

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFLERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI HUKUKU*

ENSARİ YÜCEL

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi

ÖZ

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren insan haklarındaki gelişmelerle birlikte ayrımcılık yasağı hukukunda da önemli ilerlemeler görüldü. Ayrımcılık, uluslararası ve bölgesel düzeyde pek çok sözleşme ve ulusal mevzuatlarda yasaklanmakla birlikte ayrımcılık uygulamaları hala devam etmektedir. Bunun sebeplerinden biri de, üzerinde uzlaşmış bir ayrımcılık tanımının olmaması ve uluslararası ve ulusal hukukta bu yasağın kişi ve maddi kapsamının farklılık arz etmesidir. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği direktifleri çerçevesinde ayrımcılık yasağı hukuku ve uygulamaları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Ayrımcılık Yasağı, Ayrımcılık Temelleri, Avrupa Birliği.

ANTI-DISCRIMINATION LAW UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN UNION DIRECTIVES

ABSTRACT

Significant improvements were observed in the anti-discrimination law accompanied with improvements in human rights since the second half of 20th century. Despite discrimination is prohibited in several conventions at the international and regional levels and in national legislation, discriminatory practices still persist. One reason of that is the absence of definition of discrimination which is agreed upon and differences in material and personel scope of international and national anti-discrimination law. In this study, anti-discrimination law and its applications are studied under the European Convention on Human Rights and the European Union anti-discrimination directives.

Keywords: Human Rights, Anti-discrimination, Grounds of Discrimination, European Union.

* Bu çalışma, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası Ticaret ve AB Hukuku Doktora Programında, Ensari Yücel tarafından hazırlanan "Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi" adlı doktora tezine dayanarak hazırlanmıştır.

Batı dünyasında gelişen ayrımcılık yasağının temeli, Aristo'nun eşitlik anlayışına dayanmaktadır. Aristo'ya göre, "benzer olanlara benzer, farklı olanlara farklılıkları oranında muamele edilmelidir". Ancak benzer olanları ve farklı olanları tespit etmek o kadar kolay ve objektif olmamıştır. Bu sebeple tarihte farklı eşitlik anlayışları ortaya çıkmıştır. Örneğin, Aristo, efendi ile köleyi benzer görmediği için köleye karşı gözetilen farklı muameleyi meşru ve gerekli görmüştür.

Batıda iki tür eşitlik anlayışı ortaya çıkmıştır. Biri, mutlak/şekli eşitlik, diğeri maddi/gerçek eşitliktir. Mutlak/şekli eşitlik, bugün ulusal anayasalarda ifadesini bulan, "kanun önünde eşitlik ve kanunların eşit koruma öngörmesidir". Maddi/gerçek eşitlik ise farklılıkların göz önünde bulundurulduğu; dolayısıyla zayıf ve dezavantajlı grupların, dezavantajlı durumlarının ortadan kaldırılmasına yönelik pozitif ayrımcılığa izin verildiği eşitlik anlayışıdır.

Fiili eşitsizliği ortadan kaldırmayı hedefleyen maddi/gerçek eşitliğin gerçekleşmesine dair iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kaynakları eşit dağıtarak "sonuçlarda" eşitliği sağlayamaya çalışan sosyalist dünya görüşüdür. Diğeri, insanların eşit koşullarda yarışması gerektiğini; dolayısıyla yarışın başlangıç noktasını eşitleyerek herkese fırsat eşitliği sunulması gerektiğini savunun liberal dünya görüşüdür.

Ayrımcılık, bir birey/birey grubunun sahip olduğu bazı özelliklerinden dolayı, hak ve özgürlüklerden yararlanmada, haklı bir gerekçeye dayanmadan, başka birey/birey gruba karşı daha az lehte muamele görmesidir. Ayrımcılık, uluslararası düzeyde ilk defa 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde yasaklanmıştır. Daha sonra çıkarılan Her Türlü Irk Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme (1965); Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (1966); Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (1966); Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme (1979); Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'de (2006) ayrımcılık yasağına dair hükümler yer almıştır. Söz konusu sözleşmelerdeki ayrımcılık yasağı hükümleri, genel bir yasak olmayıp sadece sözleşmelerde yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanma ile sınırlıdır.

Avrupa düzeyinde ayrımcılık yasağı, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950) olmak üzere, Avrupa Sosyal Şartı (1961) ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (1996); Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi (1975); Avrupa Bölgesel Yahut Azınlık Dilleri

Avrupa Şartı (1992) ve Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşmesi'nde (1995) yer almıştır.

Avrupa Birliği (AB) mevzuatında ise ayrımcılık yasağı, başta Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması ve diğer antlaşmalar ile direktiflerde ele alınmıştır. AB mevzuatındaki ayrımcılık yasağı, salt bir insan hakkı olarak görülmemiş aynı zamanda serbest rekabet ve adil işleyen bir ortak pazar için de elzem kabul edilmiştir. Bu ekonomik karakter, AB anlaşmaları, AB direktifleri ve AB Adalet Divanı (ABAD) kararlarında çoğu kez baskın olmuştur.

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve AB direktiflerinde ayrımcılık yasağı ve uygulamaları ele alınmıştır. AİHS çerçevesinde, söz konusu Sözleşme'nin yanı sıra 12 Nolu Ek Protokol'deki ayrımcılık yasağı hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağı kararları ve davaların görülme yöntemleri incelenmiştir. AB direktifleri kapsamında ise ayrımcılık yasağının çeşitleri, kişi ve maddi kapsamı, istisnaları ve ayrımcılıkla mücadeleyi kolaylaştıran yasal araçlara değinilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı

İki büyük savaş yaşayan, maddi ve manevi olarak büyük kayıplar veren Avrupa'nın, toplumlar arasında benzer trajedilerin yaşanmasını engellemek ve halklar arasında işbirliğini geliştirmek, ortak kurum ve sözleşmelere dayalı bir Avrupa oluşturma arayışları sonucunda Avrupa Konseyi (AK) ortaya çıkmıştır. AK'nın amaçları arasında hukukun üstünlüğü, çoğulcu demokrasi, azınlık hakları ve ırkçılık, yabancı düşmanlığı, hoşgörüsüzlükle mücadele yer almaktadır. AK'nın başta AİHS olmak üzere 200'ün üzerinde sözleşmesi bulunmaktadır (T.C. Dışişleri Bakanlığı 2006). AK, Türkiye'nin de kurucu üyeler arasında yer aldığı 47 üyeye sahiptir. Bir üyenin, insan haklarını ciddi derecede ihlal etmesi durumunda üyeliği askıya alınır. Üyeliği askıya alınan ülkenin üyelikten çekilmesi istenebilir. Bu talebe cevap verilmediği takdirde, AK Komitesi söz konusu ülkenin üyeliğine son verebilir.

AİHS, Avrupa kıtası başta olmak üzere pek çok ülkede insan hakları, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bilincinin gelişmesi, somut ve izlenebilir mekanizmaların kurulmasına katkı sağlamıştır (Yücel 2015: 89). İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunması Avrupa için salt bir hedef olmamış, aynı zamanda Avrupa entegrasyonu için bir araç olarak da görülmüştür. Nitekim, AİHS'nin giriş bölümünde, AK'nin amacının üye devletler arasında sıkı bir

işbirliğini gerçekleştirmek olduğu ve insan hakları ve temel özgürlüklerinin korunmasının da bu amaca hizmet eden araçlardan biri olduğu belirtilmiştir.

AİHS, uzun bir sivil ve siyasi hak ve özgürlükler listesini içermektedir. Bunlar, yaşam hakkı; işkence yasağı; kölelik ve zorla çalıştırma yasağı; özgürlük ve güvenlik hakkı; adil yargılama hakkı; kanunsuz ceza olmaz ilkesi; özel ve aile hayatına saygı hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; ifade özgürlüğü; toplantı ve dernek kurma özgürlüğü; evlenme hakkı; etkili başvuru hakkı ve ayrımcılık yasağıdır. Daha sonra çıkarılan ek protokollerle bu hakların kapsamı genişletilmiştir. 1 Numaralı Protokol ile mülkiyetin korunması hakkı; eğitim hakkı ve seçim hakkı getirilmiştir; 4 Numaralı Protokol ile borçtan dolayı özgürlükten yoksun bırakılma yasağı; serbest dolaşım özgürlüğü; vatandaşların sınır dışı edilme yasağı ve yabancıların topluca sınır dışı edilme yasağıdır. 6 Numaralı Protokol'de ölüm cezasının kaldırılması; 7 Numaralı Protokol'de cezai konularda iki dereceli yargılama hakkı; adli hata durumunda tazminat hakkı; aynı suçtan dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı ve eşler arasında eşitlik hakkıdır. 12 Numaralı Protokol ise genel bir ayrımcılık yasağı getirmektedir.

AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı, hem bir hak hem de Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmada temel bir ilkedir. Söz konusu hüküm uyarınca, “bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır” (Council of Europe/CE 2015), denmektedir.

