

AYRIMCILIK YASAĞINA GENEL BİR BAKIŞ

Emin ZEYTİNOĞLU*

ÖZET:

Her ne kadar insanlar arasında fiziksel, ekonomik veya cinsiyet vb. yönlerden çeşitli farklılıklar bulunmakta ise de, pozitif ayrımcılık gibi bazı özel durumların dışında, kişiler arasında ayrımcılık yapılmaması prensibinin insan hakları kavramından doğduğu kabul edilmektedir. Bu çalışmada, ayrımcılık kavramı ve özgürlük ile bağlantısı incelenmiş, bunun yanı sıra İç Hukuk ve Dış Hukuk düzenlemelerinde hukukumuzda var olan ayrımcılık yasağına genel olarak değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Ayrımcılık kavramı, pozitif ayrımcılık, özgürlük, eşitlik*

AN OVERVIEW OF DISCRIMINATION ACT

ABSTRACT:

Although there are various differences between people in terms of physical appearance, economic standing or gender etc., yet it is accepted that the principle of non-discrimination between people is arisen from the notion of human rights, except for special occasions such as positive discrimination. In this study, the notion of discrimination and its relation with freedom are explored, and in addition, the discrimination act in our law in Internal Law and External Law regulations is generally referred to.

Keywords: *Notion of discrimination, positive discrimination, freedom, equality*

* Doç.Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

I. GENEL OLARAK

Günümüzde yaşam bireylerin tek başına üstesinden gelebileceği bir kavram olmaktan çıkmıştır. Bireyler gerek maddi ihtiyaçlarının giderilmesi, gerekse manevi tatmin açılarından birbirleri ile ilişki kurmak zorundadırlar. Bu ilişkilerin gerek sayısal gerekse içerik açısından çoğalmasında toplumu oluşturmaktadır. Toplum dediğimiz oluşumun düzenliliği, bireylerin amaçlarına ulaşmaları için zorunludur. Ancak burada insan yapısında bulunan bazı negatif değerlerin de dikkate alınması gerekmektedir. İnsanlar genellikle ben merkezlidir, yani kendi çıkarları için hemcinslerine hak ettikleri değeri vermemektedirler. Bu değer vermeme çok çeşitli nedenlerden doğmaktadır. Bazen, Nasyonal Sosyalistlerin öngördükleri gibi ırkçılık, bazen cinsiyet ayrımcılığı, bazen fiziksel özürsüzlük, bazen de ekonomik farklılıklar insanlar arasında ayırım yapılmasına yol açmaktadır. Bu örnekler sınırlı değildir. Dolayısıyla ayrımcılığı engellemek için somut düzenlemeler yapmak çok zordur. Ama ne olursa olsun, hangi nedene dayanırsa dayansın, ayrımcılığın önlenmesi gerektiği konusunda fikir birliği bulunmaktadır. Her ne kadar kişiler arasındaki farklılaşmayı bütünüyle ortadan kaldıramazsa da, ayrımcılığın yasaklanması düşüncesi, liberal bir hukuk düzeninin işletilmesinde temel taşlardan birisidir. Bu düşünce hakkaniyet esasına dayanmaktadır¹

Ayrımcılık yapmama prensibi temelde insan hakları kavramına dayanmaktadır. Bu haklar bireye devlet tarafından verilmemekte olup, insan olarak doğmanın sonunda doğrudan doğruya doğan haklardır. Devlet sadece bu hakların kullanılmasının sınırlarını objektif açıdan belirleme hakkına sahiptir. Genelde, insanın tabii ve vazgeçilemez hakları olarak tarif edilen insan haklarının kapsamı çok geniştir. İnsanların hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit kabul edilmesi (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1. maddesi), çeşitli hak ve hürriyetleri de beraberinde getirmiştir. Bunların içinde, kişi emniyeti, hukuki kişiliğin tanınması, keyfi muameleye maruz kalmama, mülkiyet v.b. haklar bulunmaktadır. Ayrımcılık yasağı da bu hürriyetlerin serbestçe kullanılabilmesi için gerekli temel yapıdır. Doktrinde, ayrımcılık yapmama prensibinin insan haklarından en önemli sayılanlarından biri olduğu, hatta, ”medenî ve siyasal haklar” ile, ”ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” ile aynı düzeyde olduğu ileri sürülmektedir². Ayrımcılık yasağının önemi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 2. maddesinde bu konunun öncelikle ele alınması, daha sonra hürriyetlerin bu temele oturtulmasında da açıkça görülebilir.

¹ ÇELİK, Nuri : İş Hukuku Dersleri, 18. Bası İstanbul 2005, s.166.

² COOK, Rebecca, J: Human Rights Women National and International Perspectives, Philadelphia, 1994, s. 10.

Her ne kadar uluslararası düzenlemelerde ayrımcılık kavramı bir bütün olarak tanımlanmamışsa da, özel düzenlemelerde bu tanımın ayrıntılı olarak yer aldığını görmekteyiz. Örneğin, 4.1.1969 tarihinde yürürlüğe giren, "Birleşmiş Milletler Her Türlü Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi"nin 1.maddesinde ırk ayrımcılığı, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya diğer herhangi bir kamusal yaşam alanında temel hak ve özgürlüklere eşit şekilde sahip olunmasının ya da bunların kullanılmasının zayıflatılması ya da ortadan kaldırılması amacı ile ırk, renk, köken ya da ulusal ya da etnik orijin temelinde yapılan ya da bu etkiyi doğuran herhangi bir ayırım, yoksun bırakma, sınırlama ya da öncelik tanıma şeklinde belirlenmiştir. Aynı doğrultuda 3.9.1981 tarihinde yürürlüğe giren (Ülkemizde, 3232 sayılı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile 19.1.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşmenin 1.maddesinde de, kadına karşı ayrımcılık, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ya da diğer herhangi bir alanda, medeni hallerine bakılmaksızın ve kadın-erkek eşitliği temelinde, temel hak ve özgürlüklerin kadınlara tanınmasının zayıflatılması ya da geçersiz kılınması amacı ile yapılan ya da bu etkiyi doğuran herhangi bir ayırım, yoksun bırakma ya da sınırlama olarak tanımlanmıştır. Diğer uluslar arası belgeler doğrultusunda anılan tanımlamalarda da kesin bir sınırlama yapılmamış, düzenlemeler ihtiyaç durumunda genişletilmeye imkan tanıyan şekilde yapılmıştır.

