

GENEL EŞİTLİK İLKESİ

(Common Principle of Equality)

Prof. Dr. Zafer GÖREN*

ÖZET

Eşitlik ilkesi, diğer tüm temel haklarda olduğu gibi temel hak taşıyıcısının Devletle olan ilişkisine yöneliktir. Devlet, yasama ve yargı yoluyla zayıfları baskıya karşı korumak ve toplumsal gücün her türlü kötüye kullanımına karşı savaşmak zorundadır. Şu halde Devlet toplumda da gerçek anlamda eşit özgürlüğü gerçekleştirmekle yükümlüdür.

Şematik bir eşitleme değil, objektif, sosyal eşitleyici bir ayırım anlamında diferansiyel bir adalet amaçlanmalıdır. Herkese aynı değil, herkese kendisine düşeni vermelidir: (Suum-cuique: herkese kendisinininki). Kendi adalet tasarılarını gerçekleştirmek ve Devletin sosyal düzenlemelerinin yönü konusunda karar vermek, öncelikle yasa koyucunun işidir. Ancak bunu yaparken keyfi davranmamak zorundadır.

Anahtar kelimeler: Eşitlik ilkesi, ayırım yasakları, ayırım kriterleri, fırsat eşitliği, mutlak ve nispi eşitlik.

Abstract

Principle of Equality, as all other fundamental rights, is oriented to the relation of the State to the owner of fundamental rights.

The State has to protect the poor people against influence via legislation and jurisdiction and has to battle with the abuse of the social force. Namely, the State is obliged to realize equal freedom in the public in the real sense.

Not a schematic equality but objective, social justice securing equality must be aimed. Everyone should not be given the same, but should be given his/her due (Suum-cuique: to each his/her own). Realizing its own justice plans and determining the direction of social regulations are primary duties of the legislator. However, while performing this, it cannot behave arbitrarily.

Keywords: Principle of Equality, Prohibition of Discrimination, Discrimination Criteria, Equality of opportunity, absolute and proportional equality.

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

GENEL EŞİTLİK İLKESİ

I) Tarihsel Gelişim

Eşitlik İlkesi ilk defa Kuzey Amerika koloni Devletlerinin hak bildirimlerinde normlandırılmıştır. Kuzey Amerika'daki anayasal gelişimde özellikle John Wise yoluyla Pufendorf'un ve William Blackstone vasıtasıyla Christian Wolff'un etkileri sezilmektedir. Pufendorf ve Wolff, tüm insanların "doğal özgürlüğü" dışında, onların doğal eşitliklerinden de söz ederek bu eşitliği, insan onuru ile gerekçelendirmişler ve tüm insanların eşit özgürlüğü ile kombine etmişlerdir. Wolff, Pufendorf tarafından geliştirilen temel düşünceden, doğuştan kazanılan insan hakları kataloğunu yaratarak bu kataloğun başına şu tümceyi koymuştur:

"Bütün insanlar doğuştan eşittirler".

1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 1'inci maddesinde, eşitlik isteğinin, sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmayı amaçladığı: "Tüm insanlar özgür ve eşit haklara sahip olarak doğarlar ve öyle kalırlar. Sosyal farklılıklar ancak kamu yararına dayanabilir" cümleleri ile anlatılmıştır.

1793 tarihli Fransa Anayasasının başında yer alan Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde de:

"Tüm insanlar doğuştan ve yasa önünde eşittirler» ibaresine yer verilmiştir.

"Yasa önünde eşitlik" ibaresi ile devrimin eşitlik isteği, daha sonraları birçok ülke Anayasalarında ifadesini bulmuştur¹.

Ülkemizde eşitlik ilkesi, 1924 Anayasası md. 69; 1961 Anayasası md. 12; 1982 Anayasası md. 10'da yer almıştır.

II) Koruma Alanı

1) Kapsamı

Anayasamızın 10'uncu maddesinde düzenlenmiş olan genel eşitlik ilkesi, herkes için geçerli olduğundan yabancılara da Türk vatandaşlarına davranıldığı gibi eşit davranılmalıdır. Türk vatandaşlığına sahip olma koşulu, sadece Devlet faaliyetine katılmaya yönelik haklar ve ödevler bakımından aranmalıdır.

Anayasanın kendisinin özellikle Türk olma koşulunu aradığı temel haklarda, Türk vatandaşlarının ayrıcalıklı durumu eşitlik ilkesini zedelememektedir (Anayasa md. 66-72 ve 74).