Kişinin, Sözleşme'de belirtilen özelliklere veya herhangi başka bir duruma dayalı olarak “bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma(da)...” ayrımcılığa tabi tutulması yasaklanmaktadır. Bu özellikler, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka fikir, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum veya başka bir statüdür. Sözleşme'deki “veya başka bir statü” ifadesi ile ayrımcılık nedenlerinin sayılanlarla sınırlı olmadığı, ayrımcılığa dayanak teşkil eden sayılan sebeplerin dışında başkaca sebeplerin de olabileceği anlaşılmaktadır (Doğru vd. 2013: 603).

AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi, hak ve özgürlükleri tamamlayıcı bir maddedir. Zira 14. madde, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden faydalanmada, sayılan temellerde farklı muamele gözetilmesini öngörmektedir. Şayet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM)

yapılan şikayet başvurusu, Sözleşme’de yer alan maddelerden bir veya birkaçının kapsamına girmediği tespit edilirse, 14. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir (Doğru vd. 2013: 603). Sözleşme’nin söz konusu hükmü hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Buna göre, aynı kuralın uygulanmasında bazı gruplar üzerinde farklı olumsuz etkiler görülüyorsa, dolaylı ayrımcılık olarak görülecektir. Bu sebeple, bu dezavantajlı gruplara yönelik özel önlemlerin alınması gerekecektir (European Commission/EC 2011a: 14).

AİHS’nin 14. maddesinde yasaklanan ayrımcılık yasağı, ulusal anayasalarda yer alan genel bir ilke olmayıp Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. Diğer bir ifade ile Sözleşme’de yer almayıp iç hukukta yer alan hak ve özgürlükten yararlanırken ayrımcılık mağduru kimse AİHM’e başvuramaz. Fakat daha sonra çıkarılan 12 Numaralı Ek Protokol ile genel bir ayrımcılık yasağı getirilerek iç hukukta tanınan hak ve özgürlükler de bu kapsama dahil edilmiştir.

12 Numaralı Ek Protokolde Ayrımcılık Yasağı

12 Numaralı Ek Protokol, AİHS’nin yasağının kapsamını genişletmiştir. Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerinin yanı sıra ulusal hukukta tanınan tüm hak ve özgürlükler de bu kapsama alınmıştır. Diğer bir ifade ile Sözleşme’de sayılan özellikleri nedeniyle kişinin, AİHS ve iç hukukta tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada farklı muameleye tabi tutulması yasaklamıştır. Ek Protokol’ün ayrımcılık yasağı hükmü, 1. maddenin 1. ve 2. fıkralarında şöyle yer almıştır:

“1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz” (CE 2015).

Ek Protokol ile getirilen bu hüküm, Sözleşme’nin 14. maddesine göre daha kapsamlı ve genel bir ayrımcılık yasağıdır. Zira Sözleşme’nin 14. maddesi “bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” ile sınırlanırken Ek Protokol’de “hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla bu Protokolü onaylayan sözleşmeciler devletler, kendi yetki alanlarındaki kişilere, korunan menfaatler temelinde yasal, idari ve politik alanlarda farklı bir muamelede bulunamaz (Doğru vd. 2013:

603). Bu düzenleme ile Sözleşme’de yer alan cinsiyet, ırk, dil, din gibi temellerde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği durumlarda kişiye AİHM’e başvuru hakkı doğmaktadır (Gül vd. 2011: 42).

Protokol’ün Açıklamalı Gerekçeli Raporuna göre, Ek Protokol’ün 1. maddesi ayrımcılık yasağının kapsamını genişleterek şu durumlarda Sözleşme’de belirlenen temellerde bir kişiye yapılan farklı muamele yasaklanmıştır: Ulusal hukukta bireye tanınan haklardan yararlanmada; idarenin yasayla belirlenmiş yükümlülüklerini yerine getirirken; Devlet takdir yetkisini kullanırken; Devletin eylem ve eylemsizlik durumlarında, kişinin sahip olduğu farklı özelliklerinden dolayı farklı muamele gözetilemez (12 Nolu Ek Protokol Açıklamalı Gerekçeli Raporu 2015).

Ayrımcılık, Devletin veya kamu otoritelerinin sadece işlem ve tasarruflarında ortaya çıkmaz bazen de farklı özelliklere sahip birey veya birey gruplarının haklarını korumada etkin olarak hareket etmemesi durumunda da ortaya çıkar. *Nachova ve Diğerleri-Bulgaristan* davasında, kamu güvenliğini sağlamakla görevli güvenlik güçlerinin, farklı özelliklere sahip kişilerin güvenliğini sağlamayı, söz konusu özelliklerinden dolayı ihmal etmesi, AİHM tarafından ayrımcılık sayılmıştır.

Ek Protokol’ün 1. maddesi, kamu otoritelerine (idare, yasama ve yargı organlarına) doğrudan bir yükümlülük getirmektedir. Devlet, hassas/dezavantajlı kişilere uygulanan ayrımcılığı önlemek için düzenlemeler yapacaktır. Fakat bu düzenlemeler yapılırken, Sözleşme’nin 8. maddesinde yer alan “özel ve aile hayatına” aşırı müdahalede bulunulamaz (EC 2011a: 37).

Ek Protokol’ün 1. maddesinin 2. fıkrasındaki, “...hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz” hükmü, birinci derecede kamu makamlarını muhatap almaktadır. Dolayısıyla, Ek Protokol’ün doğrudan yatay etkisinin olduğunu söylemek güçtür. Ancak Ek Protokol, özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren ve kamu hizmetleri sunan kişileri de bu kapsamda değerlendirmiştir.

12 Nolu Ek Protokol Açıklamalı Gerekçeli Raporuna göre, Devletin ayrımcılık yasağı kapsamında yapacağı düzenlemelere, kamu hizmeti niteliğinde olup da özel kişiler tarafından sunulan istihdama erişim, restoranlara giriş, sağlık, su ve elektrik hizmetlerine erişim konuları da dahildir (FRA vd. 2010: 64).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarında Ayrımcılık Yasağı

AİHS uluslararası insan haklarının en etkin koruma mekanizmasına sahiptir. Bu mekanizma, Sözleşme kapsamında kurulan AİHM'dir. AİHM, içtihatları sayesinde insan haklarının gelişmesine önemli katkı sağlamıştır. Mahkeme'nin kararları yargısal nitelikte olup "tamamlayıcı etki" niteliğindedir. Mahkeme, iç hukuk yolları tükendikten sonra başvuru almaktadır (Gül vd. 2011: 62). Dolayısıyla sözleşmecî ülkenin vatandaşı veya üye ülkenin yargı yetkisi altındaki kişi, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden bir veya bir kaçının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmadan önce iç hukuk yollarını tüketmesi gerekmektedir.

Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmada gözetilen her farklı muamele, ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Farklı muamelelerin haklı bir nedene dayanması gerekecektir. AİHM, Belçika dil davasında verdiği kararda, gözetilen farklılığın makul ve nesnel bir temele dayandığının tespiti için üç hususun göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Birincisi, uygulamanın amacı ile sonuç arasında ilişkinin olması. İkincisi, amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında orantılılık ilkesine uyulması. Üçüncüsü ise farklı uygulamanın keyfi olup olmadığı, tespit edilirken üye ülkenin yasal ve fiili unsurları göz önünde bulundurulacaktır. Dolayısıyla her farklı muamele yasaklanmamakla birlikte, farklı muamele için bir takım haklı gerekçelerin bulunması gerekir. Örneğin, AİHM, *Engel ve Diğerleri-Hollanda* davasında, rütbe farklılıklarına göre farklı ceza uygulamasını, Devlet'in takdir yetkisinde görmüş ve Belçika dil davasında belirtilen orantılılık ilkesine aykırı bulmamıştır.

AİHM, ayrımcılık yasağı ile ilgili davaları incelerken belirli bir usul takip ederek şu sorulara cevap bulmaya çalışır: Farklı muamelelerin olup olmadığına; farklı muamelelerin Sözleşme'de yer alan ayrımcılık temelleriyle ilişkili olup olmadığına; Sözleşme'nin herhangi bir maddesinin ihlal edilip edilmediğine; farklı muamelede meşru bir amacın güdülüp güdülmediğine; orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığına ve son olarak farklı muamelelerin Devlet'in takdir yetkisinde olup olmadığına bakacaktır (Ovey vd. 2006: 419).

AİHM içtihadına göre, bir vakanın ayrımcılık sayılabilmesi için dört unsurun bulunması gerekir. Birincisi, farklı bir muamelelerin bulunması. İkincisi, karşılaştırılabilir bir kişi veya gruba göre daha az lehte muamele görmüş olması. Üçüncüsü, objektif ve meşru bir amacının olmaması ve dördüncü

ise amaç ile kullanılan araçlar arasında orantılılık ilkesine riayet edilmemiş olmasıdır (Bakırcı 2012: 59).

