitliğini geliştirme organları (birimleri);
- d) Sosyal ortaklar (sendikalar);
- e) HDK'lar;
- f) Üniversiteler ve araştırma enstitüleri;
- g) Ulusal istatistik ofisleri;
- h) Medya.

Başlangıçta da, programa girişin ayrımcılığa karşı savaşıma katılan kamusal ve / veya özel organ ve kuruluşların tümüne açık olmasının uygun olduğu belirtilmiştir (parag. 8).

Eylemler; "analiz ve değerlendirme", "yeteneklerin güçlendirilmesi" ve "duyarlılaştırma" olarak üç kanat (başlık) altında sıralanmıştır.

"Analiz ve değerlendirme" başlığı altında, bir destekten yararlanabilecek etkinlikler dört madde olarak sayılmıştır:

- 1) Ulusal hukuk ve uygulamalara saygı içinde, Toplulukta ayrımcılığın yaygınlığı (çokluğu) konusunda karşılaştırılabilir istatistikler dizisi hazırlanması ve yayılması;

- 2) Ulusal hukuk ve uygulamalara saygı içinde, ayrımcılık karşıtı politika ve uygulamaların etkisini değerlendirme olanağı veren yöntem ve göstergelerin hazırlanması ve yayılması;
- 3) Yıllık raporlar yardımıyla, etkisini değerlendirmek ve bundan kaynaklanan bilgileri yaymak ereğiyle, ayrımcılık karşıtı mevzuat ve uygulamaların analiz edilmesi;
- 4) Programın öncelikli konuları çerçevesinde, ayrımcılık nedenlerinin her biri için olduğu kadar birinin ötekilerle ilişkilerini kapsamak üzere, kabul edilen yaklaşımları karşılaştıran (yüzleştiren) konusal incelemeler gerçekleştirilmesi.

Komasyon, eylem programının bu kanadının uygulamaya konulması sırasında; Irkçı ve Yabancı Düşmanı Olgular Avrupa Gözlemevi'nin, Topluluğun araştırma ve teknolojik gelişme çerçeve programının ve Topluluk istatistik programının etkinlikleri ile uyumuna ve tamamlayıcılığına özellikle dikkat edecektir.

“Yeteneklerin güçlendirmesi” başlıklı ikinci kanat kapsamında, programın kapsadığı alanlarda ayrımcılığa karşı savaşıma katılan hedef aktörlerin kapasite ve etkisini iyileştirmek amacıyla, bir destekten yararlanabilecek etkinlikler iki madde de şöyle belirtilmiştir:

- 1) En az üç üye devletten bir aktörler yelpazesinin katıldığı ve bilgi, öğrenme ve iyi uygulamaların aktarılmasından ibaret olan ulusötesi eylemlerin değişimi. Bu eylemler, süreç, yöntem ve araçların seçilen konulara oranla etkisinin karşılaştırılmasını; iyi uygulamaların karşılıklı aktarım ve uygulamasını; personel değişimlerini; ürün, süreç, strateji ve yöntemlerin ortaklaşa işlerliğe konulmasını; iyi uygulama olarak tanımlanan yöntem, araç ve süreçlerin farklı bağlamlara uyarlanmasını ve/yada sonuçları, görülebilirliği güçlendirmeyi amaçlayan maddi ürünleri yayma ve gösteriler düzenleme ortak etkinlikleri. Mali destek istemlerinin seçilmesi/ayıklanması sırasında, program ayrımcılığının çeşitliliğini göz önünde bulunduracaktır.
- 2) Ayrımcılığa karşı savaşımında bütünleştirilmiş ve eşgüdümlü bir yaklaşımın uygulamaya konulmasını geliştirmek amacıyla, ayrımcılığa karşı savaşımında ve ayrımcılık mağduru kişilerin savunulmasında deneyimi bulunan Avrupa düzeyinde örgütlenmiş HDK'lar için bir temel mali destek.

Temel mali destek, bir destekten yararlanabilecek harcamaların %90'ı tutarında bir tavanla sınırlıdır.

Bu HDK'ların seçilme biçimlerinde, ayrımcılıkla karşı karşıya olan / kalan grupların çeşitli ve ayrı nitelikte oluşları göz önünde bulundurulabilir.

“Duyarlılaştırma” başlıklı üçüncü kanatta yer alan aşağıdaki etkinliklerin bir destekten yararlanması olanaklıdır:

- 1) Avrupa düzeyinde konferans, seminer ve gösteriler düzenlenmesi;
- 2) Üye devletlerce, ayrımcılığa karşı savaşım ve ulusal düzeyde örgütlenmiş gösterilerde Avrupa boyutunun geliştirilmesi konusunda Topluluk hukukunun uygulamaya konulmasını destekleyen seminerler düzenlenmesi;
- 3) Bilgilerin ulusötesi değişimi ile ikinci kanat çerçevesinde başarıyla yürütülen eylemlere ödül verilmesini de kapsamak üzere iyi uygulamaların sayılması ve yayılmasını desteklemek amacıyla, Avrupa düzeyinde medyayı katan kampanya ve gösteriler düzenlenmesi;
- 4) Program sonuçlarını yaymaya yönelik araç - gereç yayımlanması ve özellikle, iyi uygulama örneklerini, düşünceler değişimi forumu ve ulusötesi değişim eylemlerine katılmaya elverişli ortaklara ilişkin temel vericileri içeren bin Internet sitesi oluşturulması.

Ek, “destek istemlerini sunma yöntemi”ni, her üç kanat için ayrıca şöyle düzenlemiştir:

Kanat 1: Bu kanat, temelde sunum (arz) çağrılarını yoluyla uygulamaya konulacaktır.

Kanat 2: Kanat 2/1 ve 2, Komisyon’a sunulması gereken öneriler çağrısı yoluyla uygulamaya konulacaktır.

Kanat 3: Bu kanat, genel olarak sunum çağrılarını yoluyla uygulamaya konulacaktır.

-TEP uygulaması yoluyla önemli sayıda temel mali destek sağlanan örgütler şunlardır:

- Engelli Kişiler Avrupa Forumu (FEPH),
- Irkçılığa Karşı Avrupa Ağı (ENAR),
- Yaşlı Kişiler Avrupa Platformu (AGE),
- ILGA - Europe (Lezbiyenler ve Eşcinseller Uluslararası Derneği, International Lesbian and Gay Association),
- Engelliler alanında etkin bir dizi küçük ağ.

Bu mali destekler, bu örgütlerin ayrımcılığa karşı savaşımına, eşitliği özendirme ve üyelerinin çeşitli etkinliklere katılmalarına olanak verme amacındadır.

Program çerçevesinde Avrupa ve ulusal düzeylerde yürütülen duyarlılaştırma eylemleri de desteklenmiştir.

Bu çabaların sonuçlar vermeye başladığı, ancak davranış ve zihin değişikliklerini özendirme zorunluluğunun uzun bir zaman süreci içinde yer alması ve gelecekteki duyarlılaştırma etkinliklerinin daha çok belirli hedef kitlelere yöneltilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁷⁰

c. Hukuksal Çerçevenin Uygulamaya Konulması

Avrupa Birliği, özellikle 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerle oluşturduğu ayrımcılık karşıtı türevsel hukukunu, yönergelerin üye devletlerde yürürlüğe girmesini izleyen dönemde yaşama geçirebilmiş, oluşturduğu hukuk ile uygulama arasındaki uçurumu doldurabilmiş midir?

Yeşil kitap, yönergelerin yürürlüğe girmesinden iki yılı aşkın bir süre sonra ortaya attığı bu soruya, “ırkçı eylemler ve ırk temeline dayalı ayrımcılıklar son yıllarda çoğalmıştır” diyerek, olumsuz yanıt vermiştir. Avrupa Komisyonu’nun, 2005’te ve 2006’da Konsey’e ve Parlamento’ya her iki yönergenin uygulamaya konulmasındaki ilerleme durumuna ilişkin olarak sunduğu raporlarda, hukuk ve uygulama arasında varolan uçurumun boyutlarını ayrıntılarıyla ortaya koymuştur.

Ancak Komisyon, yönergelerin kabul edilmesinden beri geride kalan üç yılın üye devletlerin çoğunca en iyi biçimde değerlendirilmediğine ilişkin gözlemlerini kaygıyla belirtmiştir. Komisyon aynı zamanda, yönergelerin kimi üye devletlerde ulusal hukuka aktarılması sürecine damgasını vuran danışma yöntemine başvurulmadığı konusunda sivil temsilcilerince dile getirilen eleştirilerin de bilincinde olduğunu belirtmiştir.²⁷¹

Komisyon, 13. maddeye dayanarak, mal ve hizmetlerin sağlanması konusunda kadınlar ve erkekler arasında işlem eşitliği ile ilgili yeni bir yönerge önerisi sunmuştur.²⁷² Öneri, Konsey’ce incelenmektedir.

2003’teki *Engelli Kişiler Avrupa Yılı* sırasında, engellileri temsil eden örgütler, istihdama ilişkin olmayan alanlarda engele dayalı ayrımcılığa karşı savaşım için yeni önlemler alınmasını salık vermişlerdir. Genel stratejisini tanımlayan Avrupa Komisyonu, Ekim 2003’te kabul ettiği bir *Avrupa Eylem Planı*’nda engelliler yararına eylemini sürdürmek amacıyla, bu stratejisini uygulamak istediğini belirtmiştir.²⁷³ Bu eylem planında, engellilerin istihdama, eğitime, yaşam boyunca formasyona, yeni teknolojilere ve oluşturulmuş çevreye erişmelerini destekleyip geliştirmeye yönelik bir dizi girişim açıklanmıştır.

²⁷⁰ CCE, *Le livre vert*, s. 19.

²⁷¹ a.k., s. 16.

²⁷² CCE, COM (2003) 657 final.

²⁷³ CCE, *Egalité de chances pour les personnes handicapées: un plan d'action européen*; COM (2003) 650 final du 30.10.2003.

Kimi çıkar grupları ve uzmanlar, bir dizi ek önlem alınmasını sağlamak için etkin bir lobcilik yapmaktadırlar. Örneğin, alınmasını istedikleri önlemler arasında; mal ve hizmetler sağlanması konusunda yaş temeline dayalı ayrımcılığa karşı savaşım verilmesi, cinsel yönelime dayalı ayrımcılık konusunda koruma düzeyinin yükseltilmesi ve çingeneler gibi kimi azınlıkların özel gereksinimlerine yanıt vermeyi amaçlayan önlemler alınması bulunmaktadır.

Komasyon, yeni önlemler alınması yolundaki bu istemleri not ederek, varolan hukuksal çerçevenin gerçekten uygulamaya konulmasını sağlamak gerektiğinin bilincinde olduğunu belirtmiştir. Ayrımcılığa karşı Avrupa, ulusal ve bölgesel düzeylerde savaşım vermek için mevzuatın eldeki tek araç olmadığını not etmiştir. Uygulamada ayrımcılık yapılmamasını desteklemek amacıyla, bir siyasi ve mali önlemler dizisini tam olarak kullanmak gerektiğini ve bu çabaların başarıya ulaşması için ilgili çeşitli tarafların ortak eylemlerinin de temel olduğunu belirtmiştir.²⁷⁴

2000 yönergeleri “alt sınır” olmakla birlikte, kimi üye devletlerde daha ileri koruma getiren düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin Belçika, Macaristan, İrlanda, Kıbrıs, İsveç ve Litvanya’da, din yada inançlar, engel, yaş ve cinsel yönelim konusundaki ayrımcılıkları yasaklayan mevzuat, mal ve hizmetlere erişme ile istihdama girme konusunda da uygulanmaktadır. B. Krallık’ta, yönergelerin maddi uygulama alanı, engellilik için mal ve hizmetleri ve cinsel yönelim için eğitim, din yada inançları kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Bu ülkede, engelli kişilerin haklarını geliştirmekle görevli uzmanlaşmış bir birim de oluşturulmuştur. İsveç’te, engellilik ve cinsel yönelim temellerine dayanan ayrımcılıkları önlemek için bir arabulucu (ombudsman) vardır. Kıbrıs, Belçika, İrlanda ve Hollanda’da işlem eşitliğini geliştirmekle görevli kurum, yalnızca etnik köken ve ırk temellerine dayalı ayrımcılıklar için değil, tüm ayrımcılık biçimleri için yetkilidir.²⁷⁵

2. İkinci Eylem Programı: PROGRESS (2007-2013)

Avrupa Parlamentosu ve Konsey’in 1672/2006 sayılı ve 24 Ekim 2006 tarihli kararıyla,²⁷⁶ istihdam ve sosyal dayanışma için ikinci Topluluk eylem programı oluşturulmuştur. Beş farklı bölümden oluşan ve Avrupa Sosyal Fonu etkinliklerine²⁷⁷ koşut olarak yürütülmesi öngörülen PROGRESS, 1 Ocak 2007 ile 31 Aralık 2013 tarihleri arasındaki yedi yıllık dönemi kapsamaktadır.

PROGRESS’in etkinlik alanları ve eylem tipleri; herbirinin operasyonel hedefleri ayrıca belirlenen “istihdam, sosyal koruma ve içerme, çalışma koşulları, ayrımcılığa karşı savaşım ve çeşitlilik (farklılık) ve erkekler ve kadınlar arasında eşitlik” olmak üzere beş bölümden oluşmaktadır. Üye devletlerin temsilcilerinden

²⁷⁴ CCE, *Le livre vert*, s. 17.

²⁷⁵ http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/faq/faq20_fr.htm, 27.07.2007.

²⁷⁶ JOUE, L315, 15.11.2006.

²⁷⁷ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, *Avrupa Birliği ve Sosyal Politika*, s. 175-178.

oluşan ve yıllık çalışma planlarını onaylayıp beklenen sonuçların elde edilmesini gözetten bir komitenin yardımıyla, doğrudan Komisyon'ca yönetilmektedir.

Ayrımcılığa karşı savaşımın salt pozitif hukuk alanında alınan önlemlerle başarıya ulaştırılmayacağı gerçeği, yeni bir program çerçevesinde alınacak somut önlemlerle kuralların uygulamaya aktarılmasını gerektirmiş ve ayrımcılıklara karşı savaşım ile cinsiyetlerarası eşitlik, PROGRESS'in beş kanadından ikisi olmuştur. 4. bölümün amacı, ayrımcılık yasağının gerçekten uygulamaya konulmasını desteklemek ve öngörülen araçlarla, Topluluğun tüm politikalarında yer almasını özendirmeştir.

Yedi yıl için toplam 743,25 milyon Avro tutarında bütçesi olan PROGRESS'in, 2007-2013 döneminde finanse edeceği etkinlikler, şu üç başlıkta toplanmıştır: 1) Analiz etkinlikleri; 2) Karşılıklı öğrenme, duyarlılaştırma ve yayma etkinlikleri; 3) Başlıca aktörlere yardım (yani Avrupa Birliği'nin başlıca ağlarının işleyiş giderlerine katkı sağlanması, çalışma grupları oluşturulması, eğitim seminerlerinin finanse edilmesi, Birlik düzeyinde uzmanlaşmış ağlar ve gözlemevleri kurulması, ulusal yönetimler arasında personel değişimi ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapılması).

Ayrımcılığa karşı savaşım ve çeşitlilik (farklılık) bölümünün hedefi, kısaca şudur: Ayrımcılık yasağı ilkesinin gerçekten uygulamaya konulmasını desteklemek ve öngörülen araçlarla, Birlik politikalarıyla bütünleştirilmesini özendirme. Bu hedeflere ulaşmak için öngörülen *araçlar* da, dört madde olarak şöyle sıralanmıştır:

- Ayrımcılık alanındaki durumun anlaşılmasını iyileştirmek ve bunu özellikle, analiz ve incelemeler yaparak, istatistik ve göstergeler hazırlayarak ve yürürlükteki mevzuatın, politikaların ve uygulamaların değerlendirmesini yaparak gerçekleştirme;
- Birliğin ayrımcılığa karşı mevzuatının uygulamaya konulmasını, izlemenin güçlendirilmesi, pratisyenlerin eğitilmesi ve ayrımcılığa karşı savaşım alanında uzmanlaşmış birimleri bir araya getiren ağlar kurulması yollarıyla destekleme;
- Duyarlılaştırmayı, bilgilerin yayılmasını güçlendirmek ve ayrımcılığa ve ayrımcılığa karşı savaşımın Birlik politikalarıyla bütünleştirilmesine değgin başlıca meydan okumalar (temel sorunlar) ve siyasal sorunlar konusundaki tartışmayı tahrik etme;
- Birliğin başlıca ağlarının (örneğin ulusal uzmanların yada hükümet dışı kuruluşların), Birliğin siyasal hedeflerini izleme kapasitesini geliştirmek. ²⁷⁸

²⁷⁸ PROGRESS'in erkekler ve kadınlar arasında eşitlik başlıklı 5. bölümünün amacı ve araçları, eşitlik ilkesine uyarlanarak aynen yinelenmiştir.

PROGRESS, kamusal ve / yada özel birim, ortak ve kuruluşların (örneğin üye devletlerin, kamusal istihdam birimlerinin, yerel ve bölgesel yönetimlerin, Birlik mevzuatının öngördüğü uzmanlaşmış birimlerin, sosyal ortakların, Birlik düzeyinde örgütlenmiş hükümetdışı kuruluşların, üniversite ve araştırma enstitülerinin, ulusal istatistik enstitülerinin ve medyanın), ayrıca üçüncü ülkelerin katılımına açıktır.

2007-2013 dönemine ilişkin bütçenin oransal dağılımı şöyledir: İstihdam (%23); sosyal koruma ve içerme (%30); çalışma koşulları (%10); *ayrımcılığa karşı savaşım ve çeşitlilik (farklılık)* (%23) ve erkekler ve kadınlar arasında eşitlik (%12). Kalan %2'lik bölüm ise, programın yönetim giderleri için harcanacaktır.

Komisyon'un istihdam ve sosyal politika alanındaki mali araçları basitleştirme ve ussallaştırma isteğini de karşılayan bu programa göre, Komisyon her yıl çalışma raporu hazırlayıp program komitesine sunacaktır. Ayrıca, programın ortasında bir değerlendirme yapılması da öngörülmüştür.

"Ulusal duyarlılaştırma etkinlikleri" çerçevesinde, 2006-2007'de değişik yaklaşımlardan esinlenmiş birçok projeye Topluluk Eylem Programı aracılığıyla destek olan Avrupa Komisyonu, 2007-2008'de de, üye devletlerde yürütülen otuzbeş projeyi PROGRESS Programı ile desteklemiştir. ²⁷⁹

3. Avrupa'da Ayrımcılık Anketi ve Sonuçları

TEP çerçevesinde, 1 Mayıs 2004'te gerçekleşen 10 üyeli beşinci genişlemeden önce, AB'ye üye 15 devlette, insanların ayrımcılık hakkındaki tutumlarını incelemek amacıyla "Avrupa'da Ayrımcılık" konusunda bir "*Avro barometre anketi*" gerçekleştirilmiştir. ²⁸⁰ Ankette; istihdam, eğitim, konut alanlarında ve tüketici olarak, kadın ve erkekler mağdur ve tanık olarak ayrımcılık deneyimleri konularında sorgulanmışlardır. TEP kapsamındaki ırk yada etnik köken, din yada inançlar, engel (bedensel engel, öğrenme güçlükleri yada zihinsel hastalık), yaş ve cinsel yönelim nedenlerine dayalı ayrımcılık hakkındaki algılamaları konusunda bir soru kağıdı hazırlanmıştır.

Ayrımcılık terimi, soruları yanıtlayanlara şöyle açıklanmıştır: "İrk yada etnik kökenleri, din yada inançları, engelleri, yaşları yada cinsel yönelimleri temelinde kişilere farklı, olumsuz ve elverişsiz bir işlem uygulanması olayı."

Beş ayrımcılık nedeni, sosyal ve ekonomik yaşamın dört kilit alanına göre irdeelenmiştir. Bunlar çalışma (ilerleme olanaklarını ve bir iş aramayı kapsar), öğre-

²⁷⁹ CE, **Communiquer sur l'Égalité et la non-discrimination dans l'Union européenne**, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G. 4, Manuscrit en mai 2008, Printed in Belgium, 2008, s. 10-28.

²⁸⁰ La discrimination en Europe, Euro baromètre 57.0, Présentation synthétique des résultats, mai 2003 (rédigée par Alan Marslı et Melahat Şahin Dikmen).

tim (ilk, orta ve yüksek öğretimlerdeki deneyimlerle ilgili farklı soruları kapsar), bir konut aranması ve çeşitli hizmetlere (özellikle lokantalar, mağazalar yada sigorta şirketlerinde işe) giriş alanlarıdır.

Anketi yanıtlayanların şu konulardaki görüşleri öğrenilmiştir:

- Son iki yılda, hangi nedene dayalı olarak ayrımcılık *mağduru* oldukları;
- Son iki yılda, bir başka kişiye karşı bir ayrımcılığa *tanık* olup olmadıkları;
- Böyle bir ayrımcılığın *haklı* yada *haksız* olduğu kanısını taşıyıp taşımadıkları;
- Başka kişilerin, böyle bir ayrımcılığın haklı yada haksız olduğu konusunda bir kanı taşımalarını bekleyip beklemedikleri.

Böylece, 108 sorudan oluşan anket; deneyimler, tanıklıklar, davranışlar ve başka kişilerin davranışları konularında dört tip yanıt elde etme amacı taşıyordu. Bu yanıtlar da, yedi ayrımcılık alanında altı tip “mağdur kategorisi” için elde edilmek isteniyordu.

Anketi yanıtlayanlar, ayrıca şu konularda da sorgulanmıştı:

- İstihdam alanında fırsat eşitliğinin daha genel algılanması ve
- Ayrımcılığa karşı mevzuat konusundaki bilgileri.

Anketi yanıtlayan az sayıda kişi, kişisel olarak altı nedenden birine dayalı bir ayrımcılık kurbanı olduğunu belirtmiştir. Oranların dağılımı şöyledir:

- Yaş %5,
- Irk yada etnik köken %3,
- Din yada inançlar, bedensel engel ve öğrenme güçlükleri / zihinsel hastalık %2 (her biri),
- Cinsel yönelim %1.

Üye devletler arasında, en çok Hollandalılar, ırka dayalı bir ayrımcılık durumunu belirtmişlerdir (%7). Bu oran, Lüksemburglular için %6, Fransızlar için %5'tir. İspanya, İtalya, Finlandiya, İrlanda ve Almanya için ise yalnızca %1'dir. Bu oranların, anketin özelliklerinden ve başka etkenlerden ileri gelen nedenlerle, “ihtiyatla” yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.²⁸¹

²⁸¹ La discrimination en Europe, Euro baromètre 57.0, s. 8.

Anketi yanıtlayanlar, kişisel olarak yaşadıklarından daha çok ayrımcılık durumuna tanık olduklarını açıklamışlardır. “Gözlemlenen ayrımcılık” için en çok anılan nedenler, sırasıyla şunlardır:

- Irk yada etnik köken %22,
- Öğrenme güçlükleri / zihinsel hastalık %12,
- Bedensel engel %11,
- Din yada inançlar %9,
- Yaş ve cinsel yönelim %6 (her biri).

Ayrımcılık mağduru olduğunu açıklamaya en elverişli yanıtlayan tipleri (gençler ile sol siyasal görüşleri savunan yanıtlayanlar), açıklıkla ayrımcı eylemlere tanık olmaya daha elverişli idiler. ²⁸²

Anketin, istihdam alanında fırsat eşitliğinin algılanmasıyla ilgili sorusuna verilen yanıtlara göre, bu konuda en elverişsiz durumda olan gruplar ve oranları sırasıyla şöyledir:

- Öğrenme güçlükleri bulunan yada zihinsel hastalığı olan adaylar %87,
- Bedensel engelliler %77,
- Yaşlı iş arayanlar %71,
- Etnik azınlıklar %62.

Bu ilk dört grupta, ne gençler (25 yaşından küçük olanlar), ne de homoseksüeller yada lezbiyenler yer almaktadır. ²⁸³

Avrupa yurttaşlarının çoğunluğu, altı nedene dayalı her tür ayrımcılığa karşı olduklarını belirtmiştir. ²⁸⁴

Avrupa’da gözlemlenen noktalardan biri de şudur: Gençler, en çok eğitilmiş kişiler, düşün çalışanları ve kadınlar, ayrımcılığa karşı çıkmaya daha elverişlidirler. Yaşlı beden çalışanları, az eğitilmiş olanlar ve erkekler ise daha az karşı çıkmaktadırlar. ²⁸⁵

Avrupa yurttaşlarının üçte birinden çoğu, eğer ticaret hizmetlerine erişmede ayrımcılık yada taciz mağduru olsalardı haklarını bildiklerini, yarısı ise bilmediklerini açıklamışlardır. ²⁸⁶

²⁸² a.k., s. 9.

²⁸³ a.k., s. 10.

²⁸⁴ a.k., s. 11.

²⁸⁵ a.k., s. 13.

²⁸⁶ a.k., s. 14.

Avrobarometrenin 2008 anketinin aşağıda aktarılan sonuçları, geliştirilmesi sürdürülen hukuksal çerçevenin, ayrımcılık olgusunun uygulamadan kaldırılması için yeterli olmadığını bir kez daha göstermektedir:

- Avrupalılar, ayrımcılığın ülkelerinde yaygın olduğu kanısındadır ve değişik nedenlere dayalı ayrımcılık konusundaki düşünceleri sırasıyla şöyledir:
 - Etnik kökene dayalı ayrımcılık %62,
 - Cinsel yönelime dayalı ayrımcılık %51,
 - Engele dayalı ayrımcılık %45,
 - Yaşa dayalı ayrımcılık %42,
 - Dine dayalı ayrımcılık %42,
- Avrupalıların %15'i, son on iki ay içinde, çoğu kez yaşa dayalı olmak üzere, kişisel olarak ayrımcı bir işlem mağduru olduğunu belirtmiştir;
- On Avrupalıdan üçü, geride kalan yıl içinde, bir ayrımcı işleme yada tacize tanık olduğunu açıklamıştır;
- Avrupalıların %48'i, ülkelerinde ayrımcılıkla savaşım için alınan önlemlerin yetersiz olduğu kanısındadır;
- Avrupalıların yalnızca %33'ü ise, kendilerine yönelik bir ayrımcı işlem yada taciz durumunda sahip oldukları haklarını bilmektedir. ²⁸⁷

VI. KOMİSYONUN YEŞİL KİTABI VE ÇERÇEVE-STRATEJİSİ

Komisyon, 2004 ortalarında yayımladığı yeşil kitap konusunda kamuoyuna danışarak görüşleri derledikten sonra, ayrımcılık yasağının ve herkes için fırsat eşitliğinin pozitif ve aktif biçimde geliştirilmesini amaçlayan bir çerçeve-strateji oluşturmuştur. Bu stratejinin başlıca amaçlarından biri, üye devletlerin tümünün Topluluğun bu konudaki mevzuatının tümünü ulusal hukuklarına aktarmaları sayesinde, Avrupa Birliği topraklarında ayrımcılığa karşı etkili bir hukuksal korumanın güvenceye bağlanmasıdır.

1. Yeşil Kitap: Genişleyen Avrupa Birliği'nde

Eşitlik ve Ayrım Gözetmeme

Komisyon, on devletin AB'ye katılmasından kısa bir süre sonra, 28 Mayıs 2004'te, "*Genişleyen Avrupa Birliği'nde Eşitlik ve Ayrım Gözetmeme*" başlık-

²⁸⁷ "L'égalité de traitement au-delà du monde du travail", **Agenda Social**, Numéro 18, octobre 2008, s. 17.

lı yeşil kitabı kabul etmiş²⁸⁸ ve gelecekte izlenecek öncelikli politikalar konusunda bir danışma (görüş alış verişi) süreci başlatmıştır. 1 Mayıs 2004'te on devletin katılımıyla genişleyen Avrupa Birliği'nin eşitlik ve ayrımcılık yasağı konularındaki sorunlarını ortaya koyan Komisyon, geride kalan beş yılda hukuksal planda büyük ilerlemeler sağlandığını, ancak hukuksal çerçevenin uygulamaya aktarılması için başka ek çabalara da gereksinim olduğunu belirtmiştir. Yeşil kitaba dayanarak 1 Haziran 2005 tarihinde kabul ettiği bildiriye,²⁸⁹ eylem önerilerini belirtmiş ve özellikle 2007'de "**Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı**" düzenlenmesini öngörmüştür.

Yeşil kitapta; hukuksal çerçevenin evrimi anımsatılarak, Avrupa Birliği'nin ücret, çalışma koşulları ve sosyal güvenlik gibi alanlarda cinsiyete dayalı ayrımcılığa karşı savaşımında yasal araçlarla donatıldığı belirtilmiş, ancak cinsiyet dışındaki nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı da savaşım verilmesinin zorunlu olduğu vurgulanmıştır. Topluluğu yeni nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı savaşım ile yetkilendiren 13. maddenin bu amaçla Amsterdam Antlaşması'na konulduğunu ve Nis Antlaşması'yla da değiştirilerek Konsey'e nitelikli çoğunlukla özendirici önlemler alma yetkisi tanındığını belirten yeşil kitap, 2000 yönergeleriyle bu alanda önemli ilerlemeler sağlandığını, bu iki yönergeyi tamamlayan ve zihniyet evrimini kolaylaştırmak amacıyla bir dizi önlemler desteklemeye yönelik bir Topluluk Eylem Programı kabul edildiğini anımsatmıştır.

Yeşil kitap, THŞ'nin ayrımcılık yasağıyla ilgili 21. maddesi ile uluslararası hukuksal çerçeveye kısaca değindikten sonra, genişlemeye bağlı sorunları ele almış ve "ayrımcılık yasağının, 1993'te Kopenhag'ta kabul ettiği üyelik 'siyasal kriterleri'nden biri olduğunu ve Topluluk yasal müktesebatının bir parçası olmaları nedeniyle, üye devletlerin Birliğe katılmadan önce ayrımcılık karşıtı iki yönergeyi ulusal hukuklarına aktarmış sayıldıklarını belirtmiştir.

Genişlemenin, tüm üye devletler için azınlıkların, özellikle genişleyen Avrupa Birliği'nde en büyük etnik azınlığı temsil eden Romanların durumunu iyileştirmeye özendirilmesi gerektiğini belirten yeşil kitap, hukuksal çerçevenin etkili biçimde uygulamaya konulması gerektiğini vurgulamıştır. Son yıllarda ırkçı eylemlerin ve ırk temeline dayanan ayrımcılıkların arttığını ve hukuk ile uygulama arasındaki boşluğun doldurulmasının zorunlu olduğunu, Komisyon'un birçok üye devletin yönergeleri ulusal hukuka aktarmasındaki gecikmeden kaygı duyduğunu ve bu yö-

²⁸⁸ CCE, **Livre vert – Egalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie**, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, Unité D.3, Manuscrit terminé en mai 2004, Document établie sur la base du COM(2004)379 final, 28 mai 2004.

²⁸⁹ CCE, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie-cadre pour la non-discrimination et l'égalité des chances pour tous, COM(2005)224 Final, le 1^{er} juin 2005, SEC(2005) 689.

nergelere eksiksiz saygı gösterme konusunda yapılacak çok iş bulunduğunu belirtmiştir.

Verileri derleme ve ilerlemeleri izleme mekanizmaları bulunmadığından, ayrımcılık karşıtı mevzuat ve politikaların etkililiğini ve varolan meydan okumaların genişliğini değerlendirmenin güç olduğunun altını çizen yeşil kitap, kamuoyunu duyarlılaştırma hedefine TEP'le erişildiğini, şimdi yapılması gerekenin, Topluluğun stratejik finansman önceliklerinin saptanması olduğunu belirtmiştir.

Komisyon, ayrımcılık gözetmeme ilkesinin öteki eylem alanlarıyla bütünleştirilmesi bağlamında; kimi üye devletlerin, "İstihdam İçin Avrupa Stratejisi" çerçevesinde, elverişsiz grupların bütünleştirilmesini amaçlayan önlemler ile ayrımcı tutum, davranış ve uygulamalara karşı savaşımlarını birleştiren bir strateji geliştirmeye başladıklarını, bu iki yaklaşımı güçlendirmenin yararlı olacağını belirtmiştir. Cinsiyetler arasında eşitliği geliştirme önlemlerini, 13. maddedeki başka nedenlere dayalı ayrımcılığa karşı savaşımlarını birleştirme eğilimi gözlemleyen Komisyon'a göre, bütünleştirilmiş bir yaklaşım "**çoklu ayrımcılık**" (discrimination multiple)²⁹⁰ durumlarına karşı koyma ve işlem eşitliği alanında etkili yaklaşımları geliştirme amacı taşır. Komisyon, ayrımcılık yasağı ve herkes için fir-

²⁹⁰ Sosyal yaşamın tüm alanlarında ortaya çıkan, ancak çalışma yaşamında en sık rastlanan "**çoklu ayrımcılık**" kavramının, 1980'li yılların sonlarında ve 1990'lı yılların başlarında ortaya çıktığı ve özellikle Kuzey Amerika'da kullanıldığı; 2001'de Durban'da (G. Afrika) yapılan "*İrkçiliğe, İrk Ayrımcılığına, Yabancı Düşmanlığına ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı BM Dünya Konferansı*"nda da, uluslararası toplulukça tanındığı ve önlemler alınmasının kabul edildiği belirtilmektedir.

İlgili yazında birçok anlam ve tanımının bulunduğu, insan hakları yada sosyoloji alanlarında farklı terimlerin kullanıldığı çoklu ayrımcılık kavramı konusunda, yazarların çoğunun uzlaştığı yaklaşıma göre, çoklu ayrımcılık, şu üç durumdan birini anlatan bir kavramdır:

- Bir kişinin birden çok nedene dayalı bir ayrımcılığa uğraması;
- Bileşik ayrımcılık;
- Enterseksiyonel ayrımcılık.

Çoklu ayrımcılıkta, birçok neden ayrı ayrı harekete geçer (etkide bulunur). Örneğin, azınlık üyesi olan bir kadın, belli bir durumda kadın olması, bir başka durumda da etnik kökeni nedeniyle ayrımcılığa uğrayabilir.

Bileşik ayrımcılık, çoklu ayrımcılığın tersine, bir kişinin aynı zamanda iki yada daha çok nedene dayalı bir ayrımcılığa uğraması, nedenlerden birinin ötekine eklenmesi, böylece bir ayrımcılık nedeninin başka bir yada daha çok nedenle ağırlaşması durumunda söz konusu olur.

Enterseksiyonel ayrımcılık kavramından da, birçok ayrımcılık nedeninin aynı zamanda harekete geçtiği (etkide bulunduğu) ve birbirinden ayrılamayacak biçimde birbiriyle karşılıklı etkileştiği bir durumda söz edilir. Örneğin, bir etnik azınlık üyesi olan kadınlar, özel önyargı ve basmakalıp tiplerine konu olabilir; bu kadınların, aynı azınlıktan olan erkeklerin karşılaşmadığı ırk ayrımcılığının özel bir tipine konu olma riskleri vardır.

Kişilerin birçok kimliklerinin bulunduğunu vurgulayan çoklu ayrımcılık konusundaki yazında, tek bir nedenin temel alınmasına dayanan yaklaşım yerine, enterseksiyonel bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği; hukukçu olan yazarların çoğunun, üye devletlerin çoğunluğunun yürürlükte bulunan ayrımcılık karşıtı yasal düzenlemelerinin, çoklu ayrımcılık mağduru kişilerin gereksinimlerini karşılamakta başarısız olduğu konusunda görüş birliği içinde oldukları belirtilmiştir.

sat eşitliği hedefinin tüm Topluluk politikalarıyla bütünleştirilmesini “bütünlüklü yaklaşım” olarak nitelendirmiş ve “çoklu ayrımcılık” durumlarına öncelik tanınmasına katkıda bulunabilecek bu yaklaşımı geliştirme olanağı veren araçları uygulamaya koymak istediğini belirtmiştir.

Bu açıklamalardan sonra Komisyon, cinsiyeti de kapsamak üzere 13. madde de anılan çeşitli nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı savaşım konusunda bütünlükçü yaklaşımı güçlendirme olanakları hakkındaki görüşleri derlemek istediğini, yeşil kitabın ekindeki bir anketle 1 Haziran-31 Ağustos 2004 tarihleri arasında bir kamusal danışma hazırladığını belirtmiştir.

2. Çerçeve-Strateji: Ayrımcılık Yasağı ve Herkes İçin Fırsat Eşitliği

Komisyon'un yeşil kitapla başlattığı danışmaya; tüm üye devletler ile Romanya ve Türkiye'den, toplam 1 443 yanıt ve 150 yazılı katkı alınmıştır. Komisyon'a iletilen bu gözlem ve tepkiler; ulusal, bölgesel ve yerel yetkililerden, işlem eşitliğini geliştirmekle görevli organlardan, HDK'lardan, sosyal ortaklardan, uzmanlardan ve yurttaşlardan gelmiştir. Danışmanın başlıca sonuçları da, Kasım 2004'te Hollanda'da düzenlenen “*Geleceğin Avrupasında Eşitlik*” konferansında sunulmuştur.²⁹¹

Komisyon, 2004'te, temel haklar, ayrımcılığa karşı savaşım ve fırsat eşitliği için yeni bir “komiserler grubu” oluşturarak, bu alanda yürüttüğü politikaya verdiği yüksek önceliği de ortaya koymuştur. Komisyon Başkanının başkanlığında toplanan bu grup, bu sorunun siyasal gündemde daha ileri götürülmesini sağlamakla ve bu alandaki girişimler arasında gerekli uyumu gerçekleştirmekle görevlidir. Bir başka gelişme de, **Avrupa Temel Haklar Ajansı** kurulması tasarısı idi²⁹² ve daha önce belirtildiği üzere, AB Temel Haklar Ajansı, 1 Mart 2007'de işlerliğe geçirildi.

Avrupa Komisyonu'nun isteği üzerine, 2007 yılının Ocak-Mayıs aylarını kapsayan kesitinde, Avrupa Birliği'nin eski ve yeni üyelerinden oluşan on devletin bakanlıklarının, ulusal eşit işlem birimlerinin ve hükümet dışı kuruluşlarının temsilcilerinin yaptığı yazın taraması, anketler ve yuvarlak masa toplantısından oluşan çalışmalarının sonuçlarını kapsayan ve “katılımcı araştırma-eylem yöntemi” kullanılarak yapılan inceleme sonunda hazırlanan raporda; çoklu ayrımcılığın etkilerinin belirlenmesine, yaşanan çoklu ayrımcılığın irdelenmesine, iyi (başarılı) uygulama örneklerinin derlenmesine ve yayılmasına, birçok ayrımcılık nedenini kapsayan (yani çoklu ayrımcılıklar konusunda çalışan) sivil toplum örgütlerinin geliştirilmesine yönelik öneriler (tavsiyeler) yedi başlıkta ortaya konulmuştur.

Araştırma, mevzuat, duyarılılaştırma, iyi uygulamaların geliştirilmesi, verilerin derlenmesi, eğitim ve öğretim, birçok ayrımcılık nedenini kapsayan hükümet dışı kuruluşlar başlıkları altında sıralanan bu öneriler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: CE, **Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois**, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G. 4, Manuscrit en septembre 2007, Printed in Italy, 2007, s. 5-9.

²⁹¹ Rapport Annuel, 2005, s. 6.

²⁹² a.k., s. 5.

Komasyon'un, yeşil kitaba aldığı gözlem ve tepkilerden yola çıkarak hazırladığı 1 Haziran 2005 tarihli ve “**Ayrımcılık Yasağı ve Herkes İçin Fırsat Eşitliği**” başlıklı çerçeve-strateji,²⁹³ -kabul edildiği tarihte- 25 üyeli Birlikte bu konudaki hukuksal korumayı güvenceye alma amacı taşımaktadır. Bunun için de, tüm üye devletlerin bu konudaki tüm düzenlemeleri iç hukuklarına aktarmaları gerekmektedir.

Komasyon, 2000 yönergelerini kısaca anımsattığı bildirisinde, son yıllarda üye devletlerin mevzuatında kimi önemli değişikliklerin gözlemlendiğini, bununla birlikte yönergelerin bazı önemli kurallarının tam olarak aktarılmadığını ve bu devletlere karşı Divan'a başvuruda bulunduğunu, 2006'da yönergelerin iç hukuka aktarılması konusunda bir rapor hazırlayacağını belirtmiştir. Ayrıca Komasyon, TEP ve PROGRESS programları aracılığıyla ayrımcılığa karşı mevzuatın uygulanmasını ve bu mevzuata gerçekten uyulmasını sağlamaya yönelik önlemleri (örneğin bilgilerin yayılması, duyarlılaştırma, deneyimlerin paylaşılması, eğitim, adalete başvurma vb konulardaki eşlik eden önlemleri) desteklemek istediğini de belirtmiştir.

2000 yönergeleri ile cinsiyet temeline dayalı ayrımcılıklara karşı korumayı 2000/43 sayılı yönergenin öngördüğü tüm alanları kapsamaksızın mal ve hizmetler kesimine yaygınlaştıran 2004/113 sayılı yönergeyi anımsatan Komasyon, koruma düzey ve kapsamındaki bu farklılıklara karşın bu aşamada yeni önerilerde bulunmayı düşünmediğini, varolan yasal çerçeveyi tamamlamaya yönelik yeni girişimler konusunda bir “yapılabilirlik incelemesi” başlatmak istediğini ve sonuçlarının da, 2006 sonbaharında alınacağını belirtmiştir. Komasyon'un, bu girişimini Temmuz 2008'de sunduğu yönerge önerisiyle gerçekleştirdiğini anımsatalım.

2007-2013 döneminde; ASF'nin, EQUAL girişimi temelinde, engelli kişilerin sosyal bütünleşmesini güçlendirmesi ve ayrımcılıklara karşı savaşım konularına ağırlık vermesi; PROGRESS programının da, ASF'nin erkekler ve kadınlar arasında eşitlik ve ayrımcılıklara karşı savaşım alanlarındaki çalışmalarını tamamlaması öngörülmüştür.

Eşitlik konusunda daha pozitif bir yaklaşım için 2007'yi “**Herkes İçin Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı**” olarak ilan eden ve ilgili tarafları duyarlılaştırmak amacıyla, yılda bir kez bakanların, eşitlikle ilgili ulusal birimlerin başkanlarının, Avrupa sosyal ortaklarının, Avrupa HDK başkanlarının ve uluslararası kuruluşların temsilcilerinin katılacağı bir **eşitlik doruk toplantısı** düzenlemeyi öneren Komasyon, işyerlerinde ayrımcılık yasağı sürecini geliştirmek ve desteklemek için özellikle işverenlerle ilişkiler kurmak istediğini belirtmiştir.

Çerçeve-stratejide; AB'nin, sosyal planda ve işyerlerinde etnik azınlıkların bütünleştirilmelerine olanak veren uyumlu ve etkili bir yaklaşım tanımlaması gerek-

²⁹³ CCE, COM(2005)224, le 1^{er} juin 2005, SEC(2005) 689.

tiği ve özellikle PHARE programı çerçevesinde yürütülen projelere karşın ayrımcılık ve dışlanmaların hedefi olmayı sürdüren Romanların durumunun kaygı verici bir sorun olduğu vurgulanmıştır. Komisyon, bu alanda hazırlanacak stratejileri desteklemek amacıyla, elverişsiz etnik azınlıkların sosyal yönden ve işyerlerinde bütünleştirilmeleriyle görevli üst düzeyde danışsal bir grup oluşturmayı düşünmektedir. Bu grubun, 2006 başında ilk toplantısını yapması ve ekonomik ve sosyal yaşamın, sivil toplumun ve uluslararası topluluğun tanınmış kişilerinden oluşması öngörülmüştür.

Komisyon; aşağıda saydığı araç ve yollarla, genişleme ve üçüncü ülkelerle ilişkiler çerçevesinde, ayrımcılık yasağının ve herkes için eşitliğin geliştirilmesine dikkat edecektir:

- Ayrımcılık yasağının geliştirilmesini finanse eden önadaylık araçlarını kullanma;
- Adaylık siyasal kriterlerinin ayrılmaz parçasını oluşturan azınlıklara saygıyı da kapsamak üzere insan haklarını savunma;
- Avrupa komşuluk politikası;
- HDK'ların ve uluslararası kuruluşların uyguladıkları projelerde demokrasi ve insan hakları için Avrupa girişimi.

Komisyon, görevlerde uyum, tamamlayıcılık ve paylaşmayı güvenceye almak amacıyla, özellikle Avrupa Konseyi, Avrupa'da Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT / OSCE) ve BM ile işbirliği yapmayı öngörmüştür.

3. Herkes İçin Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı

Komisyon, Haziran 2006 tarihli çerçeve-stratejiye ilişkin bildirisinde açıkladığı temel girişimlerden biri olarak, 2007 yılını, **“Herkes İçin Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı”** olarak kararlaştırmıştır. ²⁹⁴ Daha dayanışmacı bir toplum yaratmayı amaçlayan Avrupa Yılı'nın, ayrımcılığa karşı etkili bir savaşımlı, farklılığın değerinin artırılmasını ve herkes için fırsat eşitliğinin geliştirilmesini güvenceye almayı amaçlayan çerçeve-stratejinin temel taşlarından biri olması öngörülmüştür.

Komisyon'un bu konudaki karar önerisinde haklı olarak vurgulandığı gibi, “her tür mevzuat, ne denli özenle hazırlanmış olursa olsun, bu düzenlemeleri uzun süreli eyleme dönüştürmek için siyasal istenç yoksa ve geniş bir halk desteğinden yararlanmıyorsa, kağıt üzerinde kalacaktır.” ²⁹⁵ Komisyon'un bu konudaki biribi-

²⁹⁴ <http://www.stop-discrimination.info/881.0.html>.

²⁹⁵ CCE, COM(2005)225, Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative à l'Année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007), vers une société plus juste. Ayrıca bkz.: CE, **Egalité et non-discrimination, Rapport annuel 2006**, Manuscrit achevé en septembre 2006, Printed in Italy, 2006, s. 29-33.

rini izleyen iki eylem programının temelinde de bu gerçek bulunmaktadır. Gerçekten de, ne denli eksiksiz olursa olsun, soyut hukuksal çerçeveye somut işlerlik kazandırmanın önkoşulu, aynı zamanda yasama ve yürütme erklerinde bulunması gereken siyasal istençtir.

1997’de ırkçılık ve 2003’te engelliler konusundaki iki Avrupa Yılı uygulamasında gerçekleştirilenlerden yola çıkılarak kararlaştırılan “Herkes İçin Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı”nın özel amaçları, dört başlıkta kısaca şöyle açıklanmıştır:

- Kamuoyunu, Avrupa Birliği’nin ortak ilke ve değerlerini oluşturan eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin Avrupa mevzuatı konusunda *bilgilendirmek ve duyarlılaştırmak*;
- Toplumun tüm kesim ve tüm düzeylerinde yetersiz temsil edilen grupların (örneğin Romanların) daha çok katılımını kolaylaştırmak amacıyla bir *tartışma ve uygun diyalog başlatmak*;
- Herkesi; cinsiyeti, ırkı yada etnik kökeni, dini yada inançları, engeli, yaşı ve cinsel yönelimi ne olursa olsun, toplumun bütününe pozitif katkı konusunda bilinçlendirmek ve farklılıklara değer verilmesine elverişli bir ortam yaratmak, Avrupa’nın çeşitliliğini bir sosyo-ekonomik canlılık kaynağı olarak tanıtmak ve tanımak;
- Daha dayanışmacı bir toplum için çaba harcamak, toplumu oluşturan çeşitli gruplar, özellikle gençler arasında iyi ilişkileri desteklemenin önemi konusunda halkı duyarlılaştırmak.

1 Ocak 2006 ile 31 Aralık 2007 dönemi için 13,6 milyon Avro tutarında bir bütçesi olan Avrupa Yılı’nın yukarıdaki amaçlara ulaşmak için Topluluk yada ulusal düzeylerde gerçekleştirilmesi öngörülen ve çoğunun ulusal düzeye devredilmesinin uygun olduğu düşünülen eylem ve etkinlikler de şunlardır:

- Toplantı ve gösteriler (örneğin açış ve kapanış konferansı, eşitlik konusundaki ilk yıllık doruk);
- Bilgilendirme ve geliştirme kampanyaları (logo, sloganlar, yarışmalar, vb);
- Medya ve işletmelerle işbirliği;
- Topluluk ve ulusal düzeylerde anket ve incelemeler.

Üye devletlerin, AELE / EEE ülkelerinin ve aday ülkelerin, Batı Balkan ülkelerinin katılımına açık olan Avrupa Yılı; katılımcı devletlerin bir “ulusal eşgüdüm organı” belirlemesini, istihdam, eğitim, medya, ticaret ve karar sektörlerini de kapsamak üzere, ilgili tüm stratejik alanlarda fırsat eşitliği sorunlarını bütünleştirmek amacıyla kapsamlı bir ortaklık oluşturulmasını öngörmüştü.

Komasyon'un da; değerlendirme ve izleme amacıyla, en geç 31 Aralık 2008'de, öngörülen bu önlemlerin uygulamaya konulması, sonuçları ve genel değerlendirmesi için Parlamento'ya, Konsey'e, Ekonomik ve Sosyal Komite ile Bölge Komitesi'ne bir rapor sunması öngörülmüştü.

Tüm üye devletlerde, Birlik yurttaşlarını eşit işlem hakları konusunda daha iyi duyarlılaştırılmaları ve toplumda çeşitliliğin yararlarını açıklamak amacıyla; okullarda, sokaklarda ve işyerlerinde tartışmaların, sergilerin ve başka etkinliklerin gerçekleştirildiği 2007 Avrupa Yılı, 2008 yılında "Kültürlerarası Diyalog Avrupa Yılı" ile sürmektedir.²⁹⁶

Üye devletler, Aralık 2007 başında üstlendikleri birçok yükümlülük içinde, sivil toplumu ve sosyal ortakları süreçle tam olarak bütünleştirerek, sosyal planda ve emek piyasasında ayrımcılığa karşı çabalarını yoğunlaştırmak da bulunmaktadır. Aynı zamanda, "çoklu ayrımcılık"ların önemini tanıyarak, eşitliği gerçekliğe dönüştürmek için, bütünleştirme, olumlu ayrımcılık ve verilerin derlenmesi gibi araçları kullanmayı da kabul etmişlerdir.²⁹⁷

"Herkes İçin Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı"nın sonuçları konusunda, iyimser ve olumlu bir yaklaşımla, özetle şu değerlendirmeler yapılmıştır: Gerçekleştirilen 430'dan çok ulusal eylem ve 600'den çok olay ile, 400 000'e yakın kişiye ulaşan Avrupa Yılı, hedefine erişmiştir. Artık, ayrımcılığa uğramama haklarını bilen Avrupalıların sayısı daha çoktur ve Avrupa'da çeşitliliğin yararları konusunda kapsamlı bir tartışma doğmuştur, başlamıştır. Avrupa Yılı etkinlikleri konusunda gazete ve dergilerde yayımlanan makalelerle, yaklaşık 328 milyon yurttaş erişilmiştir. Yaklaşık 900 000 kişi, Avrupa Yılı'nın resmi web sayfasını tıklattır. 450'den çok ulusal olay, yayın ve makale, İnternet sitesinin "ulusal bilgilendirme sayfaları"nda 22 dilde yayımlanmış, böylece Avrupa yurttaşlarının ülkelerine özgü bilgilere erişmelerine olanak verilmiştir. Avrobarometre'nin bir anketine göre, Avrupalıların %37'si, 2007'nin "Herkes İçin Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı" olduğunu biliyordu. Bu da, pek büyük (önemli) bir sonuçtur.²⁹⁸

Bunca etkinliğe karşın Avrupalıların %63'ünün 2007'nin ne olduğunu öğrenememiş olması, kanımca ne hedefe erişildiğini gösterir, ne de önemsenecek bir sonuç (résultat considérable) olarak değerlendirilebilir.

²⁹⁶ CE, **Communiquer sur l'Egalité et la non-discrimination dans l'Union européenne**, 2008, s. 7-8.

²⁹⁷ Bu konuda Konsey'in 5 Aralık 2007 tarihli kararına bkz.: Council Resolution of 5 December 2007, on the follow-up of the European Year of Equal Opportunities for All (2007), (2007/C 308/01), EU, **Official Journal of the European Union**, 19.12.2007, C 308/1-5.

²⁹⁸ http://ec.europa.eu/employment_social/eyeq/index.cfm?&page_id=18, erişim: 25.06.2009.

4. Ayrımcılıklara Karşı Kamyonla Avrupa Turu

Komisyon'un (DG V) girişimiyle, ayrımcılık karşıtı yönergelerin içerdiği haklar ve ödevler konusunda yurttaşlarını bilgilendirmek amacıyla, 1 Eylül 2004'te "Ayrımcılıklara Karşı Kamyonla Avrupa Turu" (european track tour) başlatılmıştı. 3 ay boyunca 10 üye devlette duran kamyon, ziyaretçilerin bilgilendirilmeleri amacıyla 30 ton yük içeriyordu. Sarı ve mavi bilgilendirme kamyonu "Farklılık İçin. Ayrımcılıklara Karşı" ²⁹⁹ döviziyle, Mart - Temmuz 2005 tarihlerinde 23 ilde durarak, yurttaşları ulusal ve Birlik mevzuatları konusunda bilgilendirmişti.³⁰⁰

"Herkes İçin Fırsat Eşitliği Avrupa Yılı" yılı içinde, -aralarında yeni üyeler Bulgaristan ve Romanya'nın da bulunduğu- ondokuz üye devlette otuzüç kenti dolaşan kamyonun, Haziran 2008'de başlayan yıllık turnesinde on üye devlette yirmi kente uğraması ve ayrımcılık ile çeşitlilik konusundaki sorunları tartışmak amacıyla, işletmeleri, müzisyenleri, sanatçıları ve yurttaşları biraraya getirmesi öngörülmüştür. ³⁰¹ Bu turnenin, interaktif yöntemle Avrupa Yılı'nın mesajlarının iletilmesine ve yaklaşık üç milyon kişiye erişilmesine olanak verdiği belirtilmiştir.

VII. GENEL DEĞERLENDİRME

Avrupa Birliği'nin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusundaki birincil ve ikincil hukukunun evrimi, "sosyal Avrupa" hedefinin temel bileşenlerinden birini oluşturması nedeniyle, yaklaşım ve kurallar bütünü olarak temelde sosyal politikanın genel evriminden bağımsız değildir. Ekonomik ve sosyal bütünleşmeyi eşitlik koşullarında ele almayan ve ikincisini birincisinin bağımlı değişkeni olarak kabul eden bir yaklaşımı benimseyen 1957 AET Antlaşması'yla başlayan süreç, ancak yarım yüzyıllık bir evrim sonunda, hukuksal çerçevenin boşluklarının önemli düzeyde doldurulduğu bir noktaya ulaşabilmiştir. Piyasa yoluyla ekonomik bütünleşmenin amaçlandığı kuruluş yıllarındaki temel ideoloji, ³⁰² birkaç sorunla sınırlı

²⁹⁹ Komisyon'un istihdam, sosyal işler ve fırsat eşitliği genel müdürlüğüne yürütülen "**Çeşitlilik İçin. Ayrımcılıklara Karşı**" (Pour la Diversité. Contre les Discriminations / For Diversity. Against Discrimination) bilgilendirme kampanyasının amacı, üye devletlerde, ayrımcılık ve ayrımcılığa karşı savaşım mevzuatı ile çeşitliliğin yararları konularında duyarlılaştırma; konusu da, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin yasakladığı nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı savaşım verilmesidir.

Mali desteği PROGRESS programınca sağlanan bu kampanya çerçevesinde; başlatıldığı 2003 yılından beri, beşyüz dolayında örgüt biraraya getirilmiş, yüzlerce etkinlik düzenlenmiştir. Örneğin, kamyon turuyla 27 üye devlette 78 kente uğranılmış, fotoğraf ve afiş yarışmaları düzenlenmiş, spor etkinlikleri gerçekleştirilmiş, eğitim konferans ve seminerleri düzenlenmiş, MTV müzik kanalı ile de işbirliği yapılmıştır.

<http://www.stop-discrimination.info/790.0.html>, erişim: 25.02.2009.

³⁰⁰ <http://www.stop.discrimination.info/index.php?fran>, erişim: 08.06.2005.

³⁰¹ CE, **Communiquer sur l'Égalité et la non-discrimination dans l'Union européenne**, 2008, s. 7; <http://www.trucktour.info/?language=en>, erişim: 25.02.2009.

³⁰² Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, s. 152 vd.

sosyal politika konularına ve dolayısıyla bunlardan biri olan sınırlı nedenlere dayalı ayrımcılık yasağına ilişkin kurallara da yansımıştır.

Başlangıçta “ortak pazar”ın işleyişinin ve işletmeler arası rekabet sapmalarını önlemenin bir aracı olan, yüksek düzeyde istihdam gerçekleştirme ve istihdamın niteliğini geliştirme amacına hizmet eden “yurttaşlık” ve “cinsiyet” gibi belirli ve sınırlı nedenlere dayanan ayrımcılıkların yasaklanmasıyla atılan ilk antlaşmasal adımların uygulamaya aktarılması gecikmiştir. Ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin konular ve nedenler yönünden yetersiz ve sınırlı hukuksal çerçevesi, genellikle Topluluk pozitif hukukunun önünde giden yargı kararlarının attığı olumlu adımlarla genişlemiş, bunu da türevsel hukuk belgeleriyle pozitif hukuka geçiren düzenlemelerin gerçekleştirilmesi izlemiştir.

Evrim, salt ayrımcılıklara karşı koruma alanlarını giderek genişleten ve daha “etkili” korumanın hukuksal araçlarına yer veren düzenlemelerle sınırlı kalmamıştır. Aynı zamanda, eşit işlem ve ayrımcılık yasağı ilkesine yaklaşımda da, Antlaşmalardan başlayıp giderek türevsel hukuk düzenlemelerine de yansıyan yavaş bir değişime tanık olunmuştur. Daha açık bir deyişle, “ekonomik” ve “sosyal”ın eşitlikçi bir yaklaşımla ele alınmaya başlanması, daha doğrusu ele alınmak zorunda kalınması ile, ekonomik bütünleşmenin hizmetinde bir araç olarak düşünülen ayrımcılık yasaklı eşit işlem, başlangıçtaki yaklaşımdan farklı olarak, önce Adalet Divanı’nın kararlarında olmak üzere, bir “temel hak” yada “Topluluk hukukunun bir genel ilkesi”³⁰³ niteliği kazanmış, Avrupa Birliği’nin üzerine oturduğu “kurucu ilke ve değer”lerden biri düzeyine yükselmiş; izlenecek politikalarda, gerçekleştirilecek tüm eylem ve etkinliklerde ve dolayısıyla yapılacak hukuksal düzenlemelerde göz önünde bulundurulması gereken bir “misyon” olarak kabul edilmiştir. Bir başka anlatımla, Roma Antlaşması’nda, ortak pazarın işleyişinin bir aracı ve düzenleyici bir ilkesi olarak tasarlanan ayrımcılık yasağı, Topluluk sosyal politikasının gelişiminin önemli bir eksenini olmuş; Topluluğun ayrımcılığa karşı savaşım alanındaki karışması (düzenlemeleri), kuruluş yıllarındaki hedeflere oranla özerkleşmiş ve ayrımcılıklara karşı savaşım, “1990’lı yılların sonlarından başlayarak, temel hakların savunulmasına dayanan özerk bir Avrupa politikası” niteliği kazanmış; böylece de -2000 yönergeleriyle- ayrımcılık yasağı ilkesinin kapsamını genişleten Topluluk yasaması ve yargısı, giderek dar ekonomik mantıktan uzaklaşmıştır.³⁰⁴ Vurgu, geçmişe oranla, temel haklara ve yalnızca “biçimsel eşitlik” değil aynı zamanda “özel eşitlik” (maddi eşitlik) arayışına yapılmıştır.³⁰⁵

Üye devletlerce Topluluk kurumlarına yetki aktarılan sınırlı konulardan biri olan AET Antlaşması’nın 119. maddesindeki “cinsiyetler arası eşit ücret” kuralın-

³⁰³ Denis Martin, **a.g.y.**, s. 177.

³⁰⁴ Claire Aubin / Benjamin Joly, **a.g.m.**, s. 1295, 1296 ve 1297.

³⁰⁵ Marie-Thérèse Lanquetin, **a.g.m.**, s. 862.

dan istihdam ve çalışma alanı dışındaki konuları da kapsayan görece daha geniş bir ayrımcılık yasaklı eşit işlem hukukunun oluşması, uzun bir tarihsel evrim süreci sonunda gerçekleşebilmiştir. Kuşkusuz, “genel” bir hukuksal çerçeveye ulaşılması için, Roma Antlaşması’ndan kırk yıl sonra kabul edilen 1997 Amsterdam Antlaşması’nı beklemek gerekmiştir. 13. madde, ayrımcılık hukukunun boşluklarının tamamlanması için bir dayanak işlevi gördüğü gibi, aynı zamanda bu sürece ivme kazandırmıştır. Ne var ki bu düzenleme, özellikle “doğrudan etki”den yoksunluk ve nedenlerdeki “sınırlılık” gibi önemli eksiklikleri bulunan bir adımdır.

Sıklıkla vurguladığım gibi, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi alanındaki hukuksal düzenlemelere egemen olan yaklaşımdaki evrimci değişimde, “sosyal Avrupa”nın oluşumunda önemli bir rolü olan, ancak “iç pazarın ve serbest rekabetin dayatmaları ile Antlaşma’nın sosyal hedefleri arasındaki zor hakemliğe tanıklık eden”³⁰⁶ Adalet Divanı kararlarının önemli bir rolü ve etkisi olmuştur. Örneğin, 8 Nisan 1976 tarihli *Defrenne II* kararında, eşit ücretin sosyal temeli ön planda değildi ve ekonomik temel ile birlikte (eşit olarak) değerlendirilmişti. Oysa Divan, Amsterdam Antlaşması’nın 13. maddesiyle birlikte yürürlüğe girmesinden on ay kadar sonra verdiği, 10 Şubat 2000 tarihli *Deutsche Telekom* kararında, sosyal boyutu ekonomik boyutun önüne geçirmiştir.³⁰⁷

Ne var ki, 2000’li yılların ikinci yarısının ortalarına gelindiğinde, önemli ölçüde tamamlanan hukuksal çerçevenin uygulamaya aktarılmasında ciddi ve yaygın sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunlar, özellikle 2004 ilkbaharındaki en büyük genişleme süreciyle daha da artmıştır. Ancak, ayrımcılık karşıtı 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin uygulamaya aktarılmasının, salt yeni üyelerin sorunu olduğu söylenemez. 2004 öncesinin üyeleri de, 15’ler, 12’ler ve hatta ilk kurucu 6’lar da, Komisyon’un uygulama raporlarının ve aynı zamanda Adalet Divanı’nın bu konudaki ilk kararlarının ortaya koyduğu gibi, 2000 yönergelerini eksiksiz biçimde iç hukuklarına aktarıp uygulama konusunda üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmemekte, özellikle cinsel yönelim ve yaş nedenlerine dayalı ayrımcılık yasağı konusunda güçlüklerle karşılaşmaktadırlar. Bunun temel nedeninin, önemli düzeyde yabancı -ve dolayısıyla ucuz, hatta kaçak / kayıt dışı- işgücü istihdamına göz yuman bu ülkeler arasında süregelen -ve süregidecek olan- ekonomik rekabet olduğu söylenebilir. Ayrıca bu ülkeler, sosyal politika alanında AB kurumlarına genel bir yetki aktarmaktan da kaçındıkları için,³⁰⁸ sosyal politikanın en temel bileşenlerinden ve üstün kurallarından olan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusunda attıkları hukuksal / biçimsel adımları uygulamaya geçirmede direnmektedirler.

³⁰⁶ Sean Van Raepenbusch, **a.g.m.**, s. 752.

³⁰⁷ Marie-Thérèse Lanquetin, **a.g.m.**, s. 863.

³⁰⁸ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, s. 164 vd.

Ayrımcılıkla savaşım, koşullarından birincisi olmakla birlikte, kuşkusuz salt özenli ve olabildiğince eksiksiz bir hukuksal çerçevenin kabul edilmiş olmasıyla başarılamaz. Genel olarak tarihten, geleneklerden, dinlerden, devletler arasındaki savaşlardan ve özel olarak da ekonomik rekabetten, kısacası tarihsel, siyasal, ekonomik, sosyolojik, psikolojik vb nedenlerden kaynaklanan sorunları, gerekli yaptırımları ve kurumsal araçları da içeren yasal düzenlemelerle aşmak beklenemez.

AB kurumları da, bunun önemini bilerek, hukuk dışında attığı hukuka işlerlik kazandırıcı adımlarla, ayrımcılık sorununun diğer boyutlarıyla da savaşım verme çabası içinde olmuş; 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerin kabul edilmesinin hemen ardından, birinci ve ikinci “Topluluk eylem programları”nı uygulamaya koymuş; “ayrımcılık yasağı ve herkes için fırsat eşitliği” adıyla bir çerçeve strateji oluşturmuş; 2007’yi “herkes için fırsat eşitliği Avrupa yılı” ilan etmiş; kurumsal düzeyde attığı bir adımla da, Irkçı ve Yabancı Düşmanı Olgular Avrupa Gözlemevi’nin (EUMC) yetkilerini genişleterek, Temel Haklar Avrupa Ajansı’nı (FRA) kurmuştur.

Çokboyutlu bu çabaların; çokboyutlu bir sorun olan ve eşit işlem ilkesinin eksiksiz uygulanması ve insan haklarından eşitlik koşullarında yararlanılması için yadsınamaz bir önem taşıyan, Topluluğun temel ilkeleri arasında yer aldığı sürekli vurgulanan ayrımcılık sorununun tüm alanlarda ve tüm nedenlere dayalı farklı ve yeni biçimleriyle kökünün kazınması için yeterli olmadığı, daha doğrusu gösterilen çabaların henüz özlenen bu noktaya gelmediği ve sorunun, daha uzun yıllar, Avrupa Birliği’nin gündemindeki yerini koruyacağı açıktır.

Bu genel değerlendirmeyi, emek piyasası alanından bazı somut verileri aktararak noktalamakta ve böylece uygulamadaki durumu, bir yönüyle de olsa kısmen ortaya koymakta yarar vardır.

Örneğin, EUMC’nin 2000 yılında oluşturduğu “ırkçılık ve yabancı düşmanlığı konusunda Avrupa bilgi ağı”nın (RAXEN) 2000-2005 dönemini kapsayan verileri, emek piyasasının özelliklerini ve özellikle *göçmen işçiler ile azınlıkların* Avrupa Birliği’nde istihdamda karşı karşıya oldukları sorunları ve eşitsizlikleri tüm çıplaklığıyla ortaya koymaktadır: Bunlar, çalışanların çoğunluğuna oranla çok kötü çalışma koşulları içinde, düşük ücretlerle, güvencesiz ve çekiciliği en düşük işlerde çalışmakta ve çalıştırılmaktadır. Özellikle, eşitsizlik -ve kanımca ayrımcılık- göstergesi olarak en sık anılan işsizlik oranları yönünden, tüm AB üyesi devletlerde çalışanların çoğunluğuna oranla çok yüksek düzeydedirler ve son yıllarda da hiçbir iyileşmeye tanık olunmamıştır. RAXEN’in aynı döneme ilişkin konut konusundaki verileri de, göçmenlerin ve etnik azınlıkların konut koşullarının da çok kötü olduğunu ve bunun da ekonomik ve sosyal eşitsizliğe katkıda bulunduğunu ortaya koymuştur.³⁰⁹

³⁰⁹ Agence des droits fondamentaux de l’Union européenne (FRA), **Tendances et évolutions de 1997-2005, Combattre la discrimination ethnique et raciale et promouvoir l’égalité dans l’Union européenne**, Hongrie, 2007, s. 22 ve 27.

Avrupa Komisyonu, AB'nin temel değerlerinden biri olduğu belirtilen kadınlar ve erkekler arasında eşitlik konusundaki 27 üyeli genişlemiş AB'yi kapsayan beşinci yıllık raporunda; kadınların istihdama katılımında ilerlemeler olmakla birlikte birçok alanda meydan okumaların sürdüğünü, cinsiyetler arasındaki farklılıkların, özellikle çalışma biçimlerindeki farklılıkların önemini koruduğunu belirtmiştir. Rapora göre, 2000-2006 arasında, 27 üyeli AB'de -2010 için %60 olarak saptanan- kadınların istihdam oranı 3,5 puanlık bir artışla %57,2'ye ulaşmıştır. Ancak, emek piyasasında ayrışma, ücret ve kadınların karar konumlarındaki yerine ilişkin göstergeler, birçok yıldan beri hiçbir ilerleme olmadığını ortaya koymaktadır. 2003'ten beri, ücret farkı %15'te kalmış ve 2000'den beri ancak 1 puan inmiştir. Kısmi zaman çalışanların üçte ikisinden çoğu (%76,5'i) kadındır. Geçici iş sözleşmeleri imzalanması, kadınlarda daha yaygındır (erkeklerden 1 puan fazlasıyla %15,1'dir). Uzun süreli işsizlik, kadınlarda %4,5 ve erkeklerde ise %3,5'tir. Mesleki kariyerlerinin daha kısa süreli, daha yavaş ve düşük ücretli olması, kadınların tüm yaş gruplarında yoksulluk riskini de olumsuz etkilemektedir. Bu risk, 18 yaşından yukarı kadınlarda %16 ve erkeklerde %14 iken, 65'ten yukarı yaşlarda, erkeklerde %16 ve kadınlarda 5 puan fazlasıyla %21'dir; özellikle de, bekar anneler ile daha yaşlı kadınlar arasında yükselmektedir.³¹⁰

Uygulamadan verilen bu sınırlı örnekler, bilinen ve yinelenen bir gerçeği, nedensel geliştirilmiş olursa olsun hukuksal çerçevenin her tür ayrımcılığın kaldırıldığı eşitliği sağlamada tek başına yeterli olamayacağını; sorunun, aslında, olgusal eşitsizliklerin kökenindeki ayrımcılıkların uygulamadan kaldırılması sorunu olduğunu ortaya koymakta; bu da, öncelikle sorunun tüm yönleriyle incelenmesi ve irdelenmesi, gerekli verilerin derlenmesi, hak öznelerinin bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesi, sendikalar ve hükümet dışı kuruluşlar ile göstermelik olmayan işbirliği yapılması gibi eylem ve etkinlikleri içeren politikalar oluşturulmasını ve uygulamaya konulmasını gerektirmektedir.

³¹⁰ CCE, *l'égalité entre les femmes et les hommes – 2008*, COM(2008) 10 final, Bruxelles, le 23.1.2008; CE, *Guide pour l'integration de la dimension d'égalité entre les femmes et les hommes dans les politiques d'emploi, d'inclusion sociale et de protection sociale*, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité G. 1, Manuscrit en avril 2008, Luxembourg, 2008, s. 35.

BEŞİNCİ BÖLÜM

**İLERLEME RAPORLARI
VE
TÜRKİYE ULUSAL PROGRAMLARINDA
AYRIMCILIK YASAĞI**

BEŞİNCİ BÖLÜM

İLERLEME RAPORLARI VE

TÜRKİYE ULUSAL PROGRAMLARINDA AYRIMCILIK YASAĞI

İlerleme Raporları (İR) ve Katılım Ortaklığı Belgeleri (KOB) ile Türkiye Ulusal Programlarının (TUP) yalnızca ayrımcılık yasağına ve eşit davranma (eşitlik) ilkesine ilişkin saptama, eleştiri ve önerilerinin ele alındığı bu bölümde, bir yandan Avrupa Komisyonu'nun 1998-2008 yılları arasındaki onbir yılı kapsayan saptamalarının ve öte yandan da, İR ve KOB'lar doğrultusunda gerçekleştirilmesi ve gerçekleştirileceği planlanan uyum sağlama amaçlı ilerlemelerin on yılı aşan evrimi, eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmiştir.

I. İLERLEME RAPORLARINDA AYRIMCILIK YASAĞI

Avrupa Komisyonu, üyeliğe aday devletler için uyum sürecinin “yol haritası” olmak üzere her yıl hazırlayıp Sonbaharda yayımladığı İlerleme Raporlarında; ¹ geride kalan bir yıl içinde *gerçekleştirilen* ilerlemeleri; gerçekten kabul edilmiş karar ve yasal düzenlemelere (yürürlüğe girmiş ulusal mevzuata), gerçekten onaylanmış (yani Anayasa'ya uygun olarak onaylanmasına ilişkin her iki işlemin tamamlandığı) uluslararası sözleşmelere ve gerçekten uygulanmış önlemlere göre değerlendirmektedir. Komisyon, oluşum ve hazırlık aşamasında bulunan yada Meclisin onamasını bekleyen karar yada tasarıları göz önüne almamakta, onaylanan sözleşmelerin uygulanmasına da özel bir dikkat göstermektedir. Bununla birlikte, kimi zaman, İlerleme Raporlarında, parlamento gündeminde bulunan yasa tasarıları bağlamında değerlendirmeler yapıldığı da olmaktadır. Değerlendirmeler, aynı zamanda üyelik yolunda sağlanan olumlu gelişmeleri ve değiştirilmesi gereken olumsuzlukları içeren bir yaklaşımla yapılmaktadır. Dolayısıyla raporlar, adı gibi yalnızca “üyelik ölçütleri”ne uygun ilerlemelerin değil, bu ölçütlerle bağdaşmayan aykırılıkların da yer aldığı belgelerdir.

Yapısı yönünden temelde birbirine benzeyen raporlarda, Türkiye-Avrupa Birliği ilişkileri, Ortaklık Anlaşması çerçevesinde betimlenmekte, ardından 1993'te Kopenhag Avrupa Konseyi'nde saptanmış “*siyasal ölçütler*” (yani demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlıkların korunması) temelinde durum irdelenmekte, yine aynı tarihte belirlenmiş ekonomik ölçütler temelinde durum ve

¹ İlerleme Raporlarının adı, 1998-2004 yılları arasında, kısaca “*düzenli rapor*” (rapport régulier / regular report) idi ve raporların başlığında, “Türkiye'nin üyelik yolunda gerçekleştirdiği ilerlemeler” açıklaması da yer alıyordu. 2005'ten başlayarak ise, İlerleme Raporlarının Fransızcası “*izleme raporu*” (rapport de suivi), İngilizcesi de “*ilerleme raporu*” (progress report) olmak üzere, görünüşte anlamdaş olmayan farklı başlıklar taşımaktadır.

perspektifler değerlendirilmekte; son olarak da, “Türkiye’nin üyelikten doğan yükümlülüklerini (yani müktesebatı) üstlenme yeteneği” incelenmektedir.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi konusundaki değerlendirmeler ile eleştiri ve öneriler, bu iki ana başlığın alt başlıklarında (kişisel ve siyasal haklar yada ekonomik, sosyal kültürel haklar ile sosyal politika ve istihdam bölümlerinde) yer almaktadır.

Birbirinin onusuz olmaz parçasını oluşturmalarının ve iç içe geçmişliklerinin doğal sonucu olarak, ayrımcılık yasağı ve eşitlik, yönergelerde olduğu gibi İlerleme Raporlarında da birlikte ele alınmıştır.

1. 1998 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

1998 İlerleme Raporu’nda, eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin değerlendirmeler, “Katılma Ölçüleri” başlıklı bölümün “siyasal ölçütler” ile “katılmadan doğan yükümlülükleri üstlenme yeteneği” olarak adlandırılan alt bölümlerinde yer almaktadır.

Kopenhag siyasal ölçütlerinden biri olan “insan hakları ve azınlıkların korunması” alt başlığında, “kişisel ve siyasal haklar”a ilişkin yapılmakta olan reformlar, kadınlara yönelik ayrımcılıklarla sınırlı olarak ele alınmış ve bu tarihte değiştirilmesi hazırlıkları başlatılan yeni Medeni Yasa Tasarısı ile ayrımcılıkların çoğunun kaldırılacağı belirtilmiştir:

“Türkiye’de kadının statüsü, AB ülkelerinin çoğunda rastlanılan statüye giderek benzemektedir. Hala varolan yasal ayrımcılıklar kaldırılma yolundadır. Türkiye, 1985 yılında kadınlara karşı tüm ayrımcılık biçimlerinin kaldırılmasına ilişkin sözleşmeyi onaylamıştır. Yürürlükteki Medeni Yasa’nın, eşlerin hak ve borçları konusunda hala ayrımcı kurallar içermesi nedeniyle, bu sözleşmeye uygunluğunun sağlanması gerekir. Bakanlar Kurulu, yeni bir Medeni Yasa Tasarısı’nı 25 Ağustos 1998’de kabul etti. (...) Bu yeni kurallar, erkekler ve kadınlar arasında varlığını sürdüren ayrımcılıkların çoğunu kaldıracaktır. Ancak, aile içi şiddet yaygın bir olgu olarak kalmaktadır.”²

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelelerinden söz etmeyen ve bu alandaki değerlendirmesini “kişisel ve siyasal haklar” başlığı altında yapan 1998 İlerleme Raporu, konusuyla ilgili kısa bir saptamayı, Birlik müktesebatını üstlenme yükümlülüğünün çeşitli sektörlerle göre değerlendirildiği “başka sektörler”e ilişkin başlıktaki “istihdam ve sosyal politika” içinde yapmıştır. İlerleme Raporu, “elindeki bilgiler temelinde, Türk mevzuatının, Top-

² Commission des Communautés européennes (CEE), **Rapport régulier 1998 de la Commission sur les progrès réalisés par Turquie sur la voie de l’adhésion (Rapport régulier 1998)**, (tarihsiz), s. 18; Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, **AB’ye Katılım Yolunda 12 Aday Ülkeye Yönelik Avrupa Komisyonu Tarafından Hazırlanan 1998 Yılı İlerleme Raporları**, Ankara (Tarihsiz).

luluk müktesebatı ile uyum derecesini değerlendirmesinin güç olduğunu” belirttiği üç konudan biri “*fırsat eşitliği*”dir (öteki iki konu da sağlık ve güvenlik ile çalışma, yani kısacası iş sağlığı ve güvenliğidir).³

Türkiye'nin üyelik yolunda gerçekleştirdiği ilerlemelerin ilk kez yer aldığı 1998 İlerleme Raporu, sosyal politikanın başka alanlarında ve örneğin sendikal haklar konusunda olduğu gibi,⁴ ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkeleri konusunda da eksik değerlendirme yapmıştır. Daha doğru bir deyişle, konuyu salt cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık özelinde ele almış; bilgilerin yetersiz yada eksik olduğu gerekçesiyle, fırsat eşitliği konusunda suskun kalmıştır. Onaylanan sözleşmeler bağlamında da, yalnızca -ilk İR'den onüç yıl önce onayladığımız- BM'nin cinsiyete dayalı ayrımcılıkların kaldırılmasına ilişkin sözleşmesini (KKTABKUS) anmış, buna karşılık UÇÖ'nün 1966'da onayladığımız cinsiyetlerarası ücret eşitliğine ilişkin 100 sayılı sözleşmesi ile 1967'de onayladığımız istihdamda ve meslekte ayrımcılık yasağı öngören 111 sayılı sözleşmesinden söz etmemiştir. Bu bilgilerin, Avrupa Komisyonu'nca değerlendirme yapılabilmesi için, Türkiye tarafından iletilmesine gerek olmadığı, bunun Komisyon bürokratlarının doğal görevi olduğu kanısındayım. Onay konusundaki durum, ilgili uluslararası kuruluşlardan da kolayca sağlanabilirdi.

Kısacası 1998 raporu, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesini “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” bağlamında ele almadığından, değerlendirmesini çalışma yaşamı ve koşulları temelinde yapmamıştır. Komisyon, bu alandaki ilerleme ve eleştirilerini kapsayan değerlendirmelerini, 2000 raporundan başlayarak, ikinci kuşak haklar bağlamında yapmıştır. Bunun nedeni, raporda da belirtildiği gibi, bilgi ve belge eksiklik ve yetersizliğidir. Kanımca, bilgi ve belge eksikliği ciddi değil, özellikle onaylanmış uluslararası sözleşmeler için yasak savıcı bir gerekçedir.

2. 1999 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

1999 İlerleme Raporu'nun “*kişisel ve siyasal haklar*” başlıklı alt bölümünde; “din özgürlüğü” konusunda, “Türkiye'nin Lozan Antlaşması'na göre tanıdığı dinsel azınlıklar ve diğerleri arasında bir işlem (davranış) farklılığı (différence de traitement) bulunduğu” belirtildikten sonra, kadınların statüsü konusunda olumlu bir gelişmenin sağlandığına, bunun da KKTABKUS'ye ilişkin çekincelerin Temmuz 1999'da kaldırılması olduğuna yer verilmiştir. Bu çekinceler, on dört yıl önce, sözleşmenin, Medeni Yasa'nın evlilik ve aile ile ilgili kurallarıyla çeliştiği gerekçesiyle konulmuştu.⁵

³ CEE, **Rapport régulier 1998**, s. 55.

⁴ Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda Uyum Sorunu**, s. 253.

⁵ CCE, **Rapport régulier 1999 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion (RR 1999)**; Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, **AB'ye Katılım Yolunda 12 Aday Ülkeye Yönelik Avrupa Komisyonu Tarafından Hazırlanan 1999 Yılı İlerleme Raporları**, Ankara (Tarihsiz), s. 13-14.

İlerleme Raporu'nun "*istihdam ve sosyal politika*" alt başlıklı bölümünde, 1998'deki kısa değerlendirme yinelenmiştir. Komisyon bu kez "elindeki bilgiler"den söz etmeksizin, Türk mevzuatının müktesebata uyum yada uyarlama düzeyinin "sınırlı kaldığı" alanlar arasında "*fırsat eşitliği*"nin de bulunduğu yinelenmiştir. ⁶

İlk kez 1999 raporunun ekinde yer alan aday ülkelerin onayladıkları insan hakları sözleşmeleri listesine göre, Türkiye toplam 18 sözleşme ve protokolden yalnızca 7'sini onaylamıştır. ⁷ Bu durum, öteki oniki aday devletin çok gerisindedir. ⁸

3. 2000 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

2000 İlerleme Raporu'nda, önceki ikisinden farklı olarak, fırsat eşitliği konusu "*ekonomik, sosyal ve kültürel haklar*" alt bölümünde değerlendirilmiştir. Ancak, bu raporda da, yürürlükteki -eski- Medeni Yasa bağlamında, konu "cinsiyet" temelinde ele alınarak, öğretim alanından verilen bazı istatistiklerle şöyle desteklenmiştir:

"Fırsat eşitliği konusunda, cinsiyetler arasındaki farklılık çok belirgindir. Okuma-yazma bilmeyenlerin oranı, özellikle Türkiye'nin Doğu'su'nda kızların okullaşma oranının düşük olması nedeniyle, erkeklerde %6 iken kadınlarda yaklaşık %25'tir. Kadınların eğitim alanındaki durumunu iyileştirmek için Topluluk müktesebatına uygunluk hala sağlanmış değildir. ⁹ Medeni Kanun konusunda, kadınlar ve erkekler arasında, özellikle aile ve *kadınların mesleki yaşamı* konusunda, hukuksal düzeyde bazı ayrımcılıklar sürmektedir. Yürürlükteki rejim, örneğin kocayı (erkeği) aile reisi sayar ve koca, aile birliğini tek başına temsil eder. (...) Aile içinde kadınlara yönelik şiddet sorunu, "namus cinayetleri"ni de kapsamak üzere, hala ağır bir kaygı konusu oluşturmaktadır." ¹⁰

2000 raporunun "katılmadan doğan yükümlülükleri üstlenme yeteneği" bölümündeki "*sosyal politika ve istihdam*" sektöründe, önceki raporlara oranla cinsiyetler arasında eşitlik konusunda daha kısa bir değerlendirme yapılmıştır. Ancak, Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitliğin uygulamada gerçekleştirilmesine, bu amaçla eğitim ve mesleki eğitimin özendirilmesine yönelik öneri daha açıktır:

⁶ CCE, **Rapport régulier 1999**, s. 41.

⁷ **a.k.**, s. 51-52.

⁸ Bu konuda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz.: Mesut Gülmez, "2000'in Başında İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye'nin Onay Durumu", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 33, Sayı 1, Mart 2000, s. 1-26.

⁹ Rapor, 13. başlıktaki -aşağıda aktarılan- "*sosyal politika ve istihdam*" alt başlığına göndermede bulunmuştur.

¹⁰ CCE, **Rapport régulier 1999**, s. 20.

“Türk Anayasası, cinsiyetler arasında eşitliği güvenceye bağlar ve ayrımcılık yapılmamasını tanır. Bununla birlikte, işlem eşitliğinin eylemli olarak (fiilen) uygulanmasını ve işlerliğe geçirilmesini sağlamak için gerekli çabaların gösterilmesi zorunludur. Özellikle, kadınların okuma-yazma bilmeme oranını düşürmek ve eğitim ve mesleki eğitim yoluyla kentlerde kadın istihdamını özendirme için eylemler (çalışmalar) düşünülmalıdır.”¹¹

Görüldüğü gibi, 2000 raporunda da çalışma (ve istihdam) alanındaki eşitsizlik ve ayrımcılıklar ele alınmamış; Avrupa Sosyal Şartı ile 100 ve 111 sayılı sözleşmelere uyum sorununa değinilmemiş; özellikle yürürlükteki 1475 sayılı İş Yasası'nın bu konudaki son derece yetersiz ve eksik olan kurallarından söz edilmemiş, mesleki yaşamdaki ayrımcılıkların hukuksal planda sürdüğünün belirtilmesiyle yetinilmiştir. Bu yaklaşım, sosyal politika alanındaki eşitlik ve ayrımcılık yasağı sorununun AB için ikincil önem taşıdığını göstermektedir.

4. 2001 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

2001 İlerleme Raporu, “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” alt bölümünde, “kadınlar ve erkekler arasında işlem eşitliğinin güçlendirilmesi” konusunu da saymış;¹² “sosyal politika ve istihdam” alt başlığı altında ise, TBMM gündeminde bulunan Medeni Yasa Tasarısı çerçevesindeki gelişmelere değinmiştir:

“Kadınlar ve erkekler arasında işlem eşitliği (eşit davranma ilkesi) alanında, halen parlamentoca incelenen yeni Medeni Yasa (Tasarısı) çerçevesinde, analık izni ve varolan ayrımcılıkların kaldırılması ile ilgili olarak hazırlık çalışmaları başlamıştır. Medeni Yasa, “aile reisi” kavramının kaldırılmasını da amaçlamaktadır. Başka (izleyen) aşamalar, müktesebatın aktarılmasında izlenecektir.”¹³

2001 raporunun sonuç bölümünde, sosyal politika ve istihdam alanında önlemler alındığı, ancak bunların tümünün müktesebata uygun olmadığı, genel olarak belirtilmekle yetinilmiştir. Ek'te sunulan aday devletlerin onayladıkları insan hakları sözleşmeleri listesinde de, Türkiye'nin 1999 raporundaki yetersiz durumda bir değişiklik olmamıştır.¹⁴

¹¹ CCE, **Rapport régulier 2000 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion, (Rapport régulier 2000)**, 8 novembre 2000, s. 54.

¹² Commission des Communautés européennes, **Rapport régulier 2001 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion (Rapport régulier 2001)**, Bruxelles, le 13.11.2001, SEC (2001) 1756, s. 29.

¹³ CCE, **Rapport régulier 2001**, s. 73.

¹⁴ a.k., s. 116.

2001 raporunda da, Avrupa Komisyonu'nun dikkati gündemdeki Medeni Yasa değişiklikleri ve tasarının eşit davranma ve ayrımcılık gözetmeme ilkeleri temelinde getireceği olumlu düzenlemeler üzerinde odaklanmıştır. Kanımca Avrupa Komisyonu, bu yıllarda, örneğin Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nce ASŞ'den doğan yükümlülüklerimiz bağlamında çalışma ve sosyal güvenlik hukuku, kısacası sosyal haklar alanında yapılan eleştirilerden habersiz görünmektedir. Örneğin sendikal haklar konusunda onaylanan UÇÖ sözleşmelerinden ve denetim organlarının eleştirilerinden söz ederken, ¹⁵ SHAK'nin madde 1/2 ve madde 4/3 ile ilgili eleştirilerine ¹⁶ yer vermemiş, eşitlik ve ayrımcılık yasağıyla ilgili bu konularda bir değerlendirme yapmamış olması görmezlikten gelinemez. Yine, Uzmanlar Komisyonu'nun bu yıllarda 111 sayılı sözleşme bağlamında hala sürdürdüğü eleştirileri de göz ardı edilmiştir. Kısacası, ilk dört yılın İlerleme Raporları, yasak savcısı bir “nakarat” görünümündedir.

5. 2002 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

2002 İlerleme Raporu'nun, “*ekonomik, sosyal ve kültürel haklar*” alt başlığında, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren yeni Medeni Yasa'nın, 2001 Anayasa değişikliklerine uygun olarak (m. 41), “aile reisi” kavramını ve ailede kadınlar ve erkekler arasında eşitliği, özellikle eşlere eşit hak ve borçlar tanınmasını güvenceye bağladığı belirtilmiştir. ¹⁷ Babanın çocuğu tanımaması durumunda, annenin gebelik ve doğum ödenekleri hakları genişletilmiştir.

2002 raporu, “kadınların bazı istihdam (iş) türlerine erişmelerini yasaklayan yasal engeller” bulunduğunu; uygulamada, kadın ve erkeklerin eşit ücretlerden (ücret eşitliğinden) yararlanmadıklarını belirtmiş ve kadınların siyasal yaşama etkin katılımının zayıf olduğunu ve 550 milletvekilinden ancak 23'ünün kadın olduğunu eklemiştir. Engelli kişilerin sosyal hakları ve öğrenim hakkı konusunda hiçbir ilerleme kaydedilmediğini -ilk kez- belirten rapor, mevzuatın gerektiği gibi uygulanmadığının da altını çizmiştir. ¹⁸

Raporun “*azınlıkların hakları ve korunması*”na ilişkin alt başlığında; MEB'in Ekim 2001 tarihli genelgesiyle, sözlüklerdeki tanımlarda, Türkiye Çingene (Roman) topluluğu hakkında aşağılayıcı söylemin kaldırılmasını istemesinden sonra, tüm resmi sözlüklerin düzeltildiği, ancak 1934 *İskan Yasası*'nın “göçmen çingene-

¹⁵ Mesut Gülmez, *Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu*, s. 252-257.

¹⁶ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 281 vd., özellikle s. 317-323.

¹⁷ Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 666-668.

¹⁸ CCE, *Rapport régulier 2002 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion (Rapport régulier 2002)*, Com (2002) 700 final, Bruxelles, le 9.10.2002, SEC (2002) 1412, s. 41-42; DPT, Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, *Türkiye'nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2002 Yılı İlerleme Raporu*, Ankara, Ekim 2002, s. 31.

nelere” uygulanmasının sürdüğü ve hiçbir yasal önlem alınmadığı, bunun da bu kişilerin, Türkiye’de göçmen olarak kabul edilmeyen kişi gruplarından sayıldığı anlamına geldiği belirtilmiştir. Çingene topluluğun Türkiye’de birçok zarar gördüğü ve yürürlükteki mevzuatın yeterli koruma öngörmediği eklenmiştir. ¹⁹

2002 İlerleme Raporu, “sosyal politika ve istihdam” alt başlığında, yeni Medeni Yasa’nın “kadınlar ve erkekler arasında işlem eşitliği” alanında getirdiği -yukarıda kimilerine değinilen- “temel iyileştirmeler”i daha ayrıntılı olarak belirtmiştir. Çocuklar ve konut konusunda kadınların kararlara katılma hakkının tanındığını; artık kocanın, eşlerin yaşayacağı yeri seçmesi ve kadının bir işte çalışmasının yasaklanması konularında tek başına karar alma yetkisinin bulunmadığını; kadınların, kocalarının zina yapması durumunda mali statüsünün de iyileştirildiğini belirtmiş; evlenme yaşı ve evlat edinme konusundaki olumlu değişiklikleri de sıralamıştır. ²⁰

2002 raporunun bu başlık altında, mesleki alanda, kadınlar ve erkekler arasında eşit davranma (işlem eşitliği) konusunda yaptığı saptama ve yerinde eleştiri şudur: Topluluk müktesebatının iç hukuka aktarılmasında az ilerleme olmuştur. 9 Ağustos 2002’de kabul edilen iş güvencesine ilişkin yasa, “cinsiyete dayalı ayrımcılık durumunda kanıtlanma yükümlülüğü” ile ilgili bir kural içermektedir.

2002 raporu, **ayrımcılığa karşı savaşım alanında** da, kişiler arasında ırk yada etnik köken farkı gözetmeksizin işlem eşitliğinin sağlanması ile istihdam alanında işlem eşitliği konularında pek az ilerleme kaydedildiğini yinelemiştir. 9 Ağustos 2002 tarihli ve 4773 sayılı yasanın 2. maddesiyle İş Yasası’nın 13. maddesini değiştiren ve madde 13/A’yı ekleyen düzenlemesini anımsatmış ve iş sözleşmesinin “feshi için geçerli bir sebep oluşturma(yan)” noktalar arasındaki (d) bendini aktarmıştır. ²¹ Bu bende göre, “ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken”, süresi belirli olmayan sürekli hizmet sözleşmelerinin sona erdirilmesinde geçerli bir neden oluşturmaz. ²²

¹⁹ **Rapport régulier 2002**, s. 44.

²⁰ **a.k.**, s. 100.

²¹ **a.k.**, s. 100-101.

²² Bu düzenleme, Altıncı Bölümde ayrıca incelenmiştir.

Ancak, 4773 sayılı yasadaki bu bent ile 4857 sayılı İş Yasası’nın “feshin geçerli sebebe dayandırılması”nı düzenleyen madde 18/3, d bendi kuralı arasında ayrımcılık nedenlerinin sınırlı olup olmaması yönünden önemli bir fark vardır. 4773 sayılı yasa, ayrımcılık nedenlerini “sınırlı” olarak saymış ve 4857 sayılı yasadaki olmayan “**etnik veya sosyal köken**”e de yer vermiştir. Buna karşılık 4857 sayılı yasa, fesih için geçerli neden oluşturmayan ayrımcılık nedenleri arasında “etnik veya sosyal köken”e yer vermemiştir. Ancak, bunu ve sayılmayan başka nedenleri de kapsamak üzere, tüketici olmaksızın saydığı nedenlerin sonuna “**ve benzeri nedenler**” eklemesini yapmıştır (bkz.: Altıncı Bölüm, s. 614-623).

İstihdam (ve işsizlik) konusunda önemli sorunlar bulunduğunu, kadın işsizlik oranının 2001'de %7,9'a çıktığını, özellikle kadınlarla ilgili olarak istihdam oranının çok düşük (%25) olduğunu, gençler ve kadınlardaki yüksek işsizlik ve düşük istihdam oranlarının, üstesinden gelinmesi gereken başlıca meydan okumalar (sorunlar) olduğunu belirten 2002 raporu, sıraladığı ilerlemelerden sonra, “kadınlar ve erkekler arasında işlem eşitliği alanında” şu değerlendirmeyi yapmıştır: Yeni Medeni Yasa, kadınların haklarının tanınması için kararlı bir ögedir (adımdır). Şimdi (artık), *bu kuralların uygulanmasını sağlamak uygun olur (gerekir)*. İstihdama ve mesleki eğitime girme ile ilerleme ve çalışma koşulları konularında, Türkiye'nin bazı işlere erişimde *cinsiyete* dayalı kısıtlamaları kaldırması gerekmektedir. Adalet Divanı'nın yeni içtihadını da kapsamak üzere, müktesebatı aktarmak için ek önlemler alınmalıdır.

Engelli kişilerin durumunun iyileştirilmesinin, ek ilerlemeler gerçekleştirilmesini zorunlu kıldığını belirten 2002 raporu, ayrımcılık yasağı konusundaki 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelere uyum sağlanması doğrultusunda ve bu yönergelerdeki ayrımcılık nedenlerini sayarak, şu önerilerde bulunmuştur:

“Ayrımcılıkla ilgili olarak, ırksal yada etnik kökene, din yada inançlara, engele, yaş yada cinsel yönelime dayanan ayrımcılığa karşı savaşım vermek amacıyla mevzuatın müktesebata uyarlanması önlemlerinin alınması gereklidir. Ayrıca, müktesebatta öngörülen *eşitlikle görevli birim* kurulması için de önlemler alınmalıdır.”²³

Komisyon, bir anlamda özeleştiri yaparak, 1998 raporunda, gerekli bilgilerin elinde bulunmaması nedeniyle fırsat eşitliği ve başka konularda mevzuatımızın müktesebata uygunluk derecesini değerlendirmesinin güç olduğu sonucuna vardığını anımsattıktan sonra, bu alandaki yinelediği olumsuz değerlendirmesini dört yıl sonra şöyle ortaya koymuştur:

“Türkiye, 1998'den beri az ilerleme gerçekleştirdi. Kadınlar ve erkekler arasında işlem eşitliğini sağlamak için önlemler alınmıştır. Sosyal koruma ve sosyal diyalog alanında durumda gelişme olmuştur. Yönetimin kapasitesi de güçlendirilmiştir. Bununla birlikte, müktesebatın aktarılması süreci, henüz çok az ilerlemiş bir aşamasında bulunmaktadır.”²⁴

2002 İlerleme Raporu'nun sonuç bölümünde, sosyal politika ve istihdam alanında önlemler alındığı, ancak müktesebatla tam bir uyumun bulunmadığı, işlem eşitliği ve ayrımcılık yasağına değinilmeksizin genel olarak belirtilip yinelenmiştir. Dolayısıyla da, uyumsuzluktan söz edilmekle, 2000/78 sayılı yönergeye mi göndermede bulunulmak istendiği anlaşılmamaktadır.

²³ CCE, *Rapport régulier 2002*, s. 104.

²⁴ a.y.

Raporun, “katılım için ortaklık ve müktesebatın kabul edilmesi için ulusal program: toplu değerlendirme” başlıklı bölümünde; katılmadan doğan yükümlülükleri üstlenme yeteneği değerlendirilirken, Türkiye’nin, (2001 Ulusal Programı’nda yer verdiği) kısa dönemdeki öncelikler konusunda, istihdam ve sosyal politika alanında sektöre özgü (iç hukuka) aktarma programını hazırlamaya başlamadığı belirtilmiştir.²⁵ Orta dönemdeki öncelikler konusunda ise, sosyal politika ve istihdam başlığında, ek ilerlemelerin zorunlu görüldüğü alanlar arasında, kadınlar ve erkekler arasında fırsat eşitliği ve ayrımcılığa karşı savaşım da bulunmaktadır.²⁶ Sayılan öteki sosyal politika alanları ise şunlardır: İş hukuku, işyerinde sağlık ve güvenlik, sosyal diyalog ve genel sağlık.

2002 raporunun aday devletlerce onaylanan sözleşmeler listesine ilişkin (15 Eylül 2002 tarihi itibarıyla) ek listesinde de, Türkiye’nin onay sayısında (7) bir değişme olmadığı görülmektedir.²⁷

Görüldüğü gibi 2002 raporu, kanımca 2000 yönergelerinin de kabul edilip yürürlüğe girmiş olmasının etkisiyle, ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkeleri alanında hem hak özneleri ve hem de içerik yönlerinden daha kapsamlı değerlendirme ve eleştirilerin ortaya konulmuş olması açısından önceki dört rapordan ayrılmaktadır. Dolayısıyla Komisyon’un ilgisi, “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılıklar dışına çıkmaya başlamıştır.

6. 2003 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

6. ve 7. reform paketleriyle²⁸ gerçekleştirilen değişikliklerle kısıtlamaların azaldığını belirten 2003 İlerleme Raporu, *dernek özgürlüğü hakkına* yönelik kısıtlamalar konusunda şu saptamayı yapmıştır: Irka, etnik guruba, dine tarikata, bölgeye yada başka bir azınlık grubuna mensup olma temeline dayalı dernekler kurulması konusunda önemli kısıtlamalar sürmektedir.²⁹

Altıncı reform paketi çerçevesinde, cinsiyetlerin eşitliğiyle ilgili olarak, “*namus suçları*”nın artmasına ilişkin kaygıların üzerine gitmek amacıyla Ceza Yasası’nın değiştirildiğini ve bu suçlar için indirimli cezalar öngören 462. maddenin kaldırıldığını belirten 2003 İlerleme Raporu, “*ekonomik, sosyal ve kültürel haklar*” alt başlı-

²⁵ a.k., s. 160.

²⁶ a.k., s. 165.

²⁷ a.k., s. 169.

²⁸ Aralarında Ceza Yasası’nın, Medeni Yasa’nın ve Dernekler Yasası’nın bulunduğu 4928 sayılı ve 15 Temmuz 2003 tarihli yasayla yapılan altıncı ve 4963 sayılı ve 30 Temmuz 2003 tarihli yasayla yapılan yedinci uyum paketleri konusunda bkz.: T. C. Dışişleri Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, **Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketleri**, Ankara, Nisan 2004, s. 40-46 ve 78-86.

²⁹ CCE, **Rapport régulier 2003 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion (Rapport régulier 2003)**, s. 34.

ğında, 4857 sayılı ve 22 Mayıs 2003 tarihli İş Yasası'nın 5. maddesindeki "eşit davranma ilkesi"ne ilişkin³⁰ şu çok genel değerlendirme ve eleştiriyi yapmıştır:

"İş Yasası; cinsiyeti, ırkı yada etnik kökeni, dini ve ideolojisi ne olursa olsun, kişilere eşit davranma ilkesini tanımıştır. Ancak mevzuat, çalışmada ayrımcılığın etkili / etkin yasaklanmasını henüz güvenceye bağlamamıştır ve AB mevzuatında yazılı olduğu ve ASS'nin 1 ve 20. maddelerinde örtük biçimde tanındığı gibi cinsiyetlerin eşitliğini özendirmek / geliştirmek için ek çabalar harcamalıdır. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nın, analığın korunması hakkına ilişkin 8/1. maddesini hala kabul etmemiştir."³¹

Evlilik sırasında edinilen malların eşit paylaşılmasını öngören Medeni Yasa kurallarının çok sınırlı olarak uygulandığını belirten 2003 raporu, kadınların seçilmiş organlarda ve hükümette az temsil edildiğini, siyasal temsildeki eşitsizlik eleştirisini yinelemiştir.

Çingenerler (Roms) konusunda, göçebe çingenerleri (gitans nomades), Türkiye'de göçmen olarak kabul edilmeyen beş kişi kesiminden biri sayan mevzuatın (İskan Yasası'nın) yürürlükte olduğunu belirten 2003 raporuna göre, kimi Çingene toplulukları için, sosyal dışlanmaya götüren kalıcı / direngen önyargılar sürmektedir.

2002 raporuna oranla daha kısa değerlendirmelerde bulunan 2003 raporunun, "sosyal politika ve istihdam" alt başlığında yer alan kadınlar ve erkekler arasında eşit davranma konusundaki değerlendirmelere göre, yeni İş Yasası, ücret eşitliği, istihdamda eşit işlem ve kanıtlama yükümlülüğü konusunda 2000 yönergelerine kısmen uygun olan bazı kurallar getirmiştir. Cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ve ideoloji farkı gözetmeden kişiler arasında eşit davranma ilkesini kabul etmiş ve analık izni konusunda da kurallar koymuştur.³²

2003 raporu, ayrımcılığa karşı savaşım konusunda, yeni İş Yasası'nın yukarıda da değinilen 5. maddesinin 1. fıkrasını yineleyerek eşit davranma ilkesini vurguladıktan sonra, 9 Ağustos 2002 tarihli ve 4773 sayılı yasayla getirilen -yukarıda değindiğim- sınırlandırmayı (m. 13 / A, d) anımsatmıştır. Yerinde bir eleştiriyle, İş Yasası'yla yapılan değişikliklerle uygulama alanının daraltıldığını belirtmiş³³ ve yasanın 18. maddesinin 1. fıkrasını aktarmıştır.³⁴

³⁰ İş Yasası'nın 5. maddesi Altıncı Bölümde incelendi (bkz.: s. 584 vd).

³¹ CCE, **Rapport régulier 2003**, s. 39-40.

³² a.k., s. 95.

³³ "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" güvencesinin yer yönünden uygulama alanı, 4773 sayılı yasada "on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerleri" olarak belirlenmişken, 4857 sayılı İş Yasası bu sayıyı artırarak otuza çıkmıştır (Bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararı ve eleştirisi için bkz.: Altıncı Bölüm, s. 615-619).

³⁴ CCE, **Rapport régulier 2003**, s. 96.

2003 İlerleme Raporu'nda yapılan eleştirel değerlendirmeye göre, özellikle ücret eşitliği, istihdamda eşit davranma, anne-baba izni ve yasal (zorunlu) ve mesleki (özel) sosyal güvenlik rejimlerinde eşit davranma konularında müktesebata uygunluk sağlama sürdürülmelidir. ³⁵

Genel değerlendirme bölümünde, iş mevzuatı alanında erkekler ve kadınlar arasında eşitliği geliştirmek için önlemler alındığını ve yönetsel kapasitenin güçlendirildiğini belirten 2004 raporu, “sonuç” bölümünde de bu saptamasını, “iş mevzuatı”na “istihdam politikası”nı da ekleyerek aynen yinelemiştir. ³⁶

2003 raporunun ekindeki onay listesine göre, Türkiye'nin onayladığı sözleşme sayısı 7'den 12'ye yükselmiştir. ³⁷ Onaylanan yeni sözleşmeler arasında, yasa önünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konularında kurallar içeren BM'nin “ikiz sözleşmeler”i de bulunmaktadır.