Anayasa md. 16'da öngörülen yabancılar için temel hak ve özgürlük sınırlamala-

¹ Ekkehart Stein: *Staatsrecht*, Tübingen, 1993, Mohr Siebeck, s. 397.

rının milletlerarası hukuka uygun olması koşulu, yabancılar bakımından ek bir sınırlama oluşturmamaktadır. Bu koşul, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinde yasa ile yapılacak sınırlamaların sınırındadır.

Eşitlik ilkesi, diğer tüm temel haklarda olduğu gibi temel hak taşıyıcısının Devletle olan ilişkisine yöneliktir. Devlet, yasama ve yargı yoluyla zayıfları baskıya karşı korumak ve toplumsal gücün her türlü kötüye kullanımına karşı savaşmak zorundadır.

Şu halde Devlet toplumda da gerçek anlamda eşit özgürlüğü gerçekleştirmekle yükümlüdür.

2) İçeriği

Genel eşitlik ilkesi, başlangıçta sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmaya yönelikti. Ancak bugün apaçık bir sosyal eşitsizliğin egemen olduğu görülmektedir. Toplumda ailelerin gelir düzeyleri, barınma durumları büyük farklılıklar göstermektedir. Bütün sosyal sınıflar içinde kadınlar, erkeklere oranla dezavantajlıdırlar. Yabancılar karşı ayırımcılık da herkes tarafından bilinen bir gerçektir.

III) İki türlü Eşitlik

Mutlak ve nispi eşitliği 2300 yıl evvel Aristoteles birbirinden ayırmıştı²

Mutlak (radikal, şematik, aritmetik) eşitlik insanların özellik ve yetenekleri göz önünde tutulmadan eşit işlem görmeleri demektir. Nispi (duruma göre değişen, relatif, geometrik) eşitlik ise ayırimlara izin verir, hatta onları şart koşar.

Anayasa Mahkememize göre, yasa önünde eşitlik ilkesi: “herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır”³.

Yüksek Mahkemeye göre: “Anayasada öngörülen eşitlik... herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle eşitlerin eşitliği anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanması, yani eşit olmayanların eşitsizliği eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz”⁴.

² **Aristoteles:** *Nikomachische Ethik*, Ex Libris, (çev.Olof Gigon) Artemis-Verlag, Zürich, 1951, s.158;**Aristoteles:** *Politik*, Fünftes Buch, (çev. Olof Gigon), (çev.Walter Siegfried), München, 1967, s.236.

³ 13.4.1976 tarihli, E.1976/3, K. 1976/23 sayılı karar, AMKD S. 14, s.166.

⁴ 27.9.1988 tarihli E.1988/7, K. 1988/27 sayılı karar, AMKD, S. 24, s. 421.

Yüksek mahkemenin 2013 yılında verdiği bir başka kararına göre:

“Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz”(31.10.2013 tarihli E.2013/23, K.2013/123, sayılı karar, R.G.15.03.2014 – 28942)

Bu kararlarından, İsviçre Federal Mahkemesi ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi gibi Anayasa Mahkememizin de genel eşitlik ilkesiyle nispi eşitliğin amaçlandığını kabul ettiği anlaşılmaktadır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre genel eşitlik ilkesi, keyfi davranma yasağı olarak anlaşılmaktadır⁵.

Eşit olana eşit, eşit olmaya farklı, fakat farklılığa uygun olarak yani eşit kriterlere göre davranmalıdır. Hangi kriterin seçileceğini, keyfi davranmama koşulu ile yasa koyucu belirleyecektir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi ve Almanya'da çoğunluk görüşüne göre⁶ genel eşitlik ilkesi, keyfi davranma ve adaletin mutlak olarak inkarı yasağı, adalet düşüncesinin doğrudan doğruya anlatımı⁷, hukukun ilk temel prensibi ve böylece hukuk devleti düzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. Yorum adalet düşüncesine, mantığı ve eşyanın doğasına göre yapılmalıdır⁸.

Yasal düzenlemelerin de, ayırımlar mevcut farklılıkların yapısına uygun olacak şekilde, düzenlenen vakıanın yapısına ve “eşyanın doğasına” uygun olması gerekmektedir. Ayırımlar mevcut farklılıklara bağlı ve etkileri bakımından onlara uygunsalar meşru ve hatta gerekli olabileceklerdir⁹.

Türk Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında, ayırım kriteri olarak haklı neden, ayırım amacı olarak kamu yararı aranmaktadır. Yani eşitlik ilkesine aykırı

⁵ BVerfGE I, 14/152; NJW 51, 877 ve E. I. 264 (276): NJW 52, 865.

