

POZİTİF ÖNLEMLER

Zafer GÖREN*

ÖZET

Pozitif önlemler, şans eşitliğinin ve eşit haklara sahip olmanın gerçekten sağlanmasını, yani sosyal gerçeklikteki fiili eşitsizliklerin de ortadan kaldırılmasını ve eksik temsil edilen cinsin teşvik edilmesini amaçlarlar.

Eşitlik açığını kapatmak amacıyla kadının avantajlı kılınması, ayırım yasakları anlamında bir farklı davranma oluşturmamaktadır. "Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesi", eşit muamele görme temel hakkını kota düzenlemesi yoluyla sınırlamayı meşrulaştırmaktadır.

Kadınların siyasal karar organlarındaki temsil oranını, doğrudan ya da dolaylı olarak, onların genel nüfus içindeki oranına yaklaştırma ve fiili eşitsizliğin ortadan kaldırılması amacını güden kota düzenlemeleri "yasa ile" öngörülebileceği gibi bu nitelikteki düzenlemeler "parti tüzükleri"nde de yer alabilir.

Anahtar Kelimeler: *farklı cinslerin eşitliği, kota, pozitif önlemler, ayırım yasakları*

AFFIRMATIVE ACTIONS

ABSTRACT

Affirmative actions aim at providing equal opportunity and equal rights for the society. These programs endeavour to eliminate de facto inequalities in social reality and to promote the gender that is represented inadequately.

Giving advantages to women in order to eliminate the equality gap between two genders should not be evaluated within prohibitions on discrimination. Quotas for women restrict the right to equality before the law while "Principle of Equal Rights for Women and Men" justifies this restriction.

In order to increase the proportion of female representation in decisive political bodies to the proportion of women in the general population and in order to eliminate de facto inequalities, quota regulations are used. These kind of regulations can be foreseen both by "law" or "statutes of the political parties"

Keywords: *gender equality, quota, affirmative action, prohibitions on discrimination*

* Prof.Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

GİRİŞ

Temel haklar, bir devlet içinde herkese özgürlük, eşitlik ve onur içinde bir yaşam garantisi sağlamaktadır. Bu herkes için eşit geçerlilik, tüm demokratik çağdaş anayasalarda yer almakla birlikte, temel hakların gerçek koruma etkisinin bugün de kadınlar ve erkekler için her zaman eşit olmadığı, her iki cins için eşit hakların şekli olarak tanınmasıyla, bu hakların sosyal gerçeklikte gerçekten uygulanması arasında bir tutarsızlık olduğu görülmektedir.

Bu amaçla yasal alanda yapılan değişikliklerin gerçek eşitliğin sağlanmasında önemli bir adım oluşturacağı tartışmasız bir gerçektir. Çünkü bu değişiklikler zamanla bilinç ve davranışlarda arzulan değişiklikleri teşvik edecektir. Hatta kısmen teşvik etmiştir. Ancak itiraf edilmelidir ki kadın ve erkeğin şekli anlamda hukuksal eşitliği, bugüne kadar gerçek şans eşitliğini sağlamaya yetmemiştir¹.

Kadın ve erkek arasında gerçek eşitliğin sağlanması için:

- a. Sübjektif ayrımları ve mağdur kılınmaları önleme amacını güden ayırım yasakları;
- b. Kadınların iş hayatına ve siyasete katılım oranının artırılmasına yönelik, bilgilendirme, mesleki eğitim, teşvik programları;
- c. Kadınların erkekler karşısında iş ilişkilerinin kurulmasında tercih edilmesini ve bürokratik ve siyasal karar alma mekanizmalarında eşit temsiliyi sağlayan “pozitif önlemler veya kota düzenlemeleri” gibi tedbirler düşünülebilir.

Pozitif önlemler ya da kotalar, gerçek eşitliğe ulaşılabilmeye en güçlü araç olarak görülmektedir.

Latince “quota” sözcüğünden kaynaklanan kota “pay” anlamına gelmektedir. Kota bir bütünün paylaşılması sonucu bireye ya da birime düşen pay olup² kavramsal olarak “kota uygulaması” payın, daima bütüne ilişkin olacak şekilde sayısal olarak belirlenmesi demektir³. Pozitif bir hukuksal eylem olarak kadın kotası, kadınların öğrenimde, iş yaşamında ve siyasal yaşamda istatis-

¹ **Pflug, Natalie:** Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes, Wien 2009, s. 192.

² Brockhaus, Enzyklopaedie: Mannheim 1992, s.700.

³ **Slupik, Vera:** Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, Zur Bedeutung von Art.3 Abs 3 GG in Recht und Wirklichkeit, Berlin 1988, s. 119.

tiksel olarak kanıtlanabilen düşük temsilinin dengelenmesine yönelik bir araçtır⁴.

Kotanın uzun vadede amacı, yüksek nitelikli pozisyonlarda düşük temsil edilen kadınları, bu pozisyonu üstlenecek bir konuma getirmek ve sonuçta kadın lehine bir kota uygulanmasını gereksiz kılmaktır.

Böylece kota uygulaması ile, hukuksal olarak garanti edilen eşit haklara sahip olmanın, realiteye dönüştürülmesi sağlanmış olmaktadır⁵.

Kota uygulanmasında, kadınların ayrıcalıklı kılınması değil, onlar için var olan engellerin ve dezavantajların ortadan kaldırılması söz konusudur. Başka bir deyimle kadının tercihi “ayırıcı” olmayıp “dengeleyici” niteliktedir. Çünkü amaç farklı cinslerin dengelenmesine ulaşmaktır⁶.

Pozitif önlemlerle cinslere eşit davranılması, kesinlikle mekanik bir eşitleme amacını gütmemektedir. Bu amacı da gütmemelidir.

Farklı cinslerin rollerinin kaydırılması tehlikesi, kadına özgü tüm tedbirlerde daima mevcut olmuştur. Ancak pozitif önlemlerin uygulanmasında, cinslerin farklı olma özellikleri, kendi farklılıkları içinde korunmalıdır.

Kota düzenlemeleri doğrudukları sonuçlar ve yan etkileri nedeniyle farklı cinslerin eşitliğini savunanlar arasında bile tartışmalara neden olmuştur⁷.

Seksenli yıllarda kadın kotaları öncelikle anayasaya uygunlukları açısından çok güçlü bir biçimde tartışılmıştır.

F. Almanya’da anayasanın 3. maddesinin 2. fıkrası, 1994 anayasa reformu ile henüz değişikliğe uğramamışken, çoğu çevreler bu fıkranın erkek ve kadınlar arasında sadece bir şekli eşitlik öngördüğünü kabul ediyorlardı. Karşı görüşte olanlar ise, bu şekli eşitlik dışında 3 maddenin 2. fıkrasının, gerçek eşitliğin sağlanması konusunda bir devlet ödevini garanti ettiği düşüncesinde idiler.

⁴ Krş. **Kaufmann, Claudia**: Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen –(k) ein Widerspruch?, in: Festschrift für Margith Bigler Eggenberger, Basel und Frankfurt am Main 1993, s. 164 vd.

⁵ **Kaufmann, Claudia**: Quoten-beser als Ruf Das umstrittene Mittel zur Verwirklichung von Mann und Frau, Bern 1988, s.3.

⁶ **Claus Schwander, Marianne**: Verfassungsmaessigkeit von Frauenquoten, Bern 1995, s.5.

⁷ **Pausch/Gruber, Ursula**: Es mangelt an Solidaritaet, Entwicklung und Ziele der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratische Frauen, Willy Brandt (edt): Frauen heute-Jahrhundertsthema Gleichberechtigung (s.73-87), Köln 1978.

Randzio-Plath, Christa: Europa- eine Chance für die Frauen., Baden 1974, s.45; **Randzio-Plath, Christa**: Laesst uns endlich mitregieren, Freiburg 1980, s.161.

Kadın kotaları, ayırımların dengelenmesi konusunda şekli bir eşitliği değil, eşitlik açığını mutlak olarak kapamayı amaçladıklarından anayasanın bu konuda doğru yorumunda dayanak ve esas oluşturmuşlardır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanlarından Ernst Benda'nın hazırladığı bir raporda, „istisna kaydı“ (*öffnungsklausel=çekince*) içeren kotaların anayasa ile bağdaştığı sonucuna varmasından sonra, kotalar yavaş yavaş F. Almanya'da Federe Devletler mevzuatında değişik bağlayıcılıkta yer almaya başlamış, ancak bununla anayasaya uygunlukları konusundaki tartışmalar sona ermemiştir⁸.

Sonuçta F. Almanya Anayasası'nda 27.10.1994 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikle, 3 maddenin 2. fıkrasına: “Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder, var olan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir” cümlesi, ikinci cümle olarak eklenmiştir⁹.