7. 2004 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

2004 İlerleme Raporu, ayrımcılığa karşı savaşım ve eşitlik konusundaki saptamalarını, bu kez “*insan hakları ve azınlıkların korunması*” alt başlığında yapmıştır.

Ayrımcılığa karşı savaşım alanında 1999'dan beri kaydedilen ilerlemelerin sınırlı olduğunu, ancak yeni Ceza Yasası'nın, özellikle cinsiyet, etnik köken, ırk, din, aile durumu, siyasi görüşler, felsefi inançlar ve sendikaya üyelik gibi çeşitli nedenlerle yapılan ayrımcılığı -122. maddesinde- suç saydığını belirten -ancak cinsel taciz suçunu yaptırıma bağlayan 105. maddeye değinmeyen- rapor, İHAS'a ek 12 sayılı protokolün onaylanmadığını anımsatmıştır. ³⁸

1999 yılından bu yana yapılan reformlarla *dernek özgürlüğü* konusunda bir dizi kısıtlamanın kaldırıldığını belirten 2004 İlerleme Raporu, Temmuz 2004'te kabul edilen yeni yasanın, 2003 İlerleme Raporu'nda sayılan “bir ırka, etnik guruba, dine tarikata, bölgeye yada başka bir azınlık grubuna mensup olma temeline dayalı dernekler kurulması” konusundaki sınırlamaları kaldırdığını belirtmiştir. ³⁹

İstihdam alanında eşit davranma ilkesini tanıyan yeni İş Yasası'nın Mayıs 2003'te kabul edilmesine karşın, Türkiye'nin hala, ırksal yada etnik köken, din yada inanç, yaş, cinsel yönelim ve engel gibi yasaklanan tüm nedenlere dayanan ayrımcılığa karşı savaşım mevzuatının olmadığını -2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerdeki ayrımcılık nedenlerini sıralayarak- ileri süren rapor, Ekim 2003'te

³⁵ a.k., s. 97.

³⁶ a.k., s. 143-150.

³⁷ a.k., s. 157.

³⁸ CEE, **Rapport régulier 2004 de la Commission sur les progrès réalisés par Turquie sur la voie de l'adhésion (Rapport régulier 2004)**, COM (2004) 656 final, Bruxelles, le 6.10.2004, SEC (2004) 12001, s. 33-34.

³⁹ CCE, **Rapport régulier 2003**, s. 41.

gönderilmiş olması gereken Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi'nin öngördüğü ilk düzenli / dönemsel raporumuzu BM'nin hala almadığını da anımsatarak, raporun gönderilmesindeki gecikmeyi -ilginç ama haklı olarak eleştirmiştir. ⁴⁰

“*Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar*” alt başlığında da, cinsiyetlerin eşitliği alanında, birçok reformla kadınlar ve erkekler arasında eşitlik ilkesinin güçlendirildiğini belirten 2004 raporu, *Anayasa'nın 10. maddesinde Mayıs 2004'te yapılan değişikliğe* değinmiş ve yeni Ceza Yasası'nın, kadın hakları konusunda genelde ilerici olduğunu, ancak kadının toplumda tam bir yer edinmesini güvenceye almak için özenli çabaların zorunlu olduğunu vurgulamıştır. 2004 raporuna göre, Başbakanlığın, Ocak 2004'te yayımladığı bir genelgeyle, kamu hizmetlerinde işe almada kadınlar ve erkekler arasında eşitliği güvenceye alma amacı güdülmüştür. İşte ayrımcılığın etkili biçimde yasaklanmasını güvenceye bağlamaya yönelik mevzuatla çok çekingen ilerlemeler gerçekleştirilmiştir. İlerleme Raporu'nda; Temmuz 2004'te yapılan düzenlemeyle, kamu görevinde *analık izninin* 16 haftaya çıkarılması kabul edilmiş olmakla birlikte, ASS'nin madde 8/1 kuralının kabul edilmediği yolundaki haklı eleştiri yinelenmiştir. ⁴¹

2004 raporunun “genel değerlendirme” alt başlığında; kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin Medeni Yasa ve Anayasa ile güçlendirildiği, (ancak) ayrımcılık ve kadınlara yönelik şiddetin, özellikle “namus suçları”nın temel bir sorun olarak kaldığı yinelenmiştir. ⁴²

Raporun “*sosyal politika ve istihdam*” başlıklı bölümünde; Birlik sosyal müteahhütlerinin, başka sosyal politika konularının yanı sıra, kadınlar ve erkekler arasında eşit davranma ilkesi konusunda da asgari kurallar içerdiği ve kamu sağlığı ile ırksal ve etnik köken, din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temellerine dayanan her türlü ayrımcılığın yasaklanması konusunda uyulması zorunlu nitelikte özel kurallar hazırlandığı (yani 2000 yönergelerinin kabul edildiği) anımsatıldıktan sonra, 2004 İlerleme Raporu'nu izleyen dönemde gerçekleştirilen ilerlemeler sıralanmıştır. Eşit davranma ilkesi alanında, 7 Mayıs 2004 tarihli yasayla Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasına eklenen yeni fıkra aktarılmıştır. ⁴³ Ayrı-

⁴⁰ CCE, **Rapport régulier 2004**, s. 34.

Belirteyim ki BM sistemindeki onaya dayalı sözleşmesel denetim yöntemi, birçok devletin raporları çok gecikmeli olarak -ve birleştirilerek- göndermesi ve ayrıca ilgili komitelerin de, çalışma sürelerinin yetersizliği nedeniyle süresi içinde gönderilen raporları çok gecikmeli olarak incelemesi nedeniyle, genel olarak ağır işlemekte, bu da denetimin etkisini daha da azaltmaktadır (bkz.: MG, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s. 251-355). Kuşkusuz bu durum, raporların çok gecikmeli olarak gönderilmesini haklı gösteremez.

⁴¹ CCE, **Rapport régulier 2004**, s. 46.

⁴² **a.k.**, s. 55.

⁴³ Cinsiyetlerarası eşitliği sağlama konusunda devlet için açık bir buyruk öngören bu fıkra şöyledir: “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 546-554.

ca, Türk mevzuatının bu konudaki yönergesine uyum sağlamaya yönelik olarak, 4857 sayılı İş Yasası'nın öngördüğü “gebe veya çocuk emziren kadınlar” (m. 88) ile “onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılması” (m. 73) konularında öngördüğü yönetmeliklerin çıkarıldığı; Temmuz 2004'te yayımlanan yeni bir yasayla da, kamu görevlilerinin onaltı haftalık bir ücretli analık izninden yararlanmalarının öngörüldüğü belirtilmiştir. ⁴⁴

Ayrımcılığa karşı savaşım alanında belirtilmesi gereken hiçbir ilerleme olmadığını vurgulayan 2004 İlerleme Raporu, ⁴⁵ kadınlar ve erkekler arasında eşit davranma konusunda ise, gerçekleştirilen ilerlemelere yer veren ve aynı zamanda, -cinsiyetlerarası eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin yönergelerle ilgili- eleştirileri de ortaya koyan aşağıdaki “*genel değerlendirme*”de bulunmuştur:

“(Bu konuda) Türkiye, yeni İş Yasası kabul ederek, Anayasa değişikliği yaparak ve uygulama yönetmelikleri çıkararak ilerlemeler gerçekleştirmiştir. (Sosyal müktesebata) uyarlamanın, özellikle anne-baba izni, eşit ücret, istihdama (işe) giriş, kanıtlama yükümlülüğü, yasal (zorunlu) ve mesleki (özel) sosyal güvenlik rejimleri konularında sürmesi gerekir. Bundan başka, ***iş hukukunun (yasaının) halen uygulama alanı dışında bırakılan sektör ve işletmeleri kapsamı gerekir.*** Kadınların statüsü ve sorunları ile görevli bir genel müdürlük kuran yasa henüz kabul edilmemiştir. Ekonomik ve sosyal yaşamda cinsiyetlerin eşitliğini ilerletmek ve bununla ilgili mevzuatın gerçekten işlerliğe konulmasını güvenceye bağlamak için ek çabaların gösterilmesi zorunludur.” ⁴⁶

2004 raporunun, ayrımcılığa karşı savaşım konusundaki genel değerlendirme- sinde ise, iş hukukunun (yasaının) ayrımcılık gözetmeme ve eşit davranma konusunda bir dizi genel kural içerdiği, ancak istihdamda fırsat eşitliği ve ırk ayrımcılığı yapmaksızın eşit davranma konusundaki yönergelerin tam olarak aktarılması noktasına erişmek için ek çabalar gösterilmesinin zorunlu olduğu vurgulanmıştır. Örnek olarak da, ırk ayrımcılığı gözetmeksizin eşit davranma konusundaki 2000/43 sayılı Topluluk yönergesinin *istihdama bağlı olmayan* yönlerinin henüz (iş hukukumuzda) aktarılmadığı belirtilmiştir. *Eşitlikle ilgili birimin henüz kurulmadığı* eklenmiş; ayrımcılığa karşı savaşım konusundaki kuralların gerçekten uygulamaya konulması ve işlerliğe geçirilmesi konusunda, karşı konulması (çözüm aranması) gereken önemli meydan okumaların bulunduğu vurgulanmıştır. ⁴⁷

⁴⁴ CCE, **Rapport régulier 2004**, s. 112.

⁴⁵ a.k., s. 113.

⁴⁶ a.k., s. 114.

⁴⁷ a.k., s. 115-116.

2004 raporunun sektörlere ilişkin “genel değerlendirme” başlığında; düzenli ilerlemelerin gözlemlendiğinin belirtildiği “istatistikler” konusunda, 2003 raporundan sonraki dönemde ilerlemelerin kaydedildiği “sosyal politika ve istihdam” sektörünün özellikle kadınlar ve erkekler arasında eşitlik ve ayrımcılığa karşı savaşım alanlarının (ayrıca iş hukuku ve sosyal diyalog alanlarının da) sorunlu olduğunun altı çizilmiştir. Raporun “sonuç” bölümünde de, bu eleştiriler aynen yinelenmiştir. ⁴⁸

Raporun üç aday ülkenin (Bulgaristan, Romanya ve Türkiye'nin) onayladıkları sözleşmeler listesine göre, Türkiye 18 sözleşmeden 12'sini (öteki -01.01.2007'de üye olan- iki ülke ise 16'sını) onaylamıştır.

8. 2005 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

Avrupa Konseyi'nin, Aralık 2004'teki toplantısında; “Türkiye'nin, üyelik görüşmelerinin başlaması için Kopenhag siyasal ölçütlerini yeterli biçimde yerine getirdiğini” belirterek, Komisyon'a, 3 Ekim 2005'te görüşmelerin açılması amacıyla Türkiye ile bir görüşme (müzakere) çerçevesine ilişkin bir öneriyi Konsey'e sunmasını” istemesinin ardından hazırlanan 2005 İlerleme Raporu, öncekiler gibi eşitlik ve ayrımcılık yasağı konularını aynı sistem ve yaklaşım çerçevesinde ve başlıklar altında ele almıştır.

“*Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar*” alt başlığında; Avrupa Parlamentosu'nun hazırladığı Haziran 2005 tarihli bir raporda da, ⁴⁹ kadın haklarıyla ilgili başlıca kaygılar arasında “kadınlar ve erkekler arasında fırsat eşitliği”nin de bulunduğu anımsatan 2005 raporunda, “cinsiyete dayalı ayrımcılık sorununun, hukuk ve uygulama alanlarındaki çeşitli girişimlere karşın kaygı verici” olduğunu; “kadınların ayrımcı uygulamalara karşı, temelde öğrenim ve okuma-yazma oran-

⁴⁸ 2004 İlerleme Raporu'nun genel olarak iş hukuku ile ilgili saptama ve eleştirileri konusunda, iki ana başlık altında yapılan bir inceleme için bkz.: Fuat Bayram, “Avrupa Birliği 2004 Yılı Türkiye İlerleme Raporunda Türk İş Hukukuna İlişkin Tespit ve Eleştiriler”, Ekim-Kasım-Aralık 2005, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 8, s. 1511-1519.

Yazarın, Anayasa'nın madde 90/son fıkra kuralına uygun biçimde onaylanan sözleşmeleri iş hukukumuzun bir parçası saymasını, bu bağlamda 138 sayılı UÇÖ sözleşmesinin onaylanmış olması nedeniyle “Türk İş Hukuku mevzuatında asgari çalışma yaşı konusunda İş Kanunu'nun kapsamından kaynaklanan bir zaaflık olduğu söylenemez” yolundaki görüşünü (s. 1513) ilkece paylaşıyorum.

Ne var ki, onaylanan sözleşmeler; 2004 değişikliğinden sonra, yazarın ileri sürdüğü gibi yalnızca “Anayasanın 90. maddesi gereği bu sözleşme (87 ve 98 sayılı sözleşmeler) hükümleri kanun hükmünde” (s. 1515) değildir; son fıkraya eklenen üçüncü cümle gereği olarak, “2. cümledeki “kanun hükmünde” sayılmasının ötesinde, yasalarla çatışması durumunda, yasaların üstündedir.

Öte yandan, kamu görevlilerinin sendikal hakları konusunda da, 87 ve 98 sayılı sözleşmeler asıldır ve 151 sayılı sözleşmeye öncelikli olarak uygulanır.

⁴⁹ Rapport sur le rôle des femmes en Turquie dans la vie sociale, économique et politique, commission des droits de la femme et de l'égalité des sexes, A6-0175 / 2005, 10 juin 2005.

larının düşük olması nedeniyle, zayıf (dayanıksız, elverişsiz) konumda kaldığını vurgulamıştır. Kadınların emek piyasasına katılımının OECD ülkeleri arasında en düşük düzeyde olduğunu, çok sayıda kadının kayıt dışı sektörde çalıştığını ve sosyal güvenliğinin bulunmadığını belirten 2005 raporu, söz konusu katılımın bazı mesleklerde görece yüksek olduğunu da eklemiştir. ⁵⁰

1 Temmuz 2005'te kabul edilen engelli kişilerle ilgili yasanın, ⁵¹ özellikle engellilerin mağduru oldukları ayrımcılıklara karşı savaşımların verilmesi zorunluluğu üzerinde durduğunu ve yeni Ceza Yasası'na -122. maddesinde ayrımcılık nedenleri arasında özürüllüğünün de bulunmasına- dayanarak, engelle / engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığın suç oluşturduğunu belirtmiştir. ⁵²

Türkiye'nin, Avrupa Konseyi'nin ulusal azınlıkların korunmasıyla ilgili çerçeve sözleşmesi ile bölgesel yada azınlık dilleri konusundaki Avrupa Şartı'nı imzalamadığını ⁵³ ve İHAS'a ek 12 sayılı protokolü onaylamadığını belirten 2005 raporu,⁵⁴ azınlıkların çoğu kez yönetimde ve orduda görevlere erişmede olgusal güçlüklerinin bulunması göz önüne alındığında, bunun özel bir önem taşıdığını vurgulamıştır. ⁵⁵

Raporda, sayılarının 500 000 ile 2 milyon arasında olduğunu tahmin edildiği belirtilen Çingenerlerin Türkiye'ye göç etmelerini yasaklayan yasanın yürürlükte olduğu, Çingenerlerin uygun konut, eğitim, sağlık bakımı ve iş edinmede güçlüklerle karşılaşabildiği; son yıllarda, beş büyük kentte Çingenerlerce yönetilen dernekler kurulduğu ve Bilgi Üniversitesi'yle, Türkiye'deki Çingenerlerin tam sayısını belirlemeye yönelik araştırmalar başlatıldığı belirtilmiştir. ⁵⁶

2005 raporunun “sosyal politika ve istihdam” başlığında eşitlik ve ayrımcılık, daha kapsamlı ele alınmıştır. Rapora göre, kadınlar ve erkekler arasında eşit davran-

⁵⁰ CE, **Turquie, Rapport de suivi 2005**, COM (2005) 561 final, Bruxelles, le 9 novembre 2005, SEC (2005) 1426, s. 37.

⁵¹ “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, **Resmi Gazete**, 7 Temmuz 2005, Sayı: 25868.

⁵² CE, **Rapport de suivi 2005**, s. 38.

⁵³ Belirteyim ki, İlerleme Raporlarının sonuna eklenen aday devletlerce onaylanmış 18 insan hakları sözleşmesini ve ek protokollerini içeren listede, 1 Şubat 1995'te kabul edilen ve 1 Şubat 1998'de yürürlüğe giren, Şubat 2009 itibarıyla 4 devletin imzaladığı ve 39 devletin de onayladığı *Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme* yer almaktadır. Buna karşılık, 5 Kasım 1992'de kabul edilen ve 1 Mart 1998'de yürürlüğe giren, Avrupa Konseyi üyelerinin 10'unun imzaladığı ve 23'ünün onayladığı *Bölgesel yada Azınlık Dilleri Avrupa Şartı* listede yoktur. Türkiye, her iki belgeyi ne imzalamış, ne de onaylamıştır.

⁵⁴ 4 Kasım 2000'de kabul edilen 12 sayılı protokolün, 1 Nisan 2005'te yürürlüğe girdiğini, -bu nedenle olsa gerek- kabul edilmesinden sonraki İlerleme Raporlarındaki listede yer almadığını anımsatmakta yarar vardır.

⁵⁵ CE, **Rapport de suivi 2005**, s. 40.

⁵⁶ a.k., s. 42.

ma (ilkesi) alanında, işe almada her türlü ayrımcılığı yasaklayan Topluluk yönergelerinin (iç hukuka) aktarılması konusunda, İR'de belirtilmesi gereken hiçbir ilerleme olmamıştır. (Ancak) Ekim 2004'te, kadının sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal yaşamlardaki konumunu güçlendirme görevini üstlenen Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü kurulmasını öngören yasanın kabul edildiği⁵⁷ ve Haziran 2005'te yürürlüğe giren yeni Ceza Yasası'nın, kadınların temel haklarını güçlü biçimde iyileştirdiği; bununla birlikte kadınlar ve erkekler arasında eşitlik konusundaki **yönergelerin tam olarak iç hukuka aktarılması gerektiği** belirtilmiştir. Önceki raporlarda da yer alan önerileri yineleyen 2005 raporu, uyarılmanın, özellikle anne-baba izni, ücret eşitliği, istihdama giriş, kanıtlama yükümlülüğü, yasal (zorunlu) ve mesleki (özel) sosyal güvenlik rejimleri konularında sürmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.

2005 raporunda yer alan eksikliklerden biri de, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde öngörülen ve ayrımcılık yasağının ihlaline karşı getirilen başvuru yolları, eşit işlem ve ayrımcılık yasağına ilişkin korumanın geliştirilmesi konusundaki yönetsel kapasitenin güçlendirilmesi ile ilgilidir:

“Türk hukuku, eşit davranma ilkesinin uygulanmasının güvenceye bağlanmasında meşru bir çıkarı bulunan derneklerin, müktesebatın öngördüğü gibi, yakınlar adına yada onları desteklemek için, hukuksal yada yönetsel bir **dava açabilmelerini** açıkça belirtmelidir. Bundan başka, müktesebatın öngördüğü eşitliği geliştirmekle yükümlü/görevli birimin kurulması gerekir. Ekonomik ve sosyal yaşamda cinsiyetlerin eşitliğini geliştirip ilerletmek ve ilgili mevzuatın gerçekten işlerliğe geçirilmesini güvenceye almak için ek çabalar gösterilmesi zorunludur.”⁵⁸

Ayrımcılık tazminatına getirilen üst sınırın yönergelere aykırı olduğuna değinmeyen 2005 raporu, ayrımcılıkla savaşım ve engellilerin bu alandaki hakları konusunda da, önceki başlıkta değindiği gelişme ve eleştirilere yer vermiştir.

Ayrımcılıkla savaşım konusunda, özellikle 2000/43 sayılı ırk ayrımcılığı gözetmeksizin eşit davranma yöngesinin *istihdama bağlı olmayan* yönlerini (kurallarını) iç hukuka aktarma konusunda çabalar gösterilmesi zorunludur. Yeni Ceza Yasası'nın öngördüğü yaptırımı aktaran 2005 raporuna göre; cinsiyete, ırksal yada etnik kökene, din yada inanca, engele, yaşa ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılıklar konusunda Topluluk yönergelerinin tam olarak aktarılması zorunluluğu sürmektedir. Azınlıkların durumu ve ayrımcılıklara karşı savaşım konusundaki kuralların gerçekten uygulamaya konulması konularında önemli meydan okumalar (sorunlar) bulunmaktadır.⁵⁹

⁵⁷ “Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevlileri Hakkında Kanun”, **Resmi Gazete**, 6 Kasım 2004, Sayı: 25635.

⁵⁸ CE, **Rapport de suivi 2005**, s. 107-108.

⁵⁹ **a.k.**, s. 108.

Engellilerin hakları konusunda 1 Temmuz 2005'te kabul edilen 5378 sayılı yasa⁶⁰ değinen ve yaptığı kimi olumlu düzenlemelere yer veren 2005 raporu, bununla birlikte, merkezi olan ve olmayan (yani merkez yönetimi ile yerel yönetimlerdeki) yapıların ve tesislerin (hizmetlerin yada yakın birimlerin) engelli kişiler için iyileştirilmesine ve engelli çocukların eğitime erişmelerine daha büyük önem verilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁶¹

2005 raporunun “genel değerlendirme” başlıklı bölümünde, istatistikler konusunda, “sosyal politika ve istihdam” alanında ilerlemeler kaydedildiği, ancak kadınlar ve erkekler arasında eşitlik ve ayrımcılığa karşı savaşım (ve sosyal diyalog) alanlarında büyük çabalar gösterilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.⁶²

9. 2006 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

1 Ekim 2005 ile 30 Eylül 2006 tarihleri arasındaki dönemi kapsayan 2006 İlerleme Raporu'nda, İHAS'a ek onaylamadığımız dört protokolden biri olan ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasına ilişkin 12 sayılı protokolün -iki BM protokolüyle⁶³ birlikte- onaylanmasının, katılım ortaklığının bir önceliği olduğu vurgulanmıştır.⁶⁴ “*Ekonomik ve sosyal haklar*” alt başlığında, kadın haklarıyla ilgili olarak “*namus cinayetleri ve kadın ve çocuklara karşı şiddet*” konusundaki Meclis Komisyonu raporunun tamamlandığı, “*aile içi şiddete dur*” kampanyasının ikinci aşamasına geçtiği, namus adına işlenen suçların ve kadınların ailelerinin baskısıyla intihar etmesinin sürdüğü belirtildikten sonra, ayrımcı uygulamalar ve nedenleri konusunda önceki raporlarda yer alan değerlendirme ve görüşler yenelenmiştir:

“Kadınlar, temelde eğitim eksikliği ve okuma yazma oranının yüksekliği nedeniyle, ayrımcı uygulamalara karşı güçsüz kalmaktadırlar. MEB ve UNICEF'in kızlar için yürüttüğü kampanya, 2005 yılında, 62

60 Bkz.: Altıncı Bölüm, s. 671-676.

61 CE, **Rapport de suivi 2005**, s. 108.

62 a.k., s. 151.

63 Bu protokollerden biri, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin güvenceye aldığı haklardan herhangi birinin ihlal edildiğini ileri süren kişilere, iç hukuktaki başvuru yollarını tükettikten -ve ayrıca başka koşulları da yerine getirdikten- sonra, İnsan Hakları Komitesi'ne yakınmada bulunma hakkı tanıyan *KSHUS'ye İlişkin Seçmeli Protokol*'dür ve 3 Şubat 2004'te imzalanmıştır. Bu protokol, 2006'da onaylanmıştır (<http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr-one.htm>, erişim: 22.02.2009).

İkinci protokol de, *İşkenceye ve Başka Zalimce, İnsanlıkdışı yada Aşağılayıcı Ceza yada Davranışlara Karşı Sözleşme'ye İlişkin Seçmeli Protokol*'dür ve 14 Eylül 2005'te imzalanmış, ancak -22 Şubat 2009 itibarıyla- hala onaylanmamıştır (<http://www2.ohchr.org/french/bodies/cat/index.htm>, erişim: 22.02.2009).

64 CE, **Turquie, Rapport de suivi 2006**, Document de travail des services de la Commission, Bruxelles, le 8.11.2006, s. 11.

000 kızın ilkokullara kaydedilmesine olanak vermiştir ki, bu kızlar böyle bir olanak sağlanmasaydı okuyamayacaklardı. 2006'da, bu kampanya 81 ilin tümüne yaygınlaştırılmıştır. Okula kayıt sayısını artırmaya ve okulların maddi koşullarını iyileştirmeye yönelik kampanyalar sürmüştür." (...)

Yönetmeliklerle ilgili olarak, kadının statüsüyle görevli genel müdürlükte personel sıkıntısı sürmektedir. (...)

Genel olarak Türkiye'de kadın hakları sorunu, kamuoyunun giderek artan biçimde dikkatini çekmektedir. Bununla birlikte, kadın haklarına mutlak saygı, özellikle ülkenin en elverişsiz bölgelerinde, ciddi bir sorun olarak kalmaktadır." 65

"İstihdam ve sosyal politika" alt başlığında; ayrımcılıklara karşı savaşım alanında Topluluğun ırksal yada etnik, din yada inanç, engel, yaş ve cinsel yönelim temeline dayalı ayrımcılığa ilişkin 2000 yönergelerinin iç hukuka taşınmasının tamamlanmadığı belirtilerek şu öneri ve eleştirilerde bulunulmuştur:

"Türkiye, ırk farkı gözetmeksizin eşit davranmaya ilişkin (2000/43 sayılı) yönergenin *istihdama bağlı olmayan* yönlerine özel bir dikkat gösterecektir. Ayrımcı gözetmeme ve eşit davranma ilkelerini geliştirmek amacıyla, işlevsel ve bağımsız bir *eşitliği geliştirme birimi* kurulacaktır. Azınlıkların durumu konusunda, önemli sorunlar varlığını sürdürmektedir." 66

Fırsat eşitliği konusunda, özellikle anne-baba izni, eşit ücret, istihdama girişte eşitlik, kanıtlanma yükümlülüğü ile yasal (zorunlu) ve mesleki (özel) sosyal sigorta rejimleri ile ilgili olarak, uyum sağlamanın sürmesi gerektiğini belirterek geçmiş raporlardaki öneriyi bu yıl da yineleyen 2006 raporu, eşitliği geliştirmekle görevli birimin hala kurulmamış olmasını eleştirmiş; çalışan kadınların oranının %20'ye düştüğünü anımsatarak, kadının statüsüyle görevli genel müdürlüğün yönetmeliklerinin güçlendirilmesini istemiştir. 67

Engelli kişilerin işe alınması için bir eylem planı hazırlandığını ve engellilere (özürlülere) ilişkin yasanın, özellikle işyerleri ve engellilere yönelik eğitim hizmetleri ile ilgili olarak, çıkarılan uygulama yönetmelikleriyle tamamlandığını, dolayısıyla da özürlüler yasının uygulanmasında kimi ilerlemeler kaydedildiğini belirtmiştir. 68

65 CE, **Rapport de suivi 2006**, s. 19.

66 a.k., s. 58.

67 a.k., s. 58.

68 a.k., s. 57 ve 58.

10. 2007 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

Yapısı önceliklere benzeyen 2007 İlerleme Raporu, siyasal ölçütlerden “*insan hakları ve azınlıkların korunması*” bağlamında, BM’nin Aralık 2006’da kabul ettiği engelli kişilerin haklarına ilişkin sözleşmenin Mart 2007’de imzalandığını belirttikten sonra, “*ekonomik ve sosyal haklar*” alanında 2006 raporundaki konulara benzer saptamalarda bulunmuştur. 2007 raporu, kadın hakları alanında; ailenin korunmasına ilişkin yasanın getirdiği değişikliklerin, hakları tüm aile üyelerini kapsayacak biçimde genişlettiğini; namus suçlarına ve kadınlara yönelik aile içi şiddete karşı savaşıma amaçlayan Başbakanlık genelgesinin uygulamaya konulmasının ve bu konudaki kampanyaların sürdüğünü; Temmuz 2007 seçimlerinde Meclise giren kadın milletvekili sayısının neredeyse ikiye katlandığını (51) ve genel olarak kadınların emek piyasasında düşük düzeyde temsil edildiğini yinelemiştir. Kadın-erkek eşitliği konusunda, özünde ve içeriğinde farklı olmayan eski saptama ve önerilerini de anımsatan, “hukuk” ile “uygulama” arasındaki “uçurum”un altını çizen 2007 İlerleme Raporu, Avrupa Birliği’nin hukuksal çerçeve oluşturmakla yetinmeyen yaklaşımına uygun olarak, bu alandaki kuralları yaşama geçirecek önlemler alınması gerektiğine bir kez daha vurgu yapmıştır:

“Genel olarak, kadınları şiddete karşı korumayı amaçlayan önlemler iyileştirilmiştir. *Kadın-erkek eşitliğini güvenceye alan hukuksal çerçeve yürürlükte*dir. Bununla birlikte, onu (hukuksal çerçeveyi) sosyal gerçekliğe dönüştürmek için ek önlemler alınması zorunludur. Katılım ve ekonomik perspektifler, öğrenim düzeyi, sağlık ve yaşama, siyasal özgürleşme konularında kadınlar ve erkekler arasında hala önemli bir *uçurum* vardır.”⁶⁹

2007 raporuna göre, *engellilerin* öğretime, sağlığa, sosyal ve kamusal hizmetlere erişmesi konularında hiçbir ilerleme kaydedilmemiştir. Kamu binalarına girişteki fiziksel engeller kaldırılmamıştır. (...) Engellilere ilişkin yasanın ve ilgili yönetmeliklerin işlerliğe geçirilmesi, bu kişilerin haklarını ve yaşam koşullarını iyileştirmek için son derece önemlidir.⁷⁰

2007 İlerleme Raporu, “ayrımcılık karşıtı politikalar” konusunda, hukuksal durumu ve boşluklarını, özellikle *cinsel yönelime* dayalı ayrımcılıklar konusundaki aykırı uygulamaları -ilk kez- belirtmiş ve bu konuda “özel koruma” öngörülmemiş olmasını eleştirmiştir:

“Ayrımcılık karşıtı politikalar konusunda, ayırım gözetmeme ilkesi Anayasa’ya yazılmış ve birçok yasada tanınmıştır. Ancak, yaş yada cinsel yönelim temeline dayanan ayrımcılığa karşı hiçbir *özel koruma* yoktur. Lezbiyen, homoseksüel, çiftseksüel ve transseksüelleri koruma derneği kapatıl-

⁶⁹ CE, **Turquie, Rapport de suivi 2007**, Document de travail des services de la Commission, Bruxelles, le 8 novembre 2007, s. 20.

⁷⁰ CE, **Rapport de suivi 2007**, s. 21.

ma tehdidi altındadır. Transseksüeller ve travestiler, kimi zaman fiziksel taciz mağdurudur. Polis, bu gibi politikai uygun biçimde soruşturmalıdır.”⁷¹

2007 raporunda, Türkiye’de oturan ve seyahat eden *yabancılar* hakkındaki yasayı değiştirmek için hiçbir önlem alınmadığı, oysa bu yasanın Çingenerler hakkında, özellikle suçluların geri verilmesiyle ilgili olarak, ayrımcı kurallar içerdiği belirtilmiş ve Türkiye’nin, Çingenerlerin Bütünleştirilmesi Onyılı (2005-2015) etkinliğine katılmadığı anımsatılmıştır.⁷²

İlerleme Raporu’nun “*istihdam ve sosyal politika*” başlığında; ayrımcılıklara karşı savaşım ve fırsat eşitliği konusunda, ilerlemelerin yetersiz olduğu ve önceki raporlarda da sıralanan alanlarda uyum sağlayıcı düzenlemelerin sürdürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Sağlanan ilerlemelerin “sınırlı” olduğu saptamasının yapıldığı 2007 raporunda, 2000 yönergelerinin gerektirdiği uyum sağlayıcı düzenlemelerin gerçekleştirilmediği ve bu bağlamda, “bağımsızlığı” vurgulanan eşitlik kurumunun oluşturulmadığı yolundaki eleştiriler bir kez daha şöyle yinelenmiştir:

“Ayrımcılıklara karşı savaşım ve fırsat eşitliği ile ilgili olarak, *yalnızca sınırlı ilerlemeler* gözlemlenmiştir ve uyarılmanın sürdürülmesi zorunludur. İş-Kur, işe yerleştirme hizmetlerinde cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan bir genelge yayımlamıştır. Artık, *erkeklerin hasta bakıcı olma hakkı* vardır. Kadının statüsüyle görevli genel müdürlüğün yönetsel hizmetleri güçlendirilmiştir. Kadınların emek piyasasındaki ve eğitime erişimdeki yetersiz varlığı, kaygı verici noktalardır. Irksal ve etnik köken, din yada inanç, engel, yaş ve cinsel yönelim temellerine dayanan ayrımcılığa ilişkin Topluluk yönergelerinin iç hukuka aktarılması tamamlanmamıştır. Ayrımcı gözetmeme ve eşit davranma (ilkelerini) geliştirmek için, işlevsel ve bağımsız bir *eşitliği geliştirme birimi* kurulmalıdır.”⁷³

Bu başlığa ilişkin “sonuç”ta da, kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin ekonomik ve sosyal yaşamın tüm yönlerinde (alanlarında) güçlendirilmesinin uygun (gerekli) olduğu yinelenmiştir.

11. 2008 İlerleme Raporu ve Ayrımcılık Yasağı

Gelenekselleşmiş yapısını koruyan 2008 İlerleme Raporu,⁷⁴ ayrımcılık yasağına ilişkin değerlendirmelerine “Siyasi Kriterler” ana başlığının “İnsan Hakları ve Azınlıkların Korunması” başlığında yer vermiştir.

⁷¹ a.k., s. 22.

⁷² a.k., s. 24.

⁷³ a.k., s. 61.

⁷⁴ Avrupa Komisyonu, SEC (2008) 2699, Brüksel, 5 Kasım 2008, **Türkiye 2008 İlerleme Raporu** (Gayri Resmi Tercüme), (COM(2008) 674); http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/İlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf.

“İnsan haklarına ilişkin belgelerin onaylanması bağlamında herhangi bir gelişme olma(dığını)”, İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi’nin Eylül 2005’te imzalanan İhtiyari Protokolü(nün) onaylanma(dığını)”, Engellilerin Haklarına İlişkin BM Sözleşmesi’nin onay süreci(nin) beklemede” olduğunu⁷⁵ ve “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) ilişkin üç ek protokolü(n) onaylanmadığını” belirten 2008 İlerleme Raporu,⁷⁶ eşit işlem ilkesinin etkili biçimde uygulanmasını sağlayıcı kurumsal araçlarda (kurulmadığı yinelenen eşitlik kurumunda) bulunması gereken “bağımsızlık” ve “kaynaklar” ile ilgili iki temel özellik yönünden şu önemli ve doğru eleştirel saptamada bulunmuştur:

“Genel olarak, insan haklarının geliştirilmesi ve güçlendirilmesine ilişkin kurumlar bağımsızlık ve kaynaklardan yoksundurlar.”⁷⁷

“Ekonomik ve sosyal haklar” alt başlığında, “**Kadın hakları**” ile ilgili olarak, “Başbakanlığın töre cinayetleri ve kadınlara yönelik aile içi şiddet ile mücadele konusundaki genelgesi(nin), kamu kurumları arasında işbirliğinin geliştirilmesine yardımcı ol(duğunu)”; ancak “Türk toplumunda kadının, iş, akademi, kamu sektörü ve siyaset dünyasında yüksek düzeyde varlığını gösteren kayda değer örnekler bulunmakta” olsa da, “cinsiyet eşitliği(nin) Türkiye’de önemli bir sorun olmayı sürdürmekte” olduğunu vurgulamış ve “resmi istatistiklere göre, kadınların işgücüne katılımı(nın) düşük” (ve 2007’de %24,8) olduğunu, ve bu katılımın “azalan bir eğilim göster(diğini)”, “kadınların istihdam oranı(nın) AB ile OECD üyesi ülkeler arasında en düşük seviyede bulun(duğunu)” belirtmiştir.⁷⁸

“Diyanet İşleri Başkanlığı’nın web sitesinde yayımlanan veriler(in), STK’ler tarafından kadına karşı ayrımcı olarak algılanan bir dil içermekte” olduğunu belirten İR; “kadının eğitime erişimi(nin), AB ve OECD üyesi ülkeler arasında en düşük seviyede bulun(duğunu)”, “ilköğretimde cinsiyetler arasındaki dengesizliği azaltmaya ilişkin olumlu sonuçlar(ın), özellikle kızların sürekli olarak okula devam etmesi(nin) sağlan(ması) ve okulu bırakma olayları(nın) saptanıp izlenme(si) suretiyle, sürdürülme(si) ve güçlendirilme(si)” gerektiğini belirtmiştir.⁷⁹

⁷⁵ Bu sözleşmenin onaylanması, “bekleme” sürecinden çıkmış, 3 Aralık 2008 tarihli ve 5825 sayılı yasayla onaylanması uygun bulunarak, onay işleminin birincisi gerçekleştirilmiştir.

⁷⁶ Türkiye 2008 İlerleme Raporu, s. 10.

⁷⁷ a.k., s. 12.

⁷⁸ a.k., s. 20.

⁷⁹ a.y.

2008 İlerleme Raporu’nda, kadına yönelik şiddet ve kadınların hak arama yollarına karşı duydukları güvensizlik konusunda şu değerlendirmeler yapılmıştır (s. 19):

“Aile içi şiddet, töre cinayetleri ile erken ve zorla yapılan evlilikler hala ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Yargıtay, töre cinayetlerinin, sadece cinayetin aile meclisi tarafından verilmiş bir kardan sonra işlendiğine dair kanıt olduğu takdirde cezalandırılacağına ilişkin hüküm vermiştir. Söz konusu karar, töre cinayetlerinin önüne geçilmesi için yürütülen çabaları zorlaştıracığı ge-

2008 İlerleme Raporu'nda, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesine ilişkin AB müktesebatına uyum yönünden önem verdiği bağımsız bir eşitlik kurumu oluşturulmadığı saptaması yinelenmiştir:

“Cinsiyet Eşitliği Kurulu ve Cinsiyet Eşitliğine ilişkin bir Meclis Komisyonu halen kurulmamıştır. Kadın sivil toplum örgütleri, tüm politika alanlarında kadın konularını gündemde tutmada temel rol oynayacak tam teşekküllü bir komitenin kurulması için istekte bulunmuşlardır.”⁸⁰

Belirtelim ki 2008 İlerleme Raporu, iki ayrı eşitlik biriminden söz etmektedir. Biri, Cinsiyetlerarası Eşitlik Kurulu, ikincisi de TBMM Cinsiyetlerarası Eşitlik Komitesi'dir (a Gender Equality Body and a Parliamentary Committee on Gender Equality). Dolayısıyla, yalnızca TBMM çatısı altında bir eşitlik komisyonu oluşturulması, adı ve görevleri ne olursa olsun, özellikle “bağımsızlık” yönünden, hem AB'nin eşitlik yönergelerine ve hem de bu konudaki uluslararası sözleşmelere uyum sağlanması için yeterli olmayacaktır.⁸¹

2008 İlerleme Raporu'nda, “cinsiyet politikasının yönü ve uygulanması konusunda Hükümet tarafından düzenlenen danışmalara ilişkin olarak STK'lardan gelen şikayetler bulun(duğu)” belirtilmiş; bu “şikayetler(in) hem danışılan STK'ların sınırlı sayıda olmasına, hem de ortaya konulan pozisyonların nihai olarak dikkate alınma derecesine ilişkin” olduğu eklenmiştir.

“Genel olarak, kadın haklarını ve cinsiyet eşitliğini garanti altına yasal mevzuat” bulunduğunu belirten İlerleme Raporu, “ancak, ekonomik hayata katılım, *fırsat eşitliği*, eğitim, sağlık hizmetlerine erişim ve siyasi yetkilendirme konularında erkekler ve kadınlar arasında dengesizliklerin giderilmesi amacıyla ilave önemli çaba harcanması gerek(tiğini)”; “töre cinayetleri ile aile içi şiddeti engellemeye yö-

rekçesiyle bir mahkeme üyesi tarafından eleştirilmiştir. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı'na göre 2007 yılında çoğunluğu büyük şehirlerde olmak üzere toplam 220 töre cinayeti rapor edilmiştir. Bu durum 2006'ya göre bir artışı göstermekte ve şehirlere göç eden halk arasında kadın haklarına ilişkin bilincin artırılması için çabaların yönlendirilmesi ihtiyacını ortaya koymaktadır. Son olarak, tüm bu konulardaki verilerin güvenilirliğinin artırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Kadınların, etkili bir koruma sağlanacağına dair duydukları *güvensizlik* nedeniyle, polise veya mahkemeye başvuru konusunda *isteksiz* oldukları belirtilmektedir. Kadınların ekonomik kırılganlıkları bu eğilimi daha da pekiştirmektedir. Belediyeler Kanunu ve bu kanunun, özellikle sığınma evlerine ilişkin hükümleri, henüz tam olarak uygulanmamış olup sığınma evlerinin sayısı sözkonusu kanunda öngörülenin altında kalmaktadır. Kadın STK'ları uygun şekilde işleyen sığınma evlerinin sayısını ve kapasitesini belirlemeye yönelik anketler yapmaktadır. STK'lar bilinçlendirme kampanyalarının etkilerinin kapsamına ya da değerlendirilmesine ilişkin bilgi edinmenin mümkün olmadığını bildirmişlerdir.”

⁸⁰ Türkiye 2008 İlerleme Raporu, s. 20.

⁸¹ Bilindiği gibi, üç siyasal partinin (sırasıyla CHP, DSP ve AKP'nin) milletvekillerinin TBMM'ye ayrı ayrı sundukları yasa önerilerinden AKP'li üyelerin “Fırsat Eşitliği Komisyonu” başlıklı önerilerinin “esas alınarak” birleştirilmesinden sonra, 25 Şubat 2009 tarihli ve 5840 sayılı yasayla “**TBMM Fırsat Eşitliği Komisyonu**” kurulmuştur. (bkz.: Altıncı Bölüm, s. 628-633).

nelik çabalar(ın) sürdürülmüş” olmasına karşın, “bu konuların önemli birer sorun teşkil etmeye devam et(tiğini)” ve bu alanda yürütülen çabalar(ın) güçlendirilme(si)” gerektiğini belirtmiştir. ⁸² Dolayısıyla, cinsiyetlerarası eşitliğin -önemli eksiklikleri bulunan- “hukuksal” düzenlemelerle güvenceye alınmış olması yeterli değildir; uygulamada görülen ve “fırsat eşitliği” nin sağlanmadığını ortaya koyan eşitsizlikler bunun göstergeleridir.

Genel olarak sosyal yönden güçsüz ve korunma gereksinimi bulunan kişiler ile *engelli kişiler* konusunda kimi olumlu gelişmeler bulunduğunu belirten 2008 İlerleme Raporu’na göre, engellilerin kamusal hizmetlere erişimlerindeki engellerden biri, eşitlik yönergelerinin hukuku uygulamaya aktarmanın araçlarından biri olarak öngördüğü “bilgileri yayma” yükümlülüğünün yerine getirilmesindeki yetersizliktir ve bu konuda ayrılan kaynaklar da, gereksinimlere oranla sınırlıdır:

“Sosyal olarak savunmasız ve/veya engelli kişiler konusunda, devlet, engelli kişilerin istihdamını teşvik etmek için sosyal güvenlik primlerini ödeyecektir. Engellilerin bakım hizmetleri için ayrılan kaynaklarda artış yapılmıştır. Acil bakıma ihtiyacı bulunan engelli kişilerin hemen yerleştirilmelerini sağlamak amacıyla bir genelge yayımlanmıştır. Zihin sağlığına ilişkin olarak, tıbbi standartlar ve hasta haklarına saygı çerçevesinde hastanelerde uygulanan elektro konvulsif tedavi alanında ilerleme kaydedilmiştir.

Bununla birlikte, *engelli kişiler kamu hizmetlerinden yeterince yararlanamamaktadır*. Bu durum büyük ölçüde mevcut hizmetler konusunda **bilgi sahibi olunmamasından** ve başta *fiziki engeller* olmak üzere hizmetlere erişimde yaşanan sorunlardan kaynaklanmaktadır. Engeli olan kişiler ile zihinsel engellilerin bakım koşulları konusunda *veri ve araştırma eksikliği*, bilgiye dayalı politika oluşturmayı engellemektedir. Toplum temelli hizmetler kurumsallaşmaya alternatif olarak yeterince gelişmemiştir ve *kaynaklar ihtiyaçlara göre sınırlı* kalmayı sürdürmektedir. Zihinsel sağlık hastaneleri ve rehabilitasyon merkezlerinde öteden beri yetersiz genel tıbbi bakım ve tedavi sorunu bulunmaktadır.” ⁸³

2008 İlerleme Raporu, ayrımcılığın önlenmesi alanında, daha ayrıntılı olarak değindiği “*cinsel yönelim*”e dayalı ayrımcılık sorununa, bu kez de önemli bir yer ayırmıştır. Anayasa ve yasalarda, dayandığı nedenler sınırlı olmaksızın yer alan ayrımcılık yasağına karşın, yasanın “cinsel yönelim” temeline dayalı ayrımcılıktan söz etmediğini, kapatılmasına karar verilen “*Lambda İstanbul*” davasının Danış-

⁸² Türkiye 2008 İlerleme Raporu, s. 20.

⁸³ a.k., s. 22.

tay'da incelenmekte olduğunu, uğradıkları cinsel saldırıların etkili biçimde soruşturulması gerektiğini belirtmiştir:

“Ayrımcılığın önlenmesi ilkesi Anayasa'da güvence altına alınmıştır ve bu ilke çeşitli kanunlarda da teyit edilmektedir. Türkiye'de yetişkinlerin kendi rızalarına dayanan homoseksüel ilişkilere izin verilmektedir. Son yıllarda, lezbiyen, eşcinsel, biseksüel ve transseksüel topluluklara ait dernekler (LGBT), Türkiye'de yasal statüye sahip olmak için başvurmuş ve İçişleri Bakanlığı'nın bu derneklerin kapatılması talebi üzerine, savcılar dava açmayı reddetmiştir. Bu durum, lezbiyen, eşcinsel, biseksüel ve transseksüellerin haklarını savunmaya başlamalarına imkan sağlamıştır.

Ancak kanun, cinsel tercih gibi, ayrımcılığın tüm temellerinden gerektiği gibi söz etmemektedir ve “alenen teşhircilik” ve “genel ahlaka karşı işlenen suçlar” hakkındaki Türk Ceza Kanunu hükümleri zaman zaman LGBT'ye karşı ayrımcılık yapmak amacıyla kullanılmaktadır. Mayıs 2008'de İstanbul Valiliği'nin itirazı üzerine, İstanbul'da bir mahkeme, tüzüğünün genel ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi nedeniyle “Lambda İstanbul”un kapatılmasına karar vermiştir. Bu davada Danıştay'a (the Council of State) temyiz başvurusunda bulunulmuştur.⁸⁴

Eşcinsellerin askerlik hizmetinden muaf tutulma hakları bulunmaktadır. Böyle bir muafiyet talep etmeleri halinde bu kişilerin cinsel tercihle-

84 2008 İlerleme Raporu'nda sözü edilen bu dava, “*Lambda İstanbul Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti, Transeksüel Kadın ve Erkekler Arası Dayanışma Derneği*”nin, Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 29 Mayıs 2008 tarihli kararıyla (Esas No: 2007 / 190, Karar No: 2008/236) kapatılmasına ilişkindir.

Mahkeme, bu derneğin feshi istemiyle, “adının ve amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle ve Türk Medeni Kanunu'nun 60. maddesi hükmüne göre açıl(an)” davayı kabul etmiştir.

Yapılan temyiz başvurusu üzerine, (İR'de belirtildiği gibi Danıştay değil) Yargıtay 7. **Hukuk Dairesi**, derneğin feshi kararını oybirliğiyle bozmuştur. 7. HD, 25 Kasım 2008 tarihli bozma kararında (Esas No: 2008/4109, Karar No: 2008/5196); Anayasa'nın madde 90/son fıkra kuralıyla, “kişi hak ve özgürlükleri yönünden uluslararası sözleşmelerin kanunlardan önce uygulanmasına imkan tanınmış” olduğunu belirttiği onayladığımız sözleşmelerden kimilerinin dernek özgürlüğü ile ilgili maddelerini (İHEB, m. 20; KSHUS, m. 22; İHAS, m. 11 ve 14) ve bunlardan yalnızca İHAS'ın ayrımcılık yasağına ilişkin maddesini aktarmıştır. Oysa, gerek İHEB'te ve gerekse onayladığımız KSHUS'de ve ESKHUS'de de, ayrımcılık yasağı ve yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesi tanınıp düzenlenmiştir. 7. HD, davayla ilgili iç hukuk kaynakları olarak da, Anayasa'nın (m. 10, 33 ve 90/son), Medeni Yasa'nın (m. 56-60 ve 89) ve Dernekler Yasası'nın (m. 3, 28, 30, 13 ve 36) belirtilen ilgili kurallarını anımsatmıştır. Dernek tüzüğünün 1. ve 2. maddeleri çerçevesinde, derneğin adının ve amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığını inceleyen 7. HD, “davalı derneğin adının ve adını oluşturan sözcüklerin kullanılmasını yasaklayan başka (MK ve DK'dan başka) bir kanun hükmü de bulunma(dığını)” saptayarak, kamu adına açılan bu davada, aşağıdaki haklı gerekçelerle bozma kararı vermiştir:

ri aşağılayıcı tıbbi ve psikolojik testler ya da eşcinselliğin kanıtlanması istenerek teyit edilmektedir.

Transseksüeller, polis tarafından da olmak üzere, bazen cinsel saldırılara maruz kalmaktadır. Homofobi aynı zamanda fiziksel ve cinsel şiddet vakalarıyla da sonuçlanmıştır. Bu iddiaların ivedi ve etkili olarak soruşturulması gerekmektedir.”⁸⁵

2008 İlerleme Raporu'nun “*sosyal politika ve istihdam*” başlıklı bölümünde; sosyal politikanın çeşitli alanlarındaki ilerlemeler ve sürmekte olan sorunlar değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, örneğin iş hukuku alanında ilerleme olmadığı ve Türkiye'nin çalışma hukuku alanında hazır olmadığı; sınırlı ilerlemelerin olduğu sosyal diyalog [sendikal haklar] konusunda da Türkiye'nin hazır olmadığı; yine sınırlı ilerlemelerin gerçekleştiği istihdam alanında ise sorunların sürdüğü; sosyal içme ve sosyal koruma alanlarında da sınırlı ilerlemeler olduğu belirtilmiştir. Rapor,

“Mahkeme hükmünün gerekçesinde derneğin adının ve amaçlarının kanuna ve ahlaka aykırı olduğu belirtilmiş ise de, *cinsel kimlik veya yönelim kişilerin kendi istemleri ile seçtikleri bir olgu olmayıp, doğuştan veya yetiştiriliş tarzından kaynaklanan ve kişilerin istemeyerek karşı karşıya kaldığı bir olgudur. (...) Kişilerin kendi istemi dışında gerçekleşen böyle bir cinsel yönelime sahip olması ya da bu gibi kişileri tanımlayan sözcüklerin kullanılması ahlaksızlık olarak nitelendirilemeyeceği gibi, kanunlarımızda da yasaklanmamıştır. Hal böyle olunca derneğin adında ve tüzüğünde lezbien, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel sözcüklerinin kullanılmış olmasının hukuka ve ahlaka aykırılığından söz edilemez. (...)*

Davalı derneğin tüzüğündeki amaçlarının açıklandığı 2 ve bu amaçların gerçekleştirilmesi için yapılacak çalışmaların açıklandığı 3. maddesi hükmü birlikte incelenip değerlendirildiğinde; derneğin amacının genel olarak lezbien, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişiler arasındaki birlik ve dayanışmanın güçlendirilmesi, bunların *toplumun bir parçası* olarak var olduklarının kanıtlanması, *toplumda özgürlükçü bir ortamın oluşturulması*, bu ortamda lezbien, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerin de *kendilerini ifade etmelerinin sağlanması*, bu kişiler hakkında toplumda oluşan yanlış bilgi ve kanaatlerin düzeltilmesi, *toplum dışına itilmelerinin önlenmesi ve bu konudaki ayrımcılığa son verilerek toplumla bütünleşmelerinin sağlanması* olduğu anlaşılmaktadır. (...) Anılan maddelerde hiçbir şekilde lezbien, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel yaşamı teşvik ve özendirmeden ve bu cinsel yönelimlerin yaygınlaştırılmasından söz edilmemektedir. (...) Hal böyle olunca davalı derneğin amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olduğundan da söz edilemez.”

7. Hukuk Dairesi, doğal olarak, davanın “*Lambdaİstanbul LGBTT Dayanışma Derneği*”nin kapatılmasına ilişkin olması nedeniyle, sorunu örgütlenme hakkı açısından incelemiş, “cinsel yönelim”e dayalı ayrımcılık yönünden doğrudan ve açık bir değerlendirme yapmamıştır. Oysa, söz konusu derneğe yönelik kapatma davasının özünde cinsel yönelime dayalı bir ayrımcılık ve bu nedenle de örgütlenme hakkının yasaklanması sorunu vardır. Kanımca, kapatma kararının bozulması için yeterli hukuksal gerekçenin bulunmasına karşın, dernek özgürlüğü hakkına yönelik bu engellenmenin, onayladığımız sözleşmelerde ve Anayasa’da güvenceye bağlanan “ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesi” ve daha somut olarak cinsel yönelime dayalı ayrımcılık yasağı açısından da değerlendirilmesi gerekirdi. Bununla birlikte, 7. HD'nin, “toplum genelinde ahlaksızlık olarak nitelenen old(g)u(nun)” söz konusu cinsel yönelimler ve bunlara ilişkin sözcüklerin kullanılması olmadığını belirtirken ve özellikle de derneğin amaçlarında altını çizdiğim noktalara dikkat çekerken, örtük biçimde ayrımcılık karşıtı bir yaklaşım benimsediği de söylenebilir.

ayrımcılıkla savaşım ve fırsat eşitliği konusundaki ilerlemelerin de “sınırlı” olduğunu, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının tanımlanmadığını, 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelere uyumun tamamlanmadığını ve bağımsız ve etkili bir eşitlik kurumu oluşturulmasına gereksinim bulunduğunu yinelemiştir:

“Ayrımcılıkla mücadele ve eşit fırsatlar konusunda ise, sınırlı ilerleme kaydedilmiştir. Kadınların istihdam oranları ve eğitime erişim imkanları, AB üyeleri ve OECD ülkeleri arasında en düşük düzeydedir. 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 müktesebatın aktarılması henüz tamamlanmamıştır. Ayrımcılığın önlenmesi ve eşit muamelenin teşviki için, etkin ve bağımsız bir “Eşitlik Kurumu”nun tesis edilmesine halen ihtiyaç duyulmaktadır (Bkz. *Ekonomik ve sosyal haklar*). Ayrımcılıkla mücadele alanındaki hazırlıklar halen erken bir aşamadır.”⁸⁶

Böylece Komisyon’un 1998’den itibaren hazırladığı İlerleme Raporlarının onbirincisinde, bir yandan ayrımcılık yasaklı eşit işlem ve fırsat eşitliği ilkelerini güvenceye alan yönergelere uyumun “sınırlı” olduğu yinelenirken, öte yandan eksikleri olan düzenlemelerin uygulanmasını sağlamaya yönelik önlemler alınmasında da sorunlar bulunduğu vurgulanmaktadır.

II. KATILIM ORTAKLIĞI BELGELERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

Avrupa Birliği müktesebatı içinde yer alan belgeler arasında, Konsey’in 2001, 2003, 2006 ve 2008 yıllarında kabul ettiği kararlarına eklenen, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi konusunda çok ayrıntılı kurallar içermeyen “katılım ortaklığı belgeleri” de bulunmaktadır. Konsey kararlarının Ek’inde yer alan ve kararın bir parçası olan “Katılım İçin Ortaklık” başlıklı belgeler, Komisyon’un tavsiyesi üzerine, genellikle iki yılda bir gözden geçirilmiş ve dördüncü gözden geçirilmiş belge, AB Resmi Gazetesi’nde yayımlandıktan sonra, 2008 Martı başlarında yürürlüğe girmiştir.

Konsey, katılım ortaklığı belgelerine ilişkin kararlarını, 26 Şubat 2001 tarihli ve 390/2001 sayılı tüzüğe dayanarak almıştır. Bu kararlarda, katılım (üyelik) için gerekli ilke, öncelik ve ara hedefler ile koşulları belirlemiştir. Birinci KOB’a ilişkin kararında, bunların gerçekleştirilmesi amacıyla takvimli bir *ulusal program* hazırlanmasını öngörmüştür.

Konsey kararlarında, katılım ortaklığı belgelerinin, bir öncekini güncelleştirmek ve yeni öncelikli alanları belirlemek amacıyla düzenli olarak gözden geçirile-

⁸⁶ a.k., s. 63.

ceği ve kararın ayrılmaz parçasını oluşturduğu, her seferinde yinelenmiştir. Katılım ortaklığının uygulamaya konulmasının; 2008/157 sayılı Konsey kararında olduğu gibi, Komisyon'ca sunulacak yıllık raporlar (İlerleme Raporları) temelinde, Ortaklık Anlaşması'nca kurulan organlar ile Konsey'ce incelenip izleneceği de belirtilmiştir.

Yine, 2008/157 sayılı kararda belirtildiği gibi, Türkiye'nin projelerin finanse edilmesi için sağlanan Topluluk yardımından yararlanabilmesi kimi koşullara bağlanmıştır. Bunlar; Türkiye'nin, Avrupa Topluluğu-Türkiye anlaşmaları çerçevesinde üstlendiği yükümlülüklerine, özellikle gümrük birliğine ilişkin 1/95 sayılı karar ve başka kararlara uyması, Kopenhag ölçütlerine gerçekten uymak için yeni somut ilerlemeler gerçekleştirmiş olmasıdır. Konsey, genel koşullara saygı gösterilmemesi durumunda, 2500/2001 sayılı tüzüğü yada 1085/2006 sayılı tüzüğü (m. 21) gereğince, mali yardımı kesebilecektir. ⁸⁷

1. 2001 Katılım İçin Ortaklık Belgesi ve Ayrımcılık Yasağı

Konsey, önadaylık stratejisi çerçevesinde Türkiye'ye yardım konusundaki 390/2001 sayılı tüzüğe ⁸⁸ dayanarak kabul ettiği 8 Mart 2001 tarihli kararında;⁸⁹ Avrupa Konseyi'nin 1999 Helsinki doruğu kararı ile tüzüğün 2. maddesini göz önüne aldığını ve Topluluk yardımının kimi temel öğelere, özellikle 1993'te Kopenhag doruğunda belirlenen *siyasal ve ekonomik ölçütlere uyum* sağlamak amacıyla gerçekleştirilmiş ilerlemelere bağlı olduğunu, bu öğelerden birinin eksik olması durumunda Konsey'in, Komisyon'un önerisi üzerine, önadaylık yardımıyla ilgili olarak uygun önlemleri alabileceğini öngörmüştür.

Önadaylığın hazırlanması çerçevesinde Türkiye'nin müktesebatın kabul edilmesiyle ilgili bir *ulusal program* hazırlaması ve bu programın, katılım için ortaklığın öncelik ve ara hedeflerinin gerçekleştirilmesi amacıyla bir takvim içermesi gerektiğini belirten Konsey, "*Türkiye'nin Katılımı İçin Ortaklık İlkeleri, Öncelikleri, Ara Hedefleri ve Koşulları*"nı, kararının ayrılmaz parçasını oluşturan Ekte, kısa ve orta dönemler için belirlemiştir. Kararda; her aday devlet için sayılan öncelikli temel alanların, adayın Kopenhag ölçütlerinden doğan yükümlülüklerini üstlenme yeteneğine bağlı olduğu ve Lüksemburg doruğunda da, yasal planda

⁸⁷ Décision du Conseil du 18 février 2008 relative aux principes, aux priorités et aux conditions du partenariat pour l'adhésion de la République de Turquie et abrogeant la décision 2006/35/CE (2008 / 157/ CE), **Journal Officiel de l'Union européenne**, 26.02.2008, s. L. 51/18.

⁸⁸ Règlement (CE) No 390 / 2001 du Conseil du 26 février 2001, **JOCE**, L 58, 28.02.2001, s. 1-2.

⁸⁹ Décision du Conseil du 8 mars 2001 concernant les principes, priorités, objectifs intermédiaires et conditions du partenariat pour l'adhésion de la Turquie (2001 / 235/ CE), **Journal Officiel des Communautés européennes**, 24.3.2001, s. L. 85/13-23.

Bakanlar Kurulu'nun 19 Mart 2001 tarihli kararıyla kabul ettiği 2001/235 sayılı KOB'un Türkçe metni için bkz.: **Resmi Gazete**, 24 Mart 2001, Sayı: 24352 (Mükerrer).

müktesebatın aktarılmasının zorunlu olduğu, ancak *etkin uygulamayı* da üstlenmek gerektiğinden bunun yeterli olmadığı, “ilkeler” arasında belirtilmiştir.

“Türkiye: Katılım İçin Ortaklık 2000” başlıklı Ekte, ⁹⁰ “**kısa dönem 2001**” için, onbir maddede sıralanan “Öncelikler ve Ara Hedefler” arasında, “*güçlendirilmiş siyasal diyalog ve siyasal ölçütler*” alt başlığında ayrımcılıkla doğrudan ilgili olan herhangi bir öncelik ve ara hedefe yer verilmemiştir.

Yine, 2001 sonuna değin uzanan bir zaman kesitini kapsayan “kısa dönem 2001” için, “*istihdam ve sosyal politika*” başlıklı bölümde, ayrımcılık yasağı ve eşit işlem (eşit davranma) ilkesiyle doğrudan ilgili bir öncelik de yer almamaktadır. Ancak kanımca, bu konuyu da kapsayan genel nitelikli bir öncelik olarak “müktesebata uyum için ayrıntılı bir strateji ve programın kabul edilmesi”ne yer verilmiştir.

Birinci katılım ortaklığı belgesinin, 2001’den başlayarak ele alınması öngörülen “**orta dönem**” öncelik ve ara hedefleri arasında, yine “*güçlendirilmiş siyasal diyalog ve siyasal ölçütler*” alt başlığında, ayrımcılıkla ilgili şu iki öncelik ⁹¹ bulunmaktadır:

- “Tüm bireylerin; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal görüşler, felsefi yada dinsel inançlar temellerine dayanan **ayrımcılık gözetilmeksizin** ve ayırım yapılmaksızın, *temel özgürlüklerden ve insan haklarından tam olarak yararlanması*”;
- “Kökenleri ne olursa olsun, tüm *yurттаşlar* için kültürel hakların ve çeşitliliğin güvenceye bağlanması. Özellikle *eğitim alanında*, bu haklardan yararlanmayı engelleyen her türlü kuralın kaldırılması gerekir.”

Bu önceliklerden birincisi, insan haklarından yararlanmada ayrımcılık yapılmasını öngörmektedir. Sayılan nedenler, “özellikle” yada “başka” denilmediği için sınırlıdır ve özellikle 2000 yönergelerine oranla çok yetersizdir. Örneğin, “uyrukluk”, “yaş”, “engel” ve “cinsel yönelim” gibi açıkça öngörülmesi istenen ay-

⁹⁰ Katılım ortaklığına ilişkin Konsey kararlarının tarihi ile Ekindeki KOB’ta yer alan tarihler arasında kimi tutarsızlıklar vardır. İlk KOB’a ilişkin Konsey kararı 8 Mart 2001 tarihli iken, Ekteki KOB 2000 tarihlidir. 2003 KOB’u için böyle bir tutarsızlık yoktur. Buna karşılık, 2005 ve 2007 KOB’ları için de benzer bir tutarsızlık vardır ve Konsey kararları, sırasıyla 23 Ocak 2006 ve 18 Şubat 2008 tarihlidir.

Bu durumda, KOB tarihleri için, Konsey kararındaki tarihin mi, yoksa karar Ekindeki KOB’un başlığında belirtilen tarihin mi temel alınacağı sorusu önem kazanmaktadır. Ben, Konsey kararını temel almayı yeğledim.

⁹¹ Bu iki önceliğe, ayrımcılık yasağı ve hukuk önünde eşitlik ilkesi konusunda kuralları bulunan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile seçmeli protokolünün onaylanması isteğini de eklemek gerekir.

rımcılık nedenlerini kapsamamaktadır. Öte yandan, bu nedenlerin 2000 yönergelerindeki ayrımcılık nedenlerinin ardarda sıralanmasından oluşmadığı da açıktır. Kanımca birinci öncelikte, ayrımcılık nedenlerinin hak ve özgürlüklerden yararlanmayla bağlantısı çerçevesinde sayılmış olması göz önüne alındığında, İHAS'ın 14. maddesinden esinlendiği söylenebilir. Kuşkusuz, “tüm bireyler”, işçileri ve kamu görevlilerini de kapsamaktadır. Konu yada alan yönünden bir sınırlama getirilmediği için, ayrımcılık yapmaksızın insan haklarından yararlanma, ekonomik ve sosyal haklar için de söz konusudur.

İkinci öncelikte ise, kültürel haklardan ve özellikle eğitim hakkından yararlanmada yurttaşlar arasında (etnik yada ulusal) kökene dayalı ayrımcılık yapılmaması özel olarak belirtilmiştir.

“Orta dönem” için, “*istihdam ve sosyal politika*” başlıklı bölümde ise, hem kadınlara karşı ve hem de genel olarak her türlü ayrımcılığın kaldırılması öngörülmüş; fırsat eşitliğinin, müktesebatın aktarılacağı sosyal politika alanlarından biri olduğu ayrıca belirtilmiştir:

- “*Kadınlar* hakkında her türlü ayrımcılığın ve cinsiyet, ırk yada etnik köken, din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temellerine dayanan her türlü ayrımcılığın kaldırılması”;
- AB mevzuatının; iş hukuku, ***erkekler ve kadınlar arasında fırsat eşitliği***, iş sağlığı ve güvenliği, kamu sağlığı alanında aktarılması, ilgili yönetsel yapıların ve sosyal güvenliğin eşgüdümü için gerekli yapıların güçlendirilmesi.”

Görüldüğü gibi, “*orta dönem*”e yönelik ayrımcılıkla ilgili öncelikler yönünden “*siyasal ölçütler*” ve “*sosyal politika*” başlıklarında belirtilenler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Birinci öncelikte, “kadınlar”ın, tüm ayrımcılık biçimlerine karşı korunacağı ve bu korumanın da, sayılan -ancak sınırlı olmadığı belirtilmeyen- nedenlere dayalı tüm ayrımcılık biçimlerini kapsayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla, hak öznelerine ilişkin birinci farklılık, ayrımcılığın kaldırılmasının sırasıyla “*tüm bireyler*” ve “*kadınlar*” için öngörülmüş olmasındadır. Ayrımcılığın dayandığı nedenlerle ilgili olan ikinci farklılık ise, kadınlara yönelik ayrımcılık konusunda, 2000/78 sayılı yönergedeki (m. 1) “*yaş, engel ve cinsel yönelim*” nedenlerinin açıkça belirtilmiş olmasıdır. Ayrıca, kadınlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması önceliğinde, korumanın “her türlü ayrımcılığı” kapsamaması öngörülmüştür. Kanımca, gerek hak özneleri ve gerekse ayrımcılık nedenleri yönünden “siyasal ölçütler” ile “sosyal politika” alanlarında öngörülen bu farklılıkların yasal bir dayanağı bulunmadığı gibi, inandırıcı bir gerekçesi de olamaz. Yaş, engel yada cinsel yönelim temellerine dayalı her türlü ayrımcılığa karşı korumanın “kadınlar” ile sınırlı olmaksızın “tüm bireyleri” kapsamaması gerekir.

2001 KOB'unda, Avrupa Birliği düzenlemelerinin (müktesebatın) iç hukuka aktarılmasının öngörüldüğü sosyal politika alanları arasında “kadınlar ve erkekler arasında eşitlik” de ayrıca sayılmıştır.

2. 2003 Katılım İçin Ortaklık Belgesi ve Ayrımcılık Yasağı

Konsey, 26 Şubat 2001 tarih ve 390/2001 sayılı tüzüğe dayanarak aldığı 2003/398 sayılı ve 19 Mayıs 2003 tarihli kararında;⁹² 2001/235 sayılı kararında da olduğu gibi, Kopenhag Avrupa Konseyi'nin 1999'da Helsinki'de alınan Türkiye'nin “aday üye” olduğu konusundaki kararı göz önünde bulundurduğunu ve Topluluk yardımının, Kopenhag ölçütlerine uyum sağlamak amacıyla gerçekleştirilmiş ilerlemelere bağlı olduğunu ve Komisyon'un 2002 İlerleme Raporu'nda bir dizi öncelikli eylem alanını saydığını belirttikten sonra, “Türkiye'nin Katılımı İçin Ortaklık İlkeleri, Öncelikleri, Ara Hedefleri ve Koşulları”nı, kararın ayrılmaz parçasını oluşturduğunu yinelediği (m. 1) Ekte ortaya koymuştur.

“Türkiye: Katılım İçin Ortaklık 2003” başlıklı Ekte, “**güçlendirilmiş siyasal diyalog ve siyasal ölçütler**” alt başlığında yer alan ve 2001'e oranla daha ayrıntılı olan “Öncelikler (2003/2004)” arasında, genel olarak -Konsey kararı tarihinde henüz onaylanmayan- BM ikiz sözleşmeleri ile -KSHUS'ye ilişkin seçmeli protokolün onaylanması, ayrıca İHAS'a ve İHAM kararlarına uyulması yinelenmiştir.

Yine, 2001'de öngörüldüğü gibi -ancak kısa yada orta dönem önceliği ayrımı yapılmaksızın- “tüm bireyler”e yönelik olarak ayrımcılık gözetilmeksizin insan haklarından eksiksiz olarak yararlanmalarının sağlanması yükümlülüğünün çerçevesini genişleten bir anlatımla şöyle yer verilmiştir:

“Hukuksal planda ve uygulamada, tüm bireyler için; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal görüşler, din yada inançlar temeline dayanan ayırım ve / yada fark gözetmeksizin, Türkiye'nin katıldığı uluslararası ve Avrupa belgelerine uygun olarak insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanmanın güvenceye bağlanması.”

Hemen altını çizmek gerekir ki, ayrımcılık yasağı ile insan haklarından yararlanma arasındaki bağlantıyı vurgulayan bu öncelik, ilk olarak, söz konusu yararlanmanın aynı zamanda hukuk ve uygulama boyutlarıyla güvenceye bağlanmasının da altını çizmektedir. İkinci ve daha önemli nokta ise, söz konusu “tam” yararlanmanın uluslararası hukuk alanındaki çerçevesini, Türkiye'nin onayladığı böl-

⁹² Décision du Conseil du 19 mai 2003 concernant les principes, priorités, objectifs intermédiaires et conditions du partenariat pour l'adhésion de la Turquie (2003 / 398/ CE), **Journal Officiel des Communautés européennes**, 12.6.2003, s. L. 145/40-56. Ayrıca bkz.: Devlet Planlama Teşkilatı, Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesi (14 Nisan 2003 Tarihinde AB Konseyi Tarafından Kabul Edilen Nihai Metin), Ankara, Nisan 2003.

gesel (Avrupa) ve evrensel ölçekli tüm sözleşmelerin oluşturduğunun belirtilmiş olmasıdır. Bu yaklaşım, ayrımcılık yasağı konusunda uyumun hukuksal çerçevesinin AB hukuk ve müktesebatını aştığını ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle, onaylanan sözleşmeler, bu yoldan AB hukuk ve müktesebatına da katılmış olmaktadır.

Kuşkusuz, eşitlik ilkesine yada ayrımcılık yasaklı eşitliğe yer veren evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası, daha doğrusu “ulusalüstü” sözleşmeler arasında, örneğin, hem BM’in ikiz sözleşmeleri, hem Avrupa Konseyi’nin İHAS ve ASŞ’si ve hem de UÇÖ’nün 100 ve 111 sayılı sözleşmeleri bulunmaktadır. Ayrım ve / yada fark gözetmenin dayandığı nedenleri de benzer biçimde yineleyen 2003 KOB’unda da, 2001’de olduğu gibi, 2000 yönergelerinde sayılan kimi ayrımcılık nedenleri (yaş, cinsel yönelim) sayılmamıştır. Ayrıca, ayrımcılığın dayandırılacağı nedenlerin sınırlı olmadığını gösteren bir anlatıma da yer verilmemiştir. Oysa, KOB’un göndermede bulunduğu sözleşmeler, yasakladıkları ayrımcılık nedenlerini tüketici olmaksızın saymışlardır. Dolayısıyla, sayılmayan bu nedenlere dayalı ayrımcılıklar da, sağlanması öngörülen koruma kapsamındadır.

“Tüm bireyler için, kökenleri ne olursa olsun kültürel hakların ve çeşitliliğin güvenceye alınması”nı yineleyen 2003 KOB’unda, “**sosyal politika ve istihdam**” başlığı altında “*kısa dönem*”li⁹³ altı önceliğin ilk sırasında, müktesebatın iç hukuka aktarılacağı sosyal politika alanlarını sayan bir program kabul edilmesi öngörülmüş ve bunlar arasında cinsiyetlerarası fırsat eşitliğine ve ayrımcılık yasağına da yer verilmiştir:

“Müktesebatın; iş hukuku, *kadınlar ve erkekler arasında fırsat eşitliği*, iş yerinde sağlık ve güvenlik, *ayrımcılığa karşı savaşım* ve kamu sağlığı alanlarında (iç hukuka) aktarılması programı kabul etmek.”

2003 KOB’unda, “*orta dönem*”li önceliklerin üyelikten doğan yükümlülükleri üstlenme yeteneğinin sektörler temelinde belirtildiği bölümünün “*sosyal politika ve istihdam*” başlığında, müktesebatın aktarılmasına ilişkin kısa dönemli öncelik, fırsat eşitliği ve ayrımcılığa karşı savaşımı da kapsar biçimde şöyle yinelenmiştir:

“Avrupa Birliği düzenlemelerini (müktesebatı); iş hukuku, *erkekler ve kadınlar arasında fırsat eşitliği*, işyerinde sağlık ve güvenlik, kamu sağlığı, özellikle bulaşıcı hastalıkların gözetim ve denetim sistemi ve *ayrımcılığa karşı savaşım* alanlarında *iç hukuka aktarmak ve işlerliğe geçirmek*; yönetsel yapıları, özellikle iş teftişi hizmetlerini güçlendirmek.”

93 2003 Ulusal Programı’nda yapılan açıklamaya göre, “kısa vade” 2003/2004 yılları, “orta vade” ise 2005 yılı sonu anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır” (Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı**, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, 2003, s. x).

2001 KOB'unda da yer alan bu "orta dönem"li öncelik, ilk KOB'tan farklı olarak, tek maddeyle belirtilmiştir. Ayrımcılığın kaldırılmasına yapılan vurgu, 2003 KOB'unda müktesebatın aktarılmasına ve işlerliğe geçirilmesine dönüşmüş, dolaşısıyla daha somut bir içerik kazanmıştır. Ancak, müktesebatın aktarılacağı sosyal politika alanlarında bir değişiklik yoktur.

Kanımcıca, burada açıkça belirtilmeyen AB düzenlemelerinin başında, eşitlik ve ayrımcılık yasağı açısından 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler bulunmaktadır. Öte yandan, söz konusu olan salt müktesebatın aktarılması değil, aynı zamanda aktarılacak müktesebatın uygulamada eylemli olarak gerçekleştirilmesidir.

"Orta dönem"de gerçekleştirilmesi öngörülen yukarıdaki öncelik konusunda şu saptama da yapılmalıdır: "Siyasal ölçütler"de, onaylanan -insan haklarıyla ilgili- tüm sözleşmelere uyum sağlanması istenirken, "sosyal politika" alanında uyum için müktesebatla yetinilmiştir. Oysa, insan haklarının bütünlüğü ve bölünmezliği ilkeleri gibi, insan haklarına uyumda da aynı ilkeler geçerli olmak zorundadır. Eşitlik ve ayrımcılık yasağı, hak ve özgürlüklerden yararlanmada uygulanacağından, onaylanan insan hakları sözleşmeleri "siyasal ölçütler"de olduğu kadar "sosyal politika" alanında da göz önüne alınmalıdır. Onaylanan sözleşmeler arasında sosyal haklarla ilgili olanlar da bulunduğundan, yukarıdaki orta dönemli önceliklerle ilgili olarak onayladığımız sözleşmelere göndermede bulunulmamış olması bir tutarsızlıktır ve "uyumun bölünmezliği" ile bağdaşmamaktadır.

3. 2006 Katılım İçin Ortaklık Belgesi ve Ayrımcılık Yasağı

Türkiye'nin AB'ye üyeliği için hazırlanan gözden geçirilmiş 2003 ikinci katılım ortaklığı belgesi, Konsey'in, Komisyon'un önerisi üzerine,⁹⁴ 390/2001 sayılı tüzüğe dayanarak kabul ettiği 23 Ocak 2006 tarihli ve 2006/35 sayılı kararla,⁹⁵ yeniden gözden geçirilmiştir.

2006/35 sayılı kararında Konsey; Avrupa Birliği'nin, siyasal reformlar alanında tamamlanan ilerlemeleri dikkatle izlemesi gerektiğini vurgulamış; 3 Ekim 2005'te başlayan AB'ye üyelik görüşmelerinde ilerlemenin, Türkiye'nin üyeliğe hazırlanmasında gerçekleştireceği ilerlemelere dayanacağını ve bu ilerlemelerin de, düzenli olarak gözden geçirilecek (güncellenecek) katılım ortaklığının (belgedeki kısa ve orta dönemli önceliklerin) uygulamaya konulmasına göre değerlendirileceğini belirtmiştir. Türkiye'nin üyeliğini hazırlamak amacıyla, içinde 2006 katılım ortaklığının önceliklerini somutlaştırma olanağı veren özgül (somut) önlemlerin ve takvimin yer aldığı bir plan hazırlaması gerektiğini de yinelemiştir.

Konsey kararının ayrılmaz parçası olan "**Türkiye: Katılım İçin Ortaklık 2005**" başlıklı EK'te, önceki KOB'larda olduğu gibi, bir yada iki yılı kapsayan

⁹⁴ CEE, Proposition de décision du Conseil, 9 novembre 2005, COM (2005) 559, SEC (2005) 1426.

⁹⁵ CEE, Décision du Conseil du 23 janvier 2006, 2006 / 35, CE, JOUE, L 22, s. 34-50.

“kısa erimli” ve üç yada dört yılı kapsayan “orta erimli” öncelikler sıralanmıştır. Bu yapılırken de, ülkenin bu öncelikleri tam olarak yada geniş ölçüde gelecek yıllar (belirtilen bu süreler) içinde gerçekleştirmesini beklemenin gerçekçi olduğu ilkesinden yola çıkılmıştır.

Ayrımcılık yasağı konusunda; öncelikleri, “**insan hakları ve azınlıkların korunması**” başlığının “insan hakları alanında uluslararası mevzuata (hukuka) saygı” alt başlığında, kısa dönemli şu iki önceliğe yer verilmiştir:

- Yasal (hukuksal) planda ve uygulamada, *tüm bireylerin* dil, siyasal görüşler, ırk, cinsiyet, ırksal yada etnik köken, din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temellerine dayanan ayrımcılık ve / veya fark gözetmeksizin insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanmasını güvenceye bağlamak;
- Ayrımcılığın kamu yetkililerince genel olarak yasaklanmasıyla ilgili İHAS’a ek 12 sayılı protokolü onaylamak.

İnsan haklarından “tam olarak” yararlanmada ayrımcılık yapılmamasının hukuk ve uygulama boyutlarıyla güvenceye bağlanması, nedenler yönünden 2003 KOB’una oranla genişletilmiştir. 2003’te sayılmayan engel, yaş ve cinsel yönelim de, 2000/43 ve 2000/78 yönergelerine uygun olarak, ancak gecikmeli biçimde açıkça belirtilmiştir. Bu öncelik konusunda altı çizilmesi gereken nokta, 2003 KOB’undaki onayladığımız uluslararası sözleşmelere yapılan göndermenin yinelenmemiş olmasıdır. Birkaç yeni neden eklenerek ve uygulama boyutu katılarak, 2001 KOB’undaki anlatıma geri dönmüş olmasıdır.

İHAS’a Ek 12 sayılı protokolün onaylanması isteği ile ilgili ikinci öncelikte, Şubat 2009 itibarıyla da onaylanmamış olan bu protokolün, sözleşmenin 14. maddesine oranla yenilik oluşturan kamu yetkililerinin ayrımcı işlem ve eylemlerine karşı koruma sağlayan 2. fıkrasına yollama yapılmıştır.⁹⁶

Kısa dönemli önceliklerden, İlerleme Raporlarında da sürekli değinilen ve ayrımcılıkla da yakından ilgisi bulunan kadın haklarıyla ilgili önceliklere, “*ekonomik, sosyal ve kültürel haklar*” alt başlığında üç ayrı şıkta şöyle yer verilmiştir:

- Kadın haklarına ilişkin mevzuatı, özellikle Medeni Yasa’yı, yeni Ceza Yasası’nı ve ailenin korunması yasasını işlerliğe geçirmek (uygulamaya koymak);
- Namus adına işlenen suçları da kapsamak üzere, kadınlara yönelik tüm şiddet biçimlerine karşı savaşıma amaçlayan önlemler almayı sürdürmek ve tüm büyük belediyelerde, yürürlükteki mevzuata uygun

⁹⁶ Bu konuda bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 273-275.

olarak, şiddet mağduru olma tehlikesiyle karşı karşıya olan kadınlar için sığınma evleri açmak;

- Kadınların toplumdaki rolünü, özellikle eğitimlerini ve emek piyasası ile ekonomik ve sosyal yaşama katılımlarını özendirmeyi sürdürmek ve bu hedeflere erişmek için kadın örgütlerinin gelişmesini desteklemek.

4857 sayılı yasanın yürürlükte olmasına ve İlerleme Raporlarında uyum yönünden giderilmesi gereken kimi eksiklikler bulunduğu yinelenmesine karşın, 2006 KOB’unda bu konuda hiçbir önceliğe yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

“Katılmadan (üyelikten) doğan yükümlülükleri üstlenme yeteneği” başlığının “sosyal politika ve istihdam” alt başlığında; ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusunda kısa erimli bir önceliğe yer verilmemiştir. Ancak bu konuyu da kapsadığını düşündüğüm genel nitelikli şu öncelik, bu başlıkta yer almıştır:

- “Bu alandaki müktesebatın aktarılmasına katılan tüm kuruluşların kapasitesini güçlendirmek.”

Orta erimli öncelikler, yalnızca “sosyal politika ve istihdam” alt başlığında yer almaktadır. Ancak bunların arasında da, kısa dönem için olduğu gibi, ayrımcılık yada eşitlik ile ilgili olan öncelik yoktur. Bununla birlikte, “müktesebatın aktarılmasını tamamlamak ve yönetsel yapıları güçlendirmek” ile “sosyal politika ve istihdam politikası alanında müktesebatın uygulanması ve işlerliğe konulmasını sağlamak” öncelikleri, İlerleme Raporlarında da vurgulandığı gibi, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesini de kapsamaktadır.

2005’te ilk kez katılım ortaklığı belgesine yazılan -kanımca çok önemli- bir öncelik ise, “ders program ve kitaplarının, ayırım gözetici dilin kaldırılmasına olanak vermek üzere, gözden geçirilmesi çabalarının artırılması”dır.

4. 2008 Katılım İçin Ortaklık Belgesi ve Ayrımcılık Yasağı

2007 İlerleme Raporu’nda belirtilen sonuçlar temelinde, öncelikli yeni alanları belirlemek amacıyla 2006 KOB’unun güncelleştirilmesinin uygun olacağını düşünen Konsey, Komisyon’un 9 Kasım 2005 tarihli önergesi üzerine, 18 Şubat 2008 tarihinde Türkiye için gözden geçirilmiş dördüncü katılım ortaklığı belgesini kabul etmiştir. Konsey, öncekiler gibi 390/2001 sayılı ve tarihli tüzüğüne dayanarak aldığı 2008/157/EC sayılı bu kararında,⁹⁷ önceki 2006/35 sayılı kararını ortadan kaldırmıştır.

⁹⁷ Décision du Conseil du 18 février 2008 relative aux principes, aux priorités et aux conditions du partenariat pour l’adhésion de la République de Turquie et abrogeant la décision 2006/35/CE (2008 / 157/ CE), JOUE, 26.02.2008, s. L. 51/4-18.

“Türkiye’nin Katılımı İçin Ortaklık 2007” başlıklı Ekte; Türkiye için sayılan başlıca önceliklerin, 1993 Kopenhag Avrupa Konseyi’nde belirlenen ölçütleri ve Konsey’in 3 Ekim 2005’te kabul ettiği görüşme (müzakere) çerçevesinin gereklilerini karşılama (yerine getirme) kapasitesiyle ilgili olduğunu anımsattıktan sonra, kısa ve orta dönemler için öncelikleri sıralanmıştır.

Bir yada iki yıl içinde tam olarak yada geniş ölçüde karşılanması beklenen *kısa dönemli öncelikler* bağlamında, “**insan hakları ve azınlıkların korunması**”nın “*ekonomik, sosyal ve kültürel haklar*” alt başlığında; “kadın hakları” ile “ayrımcılıklara karşı savaşım politikaları”nda ikişer önceliğe yer verilmiştir.

- Namus adına işlenmiş suçları da kapsamak üzere, kadın hakları ve kadınlar hakkında tüm şiddet biçimlerine karşı yasal düzenlemeler (mevzuat) ile ilgili olarak, yürürlükteki mevzuatı uygulamaya koymak için önlemler almayı sürdürmek. Yargıç ve savcılar, yasaları uygulamakla görevli organlar (görevliler), belediyeler ve başka sorumlu kuruluşlar için uzmanlaşmış *eğitim* sağlamak ve yürürlükteki mevzuata uygun olarak, tüm büyük belediyelerde, şiddet mağduru olma tehlikesiyle karşı karşıya olan kadınlar için *sığınma evleri* yapmaya yönelik çabaları güçlendirmek;
- Kamuoyunu ve özellikle erkekleri, cinsiyetlerin eşitliği sorunlarına karşı duyarlı kılmayı sürdürmek ve özellikle, *kadınların eğitime, emek piyasasına, siyasal ve sosyal yaşama girişte eşitlikten yararlanmalarına dikkat ederek, toplumdaki rollerini geliştirmek*. Bu hedeflere erişmek için kadın örgütlerinin gelişmesini desteklemek.”⁹⁸

“Ayrımcılıklara karşı savaşım politikaları” başlığındaki kısa dönemli öncelikler arasında, ikincisi ilk kez belirtilen ve birincisi de 2006 KOB’unda yer alan ve hatta belirttiğim kimi küçük eklemelerle 2001 KOB’undan beri yinelenegelen şu iki öncelik vardır:

- “Yasal (hukuksal) planda ve uygulamada, *tüm bireylerin*; dil, siyasal görüşler, cinsiyet, ırksal yada etnik köken, din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönelim temellerine dayanan ayrımcılık ve / veya fark gözetmeksizin insan haklarından ve temel özgürlüklerden *tam olarak yararlanmasını* güvenceye bağlamak;
- Ders program ve kitaplarını, *ayrımcı sözlerden (söylemlerden) ayıklayacak* biçimde gözden geçirmeyi amaçlayan çabaları güçlendirmek.”⁹⁹

⁹⁸ a.k., s. L 51/8-9.

⁹⁹ a.k., s. L 51/9.

Birinci öncelikte, 2003 KOB'unun "siyasal ölçütler" başlığındaki aynı önceliğinde yer alan "Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile Avrupa sözleşmelerine uygun olarak" biçiminde onayladığımız sözleşmelere ilk kez yapılan gönderme, 2006'da öncelik metninden çıkarılmış ve 2008 KOB'una da konulmamıştır.

2008 KOB'unda, üç yada dört yıl içinde gerçekleştirilmesi öngörülen orta dönemli öncelikler başlığında; "üyelikten doğan yükümlülükleri üstlenme yeteneği"nin "sosyal politika ve istihdam"ı kapsamak üzere hiçbir alt başlığında, ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusunda açık ve doğrudan bir öncelik yer almamıştır. Bununla birlikte, "müktesebatın aktarılmasının ve yönetsel yapıların ve bağlı birimlerin, özellikle iş teftişinin sosyal ortaklarla işbirliği yaparak güçlendirilmesinin sürdürülmesi" öngörülmüştür. Kanımca, burada yer alan "müktesebatı iç hukuka aktarma" önceliği, sosyal politika ve istihdam ile ilgili tüm konuları, ayrımcılık yasağıyla ilgili 2000 yönergelerini de kapsar.

2006 KOB'unu gözden geçirip güncelleştiren 2008 KOB'unun, Şubat 2009 itibarıyla hala onaylamadığımız İHAS'a ek 12 sayılı protokolle ilgili (2006'da ilk kez yer alan) onay isteklerini yinelememiş olması önemli bir eksikliklidir.

III. ULUSAL PROGRAMLARDA AYRIMCILIK YASAĞI

2001 ve 2003 tarihli Ulusal Programlar ile 2008 Türkiye Ulusal Programı'nın, ¹⁰⁰ ayrımcılık yasağı konusunda, İlerleme Raporlarında saptanan -ve kuş-

¹⁰⁰ Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesine ilişkin Türkiye Ulusal Programlarının üçüncüsü, 2008'in sonunda onaylanarak yürürlüğe girdi.

Bu programın "uygulanması, koordinasyonu ve izlenmesi" konusundaki Bakanlar Kurulu kararında belirtildiği gibi (**Resmi Gazete**, 31 Aralık 2008, Sayı: 27097 (5. Mükerrer); Ulusal Program, "Türkiye'nin Avrupa Birliğine katılım sürecinde, kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi öngörülen çalışmaları kapsar" ve "(...) bu alanda yapılacak çalışmaların temel esas ve unsurlarını belirlemek amacıyla hazırlanmıştır" (m. 1).

Programın "takvim ve güncelleştirilmesi"ne ilişkin 2. maddesi; "tüm kamu kurum ve kuruluşlarının, gerekli çalışmaları Ulusal Program'da yer alan hedefler doğrultusunda ve belirlenen zamanda gerçekleştirmeleri(nin) esas" olduğunu ve programın, "yıllık gerçekleştirmeler, Katılım Ortaklığı Belgesi, tarama sonu raporları, müzakere çerçeve belgeleri ve ilerleme raporları da dikkate alınarak, Ülkemizin ihtiyaç ve önceliklerine göre gerektiğinde güncelleştirilece(ğini)" belirtmiştir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının bir başka yükümlülüğü de, 3. maddeye göre, "Avrupa Birliği müktesebatının ulusal mevzuata aktarılması ve uygulanması için Ulusal Program'da yer alan gerekli idari düzenlemeleri ve personellerinin hizmet içi eğitimini gerçekleştir(mektir)."

Programdaki hedeflerin belirlenen takvim içinde yerine getirilebilmesi için gerekli "takip ve koordinasyon" görevi, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği'ne verilmiştir (m. 5).

Kararın, Ulusal Program'ın izlenmesine ilişkin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Ulusal Programın Bakanlar Kuruluna kabulünün ardından, Ulusal Programda yer alan hukuki, idari ve kurumsal düzenlemelere ait tedbirlere ilişkin gerçekleştirmeler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından, 2009 yılının Ocak ayından başlamak üzere üç aylık dönemler itibarıyla dönem sonunu izleyen onbeş gün içinde Avrupa Birliği Genel Sekreterliğine bildirilir. Genel Sekreterlik, müteakip ayın ilk haftasında gelişmelere ilişkin olarak hazırlayacağı bir raporu Bakanlar Kuruluna sunar."

kusuz açıkça değinilmeyen- onayladığımız uluslararası insan hakları sözleşmelerine ve Avrupa Birliği müktesebatına aykırı olan tüm düzenlemelerin ulusal mevzuattan ayıklanmasına yanıt olacak ve yapılacak değişiklik ve düzenlemeleri eksiksiz biçimde ortaya koyacak bir yaklaşım benimsediği söylenemez.

1. 2001 Ulusal Programı ve Ayrımcılık Yasağı

İlk üç İlerleme Raporu'ndan sonra, Bakanlar Kurulu'nca 19 Mart 2001'de kabul edilen Türkiye Ulusal Programı'nda, ¹⁰¹ ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak iki başlık altında uyum konusunda düzenlemeler yapılmasından söz edilmiştir. Bunlar; Kopenhag kriterlerinden “*Siyasi Kriterler*” ile “*Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği*” başlıkları altında yapılan saptamalardır.

2001 Ulusal Programı'nın “siyasi kriterler” bölümündeki başlıklardan biri, genel bir anlatımla, insan haklarından ayırım gözetilmeksizin yararlanmaya ilişkindir. Bu ilke, ayrımcılık nedenlerinin belirtilenlerle sınırlı olmaksızın sayıldığını gösteren “*ve benzeri nedenler*” eklemesine yer vermeyen bir anlatımla, 2001 Katılım Ortaklığı Belgesi'nin öngördüğü orta dönem önceliklerden birini yineleyen Ulusal Program'da şöyle yer almıştır:

“Tüm bireylerin, herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî görüş, felsefî inanç veya dinine bakılmaksızın, tüm insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam olarak yararlandırılması; düşünce, vicdan ve din özgürlükleri.” ¹⁰²

2001 programı, “Anayasamızın yürürlükteki 10'uncu maddesi ayrımcılığı çok kapsamlı bir şekilde yasaklamış olup, Anayasa ve kanunlar önünde herkesin eşit olduğu ilkesini benimsemiştir” diyerek, Anayasa'nın 10. maddesinden söz ettikten sonra, “bu anayasal ilkeye uygun olarak” ayrımcılık yasağı alanında “**kısa vade**” içinde hukuksal planda atılacak adımları şöyle sıralamıştır:

- “BM Her Türlü Irk Ayırımının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin sonuçlandırılması; ¹⁰³
- Kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları ilkesine Anayasa'da yer verilmesi,

¹⁰¹ Avrupa Birliği Genel Sekreterliği (ABGS), *Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı (TUP)*, Cilt I ve Cilt II, 1. Basım, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, 2001; *Resmî Gazete*, 24 Mart 2001, Sayı: 24352 (Mükerrer) ve *Resmî Gazete*, 6 Nisan 2001, Sayı: 24365 (düzeltmeler).

¹⁰² Orijinalde tüm sözcükler büyük harflerle yazılmıştır (MG).

¹⁰³ Bu sözleşme, 2002 ortalarında onaylandı. Ne var ki, sözleşmeye ilişkin hükümet raporu ancak 2007 sonlarına doğru gönderildiğinden (bkz.: Birinci Bölüm, s. 57), ilk denetim ancak 2009 başlarında yapılabilecek ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin hangi ölçüde yerine getirildiği Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Komitesi'nin kararıyla saptanacaktır.

- Kadın-erkek eşitliği alanında önemli değişiklikler getiren Türk Medeni Kanunu Tasarısının yasalaşması,
- Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü ve Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Teşkilat Yasa Tasarılarının yasalaşması,
- 182 sayılı ILO En Kötü Biçimde Çocuk İşçiliğinin Önlenmesi Sözleşmesi'nin onaylanması¹⁰⁴ ve çocuk işçiliğinin önlenmesine yönelik olarak, ILO ile işbirliği içinde hazırlanan Ulusal Eylem Planı'nın uygulamaya konulması planlanmaktadır.”

Görüldüğü gibi, 2001 programının kısa dönemli öncelikleri, o yıllarda henüz onaylanmamış olan iki sözleşmenin onaylanması ile iç hukukta iki yasa tasarısının yasalaştırılmasıdır. Ayrıca, Anayasa'nın 10. maddesinin “ayrımcılığı çok kapsamlı bir şekilde yasaklamış” olduğunun belirtilmesine karşın, cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığı pekiştirmek üzere, Anayasa'da, “kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları ilkesi”ne yer verilmesi önceliği de yer almıştır.

2001 Ulusal Programı'nın siyasal ölçütler alanında “**orta vade**” içinde gerçekleştirileceğini belirttiği toplam yedi düzenlemeden dördünün ayrımcılık yasasıyla ilgili olduğu görülmektedir¹⁰⁵ ve şunlardır:

- “BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne Ek İhtiyarî Protokol'ün sonuçlandırılması,
- Avrupa Sosyal Şartı'nın gözden geçirilmiş metni ile kolektif şikâyetler sistemine ilişkin Ek Protokol'ün sonuçlandırılması,
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasasını düzenleyen 14'üncü maddesinin kapsamını genişleten 12 No.lu Ek Protokol'ün sonuçlandırılması,

¹⁰⁴ İlerleme Raporlarının ekindeki aday devletlerce onaylanmış sözleşmeler listesinde yer almayan 182 sayılı UÇÖ sözleşmesi, 2 Ağustos 2001'de onaylandı.

¹⁰⁵ Orta dönemde yapılması öngörülen öteki üç düzenleme de şunlardır:

- Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye İlişkin, Bu Sözleşmede ve Bu Sözleşmeye Ek 1. Protokolde Yer Alanlardan Başka Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 No.lu Protokol'ün sonuçlandırılması,
- Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No.lu Protokol'ün sonuçlandırılması,
- Ülkemizde yaşayan ve Türk vatandaşı olmayan gayrimüslim kişilerin de mensup oldukları dinin vecibelerini yerine getirmelerinde ve kendileriyle ilgili diğer uygulamalarda gerekli pratik kolaylıkların kamu düzeninin korunmasına ilişkin mevzuatımız çerçevesinde geliştirilmesini sağlayacak tedbirlerin alınması.

Belirtmeliyim ki, İHAS'ta yer alan hak ve özgürlükler dışında kimi hak ve özgürlükler tanıyan sözleşmeye ek 4 ve 7 sayılı protokoller, Şubat 2009 itibarıyla da “sonuçlandırılmış”, yani onaylanmış değildir.

- Özürlülerin meslekî rehabilitasyonu ve istihdamları hakkındaki 159 No.lu ILO Sözleşmesine uygun tedbirlerin alınması öngörülmektedir.” 106

Onaylanması öngörülen GG Avrupa Sosyal Şartı, içerdiği tüm sosyal haklardan yararlanmada ayrımcılık gözetilmemesini öngören bir kurala yer vermiş olması (madde E) ve 12 sayılı protokol de, İHAS'ın 14. maddesindeki ayrımcılık yasağını genişleten bir düzenleme yapmış olması yönünden önem taşımaktadır. Bu belgelerden ilki ancak 2007'de onaylanmış, ikincisi ise yalnızca imzalanmıştır. Buna karşılık, Toplu Yakınmalar Protokolü'nün onaylanması yolunda, Şubat 2009 itibarıyla, “imza” adımı bile atılmamıştır. 107

2001 Ulusal Programı'nın “**sosyal politika ve istihdam**” başlıklı bölümünün “iş hukuku” alt başlığında sayılan “çalışma hayatında temel düzenlemeler” arasında, eşitlik ilkesine ilişkin olanlara da yer verilmiştir:

“Bireysel çalışma (iş) yasalarının çeşitliliği özel sektördeki istihdam açısından sorun yaratmamaktadır. Ancak, kamu kesiminde, aynı işi yapmakta olanların farklı yasalara tabi olarak istihdam edilebilmeleri muamele ve fırsat eşitliği açısından sorunlara yol açabilmektedir. Bu sorunların çözümü için kamu istihdamına ilişkin genel düzenleme çalışmalarının yanı sıra muamele eşitliğine yönelik bazı özel yasa değişikliği hazırlıkları da yapılmaktadır.” 108

2001 Ulusal Programı'nın “**Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Muamele**” başlıklı alt bölümünde, gerçeği yansıtmayan kimi saptamalar bulunmaktadır. 2001 programında ileri sürüldüğüne göre, kadınlar ve erkekler arasında ayrımcılık yasağı yada işlem eşitliği yönünden 1475, 657, 2821 ve 2822 sayılı yasalar-daki “mevcut durum”, dördü için de olumludur ve AB müktesebatı ile uyum söz konusudur. Programa göre:

- “1475 sayılı İş Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, kadın-erkek ayrımcılığı konusunda ücret, işe giriş, çalışma şartları, mesleki eğitimi bakımından AB müktesebatı ile uyumludur.
- 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda kadın-erkek muamele eşitliğine aykırı hükümler bulunmamaktadır.
- Sosyal güvenlik mevzuatımızda kadın-erkek muamele eşitliğine aykırı olduğu düşünülen bazı hususlar mevcuttur.” 109

106 ABGS, TUP, 2001, s. 21-22.

107 Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 314.

108 ABGS, TUP, 2001, s. 276.

109 a.k., 2001, s. 286-287.

2001 Ulusal Programı, “AB müktesebatı ile Türk mevzuatı karşılaştırması ve yapılması gereken değişiklik ve yeniliklerin uygulamaya geçirilmesi için alınması gereken önlemler” başlığı altında yürürlükteki yasaların yanı sıra onaylanan ilgili UÇÖ (45, 100, 111 ve 135 sayılı) sözleşmeleri ile BM sözleşmelerini (ikiz sözleşmeler ile KKTABKUS’ni) sıraladıktan sonra,¹¹⁰ müktesebatla büyük ölçüde uyumlu olduğunu ileri sürdüğü “**Türk mevzuatında yapılması gereken değişiklik ve yenilikler**”i şöyle sıralamıştır:

Öteki üç konu da şunlardır:

- “1475 sayılı İş Kanunu’nun 70. maddesine göre, kadınların doğumdan önce 6 ve doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere toplam 12 hafta çalıştırılmaları ile yer ve su altında ve geceleri (belirlenen politikain dışında) çalışmaları yasaktır(68 ve 69’uncu maddeler). Devlet memurlarının ücretli doğum izinleri doğumdan önce 3, doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere toplam 9 haftadır.
- Doğum öncesi ve sonrası ücretli izinler sosyal güvenlik kanunlarında düzenlenmiş durumdadır. Ücretsiz doğum izinlerinin sosyal güvenliğe tabi süreler açısından değerlendirilebilmesine ilişkin yasal düzenlemeler de yapılmış durumdadır.
- 617 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile İş-Kur adı altında yeniden yapılandırılan İş ve İşçi Bulma Kurumunun görevleri istihdama yönelik aktif ve pasif işgücü politikalarını uygulamak olarak genişletilmiştir. Bu yeni yapılanma ile İş-Kurun, VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planında yer alan hedefleri, Lüksemburg ve Lizbon İstihdam Zirvelerinin sonuçlarını dikkate alarak hayata geçirmesini mümkün kılacaktır. Bu çerçevede İş-Kur, kadınların istihdam piyasasındaki konumlarını güçlendiren tedbirleri alabilecek kapasitede bir kurum olarak işlev görebilecektir.”

¹¹⁰ 2001 Ulusal Programı, “Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Muamele” konusundaki 9 yönerge ve 2 karardan oluşan toplam 11 AB müktesebatını II. Ciltte şöyle saymıştır:

- 75/117/EEC: Kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit ücret ilkesinin uygulanması hakkında üye devletler mevzuatlarının yakınlaştırılmasına ilişkin 10 Şubat 1975 tarihli Konsey Direktifi;
- 76/207/EEC: İşe alınma, mesleki eğitime giriş ve çalışma şartları ile ilgili olarak kadın ve erkekler arasında muamele eşitliği prensibinin uygulanmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarihli Konsey Direktifi;
- 86/613/EEC: Tarım da dahil bağımsız çalışan kadınların hamilelik ve analık dönemlerinde korunması ve tarım da dahil bağımsız çalışan kadın ve erkeğe eşit muamele prensibinin uygulanmasına ilişkin 11 Aralık 1986 tarihli Konsey Direktifi;
- 92/85/EEC: Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşyerinde Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesi Konusundaki 19 Ekim 1992 tarihli Konsey Direktifi (89/391/CEE sayılı direktifin 16.maddesi 1.paragrafı kapsamında onuncu direktif);
- 96/34/EC: UNICE, CEEP ve ETUC tarafından sonuçlandırılan EBEVEYN İZİNİ konusunda çerçeve anlaşma hakkında 3 Haziran 1996 tarihli Konsey Direktifi;
- 97/80/EC: Cinsiyete dayalı ayrımcılık durumları konusunda kanıt yükümlülüğü hakkında 15 Aralık 1997 tarihli Konsey Direktifi;
- 79/7/EEC: Sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe muamele eşitliği hakkında 19 Aralık 1978 tarihli Konsey Direktifi (yasal / zorunlu sosyal güvenlik);
- 86/378/EEC: Sosyal güvenlik sistemlerinde kadın ve erkeğe muamele eşitliği prensibinin uygulanması hakkında 24 Temmuz 1986 tarihli Konsey Direktifi (özel / mesleki sosyal güvenlik);
- 82/43/EEC: Erkekler ile kadınlar arasında fırsat eşitliği hakkında Danışma komitesi kurulmasına ilişkin 9 Aralık 1981 tarihli Komisyon Kararı;
- 95/593/EC: (1996’dan 2000’e) Erkek ve kadınlar için fırsat eşitliği hakkında orta dönemli bir Topluluk faaliyet programı oluşturulmasına ilişkin 22 Aralık 1995 tarihli Konsey Kararı;
- 98/52/EC: Cinsiyete dayalı ayrımcılık durumlarında ispat mecburiyeti hakkında 97/80/EC sayılı Konsey direktifinin İngiltere ve Kuzey İrlanda’yı kapsayacak şekilde genişletilmesine dair 13 Temmuz 1998 tarihli Konsey Direktifi.”

