

İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler

Mesut GÜLMEZ*

ÖZET: İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde, Avrupa Birliği düzenlemelerinde ve ulusal anayasal düzenlemelerde, kimi zaman “yasa önünde eşitlik” başlığı altında, ayrımcılık yasasını da içeren bir yaklaşımla ele alınan eşitlik, “ulusalüstü” sözleşmeler temelinde ve insan haklarından eylemli olarak yararlanma bağlamında yorumlanması ve uygulanması gereken “evrensel” ve “üstün” bir ilkedir. “*Ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi*” ise, özellikle insan haklarından somut ve eylemli olarak yararlanma bağlamında, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasasının - ülkemiz yazınında üzerinde durulmayan bir özelliğini- “bölünmezliği”ni vurgulamaya yöneliktir.

Aynı gerçeğin “olumlu” ve olumsuz” yönlerini anlattığı için, eşitlik ve ayrımcılık yasağı, “insan onuru” olarak tanımlanan özündeki etik değer gibi, bölünmez bir bütün oluşturur. Bu özellik, ister birinci kuşak olarak tanımlanan kişisel ve siyasal haklardan, ister ikinci kuşak olarak tanımlanan ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan eylemli/olgusal yararlanma söz konusu olduğunda, daha açık biçimde kendini gösterir. Başka bir deyişle eşitlik, salt “biçimsel” eşitlik olmanın ötesinde bir anlam taşır; aynı zamanda, “olgusal” eşitlik olarak da anlaşılacak ve uygulanmak gerekir.

Oysa, gerek anayasa ve iş hukuku öğretilerinde ve gerekse, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek yargı yerlerinin kararlarında, onaylayarak “ulusalüstü” hukuksal değer kazandırılan ve “doğrudan” uygulanması gereken insan hakları sözleşmelerine ve yetkili denetim organlarının kararlarına aykırı biçimde, “biçimsel eşitlik” yaklaşımı benimsenmektedir. Eşitlik ilkesinin; ayrımcılık yasaklı boyutuyla, “hukuk devleti” ilkesinin yanı sıra, aynı zamanda “sosyal devlet” ilkesi ile de doğrudan bağlantısının bulunduğu ve amacının, tüm hak öznelerinin, etkin ve işlevsel sosyal devleti gerçekleştirmenin “onsuz olmaz” araçlarından olan sosyal haklardan uygulamada somut olarak yararlanmalarını sağlamak olduğu göz ardı edilmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin yerleşiklik kazanan hukuksal düzenlemelerle sınırlı “biçimsel eşitlikçi” görüşü, bir yandan Anayasa’nın sosyal devlet

* Prof. Dr.

ilkesini ve sosyal hakları işlevsizleştiricidir, öte yandan da uluslararası sözleşmeler ve denetim organlarının kararlarıyla bağdaşmaz. Yine, bireysel ve toplu iş ilişkileriyle ilgili yasalarda yer alan “ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesi”ne aykırı düzenlemeler konusunda, çalışma hukuku öğretisinde yaygın biçimde savunulan görüşler de eleştiriye açıktır.

Anahtar Sözcükler: Eşitlik ilkesi, eşit davranma ilkesi, ayrımcılık yasası, uluslararası sözleşme ve içtihatlarda ayrımcılık yasası, Anayasa Mahkemesi ve eşitlik.

The Principle Of Equity With Prohibited Discrimination In Human Rights: Contradictory Ideas

Equity which is also approached with an understanding includes prohibition of discrimination -sometimes under the heading of “equity before the law”- in the international conventions, EU regulations and national constitutions on human rights, is a “universal” and “superior” principle which should be interpreted and implemented in the context of active benefit from the human rights on the basis of supranational conventions. The principle of equity with prohibited discrimination on the other hand is for stressing the “indivisibility” of the principle of equity and prohibition of discrimination -seen negligible in our literary works- in the context of active and concrete benefitting from the human rights

Equity and prohibition of discrimination for they denote the “positive” and “negative” parts of the same reality, constitutes an indivisible totality like human dignity. This feature lay bare itself both in the context of active/ factual benefitting from first generational individual and political rights and second generational economic, social and cultural rights. In other words, equity goes beyond its pure “formal” meaning and should at the same time be interpreted and practised as “factual” equity.

However in constitutional disciplines and in labour law and also in the judgements of Constitutional Court and of other high courts what is accepted is the “formal equity” which is against human rights conventions through recognition which gain “supranational” legal value and should be directly applied. It is omitted that there is a direct connection between the principle of equity with its dimension of prohibited discrimination both with the “rule of law” and the rule of “social state” and the aim of this principle is to provide to all subjects of right concretely benefited from the social rights in practice which are indispensable for realizing an effective and functional social state. Especially the “formalist egalitarian” approach of the Constitutional Court on the one hand dysfunctioning the social rights and the

principle of social state; on the other hand, incompatible with the supranational conventions and decisions of the supervisory organs. Again the views are open to criticism in the doctrine of labour law about the regulations against principle of equity with prohibited discrimination in the individual and collective labour relations legislation.

Key words: Principle of equity, to act in equity, prohibition of discrimination (-in international conventions and case-law), Constitutional Court and equity.

I. GENEL OLARAK AYIRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK

İnsan haklarında ayrımcılık yasaklı eşitlik ve eşit işlem ilkesi ve kuralı konusunda, gerek öğretilerde ve gerekse yüksek yargı yerlerimizin kararlarında yapılan tanım ve benimsenen yaklaşımlar ile bağdaşmayan görüşlerime geçmeden, önce öğretilerde, uluslararası belgelerde, yargısal olan ve olmayan uluslararası denetim ve koruma organlarının kararlarında yapılan tanımlardan kimi örnekler vermek istiyorum.

1. Öğretilerdeki Görüşler

Yabancı öğretilerde, ayrımcılık yasağı ile eşitlik arasındaki ilişki, kanımca temelde aynı sonuca çıkan farklı anlatımlarla vurgulanmıştır. Kimi yazarlar, ayırım gözetme yasağının “*eşitliğin olumsuz anlatımı*” olduğunu, kimileri de “*aynı gerçeğin iki yüzü*”nden birini oluşturduğunu belirterek, bu ilişkiyi temelde eşit önemde görerek açıklamışlardır. AB yönergelerine de yansıyan bir yaklaşıma göre ise, ayrımcılık eşitlik ilkesinin bir ihlalini oluşturur ve iki kavram arasında bir “nedensellik” bağı bulunmaktadır (Gülmez, 2009: 3-12). Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da (ATAD), 1965 tarihli bir kararında, bu yaklaşımlar doğrultusunda, Roma Antlaşması’na (m. 40/3, 2) öngörülen ayrımcılık yasağının, yalnızca Toplum hukukunun temel ilkelerinden olan *genel eşitlik ilkesinin özgül bir anlatımı* olduğunu belirtmiştir. Eşitliğin “temel” ilke olduğunu düşünen bir başka yazar ise, ayırım gözetmeme kuralının eşitlik ilkesinin “*tamamlayıcısı*” olduğunu düşünür. Bu yönde bir yaklaşımı benimsediği anlaşılan bir yazara göre de, ayrımcılık gözetmeme bir eşitlik durumunun hukuksal anlatımı ise de, her iki kavramın özdeş bir anlamı ve işlevi yoktur. Eşitlik, farklı ayrımcılık yasaklarına saygı gösterilmesinde tükenmez ve *her iki kavramın göreceli bir özerkliği vardır* (Gülmez, 2009: 7-9).

Anayasa Hukuku öğretilerinde, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi arasındaki ilişkiye değinmeksizin genel açıklamalar yapan yazarlar bulunduğu gibi, bu konuda kısa açıklamalarla yetinip farklı görüşler dile getirenler de vardır. *Özbudun*, “hukuki mahiyeti(nin) tartışmalı” olduğunu belirttiği yasa önünde eşitlik ilkesinin özneler ve devlet yönünden iki yönü bulunduğuna değinerek, “bu ilkedен yararlanımlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi *ya da* ayırım

gözetilmemesini isteme hakkı doğur(an)” bir hak, ama aynı “zamanda, muhatapları, yani devlet organları ve idare makamları açısından da anayasal bir buyruk, **devlet yönetimine egemen temel bir ilke**” olduğunu yazmıştır (2008: 149). Yazarın kullandığı “ya da” bağlacı, eşit işlem görme ile ayırım gözetilmemesini isteme hakkını, birbirinin seçeneği olarak gördüğü ve aralarındaki ilişkiye dolaylı yada belirsiz bir dille değindiği izlenimi vermektedir. Özbudun, “Anayasa Mahkemesinin, kanun koyucunun takdir yetkisini eşitlik ölçü normu açısından ne ölçüde denetleyebileceği sorunu” konusunda ise, “burada ilkin 10’uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan özgül ayırım yasakları ile genel anlamdaki kanun önünde eşitlik ilkesi arasında ayırım yapılması gerekir” derken de, ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasındaki ilişkiye değinmemiştir (2008: 150). **Tanör ve Yüzbaşıoğlu**, 10. “maddeden çıkan ilkeler”i, “ayrımcılık yasağı (fıkra 1), ayrıcalık yasağı (fıkra 2) ve eşitlik yükümlülüğü (fıkra 3)” biçiminde sıralarken (2009: 112), eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkiye değinmemiştir. **Erdogan** ise, 1982 Anayasası’nın “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesinde benimsenen düzenlemedeki yaklaşımı, çok kısa bir anlatımla, “Anayasa’nın 10. maddesi(nin) eşitliği hem negatif hem de pozitif olarak tanımla(mış)” olduğu biçiminde yorumlamıştır (2007: 173). **Öden**, Anayasa koyucunun, 1961 ve 1982 Anayasalarında yasa önünde eşitlik ilkesini ayrımcılık yasaklı boyutuyla birlikte düzenlemiş olmasını, “... kanun önünde eşitlik formülünü genişletilmiş ayırım yasağı formülüyle **birleşik cümle yapısı içinde bir araya getirmiştir**” diyerek açıklamıştır. “1961 ve 1982 Anayasalarında, kanun önünde eşitlik ile özgül ayırım yasakları, yani iki ayrı önerme bileşik cümle yapısında birleştirilmiştir” diyen yazara göre “temel önerme”, 1. fıkranın herkesin kanun önünde eşit olduğunu ilişkin bölümü, “yan önerme” ise nedenleri sayılan ayrımcılık gözetmeme ile ilgili bölümüdür. “Temel önerme ile yan önerme, çift görevli bir öge olan ‘gözetilmeksizin’ sözcüğüyle bağlanmışlardır.” (2003: 129 ve 130).

İnsan haklarına yabancı olduğunu düşündüğüm bu yaklaşım, iş hukuku öğretisinde de ilgi görmüş ve konuya eğilen kimi yazarlarca benimsenmiştir. Örneğin **Süzek**, Anayasa’nın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemede, “kanun önünde eşitlik ve ayırım yasakları(nın) yani iki ayrı önerme(nin) bileşik cümle yapısında birleştirilmiş” olduğunu yazarak, **Öden**’in görüşünü paylaşmıştır (2008: 398). Yine, “Anayasanın 10. maddesinin kanun önünde eşitlik ilkesi ile belli nedenlere dayalı ayrımcılık yasağını kapsayan bir düzenleme olduğu maddenin dilbilgisi açısından irdelenmesi sonucunda da anlaşılacaktır” diyen **Yıldız** da, aynı görüşü benimsemiştir (2008: 55 ve 56). Yazar’ın, 10. maddede açıkça “ve benzeri sebeplerle” denilmiş olmasına karşın “belli nedenler”e dayalı ayrımcılıktan söz etmesi yanıltıcıdır.

2. Görüşüm ve Yaptığım Tanım

1982 Anayasası’nın 10. maddesindeki düzenleme konusunda yapılması gereken ilk saptama, başka birçok uluslararası belgede de örneği bulunan bir

yaklaşımın benimsenmiş olmasıdır. Dolayısıyla, aynı ilke, birbirinin ayrılmaz parçası niteliği taşıdığını düşündüğüm olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nda da olduğu gibi, 1. fıkrada *eşitlik ilkesine ayırım gözetme yasağıyla birlikte yer verilmiştir*. Bu nedenle, 1. fıkradaki yükümlülüğü salt “*eşitlik yükümlülüğü*” olarak değil, “*ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü*” olarak tanımlamak daha doğru olur. İkisinden birinin anılmadığı durumlarda da, anılan anılmayanı içerir: Ayrımcılık yasağı, eşitliği gerçekleştirmek için vardır; eşitlik de ayrımcılık yasağı ile sağlanabilir.

Özellikle hak öznelerinin insan haklarından yararlanmaları bağlamında, eşitlik ve eşit işlem ile ayrımcılık yasağı arasında “bölünmezlik” ve “bütünsellik” ilişkisi vardır ve bu ilkeler, bir tür “*siyam ikizleri*”dir; aynı gerçeğin yada olgunun birbirinden ayrılmaz, madalyonun biri olumlu ve biri de olumsuz iki yüzünü oluşturan; yazılı hukukta açıkça belirtilmediği durumlarda da örtük olarak birbirini içeren, hatta birbirinin “onsuz olmaz” koşulu sayılması gereken, aynı bütünün parçaları olan, kimi zaman yalnızca olumlu ve ilkesel, kimi zaman da yalnızca olumsuz ve özgül yönüyle düzenlenen “bölünemez” ilkelerdir.

Önce, öğretiyi pozitif hukuk ve içtihatlardaki tanımları yada tanımla ilgili öğelere ilişkin açıklamaları göz önüne alarak ve özellikle uluslararası insan hakları ortak hukukundan esinlenerek yaptığım ayrımcılık yasaklı eşitlik (eşit işlem) tanımı vermek, sonra da yabancı ve yerli yazında rastlamadığım bu tanımın dört ögesine ilişkin kısa açıklamalar yapmak istiyorum (Gülmez, 2009: 43-44). Tanım şöyle:

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

Ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesinin, gerek uluslararası insan hakları ortak hukuku, gerek AB hukuku ve gerekse iç hukukumuzun pozitif kuralları ile Anayasa Mahkemesi (AYM), Danıştay ve Yargıtay kararları ve öğretilerdeki kimi görüşler çerçevesinde yapılan bu “eklektik” tanımda, “olmazsa olmaz” nitelikli dört öge birlikte bulunmaktadır.

Birincisi, ayrımcılık yasaklı eşitliğin, öncelikle hak öznelerinin *insan haklarından yararlanmalarında*, bireylerin ve toplulukların öznesi oldukları hak ve özgürlükleri eylemlerle kullanmalarında söz konusu olmasıdır. Bunu, kısaca, sosyal hakların da kapsamında olduğu “insan haklarından yararlanmada eşitlik” olarak da anlatmak yanlış olmaz. Bu özelliği nedeniyle ki, ayrımcılık yasaklı eşitlik, *devlet ve işverenlerin uyması gereken “üstün” bir ilke, bir “ölçü”*

ilkedir, buna karşılık hak özneleri açısından, bir “insan hakkı”dır, uluslararası ve “usulüne göre yürürlüğe konuldukları”, kısaca onaylandıkları için Türkiye açısından “ulusalüstü” nitelik taşıyan uluslararası sözleşmelerin (Gülmez, 2005a: 38-82; 2005b: 11-56) ve ulusal hukukun güvenceye aldığı bir “temel hak”tır.

İkinci öge, ayrımcılık yasaklı eşitliğin ve eşit işlemin, ***hak öznelerinin her durumda, her koşulda, her konuda ve her zaman “mutlak” biçimde eşit olmadıkları***, eşitleştirilmelerine olanak bulunmadığı gerçeğiyle ilgilidir. Tersine bir deyişle, kimi zaman aynı, benzer yada özdeş olmayan “farklı” durum yada koşullarda bulunan kişilere, aynı kuralların uygulanamaması, uygulanmasının eşitliği sağlama yerine daha da bozma, eşitsizliği artırma sonucu doğurmasıdır. Daha yalın bir anlatımla, ayrımcılık yasaklı eşitlik, farklı durumlarda bulunan kişiler için farklı kurallar konulmasına ve uygulanmasına engel olmaz. Varolan eşitsizlikler bunu gerektirmektedir. Ancak, biçimsel düzenlemelerle üstesinden gelinemeyen eşitsizliklerin hafifletilmesi ve giderek kaldırılması amacıyla olumlu önlemler alınması da, ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin kapsamındadır.

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

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

II. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE DENETİM ORGANLARININ KARARLARI

1. Uluslararası Sözleşmelerdeki Tanımlardan Kimi Örnekler

Ulusal hukukumuzun “ulusalüstü” parçası olan insan hakları sözleşmelerinden kimileri, kendi kapsam ve uygulama alanlarıyla sınırlı olarak ayrımcılık tanımı vermişlerdir. Kimi sözleşmeler, bu tanımı eşitlik ilkesine göndermede bulunmaksızın, ancak onun gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla yaparken, kimi sözleşmeler eşitliğe doğrudan göndermede bulunmuştur. Kimi sözleşmeler de, “doğrudan” tanım vermemiş olmakla birlikte, ayrımcılık yasağı öngören kurallarıyla, kanımca dolaylı olarak tanımın kimi öğelerini içeren düzenlemeler yapmıştır (Gülmez, 2009: 14-20).

Onayladığımız dört sözleşmedeki ayrımcılık kavramının tanımlarından ve Avrupa Birliği yönergelerinden örnek verip, tanımların karşılaştırmalı bir irdelenmesini yapacağım.

UÇÖ'nün 1958 tarihli ve 111 sayılı **İstihdamda ve Meslekte Ayrımcılık Yasası Sözleşmesi**'ne göre, üye devletlerce kapsamının genişletilmesine olanak tanınan “ayrımcılık” terimi, şu anlama gelmektedir:

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

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

İlk olarak sözleşme, ayrımcılığı fırsat ve işlem eşitliğinden bağımsız olarak ele almamıştır. Ayrımcılık, fırsat ve işlem eşitliğini ortadan kaldırır yada bozar, saptırır. Dolayısıyla yasaklanan ayrımcılık, fırsat ve işlem eşitliğini gerçekleştirmenin bir aracıdır. Ayrımcılıklar kaldırılmadıkça, fırsat ve işlem eşitliği sağlanamaz. Dolayısıyla 111 sayılı sözleşmenin, “ayrımcılık yasaklı fırsat ve işlem eşitliği ilkesi”ni tanımladığı ve güvenceye bağladığı söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, yasaklanan ayrımcılık biçimlerini kapsayan anlamıyla eşit işlem ilkesi, AB yönergelerinde yer almıştır. Eşit işlem ilkesinin, sayılan “ayrımcılık türlerinin bulunmadığı” bir durum anlamına geldiği, yerleşik bir pozitif hukuk tanımı olarak yapılmış ve yinelenmiştir.