AİHM'nin ayrımcılık vakalarını incelerken takip ettiği yöntemi anlamak için verdiği kararlara bakıldığında, bu kararlar dört kategoride incelenebilir (Ağırbaşı 2009: 52-53):

Birincisi, Mahkeme'nin Sözleşme hükümlerini tek başına incelediğinde herhangi bir ihlal görmediği ancak 14. madde ile birlikte incelediğinde bir hak ihlali olduğu sonucuna vardığı davalardır. *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali-Birleşik Krallık* davaları, bu kapsamda değerlendirilebilir. Mahkeme, söz konusu davalarda, ülke vatandaşı erkeklerin ülke vatandaşları olmayan kadınlarla evlendiklerinde ülkeye giriş ve oturma izinlerinde herhangi bir zorluk çıkarmazken, ülke vatandaşı kadınların yabancı erkeklerle evlenmeleri halinde ülkeye giriş ve oturma izinlerinin verilmemesini cinsiyet temelinde bir ayrımcılık olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, savunmacı devletin ülkedeki işsizliğin yüksekliğini ve o dönemde en çok erkeklerin iş aradığı gerçeğinden hareketle farklı uygulamanın gerekli olduğu, gerekçesini de haklı görmemiştir.

İkincisi, Mahkeme ayrımcılık şikayetlerini ele alırken Sözleşme'de bir hak ihlali tespit etmişse ayrıca Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından incelemeye gerek duymadığı vakalardır. Örneğin, *Castells-İspanya* davasında, Bask bölgesinin bağımsızlığını savunan bir siyasi partinin seçilmiş senatörü olan başvurucu, hükümeti tahkir eden bir yazısından yasal dokunulmazlığı kaldırılır ve yargılanır. Senatörlük durumu ve suçun niteliği göz önünde bulundurularak kefaletle salıverilir. Başvurucunun, Sözleşme'nin 6, 7, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesi ile yaptığı başvuruyu inceleyen Komisyon, Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü getiren 10. maddenin ihlal edildiğine karar verdikten sonra ayrıca ayrımcılık yasağı hükmünü içeren 14. madde kapsamında değerlendirilmesine ihtiyaç duymamıştır.

Üçüncüsü, Mahkeme'nin, önce Sözleşme'deki bir hakkın daha sonra bu hakla birlikte 14. maddenin ihlal edildiğini tespit ettiği vakalardır. *Şahin-Almanya* davası buna örnek gösterilebilir. Evlilik dışı bir çocuk babası olan başvurucu, önce kızıyla görüşebilirken daha sonra tek taraflı olarak annesi, kız çocuğun babasıyla görüşmesine izin vermemiştir. Almanya yasaları babanın, evlilik dışı doğan çocuğuyla ilişkiye geçmesini annesinin iznine bağlamıştı. Diğer taraftan boşanmış bir babanın, çocuğuyla ilişkisinin kesilmesine, "çocuğun menfaatine uygun" olduğu gerekçesiyle ancak mahkemenin karar ve-

rebileceğini öngörmekteydi. Başvurucunun davasını inceleyen AİHM, önce “kişinin özel hayatı ve aile hayatına saygı” hükmünü içeren 8. maddenin ihlalini tespit ettikten sonra bir de 14. madde kapsamında davayı evlilik içi ve dışı doğum temelinde bir ayrımcılık yapıldığı sonucuna varmıştır.

Dördüncü ve son olarak, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlalini tespit ettikten sonra ayrıca diğer hak ihlallerini incelemeye gerek duymadığı vakalardır. *Thlimmenos-Yunanistan* davası bu kapsamda değerlendirilebilir. Başvurucu Yehova Şahitlerinden olduğu için askeri üniforma giymeyi kabul etmediğinden ceza alır. Mali denetçi sınavında başarılı olmasına rağmen aldığı ceza nedeniyle memur olamaz. Başvurucu, Mahkeme'ye yaptığı şikayet başvurusunda, mahkum kişiler ile mahkum olmamış kişiler arasındaki farka değil, inancından dolayı ceza almış kişiler ile başka nedenlerden ceza almış kişiler arasındaki farkın göz önünde bulundurulmamasını din, vicdan ve düşünce özgürlüğünü getiren Sözleşme'nin 9. maddesi ile 14. maddenin ihlal edildiğini savunmuştur. Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda, bir devletin memurluğa kabulü için bir takım kriterler getirebileceğini, ancak inancı gereği ceza almış bir kimsenin, işe alınmamasının Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlali sayılacağına karar vermiş ve ayrıca 9. madde açısından incelenmesine gerek duymamıştır.

Sözleşme'nin 14. maddesi doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı ayrımı yapmamıştır. İlk bakışta sadece doğrudan ayrımcılığın yasaklandığı ve dolaylı ayrımcılığın ihmal edildiği izlenimi oluşabilir. Fakat AİHM'nin *Thlimmenos-Yunanistan* davasında verdiği bu karar, bir dolaylı ayrımcılık yasağı kararıdır. Yunanistan yasalarında ağır ceza alan kişilerin, mali denetçiliğe kabul edilmemesi tarafsız bir kural gibi görünse de, inancı gereği askeri üniforma giymeyen ve bundan dolayı ceza alan Yehova Şahitleri üzerinde olumsuz bir etkisi vardır. Mahkeme bunu din veya inanç temelinde ayrımcılık saymıştır. Böylece Mahkeme, verdiği bu kararla dolaylı ayrımcılığı da yasaklayarak şekli eşitliğin ötesine geçmiş ve maddi/gerçek eşitliği sağlamayı hedeflemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağının Temelleri ve Kapsamı

AİHS'nde ayrımcılık temelleri olarak cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum belirtilmiş “ve benzeri statüler” ifadesiyle de bu listenin ucu açık bırakılmıştır. Dolayısıyla, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden

yararlanmada ayrımcılık yasağı, Sözleşme’de belirtilen özelliklere sahip kişilerle sınırlı tutulmamıştır. Nitekim AİHM, kişilerin sahip oldukları başka özelliklerinden dolayı ayrımcılık başvurularını kabul etmiş ve karara bağlamıştır. Mahkeme, Sözleşme’de yer almayan engellilik (*Glor-İsviçre*), cinsel yönelim (*S.L.-Avusturya, E.B-Fransa, Niemiet-Almanya, Dudgeon-Birleşik Krallık*), yaş (*Schwizgebel-İsviçre*) ve sendikaya üyelik (*Demir ve Baykara-Türkiye*) temelindeki ayrımcılık şikayetlerini “ve benzeri statüler” kapsamında değerlendirmiştir.

Sözleşme’nin içerdiği ayrımcılık temellerinin listesi sınırlı değildir. Dolayısıyla 14. madde cinsel yönelim, cinsiyet değiştirme, evlilik dışı doğuma uygulanmıştır. Doğrusu, ayrımcılık yaparken kullanılan bir kriter potansiyel olarak 14. madde kapsamında değerlendirilebilir. (EC 2011: 15). Ancak ayrımcılık şikayetlerini kabul eden Mahkeme, her farklı muameleyi Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamında değerlendirmeyecektir.

AİHM, *Engel ve Diğerleri-Hollanda* davasında, davacıların ordudaki farklı rütbelerinden dolayı farklı muamele gördükleri şikayetlerini kabul etmiştir. Şikayeti inceleyen Mahkeme, farklı rütbelerdeki askerlere farklı ceza uygulamasının pek çok taraf ülkede görüldüğünü ve bunun Devletin takdir yetkisinde olduğuna hükmederek her farklı muamelenin, Belçika dil davasında belirtilen orantılılık ilkesinin ihlal edilmemesi koşuluyla, Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Yine, *Van Der Musselle-Belçika* davasında, kamu hizmeti veren doktor ve dişçilerin ücretsiz hizmet verme yükümlülükleri olmadığı halde, avukatlara adli yardıma muhtaç kimselere ücretsiz hizmet verme yükümlülüğü getirilmesinin ayrımcılık oluşturduğu iddiasını inceleyen AİHM, benzer veya aynı statüde olmadıkları gerekçesiyle avukatları haklı bulmamıştır (FRA vd. 2010: 68). AİHM, Sözleşme kapsamında bazı farklı muamele, işlem ve tasarrufları Sözleşme’ye aykırı bulurken daha çok kamu otoritelerinin uygulamalarını dikkate almıştır. Ayrımcılık yasağının özel hukuk alanlarını da kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır.

AİHS’nin lafzına bakıldığında istihdama erişimi kapsadığı, açıkça ifade edilmemekle birlikte 8. madde, bazı durumlarda istihdam alanını da kapsadığı şeklinde yorumlanmıştır. AİHM, *Sidabras ve Dziautas-Litvanya* davasında, eski KGB ajanlarının kamu ve özel sektörün bazı alanlarında istihdama girişleri üzerinde yasal engellerin konulmasını, 14. madde ile bağlantılı olarak 8. maddenin ihlaline hükmetmiştir. Yine, Mahkeme *Bigaeva-Yunanistan*

davasında, 8. maddenin “bir mesleğe erişim hakkı dahil” kapsamına istihdamın da dahil olduğu sonucuna varmıştır (FRA vd. 2010: 68). Mahkeme, K.H. ve *Diğerleri-Slovakya* davasında, sağlık hizmetlerine ilişkin konuların 14. madde ile ilişkili olarak 3. madde kapsamına gireceğine karar vermiştir (FRA vd. 2010: 68).