Bu yönergeler konusunda bilgi için bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 367-382.

- “Cinsiyete dayalı ayrımcılık uygulamalarında *kanıtlama yükümlülüğünün* işverene ait olmasına ilişkin yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir.
- Diğer yandan, 506, 2925, 2926 ve 1479 sayılı sosyal güvenlik yasalamızda kadın-erkek muamele eşitliğine aykırı olduğu düşünülen bazı hususlar tespit edilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na hazırlıkları sürdürülen “Sosyal Güvenlik Kanunlarında Avrupa Topluluğu Sosyal Güvenlik Mevzuatına Uyum Tasarısı Taslağı” ile bu hususlara düzenleme getirilmesi öngörülmektedir. Bu kapsamda;
- 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Kanununda kadınların sigortalı olmaları için öngörülen “aile reisi” olma şartının kaldırılması gerekmektedir.
- Medeni Kanun’daki “aile reisi” kavramının kaldırılması: Halen TBMM’nde ilgili Komisyonlarda görüşülmekte olan Medeni Kanun değişikliklerine ilişkin Tasarı “aile reisi” kavramını sona erdirmektedir. Bu yolla, aile, çocuk yardımları, lojman yardımı vb. sosyal ödemelerdeki muamele eşitsizliği sorunları çözümlenecek ve bu sosyal yardımlardan eşlerin ortak kararına dayanan tercihleri doğrultusunda yararlanmak mümkün hale gelecektir.”¹¹¹

2001 Ulusal Programı, düzenlemelerin, ilk üçü kısa ve son ikisi de orta dönemli olan “takvim”ini şöyle belirlemiştir:

- “Doğum İzinlerinin Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağının yasalaşması.
- “Aile reisi” kavramının kaldırılmasına ilişkin yasal düzenlemenin tamamlanması.
- Gerekli eğitim programlarının geliştirilmesi ve uygulanmasına yönelik projelendirmelerin yapılması.

¹¹¹ ABGS, TUP, 2001, s. 288.

Ayrımcılık yasağıyla ilgili olmayan üç konu ise şunlardır:

- “Ebeveyn izni müessesesinin oluşturulması ve istihdam statülerine göre farklılıklar gösteren ücretli doğum izinlerinin eşitlenmesi: Bu amaçla “Doğum İzinlerinin Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı” ilgili Devlet Bakanlığınca hazırlanmış ve Başbakanlığa sunulmuştur. Taslak, doğum sonrasında en çok 6 ay süreyle anneye verilen ücretsiz çocuk bakım izninin babaya da verilebilmesi imkanını yani ebeveyn iznine dönüştürülmesini gerçekleştirilmeyi hedeflemektedir;
- 2926 sayılı Kanun, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu ve 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (BAĞ-KUR) Kanunu’nda analık sigortasına yer verilmesi;
- Mevcut iş kanunlarının kapsamlarının darlığından kaynaklanan kayıt-dışı/kapsam-dışı kadın çalışmalarının yasal düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir.”

- Sosyal güvenlikte cinsiyete dayalı ayrımcılığı sona erdiren düzenlemelerin yapılması.
- Cinsiyete dayalı ayrımcılık uygulamalarında ispat yükümlülüğünün işverene bırakılmasına ilişkin yasal düzenlemenin yapılması.”

2001 Ulusal Programı, “**ırkçılığa karşı mücadele**” konusunda, “mevcut durum” ile ilgili olarak aşağıdaki saptamalarda bulunmuştur: ¹¹²

- “İrkçilik ve yabancı düşmanlığı dahil olmak üzere, her türlü ayrımcı muamele Anayasada yasaklanmıştır;
- Türkiye, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile BM Kişisel ve Medeni Haklar Sözleşmesi’ni imzalamış olup, söz konusu sözleşmeler halen onay aşamasındadır; ¹¹³
- Yabancıların çalışma izinlerine ilişkin yasal düzenlemelerin dağılımı nedeniyle, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı” hazırlanmış ve Başbakanlığa sunulmuştur.” ^{114, 115}

“Nihai hedef”in “AB mevzuatının üstlenilerek uygulanması” olduğunu belirten 2001 Ulusal Programı, Anayasa ile 111 sayılı sözleşmeyi “*Türk mevzuatının mevcut durumu*” olarak andıktan sonra, “*Türk mevzuatında yapılması gereken değişiklik ve yenilikler*” altbaşlığında, 1035/97 sayılı tüzüğe “uyum(un) Türkiye’nin AB’ye tam üyeliği halinde gerekli olacaktır” demiş ve şu eklemeyi yapmıştır: “Yabancıların çalışma izinleri ve sosyal güvenliklerine ilişkin hususlardaki Topluluk müktesebatı açısından tam uyum serbest dolaşım ile ilişkili çerçeve belirlendikten sonra kesinleşebilecektir.” Bu yasal düzenlemenin yapılmasından sonra alınacak önlemler konusunda da, “yabancıların çalışma izinlerine ilişkin yeni yasal düzenlemenin gerçekleşmesi ile birlikte personel, eğitim, donanım, veri tabanı için gerekli yazılımlar, yabancı işçilere verilecek hizmetlerde kullanılacak yabancı dillerde çeviri hizmetleri vb. alanlarda ortaya çıkacak ihtiyaçların karşılanması gerekecektir.”

2001 Ulusal Programı, “**ırkçılığa karşı mücadele**” konusundaki kısa ve orta erimli “takvim” sırasıyla birer önlem öngörmüştür:

¹¹² Bu konudaki tek AB müktesebatı olarak, “1035/97/EC: *İrkçılığa ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Avrupa Gözlemevinin Kurulmasına İlişkin 2 Haziran 1997 tarihli Konsey Tüzüğü*” gösterilmiş, buna karşılık 2000/43 sayılı yönergeye yer verilmemiştir.

¹¹³ İkiz sözleşmelerin onay işlemleri 2003’te tamamlanmış ise de, ilk raporlar Şubat 2009 itibarıyla gönderilmemiş, dolayısıyla ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi bağlamında uyumlu ve uyumsuz kuralların yetkili denetim organlarınca saptanması son derece geciktirilmiştir (bkz.: Birinci Bölüm, s. 67 ve 77).

¹¹⁴ ABGS, TUP, 2001, s. 289.

¹¹⁵ Bu yasa, 27 Şubat 2003 tarihinde kabul edildi (bkz.: Altıncı Bölüm, s. 688-692).

- Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının yasalaşması.
- Türkiye, 1035/97 sayılı Konsey Tüzüğü ile kurulan Gözlemine, AB'ye tam üyelik sonrasında üye olabilecektir. Bu nedenle, adaylık sürecinde, Türkiye'nin "gözlemci" statüsünde bu kuruma katılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

2. 2003 Ulusal Programı ve Ayrımcılık Yasağı

"Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde, kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi öngörülen çalışmaları kapsamak üzere, Bakanlar Kurulu'nun 2003/5930 sayılı ve 23 Haziran 2003 tarihli kararıyla kabul edilen "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı" ¹¹⁶, "bu alanda yapılacak çalışmaların esas ve unsurlarını belirlemek amacıyla hazırlanmıştır." 2003 programı, 4857 sayılı İş Yasası'nın 10 Haziran 2003'te yürürlüğe girmesinden bir ay kadar sonra kabul edilmiştir.

2001 Ulusal Programı'nın ilk gözden geçirilmiş biçimi olan ¹¹⁷ 2003 Ulusal Programı'nda, "Siyasi Kriterler" ve "sosyal politika ve istihdam" başlıklarında ayrımcılık yasağına ilişkin saptamalar bulunmaktadır.

"**Siyasi Kriterler**" başlığı altında, 2001 programını izleyen dönemde gerçekleştirilen "anayasal ve yasal reformlar", imzalanan yada onaylanan "siyasi kriterlerle ilintili çeşitli sözleşmeler", kamu görevlilerine yönelik olarak "yoğunlaştırılmış ve yaygınlaştırılmış" insan hakları eğitim programları konularında kısaca bilgi verilen 2003 programında, hükümetin, "sıralanan yasal düzenlemeleri TBMM'nin 22. yasama dönemi 1. yasama yılı içinde tamamlamaya kararlı" olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, "yapılan tüm reformların eşzamanlı olarak, lafzıyla ve ruhuyla uygulamadaki etkisinin ilke olarak Haziran 2004'e kadar görüleceği konusunda Hükümetin iradesi(nin) tam" olduğu da eklenmiştir. ¹¹⁸

Kopenhag siyasal ölçütleri temelinde dokuz başlıkta sıralanan yasal düzenlemelerden biri, "**Tüm Bireylerin Ayrım Yapılmaksızın Tüm Temel Hak ve Özgürlüklerden Tam Olarak Yararlandırılması**" konusuna ilişkindir ve şöyledir:

¹¹⁶ Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı**, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, 2003 ("Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar", **Resmi Gazete**, 24 Temmuz 2003, Sayı 25178 [Mükerrer]).

¹¹⁷ Belirtmeliyim ki, ne 2003 Ulusal Programı'na ilişkin Bakanlar Kurulu kararında, ne de programın "Açıklamalar" ve "Giriş" bölümlerinde, bu programın 2001 programının güncellenmiş yada gözden geçirilmiş metni olduğuna ilişkin herhangi bir bilgiye rastlanmaktadır.

¹¹⁸ ABGS, **TUP**, 2003, s. 3.

“Hükümet, tüm bireylerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm insan hakları, temel özgürlükler ve kültürel **haklardan tam ve eşit olarak yararlanmalarını** güvence altına almanın temel görevi olduğuna inanmaktadır. Bu çerçevede, **Türkiye'nin taraf olduğu tüm uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyi sürdürecektir.** Tüm bireylerin düşünce, vicdan, din ve inanç özgürlükleri AİHS'nin 9. maddesi çerçevesinde titizlikle korunacaktır. **Kadın-erkek eşitliğinin özellikle uygulamada sağlanması** bir öncelik alanı olacaktır. Bu çerçevede,

- “İbadet özgürlüğü ile ilgili olarak, AİHS ve Ek 1. Protokolü ışığında, değişik din ve inanç gereksinimleri dikkate alınacak şekilde uygulamalar kolaylaştırılacak,
- Türk vatandaşlarının günlük yaşamda geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın yapılması veya farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesine ilişkin hükümler uygulanacak,
- Özürlülerin mesleki rehabilitasyonu ve istihdamları hakkında 159 No.lu ILO Sözleşmesine uygun önlemler alınacak,
- ILO En Kötü Biçimde Çocuk İşçiliğinin Önlenmesi Sözleşmesinin uygulanmasına önem verilecektir.”

2003 Ulusal Programı'nın “**Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği**” adını taşıyan IV. ana başlığının 13. alt başlığını oluşturan “sosyal politika ve istihdam” bölümündeki, “AB Mevzuatının Türk İş Hukukuna Yansıtılması” başlıklı önceliklerden ikisi, “kadın-erkek eşitliği” ve “ayrımıcılığın önlenmesi” konularına ilişkindir. ¹¹⁹

“Ana Unsur 13.1.4 **Kadın-Erkek Eşitliği**” başlığında; Türkiye'nin, Konsey'in 20 Aralık 2000 tarihli ve 2001/51 sayılı kararıyla ¹²⁰ kabul edilen ve 2001-2005 yılları arasında uygulanması öngörülen “kadınlar ve erkekler arasında eşitlik konusunda Topluluk stratejisi ile ilgili Topluluk Eylem Programı'na (kısa *fırsat eşitliği için -beşinci- Topluluk eylem programına*) katıldığı ve bu alandaki hukuksal çerçeveye ilişkin olanların yanı sıra, özellikle sivil toplum kuruluşlarının bilgilendirilmesi yönünden taşıdığı önem vurgulanan bu program çerçevesinde yapılacak etkinlikler şöyle belirtilmiştir:

“KOB kadın ve erkeklere eşit muamele konusunda kısa vadede ilgili AB mevzuatının iç hukuka aktarımı için bir programın kabul edilmesini,

¹¹⁹ a.k., s. 487.

¹²⁰ JOCE, L 17/22-29, 19.01.2001; CE, *Egalité entre les femmes et les hommes, Textes communautaire*, s. 78-85.

orta vadede de bunların iç hukuka aktarılmasını ve uygulanmasını öngörmektedir. Diğer taraftan, Türkiye, 21 Şubat 2003 tarih ve 25027 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3 Şubat 2003 tarih ve 2003/5224 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, AB'nin sosyal politika programlarından olan *Cinsiyet Eşitliği Topluluk Programına* katılmış bulunmaktadır.

Ülkemizde kadın ve erkeğe eşit muamele konusu yasal uyum, uygulama ve uygulamanın denetlenmesinin ötesinde, ilgili tüm tarafların özellikle de bu alanda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarının aydınlatılmasını içermektedir. Bu bakımdan da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı eliyle yürütülecek olan *Cinsiyet Eşitliği Topluluk Programı* özel bir önemi haizdir. Bu çerçevede, Mart 2003 tarihinden itibaren ilgili tüm taraflarla her ay düzenli seminerler yapılmaya başlanmıştır. Bilahare bu toplantılar ve buna dayalı olarak yapılan araştırmaların sonuçları yayınlanacak ve 2004 yılı Sonbaharında Bratislava'da uluslararası bir platformda tartışılacaktır.

Bu ana unsur altında yer alan **2002/73/EC sayılı Konsey Direktifinin tamamına İş Kanunu ile uyum sağlanmıştır.** 2002/73 sayılı Konsey Direktifine dair ayrıntılar, İş Kanununun yayımlanmasını takip eden 6 ay içerisinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir. Yine İş Kanunu ile kısmen uyum sağlanmış olan **75/117/EEC, 76/207/EEC ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktiflerine uyumun tamamlanmasına** dair takvim, Tablo 13.1.1'de verilmiştir.”¹²¹

Görüldüğü gibi son paragrafta, “istihdama, mesleksel eğitime ve ilerlemeye erişme ile çalışma koşulları konusunda erkekler ve kadınlar arasında eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulması”na ilişkin 76/207 sayılı yönergeyi değiştiren 2002/73 sayılı Konsey ve Parlamento yönergelerinin *tümüne* 4857 sayılı İş Yasası ile uyum sağlandığı ileri sürülmüş ve bu alandaki ayrıntıların da, süresi içinde çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği belirtilmiştir. Öte yandan, İş Yasası ile üç yönergeye de ¹²² “kısmen” uyum sağlandığı ve “uyumun tamamlanmasına” ilişkin takvimin de verildiği eklenmiştir. Bu takvime göre, işlem eşitliğine ilişkin toplam on yönerge konusunda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın sorumluluğunda her biri için yapılacak “hukuki düzenleme”nin yada hazırlanacak “kanun tasarısı”nın TBMM’de kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi için öngörülen tarih (beklenen tarih) 31 Aralık 2004’tür.

¹²¹ ABGS, TUP, 2003, s. 489.

¹²² Bu yönergeler için bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 369-374 ve s. 435-438.

“Ana Unsur 13.1.5 **Ayrımcılığın Önlenmesi**” başlığında; Türkiye’nin 2001-2006 yılları arasında uygulanması öngörülen birinci Topluluk eylem programına ¹²³ 1 Haziran 2003’ten başlayarak katılacağı ve bu alandaki temel AB müktesebatını oluşturan 2000 yönergelerine 4857 sayılı İş Yasası’yla “kısmen” uyum sağlandığı şöyle belirtilmiştir:

“KOB, kadın-erkek eşitliği alanında olduğu gibi, ayrımcılıkla mücadele konusunda da kısa vadede bu konudaki AB mevzuatının iç hukuka aktarımı için bir program kabul edilmesini, orta vadede ise bunların iç hukuka aktarımı ve uygulanmasını karara bağlamaktadır.

2000/750/EC sayılı Konsey Kararı çerçevesinde başlatılan Ayrımcılıkla Mücadele Alanındaki Topluluk Programına Dair Mutabakat Zaptı 25 Kasım 2002 tarihinde imzalanmıştır. Mutabakat Zaptı, 3 Şubat 2003 tarih ve 2003/5224 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 21 Şubat 2003 tarih ve 25027 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Türkiye 1 Haziran 2003 tarihinden itibaren Programa dahil olabilecektir.

Yine kadın ve erkeklere eşit muamele yapılması konusunda olduğu gibi, ayrımcılık konusunda da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı Ayrımcılıkla Mücadele Topluluk Programını yürütmekle görevlendirilmiştir.

Bu ana unsur altında yer alan **2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Konsey Direktiflerine uyum İş Kanunu ile kısmen sağlanmış** olup, bu Direktiflere uyumun tamamlanmasına dair takvim, Tablo 13.1.1’de verilmiştir.” ¹²⁴

Ayrımcılığın önlenmesi alanında belirlenen takvim de, kadın-erkek eşitliği konusundaki takvimden farklı değildir. 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelere “kısmi” uyumu “tamamlayacak” hukuksal düzenlemelerin 2004 yılı sonunda gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. ¹²⁵

3. 2008 Ulusal Programı ve Ayrımcılık Yasağı

Ağustos 2008’de “taslak” olarak açıklanan “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” ile “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar”, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’nun 2008/14481 sayılı kararıyla kabul edilip yayımlanmasıyla, 2008’in son günü kesinleşmiştir. ¹²⁶

¹²³ Bu eylem programı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 453-464.

¹²⁴ ABGS, TUP, 2003, s. 489.

¹²⁵ a.k., s. 499.

¹²⁶ Resmi Gazete, 31 Aralık 2008, Sayı: 27097 (5. Mükerrer).

2008 Ulusal Programı, “**Siyasi Kriterler**” ana başlığında; Türkiye’nin “kapsamlı anayasal ve yasal reformlar gerçekleştirmiş ve bu reformları uygulamaya geçirmek üzere gerekli adımları süratle atmış” olduğunu belirterek başladığı açıklamaları örnekler vererek sürdürmüştü; yapılan düzenlemeler arasında “kadın-erkek eşitliğinin geliştirilmesi”ne ilişkin olanların da bulunduğunu eklemiştir. İmzalanan yada onaylanan -ancak ayrımcılıkla ilgili olmayan- sözleşmeleri anımsatan program, “gerçekleşen reformların aynı zamanda etkili bir şekilde uygulanmasına yönelik olarak başlatılan çalışmalar(ın) sürmekte” olduğunu belirtmiş; yeniden düzenlenen yasalar arasında ayrımcılık yasağı bağlamında İlerleme Raporlarında yada denetim organlarının kararlarında anılan kimi yasaların (Ceza Yasası, Dernekler Yasası ve İskan Yasası’nın) da bulunduğunu anımsatmış; hükümetin, onbir başlık altında sıralanan “yasal düzenlemeleri tamamlamaya kararlı” olduğunu belirtmiştir. 2008 programı ayrıca, “Türkiye(’nin), ağırlıklı olarak siyasi kriterler alanında gerçekleştirilen reformların uygulanmasının iyileştirilmesi ve süregelen zihniyet değişikliğinin pekiştirilmesi dönemine girmiş” bulunduğunu da ekleyerek, yasal düzenlemeleri uygulamaya aktarma konusundaki siyasal iradeyi açık bir dille ortaya koymuştur. ¹²⁷

Tamamlanması öngörülen yasal düzenlemelere ilişkin başlıklardan biri, “*Tüm Bireylerin, Ayrım Yapılmaksızın Tüm Temel Hak ve Özgürlüklerden Tam Olarak Yararlandırılması*”, biri de “*Kadın Hakları*”dır.

Temel hak ve özgürlüklerin tümünden tüm bireylerin ayırım gözetilmeksizin yararlandırılması konusunda yapılan ¹²⁸ ve yapılması öngörülen yasal düzenlemeler ile alınacak önlemler şöyle sıralanmıştır:

“Türk Ceza Kanunu”nda *ayrımcılık fiili* suç olarak düzenlenmiştir. “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun”da da, infazda ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Namus cinayetlerinin daha ağır şekilde cezalandırılmasını öngören yeni “Türk Ceza Kanunu” hükümlerinin etkin olarak uygulanması sağlanacaktır.

Ders kitaplarında ayrımcılık içerebilecek ifadelerden arınması da dâhil olmak üzere müfredatın yeniden gözden geçirilmesi çalışmalarına devam edilecektir.

Özel veya resmi *tüm hizmetlere engellilerin tam erişimi* sağlanacaktır. Engellilere yönelik ayrımcılık Türk Ceza Kanunu’nda suç kapsa-

¹²⁷ Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı**, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, Aralık 2008, s. 4-5.

¹²⁸ Sözü edilen yasal düzenlemelerden Ceza Yasası’nın 122. maddesiyle yaptırıma bağlanan ayrımcılık suçu konusunda bkz.: Altıncı Bölüm, s. 682-684.

mına alınmıştır. *İşyerinde ve meslekte eşit muamele konusunda AB müktesebatına tam uyum gerçekleştirilecektir.*" 129, 130

2008 programı, 2005 ve 2008 katılım ortaklığı belgelerinde yer alan ders kitaplarını ayrımcı söylemlerden ayıklama önceliğini yinelemiş; engelli kişilerin ister özel ister kamusal olsun, tüm hizmetlere erişiminin "tam" olarak sağlanacağını belirtmekle birlikte, eşit işlem ilkesine "tam uyum"un AB müktesebatı içinde yer alan hangi yönergeler çerçevesinde gerçekleştirileceği konusunda somut bilgi vermeden kaçınmış görünmektedir.

"**Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenme Yeteneği**" ana başlığının 19. faslında yer alan "*sosyal politika ve istihdam*" başlığında yer alan bilgiler de,

¹²⁹ ABGS, **TUP**, 2008, s. 9-10.

"Siyasal kriterler" in 2, 3, 4 ve 6. paragraflarında şunlar vardı:

"Din özgürlüğünü tam anlamıyla tesis etmek amacıyla, hoşgörü ortamının oluşması için gerekli görülen tedbirlerin alınmasına devam edilecektir.

"Özel Öğretim Kurumları Kanunu" kabul edilmiş olup, gayrimüslim cemaatlerin din adamı ihtiyacının karşılanması için Anayasa'mızın temel ilkeleri ve laik milli eğitim anlayışı çerçevesinde uygun görülecek tedbirler alınacaktır.

Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu ile Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la beraber Türk vatandaşlarının günlük hayatlarında geleneksel olarak kullandıkları dil ve lehçelerde yayın imkânları daha da genişletilmiştir. Bu kapsamda, uygulamaya yönelik adımların atılmasına devam edilecektir.

Kültürel haklar alanında gerçekleştirilen kapsamlı reformların en iyi şekilde uygulanmasına devam edilecektir."

¹³⁰ Siyasal ölçütlerin "**Kadın Hakları**" başlıklı bölümünde, kimileri eşit işlem ilkesiyle dolaylı biçimde ilgili olan şu açıklamalar yer almaktadır:

"Kadınların eğitimi, *işgücü*, siyasi ve *sosyal hayata katılımları* da dahil olmak üzere toplumdaki statüsü daha da güçlendirilecektir. Bu çerçevede kadın örgütlerinin desteklenmesine devam edilecektir.

Yürürlükteki mevzuata uygun olarak hâkim ve savcı, belediye, kolluk kuvvetleri ve ilgili diğer kurum ve kuruluşlara yönelik kadın hakları konusunda özel eğitimler verilecektir. Şiddet tehdidi altında olan kadınlar için belediyelerce sığınma evleri kurulması çalışmalarına devam edilecektir. Kolluk personeline ve sağlık çalışanlarına kadınlara yönelik şiddetle mücadeleyle ilişkin bilgilendirme ve bilinçlendirme amaçlı eğitimler verilmektedir.

Kadına yönelik şiddetin sebep ve sonuçlarının belirlenmesine yönelik faaliyetler gerçekleştirilecektir.

Kadınların işgücüne katılımını arttırmak amacıyla çeşitli illerdeki mikrokredi uygulamalarının diğer illeri de kapsayacak şekilde genişletilmesi sağlanacaktır.

Kadınlara yönelik şiddetin önüne geçmek için alınan önlemler, yoğun bir biçimde takip edilecek ve bu konudaki eğitim ve bilinçlendirme faaliyetlerine destek verilecektir. Toplumun, kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda bilinçlendirilmesi için kapsamlı ve yaygın kampanyalar düzenlenmesine devam edilecek ve toplumun bütün kesimlerinin katılımı sağlanacaktır.

"Töre Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyon Raporu" Hükümetimizce benimsenmiştir. 2006/17 Başbakanlık Genelgesi çerçevesinde, Rapor'da yer alan kadına yönelik şiddet ve töre-namus cinayetlerine ilişkin tavsiyeler hayata geçirilmektedir" (ABGS, **TUP**, 2008, s. 10).

gerçekleştirilecek uyum değişikliklerinin içeriği yönünden yeterli açıklıktan uzaktır.

Örneğin, “*Öncelik 19.1 Sendikaların faaliyetlerini sınırlayan hükümleri kaldıran ve sendikal hakların tamamını sağlayan yeni mevzuatın kabul edilmesi suretiyle, tüm düzeylerde, etkili bir sosyal diyalog için koşulların oluşturulması*” başlığında; 2821 ve 2822 ile 4688 sayılı yasalarda “değişiklik(ler) yapılmasına dair kanun”ların (taslakların) kapsamının, genel olarak “sendikal özgürlükleri artıracak biçimde yeniden düzenlenmesi” olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir. 2009’da yayımlanması öngörülen bu düzenlemelere ilişkin “yürürlükteki AB mevzuatı” olarak, içinde hiçbirinin AB kurumlarınca kabul edilmiş “doğrudan müktesebat”ın bulunmadığı sözleşmeler olan “87, 98 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri (ile) Avrupa Sosyal Şartı” yer almaktadır. Bu yasalardaki değişiklikler doğrultusunda, 2009’da, ilgili tüzük ve yönetmeliklerde de düzenlemeler yapılması, yine çok genel bir anlatımla öngörülmüştür. Uyum sağlayıcı somut değişiklikler, ancak yasa taslaklarında görülebilecektir.¹³¹ Uyum sağlanacak “yürürlükteki AB mevzuatı” anılan sözleşmeler olduğuna göre, öncelikle UÇÖ denetim organları ile SHAK’nin saptadığı ve bir bölümü İlerleme Raporlarında yinelenen aykırılıkların göz önüne alınmasını beklemek doğaldır.

Yine, “*Öncelik 19.4 AB müktesebatının iç hukuka aktarılmasına devam edilmesi ve iş teftişi de dahil olmak üzere, ilgili idari ve uygulayıcı yapıların sosyal ortaklarla işbirliği içinde güçlendirilmesi*” başlığı altında sıralanan “mevzuat uyum takvimi”nde (19.4.1); ayrımcılık yasaklı işlem eşitliği ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin kimi yönergelerin (örneğin 2006/54, 2004/113, 2000/78 ve 2000/43 sayılı yönergelerin) yer aldığı ve “sosyal uyum paketi şeklinde çıkarılacağı” belirtilen “*bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanun*” açıklamasına ve yasalar arasında 4857 sayılı yasa ile başka yasalara da yer verildiği görülmektedir. Ancak, “2011 sonrası”nda yayımlanması öngörülen bu “torba” sosyal uyum yasasının “kapsamı” ile ilgili olarak, şu açıklamalar yapılmıştır:

“22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu sosyal politika ve istihdam alanında yer alan AB müktesebatı dikkate alınarak hazırlanmış olsa da, gerek bu Kanunda ve gerekse Devlet Memurları Kanunu, Deniz İş Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Medeni Kanun gibi kanunlarda halen değişiklik yapılması (.)

Bununla birlikte 4857 sayılı Kanunun kabulünden sonra AB mevzuatının bir kısmında değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan ayrı olarak sosyal

¹³¹ 2821 ve 2822 sayılı yasalarda değişiklikler yapılmasına yönelik yasa önerisinin ayrımcılık yasağına ilişkin kuralları ile 4688 sayılı yasadaki değişiklikler yapılmasına ilişkin yasa taslağı konusunda bkz.: Altıncı Bölüm, s. 657, 263 sayılı dipnot.

politika ve istihdam alanında düzenleme yapan kanunların da değişen koşullara göre revizyon ihtiyacı vardır. Sosyal politika ve istihdam alanında halen uyum sağlanamamış olan hususlarda hazırlanacak eylem planı çerçevesinde gerçekleştirecek düzenlemeleri içeren bir pakettir.”¹³², 133

Kuşkusuz, AB’ye sosyal uyum sürekli bir süreçtir. Topluluğun, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin yaşama geçirilmesini, korumanın konular yönünden kapsamının genişletilmesini ve etkili biçimde uygulanmasını sağlamaya yönelik yasa- ma etkinliğinin dinamikliği, ulusal düzenlemelerin de düzenli ve sürekli biçimde gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bunun en yeni ve somut bir örneği, Komisyonun eşit işlem ilkesinin *emek piyasası dışında* da uygulanmasını sağlayan ve 2000/78 sayılı yönergenin boşluğunu tamamlamayı amaçlayan bir yönerge önerisi sunmuş olmasıdır.¹³⁴

Bununla birlikte, “kısmi” uyum sağlayan düzenlemelerin gerçekleştirildiği tarihlerde, örneğin 4857 sayılı İş Yasası’nın kabul edildiği tarihte yürürlükte olan ayrımcılık yasaklı eşit işlem yönergelerinin ve özellikle de, UÇÖ Uzmanlar Komisyonu ile Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin 87 ve 98 sayılı sözleşmelere ve Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nin de ASS’ye aykırılıkları yıllardır ortaya koyan kararlarının göz ardı edilmiş olduğu unutulmamalıdır.

“Doğum nedeniyle verilen ücretsiz iznin anne ve baba arasında paylaşılmasıyla ebeveyn izni oluşturulması” amacıyla, 657 ve 4857 sayılı yasalarda 96/34 ve 92/85 sayılı yönergelere uyum sağlayıcı değişikliklerin, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü’nün sorumluluğunda, 2009 yılında gerçekleştirilmesi öngörülmüştür.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Genel olarak denilebilir ki, her İlerleme Raporu’nda, aynı zamanda, bir önceki dönemde kabul edilen yasal düzenlemelerle gerçekleştirilen ilerlemeler değer-

¹³² ABGS, **TUP**, 2008, s. 211.

¹³³ “2011 sonrası”nda yayımlanması öngörülen değişiklikler yapma önceliği, yasaların yanı sıra **yönetmelikleri** de kapsamaktadır. “Bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler”, sözü edilen yasanın kabul edilmesinden sonra çıkarılacaktır. Program, bu yönetmeliklerin “kapsamı” konusunda, doğal olarak, yasalarda yapılacak değişikliklere koşut olan şu açıklamalara yer vermiştir:

“22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu sosyal politika ve istihdam alanında yer alan AB müktesebatı dikkate alınarak hazırlanmış olsa da, gerek bu kanunda ve gerekse Devlet Memurları Kanunu, Deniz İş Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Medeni Kanun gibi kanunlarda halen değişiklik yapılması.

Bununla birlikte 4857 sayılı Kanunun kabulünden sonra AB mevzuatının bir kısmında değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan ayrı olarak sosyal politika ve istihdam alanında düzenleme yapan kanunların da değişen koşullara göre revizyon ihtiyacı vardır.” Bkz.: ABGS, **TUP**, 2008, s. 212.

¹³⁴ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 447-452.

lendirilmiş, eksiklik ve uyumsuzluklar ortaya konulmuş, kimi eleştiri ve önerilere yer verilmiştir. ¹³⁵ Raporlarda, engelliler, kadının statüsü ve ailenin korunması konularındaki yeni yasal düzenlemelere değinilmiş ve eleştiriler yinelenmiştir. İlerleme Raporlarının tümü (1998-2008) göz önüne alındığında, anılan yasalar arasında Medeni Yasa, Ceza Yasası, İş Yasası, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yasası, Özürlüler Yasası bulunmaktadır. Ancak kimi zaman, İlerleme Raporlarının girişinde yinelenen ilkeye karşın, yasa tasarılarına ilişkin değerlendirmelere de yer verildiği olmuştur.

İlerleme Raporlarının ilk dördünde, birinci kuşak haklar ile sınırlı değerlendirmelere yer verilmiştir. 1998-2001 yılları arasında, Komisyon bürokratları da, özellikle onayladığımız uluslararası sözleşmeler konusunda eksik inceleme ve değerlendirmeler yapmıştır. 2002 raporundan sonra ise, değerlendirmeler daha ayrıntılı bir nitelik kazanmış ve 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler ile zorunlu ve özel sosyal güvenlik rejimlerinde eşit işlem konusundaki yönergelere uyumdaki yetersizlikler yinelenmiştir. 2002 İlerleme Raporu ile, ayrımcılığa uğrayan kişi kesimleri arasında engelliler ve Romanlar da anılmaya başlanmış, böylece ayrımcılık mağduru hak özneleri yönünden bir genişleme olmuştur. Yine, kadınlar temelinde istihdam ve işsizlik oranları aktarılarak eleştiriler ortaya konulmuştur. Aslında, eşit davranma ilkesi, kanımca 1975'ten başlayarak kabul edilen yönergelerin ayrımcılık yasaklı cinsiyetlerarası eşit işlem ilkesini uygulamaya koymayı amaçlamış olmalarının da etkisiyle, temelde cinsiyet yönünden ele alınmış, bu bağlamda Medeni Yasa'nın getirdiği kimi yeniliklere ağırlık verilmiştir. 2002 İlerleme Raporu'yla birlikte, ayrımcılığa karşı savaşım, yürürlüğe giren 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergeler temelinde ele alınmış ve ayrıca, 2001'de kabul edilen ilk Türkiye Ulusal Programı da, değerlendirmelerde yer bulmaya başlamıştır.

İlerleme Raporlarında düzenli biçimde değinilen uyum konularından biri, öteki aday devletlerle birlikte ülkemizin de insan hakları sözleşmelerini onay durumunun izlenerek, yedi yıl boyunca bu alandaki ilerleme ve eksikliklerin belirtilmiş, 1998'den başlayarak onay tablosunun "karşılaştırmalı" biçimde liste olarak verilmiş olmasıdır. Bu liste, son olarak 2004 İlerleme Raporu'nda yer almış, izleyen yıllarda ise raporlara ek olarak konulmasından vazgeçilmiştir. İlerleme Raporlarında onaylanması isteği yinelenen belgeler arasında, özellikle -listenin ilk kez oluşturulduğu tarihte (1998'de) henüz kabul edilmediği için- listede yer almamış olmasına karşın İHAS'a ek 12 sayılı protokol ile Avrupa Konseyi belgelerinden olan *Bölgesel ve Azınlık Dilleri Avrupa Şartı* ve *Ulusal Azınlıkların Korunması İçin*

¹³⁵ 1998-2006 yılları arasında hazırlanan İlerleme Raporlarının, "kadın-erkek eşitliği ve ayrımcılıkla mücadele"yi de kapsayan sosyal politikayla ilgili saptama ve eleştirileri konusunda toplu bir inceleme için bkz.: Fuat Bayram, "Avrupa Birliği İlerleme Raporlarındaki (1998 - 2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekliliği Değişiklikler", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Ocak - Şubat - Mart 2007, Sayı: 13, s. 51-96.

Çerçeve Sözleşme bulunmaktadır. Sonuç olarak Şubat 2009 sonlarında, listede yer alan sözleşme ve protokollerden İHAS'a ek 4 ve 7 sayılı protokollerin sırasıyla 1992'de ve 1985'te imzalandığı ancak hala onaylanmadığı ve BM'nin işkencenin önlenmesi sözleşmesine ilişkin ek protokolünün de 14 Eylül 2005'te imzalandığı ancak onaylanmadığı görülmektedir. Raporlarda onaylanmadığı için eleştirilere konu olan İHAS'a ek 12 sayılı protokol de onaylanmış değildir.

Son yıllardaki İlerleme Raporlarında sürekli yinelenen önemli bir eleştiri de, 2000 yönergelerine uyum ve yönetsel kapasiteyi güçlendirme bağlamında, bir eşitlik biriminin (kurumunun) oluşturulmamış olmasıdır. Ancak raporlarda, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin etkili biçimde uygulanması bağlamında, AB yönergelerine ve Adalet Divanı kararlarına aykırı olmasına karşın, İş Yasası'nın ayrımcılık tazminatına getirdiği üst sınıra yönelik herhangi bir eleştiride bulunulmamıştır.

2007 ve 2008 raporlarında, "cinsel yönelim" temeline dayalı ayrımcılık bağlamında eleştiriler de yer almaya başlamıştır. 2007 İlerleme Raporu'nda; lezbiyen, eşcinsel ve travestilerce kurulan bir derneğin (LAMBDA) kapatılması tehlikesinin bulunduğu, dolayısıyla da cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa karşı "özel güvence" öngörülmediği belirtilmiş; 2008 raporunda da cinsel yönelime dayalı ayrımcılıkla ilgili sorunlara ve gelişmelere ağırlık verilmiştir. Anayasa'nın ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesini "sınırlı olmayan" nedenlere dayalı biçimde güvenceye almış olmasına ve "cinsel yönelim"e dayalı ayrımcılıkları da kapsamasına karşın, İlerleme Raporları bunu yeterli bulmamakta; bunun gibi "yaş" a dayalı ayrımcılıklar için de açık ve "özel" koruma getirilmesini zorunlu görmektedir. Bu yaklaşımın, denetim organlarının kararlarıyla da örtüştüğü söylenebilir.

Gerek İlerleme Raporları, gerekse Ulusal Programlar, uyumun salt AB müktesebatı ile sınırlı olmadığını, aynı zamanda onayladığımız uluslararası sözleşmeleri de kapsadığını belirtmektedirler. Bu bağlamda özellikle, 2003 katılım ortaklığı belgesinde, tüm bireylerin, insan haklarından ve temel özgürlüklerden "tam" olarak yararlanmalarının hukuk ve uygulama planlarında güvenceye bağlanmasında, Türkiye'nin onayladığı sözleşmelere yollama yapılmış olmasını anımsatmakta yarar vardır. Kanımca, sonraki belgelerde yer almasa da, uyumun uluslararası çerçevesinde "ulusüstü" bu sözleşmeler göz ardı edilemez.

Nitekim, 2008 Ulusal Programı'nda da, "öncelik 19.1"deki sendikal faaliyetler ve haklar ile sosyal diyalog konularında, "yürürlükteki AB mevzuatı" başlığı altında "87, 98 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri" ile "Avrupa Sosyal Şartı" da sayılmıştır.¹³⁶ Ancak bu yaklaşım, tüm öncelikler için benimsenmiş, daha doğrusu yinelenmiş değildir. Gerçekten, "AB müktesebatının iç hukuka aktarılmasına devam edilmesi ve iş teftişi de dahil olmak üzere, ilgili idari ve uygulamayı

¹³⁶ ABGS, TUP, 2008, s. 204-205.

yapıların sosyal ortaklarla işbirliği içinde güçlendirilmesi” başlıklı “öncelik 19.4”te, “yürürlükteki AB mevzuatı” olarak yalnızca AB yönergeleri yer almıştır. Oysa, 4857 sayılı İş Yasası’nda değişikliklerin ve örneğin “Hava İş Kanunu” çıkarılmasının da öngörüldüğü bu öncelikte, ayrımcılık yasağı ve yasa önünde eşitlik ilkesi konusunda uyum sağlanmasında; onayladığımız uluslararası sözleşmelerin, örneğin GG Avrupa Sosyal Şartı ve İHAS ile 100 ve 111 sayılı sözleşmelerin ve hiç kuşkusuz, BM’nin ikiz sözleşmelerinin de anılması gerekirdi.

İlk Ulusal Programda, onaylanan sözleşmelere ve AB müktesebatına gerçekten uyum iradesinin bulunduğu söylenemez. Bunun en açık kanıtı, 1475, 657, 2821 ve 2822 sayılı yasalardaki -ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi ile sınırlı olmayan- çok sayıda aykırı ve uyumsuz kuralın uyumlu olduğunun ileri sürülebilmiş olmasıdır. İlk üç İlerleme Raporu’nda aykırılıklar ciddi ve özenli biçimde saptanmadığı için, ilk Ulusal Program’da da, birkaç konu dışında, neredeyse “tam uyum var” yaklaşımı sergilenebilmiştir. Oysa Avrupa Komisyonu bürokratları, kısmi uyum sağlayan 4857 sayılı İş Yasası’nın henüz kabul edilmediği bu yıllarda, UÇÖ denetim organlarının 100 ve 111 sayılı sözleşmeler ile 87 ve 98 sayılı sözleşmelere ve Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nin de 1961 Sosyal Şartı’na ilişkin kararlarına göz atmış olsalardı, uyumsuzluğun gerçek boyutunu saptamaları hiç de zor olmazdı.

Kaldı ki, ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkesi konusunda AB yönergelerine “kısmi” uyum sağlayan 4857 sayılı İş Yasası’nın kabul edilmiş olması, uyumsuzluğun 2001 Ulusal Programı’nda gösterildiği gibi olmadığını ortaya koymuştur.

2002 İlerleme Raporu’nun öncekilere oranla daha ayrıntılı ve kapsamlı eleştirilere yer vermiş olmasının ardından çıkarılan 4857 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra gözden geçirilmiş biçimiyle uygulanmaya başlanan 2003 Ulusal Programı’nda; onaylanan sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi iradesi ortaya konmuş, ayrımcılık gözetmeksizin tüm insan haklarından yararlanmanın güvencelenmesi öngörülmüş, kadın-erkek eşitliğinin uygulamada sağlanmasına öncelik verileceği belirtilmiştir. Ne var ki, öngörülen takvime uygun olarak, “kısmen” uyum sağlandığı belirtilen AB yönergelerine tam uyumu gerçekleştireci anayasal ve yasal düzenlemeler yapılmamıştır. Gerek bireysel iş ilişkileri, gerekse toplu iş ilişkileri alanında, hem ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin -ve kuşkusuz sendikal hakların- ulusalüstü insan hakları hukuku ve AB müktesebatı ile bağdaşmayan uyumsuzlukları giderilmemiştir.

2008 Ulusal Programı’nda öngörülen düzenlemelerin yapılmasıyla da, geride kalan on yılı aşkın dönemde ortaya konulan “uyum ve uygulama iradesi”nin süreklilik taşıyaması, “tam uyum” sağlama konusunda içtenlikten uzak olunması, İlerleme Raporlarının yayımlanması öncesine odaklanması ve daha önce değinilen başka eksiklik ve yetersizlikleri nedeniyle, hem genel olarak ve hem de ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi bağlamında, uyum sorununun uzun yıllar gündemden düşmeyeceği açıktır.

ALTINCI BÖLÜM

**TÜRK ÇALIŞMA HUKUKUNDA
EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI**

ALTINCI BÖLÜM

TÜRK ÇALIŞMA HUKUKUNDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

Ayrımcılık yasağını ve eşitlik ilkesini, onaylanmayanları da kapsamak üzere, üyesi olduğumuz evrensel ve bölgesel kuruluşların kabul ettiği ve aynı zamanda AB hukuk ve müktesebatının “dolaylı” kaynaklarını oluşturduğunu düşündüğüm insan hakları sözleşmelerini pozitif hukuk ve özellikle aykırılıkları somut biçimde ortaya koyan içtihat hukuku bağlamında inceledikten sonra, çalışma hukukumuzu, temelde uyumsuzluk gerekçesiyle eleştiriler yöneltilen kurallarıyla sınırlı olarak, bir yandan ayrımcılık karşıtı ulusalüstü insan hakları hukuku, öte yandan da birincil ve ikincil kaynaklarıyla incelenen AB hukuku çerçevesinde ele almak gerekiyor.

Çalışma hukukumuzda ayrımcılık yasağını, daha doğru bir anlatımla “ayrımcılık yasaklı eşitlik ve eşit işlem ilkesi”ni, temelde, çalışma yaşam ve ilişkileriyle ilgili anayasal ve yasal kurullarla sınırlı olarak inceleyeceğiz. Bununla birlikte, konuyla ilgili olarak, Türk Ceza Yasası gibi başka yasalarda, yada engelliler gibi kimi kesimlere yönelik özel düzenlemelerde yer alan kurullar ile denetim organlarının kararlarında ve İlerleme Raporlarında uluslararası sözleşmelere yada AB hukukuna aykırılıkları belirtilip eleştirilen kimi yasaların ilgili kurullarına da yer vereceğiz.

Ayrımcılık yasağı, uluslararası hukuka ilişkin önceki bölümlerde örnekleriyle görüldüğü gibi, gerek Anayasalarda ve gerekse bağımlı çalışanların kamusal ve özel işverenlerle ilişkilerini düzenleyen bireysel ve toplu iş ilişkileriyle ilgili yasalarda, çoğu kez, “olumsuz” yönünü yansıttığı yasa önünde eşitlik yada eşit davranma (eşit işlem) ilkesi ile birlikte düzenlenmiştir.

I. ANAYASALARDA VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA YASA ÖNÜNDE EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

1982 Anayasası'nın eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusundaki “genel” ve “özel” yada “özgül” kurullarına değinmeden, genel olarak yasa önünde eşitlik ilkesini güvenceye alan ve 1961 Anayasası'ndan başlayarak “ayrımcılık yasaklı” boyutunu da kapsayan bir yaklaşımı benimseyen, ayrıca kimi özgül kurullara da yer veren önceki anayasal düzenlemelerin bu alandaki kurullarını kısaca anımsatmak yararlı olacaktır. ¹

¹ Bu konuda, Tanzimat öncesinden başlayarak geniş bilgi için bkz.: Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, YetkinYayını, Ankara, 2003, s. 86 vd. Anayasa metinleri konusunda bkz.: Server Tanilli, **Türk Anayasaları ve Mevzuat**, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980; Suna Kili / A. Şeref Gözübüyük, **Türk Anayasa Metinleri, Senedi İttifaktan Günümüze**, Türkiye İş Bankası Yayını, Ankara, 1985.

A. 1982 ANAYASASI ÖNCESİ

1. Kanun-u Esasi (1876)

Kanun-u Esasi, “Tebaa-i Devlet-i Osmaniyenin Hukuku Umumiyesi” başlıklı bölümündeki 17. maddesinde, tüm Osmanlıların yasa (hukuk) önünde eşitliği ilkesini aşağıdaki anlatımla düzenlemiştir:

“Osmanlıların kaffesi huzur-u kanunda ve ahval-i diniye ve mezhebîyeden maada memleketin hukuk ve vezâifinde mütesavidir.”²

2. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1924)

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, “Türklerin Hukuku Ammesi” başlıklı beşinci faslında yer alan 69. maddesinde, yasa karşısında (hukuk önünde) eşitlik ilkesine şöyle yer vermiştir:

“Türkler kanun nazarında müsavi ve bilaistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnurdur.”³

Eşitlik ilkesini, nedenlerini saydığı ayrımcılık yasağından söz etmeksizin, yani eşitlik ilkesinin olumsuz yönüne yer vermeksizin düzenleyen 1924 Anayasası, “yurttaşlık” temelinde dayalı ayırım gözetmiştir. Çünkü yasa önünde eşitliğin öznesi “herkes” değil “Türkler”dir. Türk ise, 88. maddede yurttaşlık bağı temelinde tanımlanmış ve “Türkiye’de din ve ırk ayırdedilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese ‘Türk’ denildiği” belirtilmiştir. Dolayısıyla, farklı din ve ırklardan olan ancak Türk vatandaşı olmayan kişiler için hukuk önünde eşitlik güvencesi söz konusu değildir.⁴

1924 Anayasası, 1876 Anayasası’ndan farklı olarak, zümre, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıklarının kaldırıldığını ve yasaklandığını belirtmiştir. Eşitlik ilkesinin doğal

² Kanun-u Esasi’nin 19. maddesi, tüm Osmanlı uyruklarının devlet memurluğuna girişte eşitliğine ilişkindir:

“Devlet memuriyetinde umum tebaa ehliyet ve kabiliyetlerine göre münasip olan memuriyetlere kabul olunurlar.”

³ 1924 Anayasası’nın 1945’te sadeleştirilen metninde 69. madde şöyle idi:

“Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır.”

Bkz.: **Düştur**, Cilt 26, s.170; **Resmi Gazete**, 15/1/1945, Sayı: 5905 (Kanun No: 4695, Kanun Tarihi: 10/1/1945).

⁴ 1924 Anayasası da, devlet memurluğuna girmede eşitlik ilkesini, 92. maddesindeki özgül bir kurala şöyle düzenlemiştir:

“Hukuk-u siyasiyeyi haiz her Türk, ehliyet ve istihkakına göre Devlet memuriyetlerinde istihdam olunmak hakkını hazidir.”

Ne var ki, 1924 Anayasası’nın tanıdığı yasa önünde eşitlik, siyasal haklar alanında geçerli değildi. Çünkü, 10 ve 11. maddelerin 1934 yılında yapılan değişiklikten önceki ilk metinlerinde, seçme ve seçilme hakları konusunda “cinsiyet” temelinde dayalı ayrımcılık gözetilmiş, kadınlar bu haklardan yoksun tutulmuştu.

gereği olan ayrıcalık yasağı, önce 1961’de ve sonra da 1982’de Anayasalarda yer almayı sürdürmüştür.

3. 1961 Anayasası

1961 Anayasası, “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı ikinci kısmın “genel hükümler” başlıklı birinci bölümünde yer alan “**eşitlik**” başlıklı 12. maddesinde, gerekçesinde de belirtildiği gibi, “genel olarak rastlanan formüllere uygun”⁵ bir yaklaşım ve anlatımla, ancak yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin “sınırlı” olmadığını açıkça belirtmeyen şu düzenlemeyi yapmıştır:

“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.”

Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.”

1961 Anayasası bu kuralıyla, yasa önünde eşitlik ilkesini ilk kez olumlu ve olumsuz yönlerini birlikte tanımlayarak 1924 Anayasası’ndan ayrılan bir yaklaşımla, eşitliğin kişiler yönünden uygulama alanını yurttaşlık bağıyla sınırlı tutmamış, bu güvenceden yararlanacak hak öznelerini, “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes” biçiminde tanımladığı “Türk”lere özgülememiştir.

1961 Anayasası, bu ilkeyi gerçekleştirmenin başlıca aracı olan ve genel eşitlik ilkesinin “olumsuz” yönünü oluşturan ayırım gözetme yasağına da yer vererek “ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi” olarak güvenceye alırken, 1924’e oranla ayrımcılık nedenlerini görece genişletmiştir. Ancak, ayrımcılık nedenlerini, insan hakları belge ve sözleşmelerinde olduğu gibi, ne “*özellekle*”, ne de “*ve benzeri nedenler*” yada “*başka herhangi bir durum*” gibi sözcüklere yer verdiği için, anayasal eşitlik güvencesinin olumsuz yönünü sınırlı tutmuştur.⁶ Ancak, yasa koyucunun bu çerçeveyi genişletmesine, ayrımcılığa karşı korumayı 12. maddede sayılan nedenlerin dışında da sağlamasına bir engel yoktur. 1961 Anayasası, başlıca esin kaynağı olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin, ayrımcılık yasağının dayandırılacağı nedenleri tüketici olmaksızın sayan kurallarından ayrılmıştır.⁷

12. maddedeki ilkenin “klasik eşitlik ilkesi” olduğunu ve “sosyal eşitlik kavramını içine almaz gibi görün(düğünü)” belirten, ancak “günümüzde artık sos-

⁵ Kazım Öztürk (Haz.), **1975 Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa**, Karşılaştırmalı Gereçekler ve İlgili Mevzuat, Bilgi Yayını, İkinci Basım, Ankara, Mayıs 1975, s. 33.

Belirtmeliyim ki, 12. maddenin kısa gerekçesinde, “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, (...) yer alan eşitlik prensibinin lüzumunu izaha ihtiyaç yoktur” denilerek, Evrensel Bildirge’den esinlenilmiş olmakla birlikte, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin örnek olarak sayıldığı Bildirge’ye ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne koşut bir düzenleme yapılmamıştır.

⁶ Bir üye, Anayasa Mahkemesi’nin aşağıda değinilen bir kararında, 12. maddenin bu yönünü farklı yorumlamıştır.

⁷ Karşılaştırmak için bkz. Birinci ve Üçüncü Bölümler, sırasıyla s. 50-54 ve 245-247.

yal eşitliği de içine alır biçimde anlaşılıyor ve uygulanıyor” olduğunu ekleyen Tanör, Türkiye’deki durumu değerlendirirken, 1961 Anayasası’nın “sosyal ilke ve kurallara ve sosyal haklara geniş bir şekilde yer vermiş olması(nın), klasik eşitlik ilkesinin (md. 12) sosyal eşitlik kavramı doğrultusunda yorumlanması gereğini belli ölçüde hafifletmiş sayılabilir(eceği)” görüşünü dile getirmiştir. ⁸ 1961 Anayasasının “iktisadi ve sosyal bakımdan zayıf olan kişileri, grupları korumak” amacıyla “temel haklar” arasına “sosyal ve iktisadi haklar”ı katıp güvenceye bağlamış olması,⁹ aslında 12. maddedeki eşitliği “klasik eşitlik” olmaktan çıkarmıştır. Ne var ki, öğretisi ve Anayasa Mahkemesi, eşitliği biçimsel eşitlik olarak yorumlamıştır.

Kanımcı 12. madde, yasa önünde eşitlik ilkesini kural olarak “herkes” için güvenceye alarak kişiler yönünden uygulama alanını sınırlandırmadığından, ilgili maddelerinde belirlediği hak öznelerinin, Anayasa’nın güvencesindeki tüm “temel” hak ve özgürlüklerden eşit koşullarda yararlanma haklarını da güvenceye bağlamıştır. Dolayısıyla, 1961 Anayasası’nın 12. maddesinde “eşit haklara sahip olma sözü geçmemekle beraber, (...) bireylerin eşit haklara sahip olduklarının anlatılmak istendiği sonucuna varılır” yolundaki görüş, ¹⁰ kanımcı da doğrudur.

1961 Anayasası, eşitliği yalnızca olumlu yönüyle ve kişiler açısından bir “temel hak” ¹¹ olarak güvenceye almakla yetinmemiştir. Hukuk önünde eşitlik, bu kimliğinin ötesinde “sadece bağımsız bir temel hak olmayıp, **tüm hukuk düzenine egemen olan genel bir hukuk ilkesidir**. Doğuşu itibarıyla yazılı olmayan, hukuka ait olan bu ilke, Anayasa’da yer almasaydı bile yine de geçerli olacaktı.” ¹²

1961 Anayasası, 1982 Anayasası’nda olduğu gibi, madde 12/1’de öngördüğü “ayrımıcılık yasağı ve eşitlik yükümlülüğü”nün yükümlülerini açıkça belirtmemiştir. Ancak, 8. maddenin 2. fıkrasına göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları” olduğundan, üç anayasal erkin yanı sıra, tüm yönetsel yetkililer ve

⁸ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayını, 1. Basım, İstanbul, Şubat 1978, s. 336 ve 337.

Tanör, B. N. Esen’e göndermede bulunarak, 12. maddenin “yasamayı sadece eşitsizlik yaratmamak değil, aynı zamanda eşitliği sağlayıcı yönde davranmak ödeviyle yüklediği(nin) de” ileri sürüldüğünü eklemiştir (s. 337).

⁹ TBMM, **T. C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35 (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu [5/7], Cilt 2, 1961, s. 7.

¹⁰ A. Can Tuncay, **a.g.y.**, s. 9-10.

¹¹ Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, YKY Yayını, İstanbul, 2001, s. 114; Yılmaz Aliefendioğlu, “Eşitlik İlkesi”, **Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1999, s. 86.

¹² A. Can Tuncay, **a.g.y.**, s. 23 (altını ben çiziyorum, MG).

kişiler (ister tüzel, ister gerçek kişiler olsun), 12. madde ile bağlıdırlar. ¹³ Daha açık bir deyişle, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi, aynı zamanda, özel yasalarında ayrıca öngörülmemiş olsa bile, genel ilke olarak çalışan-çalıştıran ilişkileri bağlamında da geçerlidir. Anayasa kuralı olarak, özel işverenleri de bağlar. Kanımca da, sağladığı yasa önünde eşitlik güvencesi, nedenleri sınırlı olan ayrımcılık yasağını aşan, kamu ve özel hukuk ilişkilerini kapsayan bir genişliktedir. ¹⁴

1961 Anayasası'nın, "Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" başlıklı 8. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve *kişileri bağlayan* temel hukuk kurallarıdır." Eşitlik ilkesinin, bir anayasal kural olarak, üç erk ile idare makamlarının yanı sıra "kişiler"i de bağladığının açıkça öngörülmesi, doğrudan etkisinin özel hukuk ilişkilerini de kapsadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, "Anayasa kurallarının (...) kişiler arasındaki ilişkilere, yani yatay ilişkilere de etkili oldukları" görüşünün, öğretilde genellikle benimsendiği belirtilmektedir. ¹⁵ 1982 Anayasası'nda da yer alan bu kural gereğince, eşitlik ilkesinin yükümlüleri arasında işverenler de bulunmaktadır.

B. 1982 ANAYASASI

1982 Anayasası, ayrımcılık yasağını içeren "olumsuz" boyutunu da kapsayan bir yaklaşımla 10. maddesinde güvenceye aldığı yasa önünde eşitlik ilkesi dışında, ayrımcılık yasağıyla doğrudan ve dolaylı ilgili başka "özümlü" kurallara da yer vermiştir. ¹⁶

¹³ Aynı görüş için bkz.: Sibel İncooğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 48. Yazının, bu konuda daha önce yayımlanan şu makalesine de bkz.: Sibel İncooğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2001, s. 48.

¹⁴ 1961 Anayasası'nın kimi maddelerinde, ayrımcılık yasağıyla ilgili özümlü kurallar da vardı. Örneğin, bunlardan biri, "çalışma şartları" başlıklı aşağıdaki 43. madde idi:

"Kimse, yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan bir işte çalıştırılmaz.

Çocuklar, gençler ve kadınlar, çalışma şartları bakımından özel olarak korunur."

1961 Anayasası'nın kamu hizmetlerine girme hakkını güvenceye bağlayan 58. maddesi ise, şöyle idi:

"Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."

¹⁵ Merih Öden, **a.g.y.**, s. 155 vd.

¹⁶ Eşitlik ilkesi, Anayasa'nın ayrıca incelenen eşitlik ve ayrımcılık yasağıyla ilgili "özümlü" kuralları dışında, kimi başka maddelerinde de yer almaktadır.

Örneğin Anayasa'nın "sürelili ve süresiz yayın hakkı"na ilişkin 29. maddesinin son fıkrası ile "parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma" başlıklı 68. maddesinin 3. fıkrası, eşitlik ilkesini aşağıdaki biçimde düzenlemiştir:

1. Yasa Önünde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Eşitlik, öncelikle 1982 Anayasası'nın "**Başlangıç**" bölümünde, ikinci kısım da güvenceye bağlanan, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmanın koşulu olan bir ilke olarak, şöyle yer almaktadır:

"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki **temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak** millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu."

1982 Anayasası Başlangıç bölümündeki bu kuralında, 10. maddeden farklı olarak, eşitlik ile temel hak ve özgürlüklerden yararlanma arasındaki bağı görmüş ve vurgulamıştır. Ancak, eşitlik ve sosyal adalet gereklerince Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerden yararlanacakların "herkes" değil "Türk vatandaşları" olduğunu belirtmiştir. "Maddi eşitlik kavramının, hukuki ve sosyal yönleri arasında sıkı bir ilişki olduğu kuşkusuzdur" diyen Öden'e göre, Başlangıçtaki bu kuralda geçen "eşitlik ve sosyal adalet gereklerince" ibaresi de, "maddi eşitlik kavramının hukuki ve sosyal yönleri arasındaki bu sıkı bağı ortaya koymaktadır." ¹⁷

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'na benzer biçimde, "*kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10. maddesinde yurttaşlık temeline dayalı bir "*özne sınırlaması*" getirmemiştir. Ancak, sistematik -yani eşitlik ilkesinin Anayasa'daki yeri- yönünden 1961 Anayasası'ndan ayrılan 1982 Anayasası, "*Genel Esaslar*" başlıklı birinci kısmında yer verdiği yasa önünde eşitlik ilkesini, 2004 yılında, AB'den müzakere tarihi alınmasından dört ay kadar önce 2. fıkra olarak eklenen kuralıyla birlikte, aşağıdaki biçimde düzenlemiştir.

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

"Sürelî yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından **eşitlik esasına** göre yararlanır (m. 29/3);

"Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, **eşitlik** ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez" (m. 68/3).

¹⁷ Merih Öden, a.g.y., s. 199.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ¹⁸ kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Önce belirtelim ki, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin 1. ve 3. fıkraları, yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesini, kimi farklılıklarla birlikte, 1876, 1924 ve 1961 Anayasalarındaki anlatımla güvenceye almıştır. 1982 Anayasası'nın kendisinden önceki bu düzenlemelere yaptığı olumlu katkı, hem “renk” temeline dayalı ayrımcılığa karşı da güvence sağlamış ve hem de özellikle, ayrımcılık nedenlerinin *örnek* olarak sayıldığını gösteren “**ve benzeri sebepler**” eklemesini yapmış olmasıdır. Ancak, kanımca birlikte okunması gereken Başlangıçta -ve uluslararası sözleşmelerde- açıkça öngörüldüğü gibi, eşitliğin öncelikle “hak ve özgürlüklerden yararlanmada” söz konusu olduğunu açıkça belirtmemiştir.

1982 Anayasası'nın, 1961'den ayrılarak, yasa önünde eşitlik ilkesine “*Genel Esaslar*” içinde yer vermiş olmasının, bu ilkeye “Anayasa'nın tümüne ve devlete egemen bir ilke” ¹⁹ niteliği kazandırdığı; bu düzenleme biçiminin, yani ilkenin Anayasa'daki yerinin, “eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşüne güç kat(tığı)” ²⁰ belirtilmiştir. Yasa önünde eşitlik ilkesinin demokrasinin vazgeçilmez üç ilkesinden birini oluşturduğunu vurgulayan 10. maddenin gerekçesi göz önüne alındığında, ²¹ “eşitlik ilkesinin Genel Esaslar Kıs-

¹⁸ 10. maddenin son fıkrasında, 9 Şubat 2008 tarihli ve 5735 sayılı yasayla bir değişiklik yapılmış; “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “**ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında**” ibaresi eklenmiştir.

Ancak 5735 sayılı yasa, Anayasa Mahkemesi'nin 5 Haziran 2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı kararıyla iptal edildiği için, bu yasanın, “uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve İptal Kararının sonuçsuz kalmaması için Kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar Anayasa Mahkemesi'nin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.:2008/16 (Yürürlüğü Durdurma) Kararı ile Yürürlüğünün Durdurulması hükmü altına alınmıştır.”

¹⁹ Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.y.**, s. 114.

²⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayını, Ankara, 2008, s. 149-150. Aynı görüş için bkz.: Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi Yayını, Şubat 2007, s. 105.

²¹ 10. maddenin gerekçesi şöyledir:

“Madde, **demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir**. İnsanın insan olması dolayısıyla **doğuştan bir değeri ve haysiyeti** vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar.

Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idari makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar.”

Bkz.: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Millet Meclisi Vakfı Yayını, Ankara, 1983, s. 12

mındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek gereklidir, tıpkı 2. ve 5. md'lerde belirtilen demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi.”²²

Kuşkusuz, Anayasa sistematikteki değişikliğe karşın, hukuk önünde eşitlik, hak özneleri için “temel hak” olma niteliğini sürdürmektedir²³ ve söz konusu değişiklik, ilkenin “normatif değerini azaltmamaktadır.”²⁴

1982 Anayasası'nın 10. maddesinde yapılan düzenlemenin içeriği konusunda yapılması gereken ilk saptama, 1961 Anayasası'nda da olduğu gibi, 1. fıkrada eşitlik ilkesine ayırım gözetme yasağıyla birlikte yer verilmiş olmasıdır.²⁵ Bu nedenle, 1. fıkradaki yükümlülüğü salt “eşitlik yükümlülüğü” olarak değil, ²⁶ “**ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü**” olarak tanımlamak daha doğru olur. Yasa önünde eşitliği “genel bir ilke” olarak kamu hukuku ve özel hukuk ilişkilerini kapsamak üzere güvenceye alan bu düzenlemede benimsenen yaklaşım,²⁷ genel olarak uluslararası belgelerde benimsenen yaklaşımla uyumludur: Eşitliği

22 Sibel Inceoğlu, **a.g.m.**, s. 48.

23 Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.y.**, s. 114; Ergun Özbudun, **a.g.y.**, s. 137.

24 Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Orion Yayını, Ankara, Ekim 2005, s. 178.

25 Erdoğan bu düzenlemedeki yaklaşımı, “Anayasa'nın 10. maddesi(nin) eşitliği hem negatif hem de pozitif olarak tanımlamış” olduğu biçiminde yorumlamaktadır (Mustafa Erdoğan, **a.g.y.**, s. 178).

Öden ise, Anayasa koyucunun, 1961 ve 1982 Anayasalarında yasa önünde eşitlik ilkesini ayrımcılık yasaklı boyutuyla birlikte düzenlemiş olmasını, “... kanun önünde eşitlik formülünü genişletilmiş ayırım yasağı formülüyle birleşik cümle yapısı içinde bir araya getirmiştir” diyerek açıklamaktadır. “1961 ve 1982 Anayasalarında, kanun önünde eşitlik ile özgül ayırım yasakları, yani iki ayrı önerme bileşik cümle yapısında birleştirilmiştir” diyen yazara göre, “temel önerme”, 1. fıkranın herkesin kanun önünde eşit olduğuna ilişkin bölümü, “yan önerme” ise, nedenleri sayılan ayrımcılık gözetmeme ile ilgili bölümdür. “Temel önerme ile yan önerme, çift görevli bir öge olan ‘gözetmeksizin’ sözcüğüyle bağlanmışlardır” (Merih Öden, **a.g.y.**, s. 129 ve 130).

Süzek de, Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemede, “kanun önünde eşitlik ve ayırım yasakları(nin) yani iki ayrı önerme(nin) bileşik cümle yapısında birleştirilmiş” olduğunu yazarak, *Öden*'in görüşünü paylaşmaktadır (Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 4. Bası, Beta Yayını, İstanbul, Ekim 2008, s. 398). Yine, “Anayasanın 10. maddesinin kanun önünde eşitlik ilkesi ile *belli* (altını ben çiziyorum) nedenlere dayalı ayrımcılık yasağını kapsayan bir düzenleme olduğu maddenin dilbilgisi açısından irdelenmesi sonucunda da anlaşılmaktadır” diyen *Yıldız* da, aynı görüşü benimsemiştir (Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayını, Ankara, 2008, s. 55 ve 56). Yıldız'ın, 10. maddede açıkça “ve benzeri sebeplerle” denilmiş olmasına karşın “belli nedenler”e dayalı ayrımcılıktan söz etmesi yanıltıcıdır.

Kanımcı bu düzenlemede, başka birçok uluslararası belgede de örneği bulunan (bkz.: Giriş ve öteki bölümler) bir yaklaşım benimsenerek, aynı ilke, birbirinin ayrılmaz parçası niteliği taşıdığıını belirttiğim olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte düzenlenmiştir.

26 Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.y.**, s. 115.

27 *Tuncay*, “Anayasamızın 10. maddesi(nin) sadece, yasama, yürütme ve yargı organlarını değil özel kuruluş ve kişileri de bağlayan temel bir eşitlik ilkesi getirmiş” olduğunu belirtmiştir (A. Can Tuncay, “Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu”, **AB - Türkiye ve Endüstri İlişkileri**, (Editör: Alpay Hekimler), Beta Yayını, 1. Bası, Ağustos 2004, İstanbul, s. 58).

gerçekleştirmenin başlıca aracı, öncelikle ayırım gözetilmemesidir. Kanımca, ayırım gözetme yasağına yer vermeksizin tanınmış olsaydı da, eşitlik örtük olarak ayırmıcılık yasağını içeren **üstün bir ilke**dir. Ancak Anayasa, düzenlemeyi olumlu ve olumsuz yönleriyle birarada yapmıştır. ²⁸

İkinci saptama, anayasal düzenlemede kişiler ve nedenler yönlerinden kapsamla ilgili olarak, herhangi bir sınırlamanın getirilmemiş olmasıdır. Yasa önünde eşitlik, önceden yada sonradan edindiği yada kazandığı özellikleri, durumu yada konumu ne olursa olsun, “**herkes**” için “genel” bir anayasal ilkedir, Anayasa güvencesine bağlanmış bir temel haktır. 1961 ve 1982 Anayasalarında, onayladığımız “ulusalüstü” insan hakları sözleşmelerinde de olduğu gibi, öznenin “herkes” olarak belirlenmiş olması da, aslında kişiler yönünden uygulama alanı bağlamında ayırmıcılık yapılmadığını içerir. ²⁹

Üçüncü olarak, ayırım gözetmeme yükümlülüğü, sınırlı olmaksızın sayılan nedenlerin dışında da geçerlidir. Bunu vurgulamaya yada açıkça belirtmeye yönelik “özellikle” yada “hiçbir” gibi terimler kullanılmamış olsa da, nedenlerin sonuna “**ve benzeri sebepler**” sözcükleri eklenmiş olduğu için, ayırım gözetmeksizin hukuk önünde eşitlik güvencesi, örneğin yaş, engel, ulusal yada etnik köken, cinsel yönelim gibi 1. fıkrada sayılmayan nedenlere dayalı ayırmıcılıkları da kapsar.

Anayasa'nın, ayırmıcılık yasağını da kapsayan yönüyle güvenceye aldığı eşitlik ilkesinin niteliği yada daha açık bir anlatımla, salt “biçimsel eşitlik” ile mi sınırlı olduğu, yoksa aynı zamanda “maddi eşitlik”i de mi kapsadığı konusu üzerinde durmakta yarar vardır. Bir görüşe göre, 10. maddedeki “bu hüküm eşitliğin sadece

Süzek de, 10. maddede yalnızca nedenleri sayılan “ayırım yasağı hallerini(n) mi yoksa genel anlamda eşit davranma borcunu(n) da mı güvence altına alındığı” sorununun çözülmesi gereken bir sorun olduğunu belirttikten sonra (Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 396); soruya, kanımca da doğru olan şu yanıtı vermektedir:

“Kanımıza göre, Anayasanın 10. maddesi **tüm hukuk düzenimizde geçerli**, bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir **eşitlik ilkesi** öngörmüştür. Başka bir deyişle, (...) bu madde, hem (...) **ayırım yapma yasağını** hem de bunun dışında kalan hallerde de **genel anlamda eşit davranma borcunu** düzenlemektedir.” (s. 397; vurguyu ben yaptım, MG).

28 Bu nedenle, 10. maddenin “ilk fıkrası(nın) **ayrımcılık yasağı** getir(diği)” görüşüne (Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.y.** s. 114) katılma olanağı yoktur. Bu görüş, 10. maddenin başlığı ile de bağdaşmaz.

Yine, şu görüş de, eşitlik ve ayrımcılık yasağının birbirinden farklı iki konu olduğu izlenimi yaratmaya elverişlidir:

“10. maddenin birinci fıkrası iki konuya dikkat çekmektedir. Birinci fıkrada hem genel olarak herkese uygulanacak olan **yasa önünde eşitlik ilkesi** yer almakta, hem de **dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep** ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmektedir.

Altı çizilerek belirtilen sebepler eşitlik ilkesinin çekirdek alanıdır.” (Sibel İncoğlu, **a.g.m.**, s. 48-49).

29 Eşitlik ilkesinin “yararlanıcıları” ve “muhatapları” konusunda bkz.: Merih Öden, **a.g.y.**, s. 150-157.

hukuki anlamıyla ilgilidir; dolayısıyla bundan ‘maddi’ veya ‘sosyo-ekonomik’ eşitlikle ilgili sonuçlar çıkarılamaz.”³⁰ Bu yaklaşım, aşağıda görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi kararlarında da benimsenmiş ve sürekli biçimde yinelenmiştir.

Kanımcıca, anayasal eşitlik ilkesini, sözel metninde böyle bir sınırlandırma yapma olanağı verebilecek hiçbir açıklık olmamasına karşın, içeriğini boşaltarak salt biçimsel anlamına indirgeyen bu görüşe katılmak olanaksızdır. Hukuk önünde eşitlik, aynı zamanda “hukuk” ve “uygulama” düzeylerindeki eşitliği kapsayan bir ilkedir ve bu ilke, ancak bu iki yönüyle gerçekleştirildiği zaman anlam taşır ve anayasal yükümlülük yerine getirilmiş olur. Biçimsel olarak eşitlik ve ayrımcılık yasağına uygun düzenlemelerin yapılması gerekli ancak yeterli değildir. Bu ilkenin “maddi eşitlik” yönünün tümünden yadsınması ve anayasal güvence dışında tutulması, Anayasa’nın tanıyıp güvenceye aldığı ekonomik ve sosyal haklardan “eşitlik koşulları” içinde yararlanılmasını büsbütün olanaksız kılar. Kaldı ki böyle bir daraltıcı ve “ultra-liberal” yorum, Türkiye’nin onayladığı “ulusalüstü” insan hakları sözleşmelerine ve yetkili denetim organlarının kararlarına da açıkça aykırıdır.

10. maddede geçen “kanun” teriminden genellikle benimsendiği gibi “hukuk” anlaşılıyorsa, bu kavramın öncelikle kişi hakları ve siyasal haklara ilişkin anayasal kurallar gibi ekonomik ve sosyal haklara ilişkin kuralları da kapsayacağı açıktır. Ayrımcılık yasaklı eşitlik, hak ve özgürlüklerden yararlanmada söz konusu olmayacaksa, özünden soyutlanmış, anlamsız ve işlevsiz bir ilkeye indirgenmiş olur.

Aynı yöndeki bir başka görüşe göre de, 1. fıkradaki “ayrımcılık yasağını keyfi ayrımlarla ilgili ve sınırlı olarak (*arbitrary distinction*) anlamak gerekir. Örneğin sosyal hakların (sosyal güvenlik, sigortalar vb) aynı anda herkese tanınmaması ya da bazılarının bundan yararlanamaması, ayrımcılık (keyfi ayrımcılık) oluşturmaz.”³¹ 10. maddeye 2004’te yapılan eklemelerden önce belirtilen bu yaklaşım da, eşitlik ilkesinin Anayasa’nın güvencesindeki tüm “temel” hak ve özgürlükleri kapsadığını göz ardı etmektedir. Kuşkusuz, sosyal haklardan kimileri, salt hukuksal düzenlemeler yapılmasıyla bir çırpıda gerçekleştirilemez. Ancak, kimi sosyal hakların nitelik olarak devletin düzenli ve kesintisiz biçimde alacağı somut ve olumlu edimlerle zaman içinde, “aşamalı” olarak gerçekleştirilebilir olması, anayasal eşitlik ilkesinin kapsamı dışında tutulmasını, eşitliğin yalnızca hukuksal / biçimsel eşitliğe indirgenmesini gerektirmez. Her iki yaklaşım, eşitlik ilkesinin hem özüne aykırı düşer, hem de ilkenin bütünsellik ve bölünmezliği ile bağdaşmaz.

10. maddeye 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı yasayla 2. fıkra olarak eklenen kural, temelde ilk fıkranın “genel” olarak ve her iki yönüyle birlikte düzenlediği ilkeyi, “cinsiyet” yönünden pekiştirmek, açıkça ve özel olarak belirtmek amacındadır. 2.

³⁰ Mustafa Erdoğan, **a.g.y.**, s. 178.

³¹ Marc J. Bossuyt’ten aktaran Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.y.** s. 114.

fıkranın ilk cümlesi, kanımca 1. fıkranın güvencesinde olan “cinsiyet” nedeniyle ayırım gözetmeksizin herkesin (yani kadınların ve erkeklerin) yasa önünde eşitliğini, haklardan eşit olarak yararlanma biçiminde somutlaştırarak yineleyip güçlendirmiştir.

Ancak, 2004 Anayasa değişikliklerinde 10. maddeye eklenen 2. fıkranın getirdiği asıl yenilik ve sağladığı katkı, kanımca 2. cümlesindedir. 1. fıkrada devletin genel eşitlik ilkesi karşısındaki yükümlülüğü açıkça belirtilmemiştir. Oysa bu cümlede, kadınların ve erkeklerin “haklar yönünden eşitliği”ni yaşama geçirmenin devlete düşen anayasal bir yükümlülük olduğu açıkça öngörülmüştür. Bunun anlamı, devletin, haklar yönünden cinsiyet temeline dayalı ayrımcı kural ve uygulamaları ortadan kaldırması, somut edimde bulunarak söz konusu eşitliği soyut bir kavram olmaktan çıkarması, “biçimsel” eşitliği hak ve özgürlüklerden eylemli olarak yararlanan somut bir gerçekliğe, olgusal eşitliğe dönüştürmesidir. Devletin bu yükümlülüğü, gerektiğinde, kadınlar ve erkeklerin hak ve özgürlüklerden eylemli olarak yararlanmalarında derin eşitsizliklerin bulunması durumunda, kadınlar yararına “olumlu eylem”de bulunmasını, uluslararası sözleşmelerin diliyle “özel geçici önlemler”i de kapsar. Örneğin *Özbudun*’a göre, “bu eklemeye, devletin kadınlar lehine ayrımcılıkta bulunması mümkün kılınmıştır.”³² *İnceoğlu*’na göre de, bu fıkrayla devlet, “kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğünü de üstlenmiştir. Diğer bir deyişle bu konuda pozitif yükümlülüğü vardır.”³³ Buna karşılık, ikinci cümlenin, “devlete kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde sadece genel bir ödev yüklemekte, ancak somut bir emir verememekte” olduğu görüşü,³⁴ yapılan düzenlemeyi anlamsız ve işlevsiz kıldığından kabul edi-

32 Ergun Özbudun, **a.g.y.**, 2008, s. 151. *Yazıcı*’ya göre de, 10. maddeye 2004’te eklenen kural, “kadınlar lehine pozitif ayrımcılığa olanak tanıyan bir hüküm”dür (Serap Yazıcı, “Eşitlik İlkesinin Değişen Dinamiği Çerçevesinde Kadın Hakları”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 523).

33 Sibel İnceoğlu, **a.g.m.**, s. 49.

34 Mustafa Erdoğan, **a.g.y.**, s. 180.

Yazar, kendisinin kaleme aldığı açıklanan bir yayında da görüşünü yinelemiştir; 10. maddeye yapılan eklemenin, bu maddenin “normatif etkisinde bir değişiklik yaratmış olduğu(nun) söylene-me(yeceğini)” ileri sürerek, bunu “kadın-erkek eşitliği(nin) bu maddenin cinsiyet ayırımı da yasaklayan ilk fıkrasının anlamında mündemiç” olması ile açıklamıştır. Ek kuralın ise, “hukuk kurallarıyla kadınlara sadece erkeklerden daha az hak verilemeyeceğini göster(diğini)” ve ikinci cümlenin de, “devlete kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde sadece genel bir ödev yüklediğini”, ancak somut bir emir verme(diğini)”; bunun, kadınlara erkeklerden daha fazla hak tanımak yerine, onların durumunu genel olarak iyileştirici sosyal tedbirler alınmasını gerektiren bir program hükmü niteliğinde” olduğunu savunmuştur (**İnsan Hakları**, Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayını), 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 86).

Cinsiyetlerarası her tür eşitsizliğin, yalnızca “sosyal” değil aynı zamanda siyasal, ekonomik, eğitsel vb nitelikli olumlu önlemlerle aşamalı olarak kaldırılması ve elde edilen (edilmesi gereken) somut sonuçlarla olgusal eşitliğin sağlanmasına değin sürdürülmesi yükümlülüğü getiren 2. fıkraya ilişkin bu görüşe katılmadığımı yineleyorum.

lemez. Kanımca bu düzenleme, yalnızca “olumlu ayrımcılık” için anayasal bir dayanak oluşturmaz. Bunu da kapsamak üzere, hukuksal plandaki yasakların kaldırılmasından başlayıp, uygulamada siyasal, sosyal, kültürel, ekonomik vb. alanlarda karşılaşılan çeşitli engellerin kaldırılmasını, örneğin eğitim ve duyarlılık kampanyaları hazırlanmasını, bu amaçlarla somut politikalar belirlenmesine ve izlenmesine değin uzanan geniş bir yükümlülükler dizisini kapsamaktadır. Bu yükümlülük, her aşamada daha fazlasıyla elde edilmesi gereken “somut sonuçlar”la, eşitliğin uygulamada gerçekleştirilmesine değin sürekli çaba gösterilmesini gerektiren bir yükümlülüktür.

Söznel ve karşıt kavram yorum yöntemlerine başvurarak, devletin eşitlik yükümlülüğünün salt 2. fıkrayla sınırlı olduğu da savunulamaz.

Eşitliği gerçekleştirmenin önündeki engellerden biri de, kimi kişilere, kümelere yada sınıflara tanınan yada tanınacak olan ayrıcalıklar olduğundan, 3. fıkra bunu yasaklayan bir kural koymuştur. Ayrımcılık yasağı gibi eşitlik ilkesinin ayrılmaz bir parçası olan ayrıcalık yasağı, 1924’ten beri anayasal bir kuraldır.

Devletin yasa önünde eşitlik ilkesi karşısındaki konumu, yani “**ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlüleri**”, 10. maddenin yeni olan son fıkrasında düzenlenmiş, böylece 11. maddedeki anayasal bağlayıcılık pekiştirilmiştir. Bu ilkeyi öncelikle uygulama, ona uyma ve uyulmasını sağlama yükümlülüğü, kuşkusuz devlete düşer. İlkenin temel yükümlüsü olan devletin, her düzey ve nitelikteki tüm organ ve görevlileriyle yasa önünde eşitlik ilkesine uygun davranması gerekir. “*Devlet organları ve idare makamları*” için öngörülen bu yükümlülüğün, ilkenin ayırım gözetmeme boyutunu da kapsadığı kuşkusuzdur. Daha açık bir anlatımla, yasa önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü, 1. fıkrada açık uçlu olmak üzere sayılan nedenlere dayanan ayrımcılık yapılmamasını da kapsar. 4. fıkranın belirttiği yükümlüler, yasamayı, yürütmeyi ve yargıyı kapsar. Yasama, anayasal ve yasal düzenlemeler yaparken, yürütme ve yönetim yasaları uygularken ve bu amaçla değişik düzey ve niteliklerde düzenlemeler yaparken ve uygulamalara girerken, yargı da kararlarını oluştururken hukuk önünde eşitlik ilkesiyle bağlıdırlar. Yasa yapıcıların, yasa uygulayıcıların ve yasa yorumlayıcıların, 10. maddenin tüm kurallarına uygun davranması anayasal bir buyruktur. Eşitliğin, devlet yönetiminin tümüne dayatılmış bir ilke sayılmasının nedeni, 4. fıkradaki bu kuraldır. 4. fıkra, eşitlik ilkesine uyma yükümlülüğünün kapsamını belirlerken “bütün işlemler”den söz etmiştir. Kanımca, devlet organları ve idare makamlarının işlemlerinin yanı sıra, tüm “eylem ve uygulamaları” da, eşitlik ilkesine uygun olmak zorundadır.

Öte yandan bu yükümlülük, devletin, işverenlerin de hukuk önünde eşitlik ilkesine uygun davranmasını sağlamasını da kapsar. Değişik bir anlatımla, eşitlik yükümlülüğünün işverenleri bağlamadığı düşünülemez. Aslında, eşitlik yükümlüleri, 10. maddenin 1. fıkrası gereğince, “*devlet organları ve idare makamları*”nı

aşan bir genişliktedir. 4. fıkra, kamusal yükümlüleri açıkça ve özel olarak belirtmiş, ancak sınırlı olarak saymamıştır.

Kanımcı, 10. maddenin son fıkrası yasa önünde eşitlik ilkesinin yükümlülerini belirtmemiş olsaydı bile, “Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü”nü düzenleyen 11. madde nedeniyle belirtilen üç anayasal erkin ve geniş anlamda yönetimin ve özellikle yasaların uygulanmasıyla görevli kişilerin, anayasal bir “hüküm” olan yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağlı olacaklarına kuşku yoktur. Bu anayasal ilke, herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı alanlar yada kişiler için de geçerlidir ve yükümlüler kapsamı daha geniş olan 11. madde gereğince 10. madde kuralı; “yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını **ve diğer kuruluş ve kişileri** bağlayan temel hukuk kuralıdır.”

Kanımcı, gerek 10. maddenin son fıkrasında öngörülen yükümlüler ve gerekse 11. maddede Anayasa kurallarıyla bağlı olduğu sayılanlar öncelikle ve temelde devlet erk ve organları olmakla birlikte, 11. maddede geçen “... ve diğer kuruluş ve kişiler” kapsamında özel kesim kuruluşları ve (tüzel ve gerçek) kişileri de bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, yasa önünde eşitlik, “genel” bir ilke ve Anayasa kuralı olarak işverenleri ve sendikal örgütleri de bağlar. *Ulucan*’ın belirttiği gibi, “Anayasa eşitlik ilkesini salt bir kamu hukuku kurumu olarak görmemekte, **özel hukuk ilişkileri bakımından da geçerli bir temel ilke olarak benimsemektedir.** (...) Bu temel ilke, İş Hukuku alanında iş yasalarındaki düzenlemelerle veya kabul gören bir temel ilke olan *eşit işlem yapma ilkesi* olarak işverenin hareket alanını sınırlayan veya biçimlendiren bir kurum olarak somutlaşmaktadır.”³⁵

Ancak *Ulucan*; madde 48’deki çalışma ve sözleşme özgürlüğü, madde 17’deki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve madde 35’teki mülkiyet hakkı ile “açık bir çelişkinin ortaya çıkması olasılığı(nın) artacağı” gerekçesiyle, “**eşitlik ilkesini özel hukuk (iş hukuku) alanında kamu hukukunda olduğu kapsamda ve genişlikte uygulamak mümkün değildir**” görüşünü savunmaktadır.³⁶

Kanımcı, bu görüş tartışmaya açıktır ve anayasal eşitlik ilkesinin özellikle işçi-işveren yada çalışan-çalıştıran ilişkilerinde anayasal içerik ve özünden uzaklaştırılmasına olanak verebilecektir. İşveren de, Anayasa’nın 11. maddesindeki “diğer ... kişiler”den biri olarak, 10. maddedeki içeriğiyle yasa önünde eşitlik ilkesini işyerinde ve işletmesinde uygulamakla ve yaşama geçirmekle yükümlüdür.

³⁵ Devrim *Ulucan*, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, Cilt 5, Sayı 3, 2000, s. 192 (altını ben çiziyorum, MG).

³⁶ a.y. *Ulucan*, bu görüşünü Alman öğretisinden bir alıntıyla desteklemektedir (s. 192, dipnot 2).

Nitekim Ulucan aynı makalesinde, Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararına değindikten sonra, aktarılan görüşüyle çeliştiğini düşündüğüm şu görüşleri dile getirmiştir:

“Hukukumuzda da yukarıda belirtildiği gibi AY m. 10, eşitlik ilkesi bakımından getirdiği ölçüler ile bir bakıma *mutlak* bir ayrımcılık yasağı getirmiş bulunmaktadır. Bu yasak hem kamu hukuku bakımından **hem de özel hukuk ilişkileri bakımından geçerlidir**. Kriterler oldukça açıktır (:): işveren işçiyi **işe alırken**, çalışma koşullarını belirlerken ve işçinin işine son verirken kesin olarak onu dini inançlarından veya konuştuğu dilden veya mensup olduğu ırk'tan dolayı açık bir biçimde ayrı işlem yapamaz. Bu anlamda ayrımcılık yasağı bir bakıma mutlaktır.”³⁷

Ulucan'ın 10. madde konusundaki görüşünü aktaran Keser'e göre de, “iş hukuku alanında işverenin eşit işlem borcunun Anayasal anlamda mutlak bir eşitlik anlamı taşımadığı, ancak kanuni düzenlemelerde yer alan esaslar dahilinde, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü zedelemeyen bir borç olduğu kabul edilebilecektir.”³⁸

Kanımcı, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesini işverenler yararına zayıflatan yada esneten ve sözleşme özgürlüğünü, üstün bir ilke olarak tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmada uyulması ve devletçe, işverenlerce de uyulmasının sağlanması gereken eşitliğin üzerine çıkaran -ve aşağıda iş hukuku öğretisinden başka örnekleri de verilecek olan- bu görüşler kabul edilemez.

2. Özel Olarak Korunan Kişi Kesimleri ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'nın “çalışma şartları ve dinlenme hakkı”nı düzenleyen 50. maddesi, ayrımcılık yasağıyla dolaylı ilgisi bulunan kurallara yer vermiştir. 1. ve 2. fıkralarda, yaşı, cinsiyeti ve gücü nedeniyle “özel olarak korunması” gerektiğini düşündüğü kimi kişi kesimleri için aşağıdaki düzenlemeyi yapmıştır:

“Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.

Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

³⁷ Devrim Ulucan, **a.g.m.**, s. 194 (altını ben çiziyorum, MG).

Bu arada, “işe alırken” sözcüklerinin altını çizmiş olmamın nedeni; yazarın, anayasal bir ilke olan ayrımcılık yasakı yasa önünde eşitlik ilkesinin, “iş ilişkisi”nin sözleşmenin biçimsel olarak kurulmasından önceki aşamasını (işe almayı) da kapsadığı görüşünü benimsemiş olduğunu vurgulamaktır. Bunun, İş Yasası'nın 5. maddesinde güvenceye alınan eşit davranma ilkesinin kapsamıyla ilgili olarak paylaştığım bir görüş olduğunu belirtmem gerek yoktur (s. 597 vd).

³⁸ Hakan Keser, “4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş**, Cilt 7, Sayı 3, 2004, s. 60.

Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.

Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.”

50. maddenin 2. fıkrasındaki kuralla; küçükler, kadınlar ve -1961 Anayasası'nın 43. maddesinde yer almayan- engelliler için, çalışma koşullarının, “özel” olarak korunmaları amacıyla ayrıca düzenlenmesi, genel nitelikli yasal düzenlemelerde özel koruyucu kurallar öngörülmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Dolayısıyla, anılan kesimlere ilişkin bu nitelikteki kurallar, yaş, cinsiyet ve engel nedenleriyle ayrımcı sayılmayacaktır. Kanımca bu kural, 10. maddenin 1. fıkrasındaki ayrımcılık yasaklı genel eşitlik ilkesinin “mutlak eşitlik” anlamı taşımadığını, eşitliğin -kimi koşullarla- istisnalarının bulunabileceğini de göstermektedir. Öte yandan, Anayasa'nın öngördüğü “özel olarak koruma”nın anlamı, bu üç kesim için “olumlu ayrımcılık” yapılmasının bir anayasal buyruk niteliği taşımasıdır.

Eyrenci-Taşkent-Ulucan'a göre bu düzenleme, “eşitliği sağlamaktan çok, sosyal korumayı hem devlet, hem de (...) işverenler bakımından bir yükümlülük olarak görmektedir.”³⁹ Bu görüş, ilkece doğrudur. 10. maddenin 1. fıkrasında geçen “cinsiyet” ile 1. fıkra da belirtilmeyen -ama “ve benzeri sebepler” kapsamında olduğu kuşku götürmeyen- “yaş” ve “engel” temellerine dayanan “çalışma koşulları” ile ilgili olan ve uygulamadaki eşitsizlikleri hafifletmeye ve giderek kaldırmaya yönelik “özel koruma önlemleri” alınması ayrımcılık oluşturmaz ve 10. maddeye aykırı düşmez. Bunlar, sosyal devletin gereği olan sosyal politika önlemleridir. Örneğin, 111 sayılı sözleşme de, özel koruma önlemlerini ayrımcılık istisnaları arasında saymıştır.

50. maddenin “2. fıkrasının” Anayasa'dan çıkarılmasını isteyen *Bakırcı*'ya göre bu düzenleme ile, “kadınlar, fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhi yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tabi kılınarak, eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulmuştur.”⁴⁰ *Bakırcı*'nın, “2. fıkra AY'dan çıkarılmalı” demiş olmakla birlikte, ortaya koyduğu gerekçeden bu fıkranın tümünün değil, yalnızca “kadınlar”ın çıkarılmasını önerdiği sonucu çıkarılabilir.

3. Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'da ayırım gözetme yasağının “özel” olarak öngörüldüğü bir başka hak da, 70. maddede güvenceye bağlanan “kamu hizmetlerine girme hakkı”dır. Bu hakkı, 1961 Anayasası'nda da olduğu gibi “yurttaşlık” temelinde ve eşitlik ilkesi-

³⁹ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.y.**, s. 144.

⁴⁰ Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 8, Aralık 2007, s. 23.

ne uygun olarak tanıyan 70. madde, 10. maddede öngörülen yasağa karşı belirlenen nedenlere dayalı ayrımcılık yapılmasına “istisna” olarak yer vermiştir:

“Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”

Anayasa, 66. maddenin “Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes” biçiminde tanımladığı “Türk vatandaşları”nın kamu hizmetlerine alınmasında, yalnızca “görevin gerektirdiği nitelikler”e dayanan ayrımcılıklara olanak tanımıştır. Bu durumda, örneğin insan hakları belgelerinde ve Anayasa’nın 10. maddesinde sayılan ırk, renk, cinsiyet, din ve/yada inanç, siyasal yada felsefi görüş gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklar, kamu hizmetlerine girme hakkı için de yasak kapsamındadır. Bu nedenlerin, “görevin gerektirdiği nitelikler” olduğu ileri sürülemez. Buna karşılık, öğrenim düzeyi, öğrenimin niteliği, yaş, engel, vb nedenler, “görevin gerektirdiği nitelikler” olarak değerlendirilip kimi sınırlamalar getirilebilecek, 10. madde anlamında ayrımcı sayılmayan düzenlemeler yapılabilecektir. Ancak, Anayasa’nın tanıdığı bu olanaktan yararlanırken, ayırım gözetmeye ilişkin kuralın “istisna” olduğu ve dar yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır. Yine, görevlerin de çok çeşitli olması nedeniyle, farklı nitelikler gerektirebileceği açıktır. Ayrıca, kamu hizmetlerine girme hakkı konusundaki ayrımcılık yasağı, farklı statülerde (memur, işçi, sözleşmeli) hizmete alınacak herkes için geçerlidir.

Öte yandan, Anayasa’nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesi, kamu hizmetlerine girme hakkını da kapsayan “genel” bir ilke olduğundan, görevin gerektirmediği nedenler açısından ayrımcılık yapılması 10. maddeye aykırı düşer. Başka bir anlatımla, kamu hizmetlerine girme hakkı, 10. maddenin koruması altındadır.

Kamu hizmetlerine girme hakkı bağlamında sözü edilen “görevin gerektirdiği nitelikler”, yalnızca kamu hizmetlerinde değil, İş Yasası anlamında “iş ilişkileri”nde de ayrımcılık yasağına aykırı sayılmayan düzenlemeler için haklı neden sayılabilir. 111 sayılı sözleşmeye ve başka uluslararası sözleşmelere göre, belirli bir işin gerektirdiği niteliklere dayalı farklı işlemler ayrımcılık tanımının kapsamı dışında kalır.

C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA

EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

Anayasa Mahkemesi, 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde, sırasıyla 12. ve 10. maddelerde tüm hukuk düzeni için geçerli olmak üzere güvenceye alınan “ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi”ne ilişkin kararlarında, genel olarak eşitliğin anlamı, ilişkili olduğu öteki ilkeler ve başka konular üzerindeki görüşlerini belirtmiştir. Bu davalar arasında, 3008, 1475 ve 4857 sayılı İş Yasalarının değişik kurallarının iptal edilmesine ilişkin olanlar da bulunmaktadır.

1. 1982 Anayasası Öncesindeki Kararlar

Tanör'e göre Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında, sosyal ilke ve hakları güvencelemiş olması nedeniyle, yasa önünde eşitlik ilkesini "daha çok kendi klasik çerçevesi içerisinde ele almak eğilimindedir." ⁴¹ Ancak bu eğilim, daha sonra da, değişmediği gibi güçlenerek sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinin ilk yıllarında verdiği **21 Ekim 1963 tarihli kararında**, ⁴² 12. maddedeki yasa önünde eşitlik ilkesinin anlam ve içeriği konusunda herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Türkiye İşçi Partisi'nin açtığı davada, 25 Ağustos 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Yasası'nın yürürlükten kaldırdığı 3008 sayılı ve 8 Haziran 1936 tarihli ilk İş Yasası'nın 25 Ocak 1950 tarihli ve 5518 sayılı yasayla değiştirilen kimi kurallarının iptal edilmesi istenmişti. ⁴³

Yüksek Mahkeme, 5518'le değişik 3008'in, işçi sayısı ve işlerin niteliği ölçütleri temelinde uygulama alanının sınırlandırılmasına ilişkin madde 1/1 ile madde 2/A, C, Ç ve D fıkralarındaki kurallarını, Anayasa'nın başka kurallarının yanı sıra, 12. maddesine de aykırı bulmamış, "eşitlik hakkını zedeleyici nitelikte görme(miştir)." ⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'ne göre:

"Zira bu fıkraların hükümleri kişileri değil, belli nitelikteki iş kollarını veya iş yerlerini hedef tutmaktadır. Bu sebeple bu hükümleri **kışi hakları ile ilgili görmek doğru olmaz**. Yukarıda belirtildiği üzere bu ayrımlar, **memleketin sosyal ve ekonomik yapısının imkânları** gözönüne alınarak bir kısım iş kolları ile belli nitelikteki iş yerlerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına imkân görülmemiş olmasından ileri gelmektedir.

41 Bülent Tanör; **a.g.y.**, s. 337. Ancak Tanör, Anayasa Mahkemesi'nin, "klasik eşitlik ilkesini sosyal hak yasalarına uyguladığı(nın) ve bu yasaların hak sahibi kıldığı kimseler arasında yaratılan farklı durumları eşitlik ilkesine aykırılıkları nedeniyle iptal ettiği(nin) de görülmekte" olduğunu, örneklerini verdiği 1972 tarihli üç karara dayanarak belirtmiştir (s. 338).

42 Esas No: 1963/172, Karar No: 1963/244, Karar tarihi: 21/10/1963; **Resmi Gazete**, 1.2.1964, Sayı:11622; <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-244.htm>.

43 Türkiye İşçi Partisi açtığı bu davada, "3008 sayılı İş Kanununun 5518 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin birinci fıkrasının, 2 nci maddesinin A, C, Ç, D fıkralarının 38 inci maddesinin birinci fıkrasının, 72., 73., 75., 127., 128., 129., 130., 132 nci maddelerinin ve ayrıca diğer bazı kanunların bir kısım hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu"nu ileri sürmüştü. Bunlar arasında, Anayasa'nın 12. maddesi de vardı.

44 Belirteyim ki Anayasa Mahkemesi'nin; 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Yasası'nın birçok maddesinin, hem Anayasa'nın aralarında 10. ve 11. maddelerinin de bulunduğu çeşitli maddelerine ve hem de 158 sayılı UÇÖ sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürerek CHP'ce açılan "iptal" ve "yürütmenin durdurulması" istemli davada verdiği **19 Ekim 2005 tarihli kararı**, bu yasanın iş güvencesine ilişkin kurallarından yararlanılmasını ayrımcı nitelik taşıyan koşullara bağlı tutan 18. maddesinin incelendiği bölümde ele alınmıştır (s. 614 vd).

O halde herhangi bir kişi, İş Kanununun(un) kapsamına giren bir iş kolunu ve iş yerini seçtiği zaman İş kanununa tabi olacak, bunun dışında kalan iş kolunu veya iş yerini seçtiği zaman da bu kanuna tabi olmayacaktır. Şu duruma göre bir vatandaşın İş Kanunundan yararlanıp yararlanmaması seçtiği İş koluna veya iş yerine bağlı olduğuna ve böylece olayda kişinin iradesi hâkim olduğuna göre ortada Anayasa'nın 12 nci maddesindeki (Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.) şeklinde ifade edilen **eşitlik ilkesine aykırı bir durum söz konusu bulunmamaktadır.**"

Anayasa Mahkemesi kararını, ülkenin sosyal ve ekonomik yapısının sınırlı olanaklarıyla temellendirerek kişi haklarıyla ilgili olmadığı görüşünü benimsemiş ve ayrıca, yasadan yararlanmada işkolunu yada işyerini seçerek kişilerin kendilerinin belirleyici olduğunu ileri sürmüştür. Oysa, iptali istenen kurallar, ⁴⁵ yasanın koruyucu kurallarının uygulama alanını daraltan, daha açık bir anlatımla işçi sayısı ve işyeri büyüklüğü ile işin niteliği temellerine dayalı ölçütlerle birçok işçiyi yasa kapsamı dışında bırakan kurallardır. Dolayısıyla bu işçilerin, yasadaki öngörülen haklardan yararlanmaları söz konusu değildir. Bu da, iptali istenen kuralların, hem yasadaki kişi haklarıyla ilgili olduğunu, hem de kapsam içinde ve dışında bırakılan işçiler arasında eşitsizlik yarattığını ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi, **29 Kasım 1966 tarihli kararında;** ⁴⁶ 12. maddenin ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 1. fıkrası ile ayrıcalık yasağı öngören 2. fıkrasının, "bugün için, **bir bütün meydana getir(diyeni)**", ⁴⁷ 2. fıkranın bir tek kişiye veya birtakım topluluklara, aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımak yoluyla Kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesini yasak etmekle birinci fıkra hükmünü başka bir yönden açıkladığını" belirtmiştir. Ne var ki Mahkeme, yasa önünde eşitlik ilkesinin, olumsuz ve olumlu yönleriyle bir "bütün" oluşturduğunu, "bölünmezlik" özelliğini vurgulamış değildir; vurgulanan, ayrımcılık ve ayrıcalık yasaklarının bütünlüğüdür.

⁴⁵ Örneğin, 3008 sayılı İş Yasası'nın 5518 sayılı yasayla değişik bu kurallarından biri (m. 1/1), uzun yıllar tartışılan ve çok sayıda düzenlemeye konu olan "işçi-memur ayrımı" sorununun kökeninde olan işçi tanımıyla ilgili idi:

"Bir iş akdi dolayısıyla, başka bir şahsın işyerinde bedenen veyahut bedenen ve fikren çalışan kimseye 'işçi' denir."

Madde 2'deki Ç fıkrası da şöyle idi:

"Deniz ve hava nakliyatı ile tarım işlerinde bu kanun hükümleri uygulanmaz. (...)"

⁴⁶ Esas No: 1966/11, Karar No: 1966/44, Karar tarihi: 29/11/1966, **Resmi Gazete**, 27.12.1967, Sayı: 12787.

⁴⁷ Bu ve izleyen sayfalarda yer alan alıntılardaki tüm vurgular benimdir (MG).

Buna karşılık Yüksek Mahkeme, yasa önünde eşitlik ilkesinin, daha sonra “yerleşik içtihat”⁴⁸ niteliği kazanacak anlam ve içeriğini, karşılaştırmalı kimi somut örnekler vererek açıklamıştır. Mahkeme, eşitlik kavramının başlıca öğelerini kapsadığı söylenebilecek bu kararında, “haklı neden”e dayanan farklı işlemlerin eşitlik ilkesine aykırı düşmeyeceğinin de altını çizmiştir. Ancak, 1982 Anayasası döneminde verdiği başka kararlarında da örnekleri görüleceği üzere, eşitlik hakkının özneleri olarak “herkes” yerine “yurttaşlar”dan söz etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre:

“ (...) Kanun karşısında eşitlik demek, **bütün yurttaşların hepsinin, her yönden aynı hükümlere bağlı tutulmaları demek değildir.** Bir takım yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları **haklı bir nedene** dayanmakta ise, böyle bir durumda Kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez. İnsanlar arasında yaradılış veya çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Örneğin, bir kadınla bir erkeğin, sakat bir kimse ile sağlam bir kimsenin, askerlik yükümü bakımından, bir zenginle bir orta halli kimsenin belli bir vergi yükümü bakımından çok başarılı bir öğrenci ile orta başarılı bir öğrencinin başarılı öğrencilere ödenmesi gerekli bir yardım parası alacağı bakımından; başka başka hükümlere bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırı olamaz; çünkü bu ayrı tutma, haklı nedenlerin sonucudur.”

Anayasa Mahkemesi, oybirliğiyle aldığı **19 Haziran 1969 tarihli kararında**,⁴⁹ 12. maddedeki nedenlerin “sınırlı” olup olmadığı konusuna girmeksizin, ret kararında söz konusu nedenlerin bu nitelikte olduğu görüşünü benimsemiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre:

“ (...) Anayasanın 12. maddesinin getirdiği ilke, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımlarının, kanun önünde eşitliği bozmasını yasaklar. **Bunun dışında kanun önünde eşitlik ancak kanunlara uyarlık halinde ve uyarlık oranında söz konusu olabilir.**”

Karardan yapılan iki cümlelik bu kısa alıntı, 12. maddedeki ayrımcılık nedenlerinin sınırlı olup olmadığı konusunda yeterince açık değildir. Üstelik, “bunun dışında” sözcükleriyle başlayan ikinci cümle, söz konusu nedenlerin sınırlı olduğu iz-

⁴⁸ Melih Öden, **a.g.y.**, s. 145.

⁴⁹ Bu karar, 8 Haziran 1936 günlü ve 3005 sayılı *Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanununun* 1. maddesinin Anayasa’nın 12. maddesine aykırı olduğu yolundaki Cumhuriyet Savcısı’nın görüşünün mahkemece benimsenmesi ve Anayasa’nın 151. maddesine dayanılarak Anayasa Mahkemesi’ne başvurusu üzerine verilmiştir. Esas Sayısı: 1969/8, Karar Sayısı: 1969/37, Karar Günü: 19/6/1969, **Resmi Gazete**, 18 Mayıs 1970, Sayı: 13497; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

lenimi yaratmaya elverişli olduğu gibi, eşitliği yasaya uygunluk koşuluna bağlamış olması nedeniyle de eleştiriyi açtır.