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

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

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

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

“Siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda yada kamusal yaşamın başka her alanında, insan haklarının ve temel özgürlüklerin *eşitlik*

koşullarında tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını bastırma yada tehlikeye koyma amacı taşıyan yada sonucu doğuran ırk, renk, soy yada ulusal yahut etnik köken üzerine dayalı her tür ayırdetme (distinction), dışlama (exclusion), kısıtlama (restriction) yada yeğleme (préférence).”

Bu tanımda da, ayrımcılık yasağının insan haklarının kullanılmasına bağlantısı göz önüne alınmış ve değişik nitelikteki eylemlerin ayrımcılık oluşturacağı belirtilmiştir.

BM bağlamında “sözleşme” tanımlardan ikincisi, 1979 tarihli ***Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi***nde (KKTABKS/CEDAW) yer almaktadır. Bu sözleşme de, 1965 sözleşmesi gibi, sözleşmede kullanılan “kadınlar hakkında ayrımcılık” kavramını tanımlamakla yetinmiştir. Sözleşmenin tüm kuralları için geçerli olan 1. maddesinde yaptığı geniş anlamda “cinsiyet” temelli tanım, büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır. Yaşamın tüm alanlarını kapsayan bütünsel ve “biyolojik” cinsiyet kavramını aşan bir yaklaşımla yapılan tanım şöyledir:

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

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

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

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

BM sözleşmelerdeki tanımın bir başka ortak noktası, anılan farklı işlem yada eylemlerin doğurduğu sonuçla ilgilidir ve bu da, yalnızca “ırk” yada “cinsiyet” değil başka nedenlere dayanan ayrımcılıklarda olduğu gibi, ***hak ve özgürlüklerden yararlanmadır***. Ayrımcılık yasağı öngören insan hakları belgelerinin neredeyse tümü, bir anlamda doğal olarak, ayrımcı işlem yada eylemlerle “hak ve özgürlüklerden yararlanma” arasında sıkı bir bağ kurmuş; “ilgili sözleşmede” güvenceye alınan hakların “kullanılması” üzerinde olumsuz etkisi olan ayrımcılıkları yasaklamıştır. Bu da, ayrımcılık yasağının insan haklarının eylemli olarak kullanılmasını sağlayan vazgeçilemez bir araç olduğu gerçeğinin sonucudur. Her iki sözleşme, ayrımcı uygulamaların eylemli olarak yararlanma açısından olumsuz etkilediği hak ve özgürlüklerin kapsamı yönünden bir sınırlandırma yapmamıştır. Daha açık bir deyişle, sağladıkları ayrımcılık karşıtı koruma, tüm insan haklarını kapsamaktadır. Çünkü bu sözleşmeler, örneğin ikiz sözleşmeler gibi, çeşitli hak ve özgürlükleri güvenceye alan “genel” sözleşmeler değildir.

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

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (İHAS) Ek 12 Sayılı Protokolün kurallarını yorumlayan açıklayıcı rapor, “ayrımcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkeleri(nin) sıkı sıkıya birbirine bağlı” olduğunu vurgulamıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları doğrultusunda, eşitlik ve/yada eşit işlem ilkesine, nesnel ve haklı gerekçelere dayanarak istisnalar getirilebileceği ve dolayısıyla da, örtük olarak “mutlak” olmadığı yaklaşımıyla tanımlayan ***12 sayılı protokole göre***:

“Eşitlik, ***eşit durumlarda eşit biçimde işlem*** yapılmasını ve ***eşitsiz durumlarda da farklı işlem*** yapılmasını gerektirir. Bu konuda her tür zedeleme (aykırı düzenleme yada uygulama) bir ayrımcılık sayılır, meğer ki nesnel ve makul bir kanıtlanma olmasın.” (Gülmez, 2009: 245).

Avrupa Birliği yönergelerinde yapılan “pozitif” tanımlarda ise, ayrımcılık biçimlerini de kapsayan, ancak temel ögesi değişmeyen bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir.

Eşit işlem ilkesinin, ilk kez 76/207 sayılı yönergede yer alan ve daha sonra da yinelenen “***her tür ayrımcılığın yokluğu***” biçimindeki yaygın kısa tanımı, yalnızca “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılıklarla sınırlı idi.

Ayrımcılık karşıtı korumayı “istihdam ve çalışma” alanları dışında genişleten 2004/113 sayılı yönergede ise, erkekler ve kadınlar arasında eşit işlem ilkesinin, bu yönerge açısından, her birinin tanımları yapılan doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkların yanı sıra, ayrımcılık türlerine eklenen “taciz” ve “cinsel taciz” ile “emirle ayrımcılık yaptırma”nın da yokluğu, kısacası sayılan tüm ayrımcılık türlerinin bulunmaması anlamına geldiği belirtilmiştir.

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

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

Emek piyasası (*istihdam ve çalışma alanı*) ile sınırlı bir koruma öngören **2000/78 sayılı yönergenin** 1. maddesi, ayrımcılık nedenlerini sayarak, 2000/43 sayılı yönergedeki yaklaşıma benzer biçimde, amacını (konusunu) şöyle belirtmiştir: “Üye devletlerde işlem eşitliği ilkesinin, istihdam ve çalışma (iş) ile ilgili olarak uygulamaya konulması ereğiyle, **din yada inançlara, engele, yaşa yada cinsel yönelime** dayalı ayrımcılığa karşı savaşım verilmesi için *genel bir çerçeve* oluşturulması.”

Yönerge, gerek genel olarak “eşit işlem ilkesi” ve gerekse bu ilkeyle bağlantılı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ile taciz ve emirle ayrımcılık uygulatma kavramlarının tanımında 2000/43 sayılı yönergedeki yaklaşımdan ayrılmamıştır. Yönerge, “eşit işlem ilkesi”nden, 1. fıkradaki nedenlere dayalı her tür doğrudan yada dolaylı *ayrımcılığın bulunmaması*”nın anlaşıldığını belirtmiş (m. 2/1) ve bu iki kavram ile “taciz”i şöyle tanımlamıştır (m. 2/2, a, b, e):

“Doğrudan ayrımcılık, 1. fıkradaki nedenlerden biri temelinde, bir kişiye, *karşılaştırılabilir* bir durumda, başka bir kişiye oranla daha az elverişli bir davranışta bulunulduğu, böyle bir davranışın gösterilmiş olduğu yada gösterileceği zaman söz konusu olur.

Dolaylı ayrımcılık, ise, görünüşte yansız olan bir kural, bir ölçüt yada bir uygulama, belli bir din yada inançtan olan, bir engeli bulunan, belli bir yaşta olan yada cinsel yönelimi olan kişiler için diğer kişilere oranla *özel bir dezavantaj* doğurmaya elverişli olduğu zaman ortaya çıkar. Yeter ki:

- i. bu kural, bu ölçüt yada bu uygulama, *nesnel olarak meşru bir amaçla haklı gösterilebilsin* ve bu amacı gerçekleştirme araçları (yolları) uygun ve zorunlu olsun; yada
- ii. belli bir engeli bulunan kişilerin durumunda; işveren yada yönergenin uygulandığı her kişi yada örgütün; *ulusal mevzuat*

gereğince, bu kural, bu ölçüt yada bu uygulamanın getirdiği (onun sonucu olan) dezavantajları kaldırmak amacıyla, 5. maddede öngörülen ilkelere uygun önlemler alma yükümlülüğü bulunmasın.”

2000/78 sayılı yönerge, doğallıkla, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarını genel olarak değil, yalnızca dört neden özelinde tanımlamıştır. Yönerge, dolaylı ayrımcılıktan söz edebilmek için de, tanımın aşağıdaki koşullara uyumunu öngörmektedir:

- 1) Görünüşte yansız olan bir kural, bir ölçüt yada bir uygulamanın bulunması;
- 2) Bunun, belli bir din yada inançtan olan, bir engeli bulunan, belli bir yaşta olan yada cinsel yönelimi bulunan kişilere uygulanması;
- 3) Bu uygulamanın, görece özel bir dezavantaj doğurması;
- 4) Bunun nesnel olarak kanıtlanamaması (O’Cinneide: 2005: 27);
- 5) Engelliler konusunda, ulusal mevzuatın dezavantajları kaldırmak için, “engelli kişiler için *makul düzenlemeler*” yapılmasını düzenleyen 5. madde ilkelerine uygun önlemler alma yükümlülüğü öngörmemiş olması.

Yönergenin 2. maddesinin 1. fıkrası anlamında ayrımcılık biçimlerinden biri sayılan “*taciz*” kavramı da, ayrımcılık nedenlerindeki farklılık dışında, 2000/43 sayılı yönergedeki aynı anlatımla tanımlanmıştır. Dört ayrımcılık nedenine bağlı *istenmeyen bir tutum* kendini gösterdiği zaman, bir ayrımcılık biçimi olarak *taciz* vardır. Bu eylemin ayırıcı özelliklerinden biri, mağdurun isteği dışında ve isteğine karşın gerçekleştirilmiş bir tutum olmasıdır. İstek dışı bu tutumun, bir kişinin onuruna zarar verme ve onu yıldırma, ona karşı düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevre yaratma amacı taşıması yada etkisi göstermesi söz konusudur. 2000/78 sayılı yönergeye (m. 2/3) göre *taciz*:

“1. maddedeki nedenlerden birine bağlı olarak, bir kişinin onuruna zarar verme ve onu yıldırma, ona karşı düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevre yaratma amacı taşıyan yada etkisi olan (sonucu doğuran) *istenmeyen bir tutum* kendini gösterdiği zaman, 2. maddenin 1. fıkrası anlamında bir ayrımcılık biçimi olarak sayılır. Bu bağlamda, taciz kavramı, üye devletlerin ulusal mevzuat ve uygulamalarına uygun olarak tanımlanabilir.”

Bu tanımla, 2000/43 sayılı yönergede de olduğu gibi, açıkça sözü edilmeyen *cinsel taciz* durumunu aşan, *genel nitelikli ayrımcı taciz* kavramına yer verilmiştir. Daha açık bir deyişle, yukarıdaki taciz tanımı, kuşkusuz “cinsel” amaçlı tacizi de kapsamakta, istihdam ve çalışmada, cinsel tacize karşı da koruma sağlamaktadır. Ancak, çelişkili biçimde, kadın ve erkekler arasında eşitliğe ilişkin yönergelerde cinsel taciz kavramına açıkça yer verilmemiş olması haklı olarak eleştirilmektedir (Rodière: 2002: 158).

2. Uluslararası Denetim Organlarının Tanımları

UÇÖ *Uzmanlar Komisyonu*, 1988 ve 1999 “Toplu İnceleme” raporlarında, 111 sayılı sözleşmenin uygulanması bağlamında, koruma kapsamına giren *dolaylı ayrımcılık* kavramını şöyle tanımlamıştır:

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

Komisyon’a göre dolaylı ayrımcılıklar, aynı koşulların, aynı işlemin yada aynı ölçütün tüm kişilere uygulandığı, ancak orantısız biçimde, ilgili istihdama ilişkin gerekliliklerle sıkı bir bağı olmaksızın, ırk, renk, cinsiyet yada din gibi bazı özellikler nedeniyle *kimi kişiler üzerinde elverişsiz sonuçlara ulaşılan durumlarda* söz konusu olur (BIT, 1988: parag. 28; BIT, 1996: parag. 26)

Bu tanım ve açıklama, dolaylı ayrımcılık kavramıyla ilgili olarak, şu iki önemli öğeyi içermektedir: 1) Yasal düzenlemelerin yada uygulamaların, “görünüşte” yansız olması, yani açık ve doğrudan bir ayrımcılık içermemesi; 2) Ancak bu nitelikleri taşımasına karşın, sonuç olarak yada sonuçları açısından, kimi gruplar yönünden “eşitsizlik” yaratması.

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

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

“Ayrımcılık terimi; özellikle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal yada başka görüşler, ulusal yada sosyal köken, servet, doğum yada başka her tür durum temeline dayanan ve insan haklarının ve temel özgürlüklerin tümünün herkes için *eşitlik koşulları içinde* tanınmasını, yararlanılmasını yada kullanılmasını tehlikeye sokma yada ortadan kaldırma sonucu (etkisi) doğuran yada amacı taşıyan her tür farklılık, dışlama, kısıtlama yada yeğlemeyi kapsamalıdır.” (NU, 2008/I: 230).

Kanımca, İHK’nin, temel öğeleri yönünden sözleşmelerdeki tanımlara benzeyen bu tanımındaki temel farklılık, doğal olarak, ayrımcılık nedenlerinin “ırk” ve “cinsiyet” ile sınırlı olmaksızın ucu açık biçimde sayılmış olmasıdır. Bu nedenler arasında, özellikle 2000’li yıllarda belgelerde ve denetim organlarının kararlarında öne çıkan **“yaş”, “engel” ve “cinsel yönelim”e yer verilmemiş olması** dikkat çekmektedir. Yasaklanmış ayrımcılık nedenlerini tüketici biçimde saymama yaklaşımı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde (İHEB), KSHUS’de, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda (GG ASŞ) ve başka belgelerde de

benimsenmiştir. Buna karşılık kimi belgelerde, örneğin AB'nin ayrımcılık karşıtı hukukuna ancak 1997'de Amsterdam Antlaşması ile eklenen 13. maddede, ayrımcılık nedenleri sınırlı yada tüketici olarak sayılmıştır.

Komite, ayrımcılık kavramının temel öğelerinden birini oluşturan “insan hak ve özgürlüklerinden eşitlik koşulları içinde yararlanma”ya da yer vermiştir. Bu yaklaşım, ayrımcılık yasağını, *yasa önünde eşitlik ve yasanın (hukukun) eşit korunması ile aynı nitelikte ve düzeyde olmak üzere*, insan haklarının korunması alanında temel ve genel bir ilke olarak kabul etmesinin (NU, 2008/I: 229) doğal bir sonucudur.

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

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

İHK'nin tanımıyla ilgili bir başka nokta, ayrımcılığın kanıtlanması sorunudur. Komite, tanımda yer vermediği bu noktaya, genel gözleminin son paragrafında değinmiş; “her türlü farklılığın, eğer **makul ve nesnel ölçütlere** dayanıyorsa ve yine eğer sözleşme bakımından **meşru/haklı bir amaca** yönelmişse, bunun bir ayrımcılık oluşturmadığına dikkat çekmiştir (NU, 2008/I: 231). Dolayısıyla, ayrımcılığa uğramama hakkı, tüm özneler ve tüm haklar için istisnasız değildir; haklılığı, nesnel ve makul gerekçelerle kanıtlanabilen farklı işlem ve uygulamalar ayrımcılık sayılmaz.

İHK'nin bu görüşü, İHAM'ın yerleşik kararlarındaki yaklaşımıyla örtüşmektedir. Ancak kanımca, bunun bir istisna olduğu, dolayısıyla da “keyfi” biçimde alabildiğine genişletilemeyeceği ve dar yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır.

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

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, gerek İHAS'ın ayrımcılık yasağı öngören 14. maddesinde, gerekse 12 sayılı protokolün 1. maddesinde eşitlik ilkesine doğrudan ve açık bir gönderme yapılmamış olmasına karşın, “işlem eşitliği” ve “cinsiyetlerin eşitliği” ilkelerine göndermelerde bulunmuş, sözleşme ve protokolün anılan maddelerinin bu ilkeleri içerdiğine karar vermiştir (Martin, 2006: 225).¹

İHAM, ayrımcılık kavramını tanımladığı gibi, sözleşmenin sağladığı korumanın doğrudan ayrımcılıkların yanı sıra dolaylı ayrımcılıkları da kapsadığını belirtmiştir. İHAM'a göre ayrımcılık kavramı, “**bir birey yada gruba, uygun haklı gösterme olmaksızın, sözleşme daha elverişli bir işlem gerektirmese bile, bir başkasına oranla daha az iyi davranıldığı durumları kapsar.**” (*Affaire Abdulaziz...*).

Strazburg Mahkemesi'nin 14. maddeye ilişkin kararlarını irdeleyip değerlendiren *De Schutter*, doğrudan ayrımcılık yasağını aşma çabası içinde olan İHAM'ın, dolaylı ayrımcılık biçimlerine ilişkin sistemli bir içtihat oluşturmadığını ve dolaylı ayrımcılığın üç farklı biçimde ortaya çıkacağını örnekleriyle belirtmektedir (2005: 16).

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

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

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

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

Bu tanım, bir ayrımcılığın gözlemlenmesi için yararlı ve zorunlu olan öğeler içermektedir. Biri, “*durumların karşılaştırılabilirliği*”, ikincisi de “*nesnel kanıtlama*”dır.

¹ Örneğin şu kararlarda bu ilkelere göndermeler vardır: CEDH (Plenière), **Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique” c. Belgique (au Principale)**, arrêt du 23 juillet 1968, Requête n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, parag. 10; CEDH, **Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni**, Requête no 9214/80; 9473/81; 9474/81, arrêt du 28 mai 1985, Série A, no 94, parag. 78.

Ancak bu karar, bir yandan birinci ögeyle ilgili olarak **“karşılaştırılacak” grupların nasıl seçileceğini belirleme olanağı veren ögelere yer vermemiş olması**, öte yandan da ikinci ögede nesnel kanıtlamanın tam olarak ne olduğuna ilişkin bilgilerin eksikliği nedeniyle eleştirilmiştir (Martin, 2006: 49-50). *Hernu* bu tanımla, Divan’ın, eşitliği Topluluk hukukunun temeline dönüştürdüğünü ileri sürmüş ve eşitliğin, farklı ayrımcılık yasaklarının anlatımı olduğunu belirtmiştir (2003: 247).

III. ANAYASA VE İŞ YASASI’NDAKİ DÜZENLEMELERE KISA BİR BAKIŞ

1. Anayasa’da Eşitlik ve Sosyal Adalet İlkeleri İle Kanun Önünde Eşitlik Kuralı

1982 Anayasası, 10. maddesinin yanı sıra Başlangıç bölümü de göz önüne alındığında, genel olarak “eşitlik” ilkesini -ve aynı zamanda “sosyal adalet” ilkesini-, “kanun önünde eşitlik” ile sınırlı olmaksızın Cumhuriyetin “değiştirilemez” niteliklerinden biri düzeyine yükseltmiştir (m. 4).² Çünkü 1961’de olduğu gibi 1982 Anayasası da, “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı(nın), **Anayasa metnine dahil**” olduğunu (m. 176) ve 2. maddesinde de, “Türkiye Cumhuriyeti(nin) ... **başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan** ... sosyal bir hukuk devleti” niteliği taşıdığını öngörmüştür. Başlangıç’taki ilkeler arasında ise, “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki **temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak** (...) onurlu bir hayat sürdürme ve *maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme* hak ve yetkisine doğuştan sahip ol(ma)” da bulunmaktadır.