⁶ BVerfGE I, 14: NJW 51, 877 ve E. I, 264 (276): NJW 52, 865; **Theodor Maunz** :*Deutsches Staatsrecht*, 8. B, Beck Verlag, München, 1958, s. 103.

⁷ **Göttz Hueck**: *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, C.H.Beck Verlag, München, Berlin 1958, s. 2 ve 173.

⁸ BVerfGE I, 264, 276: NJW 52, 865, BVerfGE I, 14 (52): NJW 51, 877.

⁹ **Göttz Hueck**: *Der Grundstaz der gleichmässigen Behandlung in Privatrecht*, C.H.Beck Verlag, München, Berlin 1958, s. 175.

olduğu iddia edilen bir yasal düzenleme, haklı bir nedene dayanıyor ve kamu yararı nedeniyle konulmuşsa eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz¹⁰.

Anayasa Mahkemesine göre, “Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilmez”¹¹. Yine Anayasa Mahkemesine göre, “Anayasanın 10’uncu maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkân veren bir ilkedir”¹².

Bununla birlikte “haklı neden” kriterinin Anayasa Mahkemesince bugüne kadar kesin bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesince “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adaletli ve eşit ölçüler” gibi anlatımlar “haklı nedeni” açıklayıcı ölçüler olarak kullanılmıştır¹³.

IV) Norm Programı

Anayasa md. 10’a göre;

Herkes yasa önünde eşittir. Bu kuraldan iki sonuç çıkmaktadır:

1. Yasa koyucu yasal düzenlemelerinde esaslı ölçüde eşit davranmalıdır;

2. İdari makamlar ve mahkemeler yasaların uygulanmasında eşitlik ilkesine saygı göstermekle yükümlüdürler.

Bu nedenle her somut durumda, uygulanan yasanın eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı ve ilgili makamın yasayı uygularken eşitlik ilkesine saygı gösterip göstermediği denetlenmelidir.

1) Ayırım Kriterleri

Yasaların denetlenmesinde, öncelikle ayırım kriterlerinin Anayasaya uygun sınırları üzerinde durmak gereklidir. Anayasa md. 10 f. I ise, bir dizi ayırım yasağı içermektedir. Burada açıkça belli farklılıkların ayırım kriteri “olarak kullanılması yasağı söz konusudur. “Dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler” ayırımları için dayanak yapılamazlar.

Bununla birlikte 7.5.2004 tarihli Anayasa değişikliği ile 10’uncu maddeye ikinci

¹⁰ 28.2.1991 tarihli E. 1990/5, K. 1990/28 sayılı karar, R.G. 14.3.1991-2084.

¹¹ 28.4.1983 tarihli, E. 1981/13, K. 1983/8 sayılı karar, AMKD S. 20, s. 52.

¹² 11.12.1986 tarihli, E. 1985/11, K. 1985/29 sayılı karar, AMKD S. 22, s. 460.

¹³ **Ergun Özbudun:** *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 151.

fıkra olarak : “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” (Ek fıkra :7/5/2004-5170/1 md.) hükmüne 12.9.2010 tarihli, Anayasa değişikliği ile :”Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” ek cümlesi getirilmiştir.(Ek Cümle 12/9/20110-5982/1 md.)

2) Ayırım Amacı

Her ayırım, meşru bir kamu yararına hizmet etmelidir. Bu nedenle her somut durumda ayırımın hangi amaca hizmet ettiğinin, Devletin bu amacı gütmesine karşı anayasa-hukuksal duraksamaların bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Anayasa md. 5’te Devletin temel amaçları belirlenmiştir.

Ayırım kriterleri, örneğin, “demokrasi”, “hukuk devleti”, “sosyal devlet” ilkesinden ve diğer temel haklardan çıkartılabilir¹⁴.

Bir ayırımın amacı bunlara aykırı ise ayırımın kendisi haklı değildir ve bu nedenle Anayasa md. 10 f. I’i zedeler.

3) Ayırım Kriterleri ile Ayırım Amacı Arasındaki İlişki

Ayırım kriterlerinin ayırımın amacına uygun olmadığı durumlarda eşitlik ilkesi zedelenebilir.

Buna en çarpıcı örneğini, 1965 tarihli Baden Württemberg İtfaiye Yasası prf. 38 f. III kuralının Anayasaya uygunluğu konusunda F. Almanya Anayasa Mahkemesinin verdiği karar oluşturmuştur.