Bu nedenledir ki, üye *Recai Seçkin*, kaleme aldığı “*Gerekçenin Yazılışına İlişkin Karşı Oy Yazısı*”nda, bu duruma değinmiştir. Mahkemenin eşitlik kavramı konusundaki temel yaklaşımına katılmakla birlikte, 1. fıkrada yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin sınırlı oluşuna ilişkin Mahkeme kararını eleştiren Seçkin, uluslararası belgeler ve ulusal anayasalardan kimi örnekler vererek görüşünü temellendirmeye çalışmıştır. Seçkin’e göre, kararın bu bölümü;

“... eşitsizliğin yalnızca aynı yasa kuralına bağlı kişiler arasında ayırım yapılması durumunda ve yalnızca, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep düşüncelerine dayanması koşulu ile gerçekleşebileceği izlemine uyandırmaktadır; oysa *eşitsizlik durumları aynı nitelikte bulunan kişilerin başka başka kurallara bağlı tutulmasında dahi söz konusu olabilir* ve uygulamada eşitsizlik çoğunlukla bu biçimde ortaya çıkar. Bundan başka Anayasa’nın 12. maddesi, **yalnızca orada sayılan** dil, ırk, cinsiyet, gibi yönler dolayısıyla yapılan hukukî ayrımları **değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukukî eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır**. Çünkü Anayasa’nın 12. maddesinin dayandığı ilke, birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka başka hukuk kurallarının öngörülmesinin yasaklanmasıdır. (...)

B) Eşitlik ilkesini yalnızca Anayasa’nın 12. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen durumlar dolayısıyla ayırım gözetmekten kaçınma anlamında yorumlayıp **orada sayılan durumlar dışında herhangi bir duruma dayanılarak yapılacak ayrımlar(ı) sözü edilen fıkra kuralının kapsamı dışında saymak**, hem Türk Anayasa hukukunun tarihsel gelişmesine, hem de tartışma konusu kurala ilişkin yasama belgelerindeki yazılara ve maddenin her iki fıkrasının birlikte ve herkes sözcüğü üzerinde durularak incelenip tümü bakımından yapılacak yorumda çıkan sonuca, hem de insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerle Alman, Avusturya, Fransa Anayasalarındaki metinlerdeki yazılışlara, **uygun düşmemektedir**. (...) ⁵⁰

⁵⁰ Recai Seçkin, görüşünü şöyle sürdürmüştür:

“Bunun üzerinde en küçük bir duraksama düşünülemez olan bir olay, 1961 Anayasa’sının daha önceki Türk Anayasalarından hiç biriyle karşılaştırılmıyacak ölçüde geniş olarak temel hak ve özgürlükleri tanıdığı, koruması altına almış bulunmasıdır; **oysa; çoğunluğun anlayışına göre, eski metinlerde bireylere, hiç bir ayırım gözetilmeksizin tanınmış bulunan eşitliğin 1961 Anayasa’sında yalnızca 12. maddenin 1. fıkrasında yazılı durumlar açısından tanınmış, orada anılmayan durumlardan birine dayanılarak konulacak ayınının bu fıkra kuralının dışında bırakılmış olması gerekecektir.**”

Seçkin'in eleştirisi, kararın, ayrımcılık nedenlerinin sınırlı olduğu izlenimi yaratması, 12. maddenin niteliğini bu yönüyle açıkça ortaya koymamış olması açısından yerindedir. ⁵¹ Bununla birlikte, daha önce de belirttiğim gibi, 1961 Anayasası'nın 12. maddesi, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesini güvenceye alırken, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinden farklı olarak, yasakladığı ayrımcılık nedenlerinin "sınırlı olmadığını" gösteren hiçbir anlatıma (ibareye) yer vermemiştir. Bu nedenle, 12. maddenin pozitif metni, eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağına ilişkin "olumsuz" yönünün sayılmayan tüm nedenleri kapsadığını savunmaya elverişli değildir. Öznenin "herkes" olmasından yada ayrıcalık yasağından da, bu sonuca ulaşılamayacağı kanısındayım. Ancak, ayrımcılık nedenlerinin tüketici olmaksızın sayılmamış olmasından yasa önünde eşitlik ilkesinin nedenler yönünden kesin olarak sınırlandırıldığı, yasal düzenlemelerle 12. maddede sayılmayan nedenlere dayalı koruma öngörülemeyeceği sonucuna da ulaşılamaz. Bu yaklaşım ve içerikle yapılan düzenlemenin "anayasal güvence" sağladığı, ayrımcılık nedenlerini genişleten yasal düzenlemelere engel olmayacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesi, **13 Mart 1979 tarihli bir kararında**, 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde güvencelenen ilkenin anlamını, sonraki kararlarında da sürdüreceği bir yaklaşımla, şöyle belirtmiştir:

"Anayasa'nın 12. maddesindeki Yasa önünde eşitlik ilkesi uyarınca, **benzer durumlarda bulunan kişilerin benzer hukuk kurallarına bağlı tutulmaları** gerektiği gibi, benzer durumda bulunan kişilerin başka kurallara bağlı tutulmaları için de **haklı bir nedenin** var olması zorunludur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan 'hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz' hükmü ile de aynı durumda bulunan kişilerden veya topluluklardan bir bölümüne diğerlerinden daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanınarak Yasa önünde eşitlik ilkesinin zedelenmesi önlenmekte, böylece birinci fıkra hükmü başka bir yönden açıklığa kavuşturulmaktadır." ^{52, 53}

⁵¹ Öden, Anayasa Mahkemesi'nin , "özellikle anayasa yargısının erken döneminde verdiği bazı kararlarında, kanun önünde eşitlik ilkesinin yorumu konusunda duraksama yaratacak formüller de kullanmış" olduğunu belirtmekte, benzer formüllerin kullanıldığı kararlardan başka örnekler vermektedir (Melih Öden, **a.g.y.**, s. 147 ve dipnot 80).

⁵² Esas Sayısı: 1978/67, Karar Sayısı: 1979/14, Karar Günü: 13.3.1979; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

⁵³ Üye *Ahmet Erdoğdu*'nun, kanımca temel yaklaşımı Anayasa Mahkemesi kararından farklı olmayan karşı oy yazısında şu görüşlere yer verilmiştir:

"Anayasanın 12. maddesine göre herkes yasa önünde eşittir. Bu ilke nedeniyle hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa ayrıcalık tanınmaz. *Anayasanın bu konuda güttüğü amaç, özdeş koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca eşit işleme bağlı tutulmasını sağlamaktır. Yoksa kimi yurttaşlar için haklı nedenlere dayanarak ortaya çıkan ayırım, ya da kimi yurttaşların durumlarındaki ayırımın geliştirdiği zorunluklar dolayısıyla ayrı ayrı kurallar kon-*

Anayasa Mahkemesi'nin, bir yandan eşitliğin genel olarak tanımını veren ve öte yandan "mutlak" olmadığını, "haklı nedenler"e dayanan ayrımcılık yada farklı işlemlerin eşitlik ilkesine aykırı düşmeyeceğini belirten bu kararının, büyük ölçüde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarındaki yaklaşımla örtüştüğü söylenebilir.

Tuncay'a göre de, "Anayasa Mahkemesi'nin kararından çıkan sonuca göre, eğer haklı ve akla uygun nedenler varsa benzer durumda bulunan kişilere başka başka kuralların uygulanması eşitlik ilkesini bozmuş olmaz. Bunun aksi ise mutlak eşitlik anlamına gelir ki bu da hukuk düzeniyle bağdaşmaz." ⁵⁴

2. 1982 Anayasası Sonrasındaki Kararlar

Anayasa Mahkemesi, 1475 sayılı İş Yasası'nın 5. maddesinin 10. bendinin 55 1961 Anayasası'nın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle açılan iptal davasına ilişkin **28 Nisan 1983 tarihli kararında**, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenen yasa önünde eşitlik ilkesi konusunda 1961 Anayasası döneminde benimsediği "bu eşitliğin 'mutlak eşitlik' anlamına gelmediği" yolundaki yerleşik yaklaşımını, aynı doğrultudaki önceki kararlarını da anımsatarak yinelemiştir.

Eşitlik hakkının öznesi olarak "yurttaşlar"dan söz eden ve "kamu yararı"nı, "veya başka haklı bir neden" diyerek haklı neden örneklerinden biri olarak gören Yüksek Mahkemeye göre:

"Anayasanın 10. maddesinde herkesin, hiç bir ayırım yapılmadan kanun önünde eşit olduğu kabul edilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle bir ayırım yapılamayacak, yasalar herkese eşitlikle uygulanacaktır. Şu kadar ki, "Kanun önünde eşitlik ilkesi, Mahkememizin pek çok kararlarında belirtildiği gibi **tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu da içermez**. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları **haklı bir nedene** dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.

ması ve uygulanması durumunda eşitlik ilkesinin zedelendiğinden söz edilemez. Söz gelimi Yüksek öğrenim görmüş bir Devlet görevlisinin aylık ve ödeneğinin Ortaokulu bitirmiş bir görevliye oranla yüksek tutulmasında eşitlik ilkesinin zedelendiği ileri sürülemez. Bunun gibi, yaşamboyu ağır hapis cezasına hükümlü bir kişinin işlediği suç ve kendine verilen ceza ile geçici ağır hapis cezasına çarptırılan kişinin işlediği suç ve uygulanan ceza arasında ayırım vardır. Bu iki tür suçlulara uygulanacak işlemlerde eşitlik olamaz. Yaşamboyu ağır hapis hükümlüsüne, af yasası dolayısıyla koşullu salıvermede ceza evinde kalma süresi elbette ötekenden çok olacaktır."

⁵⁴ A. Can Tuncay, **a.g.y.**, s. 26.

⁵⁵ Bu bent, 1475'in uygulanmamasının öngörüldüğü "Yardım Sevenler Derneği merkez ve taşra atelerinde çalışanlar"a ilişkindir.

İnsanlar arasında yaradılış ve çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Bundan dolayıdır ki, eşitliği bozan bir kuralın varlığı, ancak o kuralın **kamu yararına veya başka haklı bir nedene** dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir.”⁵⁶

22 Mayıs 1987 tarihli kararında⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesine ilişkin kimi kararlarında, “amaç ve araç arasında ölçülü bir oranın bulunması” ölçütünü de kullanmaktadır.⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, ileride incelenen 19 Ekim 2005 tarihli kararında da, 4857 sayılı İş Yasası’nın 18. maddesinde öngördüğü koşulları 13. maddedeki “ölçülülük ilkesi” yönünden incelemiş, ancak aykırılık görmemiştir. Bu kararında, radyo ve televizyonda propaganda yapma açısından, seçime katılan TBMM’de grubu bulunan ve temsil edilen partiler ile diğer partiler arasında konuşma süreleri yönünden ayırım gözetilmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmayan Mahkemeye göre:

“Seçime katılan, TBMM’nde grubu bulunan ve temsil edilen partilere *farklı süreler* tanınması haklı nedenlere dayandıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşmaz. Düzenleme, bir önceki seçimlerde öbür partilere oranla daha büyük seçmen kitlesinin güvenini kazanmış partilere avantaj sağlamaktadır. (...) Düzenleme, bu esasların tersine konuşma sayı ve süresi tanısaydı **büyük fark kabul edilebilir ölçünün** aşılmasıyla eşitliğe aykırı görülebilirdi. Oysa, **makûl ölçünün** aşıldığını gösterir bir durum yoktur. (...) Düzenlemeyle partiler arasında bir ayırma değil büyüklüklere göre fark yaratılmıştır. Bu durum, Anayasa’nın 10. maddesine uygundur.”

Anayasa Mahkemesi, **28 Ocak 1988 tarihli kararında**, 10. maddedeki “yasa önünde eşitlik” teriminin eşanlamlısı olarak “hukuksal eşitlik” terimini kullanmıştır. Ancak, farklı sözcüklere yer vermiş olsa da, temelde eşitlik ilkesinin anlamı yada tanımı konusundaki yaklaşımında bir değişiklik söz konusu değildir. 10. maddede mutlak eşitliğin amaçlanmadığı görüşünü yineleyen ve özneleri yurttaşlar ile sınırlandıran Yüksek Mahkemeye göre:

“Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesiyle, yasa önünde eşitlik, başka bir deyişle **hukuksal eşitlik** kastedilmiştir. Bu ilke ile güdülen amaç, aynı koşullar içinde bulunan özdeş nitelikteki durumların yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamaktır. Yasa karşısında eşit-

56 Esas Sayısı: 1981/13, Karar Sayısı: 1983/8, Karar Günü: 28/4/1983; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

57 Esas Sayısı: 1986/17, Karar Sayısı: 1987/11, Karar Günü: 22/5/1987; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

58 Sibel Inceoğlu, **a.g.m.**, s. 52.

lik, bütün yurttaşların hepsinin her yönden aynı hükümlere tabi tutulması anlamına gelmez. Kimi yurttaşların aynı hükümlere bağlı tutulmaları **haklı bir nedene** dayanmakta ise bu durumda eşitlik ilkesinin ihlalin-den söz edilemez.”⁵⁹

Anayasa Mahkemesi, **27 Eylül 1988 tarihli kararında**, “hukuki eşitlik” terimini kullanmamakla birlikte, eşitlik anlayışını değiştirmemiş, yaklaşımını hukuk felsefesi diliyle yinelemiştir:

“Anayasa’nın öngördüğü eşitlik, ‘yasa önünde eşitlik’ olup, herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle ‘eşitlerin eşitliği’ anlamındadır. Farklı durumda olanlara, farklı kurallar uygulanması, yani ‘**eşit olmayanların eşitsizliği**’ eşitlik ilkesine aykırılık **oluşturmaz.**”⁶⁰

Anayasa Mahkemesi, **12 Ocak 1989 tarihli** çok tartışılan ve haklı eleştirilere konu olan oyçokluğuyla (7’ye 4) aldığı kararında, eşitlik ilkesinin özündeki değerler ve özellikle “insan onuru” ile bağdaşmadığını düşündüğü bir yorum yapmıştır. “Hukuksal” ve “eylemli” eşitlik ayrımı yapan ancak ikincisinin tanımını vermeyen ve 10. maddenin salt birincisini amaçladığını vurgulayan Mahkeme, eşitliğe aykırı düşmeyecek ayrımcılıkların dayandırılacağı nedenler konusundaki görüşlerini -bir yenisini ekleyerek- yinelemiştir. Haklı neden örneklerine, “*durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar*” biçiminde nitelediği bir yenisini ekleyen Anayasa Mahkemesi’ne göre:

“**Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir.** Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. **Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere** dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa’nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.”⁶¹

Zorla kaçırma yada ırza geçme suçunu işleyen kadınlara verilecek cezanın, söz konusu suçu işleyen kadının “**fuşu kendine meslek edinen**”, yani “iffetsiz” bir kadın olma yada “**iffetli**” bir kadın olma durumuna göre değişmesinin -ikini-

59 Esas Sayısı: 1987/2, Karar Sayısı: 1988/3, Karar Günü: 28.1.1988; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

60 Esas Sayısı: 1988/7, Karar Sayısı: 1988/27, Karar Günü: 27.9.1988; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

61 Esas Sayısı: 1988/4, Karar Sayısı: 1989/3, Karar Günü: 12.1.1989; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

cisine birincisinden daha az ceza verilmesinin- eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varan Yüksek Mahkemeye göre:

“Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılmaz, **iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür.** Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınkı kadar bozulmuş sayılamaz. Kaçırmak ve ırza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması ve bu eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinen bir kadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre çok daha az olacağı gerçeğinden hareket eden Yasakoyucu bu nedenle Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesi ile böyle bir ayırma yer vermiştir.

Şu halde, *fuhşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması* bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır. Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen itiraz konusu Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, bu eylemlerle karşılaşan kadınların *değişik durumlarından kaynaklanan zorunluluklara ve dolayısıyla haklı nedenlere* dayandığından Anayasa'nın 10. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırı değildir.”⁶²

Zorla kaçırmaya yada ırza geçme eyleminin “iffetli” bir kadının onurunu “fuhşu meslek edinen bir kadın”ın onurundan daha çok zedeleyeceği ve birincisinin ikincisine oranla daha çok kişisel zarar göreceği gerekçelerine dayanan bu karar, söz konusu suçun “fuhşu meslek edinmiş” bir kadının istek ve iradesi dışında zora, kaba güce başvurarak işlenmiş olduğunu da göz önünde bulundurmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, kendisini “iffetli” yada “fuhşu meslek edinen” kadının yerine koyarak, söz konusu suçun onuru değişik derecelerde zedeleyeceği sonucuna varması, özünde onur yönünden yapılan bir ayrımcılık oluşturmakta, Evrensel Bildirge'nin “tüm insanları onur yönünden eşit sayan” ilkesine aykırı düşmektedir.⁶³

62 a.k.

63 Hiçbir kadın üyenin yer almadığı Anayasa Mahkemesi'nin, 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesinin iptali istemine ilişkin olan bu kararına, 4 üye karşıoy yazısı yazarak katılmamıştır. Başkan Mahmut Cuhruk ve Başkan vekili Yekta Güngör Özden ile üyeler Necdet Darıcıoğlu ve Servet Tüzün'ün karşıoy yazıları, kararı ciddi gerekçelerle eleştirmektedir.

Bu yaklaşım, örneğin eşit değerde iş için eşit ücret” ilkesine uygulandığında, “fuhşu meslek edinen kadın” a “iffetli” kadından daha az ücret ödenmesi anılan ilkeye aykırı sayılmayabilecektir!

Kaboğlu'na göre bu karar, “ceza indiriminin haklı nedenini, ‘özgürlüklerde bozulma ölçüsü’nde bulmuş olması (nedeniyle), eşitlik ilkesi yönünden savunulur olmaktan uzaktır. (...) söz konusu denetimde ‘onursal eşitlik ilkesi’ uygulanabilirdi. Zira bu ilke herkes için, aksi kanıtlanmadıkça, mutlak biçimde geçerli varsayılabilir.”⁶⁴

Anayasa Mahkemesi, İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararı üzerine Medeni Yasa'nın “Karının meslek veya sanatı” başlıklı 159. maddesinin Anayasa'nın 10., 59. ve 50. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemine ilişkin **29 Kasım 1990** tarihli kararında; ⁶⁵ eşitlik ilkesinin anlam ve içeriği konusundaki görüşlerini yinelememiştir. Ancak, 159. maddeyi, 10. ve 49. maddelere aykırı olduğu için oybirliğiyle iptal ederken, yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasasına ilişkin kurallar içeren uluslararası belge ve sözleşmelere (İHEB, İHAS, KKTABKUS, ASS) de dayanmıştır.

“İncelemelerinde de kavramı geliştirmeye devam et(tiğini); “böylece eşitlik kavramı(nı), soyuttan somuta indirge(diğini)”; örneğin 25 Ekim 1963 günlü kararındaki (Esas: 1963/148, Karar: 1963/256), “cinsiyet yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden değildir” açıklamasıyla, kadın erkek eşitliğini belirgin duruma getir(diğini)” anımsatan Anayasa Mahkemesi'ne göre:

“Kadın erkek eşitliği, kadının erkekle eşit konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bunun aksi, yani erkeğin, daha kısıtlı hakları olan kadınla eşit duruma getirilmesi eşitlik kuralını olumsuz yönde yorumlama ve uygulama anlamına gelir. Oysa, **kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir.** Kuşkusuz, benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler -örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi- bu eşitliği etkilemez. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir.”

Sonuç olarak, “Medeni Yasa'nın 159. maddesi(nin) de bugün modern aile hukukunun dayanağı sayılan ‘eşlerin eşit haklara sahip olmaları’ ilkesi ve Anaya-

⁶⁴ İbrahim. Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri, (Genel Esaslar)**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Legal Yayını, İstanbul, Kasım 2006, s. 367; İbrahim. Ö. Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İmge Yayını, Ankara, Ekim 2007, s. 183-184..

⁶⁵ Esas Sayı: 1990/30, Karar Sayısı: 1990/31, Karar Günü: 29.11.1990.

sa'nın 10. maddesindeki kadın erkek eşitliği kuralıyla bağdaşma(dığıının)" altını çizen Yüksek Mahkemeye göre:

"Buna karşın, Medeni Yasa'nın 159. maddesinin kocanın, karının iş veya mesleğini yürütmesine izin vermesini öngören düzenlemesi; Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu, Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş "Kadın, erkek eşitliği" ve "karı ile kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları" kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. Açıklanan nedenlerle Türk Medeni Kanunu'nun 159. maddesinin tümüyle iptali gerekir."

"Medeni Yasa'nın 159. maddesi, Anayasa'nın 49. maddesinde yerini bulan temel haklardan olan çalışma özgürlüğüne de aykırılık oluşturur. Bu nedenle Medeni Kanun'un 159. maddesinin iptali gerekir."

Anayasa Mahkemesi, 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin 1. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğunun ileri sürüldüğü bir davada verdiği **2 Mayıs 1991 tarihli kararında**, 10. maddeye ilişkin yerleşik görüşünü bir kez daha yinelemiş ve aykırılık savını "haklı neden" gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkemeye göre:

"Sonuç olarak, mahkemenin, Yasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası kuralının, maddenin ikinci fıkradaki hükme göre de eşitsizlik yaratarak Anayasa'nın 10. maddesine aykırı düştüğü düşüncesi yerinde bulunmamıştır. Çünkü işveren, Sosyal Sigortalar Kurumu'na prim ödediği için onun Kurum'a karşı sigorta mevzuatına göre *daha hafif sorumlu tutulması* da daha önce prim ödemiş bulunmayan üçüncü kişinin ise genel kurallara göre *daha ağır biçimde sorumlu olması* da doğaldır ve *işveren yararına olan bu durum haklı bir nedene dayanmaktadır*. Bu düzenleme ile hukuka aykırılık giderilmekte, sigortalı çalışanlara daha iyi güvenlik olanakları kazandırmaya yönelik Kurum'un mali kaynaklarında eksilme giderilmiş olmaktadır." ⁶⁶

Görüldüğü gibi Mahkeme, prim ödeyen işveren ile prim ödemeyen üçüncü kişi arasında sorumluluk yönünden yapılan ayrımı eşitlik ilkesine aykırı bulmamış, iptal istemini geri çevirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, **19 Şubat 1992 tarihli kararında**, her zaman olduğu gibi yerleşik görüşünü yineledikten sonra, eşitlik ilkesini zedelemeyen bir düzenleme yapılmasına olanak veren "haklı neden" için saydığı -ve büyük harflerle yazdığı- üç koşul yada ölçütten birinin bulunması gerektiğini belirtmiştir:

⁶⁶ Esas Sayısı: 1990/28, Karar Sayısı: 1991/11, Karar Günü: 2.5.1991; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

“Ancak, ‘kamu yararı’ ve ‘haklı neden’in a) ANLAŞILABİLİR b) AMAÇLA İLGİLİ c) MAKUL ve ADİL olması gerekir. 67 Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir. Çünkü eşitliği bozduğu öne sürülen kural haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kuralına aykırı hale gelebilirler.” 68

Anayasa Mahkemesi, Danıştay 10. Dairesi'nin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu savıyla yaptığı bir başvuru üzerine verdiği **20 Haziran 1996** tarihli kararında; 69 konut edindirme yardımından yararlanmada işçi sayısı yada işyeri büyüklüğü temeline dayalı ayrımcı bir yasal düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bularak oyçokluğuyla iptal etmiştir. 70

Danıştay 10. Dairesi; statüsü dört farklı yasayla (657, 926, 2914 ve 2802 sayılı yasalarla) düzenlenmiş olan “kamu görevlileri ile yasayla veya yasanın verdiği yetkiye dayalı olarak kurulan kuruluşlarda çalışanlar arasında hiçbir ayırım yapılmadan hepsinin faydalanması öngörülmüş” olmasına karşın, “işçiler açısından ‘on ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışanlar’ ile ‘on’dan daha az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışanlar’ arasında ayırım yapıldığı, eşitsizlik yaratıldığı” savıyla

67 Bu sözcükler, kararda büyük harflerle yazılmıştır (MG).

68 Esas Sayısı: 1991/13, Karar Sayısı: 1992/10, Karar Günü: 19.2.1992; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

69 Esas Sayısı: 1996/9, Karar Sayısı: 1996/21, Karar Günü: 20.6.1996; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

70 Danıştay 10. Dairesi'nin iptal isteminde itiraz konusu; “11.11.1986 günlü, 3320 sayılı “Memurlar ve İşçiler ile Bunların Emeklilerine Konut Edindirme Yardımı Yapılması Hakkında Kanun”un 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki “(10) ve (10)’dan fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan...” sözcükleri ile maddenin ikinci fıkrasının” iptali istemi idi.

Belirtmekte yarar var ki, 3320 sayılı yasa, bir sosyal yardımdan yararlanma konusunda, bağımlı çalışanlar arasında “**bileşik yada içiçe geçmiş ayrımcılık**” örneği oluşturan bir düzenleme yapmıştır. Bir yandan, “*kamu görevlisi*” olanlar ile “*işçiler*” arasında ayırım gözetilirken, öte yandan işçiler arasında da çalıştıkları işyerindeki *işçi sayısının 10’dan çok yada az olmasına göre* ayırım yapılmıştır. İşçi sayısına dayalı bu ayrımcılık, işyerlerinin ezici bir çoğunluğunun küçük ölçekli olması nedeniyle, genellikle asgari ücretle çalışan ve toplu sözleşme düzeninin kapsamı dışında kalan çok büyük bir işçi kitlesini bu olanaktan yoksun bıraktığı için ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. İçiçe geçmiş ayrımcılıklardan üçüncüsü ise, 10’dan daha az işçinin çalıştığı işyerlerinde, yardımdan yararlanmanın *işverenin isteğine* bırakılmış olmasıdır. Çünkü, işverenlerin isteyip istememesine göre de, 10’dan az işçisi olan işyerleri arasında eşitlikle bağdaşmayan, farklı uygulamalar ortaya çıkabilecektir.

la, iptal isteminde bulunmuştur. Oysa, eşitlik ilkesi konusundaki yaklaşımı Anayasa Mahkemesi'nden farklı olmayan Danıştay 10. Dairesi'ne göre:

“1982 Anayasasının 10. maddesinde yer alan, ‘yasa önünde eşitlik’ ilkesi uyarınca, kimliği, unvanı, görev, yetki ve sorumluluğu, gördükleri hizmetin özellikleri ve ayrıntıları aynı veya benzer olan kişilere aynı kuralların uygulanması gerekir.

Aynı hizmet koşullarına sahip ve aynı statüye tabi işçiler arasında farklı uygulama yapılması eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

Uyuşmazlık konusu 3320 sayılı Yasadaki düzenlemeye bakıldığında, tüm kamu görevlilerinin ve (10)'dan fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin konut edindirme yardımından yararlandırıldıkları, (10)'dan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin ise bu haktan mahrum edildikleri, konut edindirme yardımından yararlandırılmalarının işverenin isteğine bırakıldığı görülmektedir. Konut edindirme yardımından yararlandırılacakları, **sırf, işverenin, işyerindeki işçi sayısının (10)'un altında tutması nedeniyle, bazı işçilerin, kamu yararı haklı neden ve olağanüstü hal bulunmadığı halde yasayla tanınan olanaktan yoksun bırakılmaları ilkesine aykırı bulunmaktadır.”**

Anayasa Mahkemesi, 10. maddeyi yineledikten sonra, yerleşik eşitlik anlayışı doğrultusunda, yasanın söz konusu kuralının iptaline karar vermiştir:

“Bu ilkeyle birbirlerinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve topluluklar yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Ancak, kimilerinin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle, değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. *Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zede lenmez.”*

3320 sayılı yasayla, konut edindirme yardımından yararlanma konusunda, on işçiden çok ve on işçiden az işçi çalıştırılan işyerleri arasında ayırım yapıldığını ve ikinci durumdakiler için yardımdan yararlanmayı işverenin isteğine bağlı tutulduğunu belirten Anayasa Mahkemesi'ne göre, böyle bir düzenleme, “aynı hukuksal durumda bulunan işçiler arasında ayırım yaratılmasına neden olur. Aynı durumda olanların farklı kurallara bağlı tutulması Anayasa'nın eşitlik ilkesi-

ne aykırılık oluşturacağından itiraz konusu kuralların iptali gerekir.” Anayasa Mahkemesi, bu kararını oyçokluğuyla ⁷¹ almıştır.

Anayasa Mahkemesi, 12 Mayıs 1998 tarihli kararında, eşitlik ilkesini hukuk devletinin “vazgeçilmez koşullarından biri” olarak nitelemiş ve 10. maddedeki ilkenin “hukuksal” eşitlik anlamına geldiği görüşünü yinelemiştir. Bu terimi yinelemekle kalmayıp anlamını da belirten Yüksek Mahkeme, eşitlik ilkesini, 10. maddenin hiçbir sözcüğünden çıkarılamayacak bir içerikle sınırlandırmıştır:

“Öte yandan **hukuk devleti** niteliğini kazanmanın vazgeçilmez koşullarından bir diğeri ise yasalar önünde herkesin eşitliğidir. Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi Anayasa Mahkemesi kararıyla açıklanmıştır. Bu kararlarda belirtildiği üzere, **eylemli değil, hukuksal eşitliği öngören eşitlik ilkesi**, hukuksal durumları aynı olan kişiler arasında **haklı bir nedene** dayanılmadan ayırım yapılamayacağı esasını içermektedir. Böylece eşitlik ilkesine yer veren Anayasa hükmü hu-

71 Çoğunluk görüşüne katılmayıp karşıoy yazan üyelerden (G. Dinçer, A. N. Sezer, S. Akbulut, H. Kılıç ve L. F. Tuncel) Sezer dışında dördünün ortak karşıoy yazısında; kamu yararının ve kamu düzeninin gözetildiği, küçük ölçekli işyerlerinin korunmasının amaçlandığı savunulmuştur:

“İşyerleri, küçük ya da orta ölçekli olmalarına göre değişik kurallara bağlı tutulmaktadır. On’dan aşağı işçi çalıştıran işyerleri ile on’dan fazla işçi çalıştıran işyerlerinin durumları birbirinden kimi farklılıklar göstermektedir. On’dan az işçi çalıştıran işyerleri genellikle *küçük ölçekli olan ve büyük fedakârlıklarla ayakta durabilen, daha doğrusu kendi yağıyla kavrulma* durumunda bulunan işletmelerdir. (...)

Yasakoyucu, 3320 sayılı Yasa’nın itiraz konusu kurallarında, *kamu yararını ve kamu düzenini gözeterek*, on’dan az işçi çalıştırılan işyerlerinin *ayakta kalabilmeleri, hayatiyetlerini devam ettirebilmeleri ve artan kimi malî yüklerin altında zorlanmamaları için* onların “konut edindirme yardımı” zorunluluğu dışında bırakmıştır. Ancak bu yol tamamen de kapatılmamış ve işverenlerin isterlerse bu yardımı yapabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesini yorumlayan kararlarında da belirtildiği gibi, durumdaki değişikliğin doğurduğu haklı nedenler ve zorunluluklar, *kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak* yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinden, Anayasa’nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

On’dan az işçi çalıştıran *işyerlerinin devamını ve korunmasını* amaçlayan itiraz konusu kurallar, *kamu yararını ve kamu düzenini* gerçekleştirmeye yönelik olup, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de çelişmediğinden Anayasa’ya aykırı değildir.”

Sezer’in karşıoy yazısında da, farklı bir anlatımla küçük işyerlerinin korunmasını amaçlayan bu ayrımcı düzenlemenin kamu yararına ve haklı nedene dayandığı, dolayısıyla eşitlik ilkesine aykırı olmadığı görüşü savunulmuştur:

“Oysa, durum ve konumlarındaki farklılıklar ya da Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen haklı nedenlere dayanılarak yapılan farklı uygulamalar eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

On’dan daha az işçi çalıştıran işyerleri, sermaye yapıları, teknolojiyen yararlanan olanakları ve üretim kapasiteleri yönünden küçük ve orta ölçekli işletmelerdir. Çalışanların sigorta primleri, ödenen vergiler ve işçilere yapılan sosyal yardımlar belirtilen küçük işletmeleri çok etkileyen büyük gider kalemleridir. Bu giderler karşısında çok zor koşullarda faaliyetlerini sürdüren küçük işletmelerin “Konut Edindirme Yardımı”nın getireceği yükümlülüğün olumsuz sonuçlarından korunmak istenmesinde *hem kamu yararı ve hem de haklı nedenler* bulunmaktadır.”

kuki açıdan kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlara değişik uygulama yapılmasını, yasa önünde ayırımı yasaklamaktadır.” (...)

“Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulması anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu **mutlak yasak**, birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi **yurttaşların haklı bir nedene** dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, **kamu yararı ya da başka haklı nedenlere** dayanarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda eşitlik ilkesinin zedelendiğinden söz edilemez.”⁷²

Anayasa Mahkemesi, **hiçbir gerekçe göstermeksizin**, 10. maddedeki eşitliğin -kullandığı terimle- “eylemli” (fiili) değil “hukuksal” olduğunu belirtmekle, anayasal üstün ilkeyi içerik olarak ciddi biçimde sınırlandırmıştır. “Hukuksal” eşitlik, biçimsel (şekli) eşitliktir; devletin eşitlik yükümlülüğü, anayasal ve yasal düzenlemeler yapmakla yerine getirilmiş sayılır. Sosyal devletin vazgeçilmez koşullarından biri olan “eylemli” eşitlik ise, “maddi” eşitliktir; eşitlik ilkesine uygun hukuksal düzenlemeleri aşan, hak öznelerinin Anayasa güvencesindeki hak ve özgürlüklerden somut olarak yararlanmalarını, alınması gereken olumlu eylem önlemleriyle aşamalı biçimde yararlandırılmalarını kapsayan bir kavramdır. Hukuksal eşitlik, biçimsel kurallara; eylemli (olgusal) eşitlik ise, uygulamaya ve dönemden döneme elde edilen somut sonuçlara bakarak değerlendirme yapılmasını gerektirir. Anayasa Mahkemesi, hukuksal eşitliği hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendirirken, 2. maddede aynı nitelikte olmak üzere sosyal devlet ilkesinin de yer aldığını, eşitlik ilkesinin aynı zamanda sosyal devletin vazgeçilmez koşullarından biri olduğunu görmezlikten gelmiştir.

Yüksek Mahkemenin temellendirmeksizin benimsediği bu görüş, belirttiğim gerekçeyle hem Anayasa’ya, hem de uluslararası sözleşmelere ve aralarında İHAM’ın da bulunduğu denetim organlarının yerleşik içtihatlarına aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, **22 Eylül 1998 tarihli kararında** da; “insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran, bunu sürdürmeye kendini yükümlü sayan, bütünüyle hukuka uyan devlet” olarak tanımladığı hukuk devleti ile eşitlik ilkesi arasında “olmazsa olmaz” anlamında bir bağ ku-

⁷² Esas Sayısı: 1997/4, Karar Sayısı: 1998/15, Karar Günü: 12.5.1998; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

arak, ancak eşitlik ilkesinin sosyal devletle ilişkisini unutarak, yerleşik görüşünü bir kez daha yinelemiştir. Yasa önünde eşitlik hakkının öznesinin, önceki kararlarında olduğu gibi “yurttaşlar” değil “herkes” olduğunu belirten Mahkemeye göre:

“Hukuk devleti niteliğini kazanmanın vazgeçilmez koşullarından birisi de yasalar önünde herkesin eşitliğidir. Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi Anayasa Mahkemesi kararıyla açıklanmıştır. Bu kararlarda belirtildiği üzere, eylemli değil, hukuksal eşitliği öngören eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olan kişiler arasında haklı bir nedene dayanılmadan ayırım yapılamayacağı esasını içermektedir. Böylece eşitlik ilkesine yer veren Anayasa hükmü, hukuki açıdan kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlara değişik uygulama yapılmasını ve yasa önünde ayırımı yasaklamaktadır.”⁷³

Anayasa Mahkemesi’nin **17 Kasım 1998 tarihli kararı** da, yukarıda aktarılan görüşlerinin yinelenmesinden öteye bir yenilik içermemekte, farklı bir açılım getirmemektedir. “Eylemli eşitlik”ten ne anladığını yine açıklamayan Yüksek Mahkeme, eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacak düzenlemelerin, kamu yararı ile haklı nedenler dışında, “özelliklere”, “ayrılıklara” ve “durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklara” da dayanabileceğini yinelemiştir:

“Kanun önünde eşitlik ilkesi,” hukuksal durumları aynı olanlar için sözkonusudur. Bu ilke ile **hukuksal eşitlik** öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Ancak, durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. **Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar.**

⁷³ Esas Sayısı: 1997/69, Karar Sayısı: 1998/54, Karar Günü: 22.9.1998; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

Hak öznesi olarak hem “herkes”ten ve hem de “yurttaşlar”dan söz edilen kararın izleyen bölümü, önceki kararların yinelenmesinden ibarettir:

“Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulması anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak, birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların **haklı bir nedene** dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. **Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere** dayanarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda eşitlik ilkesi zedelenmez.”

Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. **Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir.** Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. **Durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklara,** kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz." (...) Bu nedenle, farklı hukuksal durumda olanların ayrı kurallara bağlı tutulmasında Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır." 74

Anayasa Mahkemesi, 31 Mayıs 2006 tarihli ve 5510 sayılı *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun* birçok maddesinin iptali istemiyle açılan davaya 75 ilişkin **15 Aralık 2006 tarihli kararında,** 76 eşitlik ilkesi konusundaki yerleşik görüşünü bir kez daha yinelemiştir.

5510 sayılı yasanın 77 "kimi maddelerinin ya da bu maddelerin kimi kurallarının Anayasa'nın "sosyal devlet" ve "eşitlik" ilkeleri ile "sosyal güvenlik hakkı" yönünden incelenmesi gerek(tiğinin)" öne sürüldüğü -Sezer'in- iptal isteminde; Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesinin anlamına ilişkin görüşleri anımsatılmış; özetle, "yasa önünde eşitlik (ilkesinin), hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu" olduğu; bu ilkenin, "aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlama ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önleme" amacı taşıdığı; "durum ve konumlarındaki özellikler(in), kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerektirebil(eceği)", belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, "5510 sayılı Yasa'da, aynı hukuksal konumda bulunmayan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunlar dışında kalan sigortalıların yukarıda belirtilen özellikleri gözetilmeksizin aynı sisteme bağlı tutulması(n), Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı" bularak, "dava konusu düzenlemelerin memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptali(nin) gerek(tiği)" sonucu-

74 Esas Sayısı: 1997/74, Karar Sayısı: 1998/69, Karar Günü: 17.11.1998; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

75 Bu dava, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin CHP'li Üyesi Haluk Koç ve Kemal Kılıçdaroğlu ile birlikte 116 (CHP) milletvekilince açılmıştır.

76 Esas Sayısı: 2006/111, Karar Sayısı: 2006/112, Karar Günü: 15.12.2006; **Resmi Gazete**, 30.12.2006, Sayı: 26392, 5. Mükerrer.

77 Bilindiği gibi 5510 sayılı yasayla, beş ayrı yasaya bağlı olanlar (yani 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu kapsamında bulunanlar) sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri yönünden aynı sisteme bağlı tutulmuşlardır.

na varırken, eşitlik ilkesiyle ilgili yerleşik görüşlerine dayanmıştır. Anayasa'nın 2., 60. ve 6. maddelerini anımsatan Yüksek Mahkemeye göre:

“Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için Devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Ancak, bu doğrultuda düzenlemeler yapılırken, sosyal güvenlik hakkından yararlanacak olanların hukuksal konumları gözetilerek *aynı statüde bulunmayanların bu statülerinin gerekli kıldığı kurallara bağlı tutulmaları* Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu ilke, *hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı 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. **Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez.** Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. **Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.**

Çalışma yaşamında kimilerinin hukuksal konumlarından kaynaklanan değişik kurallara bağlı tutulmaları, diğer çalışanlardan ayrıcalıklı duruma getirilmeleri anlamına gelmez. Yaptıkları işin özelliği nedeniyle aynı kurallara bağlı tutulamayanlar için de koşut düzenlemeler getirilerek ekonomik ve mali haklar yönünden eşitlik sağlanabilir.

Bu durumda, 5510 sayılı Yasa kapsamında bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile diğer sigortalıların aynı hukuksal konumda bulunup bulunmadıklarının saptanması Anayasal denetim yönünden önem taşımaktadır.”

Anayasa Mahkemesi, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile 5510 sayılı yasa kapsamına alınan öteki sigortalıların hukuksal konumlarındaki farklılığı, Anayasa'nın işçiler ve kamu görevlileri için yaptığı farklı düzenlemeleri (128, 51, 53, 54, 68, 70, 76 ve 129. maddelerini) anımsatarak ortaya koymaya çalışmış; bu bağlamda, memurlar ve diğer kamu görevlileri için sosyal güvenlik alanında farklı bir düzenleme yapılmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Memurlar ile işçiler arasındaki çalışma ilişkisi sisteminin dayandığı ilkeleredeki farklılığı⁷⁸ vurgulamaya çalışan Yüksek Mahkemeye göre:

⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, “Çalışma İlişkisi Sistemleri Arasında Etkileşim ve Geçişme”, **ODTÜ Gelişme Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1-2, Yıl 1980, s. 153-192.

“Kamu kesimi için özlük hakları olarak değerlendirilen sosyal güvenlik kapsamındaki haklar da Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen diğer haklar gibi *kamu hukuku kurallarına* bağlı olmasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hak ve yükümlülükler *tarafaların özgür iradesi* ile belirlenen iş hukuku alanına giren sözleşmelere dayanır. Bu bağlamda, bir hizmet sözleşmesine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan işçiler ile bağımsız çalışanların zorunlu ve isteğe bağlı olarak sosyal güvenlikleri de öteden beri memur ve diğer kamu görevlilerinden farklı olarak *prim esasına dayalı sigorta sistemiyle* sağlanmaktadır. (...)

“Hukuk sistemimizde de bugüne kadar *emekli maaşının hesaplanmasında, belirtilen özellikler dikkate alınarak hizmet süresi, yaş, görevin önemi, alınan ve alınmakta olan maaşlar ve kesenekler gibi unsurların etkili olduğu(nun) görül(düğünü)*” belirten Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasında sayılan konuların “yasa” ile düzenlenmesinin “Anayasa buyruğu haline getirilmesi(nin)” anlamına değinmiştir. Mahkemeye göre bu zorunluluk;

“Devletin en temel işlevlerinden olan kamu hizmetinin görülmesindeki yeri tartışmasız olan *kamu görevlileri için statülerine, yaptıkları görevin gereklerine uygun, emeklileri için de önceki statüleri ile uyumlu ayrı yasal düzenleme yapılmasını gerekli kılmaktadır.* Ancak, düzenlemenin aynı hukuksal konumda bulunmayanların ***bu özelliklerini ve farklılıklarını yansıtmak koşuluyla aynı veya başka bir yasa içinde yapılması hususu kuşkusuz yasa koyucunun takdiri içindedir.***”

Bu durumda, sosyal güvenlik hakkının yansımalarından biri olan emekli maaşının, sigorta esasına göre ödenen yaşlılık aylığı ile benzerlikleri bulunsa da ***amacı ve özellikleri bakımından önemli farklılıklar gösterdiği*** bir gerçektir. Bu farklılıklarına karşın emekli maaşının hesaplanmasında da yaş, hizmet süresi ve emeklilik kesenekleri gibi hususların belirleyici olması doğaldır.

Yasa koyucunun, memurlara ödenecek emekli maaşı ile diğer çalışanlara ödenecek yaşlılık aylığının hesaplanmasında, bunların benzerliklerini ve farklılıklarını dikkate alarak, aktüeryal dengeleri bozmadan düzenlemeler yapması olanağı bulunduğu ve bu konudaki takdirin ise kendisine ait olduğu açıktır.”

Böylece Anayasa Mahkemesi, benimsediği eşitlik tanımının sonucu olarak, çalışma ilişkisi sistemlerindeki niteliksel farklılık ve tarihsel nedenlerle, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile öteki sigortalılar arasında sosyal güvenlik sistemi (emeklilik ve yaşlılık aylıkları) arasında fark gözetilmesini, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı görmemektedir. Yasa koyucu isterse, düzenleme yetkisine dayanarak, ancak

söz konusu aylıkların hesaplanmasında aralarındaki benzerlik ve farklılıkları göz önünde bulundurarak ve aktüeryal dengeleri bozmaksızın düzenlemeler yapabilir. Kısacası, statülerdeki (hukuksal konumlardaki) farklılıkları yansıtmak koşuluyla, yasal (biçimsel) düzenlemeyi tekleştirmek olanaklıdır. Hukuk önünde eşitlik ilkesi yönünden önemli olan, biçimsel olarak farklı hukuksal konumların tek yada ayrı yasalarla düzenlenmesi değil, aynı yasayla gerçekleştirilecek düzenlemede de, haklı ve nesnel gerekçelere dayalı farklılıkları korumaktır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, itiraz yoluyla yapılan başvurular üzerine verdiği **18 Eylül 2008** tarihli kararlarında da, eşitlik ilkesi konusundaki görüşünü mekanik biçimde, aynı anlatımla yineleyip sürdürdüğünü belirtmek isterim.⁷⁹ Bunlardan, "3.12.2001 günlü, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesinin⁸⁰ Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi"ne ilişkin olan ve oyçokluğuyla aldığı aynı tarihli ret kararlarında;⁸¹ eşitlik ilkesi konusundaki görüşünü anımsattıktan sonra, hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkesi ile yasaların genelliği arasındaki bağa da değinmiştir:

"Yasaların ve yasalarla getirilen kuralların genel olması, hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Yasaların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durumu gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre *yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uy-*

⁷⁹ Eylemli eşitliği içermeyen bu yerleşik biçimsel / hukuksal eşitlik anlayışı şu anlatımla yinelenmiştir: "Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. *Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez.* Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez" (Esas Sayısı: 2003/103, Karar Sayısı: 2008/139, Karar Günü: 18.9.2008).

⁸⁰ 4722 sayılı bu yasanın 10. maddesi şöyledir:

"Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar."

⁸¹ Esas Sayısı: 2006/37, Karar Sayısı: 2008/141, Karar Günü: 18.9.2008. Aynı doğrultudaki bir başka kararı için bkz.: Esas Sayısı: 2006/76, Karar Sayısı: 2008/142, Karar Günü: 18.9.2008.

gulanabilir olması gerekir. Bu anlamda itiraza konu kuralla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce boşanma davası açan eşler arasında ayırım yapan bir düzenleme getirilmediği, her iki eşe de eşit haklar tanınarak objektif hukuki durumlar yaratıldığı görülmektedir.”

Kuşkusuz, yasaların, tüm hak özneleri için nesnel hukuksal durumlar yaratmak zorunda olması ve ancak haklılığı kanıtlanabilen nedenlere dayanarak genellik ilkesinden ayrılması, hukuk önünde eşitlik ilkesinin doğal gereğidir. Dolayısıyla, gerek hak özneleri arasında ve gerekse hakkın içeriği konusunda haklı nedenlere dayanmayan ve nesnel hukuksal durumlar yaratmayan yasal düzenlemeler, yasaların genelliği ve hukuk önünde eşitlik ilkeleriyle bağdaşmayan, ayrımcı düzenlemelerdir.

3. Kısa Bir Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi'nin, birbirinin yinelemesi niteliğindeki çok sayıda kararda benimsediği eşitlik yaklaşımı,⁸² bu çalışmada incelenen kararlarıyla sınırlı olmak üzere, 10. maddenin pozitif metnini sınırlandırıcı niteliktedir. Bu yaklaşımın, madde başlığında ve içinde geçen “kanun” sözcüğünün “hukuk” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmek isterken, “hukuksal eşitlik” terimini kullanmış olmasının sonucu olmadığı açıktır. Yüksek Mahkeme, gerekçesini açıklamaksızın, 10. maddede “eylemlî eşitlik”in söz konusu olmadığına altını çizerek, devletin eşitlik yükümlülüğünü biçimsel düzenlemeler yapılmasına indirgemiş; Öden'in anlatımıyla, 1961 ve 1982 Anayasalarındaki 12. ve 10. maddelerdeki “eşitlik ilkesini yorumlayan birçok kararda eşitlik veya kanun önünde eşitlik ilkesinin eylemlî eşitliği değil, hukuki eşitliği öngördüğünü ısrarla vurgulamıştır.”⁸³

Oysa eşitlik ilkesi, hukuk devletinin yanı sıra, devletin “değiştirilemez” niteliklerinden biri olan “sosyal devlet”i gerçekleştirir ve sosyal devletin en önemli araçları olan sosyal haklardan eylemlî olarak yararlanmada da vazgeçilemeyecek koşullardan biridir. Sosyal haklardan yararlanmada “biçimsel eşitlik” anlayışıyla yetinilmesi, sosyal devletin amaçlarından olan sosyal adalet ve sosyal eşitlik ilkeleriyle, kısacası sosyal devlet ilkesiyle de bağdaşmayan Anayasa'ya aykırı bir yaklaşımdır. Kanımca, hukuk devleti ilkesi gibi sosyal devlet ilkesi ile de birlikte okunması gereken 10. madde, hukuksal eşitliğin yanı sıra, bu anlamda “olgusal eşitliği” de içermektedir. Bu eşitliğin anayasal dayanakları, Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında söz ettiği “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olan” sosyal hukuk devle-

⁸² Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde eşitlik kavramının tanımı konusunda kısa ve toplu bir değerlendirme için bkz.: Giriş, s. 38.

⁸³ Merih Öden, *a.g.y.*, s. 198.

ti ilkesinde aranmalıdır. ⁸⁴ 2. maddenin, anlatım gereği olarak birlikte form ile ettiği bu üstün ilkenin, “sosyal devlet” ilkesini de içerdiğini belirtmeye gerek yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin, bu yönüyle onayladığımız ulusalüstü sözleşmelere ve yerleşik içtihatlarla açıkça aykırı olan kararları, yasa önünde eşitlik ilkesinin “mutlak” olmadığı ve “haklı nedenler”e ⁸⁵ dayanan ayrımcı düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı düşmeyeceğinin belirtilmesi yönlerinden ise, söz konusu sözleşme ve içtihatlarla bağdaşmaktadır.

Altı çizilmesi gereken bir nokta da, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararlarının hiçbirinde, 4847 sayılı yasaya ilişkin kararında anılan UÇÖ'nün 158 sayılı sözleşmesi dışında, uluslararası sözleşmelere göndermede bulunulmamış olmasıdır. ⁸⁶ Öte yandan Yüksek Mahkeme, ayrımcılık türlerinden de söz etmemiş, 10. maddedeki korumanın aynı zamanda doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkları kapsayıp kapsamadığı konusuna değinmemiştir. Oysa, bu konuda da 1970'li yıllardan beri oluşturulmuş, gerek birinci kuşak ve gerekse ikinci kuşak insan haklarıyla ilgili zengin bir uluslararası, daha doğrusu “ulusalüstü” içtihat vardır.

D. YARGITAY KARARLARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

Yargıtay, gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasaları dönemlerinde verdiği kararlarında, eşitlik ve eşit davranma ilkesinin mutlak bir nitelik taşımadığı, “aynı du-

⁸⁴ Bu konuda, örneğin Anayasa Mahkemesi'nin 26 Ekim 1988 tarihli bir kararı vardır. Karar; 20.6.1987 günlü ve 3395 sayılı “506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun”un 17. maddesiyle 506 sayılı Kanuna eklenen Geçici 5. maddenin (291 sayılı KHK ile “Geçici 70. Madde” olmuştur) Anayasa'nın 2., 10., 60. ve 65. maddelerine aykırılığı nedeniyle açılan iptali istemi ile ilgili idi. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri yönünden yaptığı incelemede, “hukuki eşitlik”ten değil “gerçek eşitlik”ten söz etmiş ve bunun dayanağının da “sosyal hukuk devleti” ilkesi olduğunu şöyle vurgulamıştır.

“Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak **gerçek eşitliği** yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.

Böylece sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan birisidir.

Sosyal güvenlik hukuku alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde bu kavrama uygun olması zorunludur.”

Bkz.: Esas Sayısı: 1988/19, Karar Sayısı: 1988/33, Karar Günü: 26.10.1988;

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-33.htm>.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında yer verdiği, “haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçüler” için bkz.: Merih Öden, **a.g.y.**, s. 195.

⁸⁶ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin, kimi kararlarında onayladığımız insan hakları sözleşmelerine “destek norm” olarak başvurduğunu eklemek gerekir.

rumda” bulunan işçiler için uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Ancak kararlarda, genel olarak eşitlik ve özel olarak eşit işlem ilkelerinin anlam ve içeriğine ilişkin açıklamalara yer verme yaklaşımı, Yargıtay kararlarına çok gecikmeli olarak yansımıştır. 4857 sayılı İş Yasası’nın yürürlüğe girmesini izleyen yıllardaki kararlarda da, 2008’in başlarına değin, eşit davranma ilkesinden yalnızca “işveren borcu” olarak söz edilmiştir. Bunun, Yargıtay’ın yaptığı incelemenin nitelik olarak Anayasa Mahkemesi’nden farklı olmasından ileri geldiğinin düşünülmesi, kanımca bu tutumu açıklamak için yeterli değildir.

1. 1982 Anayasası Öncesindeki Kararlar

Yargıtay, 1961 Anayasası döneminde ve 1475 sayılı İş Yasası’nın kabul edilmesinden önce ve sonra verdiği kimi kararlarında, eşitlik ilkesinin iş ilişkileri alanında da geçerli olduğu görüşündedir ve bu ilkenin “aynı nitelikte”, “aynı durumda” bulunan işçiler için ayırım yapılmaması anlamına geldiğini belirtmiştir.

Örneğin, 9. Hukuk Dairesi’nin 11 Eylül 1967 tarihli kararına göre, “aynı nitelikteki işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak, hem Anayasa’nın eşitlik ilkesine, hem de iş hukukunun temel kurallarına uygun düşmez.” 9. HD’nin 30 Mart 1973 tarihli kararına göre de, “gördükleri iş, gösterdikleri başarı ve liyakat nedeniyle bazı işçilerin ücretlerinin artırılması, işçiler arasında ayırım yapmak ve eşitlik ilkesinden ayrılma(k) anlamına gelmez.” Böylece, kararda örnekleri verilen nesnel nedenlere dayalı farklı ücret uygulamasının, ayrımcılık oluşturmayacağı ve eşitliğe aykırı düşmeyeceği belirtilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu’nun 7 Haziran 1969 tarihli kararına göre ise, “esasen işveren, işçiye karşı olan özen yükümünün (= ihtimam mükellefiyetinin) sonucu olarak, ‘işçilerine eşit işlemde bulunma’ esasları çevresinde hareket etmek zorundadır. Şüphesiz aynı durumda olmayan işçilerin ücretleri arasında ayırım yapılması doğaldır. Bu karara göre de, durumları farklı olan işçilere farklı ücret ödenmesi ayrımcılık sayılmaz. Çenberci, “1982 Anayasamızın 55/II’nci maddesinde öngörülen “çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli ücret” esası(nın) da (bu) içtihadı doğrular nitelikte” olduğu görüşündedir.⁸⁷

2. 1982 Anayasası Sonrasındaki Kararlar

Bu dönemi, kendi içinde ikiye ayırmak olanaklıdır. Bu ayırım, 1982 Anayasası öncesini de kapsamak üzere, aslında Yargıtay’ın bu alandaki yaklaşımını daha doğru biçimde yansıtmaktadır.

⁸⁷ Kararlar, sırasıyla şunlardır: Yargıtay 9. HD., Tarih: 11.9.1967, Esas No: 8479, Karar No: 7519; Yargıtay 9. HD., Tarih: 30.3.1973, Esas No: 37337, Karar No: 8164; Yargıtay HGK., Tarih: 7.6.1969, Esas No: 606, Karar No: 607. Bu kararlar için bkz.: Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, Altıncı Baskı, Olgaç Matbası, Ankara, 1986, s. 698-699.

Yargıtay, 4857 sayılı yasanın yürürlüğe girmesini izleyen tarihlerde ve 2007'nin ortalarına değin uzanan dönemde, terim olarak daha yaygın biçimde kullandığı “eşit işlem borcu”nu anmakla yetinmiş; zaman zaman yer verdiği biri dışında, bu ilkenin içerik ve öğeleriyle ilgili herhangi bir açıklama yapmamıştır. Ancak, özellikle 2008 yılında verdiği kararlarında, eşit davranma ilkesinin kavram olarak içerdiği öğeleri görece daha ayrıntılı biçimde değerlendirmiş; hem Anayasa'daki eşitlik ilkesinden, hem kimi uluslararası sözleşmelerden ve hem de öğretilerden söz etmiştir. Kısacası, önceki kararlardaki yaklaşımdan köklü bir ayrılma başlamıştır.

9. Hukuk Dairesi, **24 Ekim 1995** tarihli kararında, 2821 sayılı yasanın sırasıyla 31. maddesiyle ilgili olarak, işverenin eşit davranma borcunun içeriğini, Medeni Yasa'nın 2. ve Anayasa'nın 10. maddeleriyle açıklamıştır:

“Sendikalar Kanunu'nun 31/3 maddesinde; işçiler arasında ücret, ikramiye ve primlerin ödenmesi konusunda, bir ayırım yapılamıyacağı öngörülmüştür. MK'nun 2. maddesi de, haklı bir neden olmadan işçiler arasında ücret, ikramiye, prim ve sosyal yardımlar hakkında farklı işlem yapılmasına cevaz vermez. Gerçekten böyle bir ayırım dürüstlük kuralına uygun düşmez. **Esasen Anayasa'nın 10. maddesi, aynı konuda bulunanlar arasında haklı bir neden olmadan ayırım yapılamıyacağı kuralına yer vermiştir.** Böyle bir ayırım eşitlik ilkesine aykırı düşer. Mahkemece de, davacı işçi hakkındaki uygulamanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu kabul edilmiştir.”⁸⁸

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin **6 Ekim 2003** tarihli kararına göre, “çalışanlara uygulanan ücret artışından *emekli olması planlanan işçilerin yararlandırılmaması* eşitlik ve adalete aykırıdır. Zira uzun yıllar çalışmış (olanlar) ve yaşlılık aylığı almaya hak kazananlar ücretleri artırılmayarak bir anlamda cezalandırılmaktadırlar.”⁸⁹

8 Nisan 2004 tarihli kararında 9. Hukuk Dairesi, “davacı(nın), davalının *eşit işe eşit işlem borcuna* aykırı davrandığını, emsallerine göre daha fazla zam verildiğini, (...) ileri sürmüş” olduğunu belirtmiş, ancak bu konuda hiçbir değerlendirme yapmamıştır.⁹⁰

⁸⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 1995/12072, Karar No: 1995/32880, Tarih: 24.10.1995 (Kaynak: www.legalbank.net).

⁸⁹ Bu kararın (E. 2003/3501, K. 2003/16308) incelemesi için bkz.: Erdem Özdemir, “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet, Yargıtayın İki Kararına İlişkin İnceleme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 5, 2005, s. 252-263).

⁹⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2004/18893, Karar No: 2004/7996, Tarihi: 08.04.2004 (**Çalışma ve Toplum**, Sayı: 4, 2005/1, s. 207-208).

9. HD, **25 Nisan 2005** tarihli kararında da, "... toplantıya 30 işçi katıldığı(nın) belirtilmesine rağmen, sadece davacının da bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshi(nin), *eşit işlem yapma borcuna* aykırılık teşkil etmektedir" demekle yetinmiş, bu borcun anlam ve içeriğine değinmemiştir. ⁹¹

9. HD'nin -1475 sayılı yasa dönemine ilişkin- **4 Kasım 2004** tarihli kararı na göre, "davacının kaşını yararak yaralama fiilini ika eden N. S.'nin (işçinin) hizmet akdi bu olay nedeniyle feshedilmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranıl(mıştır)." ⁹²

9. HD'nin **7 Aralık 2007** tarihli kararındaki yaklaşım da farklı değildir. "Kıdemli işçiler için öngörülen arttırılmış önel sürelerinin 1.3.1989 tarihinden sonra işe girenler için yasal ihbar öneli verilme uygulaması *eşitlik ilkelerine* aykırılık oluşturmaz" diyen 9. HD, ilkenin anlamını belirtmemiştir. ⁹³

9. HD'nin **1 Ekim 2007** tarihli kararında da, eşit işlem borcunun içerik ve öğelerine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Kararda, "... söz konusu yazıda daha ağır ceza verilmesi istenen kişinin değil de davacının naklen atama için seçilmesi İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen *eşit işlem borcuna* da uygun düşmemektedir" denilmekle yetinilmiştir. ⁹⁴

Buna karşılık 9. HD, 2007'nin ortalarından sonra verdiği kararlarında, bir yandan kısaca da olsa eşit davranma ilkesinin anlamını açıklamaya, öte yandan da öğretilen söz etmeye ve Anayasa'nın ilgili maddelerini anmaya başlamıştır.

Örneğin, **3 Temmuz 2007** tarihli kararında 9. HD, 4857 sayılı İş Yasası'nın 5. maddesindeki ilkenin tanımıyla ilgili öğelerden yalnızca birine değinmekle yetinmiştir. Buna göre, "4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen işverenlerin eşit davranma borcu maddede sözü edilen *aynı durumdaki işçiler* bakımından bir anlam ifade etmektedir." ⁹⁵ Bu arada eklemek gerekir ki, 5. maddenin

⁹¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2005/11204, Karar No: 2005/14365, Tarihi: 25.04.2005 (**Çalışma ve Toplum**, Sayı: 6, 2005/3, s. 216-218). Bu karara ilişkin bir inceleme için bkz.: Kübra Doğan Yenisey, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 2, Haziran 2006, s. 60-65.

⁹² Bu kararın incelemesi için bkz.: Fatih Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 8, 2005, s. 1623-1632; Kübra Doğan Yenisey, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", 2006, s. 60-65.

⁹³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2006/12851, Karar No: 2006/32166, Tarihi: 07.12.2006 (**Çalışma ve Toplum**, Sayı: 14, 2007/3, s. 268-269).

⁹⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2007/14259, Karar No: 2007/28745, Tarihi: 01.10.2007 (**Çalışma ve Toplum**, Sayı: 16, 2008/1, s. 207-210).

⁹⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2007/14473, Karar No: 2007/21553, 03.07.2007 (**Çalışma ve Toplum**, Sayı 16, 2008/1, s. 286-288; Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2005 - 2007**, Ankara, 2008, s. 166-168).

fıkralarının hiçbirinde “aynı durumdaki işçiler”den söz edilmemiştir. 9. Hukuk Dairesi, sanıyorum, bu maddenin öngördüğü eşit davranma borcunun “aynı durumdaki işçiler” için söz konusu olabileceğini anlatmak, yani 5. maddeyi yorumlamak istemiştir.

9. HD, İş Yasası'nın, tam ve kısmi süreli iş sözleşmeleri ile belirsiz ve belirli süreli iş sözleşmeleri arasındaki ayrımcılığın ilkece yasaklanmasını düzenleyen 5. maddesinin 2. fıkrası kapsamına giren bir uyumsuzluk dolayısıyla verdiği **12 Şubat 2008** tarihli kararında,⁹⁶ eşit işleme ilgili görece en kapsamlısı olmakla birlikte, kanımca ilkenin içerik ve öğelerini ortaya koyma yönünden yine de gerekli açıklamalara yer vermemiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

“Anılan yasanın yürürlüğe girmesinden önce de, Yargı kararlarına konu olmuş ve öğretide ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Zira eşit işlem borcu işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında kalmakta ve doğrudan iş sözleşmesinden doğmaktadır. Öte yandan genel anlamda eşitlik ilkesini düzenleyen a(A)nayasa'nın 10. maddesi ile ‘Ücrette Adalet Sağlanması’ kenar başlıklı 55. maddesi de işverenin eşit davranma borcunu ortaya koymaktadır.”

9. HD, “eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı ile mahrum kalınan ücret ve diğer hakların ödetilmesi” isteminin söz konusu olduğu bir davada, ilk kez, 5. maddedeki ilkeyi birçok yönüyle değerlendirmiştir. **22 Nisan 2008** tarihli karara göre:

“Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında *haklı ve geçerli bir neden* olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.”⁹⁷

Eşit davranma ilkesini öğretidekilere benzer biçimde tanımlayan kararda; eşitlik ilkesinin “Anayasanın 10. ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş” olduğu anımsatılmış, ele alındığı kimi uluslararası belgelere -kanımca eksik biçimde- değinil-

⁹⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2007/31462, Karar No: 2008/108, 12.02.2008 (**Çalışma ve Toplum**, Sayı 18, 2008/3, s. 387-390).

⁹⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2008/13930, Karar No: 2008/9885, 24.04.2008 (**Çalışma ve Toplum**, Sayı 19, 2008/4, s. 361-364; **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Temmuz - Ağustos - Eylül, 2008, Sayı: 19, s. 1165-1168).

miş, ⁹⁸ 5. maddede “her durumda mutlak bir eşit davranma borcu(nun) düzenlenmiş” olmadığı belirtilmiş, bu anlamda 2. ve 3. fıkralarda geçen “esaslı sebepler” ile “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler” anımsatılmıştır. 1. fıkra aktarıldıktan sonra da, “belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerek(tiği)” ileri sürülmüştür. Kararda, 5. maddenin öteki fıkralarının tümüne de değinilmiş, içeriği açıklanmıştır.

3. Kısa Bir Değerlendirme

Bu çalışma kapsamında incelenen kimi kararlarıyla sınırlı olmak üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2007 ortalarına değin süren ve 4857 sayılı İş Yasası'nın yürürlüğe girmesini de kapsayan ilk dönemdeki kararlarında; genellikle eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı ve özellikle yasanın 5. maddesinde düzenlenen “eşit davranma ilkesi” konusunda, bu ilkelerin birbiriyle ilişkisi, niteliği, tanımı yada kavram olarak içerdiği öğeler ile ilgili görüşlerini yeterli bir ayrıntıyla belirtmiş değildir. 9. HD, ilk derece mahkeme kararlarının “temyiz” incelemesini yapmakla sınırlı bir işlev görmekle yetinmiş, ilkelerle ilgili kavramsal açıklamalara girmemiştir. Anayasa'nın 10. maddesini göz önüne alarak, öngördüğü eşitlik yükümlülüğünün -öğretide vurgulandığı gibi- işverenler için de bağlayıcı olup olmadığını ve 10. madde ile 5. madde arasındaki bağı tartışarak, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin iş ilişkileri alanındaki anlam ve içeriğini ortaya koymamıştır. Yine, bu ilkenin, Anayasa (m. 90/son fıkra ile m. 11 ve 138/1) gereği bağlı olduğumuz “ulusalüstü” insan hakları sözleşmelerindeki dayanaklarına, “destek norm” olarak da göndermede bulunmamıştır.

İkinci dönem ise, aslında çok yenidir ve 2007 ortalarında başlamıştır. Henüz çok sınırlı örnekleri bulunan bu dönemde, 9. HD temel olarak Anayasa Mahkemesi'nin ve iş hukuku öğretisinin “biçimsel eşitlik” anlayışını benimsemiş; yukarıda değinilen 22 Nisan 2008 tarihli kararında, eşit davranma ilkesine ilişkin bir tanımda bulunması gereken kimi öğeleri kapsayan açıklamalarda bulunmuş ve ayrıca, ilkenin kimi uluslararası sözleşmelerde yer aldığını da eklemiştir.

Bu dönemde verilecek kararlarla; ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesinin içerik ve tüm öğeleri, yargı yerlerince gördükleri uyumsuzluklarda doğrudan ve kendiliğinden uygulanması gereken “ulusalüstü” sözleşmeler ile denetim or-

⁹⁸ Kararda, eşit davranma ilkesinin yer aldığı uluslararası belgeler olarak, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararları” anılmıştır.

Kararda unutulmuş uluslararası sözleşmeler arasında, özellikle BM'nin ikiz sözleşmeleri ile GG Avrupa Sosyal Şartı vardır. Öte yandan, AB bağlamında sözü edilen tek belge olan “Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması”, aslında 1957 tarihli “Ortak Pazar”ı kuran Antlaşmadır ve henüz yürürlükte bulunan Nis Antlaşması'na değin bir çok değişikliğe uğramıştır. Öte yandan, AB bağlamında özellikle unutulmaması gereken belgeler arasında, bu alandaki çok sayıda yönerge vardır (bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 369 vd).

ganlarının yerleşik kararlarına ve AB yönergelerine uygun bir yaklaşımla geliştirilerek yürürlükteki hukuksal çerçevenin boşlukları doldurulmalıdır. Bunun yerine getirilmesi ile, hak özneleri açısından bir “temel insan hakkı” ve işverenler açısından da anayasal bir yükümlülük olan eşit davranma ilkesinin uygulamaya yansıtılmasına katkı sağlanmış olacaktır.

II. YASALARDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

4857 sayılı İş Yasası başta olmak üzere, yürürlükteki yasalarda yer alan eşit davranma ilkesine ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeleri, temelde çalışma yaşam ve ilişkileriyle ilgili yasaları göz önüne alarak inceleyeceğiz. Öteki yasalardaki ayırım gözetme yasağı konusundaki kurallardan kimilerine ise, kısaca yer vermekle yetineceğiz.

A. ÇALIŞMA YASALARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

Bireysel ve toplu iş ilişkileri (sendikal haklar) ile ilgili çalışma yasaları, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesini, kendi alanlarına uyarlayarak “genel” ve / yada “özgül” kurullarla düzenlemişlerdir. Ayrıca, işçilerin yanı sıra kamu görevlileri ile ilgili yasalarda ve başka yasal düzenlemelerde de, ayrımcılık yasaklı olan yada olmayan yönüyle eşitlik ilkesine ilişkin kurullar bulunmaktadır.

1. İş Yasası ve Ayrımcılık Yasaklı Eşit Davranma İlkesi

İş ve sosyal güvenlik hukukunda “eşit işlem”, “işlem eşitliği”, “eşit davranma ilkesi”, “eşit işlem yapma borcu” gibi değişik terimlerle anlatılan ve tanımlanan ilke,⁹⁹ kamu hukukundaki genel eşitlik ilkesinin yada anayasalarda “kanun önünde eşitlik” olarak yer alan ilkenin bu alana uyarlanmış, anlamı ve içeriği bu hukuk dalına özgülenmiş biçimidir. Ancak bu özgüllük, kuşkusuz, anayasal eşitlik yükümlülüğünün iş ilişkilerinde uygulanmayacağı anlamına gelmez. Kanımca “genellik

⁹⁹ *Tuncay*, iş hukuku alanındaki farklı terimlerle ilgili olarak; “doktrinde eşit davranma ilkesi yerine yer yer, eşit muamele (işlem) ilkesi, eşit işlem (muamele) veya eşit davranma borcu, eşitlik ilkesi (...), eşit haklara sahip olma (...) veya adalet eşitliği (...) sözcükleri(nin) de kullanılmakta” olduğunu yazmakta ve “İş Hukukunda eşit davranma ilkesi ile eşit muamele (işlem) ilkesi sözcükleri arasında fark” bulunmadığını, “her ikisi(nin) de işverenin işçilerine -akla uygun ve haklı nedenler olmadıkça- eşit davranması gerektiğine ilişkin ilkeyi ifade ettiğini” belirtmektedir” (A. Can Tuncay, **a.g.y.**, s. 6-7).

“Doktrinde kargaşaya yol açacak şekilde, eşitlikle ilgili birçok kavram kullanıldı(đını) ve en çok kullanılan kavramların “**eşit davranma ilkesi, eşit işlem veya eşit davranma borcu, eşitlik ilkesi, eşit ölçüde davranma veya adalet eşitliği**” olduğunu belirten *Ertürk*, “eşit davranma ilkesini kullanmayı tercih ettiğini” eklemektedir (Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Belediye-İş Yayını, Ankara, Mart 2008, s. 36).

Anaran Yüksel, “eşitliği anlatan belli başlı kavramlar” olarak, şu üç kavramı açıklamıştır: “Eşit haklara sahip olma”, “eşit davranma ilkesi” ve “ayrımcılık kavramı” (Melek Anaran Yüksel, **a.g.y.**, s. 66-40).

ve özellik” ilişkisi olarak da nitelenebilecek bu yaklaşımın, öğretilerde yaygın olarak benimsendiği görülmektedir.

Örneğin *Tuncay*'a göre, “Anayasa Hukukunda eşitlik ilkesi olarak ifade edilen bu kavram, İş Hukukunda eşit davranma ilkesi adını alır. Anayasadaki eşitlik ilkesi, doğal hukuktaki adalet fikrinin pozitifleşmiş, somutlaşmış biçimidir. Eşit davranma ilkesi de anayasal eşitlik ilkesinin özel hukuktaki (dolayısıyla İş Hukukundaki) görünüş biçimidir.”¹⁰⁰ Alman yazınına göndermede bulunan *Çelik*, işyerinde çalışan işçilere eşit davranmanın, “çağdaş iş hukukunun tanıdığı, genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borç” olduğunu, bunun “hukuki kaynağını Anayasadaki eşitlik ilkesi (m. 10) ile İş Kanunundaki eşit davranma ilkesi(nin) (m. 5) oluştur(duğunu)” ve İş Yasası'nın “Anayasanın 10. maddesini temel al(dığını)” yazmaktadır.¹⁰¹ “Eşit işlem yapma zorunluluğu(nun), hukukun, temelini hakkaniyet esasından alan en genel ilkeleri arasında yer al(dığını)” belirten *Süzek*'e göre de, bu ilke “anayasanın 10. maddesinde genel olarak düzenlenmiştir” ve bu maddedeki “anayasal ilkeler İş Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasında (...) iş ilişkileri bağlamında tekrarlanmıştır.”¹⁰² Yazar, aynı yöndeki görüşünü, yapıtının yeni baskısında şöyle açıklamıştır: “Anayasanın 10. maddesinde öngörölmüş bulunan eşitlik ilkesi İş Kanununun 5. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Daha doğru bir ifadeyle, İş Kanununun anılan maddesinde ‘Eşit davranma ilkesi’ başlığı altında *ayırım yasağı* iş ilişkileri bağlamında hükme bağlanmıştır.”¹⁰³ “İşvere-

¹⁰⁰ A. Can Tuncay, *a.g.y.*, s. 8-9; A. Can Tuncay, *a.g.m.*, s. 21.

Birçok yazar bu görüşü paylaşmaktadır. Örneğin, *Altan*'a göre, eşit davranma ilkesi, “hukuka egemen olan ‘eşitlik ilkesi’nin İş Hukuku alanına yansması olarak da nitelendirilebil(ir).” Bkz.: Ömer Zühtü Altan, “Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma”, *Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri*, Ölüdeniz-Fethiye, 16-19 Mayıs 1997, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1997, s. 159.

“Eşit davranma ilkesi(ni), eşitlik ilkesinin iş hukukundaki ortaya çıkış biçimi” olarak gören *Onaran Yüksel*, “eşit davranma(nın) bir yükümlülüğü, eşit haklara sahip olma(nın) bir hakkı ifade e(ttiği)” kanısındadır (Melek Onaran Yüksel, *a.g.y.*, s. 37).

“*Eşit davranma ilkesi(nin)*, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki ortaya çıkış şekli” olduğunu yazan *Ertürk*, *Tuncay*'a ve Alman yazınına göndermede bulunarak, “eşit davranma ilkesi(nin), anayasal eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünüm şekli” olduğunu belirtmektedir (Şükran Ertürk, *a.g.y.*, s. 36 ve 37).

Yine, “Türk hukuk sisteminde işverenin eşit işlem borcu(nun) hizmet akdinden kaynaklanan işveren borçlarından biri” olduğunu belirten *Doğan Yenisey*e göre, bu borç “genel eşitlik ilkesinin işyerinde uygulaması”dır ve işvereni, “işçileri arasında kural olarak eşit davranmakla yükümlü” kılar.” Bkz.: Kübra Doğan Yenisey, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, *Kamu-İş*, Cilt 6, Sayı 4, 2002, s. 45 ve 46. Yazar, daha sonraki bir çalışmasında, “İşK. M. 5/1 Anayasanın 10. maddesinin iş ilişkisine uyarlanmış bir hali olarak (...) ayırımı yasaklamıştır” demektedir (*a.g.m.*, 2006, s. 65).

¹⁰¹ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayını, İstanbul, Ağustos 2008, s. 174.

¹⁰² Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 3. Bası (Tıpkıbasım), Beta Yayını, İstanbul, 2006, s. 362.

¹⁰³ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 4. Bası, Beta Yayını, İstanbul, 2008, s. 398; Sarper Süzek, *a.g.m.*, s. 25.

nin işçiler arasında ayırım yapmaması(nı) ve onlara eşit davranması(nı) iş hukukunun temel ilkelerinden biri” sayan *Eyrenci, Taşkent ve Ulucan*, Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin “çok kapsamlı ve keyfiliği önleyici” olduğunu belirttikten ve ayrıca Anayasa’nın 50. maddesini de andıktan sonra, “İş Kanunu(nun) bu genel ilkeler ile yetinme(diğini), eşitlik ilkesini 5. maddesinde özel olarak düzenleyerek somutlaştır(dığını)” yazmaktadırlar. ¹⁰⁴ *Demir* de, işverenin eşit işlem yapma borcunun, “kaynağını Anayasanın ‘kanun önünde eşitlik’ ilkesinden” aldığı ve bunun “işçiyi koruma borcunun bir gereği” olduğu görüşündedir. ¹⁰⁵ *Vic-her’e* göndermede bulunan *Mollamatmutoğlu*’na göre, “eşit davranma borcu (ilkesi), hukukun her alanında gözetilmesi gereken ‘eşitlik ilkesi’nin İş Hukukunda dile gelişidir” ve “İş Hukukunda bu ilke ‘eşit davranma borcu’ adı altında daha ziyade işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması şeklinde bir borç olarak somutlaşır.” ¹⁰⁶

Kanımca da, İş Yasası’nda öngörülen “eşit davranma ilkesi”nin iç hukuktaki dayanağı, eşitlik ilkesini “ayrımcılık yasaklı” içeriğiyle açıkça ve “genel olarak” düzenleyen Anayasa’nın 10. maddesidir. ¹⁰⁷ İş Yasası’nın 5. maddesindeki düzenleme, kamusal ve özel işverenleri de bağlayan 10. maddedeki anayasal ilkenin, iş hukukunun konusunu oluşturan “bağımlı çalışma”dan doğan ilişkilere -İş Yasası’yla düzenlenen bir bölümüne- özgülenmiş biçimindedir.

5. madde konusunda, şu noktayı bir kez daha vurgulamakta yarar görüyorum: Başlığı “eşit davranma ilkesi” olan, ancak içeriğinde genel olarak iş ilişkilerinde ayrımcılık yasağının yanı sıra, kimi esnek iş sözleşmesi biçimlerine bağlı olarak çalışan işçilere yönelik farklı işlemler ile cinsiyete dayalı farklı işlemleri ayrıca yasaklayan 5. maddenin, eşit davranma ilkesinin, yani iş ilişkileri alanında eşitlik ilkesinin yalnızca “olumsuz” yönünü kapsayan ayrımcılık yasağına karşı güvence sağladığı düşünülmemelidir. Amacı, Avrupa Birliği hukukunda benimsenen yaklaşım koşut biçimde, eşit davranma ilkesini uygulamada eylemli olarak gerçekleştirmek olan 5. madde, işveren için, ilk beş fıkrasında özel olarak öngördüğü ayrımcılık ve farklı işlem yasaklarının dışında, eşit davranma yükümlülüğü de içermektedir. Başka bir anlatımla, eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki yaşamsal bağlantıyı göz ardı etmeyen 5. maddenin, ilkeyi aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle güvenceye aldığına kuşku yoktur ve salt ayrımcılık yasaklarına indirgenmesi düşünülemez. Anayasa’nın 10. maddesindeki düzenlemeye benzer bir dille, 5. maddenin pozitif metninde yer almayan yasa önünde eşitlik ilkesi, eşit işlem (dav-

¹⁰⁴ Eyrenci - Taşkent – Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Bası, Legal Yayını, İstanbul, 2006.

¹⁰⁵ Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, Ekim 2005, s. 120-121.

¹⁰⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 535 ve 536.

¹⁰⁷ Bkz.: s. 546 vd.

ranma) ilkesi olarak İş Yasası bağlamında da geçerlidir ve özgül ayrımcılık yasaklarının yanı sıra, iş ilişkisinin her aşamasında işvereni bağlar. Kaldı ki, Anayasa'nın 10. maddesinin güvencelediği bu ilke, herkesi bağlayan üstün bir anayasal ilke olarak, aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle, özel ve kamusal kesimlerde, işçi- işveren ve devlet-kamu görevlileri ilişkilerinde de geçerlidir. ¹⁰⁸

Öte yandan, gerek Anayasa'nın 10. maddesinin ve gerekse İş Yasası'nın 5. maddesinin, iş hukukunda çoğu kez göz ardı edilen -iç hukukumuzla bütünleşmiş ve doğrudan uygulanması gereken- ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinden doğan dayanaklarının bulunduğu da unutulmamalıdır. Daha açık bir deyişle, iş hukuku yazınında anayasal eşitlik ilkesi ile eşit işlem ilkesi arasında kurulan "genellik-özellik" ilişkisinin, aynı zamanda ulusal iş hukuku ve ulusalüstü insan hakları hukuku bağlamında da kurulması, ulusal hukukun aykırı kuralları ile düzenleme yapmadığı alanlarda, daha ileri hak ve güvenceler öngören uluslararası hukukun doğrudan uygulanması gerektiği anımsanmalı ve anımsatılmalıdır.

Yine iş hukuku yazınında yaygın olan yaklaşımla, eşit davranma ilkesinin "işverenin borçlarından biri" olarak ele alınması, ¹⁰⁹ çoğu zaman bir "insan hakkı" olduğunun göz ardı edilebilmesine de yol açmaktadır. Yasa önünde eşitliğin Anayasa'nın "genel esaslar" bölümünde düzenlenmiş olması gibi, eşit davranma ilke-

¹⁰⁸ *Süzek* de haklı olarak, aynı zamanda Anayasa'nın 11. maddesini de anımsatıp, 10. maddedeki "anayasal eşitlik ilkesi(nin) tüm hukuk düzeninde ve bu arada iş ilişkilerinde geçerli bir ilke niteliği taşı (dığını)", öğretilerdeki kaynaklara da göndermede bulunarak belirtmiş, 5. madde özelinde görüşünü şöyle ortaya koymuştur: "İş Kanununun 5. maddesinde sadece ayırım yapmama borcunun düzenlenmesi, hukukumuzda iş ilişkilerinde sadece dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlere dayalı ayırım yasağının uygulanacağı, bunun dışında kalan hallerde genel anlamda eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı anlamına gelmez" (Sarper Süzek, *a.g.y.*, 2008, s. 400; Sarper Süzek, *a.g.m.*, s. 25). Bu görüşünü iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu bağlamında da yineleyen yazara göre, "anayasanın 10. maddesi ve İş Kanununun 5. maddesi ile 18. maddesinin 3/a, b ve d fıkralarında düzenlenmiş bulunan dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, sendikal nedenlerle iş akdini feshederek **ayırım yasaklarını ihlal eden işveren eşitlik ilkesine aykırı davranmış olur**" (s. 408-409; alıntıda ki vurguyu ben yaptım, MG).

Yıldız da, iş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcu konusunda, iş hukuk öğretisinde bu borcun bulunduğunu ve bulunmadığını ileri süren farklı görüşler ile Yargıtay uygulamasına değindikten sonra (Gaye Burcu Yıldız, *a.g.y.*, s. 248-256), "...işverenin iş sözleşmesinin feshinde de eşitlik ilkesine uygun davranması gerektiği görüşünü paylaştığını", "işverence yapılan feshin türü ve işten çıkarılacak işçi sayısı önem taşımaksızın, ayrımcılık yasaklarına **ve eşit işlem yapma borcuna** uygun davranılma(sı)" gerektiğini belirtmektedir (s. 257; vurguyu ben yaptım, MG).

Altını çizerek ve yineleyerek belirtmeliyim ki bu görüşler, hukuksal düzenlemelerde kimi zaman birlikte ve kimi zaman da ayrı ayrı kaleme alınan eşit işlem ve ayrımcılık yasağının, özünde aynı ilkenin birbirinin ayrılmaz parçası olan iki yönünü oluşturduklarının kabul edildiği anlamına gelmektedir.

¹⁰⁹ Eşit davranma ilkesinin yada borcunun uygulanma koşullarıyla ilgili olarak, örneğin bkz.: A. Can Tuncay, *a.g.y.*, s. 148-152; A. Can Tuncay, *a.g.y.*, s. 28-29; Hamdi Mollamahmutoğlu, *a.g.y.*, s. 542-544..

sinin de İş Yasası'nın "genel hükümler" başlıklı birinci bölümünde düzenlenmiş olması göz önüne alındığında, "eşit davranma ilkesinin işverenin borçlarından biri olmanın ötesinde, iş hukukunun temel ilkelerinden biri haline geldiği söylenebilir." ¹¹⁰ Yinelemekte sakınca yoktur ki, eşit davranma ilkesi anayasal eşitlik ilkesinin özgül içerikli bir anlatımı olarak, "temel hak" niteliği taşır.

a. Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmayacağı

İşler ve İş İlişkileri

İş Yasası'nın eşit davranma ilkesine ilişkin düzenlemesini incelemeyen, bu ilkenin hangi işlerde ve hangi iş ilişkilerinde uygulanabileceğini, daha doğrusu sağladığı korumanın kapsamı dışında bırakılan işlerin ve iş ilişkilerinin neler -gerçek değerinin ne- olduğunu görmek için, öncelikle 4. maddeyi anımsamak ve anımsatmak gereklidir. Avrupa Komisyonu'nun 2004 İlerleme Raporu'nda da, 5. madde ile bağlantısı kurulmaksızın olsa da, İş Yasası'nın bu işleri ve ilişkileri kapsamaması gerektiği -haklı olarak- belirtilmektedir. ¹¹¹ Yine, Sosyal Haklar Avrupa Komitesi de, GG ASS'nin madde 4/3 kuralına uygun olmadığını, çünkü birçok işkolunun eşit ücret ilkesinin uygulama alanı dışında bırakıldığını belirterek, 4857 sayılı yasanın 4. maddesine haklı bir eleştiri yöneltmiştir. ¹¹²

4857 sayılı yasa, kurallarının, dolayısıyla da eşit davranma ilkesinin uygulanmayacağı işleri ve iş ilişkilerini "istisnalar" başlıklı -istisnaların istisnalarını da belirten- bu maddede geniş biçimde saymıştır:

"Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;

a. Deniz ve hava taşıma işlerinde,

¹¹⁰ Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, 2005, s. 974-975. Bir başka yazısında, eşit davranma borcunu, "temelleri ve kapsamı farklı iki ayrı borcun bileşeni" olarak inceleyen yazara göre, bu iki bileşenden birincisi "... dar anlamda işverenin eşit davranma borcu"dur ve "işverenin genel anlamda işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğü" anlamına gelir; ikincisi de, "ayrım-cılık yasakları"dır. "Ayrımcılık yasakları temelde temel hak (hak) ve özgürlüklerle ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir" (**a.g.m.**, 2006, s. 66).

Kanımcı, eşit davranma ilkesinin yalnızca olumsuz boyutunu oluşturan ayrımcılık yasağının temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğu görüşü, insan hakları sözleşmelerindeki yaklaşım ve düzenlemelerle de bağdaşmadığından kabul edilemez. Eşit davranma yada eşit işlem, işverenler için bir yükümlülük yada borç olmakla birlikte, işçiler açısından temel haktır. Kısacası eşit işlem, olumlu ve olumsuz yönleriyle, bölünmez bir bütün olarak temel haktır. Nitekim yazar da, *E. Dockes*'in, katıldığını sandığım -ve benim de paylaştığım- şu görüşüne göndermede bulunmuştur: "Eşitlik ilkesi yalnızca temel bir hak değil, aynı zamanda diğer insan hakları için de gerekli temeli oluşturmaktadır" (**a.g.m.**, 2005, s. 975).

¹¹¹ Bkz.: Beşinci Bölüm, s. 497.

¹¹² Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 294 vd., 324-325.

- b. 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,
- c. Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,
- d. Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,
- e. Ev hizmetlerinde,
- f. İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında,
- g. Sporcular hakkında,
- h. Rehabilite edilenler hakkında,
- i. 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde.

Şu kadar ki;

- a. Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri,
- b. Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler,
- c. Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler,
- d. Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri,
- e. Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri,
- f. Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler,

Bu Kanun hükümlerine tabidir.”

İnsan haklarından biri olarak ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesine getirilen ve İlerleme Raporlarında eleştirilen ¹¹³ bu istisnalar, ¹¹⁴ sayılan işlerde ve iş ilişkilerinde işverenlerin keyfi ayrımcılıklarına olanak tanınması nedeniyle, salt onaylanan uluslararası insan hakları sözleşmelerine ve AB yönergelerine değil, aynı za-

¹¹³ Bkz.: Beşinci Bölüm, s. 497.

¹¹⁴ İş Yasası'nın kapsamı dışında bırakılan işler ve işyerleri konusunda ayrıntılı bilgi ve eleştiri için, örneğin bkz: Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 197-205.

manda Anayasa'nın 10. maddesine de aykırıdır. Kanımca, 4. maddedeki istisna kuralının korunmasının zorunlu görülmesi durumunda da, *hiç olmazsa*, 5. maddenin bu istisnalar kapsamı dışında bırakılmasını -İş Yasası'nın 5. maddesi dışındaki kurallarının bu işlerde ve ilişkilerde uygulanmamasını, kısacası eşitlik yararına ayrımcılık yapılmasını- öngören bir düzenlemeye yer verilmesi gerekirdi. Nitekim, aşağıda değinileceği gibi, 4857 sayılı İş Yasası'nın "asgari ücret"e ilişkin 39. maddesinin 1. fıkrasında, Anayasa'nın 55. maddesinin 2001'de değiştirilen 3. fıkrasına uygun olarak, saptanacak asgari ücretin "iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun *kapsamında olan veya olmayan* her türlü işçi" için uygulanmasını öngörmüştür. 39. madde uyarınca saptanan asgari ücretin uygulama alanının genişletilmesini öngören bu kural, 4. maddeye getirilen doğru ve Anayasa ile ulusalüstü sözleşmelere uygun bir istisna niteliğindedir. Benzer bir düzenlemenin 5. maddenin kişiler yönünden uygulama alanı konusunda da yapılması gerekirdi.

Öte yandan, kanımca Anayasa'nın 10. maddesi, İş Yasası'nın kapsamı dışında bıraktığı işler ve işyerlerinde de geçerlidir ve yargıç, bu istisnalara ilişkin eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusundaki uyumsuzluklarda, hem 10. maddede ve hem de onaylanan insan hakları sözleşmelerinin bu alanda daha ileri hak ve güvence sağlayan "ulusalüstü" kurallarını, iç hukuka aktarılmış olmalarını aramaksızın, "doğrudan ve kendiliğinden" uygulamakla yükümlüdür.

b. Genel İlke Olarak Eşit Davranma

Eşit davranma ilkesi, Anayasa'nın 10. maddesinde ayrımcılık yasaklı yönüyle güvenceye alınan yasa önünde eşitlik ilkesinin iş ilişkilerine uyarlanmış biçimi olarak, özgül ayrımcılık ve farklı işlem yasaklarına yer veren içeriğiyle, önceki iş yasalarından ve özellikle 1475 sayılı İş Yasası'ndan ¹¹⁵ ayrılan ve uluslararası sözleşmelere görece daha ileri düzeyde ama kısmi uyum sağlayan bir yaklaşımla, ilk kez 4857 sayılı İş Yasası ile tanınmıştır. ¹¹⁶

¹¹⁵ *Tuncay*'ın da belirttiği gibi, 4857 sayılı İş Yasası öncesi dönemde, "İş Hukukumuzda eşit davranma hallerine ilişkin yasa hükümlerinin adedi pek az olup, bunlar İşK md. 26/4, TSGLK md. 21/5, SenK md.1/III, 14/II ve 19'dan ibarettir" (A. Can Tuncay, **a.g.y.**, s. 2).

¹¹⁶ 1961 Anayasası'nın güvenceye aldığı yasa önünde eşitlik ilkesi, **1475 sayılı İş Yasası'nda** çok yetersiz ve sınırlı biçimde düzenlenmişti. Yürürlükte olduğu yıllardaki onaylanan uluslararası sözleşmeler -özellikle UÇÖ'nün 100 ve 111 sayılı sözleşmeleri- ile de bağdaşmayan 26. maddenin 4. fıkrası, ayrımcılık nedenlerinden yalnızca birine, "cinsiyet" temelinde dayalı olanına yer vermiş ve yine yalnızca "ücret" ile sınırlı olarak yasaklayıcı bir düzenleme öngörmüştü. 1971 tarihli yasanın, işçi ve işverenlerin bireysel ve toplu düzeylerdeki sözleşme özgürlüğünü de sınırlandırarak, ücret eşitsizliğini yasaklayan yada başka bir deyişle eşit işe eşit ücret güvencesi sağlamakla yetinen bu düzenlemesi şöyleydi:

"Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece *cinsiyet* ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akıtlarına buna aykırı hükümler konulamaz."

2003 yaz başlarında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Yasası, bir yandan onaylanan uluslararası sözleşmelere ve öte yandan da Avrupa Birliği çalışma müktesebatına uyum sağlamak amacıyla, ¹¹⁷ “eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinde, hem genel olarak ve hem de cinsiyete dayalı ayrımcılık ile kimi esnek istihdam yada iş ilişkisi biçimleri özelinde, kanıtlama yükümlülüğü ve yaptırım konularını da kapsamak üzere, ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır.

aa. Ayrımcılık Nedenlerinin Sınırlı Olmaması

İş Yasası'nın “eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinin ilk fıkrası, bu ilkeyi, ayrımcılık yasağını içeren olumsuz yönüyle, genel olarak “iş ilişkileri” bağlamında düzenlemiştir. Eşit davranma ilkesinin birinci ögesi olarak iş ilişkisinde ayrımcılık yasağı öngören, ancak “her türlü” demediğinden “sözel metniyle” tüm ayrımcılık biçimlerini ve özellikle dolaylı ayrımcılığı kapsadığını açıkça belirtmeyen 1. fıkra şöyledir:

“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.”

Ayrımcılık kavramını ve biçimlerini tanımlamayan 5. maddenin “genel” bir dille ayrımcılık yasağı öngören 1. fıkrası, ayrımcı işlem ve eylemlerin dayanağı yapılabilecek nedenleri, biri (renk) dışında, Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki anlatımla aynen yinelemiştir. Böylece, Anayasa'nın “herkes” için güvenceye

¹¹⁷ “Hukuki çerçevenin belirlenmesi(nin)” gerekli olduğunu anımsatan 4857 sayılı yasanın 5. maddesinin **gerekçesinde**, -örneğin onaylanan Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Avrupa Sosyal Şartı'ndan söz etmeksizin eksik biçimde belirtilen- uluslararası sözleşmelere ve AB'ye uyum amacından açıkça söz edilmiştir:

“ (...) Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü'nün “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi”ni onaylamış ve bu hususta 1475 sayılı İş Kanununa düzenleme getirmiş olduğu halde, daha sonra onayladığı Birleşmiş Milletlerin “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”ne uyum Kanununu henüz çıkarmamıştır. **Yeni düzenleme sözleşmeye uyum sağlamaktadır.** Diğer yandan Avrupa Birliği ülkelerinde görülen kadın ve erkek arasında **doğrudan ve dolaylı ayırım** için iç hukuklarına yansıyan Birlik Adalet Divanı'nın çok sayıda kararları yanında, birincil kaynaklardaki düzenlemelerin gereği olarak tüzük ve yönergeler (75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378 sayılı Yönergeler gibi) de yürürlüğe konulmuştur. Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Kanununa alınması gerekli olmuştur” (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 73, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu [1/534], s. 6-7).

4857 sayılı yasanın gerekçesi için örneğin ayrıca bkz.: **Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Kıdem Tazminat Fonu Kanun Tasarısı ve Gerekçesi**, 26 Haziran 2002, 2. Baskı, MESS Yayını, İstanbul, Ağustos 2002; TISK, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**, (Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri, Diğer Kanunlarla Yapılan Değişiklik Gerekçeleri ve 19 Ekim 2005 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı İle Birlikte, TISK Yayını, Ankara, Temmuz 2008).

aldığı ayrımcılığa uğramama hakkını, ucu açık bırakılan nedenlerle “iş ilişkisi”ne uyarlamıştır. Kanımca “renk” temeline dayalı ayrımcılıktan söz edilmemiş olsa da, bunu “*ve benzeri nedenler*” kapsamında düşünmek olanaklıdır ve bir eksiklik oluşturmaz.

5. madde, Anayasa'nın 10. maddesinden ayrılarak, eşit davranma ilkesini olumlu ve olumsuz yönlerini birlikte kapsayan “ayrımcılık yasaklı” içeriğiyle düzenlenmemiş, eşit davranma ilkesinin ayrımcılık yasağı içeren olumsuz yönüne yer vermekle yetinmiştir. Kanımca burada bir eksiklik söz konusu değildir ve ilkenin olumlu yönünün açıkça belirtilmemiş olması, işverenin eşit işlem yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez.¹¹⁸ 1. fıkradaki genel ayrımcılık yasağının amacı, 5. maddenin tümü için geçerli olan “eşit davranma ilkesinin uygulamaya geçirilmesini sağlamaktır.

1. fıkrada sayılan yedi nedenin ardından gelen “*ve benzeri sebepler*”, ayrımcılık yasağının nedenler yönünden kapsamının genişletilmesine, yeni ayrımcılık biçim ve türlerine temel oluşturabilecek nedenlerin de göz önüne alınmasına olanak vermektedir. Örneğin, fıkrada açıkça sayılmayan “yaş, yurttaşlık, sendika üyeliği, engel, cinsel yönelim” gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklar da, işverenin işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğü kapsamındadır.¹¹⁹ Yasanın, açıkça saydığı nedenler kadar saymadığı nedenler için de aynı ölçüde koruma sağladığını belirtmeye gerek yoktur. Daha önce de değinildiği gibi, Sosyal Haklar Avrupa Komitesi de, Türkiye'ye yönelik 2008 kararlarında, “yaş” ile “cinsel yönelim” konusunda, Anayasa'da ve İş Yasası'nın 5. maddesinde yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında yer almadığını saptayarak bu konuda güvence sağlanıp sağlanmadığını soruştur.¹²⁰

¹¹⁸ Yıldız da, “iş hukukundaki eşitlik ilkesinin hem işverenin *belli* (altını ben çiziyorum) nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağını hem de genel olarak aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit şekilde davranma yükümlülüğü getiren çift yönlü bir ilke olduğu görüşünü benimsiyorum” diyerek, bu görüşü paylaşmaktadır (Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 64). Yazarın, 1. fıkradaki nedenlerin “sınırlı” olduğu anlamına gelebilecek “belli nedenler”den söz etmesinin yanıltıcı olduğunu yinelıyorum.

¹¹⁹ Sözer de, 2000/78 sayılı yönergenin 1. maddesindeki ayrımcılık nedenleriyle İş Yasası'nın 5. maddesindeki nedenleri karşılaştırmakta; bu nedenlerden ikisinin (din ile “dünya görüşü”nü karşıladığını düşündüğü siyasal düşünce ve felsefi inancın) “doğrudan” ve üçünün de (özürlülük [engellilik], yaş ve cinsel yönelimin) “dolaylı” olarak kapsama alındığını belirtmektedir (Ali Nazım Sözer, **a.g.m.**, s. 203).

Ancak yazarın, 5. maddedeki “siyasal düşünce” ile “felsefi inanç”ın, daha önce belirttiğim gibi, 2000/78 sayılı yönergenin Fransızca ve İngilizce metinlerindeki “ou conviction / or belief” terimlerinin karşılığı olarak kullandığı “dünya görüşü” ile karşılandığı yolundaki görüşünü paylaşmadığımı yinelemeliyim (bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 404'te 176 sayılı dipnot ve s. 411).

¹²⁰ CE, CSE, CEDS, **Conclusions XIX-1**, Chapitre 15 – Conclusions relatives aux Articles 1, 9, 10 et 18 de la Charte concernant la Turquie (s. 491-526), Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, s. 495-499.

Madde 5/1 kuralının, salt “doğrudan” ayrımcılıklara değil, kanımca açıkça tanımlanmayan “dolaylı” ayrımcılıklara karşı da koruma sağladığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, gerek uluslararası denetim organlarının kararlarında ve gerekse İlerleme Raporlarında yapılan eleştiriler doğrultusunda, ayrımcılık kavramının ve yasaklanan biçimlerinin tanımlanmasının; yaş, engel ve cinsel yönelime, yasaklar kapsamında yer verilmesinin yararlı olacağına kuşku yoktur.

Kanımca “iş ilişkisi” terimi, ister iş sözleşmesi öncesinde eylemli ve ister sonrasında hukuksal olarak söz konusu olsun, tüm esnek istihdam ve sözleşme biçimlerini de kapsar. 5. maddenin 2. fıkrasında “özümlü” bir kuralla ayrımcılıklara karşı korunmuş olmaları, belirli ve kısmi süreli çalışanların 1. fıkra kapsamı dışında kaldıkları biçiminde yorumlanamaz. “İş ilişkisi” terimi, olağan iş / istihdam ilişkisi ile sınırlı olarak anlaşılabilir; 2. fıkrada sözü edilmeyen başka esnek istihdam biçimlerini de kapsar.

Bu fıkrada, aşağıda incelenen 2. fıkrada olduğu gibi, “*esaslı sebepler*”den açıkça söz edilmemiş olması, ayrımcılık yasağının her durum ve koşulda, tüm işçiler için, örneğin öznel durumlarına bakılmaksızın uyulması zorunlu olan bir ilke niteliği taşıdığı anlamına gelir mi? Başka bir deyişle, 1. fıkradaki **ayırım gözetme yasağı “mutlak” mıdır?** Yoksa, bu nedenlerden yada işçilerden kimileri için “haklı nedenler”e dayalı, biçimsel olarak ve görünüşte ayrımcı nitelik taşıyan ancak aslında başka eşitsizliklere yol açmama amacına yönelik farklı işlemler yapılabilir mi?

Kanımca, eşitlik ilkesinin tanımı gereği, bu sorulardan birincisine olumsuz, ikincisine de olumlu yanıt verilebilir. Ne genel olarak eşitlik ilkesi, ne de iş ilişkilerine özgülünen eşit davranma ilkesi, istisnasız her durum ve koşulda herkes için “mutlak” biçimde uyulması ve uygulanması gereken ilkelere aittir. Aynı kuralların, farklı farksız, tüm durumlarda bulunan herkese (tüm işçilere) uygulanması anlamında, doğasında eşitsizlik barındıran bir “mutlak eşitlik” anlayışı, kuşkusuz söz konusu olamaz. Böyle bir eşitlik, eşitsizliktir; yeni yada varolan olgusal eşitsizlikleri daha da derinleştiren başka eşitsizliklerin yaratıcısıdır. Eşitlik, ayrımcılık yasaklı içeriğiyle, içinde bulunulan durum ve koşullar, yerine getirilen iş yada hizmetin nitelik ve gerekleri, hak öznelerinin kişisel ve mesleki özellikleri yönlerinden “**göreceli**” bir kavramdır. Dolayısıyla da, nesnel ve makul -haklı- neden yada ölçütlere dayandığı, işin yada mesleğin nitelik yada gereklerinin dayattığı kanıtlanan ayrımcılıklar ve farklı işlemler, ilkece 1. fıkraya aykırı düşmez. Örneğin, sendikaların “uluslararası ilişkiler” yada “hukuk sekreterliği” gibi bölümlerinde çalıştırılacak uzmanların işe alınmasında, “çok iyi derecede yabancı dil bilme” gibi “dil” yada “hukuk fakültesini bitirmiş ve / yada belirli bir süre avukatlık yapmış olma” gibi “yüksek öğrenim türü” ve / yada “uygulama deneyimi” gibi koşullar aranması ve bu yönlerden ayırım gözetici kimi özel koşullar öngörülmesi, “görevin gerektirdiği nitelikler” olması nedeniyle ayrımcılık sayılmamalıdır.

Eşit davranma yükümlülüğünün “mutlak olmadığı” görüşü, iş hukuku öğretisinde yaygın olarak benimsenmiştir.

Örneğin *Tuncay*, iş hukuku alanında eşit davranma ilkesinin, “tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini değil, gerçekten eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçla(dığını)”, işverenin ne durumda bulunurlarsa bulunsunlar, nasıl çalışırlarsa çalışsınlar tüm işçilerine her bakımdan eşit davranmasını öngörme(dığını)”; bu ilkenin, “herşeyi eşit duruma, aynı düzeye getirmeyi amaçlama(dığını)” belirtmiştir. ¹²¹

Genel olarak eşitlik tanımından yola çıkan *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*'a göre, “... iş hukuku alanında da mutlak bir eşitlikten söz edilemez. Eşitlik sadece eşit nitelikte ve konumda olanlar arasında söz konusu olabileceğinden, eşit işlem borcu öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi nesnel ve çalışkanlık, verimlilik, yetenek, deneyim gibi subjektif niteliklerle sınırlandırılmış olmaktadır.” ¹²²

İlkenin “nispi niteliği”ni vurgulayan *Süzek*'e göre, “eşit işlem borcu, işverenin tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez. Bu borç aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşveren gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerek çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi subjektif (haklı) nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir.” ¹²³

Çelik'e göre de, “eşit davranma borcu, herkesi mutlak olarak eşit kılmak anlamında alınmamalıdır. Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden söz edilemez. Bu durumdaki işçiler arasında ayırım yapılabilir. Ancak bunun yapılan işin niteliğine, objektif ölçülere uygun olması gerekir.” ¹²⁴ Yazar, bu görüşleri çerçevesinde, örneklerini vererek, işverenin eşit davranma borcunun “mutlak olarak uygulanamayacağı durumlar” (ücretler ve iş sözleşmesinin feshi) ve “mutlak olarak uygulanacağı durumlar” (sosyal yardımların verilmesi, yönetim hakkına ilişkin konular, greve katılmayan işçilerin çalıştırılması) ayırımı yapmaktadır.