2.AYRIMCILIK KAVRAMI

Ayrımcılığın sözlük anlamı, "fark gözetme, eşit muamele etmeme" dir. Bu kavramın hukuki nitelendirilmesi, Türkiye'nin de kabul ettiği Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 26 maddesini irdeleyen İnsan Hakları Komitesi'nin tanımında kendini bulmaktadır³. Bu tanıma göre ayrımcılık ile, "ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını veya kullanılmasını sınırlandıracak ayrımcılık" kastedilmektedir. Doktrinde yapılan daha etraflıca bir tanıma göre; "Bireyin iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan özellikleri (cinsiyet, yaş, ırk, renk, özürllülük vs.) ya da değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek, kişisel özgürlükler kapsamında koruma altına alınan özellikleri

³ **UYAR, Lema:** Birleşmiş Milletler'de İnsan hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 42-43.

(felsefi inanç,din,medeni hal,sendikal faaliyet vs.) nedeniyle, benzer bir durumda bu özelliği taşımayan bir diğer kişiye kıyasla hukuken haklı görülemeyecek,olumsuz bir farklı davranışa muhatap tutulması ayrımcılıktır⁴.

Yazılı kaynaklar,genellikle ayrımcılığı tanımlamayıp,türlerini belirtmemektedirler. Örneğin, 2709 nolu Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesi, "Kanun Önünde Eşitlik " başlığı altında," Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz" diyerek hangi konularda ayrımcılık yapılabildiğini ortaya koymuştur. Aynı maddeye 7.5.2004 tarihinde 5170 sayılı kanunla eklenen fıkraya göre de "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir". Görüldüğü gibi daha evvel belirtilen "cinsiyet" kavramı ayrımcılık yapılmasını tam olarak önleyememiş, bunun üzerine, kadınlar ve erkekler arasında ayrımcılık yapma yasağı bir daha vurgulanmıştır. Anayasanın Çalışma hayatını düzenleyen 49 v.d. maddelerindeki hükümlerinde de aynı amaca yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi çeşitli maddelerinde ayrımcılık yapılamayacağını belirtmiştir.1.maddede bütün insanların haklar bakımından eşit oldukları belirtildikten sonra 2. maddede, "insanlar arasında ırk, renk, cins, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai, menşe, servet, doğuş veya herhangi bir fark gözetilemeyeceğini" belirtmiştir. Beyannamenin çeşitli maddelerinde eşitlik konusu kavramlar dikkate alınmış, 23.v.d.maddelerinde çalışma ilişkilerinde ayrımcılık yapılmasının engellenmesine ilişkin hükümler yer almıştır. Bu hükümlerin konulmasının gerekçesi,günümüzde hukuk alanındaki en önemli kavramın "insan haklarının korunması" olmasıdır. İkinci Dünya Savaşı öncesi ve savaş sırasında yaşananlar Birleşmiş Milletler 'i insan haklarının korunmasına yönelik çalışmalar yapmaya ve bu çalışmalarını yaşama geçirmeye zorlamıştır⁵. Aşağıda görülebileceği gibi,bu temel düşünce uyarınca, ırkçılık, cinsiyet, yaş v.b. içerikleri kapsayan ve ayrımcılığı yasaklayan çeşitli düzenlemeler yürürlüğe sokulmuştur.

Aynı doğrultuda,1 Kasım 1998 tarihinde 11 no.lu protokolle yeniden düzenlenip yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi de, tanım yapmak yerine yasaklanan ayrımcılık türlerine değinmiştir. Anılan

⁴ **YILDIZ, Gaye Burcu:**Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı, Sicil Haziran 2008, s. 80.

⁵ **WOLFRUM, Rüdiger:** Das Verbot der Diskriminierung gemaess den internationalen Menschenrechtsabkommen, Festschrift für Manfred Zuleeg zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2005, s. 385.

sözleşmenin daha önceki hali ülkemiz tarafından da 18 Mayıs 1954 tarihinde kabul edilmiştir⁶. Bu maddeye göre, "Avrupa İnsan Hakları sözleşmesindeki hak ve özgürlüklerden yararlanılırken, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ve diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından ayrımcılık yapılmayacaktır". Görüldüğü gibi madde ayrımcılık yapılabilecek alanları saymakla beraber, bunları sınırlandırmamış ve başka durumların da ayrımcılık yasağına girebileceğini belirtmiştir. 4.11.2000 tarihinde Roma'da kabul edilen 12 Numaralı protokol, 1. maddesinde ayrımcılığın genel olarak yasaklanması konusunu bir daha vurgulamış ve yukarıda belirtilmiş bulunan ayrımcılık alanlarında kamu makamlarının da aksine bir düzenleme yapamayacağını belirtmiştir.

3. AYRIMCILIK KAVRAMININ KENDİ İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ayrımcılık kavramı mevzuatta çeşitli maddeler aracılığı ile ismen veya içerik olarak yasaklanıp yasaklanmadığına bakılarak çeşitli görünümde önümüze çıkmaktadır.

Yasal bir düzenleme, idari bir işlem veya benzeri bir düzenleme ayırım yasağına aykırı hükümler içermekte ise buna doğrudan ayrımcılık denmektedir⁷. Avrupa Birliği Konseyinin 2000/43 sayılı direktifine göre, "Bir kimsenin; karşılaştırılabilir durumlarda, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, bir diğer kişiye göre daha az tercih edilir bir muameleye tabi tutulması, şimdiye kadar tutuluyor olması veya tutulma ihtimali olması halinde doğrudan ayrımcılığın ortaya çıktığı anlaşılır". Her ne kadar direktif sadece "ırk veya etnik köken" kavramlarını ele almış ise de bu temel prensip bütün ayrımcılık alanlarına uygulanabilir niteliktedir. 14 Ağustos 2006 tarihli Alman Anti-Ayrımcılık Yasasının 3. maddesi doğrudan ayrımcılığı, "bir kişinin ırk veya etnik köken, cinsiyet, dini inanç veya dünya görüşü, özürllülük, yaş veya cinsel kimlik nedenlerinden dolayı, benzer durumdaki diğer bir kişinin görmekte olduğu, görmüş olduğu veya görebileceği muameleden daha az olumlu bir muameleye maruz kalması" olarak tanımlamaktadır.

İş Hukuku uygulamasında işverenin hukuk düzeninin kesin olarak yasakladığı ayırım yasaklarına aykırı hareketleri, doğrudan ayrımcılık kapsamında kabul edilmektedir⁸. Burada aynı veya benzer durumdaki kişiler arasında

⁶ RG.19.05.1954/8662.

⁷ **TUNCAY, Can:** "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi" İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, İstanbul 2006, İstanbul Barosu Yayınları s. 24.

⁸ **YILDIZ, Gaye Burcu:** İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 73.

fark meydana gelmemesi amaçlanmaktadır. Bu durumu İş Hukuku dışındaki alanlarda da görmekteyiz. Örneğin; evli veya bekar kişilere uygulanan vergi ayrımları veya suç işlemede reşit olup olmama kriteri dikkate alınarak yapılan ayrımlar bu kapsamdadır⁹. Dolayısıyla şekli eşitliğe ulaşılabilmektedir.