Yeni getirilen cümlenin ilk yarısı, eşit haklara sahip olmanın gerçekten sağlanması konusunda bir devlet ödevinin bulunduğunu açıkça ifade etmektedir. Anayasa değişikliği tasarısının gerekçesinde “bağlayıcı bir teşvik (iltimas) emri”nden söz edilmektedir¹⁰.

F. Almanya Anayasası'nın kullandığı “var olan dezavantajlar” ibaresi, gerçekte mevcut olan eşit haklara sahip olma açığının (defizit) Anayasaca kabul edildiğini göstermektedir.

F. Almanya'da birçok Federe devlet eşitlik kanununda, kota düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu kanunlarda “karar kotaları” ve “sonuç kotaları” adı altında iki kota tipine yer verilmektedir.

Karar kotalarında, kadının daha az temsil edildiği alanlardaki kadrolara atama yapılmasında, kadın ve erkeğin eşit performansla sahip olması durumunda ilke olarak kadın adayın atanması öngörülmektedir. (Örnek:Nordrhein-Westfalen Eyalet Memurları Kanunu md. 8 IV 2)

Buna karşılık sonuç kotaları münferit bir karara bağlı değildirler. Örneğin Hessen Eşitlik Kanunu'na göre Hessen Federe Devleti'nde kamu hizmetlerinde kadın teşvik planlarına göre, kadının az temsil edildiği kadrolara yapı-

⁸ **Pelzer, Marei:** *Frauenförderung im Aufwind, Grundrechte-Report*, 65-69 :http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frau_enfoer_derung-im-aufwind-1/,(26.12.2009);**Benda,Ernst:** *Notwendigkeit und Möglichkeit positiver aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dients Rechtsgutachten, erstattaet im Auftrag der Senatskanzlei- Leitstelle Gleichstellung der Frau- der Freien und Hansestadt, Hamburg* 1986.

⁹ 15 Ekim 1994 tarihli Anayasa değişikliği hakkında kanun: BGBL I, 3146.

¹⁰ BT Drs.12/7109, 7: Bkz. BT Drs. 12/600,50.

lacak atamalarda iki yıl içinde boş kadroların en az yarısının kadın memurlarla doldurulması zorunluluğu öngörülmüştür. Buna riayet edilmediği takdirde iç hukukta idari yaptırım mekanizmaları devreye girecektir. (Hessen Eşitlik Kanunu md. 4-5.10)

İsviçre’de de İsviçre Federal Anayasası’nın 1999’da tümünden revizyona tabi tutulması kapsamında, devletin kadınların sadece hukuki eşitliğinin değil, sosyal eşitliğinin de sağlanması için çaba göstereceği düşüncesi açıkça Anayasada onaylanmış bulunmaktadır. Bu tarihten beri İsviçre Federal Anayasası’nda eşitlik ilkesini düzenleyen 8. maddenin 3. fıkrasında, kadın ve erkek arasındaki gerçek eşitliğin de sağlanması konusunda yasa koyucuya yönelik açık bir görev yer almaktadır.

18 Nisan 1999 tarihli İsviçre Federal Anayasası md. 8 f. 3: ”Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Kanun onların özellikle aile, öğrenim ve çalışma alanında eşitliklerinin sağlanması için çaba gösterilir” kuralını içermektedir.

F. Avusturya Anayasası’nın (en son değişikliğe uğradığı tarih: 05.01.2008) 7(2) maddesinde de: “Kadınlar ve erkekler arasındaki gerçek eşitliğin teşvik edilmesi için, özellikle fiilen varolan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması yoluyla alınacak tedbirler meşrudur” kuralı yer almaktadır.

27 Aralık 1947 tarihli İtalya Anayasası md. 3, 3. cümlede ve 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Cumhuriyeti Anayasası md. 9’da kadın ve erkek arasında gerçek eşitliğin sağlanması, bir devlet ödevi olarak kabul edilmiştir.

1958 tarihli Fransa Cumhuriyeti Anayasası md. 1 f. 2’ye göre: “Kanun, kadınların siyasi ve bürokratik kadrolara eşit katılmasını, meslek ve toplumsal alanda eşit oranda sorumluluğunu teşvik eder.”

F. Almanya Anayasası madde 3 f. 2 ve bu fıkraya 7.5.1994 yılında getirilen ek cümle örnek alınarak 7.5.2004 tarihinde Anayasamızın 10. maddesine de ek fıkra olarak “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet erkek ve kadın arasındaki bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür” kuralı getirilmiştir.

Bu düzenlemede F. Almanya Anayasası’ndan farklı olarak kadın erkek eşitliği konusunda var olan dezavantajlardan söz edilmemesinden, bu tür dezavantajların varlığının Türk Anayasa koyucu tarafından tanınmadığı sonucu çıkarılamaz. Cümledeki “devlet, erkek ve kadın arasındaki eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür” ibaresi, bu tür dezavantajların var olabileceğini kabul ettiği gibi, bu ibare F. Almanya Anayasası’nın kullandığı: “Devlet kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder“ ibaresine göre daha güvenceli bir koruma sağlamaktadır.

Aynı fıkraya ek cümle olarak getirilen ve 12.09.2010 tarihinde halkoylamasıyla onaylanan “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” cümlesi de kadınlar yararına gerçekleştirilecek bir pozitif ayrımcılığın anayasal dayanağını oluşturmaktadır¹¹.

7.5.2004 tarihli anayasa değişikliği ile devlet, kadın erkek eşitliğinin “yaşama geçirilmesini sağlamakla”, gerekli olduğunda pozitif ayrımcılık tedbirleri uygulamakla yükümlü tutulmuştur. 12.9.2010 tarihli anayasa değişikliği ile getirilen, devletin alacağı bu tür tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı kuralı, 2004 değişikliği ile getirilen garantiyi pekiştirmektedir¹².

Anayasamızın 10 maddesinin 1. fıkrasında yer alan “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı”na göre ise, kimse cinsiyeti nedeniyle avantajlı ya da dezavantajlı kılınmaz.

Bununla birlikte anayasanın 10 maddesine ek fıkra ve ek cümle olarak getirilen “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet erkek ve kadın arasındaki eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” kuralları, kadın lehine, cinsler arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını amaçlayan bir farklı davranmayı, yani ayırım yapılmasını haklı çıkarmaktadır.

Eşitlik açığının kapatılması (telafisi) ilkesine göre, eşitlik açığını kapatmak amacıyla kadının avantajlı kılınması, ayırım yasakları anlamında bir farklı davranma oluşturmaz. Anayasamızın 10 maddesinin 2. fıkrasında yer alan “farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi”, kota düzenlemesi yoluyla eşit muamele görme temel hakkını sınırlamayı meşrulaştırmaktadır¹³.

Pozitif önlemler ya da kota düzenlemeleri, bireylere eşit haklar tanınması liberal modelini iki açıdan tamamlamaktadırlar:

-Birinci olarak şekli hukuki eşitliğe karşılık fiili eşitlik amaçlanmaktadır.

Pozitif önlemler, şans eşitliğinin ve eşit haklara sahip olmanın gerçekten sağlanmasını, yani sadece hukuksal eşitsizliklerin değil, sosyal gerçeklikteki

¹¹ **Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s.100.

¹² Krş., **Kaboğlu, İbrahim:** Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak, İstanbul 2010, s.257.

¹³ **Fuchsloch, Christine:** “Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Maennerdiskriminierung?”(Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991, s.442-468) karşı görüş: Sachs, Michael:“Die Quotenregelung und der Rentenaltersbeschluss des BVerGs” (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991, s.437-442).

fiili eşitsizliklerin de ortadan kaldırılmasını ve eksik temsil edilen cinsin teşvik edilmesini amaçlamaktadırlar.

“Kota” ya da “pozitif önlemlerin” en azından koşullar dengeleninceye kadar uygulanması gerekmektedir.

-İkinci olarak eşitlik, bireysel değil, kolektif bakış açısıyla anlaşılmaktadır. Bu bakış açısı, kadınlar yararına, sosyal yaşamda daha güçlü bir devlet etkisi içermektedir¹⁴.

I. AVRUPA HUKUKU ALANINDA KOTA

Topluluk Hukuku’nun geliştirdiği koşullar çerçevesinde kota düzenlemelerini de içeren pozitif önlemler, bugün Avrupa Hukuk Düzeni’nin vazgeçilmez öğeleridirler.

Buna rağmen kadınlar ve erkeklerin eşitliğini sağlamayı amaçlayan hiçbir önlem, kadın kotasının yarattığı gibi şiddetli tartışmalara neden olmamıştır.