Bu kural, 18-60 yaşları arasındaki özürsüzler dahil tüm erkekleri gönüllü itfaiyeye mensup değillerse, bağlı oldukları belediyeye bir “itfaiye katılım payı” ödemekle yükümlü tutmaktaydı.

Ayırım kriteri olarak “cinsiyet” ve “yaş” gösterilmişti. Ayırımın amacı açıkça belli olmadığından F. Anayasa Mahkemesi akla gelebilen tüm amaçları değerlendirmiştir. Mahkemeye göre:

“Katılım payları, bir kamu hizmetinin, ondan olasılıkla faydalanacak olanlar tarafından finanse edilmesine hizmet etmektedir.

Burada istenen tutar bir katılım payı olarak istenmişse, bir yangın durumunda gönüllü itfaiyeden faydalanabileceklerin hepsini kapsamalıydı. Örneğin yaşları göz önünde tutulmaksızın tüm bina sahipleri yükümlü tutulmalıydı;

Bu tutar bir kişisel vergi olarak isteniyorsa, yaşları göz önünde tutulmaksızın belediyenin tüm sakinleri bunu ödemekle yükümlü tutulmalıydı;

¹⁴ Ekkehart Stein: *Staatsrecht*, Tübingen, 1993, Mohr Siebeck, s.399; Krş., Anayasa md. 5.

Bu tutar bir tazminat olarak istenmişse, yani itfaiyede yerine getirilecek kişisel hizmet yerine bu tutarın ödenmesi amaçlanıyorsa, bu hizmeti yerine getirmeye ehil olanlar bununla yükümlü tutulmalıydı. Tutarın bir tazminat olarak istenmesi amaçlandığında, yaşa dayanan bir sınırlama haklı görülebilirdi. Ama bu durumda da buna özürhükümlerinin dahil edilmesi haklı görülemezdi. Yaşları nedeniyle hizmete ehil olmadıkları düşünülen kişiler ödemede bulunmak zorunda değillerse, bunun özürhükümlerinin için öncelikle geçerli olması gerekirdi. Bu nedenle yaş dışında başka ayırım kriterleri de uygulanmalıydı. Ayırım kriteri olarak sadece yaşın öngörölmüş olması her türlü bakış açısı altında ayırımın amacına uygun değildir¹⁵.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, yasa koyucunun genel eşitlik ilkesi çerçevesinde geniş bir takdir yetkisi, daha doğrusu önemli bir düzenleme yetkisi vardır¹⁶. Somut durumlarda belli adaletsizlikler ve acımasızlıklar kaçınılmazdır. Bunlara az sayıda kişileri etkilemeleri ve büyük boyutlara varmadıkları sürece katlanılmalıdır¹⁷.

Bunun dışında belirlenen ayırım kriterinin, ayırım amacının gerçekleşmesine elverişli olması önemli olup, onun bu konudaki en iyi araç olması gerekmemektedir. Başka ayırım kriterlerinin güdülen amaca daha iyi hizmet edebileceğinin ispatı, eşitlik ilkesinin zedelendiğine kanıt oluşturmaz. Ancak öngörölen bir ayırım kriteri hiçbir bakış açısı altında güdülen amaca uygun değilse yasanın iptali gerekir¹⁸.

V) Fırsat Eşitliği

Anayasa md. 10 her şeyden önce herkese, yasa koymada ve yasaların uygulanmasında eşit davranılmasını emretmektedir. Daha doğru bir anlatımla herkesin, Anayasaya uygun bir şekilde ayırıma tabi tutulmasını emretmektedir.

İnsanlara eşit davranma, onlara eşit haklar ve yükümlülükler verme demektir. Eşit davranmama ise, hak ve yükümlülüklerde ayırıma yer verilmesi demektir. Bu açıdan eşitlik ilkesi, yasaların pratik etkileri göz önünde tutulsa bile, sadece hukuksal açıdan eşit davranmaya ilişkindir ve gerçekteki eşitsizlikleri değiştirmez. Gerçekteki eşitsizlikler her şeyden önce maddi ve manevi değerlerin paylaşılmasında söz konusudur.

Malların daha adaletli bir şekilde paylaşılması, her ne kadar sosyal devlet ilkesi ile bir Devlet amacı olarak Anayasa kuralı basamağına yükseltilmişse de (Anayasa md. 2 ve md. 5) eşitlik ilkesine dayanarak tüm mallarda adaletli bir paya sahip olmak konusunda bir dava hakkı doğurmaz. Sadece yasama aracılığıyla malların dağılımının yavaş yavaş değiştirilmesi sağlanır.