Mevzuatta çeşitli alanlarda kişilerin bir niteliği nedeniyle diğer kişilerden farklı muamele görmesi, sert tedbirlerle engellenmeye çalışılmıştır. Örneğin; İş Kanunumuzun 5. maddesi tam ve kısmi süreli çalışanlar veya belirli veya belirsiz süreli çalışanlar arasında ayrımcılık yapılamayacağını belirtmiştir. Bunun yanı sıra cinsiyet farklılığı nedeniyle aynı veya eşdeğerde çalışan işçiler arasında farklılık yapılması da engellenmiştir. Ancak, kanun koyucu buradaki emredici tutumunu yumuşatmış ve “esaslı nedenlerle” çalışanlar arasında farklılık yapılabileceğini belirtmiştir.

Bazı uygulamalarda, belirli kişilere farklı davranıldığı görülse dahi, bu uygulamanın engellenmesi yasal mevzuat aracılığı ile mümkün olamamaktadır. Bu durumda ayrımı yaratmaya çalışan kişinin objektif hukuk kurallarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Şayet yapılan işlem objektif olarak “ayrımcılık” olarak kabul edilebilecek nitelikte ise, yasada açıkça aykırı bir hüküm bulunmamasına karşın, dolaylı ayrımcılık yapıldığı kabul edilebilecektir¹⁰. Burada önce ayrımcılık yapıldığı belirlenmekte, sonradan bu ayrımın objektif açıdan kabul edilebilirliği incelenmektedir. Avrupa Birliği Konseyinin 2000/43 sayılı direktifine göre, “görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın; bir ırk veya etnik kökene sahip kişileri, diğer kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir açıdan dezavantajlı konuma düşürdüğü durumlarda; bu tarafsız hüküm, ölçüt veya uygulama; meşru bir amaç ile nesnel olarak gerçekleştirilmemişse söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve zorunlu değilse, dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiği anlaşılır”. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) da verdiği çeşitli kararlarda ayrımcılığı amaçlayan örtülü, dolaylı ayrımcılıkların yasak kapsamına girmesi gerektiğini belirtmiştir. ATAD, “örtülü şekildeki ayrımcılıkların da bu yasak kapsamına girmesinin, Avrupa Topluluğu temel prensiplerinin korunması için gerekli olduğunu” belirtmektedir¹¹. Alman Anti-Ayrımcılık Yasasının 3. maddesine göre, dolaylı ayrımcılık, “nesnel görünen talimat, kriter veya işlemlerin, ırk veya etnik köken, cinsiyet, dini inanç veya dünya görüşü, özürülü-

⁹ Değişik örnekler için bkz. **FROWEIN, Jochen / PEUKART, Wolfgang**, Europaeische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. Kehl, Strassburg, Arlington 1996 Art. 14. Rn. 19-21.

¹⁰ **YENİSEY, Kübra Doğan**: İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası” Çalışma ve Toplum, 2006/4 sayı 11, s. 71.

¹¹ **CALLİES, Christian Callies/RUFFERT, Matthias**: Kommentar zu EU Vertrag und EG-Vertrag, Luchterhand, Neuwied 1999, Art. 12 EGV, RN. 15.

lük, yaş veya cinsel kimlik nedenlerinden dolayı, kişileri diğer kişiler karşısında özel bir şekilde mağdur edebilmesi “halleri oluşmaktadır.

Dolaylı ayrımcılıkta, uygulanan kural görünürde herkese aynen uygulanmakta olsa dahi, sonuçta doğrudan ayrımcılıkta belirlenen doğrultuda bir sonuca ulaşmakta olup, bu ayrımcılığın yapıldığını kanıtlamak oldukça zordur. Örneğin; Hindistan’da Sih inancı mensupları inanışları gereği başlarını kapamazlar. Bütün motosiklet kullananların kask taşıması içerikli bir kural bu gruba karşı dolaylı bir ayrımcılık olarak görülebilir. Ancak kuralı koyanların bu kuralın objektif olarak haklı olduğunu ve tüm insanların güvenliği için gerekli olduğunu ileri sürmesi mümkündür.

Bazı durumlarda kişiler arasında fırsat eşitliğini sağlayabilmek için ayrımcılık yapıldığı görülmektedir. Bu ayrımcılık türüne pozitif ayrımcılık denmektedir¹². Burada belirli kişilere özel imkanlar sağlanmaktadır. Örneğin, İş Kanununun 5. maddesi cinsiyet veya gebelik nedeniyle işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağını belirtmişse de, uygulamada kolaylık ve adalet sağlanması amacıyla “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenler zorunlu kılıyorsa” bu kuralın uygulanmasının bertaraf edilebileceğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra, İş Kanununun 30. maddesi doğrultusunda özürülere sağlanan imkanlar da bu doğrultuda olup, bu ayrımcılık toplumda haksızlıkların önlenmesi açısından geçerli kabul edilmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 6. maddesini ele aldığı 2005 tarihli 18 Nolu Genel Yorumunda, bu durum 13.v.d. maddelerinde kadınlar, gençler, çocuklar, yaşlılar, engelliler ve göçmenler açısından özel olarak ele alınmıştır.

4. AYRIMCILIK YASAĞININ ÖZGÜRLÜK KAVRAMI İLE İLİŞKİLERİ

İnsanlar arasında ayırım yapılmasının yasaklanması, kişilerin şereflerinin ve varlıklarının korunmasını sağlamak, bu yolla özgürlüklerinin teorik olarak varolduktan çıkıp, gerçek yaşamda da, dış etkilerden arındırılması sonucuna ulaşmayı amaçlamaktadır. Kişiliğin korunmasının, varolan değerler içindeki en önemli değer olduğu genel olarak kabul görmektedir. Gerçekten de, kişilerin arasında çeşitli nedenlerle ayrımcılık yapılmasının hürriyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuracağı açık bir gerçektir. Son çağlardaki gelişmeler, insanlığın ayırt edici unsurlarının, “hür ve eşit olma” kavramları olduğunu

¹² TUNCA, Can: Seminer, s. 26.

ortaya koymuştur¹³. Bu kavramlar, politik veya ekonomik ilişkilerde, insan olmamızdan doğan sonuçlar olarak ortaya çıkmışlardır. Bu sonuca ulaşmamızı, gerek teorik, gerekse pratik alanlarda kolaylaştıran nedenler, son yüzyıllardaki reform hareketleri, çalışma yaşamındaki ilişkiler, felsefi alandaki çeşitli akımlar; örneğin, doğal hukuk görüşü v.b. gelişmelerdir. Bilhassa ABD'nin kuruluş döneminde ve daha sonraki gelişmeler, ayrımcılığın engellenmesinin sadece teorik anlamda değil, hukuki alanda da sağlanması sonucunu doğurmuştur.