Ayrımcılık yasağı ile ilgili diğer bir husus ise, ayrımcılık temelleri arasındaki ilişkidir. İlkesel olarak ayrımcılık temelleri arasında hiyerarşik bir üstünlük yoktur. Yine, ayrımcılık temellerinin Sözleşme’de zikredilip edilmemesinin de hukuki koruma bakımından bir farklılık söz konusu değildir. Ancak belirli temellerde Devlete daha fazla takdir yetkisi tanınmıştır. Örneğin, “mülkiyet” bir ayrımcılık temeli olarak zikredilmesine rağmen, bu alanda Devlete geniş bir takdir yetkisi tanındığından, mülkiyet temelindeki vergilendirmede veya sosyal güvenlik alanında gözetilen farklı muamele Sözleşme’nin ihlali sayılmazken, Sözleşme’de sayılmamasına rağmen evlilik dışı doğum temelinde gözetilen farklı muamele 14. maddenin ihlali sayılmıştır (EC 2011a: 16). Yine, ırk ve ulusal köken temelinde ayrımcılık yasağı Sözleşme’de zikredilmekle birlikte AİHM, kamu yararı gereği, yabancıların vatandaşlıkla bağlantılı bir takım mevkiiler için istihdama erişimin engellenmesini veya terfilerde farklı uygulamaya tabi tutulmasını ayrımcılık olarak görmemiştir (EC 2011a: 17-18).

AİHM, ayrımcılık vakasını incelerken “gözetilen meşru amaç ve gereklilik” kriterlerine göre değerlendirmektedir. Şayet orantılılık ilkesi gözetilerek bir meşru amaç güdülüyorsa, farklı muamele ayrımcılık yasağı testini geçer. Nesnel ve makul meşru bir amaç yoksa veya amaç ile araçlar arasında bir orantılık mevcut değilse her türlü farklılık Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamında ayrımcılık sayılacaktır (EC 2011a: 15).

Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı

Ulusüstü (supranasyonel) bir özellik taşıyan AB hukuku, iç hukukta doğrudan uygulama alanı bulmaktadır (Bozkurt vd. 2012: 183). AB hukuku, hiyerarşik olarak ulusal hukuktan üstün ve bu yönüyle uluslararası hukuka göre daha güçlü bir etkiye sahiptir (Güneş 2009: 289). Ancak AB hukukunun bütün kaynakları aynı etkiye sahip değildir. Antlaşmalar doğrudan ve kendiliğinden yürürlüğe girerken, aynı şey direktifler için söylenemez. Direktifler bir bakıma ulusal hukuktaki çerçeve kanunlara benzemektedir. Nasıl uygulanacağı ile ilgili düzenlemeler, üye ülkelere bırakılmıştır.

AB hukukunda eşitlik ilkesiyle ilgili ilk düzenleme Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Antlaşması'nın 119. maddesinde yer almıştır. Topluluk üyelerinin daha önce imzalamış bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 100 sayılı Sözleşmesi'nin getirdiği “kadın erkek arasında ücret eşitliği” ilkesi, böylece Topluluk düzeyinde kabul edilmiş oldu. AB antlaşmaları, niteliği gereği üye ülkelerin iç hukukunda doğrudan uygulama alanı bulması gerektiği halde, AET Antlaşması'nın söz konusu hükmü zamanla yeterince uygulanmadığı görülmüştür.

Kadın ve erkek arasında ücret eşitliğini getiren AET Antlaşması'nın 119. maddesinin uygulanması ve kadınların çalışma ve sosyal hayatının uyumlaştırılması, istihdam ve mesleki eğitime erişiminin sağlanması için 21 Ocak 1974 tarihli Konsey'in tavsiye kararı üzerine Topluluk tarafından “75/117/EEC sayılı Ücretde Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı Direktifi” çıkarılmıştır.

Avrupa Adalet Divanı (AAD) “eşit işe eşit ücret” konusundaki Defrenne (No. I), Defrenne (No. II) ve Defrenne (No. III) kararlarıyla, kadın erkek arasındaki dolaylı ücret eşitsizliğini ayrımcılık olarak kabul etmiştir. AAD'nın bu kararları da 75/117/EEC sayılı Direktif'in kabul edilmesinde etkili olmuştur (Bakırcı 2012: 205-206).

Kadın erkek arasında ücret eşitliğini getiren 75/117/EEC sayılı Direktif'in kabulünden 1 yıl sonra getirilen 76/207/EEC sayılı Direktif, kadın ve erkek eşitliğinin uygulama alanını genişletmiştir. Buna göre, istihdam, mesleki eğitime erişim, terfi ve çalışma şartları bakımından kadın erkek eşitsizliği, evlilik durumu ve aile statüsü bakımından kadına karşı farklı muamelelerin gözetilmesi yasaklanmıştır.

79/7/EEC sayılı Direktif ise sosyal güvenlik alanında kadın ve erkek arasında farklı muamele yasağını getirmiştir. Böylece, sosyal güvenlik kapsamına giren hastalık, engellilik, yaşlılık, işyeri kazaları, meslek hastalıkları ve işsizlik konularında kadın erkek arasında ayrımcılık yasaklanmıştır (md. 3/1-a).

Daha sonra çıkarılan 86/613/EEC Direktif ile bağımsız çalışan kadın erkek arasındaki farklı muamele yasaklanmıştır. Buna göre, bağımsız çalışanların iş kurma, finans kaynaklarına erişim (md. 4), şirket kurma şartları (md. 5) bakımından kadın ve erkekler arasında gözetilen ayrımcılık yasaklanmıştır.

92/85/EES sayılı Direktif, hamile ve loğusa veya emziren çalışanların işyerinde sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesinin teşvik edilmesine dair önlemlerin alınmasını öngörmektedir.

96/34/EEC sayılı Direktif ise ebeveyn izni konusunda bir çerçeveye anlaşması getirmiştir. Getirilen şartlar, asgari düzeyde olup üye devletler, yasa veya toplu sözleşmelerle bu şartları serbestçe belirleyebilirler. Doğum veya evlat edinme durumundaki ebeveynler, en az üç ay olmak üzere sekiz yaşına kadar birbirinden bağımsız ebeveyn izni kullanma hakkına sahiptirler (md. 2/1).

Kadın ve erkek arasında dolaylı olarak görülen diğer bir ayrımcılık uygulaması ise tam ve kısmi zamanlı çalışma şartlarında görülüyordu. O dönemde, kısmi zamanlı çalışmanın en çok kadınlar tarafından tercih edildiği göz önünde bulundurulduğunda, en fazla olumsuz etkilenen kesim kadınlar oluyordu. Bu ayrımcılığa son vermek amacıyla 97/81/EC sayılı Direktif çıkarılmıştır. Yine, uygulamada gözetilen diğer bir farklı muamele ise belirli ve belirsiz süreli çalışanlar arasında görülüyordu. sonradan çıkarılan 1999/70/EC sayılı Direktif ile bu farklı muameleye de son verilmiştir.

İrk Eşitliği ve İstihdam Eşitliği Direktifleri

Birliğin ilk dönemlerinde, kadın erkek arasında ücret eşitliğine ve vatandaşlık temelinde eşitliğe yer verilmiştir. Bu iki temelde getirilen ayrımcılık yasağı, bir insan hakkı olarak kabul edilmekten ziyade, ortak pazarın gerçekleştirilmesine yönelik adil ve rekabetçi bir araç olarak görülmüştür (Gül vd. 2011: 72).

Daha sonra 2000 yıllarında çıkarılan İrk Eşitliği ve İstihdam Eşitliği Direktifleri ile AB hukukunda ayrımcılık yasağının kişi ve maddi kapsamı genişletilmiştir. Yukarıda işaret edildiği üzere kadın ve erkek arasında farklı muameleyi ortadan kaldırmayı hedefleyen ayrımcılık yasağı direktiflerinde, tam ve etkin rekabetin sağlanması, tam istihdam, kadının aile ve çalışma hayatının uyumlaştırılması, ortak pazarın etkin işleyişi gibi ekonomik karakter ön plana çıkarılmıştır. İrk Eşitliği ve İstihdam Eşitliği Direktifleri'nin gerekçelerinde, BM insan hakları sözleşmeleri ve AİHS'ne atıflar yapılmış, ekonomik boyuta değinilmekle beraber, insan haklarına ve insan haklarından yararlanmada eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır.