Avrupa Adalet Divanı, Federal Almanya’da kamu hizmetlerinde uygulanan kotanın meşruluğu konusunda ön kararlar vermiş ve temel kriterler belirlemiştir. Bu kapsamda verdiği 11 Kasım 1997 tarihli 2. kota kararı ile kadın kotası konusundaki tartışmaları kota lehine sona erdirmiştir. Buna göre, kadınlar erkek adaylarla aynı niteliklere sahipse tercih atanabilir ve yükseltilebilirler. Cinsler arasındaki eşitliğin sağlanmasının hedeflendiği, kamu hizmetlerinde kadınların katılımının artırılması amacına, artık kotanın bu kararda öngörülen ve yorumlanan şekli ile ulaşılmaya çalışılacaktır.

Avrupa Adalet Divanı kararını, F. Almanya Nordrhein-Westfalen Eşitlik yasasına ilişkin olarak vermiştir. Ancak başka Federe devletlerde de benzer kotalar bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesine göre:

“Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırimcılık yapılmadan sağlanır.”

Ekim 1995’te Avrupa Adalet Divanı, Kalanke Davası’nda Bremen Federe Devleti Eşitlik Kanunu’nda düzenlenmiş olan ve Bremen kamu hizmetlerinde uygulanan kadın kotasına ilişkin ilk kararını vermiştir¹⁵.

¹⁴ Peters, Anne von: Frauenquoten im Rechtsvergleich, Diskriminierung Antidiskriminierung, Berlin, 1996, s.257.

Bremen kotasına karşı Kalanke isimli bir erkek memur adayının, Bremen Bahçecilik Sektöründeki yöneticilik adaylığının, bir kadın aday (Bayan Glissmann) lehine olumsuz sonuçlandığından bahisle Bremen İdare Mahkemesinde açtığı dava üzerine, Bremen İdare Mahkemesi, Bremen Eşitlik Kanununun 2. maddesinin 2 ve 4 fıkralarında yer alan kotasın, “Eşit Davranma Çerçeve Direktifine”¹⁶ aykırı olabileceği kanaatiyle. bir ön karar vermesi isteğiyle Avrupa Adalet Divanı’na başvurmuştur.

Bremen Eşitlik Kanunu’na göre, kadınların daha az temsil edildikleri alanlarda, farklı cinslerdeki adayların eşit liyakatte olması halinde, kadın adaylara otomatik olarak öncelik tanınıyordu.

Avrupa Adalet Divanı, Bremen Kotasını, Avrupa Birliği mevzuatına aykırı bulmuştur. Çünkü bu kota, Divana göre, kadınlara atamalarda, mutlak ve koşulsuz öncelik vermeyi otomatik olarak devreye sokmaktaydı. Avrupa Adalet Divanına göre, kadınlara otomatik öncelik tanımak, Direktif’in 2 maddesinin 1 fıkrası anlamında “eşit fırsatlar sağlama” sınırını aşıyor ve ayrımcılık sonucunu doğuruyordu.

Avrupa Adalet Divanı, daha sonra kadın kotasına ilişkin ikinci karar olan Marschall Kararı’nda, Kalanke kararında belirlediği ilkeleri düzeltmiştir¹⁷.

Söz konusu Marschall kararı, eskrim öğretmeni Marschall’ın, rakibi olan bir bayanın kendisine tercih edilmesi nedeniyle açtığı dava üzerine verilmiştir.

Avrupa Adalet Divanı’nın 15 erkek üyesi 11 Kasım 1997 tarihli kararlarında, kadınlar mutlak olarak her halde kayırılmadığı takdirde, kadın kotasının Avrupa Birliği Sözleşmesi ile bağdaştığını belirterek kota lehine görüş bildirmişlerdir.

Bu karara göre, kadın adaylar, erkek adaylarla aynı liyakate sahipse desteklenmelidir.

Genelde mahkeme, Avrupa Adalet Divanı savcısının görüşü doğrultusunda karar verdiği halde, bu davada savcının karşı görüşüne rağmen, Nordrhein Westfalya Eşitlik Kanunu’ndaki kadın kotası, Avrupa Adalet Divanı yargıçları tarafından sözleşmeye aykırı bulunmamıştır. Divan kadınları eşit liyakatteki erkek rakiplerine tercih eden atama ve desteklemeleri, Avrupa Birliği mevzuatına uygun bulmuştur.

¹⁵ Rs C-450/93, 17 ekim 1995: Eckhart Kalanke.

¹⁶ 76/207/EWG

¹⁷ C -409/5, 11 Kasım 1997.

Avrupa Adalet Divanı kararında, ayrıca eşit liyakatte bile, erkek adaylara öncelik veren bir eğilim bulunduğu noktasından hareket ederek, çalışma yaşamında, kadınların rolü ve yetenekleri konusunda bir dizi peşin hüküm bulunduğunu da vurgulamıştır. (Örneğin kadınların işlerini daha sık kesintiye uğrattıkları, çalışma saatlerini, ev ve aileye ilişkin görevleri nedeniyle esnek ayarlamadıkları, hamilelik, doğum, süt izni nedeniyle işe daha az geldikleri gibi)

Bu nedenle Divana göre, eşit liyakat, erkek ve kadın cinse mensup iki adayın gerçekten aynı şansa sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Mahkeme yargıçlarının incelemelerinde esas aldıkları Direktif'e göre devlet, farklı cinsler arasında şans eşitliğini sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla dışarıdan ayrımcı gibi görünen, ama aslında sosyal gerçeklikte var olan fiili eşitsizlikleri ortadan kaldıran veya azaltan tedbirler meşrudur. Kota şu halde eşitlik ilkesine aykırı değildir. Aksine farklı cinsler arasındaki eşitliğin sağlanmasına yardım eder.

Diğer yandan Avrupa Adalet Divanı münferit durumlarda „istisna kaydı“ (*Öffnungsklausel=çekince*) öngörülmüş olsa bile bu istisnaların uygulanmasında dikkatli olunması, istisnaların dikkate alınması halinde kadınların mağdur edilmemesi konusunda uyarıda bulunmaktadır

Land Nordrhein-Westfalen kanunlarına göre¹⁸ “Kadınların erkeklerden daha az temsil edildikleri görevlerde yükselmeleri için, eşitlik, yeterlilik ve profesyonel performans ilkeleri uyarınca yapılan değerlendirmede, kadın adayın nitelikleri izin veriyor ve *erkek adayın belirli kişisel özellikleri de kadın adayla arasındaki eşitliği, erkek aday lehine bozamiyorsa* kadınlara öncelik tanınır.”

Avrupa Adalet Divanı, bu davada genel olarak Kalanke davasındaki görüşlerini tekrarlamış ancak kararda yer alan istisna kaydını (*Öffnungsklausel=çekince*) Direktif'ine aykırı bulmamış, bu çekincenin var olması nedeniyle sözkonusu ulusal kuralların, Direktif'te belirtilen “eşit fırsatlar sağlama” sınırını aşmadığını beyan etmiştir..

Divana göre: Direktif, “Kadınların erkeklerden daha az temsil edildiği görevlerde yükselmeleri için eşitlik, yeterlilik ve profesyonel performans ilkeleri uyarınca yapılan değerlendirmede kadınların nitelikleri izin veriyor ve erkek adayın belirli kişisel özellikleri de kadınlarla arasındaki eşitliği, erkek aday lehine bozamiyorsa kadınlara öncelik tanınır.” gibi kuralları engellemektedir. Bu kurallar uygulamada kadın ve erkek adaylar arasında objek-

¹⁸ Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen 25/5.

tif bir değerlendirme yapıldığı ve bu kriterler kadınlara karşı ayrımcılık amacıyla kullanılmadığı sürece Direktif'e uygundur.

Bununla birlikte Avrupa Adalet Divanı bu istisnaların uygulanmasında hangi kriterlerin göz önüne alınacağı konusuna bir açıklama getirmemiş, ayrımcı seçme kriterlerinin belirlenmesi işini ulusal mahkemelere bırakmıştır.

Avrupa Adalet Divanı'nının bu kararının ışığında, hizmet süresi, medeni hal, bakıma muhtaç çocuk sayısının seçme kriteri olarak artık bir rol oynamaması gerektiği, çünkü bu kriterlerin kural olarak erkekleri avantajlı kıldığı ileri sürülmektedir¹⁹.

Özetle Marschall kararında, Avrupa Adalet Divanına göre, kadınların eksik temsilinin söz konusu olduğu yerlerde, eşit liyakat halinde kadınların tercih edilmesi, ancak *erkek adayın tercihi için haklı nedenler varsa*, erkek aday için bir mağduriyet oluşturur. Bununla birlikte bu nedenlerin dikkate alınması ayrımcı bir sonuç doğurmamalıdır²⁰.