“Eşitlik ilkesini kamu hukukunda olduğu kapsam ve genişlikte iş hukuku alanında uygulama(nın) mümkün olma(dığını)” ileri süren *Keser*'e göre; “iş hukuku alanında işverenin eşit işlem borcunun Anayasal anlamda mutlak bir eşitlik anlamı taşımadığı, ancak kanuni düzenlemelerde yer alan esaslar dahilinde, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü zedelemeyen bir borç olduğu kabul edilebilecektir.” ¹²⁵

¹²¹ A. Can Tuncay, **a.g.y.**, s. 5 ve 120. Yazar, 2006'daki bir bildirisinde, bu görüşünü, çok kısa bir anlatımla, İş Yasası'nın “mutlak değil, nisbi eşitliği öngör(düğünü)” belirterek, yinelemiştir (A. Can Tuncay, **a.g.m.**, s. 21).

¹²² Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.y.**, s. 146.

¹²³ Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 401; Sarper Süzek, **a.g.m.**, s. 26-27.

¹²⁴ Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 176 ve 176-179.

¹²⁵ Hakan Keser, “4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş**, Cilt 7, Sayı 3, 2004, s. 59 ve 60.

“İşverenin eşit işlem yükümlülüğü(nün) hiçbir zaman mutlak bir eşit davranma zorunluluğu biçiminde anlaşılmamış” olduğunun altını çizen *Doğan Yenisey*'e göre, “aksi düşünce normla güdülen amacı orantısız biçimde aşarak, işverenin sözleşme serbestisine bir müdahale olarak değerlendirilebilir.”¹²⁶

Bununla birlikte yazar, işverenin eşit davranma yükümlülüğünün “mutlak” olmadığını belirttiikten sonra, “mutlak” eşitlik ve “maddi” eşitlik kavramlarının eşanlamlı biçimde kullandığı izlenimi yaratan açıklamalarda bulunmuştur. Gerçekten yazar, yukarıda aktarılan görüşlerini şöyle sürdürmüştür:

“Öte yandan eğer bu tip yükümlülüklerle amaçlanan bazı **maddi eşitsizlikleri ortadan kaldırmak** ise ki kanımızca iş hukukumuzda böyle bir amacın varlığı tartışılabilir nitelik taşımaktadır, genel bir eşit davranma yükümlülüğünün varlığı bu tip bir amacın elde edilmesini de güvence altına almamaktadır.”¹²⁷

Yazar, izleyen sayfada da bu görüşünü şu satırlarla yinelemiştir:

“Belirtmek gerekir ki iş hukukunda işverenin eşit davranma yükümlülüğü hiçbir zaman **mutlak, sonuçta maddi anlamda eşitliği** hedefleyen bir içerik kazanmamıştır. Amaçlanan sonuca ilişkin bir maddi eşitlik, örneğin işverenin bütün işçilerinin eşit mali imkanlara kavuşması, değildir. Amaçlanan aynı nitelikteki ve aynı durumdaki, aynı kıdem ve statüde çalışan işçiler arasında farklılık yaratmamak, benzerlere benzer davranılması biçimindeki **şekli eşitlik** anlayışının gereği, aynı gruptakiler arasında keyfi veya hukuken haklı görülemeyecek nedenlerle farklı işlem yapma yasağından ibarettir.”¹²⁸

Kanımca, farklı cümlelerle aynı görüşün dile getirildiği bu satırlarda, eşit davranma ilkesinin “mutlak” olmaması ile “maddi eşitlik” kavramı arasında bağ kurulması ve buradan, “maddi eşitsizlikleri ortadan kaldırma” yada “sonuca ilişkin bir maddi eşitlik” yükümlülüğünün bulunmadığı sonucunun çıkarılması tartışmaya açıktır. İlkenin “mutlak” olmaması, “nispi” olduğu anlamına gelir. İlkenin “maddi eşitlik” anlamına gelip gelmediği ise, yalnızca “hukuki eşitlik” içerdiği görüşleri bağlamında söz konusu edilebilir, edilmelidir. Başka bir deyişle, gerek anayasal yasa önünde eşitlik ilkesinin ve gerekse yasal eşit davranma ilkesinin, salt “biçimsel” bir ilke olduğu ve uygulamadaki olgusal eşitsizlikleri hafifletmeye yönelik bir yükümlülük içermediği ileri sürülecekse, bu sonuca “mutlak” nitelik taşımamasından ulaşmaya gerek bulunmadığı kanısındayım.

¹²⁶ Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, 2005, s. 977.

¹²⁷ **a.y.**

¹²⁸ **a.k.**, s. 978-979.

Mollamahmutoğlu'na göre, "eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur" ve bu özelliği, "ayrım yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında" geçerlidir. Söz konusu borcun "mutlak bir nitelik" taşıdığı durumlar ise, kişi hak ve özgürlükleri ile ilgilidir. Yazarın anlatımıyla, "işveren, işçileri arasında bazı nedenlere bağlı olarak hiçbir şekilde ayırım yapamaz; *kişi hak ve özgürlüklerinin mutlak olarak riyeti gerektirdiği alanlarda eşit davranma borcu mutlak bir uygulama alanı bulur*. Ayrıca işverenin işyeri düzenine ilişkin işlemlerde ve sosyal yardımlarda işçileri arasında eşit davranma borcu kat'ı, mutlak olarak uygulanabilir; ancak objektif nedenler bu yükümlülüğün işvereni kurtarabilir." Yazar bu görüşünü, sigara içme yasağı bağlamında somut bir örnekle açıkladıktan sonra, eşit davranma borcunun mutlaklığı konusundaki görüşlerini şöyle sürdürmektedir:

"Mutlak anlamda eşit davranma borcu, çoğunlukla şekli anlamında ayırım yapmama yükümlülüğü bakımından söze konu olur; ırk, etnik köken, cinsiyet, cinsel eğilim, dini ve felsefi inanç, siyasal düşünce gibi nedenlerle işverenin ayırım yapmama yükümlülüğü mutlaktır. Bu itibarla örneğin, farklı ırk, etnik köken, cins, cinsel eğilim, dinden işçiler arasında, *işe almadan* iş ilişkisinin devamı ve sona ermesine kadar tüm konularda salt bu nedenlerle ayırım yapmamak, eşit davranmak zorundadır. Bununla birlikte kanunun, cinsiyet, uyrukluk bakımından öngördüğü kurallara göre işverenin davranmasının, eşit davranma borcuna aykırılık olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Kanuni yükümlülüklerinin gereği olarak işverenin farklı davranması, eşit davranma borcunun dışında kalır." 129

Bu uzun alıntılar, yazarın, eşit davranma borcunun niteliği konusundaki görüşlerinde kimi çelişkiler bulunduğunu göstermektedir. Fransız iş hukukçularına (*Pelissier / Supiot / Jeammaud*'ya) göndermede bulunan yazar, eşit davranma borcunun ilkece "göreceli" olduğu, ayırım yasağının "mutlak" nitelik taşıdığı nedenlerin yada durumların ise sınırlı olduğu görüşündedir. Ancak, örneğin sosyal yardımlar ile ilgili olarak, öğretide olduğu gibi, bir yandan eşit davranma yükümlülüğünün "mutlak" biçimde uyulması zorunluluğunun bulunduğunu belirtmekte; öte yandan ise, işverenin "objektif nedenler"e dayanarak bu "kat'ı, mutlak" yükümlülüğün kurtulabileceğini eklemektedir. Yine, bir yandan, çoğu İş Yasasında (m. 5/1'de) sayılan nedenlere dayanan ayrımcılık yasaklarına uyulmasının da "mutlak" olduğunu belirtmekte; öte yandan da işverenin, yasanın "cinsiyet, -ve m. 5/1'de olmayan- uyrukluk bakımından öngördüğü kurallara" uygun davranmasının eşit davranma borcuna aykırın olduğunun ileri sürülemeyeceğini eklemektedir.

129 Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 538. Yazarın, madde/1'de sayılan nedenlere dayalı ayırım yapmama zorunluluğu kapsamında "işe alma"yı da belirtmiş olmasının altını çiziyorum.

Buradan, yazarın, “mutlak” olana da istisna getirilebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Bu da, işverenin uymakla yükümlü olduğu ayrımcılık yasaklı eşit işlem yükümlülüğünün, hiçbir koşulda istisnası olmayan anlamında “mutlak” olmadığını, nesnel ve haklı nedenlerle kimi farklı işlemlerin ve ayrımcılıkların kabul edilebilir olduğunu göstermektedir.

bb. İş İlişkisi Kavramının Anlamı ve İçeriği

Ayrımcılık yasağının hukuksal çerçevesini belirleyen 1. fıkra, anayasal eşitlik ilkesini iş hukuku alanına taşıyıp somutlaştırırken, doğal olarak bunu “**iş ilişkisi**” ile sınırlandırmıştır. Madde 5/1, Anayasa’nın “herkes” diyen 10. maddesinden farklı olarak, ayrımcılığa uğramama hakkının öznelerini açıkça belirtmemiştir. Ancak, ayrımcılık yasağının konular yönünden uygulama alanını gösteren “iş ilişkileri”, aynı zamanda kişiler yönünden uygulama alanını da dolaylı olarak belirler. İş Yasası anlamında bu kavram, *ilke olarak*, işçiler ile işverenler arasındaki hukuksal / biçimsel çalışma ilişkisini kuran ve onlara “işçi” ve “işveren” niteliklerini kazandıran “iş sözleşmesi”ni amaçlamaktadır. 2. maddeye göre işçi, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan” kişi ve işveren de, bu tanıma uygun işçi çalıştıran kişi olduklarından, yasanın bu tanımların hemen ardından kullandığı iş ilişkisi kavramı da, ilkece “*işçi ile işveren arasında kurulan ilişki*” anlamına gelir.

Ancak kanımca, yasa koyucunun “farkında olmaksızın kullandığı” düşünüle-meyecek bu terimin dar ve salt taraflarca imzalanarak hukuk evreninde yerini almış olan bireysel “iş sözleşmesi”ne bağlı olarak yorumlanması, hak özneleri (işçiler) açısından bir “insan hakkı” olan ayrımcılık yasaklı eşit işlem görme hakkının uygulama alanının sınırlandırılmasına ve işverenin, bu yükümlülüğüne aykırı “keyfi” ayrımcılıklara başvurmasına yol açacaktır. Bu nedenle, bireysel düzeyde kurulan “iş ilişkisi”ni etkileyen toplu iş sözleşmesinin de “iş ilişkisi” kavramı kapsamında görülmesi, toplu iş sözleşmesi taraflarının da eşit davranma yükümlülüğüne uyması gerekir. İş sözleşmesinin kuralları üzerinde etkileri olan toplu iş sözleşmesinde de 5. maddeye aykırı hiçbir düzenleme yapılamaz. Ayrımcılık yasağının madde konusunu belirleyen “iş ilişkisi”, aynı zamanda bireysel ve toplu iş ilişkilerini, bu düzeylerde üretilen kuralları ve ayrıca bu sözleşmelere dayanarak yapılan her tür düzenlemeyi kapsar.

Öte yandan, “iş ilişkisi” teriminin yasal / biçimsel tanımı dolayısıyla tartışmaya açık en önemli konulardan biri de, 1. fıkradaki ayrımcılık karşıtı korumanın başlangıcıyla ilgilidir. İşçi ile işveren arasında İş Yasası anlamında “biçimsel” “iş ilişkisi” ne zaman kurulur? Bu sorunun yanıtı, yukarıda da belirtildiği gibi, yalın ve açıktır: İlkece, iş sözleşmesinin imzalanmasıyla, “hukuksal” olarak bu ilişki kurulmuş sayılır. Ancak uygulamada, kimi zaman ve özellikle kayıt dışı çalıştırmanın çok yaygın ve küçük ölçekli bir sınai yapının egemen olduğu bir çalışma ilişkileri sisteminde, iş ilişkisinin “eylemlî” olarak kurulması, yasa anlamında biçimsel iliş-

kinin kurulmasını önceleyebilir. Bu durumda ve özellikle de birden çok işçinin işe alınmasının söz konusu olduğu durumlarda, iş ilişkisinin “hukuksal” olarak kurulmadığı aşamada ve hatta hiç kurulmadan sona erdirildiği durumlarda, salt “işveren borcu”na indirgenmemesi ve öznelere açısından bir insan hakkı olduğunun unutulmaması gereken “ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesi”nin uygulanamayacağına, dolayısıyla 1. fıkradaki “cinsiyet” dışındaki nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapılabileceğinin düşünülmesi, **birçok hak öznesi için bir temel insan hakkı olarak çalışma hakkının ortadan kaldırılmasına eşdeğerdur**; bunun da ötesinde, tüm insan haklarının kullanılmasının ön koşulu ve “üstün bir ilke” olarak eşit işlem ilkesinin -zaten birçok işi ve iş ilişkisini kapsamı dışında bırakan yasayla sınırlandırılmış olan- uygulama alanının daha da daraltılması sonucunu doğurur.

İş ilişkisinin yalnız ve ancak “sözleşme” ile kurulacağına dayanan görüşler, genel olarak 5. maddenin amacı ve 1. fıkranın özüyle bağdaşmamaktadır. Tüm fıkralarıyla bir bütün oluşturduğuna kuşku bulunmayan 5. maddenin güvencesindeki “eşit davranma ilkesi”, ilk beş fıkrada yer alan genel ayrımcılık yasağı ile özgül farklı işlem yasakları dışında da, işverenler için yükümlülük içerir. Ayrıca, Anayasa’nın 10. maddesi de bu gibi durumlarda uygulanır. Bu nedenle, *Süzek*’in, 5. maddenin 1. fıkrasında geçen “iş ilişkisi” ibaresi(nin), bu ilişkinin kurulmasından öncesini değil, kurulmasından sonrasını kapsayan bir anlam taşı(dığı) yolundaki görüşünü,¹³⁰ hem bu noktayı göz ardı ettiği ve hem de “işçi yararına yorum” ilkesiyle bağdaşmadığı için paylaşma olanağı yoktur. Bu görüşün başlıca dayanağı, ayrımcılık yasağına ilişkin -aşağıda incelenen- kimi özgül kurallarda (İK, m. 5/3; SK, m. 31/1; TCK, m. 122; ÖK, m. 14/1) “işe alma”dan açıkça söz edilmiş ve dolayısıyla iş ilişkisinin bu aşamasında ayrımcılık yasağının öngörölmüş olmasıdır. Bu gerekçe, temelde “karşit kavram yöntemi”ne dayanan bir yorumun ürünüdür. Kanımca, yasanın bu alandaki boşluğunun, özellikle işçilerin eşit işlem görme

¹³⁰ İş mevzuatımızda “işverenin işe almada ayırım yapma yasağını açıkça düzenleyen kurallar(ın) yer almış” olduğunu örnekleriyle açıklayan *Süzek*’e göre, İş Yasası’nın “5/1 ve 5/6 hükümlerinin işverenin ‘işe almada’ ayırım yapma yasağının bulunmadığı görüşünü desteklediği söylenebilir” (Sarper *Süzek*, a.g.y., 2008, s. 403; Sarper *Süzek*, a.g.m., s. 27). Aynı görüş için bkz.: Pir Ali Kaya, a.g.y., s. 151.

Tuncay, 4857 sayılı yasanın öngördüğü eşit davranma ilkesinin, “sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar, iş sözleşmesinin her aşamasına yaymaktadır” diyerek, ilkenin sağladığı korumanın iş sözleşmesinin biçimsel olarak kurulmadığı aşamayı kapsamadığı görüşündedir (A. Can *Tuncay*, a.g.m., s. 22). Yazara göre, ilkenin uygulanması için, “iş ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Kural olarak iş ilişkisi içine dahil olmayan işveren işlemleri EDI’ye tabi değildir.” Kuralın istisnası ise, “mutlak ayırım yasakları(nın) söz konusu” olmasıdır ve bu durumda, “artık iş ilişkisinin kurulmuş olup olmaması önemini yitirir.” Yazara göre, “İş Kanunu md. 5 hep ‘iş ilişkisinde’ ve ‘sona ermesinde’ ayırım yasağından söz etmiştir. İş ilişkisi ise iş ilişkisinin kurulmasından sonraki safhayı içine alır” (s. 29 ve 34; a.g.y., s. 151 ve 152).

hakkını güvenceye alan 5. maddede olduğu gibi, insan haklarından yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, sözel yada karşıt kavram yöntemlerine göre değil “kuşkulu durumlarda özgürlük yararına” (in dubio pro libertate) yorum yapılarak doldurulması gerekir.¹³¹

“Türk hukukundaki bugüne dek gelen baskın görüş, eşit davranma borcunun iş sözleşmesi kurulmadan önce (işe alımda) söz konusu olmadığı yönündedir” diyen, ancak İş Yasası’nın madde 5/3 kuralı ile Sendikalar Yasası’nın madde 31/1 kuralındaki “ayrımcılık yasaklarına aykırılığın ‘culpa in contrahendo’ çerçevesinde değerlendirilmesi gereği(nin) de -öğretide- belirtil(diğini)” ekleyen ve ayrıca Ceza Yasası’nın 122. maddesindeki “kişinin işe alınması veya alınmaması” konusundaki ayrımcılık suçuna ilişkin düzenlemeyi de anımsatan *Sevimli*, culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerinde kusur) çerçevesindeki sorumluluğun anılan iki kuralın yasakladığı “ayrımcılıkla sınırlı kalmaksızın, hem ayrımcılık nedenleri hem de tazminat sorumluluğunun doğması için gerekli koşullar bakımından daha geniş yorumlanması(nın) yerinde olacağı” görüşündedir. Ancak yazar, öğretilerdeki dar ve sözel yorumla ulaşılan görüşlere katılmamakla birlikte, İş Yasası’nın madde 5/1 kuralındaki “iş ilişkisi” teriminin işe almayı kapsayıp kapsamadığı konusunda açık bir görüş belirtmemiştir. *Sevimli*, öğretilerdeki egemen düşüncenin doğurduğu duraksamaları son vermek ve uluslararası sözleşmeler ile AB yönergelerine uyum sağlamak amacıyla, İş Yasası’nın 5. maddesinde “işe alımda her türlü ayrımcılığın hukuki sorumluluk gerektireceğini(e) açık şekilde işaret eden bir düzenleme” yapılmasından yanadır. “Giderek, işe alımda ayırım yasağının etkili şekilde uygulanmasını sağlayacak bir yasal düzenleme gereği ortadadır” diyen yazara göre böyle bir düzenleme, “bu konudaki duraksamayı ortadan kaldıracacağı gibi; Uluslararası Çalışma Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği düzenlemelerine de uygun düşecektir.”¹³²

¹³¹ Bu ilke ile ilgili olarak, *Sağlam*’ın 1987’de yazdığı (Fazıl Sağlam, “Anayasa Hukuku Açısından İşçi Haklarının Güncel Sorunları”, Öner Eyrenci / Fazıl Sağlam / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan, **Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları**, İstanbul, Ağustos 1987, s. 18 ve 37) şu satırları anımsatmakta yarar görüyorum:

“... anayasalarda asıl olan hakların güvencesidir. Yasak ya da sınırlamalar, istisna olarak değerlendirilmelidir. ‘Şüphe halinde özgürlük lehine yorum (in dubio pro libertate) bu gerçeği ifade eden anayasa hukukuna özgü temel yorum ilkelerinden biridir.’ (...)

Anayasa tarafından güvence getirilmeyen, ama belli bir yasak kapsamı içine de alınmayan nesnel yaşam ilişkilerinde gerek kişi bakımından ve gerekse yasa koyucu bakımından serbestlik asıldır.”

Sağlam’ın “anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri”nden biri olarak belirttiği bu yorum ilkesi, kuşkusuz yalnızca Anayasa Hukuku alanında değil, aynı zamanda hak ve özgürlüklerle ilgili her tür ve her düzeydeki düzenlemeler için de, kısacası İnsan Hakları Hukuku alanında da geçerlidir.

¹³² K. Ahmet *Sevimli*, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayını, Birinci Baskı, İstanbul, Nisan 2006, s. 87 ve 150-151; K. Ahmet *Sevimli*, “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 10, Haziran 2008, s. 58.

Kanımca, “iş ilişkisi” teriminin, ilişkinin “kurulmasından sonrasını” kapsar biçiminde anlaşılması ve uygulanması, bu ilişkinin eşit işlem ve ayrımcılık yasağının korumasından yoksun olarak kurulmasına fırsat verecektir. Ayrıca böyle bir uygulama, hem özel işverenleri de bağlayan Anayasa'nın 10. maddesine ve hem de Anayasa'nın madde 90/son fıkra kuralı gereğince İş Yasası'na üstün tutularak “doğrudan” uygulanması gereken “ulusalüstü” sözleşmelere aykırı düşecektir. Ayrıca, iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulmasından önceki aşamayı, yani işe girişi ayrımcılık yasağına karşı öngörülen korumanın kapsamı dışında tutmak, daha önce belirttiğim gibi, AB yönergelerine (2000/43, 2000/78, 2002/73 ve 2000/54 sayılı yönergelere) de aykırıdır.¹³³ Kanımca cinsiyet yada gebelik nedeniyle farklı işlem yasağı öngören 3. fıkra, “iş ilişkisi” teriminin somut içeriğinin saptanmasında, karşıt kavram yorumu için değil, iş ilişkisinin işe almayı da içeren bir kavram olduğunu saptamak için göz önüne alınmalıdır.

Yasa koyucu bu terimi, eşit davranma yükümlülüğünün sağladığı korumanın “sözleşme öncesinde eylemlî (fiili) ilişki dönemini” de kapsamasını istediği için “bilerek ve isteyerek” kullanmıştır. Nitekim, bu görüşü doğrulayan madde gerekçesinde de, 1. fıkranın, işveren için “işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma” yükümlülüğü içerdiği belirtilmektedir.¹³⁴ Demir de, madde 5/1'deki iş ilişkisi teriminin “iş sözleşmesi” yerine kullanılmış olmasına dayanarak, bu fıkradaki ayrımcılık yasağının “sözleşme yapılmadan (işe başlamadan) önce kurulan ‘iş ilişkisinde’ de” uygulama alanı bulabileceği kanısındadır.¹³⁵ Doğan Yenisey, eşit davranma yükümlülüğünün ayrımcılık yasaklarını içeren ikinci “bileşeni”nin temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğu görüşüyle bağlantılı olarak ve bu ilişkiyi göz önüne alarak, “işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak işverenin ayırım yapmasının yasak” olduğu görüşünü paylaşmaktadır.¹³⁶

“Eşit işlem yapma borcu(nun), kural olarak iş ilişkisinin doğumu ile ortaya çık(tığı)” görüşünde olan Yıldız, işverenin eşit işlem borcu ile uymakla yükümlü

¹³³ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 382 vd. 435 vd.

¹³⁴ Bu arada, gerek yıllık ücretli izin hakkının, gerekse kıdem tazminatının hesaplanmasında, “işe başlama” tarihinin temel alındığını anımsatmakta yarar vardır. Gerçekten, 4857 sayılı yasanın “yıllık ücretli izin hakkı ve izin süreleri” başlıklı 53. maddesinin 1. fıkrasına göre, “işyerinde **işe başladığı** günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.” Yine, 4857 sayılı yasanın 120. maddesi gereğince yürürlükte olan 1475 sayılı İş Yasası'nın “kıdem tazminatı”na ilişkin 14. maddesinde de, kıdem tazminatının hesaplanmasına temel olacak sürenin “işçinin **işe başladığı** tarihten itibaren” göz önüne alınacağı öngörülmüştür.

5. madde gerekçesinde “işe almadan başlayarak” denilirken, işçiyi koruyucu bu düzenlemelerin temel alındığı söylenebilir. Yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatı haklarından daha az önemli olmayan ayrımcılık yasaklı eşit davranma yükümlülüğü, tüm hakların kullanılmasında gözetilmesi gereken genel, anayasal ve ulusalüstü bir ilke olarak, “işe alma”yı da kapsamalıdır, kapsamaktadır.

¹³⁵ Fevzi Demir, **a.g.y.**, s. 122.

¹³⁶ Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, 2006, s. 67.

olduğu ayrımcılık yasağının başlangıcı konusunda farklı düşünmektedir: “Dolayısıyla eşit işlem yapma borcu ancak iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ve işvereni keyfi uygulamalar yapmaktan alıkoyan bir borçtur. Buna karşılık ayrımcılık yasağı iş ilişkisi kurulmadan önce, işe alma aşamasından iş sözleşmesinin feshedilmesine kadar her alanda geçerli olan, (...) bir hukuki kurumdur.”¹³⁷ Böylece yazarın, madde 5/1’de öngörülen ayrımcılık yasağının, iş sözleşmesinin imzalanmasından önce de, “işe alma” aşamasından başlayarak işvereni bağladığı görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır. Oysa, eşit davranma ilkesinin olumlu ve olumsuz yönleri arasında böylesi bir ayırım yapılması, ne bu ilkenin bölünmezliğiyle, ne de 1. fıkranın pozitif metniyle bağdaşır. 3. ve 6. fıkralardaki özgül düzenlemelerden -karşıt kavram yöntemiyle- korumanın kapsamını daraltıcı sonuca ulaşamaz. İşverenin eşit işlem yükümlülüğü de, hem Anayasa’nın ve hem de uluslararası sözleşmelerin gereği olarak, ayrımcılık yasağı gibi ve üstelik öncelikle, iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulmasından önceki aşamalarda vardır.

5. maddedeki “ayrımcılık tanımı(nın) eksik” ve pozitif metnini temel aldığı 5. maddenin “1. fıkrasında iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında ayrımcılık yasağı(nın) düzenlenmemiş” olduğunu belirten Bakırcı,¹³⁸ bu öğelerin 1. fıkraya eklenmesini önermiştir.¹³⁹

Madde 5/1’deki “iş ilişkisi” bağlamında verilmiş olmamakla birlikte, bu terimin anlam ve içeriğiyle ilgili olarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 8 Nisan 2008 tarihli bir kararına değinmekte yarar vardır. Bu kararda, madde 18/1’de öngörülen iş güvencesi kurallarından yararlanma koşullarından birini oluşturan altı aylık kıdem süresinin başlangıcı konusunda, yasadaki yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler örnek alınmış ve “işçi yararına yorum” ilkesi uygulanıp, bu kıdem başlangıç tarihi olarak “**işe başlama**”nın göz önünde bulundurulması görüşü benimsenmiştir.¹⁴⁰ İş güvencesinden yararlanmayı, iş sözleşme-

¹³⁷ Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 67 ve 68 (Alıntındaki vurguyu ben yaptım).

¹³⁸ Kadriye Bakırcı, **a.g.m.**, s. 26.

¹³⁹ Sözer de, 2000/78 sayılı yönergeyle karşılaştırdığı 5. maddenin “doğrudan” ve “dolaylı” ayrımcılık ile “taciz” yerine kullandığı “rahatsızlık” kavramlarının “çalışma mevzuatımızda mevcut” olmadığını ve “iç hukukumuzda alınmaları gerekliliği” bulunduğunu belirtmektedir (Ali Nazım Sözer, **a.g.m.**, s. 203-204).

Kanımcıca, madde 5/1’deki “pozitif” yasak, öncelikle doğrudan ayrımcılıklara yöneliktir; bu maddenin önemli eksiklerinden biri, dolaylı ayrımcılık ile tacizi kapsayan açık tanımlar içermemesidir.

¹⁴⁰ 9. Hukuk Dairesi kararının bu bölümü aynen şöyledir:

“Kanunda kıdem esas alındığı haklarda, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izinlerde kıdem başlangıcı için, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil; işçinin eylemli olarak işe başladığı tarih göz önünde tutulduğu için **iş güvencesine ilişkin kıdem başlangıcında da işe başlama tarihinin dikkate alınması uygun olacaktır**, işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi veya işçinin hastalanması, kıdem süresinin başlangıcını (başlangıcını) engellemez, kıdem işlemeye başlar. Ancak işçi, kusuruyla işe geç başlarsa, fiilen işe geç başladığı tarih, altı aylık sürenin başlangıcı olarak kabul edilmelidir.” 8 Nisan 2008 tarihli ve E. 2007/27725, K. 2007/7812 sayılı bu karar için bkz.: **Çalışma ve Toplum**, 2008/4, Sayı 19, s. 380-385).

sinin “biçimsel olarak” imzalanması öncesine taşıyan bu yaklaşımın, üstün bir ilke ve evrensel bir hak olarak eşitlik ve eşit işlem konusunda da “evleviyetle” uygulanması ve iş ilişkisinin, madde 5/1’de anılmayan “işe alma” aşamasının da ayrımcı uygulamalara karşı sağlanan genel koruma kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerekir.

“İş ilişkisi” kavramının yukarıda açıklanan anlam ve içeriği çerçevesinde, cinsiyet yada gebeliğe dayalı özgül farklı işlem yasağı öngören 3. fıkrada anılan söz konusu öğelerin 1. fıkrada yer almamış olması, kanımca bir eksiklik oluşturmaz. İş sözleşmesiyle *ilkece* -ve biçimsel olarak- kurulan ve kurulması ile sona ermesi arasındaki dönemi -ve kuşkusuz sona ermesini de- kapsayan “iş ilişkisi”, işe giriş aşamasını da içerir. Bunun tersini, yani iş ilişkisinin ancak sözleşmenin imzalanarak kurulmasından sonraki evrelerini kapsadığını düşünmek, bu ilişkinin içeriğinin ayrımcılık yasağının sağladığı korumadan yoksun olarak oluşturulması sonucuna götürecektir. Bu nedenle, iş ilişkisinin kurulması (işe alma) aşamasında ilkenin olumsuz yönünün (ayrımcılık yasağının) uygulanacağı, buna karşılık olumlu yönünün (eşit işlem yükümlülüğünün) ancak ilişkinin kurulmasından sonraki aşamalarında işvereni bağlayacağı yolunda -yada ters yönde- ileri sürülen görüşler, ilkenin bütünsellik ve bölünmezliğini de göz ardı etmektedir.

Sözel yorumlara ilginin yüksek olduğu, onaylanan sözleşmelerin 2004 değişikliğinden sonra da yasalara üstün tutularak doğrudan uygulanmasının anayasal bir kural niteliği taşıdığı öğretide ve yargıda göz ardı edildiği, denetim organlarının da benzer durumlarda iç hukukta açık ve doğrudan düzenlemeler yapılmasını istedikleri göz önüne alındığında, 5. maddenin 1. fıkrasının işe almayı içerecek biçimde değiştirilmesi zorunluluğunun, ülkemizin bir gerçeği olduğunu kabul etmek gerekir. Kuşkusuz aynı gerekçeler, 5. maddenin öteki uyumsuz kurallarının açık yasal düzenlemelerle giderilmesi için de geçerlidir.

c. Belirli Süreli ve Kısmi Süreli İşçilerin

Farklı İşleme Karşı Korunması

5. maddenin 2. fıkrası, İş Yasası’nın ayrıca düzenlediği “atipik” çalışma biçimlerinden belirli süreli çalışma ile kısmi zaman çalışma özelinde, işverene “*farklı işlem yapma*” yasağı getirmiştir. Bu özgül yasak, 1. fıkranın “kural” olan belirsiz ve tam süreli iş ilişkilerinde uygulanacağı yolundaki kimi olası itirazlara karşı açık güvence getirmiş olması yönünden önemlidir. Ancak, 1. fıkradaki sözel anlatımdan ayrılan 2. fıkra, “haklı” değil “esaslı” sebeplerden söz ederek, bunun “mutlak” bir yasak olmadığını belirtmiştir. Eşit davranma ilkesinin ikinci ögesini oluşturan bu *özgül düzenleme*, kanımca aynı zamanda 1. fıkra kapsamında da olan esnek istihdam biçimlerine yönelik korumayı güçlendirmiştir. Avrupa Birliği müktesebatına ¹⁴¹ uyum amacıyla getirilen ¹⁴² bu fıkraya göre:

¹⁴¹ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 335.

¹⁴² İş Yasası’nın 5. maddesinin gerekçesinde, bu amaç şöyle belirtilmiştir:

“İşveren, *esaslı sebepler* olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.”

Görüldüğü gibi işveren, 1. fıkrada açıkça yer almayan “*esaslı sebepler*” varsa, tam süreli ve belirsiz süreli olarak çalışan işçiler ile kısmi süreli ve belirli süreli olarak çalışan işçiler arasında farklı işlem yapabilir. Yasa koyucunun, uluslararası ortak hukuktan ayrılarak ve terim birliğine özen göstermeksizin kullandığı, ayrıca neler olduğunu yada niteliğini de açıklamadığı “*esaslı sebepler*”in varlığını, uyguladığı farklı işlemin (ayrımıcılığın) “haklı” nedenlere dayandığını kanıtlama yükümlülüğü işverene düşer. Aşağıda görüleceği gibi yasa koyucunun, belirli süreli ve kısmi süreli çalışmalar yapan işçilere yönelik ayrımcılık yasağına “haklı” nedenlerle istisna getirilebileceğini öngörmüş olması karşısında, 2. fıkradaki “*esaslı sebepler*”i, gerekçede de kullanılan “haklı nedenler” olarak anlamak gerekir.

Bu iki esnek istihdam biçimine özgü farklı işlem yasağının, dayandırılacağı nedenlerden söz edilmemiş olmakla birlikte, farklı işlem yasağının 1. fıkrada tüketici olmaksızın sayılan nedenleri kapsadığına kuşku yoktur.

5. maddenin 2. fıkrasındaki farklı işlem yasağı, İş Yasası’nın bu konudaki ilgili (12/1 ve 13/2) maddelerinde de, ¹⁴³ değişik bir anlatımla yer almakta, böylece “çifte koruma” getirilmiş olmaktadır. Gerçekten, Avrupa Birliği’ne uyum gerekçesiyle, ¹⁴⁴ “belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımının sınırları” başlıklı 12.

“Diğer yandan ülkemizde esnek istihdam türleri için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken **Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış**, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada *ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça* eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir” (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 73, s. 7).

¹⁴³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.: Gaye Burcu Yıldız, a.g.y., s. 226-229.

¹⁴⁴ 12. maddenin aşağıdaki gerekçesinde, 5. madde gerekçesinde de olduğu gibi, bu düzenlemenin, ayırım gözetmeme ilkesine yer veren 28 Haziran 1999 tarihli ve 99/70 sayılı yönergenin göz önüne alınarak yapıldığı belirtilmektedir:

“Avrupa Birliği Konseyi’nin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların çerçeve anlaşmasında bu anlaşmanın konusunun, **belirli ve belirsiz iş sözleşmeleri arasında ayırım yapılmama ilkesinin uygulanması** suretiyle belirli iş sözleşmelerinde daha iyi koşullarla istihdamı gerçekleştirmek olduğu belirtilmiştir. Bu ilke ve üye devletlerdeki uygulama şekilleri dikkate alınarak madde düzenlenmiştir.

Öncelikle işçiler salt belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmalarından dolayı maddede tanımlanan emsal işçiye göre **farklı işleme tabi tutulamaz**. Diğer yandan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye bir zaman dilimine göre bölünebilir bir hak sağlanmışsa, aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesine göre iş gören işçi de çalıştığı süreye orantılı bu haktan yararlanabilecektir. Örneğin bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde işçiye, ikramiye tarihinde işyerinde olmasa dahi çalıştığı süreye orantılı ikramiye ödeneceğinin kabul edilmesi halinde, bölünebilir bir hak olan ikramiyeden belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçinin de yararlandırılması gerekecek ve sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra verilecek ikramiyeyi bu işçi de çalıştığı süreye orantılı olarak alabilecektir.” (...) (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 73, s. 10).

maddenin 1. fıkrası, ¹⁴⁵ belirli süreli çalışan işçiyi, işverenden kaynaklanabilecek olası farklı işlemlere karşı şu anlatımla korumuştur:

“Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, *ayırımı haklı kılan bir neden* olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre *farklı işleme* tâbi tutulamaz.”

12. maddenin 2. fıkrasının belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilen işçiler için ayrımcılık yasağı bağlamında öngördüğü bir başka özgül koruma, farklı kıdem uygulanmasıyla ilgilidir:

“Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için *farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça*, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır.”

Bu düzenleme uyarınca, ¹⁴⁶ çalışma koşullarının herhangi birinden yararlanmak için işyerinde yada işletmede geçirilen kıdem aranması durumunda, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi için ancak “haklı neden” varsa farklı kıdem uygulamasına gidilebilir. Böyle bir uygulama için haklı neden yoksa, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçi için temel alınan kıdem uygulanması gerekir. ¹⁴⁷

¹⁴⁵ 12. maddenin 3. fıkrası, 2. fıkrada geçen “emsal işçi”den ne anlaşılması gerektiğini açıklamaktadır:

“Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.”

¹⁴⁶ Madde 12/1 ve 2’deki düzenlemeler konusunda daha geniş bilgi için bkz.: Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 232-234.

¹⁴⁷ “Geçici veya belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilerin sağlık ve güvenlikleri bakımından işyerinde çalışan diğer işçilerle *aynı düzeyde korunmalarını sağlama*” amacı taşıyan (m. 1) **Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik**, “eşit davranma” başlıklı 4. maddesinde, işyerinde sağlık ve güvenlik koşulları yönünden ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır:

“İşveren, bu Yönetmeliğin 2 nci maddesinde belirtilen iş ilişkisi ile çalıştırdığı işçilere, işyerinde sağlık ve güvenliklerinin korunmasını içeren çalışma koşulları bakımından aynı işyerinde çalışan diğer işçilere sağladığı düzeydeki korumayı sağlayacak, özellikle kişisel koruyucu donanımlara erişim açısından farklı uygulamada bulunamaz” (Bkz.: **Resmi Gazete**, 15 Mayıs 2004, Sayı: 25463).

İş Yasası'nın, "**kısmî süreli ve tam süreli iş sözleşmesi**" başlıklı 13. maddesinin 2. fıkrası da, ¹⁴⁸ işverenin, "tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az" çalışma süresiyle çalıştırılan kısmi süreli çalışan işçilere yönelik farklı işlemlerini yasaklamıştır. ¹⁴⁹ Bu esnek çalışma biçimini özendirmeyi ve belirli süreli çalışma gibi, Avrupa Birliği'nde "sözleşmesel sosyal diyalog" çerçevesinde kabul edildikten sonra Konseyce "yönergeleştirilen" ¹⁵⁰ düzenlemeye (çerçeve anlaşmaya) uyum sağlamayı amaçlayan ¹⁵¹ bu fıkra göre:

¹⁴⁸ 13. maddenin öteki fıkraları şunlardır:

"Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.

İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmî süreli tam süreliye veya tam süreli kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur."

¹⁴⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.: Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 229-233.

¹⁵⁰ Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, 2008, s. 381-385.

¹⁵¹ 13. maddenin ayrıntılı gerekçesinde, kısmi ve tam süreli çalışan işçiler arasında ilkece ayırım gözetilmemesinin temel amacının, bu yöntemin gelişmesini özendirmek olduğu açıklanmış, ancak getirilen farklı işlem yasağının "mutlak" olmadığı, çalışma koşullarının tümü konusunda öngörülecek bir eşitliğin, haklı olarak eşitsizlik doğuracağı belirtilmiştir:

"Ülkemizde de sayıları gittikçe artan kısmi süreli çalışmaları teşvik etmek üzere, bu tür iş sözleşmesinin tanımı yapılmış ve ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça, **emsal tam süreli sözleşmeye göre çalışan işçiden farklı bir işleme tabi tutulmayacağı** hükmü bağlanmıştır. *Avrupa Birliği'nde Konsey tarafından 97/81 sayılı Yönerge* ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların meydana getirdikleri "Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması"nda belirtildiği üzere, bu anlaşmanın amacı, bir yandan **kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmak**, diğer yandan kısmi zamanlı çalışmanın gelişmesini serbest irade temelinde teşvik etmek ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde çalışma sürelerinin esnek bir organizasyon çerçevesinde düzenlenmesine katkıda bulunmaktır. (...)

Kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam süreli çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri de düşünülemez, aksi halde tam bir eşitsizlik ortaya çıkar. Bu açıdan **ayırımı haklı kılan nedenlerin bulunması durumunda**, her iki türde sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olması doğal karşılanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir, bu durum bir ayırım yapıldığı anlamı da taşımaz. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi, bölünebilir haklardan, örneğin her yıl verilen yakacak yardımından çalıştığı süreye orantılı olarak yararlanacaktır. Örneğin işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi yılda 60 milyon yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçiye aynı yardım 20 milyon olarak ödenecektir. Buna karşılık bölünmeyen bir haktan, yararlanma şartları bulunduğu, her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin belirsiz süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi, tam süreli farklı olamaz, gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen süreler her iki sözleşme türünde de aynı olabilir. (...) (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 73, s. 11).

“Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, *ayırımı haklı kılan bir neden* olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye *orantılı* olarak ödenir.”

Görüldüğü üzere, her iki atipik iş ilişkisi çerçevesinde, işverenin belirli süreli ve kısmi süreli işçilere yönelik farklı işlem uygulaması, 5. maddenin 2. fıkrasında olduğu gibi, kural olarak yasaklanmıştır. İşverenin belirli ve belirsiz süreli işçiler ile kısmi ve tam süreli işçiler arasında farklı işlem yapabilmesi için “ayırımı haklı kılan bir neden” bulunması zorunludur. Kısmi süreli işçiye tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süre ile “orantılı” olarak ücret ödenmesinin öngörülmüş olması ayrımcılık sayılmaz. Böylece, 5. maddenin 2. fıkrasında geçen “esaslı sebepler”, iki esnek iş sözleşmesiyle çalıştırılanların farklı işlemlere karşı korunmasını öngören özgül kurallarda (m. 12/1 ve m. 13/2’de) “haklı kılan neden”, kısaca “haklı neden” biçiminde değiştirilmiştir. Yasadaki terim birliğini bozan yasa yazımındaki birçok özensizliğin örneklerinden birini oluşturan bu sözcükler arasında anlam ve içerik yönünden bir fark olmadığı, en azından “esaslı” nedenlerin “haklı” nedenler olarak anlaşılması gerektiği kanısında olduğumu yineliyorum.

9. HD, İş Yasası’nın 5. maddesinin 2. fıkrası kapsamına giren bir uyuşmazlık dolayısıyla verdiği *12 Şubat 2008* tarihli kararında,¹⁵² tam süreli ve kısmi süreli işçiler arasında “ikramiye” ödemesi yönünden yapılan ayrımcılık konusunda, bunun eşit davranma borcuna aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Karara göre, 4857 sayılı “yasanın yürürlükte olduğu dönemde işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere ikramiye ödendiği halde kısmi süreli iş ilişkisi kapsamında çalışan davacı işçiye ödenmemiş olması eşit davranma borcuna aykırılığı oluşturur.”

d. Cinsiyet Temeline Dayalı Farklı İşlem Yasakları

5. maddenin sırasıyla 3, 4 ve 5. fıkralarında, temelde “cinsiyet” temeline dayalı farklı işlem ve ayrımcılıklara karşı koruma öngören ve böylece yasadaki eşit davranma ilkesinin üçüncü ögesini oluşturan “özgül” kurallara yer verilmiştir.

Öncelikle belirteyim ki, 5. maddenin yukarıda aktarılan gerekçesinden anlaşıldığına göre, bu üç fıkra ile BM’nin 1985’te onayladığımız Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi’ne uyum sağlanması amaçlanmıştır. Uyum yasaının henüz çıkarılmadığından söz eden gerekçeye göre, “yeni düzenleme sözleşmeye uyum sağlamaktadır.” Oysa, 4857 sayılı İş Yasası’ndan onsekiz yıl önce onaylanan bu sözleşme, anılan üç fıkroda belirtilen konuların çerçevesini aşan ayrımcılık karşıtı son derece kapsamlı bir düzenleme yapmıştır.¹⁵³

¹⁵² T. C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2007/31462, Karar No: 2008/108, 12.02.2008 (**Çalışma ve Toplum**, Sayı 16, 2008/1, s. 387-390).

¹⁵³ Bkz.: Birinci Bölüm, s. 84 vd.

Dolayısıyla, sözleşmeye uyum sağlandığı görüşü doğru değildir; uyumun, olsa olsa kısmen sağlandığı söylenebilir.

Kuşkusuz, 5. maddenin 3, 4 ve 5. fıkraları, öncelikle kadın işçileri korumayı amaçlamaktadır. Ancak farklı işlem ve / yada ayrımcılık yasaklarının; 3. fıkrada “cinsiyet veya gebelik nedeniyle”, 4. fıkrada “cinsiyet nedeniyle” ve 5. fıkrada da “işçinin cinsiyeti nedeniyle” öngörüldüğü göz önüne alındığında, söz konusu korumanın salt kadınları kapsamadığını belirtmek gerekir.

Kadınları ayrımcılıklara karşı korumayı amaçlayan daha genel ve kapsamlı bir düzenleme yapan bu fıkralardan ilki şöyledir:

“İşveren, *biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler* zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin *yapılmasında*, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, *cinsiyet veya gebelik nedeniyle* doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”

3. fıkranın önemi ve getirdiği yenilik, “doğrudan” ve “dolaylı” olmak üzere iki farklı işlem (ayrımcılık) türünden ilk kez söz etmiş ve her ikisini de, özellikle dolaylı farklı işlemleri de açıkça yasak kapsamına almış olmasındadır. Ne var ki, dolaylı ayrımcılık, anılmakla birlikte, kavram olarak söz edilmediği 1. fıkrada da olduğu gibi, tanımlanmış değildir. İşverenin, cinsiyet yada gebelik temeline dayalı farklı işlem yapmama yükümlülüğü; kanımca 1. fıkrada genel olarak söz edilen “iş ilişkisi” terimini de açıklığa kavuşturucu niteliktedir. Gerçekten bu yasak, “iş sözleşmesinin yapılması”,¹⁵⁴ “*şartlarının oluşturulması*”, “*uygulanması*” ve “*sona ermesi*” konularını, yani iş ilişkisinin sözleşmenin kurulmasından önceki -iş alma- evresini de içermek üzere tüm aşamalarını kapsamaktadır.^{155, 156} Kadın iş-

¹⁵⁴ Süzek, “iş ilişkisi” terimine yüklediği anlam ve içerik doğrultusunda, 3. fıkrada geçen “iş sözleşmesinin yapılması” sözcüklerine dayanarak, “iş mevzuatımızda bazı alanlarda işverenin işe almada ayırım yapma yasağını açıkça düzenleyen kurallar(ın) yer almış” olduğunu; bu kurallardan birinin, “işe almada *cinsiyet nedeniyle* ayırım yapılması yasağı” olduğunu, bir başkasının Sendikalar Yasası’nın 31. maddesinde ve üçüncüsünün de 5378 sayılı Özürlüler Hakkında Yasa’nın 14. maddesinde öngörülüğünü belirtmektedir (Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 403; Sarper Süzek, **a.g.m.**, 2008, s. 27-28).

Yukarıda da değindiğim gibi, bu özgül kurallar, karşıt kavram yöntemiyle, madde 5/1’deki korumanın maddi içeriğinin daraltılmasının gerekçesi olamaz. Öte yandan, 5. maddenin 1. fıkrasında genel olarak “iş ilişkisi” terimine yer verilmişken, 3. fıkrasında “iş sözleşmesinin yapılması” terimine yer verilmiştir. Bu iki terimin, “iş ilişkisi”nin içerik ve öğelerini saptamak için karşılaştırılmayacağı kanısındayım. Tersine, 3. fıkranın, “iş ilişkisi”nin tüm öğelerini sayıp anlam ve içeriğinin ortaya koyduğu düşüncesinde olduğumu yineliyorum.

¹⁵⁵ Bayram, 2002/73 sayılı yönergenin öngördüğü “işe giriş aşamasında(ki) ayırım yasağı”nı anımsattıktan sonra, İş Yasası’nın madde 5/3 kuralının kapsamının genişletilmesini önermektedir. Yazara göre, “her ne kadar İş K. M. 5/III hükmünde ‘iş sözleşmesinin yapılması’ aşaması kapsama alınmış olsa da; bu aşama sözleşme öncesi dönemi kapsamamaktadır. Türk hukukunda sözleşme öncesi döneme ilişkin olarak culpa in contrahendo temelli sorumluluk öngören görüşler olsa da, m. 5/III hükmünün kapsamının ‘işe giriş’ aşamasını da içerecek biçimde genişletilmesi yararlı olacaktır” (Fuat Bayram, “Avrupa Birliği İlerleme Raporlarındaki (1998 - 2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gereklî Değişiklikler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Ocak - Şubat - Mart 2007, Sayı: 13, s. 78-79).

çileri daha yoğun biçimde etkileyen dolaylı farklı işlem (ayrımcılık) yasağının da açıkça öngörülmüş olması, olumlu ve yeni bir düzenlemedir.

İşverenin, bir kadın (işçi) ile iş sözleşmesi bağtılamaktan kaçınması, ancak “biyolojik” yada “işin niteliği”nin gereği olan nedenlerin dayatmasının sonucu olması durumunda, cinsiyete yada gebeliğe dayanan bir farklı işlem sayılmaz.

5. maddenin 4. fıkrası, örneğin 100 sayılı UÇÖ sözleşmesi ile GG ASS'nin 4. maddesinin 3. fıkrasında tanınan “erkek ve kadınlar arasında eşit değerde bir iş için eşit ücret hakkı”nı güvenceye almaktadır ve şöyledir:

“Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.”

Aslında 4. fıkradaki bu yasaak, ayrımcılık nedenleri arasında “cinsiyet”e yer verdiğinden ve “ücret” de iş ilişkisinin en önemli ögesini oluşturduğundan, ayrımcılığa karşı genel koruma sağlayan 1. fıkranın da kapsamındadır. Ayrıca, 4. fıkrada cinsiyete dayalı ayrımcılığa karşı açıkça korunan “ücret”in, 2. fıkrada sözü edilen “sözleşmenin (...) şartlarının oluşturulması” kapsamında olduğuna da kuşku yoktur. Dolayısıyla 4. fıkra, bu kuralları pekiştirici özgöl bir düzenlemedir. Bu fıkrada sözü edilen “ücret”ten tüm ücret eklerini de kapsayan geniş anlamda ücretin anlaşılması gerektiğine kuşku yoktur.

5. maddenin 5. fıkrası da, “cinsiyet” nedeniyle gerek yasalarda ve gerekse bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde öngörölen “özel koruyucu kuralları” gerekçe göstererek kadınlara erkeklere oranla düşük ücret ödenmesine karşı bir başka “özgül” güvence sağlamaktadır:

“İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.”

“İş sözleşmesinin yapılması”nın da “sözleşme öncesi dönemi” kapsamadığı görüşüne katılmak olanaklı değildir. Burada söz konusu olan, henüz biçimsel olarak imzalanmamış olan sözleşmedir ve bu da, sözleşme öncesi dönemi amaçlar. Kaldı ki, madde 5/3'te, iş sözleşmesinin “yapılması”nın hemen ardından “**şartlarının oluşturulmasında**”n da söz edilerek, yine sözleşmenin imzalanmasından önceki dönemi kapsayan bir aşamada, cinsiyete yada gebelik temellerine dayalı doğrudan yada dolaylı farklı işlemlere karşı koruma sağlanmıştır. Bu sözcüklerin de “işe giriş” aşamasını anlatmadığı görüşü, Türkçe yönünden de kabul edilemez.

156 Yıldız, 5. maddenin 3. fıkrası ile yaptırıma ilişkin 6. fıkrası arasındaki tutarsızlık nedeniyle, “maddenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda, üçüncü fıkranın iş sözleşmesinin yapılmasında ayrımcılığı yasaklamış olması(nın) sadece kağıt üstünde kalacağı, bu yasağa aykırı davranan işveren(in) herhangi bir yaptırıma tabi olmayacağı”; bu nedenle de, “maddenin beşinci fıkrasında iş sözleşmesinin kurulması aşamasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması halinin de açıkça ifade edilmesi(nin) gerekmekte” olduğu ve böylece 3. fıkradaki ayrımcılık yasağının “bir anlam taşıyacağı” görüşündedir (Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 198).

Kanımcı, 1. ve 6. fıkralarda geçen “iş ilişkisi” terimine, 3. fıkradaki “iş sözleşmesinin yapılması”nı kapsamayan bir anlam yüklenmesi, bu ve benzeri görüşlerin ileri sürölmesine yol açmaktadır.

Kadın işçilere yönelik özel koruyucu kuralların yer aldığı kaynakların niteliği önem taşımaz. Yasal, sözleşmesel, yönetsel vb. nitelikteki düzenlemelerde öngörülen koruyucu kurallar, düşük ücret uygulamasına dayanak yapılamaz. Ne bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde, ne işverenlerce yapılan işyerine özgü her türlü düzenlemede yer alan özel koruyucu kurallar, düşük ücret uygulamasının dayanağı olamaz. İş Yasası'ndan örnek vermek gerekirse, madde 74/4 kuralında yer alan, "hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın(ın) işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırıl(ması)" yada madde 74/son fıkrada öngörülen, "kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni veril(mesi)" ile ilgili özel koruyucu kurallar (işveren yükümlülükleri), kadınlara ödenen yada ödenmek istenen düşük ücretlerin "haklı" gerekçesi olmaz.¹⁵⁷

e. Eşit Davranma İlkesine Aykırılığın Hukuksal Yaptırımları

Ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesinin "etkili" biçimde uygulanmasını sağlamak için, İş Yasası ile Ceza Yasası'nda "hukuksal" ve "cezasal" yaptırımlar getirilmiştir. Yaptırımların etkili ve işveren için "caydırıcı" nitelik taşıması ve aynı zamanda ayrımcılığın doğurduğu zararlar "orantılı" olması, kuralların yaşama geçirilmesi açısından son derece önemlidir.

Eşit davranma ilkesinin yaptırım ögesine de yer veren İş Yasası'nın 5. maddesinin 6. fıkrası, işverenin işçilerine eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışlarının hukuksal yaptırımını şöyle düzenlemiştir:

"İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, **dört aya kadar** ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır."

Görüldüğü gibi 6. fıkra, işverenin, "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" 5. maddenin ilk beş fıkrasında öngörülen genel ve özgül ayrımcılık yasaklarına aykırı davranmasını yaptırıma bağlamıştır. Bu yaptırımın uygulanması için iş ilişkisinin sona ermesi yada erdirilmesi gerekmez; yaptırımın iş ilişkisi sürerken de uygulanması, yani ayrımcı yada farklı işlem mağduru işçinin hak arama yollarına başvurusu olanaklıdır.

Ayrımcılık ve farklı işlem yasaklarına karşı öngörülen temel yaptırım, üst sınırı belirlenen bir "tazminat"tır. Ancak, yaptırım bununla sınırlı değildir. İşçinin, yoksun kaldığı "başka hakları" nı (örneğin hiç ödenmemiş yada eksik ödenmiş ücretini, ücret eklerini ve sosyal yardımları) istemesi de olanaklıdır. Yasa, tazminat konusunda, Sendikalar Yasası'nın 31. maddesindeki özel düzenlemeyi saklı tut-

¹⁵⁷ Sarper Süzek, a.g.y., 2006, s. 365 ve 2008, s. 407-408.

muş, dolayısıyla bu maddedeki ayrımcılık durumunda 6. fıkradaki ayrımcılık tazminatına ilişkin düzenlemenin uygulanmayacağını belirtmiştir.

Bu yaptırımın uygulama alanı nedir? Özellikle, iş ilişkisinin biçimsel / hukuksal olarak kurulmasından önceki aşamaları, işçinin sözleşmesiz olarak eylemli biçimde çalıştırıldığı dönemi kapsar mı? Sorunun yanıtı, “iş ilişkisi” kavramına yüklenen anlam ve içeriğe göre değişecektir. Kanımca iş ilişkisi bu dönemi -işe girişi- de kapsadığından, işverenin ayrımcı işlem ve eylemleri 6. fıkranın koruması kapsamındadır. Bu nedenle, gerek “İş Kanunu md. 5/6 da yer alan yaptırım, iş ilişkisinin kurulmasından sonrasını veya sona ermesini içine alır” diyen *Tuncay*'in;¹⁵⁸ gerek “işe almada ayırım yapılması halinde bu tazminata hükmedilemeyeceğinden genel hükümleri (culpa in contrahendo) uygulamak gerekmektedir” diyen *Süzek*'in;¹⁵⁹ gerek “kanun açıkça ‘iş ilişkisinde veya sona ermesinde’ bu tazminatı öngördüğünden iş ilişkisinin kurulmasında eşit davranma borcuna aykırılık halinde talep edilememesi gerekir” görüşünü savunan *Mollamahmutoğlu*'nun;¹⁶⁰ gerek “... iş duyurularında, iş sözleşmesi görüşmeleri ve iş sözleşmesi yapılmasında yaptırım öngörülmemiştir” diyerek,¹⁶¹ bu konularda da yaptırım öngörülmesini öneren *Bakırcı*'nın ve gerekse yukarıda değinilen *Yıldız*'in¹⁶² görüşlerine katılma olanağı yoktur. Önerilen bu eklemeler, olsa olsa, kanımca varolan ve uluslararası hukukun yanı sıra AB yönergelerinde de yer alan bu güvenceye açıklık kazandırıcı bir işlev görebilir.

Yasa, iş hukuku öğretisinde “**ayrımcılık tazminatı**” olarak nitelenen bu hukuksal yaptırımı, işçinin *en çok dört aylık ücretinin* tutarıyla sınırlandırmıştır. Yasanın, denetim organlarının kararlarında ve İlerleme Raporlarında en yoğun eleştirilere konu olan tavan sınırlamalı bu yaptırım, bir de 5. maddenin gerekçeyle sınırlandırılmak istenmiştir. Gerekçe, söz konusu tazminata temel olacak ücretin “**asıl ücret**” olduğunu ve “ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya iliş-

¹⁵⁸ A. Can Tuncay, **a.g.m.**, s. 34.

¹⁵⁹ Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 414.

¹⁶⁰ Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 552. Oysa yazar, “md. 5/1'deki ‘iş ilişkisinde’ tabiri(nin) iş sözleşmesinin uygulandığı süreç yanında sona erdirilmesini de içeren bir kapsama sahiptir” görüşünü savunmaktadır (s. 540).

5. maddenin 1. fıkrasındaki “iş ilişkisi” terimi, -doğal olarak- sözleşmenin “sona erdirilmesi”ni de kapsıyorsa, 6. fıkarda “veya sona ermesinde” denilmesine gerek bulunmaması doğal değil midir? Öte yandan, 1. fıkradaki “iş ilişkisi”, 6. fıkarda -ve aynı zamanda 3. fıkarda- geçen “sona ermesinde” sözcükleri nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesini kapsıyorsa, 3. fıkradaki “iş sözleşmesinin yapılmasında” sözcükleri dolayısıyla sözleşmenin imzalanmasından önceki evreyi, yani sözleşmenin yapılmasını / kurulmasını, daha açık bir deyişle işe almayı da kapsamaz mı?

Bu arada, yazarın, daha önce de aktardığım şu cümlesini yineliyorum: “...işe almadan iş ilişkisinin devamı ve sona ermesine kadar tüm konularda salt bu nedenlerle ayırım yapmamak, eşit davranmak zorundadır” (s. 538).

¹⁶¹ Kadriye Bakırcı, **a.g.m.**, 2007, s. 27.

¹⁶² Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 198.

kin sosyal yardımlar(ın) buna dahil” olmadığını belirtmiştir. Bu görüş, iş hukuku öğretisinde de yaygın biçimde benimsenmiştir. ¹⁶³ Kanımca, 6. fıkranın pozitif metninden çıkarılamayacak ücretin “çıplak ücret” olduğuna ilişkin böyle bir sınırlandırma, yasal dayanaktan yoksun olduğu gibi, Anayasa’ya ve ulusalüstü sözleşmeler ile yetkili denetim organlarının kararlarına da açıkça aykırıdır. Üst sınırı aynı zamanda, AB’nin ayrımcılık yasaklı eşit işlem yönergeleri (76/207, 2000/73 ve 2006/54 sayılı yönergeler) ile de uyumlu değildir. ¹⁶⁴ 6. fıkradaki ve gerekçedeki çifte sınırlama, bu hukuksal yaptırımın “etkili, caydırıcı ve orantılı” olması zorunluluğunu ortadan kaldırmakta, yargıcın takdir yetkisini de alabildiğine sınırlandırmaktadır. Kaldı ki gerekçede, 4. fıkrada geçen ücret kavramı konusunda açıklayıcı bir yorum bulunmamaktadır. Gerekçenin, ayrımcılık yasağını düzenleyen bir maddede, 4. ve 6. fıkralardaki “ücret” konusunda ayırım gözetmiş olması ne anlaşılabilir, ne de kabul edilebilir. Dolayısıyla, uluslararası sözleşmelere ve AB müktesebatına açıkça aykırı olan dört ay sınırlamasının kaldırılması gerekir. ¹⁶⁵ Ayrımcılık tazminatına getirilecek bir sınırlama, olsa olsa, bir alt sınır olabilir ve bu da, yaptırımın etkili ve caydırıcı olma özelliklerini yansıtmalıdır. ¹⁶⁶

Öte yandan, ayrımcılık tazminatına hak kazanmak için işçinin bir zarara uğraması yada iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmediği gibi, 6. fıkra kuralının “nispi emredici nitelik taşı(ması)” nedeniyle, “toplu iş sözleşmeleri veya iş akitleri ile artırılmasına (da) bir engel yoktur.” ¹⁶⁷

¹⁶³ Örneğin bkz.: Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 414-415; Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 175/dipnot 205; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.y.**, s. 146; Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 553; Cevdet İlhan Günay, **a.g.y.**, s. 257; Öner Eyrenci, **a.g.m.**, s. 37; Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, s. 77; Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 329; Murat Demircioğlu, **Sorularla Yeni İş Yasası**, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, Ekim 2003, s. 29.

Yıldız, yasanın gerekçesini aktararak, ayrımcılık tazminatının tutarının hesaplanmasında temel alınacak “asıl ücret”in ücret eklerini içermediği yolundaki açıklama konusunda bir görüş belirtmekle birlikte ve dolayısıyla gerekçeye katılmış olmakla birlikte (s. 328-239), “eşitlik ilkesi konusunda iş mevzuatında yapılmasını önerdiği” değişiklikler arasında, benim de katılmakta kuşku duymayacağım, “ayrımcılık tazminatı işçinin **giydirilmiş ücreti** üzerinden hesaplanır” önerisinde bulunmaktadır (s. 350).

¹⁶⁴ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 370-374, 435-438 ve 440-447.

¹⁶⁵ Üst sınırın kaldırılması konusunda aynı görüş için bkz.: Kadriye Bakırcı, **a.g.m.**, 2007, s. 27 ve 34; Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, s. 77; Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 328-330. Bayram’a göre de, “tazminatın götürü olarak belirlenmesi ve dört ayla sınırlandırılmış olması AB normlarına uyum açısından yerinde bir düzenleme değildir.” Bu tazminata ilişkin “tavan sınırlaması kaldırılmalı ve tazminatın zararlar ilgisi kurulmalıdır” (Fuat Bayram, **a.g.m.**, 2007, s. 79).

¹⁶⁶ *Yıldız*, AB müktesebatına aykırılığı nedeniyle haklı olarak kaldırılmasını istediği “üst sınır” yerine, “alt sınır öngörülme(sini)” önermekte ve bunun da “dört aylık ücret tutarı bir alt sınır olarak düşünülebilir(eceğini)” belirtmektedir (Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 330). Ancak yazarın, “İş Kanununun 5. Maddesi Yerine Önerdi(ği) Maddeler” arasında yer alan ayrımcılık tazminatının tutarı şöyle kalemeye alınmıştır: “Bu tazminatın alt sınırı işçinin **üç aylık** ücreti tutarındır” (s. 350).

¹⁶⁷ Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 415; Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 553; Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 330.

Ayrımcılık ve farklı işlem yasaklarına aykırı davranılması nedeniyle öngörülen tazminat için getirilen üst sınırın, işçilerin düşük ve yüksek ücretli (asgari ücretli ya da toplu sözleşmesiz ve toplu sözleşmeli) olmalarına göre değişebilecek tutarların ödenmesine yol açmasının bir sakıncası daha vardır. Bu sakınca, örneğin aynı işverenin ayrımcı işleminin mağduru olan biri toplu iş sözleşmesinden yararlanan ve biri de toplu sözleşmesiz ve asgari ücretli olan iki işçiye farklı tutarlarda ayrımcılık tazminatı ödenmesinde kendini gösterebilir ve söz konusu ayrımcı işlemin cinsiyet temeline dayalı olması durumunda ise, daha çarpıcı biçimde ve çoklu ayrımcılık olarak ortaya çıkabilir. Gerçekten, iş sözleşmesinin uygulanmasında yada sona erdirilmesinde, düşük ve yüksek ücretli kadın işçilere bu nedenle ödenecek ayrımcılık tazminatının tutarlarının farklı olması, sonuç olarak bir insan hakkı ihlali olan ayrımcılık yasağının parayla ölçülmesi ve derecelendirilmesi gibi insan onuruyla bağdaşmayan bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle, ayrımcılık tazminatı için, olsa olsa caydırıcılığı sağlayacak düzeyde bir alt sınır getirilmesi düşünülmelidir.

“İş ilişkisi” kavramı konusunda daha önce yaptığım açıklama ve benimsediğim görüş nedeniyle, işveren, işe giriş aşamasını da kapsamak üzere, iş sözleşmesinin “hukuksal” olarak varlık kazanmasından önce işçiyi “eylemli” olarak çalıştırdığı dönemde başvurduğu ayrımcılık yasaklı eşit davranma yükümlülüğüne aykırı işlem ve eylemleri nedeniyle de sorumludur. Bu aynı zamanda, Anayasadan doğan bir sorumluluktur. Dolayısıyla, 5. maddenin 6. fıkrasında, 1. fıkradaki genel ve izleyen fıkralardaki özgül kurallarla yasaklanan ayrımcı yada farklı işlemler için öngörülen yaptırım, işverenin eşit işlem yükümlülüğüne aykırı başka davranışları için de geçerlidir. “Buradaki kanun boşluğu yargıç tarafından İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı esas alınarak doldurulmalıdır” diyen Yıldız da, kanımca son derece haklı olarak, “ayrımcılık tazminatının, (...) işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı işlemlerinde de talep edilebileceğini düşün(mektedir).”¹⁶⁸

4857 sayılı İş Yasası, 5. maddeye aykırılığın cezasal yaptırımını “genel hükümlere aykırılık” başlıklı 99. maddesinde öngörmüştür. 5. maddede “öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan (...) işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verilir.” 50 TL’lik para cezasının ayrımcı uygulamalara başvuran bir işveren için “caydırıcı” olmayacağı açıktır. SHAK’nin de tutarını eleştirdiği bu para cezası, hem artırılmalı ve hem de Türkiye İstatistik Kurumunun düzenli olarak yayımladığı Tüketici Fiyatları Endeksine (TÜFE) bağlanmalıdır. Bakırcı da, söz konusu idari para cezasının artırılması “veya ayrımcılık yapan işverenler için işyeri kapatma cezası öngörülmesi” önerisinde bulunmaktadır.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Gaye Burcu Yıldız, a.g.y., s. 329.

¹⁶⁹ Kadriye Bakırcı, a.g.m., 2007, s. 26 ve 27.

Aşağıda ayrıca incelenen Türk Ceza Yasası'nın “ayrımıcılık” başlıklı 122. maddesi de; ayrımcılık yasağına aykırı davranışları iş ilişkisinin yalnızca “işe alma yada almama” aşaması ile sınırlı olarak “cezai” yaptırımlara bağlayıp, İş Yasası'ndaki yaptırımların etkili ve caydırıcı olma koşullarını kısmen güçlendirmiştir.¹⁷⁰

f. Kanıtlama Yükümlülüğü

Doğrudan yada dolaylı ayrımcı uygulamalara karşı etkili bir koruma, salt yasaklayıcı ve yaptırımlı kurullarla sağlanamaz. Ayrımcılık mağduru bir işçinin, iş ilişkisinin her yönden güçsüz yanı olarak, savını kanıtlama yükümlülüğünü tek başına üstlenmek zorunda kalması, ayrımcılık karşıtı kurulların işlevsiz, korumanın da etkisiz kalmasına yol açabilir. Bu nedenle, kanıtlama yükümlülüğünde “iddiacı iddiasını kanıtlar” biçimindeki genel kuraldan ¹⁷¹ ayrılan ve bunu paylaştıran yada işçi yararına hafifletiren bir düzenleme yapılması, ayrımcılığa karşı korumanın önemli bir parçasını ve eşit davranma ilkesinin de kaçınılmaz bir ögesini oluşturur.

5. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, “Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm” olarak 5. maddeye eklenen 7. ve son fıkra, kural ve istisnasını belirterek, kanıtlama yükümlülüğünü düzenlemektedir:

“20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

5. maddenin son fıkrasının saklı tuttuğu “feshin bildirimine itiraz ve usulü” konusunu düzenleyen 20. madde, iş güvencesi kapsamında olan işçinin, iş sözleşmesinin neden gösterilmeksizin feshedildiği yada gösterilen nedenin geçerli olmadığı savıyla açacağı davaya ilişkindir. Geçersiz fesih nedeniyle fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde açılabilen bu davalarda, feshin geçerli bir nedene dayandığını kanıtlama yükümlülüğü işverene düşmektedir. Ancak yasa, işçinin “feshin başka bir sebebe dayandığını” ileri sürmesi durumunda, kanıtlama yükümlülüğünün işverene değil kendisine düştüğünü belirtmiştir (m. 20/2).

¹⁷⁰ Ayrımcılık tazminatının, kötü niyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı ve sendikacılık tazminatı gibi başka tazminatlar ile birlikte uygulanıp uygulanamayacağı konusunda bkz.: Sarper Süzek, **a.g.y.**, 2008, s. 415-417; Nuri Çelik, **a.g.y.**, 2008, s. 205-207; Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 554-557; Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 331-342; Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, 2006, s. 78-81.

¹⁷¹ Bu kural, Medeni Yasa'nın “ispat yükü” başlıklı 6. maddesinde şu anlatımla yer almıştır: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”

Son fıkra, bu kuralı saklı tutarak, işverenin, 5. maddenin ayrımcı ve farklı işlem yasakları öngören fıkralarına aykırı davranması durumunda, ayrımcı davranışı kanıtlayarak yükümlülüğünün, kural olarak “işçi”ye düştüğünü belirtmiştir. Ancak yasanın, kanıtlayıcı yükümlülüğü bağlamında işçiden beklediği, işverenin “haksız” bir farklı işlem (ayrımcılık) yaparak 5. maddeyi ihlal ettiğini (ihlalin varlığı olasılığını) “**güçlü bir biçimde**” ortaya koymasından ibarettir.¹⁷² Bu yükümlülük, işçinin farklı işlemi kesin olarak kanıtlayması anlamına gelmez. Ondan istenen, işverence uygulanan bir ayrımcılık durumunu soyut olarak ileri sürmesi değil, böyle bir olasılığın varlığını güçlü, yeterince ciddi ve olabildiğince inandırıcı biçimde ortaya koymasındır. Kanıtlayıcı yükümlülüğünün bundan sonraki aşamasında tümüyle sorumlu olan işverendir. İşçinin güçlü bir biçimde ortaya koyduğu ayrımcılık durumunun, yani 5. maddeye aykırılığın bulunmadığını, başvurduğu işlemin ayrımcı nitelik taşımadığını kesin olarak kanıtlayıcı yükümlülüğü işverene düşmektedir. *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*’ın belirttiği gibi, “aykırılık iddiasında bulunan işçi, kanıtlayıcı zorluğu çektiği durumlarda karine olarak aykırılığı gösteren bir durumu ortaya koymakla kanıtlayıcı yükümlülüğünden kurtulmakta, bu defa işveren böyle bir durumun olmadığını kanıtlayıcı zorunda kalmaktadır.”¹⁷³ Yıldız, “hafifletilmiş bir ispat yükü” olarak da nitelediği bu yükümlülük çerçevesinde, işçiye düşen yükün, “uyuşmazlığa bakan yargıçta, kendisine karşı ayrımcılık yapıldığı ya da eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığı konusunda yeterli bir kanaat uyandırmaya yarayacak maddi vakıaları sunmaktan ibaret” olduğunu belirtmektedir.¹⁷⁴

İş Yasası’nın, 5. madde gerekçesinde de belirttiği 97/80 sayılı AB yönergesi doğrultusunda getirdiği kanıtlayıcı yükümlülüğünün işçinin yükünü önemli ölçüde azaltacak biçimde “kısmen” paylaşılmasıyla, bu alandaki uluslararası ortak hukuka ve AB yönergelerine uygunluk sağlanması yolunda görece önemli bir adım atıldığı söylenebilir. Nitekim, 2003 İlerleme Raporu’nda, İş Yasası’nın “kısmen” uygun olan kuralları arasında kanıtlayıcı yükümlülüğüne de yer verilmektedir. Yine, örneğin 2004, 2005 ve 2006 İlerleme Raporlarında da, sosyal müktesebata uyumun sürmesi gerektiği belirtilen konular arasında kanıtlayıcı yükümlülüğü yer almaktadır.¹⁷⁵

g. Sözleşmenin Feshinde Geçerli Nedenler ve Ayrımcılık

İş Yasası’nın “*feshin geçerli sebebe dayandırılması*” başlıklı 18. maddesi, kapsamına giren işyerlerinde çalışan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin iş-

¹⁷² AT Adalet Divanı ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kararlarında geçen “çok güçlü düşünceler” yada “çok güçlü nedenler” ile İş Yasası’nın işçinin, işverenin ayrımcı davranışını kanıtlayıcı yükümlülüğünden kurtulması için aradığı ihlali “güçlü bir biçimde” ortaya koymasını istemesi arasında yaklaşım benzerliği kurulabilir (karşılaştırmak için bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 260-262).

¹⁷³ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.y.**, s. 146).

¹⁷⁴ Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 300 ve 301.

¹⁷⁵ Bkz. Beşinci Bölüm, s. 497, 500 ve 502.

verence feshedilmesi yetkisini, “fesih için geçerli bir sebep” oluşturmadığını “özellikle” diyerek en önemlilerini saydığı “hususlar” ile sınırlandırmıştır. Bilindiği gibi yasaya göre, işçilerin iş güvencesine ilişkin kurallardan yararlanması, birçok koşulla bağlanmıştır. Bunlar, 18. maddenin 1. fıkrasında şöyle sayılmıştır: “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde” çalışma, “en az altı aylık kıdemi olma”, “belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışma.” Bunlara, “İş Yasasına yada Basın İş Yasasına bağlı olma”yı da eklemek gerekir. ¹⁷⁶

İşçi sayısına ve işyeri büyüklüğüne, kıdem süresine ve sözleşmenin niteliğine ilişkin bu koşullarla, İş Yasası'nın dar olan kapsamı daha da daraltılmıştır. Çünkü, ayrımcı nitelik taşıyan söz konusu koşul yada ölçütler, yasanın 4. maddesinde öngördüğü “istisnalar” ile alabildiğine daraltılmış olan uygulama alanına giren işlerde ve iş ilişkilerinde aranacaktır.

“Doğrudan ayrımcılık” biçiminin somut örneklerini oluşturduğuna kuşku bulunmayan bu koşulların tümü, ne 158 sayılı UÇÖ sözleşmesinin getirilmesine olanak verdiği istisnalara ilişkin kuralları, ne Anayasa'nın hukuk önünde eşitlik ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında öze dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olma koşulları ile uyumludur, ne de ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinde güvenceye bağlanan ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesi ile bağdaşmaktadır. ¹⁷⁷ 4773 sayılı yasada “on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerleri” koşulu öngörülmüşken, bunun üç katına çıkarılması, işyeri büyüklüğü anlamına gelen işçi sayısı temelinde yapılan ayrımcılığı ve aykırılığı daha da açık ve çarpıcı duruma getirmiştir.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi; **19 Ekim 2005 tarihli kararında**; ¹⁷⁸ madde 18/1'de öngörülen “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde” çalışma koşulunu, “ölçülülük” ilkesine aykırı bulmadığı gibi, ne yazık ki, tartışmaya bi-

¹⁷⁶ İş güvencesi kurallarının uygulanmasına ilişkin koşullar konusunda ayrıntılı bilgi ve özellikle, “otuz va daha çok işçi çalıştıran işyerinde çalışma” konusundaki koşula ilişkin iş hukuku öğretisinde benimsenen yaygın görüş için bkz.: Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 492-505; Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 210-216; Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 709-721.

Bu koşulların 158 sayılı sözleşme temelinde ayrıntılı bir eleştirel değerlendirmesi için bkz.: Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu Yayını, Birinci Basım, İstanbul, Eylül 2004, s. 22-36.

¹⁷⁷ *Güzele* göre de, otuz işçi koşulu (tarım işyerlerinde ise 50'den çok (51) işçi koşulu), çok sayıda işçiyi iş güvencesinden yoksun bırakacağı için isabetli olmamış ve bu yönüyle Anayasa ile 158 sayılı ILO Sözleşmesine aykırılık oluşturmuştur” (Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 27 ve 28, 29).

¹⁷⁸ Esas Sayısı: 2003/66, Karar Sayısı: 2005/72, Karar Günü: 19.10.2005; **Resmi Gazete**, 24.11.2007, Sayı: 26710; <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.

le gerek görmeksizin, 10. maddeki eşitlik ilkesiyle de bağlantılı bulmamıştır. 179 Yüksek Mahkeme bu yaklaşımı, anayasa yargısının çok erken dönemindeki 1963 tarihli kararında da benimsemişti.

Anayasa Mahkemesi; “dava dilekçesinde 18. maddenin birinci fıkrasının, 30 işçiden az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçiler için güvence sağlamamasının **eşitsizliğe neden olduğu**, bu durumun çalışma barışını bozacağı, kapsam dışındaki işçilerin çalışma haklarını sağlamadığı, 158 sayılı İLO Sözleşmesindeki iş güvencesi hükümlerine uygun olmadığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa’nın 2., 5., 10., 11., 13. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür” diyerek, CHP’nin iptal isteminin gerekçelerini özetlemiştir¹⁸⁰ ve şu sonuca varmıştır:

(...) İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde *kamu yararı* esastır, ayrıca *işçi ve işveren arasındaki denge* de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda *işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin* kayıt dışı uygulamalara

¹⁷⁹ Bu davayı, “iptal” ve aynı zamanda “yürütmenin durdurulması” istemiyle CHP açmıştır. Dava dilekçesinde, 4857 sayılı yasanın, aralarında 18. maddenin 1. fıkrasının da bulunduğu birçok maddesinin, iş güvencesinin kişiler ve işyerleri yönünden uygulama alanını alabildiğine daraltan kuralının, Anayasa’nın aralarında 10. maddenin de bulunduğu çeşitli maddelerinin yanı sıra, 158 sayılı UÇÖ sözleşmesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

¹⁸⁰ Kararda, CHP’nin 18. maddeye ilişkin aykırılık savı ve dayandığı gerekçeler daha ayrıntılı olarak şöyle belirtilmiştir:

“18. maddenin birinci fıkrasıyla ilgili olarak;

Kuralın, 30 işçiden az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışanları, iş güvencesi kapsamına almayı haksız feshe karşı korumadığı, anayasal bir hak olan iş güvencesinin işyerlerini değil, işçileri ilgilendiren nitelikte olduğu, işyerleri açısından gözetilen eşitliğin, işçilerin haklarında işyerlerinde çalıştırılan işçi sayısına göre bir ayırım yapılması halinde eşitsizlik doğuracağı, ***işsizliğin büyük boyutlara ulaştığı günümüzde iş güvencesinin eşitlik temelinde yaygın olarak uygulanmamasının çalışma ilişkilerinin bütününe etkileyeceği ve çalışma barışını bozacağı***, Devletin taraf olduğu 158 sayılı İLO Sözleşmesindeki iş güvencesi hükümlerine uygun olmadığı, işçi olmak niteliğini taşıyan ve bu açıdan durumları aynı olan kimselerin bir kısmının ‘çalıştıkları işyerlerindeki işçi sayısı’ gibi bir dış durum ölçüt alınarak iş güvencesi koşulunun belirlenmesinin *Anayasa’nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu*, Anayasa’nın 49. maddesindeki çalışma hakkının, işçinin işine geçerli bir neden olmadan son verilmesi hakkını da içerdığı, 30’dan az işçi çalıştırılan işyerlerindeki işçilerin iş güvencesinden mahrum bırakılmasının çalışma hakkını sınırlandırdığı için *Anayasa’nın 49. ve 13. maddelerine aykırı olduğu*, sosyal adaletin ve toplumsal dengenin sağlanmasını imkansız hale getirdiği için *Anayasa’nın 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu”*

ileri sürülmüştür.

Görüldüğü gibi CHP, 11.7.2003 günlü dava dilekçesinde, aykırılık savının ulusalüstü dayanakları olarak yalnızca 158 sayılı sözleşmeden söz etmiş, buna karşılık, aynı zamanda ayrımcılık oluşturan madde 18/1’deki koşulların tümünün 111 sayılı sözleşme ile Avrupa Sosyal Şartı’na da aykırı olduğunu ileri sürmemiştir. Ayrıca, bu tarihte imzalanan ancak henüz onay işlemi tamamlanmayan ikiz sözleşmelere de dayanmamıştır.

neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla **işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır**. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir.

İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden kural, Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir."

Anayasa Mahkemesi'nin kararını değerlendirmeden önce, İş Yasası'nın, 18. maddenin de içinde bulunduğu ve Anayasa'nın güvencesindeki "çalışma hakkı"nın özüne içkin, onun ayrılmaz parçası olan "iş güvencesi"ne ilişkin kurallardan yararlanmanın koşullarından yalnızca biri olarak öngördüğü "otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri" koşulunun gerçek boyutunu sayısal verilerle ortaya koymakta yarar vardır. ¹⁸¹

ÇSGB'nin verdiği Ocak 2008'e ilişkin işyeri ve işçi sayıları göz önüne alındığında, toplam işçi sayısı 4 802 471 ve toplam işyeri sayısı da 731 256'dır. Dolayısıyla, işyeri başına düşen ortalama işçi sayısı, ancak 6,567'dir. İşyerinde çalışan işçi ve işyeri sayılarına göre dağılımda ise; 1-9 işçinin çalıştığı işçi ve işyeri sayıları, sırasıyla 1 500 711 ve 643 846; 10-24 işçinin çalıştığı işçi ve işyeri sayıları da, sırasıyla 827 700 ve 55 705'tir. 1-24 işçinin çalıştığı işçi ve işyeri sayıla-

¹⁸¹ Aziz Çelik, İş Yasası'nın yürürlüğe girdiği tarihlerde; "otuz yada daha çok işçi çalıştıran işyerleri" koşulu, "çalışanların yaklaşık yarısı(nın) kapsam dışında kalacağı", "ülkemizde 4.8 Milyon sigortalı çalışanın 2.3 milyonu(nun) 30'dan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalıştığı", dolayısıyla da "sigortalıların yüzde 48'i(nin) yasa kapsamı dışına çıkartıldı(ğı)" ve böylece de "ayrıca toplam 723 bin işyerinin 698 bininin) yasa kapsamı dışında kalmış" olduğunu belirterek, iş güvencesi kurallarının uygulama alanının gerçek değerini ve boyutlarını ortaya koymuştu (Aziz Çelik, "Yeni İş Yasası'nın Anlamı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, , Sayı 48, Eylül / Ekim 2003, s. 58.

Güzel de, 28-29 Mayıs Mayıs 2004'te yapılan bir seminere sunduğu bildiri, "kapsam açısında işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırma koşulu(nun), ülkemiz koşullarında milyonlarca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaması sonucunu doğurmuş" ve "bu düzenleme ile iş güvencesinin asıl gerekli olduğu ve çoğunlukla kayıt dışı olan sektör(ün) kapsam dışı bırakılmış" olduğunu vurgulamıştı (Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 20 ve 140-141).

rı toplamı göz önüne alındığında ise, **iş güvencesi kurallarının uygulama alanı dışında bırakılan işçi sayısının toplam 2 328 411 (%48,48) ve işyeri sayısının da toplam 699 551 (%95,66) olduğu** görülmektedir. ¹⁸² Kuşkusuz, 30 ve daha fazla işçiye ve çalıştıkları işyerlerine ilişkin veriler olsaydı yada 24-30 arasında işçinin çalıştığı işçi ve işyeri sayıları da istatistiklerde bulunsaydı, bu sayı ve oranlar daha yüksek olacaktı.

Bu veriler, öngörülen “otuz veya daha fazla işçi” sınırlamasıyla, İş Yasası’nda, iş güvencesi açısından **ikili bir rejim** bulunduğunu tüm açıklığıyla ortaya koymaktadır. Kuşkusuz böylesi kapsamlı bir sınırlandırma, daha önce değindiğim Uzmanlar Komisyonu’nun rapor ve kararlarında da görüldüğü gibi, ¹⁸³ 158 sayılı sözleşmenin tanıdığı “istisna” olanağı ile bağdaştırılamaz. Çünkü bu sözleşmenin 2. maddesinin 5. fıkrası, ancak bazı koşullar yerine getirilerek sözleşmenin (tümünün) yada kimi kurallarının uygulama alanı dışına çıkarılmasına olanak tanımıştır. Zorunlu (gerekli) olduğunda, ilgili işçi ve işveren örgütlerine danışarak, yetkili makamlarca alınabilecek önlemlerin, öncelikle “**sınırlı bir ücretliler kategorisi**”ne ilişkin olması gerekir (d’autres catégories limitées de travailleurs salariés / other limited categories of employed persons). İstihdam edilen bu sınırlı kişi / ücretli (işçi) kategorisi konusunda da, “belirli bir önem kazanan özel sorunların ortaya çıkması”, bu özel sorunların da ilgili işçilerin özel istihdam koşullarına, bu işçileri istihdam eden işletmenin büyüklüğüne yada niteliğine ilişkin olması gerekir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin, 158 sayılı sözleşmenin istisna nitelikli bu kuralının dar yorumlanması gerektiğini göz ardı etmemesi ve 4857 sayılı yasa kapsamında olan sigortalı işçilerin neredeyse yarısını iş güvencesinden yoksun bıraktığını ve bunun “sınırlı” bir işçi kategorisi sayılmayacağını görmesi gerekirdi. Ayrıca Yüksek Mahkeme’nin, CHP dilekçesinde öne sürülmemiş olsa da, 2004’teki 90. madde değişikliğinden sonra ulusüstü hukuksal değer kazanan 111 sayılı sözleşmeyi, ASS’yi ve karar tarihinde onay işlemleri tamamlanmış olan BM’nin ikiz sözleşmelerini de, üstelik Anayasa’nın 11. maddesi gereğince bağlı olduğunu anımsayarak, kendiliğinden göz önüne alıp doğrudan uygulaması gerekirdi.

Öte yandan bu koşul, Anayasa Mahkemesi’nin kararında benimsediği görüşün tersine, Anayasa’nın, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek sınır-

¹⁸² T. C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, **Çalışma Hayatı İstatistikleri 2007**, Labours Statistics, Temmuz 2008, Ankara, s. 150.

¹⁸³ Bkz.: İkinci Bölüm, s. 193-195.

¹⁸⁴ Süzek de haklı olarak, “bu ölçüde geniş bir işçi kitlesinin iş güvencesinin kapsamı dışında tutulması(nın) ölçülülük ilkesine aykırılık oluştur(duğunu)” belirtmektedir (Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 495). Aynı görüş için, örneğin bkz.: Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 213; Fevzi Demir, “İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Temmuz - Ağustos – Eylül, 2008, Sayı: 19, s. 888.

lamaların, yalnızca “ölçülülük ilkesine aykırı olama(yacağı)” kuralına değil,¹⁸⁴ aynı zamanda “öze dokunma” yasağına ve “demokratik toplum düzeninin (...) gereklerine” aykırı olmamasını öngören kuralları ile de (m. 13) açıkça bağdaşmaktadır. Bu koşulla, sigortalı işçilerin yaklaşık yarısının ve işyerlerinin de ezici bir çoğunluğunun, Anayasa’nın ve ulusalüstü sözleşmelerin güvencelediği insan haklarından hukuk önünde eşitlik ilkesine uygun olarak ayırım gözetmeksizin yararlanmalarının engellendiği açıktır. Böylece, bir yandan, “sınırlı” değil çok geniş bir işçi kitlesi için, eşitlik ve eşit işlem görme hakkının tümüyle kaldırılmasıyla hakkın özüne dokunulmuştur. Öte yandan da, temel bir insan hakkının kullanılmasına, tüm ulusalüstü sözleşmelerde de öngörülen kısıtlama rejimine ilişkin koşullardan birini oluşturan ve “istisna” niteliği taşıyan “sınırlama”dan “kural” olan “özgürlük”e dönülmesini sağlayan “demokratik toplum için zorunlu önlem” sayılması olanaksız bir kısıtlama getirilmiştir.

“Otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri” koşulu, daha doğrusu 18. maddenin -birkaç istisnasıyla iş güvencesi kurallarının- tümü konusunda; ilkece “nispi emredici” nitelik taşıdıklarını,¹⁸⁵ dolayısıyla toplu iş sözleşmeleriyle otuz işçi koşulunun işçi yararına değiştirilmesi ve tümüyle kaldırılması olanağının bulunduğunu belirtmek gerekir. **Yargıtay** da, iş hukuku öğretisinin doğru bulduğu 26 Mayıs 2005 tarihli kararında; bir toplu iş sözleşmesinde öngörülen “iş akdinin feshe-dileceği durumlarda işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İş Yasası’nın iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı” kuralının göz önüne alınması, “işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi toplu iş sözleşmesinin bu (34.) maddesine itibar etmek” gerektiğini belirterek, 18. maddenin “nispi emredici” bir madde olduğuna karar vermiştir.¹⁸⁶

Mollamahmutoğlu ise, otuz işçi sınırlamasını “Türkiye koşullarına göre gerçekçi” bulmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin 19 Ekim 2005 tarihli kararına değinmeksizin, bu sınırlamanın eşitlik ilkesine aykırı olmadığını savunmuştur. Bu kararı görmediği anlaşılan yazara göre, “Anayasa Mahkemesi bu kuralların Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı oldukları yönünde bir karar da vermiş değildir. Şu halde, Türkiye’deki küçük işyerlerinin durumu dikkate alındığında Kanunun uygulama kapsamının belli sayının üstünde işçi çalıştıran işyerleriyle sınırlandırılması, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemez” (Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 717).

Oysa bu koşul yada sınırlama ile, “aynı durumda” bulunan kişilere (işçilere, hem de çok sayıda işçiye) “farklı kurallar” uygulanması sonucu doğurması nedeniyle, “biçimsel / hukuksal eşitlik” ilkesine aykırı olan bir doğrudan ayrımcılık yapılmıştır.

¹⁸⁵ Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 590-591; Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 715.

¹⁸⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/12317, K. 2005/19404, 26.05.2005. Bu karara ilişkin bir inceleme için bkz.: Gaye Burcu Yıldız, “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 11, 2006, s. 901-911.

18. maddenin iş güvencesi kurallarından yararlanmak için öngördüğü koşullardan ikincisi, “**en az altı aylık kıdemi**” olan işçi olmaktır.¹⁸⁷ İş güvencesi kurallarının kapsamı dışında bırakılan işçi ve işyerleri sayısının daha da artmasına yol açacağını düşündüğüm bu koşul, otuz işçi koşulu gibi, kanımca ölçsüz bir sınırlama getirmektedir. Deneme süreli iş sözleşmeleri için öngörülen sürenin “en çok iki ay” olduğu anımsanırsa, bu koşulun anayasal ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı görülür.¹⁸⁸ *Güzel’e* göre bu koşul, “uygulamada, özellikle iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak isteyen işverenler açısından altı aylık kıdem deneme süresi işlevi görecektir.”¹⁸⁹ Bu koşul da, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçi yararına değiştirilebilir.

İş güvencesi kurallarından yararlanma koşullarının üçüncüsü olan “belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılma” koşulu da, belirli süreli (esnek / atipik) istihdam biçiminin özendirilmesine katkıda bulunmasının yanı sıra, iş ilişkisinin niteliğine (iş sözleşmesinin türüne) dayalı bir doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır. Bu koşulun, ayrımcılık yasağı öngören onayladığımız ulusalüstü sözleşmelerde açıkça belirtilen

¹⁸⁷ İş Yasası'nın 18. maddesinin 2. fıkrası, “altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır” dedikten sonra, 4. fıkrasında bu konuya ilişkin şu kurala yer vermiştir:

“İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.”

Yasa, 18. maddesinin son fıkrasında da, “işveren vekili kavramını çok daha geniş tut(arak)” (Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 35), iş güvencesi kurallarının kapsamını daraltan bir başka düzenleme yapılmıştır:

“İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.”

UÇÖ Uzmanlar Komisyonu 2008 raporunda, 18. maddenin “uygulama alanı dışında bırakılan başka işçi kategorileri” olarak kapsamı dışında bıraktığı işveren vekilleri ve yardımcıları konusunda, hükümetten “**158 sayılı sözleşmenin işveren vekillerine ve yardımcılara sunduğu korumanın nasıl sağlandığını bildirmesini**” istemiştir (BIT, **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport général et observations concernant certain pays, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 97^e session 2008, première édition, Genève, 2008, s. 587).

¹⁸⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 10 Mayıs 2004 tarihli kararında, somut olayda 5 ay ve 15 gün kıdemli bir davacı işçinin, “henüz altı aylık kıdemi bulunma(dığı)” için “iş güvencesi hükümleri olarak adlandırılan feshin geçersizliği ve işe iade isteminden yararlanama(yacağı)” sonucuna varılmıştır (E. 2004/10440, K. 2004/11007; **Çalışma ve Toplum**, 2005/1, Sayı 4, s. 231-231).

9. Hukuk Dairesi'nin 8 Nisan 2008 tarihli kararında ise, altı aylık sürenin nasıl hesaplanacağını düzenleyen madde 18/2 ve 4. fıkralarıyla ilgili olarak, bu hesaba “deneme ve askıda kalan süreler(in) de dahil” edileceği belirtilmiş; “bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılması(nın) ya da kaldırılması(nın) mümkün” olduğu, “çünkü bu hük(mün) **nisbi emredici**” nitelik taşıdığı anımsatılmıştır (E. 2007/27725, K. 2007/7812; **Çalışma ve Toplum**, 2008/4, Sayı 19, s. 380-385).

¹⁸⁹ Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 34.

“başka her durum” kapsamına giren, yasaklanmış bir ayrımcılık nedeni olduğu açıktır. 158 sayılı sözleşmenin tanıdığı istisnalardan biri belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkindir. Madde 2/2'nin a bendine göre, “belirli bir döneme yada belirli bir işe değgin iş sözleşmelerine göre çalışan işçiler”, sözleşmenin yada kurallarından bir bölümünün kapsamı dışında bırakılabilir. Ancak bu, belirli süreli işçilerin güvencesiz bırakıldıkları anlamına gelmez. Çünkü Uzmanlar Komisyonu, kapsam dışı tutulabilecek belirli süreli işçiler için hangi güvencelerin sağlandığını hükümetten sormaktadır.¹⁹⁰

İş Yasası'nın 18. maddesinin, iş sözleşmesini sona erdirmek (fesih) için “geçerli” saymadığı, ancak kanımca aynı zamanda doğrudan ayrımcılık oluşturabilecek nedenler, kuşkusuz yalnızca d bendinde belirtilenler değildir.¹⁹¹ İlk üç bentte sayılanlar da, ayrımcılık yasağı kapsamında ve sendika üyeliğinin güvencesi bağlamında da Sendikalar Yasası'nın korumasındadır. Bu fıkra kuralı, ayrımcılık yasağı ile insan haklarından yararlanma arasındaki bağlantıyı da göstermektedir. Çünkü, fesih için geçersiz sayılan nedenler, aslında güvenceye alınan hakların kullanılmasıyla ilgilidir. Güzel'e göre de “bu düzenleme, işçinin yasalarla güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerini güvenceye kavuşturmak amacını taşımaktadır.”¹⁹²

18. maddenin 3. fıkrasında örnek olarak sayılan ve fesih için “geçerli” olmayan bu nedenler şöyle sıralanmıştır:

- a) “Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.
- b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.
- c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

¹⁹⁰ Bkz. İkinci Bölüm, s. 193-195. Aynı görüş için bkz.: Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 23.

¹⁹¹ *Süzek* de haklı olarak, 18. maddenin 3. fıkrasını, İş Yasasında düzenlenen “ayrım yasakları” kapsamında görmekte; “hukukumuzda eşitlik ilkesi geniş bir kavram olup hem *ayrım yasaklarını* (İK 5/1, 18/3, a, b, d) hem de bunun dışında kalan *genel anlamda eşit davranma borcunu* kapsar /AY 10)” demektedir (Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 545).

Ancak Süzek'in, 18. maddenin 3. fıkrasının c bendini “ayrımcılık yasakları” arasında görmediği anlaşılmaktadır. Oysa, özellikle AB'nin eşit işlem yönergelerinde, hak arama yollarına başvurduğu için ayrımcı işlemlerle (işverenin misilleme önlemleriyle) karşılaşılması olasılığına karşı da güvence öngörülmüştür ve İlerleme Raporlarında, derneklere yargıya başvuru olanağı tanınmadığı yolunda eleştiriler yer almaktadır. SHAK de, aynı eleştiriyi yapmıştır.

Bakırcı'ya göre de, madde 18/3'te “sayılan bu sebepler ve benzerleri, aynı zamanda ayrımcılık sebepleriyle ayrımcılık oluşturulan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebepler aynıdır. İş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık, İş K. M. 5'te de yasaklanmıştır” (Kadriye Bakırcı, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 11, Eylül 2008, s. 116).

¹⁹² Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 80.

- d) *Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.*
- e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek. ¹⁹³
- f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.”

Yaptırımlar yönünden hukuksal sonuçları farklı olmakla birlikte, madde 18/3, d bendi ile madde 5/1 karşılaştırılacak olursa, şu saptamalar yapılabilir: İlk olarak, d bendinde “fesih için geçerli bir sebep oluşturma(yan) hususlar”, yani nedenler, bendin sonuna eklenen “*ve benzeri nedenler*” ibareleri dolayısıyla, 5/1’de olduğu gibi tüketici olmaksızın sayılmıştır. Dolayısıyla, yaş yada cinsel yönelim gibi d bendinde açıkça belirtilmeyen nedenlere dayalı -ayrımcılık içerebilecek- fesihler de geçersizdir. İkinci olarak, d bendindeki nedenler arasında, madde 5/1’de yer almayanlar da bulunmaktadır. Bunlar; “*medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum*”dur. Kanımca madde 5/1, açıkça saymadığı bu dört nedene dayalı ayrımcılıklara karşı da koruma sağlar. Ancak “hamilelik”, 5. maddenin 1. fıkrasında yer almamakla birlikte, 3. fıkrasında “doğrudan veya dolaylı farklı işlem” yapma yasağının nedeni olarak öngörülmüştür.

Madde 18/3’ün d bendinin yanı sıra a, b ve c bentlerindeki nedenlere dayalı “geçersiz” fesihler de, aynı zamanda yasaklanan ayrımcılık nedenlerine dayalı fesihler, daha doğru bir anlatımla hak ve özgürlüklerden yararlanmayı engelleyen ayrımcılıklar olarak gerçekleştirilebilir. ¹⁹⁴ Sendika üyeliği, sendikacılık etkinliklerine katılma, sendika temsilciliği yapma, işverene karşı hak arama yollarına başvurma nedenlerine dayalı ayrımcılıklar, uluslararası hukukta ve AB huku-

¹⁹³ İş Yasası’nın madde 18/3, e bendi kuralının, 14 Ocak 2005’te TBMM Başkanlığı’na sunulan, ancak dört yıl sonra 24 Ocak 2008’de “yenilenen” “*Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanunuunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*” ile değiştirilmesi öngörülmektedir.

Yasa tasarısının madde gerekçesinde belirtildiğine göre; “e bendi değiştirilerek, kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu süreler, *evlat edinme nedeniyle geçici bakım sözleşmesi yapılması halinde verilecek izinler ile erkek işçinin almış olduğu izin* sürelerinde işe gelmemesi hükmü eklenerek”, yürürlükteki kuralın yeniden düzenlenmesi öngörülmektedir.

14 Ocak 2005 tarihinde TBMM’ye sunulan, ancak 6 Şubat 2008 tarihinde esas ve tali komisyonlara gelebilen, “tali” komisyon Avrupa Birliği Uyum Komisyonu’nun raporunu verdiği, buna karşılık tali komisyon Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu ile esas komisyon Plan ve Bütçe Komisyonu’nun raporlarını vermediği 1/510 Esas sayılı bu tasarı metni için bkz:

<http://www.basbakanlik.gov.tr/sour.ce/index.asp?wpg=detay&did=basbakanlik.783558>;
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=60797.

¹⁹⁴ İş Yasası’nın 18. maddesinin (tasarının 19. maddesinin) aşağıda aktarılan gerekçesinde, geçersiz sayılan fesih nedenlerinin bu boyutuna ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Gerekenin ilgili bölümü şöyledir:

kunda da korunmuştur. Kanımca, yaptırım rejiminin farklı biçimde düzenlenmiş olması, madde 18/3'ün a-d bentlerinin “geçersiz” saydığı fesih nedenlerinin aynı zamanda yasaklanmış ayrımcılık nedenleri olarak değerlendirilmesine engel değildir.

h. Cinsel Taciz ve Haklı Nedenle Fesih

4857 sayılı İş Yasası, ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesinde, “taciz” ve “cinsel taciz”i ayrımcılık biçimlerinden biri olarak tanımlayıp doğrudan yasaklamamış olmakla birlikte, işyerinde işçinin ve işverenin “cinsel taciz” eylemlerini “haklı neden” sayarak derhal fesih olanağı tanımıştır. Dolayısıyla, “süresi belirli olsun veya olmasın işçi (ve işveren), (...) iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir” (m. 24/1 ve 25/1). “... İşçi yahut işverenden, iş sözleşmesini (...) öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır” (m. 26/2). Fesih yetkisi, “iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten sonra ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz” (m. 26/1).

İş Yasası, belirsiz süreli yada belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi yada işverence “haklı” nedenlerle sona erdirilmesini düzenleyen 24. ve 25. maddelerinde, “cinsel taciz”i, “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” arasında saymış, sözleşmenin derhal feshedilmesine olanak veren “haklı nedenler”den biri olarak düzenlemiştir.¹⁹⁵ Yasa, cinsel taciz yönünden, iş ilişkisinin güçlü ve güçsüz yanları arasında ilke olarak bir ayırım gözetmemiş, işçi gibi işvereni de, haklı nedenle fesih bağlamında da olsa, bu ayrımcılık biçimine karşı korumuştur.

Öğretide de belirtildiği gibi,¹⁹⁶ cinsel tacizin iş sözleşmesi için haklı fesih nedeni sayılması, Ceza Yasası'nın 105. maddesinde “cinsel amaçlı taciz” olarak

“Maddede ayrıca özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar da tek tek ve ayrıntılı biçimde sayılmıştır. *Böylece iş yasaları ile özellikle güvence altına alınmış olan bazı hak ve özgürlükler hiçbir şekilde fesih için geçerli bir sebep oluşturamayacaklardır.* Bu konu yoruma yer vermeyecek bir biçimde hükme bağlanmıştır” (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 73, s. 14).

Bu arada, ikinci cümlenin anlamının açık olmadığını belirtmek gerekir. Bununla anlatılmak istenen, eğer güvenceye alınmış hak ve özgürlüklerin işçilerce kullanılmasının işverenin ayrımcı işlemleriyle engellenmesi ve bu işlemlerin fesih için geçersiz sayılması ise, ikinci cümleden bu anlamın çıkarılmayacağı açıktır. Ancak kanımca, gerekçede vurgulanmak istenen temel düşünce bu olabilir, bu olmalıdır.

¹⁹⁵ Bu konuda, aynı zamanda 1475 sayılı yasa döneminde- daha geniş bilgi için örneğin şu çalışmalara bkz.: Kadriye Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, Yasa Yayınları, İstanbul, Kasım 2000; Kadriye Bakırcı, “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri”, **Kamu-İş**, Cilt 5, Sayı 3, 2000, s. 437-458; Erdem Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 83-96; Berin Ergin, “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar – Taciz ve Çalışma Hayatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 7, Eylül 2007, s. 145-165; Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 100-116.

¹⁹⁶ Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 649; Fevzi Demir, **a.g.y.**, 2005, s. 252; Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 612; Şükran Ertürk, **a.g.y.**, s. 194.

yaptırıma bağlanan suç niteliği taşımasına, bunun yargı kararıyla saptanmasına bağlı değildir.

Görece olumlu bir adım olarak değerlendirilmesi gereken bu düzenlemenin, doğrudan ve açık tanımı yapılmayan cinsel tacizi “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”nden biri saymakla, bu kavramı dolaylı olarak, ancak çok genel bir anlatımla tanımladığı söylenebilir. Kanımca, yasanın haklı fesih nedenleri arasında yer verdiği cinsel tacizin, “psikolojik taciz”i de kapsayan bir anlam ve içerikle değerlendirilmesi olanaklıdır.¹⁹⁷

“**İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı**”nı düzenleyen 24. maddenin II/b ve d bentleri şöyledir:

“b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa;”

d) “İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa.”