Anayasa Hukuku öğretisinde, kimi yazarlar Başlangıç’tan çıkarılabilecek ilkeler listesinde “eşitlik” ve “sosyal adalet” ilkelerine yer vermekte, kimi yazarlar ise bu ilkeleri anmamaktadır. Örneğin, **Özbudun** ve **Gören**, 1982 Anayasası’nın Başlangıç bölümünde yer alan ilkeler arasında “eşitlik ve sosyal adalet”i de saymışlardır (Özbudun, 2008: 77; Gören, 2006: 98). Buna karşılık, **Tanör ve Yüzbaşıoğlu**’nun ortak yapıtında, Başlangıç’ta belirtilen ilkelerden “temel ilkeler sıfatına dahil olabilecekler” arasında eşitlik ve sosyal adalete yer verilmediği gibi, “temel ilke” niteliği taşıyıp taşımayacağı da tartışılmamıştır (2009: 75-77). **Gözler**’in de, “başlangıcın yeni şeklinde” belirtildiğini yazdığı ilkeler arasında eşitlik ve sosyal adalet bulunmamaktadır (2008: 214). **Erdoğan** da, Başlangıç’tan çıkarabildiği ilkeler arasında eşitlik ve sosyal adalete yer vermemiştir (2007: 185).

Böylece Anayasa, eşitlik ilkesi ile özellikle sosyal haklardan yararlanma söz konusu olduğunda maddi içeriği yönünden göz ardı edilemeyecek sosyal adalet

² Kitapta (2009: 546 vd.), Başlangıç’a kısaca değinmekle birlikte, bu noktayı Anayasa Hukuku öğretisindeki görüşlere yer vererek inceleyip tartışmadığımı belirtmeliyim (MG).

ilkesini Cumhuriyetin “değiştirilemez” niteliklerine eklemiştir; üstelik “Anayasa’nın dayandığı temel ilkeler” olarak “metne dahil” etmekle, hak öznelere için “pozitif” bir hak niteliği de kazandırmıştır. **Gören**’e göre de, Başlangıç bölümündeki “ilkeler soyut ve geniş anlamli nitelikte oluşlarına karşın ve **özel bir yasada somutlaştırılmış olmasalar bile** Anayasa md. 11 f. II.ye göre **sadece Devlet organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluşları değil, tüm bireyleri bağlayan** ve sosyal yaşamda bireyler arası ilişkilerde de tam anlamıyla riayet edilmesi gereken hukuk prensipleridirler” (2006: 100; altını ben çiziyorum). **Sabuncu** da, 1982 Anayasası’nın Başlangıç bölümünün “Anayasanın öteki maddeleriyle **eş hukuki değere** sahip bir konum kazanmış ol(duğunu)”, ancak Başlangıç’tan “uygulanabilir hukuk kuralları türetme(nin) pek kolay” olmadığı görüşündedir (2002: 17-18; altını ben çizdim). **Erdoğan**’a göre ise, Başlangıç’taki ilkeler, “belli bir hukuk sisteminin arkasında yatan normatif-ahlaki değerleri ifade eder” anlamında ilkelerdir ve genel olarak, “Başlangıç her ne kadar Anayasa’nın bir parçası olsa da, doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte olmayıp, Anayasanın yorumlanmasında yararlanılması gereken önde gelen malzemelerden biridir” (2007: 185 ve 186).

Ekonomik ve sosyal hakları da kapsamak üzere Anayasa’nın güvenceye aldığı tüm hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalete göre yararlanma vb. haklarını tanıyan Anayasa, eşitlik ilkesine, 10. maddede öngörülen “kanun önünde eşitlik”, yani “biçimsel” eşitlik olmanın ötesinde bir anlam ve içerik yüklemiştir. Eşitlik, özellikle sosyal hakları eylemler olarak kullanmanın söz konusu olduğu durumlarda, “aynı durumda olanların, haklı bir neden olmadıkça, aynı kurallara bağlı olmaları” biçiminde tanımlanan biçimsel eşitlikle sınırlı bir ilke değildir ve uygulamadaki “sosyal eşitsizlikler”in giderilmesini yada hafifletilmesini de kapsayan “maddi/olgusal eşitlik”tir (Gülmez, 2009: 546-554 ve 556-578).

1982 Anayasası Başlangıç bölümündeki bu kuralında, **10. maddeden farklı olarak, eşitlik ile temel hak ve özgürlüklerden yararlanma arasındaki bağı görmüş ve vurgulamıştır**. Ancak, eşitlik ve sosyal adalet gereklerince Anayasa’daki temel hak ve özgürlüklerden yararlanacakların “herkes” değil “Türk vatandaşları” olduğunu belirtmiştir. **Öden** haklı olarak, “maddi eşitlik kavramının, hukuki ve sosyal yönleri arasında sıkı bir ilişki olduğu kuşkusuzdur” görüşünü savunmuş, Başlangıç’ta geçen “eşitlik ve sosyal adalet gereklerince” ibaresinin de, “maddi eşitlik kavramının hukuki ve sosyal yönleri arasındaki bu sıkı bağı ortaya koymakta” olduğunu vurgulamıştır (2003: 199). Kanımca da, bu düzenlemeler çerçevesinde, Cumhuriyet’in ve Anayasa’nın dayandığı eşitlik, sosyal adalet, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle birlikte okunması gereken “kanun önünde eşitlik” ilkesi biçimsel eşitliğe indirgenemez.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası’na benzer biçimde, “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesinde yurttaşlık temeline dayalı bir “özne sınırlaması” getirmemiştir. Ancak, sistematik -yani eşitlik ilkesinin Anayasa’daki yeri- yönünden 1961

Anayasası'ndan ayrılan 1982 Anayasası, “*Genel Esaslar*” başlıklı birinci kısmında yer verdiği yasa önünde eşitlik ilkesini, 2004 yılında, AB'den müzakere tarihi alınmasından dört ay kadar önce 2. fıkra olarak eklenen kuralıyla birlikte, aşağıdaki biçimde düzenlemiştir.

“*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Önce belirtelim ki, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin 1. ve 3. fıkraları, yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesini, kimi farklılıklarla birlikte, önceki Anayasalardakine benzer anlatımla güvenceye almıştır. 1982 Anayasası'nın kendisinden önceki bu düzenlemelere yaptığı olumlu katkı, hem “renk” temeline dayalı ayrımcılığa karşı da güvence sağlamış ve hem de özellikle, ayrımcılık nedenlerinin *örnek* olarak sayıldığını gösteren “*ve benzeri sebepler*” eklemesini yapmış olmasıdır. Ancak, kanımca birlikte okunması gereken Başlangıç'ta -ve uluslararası sözleşmelerde- açıkça öngörüldüğü gibi, eşitliğin öncelikle “hak ve özgürlüklerden yararlanmada” söz konusu olduğunu açıkça belirtmemiştir.

1982 Anayasası'nın, 1961'den ayrılarak, yasa önünde eşitlik ilkesine “*Genel Esaslar*” içinde yer vermiş olmasının, bu ilkeye “Anayasa'nın tümüne ve devlete egemen bir ilke” (Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2009: 111) niteliği kazandırdığı; bu düzenleme biçiminin, yani ilkenin Anayasa'daki yerinin, “eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşüne güç kat(tığı)” (Özbudun, 2008: 149-150; Gözler, 2007: 105) belirtilmiştir. Yasa önünde eşitlik ilkesinin demokrasinin vazgeçilmez üç ilkesinden birini oluşturduğunu vurgulayan 10. maddenin gerekçesi göz önüne alındığında, “eşitlik ilkesinin Genel Esaslar Kısmındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek gereklidir, tıpkı 2. ve 5. md'lerde belirtilen demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi.” (İnceoğlu, 2006: 48).

Kuşkusuz, Anayasa sistematigindeki değişikliğe karşın, hukuk önünde eşitlik, hak özneleri için temel “hak” olma niteliğini sürdürmektedir (Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2009: 111; Özbudun, 2008: 137) ve söz konusu değişiklik, ilkenin “normatif değerini azaltmamaktadır.” (Erdoğan, 2007: 173).

1982 Anayasası'nın 10. maddesinde yapılan düzenlemenin içeriği konusunda yapılması gereken ilk saptama, 1961'de de olduğu gibi, 1. fıkrada *eşitlik ilkesine ayırım gözetme yasağıyla birlikte yer verilmiş*, “*ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü*” öngörülmüş olmasıdır. Yasa önünde eşitliği “genel bir ilke” olarak kamu hukuku ve özel hukuk ilişkilerini kapsamak üzere güvenceye alan anayasal düzenlemede

benimsenen yaklaşım, genel olarak uluslararası belgelerde benimsenen yaklaşımla uyumludur: Eşitliği gerçekleştirmenin başlıca aracı, öncelikle ayırım gözetilmemesidir. Kanımca, ayırım gözetme yasağına yer vermeksizin tanınmış olsaydı da, eşitlik örtük olarak ayrımcılık yasağını içeren **üstün bir ilkedir**. Ancak Anayasa, düzenlemeyi olumlu ve olumsuz yönleriyle birarada yapmıştır.

İkinci saptama, anayasal düzenlemede kişiler ve nedenler yönlerinden kapsama ilgili olarak, herhangi bir sınırlamanın getirilmemiş olmasıdır. Yasa önünde eşitlik, önceden yada sonradan edindiği yada kazandığı özellikleri, durumu yada konumu ne olursa olsun, **“herkes”** (tüm öznel) için “genel” bir anayasal ilke, Anayasa güvencesine bağlanmış bir temel haktır. 1961 ve 1982 Anayasalarında, onayladığımız “ulusalüstü” insan hakları sözleşmelerinde de olduğu gibi, öznenin “herkes” olarak belirlenmiş olması da, aslında kişiler yönünden uygulama alanı bağlamında ayrımcılık yapılmadığını içerir.

Üçüncü olarak, ayırım gözetmeme yükümlülüğü, sınırlı olmaksızın sayılan nedenlerin dışında da geçerlidir. Bunu vurgulamaya yada açıkça belirtmeye yönelik “özellikle” yada “hiçbir” gibi terimler kullanılmamış olsa da, nedenlerin sonuna **“ve benzeri sebepler”** sözcükleri eklendiğinden, ayırım gözetmeksizin hukuk önünde eşitlik güvencesi, örneğin yaş, engel, ulusal yada etnik köken, cinsel yönelim gibi 1. fıkrada sayılmayan nedenlere dayalı ayrımcılıkları da kapsar.

Anayasa’nın, ayrımcılık yasağını da kapsayan yönüyle güvenceye aldığı eşitlik ilkesinin niteliği yada daha açık bir anlatımla, salt “biçimsel eşitlik” ile mi sınırlı olduğu, yoksa aynı zamanda “maddi eşitlik”i de mi kapsadığı konusu üzerinde durmakta yarar vardır. Bir görüşe göre, 10. maddedeki “bu hüküm eşitliğin sadece hukuki anlamıyla ilgilidir; dolayısıyla bundan ‘maddi’ veya ‘sosyo-ekonomik’ eşitlikle ilgili sonuçlar çıkarılamaz.” (Erdoğan, 2007: 173). Bu yaklaşım, aşağıda görüleceği üzere, AYM kararlarında da benimsenmiş ve sürekli biçimde yinelenmiştir.

Kanımca, anayasal eşitlik ilkesini, sözel metninde böyle bir sınırlandırma yapma olanağı verebilecek hiçbir açıklık olmamasına karşın, içini boşaltarak salt biçimsel anlamına indirgeyen bu görüşe katılmak olanaksızdır. Hukuk önünde eşitlik, aynı zamanda “hukuk” ve “uygulama” düzeylerindeki eşitliği kapsayan bir ilkedir ve bu ilke, ancak bu iki yönüyle gerçekleştirildiği zaman anlam taşır ve anayasal yükümlülük yerine getirilmiş olur. Biçimsel olarak eşitlik ve ayrımcılık yasağına uygun düzenlemelerin yapılması gerekli ancak yeterli değildir. Bu ilkenin “maddi eşitlik” yönünün tümünden yadsınması ve anayasal güvence dışında tutulması, Anayasa’nın tanıyıp güvenceye aldığı ekonomik ve sosyal haklardan “eşitlik koşulları” içinde “ve sosyal adalet gereklerince” yararlanılmasını büsbütün olanaksız kılar. Kaldı ki böyle bir daraltıcı ve “ultra-liberal” yorum, Anayasa’nın metne dahil ettiği eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi, Türkiye’nin onayladığı “ulusalüstü” insan hakları sözleşmelerine ve yetkili denetim organlarının kararlarına da açıkça aykırıdır.

10. maddede geçen “kanun” teriminden genellikle benimsendiği gibi “hukuk” anlaşılıyorsa, bu kavramın öncelikle kişi hakları ve siyasal haklara ilişkin anayasal kurallar gibi ekonomik ve sosyal haklara ilişkin kuralları da kapsayacağı açıktır. Ayrımcılık yasaklı eşitlik, hak ve özgürlüklerden yararlanmada söz konusu olmayacaksa, özünden soyutlanmış, anlamsız ve işlevsiz bir ilkeye indirgenmiş olur. 2. maddenin, Cumhuriyet’in “dayandığı” Başlangıç’taki “temel ilkeler”e göndermede bulunduğunu ve eşitlik ile sosyal adalet ilkelerine de, “temel hak ve hürriyetlerden ... yararlanma” bağlamında gönderme yapıldığını bir kez daha anımsatmakta yarar vardır.

10. maddeye 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı yasayla 2. fıkra olarak eklenen kural, temelde ilk fıkranın “genel” olarak ve her iki yönüyle birlikte düzenlediği ilkeyi, “cinsiyet” yönünden pekiştirmek, açıkça ve özel olarak belirtmek amacındadır. 2. fıkranın ilk cümlesi, kanımca 1. fıkranın güvencesinde olan “cinsiyet” nedeniyle ayırım gözetmeksizin herkesin (yani kadınların ve erkeklerin) yasa önünde eşitliğini, haklardan eşit olarak yararlanma biçiminde somutlaştırarak yineleyip güçlendirmiştir.

Ancak, 2004 Anayasa değişikliklerinde 10. maddeye eklenen 2. fıkranın getirdiği asıl yenilik ve sağladığı katkı, kanımca 2. cümlesindedir. 1. fıkrada devletin genel eşitlik ilkesi karşısındaki yükümlülüğü açıkça belirtilmemiştir. Oysa bu cümlede, **kadınların ve erkeklerin “haklar yönünden eşitliği”ni yaşama geçirmenin devlete düşen anayasal bir yükümlülük olduğu açıkça öngörülmüştür.** Bunun anlamı, devletin, haklar yönünden cinsiyet temeline dayalı ayrımcı kural ve uygulamaları ortadan kaldırması, somut edimde bulunarak söz konusu eşitliği soyut bir kavram olmaktan çıkarması, “biçimsel” eşitliği hak ve özgürlüklerden eylemli olarak yararlanan somut bir gerçekliğe, olgusal eşitliğe dönüştürmesidir. Devletin bu yükümlülüğü, gerektiğinde, kadınlar ve erkeklerin hak ve özgürlüklerden eylemli olarak yararlanmalarında derin eşitsizliklerin bulunması durumunda, kadınlar yararına “olumlu eylem”de bulunmasını, uluslararası sözleşmelerin diliyle “özel geçici önlemler”i de kapsar. Örneğin **Özbudun’a** göre, “bu eklemeye, devletin kadınlar lehine ayrımcılıkta bulunması mümkün kılınmıştır.” (2008: 151). *Yazıcı’ya* göre de, 10. maddeye 2004’te eklenen kural, “kadınlar lehine pozitif ayrımcılığa olanak tanıyan bir hüküm”dür (2006: 523). **Tanör ve Yüzbaşıoğlu**, bu kuralla “pozitif ayrımcılığa anayasal dayanak kazandırılmış olması(nı) olumlu bir yenilik” olarak görmekte ve “böylece, Devlet(in), kadınlar bakımından somut fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler almakla görevlendirilmiş ol(duğunu)” belirtmektedir (2009: 112). **İnceoğlu’na** göre de, bu fıkrayla devlet, “kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğünü de üstlenmiştir. Diğer bir deyişle bu konuda pozitif yükümlülüğü vardır.” (2006: 49). Buna karşılık, ikinci cümlenin, “devlete kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde sadece genel bir ödev yüklemekte, ancak somut bir emir verememekte” olduğu görüşü (Erdoğan, 2007: 175; 2006: 86), yapılan düzenlemeyi anlamsız ve işlevsiz

kıldığından kabul edilemez. Kanımca bu düzenleme, yalnızca “olumlu ayrımcılık” için anayasal bir dayanak oluşturmaz. Bunu da kapsamak üzere, hukuksal plandaki yasakların kaldırılmasından başlayıp, uygulamada siyasal, sosyal, kültürel, ekonomik vb alanlarda karşılaşılan çeşitli engellerin aşamalı olarak kaldırılmasına ve elde edilecek somut sonuçlarla eşitliğin sağlanmasına değin sürdürülmesine; örneğin eğitim ve duyarlılık kampanyaları hazırlanıp uygulanmasına, bu amaçlarla somut politikalar belirlenmesine ve izlenmesine değin uzanan geniş bir yükümlülükler dizisini kapsamaktadır. ***Bu yükümlülük, her aşamada daha fazlasıyla elde edilmesi gereken “somut sonuçlar”la, eşitliğin uygulamada gerçekleştirilmesine değin sürekli çaba gösterilmesini gerektiren bir yükümlülüktür.*** Ulusalüstü sözleşmelere uygun yorum da, bu sonuca ulaştırır.

Sözel ve karşıt kavram yorum yöntemlerine başvurarak, devletin eşitlik yükümlülüğünün salt 2. fıkrayla sınırlı olduğu da savunulamaz.

Eşitliği gerçekleştirmenin önündeki engellerden biri de, kimi kişilere, kümelere yada sınıflara tanınan yada tanınacak olan ayrıcalıklar olduğundan, 3. fıkra bunu yasaklayan bir kural koymuştur. Ayrımcılık yasağı gibi eşitlik ilkesinin ayrılmaz bir parçası olan ayrıcalık yasağı, 1924’ten beri anayasal bir kuraldır.

Devletin yasa önünde eşitlik ilkesi karşısındaki konumu, yani “***ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlüleri***”, 10. maddenin son fıkrasında düzenlenmiş, böylece 11. maddedeki anayasal bağlayıcılık pekiştirilmiştir. Bu ilkeyi öncelikle uygulama, ona uyma ve uyulmasını sağlama yükümlülüğü, kuşkusuz devlete düşer. İlkenin temel yükümlüsü olan devletin, her düzey ve nitelikteki tüm organ ve görevlileriyle yasa önünde eşitlik ilkesine uygun davranması gerekir. “*Devlet organları ve idare makamları*” için öngörülen bu yükümlülüğün, ilkenin ayırım gözetmeme boyutunu da kapsadığı kuşkusuzdur. Daha açık bir anlatımla, yasa önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü, 1. fıkrada açık uçlu olmak üzere sayılan nedenlere dayanan ayrımcılık yapılmamasını da kapsar. 4. fıkranın belirttiği yükümlüler, yasamayı, yürütmeyi ve yargıyı kapsar. Yasama, anayasal ve yasal düzenlemeler yaparken, yürütme ve yönetim yasaları uygularken ve bu amaçla değişik düzey ve niteliklerde düzenlemeler yaparken ve uygulamalara girişirken, yargı da kararlarını oluştururken hukuk önünde eşitlik ilkesiyle bağlıdırlar. Yasa yapıcıların, yasa uygulayıcıların ve yasa yorumlayıcıların, Başlangıç’taki ilkeleri de göz önünde bulundurarak 10. maddenin tüm kurallarına uygun davranması anayasal bir buyruktur. Eşitliğin, devlet yönetiminin tümüne dayatılmış bir ilke sayılmasının nedeni, 4. fıkradaki bu kuraldır. 4. fıkra, eşitlik ilkesine uyma yükümlülüğünün kapsamını belirlerken “bütün işlemler”den söz etmiştir. Kanımca, devlet organları ve idare makamlarının işlemlerinin yanı sıra, tüm “eylem ve uygulamaları” da, eşitlik ilkesine uygun olmak zorundadır.