Avrupa Adalet Divanı, bu kararında kadınların otomatik olarak kayırılmasını direktife aykırı bulmakla birlikte, kadınların desteklenmesine yönelik tedbirleri Avrupa Birliği mevzuatına uygun bulmaktadır. Diğer yandan Divan "istisna kaydı" çekince (öfnungsklausel) içeren kota düzenlemelerini meşru bulurken, erkeklerin "objektif olmayan ayrımı"ni yasaklamakta, rakip erkek adayın ölçülülük ilkesine ters düşecek şekilde mağdur edilmemesine dikkat çekmektedir.

Başka bir anlatımla kadın adayın tercihi, erkek adayda, erkek adayın tercihi gerektiren, cinsiyete bağlı olmayan belli özellikler mevcutsa yasaktır.

Burada önemli olan nokta, tercihi yapan organ için bir ispat yükümlülüğünün doğmasıdır. Yani kadını, aynı nitelikteki erkeğe neden tercih ettiğini açıklamalıdır.

¹⁹ **Pelzer, Marei:** *Frauenförderung im Aufwind, Grundrechte-Report*, 65-69 :[http:// www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/](http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/), s.66 (26.12.2009).

²⁰ **Singraber, Monica:** *Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz und Gleichheit der Geschlechter, Lehrveranstaltungen Wirtschaftsuniversitaet Wien (LV) 292 "Frau undRecht"SS2009, Wirtschaftsuniversitaet Wien:1-9. http://www.wu.ac.at/vw4/ar/materialien/eich/lv02_92/gleich1.pdf,s.7(25.05.2009).*

Avrupa Adalet Divanı yargıçları tarafından, kotanın bu şekilde muhtemel bir Avrupa Hukukuna aykırılık damgasından kurtarılmasından sonra, artık daha güçlü bir şekilde uygulanma olanağı bulacağı ifade edilmiştir²¹.

Ama yine de kotanın etkili bir şekilde uygulanmaması nedeniyle eleştiri yapılmakta özellikle “eşit performans” kriterinin çok belirsiz olduğu, kolaylıkla bu kriterin kanuna karşı hile yoluyla devre dışı bırakılacağı söylenmektedir. Örneğin F. Almanya’da kamu hizmetlerinde büyük tasfiyelerin gerçekleştirilmesi ve yerlerine yeni atamaların yapılmaması nedeniyle kota çok nadir olarak uygulanabilmektedir. Bu nedenle kadınların teşviki için Devletin bunun ötesinde tedbirler alması gerektiğine dikkat çekilmektedir²².

Bu iki karardan sonra Avrupa Adalet Divanı pozitif önlemler konusunda 2000, 2002 ve 2004 yıllarında, Badeck, Abrahamsson ve Anderson, Lommers, Brieche kararlarını vermiştir.

Avrupa Adalet Divanı, Hessen Eşitlik Kanunu’na ilişkin olarak verdiği Badeck Kararı’nda (Rs-158/97, Badeck, Ece(2000)I-1875), kadınların otomatik olarak tercihinin değil, tercihte Hessen yasa koyucusunun “esnek sonuç kotaları”nın uygulanmasının, direktifin 2. maddesinin 4. fıkrası ile bağdaştığı yolunda görüş bildirmiştir. Divan’a göre, tüm adayların özel durumu objektif olarak değerlendirilmişse, Topluluk Hukuku’na aykırılık yoktur.

Kamu hizmetlerinde, kadının eksik temsil edildiği bir alanda uygulanan, kadınlara öncelik tanıyan bir tedbir, erkeklerle eşit performansa sahip kadın adaylar, otomatik olarak ve onlara mutlaka onlara öncelik tanınması suretiyle değil, tüm adayların özel kişisel durumları dikkate alınarak objektif bir değerlendirmeye tatbik edilmişse meşrudur.

Badeck Kararı’nda, şekli eşitliğin yerine gerçek eşitliği sağlamaya yönelik bir şans eşitliğini yaratma amaçlı performans kriterleri meşru sayılmaktadır. Bununla birlikte tüm başvurular objektif olarak değerlendirilmeli ve erkek adayların subjektif durumu dikkate alınmalıdır.

Abrahamsson ve Anderson Kararı’nda (RsC-407/98, Abrahamsson and Anderson Ece (2000) I-5539) Avrupa Adalet Divanı, yeniden bir ulusal hukukun (bu defa İsveç Hukuku’nun) Topluluk Hukuku ile bağdaşmadığı ko-

²¹ **Pelzer, Marei:** *Frauenförderung im Aufwind, Grundrechte-Report*, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/>, s.66 (26.12.2009).

²² **Pelzer, Marei:** *Frauenförderung im Aufwind, Grundrechte-Report*, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/>, s.66 (26.12.2009).

nusunda karar vermiştir. İsveç Hukuku'na göre, eksik temsil edilen cinse mensup bir aday, birikim ve performans açısından en uygun aday değilse bile, tercih edilebilmekteydi. Bu olayda, Göteborg Üniversitesi'nde Hydrosphaerologie profesörlük kadrosuna sekiz aday başvurmuş, Göteborg Rektörü, adaylardan bayan Fogelqvist'i bu göreve atamıştı. Oysa yetkili atama komisyonunun daha önce yaptığı değerlendirmeye göre, Bay Anderson performansı en yüksek aday görünüyordu. Rektör ise her iki aday arasındaki performans farkının Fogelqvist lehine bir pozitif tedbir alınmasını engelleyecek boyutta olmadığını belirtmişti.

Divana göre böyle bir tedbir, RL 767/297 md 2 fıkra 4 'e göre meşru değildir. Çünkü böyle bir seçim sonuçta eksik temsil edilen adayın cinsiyetine dayanmaktadır. Divan'a göre kadının tercihinde uygulanan kriterlerin, adayların performanslarının keyfi olarak takdirini ortadan kaldıracak şekilde şeffaf ve denetlenebilir bir şekilde uygulanması gerekir.

Lommers Kararı'nda (RsC-476/99 Lommers, ECR (2002)I-02891) Avrupa Adalet Divanı, kadınların kendilerine iş olanakları sağlanması dışında, belli çalışma koşullarına sahip olmalarına yönelik tedbirlerin, onların iş yaşamında eksik şansa sahip olmalarını engelleyen ve meslekte yükselmelerini kolaylaştıran tedbirler olarak direktife uygun olduğunu belirtmiştir.

Brieche Kararı'nda ise Avrupa Adalet Divanı, (RsC -319/03, Brieche, ECR(2004) I-8807) Direktif md. 2 fıkra 4'ün, genel eşit davranma ilkesinin bir istisnası olduğu görüşünü savunmuştur.

Özetle Topluluk Hukuku'na göre pozitif önlemler için ulusal hukukta şu koşulların gerçekleşmesi gereklidir:

-Meşru bir pozitif önlem, öncelikle halihazırda kadın ve erkek arasında var olan bir eşitsizliği (dengesizliği) gidermeğe yönelik olmalıdır.

-Pozitif önlemin, belli bir durumda başarılı olma şansı araştırılmalıdır.

-Pozitif önlem, kadın adaylara otomatik ve koşulsuz bir avantaj sağlamamalı, "istisna kaydı" (*öffnungsklausel=çekince*) içermelidir.

-Pozitif önlemlerde başvurular tüm adayların kişisel durumları dikkate alınarak objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

-Kadınların tercihi sonucunu doğuran değerlendirme kriterleri, adayların performansı konusunda her türlü keyfi takdiri ortadan kaldıracak biçimde şeffaf ve sonradan denetlenmeyi sağlayacak bir biçimde uygulanmalıdır²³.

II. KADINLARIN SİYASAL KARARLARA EŞİT KATILIMINI SAĞLAMAYA YÖNELİK KOTA

Kadınlar 20.yy'de siyasi haklara sahip olma mücadelesinde önemli adımlar atmışlar ve kadın ve erkeğin tüm alanlarda eşit duruma getirilmesi bugün dünyada birçok modern anayasada amaçlanmış olmakla birlikte, toplumumuz hala erkek toplumdur. Daha önce olduğu gibi bürokratik ve siyasi karar alma mekanizmalarında kadınların aleyhine dengeli olmayan koşullar söz konusudur. Kadınlar bürokratik ve siyasi karar alma mekanizmalarında eşit bir şekilde temsil edilmemektedir. Kadınlar yaşamlarını etkileyen kararların alınması sürecine eşit oranda katılamamaktadırlar.

Bu olguda öncelikle her iki cinsin, daha önceden erkekler tarafından belirlenen bir siyasi ortamda, erkekleri daha elverişli siyasi temsilciler olarak kabul etmeleri rol oynamaktadır.