“**İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı**”nı düzenleyen 25. maddenin II/c bendi de şöyledir:

“c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması.”

Öncelikle belirtelim ki, uygulamadaki örneklerine çok seyrek rastlama olasılığı bulunsada, İş Yasası’nın yaptığı bu düzenlemelerden anlaşılacağı gibi, işverenin işçiye ve işçinin yada üçüncü kişinin bir başka işçiye yönelik cinsel taciz eylemlerinin her durum ve koşulda “karşı” cinsiyetten olan kişiler arasında yada tarafından gerçekleşmesi gerekmez. Haklı nedenle fesih hakkı, “aynı” cinsiyetten olan söz konusu kişilerin gerçekleştirdiği cinsel taciz eylemleri için de geçerlidir.¹⁹⁸ Uygulamadaki yaygın biçimine karşın eylemcileri arasında cinsiyete dayalı bir fark

¹⁹⁷ Psikolojik taciz (mobbing) konusunda geniş bilgi için örneğin bkz.: Pınar Tınaz, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/3, Sayı 10, s. 11-22; Pınar Tınaz, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 13-28; Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 125-130; Ali GÜZEL - Emre ERTAN, “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, Sayı: 14, s. 509-540; Fuat BAYRAM, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, Sayı: 14, s. 552-574.

¹⁹⁸ Bakırcı, “cinsel tacizde bulunanlar(in), genellikle kadınlara her türlü yaklaşımda bulunabilecekleri konusunda koşullandırılmış olan erkekler” olduğunu, ancak “kadınları taciz edenler(in) erkekler olmakla beraber, çok nadiren de olsa kadınlar(in) da birbirlerini taciz edebilmekte” olduklarını, “ku-ramsal olarak kadınların erkekleri tacizi(nin) olanaklı görünmekle beraber uygulamada buna nadiren rastlanmakta” olduğunu belirtmektedir (Kadriye Bakırcı, **a.g.y.**, s. 73).

gözetilmemiş olması, cinsel tacizin, öncelikle kişinin onurunu zedeleyen bir insan hakkı ihlali olmasının gereğidir.

İşçi ve işverenin haklı nedenle fesih hakkına ilişkin bu kurallar topluca ve karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde; İş Yasası'nın, cinsel taciz nedeniyle mağdur işçiye tanıdığı haklı fesih olanağının eylemcilerini "işveren", "diğer bir işçi" yada "üçüncü kişiler" olarak belirlediği görülmektedir. İşçi, hem işverenin, hem de başka işçi yada üçüncü kişilerin cinsel taciz eylemlerine karşı korunmuştur. Ancak, işverenin cinsel tacizi ile diğer işçilerin yada üçüncü kişilerin cinsel tacizi gerçekleştirecekleri yer konusunda farklı bir düzenleme yapmıştır. Daha açık bir anlatımla yasa, işverenin -ve / yada işveren vekilinin-¹⁹⁹ cinsel taciz eyleminin "işyerinde" olmasına ilişkin bir sınırlama getirmemiş olmasına karşın, diğer işçilerin yada üçüncü kişilerin gerçekleştirecekleri cinsel tacizin "işyerinde" olmasını öngörmüştür. Bu fark, işçinin, işyeri dışında da *işverenden* gelebilecek cinsel taciz eylemlerine karşı korunduğunu göstermektedir. Öte yandan, yasa işverenin yalnızca "işçiye" cinsel tacizde bulunmasını haklı fesih nedeni saymış, buna karşılık işçinin "aile üyelerinden birine" yönelik cinsel taciz için koruma öngörmemiştir.²⁰⁰ Oysa, işverenin işçinin aile üyelerinden birinin "şeref ve namusa dokunacak şekilde sözler söyle(mesi), davranışlarda bulun(ması)" da, işçi için haklı fesih nedeni sayılmıştır. Mağdurlar yönünden yapılan inandırıcı bulmadığım bu ayırım da, cinsel taciz kavramının tanımlanmasını gerektirmektedir.

Cinsel taciz mağduru olan işçi, cinsel taciz eyleminin aynı işyerinde çalışan bir başka işçi yada (işyerinde çalışmayan) bir üçüncü kişi tarafından *işyeri dışında* gerçekleştirilmiş olması karşısında haklı fesih olanağını kullanamayacaktır. Cinsel tacizin sürekli ve sistemli biçimde işyeri dışında -hatta işyerinden çıkar çıkmaz- yapılması ve işyerinde ise bu tür eylemlere hiç başvurulmaması durumunda, yasanın eylemin gerçekleştirildiği "yer" yönünden aradığı koşul yerine getirilmemiş olacaktır. Kanımca, mağdur işçi yararına haklı nedenle derhal fesih yetkisinin doğması için başka bir işçinin yada üçüncü kişilerin cinsel taciz eylemlerinin işyerin-

¹⁹⁹ İşveren vekilini, "işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimse" olarak tanımlayan İş Yasası (madde 2/4), "işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar(ın) işveren vekilleri hakkında da uygulan(masını)" öngördüğü için, gerek cinsel taciz eylemi, gerekse 5. maddede yer alan ayrımcılık yasaklı eşit davranma yükümlülüğü konusunda işveren vekilleri de sorumludur. Ne var ki bu konuda, yasanın "işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur" diyen kuralı unutulmamalıdır.

²⁰⁰ *Demir*, madde 24/II, b'ye değindikten sonra, bu konuda şöyle yazmaktadır: "Bu anlamda, sadece işçiye değil, işçinin ana, baba, kardeş, eş ve çocuklarına 'küfredilmesi', 'hakaret edilmesi', 'sarkıntılıkta' veya 'cinsel tacizde' bulunulması haklı ve derhal fesih sebepleri arasında sayılabilir" (Fevzi Demir, **a.g.y.**, 2005, s. 252).

Kanımca, maddenin yazılımlı, bu yoruma olanak vermemektedir. Çünkü, şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlarla ilgili olarak "işçinin veya ailesi üyelerinden birinin" denilmiş olmasına karşın, cinsel taciz ile ilgili olarak yalnızca "işçiye" denilmiştir. Bu ayırımı, yerinde görmediğimi ekliyorum.

de gerçekleşmiş olması koşulunun aranması, yasanın tanımlamadığı bu ayrımcılık biçimine karşı sağlanmak istenen korumanın etkisini azaltmıştır. Özellikle aynı işyerinde çalışan bir işçinin işyeri dışındaki sürekli cinsel taciz eylemlerinin de işyeri düzenini bozabileceği kabul edilmeli, işverenin kendisine bildirilen bu eylemler için de önlemler alması gerektiği öngörülmelidir.

İşyerinde çalışan bir başka işçi yada bir üçüncü kişinin işyerinde gerçekleştirdiği cinsel taciz eylemi nedeniyle haklı fesih olanağını kullanabilmesi için, mağdur işçinin bu durumu işverene bildirmesi ve işverenin de buna karşın “gerekli önlemleri” almamış olması gerekir. Kanımca, gerekçede de belirtildiği gibi,²⁰¹ işverenin “olayın tekrar etmemesi için çaba göstermesi” yeterli olmayabilir. İşverenin göstereceği çabadan, cinsel taciz eylemine tümüyle son veren etkili önlemler alması anlaşılmalıdır. İşveren, savsaklamaksızın aldığı önlemlerin sonuçsuz kalması durumunda da, son çözüm olarak işten çıkarma yoluna gitmelidir. Uğradığı cinsel taciz eylemini işverene bildirmeksizin ve işverenin alacağı önlemlerin sonucunu beklemeksizin, işçinin sözleşmesini derhal sona erdirmesine olanak yoktur.

İşveren de, bir işçinin, kendisinin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunması durumunda, eylemi gerçekleştiren işçiyi haklı nedenle işten çıkarabilir. Madde 25/II, c kuralının aynı işverene bağlı işçiler arasındaki cinsel tacize karşı sağladığı bu koruma,²⁰² yasa koyucunun birincil amacının eylemin her iki işçinin çalıştığı aynı işyerinde yapılması olasılığına karşı koruma getirmek olduğu düşünülse de, işyeri ile sınırlandırılmamıştır. Ayrıca, mağdur işçinin eylemi işverene bildirmesi ve buna karşın gerekli önlemlerin alınmamış olması da gerekmez. Cinsel taciz eylemi, ister eylemci ve mağdur işçilerin çalıştığı aynı işyerinde, ister işyeri dışında gerçekleştirilmiş olsun, işverenin haklı fesih yetkisi bulunmaktadır. Yine, örneğin, eylemci ve mağdur işçilerden birinin işverenin başka bir işyerinde çalışması durumunda da, işveren yararına derhal fesih olanağı doğar.

İş Yasası'nın 24/II. maddesinin d bendinde öngörülen cinsel taciz eyleminin mağduru olan işçinin, sözleşmesini derhal fesih hakkının yanı sıra, iş görmekten kaçınma (BK, m. 90 ve 325), maddi ve manevi tazminat isteme (BK, m. 41, 46,

²⁰¹ **İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını** düzenleyen 24. maddeye yapılan eklemenin gerekçesi şöyle açıklanmıştır:

“(...) Maddeye “cinsel taciz”e ilişkin olarak yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, işçinin işyerinde başka bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen onun gerekli önlemleri almaması durumunda, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Buradaki ‘gerekli önlemler’ sözü ile anlatılmak istenen, işverenin, *olayın tekrar etmemesi için çaba göstermesi*, sözgelimi işçinin çalıştığı yeri değiştirmesi ya da tacizin ağırlığı karşısında tacizci işçinin işine son vermesidir.”

²⁰² **İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını** düzenleyen 25. maddeye yapılan ekleme ise, içeriğe ilişkin bir açıklama vermeyen gerekçede şöyle açıklanmıştır:

“(...) Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller çerçevesinde, (...) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması bir derhal fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.”

47 ve 49), tespit ve tecavüze son verilme (MK, m. 24/a, 1) davaları açma olanakları bulunmaktadır. ²⁰³

Kuşkusuz bu kurallar, ne tanım eksikliğini, ne de “fesh” ile sınırlı olan yaptırımın etkili ve caydırıcı olması koşullarını karşılar. Dolayısıyla, İş Yasası’nın ayrımcılık biçimleri arasında taciz ve cinsel tacize yer vermemiş olması, uyum açısından bir eksiklik olmayı sürdürmektedir. ²⁰⁴

i. Eşitlik Kurumu Öngörülmemesi

İş Yasası’nın 5. maddesi; genel olarak iş ilişkisinde ve iki esnek iş sözleşmesinde ayrımcılık yasağı ile cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı, hukuksal yaptırım ve kanıtlama yükümlülüğü konularındaki kimi eksiklik ve aykırılıklar içeren kuralları dışında, Avrupa Birliği’nin özellikle din yada inançlar, engel, yaş yada cinsel yönetim nedenlerine dayalı ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin istihdam ve çalışmada uygulamaya konulması amacı taşıyan 2000/78 sayılı yönergesine uyum sağlama açısından önem taşıyan “kurumsal” bir düzenlemeye yer vermemiştir. Oysa, gerek 2004, 2005, 2006 ve 2007 İlerleme Raporlarında, ²⁰⁵ ve gerekse Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nin kararlarında, ²⁰⁶ eşitlik kurumu oluşturulmamış olması eleştirilmektedir.

²⁰³ Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 111.

Yazara göre, işverenin gerçekleştirdiği cinsel taciz eyleminin, “aynı zamanda doğrudan ayrımcılık oluştur(ması)” nedeniyle, 5. maddenin 6. fıkrasında öngörülen işçinin en çok dört aylık ücreti tutarındaki tazminat istenebilir. Yine, işyerinde başka bir işçinin yada üçüncü kişinin cinsel taciz eyleminin mağduru olan bir işçinin, bunu işverene bildirmesine karşın işverenin “sessiz” yada “kayıtsız” kalması durumunda da, “bir anlamda işverenin de cinsel tacize katılması(nın)”, bundan böyle artık “işverenin de bir parçasını oluşturduğu cinsel taciz(in) söz konusu” olması nedeniyle, cinsel tacizi önleme sorumluluğunu yerine getirmeyen işverenden, 5. maddedeki ayrımcılık tazminatı istenebilir (s. 114 ve 115)

²⁰⁴ Bakanlar Kurulu’nca, 24 Aralık 2007 tarihinde TBMM Başkanlığı’na sunulması kararlaştırılan “**Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**”nın “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı Altıncı Bölümünün “Genel Hizmet Sözleşmesi” alt başlıklı Birinci Ayırımında yer alan ve “işçinin kişiliğinin korunması” ile ilgili kurallardan birini oluşturan 416. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

“**İşveren**, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, **özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla** yükümlüdür” (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>).

TBMM Adalet Komisyonu’nun yaptığı değişikliklerle, “psikolojik taciz” de tasarıya eklenmiştir. Komisyonun kabul ettiği 417. maddenin 1. fıkrası şöyledir:

“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, **özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.**”

TBMM, **TBMM Tutanak Dergisi**, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, TBMM (S. Sayısı: 321), Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), s. 455.

²⁰⁵ Bkz.: Beşinci Bölüm, s. 497, 500, 502 ve 504.

²⁰⁶ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 322.

Her ne kadar, eşitliği geliştirme birimleri kurulması istihdam ve çalışma alanında işlem eşitliği için genel bir çerçeve oluşturmayı amaçlayan 2000/78 sayılı yönergede değil, ırk yada etnik köken temeline dayalı ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin 2000/43 sayılı yönergede öngörülmüş ise de, uygulamada Avrupa Birliği üyesi devletlerde bu amaçla oluşturulan değişik adlı birimlerin aynı zamanda 2000/78 sayılı yönergeyi de kapsayacak biçimde görevlendirildikleri belirtilmektedir. ²⁰⁷

Kısaca belirtmek gerekirse, özellikle Anayasa'nın 10., İş Yasası'nın 5., Sendikalar Yasası'nın 31. maddelerinde ve değişik niteliklerdeki başka tüm ulusal düzenlemelerde yer alan eşitlik, eşit işlem, ayrımcılık ve farklı işlem yasakları konularında yetkili olan ve yetki ve işlevlerinin asgari çerçevesi, özellikle ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinin ve Avrupa Birliği hukukunun belirlediği maddi içerikten oluşan bir eşitlik birimi kurulması ivedi bir gereksinimdir.

Bu birimin, Paris İlkeleri uyarınca, gerçekten **bağımsız ve özerk yapılı** olması, etkili ve işlevsel olmasının yaşamsal önkoşuludur. Adından çok yapısı ve işlevleri önem taşıyan eşitlik birimi, sorunun salt hukuksal boyutuyla sınırlı olmaksızın, her birinin tanımlanmasının gerekli olacağını düşündüğüm tüm biçimlerini kapsamak ve salt cinsiyetlerarası eşitlik ile sınırlı olmamak üzere, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesini olumlu ve olumsuz yönleriyle bir bütün olarak uygulamada gerçekleştirme amacı taşımalıdır. ²⁰⁸

k. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun Kurulması

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde, kadın-erkek eşitliği konusunda, görevlerinde kimi ortak noktalar bulunan ancak adları farklı bir komisyon kurulması amacıyla,

²⁰⁷ Bkz.: Dördüncü Bölüm, s. 419.

²⁰⁸ *Başterzi*, AB üyesi devletlerde oluşturulan eşitlik kurumları konusunda geniş bilgiler içeren yararlı çalışmasında, Türkiye'de benzer işlev üstlenen yapılanmaları (İnsan Hakları Başkanlığı ile Kamu Denetçiliği Kurumunu) inceledikten sonra, önerdiği modeli de ayrıntılı olarak ortaya koymuştur (Fatma Başterzi, **a.g.m.**, s. 130-155).

AB üyesi devletlerde olduğu gibi, yasayla düzenleme yapılmasının yararlı olacağını belirten yazara göre; "kurulması olası eşitlik kurumu hak aramada uzlaştırıcı rolü öne çıkan bir şekilde yapılandırılmalıdır. Eşit Muamele Komisyonu adı altında çalışmasının uygun olacağını düşündüğümüz kurumun uzlaştırma faaliyetinin başlangıçta kadınlarla erkekler arasında fırsat eşitliğinin sağlanması alanıyla sınırlı tutulması, daha sonra yavaş yavaş diğer alanlara da yayılması, Türkiye koşullarına ve bu kurumun AB ülkelerindeki gelişim çizgisine uygun olur." Yazarın kurumsal yapı kadar önemsendiği bir konu da, "eşitliğe aykırı muameleye ya da ayrımcılığa maruz kalanların adli ve idari makamlar önünde ortak meşru menfaati olan kurum ve kuruluşlarca temsil edilebilmelerine olanak veren düzenlemelerin getirilmesidir" (s. 154).

Yıldız'in, eşitlik ilkesi konusunda iş mevzuatında yapılmasını önerdiği değişiklikler arasında, eşitlik birimine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır (Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 349-352).

CHP, DSP ve AKP milletvekillerince çeşitli yasa önerileri sunulmuştur.²⁰⁹ Ancak, 5840 sayılı “Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu”, ilk öneriden bir yıl iki ay sonra 25 Şubat 2009 tarihinde kabul edilmiştir. Anayasa Komisyonu’ndaki görüşmeler sırasında; “kadın-erkek eşitliği alanında önemli yasal değişiklikler yapılmasına rağmen uygulamada sorun yaşandığı, bu çerçevede parlamento içinde oluşturulacak yapılanmanın sorunun giderilmesinde **ulusal mekanizmaları tamamlayacak, destekleyecek** şekilde fonksiyon göreceğine gerekçede dikkat çekil(diği)” belirtilmiştir. Sürecin hızlanmasının AB odaklı temel nedenlerinden biri, yasa önerisinin tümü üzerinde yapılan görüşmeler sırasında açıkça belirtilmiştir:

“Bu Teklif uzun zamandır tüm kadınların beklediği son derece önemli bir adımdır. **Avrupa Birliğine adaylık sürecinde, sosyal politikalar başlığının açılması yönünden önem arz etmektedir.**”²¹⁰

5840 sayılı yasa, TBMM komisyonunun amacını, kuruluşunu, görevlerini, yetkilerini, çalışma usul ve esaslarını, adını da aldığı AKP önerisi temelinde düzenlenmiş,²¹¹ görevlerine CHP önerisinde yer alan iki önemli ekleme yapmıştır. Yasa-

²⁰⁹ Yasa önerilerinden birincisini oluşturan ve TBMM Başkanlığı’na 27.12.2007’de gelen CHP milletvekillerinin 2/112 Esas sayılı yasa önerisinde “Kadın Erkek Eşitliği İzleme Kurulu”; TBMM Başkanlığı’na 23.07.2008’de gelen DSP milletvekillerinin 2/311 Esas sayılı yasa önerisinde “Kadın Erkek Eşitliği Komisyonu” ve TBMM Başkanlığı’na 09.04.2008’de gelen AKP milletvekillerinin 2/211 Esas sayılı yasa önerisinde de “Fırsat Eşitliği Komisyonu” kurulması öngörüliyordu.

Yasa önerileri ve Anayasa Komisyonu’nda yapılan görüşme ve değişiklikler için bkz.: TBMM, **TBMM Tutanak Dergisi**, **TBMM (S. Sayısı: 328)**, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Cilt 39, Birleşim: 55 (10 Şubat 2009), İstanbul Milletvekili Nimet Çubukçu ve 25 Milletvekilinin; Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu Teklifi; Adana Milletvekili Nevin Gaye Erbatur ve 8 Milletvekilinin; Kadın Erkek Eşitliğini İzleme Kurulu Kanun Teklifi ve İstanbul Milletvekili Ayşe Jale Ağırbaş ve 5 Milletvekilinin; Kadın-Erkek Eşitlik Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Teklifi ile Anayasa Komisyonu Raporu (2/211, 2/112, 2/311), s. 1-19; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss328.pdf>, erişim: 03.02.2009.

²¹⁰ TBMM, **S. Sayısı: 328**, s. 12 ve 13. Eklemede yarar var ki, sendikal yasalarda uyum sağlayıcı değişiklikler yapılması da, “sosyal politika ve istihdam” başlığının görüşmelere açılmasının önkoşulu olduğu belirtilmiştir (Örneğin bkz.: Can Baydarol, “Sendikal Haklar Meydan Muharebeleri”, **Kriter**, Sayı: 33, Mart 2009, s. 40-41).

²¹¹ Anayasa Komisyonu’nun 29 Ocak 2009 günü yaptığı toplantıda, üç yasa önerisinin birleştirilmesine ve görüşmelerin AKP’li üyelerin yasa önerisi üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir (TBMM, **S. Sayısı: 328**, s. 13). Ancak, “verilen bir önerge ile Komisyonun adı “Kadın Erkek Eşitliği Komisyonu” olarak değiştirilmiş, amaç maddesi Komisyonun esas komisyon olmasını da içerecek şekilde yeniden yazılmıştır. Madde bu önerge doğrultusunda kabul edilmiştir.”

Ne var ki, Anayasa Komisyonu’nda ad konusunda uzlaşma sağlanmış ve TBMM’ye “Kadın Erkek Eşitliği Komisyonu Kanunu Teklifi” başlığıyla sunulması kararlaştırılmış olmasına karşın, AKP’li milletvekillerinin 10 Şubat 2009’daki 55. birleşimin 4. oturumunda verdikleri değişiklik önergesinin 11 Şubat’ta kabul edilmesiyle, komisyon AKP yasa önerisindeki adla kurulmuştur. Devlet Bakanı *Nimet Çubukçu*, bunun gerekçesini şöyle açıklamıştır:

nın 3. maddesi, komisyonun görevlerini, kimileri 1. maddede sıralanan amaçlar arasında da yer alan yedi bentte şöyle sıralamıştır:

“a) Kendisine esas veya tali olarak havale edilen işleri görüşmek, Başkanlığın talebi üzerine ya da istenildiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan kanun tasarı ve teklifleri ile kanun hükmünde kararnamelerin kadın erkek eşitliği konusunda T.C. Anayasasına, uluslararası gelişmelere ve yükümlülöklere uygunluğunu inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak.

b) Her yasama yılının sonunda Türkiye'deki kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik gelişmelere ve Komisyonun o yılki faaliyetlerine ilişkin bir değerlendirme raporu hazırlamak ve bunu Türkiye Büyük Millet Meclisine sunmak.

c) Kadın hakları ile kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olarak *diğer ölkelerdeki ve uluslararası kuruluşlardaki gelişmeleri takip etmek*, gerektiğinde yurt dışında incelemelerde bulunmak ve bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisini bilgilendirmek.

ç) Kadın erkek eşitliği konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmalarına ilişkin gerekli bilgi ve dokümanları temin etmek.

d) Türkiye Cumhuriyetinin **taraf olduğu uluslararası anlaşmaların** kadın erkek eşitliği ve kadın hakları konusundaki hükümleri ile T.C. Anayasası ve diğer ulusal mevzuat arasında **uyum sağlamak** için yapılması gereken değişiklikleri ve düzenlemeleri belirlemek.

e) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca havale edilen **kadın erkek eşitliğinin ihlaline ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek** ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek.

“CEDAW'ın Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesinin öngördüğü kadın erkek eşitliğinin sağlanması, bu amaçla gerektiğinde **kadınlara lehine pozitif ayrımcılığın gerçekleştirilmesi** kurulması gerekli komisyonun **temel amacı** olacaktır. Bu amaçla ulaşılmaması kadın ve erkeklerin eşit fırsatlardan yararlanması ile mümkün olacaktır. Öngörülen başlık bu amacı daha iyi ifade etmektedir.”

Olumlu ayrımcılık ile ilgili görüşlerin, Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmelerde de dile getirildiği anlaşılmakta ve şöyle özetlenmektedir:

“**Kadınlara, ezilmesinde olumsuzluğun erkeklerde olduğu, onların eğitilmesi gerektiği unutulmamalıdır.** Olumlu ayrımcılık Anayasal zeminde de yer almalı, eşitlikle engellenmemelidir. Önemli olan yarıya eşit başlamak. Aksi takdirde eşitlik sözde kalmaktan öteye gidemez” (TBMM, S. Sayısı: 328, s. 13).

Ancak, bu düşüncelere destek ve dayanak olmak üzere yasanın 3. maddesinin pozitif metninde, komisyonun sözü edilen “temel amacı”nı gerçekleştirilmesine, olumlu ayrımcılığın “anayasal zeminde yer aldığı” düşünmeye olanak verecek hiçbir görev bulunmamaktadır.

f) Kadın erkek eşitliği konusunda **kamuyu bilgilendirici** etkinlikler yapmak.”

Öncelikle, komisyonun adı ile içeriği, yani kendisine verilen görevler arasındaki tutarsızlığı ve kopukluğun altını çizmek gerekir. Bu tutarsızlık ve bağlantısızlığın kaynağı da, AKP’li milletvekillerinin sunduğu yasa önerisidir.

Gerçekten, gerek yasanın amaçları, gerekse komisyonun görevleri belirtilirken, yalnızca ve birçok kez “kadın erkek eşitliği”nden söz edilmiştir. Buna karşılık “fırsat eşitliği” yada daha doğru bir anlatımla uygulamadaki cinsiyetlerarası eşitsizliklerin giderilmesi için özel önlemler alınabileceği, amaçlarda ve görevlerde yer almamıştır: “fırsat” sözcüğü, yalnızca komisyonun adında kullanılmış, daha doğrusu bu sözcük TBMM’deki görüşmelerde komisyonun adına eklenmiştir. Değişik bir dille, adı “Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu” olan bu yeni TBMM komisyonunun görevi; hem amaç maddesinde, hem de görev maddesindeki yedi bendin tümünde “kadın erkek eşitliği”nden söz edilmiş olması nedeniyle, “cinsiyetlerarası fırsat eşitliği”ni değil “cinsiyetlerarası eşitliği” sağlamaktır. Ad değişikliğinin gerekçesi olarak ileri sürülmüş olsa da, yasanın sözel metninde, komisyonun görevlerinden hiçbirinde, uygulamadaki “olgusal (fiili) eşitsizlik”lerin giderilmesi amacıyla özgül önlemler alınmasına, yani olumlu ayrımcılık yapılmasına olanak veren bir kural bulunmamaktadır. Ancak kanımca, bu eksikliğe ve boşluğa karşın, “kadın erkek eşitliğini sağlama” amacı ve görevi, yalnızca “hukuksal” (biçimsel) düzenlemeleri değil, aynı zamanda siyasal, sosyal, ekonomik vb alanlardaki olgusal eşitsizliklerin giderilmesini amaçlayan olumlu ayrımcılık önlemlerini de kapsar. Bu yaklaşım, onayladığımız uluslararası sözleşmelerin ve AB’nin cinsiyetlerarası fırsat ve eşit işlem ilkeleri ile ilgili yönergelerinin gereğidir. TBMM yapısı içinde oluşturulan bir komisyonun, cinsiyetlerarası eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusundaki ortak insan hakları hukukunu göz ardı ederek çalışması düşünülemez. Bu nedenle, komisyonun adının değiştirilmiş olması, eşitlik anlayışında olumsuz ve geriye götürülen bir değişiklik olduğu anlamına gelmez.

5840 sayılı yasaya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir başka konu, yasanın benimsediği bir eşitlik anlayışının bulunup bulunmadığıdır. Yasanın yaptığı kanımca “renksiz ve yetersiz” düzenlemeden bunu çıkarmak olanaksızdır ve ayrıca da, komisyonun “görüş sunma, rapor hazırlama, gelişmeleri izleme, kamuyu bilgilendirme, bilgi ve belge sağlama, ulusal mevzuatta yapılması gereken değişiklik ve düzenlemeleri belirleme” olarak sayılan görevlerinin niteliği göz önüne alındığında, benimsenen eşitlik anlayışını saptamaya çalışmak gereksizdir. Onayladığımız insan hakları sözleşmeleri ve denetim organlarının kararları, eşitliğin “hukuk” ve “uygulama” olmak üzere iki boyutunun bulunduğunu, aynı zamanda “biçimsel” ve “özel” eşitliği kapsadığını ortaya koymaktadır ve bu ulusalüstü hukuksal çerçeve, d bendinde açıkça öngörülen görevi nedeniyle, komisyonun etkinlikleri için de geçerlidir.

Kanımca, yasanın en önemli eksikliği, cinsiyetlerarası eşitlik ile ayrımcılık yasağı arasındaki bağı görmemiş, amaçları ve komisyonun görevleri arasında bu eşitliğin ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmasına, cinsel tacizi de kapsamak üzere tüm ayrımcılık biçimlerinin kaldırılmasına vurgu yapmamış olmasıdır. Oysa, gerek onayladığımız uluslararası sözleşmelerde ve gerekse Avrupa Birliği'nin cinsiyetlerarası eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulmasını amaçlayan yönergelerinde yinelenen tanımlarda tüm biçimleriyle ayrımcılık yasağı yer almaktadır. CHP ve DSP'li üyelerin yasa önerilerinde de, yalnızca, komisyonun “cinsiyete dayalı ayrımcılığa dair iddialar ile ilgili başvuruları inceleme” görevi bağlamında ayrımcılıktan söz edilmiştir. TBMM Başkanlığı'na iletilen metinde, “(...) **toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa dair iddialar ile ilgili başvuruları inceleme**”, görev olarak komisyona verilmiştir. Oysa, yasa önerilerinin en son tarihli olan AKP'li üyelerin sundukları öneride, ne amaçlarda ne de görevlerde ayrımcılıktan söz edilmiştir. 3. maddenin e bendinde kullanılan sözcükler göz önüne alındığında, BM'nin bu alandaki en kapsamlı sözleşmesinin amaçlandığı söylenebilir.

Yasanın, çok seyrek olmakla birlikte, cinsiyetlerarası eşitlik ilkesinin “uluslararası” boyutuna göndermede bulunmuş olması, kanımca görevlerinin uluslararası çerçevesi yönünden son derece önemlidir. Özellikle üçüncüsü CHP'li üyelerin yasa önerisinden alınan bu görevleri bir kez daha anımsatmakta yarar vardır:

- İhtisas komisyonlarına görüş bildirmek amacıyla, yasa tasarısı ve önerilerinin “uluslararası gelişmelere ve yükümlülüklerle uygunluğunu inceleme” görevi;
- “Uluslararası kuruluşlardaki gelişmeleri takip etme” görevi;
- Ulusal düzenlemeleri “Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların kadın erkek eşitliği ve kadın hakları konusundaki hükümleri” ile karşılaştırıp yapılacak düzenleme ve değişiklikleri belirleme görevi.

Komisyonun yasal görevlerinin uluslararası çerçevesi konusunda yapılması gereken ilk saptama, Avrupa Birliği'nin ve / yada bu konudaki belgelerinin açık bir anlatımla hiç anılmamış olmasıdır. Üç yasa önerisinin genel gerekçesinde de yollamada bulunan tek uluslararası sözleşme KKTABK Sözleşmesi'dir ve yalnızca DSP önerisinde, belgelerden söz etmeksizin bu konudaki “AB politikaları”na bir gönderme vardır.

Kuşkusuz, AB'deki gelişmelerin izlenmesi de, “uluslararası gelişmeler” yada “uluslararası kuruluşlardaki gelişmeler” kapsamına girmektedir. Dolayısıyla komisyon, gerek evrensel, gerek bölgesel ölçekli “uluslararası” kuruluşlardaki (özellikle üyesi olduğumuz BM, ILO, UNESCO, Avrupa Konseyi'ndeki), gerekse kendine özgü yapısı olan AB'deki gelişmeleri izlemekle görevlidir. Gelişmelerin izlenmesi, aynı zamanda hukuksal ve uygulama boyutlarını kapsayan bir görevdir. Kanımca görevler içinde ayrı bir önem taşıyan ve komisyonun görev yükünü ve so-

rumluluğunu artıran görev, onayladığımız sözleşmelere yapılan göndermeden kaynaklanmaktadır. 3. maddenin d bendindeki görevin kapsamına, öncelikle onayladığımız insan hakları sözleşmeleri girmektedir. Bunlar, cinsiyetlerarası eşitlik konusunda özgül düzenlemeler yapan ve / yada kuralları arasında birkaç maddeyle genel nitelikli yada özgül kurallara yer veren sözleşmelerdir. Daha açık bir anlatımla belirtmek gerekirse, örneğin İHAS'ın yada GG ASS'nin yalnızca cinsiyetlerarası eşitliğe ilişkin olmayan, ancak aralarında "cinsiyet" in de bulunduğu yasaklanmış ayrımcılık nedenlerini kapsayan kuralları da komisyonun görev alanına girer. Komisyonun cinsiyetlerarası eşitlik konusundaki en önemli görevi; bu sözleşmelerin "ulusalüstü" olduğunu unutmaksızın ve yetkili denetim organlarının kararlarını da göz önüne alarak, tüm ulusal mevzuattaki aykırı kuralların listesini çıkarmak ve uyum sağlayıcı değişiklik ve düzenlemeleri belirleyip önerilerde bulunmaktır. Komisyonun, özellikle bu görevini eksiksiz yerine getirmesinde, üniversiteler ile sivil toplum örgütlerinin çalışmalarından yararlanması ve uzmanların bilgisine başvurması gerekecektir (m. 4/2 ve 3).

5840 sayılı yasayla, bu görevleri yerine getirmek üzere ve "Parlamento içinde böyle bir yapılanma(nın)" uygulamada karşı karşıya olunan "okuma-yazma oranı, kadın istihdamı, töre ve namus cinayetleri, şiddet, sağlık gibi" pek çok sorunun "giderilmesinde yürütmeye birlikte daha etkin sonuç alınmasında önemli rol oynayacağı" düşüncesiyle kurularak TBMM'nin komisyonlarına eklenen Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, ulusalüstü sözleşmelerin ve AB yönergelerinin öngördüğü çerçeve içinde bir eşitlik birimi kurulması gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü bu komisyon; gerek "siyasal" yapısı, gerekse görevlerinin "cinsiyetlerarası eşitlik" ile sınırlı olması nedeniyle, "Paris İlkeleri"ne uygun olarak oluşturulması gereken eşitlik biriminin özelliklerini taşımamaktadır. Dolayısıyla, "cinsiyet" temeline dayanan ayrımcılıkların yanı sıra başka tüm nedenlerden kaynaklanan ayrımcılıkların da yol açtığı eşitsizliklerle görevli olan ve eşitlik ilkesini, tüm ayrımcılık biçimlerinin bulunmaması anlamında tüm bileşenleriyle uygulamada gerçekleştirme amacı taşıyan "genel işlevli", bağımsız ve özerk yapılı bir eşitlik biriminin kurulması, ivedi bir gereksinim ve bu alandaki uyumsuzluk nedenlerinden biri olma özelliğini sürdürmektedir.

1. Asgari Ücret ve "Yaş"a Dayalı Ayrımcılık

Asgari ücret tutarının, yıllardan beri, 16 yaşını dolduran ve doldurmayan işçilere göre farklı ve "yaş" a dayalı ayrımcılık yapılarak saptanması konusundaki yerleşik uygulama,²¹² kanımca anayasal ve yasal temeli olmayan Asgari Ücret Yö-

²¹² Asgari ücret, Asgari Ücret Tespit Komisyonu'nun 25 Aralık 2008 tarihli ve 2008/1 sayılı kararıyla, 2009'un ilk yarısı için, **16 yaşını doldurmuş** işçilerin bir günlük normal çalışma karşılığı asgari ücretlerinin 22,20 Türk Lirası ve **16 yaşını doldurmamış** işçilerin bir günlük normal çalışma karşılığı asgari ücretlerinin de 18,90 Türk Lirası olarak saptanmıştır (**Resmi Gazete**, 30 Aralık 2008, Sayı: 27096).

netmeliği'ne (m. 5 ve 7) dayanmaktadır. Böylece, yasamanın tanımadığı bir yetkinin, Bakanlığın çıkardığı bir yönetmeliğe dayalı olarak, hem iç hukukumuz ve hem de iç hukukumuzun “ayrılmaz parçası” niteliği taşıyan ve “ulusalüstü” hukuksal değer kazandırdığımız uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı biçimde kullanılması sürdürülmektedir.^{213, 214} Dolayısıyla, asgari ücretin kişiler yönünden uygulama alanının belirlenmesi konusunda bir ayrımcılık sorunu vardır ve bu sorunun, Anayasa'dan başlayarak incelenmesi gerekir.

Ücreti “emeğin karşılığı” olarak gören ve devlete, “çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri al(ma)” yükümlülüğü getiren (m. 55/1 ve 2) Anayasa'nın 55. maddesinin 3. fıkrasının 4709 sayılı ve 3 Ekim 2001 tarihli yasayla değiştirilen metninde, asgari ücretin saptanmasında, “çalışanlar” arasında ayırım yapılması açıkça yasaklanmıştır. Bu kurala göre:

“Asgari ücretin tesbitinde **çalışanların** geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu göz önünde bulundurulur.”²¹⁵

Anayasa'nın, asgari ücret saptanırken geçim koşullarının göz önünde bulundurmasını zorunlu tuttuğu hak öznelerini “çalışanlar” olarak belirlemiş olması, aynı zamanda asgari ücret konusunda çalışanlar arasında “yaş”a dayalı ayrımcılık yapılmamasını da içerir. Bu, özellikle ve adı üstünde “asgari” ücret söz konusu olduğunda, Anayasa'nın 10. maddesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla asgari ücretin saptanmasında, “kamu görevlisi”, “işçi”, “sözleşmeli personel”, “geçici işçi” vb yönlerden ayırım gözetilmeksizin, çalışanların biçimsel statüsüne yada istihdam biçimlerine dayalı ayrımcılık yapılmaması gerekir. Bu kuralın, “düşük ücretleri işçinin geçimini sağlayacak düzeye yükseltmek ilkesini göz önünde bulundurma yanında, eşit ücret ödenmesini sağlama, işverenler arasında haksız rekabete engel olma amaçları ile de uyumlu olduğu açıktır.”²¹⁶ Kuşkusuz, burada sözü edilen “eşit ücret ödenmesini sağlama” amacı, ücretin asgari tutarına yöneliktir.

Bu anayasal kural gereği olarak, 23 Şubat 1995 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'nin 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nda yaptığı değişiklikle, memur-

²¹³ Mesut Gülmez, “Asgari Ücrette ‘Yaş’a Dayalı Ayrımcılık”, **Radikal İki**, 4 Ocak 2009, s. 8.

²¹⁴ Ayrımcılık yasağı ve yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesi konusunda genellikle “herkes”i kapsayan düzenlemeler yapan uluslararası insan hakları sözleşmelerine örnek olarak, onayladığımız Birleşmiş Milletler'in Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'nin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı verilebilir. Bu ve başka sözleşmeler ile AB hukuku konusunda bkz.: Birinci ve Üçüncü ve Dördüncü Bölümler.

²¹⁵ 1982 Anayasası'nın ilk metninde, bu kural şöyle idi:

“Asgari ücretin tesbitinde ülkenin ekonomik durumu göz önünde bulundurulur.”

²¹⁶ Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 156 (Yazar, Metin Kutal'ın, “Asgari Ücret” başlıklı yapıtına [s. 32 vd] göndermede bulunmuştur).

ların ücretinin yürürlükteki asgari ücretten düşük olmamasını öngören ve aradaki farkın tazminat olarak olarak ödenmesini zorunlu tutan şu kurala yer verilmiştir (m. 146/3):

“Bu Kanun gereğince ödenecek aylık, taban aylığı, kıdem aylığı zam ve tazminatlar ile diğer ödemeler toplamının brüt tutarı, bulunulan yerde İş Kanunu gereğince işçiler için tespit olunan **asgari ücretin aylık tutarından az olamaz**; az olması halinde, aradaki fark memurun diğer özlük hakları ile ilgilendirilmeksizin tazminat olarak ödenir.”

4857 sayılı İş Yasası'nın 39. maddesi, Anayasa'nın gereği olarak, bağımlı çalışanlardan “işçi” niteliğini taşıyanlar arasında ayırım gözetilmemesini öngörmüştür. Gerçekten yasa, “en geç iki yılda bir belirlen(mesini)” zorunlu tuttuğu asgari ücretin kişiler yönünden uygulama alanında İş Yasası'na bağlı olanlar ve olmayanlar arasında ayırmacılık yapılmasını yasaklamıştır. Yasaya göre asgari ücret, “iş sözleşmesi ile çalışan ve **bu Kanununun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin** ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için (...) belirlenir.” Ve en geç iki yılda bir saptanması öngörülen asgari ücret, yasanın kapsamında olan ve olmayan işçilerin “ücretlerinin asgari sınırı”dır. Böylece, kamusal ve özel işverenlerin bireysel ve toplu düzeylerdeki sözleşme özgürlüğü, ücretin en alt sınırı konusunda kesin olarak sınırlandırılmıştır. İş sözleşmesi ile çalıştırılması koşuluyla, 4. maddede belirtilen “işlerde ve iş ilişkilerinde” çalıştıkları için kendilerine -eşit davranma ilkesini de içeren- kuralları uygulanmayan -kapsam dışında bırakılan- işçiler de asgari ücretten yararlanırlar. 4857 sayılı yasanın 39. maddesinin bu kuralıyla, “1475 sayılı yasadaki farklı olarak sosyal adalet ve hakkaniyet ilkelerine, anayasanın 49 ve 55. maddelerine uygun bir biçimde **hiçbir istisna getirilmeksizin** iş akdi ile çalışan tüm işçilerin asgari ücretten yararlanacağı hükme bağlanmıştır.”²¹⁷ Öteki iş yasalarının (Deniz İş ve Basın İş Yasalarının) yanı sıra, Borçlar Yasası'na bağlı olarak çalıştırılan işçileri de kapsadığına kuşku bulunmayan bu düzenlemenin, 1475 sayılı İş Yasası'nın 33. maddesindeki düzenlemeden farklı ve daha geniş kapsamlı olduğu açıktır.²¹⁸ Çünkü 33. mad-

²¹⁷ Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 317 (Vurguları ben yapıyorum, MG).

²¹⁸ Kapsamın genişlediği konusunda bkz.: Fevzi Demir, **a.g.y.**, 2005, s. 118 ve 2006, 1. Cilt, s. 220; Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 156; Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 317; Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 482.

Ne var ki bu yazarlar, Asgari Ücret Yönetmeliği'nin “yaş”a dayalı ayırmacılık yapılmasını zorunlu tutan kuralının Anayasa ve İş Yasası'na aykırılığı konusunda herhangi bir görüş belirtmemişlerdir.

Yıldız da, yapıtının “Türk Hukukunda Ücretlerde Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı” konusunu incelediği bölümünde, yönetmeliğin “cinsiyet”in de yasaklanan ayırmacılık nedenleri arasında sayıldığı 5. maddesini aktardıktan sonra, “Burada ifade edilen ve kadın-erkek arasında eşit değerde veya eşit iş için ücret ödenmesine ilişkin düzenlemeler konu ile ilgili Avrupa Birliği müktesebatı ile de uyumludur” görüşünü savunmakla birlikte, yönetmeliğin “asgari ücretin “işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı belirlenir” diyen “emredici” kuralının yasaya aykırı olup olmadığı konusuna değinmemiştir (Gaye Burcu Yıldız, **a.g.y.**, s. 224).

deye göre asgari ücret, “hizmet akdi ile çalışan ve **bu kanunun kapsamına giren** her türlü işçi ile gemi adamı ve gazetecilerin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için (...) tespit edilir(di).”

Kanımca, yasa kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında ayrımcılık yapılmamasının, 39. maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, yalnızca “sosyal devlet” ilkesinin gereği olduğunun vurgulanmış, buna karşılık 10. maddenin güvencesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağlantısına değinilmemiş olması, ²¹⁹ çok önemli bir eksiklik. Gerçekten, yasanın 4. maddesiyle uygulama alanı dışında bırakıldığı işlerde ve iş ilişkilerinde çalışan işçilerin asgari ücretin de kapsamı dışında tutularak ayrımcılık yapılması, salt sosyal devlet ilkesiyle değil, aynı zamanda yasa önünde eşitlik ilkesiyle de bağdaşmazdı.

4857 sayılı İş Yasası'nın 39. maddesine dayanılarak hazırlanan (m. 3) **Asgari Ücret Yönetmeliği** de, ²²⁰ asgari ücretin uygulama alanı konusunda ayrımcılığı ilkece yasaklamıştır. 2004 yönetmeliği, kişiler yönünden uygulama alanı açısından, İş Yasası'na bağlı olanlar yada olmayanlar arasında ayırım gözetmemiştir. 2. maddeye göre yönetmelik kuralları, “iş sözleşmesi ile çalışan ve 4857 sayılı İş Kanununun kapsamında olan yada olmayan” işçiler arasında ayrımcılık gözetmeksizin “her türlü işçinin çalıştığı bütün işkollarını kapsar.”

Yönetmeliğin, “ücretin belirlenmesine ilişkin ilke ve esaslar”ı düzenleyen ikinci bölümünün bu ilkelerden birini oluşturan “*ücrette eşitlik ilkesi*” başlıklı 5. maddesi, 4857 sayılı yasanın eşit davranma ilkesinin genel ayrımcılık yasağına ilişkin madde 5/1 kuralını asgari ücrete uyarlayan şu kurala yer vermiştir:

“Bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak şartıyla, asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamaz.”

1972 tarihli ilk yönetmelik ise, “asgari ücrette eşitlik” başlıklı 2. maddesinde, ayrımcılık nedenleri yönünden farklı ve sınırlı olan bir düzenleme yapmıştı: “5 in-

²¹⁹ 39. maddenin gerekçesinde, böyle bir ayrımcılık yapılmamasının “sosyal devlet” ilkesinin gereği olduğu vurgulanmış, ancak 10. maddenin güvencesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağlantısına değinilmemiştir. “*Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı*”nın 41. maddesinin gerekçesinde de aynı olan 39. maddenin gerekçesine göre:

“İşçilerin insan onuruna yaraşır asgari koşullarda bir yaşam sürdürebilmesi için devlet tarafından tespit edilmesi öngörülen asgari ücret kurumundan, bir kısım işçilerin yararlandırılıp, bir kısmının yararlandırılmaması, Anayasamızda temellerini bulan sosyal devlet ilkesine aykırı bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sakıncağı gidermek amacı ile de *tüm işçilerin*, bu güvenceden yararlanabileceği bir düzenleme getirilmiştir. Bunun dışında, asgari ücretin süresi ve tespiti usulüne ilişkin mevcut düzenleme aynen korunmuştur.”

²²⁰ **Resmi Gazete**, 1 Ağustos 2004, Sayı: 25540.

ci maddenin 1 inci fıkrası hükmü saklı kalmak şartıyla asgari ücretin saptanmasında yaş ve cinsiyet farkı gözetilemez.”²²¹ Gönderme yapılan 5. maddenin 1. fıkrası da, yasaklanan iki ayrımcılık nedeninden “yaş”a ilişkin olanına -2004 yönetmeliğinde de yer alan- şu sınırlamayı getirmişti: “Asgari ücret, işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı saptanır.”

2004 yönetmeliği, 4857 sayılı İş Yasası'nın 5. maddesiyle uyumlu bir düzenleme yaparak, 1. fıkrada tüketici olmaksızın -ve 1972 yönetmeliğinden daha geniş biçimde- sayılan ayrımcılık nedenlerini yasaklamıştır. Yasaklanan nedenler arasında, “benzeri sebepler”den biri olan “yaş” da vardır. Ancak, 1972 yönetmeliğinde olduğu gibi, ilke olarak “*ve benzeri sebepler*” kapsamında olan “yaş”a dayalı ayrımcılık yapılmasına olanak tanımıştır. Gerçekten, göndermede bulunulan 7. maddenin 1. fıkrasına göre, “ücret en geç iki yılda bir olmak üzere işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı belirlenir.” Bu kural, iş sözleşmesinin temel öğelerinden biri olan ve “nispi emrediciliği” bulunan asgari ücreti de kapsayan “iş ilişkisi”nde, “benzeri sebepler”den biri olan yaş ayrımcılığı yapılmasını da yasaklayan madde 5/1 kuralına aykırıdır.

Değinilen anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, asgari ücretin tutarı konusunda “yaş ayrımcılığı”nın hiçbir hukuksal dayanağı yoktur; bu uygulama, hiçbir “nesnel ve haklı neden”e de dayandırılmaz. Çünkü “yaş”a dayalı bu ayrımcılık, genel olarak “ücret” konusunda değil, insan onuruna yaraşır koşullarda yaşam sürdürülebilmenin “olmazsa olmaz” koşullarının başında gelen “asgari ücret” konusunda yapılmaktadır. Asgari ücret, emeğini satarak yaşamlarını sürdürmek zorunda olanların elde edebildiği, “insan haklarının birincisi” sayılan “yaşam hakkı”nın güvencesi olan en düşük ücrettir. Yönetmeliğin yaptığı asgari ücret tanımında da, bu özellik vurgulanmış; asgari ücretin, “işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve **işçinin** gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi **zorunlu ihtiyaçlarını** günün fiyatları üzerinden **asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret**” olduğunun altı çizilmiştir.

Ayrıca, asgari ücrette “yaş ayrımcılığı” yapılması, aslında “onur ayrımcılığı” yapma anlamına geldiği gibi, çocuk işçiliğini de özendiren bir uygulamadır.

Bu nedenle, asgari ücretin tutarında “yaş”a dayalı ayrımcılık yapılmasına olanak veren bu istisna kuralı, gerek Anayasa'nın 10. maddesine, gerek onayladığımız uluslararası sözleşmelere ve gerekse AB hukukuna aykırıdır. Bu kural, İş Yasası'nın madde 5/1 kuralına da açıkça aykırıdır; yasa kuralının yönetmelikle değiştirilmesi, yasaya yönetmelikle istisna getirilmesi anlamına gelmektedir. Asgari Ücret Tespit Komisyonu'nun, bu yönetmelik kuralını göz ardı etmesi ve yaş ayrımcılığı yapmaksızın yasaya, Anayasa'ya ve onayladığımız sözleşmelere uygun

²²¹ Resmi Gazete, 12 Şubat 1972, Sayı: 14097.

olarak, yasanın 39. maddesinin kapsamına giren her türlü işçiyi kapsayan “tek” bir asgari ücret saptaması gerekirdi.

Ayrıca, yıllardan beri Anayasa ve yasaya aykırılığı sürdürülen yönetmelik kuralının ve bu kural gereğince Komisyon kararıyla yapılan ayırımın -kararın 16 yaşını doldurmayan işçilere ilişkin bölümünün- iptal edilmesi için de, sendikalarca yargıya başvurulabilir, başvurulmalıdır. Asgari Ücret Tespit Komisyonu kararının; yönetsel bir işlem olması nedeniyle, Anayasa'nın “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu(nun) açık” olduğunu öngören 125. maddesi gereğince, yönetsel yargının denetimine bağlı olduğuna kuşku yoktur.²²² Bu hak, kanımca, örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi ile Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin hak arama yollarına ilişkin 14. maddesinin de güvencesindedir.

2. Sendikalar Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

Sendikalar Yasası'nda, 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde, kimilerinin onayladığımız uluslararası sözleşmelere ve AB müktesebatına aykırı olduğu, eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin kurallara yer verilmiştir. Sendikalar Yasası'ndaki bu kuralların, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'nın üyelik ve yöneticilik güvencesine ilişkin kurallarında yer almayan konularda (örneğin kanıtlama yükümlülüğü ve yaptırım konularında) da uygulanacağını, şimdiden belirtmekte yarar vardır.

a. Sendika Kuruculuğunda Yurttaşlık

Temeline Dayalı Ayrımcılık

2821 sayılı Sendikalar Yasası, “kuruculuk” koşullarında, gerek işçi ve gerekse işveren sendikalarını kapsamak üzere, “yurttaşlık” ve “dil” temellerine dayalı ayrımcılık yapmıştır.²²³ Yasanın, 3449 sayılı ve 25 Mayıs 1988 tarihli yasayla değişik 5. maddesi, “kurucularda aranacak nitelikler” arasında “Türk vatandaşı” ve “Türkçe okur-yazar” olma koşullarını aramıştır:

“Sendika kurucusu olabilmek için; **Türk vatandaşı**, medenî hakları kullanmaya ehil ve sendikaların kurulacağı işkolunda fiilen çalışır olmak; kamu hizmetlerinden mahrum edilmemiş bulunmak; **Türkçe okur-yazar** olmak; (...) şarttır.

İşveren sendikasının kurucusunun tüzelkişi olması halinde tüzelkişiyi temsil eden gerçek kişide de işkolunda fiilen çalışma şartı hariç yukarıdaki bütün şartlar aranır.”

²²² Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 158; Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 320; Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 480.

²²³ 2821 ve 2822 sayılı yasalardaki “vatandaşlık” temeline dayanan yasaklar konusunda bkz.: Zeki Okur, “Türkiye’de Yabancıların Sendikal Hakları”, **Çimento İşveren**, Cilt 19, Sayı 2, Mart 2005, s. 28-35.

2821 sayılı yasanın sendika kuruculuğu için aradığı “Türk vatandaşı” olma koşuluna, 25 Eylül 1981 tarihli ve 2527 sayılı “*Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarının Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun*”²²⁴ ile sınırlı bir istisna getirilmiştir. Bu yasanın 7. maddesi uyarınca, “bu kanuna göre kendilerine izin verilenler, izin süresince, ikamet ve çalışma ile ilgili kanunların öngördüğü Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler.” Görüldüğü gibi 2527 sayılı yasanın uygulama alanına “ikamet” ve “çalışma” olmak üzere iki alanda düzenleme yapan yasalarımızdaki yurttaşlık koşulunun aranmaması öngörülmüştür. Çalışma ile ilgili yasaların başında, İş Yasası ile sendikal hakları düzenleyen (2821, 2822 ve 4688 sayılı) yasalar bulunmaktadır.

Siyasal haklardan da yararlanmanın önünü açmayan yasa, bu kuralıyla, bir yandan yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılığın uygulama alanını kısmen genişletmiş, ama öte yandan da “Türk soylu olan” ve “Türk soylu olmayan” yabancılar arasında “ırk” (soy) temeline dayanan başka bir ayrımcılık yapmıştır. Bu nedenle de, getirdiği ayrımcı düzenleme bu yönüyle hem eleştiriye açıktır, hem de -başta 87 sayılı sözleşme ve Avrupa Sosyal Şartı olmak üzere- 2821’in 5. maddesi gibi uluslararası sözleşmelere açıkça aykırıdır.²²⁵ SHAK’ın, “yabancı” göçmen işçi-

²²⁴ **Resmi Gazete**, 29 Eylül 1981, Sayı: 17473.

²²⁵ Öğreti de, bu koşulun 87 sayılı sözleşmeye, ASS’ye ve AB hukukuna aykırı ve kaldırılmasının doğru olduğu görüşündedir.

Örneğin Kutsal, “AB müktesebatına uyum açısından bu değişikliği(ği) isabetli” bulmaktadır. (Metin Kutsal, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 11, Eylül 2008, s. 73-95). Ancak Kutsal, yasa önerisinde korunan “Türkçe okur-yazar olma” koşuluna ilişkin bir görüş açıklamamıştır.

Tuncay, görece eski bir yazısında, 5. maddenin aradığı “kuruculuk için yabancı olmama” koşulunun 87 sayılı sözleşmeye aykırı olduğunu ve “derhal kaldırılması gerek(tiğini)” belirtmişti (A. Can Tuncay, **a.g.m.**, s. 50).

Dereli de, üçlü bir bilim Komisyonunca hazırlanan ön yasa taslağı ile ilgili değerlendirmesinde; 5. maddenin aradığı yurttaşlık koşuluna 87 sayılı sözleşmeye aykırılıklar arasında yer vermemeş olmakla birlikte, *ön tasarıda* yapılan değişiklikle, madde 5/1’de aranan “Türk vatandaşı olmak” ve “Türkçe okur-yazar olmak” koşullarının metinden çıkarılmasıyla “Avrupa Sosyal Şartı’na ve Avrupa Birliği’nin temel ilkeleri arasında yer alan ‘emeğin serbest dolaşımı ilkesine’ uyum sağlanmış ol(duğu)” görüşünü savunmuştur (Toker Dereli, “Uluslararası Çalışma Normları, Sendika Özgürlükleri ve Türkiye: ILO Eleştirileri Açısından Yeni Yasa Ön Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, **AB - Türkiye ve Endüstri İlişkileri**, (Editör: Alpay Hekimler), Beta Yayını, 1. Bası, Ağustos 2004, İstanbul, s. 170 ve 182). Bu ön tasarıda, yasa önerisinin kaldırmadığı “Türkçe okur-yazar olma” koşulunun da metinden çıkarılmış olmasının altını çizmekte yarar vardır.

Eyrenci de, her iki koşulun kaldırılmasını öngören (ikincisi için yalnızca “okur-yazar olma”) yeterli bulan yasa taslağına ilişkin değerlendirmesinde, “vatandaşlıktan kaynaklanan bu ayrımcılığ(ın)”, 87 sayılı sözleşmeye ve Avrupa Sosyal Şartı’na aykırı olduğunu belirtmiştir (Öner Eyrenci, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu İle Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Öngören Kanun Tasarı Taslağı Hükümlerinin Genel Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu Yayını, Birinci Basım, İstanbul, Eylül 2004, s. 202-203).

lerin sendika kurucusu olamamasını, ASS'nin madde 19/4, b bendi kuralına aykırı bulduğunu anımsatmakta yarar vardır.

Kuruculuk için zorunlu tutulan yurttaş olma koşulu ile Anayasa'da ve sözleşmelerde yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden biri olan "dil" temeline dayalı bir ayrımcılık oluşturan Türkçe okur-yazarlık koşulu da, kanımca hem Anayasa'nın 10. maddesine, hem de -daha önce değinilen- uluslararası sözleşmelere aykırıdır. SÖK, yabancılara sendikal hakların tanınması konusunda, "karşılıklılık" koşulunun 87 sayılı sözleşmenin 2. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.²²⁶

Ayrıca bu -ve aşağıda değinilen 2822 sayılı yasada öngörülen- yasaklar, Anayasa'nın hem yasa önünde eşitlik ilkesine ve hem de özellikle, "yabancıların durumu"na ilişkin 16. maddesine de aykırıdır. Gerçekten bu maddeye göre, "temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, **milletlerarası hukuka uygun olarak** kanunla sınırlanabilir." Anayasa'nın, aralarında sendikal ve sosyal hakların da bulunduğu "yabancılar"ın temel hak ve özgürlüklerine yasayla getirilebilecek sınırlamalar konusunda "uygun olma" koşulu arayarak "milletlerarası hukuk"a yaptığı bu yollama, sözleşmeler için uygun bulma yasasının kabul edilmesine ve onaylanıp yayımlanmasına gerek bulunmaksızın "doğrudan" uygulanabilir nitelikte bir düzenlemedir. 16. madde, yasama, yürütme ve yargıyı bağlayan "ulusalüstü" bir kuraldır.²²⁷ Bu nedenle yargının, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bu maddeyi doğrudan uygulayarak, yabancıların "temel" haklarından olan sendikal haklarına uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı olarak getirilen kısıtlama ve yasakların geçersizliğine karar vermesi anayasal bir zorunluluktur.

Oysa, iş hukuku öğretisinde kimi yazarların, sanıyorum 16. maddedeki "kanunla sınırlama" getirme olanağına dayanarak, 2821 sayılı yasadaki sınırlamanın (Türk vatandaşlığı koşulu aranmış olmasının) Anayasa'ya aykırı olmadığını ileri sürdüğü görülmektedir. Örneğin Ertürk'e göre; kurucular (ve aynı zamanda işyeri sendika temsilcileri) için aranan yurttaşlık koşulunun "Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırı olabileceği düşünülürse de", Anayasa'nın yukarıda değindiğim -yazarın da alıntıladığı- 16. maddesi "karşısında yabancıların sendika kurucusu ve işyeri sendika temsilcisi olmasının kanunla engellendiği ve bunun Anayasa'ya ay-

Ertürk ise, "Türkçe okur-yazar olma" koşulunu, sekiz yıllık zorunlu eğitim nedeniyle, düzey yönünden yeterli görmemekte, işyeri sendika temsilcileri (ve doğal olarak sendika kurucuları için) "en az ilköğretim seviyesinde bir eğitimin tamamlanmış olması zorunluluğunun aranmasının yerinde olacağı düşüncesinde(dir)" (Şükran Ertürk, **a.g.m.**, s. 14).

Kanımca, bu konuda sendikaların "özgür iradesi"ne öncelik tanınması 87 sayılı sözleşmenin gereği olduğundan, okur-yazar olmakla sınırlı bir düzenleme yeterlidir.

²²⁶ BIT, **La liberté syndicale**, 2006, s. 48 (parag. 215).

²²⁷ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", **Çalışma ve Toplum**, Sayı 4, 2005/1, s. 23-25.

kırılık oluşturmayacağı söylenebilecektir.”²²⁸ Bu görüş, bir yandan, yabancıların temel hak ve özgürlükleri için yasayla getirilecek sınırlamanın “milletlerarası hukuka uygun olması” gerektiğini unutmış görünmektedir. Öte yandan da, Anayasa'nın 16. maddesinde sözü edilen “milletlerarası hukuk” kapsamına giren uluslararası sözleşmelerin yabancılar için güvenceye aldığı temel hak ve özgürlüklere ilişkin kuralların, Anayasa'nın 90. maddesinde öngörülen koşullara gerek kalmaksızın doğrudan uygulanması gerektiğini göz ardı etmiştir. Sendika kuruculuğu (ve aşağıda değinilen işyeri sendika temsilciliği) için öngörülen yurttaşlık koşulu, Anayasa'nın yanı sıra, örneğin onayladığımız 87 sayılı sözleşmeye ve ASS ile GG ASS'ye (m. 19/4, b'ye) de aykırıdır.

Her yıl olduğu gibi, UÇÖ Genel Konferansı öncesinde yasa taslağı yada önerisi hazırlayıp parlamentoya sunmayı geleneksel bir alışkanlığa dönüştüren siyasi iktidar(lar),²²⁹ bunun yeni bir örneğini 21 Mayıs 2008 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan “2821 Sayılı Sendikalar Kanununu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” ile bir kez daha ortaya koymuştur. Eksik bir uyum sağlamakla yetinen bu teklifte, 2821 sayılı yasanın 5. maddesindeki aykırılıklardan birinin (Türk vatandaşlığı koşulunun) kaldırılması, madde metninden çıkarılması öngörülmektedir.

TBMM Komisyonlarında bekleyen ve UÇÖ Genel Konferansı'nın 2009 Haziranında yapılacak toplantısına değin bekletileceği anlaşılan yasa teklifine ilişkin Komisyon raporunun “genel gerekçesi”nde, AB'ye ve Avrupa Sosyal Şartı'na uyum sağlandığı ileri sürülmüştür:

“Öte yandan Avrupa Birliği normlarına uyum sağlanması da bu yasanın hazırlanmasında dikkate alınan bir başka husus olmuştur. Örneğin sendika kurucusu olabilmek için Türk Vatandaşı olma, üyelikte ve üyelikten ayrılmada noter şartı kaldırılmıştır. Böylece Avrupa Sosyal Şartının 19. maddesine uyum sağlanmıştır.”

5. maddesinde, “2821 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘Türk vatandaşı’ ibaresi metinden çıkarılmıştır” diyen yasa teklifinde, bu değişikliğin gerekçesi daha ayrıntılı olarak şöyle açıklanmıştır:

“Ülkemiz tarafından 1989 yılında onaylanarak yürürlüğe sokulan *Avrupa Sosyal Şartının*, taraf ülke vatandaşlarının yasal olarak bulun-

²²⁸ Şükran Ertürk, “İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Ocak - Şubat - Mart 2007, Sayı: 13, s. 13. Yazar, bu görüşüyle ilgili olarak, Şahlanan (*Sendikalar Hukuku*, 1999, s. 35) ile Demir'e (“İşyeri Sendika Temsilciliği, *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, 2001, s. 1558) göndermede bulunmaktadır.

²²⁹ Her yıl ilkbaharda UÇÖ'ye ve Sonbaharda da AB'ye uyum sağlamak için hazırlanan, kimileri TBMM'ye bile sunulmayan bu taslak yada öneriler konusunda örneğin bkz.: Mesut Gülmez, “Yine ILO Mevsimi Geldi, Yine Taslaklar Hazırlandı...”, **Sendikal Notlar**, Ağustos 2006, Sayı: 30, s. 30-51.

dukuları bir diğer akit taraf ülkesinde çalışma, sendika üyeliği, toplu pazarlık haklarından yararlanma ve barınma konularında o ülke vatandaşlarıyla eşit işlem görmesini öngören 19 uncu maddenin 4 üncü paragraf hükmünün Şart denetim organlarınca ülkemiz bakımından yapılan değerlendirilmesi sonucunda, “Sendika kuruculuğu için Türk vatandaşı olma” koşulunun Şarta aykırı görüldüğü bildirilmiştir. Avrupa Sosyal Şartına ve bunun yanında, tam üyesi olmayı amaçladığımız Avrupa Birliğinin temel ilkeleri arasında yer alan *emeğin serbest dolaşımı ilkesine uyum sağlamak* amaçlarıyla, sendika kurucusu olmak için Türk vatandaşı olma koşulu yabancılar için aranmamıştır.” 230, 231

2821’in 5. maddesinden “Türk vatandaşlığı” koşulunun çıkarılmasıyla, doğal olarak, bu maddeye yollamada bulunan öteki maddelerle getirilen kısıtlamalar (genel kurul dışındaki zorunlu organlara seçilme ile işyeri sendika temsilcisi olabilme koşullarındaki kısıtlamalar) da ortadan kalkacaktır.

Türk-İş, sendika kuruculuğunda yurttaşlık koşuluna ilişkin görüşünü, daha önceki bir tasarı taslağı dolayısıyla açıklamıştır. Bakanlığın 18 Ekim 2005 tarihli yazısının ekinde gönderdiği “Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağı” ile 29 Kasım 2006 tarihinde gönderilen “Alternatif Taslak” metnini inceleyen Türk-İş, 5. maddedeki “Türk vatandaşı” olma koşulunun kaldırılmasını “AB müktesebatı bakımından zorunlu gör(düğü)”; buna karşılık “Türkçe okur yazar olma” koşulunun değiştirilmesine karşı çıkarak, bu koşulun taslakta “sadece ‘okur yazar olma’ şeklinde değiştirilmesi(ni) isabetli gör(mediğini)” belirtmiştir. 232

230 **TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 235**, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2 “Çorum Milletvekili Agah Kafkas ve 6 Milletvekilinin; 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (2/240)”; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss235m.htm>).

231 İstanbul milletvekili *Bayram Merafi*n, sendika kuruculuğunda yurttaşlık koşulunun kaldırılmasına karşı çıkmış olması ilginç ve kuşkusuz eleştiriye açıktır. Türk-İş’in eski genel başkanı yazdığı “muhalefet şerhi”nde, “6. Sendika kurucuları arasında Türk vatandaşı olmak şartının kaldırılmasının ileride yeni sorunlar getirmesi(nin) kaçınılmaz” olduğunu ileri sürmüş, ancak “yeni sorunlar”ın neler olduğuna değinmemiştir.

232 Türk-İş’in; “milliyetçi” yaklaşımdan esinlenerek, “vatandaş” olma koşulunun kaldırılmasını AB normları açısından “zorunlu” görürken “dil” açısından aykırı olmadığını “sandığını” belirten, bu nedenle tutarlı ve inandırıcı olmadığını düşündüğüm “Türkçe okur yazar olma” koşuluna karşı çıkış gerekçeleri şöyle açıklanmıştır:

“Her ne kadar uluslararası normlar bakımından böyle bir değişikliğin gerekli olduğu ileri sürülmekle birlikte ulus olmanın temel ölçüsü olan dil unsurunun önemi unutulmamalı, Anayasamızda resmi dilimizin Türkçe olduğu kuralı göz ardı edilmemelidir. En azından sendika kurucusu olacak kişinin Türk vatandaşı olmasa bile Türkçe’yi okuyup yazabilmesi şartı aranmalıdır.

Türkçe okur yazar olma koşulunun aranmasının AB normlarına aykırılık teşkil edeceği sanılmamaktadır. Bu nedenle ‘Türkçe okur yazar olma’ koşulu muhafaza edilmelidir.” Bkz.: Türk-İş, **20. Olağan Genel Kurul, 6-9 Aralık 2007, Belgeler, 2003-2007**, Türk-İş Yayını, Ankara, Ekim 2007, s. 319-320.

b. Genel Kurul Dışındaki Zorunlu Organlara

Seçilme Koşullarında Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık

2821 sayılı yasa, 3449 sayılı ve 25 Mayıs 1988 tarihli yasayla değiştirilen 14. maddesinde, 5. maddeye yollamada bulunarak, “Türk vatandaşı” olma koşulunu hem “işçi sendikası ve konfederasyonların genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için” ve hem de “şube zorunlu organlarına seçilebilmek için” aramıştır: ²³³

“İşçi sendikası ve konfederasyonların genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için 5 inci maddede aranan şartlara ilaveten en az on yıl bilfiil çalışmış olmak, şube zorunlu organlarına seçilebilmek için ise 5 inci maddede aranan şartları haiz olmak gerekir. (...)”

Dolayısıyla, “Türk soylu” olanlar dışındaki yabancılar, sendika ve konfederasyonlar ile şubelerinin -madde 9/1 gereğince, genel kurulun yanı sıra zorunlu organları olan- yönetim, denetleme ve disiplin kurullarının üyeliklerine seçilemezler. Yasa, seçilme koşullarına ilişkin bu düzenlemeyi, “yönetici” kavramıyla da sınırlı tutmamıştır.

Onayladığımız uluslararası sözleşmelerle, özellikle 87 sayılı sözleşmenin 2. maddesinin güvencesindeki -kuruculuk ve yöneticilik için de geçerli olan- “hiçbir yönden ayırım gözetmeme ilkesi” ile bağdaşmayan ve aykırılığı yinelenen ²³⁴ bu düzenlemeler karşısında, yabancıların ancak “sendika üyesi” ve “genel kurul delegesi” olmaları yasaklanmamıştır.

c. İşyeri Sendika Temsilciliğinde Yurttaşlık

Temeline Dayalı Ayrımcılık

Sendikalar Yasası'nın 34. maddesinin 2. fıkrası, işyeri sendika temsilcisi olabilmek için 5. maddeye yollamada bulunarak, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesine de aykırı olan ²³⁵ “yurttaşlık” koşulu aramıştır:

“İşyeri sendika temsilcisi olabilmek için kurucu olabilmek hususunda 5 inci maddede belirtilen şartları haiz olmak gerekir.”

²³³ Yasanın, 25 Mayıs 1988 tarihli ve 3449 sayılı yasayla değiştirilen 14. maddesinin bu bölümü şöyledir:

“İşçi sendikası ve konfederasyonların genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için **5 inci maddede aranan şartlara ilaveten** en az on yıl bilfiil çalışmış olmak, şube zorunlu organlarına seçilebilmek için ise **5 inci maddede aranan şartları** haiz olmak gerekir.”

²³⁴ Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu**, s. 50 ve 70.

²³⁵ Yabancıların işyeri sendika temsilcisi olmasına engel olan bu yurttaşlık koşulunun, Anayasa'nın 16. maddesi nedeniyle Anayasa'ya (m. 10'a) aykırılık oluşturmayacağı görüşü için bkz.: Şükran Er-türk, **a.g.m.**, s. 13.

Ancak işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaca atanabilen ve sendikanın “işyerinde çalışan üyeleri arasından” seçilen işyeri sendika temsilciliği için de, aralarında “Türk vatandaşı” ve “Türkçe okur-yazar” olmak koşullarının da bulunduğu kuruculuk koşullarının aranmış olması, “ulusalüstü” nitelik kazandırdığımız sözleşmelere açıkça aykırıdır.

d. Üyelik Özgürlüğünün Güvencesi ve Ayrımcılık Yasağı

İş Yasası'nın 5. maddesinin ayrımcılık tazminatına ilişkin 6. fıkrasının son cümlesinde saklı tutulan 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın, “*sendikaya üye olup olmama hürriyetinin teminatı*” başlıklı 31. maddesi, üyelik güvencesini “iş ilişkisi”nin açıkça belirttiği “işe alma” aşamasından başlayarak “işten çıkarma”ya değin uzanan tüm evrelerini kapsayacak biçimde düzenlemiştir.²³⁶ Kanımca bu güvence kuralı, İş Yasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenleri “tüketici” olmayan ayrımcılık yasağının, yani işveren yönünden “eşit davranma yükümlülüğü”nün özgül bir biçimidir. Sendikaya üye olma yada olmama nedeniyle 31. maddede belirtilen konularda ayırım gözetilmemesi, hem madde 5/1 ve hem de Anayasa madde 10/1 gereğidir.

Sendikalar Yasası, öncelikle, insan hakkı olarak çalışma hakkının kullanılmasının ilk -işe girme- aşamasında, işverenin *işe alma* ile sendika üyesi olma yada olmama arasında bağ kurmasını, böylece de bireysel sendika özgürlüğünün işçilerce olumlu yada olumsuz yönleriyle kullanılmasını işe almanın bir koşuluna dönüştürmesini engellemiştir. Koruma, izleyen fıkralardaki kurullarla, iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulmasından sonraki aşamalarında da sürmektedir. Sendikalar Yasası, 31. maddenin bu emredici güvence kuralında, iş yada toplu iş sözleşmeleriyle geriye götürücü değişiklikler yapılmasına da olanak tanımamıştır. Kanımca, güvenceyi geliştiren ve pekiştiren kurullar konulması olanaklıdır.

İşverenin işe almada üyelik temeline dayalı ayırım gözetmesini “mutlak” biçimde yasaklayan, böylece üyelik temeline dayalı ayrımcılık yasağını sözleşme özgürlüğü ilkesine üstün tutan 31. maddenin 1. ve 2. fıkraları şöyledir:

“İşçilerin *işe alınmaları*, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulmaz.

Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz.”

Bireysel sendika özgürlüğünü tüm yönleriyle korumaya yönelik bu düzenleme karşısında, ne işyerinde sendikasız işçilerin çalıştırılmayacakları, ne de toplu iş

²³⁶ 274 sayılı Sendikalar Yasası, bu konudaki düzenlemeyi 19. maddesinde yapmıştı.

sözleşmesine taraf olan sendikanın üyesi olmayan kişilerin işe alınmayacakları yolunda koşullar öngörülebilir. Yine, kimi hukuk düzenlerinde uygulanan, ancak çalışma hakkıyla bağdaşmayan “kapalı işyeri” yada “sendikalı işyeri” koşulları da geçersizdir.²³⁷ 1. fıkranın sağladığı koruma, bir sendikaya üye iken işe alınan bir işçinin bu sendikadan çekilerek sendikasız kalmasına yada başka bir sendikaya üye olmasına yönelik ayrımcılıkları da kapsamaktadır.

Sendikalar Yasası'nın 31. maddesi, sendika üyeliği temeline dayalı ayrımcılık yasağını, “işe alma” ile sınırlı tutmamıştır. Gerçekten 3. fıkra, iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulmasını izleyen aşamaları için de, ilişkinin tüm yönlerini kapsayacak biçimde üyeliğe dayalı ayrımcılıklara karşı koruma öngörmüştür. Bu koruma, ilişkinin sona erdirilmesini de kapsamaktadır. 98 sayılı sözleşmenin 1. maddesine uygun olarak,²³⁸ sendika özgürlüğünü işverenden gelebilecek ayrımcı eylemlere karşı korumayı amaçlayan 2821 sayılı yasa, ayrımcılık yasağı kapsamına aldığı konulardan dördü için toplu iş sözleşmeleriyle öngörülecek kuralları saklı tutmuştur. 31. maddenin bu güvencelerin yer aldığı 3. ve 4. fıkraları şöyledir:

“İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, *işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi* bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.

Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.”

Bu kurallar karşısında, “parasal” nitelik taşımayan “işin sevk ve dağıtımı”, “işçinin mesleki ilerlemesi”, “disiplin hükümleri”, diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması” yada “çalıştırmaya son verilmesi” (iş sözleşmesinin feshedilmesi) konularında, toplu iş sözleşmelerine konulacak kurallarla da işçiler arasında üyelik temelinde (yani üye olan ve olmayan işçiler yada farklı (özellikle işverenin istemediği) sendikalara üye olan işçiler arasında) ayırım gözetilemez. Toplu sözleşmelerde daha ileri güvenceler getirilmesine bir engel yoktur. Buna karşılık, toplu iş sözleşmelerinde “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım” konularında, sendikaya üye olan yada olmayan işçiler arasında *nesnel ve haklı nedenlere* dayalı farklı işlem yapılması olanaklıdır. Kanımca, 3. fıkrada geçen “diğer hususlar”, koruma kapsamındaki parasal nitelik taşımayan konuların sınırlı olarak sayılmadığını göstermektedir. Ancak, parasal nitelikli konular, sınırlı olarak sayıldığından genişletilemez.

²³⁷ Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 395.

²³⁸ 98 sayılı sözleşmenin işverenin tüm ayrımcı eylemlerine karşı sağladığı tam (eksiksiz) koruma için bkz.: Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu**, s. 149-250 ve 303-304.

31. maddenin ayrımcılık konusunda sağladığı koruma, üye olup olmama yada üye kalıp kalmama ile sınırlı değildir. Olumlu ve olumsuz yönleriyle bireysel sendika özgürlüğünün olmazsa olmaz bir parçası ve uzantısı olarak 5. fıkrada öngörülen bir başka koruma, üyelik yada sendikacılık etkinlikleri nedeniyle işten çıkarma yada başka herhangi bir nedenle farklı işleme bağlı tutulma yasağı ile ilgilidir. 31. maddenin 3449 sayılı ve 25 Mayıs 1988 tarihli yasayla değişik 5. fıkrası şöyledir:

“İşçiler, sendikaya **üye olmaları veya olmamaları**, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının **faaliyetlerine katılmaları**ndan dolayı **işten çıkarılamaz** veya herhangi bir nedenle **farklı muameleye tabi tutulamazlar.**”

İşveren için öngörülen işten çıkarma yasağı iki durumda söz konusudur: İlk olarak işveren, örneğin işçileri istemediği bir sendikaya üye oldukları yada tersine istediği bir sendikaya üye olmadıkları (sendikasız kaldıkları) gerekçesiyle işten çıkaramaz. Böylece bireysel sendika özgürlüğü, olumlu ve olumsuz yönleriyle, işverenin en büyük silahı olan işten çıkarmaya karşı yasal güvenceye alınmıştır. Ancak bu güvence, işten çıkarılmasa bile, işçinin farklı işleme uğratılmasını da kapsamaktadır. İkinci olarak işveren, sendika özgürlüğünü daha etkin biçimde ve eylemli olarak kullanan, sendika yada konfederasyonların etkinliklerine katılan işçileri bu nedenle işten çıkaramaz yada bu yola başvurmasa bile, farklı işlem uygulayamaz.

Kanımca, sendikal etkinliklere katılan işçilerin, sendikalara üye olması gerekmez; ²³⁹ “üye” işçilerle sınırlı olmayan bu yasak yada koruma, hiçbir sendikaya üye olmayan ancak eylemlere katılan yada üyesi olmadığı bir sendikanın yahut örneğin “emek platformu” gibi tüzel kişiliği bulunmayan geçici oluşumların herhangi bir eylemine katılan işçiler için de geçerlidir. Yine işçiler, örneğin kamu görevlileri sendikaları yada konfederasyonlarının etkinliklerine katılmaları nedeniyle de işten çıkarılamaz. Yasanın bu konuda getirdiği tek sınırlama, sendikal etkinlik ve eylemlere katılmanın zamanı ile ilgilidir. Yasa, iş saatleri içinde gerçekleştirilen sendikal etkinliklere katılmanın “işverenin rızası” ile gerçekleşmesi koşulunu aramıştır. İş saatleri dışında ise, işverenin ne oluru gerekir, ne de kendisine bilgi verilmesi zorunluluğu vardır.

²³⁹ Benzer görüş için örneğin bkz.: Fevzi Demir, **a.g.y.**, 2005, s. 358; Melda Sur, **İş Hukuku, Toplu İlişkiler**, Güncellenmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2008, s. 46.

Yargıtay da bir kararında, “davacı işçinin sendikasız olduğu bir aşamada işine son verilmiş olması (nın) feshin sendikal nedene dayanmadığını göstermez” diyerek, sendikacılık tazminatı isteminin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (Bu karar ile sendikal faaliyete ilişkin başka kararlar konusunda bkz.: Murat Özveri, “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı : 8, Ekim-Kasım-Aralık 2005, s. 1534-1535).

Yasa, işçilerin katıldıkları sendikal etkinliklerin “gerçekleştirildiği yer”, yani çalıştıkları işyeri olup olmadığı konusunda bir açıklık içermemektedir. Dolayısıyla, sendika özgürlüğünün son derece önemli bir yönünü oluşturan sendikal etkinliklere katılma, ister işçilerin çalıştıkları “işyeri” yada “işletme” içinde isterse dışında olsun, yasanın öngördüğü güvence geçerlidir.²⁴⁰ Kanımca, “işverenin rızası ile iş saatleri içinde” ibaresinden bu anlamda bir sınırlandırma çıkarılamaz.

Öte yandan, “sendika veya konfederasyonların faaliyetleri” terimi, yasanın 32. ve 33. maddelerinde sıralanan etkinliklerle sınırlı olmaksızın geniş anlamda yorumlanmalıdır.²⁴¹ Sendikalar Yasası ile sendika tüzüğünde öngörülen “faaliyetler”in yanı sıra, aynı zamanda ve özellikle onayladığımız ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinin güvencesindeki eylem ve etkinlikler de göz önünde bulundurulmalı; bu güvencenin, yasaların bu sözleşmelere ve denetim organlarının yerleşik kararlarına, hakları kısıtlama rejiminin koşullarına aykırı olarak ve ölçsüz biçimde sınırlandırdığı yada yasakladığı eylem ve etkinlikler için de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu nokta, özellikle grev ve başka toplu eylem biçimleri konusunda son derece büyük bir önem taşır.

Yasanın (m. 31/5’in), üyelik yada sendikacılık etkinlikleri nedeniyle işveren için öngördüğü ayrımcılık gözetmeme yükümlülüğü, belirttiğim gibi, işten çıkarmayla sınırlı değildir. İşveren, işten çıkarmaya başvurmamışsa, aynı zamanda sendikaya üye olan yada olmayan yahut sendikal etkinliklere katılan işçilere yönelik olarak, onları “herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tut(mama)” ile de yükümlüdür. Çünkü, “veya” bağlacını kullanan 5. fıkra, işten çıkarmaya seçenek olmak üzere, “farklı işlem” yasağı için “herhangi bir neden” diyerek, işverenin, saydığı “sendikal” nitelikli nedenlerin dışında kalan başka “herhangi” bir nedene dayanarak başvurabileceği farklı işlemi de yasaklayıp güvence kapsamına almıştır. Kanımca “herhangi bir neden” kapsamında, öncelikle ayrımcılık yasağı öngö-

²⁴⁰ Aynı görüş için bkz.: Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 397.

²⁴¹ *Sur*, 5. fıkra kuralının “her türlü sendikal faaliyeti kapsa(dığı)nı”; “örneğin, propaganda yapılması(nın), bildiri dağıtılması(nın), yasal bir greve katılma(nın), korunan faaliyetler arasında yer al(dığı)nı” belirtmektedir (Melda *Sur*, **a.g.y.**, s. 46). Korumanın çerçevesi konusunda “yasal grev”den söz eden yazarın, 5. fıkranın öngördüğü korumanın çerçevesini ulusal hukukla sınırlı tuttuğu anlaşılmaktadır.

*Demir*e göre de, “sendikal faaliyetten anlaşılması gereken, sadece Kanunda sayılan ‘çalışma hayatına ilişkin faaliyetler’ ile ‘sosyal faaliyetler’ (Sen. K. Md 32, 33) değil, aynı zamanda Kanunun uygulanmasıyla ilgili tüm faaliyetler, bu arada sendikanın örgütlenmesine (sendikaya üye kaydedilmesine), sendikanın tanıtılmasına ve temsilcilerin yasa ve toplu iş sözleşmeleri ile belirlenen her türlü görev ve yetkilerine ilişkin faaliyetler de anlaşılmalıdır.” Ancak yazar, Yargıtay’ın, “sendikal faaliyeti ‘Kanunun 32. ve 33. maddelerindeki faaliyetlerle sınırlı tuttuğu(nu)’ ve ayrıca madde 35’te öngörülen temsilcilik görevini “sendikal faaliyet” saymadığını eklemektedir (Fevzi *Demir*, **a.g.y.**, 2005, s. 358). *Demir*, sendikal etkinlik kavramının çerçevesi konusunda uluslararası sözleşmelere göre bir değerlendirme yapmamıştır.

ren anayasal, yasal ve sözleşmesel kaynaklarda “örnek olarak” sayılan nedenler bulunmaktadır.

2821 sayılı yasanın 31. maddesinin 6. fıkrası, işverenin 3. ve 5. fıkra kurallarına aykırı davranması durumunda uygulanacak hukuksal yaptırım, “tazminat” olarak belirlemiştir. Başka bir anlatımla, alt sınırı işçinin *bir yıllık ücret tutarı* kadar olan tazminat, İş Yasası’nın 5. maddesine aykırılıklarda öngörülen yaptırımlardan farklı olarak, tek yaptırım oluşturmaktadır. 31. maddenin 4773 sayılı ve 9 Ağustos 2002 tarihli yasa ile değişik 6. fıkrası, sözleşmenin sona erdirilmemesi yada sona erdirilmesi durumlarına göre farklı bir düzenleme yapmıştır:

“İşverenin, hizmet akdinin *feshi dışında*, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere *tazminata* hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin *feshi halinde* ise, İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz.”

Öncelikle, anımsatmakta yarar vardır ki, İş Yasası da, sendika üyeliğini yada çalışma saatleri dışında yada işverenin oluruyla çalışma saatleri içinde sendikacılık etkinliklerine katılmayı, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden saymamış (m. 18/2, a) ve böyle bir feshin sonuçlarını, işveren açısından işçiye işe başlatma yada ona tazminat ödeme seçeneği olmak üzere düzenlemiştir (m. 21). 2821 sayılı yasanın madde 31/6 kuralıyla yapılan düzenlemede ise, 3. ve 5. fıkralardaki ayrımcılık yasağına aykırılık nedeniyle öngörülen yaptırım, sözleşmenin feshedilmesi yada feshedilmesi durumuna göre değişmektedir.

Kanımca da haklı olarak, bireysel sendika özgürlüğünü “yeterince korumaktan uzak” olduğu belirtilerek ²⁴² eleştirilen 6. fıkra; işverenin, “***hizmet akdinin feshi dışında***”, yani iş sözleşmesini sona erdirmemiş olsa da, 3. fıkra da sayılan konularda ayırım yapma yasağı ile 5. fıkra da işten çıkarma yada farklı işlem yapma yasağına aykırı davranması, kısacası sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık yapması durumunda, “sendikacılık tazminatı” ödemesini öngörmüştür. Bu, 2821’in öngördüğü tek yaptırımdır. Dolayısıyla, ayrımcılık yargı kararıyla kesinleşmiş olsa da, işçinin işine geri dönmesi söz konusu değildir. Böylece de işverenin, tazminat ödeyerek sendika özgürlüğünü çiğneyen ayrımcı eylemlerine olanak tanınmış olmaktadır. Bu düzenleme, ne güvence ve yaptırım olarak etkili ve caydırıcıdır, ne de 98 sayılı sözleşmeye ve Uzmanlar Komisyonu’nun yerleşik kararlarına uygundur. ²⁴³ *Güzel*’in de vurguladığı gibi, “sendika özgürlüğünün gerçek

²⁴² Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 399 (ve yollamada bulunduğu yazarlar).

²⁴³ Bkz. İkinci Bölüm, s. 176-177 ve 184.

anlamda bir güvenceye kavuşturulabilmesi için, sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği mahkeme kararıyla belirlendiğinde, söz konusu fesih işleminin tüm hukuki sonuçları ile işe iadesi söz konusu olmalıdır.”²⁴⁴

Buna karşılık, işverenin, 5. fıkrada öngörülen sendika üyeliği yada sendikacılık etkinlikleri nedenleriyle işten çıkarma yasağına aykırı davranması, yani 6. fıkranın anlatımıyla “**hizmet akdini feshetmesi**” durumunda,²⁴⁵ İş Yasası’nın 18-21. maddelerinin düzenlediği iş güvencesi kuralları uygulanacaktır. Bilindiği gibi bunlar; “feshin geçerli sebebe dayandırılması”nı düzenleyen 18., “sözleşmenin feshinde usul”e ilişkin 19., “fesih bildirimine itiraz ve usulü” konusunu düzenleyen 20. ve “geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları”nı gösteren 21. maddelerdir. İşverenin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda iş güvencesi kurallarının uygulanmasının sonucu olarak, tazminatın niteliği ve tutarı değişecektir. Ancak, 2821’in 31. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesinde öngörülen ve 4857’nin 21. maddesine istisna getiren kural nedeniyle, tazminatın tutarı, işçinin en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücretine değil, en az bir yıllık ücretine denktir. Yargıtay, işten çıkarmaların yanı sıra, işverenin iş sözleşmesinin devamı sırasında işçiye karşı farklı işlem yapması durumunda da bu tazminatın istenebileceğini kabul etmektedir.²⁴⁶

Dolayısıyla, yasanın iş güvencesiyle ilgili bu kurallarının kapsamı içinde bulunan ve sözleşmesi üyelik yada sendikacılık etkinlikleri nedeniyle işverence sona erdirilen işçiler, doğrudan doğruya madde 31/6’da öngörülen “sendikacılık tazminatı” isteyemezler, yalnızca işe iade davası açabilirler. Bu durumda, 20. maddenin 2. fıkrası uyarınca, iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçerli bir nedene dayandığını kanıtlama yükümlülüğü işverene düşer. İşçi, eğer feshin başka bir nedene dayandığını ileri sürerse, bunu kanıtlama yükü kendisindedir. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verirse, işverenin bir ay içinde işçiye işe başlatması zorunludur. İşçinin bu süre içinde işverence işe başlatılmamasının yaptırımını ise, işçiye en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödenmesidir (m. 21/1). Yasa, işçi için öngördüğü işe başlama hakkından yararlanmasını, hak düşürücü nitelikte bir süre koşuluna bağlı tutmuştur. İşçi, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçinin bu süre içinde başvuruda bulunmaması durumunda,

²⁴⁴ Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 130.

²⁴⁵ 2821 sayılı yasanın madde 31/6 kuralında yapılan değişikliğin, iş güvencesi kapsamında bulunan işçiler için sendikacılık tazminatının bağımsız bir tazminat olma niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmadığı, niteliğini değiştirip değiştirmediği ve 9. HD’nin, 4773 sayılı yasayla gerçekleştirilen değişiklik sonrasında verdiği kararlar ile öğretilerdeki tartışmalar konusunda bkz.: Murat Özveri, **a.g.m.**, s. 1527-1530.

²⁴⁶ Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 399 (ve anılan kararlar); Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 591-594.

işverence yapılan feshin geçerli bir fesih sayılmasına yol açar (m. 21/5). 4773 sayılı yasa, madde 13/D (m. 21/1) uyarınca ödenecek tazminatın tutarının işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacağını öngörerek, hiç olmazsa bu açıdan bir geri düzenlemeye olanak tanımamıştır. ²⁴⁷

“2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31/6 maddesinde de iş güvencesi kapsamında kalan işçinin sendikal tazminat isteyemeyeceği kuralına yer verilmiş” olduğunu belirten *Yargıtay*’ın görüşü, ²⁴⁸ iş güvencesinin kapsamında olan işçilerin İş Yasası’nın anılan dört maddesinden yararlanacakları ve Sendikalar Yasası’na dayanarak sendikacılık tazminatı isteğinde bulunamayacakları yolundadır. ²⁴⁹

Mahkemenin iş sözleşmesinin feshedilmesinin *geçersizliğine* karar vermesi durumunda, -madde 31/6’nın son cümlesinde yollama yapılan- İş Yasası’nın 21. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen yaptırım şöyledir: “İşveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren, başvurusu üzerine işçiyi bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.” Madde 21/1’deki “iş güvencesi tazminatı”nın tutarı “sendikacılık tazminatı”ndan düşük olmakla birlikte, madde 31/6’nın 3. cümlesi, bu eşitsizliği gidermiş, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin de üyelik yada etkinlikler nedeniyle iş sözleşmelerinin bozulması durumunda madde 21/1 gereğince ödenecek tazminatın da işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında olmasını öngörmüştür.

Tazminat tutarlarının eşitlenmiş olmasına karşın, İş Yasası’nın 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş güvencesi kurallarından yararlanan işçilerin, yukarıda da değinildiği gibi, “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemli olan” belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler olduğu unutulmamalıdır. Otuzdan daha az işçinin çalıştırıldığı küçük ve hatta Türkiye ölçülerinde orta öl-

²⁴⁷ Bununla birlikte, 4773 sayılı yasayla yapılan değişiklik, başka yönlerden iş hukuku öğretisinin haklı eleştirilerine konu olmuştur (Bu eleştiriler için örneğin bkz.: Gaye Burcu Yıldız, *a.g.y.*, s. 338-340; Murat Özveri, *a.g.m.* s. 1538-1543).

²⁴⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas: 2007/661, Karar: 2007/8598, Karar Tarihi: 27.03.2007 (*Çalışma ve Toplum*, 2007/3, Sayı 14, s. 189-191).

²⁴⁹ Örneğin bkz.: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas: 2004/21425, Karar: 2004/22545, Karar tarihi: 7.10.2004 (*Çalışma ve Toplum*, 2005/1, Sayı 4, s. 183-200); Esas: 2005/20553, Karar: 2005/3170, Karar tarihi: 29.09.2005 (*Çalışma ve Toplum*, 2006/2, Sayı 9, s. 258-259).

Başka kararlar ve sendikacılık tazminatının iş güvencesi tazminatı ile ilişkileri konusunda bkz.: Nuri Çelik, *a.g.y.*, s. 397-400; Gaye Burcu Yıldız, *a.g.y.*, s. 337-342; Fevzi Demir, *a.g.y.*, s. 363-3667.

Süzek, İş Yasası’nın 5. maddesinin 6. fıkrasındaki 2821’in 31. maddesi hükümlerini saklı tutan “açık hüküm karşısında yargı organı tarafından SK 31’de yer alan *sendikal tazminatla* ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemez” demektedir. Buna karşılık yazara göre, 31. maddenin anılan kuralının “meffumu muhalifinden (karşıt kavramından) söz konusu tazminatın kötü niyet tazminatı ile birlikte istenebileceği sonucuna varılmalıdır” (Sarper Süzek, *a.g.y.*, s. 415 ve 416).

çekli işyerlerindeki işçiler iş güvencesi kurallarından yararlanamayacaklarından, bunlar için yalnızca madde 31/6'daki sendikacılık tazminatını isteme olanağı söz konusudur. İş Yasası'nın, ulusalüstü sözleşmelere aykırı olarak iş güvencesi kurallarının uygulama alanını daraltıcı bu kuralı, işverenin işçilerin sendikal etkinlikleri nedeniyle başvuracağı ayırıcı işlemlerine karşı sağlanan korumayı da sınırlandırmıştır.

Kanımcıca, “çifte sınırlamalı” ve “ölçsüz / orantsız” nitelikli bu düzenleme, daha önce de vurguladığım gibi, öncelikle Anayasa'nın 10. maddesine,²⁵⁰ ama aynı zamanda onayladığımız insan hakları sözleşmelerine (örneğin 158 sayılı UÇÖ sözleşmesine, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne, GG Avrupa Sosyal Şartı'na ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne) açıkça aykırıdır.

31. maddeye, 4773 sayılı ve 9 Ağustos 2002 tarihli yasayla eklenen 7. fıkra, çeşitli yasalara bağlı işçiler ile İş Yasası'nın iş güvencesi kurallarının (m. 18-21'in) uygulama alanı dışında bırakılan işçilerin, iş sözleşmesinin *üyelik yada sendikacılık etkinlikleri* nedeniyle sona erdirildiğini ileri sürerek açacakları davalarda kanıtlama yükümlülüğünün *işverene* düştüğünü öngören şu düzenlemeyi yapmıştır:

“854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E (18, 19, 20 ve 21 inci) maddelerinin²⁵¹ *uygulanma alanı dışında kalan* işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, **ispat yükümlülüğü işverende** olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır.”

İşverene düşen kanıtlama yükümlülüğünün kapsamını genişleten bu düzenlemeyle, Sendikalar Yasası'nın 31. maddesinin 6. ve 7. fıkraları arasında “önemli

²⁵⁰ Aynı görüşü benimseyen ve sınırlamayı “haksız ve ölçsüz” sözcükleriyle eleştiren Eyrenci'ye göre, bu düzenlemeyle, “... ülkemiz açısından hiçbir şekilde küçük sayılamayacak işyerleri de kapsam dışında bırakılarak iş güvencesinden yararlanabilecek işçi sayısı önemli ölçüde azaltılmıştır” (bkz.: Öner Eyrenci, “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 1, 2004, s. 33).

²⁵¹ 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 117 ve 118 inci maddeleriyle, 30 uncu maddenin birinci fıkrasında geçen, “1475 sayılı İş Kanununun” ibaresi, “İş Kanununun”, ikinci fıkrasında geçen “1475 sayılı Kanunun 13/D” ibaresi, “İş Kanununun 21 inci”; 31 inci maddenin altıncı fıkrasında geçen “1475 sayılı Kanunun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E” ibareleri, “İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci”, “1475 sayılı Kanunun 13/D” ibaresi, “İş Kanununun 21 inci”, yedinci fıkrasında geçen “1475 sayılı Kanunun 13/A” ibaresi “İş Kanununun 18 inci”, “13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E” ibareleri, “18, 19, 20 ve 21 inci” şeklinde değiştirilmiştir.

bir farklılığın yaratılmış olduğu”, “aynı maddenin iki fıkrasının uygulanmasında gerek prosedür gerek ispat yükü bakımından gereksiz bir ayırım(ın) ortaya çık(tığı)” belirtilmektedir.²⁵² Kanımca, bu ayırımı “gereksiz” olarak nitelerek yerine, sendika üyeliği yada sendikacılık etkinlikleri nedeniyle yapılacak ayrımcılıklara karşı korumanın “etkili, orantılı ve caydırıcı” olup olmadığı açısından değerlendirilmesi doğru olur. Bu bağlamda da, kanımca Sendikalar Yasası’nın madde 31/6 kuralındaki işçiye düşen kanıtlama yükümlülüğü uluslararası düzenlemelerle bağdaşmaz ve değiştirilmesi gerekir.

Sendikalar Yasası’nın 31. maddesinin 8. fıkrası, “işçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü(nün) esas alın(masını)” öngörmüş; 4773 sayılı yasayla eklenen sonuncu ve 9. fıkrası da, “işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklı” tutmuştur.

e. İşyeri Sendika Temsilciliği ve Ayrımcılık Yasağı (İş Güvencesi)

Sendikalar Yasası, bir yandan üyelik güvencesine ilişkin düzenlemesi ve öte yandan da İş Yasası’nın, “işyeri sendika temsilciliği yapma”nın iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesi için “geçerli neden” oluşturmayacağına ilişkin kuralı ile yetinmemiş; işyerindeki sendikal etkinlik ve işlevlerinin önemi nedeniyle, işyeri sendika temsilcileri için işverenin ayrımcı işlem ve eylemlerine karşı ayrı ve “özgül” bir güvence getirmiştir. Ancak, 2821 sayılı yasanın 4773 sayılı yasayla değiştirilen 30. maddesinin 1. fıkrası, işyeri sendika temsilcilerinin sendikacılık etkinlikleri nedeniyle işverence başvurulacak ayrımcı işlem ve eylemlere karşı sağlanan güvence konusunda, öncekine oranla daha geri ve etkisiz, üyelik ve temsilcilik güvencesi arasındaki temsilcilik yararına olan ayırımı kaldıran ve sonuç olarak, UÇÖ’nün üçünü de onayladığımız 98, 135 ve 158 sayılı sözleşmelerine açıkça aykırı olan bir düzenleme yapmıştır.²⁵³

30. maddenin 4773’le değiştirilmeden önceki kurallarını kısaca anımsatmak gerekirse; işveren, temsilcinin sözleşmesini ancak “haklı bir neden”e dayanarak ve bu nedeni “açık ve kesin” biçimde belirterek sona erdirilebilirdi. Temsilciye yada sendikasına tanınan dava açma hakkının kullanılması ve mahkemenin de temsilcinin “işine iade edilmesine karar vermesi” durumunda, fesih geçersiz sayılırdı. Böylece de temsilcinin, “işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti(nin) ve diğer bütün hakları(nın) işveren tarafından (kendisine) öden(mesinin)” yanı sıra, öngörülen süre içinde işine yeniden başlaması da olanaklı idi.

²⁵² Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 398; Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 131 ve 133.

²⁵³ 4773 sayılı yasayla yapılan değişik düzenleme konusunda farklı görüşler için, örneğin bkz.: Nuri Çelik, **a.g.y.**, s. 418-421; Sarper Süzek, **a.g.y.**, s. 594-596; Ali Güzel, **a.g.m.**, 2004, s. 133-140; Fevzi Demir, **a.g.y.**, s. 380-387; Melda Sur, **a.g.y.**, s. 59.

Oysa, 30 maddenin değiştirilen biçimi, temsilcinin sözleşmesinin işverence sona erdirilmesinde uygulanacak kuralları değiştirip İş Yasası'nın ilgili kurallarının uygulanmasını öngören aşağıdaki düzenlemeyi yapmıştır:

“İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir.

İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır.”

Her yönüyle farklı görüşlerin savunulmasına olanak veren bu düzenleme; sendikayı işyerinde somutlaştıran temsilcilik kurumunun, işverenin ayrımcı işlem ve eylemlerine karşı etkili ve caydırıcı yaptırımlar içeren, işçilerden ayrı ve özgül kurallarla korunması gereksinimini, güvencenin “temsilcilik niteliği”ne bağlı olduğunu, olması gerektiğini göz ardı etmiştir.²⁵⁴

3. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası ve

Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık

“Türk vatandaşı olma” koşulu, 2822 sayılı yasada da, barışçı süreçlere ilişkin kurallarından ikisinde aranmıştır.

2822 sayılı yasa, ilk olarak 56. maddesinde, “Yüksek Hakem Kuruluna işçi ve işverenler adına seçilecek üyelerde aranacak nitelikler” arasında, “Türk vatandaşı olma” koşulunu öngörmüştür. Dolayısıyla, “kendisine mensup işçi sayısı en yüksek olan” işçi konfederasyonu ile “en çok işveren mensubu olan işveren konfederasyonu”nun kendi adlarına seçecekleri işyeri üyenin “Türk vatandaşı” olması zorunludur. 2821 sayılı yasanın sendika kuruculuğunda yurttaşlık koşulunu araması karşısında, bu koşulu olağan karşılamak gerekir.

İkinci olarak da, 2822 sayılı yasanın 59. ve 65. maddelerinin çıkarılmasını öngördüğü “*Hakeme ve Arabulucuya Başvurma Tüzüğü*”,²⁵⁵ resmi arabulucular-

²⁵⁴ TBMM gündeminde bulunan yasa önerisinin 19. maddesi, işyeri sendika temsilcilerini, 4773 sayılı yasa öncesinde (30. maddenin önceki metninde) öngörülen güvenceye kavuşturan, özellikle güvenceden yararlanmak için 18. maddede yer alan üç koşulun aranıp aranmayacağı ve işe geri dönme konusundaki tartışmaları sona erdiren değişiklikler getirmektedir. Bkz.: TBMM, **TBMM Tutanak Dergisi**, S. Sayısı: 235, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2 “Çorum Milletvekili Agah Kafkas ve 6 Milletvekilinin; 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu (...) Hakkında Kanun Teklifi ile (...) Komisyonu Raporu (2/240)”; Melda Sur, **a.g.y.**, s. 55-56.

²⁵⁵ **Resmi Gazete**, 16 Haziran 1984, Sayı: 18433.

da aranan niteliklerden birincisinin “*Türk vatandaşı olmak*” olduğunu öngörmüştür (m. 26). Bu durumda, örneğin iş hukuku alanında uzmanlaşmış, Türkçe bilen yabancı uyruklu bir avukatın yada öğretim üyesinin resmi arabulucu seçilmesine olanak bulunmamaktadır.

2527 sayılı ve 25 Eylül 1981 tarihli yasa gereğince, her iki konuda aranan Türk vatandaşı olma koşulu, “Türk soylu yabancılar” için geçerli değildir.

Kanımcıca, gerek Yüksek Hakem Kurulu’na en çok temsil yetkisi bulunan işçi ve işveren konfederasyonları adına seçilecek üyeler, gerekse resmi arabulucular için öngörülen yurttaşlık koşulu ulusalüstü sözleşmeler ve denetim organlarının kararlarıyla bağdaşmamaktadır.²⁵⁶ Yüksek Hakem Kurulu’ndaki üyelerini seçme yetkisi, konfederasyonlara bırakılmalıdır.

4. Türkiye İş Kurumu Yasası ve Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık

25 Haziran 2003 tarihli ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Yasası,²⁵⁷ “özel istihdam büroları”nın kurulmasına ilişkin 17. maddesinde; “iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık etme görevi”nin, “Türkiye İş Kurumu”nun yanı sıra, “bu amaçla gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan özel istihdam bürolarınca” da yapılmasına olanak tanımıştır.²⁵⁸ Maddeye göre, “özel istihdam büroları, Kurumca iş piyasasının ihtiyaçları dikkate alınarak belirlenecek sayıda ve aranan koşullar çerçevesinde seçilmek ve izin verilmek kaydıyla, kamu kurum ve kuruluşları dışında iş ve işçi bulma faaliyetlerinde bulunabilirler.”