AB üye ülkelerinin ayrımcılıkla ilgili mevzuat ve mücadele tarzına baktığında üç yönüyle benzerlik arz ettiği görülecektir. Birincisi, hepsinin ayrımcılıkla ilgili bir mücadele geçmişi bulunmakta ve anayasa ve yasalarında ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. İkincisi, bütün üye ülkelerde ayrımcılıkla mücadele çabalarına rağmen, alınan tedbirlerin yeterli ve başarılı olmadığı

ğı görülmüştür. Yapılan araştırmalara göre ayrımcılıkla ilgili kanıt olmasına rağmen mağdurların yargıya başvurmadıkları ve dolayısıyla mevzuat dışı engellerin de olduğu tespit edilmiştir. Bunların başında ayrımcılık yasağıyla ilgili hakların bilinmemesi veya ayrımcılık vakasını ispatlayamama ya da sonuç alamayacakları endişesi gelmektedir. Üçüncüsü ise, üye ülkelerin 2000 yılında çıkarılan Irk Eşitliği ve İstihdam Eşitliği Direktifleri doğrultusunda ayrımcılık yasağı mevzuatlarını uyumlaştırmaya hız vermeleridir (EC 2004: 3). Zira, Direktiflerin ayrımcılık yasağı hükümleri, ulusal mevzuatlarda eşit muamele ilkesine aykırı her türlü hüküm ve idari kuralların kaldırılmasını, sözleşme veya işçi ve işveren örgütlerinin eşit muamele ilkesine aykırı ilke ve kurallarının tadilini öngörmektedir.

AIHS ile kıyaslandığında AB hukukunda ayrımcılık yasağının temelleri sınırlıdır. AIHS’de yer alan “ve diğer statüler” gibi bir ifade ile bu temellerin ucu açık bırakılmamıştır. AB hukukunda doğrudan ayrımcılık, cinsiyet, ırk, din veya inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim ve vatandaşlık temelinde yasaklanmıştır. Vatandaşlık temelindeki ayrımcılık yasağı da sadece Birlik üyesi ülkelerin vatandaşlarını kapsamaktadır (Gül vd. 2011: 73).

Direktiflerde Ayrımcılık Türleri

AIHS’nin 14. maddesinde, hak ve özgürlüklerden yaralanmada sayılan temellerde ayrımcılık yasaklanmakla beraber ayrımcılık tanımına ve ayrımcılık türlerine değinilmemiştir. Aynı şekilde 2000 yılından önce çıkarılan AB direktiflerinde de benzer şekilde ayrımcılık tanımı ve ayrımcılık türlerine yer verilmemiştir. İlk defa 2000 yılında çıkarılan Irk Eşitliği ve İstihdam Eşitliği Direktifleri ile ayrımcılık yasağı detaylı ele alınmış, ayrımcılık tanımı, ayrımcılık türleri, ayrımcılığın kişi ve maddi kapsamı belirlenmiştir. Söz konusu Direktiflerde dört çeşit ayrımcılık zikredilmiştir. Bunlar, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz ve ayrımcılık talimatıdır.

Doğrudan Ayrımcılık

2000/43/EC sayılı Irk Eşitliği Direktif md. 2/2 (a) uyarınca, “bir kişiye, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, karşılaştırılabilir bir durumda, diğer bir kişiye göre daha az tercih edilir şekilde muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması halinde doğrudan ayrımcılık söz konusudur” (Gül vd. 2011: 203).

Daha sonra çıkarılan 2000/78/EC sayılı İstihdam Eşitliği Direktifi'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde, benzer bir tanım yapılmış ve ayrımcılık temeli olarak Direktif'in 1. maddesinde zikredilen din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelime atıf yapılmıştır. Diğer bir ifade ile tanım aynı olmakla birlikte ayrımcılık temellerinin sayısı artırılmıştır. Buna göre, Afrika kökenli birinin işe alınmaması, erkeğe göre kadına daha az ücret ödenmesi, kişinin din veya inancından dolayı terfi ettirilmemesi, doğrudan ayrımcılık sayılacaktır.

Doğrudan ayrımcılık, *Coleman-İngiltere* davasında görüldüğü gibi, bazen de kişinin sahip olduğu bir özelliğinden değil de bir yakının sahip olduğu özelliğinden dolayı da ayrımcılığa uğrayabilir. *Coleman-İngiltere* davasında anne, engelli bir çocuğa sahip olduğu için ayrımcılığa maruz kalmıştır.

Doğrudan ayrımcılığın tespiti, dolaylı ayrımcılığa göre daha kolaydır. Farklı etnik kökene sahip birinin restorana kabul edilmemesi gibi ayrımcılık, çoğu kez açıkça görülür (FRA vd. 2010: 22). Doğrudan ayrımcılığın ispat edilmesinde, aynı veya benzer durumda kişinin referans gösterilmesi gerekir. Bu bazen mümkün olmayabilir. Karşılaştırılabilir öznenin gösterilememesi durumlarında varsayımsal olarak tespit edilmesi yoluna gidilecektir (Smith 2008: 210).

Dolaylı Ayrımcılık

İstihdam Eşitliği Direktifi'nde dolaylı ayrımcılık md. 2/2 (b) uyarınca, “görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama, belirli bir dine veya inanca mensup, belirli bir engelliliği olan, belirli bir yaştaki veya belirli bir cinsel yönelimi olan kişilere, başka kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratıyorsa,(...) dolaylı ayrımcılık teşkil edecektir”(Gül vd. 2011: 214-215), şeklinde tanımlanmıştır. Irk Eşitliği Direktifi'nde benzer bir tanım yer almakta ve dolaylı ayrımcılık tarafsız gibi görünen düzenleme, ölçüt ve uygulamanın farklı ırk ve etnik kökene sahip kişiler üzerinde belirli bir dezavantaj yaratması olarak tanımlanmaktadır (md. 2/2-b). Her iki Direktifte görüldüğü üzere, doğrudan ayrımcılıkta farklı muamele yasaklanırken, dolaylı ayrımcılıkta aynı muamele yasaklanmaktadır.

Dolaylı ayrımcılığın tespiti çoğu kez zordur. Bu tür ayrımcılığın tespitine gidilirken düzenleme, ölçüt veya uygulamanın mesleki bir gereklilik olup olmadığı önem kazanmaktadır. Mesela, iş yerinde tek tip bir kılık kıyafet uygulaması iş yerinin kurumsallığı açısından gerekli bir uygulama görülebi-

lır. Fakat tek tip kılık kıyafet uygulaması bir Sih'in sarık giymesine veya bir Müslüman kadının başörtüsü takmasına engel oluyorsa dolaylı ayrımcılık sayılacaktır. AB hukukunda dolaylı ayrımcılığın yasaklanması, şekli eşitliğin ötesine gidilerek maddi eşitliğin gerçekleşmesine ve ayrımcılıkla mücadelede önemli derecede mesafe alınmasına katkı sağlamıştır.

Taciz

Taciz, kişinin sahip olduğu farklı özelliğinden dolayı aşağılanması, küçük düşürülmesi, düşmanca ve saldırgan bir tutuma maruz kalmasıdır. Taciz, insan onuruna bir saldırıdır. Dolayısıyla, taciz temel insan haklarının ihlalidir. İstihdam Eşitliği Direktifi'nin 2. maddesinin 3. fıkrasında taciz şöyle tanımlanmıştır: “Bir kişinin onurunu zedelemek ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak amacı veya etkisiyle, 1. madde de bahsi geçen temellerden (bunlar din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim. y.n.) biriyle bağlantılı olarak istenmeyen bir davranış meydana geldiğinde, taciz 1. fıkra bağlamında ayrımcılık sayılacak(-tır)...”(Gül vd. 2011: 215).

Federal Almanya Genel Eşitlik Yasası'na göre bir vakanın taciz sayılabilmesi için iki koşulun yerine gelmesi gerekir. Birincisi, kişinin onurunun kırılmasına yol açan sözlü veya fiili bir durumun olması. İkincisi ise, taciz neticesinde sindirici, aşağılayıcı ve itibarsızlaştırıcı bir ortamın oluşmasıdır (Federal Ayrımcılıkla Mücadele Birimi/FAMB). İş yerinde, bir çalışana, iş arkadaşları tarafından yapılan cinsiyetçi ve ırkçı espriler veya aynı içerikli gönderilen elektronik posta veya benzeri mesajlar tacizdir. İşverenin bunları engelleme yükümlülüğü vardır. Benzer şekilde kamu idareleri hastane ve okul gibi kurumlarda taciz olaylarını engellemek durumundadırlar (EC 2011b: 38).

Tacizle yakın anlamda kullanılan diğer bir ayrımcılık türü ise cinsel tacizdir. Çoğu kez cinsel taciz, taciz ile karıştırılmaktadır. 2006/54/EC sayılı Birleştirilmiş Direktif ile yasaklanan cinsel taciz, cinsel nitelikli istenmeyen sözlü, sözsüz veya fiziksel davranışlardır.

Ayrımcılık Talimatı

İstihdam Eşitliği Direktifi md. 2/5 uyarınca, “1. maddede bahsi geçen temellerden birine dayalı olarak kişilere yönelik ayrımcılık yapılması talimatı(-nın)...”(Gül vd. 2011: 215), ayrımcılık sayılacağı ifade edilmiştir. Ayrımcılık

talimatı işverenin, temsilcisine veya vekiline yahut kamu sektöründe üst yöneticinin alt yöneticisine belirli birey/birey grubuna karşı farklı muamele gözetilmesini emretmesidir. Buna göre, ırk veya etnik, cinsiyet, din veya inanç, yaş, cinsel yönelim ve engellilik temelinde kişinin işe alım, terfi, mesleki eğitim, işten çıkarmada daha az muamele görülmesine yönelik herhangi bir talimat ayrımcılık olarak kabul edilecektir.