Teorik olarak kabul edilen ayrımcılık yapılmaması gereği, pratikte de somut bireysel haklara uygulanmış ve toplumda bütünlüğün sağlanmasına çalışılmıştır. Ancak burada, prensibin uygulanmasında uygulayıcıların hangi kriterleri uygulaması gerektiği sorunu ile karşılaşmıştır. Örneğin; sözleşme yapma özgürlüğü modern hukuk sisteminin temel taşlarından. Sözleşme yapma özgürlüğünü, İş Hukuku kurallarına uyarladığımızda, bu özgürlükten, işçi ve işverenin, yani iş ilişkisi taraflarının, aralarındaki iş sözleşmesinin taraflarını, şekli veya içeriğini özgür iradeleri ile düzenleyebilecekleri anlaşılmaktadır. Halbuki bu alanlar, kamu yetkilisi tarafından mevzuat aracılığı ile çok miktarda kısıtlanmıştır. Hatta mevzuatın yetersiz kaldığı durumlarda, yargı kararları v.b. yardımcı unsurlarla bu kısıtlama alanının genişletildiği görülmektedir. Sonuçta bilhassa işverenin hareket alanının (İş Hukukunun işçiyi koruyucu yapısı gereği) oldukça daraltılmıştır.

Çok eski çağlardan beri eşitlik (ayrımcılık yapmama) ve adalet kavramları eşdeğerde görülmüştür. Ancak bu kavramlar arasındaki ilişkide değerlendirme yaparken, "karşılaştırılabilir" unsurları dikkate almak zorunludur. Somut durumlarda, şekli eşitlik, sonuç eşitliği, şans eşitliği veya başka koşullarda eşitlik farklı şeylerdir. Bu kavramlardan birisini temel alıp, diğerlerini değerlendirme dışında bırakmak, bezen amaçlanan sonuçlara varmayı engelleyebilecektir. Bu nedenle eşitlik kavramına ulaşmak için çok dikkatli ve ayrıntılı düşünülmelidir. Örneğin; günümüzdeki bütün sosyal düzenlemelerde şekli eşitlik çok önem kazanmıştır. Bu nedenlerle hukuk sistemleri şekli eşitliği mutlak olarak uygulamaya çalışmaktadırlar. Bu durumda bir ilişkiye soyut olarak bakılmakta ve ulaşılabilecek sonucun sosyal yararı, ahlaki yönü v.b. değerler çoğunlukla dikkate alınmamaktadırlar. Bu da bazen adalet açısından

¹³ Kant, özgürlüğün sınırsız ve herkesin her istediğini yapmasını amaçlayan bir nitelik taşımadığını, bu nedenle kişiler arasındaki eşitliğin evrensel ahlaki değerler dikkate alınarak kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir. **KANT, Immanuel**: Die Metaphysik der Sitten, Berlin 1969, s. 237.

istenmeyen sonuçlara neden olmaktadır¹⁴. Bu yüzden bu sakıncalar çeşitli yöntemlere başvurulmuş ve düzeltilmeye çalışılmaktadır. Somut olarak örneklemek gerekirse; İş Kanunumuzun 8. maddesine göre, "süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması zorunludur." Taraflar arasındaki uzun süreli işin, yukarıdaki maddenin tersine sözlü olarak yapıldığını varsaydığımızda, sözleşmenin herhangi bir nedenle sona erdirildiğinde, işveren, "yazılılık" şekli şartına uyulmadığı için çeşitli mükellefiyetlerinden kurtulabilecek midir? Her ne kadar, şekil şartı buna olanak tanırsa gibiyse de, bu sonuç adalet kavramını zedeleyeceğinden, Yargı kararları ile "iş ilişkisi" kavramına dayanılarak bu adaletsizlik bertaraf edilebilmektedir¹⁵.

Sonuç eşitliği de, kişisel veriler doğrultusunda mümkün görülmemektedir. Örneğin; Üniversiteyi aynı başarı puanı ile bitiren iki öğrencinin yaşamda ulaştıkları yerler tamamen birbirinden farklı olabilmektedir. Bu sonuçta, öğrencilerin kişisel yetenekleri veya toplumdaki ilişkileri çok önemli rol oynamaktadır. Burada genellikle, kişilerin çeşitli alanlarda sorumluluk yüklenmelerindeki farklılıklar değişik sonuçlara yol açmaktadırlar. Bununla beraber uygulamada aynı grup hakkında sürekli, değişmeyen sonuç eşitsizliği görüldüğünde, burada ayrımcılık yapıp yapılmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Örneğin; seçimlerde devamlı erkek adayların kazanmaları, cinsiyet ayrımcılığını düşündürmektedir¹⁶. Aynı doğrultuda kendisine eşit şans verilen kişilerin farklı sonuçlara ulaştıkları görülmektedir. Ancak bu bölümde kullanılan eşitlik kavramının, kişilik değerlerinin dışındaki değerler için kullanıldığı dikkatten kaçırılmamalıdır. İnsan olarak kişiliğimize verilmesi gereken değer, diğer kişilerden daha az olmadığı mutlaklıdır. Bunun gereğince değerlendirilmediği yerlerde hukuk sisteminin devreye girip, adaleti yerine

¹⁴ **MATTHIAS, Mahlmann**, Law and Force: 20 th Century Radical Legal Philosophy, Post-Modernism and the Foundations of Law, Res Publica 2003 s.19.

¹⁵ YİBK 18.3.1958 tarih ve 20 E,9 K,sayıli ilamı.Bununla beraber bu ilama ters düşen YHGK nun 3.4.1991 tarih ve 1991/9-107 E,1991/168 K sayılı ilamı,bu konuda somut düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunun bir göstergesidir.Her ne kadar yazılılık şartının ispat unsuru olduğu Yargı kararları ile benimsenmiş ise de,öğretilde,yazılı şeklin geçerlilik unsuru olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. **SARPER, Süzek**: İş Hukuku, İstanbul 2005 s. 246. Yazar, Yargı kararlarında öne sürülen sonuca ulaşmak için bu geçersizliğin geçmişe değil geleceğe uyarlanması gerektiğini belirtmektedir. Aynı doğrultuda, **TUNCAY, Can**: İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2,Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, s.126.