Ayrıca bunda bugüne kadar erkeklerin siyasi partilerdeki egemenlikleri ve bundan kaynaklanan parti politikası nedeniyle, kadınların siyasi partilerde daha az fırsata sahip olmaları dışında kendilerinin de ağır basan aile yükümlülükleri nedeniyle siyasi aktiviteye daha az zaman ayırabilmeleri etkili olmakla birlikte, gerçek nedenin, salt kadın olmaları ve spesifik kadın statüsü içinde bulunmaları olduğunu itiraf etmek zorundayız.

Bugün, nüfusun yaklaşık yarısını oluşturan ancak parlamentolarda ve bürokratik kadrolarda bu oranda temsil edilemeyen kadınların kamusal ve siyasi kararlara katılımını desteklemek için de kota ya da "pozitif önlemler" uygulanabilir. Yasa ile kamusal karar alma mekanizmalarında ve üst yönetimlerde belirli oranda kadının yer alması zorunluluğu öngörülebilir.

Kadınların siyasi karar organlarındaki temsil oranını, doğrudan ya da dolaylı olarak, onların genel nüfus içindeki oranına yaklaştırma ve fiili eşitsizliğin ortadan kaldırılması amacını güden kota düzenlemeleri, "yasa ile" öngörülebileceği gibi bu nitelikteki düzenlemeler "parti tüzükleri"nde de yer alabilir.

1. Yasa İle Öngörülen Kota Modelleri

Aşağıda sayılan kota modellerinin yasa ile öngörülmesi düşünülmüştür:

²³ Pflug, Natalie: Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes, Wien 2009, s. 182.

- Parlamentonun kendisi için yasal kota;
- Siyasi partilere yapılacak mali sübvansiyonla eşitliğin sağlanması için yönlendirme;
- Seçimlerde seçmeni resmi bilgilendirme ile eşitliğin sağlanması için yönlendirme.
- Aday listelerinin oluşturulmasında yasal kota

Parlamentonun kendisi için yasal kota ile parlamentonun doğrudan doğruya kuruluşu düzenlendiğinden parlamentoda, farklı cinslerin oranlı bir şekilde dağılımına en güvenli bir şekilde ulaşılmaktadır.

Parlamentonun yarısının kadınlardan, öteki yarısının erkeklerden oluşturulması yönteminin uygulanabilir bir model olarak düşünülebileceği ileri sürülmektedir²⁴.

Böylece parlamentonun her bir yarısı için diğerinden ayrı bir seçim yapıldığından pratikte iki seçim söz konusu olacaktır. Burada uygulanması gereken listeli seçimde erkek ve kadın listeleri oluşturulabilir. Seçmenler oylarını iki kez kullanırlar.

Bu modelde tercihli oyun kullanılması sadece kadın, ya da sadece erkek listeleri içinde mümkündür.

-Seçim masraflarının karşılanmasında bir sübvansiyonun sağlanması biçiminde kota modelinde, sübvansiyon yoluyla bir yönlendirme söz konusudur. Aday listelerinde aranan kotaya ulaşamayan partiler daha az ödeme yapılması yoluyla cezalandırılmaktadır.

-Seçimlerde seçmenin resmi bilgilendirilmesiyle eşit haklara sahip olma ilkesinin özendirilmesi, bir kota modeli olmayıp seçmenlerin dolaylı olarak aydınlatılmasını sağlamaktadır. Bu modelde seçmenlere oy pusulasının teslimi ile birlikte bir bilgilendirme formu verilmesi düşünülmektedir. Bu formda siyasi partilerin aday listelerindeki erkek ve kadın oranları ve özellikle seçimlerde elde ettikleri sandalye sayıları yer alır²⁵.

-Aday listelerine ilişkin kota modeli, son aşamaya yani parlamentonun oluşumuna, değil, ön aşamaya yani parlamentoya adaylığa yöneliktir.

²⁴ **Ebsen, Ingwer:** Verbindliche Quotenregelungen in Parteistatuten, Heidelberg, 1988, s. 559.

²⁵ **Pfarr, Heide:** Quoten und Grundgesetz, Notwendigkeit und Verfassungsmaessigkeit von Frauenförderung, Baden Baden 1988, s.205.

Bu modelde yasa ile, aday listesinin geçerliliği, listede belli bir cinse dayalı aday dağılımının sağlanmasına bağlı tutulmaktadır. Kota uygulaması daima birden çok kişinin varlığını gerektirdiği için bu model, sadece listeli seçim için uygundur. Listeye uygulanan kotanın parlamento da yansımalarının sağlanması için kota düzenlenmesi, arzulanan cinsiyet oranını yalnız listeye girebilmek için değil, aynı zamanda listenin seçilme olasılığı yüksek olan sıralarında yer almak için de garanti etmelidir.

Seçmen tarafından listenin değiştirilmesinin olanaklı olduğu tercihli oy sisteminde parlamentoda kota uygulanması aynı kesinlikle sağlanamaz. Seçmenlerin liste oluşumuna cinsiyete dayalı nedenlerle etki etmeleri durumunda kota amacından önemli sapmalar ortaya çıkar.

Aday listesinin geçerliliğinin, listede belli bir cinse dayalı aday dağılımının sağlanmasına bağlı tutulduğu yasal kota modeli, seçim ilkelerine aykırılık oluşturmamaktadır.

Çünkü aday listelerinin oluşturulması²⁶ seçim hazırlıkları içinde değerlendirilmesi gereken bir işlem olmayıp seçim öncesi bir işlemdir. Bu nedenle seçim ilkelerinin etkisi dışındadır.

Yasal kota modeliyle demokrasi ilkesinin zedelendiği iddiasına katılmak olanaksızdır. Çünkü demokrasi ilkesi karşısında örneğin ülkemiz açısından Anayasamızın 2. ve 4. maddeleri uyarınca yine Anayasanın değiştirilemeyecek kurallarından olan sosyal devlet ve Başlangıç 6. paragrafta yer alan eşitlik ilkeleri, fiili mağduriyetleri kaldırma amacı taşımaktadır. 12.09.2010 Anayasa değişikliği ile 10. maddenin 2. fıkrasına ek cümle olarak getirilen “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz kuralı” anayasanın 10 maddesinin 1 fıkrası ve Başlangıç 6. paragraftaki eşitlik ilkesi için bir yorum kuralıdır. Çünkü artık kotanın md. 10 f. 1’deki cinsiyet nedeniyle ayırım yasağına ve sistematik yorum sonucu Başlangıç 6. paragraftaki eşitlik ilkesine ters düştüğü ileri sürülemeyecektir.

Kaldı ki kadınların siyasal karar organlarındaki oranını, genel nüfus içindeki orana yaklaştırmaya yönelik yasal kota, plüralizmi ve çok sesliliği artırarak gerçek demokrasinin oluşumunu sağlar. Bu nedenle anayasanın 2. maddesindeki demokratik devlet ilkesinin somutlaştırılmasıdır.

Şu halde anayasamızın 10 maddesine 2. ek fıkra olarak getirilen “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet erkek ve kadın arasındaki eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler

²⁶ F.Almanya Anayasa Mahkemesi aksi görüşü savunmaktadır. Bkz: BVerfGE 60, 162(167)= Neue Juristische Wochenschrift 1982 s. 673.

eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” kuralı, cinsler arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını amaçlayan farklı davranmaları haklı çıkarmaktadır. Anayasa md. 10 f. 2 kuralı, 1. fıkradaki eşit muamele görme temel hakkını, kota düzenlemesi yoluyla sınırlamayı meşrulaştırmaktadır.

2. Siyasi Parti Tüzüğü İle Öngörülen Kota Modelleri

Bu tür kota düzenlemeleri ile siyasi parti üyelerinin seçme özgürlüğü zedelenmemektedir. Bu düzenlemeler, Anayasa md. 69 f. 1’de öngörülen, siyasi partilerin parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarının demokrasi ilkesine uygun olması kuralı ile bağdaşmaktadır. Bu tür kota düzenlemeleri siyasi parti özgürlüğünün ve aday gösterme hakkının kullanılması anlamına gelmektedir. Anayasa md. 10 f. 2 bu düzenlemelerin bir başka meşruluk güvencesidir.

a. Parti İçi Fonksiyonlar İçin Kotanın Anayasaya Uygunluğu

Parti üyelerinden seçilen organlarda, kadınların oranlı bir şekilde temsillerinin sağlanması amacıyla belli spesifik cinsiyet kotaları dikkate alınarak görev getirilmeleri, Anayasa md. 10 f. 2’de ifadesini bulan temel ilkeye uygundur.

Parti içi fonksiyonlar için kota uygulaması, parti organlarının kuruluşuna ilişkin olup, seçim sürecine ilişkin bir düzenleme değildir. Bu nedenle siyasi parti tüzüğünde yer alması isabetlidir.