Ayrımcılık talimatı bir mağdur etme eylemidir. Ayrımcılığın önlenmesi için her türlü önlemin alınması, ayrımcılıkla mücadele başarısının bir koşuludur (FAMB).

Yukarıda belirtilen ayrımcılık türlerinden başka diğer bir ayrımcılık türü ise çoklu ayrımcılık veya kesişen ayrımcılıktır. Direktiflerde yer almamakla beraber, ayrımcılık literatüründe işlenen çoklu/kesişen ayrımcılık, birden fazla temelde ortaya çıkar. Çoklu/kesişen ayrımcılık türünde ayrımcılığın hangi temelde gerçekleştiğini tespit etmek çoğu kez güç olur. Örneğin, Afrika kökenli bir kadının işe alınmaması, onun cinsiyeti, ten rengi veya ırkı ya da ulusal kökeninden kaynaklı olabildiği gibi bu özelliklerin birkaçı veya hepsinden de olabilir. Ayrıca, 2006/54/EC sayılı Direktif, hamilelik ve doğum iznine bağlı olarak kadına karşı daha az lehte muamele gözetilmesini de ayrımcılık olarak kabul etmektedir.

Direktiflerde Ayrımcılık Yasağının Kapsamı

AB direktifleri, ulusal anayasa ve yasalarda ifade edilen “kanun önünde eşitlik” ve “kanunların eşit koruma öngörmesi” şeklindeki genel bir eşitlik ilkesi getirmemiştir. Direktiflerde ayrımcılık yasağının kişi ve maddi kapsamı sınırlıdır. Kişi bakımından ayrımcılık yasağı kapsamına ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim girmektedir. Söz konusu temellerde kişilere karşı farklı muamele yasaklanmıştır. Ayrıca, Sözleşmelerde vatandaşlık temelinde ayrımcılık da yasaklanmış ancak bu ayrımcılık yasağı AB üye ülkelerinin vatandaşlarıyla sınırlandırılmıştır.

İstihdam Eşitliği Direktifi'nin 3. maddesinin hükmüne göre, ayrımcılık yasağının maddi kapsamında, kamu ve özel sektörde şu hususlarda farklı muamele yasaklanmıştır: İşe alım, işe alım kriterleri, terfi dahil istihdam ve mesleki eğitime erişim koşulları; her seviyedeki mesleki eğitim ve ileri mesleki eğitime erişim; işten çıkarma ve çalışma şartları; işçi ve işveren örgütlerine üye olma ve bu örgütlerin sağladığı imkanlardan yararlanmadır. Ancak vatandaşlığa bağlı, devlet programları dahilinde yapılan ödemeler veya sosyal

güvenlik ve sosyal koruma programları dahilinde yapılan ödemeler bu kapsama girmemektedir.

İrk Eşitliği Direktifi'nde, ayrımcılık yasağının maddi kapsamı biraz daha geniş tutulmuştur. İstihdam Eşitliği Direktifi'nde yer alan konuların yanı sıra, ırk veya etnik köken temelinde şu konular da ayrımcılık yasağı kapsamına girmektedir: Sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri dahil sosyal koruma; sosyal avantajlar; eğitim; konut dahil halka sunulan mal ve hizmetlere erişimdir. Diğer taraftan, Direktiflerde bazı temellerde ve belirli hususlarda gözetilen ayrımcılığa cevaz verilmiştir. Bunlar ayrımcılık yasağı istisnaları olarak bilinmektedir.

Direktiflerde Ayrımcılık Yasağı İstisnaları

Direktiflerde cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, cinsel yönelim ve engellilik temelinde farklılığın gözetilmesi yasaklanmaktadır. Ancak amacın meşru olması ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılacak araçların gerekli ve orantılı olması şartıyla belirli hususlar, ayrımcılık yasağı kapsamı dışında tutulmuştur. Bunlar, mesleki gereklilik, din veya inanç ve yaş temelinde yapılan ayrımcılıktır.

Mesleki Gereklilik

İstihdam Eşitliği Direktifi'nin 4 maddesinin 2. fıkrası uyarınca, "...belirli mesleki faaliyetlerin veya bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle, güdülen amacın meşru olması ve aranan şartın orantılı olması kaydıyla..."(Gül vd. 2011: 216) farklı muameleye izin verilmiştir. Örneğin, Nelson Mandela'nın hayatının çekileceği bir film için başrolde oynayacak kişide aranan şartların belirtildiği ilanda, siyah tenli olmasının şart koşulması mesleki bir gerekliliktir (Gül vd. 2011: 21). Dolayısıyla farklı ten renginde olan kişilerin başvuramaması ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez. Mesleki gereklilik gerekçesiyle farklı muamele gözetilirken, amacın meşru ve kullanılacak araçların gerekli ve orantılı olmasına özen gösterilecektir. Buna göre, aynı örnekten hareketle, ilanda kişinin Hıristiyan veya Müslüman olma şartının aranması, mesleki gereklilik olarak değerlendirilmeyeceğinden ayrımcılık sayılacaktır.

Din veya İnanç

Dini kurumlarda istihdam için aynı din veya inanca sahip olma, kuruma sadakat açısından önemlidir. AB direktiflerinde, dini kurumlarda istihdama erişimde din veya inanç temelinde gözetilen farklı muamele, ayrımcılık yasağı kapsamı dışında tutulmuştur (European Communities 2007: 56). İstihdam Eşitliği Direktifi md. 4/2 uyarınca:

“... kiliseler veya değerler sistemi dine veya inanca dayanan diğer kamu kurumları veya özel kuruluşlar bünyesindeki mesleki faaliyetler açısından, kişinin dinine veya inancına dayalı bir muamele farklılığının, bu faaliyetlerin veya bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle kişinin dininin veya inancının söz konusu kuruluşun değerler sistemi bakımından gerçek, meşru ve haklı mesleki bir şart oluşturduğu hallerde ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngör(mektedir)...” (Gül vd. 2011: 215).

Direktif'in sözkonusu hükmüne göre, örneğin, bir camiye imam olarak atanacak kişide Müslüman ve erkek olma şartlarının aranması, din ve cinsiyet temelinde farklı bir muamele olarak görülse de din ve vicdan özgürlüğü bağlamında değerlendirildiğinde bir gereklilik arz etmektedir. Genel olarak dini kurumlarda istihdam edilecek kişilere farklı muamele cevaz görülürken, dini kurumlara bağlı işletmelerde istihdam edilecek kişilere farklı muamelelerin gözetilmesi tartışmalıdır. Bu hususta AB üyesi ülkelerde farklı uygulamalara rastlanmaktadır.

Almanya mevzuatı, Devletin tarafsızlığı ve kilisenin özerkliği esas alınarak, kiliselerde istihdam edilecek kişilerde olduğu gibi kilisenin işlettiği hastane gibi hayır kurumlarında da istihdam edilecek kişilere, din veya inanç temelinde ayrımcı uygulamalar, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmemiştir. Ancak İngiltere ve Danimarka'da, kilisenin işlettiği hastane gibi kurumlar, işin doğası gereği, dini olarak görülmemiş, dolayısıyla bu tür kurumlarda istihdama erişimde farklı muamele yasaklanmıştır (European Communities 2007: 59-62).

Yaş

Ayrımcılık yasağı istisnalardan bir diğeri de yaş temelinde gözetilen farklı muameledir. İstihdam Eşitliği Direktifi md. 6/1 uyarınca, “... ulusal hukuk bağlamında, meşru bir istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedefleri dahil olmak üzere meşru bir amaçla nesnel ve makul olarak haklı kılınırsa ve bu amaca ulaşma araçları uygun ve gerekli ise, yaşa dayalı muamele farklılıklarının ayrımcılık oluşturmayacağını öngörülebilir...” (Gül vd. 2011: 217). Aynı maddede, yaş temelinde istisna olarak birkaç örneğe yer

verilmiştir. İstihdama erişim ve terfi için belirli yaş ve profesyonel tecrübenin aranması; emeklilik için belirli bir azami yaşın belirlenmesi bunlar arasındadır.

Avrupa Adalet Divanı (AAD), *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main* davasında, başvurucu 31 yaşını doldurduğu için itfaiye eri olarak kabul edilmemesini, ayrımcılık yasağına aykırı görmemiştir. Zira yangınla etkin mücadelede itfaiye eri için yaş sınırının getirilmesi bir zorunluluktur. Benzer şekilde, asker ve güvenlik personeli istihdamında da yaş temelinde farklı muamele gözetilmesi ayrımcılık sayılmayacaktır.

Yaş temelinde farklı muamele gözetilirken meşru amaç ve orantılık ilkelerine aykırı hareket edilmemelidir. Nitekim *ADD, Seda Küçük Deveci-Swedex GmbH & Co. KG* davasında, başvurucu Küçük'ün 18 yaş öncesi çalışmasının tazminat süresine sayılmamasını, ayrımcılık yasağının ihlali saymıştır.