¹⁶ Avrupa Topluluğu yargı kararlarında bu konuda yerleşik bir görüş bulunmaktadır.Örneğin; C-450/93 sayılı karar. Avrupa Birliği Yargı Kararları Külliyyatı (Sammlung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften) 1995 I-3069,22 ve 23 no.

getirmesi gerekmektedir. Uygulamada sosyal yardımların ihtiyacı olanlara verilmesi konusunda aynı sorunun aşılına çalışıldığı görülmektedir¹⁷.

Yukarıdaki düşünceler doğrultusunda şekli eşitlik ve benzeri kavramların, mutlak adalete uygunluk anlamına gelmediğini söyleyebiliriz. Bu eşitliğin başka bir takım değerlerce desteklenmesi amaca ulaşmak için zorunludur.

5.HUKUKUMUZDA AYRIMCILIK YASAĞINI İÇEREN BAZI ÖNEMLİ HÜKÜMLER

5.1.İÇ HUKUK DÜZENLEMELERİ AÇISINDAN

İnsanlar arasında eşitsizliğe yol açmanın adalet ve hukuk kavramlarına aykırı olduğunun pozitif hukuk kurallarında belirlenmesi gerektiği, genel kabul gören kurallardandır. Böylece değişik görüşlerin belirli kurallar üzerinde serbestçe yorum yapabilme ve tasarrufta bulunabilme imkanları ellerinden alınmaktadır. Ülkemiz de bu sisteme uymuş ve ayrımcılığın yasaklanmasını çeşitli kurallarla düzenlemiştir. Yapılan düzenlemelerle ülkemiz fırsat eşitliği sağlamayı amaçlayan ayrımcılık yasağını Avrupa ülkeleri içinde en iyi uygulayan ülkeler arasına girmiştir. 2006 yılında Türkiye Avrupa Birliğine dahil ülkeler içinde üye ve aday ülkeler sıralamasında bu yasağı en iyi uygulayan 9.ülke durumundadır¹⁸.

Bu düzenlemeler özel hukuk veya kamu hukuku alanlarında farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıklarda ele alınan ölçütler genellikle tartışma konusu olmakla beraber, farklılık yaratılmasının haklı olduğu sonucuna varılmaktadır. Kamu Hukuku düzenlemeleri genellikle soyut ve toplumun bütününe yönelik kurallardır. Bu alanda genellikle daha sert ve değişmez kurallar konmakla beraber, kuralın uygulanmasında temel alınabilecek ölçütler konularak, özel alanda, örneğin sözleşmelerde, yapılabilecek düzenlemelere yardımcı olunmakta, yol gösterici bir rol oynanmaktadır. Bu ölçütlerin saptanması, cinsiyet, ırk ve etnik altyapı gibi durumlarda kolaysa da, diğer bazı durumlarda zorluklar gösterebilmektedir. Avrupa Topluluğuna bağlı bazı ülkelerde, örneğin; Belçika ve Romanya'da ayrımcılık yapılabilen alanlar ayrıntılı olarak belirlenmişse de, bunları belirlemek çok zor olduğundan, genellikle toplum yapısına zarar verici nitelikteki durum ve davranışlar, ayrımcılık kavramına temel alınmaktadır.

Özel hukuk alanında yukarıda anılan kriterler dikkate alınarak, daha liberal, daha tarafların özgür iradelerine dayalı hükümler konulabilmektedir. Bunun

¹⁷ GOSEPATH, Stefan: Gleiche Gerechtigkeit, Frankfurt am Main, 2004 s.251 ff.

¹⁸ TİSK 23.Genel Kurul Çalışma Raporu s.162.

yanı sıra pozitif ayrımcılık kriterlerinin yardımıyla kamu hukukundaki sertlik esnekleştirilmektedir. Anılan esnekleştirme çalışmaları ayırım yasağı konulabilecek alanların ihtiyaca uygun olarak daha genişletilmesine de yardımcı olmaktadır. Yalnız buradaki serbestlik kavramının da gerek ahlaki, gerekse toplumsal sınırlar taşıdığını belirtmek yerinde olur. Sınırsız hürriyetin, amaca ters düşen sonuçları yarattığı bilinen bir gerçektir.

Bu mevzuat düzenlemelerinin en önemlisi 1982 Anayasasının 10 maddesinde belirtilmektedir (RG. 9.11.1982/17863M) Anayasasının temel ilkelerinden "hukuk devleti" ilkesinin ışığında düzenlenen¹⁹ maddeye göre, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." Anayasasının 10 maddesinde belirtilen hükümlerin uygulanmasında birtakım aksaklıkların görülmesi üzerine 7.5.2004 tarihinde yapılan bir eklenti ile, "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür." Fıkrası eklenmiş ve cinsiyet ayırımı yapılmasının engellenmesi görevi Devlete bırakılmıştır. Maddenin gerekçesine göre, "İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar"²⁰.

7.6.1999 tarihli ve 10/22 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, anılan maddenin konuluş amacını, "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarda aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa eşitlik ilkesi çiğnenmiş

¹⁹ Anayasa Mahkemesinin 27.1.1977 tarih ve 43/4 sayılı kararı. AMKD, 15, 118.

²⁰ Aynı ayrımcılık yasağı düzenlemesi Alman Anayasasının 3. maddesinde de belirtilmektedir. Anılan maddeye göre, "Bütün insanlar kanun önünde eşittir. Erkekler ve kadınlar eşit haklara sahiptirler. Hiç kimse cinsiyet, köken, ırk, dil, ülke ve geldiği yer, inanç, dini veya politik görüşlerinden dolayı ayrımcılığa tabi tutulamaz veya anılan nedenlerden ötürü kimseye üstünlük tanınmaz." Bayern Eyaleti temel hukuk düzenlemesinin 118. maddesinde aynı konu ele alınmış ve, "Kanun önünde herkes eşittir. Kanunlar herkese aynı doğrultuda yükümlülükler yüklenir ve herkes kanunların korumasından eşit olarak yararlanır."

olmaz.” cümleleri ile açıklamıştır. 29.9.2004 tarihli ve 86/10 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında da, ”Kanun önünde eşitlik, aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını (yatay eşitlik) gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunulmayı (dikey eşitlik) da gerektirir” denilerek eşitliğin nispi nitelikte de olabileceğini vurgulamıştır. Böylece hukuki durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılamayacağı, ancak haklı neden varsa kuralların değiştirilebileceği vurgulanmıştır²¹. Burada ele alınan “makul neden”in de, anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması gerekir²². Yargıtay’a göre de, ”işverenin, işçiler arasında, gerek objektif ve gerek subjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları vs .nedenlerle farklı ücret prim veya sosyal hak ödemesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini de kabul etmek gerekir.²³ Burada işverene dürüstlük kuralları doğrultusunda yönetim hakkını kullanabilecek alan bırakılmaktadır²⁴.