Öte yandan, devlete verilen bu yükümlülük kapsamında, ***işverenlerin de hukuk önünde eşitlik ilkesine uygun davranmasını sağlama da bulunmaktadır.*** Değişik bir anlatımla, eşitlik yükümlülüğünün işverenleri

bağlamadığı düşünülemez. Aslında, eşitlik yükümlülere, 10. maddenin 1. fıkrası gereğince, “devlet organları ve idare makamları”nı aşan bir genişliktedir. 4. fıkra, kamusal yükümlülere açıkça ve özel olarak belirtmiş, ancak sınırlı olarak saymamıştır. Kaldı ki devletin ayrımcılık yasaklı ve sosyal adaletli eşitlik ilkesine uymayı sağlama yükümlülüğü, özel kesim işverenlerini de içine almaktadır. Çünkü bu anayasal hakkın özneleri “herkes”tir.

Kanımcı, 10. maddenin son fıkrası yasa önünde eşitlik ilkesinin yükümlülere belirtmemiş olsaydı bile, “Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü”nü düzenleyen 11. madde nedeniyle belirtilen üç anayasal erkin ve geniş anlamda yönetimin ve özellikle yasaların uygulanmasıyla görevli kişilerin, anayasal bir “hüküm” olan yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağlı olacaklarına kuşku yoktur. Bu anayasal ilke, herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı alanlar yada kişiler için de geçerlidir ve yükümlüler kapsamı daha geniş olan 11. madde gereğince 10. madde kuralı ve Başlangıç’taki ilkeler; “yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını **ve diğer kuruluş ve kişileri** bağlayan temel hukuk kuralıdır.”

Kanımcı, gerek 10. maddenin son fıkrasında öngörülen yükümlüler ve gerekse 11. maddede Anayasa kurallarıyla bağlı olduğu sayılanlar öncelikle ve temelde devlet erk ve organları olmakla birlikte, 11. maddede geçen “... *ve diğer kuruluş ve kişiler*” kapsamında özel kesim kuruluşları ve (tüzel ve gerçek) kişileri de bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, **yasa önünde eşitlik, “genel” bir ilke ve Anayasa kuralı olarak işverenleri ve sendikal örgütleri de bağlar. Ulucan’ın** belirttiği gibi, “Anayasa eşitlik ilkesini salt bir kamu hukuku kurumu olarak görmemekte, **özel hukuk ilişkileri bakımından da geçerli bir temel ilke olarak benimsemektedir.** (...) Bu temel ilke, İş Hukuku alanında iş yasalarındaki düzenlemelerle veya kabul gören bir temel ilke olan *eşit işlem yapma ilkesi olarak* işverenin hareket alanını sınırlayan veya biçimlendiren bir kurum olarak somutlaşmaktadır.” (2000: 192; altını ben çiziyorum).

Ancak Ulucan; madde 48’deki çalışma ve sözleşme özgürlüğü, madde 17’deki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve madde 35’teki mülkiyet hakkı ile “açık bir çelişkinin ortaya çıkması olasılığı(nın) artacağı” gerekçesiyle, “eşitlik ilkesini özel hukuk (iş hukuku) alanında kamu hukukunda olduğu kapsamda ve genişlikte uygulamak mümkün değildir” görüşünü savunmaktadır (2000: 192).

Kanımcı, bu görüş tartışmaya açıktır ve anayasal eşitlik ilkesinin özellikle işçi-işveren yada çalışan-çalıştıran ilişkilerinde anayasal içerik ve özünden uzaklaştırılmasına olanak verebilecektir. İşveren de, Anayasa’nın 11. maddesindeki “diğer ... kişiler”den biri olarak, 10. maddedeki içeriğiyle yasa önünde eşitlik ilkesini işyerinde ve işletmesinde uygulamakla ve yaşama geçirmekle yükümlüdür.

Nitekim Ulucan aynı makalesinde, Alman Federal İş Mahkemesi’nin bir kararına değindikten sonra, aktarılan görüşüyle çeliştiğini düşündüğüm şu görüşleri dile getirmiştir:

“Hukukumuzda da yukarıda belirtildiği gibi AY m. 10, eşitlik ilkesi bakımından getirdiği ölçüler ile bir bakıma *mutlak* bir ayrımcılık yasağı getirmiş bulunmaktadır. Bu yasak hem kamu hukuku bakımından **hem de özel hukuk ilişkileri bakımından geçerlidir**. Kriterler oldukça açıktır (:) işveren işçiyi **işe alırken**, çalışma koşullarını belirlerken ve işçinin işine son verirken kesin olarak onu dini inançlarından veya konuştuğu dilden veya mensup olduğu ırk’tan dolayı açık bir biçimde ayrı işlem yapamaz. Bu anlamda ayrımcılık yasağı bir bakıma mutlaktır.” (2000: 194).

“İşe alırken” sözcüklerinin altını çizmiş olmamın nedeni; yazarın, anayasal bir ilke olan ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesinin, “iş ilişkisi”nin sözleşmenin biçimsel olarak kurulmasından önceki aşamasını (işe almayı) da kapsadığı görüşünü benimsemiş olduğunu vurgulamaktır. Bu, İş Yasası’nın 5. maddesinde güvenceye alınan eşit davranma ilkesinin kapsamıyla ilgili olarak paylaştığım bir görüştür.

Ulucan’ın 10. madde konusundaki görüşünü aktaran *Keser*’e göre de, “iş hukuku alanında işverenin eşit işlem borcunun Anayasal anlamda mutlak bir eşitlik anlamı taşımadığı, ancak kanuni düzenlemelerde yer alan esaslar dahilinde, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü zedelemeyen bir borç olduğu kabul edilebilecektir.” (2004: 60).

Kanımcı, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesini işverenler yararına zayıflatan yada esneten ve sözleşme özgürlüğünü, üstün bir ilke olarak tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmada uyulması gereken eşitliğin üzerine çıkararak -ve aşağıda iş hukuku öğretisinden başka örnekleri de verilecek olan- bu görüşler kabul edilemez. Bu noktada eşitliğin, Başlangıcın “değiştirilemez” temel ilke olarak Anayasa metnine katılan bir ilke niteliği taşıdığını bir kez daha anımsatmak gerekir.

2. İş Yasası’nda Eşit Davranma İlkesi: Uygulama Alanı, “İş İlişkisi”nin Anlamı ve Yaptırım³

İş ve sosyal güvenlik hukukunda “eşit işlem”, “işlem eşitliği”, “eşit davranma ilkesi”, “eşit işlem yapma borcu” gibi değişik terimlerle anlatılan ve tanımlanan ilke, kamu hukukundaki genel eşitlik ilkesinin yada anayasalarda “kanun önünde eşitlik” olarak düzenlenen kuralın bu alana uyarlanmış, anlamı ve içeriği bu hukuk dalına özgülenmiş biçimidir. Ancak bu özgüllük, kuşkusuz, anayasal eşitlik yükümlülüğünün iş ilişkilerinde uygulanmayacağı anlamına gelmez. Öğretide yaygın olarak benimsendiği görülen bu yaklaşım, “genellik ve özellik” ilişkisi olarak da nitelenebilir.

³ Bu bölümde, genel olarak olduğu gibi, “eşit davranma ilkesi” konusunda da “aykırı görüşler” savunduğum noktalara yer vermekle yetindim. Daha geniş bilgi ve 5. maddedeki öteki konular için bkz.:Gülmez, 2009: 584 vd.

Kanımcı da, İş Yasası'nda öngörülen “eşit davranma ilkesi”nin iç hukuktaki dayanağı, eşitlik ilkesini “ayrımcılık yasaklı” içeriğiyle açıkça ve “genel olarak” düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesidir. İş Yasası'nın 5. maddesindeki düzenleme, kamusal ve özel işverenleri de bağlayan anayasal ilkenin, iş hukukunun konusunu oluşturan “bağımlı çalışma”dan doğan ilişkilere -İş Yasası'yla düzenlenen bir bölümüne- özgülenmiş biçimidir.

5. madde konusunda, şu noktayı vurgulamakta yarar görüyorum: Başlığı “eşit davranma ilkesi” olan, ancak içeriğinde genel olarak iş ilişkilerinde ayrımcılık yasağının yanı sıra, kimi esnek iş sözleşmesi biçimlerine bağlı olarak çalışan işçilere yönelik farklı işlemler ile cinsiyete dayalı farklı işlemleri ayrıca yasaklayan 5. maddenin, eşit davranma ilkesinin, yani ***iş ilişkileri alanında eşitlik ilkesinin yalnızca “olumsuz” yönünü kapsayan ayrımcılık yasağına karşı güvence sağladığı düşünülmemelidir.*** Amacı, Avrupa Birliği hukukunda benimsenen yaklaşımı koşut biçimde, eşit davranma ilkesini uygulamada eylemlerle gerçekleştirilen 5. madde, işveren için, ilk beş fıkrasında özel olarak öngördüğü ayrımcılık ve farklı işlem yasaklarının dışında, eşit davranma yükümlülüğü de içermektedir. Başka bir anlatımla, eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki yaşamsal bağlantıyı göz ardı etmeyen 5. maddenin, ilkeyi aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle güvenceye aldığına kuşku yoktur ve *salt ayrımcılık yasaklarına indirgenmesi düşünülemez.* Anayasa'nın 10. maddesindeki düzenlemeye benzer bir dille, 5. maddenin pozitif metninde yer almayan yasa önünde eşitlik ilkesi, eşit işlem (davranma) ilkesi olarak İş Yasası bağlamında da geçerlidir ve özgül ayrımcılık yasaklarının yanı sıra, iş ilişkisinin her aşamasında işvereni bağlar. Kaldı ki, Anayasa'nın 10. maddesinin güvencelediği bu ilke, herkesi bağlayan üstün bir anayasal ilke olarak, aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle, özel ve kamusal kesimlerde, işçi- işveren ve devlet-kamu görevlileri ilişkilerinde de geçerlidir.

Öte yandan, gerek Anayasa'nın 10. maddesinin ve gerekse İş Yasası'nın 5. maddesinin, iş hukukunda çoğu kez göz ardı edilen -iç hukukumuzla bütünleşmiş ve doğrudan uygulanması gereken- ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinden doğan dayanaklarının bulunduğu da unutulmamalıdır. Daha açık bir deyişle, iş hukuku yazınında anayasal eşitlik ilkesi ile eşit işlem ilkesi arasında kurulan “genellik-özellik” ilişkisinin, aynı zamanda ulusal iş hukuku ve ulusalüstü insan hakları hukuku bağlamında da kurulması, ulusal hukukun aykırı kuralları ile düzenleme yapmadığı alanlarda, daha ileri hak ve güvenceler öngören uluslararası hukukun doğrudan uygulanması gerektiği anımsanmalı ve anımsatılmalıdır.

Yine iş hukuku yazınında yaygın olan yaklaşımla, eşit davranma ilkesinin “***işverenin borçlarından biri***” olarak ele alınması, çoğu zaman bir “***insan hakkı***” ***olduğunun göz ardı edilebilmesine de yol açmaktadır.*** Oysa, eşit davranma ilkesi, Cumhuriyet'in “değiştirilemez” temel ilkelerinden olan anayasal eşitlik ilkesinin özgül içerikli bir anlatımı olarak, “temel hak” niteliği taşır. Doğan Yenisey'e göre, yasa önünde eşitliğin Anayasa'nın “genel esaslar” bölümünde

düzenlenmiş olması gibi, eşit davranma ilkesinin de İş Yasası'nın "genel hükümler" başlıklı birinci bölümünde düzenlenmiş olması göz önüne alındığında, "**eşit davranma ilkesinin işverenin borçlarından biri olmanın ötesinde, iş hukukunun temel ilkelerinden biri haline geldiği söylenebilecektir.**" (2005: 974-975). Yazar bir başka yazısında, eşit davranma borcunu, "temelleri ve kapsamı farklı iki ayrı borcun bileşeni" olarak incelemiş, bu iki bileşenden birincisinin "... dar anlamda işverenin eşit davranma borcu" olduğunu ve "işverenin genel anlamda işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğü" anlamına geldiğini; ikincisinin de, "ayrımcılık yasakları" olduğunu belirtmiştir. "Ayrımcılık yasakları temelde temel hak (hak) ve özgürlüklerle ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir" (2006: 66).

Kanımcı, eşit davranma ilkesinin yalnızca olumsuz boyutunu oluşturan ayrımcılık yasağının temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğu görüşü, ne Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alıp 2. maddesine katılan "temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ... gereklerince yararlan(ma)" ilkesiyle, ne de insan hakları sözleşmelerindeki yaklaşım ve düzenlemelerle bağdaşır. Eşit davranma yada eşit işlem, işverenler için bir yükümlülük yada borç olmakla birlikte, işçiler açısından temel haktır. Kısacası eşit işlem, olumlu ve olumsuz yönleriyle, bölünmez bir bütün olarak temel haktır. Nitekim yazar da, *E. Dockes*'in, katıldığını sandığım -ve benim de paylaştığım- şu görüşüne göndermede bulunmuştur: "Eşitlik ilkesi yalnızca temel bir hak değil, aynı zamanda diğer insan hakları için de gerekli temeli oluşturmaktadır" (2005: 975).

İnsan haklarından biri olarak ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesine **İş Yasası'nın uygulanmadığı işlere ve iş ilişkilerine** ilişkin 4. maddesinde getirilen ve İlerleme Raporlarında eleştirilen istisnalar, işverenlerin keyfi ayrımcılıklarına olanak tanınması nedeniyle, salt onaylanan uluslararası insan hakları sözleşmelerine ve AB yönergelerine değil, aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesine ve 2. maddeye katılan eşitlik ve sosyal adalet ilkelerine de aykırıdır.

Kanımcı, 4. maddedeki istisna kuralının korunmasının zorunlu görülmesi durumunda da, *hiç olmazsa*, 5. maddenin bu istisnalar kapsamı dışında bırakılmasını -İş Yasası'nın 5. maddesi dışındaki kurallarının bu işlerde ve ilişkilerde uygulanmamasını, deyim yerindeyse eşitlik yararına ayrımcılık yapılmasını- öngören bir düzenlemeye yer verilmesi gerekirdi. Nitekim, aşağıda ayrıca değineceğim gibi, 4857 sayılı İş Yasası'nın "asgari ücret"e ilişkin 39. maddesinin 1. fıkrasında, Anayasa'nın 55. maddesinin 2001'de değiştirilen 3. fıkrasına uygun olarak, saptanacak asgari ücretin "iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun *kapsamında olan veya olmayan* her türlü işçi" için uygulanmasını öngörmüştür. 39. madde uyarınca saptanan asgari ücretin uygulama alanının genişletilmesini öngören bu kural, 4. maddeye getirilen doğru ve Anayasa ile ulusalüstü sözleşmelere uygun bir istisna niteliğindedir. Benzer bir düzenlemenin 5. maddenin kişiler yönünden uygulama alanı konusunda da yapılması gerekirdi.

Öte yandan, *kanımca Anayasa'nın 10. maddesi, İş Yasası'nın kapsamı dışında bıraktığı işler ve işyerlerinde de geçerlidir* ve yargıç, bu istisnalara ilişkin eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusundaki uyumsuzluklarda, hem 2. ve 10. maddeleri ve hem de onaylanan insan hakları sözleşmelerinin bu alanda daha ileri hak ve güvence sağlayan “ulusalüstü” kurallarını, iç hukuka aktarılmış olmalarını aramaksızın, “doğrudan ve kendiliğinden” uygulamakla yükümlüdür.

İş Yasası'nın “eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinin **genel ayrımcılık yasağı** öngören 1. fıkrası, bu ilkeyi, ayrımcılık yasağını içeren olumsuz yönüyle, *genel olarak “iş ilişkileri” bağlamında düzenlemiştir*. Eşit davranma ilkesinin birinci ögesi olarak iş ilişkisinde ayrımcılık yasağı öngören, ancak “her türlü” demediğinden “sözel metniyle” tüm ayrımcılık biçimlerini ve özellikle dolaylı ayrımcılığı kapsadığını açıkça belirtmeyen 1. fıkra şöyledir:

“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.”

Ayrımcılık kavramını ve biçimlerini tanımlamayan 5. maddenin 1. fıkrası, ayrımcı işlem ve eylemlerin dayanağı yapılabilecek nedenleri, biri (renk) dışında, Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki anlatımla aynen yinelemiştir. Böylece, Anayasa'nın “herkes” için güvenceye aldığı ayrımcılığa uğramama hakkını, ucu açık bırakılan nedenlerle “iş ilişkisi”ne uyarlamıştır. Kanımca “renk” temeline dayalı ayrımcılıktan söz edilmemiş olsa da, bunu “ve benzeri nedenler” kapsamında düşünmek olanaklıdır ve bir eksiklik oluşturmaz. Örneğin, fıkra da açıkça sayılmayan “yaş, yurttaşlık, sendika üyeliği, engel, cinsel yönelim” gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklar da, işverenin işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğü kapsamındadır.

5. madde, Anayasa'nın 10. maddesinden ayrılarak, eşit davranma ilkesini olumlu ve olumsuz yönlerini birlikte kapsayan “ayrımcılık yasaklı” içeriğiyle düzenlenmemiş, eşit davranma ilkesinin ayrımcılık yasağı içeren olumsuz yönüne yer vermekle yetinmiştir. Kanımca burada bir eksiklik söz konusu değildir.

Madde 5/1 kuralının, salt “doğrudan” ayrımcılıklara değil, kanımca açıkça tanımlanmayan “dolaylı” ayrımcılıklara karşı da koruma sağladığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, gerek uluslararası denetim organlarının kararlarında ve gerekse İlerleme Raporlarında yapılan eleştiriler doğrultusunda, ayrımcılık kavramının ve yasaklanan biçimlerinin tanımlanmasının; yaş, engel ve cinsel yönelime, yasaklar kapsamında yer verilmesinin yararlı olacağına kuşku yoktur.