Direktiflerde Ayrımcılıkla Mücadeleyi Kolaylaştıran Yasal Araçlar

Pozitif Ayrımcılık/Olumlu Önlem

Pozitif ayrımcılık, tarihsel ya da toplumsal yaklaşımdan kaynaklanan toplumdaki belirli birey/birey gruplarının dezavantajlı durumlarının giderilmesine yönelik özel tedbirlerin alınmasıdır. Diğer bir ifade ile herkesin yarışa eşit noktada başlaması için dezavantajlı birey/birey gruplarının lehine bir takım avantajların sağlanmasıdır. Kadın girişicilere girişimcilik eğitiminin verilmesi, yine kadınlara hamilelik ve doğum sonrasında ücretli izin verilmesi, firmalara belirli oranda engelli çalıştırma zorunluluğunun getirilmesi alınacak pozitif ayrımcılık örneklerden bir kaçıdır.

Fiili ayrımcılığı ortadan kaldırmak için bir takım olumlu önlemlerin alınması, uluslararası hukukça da tanınmış ve gerekli görülmüştür. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 16. Genel Yorumu'nun 15. paragrafında: "...ayrımcılığa neden olan şartların etkisini azaltmak ve bu şartları ortadan kaldırmak amacıyla kadınlar lehine tedbirler almalarını gerektirecektir. Bu tedbirler, de facto ayrımcılığı ortadan kaldırmak için gerekli olduğu ölçüde ve de facto eşitlik sağlandığında kaldırılmaları şartıyla, hukuka uygundur" (Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları 2006: 292), denilmektedir.

İstihdam Eşitliği Direktifi'nde de eşitsizlikle mücadele için özel önlemlerin alınmasına izin verilmiştir. Bu hususta Direktif'in 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “eşit muamele ilkesi, uygulamada tam eşitlik sağlanması amacıyla, herhangi bir üye devletin 1. maddede bahsi geçen temellerden biriyle bağlantılı dezavantajları önlemek veya gidermek için aldığı özel tedbirleri muhafaza etmesini veya böyle tedbirler almasını engellemeyecektir”(Gül vd. 2011: 217). Ancak bu grupların dezavantajlı durumları ortadan kalktıktan sonra alınan özel tedbirlere son verilecektir. Aksi takdirde, özel önlemlerin sürdürülmesi başka birey/birey grupları aleyhine olumsuz bir duruma yol açar ve ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olur.

İspat Yükünün Yer Değiştirmesi

Hukukta asıl olan, iddia sahibinin iddiasını ispat etmesidir. Ayrımcılık yasağı ihlali davalarında, ayrımcılık mağduru, faile göre daha zayıf olduğu varsayımından hareketle ispat yükü yer değiştirmiştir. Bu davalarda fail çoğu kez ya işveren ya da kamu otoriteleridir. Yapılan işlem ve tasarrufların kayıt ve belgelerinin failer tarafından tutulduğu gerçeği, göz önünde bulundurulduğunda, mağdurun ayrımcılığa uğradığına ilişkin olguları ve emareleri ortaya koyduktan sonra ispat külfetsinin karşı tarafa yüklenmesi daha adil görünmektedir. İstihdam Eşitliği Direktifi'nin 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “üye devletler, ulusal yargı sistemleri uyarınca, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması sebebiyle haksızlığa uğradığını düşünen kişiler bir mahkeme veya başka yetkili bir makam huzurunda, doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık bulunduğu varsayımı yaratabilecek olguları ortaya koyduğunda, eşit muamele ilkesine yönelik bir ihlal bulunmadığını ispatlama yükümlülüğünün karşı tarafa ait olmasını sağlayacak tedbirleri alacaktır” (Gül vd. 2011: 217).

Söz konusu Direktif hükmü, mağdura “ayrımcılık karinesi” çerçevesinde mahkemeye başvurabilme imkanı tanımakta ve ayrımcılık yapılmadığını kanıtlamak için ispat yükünü işverene yüklemektedir (Kaya 2012: 248). Direktiflerin, ayrımcılık vakalarında ispat yükünü iddia sahibinden alıp karşı tarafa yüklemesi ayrımcılıkla mücadelede önemli kolaylıklar sağlayacaktır.

Mağdurlaştırmanın Önlenmesi

İstihdam Eşitliği Direktifi md. 11 uyarınca, “üye devletler, eşit muamele ilkesine uyumu sağlamak amacıyla işyeri bünyesinde yapılan bir şikayete veya

yargı yollarına yapılan bir başvuruya tepki niteliğindeki işten çıkartılmaya veya işveren tarafından başkaca olumsuz muameleye karşı çalışanları korumak için gereken tedbirleri ulusal hukuk sistemlerine dahil edecektir” (Gül vd. 2011: 219). Mağdurlaştırma: “...eşitlik ya da ayrımcılık yasağı ilkelerini uygulama çabalarına misilleme olarak, bir örgüt ya da bir kişi tarafından gerçekleştirilen olumsuz uygulamalardır...”(Interight 2005:21). Mağdurlaşan, hak arayan mağdur olduğu gibi, şahitlik eden, delil sunan veya şikayet eden üçüncü kişi de olabilir (Korkut 2009: 47). Failin tepkisi mobbing uygulama, işten çıkartma, ücret artırmama, terfi veya çalışma koşullarında farklı muamele gözetme şeklinde ortaya çıkabilir.

Makul Düzenlemenin Yapılması

Makul düzenleme, engelli çalışanın istihdama erişim, terfi ve mesleki eğitim için ihtiyaç duyduğu ve işverene yük getirmeyen düzenlemelerdir. İstihdam Eşitliği Direktifi'nin 5. maddesi uyarınca, “engelli kişilerle ilgili olarak eşit muamele ilkesine uyumun güvence altına alınması amacıyla, makul uyumlaştırma sağlanacaktır. Bu, işverenlerin belirli bir vakada ihtiyaç duyulduğunda, engelli bir kişinin istihdama erişimini, katılımını veya işte ilerlemesini ya da eğitimden geçmesini sağlamak için, işverene orantısız bir yük getirmediği müddetçe, uygun tedbirler alması anlamına gelmektedir...”(Gül vd. 2011: 216).

Engelli kişiler için iş saatleri, ulaşım, bina ve ekipmanın uyumlu hale getirilmesi makul düzenleme kapsamında değerlendirilir (Yücel 2015: 40). Ancak yapılacak düzenlemelerin işverene aşırı yük getirmesi veya üçüncü kişilere yönelik getirilen sağlık ve güvenlik tedbirlerine aykırı olması durumunda, işveren makul düzenlemeden kaçınabilir.

AB üyeleri, makul düzenlemeyi mevzuatlarına aktarırken, makul (reasonable) kavramına farklı anlamlar yüklemişlerdir. Bazı üye ülkeler makul kavramını, ABD hukukunda geçen etkili (effective), yani ihtiyaçlara cevap verme anlamında, bazı üyeler de işverene aşırı yük getirmemesi anlamında, kimisi de her iki anlamı içerek şekilde mevzuatlarına aktarmışlardır (EC 2009: 26). Alman hukukuna göre, engelli çalışanlar işverene orantısız yük getirmesi durumunda veya iş sağlığı ve iş güvenliği kurallarını ihlaline yol açacaksa, düzenleme talebinde bulunamazlar (EC 2009: 29).

AB Hukuku İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Arasındaki İlişki

AB hukuku ve AİHS birbirleriyle çok yakından ilgilidir. Şunu belirtelim ki, AB'nin bütün üyeleri AİHS'ni onaylamışlardır. Ayrıca, AAD insan hakları konusunda karar verirken AİHS'ni dikkate almakta ve AİHM kararlarından ilham almaktadır. Yine, AB Temel Haklar Şartı (THŞ), içerik itibarıyla bunlarla sınırlı olmamakla birlikte, AİHS'de yer alan hakları yansıtmaktadır. AB üyeleri AİHS'ne taraf olmakla birlikte, AB kurumsal olarak AİHS'ne taraf değildir. Dolayısıyla AB vatandaşı AB'yi, AİHS'ndeki hakları koruyamadığı gerekçesiyle AİHM'ne şikayette bulunamaz (FRA vd. 2010: 17).

AİHS ile AB sistemleri arasındaki ilişki belirsiz olmakla birlikte, insan hakları uzmanları, bu iki sistemin tamamlayıcı nitelikte olduklarına ve AİHS sisteminin AB'ye göre daha üst bir seviyede, insan haklarına koruma sağladığına inanmaktadırlar (Deniz 2007: 62). Bununla birlikte AİHM'nin bazı kararlarında THŞ'na atıf yapması, AİHS sisteminde, THŞ'na yönelik olumlu bir bakış açısı olduğu ve uygulamada bu iki sistem arasında sorun yaşanmayacağı düşünülmektedir (Deniz 2011: 65). AB kurumsal olarak AİHS'ne taraf olduğu zaman üye ülkelerin vatandaşları, Sözleşme'deki hakların ihlali durumunda AİHM'ne başvurmadan önce AB Adalet Divanı'na başvurmaları gerekecektir.