Anayasanın 10. maddesi her ne kadar, ”dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç mezhep” kavramlarını vurgulamışsa da, burada, hukuk düzenimizde geçerli, bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörülmüştür²⁵. Anayasa Mahkemesinin 19.6.1969 tarihli ve 8/37 sayılı kararında da anılan konuya değinilmektedir. Anılan karardaki, ”Eşitlik ilkesini yalnızca Anayasa’nın 12.(şimdiki 10.madde) maddesinin 1.fıkrasında öngörülen durumlar dolayısıyla ayırım gözetmekten kaçınma anlamında yorumlayıp, orada sayılan durumlar dışında herhangi bir duruma dayanılarak yapılacak ayrımları sözü edilen fıkra kuralının 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 yorumdan çıkan sonuca, hem de insan haklarına ilişkin uluslar arası belgelerle Alman, Avusturya, Fransa Anayasalarındaki metinlerdeki yazılışlara uygun düşmemektedir.” ibareleri ayrımcılık yasağı uygulanabilecek alanların yasalarda sayılanlarla sınırlı kalmayıp genişletilebileceğini

²¹ Anayasa Mahkemesinin 4.11.1986 tarihli ve 1986/11 E, 26 K sayılı ilamı. AMKD.Sayı 22, s. 314.

²² **KARAN, Ulaş**, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanununun 122. maddesinin Uygulanabilirliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, s.165.

²³ Y.9 HD., 20.5.1985 tarih ve 2546E/5437 K sayılı kararı, İşveren Dergisi, Temmuz 1985, s.17. Bu konuda bkz. **EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN**, Devrim Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, s.120.

²⁴ **YENİSEY, Kübra** Doğan İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, sayı 11, s. 66.

²⁵ **SÜZEK, Sarper** İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, Aralık 2008, s. 25.

göstermektedir²⁶. Karar konuya eşitlik açısından bakıp, "Hukuk devletin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir. Hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeli üzerinde oturur. Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur" diyerek, Anayasanın temel ilkelerinden "hukuk devleti" ilkesinin oynadığı rolü belirtmiştir.

Anayasanın 70.maddesi de, ayrımcılık yasağını kamu hizmetlerine girme açısından düzenlemişse de, burada 2.maddede belirtilen Atatürk milliyetçiliği görüşü doğrultusunda Türklerin durumları ele alınmıştır. Çalışılacak alanı düşündüğümüzde bu ayrımcılığın objektif olarak kabul edilebilir nitelikte olduğu kanısındayız. Maddeye göre, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."²⁷

Bu ilkenin en geniş olarak uygulandığı hükmün 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu olduğunu görmekteyiz²⁸. Kanununun 8. maddesinin 2 .fıkrasına göre "Bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler". Ancak buradaki eşitliği fiziki, ekonomik v.d. kavramlara dayandırmamak gerekmektedir. Burada anılan eşitlik "hukuki eşitlik"tir²⁹. Anılan eşitliği incelerken, bu eşitliğin genellikle özel hukuk alanında geçerli hükümler doğurduğunu, kamu hukukunda vatandaşlar ile yabancılar arasında v.b. farklılıklar bulunabileceği dikkatten kaçırılmamalıdır.

Anayasanın 10.maddesindeki ilke, İş Hukukunun "eşit davranma ilkesi"nin pozitif dayanağı görünümündedir³⁰. İş Kanunumuz bu görüşü temel alarak 5.maddesinde "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılmasını" yasaklamıştır. Maddenin yazılış tarzı cinsiyet ayrımcılığı yasağına daha fazla ağırlık ver-

²⁶ AMKD.s.7,1978 s.355 v.d.)Anayasa Mahkemesinin 27.1.1977 tarihli ve 43/4 sayılı kararında konuya daha geniş bir açıdan bakılmıştır.(DİPNOT.AMKD.15,s.118

²⁷ Almanya Bayern Eyaleti temel hukuk düzenlemesinin 7.maddesi de vatandaşlar açısından ayrımcılık yasağını ele almaktadır.Maddeye göre,"18 yaşını bitirmek kaydıyla doğum, ırk, cinsiyet, inanç veya mesleki ayrımcılık yapılmamak kaydıyla bütün Alman vatandaşları aynı zamanda Bayern vatandaşıdır.Bayern vatandaşları haklarını seçim ve referandumda kullanabilirler." Düzenlemenin 8.maddesi de Bayern Eyaletinde ikamet eden bütün Alman vatandaşlarının Bayern vatandaşları ile aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu belirtmektedir.

²⁸ RG 8.12.2001 tarih ve 24607 no

²⁹ **AUGUSTE, Egger**,Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches,Zürich 1950, Mad.8, No.2

³⁰ **TUNCAY, Can:** İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi,İstanbul 1982,s.62, **SÜZEK,Sarper:** İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005,s. 362, **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi:** İş Hukuku, Ankara 2005, s. 432, **EYRENCİ, Öner/TAŞKENT,Savaş/ULUCAN, Devrim:** Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004,s.119

mektedir³¹. Aynı madde daha sonraki fıkralarda, bazı istisnaları da belirterek, tam süreli-kısmi süreli çalışanlar, iş sözleşmelerinin yapılması, şartlarının oluşturulması, uygulanması ve sona ermesi durumlarında belirli ayrımcılık yasaklarını düzenlemiş, aykırı davranışlarda uygulanabilecek yaptırımı açıklamıştır. 12. ve 13 maddelerde de iş sözleşme türleri açısından ayırım yapma yasağı ele alınmıştır. 18. maddede ise aynı prensip, işçinin çıkarılma gerekçeleri içinde ele alınmış olup, "ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerle "işten çıkarmanın kabul edilemeyeceği, dolayısıyla bu konularda ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir.

İşçiler 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 açısından ayırım yapılmasının sendikalılık açısından önlenmesine ilişkin önemli bir hüküm de, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinde bulunmaktadır. Aynı madde, işçilerin sendikalı olmaları veya olmamaları dikkate alınarak, anılan konularda ayrımcılık yapılmasını engellemiş, bunun yanı sıra işten çıkarılmada da aynı yasağın süreceğini belirtmiştir. Kanun, Toplu İş Sözleşmesi aracılığı ile çalışanlar arasında farklı düzenlemeler yapmaya imkan tanımıştır.

İş Hukukumuzda özürsüzler hakkında ayrımcılık yapılmasını engelleyen bir hüküm ayrıca 1 Temmuz 2005 tarihli ve 5378 sayılı Özürsüzler Ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da bulunmaktadır³². Kanunun 4. maddesinin a). bendine göre "Özürsüzler aleyhine ayrımcılık yapılamaz; ayrımcılıkla mücadele özürsüzlere yönelik politikaların temel esasıdır." Görüldüğü gibi madde, düzenlemeyi, basit bir hukuk kuralı olmaktan çıkarıp, devlet idaresini bağlayıcı nitelik gösteren "politika" kavramının içine sokmaktadır. Aynı doğrultuda, "korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, sakat, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetler" in yürütülmesinde ve sunulmasında sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilemeyeceği, 24 Mayıs 1983 tarih ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun³³ 4. maddesinin d) bendinde açıklanmaktadır.