Kanımca “iş ilişkisi” terimi, ister iş sözleşmesi öncesinde eylemli ve ister sonrasında hukuksal olarak söz konusu olsun, *tüm esnek istihdam ve sözleşme biçimlerini de kapsar*. 5. maddenin 2. fıkrasında “özümlü” bir kuralla ayrımcılıklara karşı korunmuş olmaları, belirli ve kısmi süreli çalışanların 1. fıkra kapsamı dışında kaldıkları biçiminde yorumlanamaz. “İş ilişkisi” terimi, olağan iş/istihdam ilişkisi ile sınırlı olarak anlaşılabilir; 2. fıkra da sözü edilmeyen başka esnek istihdam biçimlerini de kapsar.

1. fıkrada, 2. fıkrada olduğu gibi, “*esaslı sebepler*”den açıkça söz edilmemiş olması, ayrımcılık yasağının her durum ve koşulda, tüm işçiler için, örneğin öznel durumlarına bakılmaksızın uyulması zorunlu olan bir ilke niteliği taşıdığı anlamına gelir mi? Başka bir deyişle, 1. fıkradaki *ayırım gözetme yasağı* “*mutlak*” mıdır? Yoksa, bu nedenlerden yada işçilerden kimileri için “haklı nedenler”e dayalı, biçimsel olarak ve görünüşte ayrımcı nitelik taşıyan ancak aslında başka eşitsizliklere yol açmama amacına yönelik farklı işlemler yapılabilir mi?

Kanımcıca, eşitlik ilkesinin tanımı gereği, bu sorulardan birincisine olumsuz, ikincisine de olumlu yanıt verilebilir. İnsan haklarından yararlanma bağlamında, ne genel olarak eşitlik ilkesi, ne de iş ilişkilerine özgülünen eşit davranma ilkesi, istisnasız her durum ve koşulda herkes için “mutlak” biçimde uyulması ve uygulanması gereken ilkelerdir. Aynı kuralların, farklı farksız, benzer yada ayrı tüm durumlarda herkese (tüm işçilere) uygulanması anlamında, doğasında eşitsizlik barındıran bir “mutlak eşitlik” anlayışı, kuşkusuz söz konusu olamaz. Böyle bir eşitlik, eşitsizliktir; yeni yada varolan olgusal eşitsizlikleri daha da derinleştiren başka eşitsizliklerin yaratıcısıdır. Eşitlik, ayrımcılık yasaklı içeriğiyle, içinde bulunulan durum ve koşullar, yerine getirilen iş yada hizmetin nitelik ve gerekleri, hak öznelerinin kişisel ve mesleki özellikleri yönlerinden “*göreceli*” bir kavramdır. Dolayısıyla da, nesnel ve makul -haklı- neden yada ölçütlere dayandığı, işin yada mesleğin nitelik yada gereklerinin ve kişinin özelliklerinin dayattığı kanıtlanan ayrımcılıklar ve farklı işlemler, ilkece 1. fıkraya aykırı düşmez.

Eşit davranma yükümlülüğünün “*mutlak olmadığı*” görüşü, iş hukuku öğretisinde yaygın olarak benimsenmiştir (Gülmez, 2009: 591-597).

Ayrımcılık yasağının hukuksal çerçevesini belirleyen 1. fıkra, anayasal eşitlik ilkesini ve kuralını iş hukuku alanına taşıyıp somutlaştırırken, doğal olarak bunu “*iş ilişkisi*” ile sınırlandırmıştır. Madde 5/1, Anayasa’nın “her Türk vatandaşı” diyen Başlangıç bölümü ile “herkes” diyen 10. maddesinden farklı olarak, ayrımcılığa uğramama hakkının öznelerini açıkça belirtmemiştir. Ancak, ayrımcılık yasağının konular yönünden uygulama alanını gösteren “iş ilişkileri”, aynı zamanda kişiler yönünden kapsamını da dolaylı olarak belirler (Gülmez, 2009: 597-602).

İş Yasası anlamında bu kavram, *ilke olarak*, işçiler ile işverenler arasındaki hukuksal/biçimsel çalışma ilişkisini kuran ve onlara “işçi” ve “işveren” niteliklerini kazandıran “iş sözleşmesi”ni amaçlamaktadır. 2. maddeye göre işçi, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan” kişi ve işveren de, bu tanıma uygun işçi çalıştıran kişi olduklarından, yasanın bu tanımların hemen ardından kullandığı iş ilişkisi kavramı da, ilkece “*işçi ile işveren arasında kurulan ilişki*” anlamına gelir.

Ancak kanımcıca, yasa koyucunun “farkında olmaksızın kullandığı” düşünülemeyecek bu terimin dar ve salt taraflarca imzalanarak hukuk evreninde yerini almış olan bireysel “iş sözleşmesi”ne bağlı olarak yorumlanması, hak özneleri (işçiler) açısından bir “insan hakkı” ve anayasal temel hak olan ayrımcılık yasaklı eşit işlem görme hakkının uygulama alanının sınırlandırılmasına ve işverenin, bu

yükümlülüğüne aykırı “keyfi” ayrımcılıklara başvurmasına yol açacaktır. Bu nedenle, bireysel düzeyde kurulan “iş ilişkisi”ni etkileyen toplu iş sözleşmesinin de “iş ilişkisi” kavramı kapsamında görülmesi, toplu iş sözleşmesi taraflarının da eşit davranma yükümlülüğüne uyması gerekir. İş sözleşmesinin kuralları üzerinde etkileri olan toplu iş sözleşmesinde de 5. maddeye aykırı hiçbir düzenleme yapılamaz. Ayrımcılık yasağının maddi konusunu belirleyen “iş ilişkisi”, aynı zamanda bireysel ve toplu iş ilişkilerini, bu düzeylerde üretilen kuralları ve ayrıca bu sözleşmelere dayanarak yapılan her tür düzenlemeyi kapsar.

“İş ilişkisi” teriminin yasal/biçimsel tanımı dolayısıyla tartışmaya açık en önemli konulardan biri, 1. fıkradaki *ayrımcılık karşıtı korumanın başlangıcı* ile ilgilidir. İlke olarak, işçi ile işveren arasında İş Yasası anlamında “biçimsel” **iş ilişkisi ne zaman kurulur?**

Bu sorunun “hukuksal” yanıtı, yalın ve açıktır: İlkece, iş sözleşmesinin imzalanmasıyla, “biçimsel” olarak iş ilişkisi kurulmuş sayılır. Ancak uygulamada, kimi zaman ve özellikle kayıt dışı çalıştırmanın çok yaygın ve küçük ölçekli bir sınai yapının egemen olduğu bir çalışma ilişkileri sisteminde, iş ilişkisinin “eylemli” olarak kurulması, yasa anlamında biçimsel ilişkinin kurulmasını öneleyebilir; eylemli ilişkinin biçimsel ilişkiye dönüşmesi gecikebilir, geciktirilebilir. Bu durumda ve özellikle de birden çok işçinin işe alınmasının söz konusu olduğu durumlarda, iş ilişkisinin “hukuksal” olarak kurulmadığı aşamada ve hatta hiç kurulmadan sona erdirildiği durumlarda, salt “işverenin borcu”na indirgenmemesi ve özneler açısından hukuksal güvenceli bir insan hakkı olduğunun unutulmaması gereken “ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesi”nin uygulanamayacağına, dolayısıyla 1. fıkradaki “cinsiyet” dışındaki nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapılabileceğinin düşünülmesi, ***birçok hak öznesi için bir temel insan hakkı olarak çalışma hakkının ortadan kaldırılmasına eşdeğerdir***; bunun da ötesinde, tüm insan haklarının kullanılmasının ön koşulu ve “üstün bir ilke” olarak eşit işlem ilkesinin - zaten birçok işi ve iş ilişkisini kapsamı dışında bırakan yasayla sınırlandırılmış olan- uygulama alanının daha da daraltılması sonucunu doğurur.

İş ilişkisinin yalnız ve ancak “sözleşme” ile kurulacağına dayanan görüşler, genel olarak 5. maddenin amacı ve 1. fıkranın özüyle bağdaşmamaktadır. Tüm fıkralarıyla bir bütün oluşturduğuna kuşku bulunmayan 5. maddenin güvencesindeki “eşit davranma ilkesi”, ilk beş fıkrada yer alan genel ayrımcılık yasağı ile özgül farklı işlem yasakları dışında da, işverenler için yükümlülük içerir. Ayrıca bu gibi durumlarda, Anayasa’nın 10. maddesi ile Başlangıç’taki eşitlik ve sosyal adaletin “temel ilkeler” olarak metnine katıldığı 2. maddesi de uygulanır, uygulanmalıdır. Bu nedenle, ***Süzek***’in, 5. maddenin 1. fıkrasında geçen “iş ilişkisi” ibaresi(nin), bu ilişkinin kurulmasından öncesini değil, kurulmasından sonrasını kapsayan bir anlam taşı(dığı)” yolundaki görüşünü, hem bu noktayı göz ardı ettiği ve hem de “işçi yararına yorum” ilkesiyle bağdaşmadığı için paylaşma olanağı yoktur. İş mevzuatımızda “işverenin işe almada ayırım yapma yasağını açıkça

düzenleyen kurallar(ın) yer almış” olduğunu örnekleriyle açıklayan *Süzek*'e göre, İş Yasası'nın “5/1 ve 5/6 hükümlerinin işverenin ‘işe almada’ ayırım yapma yasağının bulunmadığı görüşünü desteklediği söylenebilir” (2008a: 403; 2008b: 27; aynı görüş, Kaya, 2007: 151). *Tuncay* da, 4857 sayılı yasanın öngördüğü eşit davranma ilkesinin, “sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar, iş sözleşmesinin her aşamasına yaymaktadır” diyerek, ilkenin sağladığı korumanın iş sözleşmesinin biçimsel olarak kurulmadığı aşamayı kapsamadığı görüşündedir (2007: 22). Yazara göre, ilkenin uygulanması için, “iş ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Kural olarak iş ilişkisi içine dahil olmayan işveren işlemleri EDİ'ye tabi değildir.” Kuralın istisnası ise, “mutlak ayırım yasakları(nın) söz konusu” olmasıdır ve bu durumda, “artık iş ilişkisinin kurulmuş olup olmaması önemini yitirir.” Yazara göre, “İş Kanunu md. 5 hep ‘iş ilişkisinde’ ve ‘sona ermesinde’ ayırım yasağından söz etmiştir. İş ilişkisi ise iş ilişkisinin kurulmasından sonraki safhayı içine alır” (2007: 29 ve 34; 1992: 151 ve 152).

Bu görüşlerin başlıca dayanağı, ayrımcılık yasağına ilişkin *kimi özgül kurallarda* (İK, m. 5/3; SK, m. 31/1; TCK, m. 122; ÖK, m. 14/1) “işe alma”dan açıkça söz edilmiş ve dolayısıyla iş ilişkisinin bu aşamasında ayrımcılık yasağına öngörülmüş olmasıdır. Bu gerekçe, temelde “karşıt kavram yöntemi”ne dayanan bir yorumun ürünüdür. Kanımca, yasanın bu alandaki boşluğunun, özellikle 5. maddede olduğu gibi insan haklarından yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, sözel yada karşıt kavram yöntemlerine göre değil “kuşkulu durumlarda özgürlük yararına” (in dubio pro libertate) yorum yapılarak doldurulması gerekir.

“Türk hukukundaki bugüne dek gelen baskın görüş, eşit davranma borcunun iş sözleşmesi kurulmadan önce (işe alımda) söz konusu olmadığı yönündedir” diyen, ancak İş Yasası'nın madde 5/3 kuralı ile Sendikalar Yasası'nın madde 31/1 kuralındaki “ayrımcılık yasaklarına aykırılığın ‘culpa in contrahendo’ çerçevesinde değerlendirilmesi gereği(nin) de -öğretide- belirtil(diğini)” ekleyen ve ayrıca Ceza Yasası'nın 122. maddesindeki “kişinin işe alınması veya alınmaması” konusundaki ayrımcılık suçuna ilişkin düzenlemeyi de anımsatan **Sevimli**, culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerinde kusur) çerçevesindeki sorumluluğun anılan iki kuralın yasakladığı “ayrımcılıkla sınırlı kalmaksızın, hem ayrımcılık nedenleri hem de tazminat sorumluluğunun doğması için gerekli koşullar bakımından daha geniş yorumlanması(nın) yerinde olaca(ğı)” görüşündedir. Ancak yazar, öğretilerdeki dar ve sözel yorumla ulaşılan görüşlere katılmamakla birlikte, İş Yasası'nın madde 5/1 kuralındaki “iş ilişkisi” teriminin işe almayı kapsayıp kapsamadığı konusunda açık bir görüş belirtmemiştir. Sevimli, öğretilerdeki egemen düşüncenin doğurduğu duraksamalara son vermek ve uluslararası sözleşmeler ile AB yönergelerine uyum sağlamak amacıyla, İş Yasası'nın 5. maddesinde “işe alımda her türlü ayrımcılığın hukuki sorumluluk gerektireceğini(e) açık şekilde işaret eden bir düzenleme” yapılmasından yanadır. “Giderek, işe alımda ayırım yasağına etkili şekilde uygulanmasını sağlayacak bir yasal düzenleme gereği ortadadır” diyen yazara göre

böyle bir düzenleme, “bu konudaki duraksamayı ortadan kaldıracığı gibi; Uluslararası Çalışma Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği düzenlemelerine de uygun düşecektir.” (2006: 87 ve 150-151; 2008: 58).

Kanımcıca, “iş ilişkisi” teriminin, ilişkinin “kurulmasından sonrasını” kapsar biçiminde anlaşılması ve uygulanması, bu ilişkinin eşit işlem ve ayrımcılık yasağının korumasından yoksun olarak kurulmasına fırsat verecektir. Ayrıca böyle bir uygulama, hem özel işverenleri de bağlayan Anayasa’nın 10. ve 2. maddelerine ve hem de Anayasa’nın madde 90/son fıkra kuralı gereğince İş Yasası’na üstün tutularak “doğrudan” uygulanması gereken “ulusalüstü” sözleşmelere aykırı düşecektir. Ayrıca, iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulmasından önceki aşamayı, yani işe girişi ayrımcılık yasağına karşı öngörülen korumanın kapsamı dışında tutmak, AB yönergelerine (2000/43, 2000/78, 2002/73 ve 2000/54 sayılı yönergelere) de aykırıdır. Kanımcıca cinsiyet yada gebelik nedeniyle farklı işlem yasağı öngören 3. fıkra, “iş ilişkisi” teriminin somut içeriğinin saptanmasında, karşıt kavram yorumu için değil, iş ilişkisinin işe almayı da içeren bir kavram olduğunu saptamak için göz önüne alınmalıdır.

Yasa koyucu bu terimi, eşit davranma yükümlülüğünün sağladığı korumanın “sözleşme öncesinde eylemli (fiili) ilişki dönemini” de kapsamını istediği için “bilerek ve isteyerek” kullanmıştır. Nitekim, bu görüşü doğrulayan madde gerekçesinde de, 1. fıkranın, işveren için “*işe almadan başlayarak* tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma” yükümlülüğü içerdiği belirtilmektedir.⁴ **Demir** de, madde 5/1’deki iş ilişkisi teriminin “iş sözleşmesi” yerine kullanılmış olmasına dayanarak, bu fıkradaki ayrımcılık yasağının “sözleşme yapılmadan (işe başlamadan) önce kurulan ‘iş ilişkisinde’ de” uygulama alanı bulabileceği kanısındadır (2005: 122). **Doğan Yenisey**, eşit davranma yükümlülüğünün ayrımcılık yasaklarını içeren ikinci “bileşeni”nin temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğu görüşüyle bağlantılı olarak ve bu ilişkiyi göz önüne

⁴ Bu arada, gerek yıllık ücretli izin hakkının, gerekse kıdem tazminatının hesaplanmasında, “işe başlama” tarihinin temel alındığını anımsatmakta yarar vardır. Gerçekten, 4857 sayılı yasanın “yıllık ücretli izin hakkı ve izin süreleri” başlıklı 53. maddesinin 1. fıkrasına göre, “işyerinde *işe başladığı* günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.” Yine, 4857 sayılı yasanın 120. maddesi gereğince yürürlükte olan 1475 sayılı İş Yasası’nın “kıdem tazminat”na ilişkin 14. maddesinde de, kıdem tazminatının hesaplanmasına temel olacak sürenin “işçinin *işe başladığı* tarihten itibaren” göz önüne alınacağı öngörülmüştür.

5. madde gerekçesinde “işe almadan başlayarak” denilirken, işçiyi koruyucu bu düzenlemelerin temel alındığı söylenebilir. Yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatı haklarından daha az önemli olmayan ayrımcılık yasaklı eşit davranma yükümlülüğü, tüm hakların kullanılmasında gözetilmesi gereken genel, anayasal ve ulusalüstü bir ilke olarak, “işe alma”yı da kapsamalıdır, kapsamaktadır.

olarak, “işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak işverenin ayırım yapmasının yasak” olduğu görüşünü paylaşmaktadır (2006: 67).

“Eşit işlem yapma borcu(nun), kural olarak iş ilişkisinin doğumu ile ortaya çık(tığı)” görüşünde olan **Yıldız**, işverenin eşit işlem borcu ile uymakla yükümlü olduğu ayrımcılık yasağının başlangıcı konusunda farklı düşünmektedir: “Dolayısıyla eşit işlem yapma borcu ancak iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan (...) bir borçtur. Buna karşılık ayrımcılık yasağı iş ilişkisi kurulmadan önce, işe alma aşamasından iş sözleşmesinin feshedilmesine kadar her alanda geçerli olan, (...) bir hukuki kurumdur.” (2008: 67 ve 68; Alıntıda ki vurguyu ben yaptım). Böylece yazarın, madde 5/1’de öngörülen ayrımcılık yasağının, iş sözleşmesinin imzalanmasından önce de, “işe alma” aşamasından başlayarak işvereni bağladığı görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır. Oysa, eşit davranma ilkesinin olumlu ve olumsuz yönleri arasında böylesi bir ayırım yapılması, ne bu ilkenin bölünmezliğiyle, ne de 1. fıkranın pozitif metniyle bağdaşır. İnsan haklarından yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, 3. ve 6. fıkralardaki özgül düzenlemelerden -karşıt kavram yöntemiyle- korumanın kapsamını daraltıcı sonuca ulaşılamaz. İşverenin eşit işlem yükümlülüğü de, hem Anayasa’nın ve hem de ulusalüstü sözleşmelerin gereği olarak, ayrımcılık yasağı gibi ve üstelik öncelikle, iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulmasından önceki aşamalarda vardır.

5. maddedeki “ayrımcılık tanımı(nın) eksik” ve pozitif metnini temel aldığı 5. maddenin “1. fıkrasında iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında ayrımcılık yasağı(nın) düzenlenmemiş” olduğunu belirten **Bakırcı**, bu öğelerin 1. fıkraya eklenmesini önermiştir (2007: 26).