¹⁵ BVerfGE 9, 291 vd.

¹⁶ BVerfGE 3, 102,182; 55, 72, 89.

¹⁷ BVerfGE 26, 265, 275 vd.

¹⁸ Ekkehart Stein: *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, s. 400.

Fırsat eşitliği de eşitlik ilkesi ile sadece sınırlı bir kapsamda garanti edilmiştir. Fırsat eşitliği konusunda bir hak, F. Almanya'da, F. Anayasa Mahkemesi tarafından önceleri siyasi partiler ve bağımsız adaylar için kabul edilmiş ve genel eşitlik ilkesinin bir uygulama hali olarak, kısmen F. Anayasa md. 21 f. I'den ve kısmen seçimin eşitliği ilkesinden, çıkarılmıştır¹⁹.

Daha sonra eşitlik ilkesinden, yargılama²⁰, eğitim²¹ ve Anayasa Mahkemesinin denetimini isteme hakkına²² ilişkin fırsat eşitliği konusunda bir hak çıkarılmıştır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi ve F. İdare Mahkemesi eşitlik ilkesinden, Devlet için sosyal gerçeklikte fırsat eşitliğini sağlama konusunda genel bir yükümlülük çıkarmamaktadırlar.

Bu yüksek mahkemeler Devleti, toplumsal gerçeklikte zaten etkili olduğu kapsamda bir fırsat eşitliğini güvence altına almakla yükümlendirmektedirler. Sadece F. Almanya Anayasasında yer alan bir direktiften (md. 6 f. V), evlilik dışı çocukların durumunu diğerleriyle eşit kılma konusunda yasama organının sürekli bir yükümlülüğü doğmaktadır²³.

Bununla birlikte toplumsal durumlar üzerinde ne kapsamda etkili olacağı ve fırsat eşitliğini sağlamak için ne kapsamda çaba göstereceği yasa koyucunun keyfine bırakılmış değildir. Devletin sosyal yükümlülüğünden, önce sosyal bakımdan zayıf olanların desteklenmesi, sonra özel teşebbüsler yoluyla yeterli ölçüde güvence sağlanamayan tüm alanlarda herkese yaşam yardımı konusunda özel bir sorumluluk doğmaktadır.

VI) Kadınlar ve Erkeklerin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesi

1.Genel Olarak

Kadın ve erkek arasında yalnız hukuken değil, fiilen de şans eşitliğine sahip olmanın anayasal dayanakları, Anayasa md.10'da düzenlenmiş olan cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı ve Anayasa md. 2'de yer alan sosyal devlet ilkesidir. Bu iki ilke, 7.5.2004 tarihinden beri (Ek: 7/5/2004-5170/1 md.) Anayasamızın 10 uncu maddesinde yer alan "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptirler" kuralı ile birlikte Devlete, başlangıçtaki temel hak anlayışından farklı olarak, sadece temel hak koruma alanlarına yapılan saldırıları yasaklamakla kalmayıp, bu ilkelerin gerçekleşmesine yönelik aktif eylemlerde bulunulmasını da emretmektedir.

¹⁹ BVerfGE 24, 300, 340.

²⁰ BVerfGE 22, 300, 83, 86.

²¹ BVerfGE 33, 303, 329 vd.

²² BVerfGE 55, 355, 360.

²³ Ekkhart Stein: *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, s. 403.

Kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmaları ilkesi, insan onurunun çekirdeğini oluşturur, hümanizm ve aydınlanma düşüncelerinden kaynaklanmıştır.

Bu ilke, insan hakları hukukunun temel ögesi, demokrasinin vazgeçilmez koşuludur.

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

Bu amaçla yasal alanda yapılan değişikliklerin gerçek eşitliğin sağlanmasında önemli bir adım oluşturacağı tartışmasız bir gerçektir. Çünkü bu değişiklikler zamanla bilinç ve davranışlarda arzulanan değişiklikleri teşvik edecektir. Hatta kısmen teşvik etmiştir. Ancak itiraf edilmelidir ki kadın ve erkeğin şekli anlamda hukuksal eşitliği, bugüne kadar gerçek şans eşitliğini sağlayamaya yetmemiştir²⁴.