³¹ **ODAMAN, Serkan:** Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler, Sicil, Haziran 2009, s.78.

³² RG. 7.7.2005/25868.

³³ RG. 27.5.1983/18059.

Ayrımcılık yasağının uygulanma alanlarının içinde Ceza Hukuku da bulunmaktadır. 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun³⁴ 3. maddesinin 2.fıkrasına göre,"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". Anılan kanunun 122.maddesinin 1. fıkrası,doğrudan doğruya iş hayatının ilgilendiren bir ayrımcılık yasağı hükmünü getirmiştir. Anılan maddeye göre, "Kişiler arasında dil,ırk,renk,cinsiyet,özürlülük,siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak,... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."

Çeşitli kuruluşların yapılandırılmalarında da ayrımcılık yasağını öngören hükümlere rastlanmaktadır. 22 Nisan 1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 12.maddesine göre siyasi partilere üyelik için, dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre, sınıf ve meslek farkı gözetmek yasaklanmıştır. 78. madde, demokratik devlet düzeninin korunması amacı ile a) fıkrasında siyasi partilerin bu doğrultuda hareket etmeleri tamamen yasaklanmıştır. 83.madde yukarıda anılan ayrımcılık alanını "ve benzeri" sözleri ile genişletmiş 82. madde, özel olarak ülkede bölgecilik veya ırkçılık yapılmasını yasaklamıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 68.maddesi de dernek üyeleri arasında, "dil, ırk, renk, cinsiyet,din ve mezhep,aile,zümre ve sınıf farkı gözetilmesini yasaklamış, eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapılmasını" engellemiştir.

Anılan düzenlemelerin yanı sıra,657 sayılı Devlet Memurları Kanunu,1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanunlarda da,ayrımcılığı önleyici hükümlere rastlanmaktadır.

Yukarıdaki düzenlemelerde objektif ve haklı nedenler olmazsa kişilerin arasında ayrımcılık yapılmasına ilişkin düzenlemelerin geçersiz olduğu belirlenmektedir. Kanunlara temel gerekçe olarak da,hukukun temel prensiplerinden olan "eşitlik ilkesi" nin uygulanması gösterilmektedir. Düzenlemelerde genellikle ayırım nedenleri sayılmış,böylece kanun maddelerinde anılan nedenler "mutlak ayrımcılık yasağı" alanlarına sokulmuş,önceden kesin olarak belirlenemeyen alanlarda yeni düzenlemeler yapılabilmesine de imkan tanınmıştır.

³⁴ RG.12.10.2004/25611.

5.2.ULUSLAR ARASI HUKUK ALANINDA

Ayrımcılık yasağı kavramı insan hakları kapsamında kabul edilen çok önemli bir kavramdır. Bu nedenle ulusal düzenlemelerin yanı sıra uluslar arası çeşitli düzenlemelerde de önümüze çıkmaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmı ülkemiz iç hukuk prosedürüne uygun olarak³⁵ onaylanmış olup, bir kısmı onay beklemektedir.

Ayrımcılık yasağına ilişkin en önemli uluslararası düzenleme 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesidir³⁶. Beyannamenin 2. maddesi;” Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi bir başka ayırım gözetmeksizin bu bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyruğunda bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuksal veya uluslar arası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilemeyecektir.” diyerek genel olarak ayrımcılık yapılmasını yasaklamış, diğer maddelerde ayrımcılık yapma kapsamı içinde, ”yaşama hakkı, kölelik ve işkence yasağı, adil yargılama hakkı ve yargılamada eşitlik, kişisel hakların korunması, seyahat ve ikamet hakkı, sığınma serbestisi, yurttaşlık, aile, mülkiyet, inanç özgürlüğü, düşünce ve anlatım özgürlüğü, derneklere ilişkin özgürlükler, demokratik seçim, sosyal güvenlik, çalışma, dinlenme, eğitim, kültürel yaşam “ sayılmıştır. Bununla beraber anılan serbestliğin, başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın gereklerinin karşılanması amacıyla yasayla sınırlanmasına da olanak tanınmıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun kabul ettiği ve 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslar arası Sözleşmesinin³⁷ 2. maddesinde “Bu sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir,

³⁵ Anayasanın 90. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmalarının Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda antlaşma hükümleri esas alınır.

³⁶ 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı sonucu 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

³⁷ Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmıştır.

ulusal veya toplumsal köken,mülkiyet,doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler” denilerek ayrımcılık yasağı getirilmiştir.3.maddede bu yasak cinsiyet açısından vurgulanmıştır. Sözleşmenin 6.maddesi,Çalışma Hakkını, 7. maddesi, bu çalışmanın adil ve elverişli şartlarda gerçekleşmesi gerektiğini, 8. maddesi, ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla,demokratik bir toplumda gerekli olan ve hukukun öngörülen sınırlamalar dışında sendikal haklardaki serbestiyi, 9. maddesi de sosyal güvenlik ve sosyal sigorta haklarını düzenlemiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin 2005 yılında anılan sözleşmenin 6. maddesinde ele alınan Çalışma Hakkı’na ilişkin 18 Nolu Genel Yorumunda, çalışma hakkının evrensel insan hakları arasında olduğu belirtilip,hem kolektif bir hak, hem de herkesin sahip olduğu kişisel bir hak olduğu açıklanmaktadır.Yoruma göre, işgücü piyasası herkese açık olmalıdır.Burada sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen kriterler doğrultusunda ayrımcılık yapılmayacağı belirtilip, kadınlar, gençler, çocuklar, yaşlılar,engelliler ve göçmenlerin durumları özel olarak düzenlenmekte, taraf devletlerin ayrımcılık yasağına uymamasının sözleşmenin ihlali anlamına geleceği belirtilmektedir. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığının 2007 Türkiye İnsan Hakları Raporuna göre 2004-2007 yılları içinde % 6.22 olan ayrımcılık yasağına uymamadan ötürü İnsan Hakları Mahkemesinde hak arama oranı 2007 yılında % 3.19’a gerilemiştir. Bu durum ülkemizin uluslar arası kriterlere uymak yolunda ilerleme kaydettiğini göstermektedir.