Madde 5/1’deki “iş ilişkisi” bağlamında verilmiş olmamakla birlikte, bu terimin anlam ve içeriğiyle ilgili olarak, **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi**’nin 8 Nisan 2008 tarihli bir kararına değinmekte yarar vardır. Bu kararda, madde 18/1’de öngörülen iş güvencesi kurallarından yararlanma koşullarından birini oluşturan altı aylık kıdem süresinin başlangıcı konusunda, yasadaki yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler örnek alınmış ve “işçi yararına yorum” ilkesi uygulanıp, bu kıdem başlangıç tarihi olarak “işe başlama”nın göz önünde bulundurulması gerektiği görüşü benimsenmiştir. İş güvencesinden yararlanmayı, iş sözleşmesinin “biçimsel olarak” imzalanması öncesine taşıyan bu yaklaşımın, üstün bir ilke ve evrensel bir hak olarak eşitlik ve eşit işlem konusunda da “evleviyetle” uygulanması ve iş ilişkisinin, madde 5/1’de anılmayan “işe alma” aşamasının da ayrımcı uygulamalara karşı sağlanan genel koruma kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Sonuç olarak, “iş ilişkisi” kavramının yukarıda açıklanan anlam ve içeriği çerçevesinde, cinsiyet yada gebeliğe dayalı özgül farklı işlem yasağı öngören 3. fıkrada anılan söz konusu öğelerin 1. fıkrada yer almamış olması, kanımca bir eksiklik oluşturmaz. İş sözleşmesiyle *ilkeve* -ve biçimsel olarak- kurulan ve kurulması ile sona ermesi arasındaki dönemi -ve kuşkusuz sona ermesini de-

kapsayan “iş ilişkisi”, işe giriş aşamasını da içerir. Bunun tersini, yani iş ilişkisinin ancak sözleşmenin imzalanarak kurulmasından sonraki evrelerini kapsadığını düşünmek, bu ilişkinin içeriğinin ayrımcılık yasağının sağladığı korumadan yoksun olarak oluşturulması sonucuna götürecektir. Bu nedenle, iş ilişkisinin kurulması (işe alma) aşamasında ilkenin olumsuz yönünün (ayrımcılık yasağının) uygulanacağı, buna karşılık olumlu yönünün (eşit işlem yükümlülüğünün) ancak ilişkinin kurulmasından sonraki aşamalarında işvereni bağlayacağı yolunda -yada ters yönde- ileri sürülen görüşler, ilkenin bütünsellik ve bölünmezliğini de göz ardı etmektedir.

Sözel yorumlara ilginin yüksek olduğu, onaylanan sözleşmelerin 2004 değişikliğinden sonra da yasalara üstün tutularak doğrudan uygulanmasının anayasal bir kural niteliği taşıdığına öğretide (Gülmez, 2010) ve yargıda göz ardı edildiği, denetim organlarının da benzer durumlarda iç hukukta açık ve doğrudan düzenlemeler yapılmasını istedikleri göz önüne alındığında, 5. maddenin 1. fıkrasının işe almayı içerecek biçimde değiştirilmesi zorunluluğunun, ülkemizin bir gerçeği olduğunu kabul etmek gerekir. Kuşkusuz aynı gerekçeler, 5. maddenin öteki uyumsuz kurallarının açık yasal düzenlemelerle giderilmesi için de geçerlidir.

İş Yasası’nın, 5. maddesinin 6. fıkrası, işverenin işçilerine eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışlarının **hukuksal yaptırımını** şöyle düzenlemiştir:

“İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, **dört aya kadar ücreti** tutarındaki uygun bir *tazminat*tan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.”

Öncelikle, bu yaptırımın uygulama alanı nedir? Özellikle, iş ilişkisinin biçimsel/hukuksal olarak kurulmasından önceki aşamaları, işçinin sözleşmesiz olarak eylemli biçimde çalıştırıldığı dönemi kapsar mı?

Sorunun yanıtı, “iş ilişkisi” kavramına yüklenen anlam ve içeriğe göre değişecektir. Kanımca iş ilişkisi bu dönemi -işe girişi- de kapsadığından, işverenin ayrımcı işlem ve eylemleri 6. fıkranın koruması kapsamındadır. Bu nedenle, gerek “İş Kanunu md. 5/6 da yer alan yaptırım, iş ilişkisinin kurulmasından sonrasını veya sona ermesini içine al(ır)” diyen *Tuncay*’ın (2007: 34); gerek “işe almada ayırım yapılması halinde bu tazminata hükmedilemeyeceğinden genel hükümleri (culpa in contrahendo) uygulamak gerekmektedir” diyen *Süzek*’in (2008: 414); gerek “kanun açıkça ‘iş ilişkisinde veya sona ermesinde’ bu tazminatı öngördüğünden iş ilişkisinin kurulmasında eşit davranma borcuna aykırılık halinde talep edilememesi gerekir” görüşünü savunan *Mollamahmutoglu*’nun (2008: 552);⁵ gerek “... iş duyurularında, iş

⁵ Oysa yazar, “md. 5/1’deki ‘iş ilişkisinde’ tabiri(nin) iş sözleşmesinin uygulandığı süreç yanında sona erdirilmesini de içeren bir kapsama sahiptir” görüşünü savunmaktadır (s. 540). 5. maddenin 1. fıkrasındaki “iş ilişkisi” terimi, -doğal olarak- sözleşmenin “sona erdirilmesi”ni de kapsıyorsa, 6. fıkrada “veya sona ermesinde” denilmesine gerek bulunmaması doğal değil midir? Öte yandan, 1. fıkradaki “iş ilişkisi, 6. fıkrada -ve aynı

sözleşmesi görüşmeleri ve iş sözleşmesi yapılmasında yaptırım öngörülmemiştir” diyerek, bu konularda da yaptırım öngörülmesini öneren *Bakırcı*'nın (2007: 27) ve gerekse yukarıda değinilen *Yıldız*'ın (2008: 198); “işçinin işe alınması sırasında işverenden kural olarak eşit davranması beklenemez” diyen *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*'ın (2006: 144); “hukuki ilişki kurulmadan veya hukuki ilişkinin tamamen sona ermesinden sonra eşit işlem borcundan bahsedilemez” diyen *Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan*'ın (2007: 158); “iş ilişkisinin tamamen sona ermesinden sonra, eşit davranma borcunun devamından söz edilemez. Bunun gibi, herhangi bir hukuki bağ kurulmadan önce de, işverenden eşit davranması istenemez” diyen *Tunçomağ/Centel*'in (2008: 138); “eşit davranma yükümüne iş ilişkisinin yapılışı sırasında aykırılık halinde İşK. herhangi bir yaptırım öngörmemiştir ama cezai sonuçları olabilir” diyen *Akyığıl*'in (2008: 171) görüşlerine katılma olanağı yoktur. Önerilen bu eklemeler, olsa olsa, kanımca varolan ve uluslararası hukukun yanı sıra AB yönergelerinde de yer alan bu güvenceye açıklık kazandırıcı bir işlev görebilir.

Yasa, iş hukuku öğretisinde “**ayrımcılık tazminatı**” olarak nitelenen bu hukuksal yaptırımı, işçinin *en çok dört aylık ücretinin* tutarıyla sınırlandırmıştır. Yasanın, denetim organlarının kararlarında ve İlerleme Raporlarında en yoğun eleştirilere konu olan tavan sınırlamalı bu yaptırım, bir de 5. maddenin gerekçesiyle sınırlandırılmak istenmiştir. Gerekçe, söz konusu tazminata temel olacak ücretin “**asıl ücret**” olduğunu ve “ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar(ın) buna dahil” olmadığını belirtmiştir. Bu görüş, iş hukuku öğretisinde de yaygın biçimde benimsenmiştir (Süzek, 2008: 414-415; Çelik, 2008: 175/dipnot 205; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 2006: 146; Mollamahmutoğlu, 2008: 553; Günay, 2006: 257; Eyrenci, 2004: 37; Doğan Yenisey, 2006: 77; Yıldız, 2008: 329; Demircioğlu, 2003: 29; Aktay vd, 2007: 161; Akyığıt, 2008: 172; Sümer, 2006: 88).

Kanımca, 6. fıkranın pozitif metninden çıkarılamayacak ücretin “çıplak ücret” olduğuna ilişkin böyle bir sınırlandırma, yasal dayanaktan yoksun olduğu gibi, Anayasa'ya (m. 2 ve 10) ve ulusalüstü sözleşmeler ile yetkili denetim organlarının kararlarına da açıkça aykırıdır. Üst sınır aynı zamanda, AB'nin ayrımcılık yasaklı eşit işlem yönergeleri (76/207, 2000/73 ve 20006/54 sayılı yönergeler) ile de uyumlu değildir. 6. fıkradaki ve gerekçedeki çifte sınırlama, bu hukuksal yaptırımın “etkili, caydırıcı ve orantılı” olması zorunluluğunu ortadan kaldırmakta, yargıcın takdir yetkisini de alabildiğine sınırlandırmaktadır. Kaldı ki

zamanda 3. fıkrada- geçen “sona ermesinde” sözcükleri nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesini kapsıyorsa, 3. fıkradaki “iş sözleşmesinin yapılmasında” sözcükleri dolayısıyla sözleşmenin imzalanmasından önceki evreyi, yani sözleşmenin yapılmasını/kurulmasını, daha açık bir deyişle işe almayı da kapsamaz mı?

Bu arada, yazarın, daha önce de aktardığım şu cümlesini yineliyorum: “...işe almadan iş ilişkisinin devamı ve sona ermesine kadar tüm konularda salt bu nedenlerle ayırım yapmamak, eşit davranmak zorundadır” (s. 538).

gerekçede, 4. fıkrada geçen ücret kavramı konusunda açıklayıcı bir yorum bulunmamaktadır. Gerekçenin, ayrımcılık yasağını düzenleyen bir maddede, 4. ve 6. fıkralardaki “ücret” konusunda ayırım gözetmiş olması ne anlaşılabilir, ne de kabul edilebilir. Dolayısıyla, uluslararası sözleşmelere ve AB müktesebatına açıkça aykırı olan dört ay sınırlamasının kaldırılması gerekir (Aynı görüş için Bakırcı, 2007: 27 ve 34; Doğan Yenisey: 2006: 77; Yıldız, 2008: 328-330; Bayram, 2007/13: 79). Ayrımcılık tazminatına getirilecek bir sınırlama, olsa olsa bir alt sınır olabilir ve bu da, yaptırımın etkili ve caydırıcı olma özelliklerini yansıtmalıdır. Yıldız da, “dört aylık ücret tutarı(nın) bir alt sınır olarak düşünülebil(eceğini)” belirtmekte (2008: 330), ancak “İş Kanununun 5. Maddesi Yerine Önerdi(ği) Maddeler”de, “Bu tazminatın alt sınırı işçinin **üç aylık** ücreti tutarındır” önerisinde bulunmaktadır (s. 350).

Öte yandan, ayrımcılık tazminatına hak kazanmak için işçinin bir zarara uğraması yada iş sözleşmesinin sona ermesi gerektiği gibi, 6. fıkra kuralının “nispi emredici nitelik taşı(ması)” nedeniyle, “toplu iş sözleşmeleri veya iş akitleri ile artırılmasına (da) bir engel yoktur.” (Süzek, 2008: 415; Mollamahmutoglu, 553; Yıldız, 2008: 330). **Akyığıt**e göre de, “...yasa, tazminatın üst sınırını belirlemişse de bunun sözleşmeyle yükseltilebil(mesi)”, “istenirse giydirilmiş ücretten hesaplanması(nın) sözleşmelerle kararlaştırılabil(mesi)” olanaklıdır (2008: 171 ve 172).

Ayrımcılık ve farklı işlem yasaklarına aykırı davranılması nedeniyle öngörülen tazminat için getirilen üst sınırın, işçilerin düşük ve yüksek ücretli (aşgari ücretli yada toplu sözleşmesiz ve toplu sözleşmeli) olmalarına göre değişebilecek tutarların ödenmesine yol açmasının bir sakıncası daha vardır. Bu sakınca, örneğin aynı işverenin ayrımcı işleminin mağduru olan biri toplu iş sözleşmesinden yararlanan ve biri de toplu sözleşmesiz ve aşgari ücretli olan iki işçiye farklı tutarlarda ayrımcılık tazminatı ödenmesinde kendini gösterebilir ve söz konusu ayrımcı işlemin cinsiyet temeline dayalı olması durumunda ise, daha çarpıcı biçimde ve çoklu ayrımcılık olarak ortaya çıkabilir. Gerçekten, iş sözleşmesinin uygulanmasında yada sona erdirilmesinde, düşük ve yüksek ücretli kadın işçilere bu nedenle ödenecek tazminat tutarlarının farklı olması, sonuç olarak bir insan hakkı ihlali olan ayrımcılık yasağının parayla ölçülmesi ve derecelendirilmesi gibi insan onuruyla bağdaşmayan bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle, ayrımcılık tazminatı için, olsa olsa caydırıcılığı sağlayacak düzeyde bir alt sınır getirilmesi düşünülmelidir.

“İş ilişkisi” kavramı konusunda daha önce yaptığım açıklama ve benimsediğim görüş nedeniyle, işveren, işe giriş aşamasını da kapsamak üzere, iş sözleşmesinin “hukuksal” olarak varlık kazanmasından önce **işçiyi “eylemli” olarak çalıştırdığı dönemde başvurduğu ayrımcılık yasaklı eşit davranma yükümlülüğüne aykırı işlem ve eylemleri nedeniyle de sorumludur.** Bu aynı zamanda, Anayasadan (m. 2 ve 10) doğan bir sorumluluktur. Dolayısıyla, 5. maddenin 6. fıkrasında, 1. fıkradaki genel ve izleyen fıkralardaki özgül kurullarla

yasaklanan ayrımcı yada farklı işlemler için öngörülen yaptırım, işverenin eşit işlem yükümlülüğüne aykırı başka davranışları için de geçerlidir. “Buradaki kanun boşluğu yargıç tarafından İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı esas alınarak doldurulmalıdır” diyen *Yıldız* da, kanımca son derece haklı olarak, “ayrımcılık tazminatının, (...) işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı işlemlerinde de talep edilebileceğini düşün(mektedir).” (2008: 329).

3. Asgari Ücrette Yaşa Dayalı Ayrımcılık

İş hukuku öğretisinde ele alınmayan *asgari ücret ve “yaş”a dayalı ayrımcılık*, üzerinde ayrıca durulması gereken bir sorundur. Asgari ücret tutarının, yıllardan beri, 16 yaşını dolduran ve doldurmayan işçilere göre farklı ve “yaş”a dayalı ayrımcılık yapılarak saptanması konusundaki yerleşik uygulama, kanımca anayasal ve yasal temeli olmayan Asgari Ücret Yönetmeliği’ne (m. 5 ve 7) dayanmaktadır. Böylece, *yasamanın tanımadığı bir yetkinin, Bakanlığın çıkardığı bir yönetmeliğe dayalı olarak*, hem başta Anayasa olmak üzere iç hukukumuza ve hem de iç hukukumuzun “ayrılmaz parçası” niteliği taşıyan ve “ulusalüstü” hukuksal değer kazandırdığımız uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı biçimde kullanılması sürdürülmektedir. Dolayısıyla, asgari ücretin kişiler yönünden uygulama alanının belirlenmesi konusunda bir ayrımcılık sorunu vardır ve bu sorunun, Anayasa’dan başlayarak incelenmesi gerekir.

Anayasa’nın, ücreti “emeğin karşılığı” olarak gören ve devlete, “çalışanların yaptıkları işe uygun *adaletli bir ücret* elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri al(ma)” yükümlülüğü getiren (m. 55/1 ve 2) 55. maddesinin 3. fıkrasının 4709 sayılı ve 3 Ekim 2001 tarihli yasayla değiştirilen metninde, asgari ücretin saptanmasında, “çalışanlar” arasında ayırım yapılması açıkça yasaklanmıştır. Bu kurala göre:

“Asgari ücretin tesbitinde *çalışanların* geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu göz önünde bulundurulur.”

Anayasa’nın, asgari ücret saptanırken geçim koşullarının göz önünde bulundurmasını zorunlu tuttuğu *hak öznelerini “çalışanlar” olarak belirlemiş olması, aynı zamanda asgari ücret konusunda çalışanlar arasında “yaş”a dayalı ayrımcılık yapılmamasını da içerir*. Bu, özellikle ve adı üstünde “asgari” ücret söz konusu olduğunda, 55. maddenin birlikte okunması gereken Anayasa’nın Başlangıç’taki eşitlik ve sosyal adalet ilkelerini “değiştirilemez temel ilkeler”e dönüştüren 2. maddesi ile 10. maddesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla asgari ücretin saptanmasında, çalışanlar arasında “kamu görevlisi”, “işçi”, “sözleşmeli personel”, “geçici işçi” gibi genel olarak farklı istihdam biçimleri yönlerinden ayırım gözetilemez. Genel olarak “ücret”in değil “asgari ücret”in saptanmasında, çalışanların biçimsel statüsüne yada yasalarla içeriği belirlenen istihdam biçimlerine dayalı ayrımcılık yapılamayacağı gibi, belirli bir istihdam biçimi içinde de Anayasa’da ve İş Yasası’nda örnek olarak sayılan nedenlere dayalı ayrımcılık yapılamaz. Bu kuralın, “düşük ücretleri işçinin

geçimini sağlayacak düzeye yükseltmek ilkesini göz önünde bulundurma yanında, eşit ücret ödenmesini sağlama, işverenler arasında haksız rekabete engel olma amaçları ile de uyumlu olduğu açıktır.” (Çelik, 2008: 156). Kuşkusuz, burada sözü edilen “eşit ücret ödenmesini sağlama” amacı, ücretin asgari tutarına yöneliktir.

Bu anayasal kural gereği olarak, 23 Şubat 1995 tarihli Kanun Hükmünde Kararname’nin 657 sayılı Devlet Memurları Yasası’nda yaptığı değişiklikle, memurların ücretinin yürürlükteki asgari ücretten düşük olmamasını öngören ve aradaki farkın tazminat olarak ödenmesini zorunlu tutan şu kurala yer verilmiştir (m. 146/3):

“Bu Kanun gereğince ödenecek aylık, taban aylığı, kıdem aylığı zam ve tazminatlar ile diğer ödemeler toplamının brüt tutarı, bulunulan yerde İş Kanunu gereğince işçiler için tespit olunan *asgari ücretin aylık tutarından az olamaz*; az olması halinde, aradaki fark memurun diğer özlük hakları ile ilgilendirilmeksizin tazminat olarak ödenir.”