Bir siyasi partinin organlarının oluşumuna hem kadın hem erkeklerin belli bir oranda katılmasını ve bu katılım oranının bugüne kadarki duruma oranla, parti üyeliklerindeki kadın ve erkek oranlarına daha çok yaklaşır olması gerektiğini haklı çıkaran birçok neden vardır.

Üyelerin parti organlarında olabildiğince adil bir şekilde temsili amacı ve kadın problemlerinin analizinin ve çözümünün siyasal sürece daha güçlü bir şekilde aktarılması dışında, Anayasa md.10 f. 2 kuralı da burada önem taşımaktadır. Bu kural, yukarıda belirtildiği gibi erkek ve kadınların gerçek eşitliği konusundaki çabalara özel, anayasa hukuksal bir meşruluk kazandırmaktadır.

Şüphesiz bu tür bir kota düzenlemesi her iki cinsin partinin iç organlarındaki oranının onların salt parti üyeliği oranına yaklaştırılması amacına yönelik olmayıp bunun dışında bu oranı, her iki cinsin genelde daha yüksek olan genel nüfus içindeki oranına da yaklaştırmak amacını da gütmektedir.

Parti içi fonksiyonlarda her cinsin genel nüfus içindeki oranına göre kota uygulanması, aslında objektif açıdan tümenden haklı amaçlara yöneliktir.

Siyasi partiler, salt üyelerinin menfaatlerini koruma amacına değil, tüm halkın menfaatini korumaya yönlendirilmişlerdir. Siyasi partilerin organlarını, kadın ve erkeklerin genel nüfus içindeki oranlarına uygun olacak biçimde oluşturmaları, kendi siyasi isteklerine, programlarına özellikle farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesine ilişkin anayasa emrini (anayasa md. 10 f.2) de dahil etme serbestisine sahip oldukları için meşrudur.

Siyasi partiler, farklı cinslerin genel nüfus içindeki oranlarına uygun bir şekilde teşkilatlanarak bu politikanın uygulanmasına elverişli bir yapılanma oluşturuyorlarsa, son anılan bakış açısına göre bu kota uygulaması meşrudur ve Anayasa md.10 f. 2 kuralına başvurmayı bile gerekli kılmaz²⁷.

Diğer taraftan bir kota düzenlemesi ile parti organlarının kuruluşunda oy kullanan kişilerin karar verme özgürlüğünün sınırlanabileceği, oy kullananların sadece bir cins mensuplarını veya onların çoğunluğunu seçme isteklerinin, kota düzenlemesi ile engellendiği ileri sürülebilir. Bu durumun seçimin serbestliği ilkesine aykırı olabileceği düşünülebilir.

Seçimin serbestliği ilkesinin, Anayasa md. 68 f. 4' te öngörülen, siyasi partilerin tüzük ve programlarının insan haklarına, hukuk devleti ve demokratik cumhuriyet ilkelerine uygun olması kuralı ve Siyasi Partiler Kanunu md.4 f. 2'deki "siyasi partilerin kuruluşu, organlarının seçimi, Anayasada nitelikleri belirtilen demokrasi esaslarına aykırı olamaz" kuralı vasıtasıyla parti içinde de geçerli olacağı düşünülebilir. Ancak kota düzenlemesi ile seçimin serbestliği ilkesi zedelenmiş olamaz.

Seçimin serbestliği ilkesi ile seçmenin subjektif ve objektif karar serbestisi korunmaktadır. Seçmen oyunu dışarıdan gelebilecek gayri meşru bir baskı olmadan kullanabilmelidir. Objektif açıdan birbiriyle yarışan adaylar ve programlar arasında bir seçme hakkı şart koşulmaktadır.

Ancak her cinsin mensuplarının, seçilecek kurulda belli bir oranda temsil edilmesi zorunluluğu, oyun kullanılmasında gayri meşru bir dış baskı oluşturmaz. Birbiriyle yarışan adaylar ve programlar arasında bir seçim yapılması olanağı ortadan kaldırılmış ya da azaltılmış değildir. Seçimin eşitliğinde olduğu gibi, seçimin serbestliği ilkesi de sadece seçim sürecini kapsamaktadır.

Seçimin serbestliği, seçilecek organın örgütlenme hakkına dayanan bünyesini bir veri olarak kabul etmek zorundadır. Kota düzenlemesi, bu tür önceden konulmuş bir örgütlenme kuralını oluşturmaktadır.

²⁷ Krş. **Ebsen, Ingwer:** Verbindliche Quotenregelungen in Parteistatuten, Heidelberg 1988, s.48 vd.

Mantıklı bir neden olmadıkça örgütlenme hakkına ilişkin bahanelerle seçmenin özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerekiyorsa da kota düzenlemesi mantıklı bir neden oluşturmakta ve özellikle Anayasa md.10 f. 2 deki “farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi”ne dayanmaktadır.

Siyasi parti organlarının oluşumunda kota uygulamasının, Anayasa md. 68 f.4’te öngörülen, siyasi partilerin tüzük ve programlarının insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, demokratik cumhuriyet ilkesine uygun olması emrini ve md. 69 f. 1’ deki, siyasi partilerin, parti içi düzenlemelerinin demokrasi ilkelerine uygun olması kuralını zedelediği söylenebilir.

Ancak bu anayasa kurallarının siyasi parti organlarının seçiminde parti üyelerine, asgari bir özgürlük tanınmasını şart koştuğu kabul edilse de, organların örgütlenme hakkına ilişkin yapısı nedeniyle bu özgürlük zaten zorunlu olarak daima sınırlıdır.

b. Aday Listelerinin Belirlenmesinde Kotanın Anayasaya Uygunluğu

Genel seçimler için aday listelerinin belirlenmesini kapsayan bir kota düzenlenmesinin, partinin iç alanından dışarıya önemli ölçüde etki yapacağı, bu nedenle ayrıca genel seçimler için geçerli olan normlar ölçütüne göre değerlendirilmesi gerekeceği ileri sürülebilir.

Siyasi Partiler Kanunu md. 37 adayların serbest, eşit, gizli oy, açık tasnif esasları çerçevesinde belirleneceğini öngörmüştür. Seçim ilkeleri çerçevesinde bu konuda ayrıntılı düzenlemeler parti tüzüklerine bırakılmıştır. Basit yasalarda boşluk bulunması halinde anayasanın seçim ilkeleri dikkate alınmak zorundadır.

Anayasa md. 67’ deki seçim ilkeleri, yerel seçimlerde de md. 127 yollaması ile geçerlidir.

Seçimin eşitliği ilkesi, seçme hakkı söz konusu olduğu sürece her vatandaşın eşit oy sayısına sahip olması ve her vatandaşın oyunun kural olarak eşit değerlerde olması anlamına gelmektedir.

Ancak seçmenin oyunu kullandığı listelerin oluşumunun oyun eşitliği ilkesi üzerinde doğrudan bir etkisi yoktur.

Çünkü listenin tespiti, seçim işleminden öncesine ilişkindir ve kural olarak seçim sürecindeki oy kullanımı için, her vatandaşın eşit oy sayısı ve her oyun eşit değere sahip olması şart koşulabilir.

Bir aday listesinin hangi kriterlere göre düzenlendiği bu konuda doğrudan önem taşımaz. Kaldı ki aday listelerindeki kotanın tüzükle belirlenmesi durumunda da eşit ve özgür seçimler içinde bir yarış söz konusudur. Sonuçta ancak seçmenin rızası yoluyla adayların uygun dağılımı sağlanmaktadır.

Seçmen kota uygulayan siyasi partiyi ve onun adaylarını seçip seçmemekte serbesttir. Bunun dışında seçmen, listeli bir seçimde zaten kural olarak kendisine önceden hazırlanıp sunulan listeye bağlı kalmaktadır. Bu durum bugüne kadar seçimin serbestliği ilkesi açısından, anayasa hukuksal duraksamalara neden olmamıştır.

Seçilme hakkı söz konusu olduğunda, seçimin eşitliği ilkesi tüm adaylara seçim sürecinde şans eşitliği tanımaktadır²⁸.

Bu durumda da seçimin eşitliği ilkesi liste düzenlenmesinden etkilenmez. Liste oluşturulması, meşru olmayan herhangi bir etkilemeden özgür olmayı kapsayan oy verme sürecinden önce gerçekleşir²⁹.

Seçim hazırlıklarının seçimin eşitliğini dolaylı olarak zedeleyebileceği ya da destekleyebileceği inandırıcı görünebilir. Bununla birlikte seçim hazırlığına katılan ancak tüm seçmenleri temsil etmesi olanaksız olan sınırlı bir çevrede eşitlik ile seçimin eşitliğinin sağlanması söz konusu olmaz³⁰.