17. maddenin 2. fıkrası, özel istihdam büroları açmak isteyenlerde aradığı koşullar içinde, “Türk vatandaşlığı”nı da saymıştır:

“Kurumca yapılacak duyuru üzerine, özel istihdam bürosu açmak için başvuracak gerçek kişiler ile tüzel kişileri idare, temsil ve ilzama yetkili kişilerin;

a) *Türk vatandaşı* ve en az lisans düzeyinde öğrenim görmüş olmaları, müflis veya konkordato ilân etmiş olmaları, (...)” gerekir.

²⁵⁶ “Çorum Milletvekili Agah Kafkas ve 6 Milletvekilinin; 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi”nde, 2822 sayılı yasanın bu maddesinin değiştirilmesi öngörülmemiştir.

²⁵⁷ **Resmi Gazete**, 5 Temmuz 2003, Sayı: 25159.

²⁵⁸ 4904 sayılı yasanın genel gerekçesinde; özel istihdam büroları kurulmasının, Türkiye’nin, 96 sayılı sözleşmeyi 1951 yılında onaylarken, “kazanç gayesi takip eden iş bulma büroları da dahil olmak üzere ücretli iş bulma bürolarının bir nizama bağlanmasını” öngören III. Bölümünü yeğlemiş olduğu ve dolayısıyla da, “ücretli iş bulma büroları hakkında 96 sayılı ILO Sözleşmesinin II-1 üncü Bölümü hükümlerinin tatbik edilmesi(nin) gerekmekte” olduğu belirtilmiştir. Ancak, ne genel gerekçede, ne de 17. madde gerekçesinde, “Türk vatandaşlığı” koşuluna ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir. Bkz.: Pir Ali Kaya – Nejat Güneri, **a.g.y.**, s. 562-568.

Ancak, Türk İş Kurumu Yasası'nda değişiklikler yapan 15 Mayıs 2008 tarihli ve 5763 sayılı yasayla,²⁵⁹ yurttaşlık temelinde ayrımcılık yapan bu koşul kaldırılmıştır.

5. Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

25 Haziran 2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası,²⁶⁰ üyelik, kuruculuk ve sendikal etkinlik temellerine dayalı ayrımcılık yasakları öngörmesinin yanı sıra, kimi kamu görevlileri için getirdiği sendika kurma ve sendikalara üye olma yasakları nedeniyle “statü” temeline dayalı “doğrudan” ayrımcılık yapmıştır. Başka bir anlatımla, yasanın öngördüğü geniş kapsamlı yasaklar, aslında sendika hakkından Anayasa'nın güvencesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanılmasını engelleyen “doğrudan” ayrımcılık oluşturan düzenlemelerdir.

a. Yasaklar ve Ayrımcılık

4688 sayılı yasa, öncelikle 3. maddesinde kendi kapsamı açısından yaptığı “**kamu görevlisi**” tanımı ile, “aday” statüsünde bulunan kamu görevlilerine kuruculuk ve üyelik yasağı getirmiştir. 4688 sayılı yasanın, sendika hakkından yararlanmada “aday” olanlar ve olmayanlar arasında ayrımcılık yapan madde 3/1'in a bendinde yer alan “kamu görevlisi” tanımı şöyledir:

“Kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonunda daimi suretle çalışan, **adaylık veya deneme süresi ni tamamlamış** kamu görevlileri.”

Tanımla getirilen bu yasağın, ²⁶¹ aslında “statü” temeline dayalı “doğrudan” bir ayrımcılıktır. Çünkü, bağlı oldukları yasalar (yönetim hukuku) yönünden, kamu görevlileri arasında bu tanımdakine benzer bir ayrımcılık yapılmamıştır. Hatta ki-

²⁵⁹ “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, **Resmi Gazete**, 26 Mayıs 2008, Sayı: 26887.

²⁶⁰ **Resmi Gazete**, 12 Temmuz 2001, Sayı: 24446. 4688 sayılı yasa konusunda, özellikle sendika yasaklı kamu görevlileri konusunda eleştirel bir değerlendirme için bkz.: Mesut Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e, 1926-2001**, TODAİE Yayını, No 309, Ankara, 2002, s. 437 vd.

²⁶¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan “**Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarı Taslağı**”, sendika yasağının kişiler yönünden kapsamını görece genişletici kimi değişiklikler öngörmektedir.

Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 15 Ocak 2009 tarihli ve B.13.0 ÇGM-160-17 sayılı “çok acele süreli” uyarısıyla konfederasyonlara gönderdiği yazısına eklediği yasa tasarı taslağının genel gerekçesinde belirtildiğine göre; “Sendikaların ve konfederasyonların gerek Bakanlığımıza gerekse ILO ‘Uluslararası Çalışma Örgütü’ne Kanunun uygulanmasında kaynaklanan sorunlar ile ilgili yaptığı başvurulara (başvurular da) dikkate alınarak Kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılmıştır.”

mi yönlerden aralarında farklar gözetilmiş olsaydı bile, bu farklar sendika yasağının dayanağı olamazdı.

Yine, 4688 sayılı yasanın 15. madde gerekçesinde, “*ilke olarak tüm kamu görevlilerinin sendikal haklardan yararlanmaları benimsenmiş, ancak görevlerinin niteliği gereği sınırlı sayıdaki kamu görevlisi kapsamın dışında tutulmuştur*” denilmesine karşın,²⁶² “sendika üyesi olamayacaklar” listesinin bu maddede çok kapsamlı biçimde sayılmış olması da, yasadaki doğrudan ayrımcılıkların başka örneklerini oluşturmaktadır. Üstlendikleri görevlerinin ve / yada yerine getirdikleri hizmetlerin niteliği temeline dayanan ayrımcılık sonucu çok geniş bir liste olarak sendika kurma ve üye olma hakkından yoksun bırakılan kamu görevlileri, 15. maddede şöyle sayılmıştır:

- a. “Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri,
- b. Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,
- c. Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcılarını, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, 100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcıları, belediye başkanları ve yardımcıları,
- d. Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları,

“Çalışma Hayatına İlişkin Üçlü Danışma Kurulu”nun 22 Ocak 2009 tarihinde yapılacağı belirtilen toplantısında görüşülmek üzere altı kamu görevlileri sendikaları konfederasyonuna (Türkiye Kamu-Sen, Memur-Sen, KESK, BASK, Birleşik Kamu-Sen ve Hak-Sen) gönderilen tasarı taslağı, 4688 sayılı yasa anlamındaki “kamu görevlisi” tanımının değiştirilmesini öngörmektedir. Bu tanıma göre kamu görevlisi terimi;

“Kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan kamu görevlilerini” kapsar.

Görüldüğü gibi, bir yandan tanımdaki “*daimi suretle çalışma*” ile “*adaylık veya deneme süresini tamamlamış*” olma koşullarının kaldırılmasıyla adaylara getirilen sendika yasağına son verilmesi öngörülmekte; öte yandan da, sözleşmeli personelin sendika hakkı açıkça güvenceye bağlanmaktadır.

²⁶² TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 683, s. 7.

- e. Mülki idare amirleri,
- f. Silahlı Kuvvetler mensupları,
- g. Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri,
- h. Milli İstihbarat Teşkilâtı mensupları,
- i. Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları,
- j. Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli,
- k. Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri.” 263

263 4688’in değiştirilmesine ilişkin tasarı taslağı, yasanın 15. maddesindeki “sendika yasaklı kamu görevlileri” listesinde de değişiklikler yapılmasını, bu maddenin c ve j bentlerinde yer alan kamu görevlilerinden kimilerinin sendika yasağının kaldırılmasını öngörmektedir. 5. maddenin gerekçesine göre,

“İlke olarak tüm kamu görevlilerinin sendikal haklarından yararlanmaları öngörülmektedir. Ancak, ILO sözleşmelerinde yer alan ve *ülkelerin kendi koşullarına uygun düzenlemeler yapabilmelerine* olanak sağlayan hükümlere bağlı kalınarak, bu Kanun kapsamı dışında bırakılarak kamu görevlileri yeniden belirlenmiştir.

Buna göre, özel güvenlik personeli, caza (ceza) infaz kurumlarında çalışan, 100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcılarının sendika üyesi olması sağlanmıştır.”

Madde gerekçesinden de anlaşıldığı gibi, 15. maddenin c bendindeki yasaklılardan “**100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcılar**” ile j bendindeki yasaklılardan “**kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli**”, sendika hakkı kapsamına alınmaktadır. Ayrıca, 15. maddenin k bendinin de yürürlükten kaldırılmasını öngörülmesiyle, “**ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri**” de yasaklılar arasından çıkarılmış olmaktadır.

Bu değişikliklerle, 15. maddenin 87 sayılı sözleşmeye uyumunun sağlanmayacağı açıktır. Ne var ki, gerek tanımda, gerekse 15. maddenin c ve j bentlerinde yapılan değişiklikler ile k bendinin yürürlükten kaldırılmasının öngörülmesi, 87 sayılı sözleşmenin “hiçbir yönden ayırım gözetilmeksizin” “çalışanlar”a tanınmasını öngördüğü bireysel sendika özgürlüğü ilkesine son derece sınırlı bir uyum sağlamakla kalmaktadır. Böylece, kamu görevlilerinin statüsüne ve yerine getirdikleri hizmetin niteliğine dayalı ayrımcılık oluşturan yasakların büyük bir bölümü sürmektedir.

Kaldı ki, “yasak savmak” için hazırlandığı açık olan tasarı taslağının gerekçesinde, ILO sözleşmelerine uyum sağlama iradesi bile ortaya konmamıştır. Ayrıca madde gerekçesinde, “ILO sözleşmelerinde yer alan ve *ülkelerin kendi koşullarına uygun düzenlemeler yapabilmelerine* olanak sağlayan hükümlere bağlı kalın(dığı)” yolunda, yasakları sürdürmenin gerekçesi olarak ileri sürülen düşünce de dayaktan yoksundur. 87 sayılı sözleşmenin “ulusal mevzuat”a yaptığı yollama, yalnızca silahlı kuvvetler ve polis üyelerinin sendika hakkının “hangi ölçüde uygulanacağını belirlenmesi” ile ilgili ve sınırlıdır (m. 9/1). Ne yazık ki, başka UÇÖ sözleşmelerinde de yer alan ve aslında sözleşmeleri onaylayan devletlere, “hakkı iç hukukta düzenleme araçlarını seçme esnekliği” tanıyan bu tür yollamalar, yasakçılık ve kısıtlayıcılık gerekçesi olarak anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın, ne ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi (m. 10), ne “demokratik toplum gerekleri”, ne de “ölçülülük” ilkesi (m. 13) ile bağdaşan bu ayrımcı yasaklar, aynı zamanda onayladığımız ulusalüstü sözleşmelere de açıkça aykırıdır. ²⁶⁴

4688 sayılı yasanın “kıdem” temeline dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturan bir başka kuralı da, 6. maddesinin 2. fıkrasında şu anlatımla yer almıştır:

“Sendika kurucusu olabilmek için en az iki yıldan beri kamu görevlisi olarak çalışmak yeterlidir.”

Bu yasak da, “kamu görevlisi” tanımına koşut bir yaklaşımla, iki yılını doldurmayan kamu görevlilerinin yeterli bili ve deneyimden yoksun oldukları varsayımına dayanmakta; yasa koyucu, kendi iradesini, sendikal yasalara genel olarak ege-men bir yaklaşımla kamu görevlisinin özgür iradesinin üstüne çıkarmakta, önüne geçirmektedir. 87 sayılı sözleşmenin “hiçbir yönden ayırım gözetmeme” ilkesiyle bağdaşmadığı tartışmasızdır. ²⁶⁵

b. Üyelik ve Yöneticilik Güvenceleri ve Farklı İşlem Yasakları

Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası, 2821 sayılı Sendikalar Yasası gibi, 98 ve 151 sayılı sözleşmelerde öngörülen ²⁶⁶ üyelik ve yöneticilik güvencelerine yer vermiştir. Yasa, üyelik ve yöneticilik güvencesine ilişkin 18. maddesinde, hem genel olarak kamu görevlilerinin ve hem de sendika üyesi kamu görevlilerinin kamu işverenin sendika özgürlüğüyle bağdaşmayan ayrımcı işlemlerine karşı korunmasını güvenceye alan düzenleme yapmıştır. Maddenin gerekçesinde, üyelik güvencesinin 151 sayılı sözleşmenin 4. maddesi temel alınarak getirildiği belirtilmiş olmakla birlikte, aynı güvence, kural olarak kamu görevlilerine de uygulanan 98 sayılı sözleşmenin 1. maddesinde de vardır. Güvence kapsamına, 6 Temmuz 2004 tarihli ve 5198 sayılı yasayla yapılan değişiklikle ²⁶⁷ eklenen 2. fıkra uyarınca, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticileri de alınmıştır.

“Sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi” başlıklı 18. maddenin 5198 sayılı yasayla yapılan değişiklikten sonraki metni (ilk üç fıkrası) şöyledir:

²⁶⁴ Bu konuda örneğin bkz.: Mesut Gülmez, “Ayrıcalıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 34, Sayı 3, Eylül 2001, s. 3-21; Mesut Gülmez, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Ayrıcalıklar”, **Çalışma ve Toplum**, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/1, Sayı 4, s. 11-56.

²⁶⁵ **Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarı Taslağı**, bu ayrımcı düzenlemenin de kaldırılmasını öngörmektedir.

²⁶⁶ Mesut Gülmez, **Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye**, s. 342-360; Mesut Gülmez, **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, s. 157-158 ve 160-161; Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu**, s. 144 vd.

²⁶⁷ **Resmi Gazete**, 6 Temmuz 2004, Sayı: 25514.

“*Kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların bu Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tâbi tutulamaz ve görevlerine son verilemez.*

Kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini *haklı bir sebep* olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremez.

Kamu işvereni kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir *ayırım yapamaz.*”

Kamu işverenin farklı işlem yapmama ve ayrımcılık gözetmeme yükümlülüklerinin kişiler yönünden kapsamında, bir yandan sendikasız kamu görevlileri ile sendikalı kamu görevlileri, öte yandan da işyeri sendika temsilcileri ile sendika ve sendika şube yöneticileri bulunmaktadır.

Kanımcı, 1. fıkrada tanınan “sendika ve konfederasyonların (...) faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı işleme tabi tutulma(ma)” güvencesi, yalnızca sendika üyesi kamu görevlilerini değil, hiçbir sendikaya üye olmaksızın yada üyelikten ayrılmış olmasına karşın benzer etkinlik ve çalışmalara katılan kamu görevlilerini de kapsar. Çünkü 18. madde, başlıkta “sendika üyelerinin (...) güvencesi” demiş ve doğal olarak bu güvenceyi öncelikle sendika üyeleri için öngörmüş olsa da, 1. fıkrada özne olarak “kamu görevlileri” dediği için bu güvenceyi üyelere özgülememiştir. Böylece yasa koyucu, hiçbir sendikaya üye olmayanların da, örneğin kurucu olarak sendikacılık etkinliklerine katılabileceklerini kabul etmiş ve ayrımcılık yasağı kapsamına almıştır. Bu yaklaşım doğrudur, çünkü sendikasız kamu görevlilerinin de, sendika yada konfederasyonlarca gerçekleştirilen etkinliklere katılmaları söz konusu olabilir. Ayrıca, sendikalı kamu görevlilerinin, üye *olmadıkları* sendikalar ile bağlı oldukları konfederasyonların etkinliklerine katılmaları da olanaklıdır. Kısacası, ister sendikalı ister sendikasız olsun, tüm kamu görevlileri, katılacakları tüm sendikal etkinlikler nedeniyle kamu işverenin farklı işlemlerine ve görevlerine son verilmesine karşı korunmuştur.

Kamu görevlilerinin ayrımcı işlemlerle karşılaşmaksızın katılmaları güvenceye alınan “sendikal faaliyetler” kavramı; 2821 sayılı yasaya ilişkin olarak daha önce belirttiğim gibi, yalnızca 4688 sayılı yasanın 19. maddesinde sayılanlarla sınırlı olarak değil, tüzükleri ve özellikle “ulusalüstü” sözleşmeler ve ilgili denetim organlarının yerleşik kararlarının çerçevesini belirlediği etkinliklere katılmalarını da kapsayacak biçimde anlaşılmalıdır. Özellikle, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin ülkemize ilişkin iki kararı, sendikalarca gerçekleştirilen barışçı toplu eylem ve gösterilere katılmanın da, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 11. maddesinde güvencesinde olduğunu ortaya koymuştur.

Sendikal çalışmalara katılan ve katılmayan kamu görevlileri arasında yapılan her tür, yani doğrudan yada dolaylı ayrımcılıklar, sendika özgürlüğünü zedeler. Bu

nedenle yasa, farklı işleme bağlı tutulmayı ve göreve son vermeyi yasaklamıştır (m. 18/1). Böylece, sendika / örgütlenme hakkı, kamu işvereniye karşı, çalışma ilişkisinin kurulması, sürmesi ve sona erdirilmesi aşamalarını kapsayacak biçimde korunmuştur. Yasada, güvencenin maddi içerik yada kapsamı belirtilmemiş olmakla birlikte, kamu işverenin -nesnel ve haklı nedenlere dayanmadıkça- ayırım gözetmeme yükümlülüğü, örneğin yalnızca ücret yada ücret ekleriyle sınırlı olmaksızın, tüm çalışma koşullarını, özlük haklarını kapsar. Etkinliklere katılma, iş saatleri dışında gerçekleşmiş olabileceği gibi, işverenin izniyle iş saatleri içinde de olabilir.

1. fıkradaki farklı işlem yasağının hizmete alınmadan başlayıp görevden çıkarmaya değin uzanan kapsamında, tüm çalışma koşulları ve özlük hakları da bulunmaktadır. Örneğin, uygulamada sıkça görüldüğü gibi, bir kamu görevlisinin bir sendikaya üye olması yada sendikacılık etkinliklerine katılması nedeniyle, kendisine çeşitli disiplin yaptırımlarının uygulanması ve bunların en ağırını oluşturan işten (memurluktan) çıkarılma cezasıyla karşı karşıya kalması da, örgütlenme özgürlüğünü zedeler ve madde 18 ile Anayasa'nın 10. maddesinin yanı sıra, onayladığımız, 2004'ten başlayarak "ulusalüstü" nitelik kazanmış olan 98 ile 151 sayılı sözleşmelere de aykırı düşer (m. 1 ve m. 4). Bu aykırılık, İHAS'ın 11. maddesi açısından da vardır. Karaçay davası ile Satılmış ve Diğerleri davasında, bireysel başvuruda bulunanların, sendikalarının yada üst kuruluşlarının aldığı kararlara uyarak katıldıkları toplu eylemler (bir günlük iş bırakma ve üç saatlik iş bırakma eylemleri) nedeniyle disiplin (uyarı) cezasına çarptırılmış ve hukuksal sorumluluklarına karar verilmiş olması, Strazburg Mahkemesi'nce 11. maddeye aykırı bulunmuştur.²⁶⁸ Mahkeme, bu konudaki yaygın tutumuna uygun olarak, başvuruların 14. maddeye ilişkin aykırılık savlarını incelemeye gerek görmemiştir.²⁶⁹

Yasanın, kamu işverenin sendika özgürlüğünü zedelemeye yönelik ayırım gözetici işlemlerine karşı sağladığı ikinci koruma, 3. fıkrada yer alan kamu görevlilerinin *sendika üyesi olup olmama* durumlarını kapsar. Ayrımcılık yasağına karşı sağlanan bu koruma, bireysel sendika özgürlüğünün olumlu ve olumsuz yönleriyle ilgilidir. Başka bir anlatımla, kamu işvereniye getirilen ayırım gözetmeme yükümlülüğü "sendika üyesi olmama" nedeniyle yapılan ayrımcılıkları da kapsamakta ve "olumsuz" sendika özgürlüğünü de korumaktadır. Kamu görevlilerinin yalnızca istedikleri bir sendikaya üye olmaları değil, hiçbir sendikaya üye olmamaları yada işverenin açıkça yada örtük biçimde işyerinde örgütlenmesine karşı olduğu bir sendikaya üye olmaları da ayrımcı işlemlere yol açabilir. Yasanın öngördü-

²⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, "Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?", **Çalışma ve Toplum**, 2008/1, Sayı 18, s. 159-164; Ayrıca bkz.: Şebnem Gökçeoğlu Balcı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 'Satılmış ve Diğerleri / Türkiye' Kararı", **Çalışma ve Toplum**, 2008/2, Sayı 17, s. 217-235.

²⁶⁹ Bkz.: Üçüncü Bölüm.

gü güvence, bu gibi durumları da kapsar. Örneğin, iktidardaki siyasal partiye ya da partilere yakın üst –hatta orta- düzey kamu yönetici ve yetkililerinin sendikalı yada sendikasız kamu görevlilerine yönelik açık ve doğrudan yada dolaylı tehdit, telkin ve / yada baskıları, ayırım gözetme yasağına aykırı davranışlardır.

18. maddeye 2004'te 2. fıkra olarak eklenen “özümlü” bir kuralla, temsilci ve yöneticileri kapsayan güvence sağlanmıştır. Uygulamada kamu işverenince sıkça başvurulmuş “işyeri değiştirme”, yani sürgün uygulamaları, bu eklemenin ayrıca ve açıkça yapılmasını zorunlu kılmıştır. İşyeri değiştirme yasağı, hem işyeri sendika temsilcilerini ve hem de sendika ve sendika şube yöneticilerini kapsar. Daha yoğun ve sık biçimde sendikacılık etkinliklerinde bulunmaları doğal olan temsilci ve yöneticilerin işyerleri ancak “haklı neden”le değiştirilebilir.

4688 sayılı yasa, “sendika ve sendika şube yöneticileri” diyerek, 2. fıkradaki güvenceden yararlanacaklar arasında “konfederasyon” yöneticilerini saymamıştır. Kanımca, madde 18/2'deki güvence bağlamında, sendika kavramının madde 3/f'deki tanımı kapsamında konfederasyonların da bulunduğu kabul edilmelidir.²⁷⁰ “Sendika” terimi, 4688 sayılı yasanın alt düzeydeki örgütlenme modeli için kullanılmış olmakla birlikte, üst düzey örgütler olan konfederasyonlar da bu tanıma uygun sendikal örgütlerdir. Dolayısıyla, konfederasyon yöneticileri de, haksız nedenle işyeri değiştirme güvencesinden yararlanırlar.

c. Sendikalar Yasası'nın Uygulanması ve Ayrımcılık Yasağı

4688 sayılı yasa, birçok yönden ve özellikle içerdiği yasaklayıcı ve kısıtlayıcı kurallarıyla 2821 sayılı yasanın bir tür “matruşkası” olduğundan, ²⁷¹ düzenleme yapmadığı konularda başka yasaların ve özellikle de 2821'in uygulanmasını öngörmüştür. 4688 sayılı yasanın “diğer kanunların uygulanması” başlıklı 43. maddesine göre, “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu(nun) (...) ilgili hükümleri uygulanır.” ²⁷²

2821'e yapılan bu yollamanın, farklı işlem ve ayrımcılık yasağı konusundaki düzenlemeler yönünden de kimi hukuksal sonuçları vardır. Örneğin 18. madde, gerek sendikal ve sendikasız kamu görevlileri, gerekse temsilci ve yöneticiler için

²⁷⁰ 4688 sayılı yasa, “sendika” kavramını şöyle tanımlamıştır:

“Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve meslekî hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar.”

²⁷¹ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, “Ayrımcılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 34, Sayı 3, Eylül 2001, s. 3-21.

²⁷² 43. maddenin tam metni şöyledir:

“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 2908 sayılı Dernekler Kanunu, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacaklar hakkında kamu görevlilerinin tabi oldukları personel kanunlarının ilgili hükümleri uygulanır.”

öngördüğü ayrımcılığa karşı güvencenin temel bileşenlerinden olan **kanıtlama yükümlülüğü** konusunda özel bir düzenleme yapmamıştır. Dolayısıyla da, kamu işverenin sendika üyeliği yada sendikal etkinlikler nedeniyle farklı işlemlere başvurması, örneğin disiplin yaptırımları uygulaması yada işyerini değiştirmesi durumunda, kanıtlama yükümlülüğünün genel kural uyarınca bu işlemlerin mağdur olduğunu ileri süren kamu görevlisine mi, yoksa farklı işlem uygulayan kamu işverene mi düşeceği sorusunun yanıtı, 4688 sayılı yasanın 43. maddesindedir. 4688’de kanıtlama yükümlülüğü düzenlenmediğinden, 2821’in ayrımcılık ve üyelik güvencesini düzenleyen 31. maddesinin 7. fıkrasında öngörülen “ispat yükümlülüğü” ile ilgili kuralın, 4688 sayılı yasanın 18. maddesine aykırılık nedeniyle açılan davalarda da uygulanması gerekir. Dolayısıyla, kamu görevlisinin, “... sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, **ispat yükümlülüğü (kamu) işveren(in)de** olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır.”

Yine, “4688 anlamında yönetici kimdir” sorusunun yanıtı da, 43. maddenin yollamada bulunduğu 2821 sayılı yasanın “ortak hükümler” başlıklı 9. maddesindedir. Bilindiği gibi bu maddede, sendika ve konfederasyonların “zorunlu” organlarından yalnızca ikisinin üyeleri “yönetici” olarak nitelenmiştir: “Bu Kanunun uygulamasında yönetim ve denetim kurulu üyeleri yönetici sıfatını taşırlar.” Dolayısıyla, sendika ve konfederasyonlar ile sendika şubelerinin yönetim ve denetim kurullarının üyelerinin çalıştıkları işyerleri, açıkça ve kesin biçimde belirtilen “haklı” nedenler olmadıkça değiştirilemez.

4688 sayılı yasanın 18. maddesinde tanıdığı ayrımcılık karşıtı güvenceler, 2821 sayılı yasanın 31. maddesine oranla daha sınırlıdır. Örneğin, “işveren(in), bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapama(ması)” ile ilgili kural yada güvence (m. 31/3), 4688’de yer almamıştır. Kanımca, 43. madde dolayısıyla, belirtilen konularda ayrımcılık yapmama yükümlülüğü kamu işvereni için de geçerlidir.

Öte yandan, 4688 sayılı yasa, ayrımcılık yasağına aykırı davranan kamu işverenlerine uygulanacak hukuksal ve cezasal yaptırımları da düzenlememiştir. Gerçekten, 4688 sayılı yasanın 5728 sayılı ve 23 Ocak 2008 tarihli yasayla (m. 494) değişik “ceza hükümleri” başlıklı 38. maddesinde, ²⁷³ aykırı hareket edilen mad-

²⁷³ 38. maddenin 5728 sayılı ve 23/1/2008 tarihli yasanın 494. maddesiyle değişik 38. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunun; a) 20, 24 ve 26 ncı maddelerinde yer alan hükümlere aykırı hareket edenler, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası, b) 8, 14, 16 ve 17 nci maddelerinde yer alan hükümlere aykırı hareket eden kişiler, elli günden az olmamak üzere adli para cezası, ile cezalandırılır.”

deler arasında 18. madde bulunmamaktadır. Dolayısıyla, farklı işlem ve ayrımcılık yapmama yükümlülüklerine aykırı davranan kamu işverenleri için “ceza” yaptırımını öngörülmemiştir. 43. maddenin 2821’e yaptığı yollama, kanımca yaptırımlar konusunda da geçerlidir ve 31. maddenin ilgili kuralları uygulanır. TCK’nın 122. maddesinin 18. maddeye aykırı davranan kamu işvereni için de uygulanması gerektiği düşünülebilirse de, 122. maddenin “işe (hizmete) alma yada almama” ile sınırlı olarak yaptırım öngördüğünü unutmamak gerekir.

Ayrıca, Anayasa’nın ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğünün, tüm kamu yetkilileri için de geçerli olduğunu, kamu işverenlerinin de bu yükümlülük kapsamında bulunduğunu bir kez daha anımsatmakta yarar vardır.

6. Devlet Memurları Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

14 Temmuz 1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Yasası, öngördüğü genel ve kesin grev yasağı ile çalışanlar arasında yasal / biçimsel “statüleri” temelinde doğrudan ayrımcılık içeren kurallara yer vermiştir. Ancak, yasanın devlet memuru olma yönünden öngördüğü genel ve özel koşullar, genel olarak “görevin gerektirdiği nitelikler” ile uyumlu görülmektedir.

a. Grev Yasağı ve Doğrudan Ayrımcılık

657 sayılı yasanın 27. maddesi, tanımını yapmaksızın ve öğelerini belirtmeksiz, devlet memurları için “grev yasağı” öngörmüştür:

“Devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplenmeleri, ilân etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır.

Devlet memurları, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılmaz, grevi desteklemez veya teşvik edemezler.”

Yasanın, devlet memurlarının hem kendilerinin karar verip düzenleyecekleri iş bırakma eylemlerini, hem de başka bir çalışan kategorisinin, örneğin işçilerin uyguladığı bir greve katılma yada destek olma eylemlerini yasaklayan “doğrudan ayrımcı” nitelikli bu kuralın, ²⁷⁴ yalnızca 87 sayılı sözleşme ile Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’ne değil, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne de aykırı olduğu, Strazburg Mahkemesi’nin iki kararıyla açıkça saptanmıştır. ²⁷⁵

Bu yasa, “kamu görevlisi” olarak tanımlanan tüm çalışanları, aralarında hizmetin nitelikleri yönünden de fark gözetmeksizin yasakladığı, farklı durumlarda bulunanlara farklı kuralların uygulanmasına olanak tanımadığı için, ayrımcılık yasaklı anayasal eşitlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

²⁷⁴ Grev yasağı ile toplu eylem yasakları konusunda daha geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, s. 83-87.

²⁷⁵ Bu kararlara ilişkin bir inceleme ve değerlendirme konusunda bkz.: Mesut Gülmez, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 18, 2008/1, s. 159-167.

b. Memurluğa Alınmanın Genel ve Özel Koşulları

657 sayılı yasa, Anayasa'nın, "hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" diyerek güvencelediği kamu hizmetlerine girme hakkı konusunda kimi genel ve özel koşullar öngörmüştür. 12 Mayıs 1982 tarihli ve 2670 sayılı yasayla değişik 48. maddenin 1. fıkrasında, ²⁷⁶ aranan toplam yedi koşuldan ilk dört "genel" koşul; yurttaşlık, yaş, öğrenim ve kamu haklarından yoksun olmama ile ilgilidir. Bunlardan birincisi olan "**Türk vatandaşı olma**" koşuluna bir istisna getirilmiştir. 27 Haziran 1989 tarihli ve 375 sayılı KHK ile "Bulgaristan'dan Türkiye'ye mecburi göç eden Türk soyundan olanlarda bu şartın aranmayacağı" öngörülmüştür. İzleyen üç koşul da, belirli suçlardan hüküm giymemiş olma, askerlik ve "...görevini devamlı yapmasına engel olabilecek (...) akıl hastalığı (...) bulunmamak" ile ilgilidir. Bunları, genel olarak "görevin gerektirdiği nitelikler" kapsamında, dolayısıyla "nesnel ve haklı" sayılabilecek nedenler olarak değerlendirmek olanaklıdır.

Özel koşulların ilki, özel bir öğretim ve eğitim; ikincisi de, kurumların özel yasalarda aradıkları koşullar ile ilgilidir. Bunları da, bu genel anlatımlarıyla görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında değerlendirmek olanaklıdır. Bununla birlikte, söz konusu özel yasalardaki koşulların ayrı ayrı incelenip değerlendirilmesi gerekir.

²⁷⁶ "Genel ve özel şartlar", 12 Mayıs 1982 tarihli ve 2670 sayılı yasayla (m. 14) değiştirilen 48. maddede şöyle düzenlenmiştir:

"Devlet memurluğuna alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel şartlar aranır.

A) Genel şartlar:

1. Türk Vatandaşı olmak (Bulgaristan'dan Türkiye'ye mecburi göç eden Türk soyundan olanlarda bu şartın aranmayacağı 27/6/1989 tarih ve 375 sayılı KHK'nin geçici 5 inci maddesi ile hükme bağlanmıştır),
2. Bu Kanunun 40 ncı maddesindeki yaş şartlarını taşımak,
3. Bu Kanunun 41 nci maddesindeki öğrenim şartlarını taşımak,
4. Kamu haklarından mahrum bulunmamak,
5. Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veyahut 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak (10.01.1991 tarihli ve 3697 sayılı yasayla [m. 1] değişik).
6. Askerlik durumu itibarıyla; a) Askerlikle ilgisi bulunmamak, b) Askerlik çağına gelmemiş bulunmak, c) Askerlik çağına gelmiş ise muvazzaf askerlik hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak,
7. 53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek (...) akıl hastalığı (...) bulunmamak.

B) Özel şartlar:

1. Hizmet göreceği sınıf için 36 ve 41 nci maddelerde belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarının birinden diploma almış olmak,
2. Kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak."

c. Aile Yardımı Ödeneğinin Ödenmesinde Ayrımcılık

Sosyal Haklar Avrupa Komitesi, daha önce de değinildiği gibi, 657 sayılı yasanın “*aile yardımı ödeneğinin ödeme usulü*” başlıklı 203. maddesinin 2. fıkrasının, Avrupa Sosyal Şartı’nın “eşit değerde iş için eşit ücret” ilkesini güvenceye alan 4. maddesinin 3. fıkrası ile bağdaşmadığını saptamıştır. ²⁷⁷

ASS’ye aykırılığı süren ve 2. fıkrası cinsiyete dayalı “doğrudan” ayrımcılık oluşturan 203. madde şöyledir:

“Aile yardımı ödeneği Devlet memurlarına her ay aylıklarıyla birlikte ödenir.

Karı ve kocanın her ikisi de memur iseler bu ödenek yalnız kocaya verilir.

Aile yardımı ödenekleri hiç bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın ödenir ve borç için haczedilemez.”

Görüldüğü gibi yasa, eşlerin her ikisinin de memur olması durumunda, cinsiyet temeline dayalı ayrımcı bir düzenlemeyle, ödeneğin yalnız “koca”ya (erkeğe) verilmesini öngörmüştür.

Yasanın 204. maddesinde ise, “*aile yardımı ödeneğine hak kazanma*” şöyle düzenlenmiştir:

“Memur, eş için ödenen aile yardımı ödeneğine evlendiği; çocuk için ödenen yardıma da çocuğunun doğduğu tarihi takip eden ay başından itibaren hak kazanır.”

Yasanın, aile yardımı ödeneğine hak kazanma koşulu olarak “evliliği” temel almış olması, uluslararası ayrımcılık hukuku açısından tartışmaya açıktır. Evlilikten, geleneksel anlamda iki farklı cinsin (birbirleriyle evlenecek erkek ve kadının, MK, m. 134) resmi bir işlem (evlenme töreni) ile birleşmesi anlaşıldığından, aile ödeneği bu tanıma uymayan bir birliktelik içinde yaşayan eşler için söz konusu olmayacak; ne birlikte yaşama, ne de aynı cinsten olanların birlikteliği durumunda aile ödeneğine hak kazanılacaktır. Bu kural, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bağlamında değişen aile kavramı karşısında, bu sözleşme ile de bağdaşmamaktadır. ²⁷⁸

²⁷⁷ Bkz.: Üçüncü Bölüm, s. 324.

²⁷⁸ Ekleyelim ki, dört yılı aşkın bir süreden beri TBMM komisyonlarında bulunan “*Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanunuunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*” ile, 657 sayılı yasanın 104. maddesinin A bendinin aşağıdaki biçimde değiştirilmesi öngörülmektedir:

“A) Kadın memurlara, doğum haliyle ilgili olarak aşağıdaki esaslara göre izin verilir.

Kadın memura, doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre ile aylıklı izin verilir. Çoğul gebelik halinde doğum öncesi sekiz haftalık aylıklı izin süresine iki hafta eklenir.

B. ÖTEKİ YASALARDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının yer aldığı ve İlerleme Raporlarında da olumsuz ve olumlu yönlerine ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı öteki yasalar arasında, Medeni Yasa, Ceza Yasası, Dernekler Yasası ve başka yasalar da vardır.

1. Türk Medeni Yasası ve Ayrımcılık Yasağı ve Eşler Arası Eşitlik

22 Kasım 2001'de kabul edilen Medeni Yasa'nın "Dernekler" başlıklı ikinci bölümünde yer alan "eşitlik ilkesi" başlıklı 68. madde, dernek üyelerinin haklar yönünden eşit olduğunu ve sınırlı biçimde sayılan nedenlere dayalı olarak üyeler arasında "fark" gözetilemeyeceğini öngörmüştür:

"Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında *dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetmez*; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz.

Her üyenin, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı vardır.

Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, dernek malvarlığında hak iddia edemez."

Ancak, sağlık durumunun uygun olduğunu doktor raporuyla belgeleyen kadın memur, isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda kadın memurun isteği halinde, doğum öncesinde çalıştığı süreler ve doğumun üç haftalık izin süresi içinde gerçekleşmesi halinde kullanılmayan süreler doğum sonrası aylıklı izin süresine eklenir.

Aylıklı doğum izni sürelerinden sonra kadın memurlara çocuklarını emzirmeleri için dört ay süre ile günde üç saat, daha sonraki altı ay süre ile günde bir buçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağı kadın memurun tercihine bırakılır.

Doğum sonrası kadın memurlara verilen sekiz haftalık aylıklı izin hakkında, *en fazla iki yaşında bir çocuğu evlat edinmek amacıyla geçici bakım sözleşmesi yapan kadın memur ile aynı koşullarla münferit olarak geçici bakım sözleşmesi yapan erkek memur da sözleşme tarihinden itibaren yararlanır.*"

1/510 sayılı yasa tasarısı, 108. maddenin 3. fıkrasının da, aşağıdaki biçimde değiştirilmesini öngörmektedir:

"104 üncü maddenin (A) bendi uyarınca, doğum yapan kadın memura verilen aylıklı izin sürelerinin bitiminden sonra çocuğun bakımı için kadın memura *veya Devlet memuru olan eşine* istekleri üzerine altı aya kadar aylıksız izin verilir. Bu haktan en fazla iki yaşında bir çocuğun *evlat edinilmesi amacıyla geçici bakım sözleşmesi yapan kadın memur veya Devlet memuru olan eşi de aylıklı izin süresinin bitiminden sonra yararlanır.* Bu süre eşlerin talebi halinde birbirini izleyen iki dönem halinde kullanılabilir. Kadın memur veya eşinin istekleri halinde bu izin on iki aya kadar uzatılabilir. *4857 sayılı İş Kanununa tabi olarak çalışan veya doğum yapan veya evlat edinen işçinin memur olan eşi de aynı süre ve koşullara uygun olarak bu haktan yararlana-bilir.* Münferit olarak evlat edinme amacıyla geçici bakım sözleşmesi yapan erkek ya da kadın memur da aylıklı izin süresinin bitiminden sonra aynı izin haklarından yararlanır."

1/510 Esas sayılı bu tasarı metni için bkz:

<http://www.basbakanlik.gov.tr/sour.ce/index.asp?wpg=detay&did=basbakanlik.783558>;

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=60797.

Bu kurallar, dernek üyelerini dernek yönetiminin ayrımcı ve eşitlik ilkesine aykırı uygulamalarına karşı korumayı amaçlamaktadır. Üyeler arasında ayrımcılık gözetme yasağının nedenleri sınırlı biçimde sayılmıştır. Örneğin üyeler; yurttaşlık, yaş, cinsel yönelim, siyasal yada ideolojik görüş, ulusal yada sosyal köken gibi nedenlere yer verilmemiştir ve dolayısıyla olası ayrımcı / fark gözetici uygulamalara karşı korumadan yoksun bırakılmıştır. Ancak, Anayasa'nın "herkes"i yasa önünde eşit sayan ve ayrımcılık nedenleri konusunda bir sınırlama içermeyen 10. maddesi kuralı, dernek üyeleri için de uygulanır. Yine dernek de, anayasal eşitlik yükümlülüğüyle bağlıdır. Nedenlerin "örnek olarak" sayılmamış olması, Anayasa'nın yanı sıra, kanımca uluslararası sözleşmelerle de uyumsuzluk içindedir.

Medeni Yasa'nın "evliliğin genel hükümleri"ni düzenleyen üçüncü bölümünde, eşler arasında eşitliği sağlamaya yönelik kurallar bulunmaktadır. Eşlerin, "birlikte", "beraberce" yada "elbirliği" ile üstlendiği yükümlülüklerden kimileri şunlardır:

- "Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakıma, eğitim ve gözetimine *beraberce* özen göstermekle yükümlüdürler" (m. 185/2);
- "Eşler oturacakları *konutu birlikte seçerler*"; Birliği eşler *beraberce* yönetirler (m. 186/1 ve 2).
- Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir" (m. 187);
- *Eşlerden her biri*, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için *evlilik birliğini temsil eder* (m. 188/1);
- ***Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir.*** Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur (m. 192/1);
- Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü *hukukî işlemi yapabilir* (m. 193);
- Eşlerden biri, *diğer eşin açık rızası bulunmadıkça*, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz;
- Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir;
- Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir;

- Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur (m. 194/1, 2, 3, 4);
- Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır (m. 202).

2. Dernekler Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

4 Kasım 2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Yasası,²⁷⁹ dernek kurma hakkı konusunda, ilke olarak, yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılık yapmamış, ancak silahlı kuvvetler ve kolluk kuvvetleri görevleri ile “memur” olarak tanımlanmış görevlilere ilişkin özel yasalarındaki kısıtlayıcı kuralları saklı tutmuştur. 3. maddeye göre:

“Fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.

Ancak, Türk Silâhlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklıdır.”

Derneklerin uluslararası etkinliklerini düzenleyen 5. maddeye göre:

“Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslararası faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, yurt dışında temsilcilik veya şube açabilir, yurt dışında dernek veya üst kuruluş kurabilir veya yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara katılabilirler.

Yabancı dernekler, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının izniyle Türkiye’de faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, temsilcilik veya şube açabilir, dernek veya üst kuruluş kurabilir veya kurulmuş dernek veya üst kuruluşlara katılabilirler.”

Yasada, Medeni Yasa’da olduğu gibi, dernek üyelerinin ayrımcılığa karşı korunmasıyla ilgili bir kural bulunmamaktadır. Ancak, bu konuda yasal bir boşluk söz konusu değildir ve Medeni Yasa’nın -yukarıda değinilen- ilgili kuralları ve kuşkusuz, Anayasa’nın 10. maddesi uygulanır.²⁸⁰

²⁷⁹ Resmi Gazete, 23.11.2004, Sayı: 25649.

²⁸⁰ Bilindiği gibi, 1995 ve 2001 yıllarında değişiklikler yapılan Anayasa’nın 33. maddesi “**dernek kurma hürriyeti**”ni güvenceye alan düzenleme yapmıştır.

33. maddenin ilk ve son fıkralarında; bu özgürlüğün hak özneleri yönünden, ilkece bir ayırım gözetilmemiş; “herkes(in), önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahip” olduğu, ancak bu kuralın “Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesi-ne engel” olmadığı öngörülmüştür. Hak öznelerine yönelik bu sınırlamaların, “haklı” nedenlere dayanması ve ulusalüstü sözleşmelere uygun olması gerekir.

3. Kadının Statüsü Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

27 Ekim 2004 tarihli ve 5251 sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun”, amaçları arasında, kadınların hak ve fırsat eşitliğinden yararlandırılmalarının sağlanmasına yer vermiştir. 1. maddeye göre:

“Bu Kanunun amacı, 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* üzere Başbakanlığa bağlı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü’nün kurulması ile teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasları düzenlemektir.”

Yasa, genel müdürlüğün görevleri arasında, her türlü ayrımcılığın ve cinsel tacizin önlenmesi ile eşitlik ilkesi konularında çalışmalar yapılmasına yer vermiştir.

3. maddede beş bent olarak sayılan KSGM’nin **görevleri** şunlardır:

a) **Kadına karşı her türlü ayrımcılığı önlemek**, kadının insan haklarını geliştirmek, kadını ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda etkin hale getirmek ve eğitim düzeyini yükseltmek amacıyla yapılacak her türlü çalışmaya destek vermek, bu konularda stratejiler geliştirmek, plan ve programları oluşturmak ve temel politikaların belirlenmesine katkıda bulunmak.

b) Kanunları ve idari düzenlemeleri görev alanı çerçevesinde izleyerek *kadınların eşit hak ve fırsatlara ulaşmasını sağlayacak çalışmalar yapmak*.

c) Kadına yönelik her türlü şiddet, *taciz ve istismarın önlenmesi için çalışmalarda bulunmak*; kadının aile ve sosyal yaşamdan kaynaklanan sorunlarının çözümüne destek oluşturmak.

d) Kadınlara kanunlarla verilen *hakların tam ve eşit kullanılabilmesi ve kadın-erkek eşitliğinin toplumsal kalkınma sorunu olarak algılanması amacıyla kamuoyunu bilgilendirmek*.

e) Sağlık, eğitim, kültür, çalışma ve sosyal güvenlik başta olmak üzere bütün alanlarda kadınların ilerlemesini sağlayıcı ve *karar mekanizmalarına katılımını artırıcı çalışmalarda bulunmak*.”

Bireysel dernek özgürlüğünü, “hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz” diyerek, olumlu ve olumsuz yönleriyle 2. fıkrasında koruyan 33. madde, 3. fıkrasında da bu özgürlüğün sınırlama rejimini düzenlemiştir. Buna göre sınırlama; “ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması” nedenlerine dayanabilir ve “kanunla” getirilebilir. Kuşkusuz, sınırlamanın, aynı zamanda Anayasa’nın 13. maddesindeki koşullara da uygun olması gerekir. Bunlar; öze dokunmama, “demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı ol(ma-ma)”dır.

Bu amaçlardan kimileri, Kadının Sosyal Statüsünü Geliştirme Daire Başkanlığı'nın görevlerini belirleyen 8. maddede de yinelenmiştir:

a) Kadın ve kız çocuklarına yönelik olumsuz kültürel tutum ve uygulamaları ortadan kaldıracak, aile ve toplumda güçlenmesini sağlayacak çalışmalar yapmak.

b) Kadın ve kız çocuklarının örgün ve yaygın eğitimin tüm aşamalarına katılımını sağlamak üzere çalışmalar yapmak, bu çalışmaları desteklemek ve eğitim programlarının *fırsat eşitliği* sağlayacak şekilde hazırlanmasına katkıda bulunmak veya katılmak.

c) Kadın sağlığı ve anne çocuk sağlığı hizmetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunmak.

d) Kadınlara yönelik her türlü şiddet, *taciz* ve istismarın önlenmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin çalışmalar yapmak, gerekli sosyal destek sistemlerinin oluşturulması ve güçlendirilmesini desteklemek.

e) Kadınların karar alma süreçlerine eşit katılımlarını sağlayacak çalışmalar yapmak.

f) Genel Müdürün vereceği benzeri görevleri yapmak.”

5251 sayılı yasanın temel eksikliklerinden biri, uluslararası gelişmelere ve belgelere hiçbir bağlamda göndermede bulunmamış olmasıdır. Yasanın gerek amaçlarında ve gerekse KSGM'nin görevleri arasında, ne uluslararası gelişmelerin hukuksal ve uygulama boyutlarıyla izlenmesinden söz edilmiş, ne de bu doğrultuda çalışmalar yapılmasına değinilmiştir. Oluşturacağı plan ve programlarda ve belirlenmesine katkıda bulunacağı temel politikalarda, uluslararası gelişmelerin göz önünde bulundurulması söz konusu değildir.

Öte yandan, “kamuoyunu bilgilendirme” görevinin konusu da, kadınlara “kannunlarla” verilen haklar ile sınırlıdır, genel ve özel nitelikli “ulusalüstü” insan hakları sözleşmelerinin güvenceye aldığı hakları kapsamamaktadır. Daha önemlisi ise, “bilgilendirme”, kadınlara değil “kamuoyu”na yönelik olacaktır. Oysa, amaç ve görevler arasında yer alan “kadının insan haklarının korunması ve geliştirilmesi”nin önkoşullarından biri, doğrudan kadınların insan hakları eğitiminden geçirilmesidir. Bu hakların “tam ve eşit kullanılabilmesi”nin koşullarından biri, kamuoyu kadar kadınlar için de, bu alandaki sivil toplum örgütleriyle işbirliği yaparak kapsamlı bir eğitim programının uygulanmasıdır.

Uluslararası boyutu görmezlikten gelen 5251 sayılı yasa, Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi'nin taraf devletler için öngördüğü yükümlülükleri kapsamaktan çok uzaktır. Bununla birlikte, yasanın bu alandaki eksikliklerine karşın, yalnızca bu sözleşmeden değil tüm uluslararası sözleşmelerin

ayrımcılık yasaklı cinsiyetlerarası eşitlik ilkesine ilişkin kurallarından doğan yükümlülüklerin devleti ve KSGM'yi hukuksal olarak bağladığına hiç kuşku yoktur.

4. Özürlüler Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'nın engellilere yönelik düzenlemeleri çok yetersizdir. Daha önce de belirtildiği gibi, "engellilik", Anayasa'nın 10. maddesinde yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında açıkça sayılmamakla birlikte "ve benzeri sebepler"den biri olarak koruma kapsamına girmektedir.

Engellilere ilişkin tek özel anayasal düzenleme ise, 50. maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu kuralla, "küçükler ve kadınlar"ın yanı sıra, "*bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar*"ın da "çalışma şartları bakımından özel olarak korun(maları)" öngörülmüştür.²⁸¹ Bu "anayasal" özel koruma buyruğu, özel politikalar belirlenip uygulanmasını, gerektiğinde olumlu ayrımcılık yapılmasını öngören yasal ve yönetsel önlemler alınmasını gerektirir. Anayasada, engellilere yönelik yeni yaklaşımların yansımalarını bulmak da olanaksızdır.

Ayrımcı uygulamaların, genel olarak toplumsal yaşama eksiksiz yurttaşlar olarak katılmaları ve özellikle insan hak ve özgürlüklerinden uygulamada eylemli olarak yararlanmaları yönünden kamu yetkililerine sesini duyuramayan en önemli mağdur kesimlerinden birini oluşturan engellilere ilişkin yasal düzenleme, yeni yaklaşımlar doğrultusunda, ancak 1 Temmuz 2005 tarihli ve 5378 sayılı "*Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*"²⁸² ile gerçekleştirilebilmiştir.

a. Yasanın Yaklaşımı

Yasanın, "mevzuat içinde dağınık şekilde bulunan özürü bireylere yönelik yasal düzenlemelerin ilkesel düzeyde yasal bir bütünlüğe kavuşturulması(nın) zorunlu" olduğunu belirten genel gerekçesi,²⁸³ bu zorunluluğun "özürü lülük konusunda

²⁸¹ 5378 sayılı yasanın "genel gerekçesi"nde; "Anayasamızda özürü bireylerin temel sorun alanları olan; eğitim, sağlık, çalışma hayatı, sosyal güvenlik ve toplumsal hayata uyum alanlarında özel düzenlemeler yapılmış ve özürü bireylere bu alanlarda özel olarak korunacak grup olarak yer verilmiştir. Ancak, Anayasamızda yer alan bu hükümlere rağmen özürü bireylerin sorunlarının azaltılmasında yeterli mesafe alınamamıştır" denilmektedir.

Oysa, sayılan alanlardan eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik konularında, engellilere yönelik "özel" düzenlemeler yoktur. Anayasa'nın, "*sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler*"e ilişkin madde 61/2'deki, "Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır" kuralı, engellilere değil "sakatlar"a yönelik özel düzenlemedir ve bu iki kavram da eşanlamlı değildir. Ancak engelliler, madde 60'taki "herkes" kapsamında ve 10. maddenin koruması altındadır.

²⁸² **Resmi Gazete**, 7 Temmuz 2005, Sayı: 25868.

²⁸³ **TBMM Tutanak Dergisi**, S. Sayısı: 969, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Özürlüler Hakkında ve Bazı Kanunlar ile Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı; Te-kirdağ Milletvekili Mehmet Nuri Saygun'un Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hak-

kapsamlı bir bakış açısının gerçekleşmesi ve sorunlara tüm toplum kesimlerinin farkındalık ve duyarlılığının sağlanarak ortak bir anlayışa ulaşılmasıyla” yerine getirilebileceğini belirtmiştir. Genel gerekçe, “bu bakış doğrultusunda dünya genelinde özürllülikle ilgili tartışmalar(ın), **insan hakları ve ayrımcılık noktalarında** devam etmekte” olduğunu belirttikten sonra, “son yıllarda özürllülerin oluşturduğu organizasyonlar(ın), özürllülüğün pozisyonunun yeniden belirlenmesi, insan hakları ve vatandaşlık hakları açısından bir çok çalışmalarda bulunmuş” olduklarını anımsatarak, engellilere yönelik politikayı şöyle açıklamıştır:

“Bugünkü özürllü politikası kişilerin görme, işitme, zihinsel ve bedensel yetersizlikleri olması gibi fiziksel özelliklerine odaklanmadan **kişinin yeteneklerine, topluma kazandırabileceklerine ve vatandaş olarak, insan haklarına saygı duymaya** odaklanmaktadır. Bu politika, özürllüler ile ilgili ayrımcılığı vurgulayan yasalarda, özürllülere ve haklarına zarar vermeden uygulanabilir yasal düzenlemelere gidilmesi yönündedir.”

Genel gerekçe, engellilerin insan haklarının diğer toplum ve kişi kesimlerinden farkı bulunmayan hak özneleri olmalarına karşın, “ayrımcılık açısından değerlendirildiğinde; toplumsal alan ve yaşam çevresi(nin), **özürllü bireyler gözetilmeden** düzenlenmekte” olduğunu vurgulamış, bu yaklaşım ve “yapılanma(nın), özürllü bireyi korunmaya muhtaç ve dar bir çevreye bağımlı kıl(dığını)” belirterek; yasal düzenlemelere egemen olması gereken temel ilkeyi şöyle ortaya koymuştur:

“Bu düzenlemelerdeki temel ilke; özürllü bireylerin gereksinimlerinin diğer bireylerinkiyle eşit önemde olduğu, bu gereksinimlerin toplumsal planlamalarda esas alınması ve bütün bireylere ayrımcılığı ortadan kaldıracak ve **eşit katılım fırsatını tanıyacak** biçimde kullanılması olmalıdır.”

Hak ve özgürlükler yönünden bir ayrımcılık söz konusu olmaksızın, engellilerin ulusal ve uluslararası hukukun güvenceye aldığı haklardan yararlanmalarını ve toplumsal yaşama eşit katılımlarını sağlama yükümlülüğünün altını çizen genel gerekçeye göre:

“Bu doğrultuda özürllüler alanında olsun veya olmasın **uluslararası ve ulusal mevzuatta yer alan bütün haklar özürllüler için**

kında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi; İstanbul Milletvekili Lokman Ayva'nın Özürllüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ile Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkanvekilleri İstanbul Milletvekili Ali Topuz, İzmir Milletvekili Kemal Anadol, Samsun Milletvekili Haluk Koç ile 46 Milletvekilinin Özürllüler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler ile Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/1029, 2/215, 2/424, 2/437); <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss969m.htm>.

de geçerlidir. Devletler bu hakları ırkı, rengi, dili, cinsiyeti, dini, siyasi veya diğer alanlardaki görüşleri, ulusal, etnik veya toplumsal kökeni, mülkiyet durumu, doğumla ya da başka türlü edinilmiş konumu, **özrü nedeniyle hiçbir ayırım yapmaksızın tanırlar.**

Bu bağlamda dünya ölçeğinde özürllülere yönelik yapılan her türlü çalışmanın ana hedefi **özürllülerin toplumsal yaşama tam ve eşit katılımının sağlanması ve güçlendirilmesidir.** İnsan hakları ve temel özgürlüklerin tam olarak hayata geçirilmesi, özürllülerin eşit fırsatlara sahip olmaları ve güçlendirilmeleri için esastır.”

b. Yasanın İçeriği

5378 sayılı yasanın 1. maddesinde, engellilerin çeşitli alanlarda yaşadığı sorunların çözülmesi, gelişmelerinin sağlanması ve buna yönelik önlemlerle toplumsal katılımlarının gerçekleştirilmesinin amaçlandığı şöyle belirtilmiştir: “Bu Kanunun amacı; özürllülüğün önlenmesi, özürllülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak **topluma katılımlarını sağlamak** ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmaktır.”

Yasa, “özürllü” kavramını şöyle tanımlamıştır (m. 3/1, a): “Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi.”

5378 sayılı yasanın 4. maddesi, “kapsamında bulunan hizmetlerin yerine getirilmesinde” uyulacak “esaslar”dan biri olarak, insan onurunun gereği olmak üzere, engelliler için sömürülmesini önleyici sosyal politikalar geliştirme yükümlülüğü öngörmüş ve bu politikaların da, ayrımcılık yasağı ve ayrımcılıkla savaşım temeline dayanması gerektiğini belirtmiştir:

“Devlet, insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, özürllülerin ve özürllülüğün her tür istismarına karşı sosyal politikalar geliştirir. Özürllüler aleyhine **ayrımcılık yapılamaz**; ayrımcılıkla mücadele özürllülere yönelik politikaların temel esasıdır.”

Yasanın, “*meslekî rehabilitasyon*” başlıklı 13. maddesi, “özürllülerin yeteneklerine göre mesleğini seçme ve bu alanda eğitim alma hakkı(nın) kısıtlanama(yacağı)nı” öngörmüştür. Madde gerekçesinde, “toplumun tüm bireyleri için önemli olan *çalışma hakkı(nın)*, özürllüler için, yaşadıkları topluma ulaşmada kilit rol oyna(dığı)”; “ancak, toplumsal önyargılar ve varsayımlar nedeniyle özürllü bireyler(in) istedikleri mesleği seçmekte, çalışmak istedikleri alanı belirlemede engel-

lerle karşılaş(tıkları)” belirtilmiş ve 13. madde ile, “özürlülerin mesleğini seçme ve bu alanda eğitim alma hakkı önündeki engellerin kaldırılması(nın) hedeflen(diği), ayrıca bu hizmetlerin belediyeler tarafından da verilebilmesi(nin) öngörül(düğü)” açıklanmıştır. Maddenin 2. fıkrasına göre, “özürlülerin yetenekleri doğrultusunda yapabilecekleri bir işte eğitilmesi, meslek kazandırılması, verimli kılınarak ekonomik ve sosyal refahının sağlanması amacıyla meslekî rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanmasının sağlanması esastır.”

Yasa, BM sözleşmesinin 27. maddesinde düzenlenen “çalışma ve istihdam” konusunu “**istihdam**” başlıklı 14. maddesinde düzenleyerek, ayrımcılık ve farklı işlem yasakları öngörmüş; işe almadan başlayarak iş ilişkilerinin tüm evrelerinde ayrımcılık yasağı getirmiştir. İş Yasası’nın 5. maddesinin 1. fıkrasında açıkça belirtilmeyen -ancak “iş ilişkisi”nin kapsamında olduğunu düşündüğüm- “işe alınma” sürecinin tüm aşamaları için ayrımcı ve engele dayalı işlem eşitliği ilkesine aykırı uygulamalara karşı güvence sağlayan 14. maddenin 1. ve 2. fıkralarına göre:

“*İşe alımda*; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.”

14. madde, salt ayrımcılık yasağı getirmekle yetinmemiş, engellilerin uygulamada karşılaştıkları engeller bulunduğu gerçeğini göz ardı etmeksizin, aynı zamanda, istihdam sürecinin tüm aşamalarına ilişkin her tür önlemin alınmasını zorunlu tutmuştur. Bu konuda, kamusal ve özel işverenlere işyerinde fiziksel düzenlemeler yapma yükümlülüğü getiren 14. maddenin 3. ve 4. fıkralarına göre:

“Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Özürlülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlülerin istihdamı, öncelikle *korumalı işyerleri* aracılığıyla sağlanır.

Korumalı işyerleriyle ilgili usûl ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

14. maddenin gerekçesinde; “özürlülerin toplumla bütünleşmesinde kilit rol oynayan istihdamın önündeki engeller(in) çeşitli” ve bunlardan birinin “ülkenin

ekonomik yapısından kaynaklanan işsizlik sorunu” olduğu belirtilmiş; “özürlüler(in), işsizliğin ekonomik ve sosyal sonuçlarından en ağır şekilde etkilenen toplumsal kesimlerin başında gel(diği)” vurgulanmıştır. Engellilerin istihdamında, “işverenlerin özürlülere karşı salt özürlü olmalarından kaynaklanan bireyin çalışmayaacağı veya belirli işleri yapamayacağına yönelik varsayımları(nın), bilgi eksiklikleri(nin) ve önyargıları(nın)” (...) “önemli bir engel teşkil et(tiği)” belirtilmiştir. İşverenlerin bu tutumu nedeniyledir ki, “özürlüler işgücü piyasasında diğer bireylerle aynı eğitim düzeyine ve aynı vasıflara sahip olsalar bile tercih edilmemekte, özürlüleri nedeniyle **işe alımda ayrımcılıkla karşılaşabilmektedirler.**”

14. maddenin metni ve gerekçesi, engellilerin istihdamıyla ilgili güçlükleri kaldırıcı önlemleri alma ve işyerinde gerekli fiziksel düzenlemeleri yapma konusundaki görev, yetki ve sorumluluğun “kurum ve kuruluşlar ile işyerleri”ne düştüğünü belirsiz bir anlatımla ortaya koymuştur. Kuşkusuz bu sorumluluk, kamusal ve özel işverenlere düşmektedir.

Yasanın “**eğitim ve öğretim**” başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında, eğitim ve öğretim hakkının, hiçbir biçimde engellenmeksizin, dışlanmaksızın, farklılıkları göz önünde bulundurularak, eşitlik ilkesine göre sağlanması zorunluluğu getirilmiştir:

“Hiçbir gerekçeyle özürlülerin eğitim alması engellenemez. Özürlü çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve **özürlü olmayanlarla eşit eğitim imkânı sağlanır.**”

15. maddenin izleyen fıkralarında ise, bir merkez kurulması, yönetmelik çıkarılması, işaret dili sistemi oluşturulması ve eğitim araç-gereçlerinin sağlanması öngörülmüştür. ²⁸⁴

²⁸⁴ 15. maddenin izleyen fıkraları şöyledir:

“Özürlü üniversite öğrencilerinin öğrenim hayatlarını kolaylaştırabilmek için Yükseköğretim Kurulu bünyesinde araç-gereç temini, özel ders materyallerinin hazırlanması, özürlülere uygun eğitim, araştırma ve barındırma ortamlarının hazırlanmasının temini gibi konularda çalışma yapmak üzere *Özürlüler Danışma ve Koordinasyon Merkezi* kurulur.

Özürlüler Danışma ve Koordinasyon Merkezinin çalışma usul ve esasları, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurumu ile Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

İşitme özürlülerin eğitim ve iletişimlerinin sağlanması amacıyla Türk Dil Kurumu Başkanlığı tarafından *Türk işaret dili sistemi* oluşturulur. Bu sistemin oluşturulmasına ve uygulanmasına yönelik çalışmaların esas ve usulleri Türk Dil Kurumu Başkanlığı koordinatörlüğünde, Millî Eğitim Bakanlığı, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü ve Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Özürlülerin, her türlü eğitim ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kabartma, sesli, elektronik kitap; alt yazılı film ve benzeri materyal üretilmesini teminen gerekli işlemler, Millî Eğitim Bakanlığı ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca müştereken yürütülür.”

Bu alıntılara ve yasanın incelenen kimi maddelerine egemen olan yaklaşımın; kullanılan dil farklı ve anlatım bu denli açık olmasa da, gerek 1996'da GG Avrupa Sosyal Şartı'na, ve gerek 2000'de Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı yönergesine ve gerekse 2006'da Birleşmiş Milletler'in sözleşmesine yansıyan yaklaşımlara koştur olarak, geleneksel yaklaşımın bırakılması ve engellilerin öteki insanlarla eşit hak özneleri, başka bir anlatımla eksiksiz yurttaşlar olarak toplumsal yaşamın tüm alanlarına katılmalarının ve tüm insan haklarından yararlanmalarının sağlanması olduğu söylenebilir.

Özürülüler Yasası'nın, istihdamda ayrımcılık ve farklı işlem yasakları için özel yaptırım öngörmemiş olması, "ve benzeri nedenler"den biri olan "engellilik" temelinde dayalı ayrımcılıkların korumadan yoksun olduğu anlamına gelmez. Kendi tanım ve kapsamı çerçevesinde, İş Yasası'nda (m. 5/6) ve Ceza Yasası'nda (m. 122) öngörülen yaptırımlar, Özürülüler Yasası'nın 14. maddesine aykırı ayrımcılık ve farklı işlemlerde de uygulanır. ²⁸⁵

5. Türk Ceza Yasası ve Cinsel Taciz ve Ayrımcılık Suçları

26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), ²⁸⁶ bir yandan içerdiği kuralların uygulanmasıyla sınırlı olan, bir yandan da Anayasa ve İş Yasası ile 2821 ve 4688 sayılı sendikal yasaların güvenceye aldığı eşitlik ilkesi ile "ayrımcılık yasağı konularındaki kurallara aykırı hareketleri yaptırımlara bağlayan düzenlemeler yapmıştır. ²⁸⁷ Özellikle, "cinsel özgürlüğü" korumak amacıyla "cinsel taciz" ve "ayrımcılık" suçları, ilk kez ceza hukuku alanında yasal düzenleme konusu olmuştur.

a. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Ceza Yasası, "Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi" başlıklı 3. maddesinin aşağıdaki 2. fıkrasında, ²⁸⁸ yasanın uygulanması açısından, nedenlerini sınırlı biçimde saydığı ayrımcılık yapma ve ayrıcalık tanıma yasakları getirmiştir:

²⁸⁵ Kübra Doğan Yenisey, **a.g.m.**, 2006, s. 68; Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Özürülülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 10, Haziran 2008, s. 81.

²⁸⁶ **Resmi Gazete**, 12 Ekim 2004, Sayı: 25611.

²⁸⁷ Yeni Ceza Yasası'nın çalışma yaşamına ilişkin kuralları konusunda bkz.: Tankut Centel, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", **Çimento İşveren**, Cilt 19, Sayı 5, Eylül 2005, s. 4-17.

²⁸⁸ "Gerçekte bu (yani adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi) gibi hükümlerin Anayasa'larda yer alması, Ceza Kanunlarında da bulunmaması gerek(tiği)" görüşünü ileri sürerek ilkenin içeriğine ilişkin bir açıklama yapmayan *Yarsuvat*, bu konuda, henüz "uygulamada herhangi bir karar" bulunmadığını belirtmektedir (Duygun Yarsuvat, "Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri", **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulama Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 19).

“(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) *Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları* yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.”

3. maddesinin 1. fıkrasında ceza ve güvenlik önlemlerinin fiilin ağırlığıyla “orantılı” olmasını öngören Ceza Yasası’nın ayrımcılık ve ayrıcalık yasağı konusundaki 2. fıkrasıyla ilgili ilk nokta, maddenin başlığında yer alan “kanun önünde eşitlik ilkesi”nin, İş Yasası’nın 5. maddesinde de olduğu gibi, fıkra metninde ayrıca belirtilmemiş olmasıdır. Böylece, Ceza Yasası önünde eşitlik ilkesinin olumsuz içeriği düzenlenmiştir. Bundan, yasa önünde eşitlik ilkesinin düzenlenmediği sonucu çıkarılamaz. Ceza Yasası, yasa önünde eşit olan kişilere, aralarında ayırım ve ayrıcalık gözetmeksizin uygulanacaktır.

İkinci nokta, ayrımcılık ve ayrıcalık yapma yasağının, yalnızca Ceza Yasası’nın uygulamasıyla sınırlı tutulmuş olmasıdır. Başka bir anlatımla, kişiler arasında sayılan nedenlere dayalı ayrımcılık ve ayrıcalık yasağı, yalnızca Ceza Yasası’nın uygulanmasında gözetilecek, yasa herkese ayırım gözetmeksizin uygulanacaktır.

Üçüncü nokta da, ayrımcılık nedenlerinin, örnek olarak mı, yoksa sınırlı biçimde mi sayıldığı konusuyla ilgilidir. Gerçekten, 2. fıkrada kullanılan “*ve diğer toplumsal konular*” sözcükleri, gerek ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası belge ve sözleşmelerdeki düzenlemelerde ve gerekse örneğin İş Yasası’nın 5. maddesinin 1. fıkrasında ve özellikle de aşağıda değinilen 122. maddede kullanılan “*ve benzeri sebepler*” sözcüklerinden farklıdır. Bu iki farklı anlatımın “eşanlımlı” olmadığı düşünülmesi ve dolayısıyla fıkrada sayılmayan “engel”, “cinsel yönelim”²⁸⁹ ve “yaş” gibi nedenlere dayalı ayrımcılık yapılmasına olanak tanınması durumunda, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulama alanı daraltılmış, yasada belirtilenler dışında başka bir nedene dayalı ayırım gözetici işleme-

Aktan da, Bayraktar’a göndermede bulunarak, “5237 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme(nin) gerek Anayasanın 10/1. maddesi ve gerekse uluslararası anlaşmalarla esasen güvenceye alınmıştır” demekle yetinmekte, ancak ayrımcılık nedenlerini tüketici olmaksızın sayan Anayasa’nın ve uluslararası sözleşmelerin yaptığı düzenleme ile bir karşılaştırma yapmaktadır (Hamdi Yaver Aktan, “Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri ve Yargıtay Uygulaması”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulama Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 33-44).

²⁸⁹ Örneğin, “3’üncü maddede yer alan Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik ilkesini düzenleyen hüküm, bazı kavramlara yer vermediği için, söz gelimi cinsel eğilim konusunda suç tanımları ortaya çıkabilecektir” diyen *Yarsuvat*’ın, 2. fıkrada yasaklanan ayrımcılık ve ayrıcalık nedenlerinin sınırlı olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır (*Duygun Yarsuvat, a.g.m., s. 19*).

re başvurulabilmesine olanak tanınmış olacaktır. Bunun, maddenin güvenceye almak istediği “adalet ve yasa önünde eşitlik ilkesi” ile bağdaştığı söylenemez. Kaldı ki, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesi, tüm hukuk düzeni için geçerli olduğundan, Ceza Yasası'nın uygulanmasında da uygulanır.

Dördüncü nokta ise, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin, aykırı davranışları yaptırma bağlayan 122. maddede yer alanlardan daha geniş olmasıdır. Örneğin, “millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konum” gibi uluslararası sözleşmelerde yer alan nedenlere de yer verilmiştir. Ancak, belirtildiği gibi, 122. madde yasaklanan ayrımcılık nedenlerini “tüketici” olmaksızın saydığından, bu nedenleri de kapsamaktadır.

b. Cinsel Taciz Suçu

Ceza Yasası, “**cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar**”dan birini oluşturan “cinsel taciz”i, eleştiriye açık biçimde, tanımını vermeksizin²⁹⁰ ve genel bir anlatımla “cinsel amaçlı” demekle yetinerek, 105. maddesinde seçenekli bir cezai yaptırma bağlamıştır. Önceki Ceza Yasası'nın özel bir kuralla düzenlemediği cinsel taciz,²⁹¹ kişinin bedenine dokunmaksızın, “cinsel amaçlı” değişik davranışlarla işlenebilen bir suçtur ve bu yönüyle “cinsel saldırı” suçundan²⁹² ayrılır.

Cinsel tacizin, “karşı” yada “aynı” cinsiyetler arasında ve / yada tarafından yapılması yönünden bir fark gözetmeyen ve 2. fıkrası 5377 sayılı ve 29 Haziran 2005 tarihli yasayla değiştirilen 105. maddeye göre:

“(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

²⁹⁰ Cinsel taciz suçunun yasada tanımlanmamasını “uygun” bulan Artuk'a göre, “bu hususun Yargıtay içtihatları tarafından tamamlanması gereklidir” (Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu (TCK. M. 105)”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 35).

²⁹¹ Cinsel taciz suçunun, 765 sayılı önceki TCK'nın 421. maddesinde yer alan “söz atma ve sarkıntılıkta bulunma” suçuna “karşılık olarak düzenlenmiş” olduğu belirtilmektedir (Mehmet Emin Artuk, **a.g.m.**, s. 30; Handan Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 57, Mart-Nisan 2005, s. 269).

Yokuş Sevük, cinsel tacizin, öğretilen “birey ve bireylerin edep ve iffetlerine yönelik rahatsız edici nitelikte hareketler” biçiminde tanımlandığını aktardıktan sonra, şu tanımlı vermektedir:

“Cinsel taciz, bir kimsenin cinsel arzularını tatmin için bir başkasını, cinsel dokunulmazlığına yönelik ancak vücut dokunulmazlığını ihlali niteliği taşımayan bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan davranışlarla rahatsız edilmesidir.” (**a.g.m.**, s. 271 ve 280).

²⁹² Koruduğu hukuksal değerini “cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük” (A. Kılıç, s. 183), “kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlülüğü” (H. Yokuş Sevük, s. 246) olduğu kabul edilen ve cinsel dokunulmazlığın da, “kişilerin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek cinsel davranışlarla ihlal edilebileceği” belirtilen “cinsel saldırı” suçu konusunda daha geniş bilgi için örneğin bkz.: Abbas Kılıç, “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 78, Eylül-Ekim 2008, s. 167-204; Handan Yokuş Sevük, **a.g.m.**, s. 247-269.

(2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

105. maddenin ²⁹³ gerekçesinde de açıklandığına göre, Ceza Yasası anlamında cinsel taciz, “kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebil(en)” bir eylemdir. Buna karşılık, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan biri olarak 102. maddede ceza-i yaptırıma bağlanan “cinsel saldırı” suçu, “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını(n) ihlâl ed(ilmesi)”dir ve bu eylemde bulunan kişi, “mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” ²⁹⁴

Gerekçe ayrıca, cinsel taciz suçunun “tipik eylem unsuru”nu, “mağdurun cinsel yönden ahlak temizliğine yönelik olarak rahatsız edilmesi” biçiminde belirtmiştir. “Ceza Hukukunun ahlak normlarının bekçiliğini yapma ödevi bulunmadığı(nı)” vurgulayarak gerekçenin bu anlatımına haklı bir eleştiri yönelten Ünver’e göre, bu gerekçelendirme “korunan hukuksal değerın bireyin cinsel özgürlüğü oluşu olgusu ile çelişmekte(dir).” Gerekçedeki bu anlatımın “dikkate alınmaması”nı isteyen yazar, cinsel taciz suçunda “tipik eylemin bireyin vücudu ile temas etmeyen ve cinsel özgürlüğüne haksız müdahale niteliindeki hareketler olarak anlaşılmalıdır.” ²⁹⁵

²⁹³ Türk Ceza Yasası’nın 105. maddesi ile cinsel dokunulmazlık suçlarını düzenleyen öteki maddelerinin değiştirilmesini öngören birçok yasa önerisi TBMM’ye sunulmuştur. Bu önerilerden “cinsel amaçlı taciz”e ilişkin olanlarında, cinsel taciz eylemcisine ceza verilebilmesi için mağdurun şikâyeti koşulunun kaldırılması ve cezanın alt sınırının üç aydan altı aya çıkarılması öngörülmektedir (Çeşitli yasa teklifleri için bkz.: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisonlar_sd.calismalar?p_kom_kod=7&p_islem=1).

²⁹⁴ Hakeri’ne göre, “bir kimseye dokunmak veya cinsel ilişki kurmak şeklindeki hareketler cinsel saldırı suçunu oluştururken, bir kimseye dokunmaksızın cinsel amaçlı olarak taciz edilmesi cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır” (Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Hukuku**, TBB Yayını, Eylül 2005, Ankara, s. 192).

²⁹⁵ Yener Ünver, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 331. *Yokuş Sevük* de, “belirsiz bir kavram olan ahlaklılık, görecelidir” diyerek, bu gerekçeyi eleştirmektedir (a.g.m., s. 273-274).

Korunan temel hukuksal değer yönünden cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları arasındaki temel farkı belirten Ünver’e göre cinsel taciz suçu, “vücut dokunulmazlığını ihlal etmeden gerçekleştirilen cinsel davranışları cezalandır(ır).” “Bu suç, kişinin vücut dokunulmazlığını korumamakta, vücut dokunulmazlığını (...) ihlal eden hareketleri önlemeye veya vücut bütünlüğü hukuksal değerinin ihlalinin önlemeye yönelik olmayıp, bireylerin özgür cinsel tercihleri hukuksal değerini korumayı amaçlamaktadır. Cinsel özgürlük sadece vücut üzerinde gerçekleştirilen davranışlarla ihlal edilmez, vücutla temas olmadan da ihlal edilebilir” (s. 296; bu alıntılardaki vurguları ben yaptım, MG).

105. madde, “cinsel amaçlı” tacizi 1. fıkrasındaki “basit hali” ile şikayete bağlı olan ve 2. fıkrasındaki “nitelikli hali” ile de şikayete bağlı olmayan bir suç olarak (seçenekli) bir yaptırıma bağlamış,²⁹⁶ eylemin bazı durumlarda işlenmesini de cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren “ağırlaştırıcı neden” olarak düzenlemiştir. Bunlar; ast-üst ilişkileri, hizmet ilişkileri (örneğin işçi-işveren yada müdür-sekreter ilişkileri),²⁹⁷ eğitim ve öğretim (öğretmen-öğrenci) ilişkileri yada aile içi ilişkiler gibi nüfuzun kötüye kullanılmasına elverişli ortamlardan yada eylemi işleyen ile mağdurun aynı işyerinde (örneğin 4857 ve 4688 sayılı yasalar anlamında işyerinde) çalışmasından kaynaklanan kolaylıklardan yararlanmadır. Mağdurun, cinsel taciz nedeniyle işini bırakmak, okuldan yada ailesinden ayrılmak zorunda kalması durumunda, cezanın alt sınırının bir yıl olması öngörülmüştür.

Ceza Yasası, cinsel taciz eyleminin işlenebileceği “yerler” ve eylemi gerçekleştirecek “kişiler” açısından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Cinsel amaçlı taciz, işçilerin, kamu görevlilerinin ve / yada başka nitelikteki kişilerin çalıştıkları işyerinde, işletmede, kamu kurum ve kuruluşlarında, değişik nitelikteki başka örgütlerin (sendika, dernek, vakıf, meslek kuruluşu gibi örgütlerin) merkez yada şubelerinde işlenmiş olabilir. Kanımca, maddenin sağladığı korumanın, suçun nitelikli biçimine ilişkin 2. fıkrasından hareketle, bir hiyerarşik yapı yada düzenin yahut geniş anlamda bir “hizmet ilişkisi”nin bulunduğu tüm yerlerdeki cinsel amaçlı taciz eylemlerini kapsadığı söylenebilir. Ancak, korumanın bununla sınırlı olmadığını eklemekte yarar vardır. Örneğin, İş Yasası’nın 4. maddesi gereği uygulama alanı dışında tutulan işler ve iş ilişkileri de, 105. maddenin koruması kapsamındadır.

Öte yandan, cinsel taciz suçunun eylemci ve mağdurlarının, aynı zamanda karşı yada aynı cinsiyetten kişiler olması olanaklıdır. Başka bir anlatımla, “fail

Yazara göre yasa koyucu; bir yandan, madde 102’deki basit ve nitelikli “cinsel saldırı” suçunun korumayı amaçladığı hukuksal değer, madde gerekçesinde, “bu suçun kişilerin cinsel dokunulmazlığının *kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması* suretiyle ihlal edilerek işlendiğine işaret etmiş” olduğunu; öte yandan ise, cinsel tacize ilişkin 105. madde gerekçesinde, “korunan hukuksal değere ayrıca değinmeyerek aynı hukuksal değer ihlal edildiğine işaret ederek korunmak istenen hukuksal değer aynı ve fakat bu değer ihlal biçimlerinden taciz suçu ile korunan şeklinin *vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan* cinsel davranışlarla tacizin gerçekleştirileceğine değinerek, *vücutla temas etmemekle birlikte mağdura yönelik her tür cinsel davranışın* bu suça vücut vereceğini belirtmiştir” (s. 330).

²⁹⁶ Hakan Hakeri, **a.g.y.**, s. 193; Yener Ünver, **a.g.m.**, s. 333.

²⁹⁷ *Centel’in*, 2. fıkradaki “hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz”un, “doğrudan işveren ile işveren vekil veya vekillerini hedef al(dığı)nı”, “aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak” anlatımı(nın) ise, daha çok işyerindeki diğer işçileri amaçlamakta” olduğunu belirtmiş olması (Tan- kut Centel, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, **Çimento İşve- ren**, Cilt 19, Sayı 5, Eylül 2005, s. 8-9), “hizmet ilişkisi”nin salt “işçi-işveren ilişkisi” olarak anlaşıl- masına yol açmamalıdır. İşveren devlet ile kamu görevlisi arasındaki ilişki de, 2. fıkrta anlamında hizmet ilişkisidir ve cinsel taciz suçunun nitelikli biçimlerinden birinin işlenmesine yol açar.

veya mağdurdan her ikisi de bayan veya erkek veya her biri farklı cinsten kişi olabilir.”²⁹⁸

c. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu

Türk Ceza Yasası'nın 118. maddesi, özellikle 2821 ve 4688 sayılı sendikal yasalardaki “hukuksal” yaptırımları tamamlamak amacıyla, “*sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi*”ne karşı “özgül” bir kurala yer vermiştir. Sendika özgürlüğünü bireysel ve toplu yönleriyle güvenceye alan 118. madde, iki farklı suç için aşağıdaki yaptırımları öngörmüştür:

“(1) Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, *cebir veya tehdit kullanan* kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) *Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*”

118. madde, gerek Sendikalar Yasası'ndaki, gerekse Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'ndaki ayrımcılık karşıtı kurallara aykırı eylem ve davranışlar için “cezasal” yaptırımlar öngörerek, olumlu ve olumsuz yönleriyle bireysel sendika özgürlüğünü, sendika yönetimine ve sendikal etkinliklere katılma hakkını “*cebir veya tehdit*” eylemlerine yada hukuka aykırı başka davranışlara karşı güvenceye almaktadır. 2. fıkrada öngörülen suç ise, tüzel kişi olarak sendikanın eylem ve etkinliklerde bulunma özgürlüğünü korumayı amaçlamaktadır. Bu tür eylem ve davranışlar, ister aynı yada rakip sendikanın yahut konfederasyonun üye ve yöneticilerinden, ister işveren yada işveren vekilinden, isterse sendika dışından -örneğin kamu görevlileri sendikaları için kamu yetkililerinden yada hiyerarşik üstlerden- gelmiş olsun, yaptırıma bağlanmıştır.²⁹⁹

²⁹⁸ Yener Ünver, **a.g.m.**, s. 331. Yazar, “suç(un) ancak özel kastla işlenebilir(eceğini)”, “suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi için, failin bir kimseyi taciz eylemini ‘cinsel amaçlı olarak’ taciz etmesi(nin) gerekli” olduğunu, “suç(un) genel kastla veya taksirle işleneme(yeceğini)” belirtmekte, Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bu suça ilişkin 2006 tarihli yeni kararlarında, “taciz suçuna vücut verdiği kabul edilen eylemler(in), mağdura cinsel organını gösterme, cinsel içerikli telefon mesajları gönderme, mağdureye ‘çok güzelsin, seni öpmek istiyorum’ demesi gibi eylemler” olduğunu belirtmektedir (s. 332).

Cinsel taciz suçunun “fail” ve mağdur’unun, erkek veya kadın olabileceğini belirten *Artuk*’a göre de, bu suç, “erkek veya kadın tarafından işlenebilir.” (...) Mağdur faille farklı cinsten olabileceği gibi, aynı cinsten de olabilir” (Mehmet Emin Artuk, **a.g.m.**, s. 35).

²⁹⁹ TCK'nın 118. maddesindeki bu “suçun oluşumu için amaca ulaşılması(nın) gerekli olma(dığı), bu suç(un) bir teşebbüs suçu” olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Hakan Hakeri, **a.g.y.**, s. 195.

“Daha önceki TCK’nda karşılığı olmayan yeni bir suç tipini yarat(an)” 118. maddenin düzenlediği suç, bir “teşebbüs suçu” niteliğindedir. ³⁰⁰ Öngörülen yaptırımların uygulanması, sözü edilen eylemlerin tamamlanıp gerçekleşmesine, örneğin sendikaya üye olmaya yada sendikadaki yönetim görevinden ayrılmaya bağlı değildir. Önemli olan, cebir yada tehdit kullanarak, kişilerin bu eylemleri yapmaya zorlanmasıdır.

d. Ayrımcılık Suçu

Türk Ceza Yasası’nın 122. maddesinde yeni bir suç olarak düzenlenen “**ayrımcılık**”, ³⁰¹ sistematik yönden yasanın İkinci Kitabının İkinci Kısımının “*Hürriyete Karşı Suçlar*” başlıklı Yedinci Bölümünde yer almaktadır. Bu, ayrımcılığın, hak öznelerinin insan hak ve özgürlüklerinden yararlanmasıyla bağlantısı yönünden önemli ve altı çizilmesi gereken bir noktadır.

Ceza Yasası, “işe alınma yada alınmama” konusunda öngördüğü bu “özümlü” kuralla, “doğrudan” ayrımcılık yasağına aykırı davranışları, kimden gelirse gelsin, ilk kez “cezaî” yaptırımlara bağlamıştır. Önceki TCK’da benzeri bulunmayan bu kuralla göre:

“1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep *ve benzeri sebeplerle* ayırım yaparak;

a) (...) *kişinin işe alınmasını veya alınmamasını* yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan, (...)

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir.”

122. madde, ayrımcılık nedenlerini, İş Yasası’nın 5. maddesinde yer almayan ve 122. maddeye 1 Temmuz 2005 tarihli ve 5378 sayılı yasayla ³⁰² eklenen “özürllülük” ile birlikte ve gerek 5. maddede gerekse Anayasa’nın 10. maddesinde de olduğu gibi, “ve benzeri sebepler” diyerek sınırlı olmaksızın saymıştır. ³⁰³

³⁰⁰ Tankut Centel, **a.g.m.**, s. 11.

³⁰¹ Ayrımcılık suçunun öğeleri ve taşıdığı özellikler konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 97-115. Ayrıca, bkz.: Ulaş Karan, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 73, Kasım-Aralık 2007, s. 146-173.

³⁰² Bu eklemeyi yapan “*Özürllüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”un 41. maddesi şöyledir:

“26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen “dil, ırk, renk, cinsiyet,” ibaresinden sonra gelmek üzere “özürllülük,” ibaresi eklenmiştir.”

³⁰³ Oysa Centel, “anılan hükümde ‘ve benzeri sebeplerle’ sözcüklerine yer verilmek suretiyle, haksız ayırım nedenlerinin sınırlı (tüketici) nitelikte sayılmadığı belirtilmek istenmiştir” diyerek doğru bir

Ancak, kanımca 122. madde, seçenekli olarak öngördüğü hapis yada adli para cezası yaptırımlarının (ayrımcılık suçunun) “kişiler” yönünden uygulama alanını, İş Yasası anlamında “iş ilişkisi”, “işçi” ve “işveren” kavramları ile sınırlı tutmamıştır. Ayrımcılık yasağı, kamu görevlileri ile devlet arasındaki iş (çalışma) ilişkileri için de geçerlidir ve dolayısıyla, kamu işverenin ve kamu yetkililerinin hizmete alma yada almamada gözeteyeceği ayrımcı işlem ve eylemlerde de uygulanır. Başka bir deyişle 122. madde, Anayasa'nın tanıdığı kamu hizmetlerine girme hakkının kullanılmasını da güvenceye bağlayan bir kuraldır.

Ne var ki, 122. maddenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışlar için sağladığı koruma “konular” yönünden sınırlıdır ve İş Yasası'nın madde 5/1'de öngördüğü ayrımcılık yasağına oranla çok dardır. “Kişinin işe alınması yada alınmaması”nın anlamı nedir? İş ilişkisinin hangi aşamalarını kapsar? İşe alınma, iş ilişkisinin kurulması ve sözleşmenin imzalanması ile sınırlı mıdır? İşe alınmama, işe alınmış ve bir süre çalıştırılmış işçinin işine son verilmesi olarak yorumlanabilir mi? Yoksa, çalıştırılacak kişiyi seçme serbestliği bulunan işverenin, bu yetkisini olumsuz yönde kullanmasından ibaret midir? Başka bir deyişle, işe alınma yada alınmama, örneğin iş ilişkisinin içeriğinin (çalışma koşullarının) belirlenmesi, uygulanması ve sona erdirilmesi evrelerinin tümünü kapsayacak biçimde genişletilerek yorumlanabilir mi?

Yasa, olası ayrımcı eylemleri, birbiriyle bağlantılı ve birbirinin seçeneği olan “işe alınma yada alınmama” biçiminde tanımladığından, öngördüğü ayrımcılık suçunun çalıştırılacak kişinin özel yada kamusal işverence seçilmesi aşamasıyla sınırlı olduğu söylenebilir. Bu, “yasallık” ilkesinin gereğidir. Kanımca, Ceza Yasası'nın sağladığı koruma, iş ilişkisinin tüm aşamalarını kapsamaktan uzaktır. Bu nedenle de, öngördüğü koruma, uluslararası sözleşmeler ve AB yönergelerinin gerektirdi-

saptama yapmakla birlikte, “sendikal nedenlerin belirtilen haksız ayırım nedenleri içine girip girmediği” sorunu konusunda, “işe almada sendikal ayırım yasağının, TCK m. 122/a kapsamında yer almadığını kabul etmek doğru olur” sonucuna varmaktadır. Yazar, madde 122/a'da sayılan nedenlerin “aynen Ay. m. 10'da belirtilmiş nedenler” olduğunu belirttikten sonra (oysa Anayasa'da özür lülük yoktur), sendikal ayırım yasağının, madde 122/a kapsamında yer almadığı görüşünü, şöyle gerekçelendirmiştir: “Anayasa, sendika hak ve özgürlüğünü ise, ayrı olarak Ay. m. 51'de düzenlemiştir. Yine, sendikal nedenle ayırım yasağına ilişkin ceza düzenlemesi; yasal düzeyde, Sendikalar Kanunu m. 31/1 ile onun yaptırımını içeren m. 59/bent 3'de ele alınmıştır.” Yazara göre ayrıca, “suçta kanunilik ilkesi de; anılan nedenlerin daha dar kapsamlı olarak ele alınmasını, yani genel nitelikteki ayırım nedenleri içine ayrı ve özel olarak düzenlenmiş bir haksız ayırım nedeninin katılmasını zorunlu kılmaktadır” (a.g.m., s. 12).

Kanımca, sendika hakkıyla ilgili özel anayasal ve yasal kurallar, 122. maddede açıkça yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin “örnek” olarak sayıldığını açıkça gösteren “ve benzeri sebepler” anlatımının göz ardı edilmesini, ayrımcılığı Ceza Yasası anlamında bir suç olarak düzenleyen bu maddenin uygulama alanının özel düzenlemeye konu olmayan ayrımcılık nedenleriyle sınırlı tutulmasını gerektirmez. Bu anlatım, işe alma yada almamada, sayılmayan başka tüm nedenlere dayalı ayrımcılıkları da “cezaî” yaptırıma bağlamaktadır. Ne özel düzenlemeler, ne de yasallık ilkesi, bunu engelleyebilir.

ği düzeyde etkili ve caydırıcı değildir. 304 122. madde, özel yada kamusal işverenlerce, tüketici olmaksızın saydığı nedenlerden birine yada birkaçına dayalı olarak “işe aldığı” yada “işe almadığı” kişiler arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Başka bir anlatımla, ister “işe alınan” ve isterse “işe alınmayan” kişiler söz konusu olsun, iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulması öncesinde yapılan ayrımcılık,³⁰⁵ yasaklanıp yaptırıma bağlanan bir suçtur.

Ceza Yasası, iş ilişkisinin “işe alma” yada “işe almama” evreleri dışında bir koruma sağlamamıştır. Dolayısıyla, kamu kesimi yada özel kesim işverenlerinin “işe (hizmete) alma yada almama” dışındaki eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davranışlarına yalnızca İş Yasası’nda öngörülen yaptırımların uygulanmasıyla yetinilecektir.

6. Bazı İşlerde Yurttaşlık Koşulu ve Yabancılar Çalışma İzni Verilmesi

Yurttaşlık yada yabancı olmamanın, bazı sanat, hizmet yada işlerin yapılabilmesi açısından bir koşul olarak öngörülmesi, daha açık bir deyişle yurttaşlık nedeniyle ayrımcılık yapılması, Cumhuriyetin ilk yıllarında gündeme giren ve 1930’lu yılların ilk yarısında da yasal düzenleme konusu olan bir sorun olmuştur.

Bilindiği gibi 1982 Anayasası, “*Türk vatandaşlığı*” başlıklı 66. maddesinde, “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür” dedikten sonra, yurttaşlığın kazanılması konusundaki 2. fıkrasında, “*Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür*” kuralına yer vermiştir. Bu fıkranın “yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir” diyen son cümlesi ise, 3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı yasayla kaldırılmıştır. 1982 Anayasası’nın bu düzenlemesi, 2001’de kaldırılmayan biçimiyle 1961 Anayasası’nın “vatandaşlık” başlıklı 54. maddesinin aynıdır.

a. Sanat ve Hizmetlerin Türk Vatandaşlarına Özgülenmesi

11 Haziran 1932 tarihli ve 2007 sayılı *Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun*,³⁰⁶ yurttaşlığa dayalı ayrımcılık konusunda ilk yasal düzenlemedir. 1924 Anayasası’nın, “*Türkler(i)* kanun nazarında müsavi” sayan 69. maddesiyle ilkece çelişmeyen bu düzenleme, izleyen yıllarda getirilen çeşitli istisnalarla, 2003 yılına değin uygulanmış, ancak 4817 sayılı ve 27 Şubat 2003 tarihli yasayla, yürürlükten kaldırmıştır (m. 35).

³⁰⁴ İşe alınma yada alınmama terimleri konusunda bir yorum yapmayan *Yenidünya*, “suçun haksızlık içeriği ile yaptırımı nazara alındığında, 122 nci maddenin etkin ve caydırıcı bir düzenleme olmaktan uzak bulunduğu belirtilmelidir” demektedir (Caner Yenidünya, **a.g.m.**, s. 115).

³⁰⁵ Aynı görüş için bkz.: Ulaş Karan, **a.g.m.**, s. 167.

³⁰⁶ **Resmi Gazete**, 16 Haziran 1932, Sayı: 2126; **Düster**, Üçüncü Tertip, İkinci Basılış, Cilt 13, s. 519-520.

2007 sayılı yasanın 1. maddesi, bir yandan olumlu bir anlatımla “*münhasıran* Türk vatandaşları tarafından yapıl(masını)” öngördüğü ve öte yandan da, bunu pekiştiren olumsuz bir anlatımla “Türk vatandaşı olmayanlar tarafından yapılması(nın) memnu” (yasak) olduğunu belirttiği sanat ve hizmetleri, ³⁰⁷ ayrıntılı biçimde saymıştı. 3. madde de, yasanın Türk vatandaşlarına özgümediği sanat ve hizmetlerin yabancılarca yapılmasının, gerektiğinde, Bakanlar Kurulu kararıyla yasaklanmasına da olanak vermişti. Böylece, yabancılara yasaklanan, ancak genişletilmesi olanaklı sanat ve hizmetler, 1. maddenin A ve B bentlerinde şöyle sıralanmıştı:

“A) Ayak satıcılığı; çalgıcılık; fotoğrafçılık; berberlik; müretteplik; simsarlık; elbise, kasket ve kundura imalciliği; borsalarda mubayaacılık; Devlet inhisarına tabi maddelerin satıcılığı; seyyahlara tercümanlık ve rehberlik; inşaat, demir ve ahşap sanayi işçilikleri, umumi nakliye vesaiti ile su ve tenvir ve teshin ve muhabere işlerinde daimi ve muvakkat işçilik; karada tahmil ve tahliye işleri; şoförlük ve muavinliği; alelümum amelelik; her türlü müesseselerle ticarethane, apartman; han, otel ve şirketlerde bekçilik, kapıcılık, odabaşılık; otel, han, hamam, kahvehane, gazino, dansiğ ve barlarda kadın ve erkek hizmetçilik (garson ve servant); bar oyunculuğu ve şarkıcılığı.

B) Baytarlık ve kimyagerlik”.

Yabancıların il ve ilçe merkezi olmayan yerlerde dükkan açmalarını da yasaklayan (m. 8) 1932 yasanının 2. maddesi, kimi sanatların yapılmasını, ancak “İcra Vekilleri Heyeti kararıyla ruhsatı mahsus” alınması koşuluna bağlı tutmuştu. Bunlar da; “A) Tayyare makinistliği ve pilotluğu” ile “B) Devlete veya vilayetlere merbut müessesat veya belediyeler ile bunlara merbut tesisat hizmetleri” idi. 5. madde ise, kendilerine yasaklanan sanat ve hizmetleri gören yabancılara, yasanın yayımından başlayarak bir yıl içinde işlerini terketme zorunluluğu getirmişti. 31 Mayıs 1933 tarihli ve 2249 sayılı yasayla iki yıla çıkarılan bu süreye uymayanlar için de yaptırımlar öngörülmüştü (m. 6).

³⁰⁷ 29 Mayıs 1929’da Meclis’e gönderilmesinden üç yıl sonra kabul edilen, temelde 1929 bunalımını görece daha da ağırlaştırdığı işsizlik sorununa “milli iktisat” yaklaşımı bağlamında çözüm getirmeyi amaçlayan yasanın, 1923’te İzmir’de yapılan Türkiye İktisat Kongresinde kabul edilen “işçi grubunun iktisat esasları”ndan biri olarak “*memlekette açılacak bütün işlerin Türk erbab-ı sây ve ameline tahsis*” biçiminde yer almasıyla başlayan oluşum sürecinin o yıllardaki siyasal ve ekonomik bağlamlar çerçevesindeki gelişimi ve yasanın “arka planı” konusunda geniş bilgi için bkz.: Yüksel Akkaya, “1929 Bunalımı ve Bir Kanun: Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun”, **Toplumsal Tarih**, Cilt 12, Sayı: 68, Ağustos 1999, s. 42-52; Ahmet Makal, **Türkiye’de Tek Partili Dönemde Çalışma İlişkileri: 1920-1946**, İmge Yayını, Ankara, Aralık 1999, s. 344-351; Cahit Talas, **Türkiye’nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi**, Bilgi Yayını, Birinci Basım, Şubat 1992, s. 89-90.

b. Yabancı Sermayeyi Teşvik Yasası ve Yabancıların İstihdamı

2007 sayılı yasanın öngördüğü yasaklara 18 Ocak 1954 tarihli ve 6224 sayılı **Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu**³⁰⁸ ile de istisna getirilmiştir. “Yabancıların istihdamı” başlıklı 7. maddeye göre:

“a) Bu Kanun gereğince kurulan bir teşebbüsün etüd, kurulma ve işletme devrelerinde 2007 ve 2818 sayılı Kanunların koydukları şartlar ve memnuiyeler böyle bir teşebbüse para yatıran yabancılara, para yatırırların mümessili olan yabancılara, mütehasıs, ustabaşı ve diğer yetişkin personele, Komitece teşebbüsün verimli surette kurulması, genişletilmesi, yeniden faaliyete geçirilmesi veya işletilmesi için gerekli bir devre zarfında tatbik olunmaz.

b) Yukarıdaki hüküm, Komitece, bu kanunun 1’inci maddesinin koyduğu şartlara uygun olduğu kabul edilen yerli teşebbüslerin istihdam edecekleri yabancı mütehasıs, ustabaşı ve diğer yetişkin personel hakkında da tatbik olunur. (...).”.

Ekleme gerekirse, yasanın “yerli ve yabancı sermayenin müsavi muamele görmesi” başlıklı 10. maddesi, eşit işlem ilkesini şöyle güvenceye almıştı: “Yerli Sermayeye ve teşebbüslere tanınan haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan, aynı sahalarda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüsler de aynı şartlar dahilinde istifade ederler.”

c. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Yasası ve

Yabancı Personel İstihdamı

6224 sayılı yasa, 5 Haziran 2003 tarihli ve 4875 sayılı “**Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu**”nun 5. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.³⁰⁹

4817 sayılı yasadan üç ay kadar sonra kabul edilen 4875 sayılı yasa, 3. maddesinin a/2 bendinde, “yabancı yatırımcılar(ın) yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabi” olduklarını belirtmiş; g bendinde ise, “yabancı personel istihdamı”nı şöyle düzenlemiştir:

“Bu Kanun kapsamında kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verilir.

27.2.2003 tarihli ve 4817 sayılı *Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun* 23 üncü maddesi uyarınca Hazine Müsteşarlığı ve

³⁰⁸ Resmi Gazete, 24 Ocak 1954, Sayı: 8615.

³⁰⁹ Resmi Gazete, 17 Haziran 2003, Sayı: 25141.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikte; yabancı sermayeli şirket ve kuruluşlardan hangilerinin bu kapsama gireceği ile söz konusu yönetmelik kapsamında izin verilecek kilit personelin tanımı ve çalışma izinlerine ilişkin özel nitelikteki diğer esas ve usuller belirlenir.”

d. Türk Soylu Yabancılara Çalışma Olanığı Tanınması

12 Eylül sonrasında yapılan konuyla ilgili ilk yasal düzenlemelerden biri olan bu yasayla, 2007 sayılı yasanın öngördüğü “yurttaşlık” temeline dayalı ayrımcılığa kimi *istisnalar* getirilmiştir. Bunlardan biri, “Türkiye’de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine” olanak sağlayan 25 Eylül 1981 tarihli ve 2527 sayılı “*Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun*”dur.³¹⁰ Bu yasa gereğince, yetkili makamlardan izin alınması koşuluyla, 2007 sayılı yasanın 1. maddesinde belirtilen meslek ve sanatların, *Türk soylu yabancılar* tarafından da yapılması olanaklıdır.

2527 sayılı yasanın amacı, “Türkiye’de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, *Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç* olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlamaktır” (m. 1). Yasa, kapsamıyla ilgili 2. maddesine göre, “Türk soylu yabancıların Türkiye’de çalışmalarına, *kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde* çalıştırılabilmelerine izin verilmesine, meslek kuruluş ve sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilerine hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesine ilişkin hükümleri kapsar.”

2527 sayılı yasanın “çalışma izni verilmesi” konusunu düzenleyen 3. maddesinin 2003’te 4817 sayılı yasayla değiştirilen metnine göre, “Türk soylu yabancıların, kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen meslek, sanat ve işlerde çalışabilme ve çalıştırılabilmeleri için, özel kanunlarda aranan nitelikleri taşımak ve yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla, bu kanun ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununa göre, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca izin verilir.” Bu değişiklikte, çalışma izni verme yetkisi İçişleri Bakanlığınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na devredilmiştir.

3. maddeye göre çalışma izni verilen Türk soylu yabancılar, “özel kanunlar uyarınca Türk vatandaşları gibi ilgili *meslek kuruluşlarına kayıtlarını yaptırmakla yükümlü*” tutulmuşlar ve “girdikleri meslek kuruluşlarının; genel kurulları

³¹⁰ Resmi Gazete, 29 Eylül 1981, Sayı: 17473.

na katılma, seçme ve seçilme dışındaki bütün haklardan yararlan(maları)” öngörülmüştür (m. 4). Kuşkusuz, üye olmak zorunda buldukları meslek kuruluşlarının genel kurullarına katılma, yönetim organlarına seçilme haklarından yoksun bırakılmış olmaları “doğrudan” ayrımcılık oluşturmaktadır ve sözleşmelerle bağdaşmaz.

2527 sayılı yasanın 7. maddesi de, “kendilerine izin verilenler(in), izin süresince, ikamet ve çalışma ile ilgili kanunların öngördüğü Türk vatandaşı olma şartından istisna edil(melerini)” öngörmüş; ayrıca bunların (yani çalışma izni verilenlerin) siyasal haklardan yararlanamayacaklarını da eklemiştir.

e. Serbest Bölgelerde Yabancı Çalıştırılabilmesi

Yurttaşlık koşuluna getirilen bir başka istisna, 6 Haziran 1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Yasası'nda ³¹¹ yer almıştır. ³¹²

“Serbest bölgelerde faaliyet gösterecek işyerlerinde yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı personel çalıştırılabilir” diyen (m. 10) yasa, 1932 yasanının kendisine aykırı kurallarının uygulanmamasını öngörmüştür (m. 12).

f. Yabancılara Çalışma İzni Verilmesi

27 Şubat 2003 tarihinde kabul edilen 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, ³¹³ genel gerekçesi ile komisyon raporlarında da açıklandığı gibi, aynı zamanda hukuksal ve ekonomik nedenlerin gerektirdiği, kanımca gecikmiş bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

Genel gerekçede açıklandığı üzere, göç veren ülke olmasının yanı sıra yabancı işgücü göçü alan bir ülke niteliği de kazanan Türkiye'de bulunan yabancıların çalışmasına ilişkin ulusal mevzuatın “dağınık ve çok başlı” nitelik taşıması, bunun doğrudan yada dolaylı kurallarıyla yetmiş aşkın yasadaki kurallardan kaynaklan-

³¹¹ **Resmi Gazete**, 15 Haziran 1985, Sayı: 18785.