4857 sayılı İş Yasası’nın 39. maddesi, Anayasa’daki hak ve özgürlüklerden eşitlik gereklerince yararlanma ilkesi ile ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ve asgari ücreti “çalışanlar” için güvenceye alan kurallarının gereği olarak, bağımlı çalışanlardan “işçi” niteliğini taşıyanlar arasında ayırım gözetilmemesini öngörmüştür. Gerçekten yasa, “en geç iki yılda bir belirlen(mesini)” zorunlu tuttuğu asgari ücretin kişiler yönünden uygulama alanında İş Yasası’na bağlı olanlar ve olmayanlar arasında ayrımcılık yapılmasını kesin olarak yasaklamıştır. Yasaya göre asgari ücret, “iş sözleşmesi ile çalışan ve *bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin* ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için (...) belirlenir.” Ve en geç iki yılda bir saptanması öngörülen asgari ücret, yasanın kapsamında olan ve/yada olmayan işçilerin “ücretlerinin asgari sınırı”dır. Böylece, kamusal ve özel işverenlerin bireysel ve toplu düzeylerdeki sözleşme özgürlüğü, ücretin en alt sınırı konusunda kesin olarak sınırlandırılmıştır. İş sözleşmesi ile çalıştırılması koşuluyla, 4. maddede belirtilen “işlerde ve iş ilişkilerinde” çalıştıkları için kendilerine *-eşit davranma ilkesini de içeren- kuralları uygulanmayan -yani yasanın kapsamı dışında bırakılan- işçiler de asgari ücretten yararlanırlar*. 4857 sayılı yasanın 39. maddesinin bu kuralıyla, Süzek’in belirttiği gibi, “1475 sayılı yasadaki farklı olarak sosyal adalet ve hakkaniyet ilkelerine, anayasanın 49 ve 55. maddelerine uygun bir biçimde *hiçbir istisna getirilmeksizin* iş akdi ile çalışan tüm işçilerin asgari ücretten yararlanacağı hükme bağlanmıştır.” (2008: 317; vurgular benim). Öteki iş yasalarının (Deniz İş ve Basın İş Yasalarının) yanı sıra, Borçlar Yasası’na bağlı olarak çalıştırılan işçileri de kapsadığına kuşku bulunmayan bu düzenlemenin, 1475 sayılı İş Yasası’nın 33. maddesindeki düzenlemeden farklı ve daha geniş kapsamlı olduğu açıktır (Demir, 2005: 118 ve 2006/1: 220; Çelik, 2008: 156; Süzek, 2008: 317; Mollamahmutoğlu, 2008: 482). Çünkü 1475’in 33. maddesine göre asgari ücret, “hizmet akdi ile çalışan ve *bu kanunun kapsamına giren* her türlü işçi ile gemi adamı ve gazetecilerin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için

(...) tespit edilir(di).” Bu yazarların, yönetmeliğin “yaş”a dayalı ayrımcılık yapılmasını zorunlu tutan kuralının Anayasa’ya ve İş Yasası’na aykırılığı konusunda herhangi bir görüş belirtmediklerini de ekliyorum.

4857’nin 39. maddesinin gerekçesinde, yasa kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında ayrımcılık yapılmamasının, “sosyal devlet” ilkesinin gereği olduğu vurgulanmıştır. Buna karşılık gerekçe, söz konusu ayrımcılık yasağının, ne Anayasa’nın 2. maddesinin pozitif metnine katılan Başlangıç’taki “temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma” ilkeleri ve ne de 10. maddesinin güvencesindeki ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik kuralı ile bağlantısına değinmiştir. Kanımca, bu çok önemli eksikliğe karşın, Anayasa’nın belirttiğim kuralları, asgari ücretle ilgili her tür yasal yada yönetsel düzenlemede öncelikle göz önünde bulundurulması gereken, “bağlayıcılığı ve üstünlüğü” tartışmasız “temel hukuk kuralları”dır (m. 11). Bu nedenledir ki, İş Yasası’nın 4. maddesiyle uygulama alanı dışında bıraktığı işlerde ve iş ilişkilerinde çalışan işçilerin asgari ücretin de kapsamı dışında tutularak ayrımcılık yapılması, Anayasa’nın 55. maddesinin yanı sıra, sosyal adalete dayanan sosyal devlet ilkesi ve bu ilkeyle birlikte okunması gereken yasa önünde eşitlik kuralı ile de bağdaşmazdı.

4857 sayılı İş Yasası’nın 39. maddesine dayanılarak hazırlanan (m. 3) ve 1 Ağustos 2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan **Asgari Ücret Yönetmeliği** de, asgari ücretin uygulama alanı konusunda ayrımcılığı ilkece yasaklamıştır. 2004 yönetmeliği, kişiler yönünden uygulama alanı açısından, İş Yasası’na bağlı olanlar yada olmayanlar arasında ayırım gözetmemiştir. 2. maddeye göre yönetmelik kuralları, “iş sözleşmesi ile çalışan ve 4857 sayılı İş Kanununun kapsamında olan yada olmayan” işçiler arasında ayrımcılık gözetmeksizin “her türlü işçinin çalıştığı bütün işkollarını kapsar.”

Yönetmeliğin, “ücretin belirlenmesine ilişkin ilke ve esaslar”ı düzenleyen ikinci bölümünün bu ilkelere birini oluşturan “*ücrette eşitlik ilkesi*” başlıklı 5. maddesi, 4857 sayılı yasanın eşit davranma ilkesinin genel ayrımcılık yasağına ilişkin madde 5/1 kuralını asgari ücrete uyarlayan şu kurala yer vermiştir:

“Bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak şartıyla, asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamaz.”

1972 tarihli ilk yönetmelik ise, “asgari ücrette eşitlik” başlıklı 2. maddesinde, ayrımcılık nedenleri yönünden farklı ve sınırlı olan bir düzenleme yapmıştı: “5 inci maddenin 1 inci fıkrası hükmü saklı kalmak şartıyla asgari ücretin saptanmasında yaş ve cinsiyet farkı gözetilemez.” Gönderme yapılan 5. maddenin 1. fıkrası da, yasaklanan iki ayrımcılık nedeninden “yaş”a ilişkin olanına -2004 yönetmeliğinde de yer alan- şu sınırlamayı getirmişti: “Asgari ücret, işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı saptanır.”

2004 yönetmeliği, 4857 sayılı İş Yasası’nın 5. maddesiyle uyumlu bir

düzenleme yaparak, 1. fıkrada tüketici olmaksızın -ve 1972 yönetmeliğinden daha geniş biçimde- sayılan ayrımcılık nedenlerini yasaklamıştır. Yasaklanan nedenler arasında, “benzeri sebepler”den biri olan “yaş” da vardır. Ancak, 1972 yönetmeliğinde olduğu gibi, ilke olarak “ve benzeri sebepler” kapsamında olan “yaş”a dayalı ayrımcılık yapılmasına olanak tanımıştır. Gerçekten, göndermede bulunulan 7. maddenin 1. fıkrasına göre, “ücret en geç iki yılda bir olmak üzere işçilerin **16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre** ayrı ayrı belirlenir.” Bu kural, iş sözleşmesinin temel öğelerinden biri olan ve “nispi emrediciliği” bulunan asgari ücreti de kapsayan “iş ilişkisi”nde, “benzeri sebepler”den biri olan yaş ayrımcılığı yapılmasını da yasaklayan madde 5/1 kuralına aykırıdır. Yürütme, Anayasa ve yasanın tanımadığı bir yetkiyi kullanarak, yönetmelikle ayrımcı bir düzenleme yapmış, yetki ve görevini “Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullan(mamıştır)” (m. 8).

Değinilen anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, asgari ücretin tutarı konusunda yıllardır yapılagelen “**yaş ayrımcılığı’nın hiçbir hukuksal dayanağı yoktur; ayrıca bu ayrımcı uygulama, hiçbir “nesnel ve haklı neden”e de dayandırılmaz.** Yaş, “asgari ücret” konusunda ayrımcılık nedeni olamaz. Çünkü “yaş”a dayalı bu ayrımcı uygulama, genel olarak “ücret” konusunda değil, insan onuruna yaraşır koşullarda yaşam sürdürülebilmenin “olmazsa olmaz” koşullarının başında gelen “asgari ücret” konusunda yapılmaktadır. Asgari ücret, emeğini satarak yaşamlarını sürdürmek zorunda olanların elde edebildiği, “insan haklarının birincisi” sayılan “yaşam hakkı”nın güvencesi olan en düşük ücrettir. Yönetmeliğin yaptığı asgari ücret tanımında da, bu özellik vurgulanmış; asgari ücretin, “işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve **işçinin** gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi **zorunlu ihtiyaçlarını** günün fiyatları üzerinden **asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret**” olduğunun altı çizilmiştir.

Belirli bir yaştan küçük olma, sözü edilen “zorunlu ihtiyaçlar”ın karşılanması söz konusu olduğunda, “asgari ücret” tutarının düşük tutulmasına ne hukuksal ne de ahlaksal olarak dayanak alınabilir. Ayrıca, asgari ücrette “yaş ayrımcılığı” yapılması, aslında “**onur ayrımcılığı**” yapma anlamına geldiği gibi, çocuk işçiliğini de özendiren bir uygulamadır.

Bu nedenle, asgari ücretin tutarında “yaş”a dayalı ayrımcılık yapılmasına olanak veren bu “yönetmelik” istisna kuralı, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine, onayladığımız uluslararası sözleşmelere ve AB hukukuna aykırıdır. Bu kural, İş Yasası’nın madde 5/1 kuralına da açıkça aykırıdır; yasa kuralının yönetmelikle değiştirilmesi, yasaya yönetmelikle istisna getirilmesi anlamına gelmektedir. Asgari Ücret Tespit Komisyonu’nun, bu yönetmelik kuralını göz ardı etmesi ve yaş ayrımcılığı yapmaksızın yasaya, Anayasa’ya ve onayladığımız sözleşmelere uygun olarak, yasanın 39. maddesinin kapsamına giren her türlü işçiyi kapsayan “tek” bir asgari ücret saptaması gerekirdi.

Ayrıca, yıllardan beri Anayasa ve yasaya aykırılığı sürdürülen yönetmelik kuralının ve bu kural gereğince Komisyon kararıyla yapılan ayırımın -kararın 16

AYM, 1475 sayılı İş Yasası'nın 5. maddesinin 10. bendinin⁸ 1961 Anayasası'nın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle açılan iptal davasına ilişkin **28 Nisan 1983 tarihli kararında**, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenen yasa önünde eşitlik ilkesi konusunda 1961 Anayasası döneminde benimsediği “bu eşitliğin ‘mutlak eşitlik’ anlamına gelmediği” yolundaki yerleşik yaklaşımını, aynı doğrultudaki önceki kararlarını da anımsatarak yinelemiştir. Eşitlik hakkının öznesi olarak Başlangıç'ta olduğu gibi “yurttaşlar”dan söz eden ve “*kamu yararı*”nı, “*veya başka haklı bir neden*” diyerek haklı neden örneklerinden biri olarak gören Yüksek Mahkemeye göre:

“(…) Kanun önünde eşitlik ilkesi, Mahkememizin pek çok kararlarında belirtildiği gibi **tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu da içermez**. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları **haklı bir nedene** dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.”

AYM, **12 Ocak 1989 tarihli** çok tartışılan ve haklı eleştirilere konu olan -oçukluğuyla (7'ye 4) aldığı- kararında, eşitlik ilkesinin özündeki değerler ve özellikle “insan onuru” ile bağdaşmadığını düşündüğüm bir yorum yapmıştır. “Hukuksal” ve “eylemlî” eşitlik ayrımı yapan ancak ikincisinin tanımını vermeyen ve 10. maddenin salt birincisini amaçladığını vurgulayan Mahkeme, eşitliğe aykırı düşmeyecek ayrımcılıkların dayandırılacağı nedenler konusundaki görüşlerini -bir yenisini ekleyerek- yinelemiştir. Haklı neden örneklerine, “*durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar*” biçiminde nitelediği bir yenisini ekleyen AYM'ye göre:

“**Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemlî değil hukuksal eşitliktir**. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. **Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere** dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.”⁹

AYM, İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararı üzerine Medeni Yasa'nın “Karıнын meslek veya sanatı” başlıklı 159. maddesinin Anayasa'nın 10., 59. ve 50.

⁸ Bu bent, 1475'in uygulanmamasının öngörüldüğü “Yardım Sevenler Derneği merkez ve taşra atelyelerinde çalışanlar”a ilişkindir. AYM, bu istisna kuralını 2. ve 49. maddelere aykırı bulmamıştır.

⁹AYM çoğunluğu, bu kararında, 10. maddeye aykırık savı yönünden yaptığı incelemede; “İrza geçmek ve kaçırarak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz (...)” görüşünü savunuyordu.

maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemine ilişkin **29 Kasım 1990** tarihli kararında; 159. maddeyi, 10. ve 49. maddelere aykırı olduğu için oybirliğiyle iptal ederken, “destek norm” olarak yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasasına ilişkin kurallar içeren uluslararası belge ve sözleşmelere (İHEB, İHAS, KKTABKUS, ASS) de dayanmıştır. AYM’ye göre:

“Kadın erkek eşitliği, kadının erkekle eşit konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bunun aksi, yani erkeğin, daha kısıtlı hakları olan kadınla eşit duruma getirilmesi eşitlik kuralını olumsuz yönde yorumlama ve uygulama anlamına gelir. Oysa, ***kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir.*** Kuşkusuz, benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler -örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi- bu eşitliği etkilemez. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir.”

AYM, **22 Eylül 1998 tarihli kararında** da; “insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran, bunu sürdürmeye kendini yükümlü sayan, bütünüyle hukuka uyan devlet” olarak tanımladığı hukuk devleti ile eşitlik ilkesi arasında “olmazsa olmaz” anlamında bir bağ kurarak, ***ancak eşitlik ilkesinin sosyal devletle ilişkisini unutarak, yerleşik görüşünü bir kez daha yinelemiştir.*** Yasa önünde eşitlik hakkının öznesinin, önceki kararlarında olduğu gibi “yurttaşlar” değil “herkes” olduğunu belirten Mahkemeye göre:

“***Hukuk devleti niteliğini kazanmanın vazgeçilmez koşullarından birisi de yasalar önünde herkesin eşitliğidir.*** Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi AYM kararıyla açıklanmıştır. Bu kararlarda belirtildiği üzere, ***eylemli değil, hukuksal eşitliği öngören eşitlik ilkesi,*** hukuksal durumları aynı olan kişiler arasında ***haklı bir nedene*** dayanılmadan ayırım yapılamayacağı esasını içermektedir. Böylece eşitlik ilkesine yer veren Anayasa hükmü, hukuki açıdan kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlara değişik uygulama yapılmasını ve yasa önünde ayırımı yasaklamaktadır.”

AYM; **19 Ekim 2005 tarihli kararında**, madde 18/1’de öngörülen “*otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde*” çalışma koşulunu, “ölçülülük” ilkesine aykırı bulmadığı gibi, ne yazık ki, tartışmaya bile gerek görmeksizin, iptal davasının temellendirildiği Anayasa kuralları arasında bulunan Başlangıç bölümündeki ilkeler ile 2. maddenin yanı sıra 10. madde ile de bağlantılı bulunmamıştır. Yüksek Mahkeme bu yaklaşımı, anayasa yargısının çok erken dönemindeki 1963 tarihli kararında da benimsemişti.

AYM; “dava dilekçesinde 18. maddenin birinci fıkrasının, 30 işçiden az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçiler için güvence sağlamamasının **eşitsizliğe neden olduğu**, (...) ileri sürülmüştür” diyerek, CHP’nin iptal isteminin gerekçelerini özetleyip şu sonuca varmıştır:

(...) İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde *kamu yararı* esastır, ayrıca *işçi ve işveren arasındaki denge* de gözetilmektedir. (...) dava konusu kuralla getirilen şartlarla ***işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır.*** (...) ***İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden*** kural, Anayasa’nın 2., 5., 13. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa’nın 10. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.”

Oysa AYM, 13. maddedeki “ölçülülük ilkesi” açısından denetim yaparken, Türkiye’nin “iş hayatı koşulları”na ilişkin bazı somut verileri göz önünde bulundurup daha nesnel bir değerlendirme yapabilir. Örneğin, ÇSGB’nin verdiği Ocak 2008’e ilişkin işyeri ve işçi sayıları göz önüne alındığında, toplam işçi sayısı 4 802 471 ve toplam işyeri sayısı da 731 256’dır. Dolayısıyla, işyeri başına düşen ortalama işçi sayısı, ancak 6,567’dir. İşyerinde çalışan işçi ve işyeri sayılarına göre dağılımda ise; 1-9 işçinin çalıştığı işçi ve işyeri sayıları, sırasıyla 1 500 711 ve 643 846; 10-24 işçinin çalıştığı işçi ve işyeri sayıları da, sırasıyla 827 700 ve 55 705’tir. 1-24 işçinin çalıştığı işçi ve işyeri sayıları toplamı göz önüne alındığında ise, ***iş güvencesi kurallarının uygulama alanı dışında bırakılan işçi sayısının toplam 2 328 411 (%48,48) ve işyeri sayısının da toplam 699 551 (%95,66) olduğu*** görülmektedir (ÇSGB, 2007: 150). Kuşkusuz, 30 ve daha fazla işçiye ve çalıştıkları işyerlerine ilişkin veriler olsaydı yada 24-30 arasında işçinin çalıştığı işçi ve işyeri sayıları da istatistiklerde bulunsaydı, bu sayı ve oranlar daha yüksek olacaktı.

Bu veriler, öngörülen “otuz veya daha fazla işçi” sınırlamasıyla, İş Yasasında, iş güvencesi açısından ***ikili bir rejim*** bulunduğunu tüm açıklığıyla ortaya koymaktadır. Dolayısıyla AYM’nin, 158 sayılı sözleşmenin istisna nitelikli bu kuralının dar yorumlanması gerektiğini göz ardı etmemesi ve 4857 sayılı yasa kapsamında olan sigortalı işçilerin neredeyse yarısını iş güvencesinden yoksun bıraktığını ve bunun “sınırlı” bir işçi kategorisi sayılamayacağını görmesi; bu ikili rejime yol açan bir düzenlemenin, aykırı bulmadığı 2. madde metnine katılmış olan Başlangıç’taki “temel hak ve hürriyetlerden (...) sosyal adalet gereklerince yararlanma” ilkesi ile bağdaşır bağdaşmadığını da tartışması gerekirdi. Soyut olarak “iş hayatı koşulları”ndan söz etmek yerine, erişilmesi hiç de zor olmayan bu verilere göz atılmış olsaydı, otuz ve daha fazla işçi koşulunun “ölçüsüzlüğü”nün yanı sıra sosyal adaletli sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu da görülebilirdi.