Seçimin eşitliğinin kota ile dolaylı olarak bile zedelendiği konusunda da bir dayanak yoktur. Kota, aday listelerinde bir cinsin tek taraflı egemenliğine engel olmaya çalışmakta ve seçimlerde bu cinsin ayrıcalıklı olmasını olumsuz yönde etkilemektedir.

Diğer cinsin mensupları da, kendi cinslerine mensup olanlar, yani kendi problemleri konusunda özel bir siyasi görüşe sahip olduklarına inandıkları kişiler için oylarını kullanma olanağına sahip olmaktadır.

Aynı zamanda bugüne kadar düşük oranda temsil edilmiş olan cinsin temsilcilerinin seçilme şansları bugüne kadar yüksek oranda temsil edilen cinsle yaklaştırılmış olmaktadır.

Böylece kota uygulaması aday listelerinde katılımcılığı, çok renkliliği arttırarak seçimin eşitliğini dolaylı olarak desteklemektedir. Kota uygulaması bir cinsin sadece parti üyeleri içindeki oranını değil, aynı zamanda genel nüfus içindeki oranını da esas almaktadır.

Bu olgu, parti üyeleri açısından oy hakkının ve seçimin eşitliğine ve diğer eşitlik öğelerine aykırı olduğu kabul edilse bile genel seçimler için aday be-

²⁸ Krş., BverfGE 41, 399 (413)= Neue Juristische Wochenschrift 1976, 1193.

²⁹ Ancak F. Almanya Anayasa Mahkemesi, seçimin eşitliği ilkesinin sadece seçimin kendisini değil, seçim hazırlıklarını, özellikle aday belirleme hakkını da kapsadığı görüşündedir. Bkz:BVerfGE 60, 162(167) =Neue Juristische Wochenschrift 1982, 673.

³⁰ **Lange, Klaus:** "Frauenquoten nin politischen Parteien" (Neue Juristische Wochenschrift, 1988, S.19 (41), s 1181-1199; Karşı görüşte: **Oebbecke, Janbernd:** "Quotierung auf landeslisten" (Juristen Zeitung, 1998, S.4 (43) s.17-188).

lirlenmesinde kota uygulamasını haklı çıkarmaktadır. Çünkü seçimin eşitliğinin kendisi, adayların belirlenmesinde eşitliğe öncelik taşımaktadır.

Adayların belirlenmesine ilişkin kararlar, öncelikle seçimin eşitliği ile korunan menfaatler açısından, seçmenlerin seçim kararlarına oranla daha az korunmaya değerdirler.

Seçim kararlarında seçmenlerin oy kullanması nispeten basit ve net bir şekilde düzenlenebilirken, söz konusu adayların belirlenmesine ilişkin kararlar önemli ölçüde küçük grupların elindedir. Bu grupların karar süreçleri çok komplike olduğu için benzer bir şeffaflığa sahip değildir.

Ayrıca aday belirlemesinin seçime oranla daha az bir önem taşıdığı açıktır. Aday belirlenmesi değil, seçimin kendisi parlamentonun kuruluşu üzerinde etkilidir. Bu nedenle de eşitlik ilkesinin aday belirlenmesinde, seçimde olduğu oranda uygulanması gerekmez.

Kota uygulaması siyasi partiler hukuku açısından da, oy hakkının ve seçimin eşitliği ve diğer eşitlik kriterleri ile duraksamasız uyum içindedir.

Kota uygulamasının parlamento seçimlerinde eşitliğin gerçekleşmesine dolaylı olarak katkısı, onun hukuka uygunluğunu ayrıca onaylamaktadır.

Aynı şey seçimin serbestliği ilkesi için de geçerlidir. Objektif açıdan seçimin serbestliği, yukarıda belirtildiği gibi esas itibariyle birbirleriyle yarışan adaylar ve programlar arasında bir seçme olanağını şart koşmaktadır.

Seçim kararı konusundaki bu serbestliğin, kotalı listelerle kotasız listelere oranla daha fazla sınırlandığı sonucuna varmak mümkün değildir. Aksine bir kota uygulaması ve aday listelerinde bu şekilde çoğulculuğun ve çok sesliliğin arttırılması ile ve onlara farklı adaylardan oluşan geniş bir buket sunmakla seçmenlerin seçme özgürlüğü desteklenmektedir³¹.

Kota uygulaması, siyasi parti hukukuna ilişkin özgürlük kriterlerine aykırılığı konusunda duraksamalar olsa bile, dolaylı olarak bunlara öncelik taşıyan parlamento seçimlerindeki seçimin eşitliği ilkesi yararınadır.

SONUÇ

7.5.2004 ve 12.9.2010 tarihli anayasa değişiklikleri ile anayasada garanti altına alınan “kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olmaları ilkesi”, başlangıçtaki temel hak anlayışına egemen olan, devlete sadece temel hak ko-

³¹ Lange, Klaus: "Frauenquoten nin politischen Parteien" (Neue Juristische Wochenschrift, 1988, S. 19 (41) s. 1181.1199.

ruma alanlarına yapılan saldırıları yasaklamakla kalmayıp, onun bu ilkenin gerçekleşmesine yönelik aktif eylemlerde bulunmasını da emretmektedir.

Eşit hakları sağlama konusundaki bu yükümlülük, öncelikle devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine yöneliktir. Ancak kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olmasının düzenleme kapsamı bundan ibaret değildir.

Kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olması ilkesi, onların salt devlet karşısında eşit haklarla donatılması konusunda devlet için bir yükümlülük dayanağı olmakla kalmayıp, bu ilke ile devlet, kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmasını, vatandaşların özel hukuka ilişkin ilişkilerinde de gerçekleştirmekle yükümlendirilmiş olmaktadır.

Bu Anayasa emri devletin, devlet-vatandaş ilişkileri dışındaki alanda belli eşitlik reformları yapma yükümlülüğü konusunda gerekçe oluşturmak dışında, farklı cinslerin eşitliğinin sağlanması amacıyla, devletin ve özel kişilerin önlemler almasına yönelik hukuksal etki de doğurur.

Bu eşitlik normu anılan etkiyi, eşitliğin gerçekleştirilmesi için bir anayasa emri olarak değil, tüm hukuk düzenini etkileyen “bir objektif temel ilke” olarak anlaşıldığında doğurur. F. Almanya Anayasa Mahkemesi sürekli içtihadında temel hakların bu etkisini tanımaktadır.

Bu objektif temel ilke, kadınlar ve erkeklerin eşitliğinin -devletin aktif bir hareketi olmadan- gerçekleşmesine yönelik düzenlemeleri de haklı çıkarmaya elverişlidir.

Siyasal karar organlarında kadınların eşit temsiline sağlanması amacını güden yasal kota düzenlemeleri, kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olması ilkesinde ifadesini bulan temel ilkeye uygundur.

Kadınların bu organlarda daha az temsil edilmeleri, onların kadın olma dışında başka bir nedeni olmayan fiili mağduriyetlerini ortaya koymaktadır.

Kadın kotaları tipik olarak kadınları etkileyen fiili dezavantajları dengelemeye çalışırlar. Çünkü bugün bile toplumun kadın aleyhine yapılmış ayrımlarla yapılmıştır. Bu durum kadınların belli görevlere atanmalarında etkili olmaktadır. Kadınların performansları sıklıkla olduğundan az değerlendirilmekte ya da kendilerine taşıdıkları çifte yük nedeniyle göreve atanmalarda ve yükseltmelerde gerçekleştiremeyecekleri kriterler uygulanmaktadır. Bu tür münferit olayları yaptırıma bağlamak mümkün değildir. Çünkü bir çok durumda ayrımcı işlem gizli kalmakta ve kanıtlanması mümkün olmamaktadır (BVerfGE 89,276).

Ancak kadın lehine bir kotanın da, erkek adayların haklarını zedelediği, ileri sürülebilir. Sosyal devlet ilkesi de yalnız başına kadın kotalarını haklı çıkarmak için yeterli görünmemektedir.

Kadın kotalarının, “eşit davranma ilkesine” ya da “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağına” aykırılık oluşturduğu savunulabilir. Çünkü cinsiyet ögesi bu kotalarda ayırım nedeni oluşturmaktadır. Burada kotanın, “cinsiyet nedeniyle eşit davranmama yasağı” karşısında değerlendirilmesi gerekmektedir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi, F. Anayasa md. 3 fıkra 2 ‘deki “farklı cinslerin eşit haklara sahip olması emri”nin ilke olarak kadın ve erkek arasındaki ayırımları meşru kılmaya elverişli olduğu yolunda karar vermiştir.. Mahkemeye göre özellikle yasa koyucu, tipik olarak kadını hedef alan fiili mağduriyetleri, onu avantajlı kılan düzenlemelerle dengeleme hakkına sahiptir (BVerfGE 92, 91(109)).