³¹² Anımsanacağı gibi, 3218 sayılı yasanın geçici 1. maddesinde; “serbest bölgenin faaliyete geçmesinden itibaren on yıl süreyle” 2822 sayılı yasanın “grev ve lokavt ile arabuluculuk hükümleri uygulanmaz” diyerek, özgür ve gönüllü toplu pazarlık sistemini on yıl askıya almış ve uyuşmazlıkların Yüksek Hakem Kurulu'nca karara bağlanmasını öngörmüştü. Bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiş, ancak Anayasa Mahkemesi iptal isteminin reddine karar vermiştir (Mesut Gülmez, “Serbest Bölgelerde Grev Hakkı ve Anayasa Mahkemesi Kararı”, **Prof. Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1988, s. 274-281). Bu düzenleme, izleyen yıllarda UÇÖ denetim organlarının sistemli eleştirilerine konu olmuştur (Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu**, s. 30 vd).

³¹³ **Resmi Gazete**, 6 Mart 2003, Sayı: 25040. Bu yasayla yapılan düzenlemeler, çeşitli yasalardaki yabancı istihdamına ilişkin kurallar konusunda bilgi için bkz: Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.y.**, s. 375-379; Nejat Güneri, **Türk Yabancı Uruklu İşçi İstihdamı**, TÜRMÖB Yayını, Ankara, Ekim 2007; Aydoğan Asar, **Türk Yabancıların Mevzuatında Yabancı ve Hakları**, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2001; Bülent Çiçekli, **Yabancıların Çalışma İzinleri**, TISK Yayını, Ankara, Şubat 2004; .

ması, ayrıca ülkemizin taraf olduğu ikili yada çok taraflı sözleşmelerde de bu konuya ilişkin kurallar bulunması, yürürlükteki mevzuatı tekleştirici bir yasal düzenleme yapılmasını gerektirmiştir. ³¹⁴ ÇSG Bakanı'nın, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında yaptığı açıklamalara göre de; "tasarı hazırlanırken öncelikle ulusal mevzuatımızdaki hükümler ile *ülkemizin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerdeki hükümler*" dikkate alınmış; tasarı, "Avrupa Birliği Türkiye Ortaklık Hukuku ve karşılıklılık esası temel alınarak" hazırlanmıştır.

Yukarıda değinildiği üzere, 1932 yasanını yürürlükten kaldıran 4817 sayılı yasa, ³¹⁵ 1. maddesinde de belirtildiği gibi, "yabancıların Türkiye'deki çalışmalarını izne bağlamak ve bu yabancılara verilecek çalışma izinleri ile ilgili esasları belirlemek" amacıyla kabul edilmiştir. 3. maddesinde, "403 sayılı *Türk Vatandaşlığı Kanununa göre Türk vatandaşı sayılmayan kişiyi*" yabancı olarak tanımlayan) yasa, ilkece "çalışma izninin tek merkezden verilmesi" amacını taşımakla birlikte,

³¹⁴ 4817 sayılı yasanın "genel gerekçesi"nde, kabul edilmesinin hukuksal ve ekonomik nedenleri şöyle açıklanmıştır:

"Cumhuriyetin kuruluşundan günümüze kadar yetmişin üzerinde kanunda yabancıların istihdamı ile doğrudan ya da dolaylı olarak hükümler yer almış bu durum, *mevzuatımızda dağınık ve çok başlı bir yapı* yaratmış, yabancıların çalışmalarının düzenlenmesinde de yetersiz kalmıştır.

Ülkemizin taraf olduğu *ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde* de yabancıların çalışmalarını düzenleyen hükümler bulunmaktadır. Dağınık mevzuat yapımız bu alandaki gereksinimleri de karşılayamamaktadır.

Ayrıca, Türkiye'nin bulunduğu coğrafyada yaşanan hızlı kanunî ve ekonomik gelişmeler sonucunda *Türkiye'ye yönelik yabancı göçü*, ülkemizde kayıt dışı yabancı istihdamında çok büyük artışlar yaşanmasına neden olmuştur. Mevzuat yapımız *kayıt dışı yabancı istihdamının artmasında* ve bu durum ile etkin mücadele verilmesinde olumsuz yönde etkili olmuştur.

Ülkemizde *çalışma barışı, ücret düzeni, sendikal düzen üzerinde olumsuz etkileri* belirginleşmeden ve ülkemizin uluslararası taahhütlerinin karşılanması bakımından yabancıların ülkemizdeki çalışmalarının izne bağlanmasını ve izinlerin prensip olarak tek merkezden verilmesini sağlayacak bir kanunî düzenleme büyük önem taşımaktadır."

(...) Böylece bu alanda çok önemli bir ihtiyaç olan ülkemizde çalışan yabancılarla ilgili istatistik bilgi ve veriler tek merkezde toplanmış olacaktır.

(...) Böylelikle, giderek boyutları büyüyen kaçak yabancı istihdamının önlenmesi konusunda önemli aşama sağlanmış olacaktır.

Tasarı hazırlanırken gerek ulusal mevzuatımızdaki hükümler, gerekse ülkemizin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerdeki hükümler dikkate alınmıştır."

(**TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 38**, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı ile İçişleri ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonları Raporları (1/308).

Yasaya ilişkin genel gerekçe ve ekler konusunda ayrıca bkz.: Pir Ali Kaya-Nejat Güneri, **a.g.y.**, s. 681-702).

³¹⁵ Madde gerekçesinde, benim de vurguladığım gibi, 2007 sayılı yasanın, "*Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı sözleşmelere aykırı düzenlemeler içer(diği)*" ve "yürürlükten kaldırılmasıyla mevzuatımızda herhangi bir boşluk oluşma(dığı)" belirtilmiştir.

kimi yabancıları kapsamı dışında bırakan istisnalara yer vermiştir. 2. maddeye göre, **yasanın kapsamadığı yabancılar** şunlardır:

- “403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 29 uncu maddesinin ikinci cümlesi” kapsamına giren yabancılar; ³¹⁶
- “5680 sayılı Basın Kanununun 13 üncü maddesi” kapsamına giren yabancılar;
- 231 sayılı Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren” yabancılar;
- “Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarınca kanunla verilen yetkiye dayanarak çalışma izni verilen veya istihdam edilen” yabancılar;
- “Karşılıklılık ilkesi, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği hukuku esasları dikkate alınarak çalışma izninden muaf tutulan yabancılar.”

Yasanın kapsamı dışında bıraktığı yabancılardan Türk Vatandaşlığı Yasası'nın 29. maddesinin ikinci cümlesindeki yabancılar, doğumla yurttaşlığı kazanmakla birlikte, daha sonra izin alarak yurttaşlıktan ayrılanlardır. 403 sayılı yasanın 6 Temmuz 2004 tarihli ve 5203 sayılı yasayla değişik 29. maddesinin ilk cümlesi, “bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur” diyerek, yurttaşlığı yitirmenin “yabancı” işlemi göreceğini belirttiikten sonra, ikinci cümlesinde “saklı tuttuğu hakları” belirtmiştir. Yasanın, yurttaşlığın “doğum” yoluyla kazanılmasını düzenleyen -ve 13 Şubat 1981 tarihli ve 2383 sayılı yasayla değiştirilen- 1. maddesine göre, “Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar(ı) doğumlarından başlayarak Türk vatandaş(lığını)” kazananların daha sonra izin alarak yurttaşlıktan ayrılmaları ve dolayısıyla “yabancı” statüsüne geri dönmeleri durumunda, kendilerine bazı koşullarla ve kimi haklara ilişkin istisnalar dışında, yurttaşlara tanınan haklardan yararlanmayı sürdürme olanağı tanımıştır. 29.

³¹⁶ 403 sayılı yasanın 6 Temmuz 2004 tarihli ve 5203 sayılı yasayla değişik 29. maddesi, ilk cümlesinde “bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur” dedikten sonra, doğumla yurttaşlığı kazanmakla birlikte, daha sonra izin alarak yurttaşlıktan ayrılanlar için bazı koşullarla ve istisnalar dışında, yurttaşlara tanınan haklardan yararlanmayı sürdürme olanağı tanımıştır. Maddenin ikinci cümlesi şöyledir:

“Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla **Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler.** Kanunun 33 ve 35 inci madde hükümleri saklıdır.”

maddenin ikinci cümlesinin “*özel statülü yabancı*” olarak nitelenen ³¹⁷ bu kişilere ilişkin düzenlemesi şöyledir:

“Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatanışlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatanışlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, *askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında*, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla **Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler**. Kanununun 33 ve 35 inci madde hükümleri saklıdır.”

4817 sayılı yasa, kapsamı dışında tutulan bu yabancıları saydıktan sonra, **kapsamına giren yabancıları** şöyle belirlemiştir:

- “Türkiye’de bağımlı ve bağımsız olarak çalışan yabancılar”;
- “Bir işveren yanında meslek eğitimi gören yabancılar”;
- “Yabancı çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler.”

Yasanın verdiği tanıma göre; “*bağımlı çalışan*” kavramı, “gerçek veya tüzel kişiliği haiz bir veya birden fazla işveren emrinde ücret, aylık, komisyon ve benzeri karşılığı çalışan yabancıyı” anlatır. “*Bağımsız çalışan*” kavramı da, “başka şahısları istihdam etsin veya etmesin kendi ad ve hesabına çalışan yabancı” anlamına gelir (m. 3).

4817 sayılı yasa, düzenlediği konuların çoğuna ilişkin maddelerinde, aynı anlatımla, “Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe” diyerek, sözü edilen sözleşmelerin benzer konulardaki kurallarını saklı tutmuştur. Örneğin, “yabancıların Türkiye’de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları(nın) gerek(tiğini)” belirtirken, bu izin koşulunun, anılan sözleşmelerde tersine bir kural bulunmaması durumunda aranmasını öngörmüştür (m. 3).

34. maddeden ve altı bölümden oluşan yasa, yabancıları çalışma izni verilmesini çeşitli boyutlarıyla ayrıntılı biçimde ele almış; özellikle izin alma yükümlülüğü

³¹⁷ Feriha Bilge Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 72, Eylül-Ekim 2007, s. 45. Yazarın, 7 Nisan 2006 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan ve o tarihten beri gündemde tutulan, ancak İçişleri dışında hiçbir komisyonun raporunu vermediği yeni *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı* konusunda şu makaleleri de vardır: Feriha Bilge Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 75, Mart-Nisan 2008, s. 27-62; Feriha Bilge Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 76, Mayıs-Haziran 2008, s. 27-63.

ve izin verme yetkisi, ³¹⁸ süreli ve süresiz izin türleri, izinden bağışıklık ve sınırlamalar, izin isteminin reddedilmesi ve iznin iptali, yargıya başvuru hakkı, bağımsız çalışan yabancılar için bildirim yükümlülüğü, “ülkemizde sayıları(nın) oldukça fazla olduğu tahmin edilen yabancı kaçak işçiliğinin önlenmesi için” yasa kapsamındaki yabancıların ve işverenlerin denetlenmesi ve yaptırımlar, yabancıların çalıştırılmasıyla ilgili kurallar içeren çeşitli yasalarda çalışma izni verme yetkisini tek elde (ÇSG Bakanlığı’nda) toplamak için yapılan değişiklikler ve bir yönetmelik çıkarılması konularında düzenlemeler yapmıştır. ³¹⁹

III. GENEL DEĞERLENDİRME

Çalışma Hukuku alanında, Anayasa ve yasalarla ulusal hukuksal çerçevesi belirlenen yasa / hukuk önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı alanında, on yılı aşan aday üyelik süreci boyunca, bir yandan bu konuya ilişkin kuralları da bulunan genel insan hakları sözleşmelerinin onaylanması, öte yandan da üyelik sürecinin “kritik” evrelerinde uyum sağlayıcı düzenlemeler yapılması doğrultusunda gelişmeler olmuştur. İnsan haklarını hukuksal yönüyle bulunduğu noktadan görece daha ileri bir aşamaya taşıyan bu düzenlemeler, doğal olarak, gerek ulusalüstü sözleşmelere ve gerekse AB hukukuna aykırı kurallar içermeleri nedeniyle, hem Anayasa’yı ve hem de yasaları kapsamıştır.

Ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi alanında 2004’te Anayasa’nın 10. maddesine eklenen özgül bir kuralla, cinsiyetlerarası eşitlik ilkesi güçlendirilmiş, devletin olumlu ayrımcılık yükümlülüğü pekiştirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 10. maddeye yönelik aykırılık ve iptal savları temelinde verdiği kararlarında, ilkece İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına koşut bir eşitlik yaklaşımı içinde olmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin, gerek hukuk önünde eşitlik ilkesi ve gerekse ayrımcılık yasağı konusunda; İHAM dışında, Türkiye’nin taraf olduğu başka insan hakları sözleşmelerinin kurduğu denetim organlarının kararları ve AB Adalet Divanı’nın kararları ile karşılıklı etkileşim içinde oluşturulan *uluslararası ortak hukukun* maddi içeriğinden esinlenip onu ulusal hukumuza taşıdığı ve zenginleştirdiği söylenemez. Anayasa’daki eşitlik ilkesini “eylemli” değil “hukuksal” eşitlik ile sınırlandıran ve bu ilkeye, devletin somut ve

³¹⁸ Madde gerekçesinde, şu açıklama yer almaktadır:

“Temel ilkelerde, Türkiye-Avrupa Ekonomik Topluluğu Ortaklık Konseyi kararları paralelinde düzenleme yapılmıştır. Bunun yanı sıra, Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelere aykırılığının önlenmesi amaçlanmaktadır.”

³¹⁹ Çalışma izni olan ve olmayan yabancı çalışanlar konusunda bkz.: Kuvvet Lordoğlu, “Türkiye’deki Çalışma Hayatının Bir Parçası Olarak Yabancı Çalışanlar”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, (Yay. Haz.: Berrin Ceylan-Ataman), AÜ SBF Yayını, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2007, s. 489-510. Bu makale için ayrıca bkz.: **Çalışma ve Toplum**, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2007/3, 14, s. 11-28; Nejat Güneri, **Yabancı Uyruklu İşçi İstihdamı**, Sirküler Rapor, Sayı 2007-10, Ekim 2007, TÜRMÖB Yayını, Ankara, 2007.

olumlu edimde bulunmasını içeren bir anlam yüklemekten kaçınan yerleşik yaklaşımla, yasa önünde eşitliğin özellikle sosyal haklardan yararlanma yönünden taşıdığı önemi göz ardı etmiş; kısacası, ulusalüstü yazılı ve ortak hukuka açılımdan uzak durmuş ve eşitliğe, “sosyal devlet” ilkesi penceresinden değil, yalnızca hukuk devleti penceresinden bakmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin; 4857 sayılı yasaya ilişkin kararında, sigortalı işçileri “iş güvencesinden yararlananlar” ve “iş güvencesinden yararlanmayanlar” biçiminde neredeyse birbirine eşit iki parçaya bölerek “doğrudan ayrımcılık” yapan ve böylece yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olarak iş güvencesi açısından ikili bir rejim yaratan bir düzenlemeyi “ölçüsüz” bulmamış ve üstelik “eşitlik ilkesi” açısından incelemeye bile değer görmediğini belirtmekle yetinerek konuyu tartışmaktan kaçınmış olması, değiştirilemez “zorunlu çekirdek” ilkelere³²⁰ olan sosyal devlet ilkesini göz ardı etmesi demektir. Bu, işçi-işveren arasındaki dengenin güçlü işveren yararına kollarınanması anlamına gelir.

Ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi alanında, hem ulusalüstü insan hakları ortak hukukuna ve hem de AB hukukuna uyum sağlama yolunda çalışma hukuku alanında en önemli adım, 4857 sayılı İş Yasası ile atılmıştır. Ne var ki, yasanın bilim komisyonunca hazırlandığı ve kabul edildiği tarihlerde, bu alanda uluslararası ortak hukukun temel ilkelerinin yerleşik nitelik kazanmış olmasına karşın, bu önemli adım, sanıldığından da çok sayıda eksiklik, aykırılık ve uyumsuzluk içeren kuralların yer aldığı bir düzenlemeyle sonuçlanmıştır. Bunlar, hem “tam uyum” konusundaki “siyasal irade”nin eksikliğinden kaynaklanan ve hem de izlenen ekonomik ve sosyal politikaların ürünü olan, dolayısıyla aslında bilerek görmezlikten gelinen uyumsuzluklardır. Çünkü, gerek 100 ve 111 sayılı sözleşmeler, gerek Avrupa Sosyal Şartı temelinde gerçekleştirilen denetimlerde, uyumlu ve uyumsuz kuralların dökümü yapılarak, hangi konularda uygunluk sağlayıcı düzenlemeler yapılması gerektiği anımsatılmıştır. Avrupa Komisyonu'nun İlerleme Raporlarında da, yapılması istenen uyum sağlayıcı düzenlemelerin neler olduğu belirtilmiş, eşit işlem yönergelerine hala tam uyum sağlanmadığı yinelenmiştir. Kısacası, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesiyle bağdaşmayan kuralların somut biçimde ortaya konulmasına karşın, İş Yasası ve uyum paketleri eksik önlemler içeren bir yaklaşımla hazırlanmıştır. Böylece, her İlerleme Raporu döneminde (Sonbahar aylarında), kimi konularda uyum sağlamaya yönelik “kısmi” önlemlerle yetinilen, kimi konuları gelecek Sonbahara erteleyen, bir tür “arkası yarın” (mabadi var) yaklaşımı benimsenmiştir. Gerek İş Yasası'nın 5. maddesindeki ve gerekse Sendikalar Yasası'ndaki aykırılığı yıllardır bilinen kurallarda uyum sağlayıcı düzenlemelerin sonlandırılmayıp, ya ILO Genel Konferansı'nın toplanması yada İlerleme Raporlarının yayımlanması öncesinde (her yılın İlkbaharında yada Sonbaharında) hazırlanan yasa taslak yada tasarıları ile “yasak savıcı” bir politika izlenmesi, temelde deği-

³²⁰ Mesut Gülmez, “Anayasanın Zorunlu Çekirdekleri”, **Radikal İki**, 4 Mart 2008, s. 4.

şen hükümetlere karşı değişmeyen bu yaklaşımın belirgin özelliğini oluşturmuştur, oluşturmaktadır.

Yasal düzenlemeler bağlamında, uyumsuz düzenlemelerin eleştirildiği konulardan birini oluşturan “yurttaşlık” temeline dayalı ayrımcılık alanında gerçekleştirilen çeşitli yasal düzenlemelerle önemli ölçüde uyum sağlandığı görülmektedir. Bununla birlikte, özellikle GG ASŞ’den doğan yükümlülükler çerçevesinde, SHAK bu alanda eleştirilerini sürdürmektedir. Sendikal haklardan yararlanma konusundaki -bilinenlerden daha çok olan- aykırılıkların ise, yasama gündemindeki tasarıyla yalnızca birinin kaldırılması öngörülmektedir.

Ayrımcılık karşıtı hukuksal çerçevenin güçlendirildiği konulardan biri de, “cinsel taciz”dir. “Cinsel taciz”, ayrımcılık biçimlerinden biri olarak öteki ayrımcılıklar gibi tanımlanmamış olmakla birlikte, iş ve ceza hukuku alanlarında yapılan düzenlemelerle, belirli güvencelerin sağlandığı, hukuksal ve cezasal yaptırımların getirildiği önemli konulardan biridir.

“Engel”, gerek Anayasa’nın 10. ve gerekse İş Yasası’nın 5. maddelerinin 1. fıkralarında yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında açıkça sayılmamış olmakla -ancak “ve benzeri nedenler”den biri olarak koruma kapsamında bulunmakla- birlikte, engellilere yönelik ayrımcılıklar, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği çerçevesinde benimsenen toplumsal bütünleşme ve katılımcı bir yaklaşım doğrultusunda özel bir yasal düzenlemeye konu olmuştur. Ne var ki, toplumsal yaşamın her alanında, ulusüstü sözleşmelerin ve AB yönergelerinin öngördüğü, engellilere yönelik “makul düzenlemeler” yapılmamasından kaynaklanan üzücü sorunlar, çağdaş yaklaşımlı biçimsel düzenlemelerle kendiliğinden sona ermemektedir, ermeyecektir.³²¹

Kanımcı, aday üyelik süreci boyunca gerçekleştirilen uyum sağlayıcı anayasal ve yasal düzenlemelerdeki eksiklik ve yetersizlikler, ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi alanına özgü olmayıp başka alanlarda da örnekleri görülen bir yaklaşım ve olgudur. Geride kalan on yıl, gelecek on yılın da, hukuksal çerçevedeki uyumsuzlukların değiştirilmesi çalışmalarıyla geçeceğini, geçirileceğini öngörme olanağı vermektedir. Buna karşılık, ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitliğin “sosyal” boyutuyla da uygulamada gerçekleştirilmesine yönelik etkili ekonomik ve sosyal politikalar oluşturulup işlerliğe geçirilmesi konusunda iyimser olmak çok güçtür.

³²¹ Bunun çarpıcı yeni örneklerinden biri, Konya Ticaret Odası’nda düzenlenen engelliler panelinde yaşanmıştır. Panel salonuna tekerlekli sandalye ile gelen engelliler; TBMM Başkanı’nın eşinin de katıldığı ve “engelliler için çıkarılan yasalar(ın) ve hakların yeterince bilinmediğinden yakındı(ğ)ı” belirtilen panel salonuna, ancak “yardımsever yurttaşların yardımıyla” merdivenlerden çıkarılarak ulaşmayı başarmışlardır (“Engellilere Merdiven Engeli”, **Cumhuriyet**, 1 Nisan 2009, s. 6).

SONUÇ

SONUÇ

I.

Ayrımcılık yasağı; gerek Sunuş'ta ve çeşitli bölümlerde yineleyerek vurguladığım gibi ve gerekse insan hakları belge ve sözleşmelerinin büyük bir bölümünde görüldüğü ve denetim organlarının kararlarında açıkça belirtildiği üzere, nedenleri ister "sınırlı" ister "örnek" olarak sayılmış olsun, eşitlik ilkesinden bağımsız, kopuk, kendi başına özerk bir ilke değildir. Başka bir anlatımla, eşitlik ilkesi de, ister ayrımcılık yasağıyla birlikte, isterse hiçbir göndermede bulunulmaksızın tanınıp güvenceye alınmış olsun, birinci olasılıkta açıkça ve ikinci olasılıkta da örtük olarak ayrımcılık yapılmaması ilkesini içerir.

Genel olarak, hukuk düzeninin tümü için geçerli olan yasa önünde eşitlik ilkesi ve özel olarak da çalışma hukukundaki adıyla eşit davranma / eşit işlem ilkesi, özellikle insan haklarının kullanılması söz konusu olduğunda, hak özneleri arasında ayırım gözetilmemesini içerir. Bu, eşitlik ilkesiyle ayrımcılık yasağı arasındaki *bölünmezliğin* bir gereği ve sonucudur. Eşitlik ve ayrımcılık arasındaki ilişkinin niteliği konusunda benimsenebilecek -asında birbirinden çok farklı olmayan- değişik yaklaşımlar, bu bağlantının varlığını etkilemez, değiştirmez ve kaldırmaz.

Kanımca, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, birlikte tanınıp güvenceye alındığı zaman, aralarındaki birbirinin "onsuz olmaz" nitelikli bu bağlantı ve bölünmezlik nedeniyle, "**ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi**" olarak nitelenebilir. Hak boyutu yönüyle belirtmek gerekirse, ayrımcılık görmeme hakkı, insan hakkı olarak eşitlik hakkının temel ögesidir.

II.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bu yaklaşımla, soyut ve biçimsel yönüyle tanınıp güvenceye bağlanmasının yanı sıra, özellikle **insan hak ve özgürlüklerinden yararlanma** konusunda üstün ve ölçü ilke olarak yaşamsal önem taşır. Ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin; gerek tüm insan hak ve özgürlüklerinden uygulamada somut ve eylemli olarak yararlanılmasında, gerekse temelde salt insan olmaları nedeniyle doğuştan "hak öznesi" niteliğini kazanan tüm insanlar için -kimi özelliklerine yada durumlarına bakılmaksızın- her zaman gözetilmesi gerekir. Bu niteliği dolayısıyla, ayrımcılık yasaklı eşitlik; öncelikle tüm insan haklarının kullanılması bağlamında, hem üstün bir ilkedir, hem hak öznelerinin ileri sürebilecekleri temel bir haktır ve hem de devlet ile kamusal ve özel işverenlerin, insan haklarından yararlanmalarının söz konusu olmadığı durumlarda da uymaları ve gerçekleştirilmesine çaba göstermeleri gereken anayasal ve yasal bir yükümlülüktür.

Usulüne göre yürürlüğe koyarak çok önemli bir bölümüne “ulusalüstü” nitelik kazandırdığımız sözleşmeler, dayandırıldığı nedenleri tüketici olmaksızın sayıp yasakladıkları ayrımcılığı, genel olarak güvenceye aldıkları hak ve özgürlüklerden yararlanmayla sınırlı olarak düzenlemişler; ayrıca, kimi haklar yada kimi hak öznelere için öngördükleri özgül kurallarla ayrımcılık yasağını pekiştirmişlerdir. Bunlardan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ise, başka bir örneği bulunmayan bir düzenleme yaparak, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesini güvenceye aldığı haklarla -kendi maddi içeriğiyle- sınırlı olmaksızın, “özerk bir hak” olarak da tanımıştır. Ayrımcılık yasağını, yasa / hukuk önünde eşitlik ve hukukun eşit koruması hakları ile aynı nitelikte bir “*temel ve genel hak*” olarak tanıyan sözleşme, yasalara üstün tutularak uygulanması gereken 26. maddesinin bu “ulusalüstü” kuralıyla; kendi maddi içeriğini (kişi hakları ile siyasal hakları) aşarak, iç hukuk düzenlerinde tüm alanları (işleri ve iş ilişkilerini), kamu görevlileri ve işçiler ile sınırlı olmaksızın “tüm kişileri” ve tüm ayrımcılık biçimlerini kapsayan bir koruma sağlamıştır. Dolayısıyla da sözleşme, gerek devlet ve gerekse işverenler için, ayrımcılığa karşı korumanın yürürlükteki ulusal yasal çerçevesini -örneğin İş Yasası’nın 4. maddesindeki sınırlamaları- göz önüne almaksızın savaşıma verme, “eşit ve etkili” bir korumayı güvenceye bağlama yükümlülüğü getirmiştir. Yargı yerlerimizde doğrudan ve kendiliğinden uygulanması gereken bu kural, uyumun “ulusalüstü” hukuksal çerçevesi açısından öncelikle göz önünde bulundurulmalıdır.

III.

Ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesine ilişkin insan hakları uluslararası hukuku; pozitif düzenlemeler, oluşturulmuş içtihatlar ve genel yorum kararları boyutuyla, ilkenin içeriği ve özellikle kimi temel bileşenleri konusunda benzer yaklaşımların benimsendiği bir “ortak hukuk” niteliği kazanmış görünmektedir. BM, UÇÖ ve AK bağlamlarında, yirminci yüzyılın ikinci yarısında kabul edilen belge ve sözleşmelerin yazılı kuralları; yetkili denetim organlarının, farklı ülkelerdeki somut düzenleme ve uygulamalar temelinde verdikleri kararlarıyla, kağıt üzerindeki metinlerinin ötesinde, yargı güvencesini de kapsayan daha ileri düzeyde bir koruyucu içeriğe kavuşturulmuş, pozitif hukukun yürürlükteki çerçevesini aşan bir içtihat hukuku oluşmuştur.

Giderek ortaklaşan yerleşik yargı kararları bütünü, kimi zaman varolan hukuksal çerçeveyi güçlendirici yeni pozitif düzenlemeleri öncelemiş, bu düzenlemeler anılan kararları pozitif hukuka taşımıştır. Özellikle, Avrupa Birliği’nin, eşit işlem yönergelerini tekleştirilmesinin ardından, emek piyasası dışında da koruma öngören yeni bir yönerge önerisiyle tamamlamaya çalıştığı ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin hukuksal çerçevesinin Antlaşmalar ve türevsel hukuk belgeleri bağlamındaki yavaş ve uzun evrimi, bunun tipik örneklerinden birini oluşturmaktadır.

IV.

Ne var ki, gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse Yargıtay, Anayasa gereği iç hukukta “doğrudan etki” gücü bulunan ulusalüstü insan hakları yazılı ve ortak hukukunu bu yönüyle göz önüne almamış; genel olarak ve çalışma hukuku alanında, “*asgari ortak payda*” nitelikli ulusalüstü hukuka koşut açılımcı bir yaklaşım içinde olmamıştır.

Yüksek yargı yerlerimizin, uygulamanın hukuku öncelenmesine olanak vermeden bu “ulusal yasacı / mevzuatçı” yaklaşımı da, doğal olarak, uyumun tüm yükümlülüğünün yasamanın sorumluluğuna bırakılması sonucunu doğurmuştur.

Yasama ise, çoğu kez, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin de vurguladığı gibi, kendi kusurunun sonucu olan hukuksal boşluğu, denetim organlarınca geçerli sayılmayan bir savunma gerekçesi olarak kullanmıştır.

V.

1919’dan beri kabul ettiği sözleşmelerle insan haklarını sosyal haklar alanında “uluslararasılaştıran” UÇÖ’nün 100 ve 111 sayılı sözleşmelerinin, çeşitli alanlara ve kişi kesimlerine yönelik ayrımcılık karşıtı sözleşme ve tavsiyeleri arasında ayrıcalıklı bir yeri bulunduğu gibi, ayrımcılık karşıtı uluslararası hukukun oluşumunda da öncü bir rolü vardır.

Evrensel Bildirge ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin dışında, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi alanında hukuksal yönden bağlayıcı olmaya yönelik sözleşmelerin bulunmadığı 1950’li yıllarda kabul edilen bu iki sözleşme, Uzmanlar Komisyonu’nun pozitif metinlerini daha ileriye taşıyan yerleşik kararlarını da kapsayan zenginleştirilmiş içeriğiyle, genel olarak kendisinden sonraki uluslararası sözleşmelere ve ortak hukuka esin kaynağı olarak katkıda bulunmuştur.

111 sayılı sözleşme ise, Sunuş’ta da belirttiğim gibi, Türkiye’nin istihdamda ayrımcılık yasağı konusunda en uzun süreli ve en yoğun denetimle karşılaştığı bir sözleşme olması ve bu uygulamadan dersler çıkarılması yönünden özel bir önem taşımaktadır.

VI.

Avrupa Birliği hukukunda, “her tür ayrımcılığın yokluğu” anlamında eşit işlem ilkesinin gösterdiği evrimin 2009 başlarında vardığı nokta; korumanın başlıca bileşenlerini kapsayan olabildiğince ayrıntılı bir hukuksal çerçevedir.

Birkaç ayrımcılık nedenine dayalı olarak başlayan evrim, koruma alanlarının giderek genişlediği ve etki gücünün artırıldığı bir çizgi izlemiş, dar anlamda “hu-

hukuksal” düzenleme ve önlemleri aşan bir çerçeveye ulaşmıştır. Başlıca bileşenleriyle özetlemek gerekirse, tüm ayrımcılık biçimlerinin tanımlandığı, olgusal / eylemli eşitliği sağlamak için olumlu eylemin ayrımcılık sayılmadığı; hak arama (başvuru) yollarının düzenlendiği; kanıtlama yükümlülüğünün paylaştırıldığı; aykırı davranışların etkili, caydırıcı ve orantılı nitelik taşıması zorunlu olan yaptırımlarla desteklendiği; işlem eşitliğini geliştirici ve destekleyici “bağımsız” ve “özerk” kurumsal yapıların yer aldığı; ilgili kişileri bilgilendirmenin öngörüldüğü ve eşit işlem ilkesini geliştirmek ereğiyle sosyal ortaklar arasındaki diyalogu destekleyici önlemler alınmasının istendiği, çok boyutlu ve kapsamlı, yasal / biçimsel düzenlemelere uygulamada işlerlik kazandırılması boyutunu da unutmayan bir hukuksal çerçeve oluşturulmuştur.

Ne var ki, pozitif hukuk alanındaki bu gelişme, aslında beklendiği gibi, ayrımcılıkların kaldırıldığı bir işlem eşitliği ilkesinin tam olarak yaşama geçirilmesi için yeterli olmamıştır, olamamaktadır, olamayacaktır. Ayrımcılık yasağı, olumlu yüzüyle birlikte yada ondan söz etmeksizin göz önüne alındığında, hukuksal düzenlemeler ve siyasal söylemler ile gerçeklerin başka başka olduğu, olmayı sürdürdüğü ve sürdüreceği bir konu, bir insan hakları ihlali sorunudur. AB’nin “cinsiyet” temeline odaklanan ayrımcılığa karşı savaşıma ilişkin düzenlemelerinin konular yönünden kapsamının genişletilmesi ve korumanın neredeyse tüm öğelerini içeren bir hukuksal çerçeveye ulaşılması, madalyonun öbür yüzünün ve aslında buzdağının görünmeyen değil tüm çıplaklığıyla görünen, hukuksal çerçevenin güçlendirilmesine koşut biçimde giderek daha çok görünürlük kazanan yüzünün hiçbir zaman göz ardı edilmemesi gerektiğini de anımsatmaktadır.

AB üyesi devletlerin, özellikle 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde görüldüğü gibi, ortaklaşa oluşturdukları yönergelerin ülkelerinde öngörülen süreler içinde uygulamaya konulması yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmedikleri, yargı sürecinin işletildiği, bu önlemlere karşın uyumdaki eksikliklerin sürdüğü görülmektedir.

Oysa Avrupa Birliği, üye devletlerin tam olarak sağlamadığı uyumun adaylık süreci içinde gerçekleştirilmesini Türkiye’den ve aday devletlerden istemektedir. Kanımca bu politika, gerek “ucu açık” bir süreç içinde bulunan Türkiye ve gerekse Avrupa Birliği açısından, tartışmaya ve eleştiriye açık bir durumdur. Kuşkusuz, insan hakları alanında uyum, ilkece uluslararası kuruluşların istek ve baskılarından bağımsız biçimde, kendi özgür iradesiyle sağlanmalıdır. Burada, AB’nin eski ve yeni üyelerinin sosyal ve sendikal haklar konularındaki insan hakları sözleşmeleriyle uyumsuzluğu süren ve denetim organlarınca eleştirilere konu olan yürürlükteki kurallarını da göz önünde bulundurarak altını çizmek istediğim nokta, kurucu üyelerin bile hala gerçekleştirmediği tam uyumun adaylardan istenmesindeki çelişkidir.

Kanımca, Avrupa Birliği’nin öncelikli sorumluluklarından biri, üye devletlerin, kendisi için “dolaylı müktesebat” oluşturan insan hakları sözleşmelerinin uygulan-

ması alanında denetim organlarınca saptanan uyumsuz yasal düzenlemelerini değiştirmelerini ve aykırı uygulamalarına son vermelerini sağlamaya yönelik etkili bir politika izlemektir.

VII.

Çalışma hukukumuzun ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesine uyumunun “ulusalüstü” çerçevesi, her fırsatta altını çizdiğim gibi, Avrupa Birliği yönergelerine indirgenemez. Uyumun, Anayasa gereği olan “ulusalüstü” hukuksal çerçevesini bir bütün olarak göz önüne alma zorunluluğu vardır. Bu “uluslararası” değil “ulusalüstü” çerçeve, aslında AB’nin de kendisini (kurumlarını) ve üyelerini bağlayan “dolaylı hukuk ve müktesebatı”nı oluşturur. Nitekim, İlerleme Raporlarında da, doğru bir yaklaşımla, yalnızca AB yönergelerine uyumdan değil, aynı zamanda Antlaşmaların göndermede bulunmadığı UÇÖ sözleşmelerine ve sosyal haklar bağlamında göndermede bulunduğu Avrupa Sosyal Şartı’na uyumdan da söz edilmektedir.

Bu nedenle, Ulusal Programlarda da, uyum sağlayıcı yasal düzenlemeler bağlamında 87 ve 98 sayılı UÇÖ sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı’ndan da söz edilmiş ve bu belgelerin uyum sağlanacak uluslararası mevzuat arasında sayılmış olması doğru bir yaklaşımdır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın onaylanması ve 15. ulusal raporla birlikte hukuksal uygunluk denetiminin başlaması nedeniyle, sosyal uyumda ASS yerine GG ASS’nin temel alınması gerektiğine kuşku yoktur.

VIII.

Uyumda unutulmaması gereken önemli ve sürekli yinelediğim bir nokta da, ulusalüstü hukuksal çerçevenin, salt sözleşmelerin pozitif metinleriyle sınırlı olmaması, aynı zamanda yetkili denetim organlarının kararlarını da kapsaması gerçektir. Genel olarak insan hakları ve özel olarak da ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik alanında uyum sağlayıcı anayasal ve yasal düzenlemelerin yetersiz ve kısmi kalmasının temel nedenlerinden biri budur.

Çalışma hukukumuzun, genel olarak sosyal hukuk ve özel olarak da ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi alanındaki uyumunun, GG ASS’nin -hukuksal yükümlülük üstlenmeyi kabul ettiğimiz madde yada fıkra sayısının iki katına ulaşan bir maddi içerikle- onaylanmasıyla ayrımlıkların artacağı daha sorunlu bir dönemin başladığına kuşku yoktur. GG ASS’ye, BM’nin hem ikiz sözleşmelerinin ve hem de göçmen işçilere ve engellilere ilişkin sözleşmelerinin eklenmiş olduğu da anımsanırsa, üstlenilen yükümlülüklerin ne denli genişlediği görülebilir. Özellikle, BM ikiz sözleşmelerinin, hükümet raporlarının süresi içinde gönderilmemesi nedeniyle

çok geciktirilen rapora dayalı denetim sisteminin işlemeye başlaması ve ilk sonuçların alınması ile birlikte, ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesi alanındaki uyumsuzlukların artacağını öngörmek hiç de güç değildir.

Ulusalüstü sözleşmelere ilişkin bu denetimler, komitelerin yerleşik kararları çerçevesinde gerçekleştirileceğinden, ilk ayrıntılı raporların incelenip değerlendirilmesini *önceleyen* bir uyum çabası gösterilmelidir. Genişleyen ulusalüstü hukuksal çerçeve ile bağdaşan anayasal ve yasal uyum düzenlemelerinde, yetkili komitelerin gerek GG ASS'ye ve gerekse ikiz sözleşmelere ilişkin ilk raporları beklenmemelidir.

Böyle bir yaklaşım, uyumun dış etkenlerle değil, “ulusal özgür irade” ile “kendiliğinden ve kendi insanı için” gerçekleştirildiği yolundaki -ne yazık ki inandırıcı olmayan ve gerçeği yansıtmayan- siyasal söylemleri de doğrulayacaktır.

IX.

Ne var ki, genel olarak insan hakları ve özel olarak da ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi alanında, uyum konusundaki “siyasal irade”; genellikle denetim organlarının aykırılıkları saptayan kararlarının ardından ortaya konulmakta, üstelik gecikmeli olarak ve “kritik” dönemlerde “parça parça” gerçekleştirilen onay işlemleriyle sınırlı kalmakta; ayrıca, içtenliğinden gerçekten kuşkuya düşülmesine yol açacak biçimde, dönem dönem değişmekte, askıya alınmakta yada “yasak savcılığa” dönüşmektedir.

Genel olarak denilebilir ki, uyumda, “aday üye” olma ve insan hakları alanında bunun gereklerini yerine getirme, insan hakları sözleşmelerini onaylayarak ulusalüstü yükümlülük üstlenmiş olmanın önüne geçmiştir. Başka bir anlatımla, uyum düzenlemelerinin birincil nedeni, Anayasa gereği olarak, onaydan doğan ulusalüstü hukuksal yükümlülüklerin yerine getirilmesi değil, “aday üyeliğin” gereklerinin yapılmasıdır.

Oysa, “aday üyelik” adına gerçekleştirilen uyum düzenlemelerinin, öncelikle ulusalüstü hukuksal yükümlülükler nedeniyle yapılması gerekir. Bunu ortak hukuka uygun olarak gerçekleştirmek, aslında aday üyelikten doğan yükümlülüklerin de kendiliğinden yerine getirilmesi sonucunu doğuracaktır. AB üyeliğine aday devlet olma ile sözleşmeleri onaylayan devlet olmanın insan hakları ve dolayısıyla ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi konularında doğurduğu yükümlülükler arasında bir farklılık değil, koşutluk yada benzerlik vardır; her ikisi de, ilkece birbirini destekler. Dolayısıyla, uyumda birincil neden yada etken, AB değildir, olmamalıdır; AB'den önce, onaylanan insan hakları sözleşmelerinden doğan ulusalüstü yükümlülükler vardır.

X.

Ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesinin ulusüstü hukuksal çerçevesine uyumda ki önemli eksikliklerin sürdüğünü göz ardı etmeksizin, uyumun uygulamada da sağlanmasının en önemli öğelerinden biri, hiç kuşkusuz, Sunuş'ta da değindiğim gibi **insan hakları eğitimi**dir. Bu, ayrımcılık sorununun bir "insan hakları ihlali sorunu" olmasının, daha açık bir anlatımla, tüm hak öznelerinin tüm insan haklarından eşitlik koşullarında yararlanmalarının eylemli olarak gerçekleştirilmesi sorunu niteliği taşımasının doğal sonucudur. Bunun için de, hukuksal çerçevedeki uyumsuzlukların giderilmesini beklememek gerektiği açıktır. Ayrımcılık yasaklı eşitlik konusundaki insan hakları eğitimi, "hukuksal ve sosyal eşitlik alanında uyum"a yönelik anayasal ve yasal değişiklik ve düzenlemelerin tamamlanmasına ertelenmemesi gereken bir sorundur. AB'nin eşit işlem yönergeleri, insan hakları eğitiminin ayrımcılığa karşı savaşında taşıdığı önceliği görerek, ayrımcılıklara karşı savaşımın bu önemli boyutu konusunda "bilginin yayılması", "sosyal ortaklar (sendikalar) arasındaki sosyal diyalog" ve "hükümetdışı kuruluşlar arasındaki diyalog" ile ilgili düzenlemeler yapmış, üye devletler için yükümlülükler getirmiştir. Bunlar, uyumsuzluk bulunan konulardan birini oluşturmaktadır.

Kuşkusuz, ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi konusundaki insan hakları eğitimi, yalnızca bu alandaki sözleşmeler ve özgül kuralları ile AB yönergeleri konusunda hak öznelerinin bilgilendirilmesiyle sınırlı kalmaz. Çünkü eşitlik ilkesi, olumlu ve olumsuz yönleriyle bir bütün olarak tüm insan haklarının somut ve eylemli biçimde kullanılmasında gündeme gelebilecek "genel", "kapsayıcı", "üstün" ve "ölçü" bir ilkedir. Bu alandaki ayrımcılık karşıtı eğitim ve bilgilendirmenin, bu çalışmada başlıca belgeleriyle ortaya koymaya çalıştığım uluslararası ve ulusüstü hukuksal çerçeveyi kapsamaması gerekir.

Kuşkusuz, sosyal haklar ve çalışma hukukunda eşit işlem ve ayrımcılık yasağı konusunda insan hakları eğitimi söz konusu olduğunda, birincil sorumluluk devlete düşmektedir. Devlet, kimi insan hakları sözleşmelerinde özel olarak öngörülen insan hakları eğitimi konusundaki yükümlülüğünü, haklar ve hak özneleri arasında ayırım gözetmeksizin yerine getirmelidir. Ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi konusundaki insan hakları eğitiminin önemli hedef kitlesinin başında, yasa uygulayıcısı konumundaki kamu görevlileri ve yetkilileri (örneğin, işveren vekili konumunda bulunanlar, güvenlik görevlileri ile savcı ve yargıçlar) gelmektedir. Eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusundaki insan hakları eğitimi, yönetici ve öğretmenleri de kapsayacak biçimde, örgün öğretim sisteminin tüm aşamalarında da (okul öncesi, ilk ve orta öğretimde de) gerçekleştirilmeli, işe ders program ve kitaplarının gözden geçirilip gerekli değişikliklerin yapılmasından başlanmalıdır.

Bu konuda, yeterince istekli olmayan ve çaba göstermeyen sendikaların da, doğrudan insan haklarıyla ilgili olan amaçları ve etkinlik alanları çerçevesinde

görev ve sorumluluklarının bulunduğu tartışmasızdır. İşçi ve kamu görevlisi sendikalarının, eşitlik ve ayrımcılık yasağının temelinde “insan haklarından eksiksiz biçimde yararlanma ve yararlandırma sorunu” olduğunu görerek, sendika üyesi, işyeri sendika temsilcisi ve sendika yada şube yöneticisi ayrımı yapmaksızın, ciddi ve kapsamlı eğitim programları hazırlayıp uygulamaları gerekir. Özellikle, toplu iş sözleşmeleri ile mutabakat metinlerine, hem ayrımcılık yasaklı işlem eşitliğini ulusalüstü hukuksal çerçevesiyle uygulamaya koymaya ve hem de bu konudaki eğitim ve bilgilendirmeyi zorunlu tutmaya yönelik kurallar konulmalıdır.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusunda insan hakları eğitimi görev ve sorumluluğu, kuşkusuz sendikalarla sınırlı tutulamaz. Çünkü, insan hakları sözleşmelerinin çoğunda (örneğin GG ASS’de, KKTABKUS’de ve KSHUS’de), çalışan-çalıştırıcı ilişkilerinin geleneksel çerçevesini, dolayısıyla sendikaların doğal etkinlik alanını aşan haklar ve yükümlülükler bulunmaktadır. Başka bir deyişle, kimi haklar sendikaların yanı sıra başka birçok hükümet dışı kuruluşu yada sivil toplum kuruluşunu da doğrudan ilgilendirmekte, onların öncelikli etkinlik ve uzmanlık alanını oluşturmaktadır. Bu nedendir ki, eğitim ve bilgilendirmede, sendikalar ve sivil toplum örgütleri, tüm uygun araçları kullanarak, gerektiğinde kendi aralarında da işbirliği yapmalı ve yetersiz kaldıkları noktalarda birbirini desteklemeli, bilim çevrelerinin katkısına başvurmalıdır.

Hukuksal güvenceye alınmış soyut hak ve özgürlüklerin, hak özneleri için somut gerçekliğe dönüşmesinin önkoşulu, hiçbir yönden ayırım gözetilmeksizin yararlanılacak hak ve özgürlüklerin öğrenilmesidir. Bunun, her fırsatta anılan Evrensel Bildirge’den başlayarak, birçok insan hakları sözleşmesinde de açıkça öngörülmüş bir hukuksal yükümlülük olduğu unutulmamalıdır.

XI.

Ayrımcılık yasaklı eşitlik ve eşit işlem ilkesi alanındaki “sosyal uyum”un hukuksal boyutuyla sağlanması, Anayasa’dan başlayarak iç hukukta kapsamlı değişiklikler yapılmasını gerektirmektedir. Gerçekleştirilecek değişikliklerin önemli bir bölümü, gerek UÇÖ denetim organları ile Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nin kararlarında, gerekse İlerleme Raporlarında sıralanmıştır. Ancak, uyumsuzlukların bunlarla sınırlı olduğu sanılmamalı; bu kararlar temelinde iç hukuk kapsamlı biçimde incelenmelidir.

Kanımcı, kimi sendikal ve sosyal hakları da kapsamak üzere, insan haklarına “özneler” yönünden sınırlama ve / yada yasaklar getirilmesi ve öngörülen güvencelerin uygulama alanının daraltılması da, aykırılık oluşturan bir sınırlama yada yasak olmasının ötesinde, bir ayrımcılık oluşturur ve hukuk önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz. Yine, yasal koruma kapsamının, nicelik yada nitelik ile ilgili

sınırlama yada yasaklarla ölçsüz ve orantısız -sonuç olarak haksız- biçimde daraltılması da, ayrımcılıktır, hukuk önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmesidir. Sosyal uyumun ve eşitliğin eksiksiz sağlanması, yürürlükteki anayasal ve yasal düzenlemelerin bu yönden de gözden geçirilerek değiştirilmesine bağlıdır. Bunun en açık ve bilinen örnekleri; İş Yasası'nın uygulanmamasının öngörüldüğü işler ve ilişkiler, iş güvencesinden yararlanmayı kısıtlayan koşullar, sendikal hakların öznelinde gözetilen anayasal ve yasal ayrımcılıklar, çok sayıda kamu görevlisine getirilen sendika yasağı ile tümüne yasaklanan toplu sözleşme ve grev hakları konularındaki kurallardır. Hiçbir "haklı" yada "nesnel" nedenle açıklanamayacağını ve demokratik toplum düzeninin gereklerinden olmadığını düşündüğüm bu tür "ölçsüz" sınırlama ve / yada yasakların, aynı zamanda Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesinin "özerk hak" olarak güvenceye bağladığı ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitliğin sağladığı korumaya da çarpmasının kaçınılmaz olduğu kanısındayım.

Denetim organlarının kararlarında ve İlerleme Raporlarında yinelenen başlıca aykırılıkları anımsatmak gerekirse; kuşkusuz bunların "kurumsal" nitelikli en önemlilerinden biri, gerek uluslararası denetim organlarının ve gerekse AB yönerge ve raporlarının kurulmasını istediği bağımsız ve özerk bir eşitlik kurumudur. TBMM'de oluşturulan ve adı "fırsat" görevi ise "eşitlik" olan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun, Paris İlkeleri'ne uygun olmayan yapısıyla bu gereksinimi karşılamadığı açıktır.

Denetim organlarının ve İlerleme Raporlarının üzerinde durup giderilmesini istedikleri ortak bir uyumsuzluk yada aykırılık da, tüm ayrımcılık biçimlerinin tanımlarıyla birlikte yürürlükteki düzenlemelerde açıkça yer almamış ve özellikle yaş, engel ve cinsel yönelim gibi ayrımcılık nedenlerinin açıkça öngörülmemiş olmasıdır. İş Yasası bağlamında; öncelikle ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi açısından uygulama alanının sınırlandırılmamasını ve iş güvencesi kurallarından yararlanmak için öngörülen koşulların kaldırılmasını öngören düzenlemeler yapılmalıdır. Hiç olmazsa, ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesinin, uygulama alanı yönünden yürürlükteki sınırlamalardan bağımsız tutularak, İş Yasası'nın uygulanmayacağı belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde uygulanması öngörülmelidir. 5. maddenin 1. fıkrasındaki "iş ilişkileri" terimine, istihdama giriş aşamasını, "işe alma"yı da kapsayan açıklık getirilmesi, öncelikle iş hukuku öğretisinde yaygın olan dar ve sözel yorumların aşılması için gereklidir. Eşit davranma ilkesine aykırı davranışlara uygulanacak yaptırımların gerçekten daha etkili ve caydırıcı olmasını sağlamak için, öncelikle tazminata getirilen üst sınır kaldırılmalı, tutarının hesaplanmasında çıplak ücretin temel alınmamasını öngören açık bir kurala yer verilmeli, özellikle de ayırım ve / yada fark gözetici işlemlerin haksızlığının kanıtlanması durumunda "işe geri dönme" güvencesi getirilmelidir. İş güvencesinden yoksun bir tazminat, ulusalüstü hukukta uyum sağlayıcı bir yaptırım değildir.

XII.

Helsinki'den beri onuncu kilometresi dolan aday üyelik sürecinin uyum yolculuğu, kaçınılmaz olarak “mutlu son” a erişileceği kestirilemeyen bir belirsizlik içinde, “*sosyal politika ve istihdam*” başlığının hâlâ görüşmelere bile açılmadığı “uzun ince” bir yolda sürmektedir, sürecektir; ne yazık ki, insan hakları alanında “kendiliğinden” gerçekleştirilemeyen olumlu gelişmelerin birincil etkeni ve itici gücü oldukça da, sürmesinde yarar vardır. Bu konudaki karşı yada yandaş görüş yada dilekler bir yana bırakılırsa, on yılı geride kalan ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesi alanındaki uyum süreci, gerek hukuksal ve gerekse uygulama boyutlarıyla, en azından önümüzdeki ikinci on yılda da bir “sorun” olarak gündemde kalacaktır.

Siyasal iktidarların, zaman zaman övünçle dile getirmekten kaçınmadıkları söylemlerinin tersine ve insan haklarına saygılı ve dayalı devlet ilkesine aykırı biçimde, genel olarak insan hakları ve özel olarak da eşitlik ve ayrımcılık yasağı alanlarında dış etkenlerden bağımsız bir yaklaşımla kendiliklerinden yapmadıkları anayasal ve yasal düzenlemelerle sağlanan iyileştirme ve ilerlemeler de, kuşkusuz bu yolculuğun artıları arasında yer alacaktır.

KAYNAKÇA

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), **Tendances et évolutions de 1997-2005, Combattre la discrimination ethnique et raciale et promouvoir l'égalité dans l'Union européenne**, Hongrie, 2007.

Akyiğit, Ercan. **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 1. Cilt (Madde 1-31), 2. Baskı, Seçkin Yayını, Ankara, 2006.

Alkan, Türker. **Kadın-Erkek Eşitsizliği Sorunu**, A.Ü. SBF Yayını, Ankara, 1981.

Arayıcı, Ali. **Çingenerler**, Ceylan Yayını, İstanbul, Kasım 1999.

Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı**, Cilt I ve Cilt II, 1. Basım, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, 2001 (**Resmi Gazete**, 24 Mart 2001, Sayı: 24352 [Mükerrer] ve **Resmi Gazete**, 6 Nisan 2001, Sayı: 24365 [düzeltmeler]).

_____. **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı**, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, 2003 (**Resmi Gazete**, 24 Temmuz 2003, Sayı: 25178 [Mükerrer]).

_____. **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, (Taslak)**, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, Ağustos 2008.

Avrupa Komisyonu, Brüksel, 5 Kasım 2008, SEC (2008) 2699, **Türkiye 2008 İlerleme Raporu** (Gayri Resmi Tercüme), (COM(2008) 674).

Bakırcı, Kadriye. **İşyerinde Cinsel Taciz**, Yasa Yayınları, İstanbul, Kasım 2000.

Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Kıdem Tazminat Fonu Kanun Tasarısı ve Gerekçesi, 26 Haziran 2002, 2. Baskı, MESS Yayını, İstanbul, Ağustos 2002.

Blanpain, Roger / Jean-Claude Javillier. **Droit du travail communautaire**, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 1995.

Bureau international du Travail (BIT). **Application, Convention internationales du travail**, CIT, 89^e session, 2001, Rapport III (Partie 4 A), Genève, 2001.

_____. **Application des normes internationales du travail, 2005 (I)**, Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 93^e session 2005, Genève, 2005.

_____. **Application des normes internationales du travail, 2006 (I)**, Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 93^e session 2006, Genève, 2006.

_____. **Compte rendu des travaux**, CIT, 60^e session 1975, Genève, 1975.

_____. **Compte rendu des travaux**, CIT, 71^e session 1985, Genève, 1985.

_____. **Egalité dans l'emploi et la profession**, Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude d'ensemble des rapports concernant la convention (no 111) et la recommandation (no 111) sur la discrimination (emploi et profession), 1958, CIT, 75^e session 1988, première édition, Genève, 1988 (ilolex: 251988G01).

_____. **Egalité dans l'emploi et la profession**, Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude spéciale sur l'égalité dans l'emploi et la profession relative à la convention no 111, Conférence internationale du Travail (CIT), 83^e session 1996, première édition, Genève, 1996.

_____. **Egalité de rémunération**, Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude d'ensemble des rapports concernant la convention (no 100) et la recommandation (no 90) sur l'égalité de rémunération, 1951, CIT, 72^e session 1986, Genève, 1986 (ilolex: 251986G01).

_____. **Egalité entre hommes et femmes et travail décent, Conventions et recommandations clés pour la promotion de l'égalité entre hommes et femmes**, Bureau pour l'égalité entre hommes et fem-

mes, Département des normes internationales du travail, Deuxième édition (révisée), Genève, 2006.

- _____. **La liberté syndicale, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT**, Cinquième édition (révisée), Genève, 2006.
- _____. **L'heure de l'égalité au travail**, Rapor du Directeur Général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, CIT 91^e session, 2003, Rapport I (B), Genève, 2003.
- _____. **L'égalité au travail: relever les défis**, Rapor du Directeur Général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, CIT 96^e session, 2007, Rapport I (B), Genève, 2007.
- _____. **Liberté syndicale et négociation collective** (Etude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations), Rapport III (Partie 4B), CIT, 81^e session 1994, Genève, 1994.
- _____. **Protection contre le licenciement injustifié**, Rapport III (Partie 4 B, (Etude d'ensemble des rapports sur la convention no 158 et la recommandation 166 sur le licenciement, CIT, 82^e session 1995, première édition, Genève, 1995.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations** (Raporrort III, Partie 4 A), CIT, 54^e session 1970.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations**, CIT, 59^e session 1974.
- _____. **Rapport de la Commission instituée pour examiner l'observation, par le Chili, des conventions Nos 1 et 111**, Genève, 1975.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations**, CIT, 60^e session 1975, Genève, 1975.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport général et observations concernant certains pays, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 97^e session 2008, première édition, Genève, 2008.

- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 69^e session 1983, Genève, 1983.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 70^e session 1984, Genève, 1984.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 71^e session 1985, Genève, 1985.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 72^e session 1986, Genève, 1986.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 73^e session 1987, Genève, 1987.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 76^e session 1989, Genève, 1989.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 77^e session 1990, Genève, 1990.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 78^e session 1991, Genève, 1991.
- _____. CIT, 87^e session 1990, **Compte rendu des travaux**, Compte rendu provisoire 27, Genève, 1991.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 80^e session 1993, Genève, 1993.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 83^e session 1996, Genève, 1996.

- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, Rapport III (Partie 4 A), CIT, 87^e session 1999, Genève, 1999.
- _____. **Rapport de la Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations**, CIT, 91^e session 2003, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 91^e session 2003, Genève, 2003.
- _____. Rapport du Comité chargé d'étudier la réclamation présentée par la Fédération norvégienne des syndicats (LO) au sujet de l'application de la convention no 111 par la norvège, Conseil d'administration du BIT, 222^e session, Genève, mars 1983, document GB.222 / 18 / 23.
- Bemelmens, Yvonne - Maria José Freitas. **La situation des communautés islamiques dans cinq villes européennes, exemples d'initiatives locales**, European monitoring centre on racisms and xenophobia, EUMC, Vienne, novembre 2001.
- Braibant, Guy. **La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, éditions du Seuil, Points, Paris, novembre 2001.
- Conseil de l'Union européenne, Conseil européen de Bruxelles, 1-12 décembre 2008, **Conclusions de la présidence**, Conc 5, 17271/1/08, REV 1, Bruxelles, le 13 février 2009 [la version révisée des conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles (11 et 12 décembre 2008)].
- Commission européenne (CE), Emploi et affaires sociales (EAS). **Etude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux Etats-Unis, Canada, Australie, Royaume-Uni et Pays-Bas**, Projet Medis (Mesure des discriminations), Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en août 2004.
- _____. **Rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes, 2005**, Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en février 2005.
- _____. **L'égalité des droits dans la pratique, les acteurs clés en 2005, Accès à la justice**, Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en mars 2005.
- _____. **Égalité et non-discrimination, Rapport annuel 2005**, Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en avril 2005.

- _____. **Egalité entre les femmes et les hommes, Textes communautaires**, Manuscrit terminé en septembre 2005, Communautés européennes, Luxembourg, 2006.
- _____. **L'égalité de traitement dans la pratique, Programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination**, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité de chances, Unité D3, Manuscrit terminé en mars 2006.
- _____. **Communication sur l'égalité et la non-discrimination dans l'Union européenne**, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité de chances, Unité G4, Manuscrit terminé en mai 2008, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2008.
- CE, **Egalité et non-discrimination, Rapport annuel 2006**, Manuscrit achevé en septembre 2006, Printed in Italy, 2006.
- CE, **Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois**, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G. 4, Manuscrit terminé en septembre 2007, Printed in Italy, 2007.
- CE, **Guide pour l'intégration de la dimension d'égalité entre les femmes et les hommes dans les politiques d'emploi, d'inclusion sociale et de protection sociale**, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité G. 1, Manuscrit terminé en avril 2008, Printed in Luxembourg, 2008.
- CCE, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie-cadre pour la non-discrimination et l'égalité des chances pour tous, COM(2005)224 Final, le 1^{er} juin 2005, SEC(2005) 689.
- CE, **Communiquer sur l'Égalité et la non-discrimination dans l'Union européenne**, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G. 4, Manuscrit terminé en mai 2008, Printed in Belgium, 2008.
- Commission des Communautés Européennes (CCE), Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, *Une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 2006-2010*, SEC (2006) 275, COM (2006) 92 final, Bruxelles, 01.03.2006.

_____. Proposition de directive du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, présentée par la Commission, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), Bruxelles, le 2.7.2008, {SEC(2008) 2180}, {SEC(2008) 2181}.

_____. Document de travail de la Commission accompagnant la proposition de directive du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, Résumé de l'analyse d'impact, SEC(2008) 2181, Bruxelles, le 2.7.2008, {COM(2008) 426 final}, {SEC(2008) 2180}.

_____. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, COM(2006) 643 Final/2, Bruxelles, le 15.12.2006.

_____. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, L'application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, SEC(2008)524, COM(2008) 225 Final/3, Bruxelles, le 2.9.2008.

_____. **L'égalité entre les femmes et les hommes – 2008**, Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 10 final, Bruxelles, le 23.1.2008.

Commission of the European Communities (CEC), Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, presented by the Commission, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), Brussels, 2.7.2008, {SEC(2008) 2180}, {SEC(2008) 2181}.

Conseil de l'Europe (CE), **Procédure de réclamations collectives, Décisions sur le bien-fondé**, vol. 1 (1999-2000).

_____. Comité d'experts indépendants de la Charte sociale européenne (CEI CSE), **Conclusions I**, Strasbourg, 1969-1970.

- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions II**, Strasbourg, 1971.
- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions III**, Strasbourg, 1973.
- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions IV**, Strasbourg, 1975.
- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions V**, Strasbourg, 1977.
- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions VI**, Strasbourg, 1979.
- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions VII**, Strasbourg, 1984.
- _____. Com. d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions IX**, Strasbourg, 1985.
- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions XII-1**, 1988-1989, Strasbourg, 1992.
- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions XII-2** (1989-1990), Strasbourg, 1993.
- _____. Comité d'experts indépendants de la CSE, **Conclusions XIII-2**, Strasbourg, 1995.
- CE, Comité européenne des droits sociaux (CEDS) de la CSE, **Conclusions XVI-2**, Articles 2, 3, 4, 9, 10, et 15, Tome 1, Autriche, Belgique, Chypre, République tchèque, Danemark, Finlande, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Strasbourg, 2003.
- _____. **Conclusions XVI-2**, Articles 2, 3, 4, 9, 10, et 15, Tome 2, Malte, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, République slovaque, Espagne, Turquie, Royaume-Uni, Strasbourg, 2003.
- _____. **Conclusions XVII-1**, Tome 1 ve 2, Strasbourg, 2004.
- _____. (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 1, Bulgarie, France, Italie, Strasbourg, 2003.
- _____. (révisée), **Conclusions 2003**, Tome 2, Roumanie, Slovénie, Suède, Strasbourg, 2003.

- _____. **Conclusions XVII-1**, Articles 1, 5, 6, 12, 13, 16 et 19, Tome 1, Autriche, Belgique, République tchèque, Finlande, Allemagne, Islande, Luxembourg, Strasbourg, 2004.
- _____. **Conclusions XVII-1**, Articles 1, 5, 6, 12, 13, 16 et 19, Tome 2, Malte, Pays-Bas (+Antilles néerlandaises et Aruba) Pologne, Portugal, Espagne, Turquie, Royaume-Uni, Strasbourg, 2004.
- _____. (révisée), **Conclusions 2004**, Tome 1, Bulgarie, Chypre, Estonie, France, Irlande, Strasbourg, 2004.
- _____. (révisée), **Conclusions 2004**, Tome 2, Italie, Lituanie, Norvège, Roumanie, Slovénie, Suède, Strasbourg, 2004.
- _____. **Conclusions XVII-2**, Articles 7, 8, 11, 14, 17 et 18 et Articles 1 et 4 du Protocole additionnel, Tome 1, Autriche, Belgique, République tchèque, Danemark, Finlande, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Strasbourg, 2005.
- _____. **Conclusions XVII-2**, Articles 7, 8, 11, 14, 17 et 18 et Articles 1 et 4 du Protocole additionnel, Tome 2, Lettonie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Espagne, Turquie, Royaume-Uni, Strasbourg, 2006.
- _____. (révisée), **Conclusions 2005**, Tome 1, Bulgarie, Chypre, Estonie, France, Irlande, Italie, Lituanie, Strasbourg, 2005.
- _____. (révisée), **Conclusions 2005**, Tome 2, Moldova, Norvège, Roumanie, Slovénie, Suède, Strasbourg, 2005.
- _____. **Conclusions XVIII-1**, Articles 1, 5, 6, 12, 13, 16 et 19, Tome 1, Autriche, Belgique, Croatie, République tchèque, Danemark, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Espagne, Turquie, Royaume-Uni, Strasbourg, 2006.
- _____. **Conclusions XVIII-1**, Articles 1, 5, 6, 12, 13, 16 et 19, Tome 2, Islande, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Espagne, Turquie, Royaume-Uni, Strasbourg, 2006.
- _____. (révisée), **Conclusions 2006**, Tome 1, Albanie, Bulgarie Chypre, Estonie, Finlande, France, Irlande, Italie, Strasbourg, 2006.
- _____. (révisée), **Conclusions 2006**, Tome 2, Lituanie, Moldova, Norvège, Portugal, Roumanie, Slovénie, Suède, Strasbourg, 2006.

_____. **Conclusions XVIII-2**, Tome 1, Autriche, République tchèque, Danemark, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Lettonie, Strasbourg, 2007.

_____. **Conclusions XVIII-2**, Tome 2, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Espagne, Turquie, Royaume-Uni, Strasbourg, 2007.

_____. (révisée), **Conclusions 2007**, Tome 1, Albanie, Arménie, Belgique, Bulgarie, Chypre, Estonie, Finlande, France, Strasbourg, 2007.

_____. (révisée), **Conclusions 2007**, Tome 2, Irlande, Italie, Lituanie, Moldova, Norvège, Roumanie, Slovénie, Suède, Strasbourg, 2007.

_____. **Réclamation No 13/2002 par Autisme-Europe contre la France, Décision sur la recevabilité.**

CE, Protocole no 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rapport explicatif*.

Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH), **Affaire syndicat national de la police belge**, série A: Arrêts et décisions, Carl Heymanns Verlag KG., Köln-Berlin-Bonn-München, 1975.

_____. **Affaire Schmidt et Dahlström**, série A: Arrêts et décisions, Volume 21, Carl Heymanns Verlag KG., Köln-Berlin-Bonn-München, 1976.

_____. **Affaire syndicat suédois des conducteurs de locomotives**, série A: Arrêts et décisions, Volume 21 (20), Strasbourg, 1976.

_____. **Affaire Engel et Autres**, série A: Arrêts et décisions, Volume 22, Carl Haymans Verlag KG., Köln-Berlin-Bonn-München, 1977.

_____. **Affaire Young, James et Webster**, série A: Arrêts et décisions, Volume 44, Carl Heymanns Verlag KG. Köln-Berlin-Bonn-München, 1981.

_____. **Affaire Airey**, série A: Arrêts et décisions, Volume 32, Carl Heymanns Verlag KG., Köln-Berlin-Bonn-München.

_____. (Chambre), **Affaire Airey c. Irlande**, Requête no 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979.

_____. (Plenière), **Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principal)**, arrêt du 23 juillet 1968, Requête no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

_____. (Chambre), **Affaire Rasmussen c. Danemark**, Requête no 8777/79, arrêt du 28 novembre 1984.

- _____. **Salgueiro Da Silva Mouta**, arrêt du 21 décembre 1999, RTD civ., 2000, 313, obs. S. Hauser.
- _____. **Affaire Fretté c. France**, Requête no 36515/97, Arrêt du 26 février 2002, Définitif, 26/05/2002.
- _____. **Affaire İbrahim Gueye et autres c. France**, no 196 / 1985, arrêt du 3 avril 1989, **Revue universelle des droits de l'homme**, 1989.
- _____. **Affaire Inze c. Autriche**, arrêt du 28 octobre 1987, Série A, no 126.
- _____. **Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni**, arrêt du 28 mai 1985.
- _____. **Karlheinz Schmidt c. Allemagne**, arrêt du 18 juillet 1994.
- _____. **Van Raalte c. Pays-Bas**, arrêt du 21 février 1997.
- _____. **Petrovic c. Autriche**, arrêt du 27 mars 1998.
- _____. **Haas c. Pays-Bas**, arrêt du 13 janvier 2004.
- _____. **Affaire İbrahim Aksoy c. Turquie**, Requête no 28635/95, 30171/96 et 34535/97, Arrêt du 10 octobre 2000, définitif, 10/01/2001.
- _____. (2^e section), **Affaire Sidabras ve Dziautas c. Lituanie**, Requête no 55480 / 00 ve 59330 / 00, Arrêt du 27 Juillet 2004.
- _____. (1^{er} section). **Nachova et autres c. Bulgarie**, Requête no 43577/98 et 43579/98), arrêt du 26 février 2004.
- _____. **Affaire Demir et Baykara c. Turquie**, Requête no 34503/97, Arrêt, 21 novembre 2006.
- _____. **Affaire Demir et Baykara c. Turquie**, Requête no 34503/97, Arrêt, Grande Chambre, 12 novembre 2008.
- _____. **Affaire Karaçay c. Turquie**, Requête no 6615/03), Arrêt, 27 mars 2007.
- _____. **Affaire Satılmış et autres c. Turquie**, Requête no 74611/01, 26876/02 et 27628/02), Arrêt, 17 juillet 2007.
- _____. **Affaire James c / Royaume-Uni**, arrêt du 21 février 1986.
- _____. **Affaire Lithgow c / Royaume-Uni**, arrêt du 8 juillet 1986.

- _____. (Plénière), **Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni**, *Requête no 7525/76*, arrêt du 22 octobre 1981.
- _____. **Affaire Thlimmenos c. Grèce**, *Requête no 34369/97*, Arrêt du 6 avril 2000, Srtrasbourg.
- _____. (3^e section), **Hugh Jordan c. Royaume - Uni**, *Requête no 24746/94*, arrêt, 4 mai 2001.
- Çelik, Aziz. **AB Sosyal Politikası, Uyum Sürecinin Uyumsuz Alanı**, Kitap Yayınevi Yayını, 1. Basım, İstanbul, Kasım 2006.
- Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayını, İstanbul, Ağustos 2008.
- Çiçekli, Bülent. **Yabancıların Çalışma İzinleri**, TİSK Yayını, Ankara, Şubat 2004.
- Demir, Fevzi. **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Baskı, Dokuzeylül Üniversitesi Yayını, İzmir, Ekim 2005.
- Demircioğlu, Murat. **Sorularla Yeni İş Yasası**, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, Ekim 2003.
- De Schutter, Olivier. **L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme**, Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en février 2005.
- Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt 1, Legal Yayını, İstanbul, Eylül 2004.
- _____. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt 2, Legal Yayını, İstanbul, Eylül 2004.
- Erdoğan, Mustafa. **Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Orion Yayını, Ankara, Ekim 2005.
- Ertürk, Şükran. **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Belediye-İş Yayını, Ankara, Mart 2008.
- Eyrenci - Taşkent - Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Bası, Legal Yayını, İstanbul, 2006.
- Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi Yayını, Şubat 2007.
- Gülmez, Mesut. **Uluslararası Sosyal Politika**, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, Hatipoğlu Yayını, Ankara, 2008.

- _____. **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, Yeni Bölümler Eklenmiş, Geliştirilmiş ve güncelleştirilmiş 2. Baskı, Hatipoğlu Yayını, Ankara, 2008.
- _____. **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Mayıs 2004.
- _____. **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e, 1926-2001**, TODAİE Yayını, No 309, Ankara, 2002 (xxxiv+590 s.).
- _____. **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, Belediye-İş Yayını, "AB'ye Sosyal Uyum" Süreci Dizisi, No: 1, Ankara, Eylül 2005.
- Günay, Cevdet İlhan. **İş Kanunu Şerhi**, Açıklama, Yargı Kararları, İlgili Mevzuat, Cilt 1, Md. 1-31, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Güneri, Nejat. **Yabancı Uruklu İşçi İstihdamı**, TÜRMOB Yayını, Ankara, Ekim 2007.
- Hernu, Rémy. **Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes** (Préface de Gérard Soulier), L.G.D.L, Paris, 2003.
- Kaboğlu, İbrahim. Ö. **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Yayını, Ankara, Kasım 2002.
- _____. **Anayasa Hukuku Dersleri, (Genel Esaslar)**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Legal Yayını, İstanbul, Kasım 2006.
- _____. **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İmge Yayını, Ankara, Ekim 2007.
- İren, Ertan. **Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu**, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 2008.
- Kaya, Pir Ali / Nejat Güneri. **Çalışma Mevzuatı Külliyatı**, Kanunlar ve Gerekçeleri, Tüzükler, Yönetmelikler, Tebliğler, Nobel Yayını, Ankara, Kasım 2006.
- Kaya, Pir Ali. **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Nobel Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2007.

Kessler, Francis / Jean-Philippe Lhernould, **Droit social et politiques sociales communautaires**, Editions liaisons, Paris, 2003.

Kili, Suna / A. Şeref Gözübüyük. **Türk Anayasa Metinleri, Senedi İttifaktan Günümüze**, Türkiye İş Bankası Yayını, Ankara, 1985.

Koray, Meryem / Çelik, Aziz. **Avrupa Birliği ve Türkiye’de Sosyal Diyalog**, Belediye-İş Yayını, “AB’ye Sosyal Uyum” Süreci Dizisi, No: 1, Birinci Baskı, Ankara, Mayıs 2007.

La discrimination en Europe, Euro baromètre 57.0, Présentation synthétique des résultats, mai 2003 (rédigée par Alan Marslı et Melahat Şahin Dikmen).

Makal, Ahmet. **Türkiye’de Tek Partili Dönemde Çalışma İlişkileri: 1920-1946**, İmge Yayını, Ankara, Aralık 1999.

Martin, Denis. **Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire**, Etude critique à la lumière d’une approche comparatiste, Bruylant, Collection du Centre des droits de l’homme de l’Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 2006.

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku** (Genel Kavranlar – Bireysel İş İlişkileri), Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayını, Ankara, Kasım 2008.

Nation Unies (NU). **Droits économiques, sociaux et culturels, Manuel destiné aux institutions nationales des droits de l’homme**, Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l’Homme, Série sur la formation professionnelle, No 12, New York et Genève, 2005.

_____. **Bon fonctionnement des organes créés en application des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l’homme, Rapport final sur les moyens d’améliorer l’efficacité à long term du régime conventionnel mis en place par les Nation Unies dans le domaine des droits de l’homme**, Conseil économique et social, Commission des droits de l’homme, Cinquante troisième session, Etabli par un expert indépendant, Philip Aston, E/CN.4/1997/74, 27 mars 1997.

_____. **HRI, Instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme**, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme, Volume I, HRI/GEN/Rev.9, 27 mai 2008.

- _____. HRI, **Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme**, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Volume II, HRI/GEN/Rev.9, 27 mai 2008.
- _____. HCDH, **Droits de l'homme, Recueil d'Instruments internationaux, Instruments universels**, Volume I (première partie), New York et Geneva, 2002.
- _____. HCDH, **Droits de l'homme, Recueil d'Instruments internationaux, Instruments universels**, Volume I (deuxième partie), New York et Geneva, 2002.
- O'Conneide, Colm. **La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen**, Commission européenne, Emploi et affaires sociales, Manuscrit terminé en avril 2005.
- Onaran Yüksel, Melek. **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Yayını, 1. Bası, İstanbul, Ekim 2000.
- Öden, Merih. **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayını, Ankara, 2003.
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayını, Ankara, 2005.
- Özen, Haldun. **Entelektüelin Dramı, 12 Eylül'ün Cadı Kazanı**, İmge Yayını, Ankara, 1. Baskı, Mart 2002.
- Özdek, Yasemin. **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayını, Ankara, Mart 2004.
- Pélissier, Jean / Alain Supiot / Antoine Jeammaud, **Droit du travail**, 23^e édition, Précis Dalloz, Dalloz, Paris, 2006.
- Renucci, Jean-François. **Droit européen des droits de l'homme**, troisième édition, LGDJ, Paris, 2000.
- Selamoğlu, Ahmet / Lordoğlu, Kuvvet. **Katılım Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye'de İşgücü ve İstihdamın Görünümü**, "AB'ye Sosyal Uyum" Dizisi 2, 1. Baskı, Belediye-İş Yayını, Kasım 2006, Ankara.
- Servais, Jean-Michel. **Droits en synergie sur le travail**, L.G.D.J., Paris, 1997.

- _____. **Normes internationales du Travail**, LGDJ, Paris, 2004.
- _____. **Droit social de l'Union européenne**, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- Sevimli, K. Ahmet. **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayını, Birinci Baskı, İstanbul, Nisan 2006.
- “Sosyal Politika ve İstihdam” Başlıklı AB Müktesebatı ve Türkiye**, TİSK AB Mevzuatını İnceleme Komisyonu Raporu (Kamuoyuna 17 Mart 2006'da açıklanan rapor), TİSK Yayını, Ankara, Nisan 2006.
- Sudre, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l'homme**, 7^e édition refondue, PUF, Paris, avril 2005.
- Sur, Melda. **İş Hukuku, Toplu İlişkiler**, Güncellenmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2008.
- Süral, Nurhan. **Avrupa Topluluğunun Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Türkiye**, T. C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, Eylül 2002.
- Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, 3. Bası (Tıpkıbasım), Beta Yayını, İstanbul, 2006.
- _____. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, Beta Yayını, İstanbul, Eylül 2008.
- Şensu, Haluk (Yay. Haz.), **Çalışanların Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler**, Dosya Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, Nisan 2006.
- _____. **Çalışma Yasaları**, Dosya Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, Nisan 2006.
- Talas, Cahit. **Türkiye'nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi**, Bilgi Yayını, Birinci Basım, Şubat 1992.
- Tanilli, Server. **Türk Anayasaları ve Mevzuat**, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980.
- Tanör, Bülent. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayını, 1. Basım, İstanbul, Şubat 1978.
- / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, YKY Yayını, İstanbul, 2001.
- TİSK. **“Sosyal Politika ve İstihdam” Başlıklı AB Müktesebatı ve Türkiye**, TİSK AB Mevzuatını İnceleme Komisyonu Raporu (Kamuoyuna 17 Mart 2006'da açıklanan rapor), TİSK Yayını, Ankara, Nisan 2006.
- _____. **4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**, (Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri, Diğer Kanunlarla Yapılan Değişiklik Gerekçeleri ve 19 Ekim 2005

- Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı İle Birlikte, TISK Yayını, Ankara, Temmuz 2008.
- Tuncay, A. Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1992.
- TBMM, **TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 73**, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534).
- _____. **TBMM Tutanak Dergisi, TBMM (S. Sayısı: 328)**, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Cilt 39, Birleşim: 55 (10 Şubat 2009), İstanbul Milletvekili Nimet Çubukçu ve 25 Milletvekilinin; Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu Teklifi; Adana Milletvekili Nevin Gaye Erbatur ve 8 Milletvekilinin; Kadın Erkek Eşitliğini İzleme Kurulu Kanun Teklifi ve İstanbul Milletvekili Ayşe Jale Ağırbaş ve 5 Milletvekilinin; Kadın-Erkek Eşitlik Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Teklifi ile Anayasa Komisyonu Raporu (2/211, 2/112, 2/311).
- T. C. Dışişleri Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, **Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketleri**, Ankara, Nisan 2004.
- Türk-İş, **20. Olağan Genel Kurul, 6-9 Aralık 2007, Belgeler, 2003-2007**, Türk-İş Yayını, Ankara, Ekim 2007.
- UNESCO. **Droits de l'homme, Les principaux instruments internationaux**, Etat au 31 mai 2000.
- Uyar, Lema (Derleyen ve Çeviren). **Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları**, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2006.
- Ülgen, Celal / Çoşkun Ongun (Yay. Haz.). **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 03.04.2006, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Haziran 2007.
- _____. **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Şubat 2008.
- Valticos, Nicolas. **Droit international du Travail**, deuxième édition, Dalloz, Paris, 1983.
- Yıldız, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayını, Ankara, 2008.

MAKALELER

- Acar, Feride. “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Yükümlülükler”, **20. Yüzyılda Kadın ve Gelecek** (Editör: Oya Çitci), TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, Kasım 1998, s. 23-31.
- Aeberhard-Hodges, Jane. “Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail: jurisprudence récente”, **Revue internationale du travail**, Volume 135, Numéro 5, 1996/5, s. 545-583.
- Akıntürk, Turgut. “Anayasaya ve Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Ailede Kadın-Erkek Eşitliği”, **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu**, Avrupa Birliğine Uyum Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Gerçekleştirilen ve Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar, 22-24 Nisan 2003, TBMM Başkanlığı Yayınları, No 1, Ankara, 2003, s. 95-103.
- Akkaya, Yüksel. “1929 Bunalımı ve Bir Kanun: Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun”, **Toplumsal Tarih**, Cilt 12, Sayı: 68, Ağustos 1999, s. 42-52.
- Aktan, Hamdi Yaver. “Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri ve Yargıtay Uygulaması”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulama Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 33-44.
- Aktekin, Şeyda. “Hastalık Nedeniyle İşten Çıkarma Özürüllük Temelinde Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder mi?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 6, Haziran 2007, s. 233-238.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. “Eşitlik İlkesi”, **Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1999, s. 79-95.
- Altan, Ömer Zühtü. “Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma”, **Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri**, Ölüdeniz-Fethiye, 16-19 Mayıs 1997, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1997, s. 157-180.
- Araslı, Oya. “Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Anayasada ve Yasalarda Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli**, T. C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, Aralık 2000, s. 45-56.

- Artuk, Mehmet Emin. “Cinsel Taciz Suçu (TCK. M. 105)”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 29-43.
- Aubin, Claire / Benjamin Joly. “De l’égalité à la non-discrimination: le développement d’une politique européenne et ses effets sur l’approche française”, **Droit social**, No. 12, décembre 2007, s. 1295-1301.
- “Avant-propos: Femmes, genre et travail (première partie)”, **Revue internationale du travail**, Volume 138, Numéro 3, 1999/3, s. 239-245.
- “Avant-propos: Femmes, genre et travail (deuxième partie)”, **Revue internationale du travail**, Volume 138, Numéro 4, 1999/4, s. 381-386.
- Bacak, Bünyamin / Yiğit, Yusuf. “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, **Kamu-İş**, Cilt 9, Sayı 2, 2007, s. 1-32.
- Bakırcı, Kadriye. “İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 8, Aralık 2007, s. 22-40.
- _____. “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri”, **Kamu-İş**, Cilt 5, Sayı 3, 2000, s. 437-458.
- _____. “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 11, Eylül 2008, s. 114-121.
- _____. “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin İnsan Hakları”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 358-366.
- _____. “Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, (Yay. Haz.: Berrin Ceylan-Ataman), AÜ SBF Yayını, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2007, s. 101-131.
- Balcı, Şebnem Gökçeoğlu. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Satılmış ve Diğerleri / Türkiye’ Kararı”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/2, Sayı 17, s. 217-235.
- Barav, Ami. “Non discrimination des enseignants dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes”, **Liberté, Justice, Tolérance, Mélanges en hommages au Doyen Gérard Cohen-Jonathan**, Volume I, Bruylant, Bruxelles, 2004, s. 189-218.

Başterzi, Fatma. “Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli”, **TİSK Akademi**, Cilt 2, Sayı 3, 2007/1, s. 106-159.

Baybora, Dilek. “Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık”, **Sosyal Siyaset Konferansları**, 51. Kitap, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 2006, s. 229-269.

_____. “Türkiye’de Çalışma Hayatında Kadın-Erkek Eşitliği”, **Çimento İşveren**, Cilt 21, Sayı 2, Mart 2007, s. 38-57.

Bayram, Fuat. “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, Sayı: 14, s. 552-574.

_____. “Türk İş Hukukunda Psikolojik Taciz”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Şubat 2008, s. 177-206.

_____. “Avrupa Birliği 2004 Yılı Türkiye İlerleme Raporunda Türk İş Hukukuna İlişkin Tespit ve Eleştiriler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Ekim-Kasım-Aralık 2005, Sayı : 8, s. 1511-1519.

_____. “Avrupa Birliği İlerleme Raporlarındaki (1998 - 2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Ocak - Şubat - Mart 2007, Sayı: 13, s. 51-96.

Belorgey, Jean-Michel. “Quelle justice internationale pour les droits sociaux?”, **Droit social**, No 7-8, juillet-août 2008, s. 774-777.

Berktaş, Fatmagül. “Kadınların İnsan Hakları: İnsan Hakları Hukukunda Yeni Bir Açılım”, **İnsan Hakları**, YKY Yayını, İstanbul, Aralık 2000, s. 349-372.

_____. “Kadının İnsan Hakları Hukukunda Yeni Perspektifler”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 20-30.

Berthou, Katell. “Sur les discriminations positives (CJCE, 28 mars 2000, Badeck)”, **Droit social**, No 9-10, septembre-octobre 2000, s. 901-908.

Blackett, Adelle / Sheppard, Colleen. “Négociation collective et égalité au travail”, **Revue internationale du travail**, Volume 142, Numéro 4, 2003/4, s. 453-496.

- Boivin, Isabelle et Alberto Odero. “La Commission d’experts pour L’application des conventions et recommandations et les progrès des législations nationales”, **Revue internationale du Travail**, Volume 145, Numéro 3, 2006, s. 235-249.
- Caniklioğlu, Nurşen. “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 368-421.
- Carlier, Jean-Yves. “Le devenir de la libre circulation des personnes dans l’Union européenne: Regard sur la directive 2002/38”, **Cahiers de droit européen**, Numeros 1-2, 2006, s. 14-33.
- Carnoy, Martin. “Famille et travail flexible: quel risque pour la cohésion sociale?”, **Revue internationale du travail**, Volume 138, Numéro 4, 1999/4, s. 455-476.
- Centel, Tankut. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, **Çimento İşveren**, Cilt 19, Sayı 5, Eylül 2005, s. 4-17.
- Champeil, Véronique –Desplats. “Droits fondamentaux et droit social”, **Les droits et libertés fondamentaux en France**, Genèse d’une qualification, A L-C / PL, s. 11-37.
- Cohen-Jonathan - Ami Barav, “Non discrimination des enseignants”, **Libertés, Justice, Tolérance**, Non discrimination des enseignants en raison de la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, volume 1, Bruylant, Bruxelles, 2004, s. 191-217.
- Chevallier, Jacques. “Réflexions sur la notion de discrimination positive”, **Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan**, Volume 1, Bruylant, Bruxelles, 2004, s. 416-427.
- Cin, Mustafa. “Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş**, Cilt 8, Sayı 1, 2005, s. 19-38.
- Constantinesco, Vlad - Yves Gautier - Valérie Michel. “Les politiques internes de l’Union: construction d’un modèle social européen ou sanctuarisation de l’économie libérale?”, **Le traité établissant une constitution pour l’Europe**, Strasbourg, s. 80-93.

- Çelik, Aziz. “Yeni İş Yasasının Anlamı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, , Sayı 48, Eylül / Ekim 2003, s. 41-70.
- Çiçekli, Bülent. “Yabancı İşçilerin Çalışmasına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 4, Haziran 2006, s. 39-42.
- _____. “Yabancı İstihdamı, Niçin Olur ya da Gereklidir?”, **Mercek**, Ekim 2007, Sayı 5, s. 94-98.
- Çitçi, Oya. “Avrupa Topluluğu, Kadın Çalışması ve Türkiye”, **Cahit Talas’a Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayını, Ankara, 1990, s. 139-159.
- Çoban, Ali Rıza. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı (14. Madde) ve Mülkiyet Hakkı (P 1-1) Açısından Uygulanması”, **Bülent Tanör Armağanı** (Yay. Haz.: Öget Öktem Tanör), Legal Yayını, İstanbul 2004, s. 243-260.
- Coşkun, Mustafa Kemal. “Ayrımcılığa Karşı Etkili, Sürekli ve Ortak Mücadele”, **Sendikal Notlar**, Şubat 2005, Sayı 25, s. 104-111.
- Demir, Fevzi. “İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Temmuz - Ağustos - Eylül, 2008, Sayı: 19, s. 885-898.
- Dereli, Toker. “Uluslararası Çalışma Normları, Sendika Özgürlükleri ve Türkiye: ILO Eleştirileri Açısından Yeni Yasa Ön Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, **AB - Türkiye ve Endüstri İlişkileri**, (Editör: Alpay Hekimler), Beta Yayını, 1. Bası, Ağustos 2004, İstanbul, s. 167-190.
- De Schutter, Oliver. “Droits fondamentaux et droit social”, **L’affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne**, A L-C / PL, s. 145-183.
- De Salas, Alfonso. “Les Droits sociaux et la convention européenne des droits de l’homme”, Les droits sociaux et la cedh, **Liberté, Justice, Tolérance, Mélanges en hommages au Doyen Gérard Cohen-Jonathan**, Volume I, Bruylant, Bruxelles, 2004, s. 580-589.
- Doğan Yenisey, Kübra. “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, **Kamu-İş**, Cilt 6, Sayı 4, 2002, s. 31-72.
- _____. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 63-81.

- _____. “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 7, 2005, s. 973-1003.
- _____. “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yarıgıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 2, Haziran 2006, s. 60-65.
- Druesne, Gérard. “Droit de l’Union européenne et politiques communautaires”, **Politiques élaborées par les institutions communautaires**, Collection droit fondamental, 8^e édition mise à jour, Chapitre 2, PUF, Paris, septembre 2006, s. 503-525.
- “Engellilere Merdiven Engeli”, **Cumhuriyet**, 1 Nisan 2009, s. 6.
- Erdoğan, Gülnur. “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 78, Eylül-Ekim 2008, s. 123-165.
- Erdut, Zeki. “Avrupa Birliğinde Çalışan Kadınların Hakları”, **Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan**, TÜHİS Yayını, Ankara, 2000, s. 353-374.
- Ergin, Berin. “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar – Taciz ve Çalışma Hayatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 7, Eylül 2007, s. 145-165.
- Ergin, Hediye. “Almanya’da ‘Genel Eşit Davranma Yasası’nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 14, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, s. 635-664.
- Erhel, Christine – Bruno Palier. “Les dynamiques de l’Europe sociale et europe de l’emploi à l’Europe à l’Heure de la Méthode ouverte de coordination”, **Mondialisation et régulation sociale**, Tome 1, XXIII^{èmes} Journées de l’Association d’Économie Sociale Grenoble, Bordeaux IV, Paris, 11-12 septembre 2003, s. 125-143.
- Ertürk, Şükran. “İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Ocak - Şubat - Mart 2007, Sayı: 13, s. 12-34.
- Eyraud, François. “Egalité de rémunération et valeur du travail dans les pays industrialisés”, **Revue internationale du travail**, Volume 123, Numéro 1, janvier-février 1984, s. 35-52.
- Eyrenci, Öner. “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 1, 2004, s. 15-56.

- _____. “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu İle Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Öngören Kanun Tasarı Taslağı Hükümlerinin Genel Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu Yayını, Birinci Basım, İstanbul, Eylül 2004, s. 199-217.
- Finley, Lucinda M. “İnsan Hakları ve Kadın”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 91-97.
- Fugazza, Marco. “La discrimination raciale: Théories, faits, stratégies”, **Revue internationale du travail**, Volume 142, Numéro 4, 2003/4, s. 547-588.
- Göztepe, Ece. “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Nisan-Haziran 1999, Sayı 54 (2), s. 101-131.
- _____. “Jutitia’nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı”, “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 532-542.
- Gülmez, Mesut. “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 4, Aralık 1988, s. 40-42.
- _____. “98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (1): 1955-1980”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990, s. 13-29.
- _____. “98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (2): 1980-1990”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 4, Aralık 1990, s. 3-37.
- _____. “Avrupa Sosyal Şartına Genel Bir Bakış ve Türkiye”, **İnsan Hakları Yılığı** Cilt 12, Yıl 1990, s. 91-124.
- _____. “Gözden Geçirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi İle Yeni Avrupa Sosyal Şartı”, **Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan**, Kumu-İş Yayını, Ankara, 1998, s. 327-358.
- _____. “12 Eylül’den Günümüze ILO Denetim Organları Önünde Türkiye (Yasal Boyut)”, **Cahit Talas’a Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1990, s. 247-283.

- _____. “Anayasa Değişikliği Karşısında Sendikal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Bağlayıcılığı”, **Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar Kapsamında Sendikal Haklar, Sosyal Güvenlik Hakkı ve Sağlık Hakkı Sempozyumu**, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 8-9 Ekim 2004, Dedeman Oteli, Ankara, DİSK Yayını, No: 49, Şubat 2005, s. 24-38;
- _____. “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa md. 90/son)**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s. 38-82.
- _____. “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/1, 4, s. 11-56.
- _____. “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?”, **Çalışma ve Toplum**, 2007/1, Sayı 12, s. 27-52.
- _____. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Demir-Baykara / Türkiye Davası Kararı: Bağlayıcılığı, İçeriği, Etkileri ve Sonuçları”, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı**, Tüm Bel-Sen Yayını, Ankara, (2008), s. 5-32
- _____. “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/3, Sayı 18, s. 137-170.
- _____. “Toplu Sözleşmesiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur”, **Radikal İki**, 23 Kasım 2008, s. 7.
- _____. “Asgari Ücrette ‘Yaş Ayrımcılığı’ Yapılamaz”, **Radikal İki**, 4 Ocak 2009, s. 8.
- Güzel, Ali. “Avrupa Topluluğu Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı”, **Çimento İşveren**, Cilt 6, Sayı 3, Mayıs 1992, s. 9 vd.
- _____. “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu Yayını, Birinci Basım, İstanbul, Eylül 2004, s. 15-145.
- _____. / Şebnem Gökçeoğlu. “Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı”, **Çimento İşveren**, Cilt 6, Sayı 5, Eylül 1992, s. 3 vd.

- _____/ Ertan, Emre. “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan - Mayıs - Haziran 2007, Sayı: 14, s. 509-549.
- _____. “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing): Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Şubat 2008, s. 161-175.
- _____. “Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan - Mayıs - Haziran 2008, Sayı: 18, s. 397-416.
- Harriss-White, Barbara. “Obsevation sur l’inégalité professionnelle dans l’économie informelle”, **Revue internationale du travail**, Volume 142, Numéro 4, 2003/4, s. 497-508.
- Heide, Ingeborg. “La lutte contre la discrimination selon le sexe au niveau supranational: l’égalité de rémunération et de traitement dans l’Union européenne”, **Revue internationale du travail**, Volume 138, Numéro 4, 1999/4, s. 412-454.
- Hepple, Bob. “Egalité et renforcement du pouvoir d’action pour un travail décent”, **Revue internationale du travail**, Volume 140, Numéro 1, 2001/1, s. 7-22.
- Hernu, Rémy. “Principe d’égalité et principe de non – discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes”, **Définir la discrimination**, Préface de Gérard Soulier, L.G.D.J., Paris, 2003, s. 245-293.
- Hodges-Aeberhard, Jane. “L’action positive dans l’emploi: la jurisprudence récente face à une notion complexe”, **Revue internationale du travail**, Volume 138, Numéro 3, 1999/3, s. 269-298.
- İnceoğlu, Sibel. “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2001, s. 41-70.

- _____. “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 45-61.
- Iliopoulos Strangas, Julia – Jean-François Flauss, “La Charte des Droits fondamentaux de l’Union européenne face à la protection constitutionnelle des Droits sociaux dans les états membres”, **Droits sociaux et droit européen, Bilan et prospective de la protection normative**, Actes de la Journées d’études du 19 octobre 2001 Bruylant / Nemesis, 2002, Bruxelles, s. 49-87.
- Kalan, İlknur. “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın”, **Hukuk Kulluğu 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 422-438.
- Kar, Muhsin / Elveren, Adem Yavuz. “Özel Emeklilik Sistemlerinde Cinsiyete Dayalı Gelir Farkı: Türkiye Örneği”, **TİSK Akademi**, Cit 3, Sayı 5, 2008/1, s. 68-99.
- Kaya, Pir Ali. “Avrupa Birliği İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, (Yay. Haz.: Berrin Ceylan-Ataman), AÜ SBF Yayını, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2007, s. 417-428.
- Keser, Hakan. “4857 Sayılı İK’na Göre İşverenlerin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş**, Cilt 7, Sayı 3, 2004, s. 37-73.
- Kılıç, Abbas. “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 78, Eylül-Ekim 2008, s. 167-204.
- Kutal, Metin, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 11, Eylül 2008, s. 73-95.
- Landau, C. E. “La CE et l’égalité entre hommes et femmes en matière d’emploi”, **Revue internationale du travail**, Volume 123, Numéro 1, janvier-février 1984, s. 57-76.
- Lanquetin, Marie-Thérèse, “L’égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d’emploi et de travail (A propos de la directive 2000/54

CE du 5 juillet 2006)”, **Droit social**, No: 7/8, juillet-août 2007, Paris, s. 861-878.

_____. “Discriminations: la loi d’adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008”, **Droit social**, No 7-8, juillet-août 2008, s. 778-788.

Laurent, Sylvain. “Discrimination: le plan d’action européen en faveur des personnes handicapées”, **Droit social**, No: 5, mai 2008, s. 586-598.

Lhernould, Jean-Philippe. “Les droits sociaux des couples homosexuels”, **Droit social**, No: 6, juin 2008, s. 712-719.

Lordoğlu, Kuvvet. “Türkiye’deki Çalışma Hayatının Bir Parçası Olarak Yabancı Çalışanlar”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, (Yay. Haz.: Berrin Ceylan-Ataman), AÜ SBF Yayını, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2007, s. 489-510.

_____. “Türkiye’deki Çalışma Hayatının Bir Parçası Olarak Yabancı Çalışanlar”, **Çalışma ve Toplum**, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2007/3, 14, s. 11-28.

Luckhaus, Linda. “Egalité de traitement, protection sociale et garantie de ressources pour les femmes”, **Revue internationale du travail**, Volume 139, Numéro 2, 2000/2, s. 163-199.

Lyon-Caen, Antoine – Pascal Lokiec, “Droits fondamentaux et droit social”, **Les travaux dont ce livre est issu ont été préparés dans le cadre de l’Institut international de Paris-La Défense (IIPLD)**”, avec le concours de l’Institut de recherche juridique sur l’entreprise et les relations professionnelles (IRERP-UMR CNRS n° 7029), 2005, s. 1-7.

Mackinnon, Catherine A. “İnsan Hakları ve Kadın”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 4-11.

Makkonen, Timo. **Manuel européen sur les données relatives à l’égalité**, Commission européenne, Direction générale de l’emploi, des affaires sociales et de l’égalité des chances, Unité G.4, Office des publications officielles des Communautés européennes, manuscrit terminé en novembre 2006, printed in Belgium, 2007.

Martin, Philippe. “L’élargissement de l’Union européenne: Quel modèle social?”, **Bulletin de Droit comparé du Travail et de la Sécurité sociale 2002**, Bordeaux IV, 2002, s. 119-128.

- Meyrat, Isabelle. “Droits fondamentaux et droit social”, **La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail**, Pour une approche critique, A L-C / PL, s. 41-45.
- Moreau, Marie-Ange. “Les justifications des discriminations”, **Droit social**, No 12, décembre 2002.
- Moroğlu, Nazan. “Kadın Haklarına Yönelik Uluslararası Sözleşmenin Ulusal Hukukumuzda Etkileri”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 107-117.
- _____. “Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği İle İlgili Düzenlemeler”, **Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli**, T. C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, Aralık 2000, s. 57-70.
- Nussbaum, Martha. “Femmes et égalité: l'approche fondée sur les capacités”, **Revue internationale du travail**, Volume 138, Numéro 3, 1999/3, s. 247-268.
- Okur, Zeki. “Türkiye’de Yabancıların Sendikal Hakları”, **Çimento İşveren**, Cilt 19, Sayı 2, Mart 2005, s. 28-35.
- Özdemir, Erdem, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 83-96.
- _____. “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet, Yargıtayın İki Kararına İlişkin İnceleme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 5, 2005, s. 252-263.
- Öztan, Ece. “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Olumlu Ayrımcılık”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Ocak-Mart 2004, Sayı 59 (1), s. 203-235.
- Özveri, Murat. “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 8, Ekim-Kasım-Aralık 2005, s. 1522-1544.
- Palier, Bruno. – Louis-Charles Viossat - Joel Maurice, “Politiques sociales et mondialisation”, **Quatre modèles d'Europe sociale**, Avec le soutien de la direction de la protection sociale de la Banque mondiale et du Centre d'étude de la vie politique française de la Fondation nationale des sciences politiques, Bordeaux IV / CNRS, L 3528, s. 47-63.

Pappalardo, Fabio. “La notion de “conditions de travail” en droit communautaire”, **Revue du Droit de l’Union européenne**, CJ, 3-2006, s. 609-617.

“Perspectives: Le salaire minimum, instrument de lutte contre la discrimination et de promotion de l’égalité”, **Revue internationale du travail**, Volume 142, Numéro 4, 2003/4, s. 589-604.

Plantenga, Janneke / Hansen, Johan. “Analyse comparative de l’égalité des chances dans l’Union européenne”, **Revue internationale du travail**, Volume 138, Numéro 4, 1999/4, s. 387-419.

Raveaud, Gilles. “La stratégie européenne pour l’emploi: Une première évaluation”, **Mondialisation et régulation sociale, Tome 1 ...**, s. 159-173.

Rivet, Michèle. “La discrimination dans la vie du travail”, Rapport général”, in **La discrimination**, journées Franco-Belges, Tome LI / 2001, Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique Française, Société de législation comparée (SLC), Paris, 2004, s. 243-264.

Sağlam, Fazıl. “Anayasa Hukuku Açısından İşçi Haklarının Güncel Sorunları”, Öner Eyrenci / Fazıl Sağlam / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan, **Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları**, İstanbul, Ağustos 1987, s. 9-56.

Sevimli, Ahmet. “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 10, Haziran 2008, s. 53-79.

Smith, Patricia. “Feminist Hareketler, Direniş Yapıları ve Hukuk”, **Hukuk Kùltayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 136-148.

Soysal, Tamer. “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler”, **Kamu-İş**, Cilt 8, Sayı 4, 2006, s. 89-138.

Sözer, Ali Nazım. “AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 2, Haziran 2006, s. 184-208.

Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 12, Aralık 2008, s. 24-38.

Talgorn, Christian. “La démocratie participative à la lumière de la politique sociale communautaire”, **Le droit l’Union européenne en principes**, Li-

- ber amicorum en l'honneur de Jean Raux**, Editions Apogée, 2006, Rennes, mars 2006, s. 525-547.
- Tezcan, Ercüment. “Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliği ve Avrupa Birliği Çerçevesindeki Uygulamalar”, **20. Yüzyılda Kadın ve Gelecek** (Editör: Oya Çitci), TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, Kasım 1998, s. 173-206.
- Tınaz, Pınar. “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/3, Sayı 10, s. 11-22.
- _____. “İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 13-28.
- Tizzano, Antonio. “La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales”, **Revue du Droit de l'Union européenne**, Revue trimestrielle de droit européen, Editions Clément Jugler, 1-2006, s. 9-21.
- Tomei, Manuela. “Sur les notions de discriminations et d'égalité au travail”, **Revue internationale du travail**, Volume 142, Numéro 4, 2003/4, s. 435-452.
- _____. “Çalışma Hayatında Ayrımcılık ve Eşitlik: Kavramsal Bir Değerlendirme”, (Çev.: Şerife Geniş), **Sendikal Notlar**, Kasım 2004, Sayı 24, s. 56-75.
- Tuncay, A. Can. “Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu”, **AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri**, (Editör: Alpay Hekimler), Beta Yayını, 1. Bası, Ağustos 2004, İstanbul, s. 45-79.
- _____. “Çalışan Kadının Analık Durumunda İzin ve Ücret Güvencesi”, **Mercek**, Temmuz 2005, s. 29-47.
- _____. “İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 4, Haziran 2006, s. 75-81.
- _____. “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 03-04.06 2007, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Haziran 2007, s. 21-38.
- Ulucan, Devrim. “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, Cilt 5, Sayı 3, 2000, s. 191-202.
- Uşan, Fatih. “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 8, 2005, s. 1623-1632.

- Ünver, Yener. “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulama Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 294-342.
- Van Raepenbusch, Sean. “Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (1998-2003)”, **Droit social**, No: 7/8, juillet-août 2003, s. 751-763.
- _____. “Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (1998-2003)”, **Droit social**, No: 9/10, septembre-octobre 2003, s. 859-878.
- Vigneau, Christophe. “L’accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée”, **Droit social**, No 11, novembre 1999, s. 928-937.
- Yarsuvat, Duygun. “Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulama Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 17-32.
- Yazıcı, Serap. “Eşitlik İlkesinin Değişen Dinamiği Çerçevesinde Kadın Hakları”, “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2006, s. 485-531.
- Yenidünya, Caner. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 97-115.
- Yıldırım, Fatma. “Türkiye’de Özürlülere Yönelik Sosyal Güvenlik, İstihdam ve Toplumsal Yaşama Katılım İle İlgili Düzenlemeler ve Mevcut Durum”, **Sendikal Notlar**, Mayıs 2005, Sayı 26, s. 52-79.
- Yıldız, Gaye Burcu. “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 11, Temmuz - Ağustos - Eylül 2006, s. 901-911.
- _____. “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 10, Haziran 2008, s. 80-87.
- Yokuş Sevik, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 57, Mart-Nisan 2005, s. 243-282.
- Yüçetürk, E. Elif. “Bilgi Çağında Örgütlerin Görünmeyen Yüzü: Mobbing (Yıldırma)”, **Sendikal Notlar**, Mayıs 2005, Sayı 26, s. 77-91.