Öte yandan bu koşul, AYM'nin kararında benimsediği görüşün tersine, Anayasa'nın, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek sınırlamalar; yalnızca “ölçülülük ilkesine aykırı olama(yacağı)” (Süzek, 2008: 495; Çelik, 2008: 213; Demir, 2008/19: 888)¹⁰ kuralı ile değil, aynı zamanda “öze dokunma” yasağına ve “demokratik toplum düzeninin (...) gereklerine” aykırı olmamasını öngören kuralları ile de (m. 13) açıkça bağdaşmamaktadır. Sosyal adalet ilkesine aykırı sonuçlar doğuracağına kuşku bulunmayan bu koşulla, sigortalı işçilerin yaklaşık yarısının ve işyerlerinin de ezici bir çoğunluğunun, Anayasa'nın ve ulusalüstü sözleşmelerin güvencelediği insan haklarından hukuk önünde eşitlik ilkesine uygun olarak ayırım gözetmeksizin yararlanmalarının engellendiği açıktır. Böylece, bir yandan, “sınırlı” değil çok geniş bir işçi kitlesi için, eşitlik ve eşit işlem görme hakkı tümüyle kaldırıldığından hakkın özüne dokunulmuştur. Öte yandan da, temel bir insan hakkının kullanılmasına, tüm ulusalüstü sözleşmelerde de öngörülen kısıtlama rejimine ilişkin koşullardan birini oluşturan ve “istisna” niteliği taşıyan “sınırlama”dan “kural” olan “özgürlük”e dönülmesini sağlayan “demokratik toplum için zorunlu önlem” sayılması olanaksız bir kısıtlama getirilmiştir.

AYM, 31 Mayıs 2006 tarihli ve 5510 sayılı *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun* birçok maddesinin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin **15 Aralık 2006 tarihli kararında**, eşitlik ilkesi konusundaki yerleşik görüşünü bir kez daha yinelemiştir.

5510 sayılı yasanın “kimi maddelerinin ya da bu maddelerin kimi kurallarının Anayasa'nın “sosyal devlet” ve “eşitlik” ilkeleri ile “sosyal güvenlik hakkı” yönünden incelenmesi gerek(tiğinin)” öne sürüldüğü -Cumhurbaşkanı Sezer'in-iptal isteminde; AYM'nin eşitlik ilkesinin anlamına ilişkin görüşleri anımsatılmıştır.

AYM, “5510 sayılı Yasa'da, **aynı hukuksal konumda bulunmayan** memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunlar dışında kalan sigortalıların yukarıda (kararın ilgili bölümünde) belirtilen özellikleri gözetilmeksizin aynı sisteme bağlı tutulması(nı), Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı” bularak, “dava konusu düzenlemelerin memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptali(nin) gerek(tiği)” sonucuna varırken, eşitlik ilkesiyle ilgili yerleşik görüşlerine dayanmıştır. Anayasa'nın 2., 60. ve 6. maddelerini anımsatan Yüksek Mahkemeye göre:

¹⁰ *Mollamahmutoğlu* ise, otuz işçi sınırlamasını “Türkiye koşullarına göre gerçekçi” bulmamakla birlikte, AYM'nin 19 Ekim 2005 tarihli kararına değinmeksizin, bu sınırlamanın eşitlik ilkesine aykırı olmadığını savunmuştur. Bu kararı görmediği anlaşılan yazara göre, “Anayasa Mahkemesi bu kuralların Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı oldukları yönünde bir karar da vermiş değildir. Şu halde, Türkiye'deki küçük işyerlerinin durumu dikkate alındığında Kanunun uygulama kapsamının belli sayının üstünde işçi çalıştıran işyerleriyle sınırlandırılması, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemez” (2008: 717). Oysa bu koşul yada sınırlama ile, “aynı durumda” bulunan kişilere (işçilere, hem de çok sayıda işçiye) “farklı kurallar” uygulanması sonucu doğurması nedeniyle, “biçimsel/hukuksal eşitlik” ilkesine aykırı olan bir doğrudan ayrımcılık yapılmıştır.

“Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için Devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Ancak, bu doğrultuda düzenlemeler yapılırken, sosyal güvenlik hakkından yararlanacak olanların hukuksal konumları gözetilerek *aynı statüde bulunmayanların bu statülerinin gerekli kıldığı kurallara bağlı tutulmaları* Anayasa’nın 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu ilke, *hukuksal durumları aynı olanlar için* söz konusudur. ***Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.*** Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. ***Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler,*** kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. ***Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”***

Sağlam, eşitlik ilkesi yönünden değerlendirmedeği bu kararı, “sosyal devlet ilkesinin sağladığı korumayı memur güvencesiyle sağlanan korumanın arkasına iten bir anlayışı yansıtmaması” ve “sağlanan koruma(yı), Anayasanın sosyal devlet ilkesinden, sosyal haklardan ve devletin sosyal ödevlerinden bağımsız bir **meslek korumasına** dönüştür(müş)” olması nedeniyle eleştirmektedir (2008: 761-763).

AYM’nin, yukarıdaki kararlarında benimsediği eşitlik yaklaşımını kısaca değerlendirmek gerekirse; genellikle Başlangıç’ta yer alan ancak Anayasa’nın açık kuralıyla 2. maddenin kapsamındaki değiştirilemez temel ilkelere eklenen temel hak ve özgürlüklerden sosyal adalet gereklerince yararlanma ilkesini göz ardı eden bu kararların 10. maddenin pozitif metnini sınırlandırıcı nitelik taşıdığı söylenebilir. Yüksek Mahkeme, gerekçesini açıklamaksızın, 10. maddede “eylemli eşitlik”in söz konusu olmadığını altını çizerek, devletin eşitlik yükümlülüğünü biçimsel düzenlemeler yapılmasına indirgemıştır.

Oysa eşitlik ilkesi, hukuk devletinin yanı sıra, devletin “değiştirilemez” niteliklerinden biri olan “sosyal devlet”i gerçekleştirilmede ve sosyal devletin en önemli araçları olan sosyal haklardan eylemli olarak yararlanmada da vazgeçilemeyecek koşullardan biridir. Sosyal haklardan yararlanmada “biçimsel eşitlik” anlayışıyla yetinilmesi, sosyal devletin amaçlarından olan sosyal adalet ve sosyal eşitlik ilkeleriyle, kısacası sosyal devlet ilkesiyle de bağdaşmayan Anayasa’ya aykırı bir yaklaşımdır. ***Kanımca, hukuk devleti ilkesi gibi sosyal adalet ve sosyal devlet ilkeleri ile birlikte okunması gereken 10. madde, hukuksal eşitliğin yanı sıra, bu anlamda “olgusal eşitliği” de içermektedir.*** Bu eşitliğin

anayasal dayanakları, AYM'nin kimi kararlarında söz ettiği “güçsüzlere güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olan” sosyal hukuk devleti ilkesinde aranmalıdır. 2. maddenin, anlatım gereği olarak birlikte formüle ettiği bu ilkenin “sosyal devlet” ilkesini de içerdiğini belirtmeye ve Başlangıç'taki “sosyal adalet”in de 2. maddeye katıldığını anımsatmaya gerek yoktur.

AYM'nin, bu yönüyle onayladığımız ulusalüstü sözleşmelere ve yerleşik içtihatlara açıkça aykırı olan kararları, yasa önünde eşitlik ilkesinin “mutlak” olmadığını ve “haklı nedenler”e dayanan ayrımcı düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı düşmeyeceğinin belirtilmesi yönlerinden ise, söz konusu sözleşme ve içtihatlarla bağdaşmaktadır.

Altı çizilmesi gereken bir nokta da, AYM'nin anılan kararlarının hiçbirinde, 4857 sayılı yasaya ilişkin kararında anılan UÇÖ'nün 158 sayılı sözleşmesi dışında, **uluslararası sözleşmelere göndermede bulunulmamış** olmasıdır. Öte yandan Yüksek Mahkeme, ayrımcılık türlerinden de söz etmemiş, 10. maddedeki korumanın aynı zamanda doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkları kapsayıp kapsamadığı konusuna değinmemiştir. Oysa, bu konuda da 1970'li yıllardan beri oluşturulmuş, gerek birinci kuşak ve gerekse ikinci kuşak insan haklarıyla ilgili zengin bir uluslararası içtihat vardır.

SONUÇ

Ayrımcılık yasağı; nedenleri ister “sınırlı” ister “örnek” olarak sayılmış olsun, eşitlik ilkesinden bağımsız, kopuk, kendi başına özerk bir ilke değildir. Başka bir anlatımla, eşitlik ilkesi de, ister ayrımcılık yasağıyla birlikte, isterse hiçbir göndermede bulunulmaksızın tanınıp güvenceye alınmış olsun, birinci olasılıkta açıkça ve ikinci olasılıkta da örtük olarak ayrımcılık yapılmaması ilkesini içerir.

Genel olarak, hukuk düzeninin tümü için geçerli olan temel hak ve özgürlüklerden eşitlik gereklerince yararlanma ilkesi ile yasa önünde eşitlik kuralı ve özel olarak da çalışma hukukundaki adıyla eşit davranma/eşit işlem ilkesi, özellikle insan haklarının kullanılması söz konusu olduğunda, hak özneleri arasında ayırım gözetilmemesini içerir. Bu, eşitlik ilkesiyle ayrımcılık yasağı arasındaki *bölünmezliğin* bir gereği ve sonucudur.

Kanımcı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, birlikte tanınıp güvenceye alındığı zaman, aralarındaki birbirinin “onsuz olmaz” nitelikli bu bağlantı ve bölünmezlik nedeniyle, “**ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi**” olarak nitelenebilir. Hak boyutu yönüyle belirtmek gerekirse, ayrımcılık görmeme hakkı, insan hakkı olarak eşitlik hakkının temel ögesidir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bu yaklaşımla, soyut ve biçimsel yönüyle tanınıp güvenceye bağlanmasının yanı sıra, özellikle **insan hak ve özgürlüklerinin tümünden yararlanma** konusunda üstün ve ölçü ilke olarak yaşamsal önem taşır. Ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin; gerek tüm insan hak ve özgürlüklerinden

uygulamada somut ve eylemli olarak yararlanılmasında, gerekse temelde salt insan olmaları nedeniyle doğuştan “hak öznesi” niteliğini kazanan tüm insanlar için -kimi özelliklerine yada durumlarına bakılmaksızın- her zaman gözetilmesi gerekir. Bu niteliği dolayısıyla, ayrımcılık yasaklı eşitlik; öncelikle tüm insan haklarının kullanılması bağlamında, hem üstün bir ilkedir, hem hak öznelere ileri sürebilecekleri temel bir haktır, hem de devlet ile kamusal ve özel işverenlerin, insan haklarından yararlanmalarının söz konusu olmadığı durumlarda da uymaları ve gerçekleştirilmesine çaba göstermeleri gereken anayasal ve yasal bir yükümlülüktür.

AYM, Anayasa gereği iç hukukta “doğrudan etki” gücü bulunan ulusalüstü insan hakları yazılı hukuku ile pozitif hukukun yürürlükteki çerçevesini aşan bir içtihat hukukunu, bu iki yönüyle göz önüne almamakta; genel olarak ve çalışma hukuku alanında, “*asgari ortak payda*” nitelikli ulusalüstü hukuka koşut açılımcı bir yaklaşım içinde olmamaktadır. Genel olarak yüksek yargı yerlerimizin, uygulamanın hukuku önnelemesine olanak vermeyen bu “ulusal yasacı/mevzuatçı” yaklaşımı, doğal olarak, uyumun tüm yükümlülüğünün yasamanın sorumluluğuna bırakılması sonucunu doğurmuştur. Yasama ise, çoğu kez, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin de vurguladığı gibi, kendi kusurunun sonucu olan hukuksal boşluğu, denetim organlarınca geçerli sayılmayan bir savunma gerekçesi olarak kullanmıştır.

Çalışma hukukumuzun ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesine uyumunun “ulusalüstü” çerçevesi, Avrupa Birliği yönergelerine indirgenemez. Uyumun Anayasa gereği olan “ulusalüstü” hukuksal çerçevesini, bir bütün olarak göz önüne alma zorunluluğu vardır.

İş Yasası bağlamında; öncelikle ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi açısından uygulama alanının sınırlandırılmamasını ve iş güvencesi kurallarından yararlanmak için öngörülen koşulların kaldırılmasını öngören düzenlemeler yapılmalıdır. Hiç olmazsa, ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesinin, uygulama alanı yönünden yürürlükteki sınırlamalardan bağımsız tutularak, İş Yasası’nın uygulanmayacağı belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde uygulanması öngörülmelidir. 5. maddenin 1. fıkrasındaki “*iş ilişkileri*” terimine, *istihdama giriş aşamasını*, “*işe alma*”yı da kapsayan açıklık getirilmesi, öncelikle iş hukuku öğretisinde yaygın olan dar ve sözel yorumların aşılması için gereklidir. Eşit davranma ilkesine aykırı davranışlara uygulanacak yaptırımların gerçekten daha etkili ve caydırıcı olmasını sağlamak için, öncelikle *tazminata getirilen üst sınır kaldırılmalı*, tutarının hesaplanmasında çıplak ücretin temel alınmamasını öngören açık bir kurala yer verilmeli, özellikle de ayırım ve/yada fark gözetici işlemlerin haksızlığının kanıtlanması durumunda “işe geri dönme” güvencesi getirilmelidir. İş güvencesinden yoksun bir tazminat, ulusalüstü hukukta uyum sağlayıcı bir yaptırım değildir.

KAYNAKÇA KİTAPLAR

Akyiğit, E. (2008) **İş Hukuku**, Yedinci Bası, Ankara: Seçkin Yayını.

BIT. (1988) **Egalité dans l'emploi et la profession**, Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude d'ensemble des rapports concernant la convention (no 111) et la recommandation (no 111) sur la discrimination (emploi et profession), 1958, CIT, 75^e session 1988, première édition, Genève: BIT Yayını.

BIT. (1996) **Egalité dans l'emploi et la profession**, Commission d'experts sur l'application des convention et des recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude spéciale sur l'égalité dans l'emploi et la profession relative à la convention no 111, Conférence internationale du Travail (CIT), 83^e session 1996, première édition, Genève: BIT Yayını.

BIT. (1986) **Egalité de rémunération**, Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III, Partie 4B, Etude d'ensemble des rapports concernant la convention (no 100) et la recommandation (no 90) sur l'égalité de rémunération, 1951, CIT, 72^e session 1986, Genève: BIT Yayını.

Çelik, N. (2008) **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul: Beta Yayını.

Demir, F. (2005) **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Baskı, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.

De Schutter, O. (2005) **L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme**, Bruxelles: Commission européenne, Emploi et affaires sociales.

Erdoğan, M. (2007) **Anayasa Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara: Orion Yayını.

Erdoğan, M. (2006) **İnsan Hakları**, Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, Ankara: Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayını.

Eyrenci - Taşkent – Ulucan (2006) **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul: Legal Yayını.

Gören, Z. (2006). **Anayasa Hukuku**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayını.

Gözler, K. (2007) **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayını.

Gözler, K. (2008) **Anayasa Hukukuna Giriş**, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, Onikinci Bası, Bursa: Ekin Yayını.

Gülmez, M. (2009) **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, “AB’ye Sosyal Uyum” Dizisi, Ankara: Belediye-İş Yayını.

Hernu, R. (2003) **Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes** (Préface de Gérard Soulier), Paris: L.G.D.L.

Kaya, P. A. (2007) **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, 1. Baskı, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.

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

Mollamahmutoğlu, H. (2008) **İş Hukuku** (Genel Kavranlar – Bireysel İş İlişkileri), Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayını.

Nation Unies (NU, 2008/I) HRI, **Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme**, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Volume I, HRI/GEN/Rev.9 (Volume I), New York: NU.

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

O'Kinneide, C. (2005) **La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen**, Bruxelles: Commission européenne, Emploi et affaires sociales.

Öden, M. (2003) **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara: Yetkin Yayını.

Özbudun, E. (2008) **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayını.

Sabuncu, Y. (2002) **Anayasaya Giriş**, Yenilenmiş Sekizinci Bası, Ankara: İmaj Yayınevi.

Sevimli, K. A. (2006) **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul: Legal Yayını.

Sümer, H. H. (2008) **İş Hukuku**, Onikinci Bası, Konya: Mimoza Yayını.

Süzek, S. (2008) **İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta Yayını.

Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N. (2009) **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku** (Son değişikliklere Göre), 9. Bası, İstanbul: YKY Yayını.

T. C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB, 2008) **Çalışma Hayatı İstatistikleri 2007**, Labours Statistics, Ankara: ÇSGB Yayını.

Tuncay, A. C. (1992) **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını.

Yıldız, G. B. (2008) **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara: Yetkin Yayını.

MAKALELER

Bakırcı, K. (2007) “İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 8, 22-40.

Bayram, F. (2007a) “Avrupa Birliği İlerleme Raporlarındaki (1998 - 2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 13, 51-96.

Bayram, F. (2007b) “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 14, 552-574.

Demir, F. (2008) “İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 19, 885-898.

De Schutter, O. “Droits fondamentaux et droit social”, **L'affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, A L-C/PL, 145-183.

Doğan Yenisey, K. (2005) “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 7, 973-1003.

Doğan Yenisey, K. (2006) “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, 11, 63-81.

Gülmez, M. (2005a) “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa md. 90/son)**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 38-82.

Gülmez, M. (2005b) “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/1, 4, 11-56.

Gülmez, M. (2009) “Asgari Ücrette ‘Yaş Ayrımcılığı’ Yapılamaz”, **Radikal İki**, 4 Ocak 2009: 8.

Gülmez, M. (2010) “İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa Madde 90/Son Sorunu (1936-2009)”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, İstanbul: Beta Yayını (Baskıda).

Hernu, R. (2003) “Principe d'égalité et principe de non – discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes”, **Définir la discrimination**, Préface de Gérard Soulier, Paris: L.G.D.J., 245-293.

İnceoğlu, S. (2006) “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 11, 45-61.

Kaya, P. A. (2007) “Avrupa Birliği İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, (Yay. Haz.: Berrin Ceylan-Ataman), Ankara: AÜ SBF Yayını, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, 417-428.

Keser, H. (2004) “4857 Sayılı İK’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş**, 3, 37-73.

Sevimli, A. (2008) “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 10, 53-79.

Süzek, S. (2008) “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 12, 24-38.

Tuncay, A. C. (2007) “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 03-04.06 2007, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 21-38.

Ulucan, D. (2000) “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, 3, 191-202.

Yazıcı, S. (2006) “Eşitlik İlkesinin Değişen Dinamiği Çerçevesinde Kadın Hakları”, “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayını, 485-531.

ANAYASA

MAHKEMESİ

KARARLARI

(<http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>.)

Esas No: 1966/11, Karar No: 1966/44, Karar Günü: 29.11.1966.

Esas Sayısı: 1981/13, Karar Sayısı: 1983/8, Karar Günü: 28.04.1983.

Esas Sayısı: 1988/4, Karar Sayısı: 1989/3, Karar Günü: 12.1.1989.

Esas Sayı: 1990/30, Karar Sayısı: 1990/31, Karar Günü: 29.11.1990.

Esas Sayısı: 1997/69, Karar Sayısı: 1998/54, Karar Günü: 22.9.1998.

Esas Sayısı: 2003/66, Karar Sayısı: 2005/72, Karar Günü: 19.10.2005.

Esas Sayısı: 2006/111, Karar Sayısı: 2006/112, Karar Günü: 15.12.2006.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/27725, K. 2007/7812, 08.04.2008

(**Çalışma ve Toplum**, 2008/4, Sayı 19, s. 380-385).