F.Almanya Anayasa mahkemesi, kadını teşvik tedbirlerinin meşruluğunu tartım yoluyla çözmeye çalışmaktadır (BVerfGE 92,91(109). Ancak F. Anayasa Mahkemesine göre bu tartım, olayın özgüllüğünü (fevkaladeliliğini) dikkate almalıdır. Mahkemeye göre, burada örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğü ve insan onurunun korunmasında olduğu gibi değişik temel haklar karşı karşıya gelmemektedirler. Gerçek anlamda eşit haklara sahip olma ile şekli ayırım yasağı genel ve soyut olarak açığa kavuşturulmalıdır.

F. Almanya’da öğretilerde, farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin (Anayasa md. 10 f. 2) cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı (Anayasa md.10 f.1) karşısında özel hüküm olduğunun kabulünün isabetli olacağı ve bu nedenle öncelikle uygulanması gerektiği savunulmaktadır.³²

Ülkemiz açısından anayasa 10. maddeye 2004 ve 2010 tarihlerinde ek hükümlerin getirilmesiyle, anayasa md. 10 f. 2 nin, Anayasa md. 10 f. 1 in emrettiği eşit davranmama yasağı karşısında meşruiyeti sorunu artık söz konusu değildir.

2004 ve 2010 değişikliklerinden sonraki haliyle Anayasa md 10, 2. fıkra ile kota, anayasal koruma altına alınmış bulunmaktadır.

Anayasa md. 10 f. 2, erkeklerin kota nedeniyle mağduriyetini haklı çıkarmaktadır. Anayasa md. 10 f. 2, cinsler arasında sadece hukuken eşit davran-

³² **Sacksofsky, Ute:** Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Schriften zur Gleichstellung der Frau, C. 1. Baden-Baden, 1991, s. 211.

ma emrinden daha fazla olarak kadın ve erkek arasındaki fiilen eşit haklara sahip olmayı da içermektedir.

Md. 10 f. 2, farklı cinslerin hukuken ve fiilen eşit haklara sahip olması için devlete yönelik bir emir içermektedir. Kadının fiili eşitliğinin teşvik edilmesi, fiili mağduriyetinin ortadan kaldırılması emri açıkça bu madde metninde yer almaktadır.

Md 10 f. 1 ve f. 2 'nin içerdiği her iki temel hak da kota düzenlemelerinin maddi ve zamansal olarak sınırlanmasıyla optimal geçerlilik kazanabilirler. İstisna kaydı içeren performans dayalı karar kotası, avantajlı kılınan kadınlar kadar erkek adaylara da eşit şans sağlamaktadır. Örneğin F. Almanya Federe Devletler Eşitlik Yasası md. 8'de öngörülen kota, kadınların eksik temsil edildikleri alanlarda, kadınlar eşit performansla sahipse ve erkek adaylar lehine istisnai bir durum mevcut değilse uygulanmaktadır.

Bununla birlikte kadını teşvik edici düzenlemelerin geçici niteliğinin altı çizilmelidir³³. Gerçek eşitliğe ulaşılması durumunda, artık kadını teşvik eden tedbirlerin haklı çıkarılması mümkün değildir.

Kadını teşvik tedbirlerinin ölçütü de sınırlıdır. Kadını teşvik tedbirleri, bir telafi yani var olan bir açığı kapatma dengelemesi yaptıkları sürece Anayasa md. 10 f. 2 emrini ifa etmiş sayılacaklardır. Bu nedenle bir kotanın yüksekliği %50 oranını aşmamalıdır.

Bugün için pozitif önlemler bile cinsler arasında kapsamlı bir eşitlik sağlanmasında tam anlamda bir sonuç alınmasını sağlayamamış olmakla birlikte, yine de bu tür önlemler cinsler arasında şans eşitliğini sağlamada tek çare olarak görünmektedirler.

Anayasamız bakımından anayasa md. 10 2. fıkrada 12.09.2010 da gerçekleştirilen değişiklik sonucu, 10. maddenin 1 ve 2. fıkralarının çatışması söz konusu değildir. Çünkü yeni getirilen : “ Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” ek cümlesiyle kota düzenlemelerinin cinsiyet nedeniyle ayırım yasağına aykırılığı sorunu anayasa düzeyinde çözümlenmiş ve kota düzenlemelerinin anayasa hukuksal meşruiyeti sağlanmıştır.

³³ **Pflug, Natalie:** Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes, Wien 2009, s. 182.

KAYNAKÇA

Kitaplar:

- Benda, Ernst: *Notwendigkeit und Möglichkeit positiver aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dients Rechtsgutachten, erstattaet im Auftrag der Senatskanzlei- Leitstelle Gleichstellung der Frau- der Freien und Hansestadt*, Hamburg 1986
- Claus Schwander, Marianne: *Verfassungsmaessigkeit von Frauenquoten*, Bern 1995.
- Ebsen, Ingwer: *Verbindliche Quotanregelungen in Parteistatuten*, Heidelberg 1988.
- Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2010.
- Kaboğlu, İbrahim: *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak*, İstanbul 2010
- Kaufmann, Claudia: *Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen –(k) ein Widerspruch ?, Festschrift für Margith Bigler Eggenberger*, Basel und Frankfurt am Main 1993.
- Kaufmann, Claudia: ⁵Kaufmann, Claudia: *Quoten-beser als Ruf, Das umstrittene Mittel zur Verwirklichung von Mann und Frau*, Bern 1988.
- Pflug, Natalie: *Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundzatses*, Wien 2009, Dissertation.
- Pfarr, Heide: *Quoten und Grundgesetz, Notwendigkeit und Verfassungsmaessigkeit von Frauenförderung*, Baden Baden, 1988.
- Randzio-Plath, Christa: *Europa- eine Chance für die Frauen*, Baden 1974.
- Radizio-Plath, Christa: *Laesst uns endlich mitregieren*, Freiburg 1980.
- Sacksofsky, Ute: *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, Schriften zur Gleichstellung der Frau, C. 1. Baden-Baden, 1991.
- Slupik, Vera: *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Paritaet im Geschlechterverhaeltnis, Zur Bedeutung von Art.3 Abs 3 GG in Recht und Wirklichkeit*, Berlin 1988.
- Editörlü Kitaptan Bölümler:
- Pausch/Gruber Ursula: *Es mangelt an Solidaritaet, Entwicklung und Ziele der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratische Frauen*, Willy Brandt (edt): Frauen heute Jahrhundertsthema Gleichberechtigung, (s.73-87), Köln 1978
- Peters, Anne von: *Frauenquoten im Rechtsvergleich*, Springer(edt): Diskriminierung Antidiskriminierung, (s. 235-263) Berlin: 1996.

Süreli Yayınlar:

- Ebsen, Ingwer: *"Quotierung politischer Entscheidungsgremien durch Gesetz ?"*, (*Juristen Zeitung*, 1989, S.12 (44),s.553-565)

Fuchsloch, Christine: "Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung?" (*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*; 1991, s. 442-467).

Lange, Klaus: "Frauenquoten in politischen Parteien" (*Neue Juristische Wochenschrift*, S. 19 (41), s. 1181-1199.)

Oebbecke, Janbernd: "Quotierung auf Landeslisten" (*Juristen Zeitung*, 1998, S.4 (43) s. 179-188)

Sachs, Michael: "Die Quotenregelung und der Rentenaltersbeschluss des BVerGs", (*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1991, s. 437-442)

İnternet Kaynakları:

Pelzer, Marei: Frauenförderung im Aufwind, Grundrechte-Report, 65-69
: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/> Erişim: 26.12.09.

Singraber, Monica: Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz und Gleichheit der Geschlechter, Lehrveranstaltungen Wirtschaftsuniversität Wien (LV) 292 "Frau und Recht" SS2009, Wirtschaftsuniversität Wien: 1-9.

<http://www.wu.ac.at/vw4/ar/materialien/eich/lv0292/gleich1.pdf>
Erişim: 25.05.2009

KISALTMALAR

AAD	Avrupa Adalet Divanı
AKGG	Kommentar zum Grundgesetz
Art	Archiv des öffentlichen Rechts (Dergi)
Bkz	Bakımız
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BGBL	Bundesgesetzblatt
BT Drs	Bundestagsdrucksache
Diss	Dissertation
DN	Dipnot
GG	Grundgesetz
GGK	Grundgesetz Kommentar
Jg	Jahrgang (Yıl)
JZ	Juristenzeitung (Dergi)
KN	Kenar not
Md	Madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Dergi)
Nr	Nummer= sayı

S	Sayfa
V	Vom =tarafından
Vd	ve devamı
VSH	Vereinigung der Schweizerischen Hochschuldozierenden