2. Kota Düzenlemeleri

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

Latince “quota” sözcüğünden kaynaklanan ve “pay” anlamına gelen kota bir bütünün paylaşılması sonucu bireye ya da birime düşen pay olup²⁵ kavramsal olarak “kota uygulaması” payın, daima bütüne ilişkin olacak şekilde sayısal olarak belirlenmesi demektir²⁶.

Pozitif bir hukuksal eylem olarak kadın kotası, kadınların öğrenimde, iş yaşamında ve siyasal yaşamda istatistiksel olarak kanıtlanabilen düşük temsilinin dengelemesini amaçlayan bir araçtır²⁷.

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

²⁴ **Pflug Natalie:** *Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes*, Wien, 2009, s. 192.

²⁵ **Brockhaus,** *Enzyklopaedie*: Mannheim, 1992, s.700.

²⁶ **Slupik Vera,** *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, Zur Bedeutung von Art.3 Abs 3 GG in Recht und Wirklichkeit*, Berlin, 1988, s. 119.

²⁷ Krş. **Kaufmann Claudia,** *Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen –(k) ein Widerspruch?, Festschrift für Margith Bigler Eggenberger*, Basel und Frankfurt am Main, 1993, s. 164 vd.

Böylece kota uygulaması ile, hukuksal olarak garanti edilen eşit haklara sahip olmanın, realiteye dönüştürülmesi sağlanmış olmaktadır²⁸.

Kota uygulanmasında, kadınların ayrıcalıklı kılınması amaçlanmamaktadır. Onlar için var olan engellerin ve dezavantajların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Başka bir deyimle kadının tercihi “ayırımıcı” olmayıp “dengeleyici” niteliktedir. Çünkü amaç farklı cinslerin dengelenmesine ulaşmaktır²⁹.

Pozitif önlemlerle gerçek eşitliğe ulaşabilmek için çaba gösterilmesi, kesinlikle mekanik bir eşitleme amacını gütmemektedir. Bu amacı da gütmemelidir.

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

Bununla birlikte kota düzenlemeleri doğurdukları sonuçlar ve yan etkileri nedeniyle farklı cinslerin eşitliğini savunanlar arasında bile tartışmalara neden olmuştur³⁰.

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

F. Almanya'da Anayasanın 3'üncü maddesinin II'nci fıkrası, 1994 Anayasa reformu ile henüz değişikliğe uğramamışken, çoğu çevreler bu fıkranın erkek ve kadınlar arasında sadece bir şekli eşitlik öngördüğünü kabul ediyorlardı. Karşı görüşte olanlar ise, bu şekli eşitlik dışında 3'üncü maddenin II'nci fıkrasında yer alan kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir kuralının, gerçek eşitliğin sağlanması konusunda bir devlet ödevini garanti ettiği düşüncesinde idiler.

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

F. Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanlarından Ernst Benda'nın hazırladığı bir raporda, „istisna kaydı“ (öffnungsklausel=*çekince*) içeren kotaların Anayasa ile bağdaştığı sonucuna varmasından sonra, kotalar yavaş yavaş F. Almanya'da Federe Devletler mevzuatında değişik bağlayıcılıkta yer almaya başlamış, ancak bununla Anayasaya uygunlukları konusundaki tartışmalar sona ermemiştir³¹.

²⁸ Kaufmann Claudia, *Quoten-beser als Ruf, Das umstrittene Mittel zur Verwirklichung von Mann und Frau*, Bern, 1988, s.3.

²⁹ Claus Schwander Marianne, *Verfassungsmaessigkeit von Frauenquoten*, Bern, 1995, s.5.

³⁰ Pausch/Gruber Ursula, *Es mangelt an Solidaritaet, Entwicklung und Ziele der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratische Frauen*, Willy Brandt (edt): *Frauen heute-Jahrhundertsthema Gleichberechtigung*, Köln, 1978 s.73-87; Randzio-Plath, Christa, *Europa- eine Chance für die Frauen*, Baden, 1974, s.45; Randzio-Plath Christa, *Laesst uns endlich mitregieren*, Freiburg, 1980, s.161.

³¹ Pelzer Marci, *Frauenförderung im Aufwind*, Grundrechte-Report, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/> (12.05.2012); Benda Ernst, *Notwendigkeit und Möglichkeit positiver aktionen zugunsten von Fra-*

Sonuçta F. Almanya Anayasası'nda 27.10.1994 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikle, 3'üncü maddenin II'inci fıkrasına: "Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder, var olan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir" cümlesi, ikinci cümle olarak eklenmiştir³².