Konumuzla ilgili önemli bir başka uluslar arası belge 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslar arası Sözleşmesidir. Ülkemiz de, anılan belgeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin 2. maddesi,”Bu sözleşmeye taraf her devlet,bu sözleşmede tanınan hakları ırk,renk,cinsiyet,dil,din,siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet,doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın,kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.” Sözcükleri ile kişiler arasında herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmasını engellemeye çalışmıştır.3.maddede cinsiyet eşitliği bir daha vurgulanmıştır.Sözleşmenin 26.maddesi kişilerin hukuk önünde eşitliğini düzenlemiştir. Anayasamızın 2.maddesinde Cumhuriyetimizin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti olma ilkesi, ”herkes, hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk,renk,cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, milliyet, doğum veya başka bir statü ile

yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar” kelimeleri ile Uluslar arası sözleşmede vurgulanmıştır.

Ayrımcılık yasağını Avrupa düzeyinde ele aldığımızda,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14.maddesinde konunun düzenlendiğini görebiliriz.Maddeye göre, ”sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüşler, ulusal veya sosyal köken,ulusal bir azınlığa mensup olma,servet,doğuş veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanır.”

Avrupa Birliğinin 29 Ekim 2004 tarihli Anayasasının Temel Hakları açıklayan 2. bölümünün 81.maddesi,ayrımcılık yasağını ve burada temel alınan kriterleri açıklarken,milliyetçiliği de açıkça yasaklamıştır. Maddeye göre; ”Cinsiyet, ırk, ten rengi, etnik veya sosyal köken,genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya herhangi başka bir görüş,bir ulusal azınlığın üyesi olma, mülkiyet, doğum, özür, yaş veya cinsel tercih gibi gerekçelere dayanan her türlü ayrımcılık yasaktır....milliyete dayanan her türlü ayrımcılık yasaktır.” Görüleceği üzere madde,daha evvelki mevzuata oranla ayrımcılık yasağı uygulanacak alanların sınırlarını genişletmiş bulunmaktadır. Anayasa daha sonraki çeşitli maddelerinde de,cinsiyete,genç veya yaşlılara ve özürllü- lere ilişkin hükümler getirmiştir.

Aynı doğrultuda belgelere 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Amerika Sözleşmesinde³⁸ ve 21 Ekim 1986 da yürürlüğe giren İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartında da bulunmaktadır. Anılan belgelerde ayrımcılık yasağı temel prensip olarak kabul edilmiş ve ülkeler aksine davranmamayı taahhüt etmişlerdir.

Genel ayrımcılık yasağının uluslararası belgelerde belirli alanları kapsarcasına somutlaştırıldığı da görülmektedir. Örneğin; Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda karar alınan ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme³⁹, 3 Eylül 1981 tarihinde kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme⁴⁰,22.5.1962 tarihinde yürürlüğe giren Eğitimde ayrımcılığa karşı uluslar arası sözleşme,20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi⁴¹,14 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslara-

³⁸ Sözleşme ayrımcılık kriterlerini genişletip,ekonomik ayrımcılığı da ayırım yapılması yasak olan alanlara dahil etmiştir.

³⁹ RG.16.6.2002/24787.

⁴⁰ RG. 14.10.1985/18898.

⁴¹ RG. 27.1.1995/22184.

rası Sözleşme⁴²,ve 1 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe giren Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmelerde doğrudan dolayı belirli alanlarda ayrımcılık yapmanın engellenmesine çalışılmıştır.

6.SONUÇ

Yukarıda genel olarak belirtilmeye çalışıldığı gibi,insanlar arasında çeşitli nedenlerle farklılıklar olması kaçınılmaz bir gerçektir.Ancak bu farklılıkları ilgili kişi için olumsuz sonuçlar doğurabilecek bir ayrımcılık platformuna oturtmak,insan haklarını dikkate almamak anlamına gelmektedir.Hak ve özgürlükler,sadece sağlıklı,zengin veya belşli cinsiyetteki kişilere tanınmamış olup,Anayasanın 10.maddesinde belirtildiği gibi,"herkes"çe kullanılabilirlidir.Gerek Türk Hukukunda,gerekse Uluslar arası Hukukta gelişmeler bu amaca yönelmiştir.Maalesef,"insan haklarının korunması" konusunda gerek ülkemiz,gerekse eğitim düzeyi orta ve alt düzeydeki pek çok ülkede bu sonuca ulaşmak için ya yeterli altyapı oluşturulamamakta ya da varolan pozitif hukuki düzenlemeler uygulamaya yeterince yansıtılmamaktadır.Anayasamızın 2.maddesinde yazılı bulunan,demokratik,laik,Atatürk milliyetçisi,sosyal ve hukuk kurallarına devletin de uyduğu bir Türkiye Cumhuriyeti'ni oluşturduğumuzda,ayrımcılık kavramı konuşulmayan insan haklarına saygılı bir devlette yaşayabileceğimiz kanısındayım.

7.YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Callies,Christian/Ruffert Matthias:Kommentar zu EU Vertrag und EG-Vertrag,Luchterhand,Neuwied 1999,
 Cook,Rebecca J.:Human Rights Women National and International Perspectives,Philadelphia,1994
 Çelik,Nuri: İş Hukuku Dersleri,18.Bası,İstanbul 2005
 Eyrenci,Öner/Taşkent,Savaş/Ulucan,Devrim : Bireysel İş Hukuku İstanbul 2004
 Frowein.Jochen/Peukart,Wolfgang : Europaeische Menschenrechtskonvention,2.Aufl.Kehl,Strassburg,Arlington 1996
 Gosepath,Stefan : Gleiche Gerechtigkeit,Frankfurt am Main,2004
 Kant,Immanuel : Die Metaphysik der Sitten,Berlin 1969
 Karan,Ulaş : Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanununun 122.Maddesinin Uygulanabilirliği,Türkiye Barolar Birliği Dergisi,Sayı 73

⁴² TBMM de 3.4.2002 tarih ve 4750 sayılı Kanunla kabul edilmiştir.

- Mahlmann, Matthias : Law and Force : 20 th Century Radical Legal Philosophy, Post-Modernism and the Foundations of Law, Res Publica 2003
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2005
- Odaman, Serkan : Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler, Sicil, Haziran 2009
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 2. Bası İstanbul 2005
- Süzek, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, Aralık 2008
- Tuncay, Can : İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı : 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003
- Tuncay, Can : “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi” İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, İstanbul Barosu yayınları, İstanbul 2006 (seminer)
- Uyar, Lema : Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006 Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006
- Wolfrum, Rüdiger : Das Verbot der Diskriminierung gemaess den internationalen Menschenrechtsabkommen, Festschrift für Manfred Zuleeg zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2005
- Yenisey, Kübra Doğan: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı” Çalışma ve Toplum, 2006/4, sayı 11
- Yıldız, Gaye Burcu : Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı, Sicil Haziran 2008