Lizbon Antlaşması'nın 2009'da yürürlüğe girmesiyle THŞ'nın statüsünde değişikliğe gidilerek AB kurumları için hukuken bağlayıcı hale getirildi. AB üyeleri AB hukukunu uygularken THŞ'mı uygulamak durumundadırlar. THŞ'nın 21. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının kişi ve maddi kapsamı direktiflere göre daha geniştir (FRA vd. 2010: 15).

AİHS, AB hukukunda düzenlenmeyen bazı konularda insan haklarından yararlanmada ayrımcılığa karşı koruma sağlamıştır. THŞ, ayrımcılık yasağı dahil insan haklarına koruma getirmekle birlikte, üye devletler sadece AB hukukunu uygularken THŞ'na uymak zorundadırlar. Ancak, AB üye ülkelerinde, AB hukukunun uygulamasını denetleyecek idari bir yapının olmadığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, üye devletler THŞ'mı kendi yönetimlerine göre yürürlüğe koyacaktır. Dolayısıyla üye ülkeler AB'ye yetki devri yapmadıkları alanlarda, THŞ uygulama alanı bulamayacaktır (FRA vd. 2010: 61).

AİHS'nin prensip olarak istihdam ve meslek alanında bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Buradan hareketle, AB ülkeleri arasında ayrımcılık hukukunun koruma ve uygulama düzeyi farklı olacaktır (FRA vd. 2010: 57-58). Dolay-

sıyla AB direktiflerinde ve anlaşmalarında sayılmayan ayrımcılık temellerinde, istihdam ve mesleğe erişim konularında ayrımcılık yasağı uygulamaları, üye ülkelerin iç hukuk düzenlemelerine göre değişiklik gösterecektir.

SONUÇ

AİHS genel bir ayrımcılık yasağı getirmemiştir. Ayrımcılık yasağı, Sözleşme'deki haklarla sınırlıdır. Daha sonra çıkarılan 12 Numaralı Ek Protokol, Sözleşme'deki hakların yanı sıra iç hukukta tanınan hakları da kapsayan genel bir ayrımcılık yasağı getirmiştir. AİHS'nde ayrımcılık temelleri cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum veya bir başka statüdür. Açıkça sayılan temellerin yanı sıra Sözleşme'de "veya başka bir statü" ifadesi ile ayrımcılık temelleri listesinin ucu açık bırakılmıştır. Diğer taraftan, AB direktiflerinde ayrımcılık temelleri, ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelimdir. Direktiflerde ayrımcılık temelleri sayılanlarla sınırlıdır. Ayrıca, AB anlaşmalarında vatandaşlığa bağlı haklar hariç ve üye ülkelerle sınırlı olmak üzere, vatandaşlık temelinde ayrımcılık da yasaktır. THŞ, AİHS'nin içerdiği hakların yanı sıra geniş bir haklar listesini ihtiva etmekle birlikte sadece AB kurumlarını bağladığı için AB vatandaşları üzerinde geniş etkileri bulunmamaktadır. Başka bir husus ise, AİHS'nde ayrımcılık yasaklanmakla birlikte ayrımcılığın tanım ve çeşitlerine yer verilmezken AB direktiflerinde ayrımcılığın tanım ve çeşitlerine yer verilmiştir. AİHS'nde ayrımcılık yasağı insan hakları özelliğini taşıırken, AB direktiflerinde, ayrımcılık yasağının insan hakları boyutu ihmal edilmemekle birlikte, çoğu zaman ekonomik karakter ön planda tutulmuştur. Yine, AB direktiflerinde, meşru bir amaç ve bu amacı gerçekleştirmek için araçların gerekli ve orantılı olması koşuluyla mesleki gereklilik, din veya inanç ve yaş temelinde ayrımcılık istisnalarına cevaz verilmiştir.

Gerek AİHS ve gerekse AB direktiflerinde yer alan ayrımcılık temelleri arasında hiyerarşik bir üstünlük bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa'da değişen siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel şartlar AİHM ve AB Adalet Divanı kararlarında etkili olmaktadır. Zamanla cinsel yönelim, yaş ve engellilik temelinde ayrımcılık yasağı giderek güçlenirken, din veya inanç temelinde koruma ise gittikçe zayıflamaktadır. Yine, başta cinsiyet olmak üzere bazı temellerde ayrımcılıkla mücadelede önemli mesafe alınırken ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve İslamofobi gün geçtikçe Avrupa'da daha faz-

la görünür hale gelmektedir. Özellikle Müslümanlara yönelik fiili ve sözlü saldırı ve tacizler günlük yaşamın bir parçası haline gelmiş bulunmaktadır. İslam'a ve dini değerlere yönelik incitici yayınlar ve konuşmalar çoğu kez ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. İstihdam dahil terfi ve mesleki eğitime erişim ve konut kiralamada yabancılara karşı ayrımcı muamele gözetilmeye devam edilmektedir. Bu durum, hem AİHS'nde tanınan haklardan yararlanmada ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlali sayılmakta, hem de AB'nin hedeflediği adil ve rekabetçi bir piyasanın etkin işleyişi önünde bir engel teşkil etmektedir. Ayrıca, AB kimliğini oluşturan çoğulculuk ve çok kültürlülük anlayışıyla da çelişmektedir. Şayet AB üyeleri, yabancı düşmanlığı ve İslamofobi ile mücadelede yetersiz kalırsa, başta insan hakları ihlalleri olmak üzere telafisi güç olumsuz siyasi ve toplumsal sonuçların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır.

KAYNAKÇA

- 12 Nolu Ek Protokol Açıklamalı Gerekçeli Raporu, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm> (17.05.2015).
- Ağırbaşı, Şennur (2009). Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine. 1.b., Ankara: Seçkin Yay.
- Bakırcı, Kadriye (2012). Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye. 2. b., Ankara: Seçkin Yay.
- Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları (2006). Lema Uyar (der.), 1.b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay.
- Bozkurt, Enver & Özcan, Mehmet & Köktaş, Arif (2012). Avrupa Birliği Hukuku. 6.b., Ankara: Yetkin Yay.
- Council of Europe (CE). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11. ve 14. Protokoller ile Değiştirilen Metin. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (13.10.2015).
- Deniz, Bahar Yeşim (2011). Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sistemi İle Etkileşim. 09. Eylül 2014, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-97-1106> (09.10.2015).
- Doğru, Osman & Nalbant, Atilla (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemi Kararlar, European Union, Council of Europe. Ankara: Pozitif Matb.
- European Commission (EC) (2011a). The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/the_prohibition_of_discrimination_under_european_human_rights_law_update_2011_en.pdf (31.05.2015).

- European Commission (EC) (2011b). How to Present a Discrimination Claim. http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/present_a_discrimination_claim_handbook_en.pdf (29.09.2015).
- European Commission (EC) (2004). Equal Rights in Practice: Key Voices. <https://bookshop.europa.eu/en/home/> (11.06.2015).
- European Commission (EC) (2007). Religion and Belief Discrimination in Employment-the EU Law. <https://bookshop.europa.eu/en/home/> (20.08.2015).
- European Commission (EC) (2009). Disability and Non-Discrimination Law in the European Union. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://bookshop.europa.eu/en/home/> (28.06.2015).
- FRA and Council of Europe (2010). Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/elkitabi.pdf (23.03.2014).
- Federal Ayrımcılıkla Mücadele Birimi (FAMB). Genel Eşit Muamele Yasası (AGG) Rehberi. http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/agg_wegweiser_tuerkisch.pdf?__blob=publicationFile (05.09.2015).
- Gül, İdil Işıl & Karan, Ulaş. (2011). Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme. 1. b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay.
- Güneş, Ahmet M. (2009). "Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 2, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1501/16564.pdf> (27.06.2014).
- Interights (2005). Non-Discrimination in International Law, A Hand Book For Practitioners, Kevin Kitching (Edit). London. http://www.academia.edu/675821/Nondiscrimination_in_international_law_a_handbook_for_practitioners (26.07.2013).
- İKV. Avrupa Ekonomi Topluluğunu Kuran Antlaşma. <http://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf> (15.09.2014).
- Kaya, Gözde (2012). Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı (Doktora Tezi). http://www.abgs.gov.tr/files/pub/gozde_kaya_doktora_tezi.pdf (20.07.2014).
- Korkut, Levent. (2009). Ayrımcılık Karşıtı Hukuk, 1.b., Ankara: Cantekin Matb. http://www.rightsagenda.org/attachments/209_ayrimcilikkarsitihukuk.pdf (10.02.2013).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı. <http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi.tr.mfa> (13.05.2015).
- Smith, Anne (2008). "Constitutionalizing Equality: The South African Experience", International Journal of Discrimination and the Law. Vol. 9, <http://jdi.sagepub.com> (02.08.2013).
- Ovey, Clare. & White, Robbin (2006). The European Convention on Human Rights. 4th ed. New York: Oxford University Press.
- Yücel, Ensari (2015). Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi (Doktora Tezi). İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.