Yeni getirilen cümlenin ilk yarısı, eşit haklara sahip olmanın gerçekten sağlanması konusunda bir devlet ödevinin bulunduğunu açıkça ifade etmektedir. Anayasa değişikliği tasarısının gerekçesinde "bağlayıcı bir teşvik (iltimas) emri"nden söz edilmektedir³³.

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

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

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

Buna karşılık sonuç kotaları münferit bir karara bağlı değildirler. Örneğin Hessen Eşitlik Kanunu'na göre, Hessen Federe Devleti'nde kamu hizmetlerinde kadın teşvik planlarına göre, kadının az temsil edildiği kadrolara yapılacak atamalarda iki yıl içinde boş kadroların en az yarısının kadın memurlarla doldurulması zorunluluğu öngörülmüştür. Buna riayet edilmediği takdirde iç hukukta idari yaptırım mekanizmaları devreye girecektir. (Hessen Eşitlik Kanunu md. 4-5, 10)

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

18 Nisan 1999 tarihli İsviçre Federal Anayasası md. 8 f. III: "Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Kanun onların özellikle aile, öğrenim ve çalışma alanında eşitliklerini sağlanması için çaba gösterir" kuralını içermektedir.

F. Avusturya Anayasası'nın (en son değişikliğe uğradığı tarih: 05.01.2008) 7(2)

uen im öffentlichen Dienst, Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag der Senatskanzlei- Leitstelle Gleichstellung der Frau- der Freien und Hansestadt, Hamburg, 1986.

³² 15 Ekim 1994 tarihli Anayasa değişikliği hakkında kanun: BGBl I, 3146.

³³ BT Drs.12/7109, 7: Bkz. BT Drs. 12/600,50.

maddesinde de: “Kadınlar ve erkekler arasındaki gerçek eşitliğin teşvik edilmesi için, özellikle fiilen var olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması yoluyla alınacak tedbirler meşrudur” kuralı yer almaktadır.

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

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

F. Almanya Anayasası madde 3 f. II (“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.”) ve bu fıkraya 7/5/1994 yılında getirilen ek cümle (“Devlet kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder, var olan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir.”) örnek alınarak, 7.5.2004 tarihinde Anayasamızın 10 uncu maddesine de ek fıkra olarak: (Ek fıkra: 7/5/2004 - 5170/1 md.):

“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” kuralı getirilmiştir.

Bu düzenlemede kadın erkek eşitliği konusunda F. Almanya Anayasası’ndan farklı olarak var olan dezavantajlardan söz edilmemesi, bu tür dezavantajların varlığının Türk Anayasa koyucu tarafından tanınmadığı anlamına gelmemektedir. Cümledeki “Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” ibaresi, bu tür dezavantajların varlığının kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıca, bu ibare ile F. Almanya Anayasası’nın kullandığı: “Devlet kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder” ibaresinden daha güvenceli bir koruma sağlanmaktadır.

Aynı fıkraya ek cümle olarak getirilen ve 12.9.2010 tarihinde halkoylamasıyla onaylanan (Ek fıkra: 12.9.2010 - 5982/1 md.) “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” cümlesi de kadınlar yararına gerçekleştirilecek bir pozitif ayırıcılığın anayasal dayanağını oluşturmaktadır³⁴.

7.5.2004 tarihli Anayasa değişikliği ile Devlet, kadın erkek eşitliğinin “yaşama geçmesini sağlamakla”, gerekli olduğunda pozitif ayırıcılık tedbirleri uygulamakla yükümlü tutulmuştur. 12.9.2010 tarihli Anayasa değişikliği ile getirilen, Devletin alacağı bu tür tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı kuralı, 2004 değişikliği ile getirilen garantiyi güçlendirmektedir³⁵.

Anayasamızın 10’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan cinsiyet nedeniyle

³⁴ **Gözler Kemal:** *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2010, s.100.

³⁵ **Kaboğlu İbrahim:** *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak*, İstanbul, 2010, s.257.

ayırım yasağına göre ise, kimse cinsiyeti nedeniyle avantajlı ya da dezavantajlı kılınamaz.

Bununla birlikte Anayasanın 10'uncu maddesine ek fıkra ve ek cümle olarak getirilen "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" kuralları, kadın lehine, cinsler arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını amaçlayan bir farklı davranmayı, yani ayırım yapılmasını haklı çıkarmaktadır.

Eşitlik açığının kapatılması ilkesine göre, eşitlik açığını kapatmak amacıyla kadının avantajlı kılınması, ayırım yasakları anlamında bir farklı davranma oluşturmaz. Anayasamızın 10'uncu maddesinin II'nci fıkrasında yer alan "farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi", kota düzenlemesi yoluyla, eşit muamele görme temel hakkını sınırlamayı meşrulaştırmaktadır³⁶.

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

-Birinci olarak şekli hukuki eşitliğe karşılık fiili eşitlik amaçlanmaktadır.

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

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

-İkinci olarak eşitlik, bireysel değil, kolektif bakış açısıyla anlaşılmaktadır. Bu bakış açısı, kadınlar yararına, sosyal yaşamda daha güçlü bir Devlet etkisi içermektedir³⁷.

3. Avrupa Hukuk Düzeninde Pozitif Önlemler

Avrupa'da Topluluk Hukuku'nun geliştirdiği koşullar çerçevesinde kota düzenlemelerini de içeren pozitif önlemler, bugün Avrupa hukuk düzeninin vazgeçilmez öğeleridirler.

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

³⁶ **Fuchsloch Christine:** „Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Maennerdiskriminierung?“ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991, s.442-468) karşı görüş: **Sachs Michael:** „Die Quotenregelung und der Rentenaltersbeschluss des BVerGs“ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991, s. 437-442.

³⁷ **Peters Anne von:** Frauenquoten im Rechtsvergleich, Diskriminierung Antidiskriminierung, Berlin, 1996, s.257.

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

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

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1'üncü maddesine göre:

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

Ekim 1995'te Avrupa Adalet Divanı, Kalanke Davası'nda Bremen Federe Devleti Eşitlik Kanununda düzenlenmiş olan ve Bremen kamu hizmetlerinde uygulanan kadın kotasına ilişkin ilk kararını vermiştir³⁸.

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

Avrupa Adalet Divanı, Bremen Kotasını, Avrupa Birliği mevzuatına aykırı bulmuştur. Çünkü Divana göre bu kota, kadınlara atamalarda, mutlak ve koşulsuz öncelik vermeyi otomatik olarak devreye sokmaktaydı. Avrupa Adalet Divanına göre, kadınlara otomatik öncelik tanımak, Eşit Davranma Çerçeve Direktifinin (76/207/EWG) 2'nci maddesinin 1'inci fıkrası anlamında “eşit fırsatlar sağlama” sınırını aşıyor ve ayrımcılık sonucunu doğuruyordu.

Avrupa Adalet Divanı, daha sonra kadın kotasına ilişkin ikinci karar olan Marshall Kararı'nda, Kalanke kararında belirlediği ilkeleri düzelterek değiştirmiştir³⁹.

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

Nordrhein Westfalya Eşitlik Kanunu'ndaki kadın kotası, Avrupa Adalet Divanı yargıçları tarafından sözleşmeye aykırı bulunmamıştır. Divan bu defa kadınları eşit

³⁸ Rs C-450/93, 17 ekim 1995: Eckhart Kalanke.

³⁹ C -409/5, 11 Kasım 1997.

liyakatteki erkek rakiplerine tercih eden atama ve desteklemeleri, Avrupa Birliği mevzuatına uygun bulmuştur.

Avrupa Adalet Divanının kararında ayrıca, toplumda mevcut kadın ve erkeğin eşit liyakatinde bile, erkek adaylara öncelik veren eğilim nedeni ile, çalışma yaşamında, kadınların işlerini daha sık kesintiye uğrattıkları, çalışma saatlerini, ev ve aileye ilişkin görevleri nedeniyle esnek ayarlayamadıkları, hamilelik, doğum, süt izni nedeniyle işe daha az geldikleri gibi peşin hükümler bulunduğu dikkat çekmiştir. Bu nedenle Divana göre, eşit liyakat, erkek ve kadın cinse mensup iki adayın gerçekten aynı şansa sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Mahkeme yargıçlarının incelemelerinde esas aldıkları Direktife göre Devlet, farklı cinsler arasında şans eşitliğini sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla dışarıdan ayrımcı gibi görünen, ama aslında sosyal gerçeklikte var olan fiili eşitsizlikleri ortadan kaldıran veya azaltan tedbirler meşrudur. Kota şu halde farklı cinsler arasındaki eşitliğin sağlanmasına yönelik olup, eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Avrupa Adalet Divanına göre: Direktif, “Kadınların erkeklerden daha az temsil edildiği görevlerde yükselmeleri için eşitlik, yeterlilik ve profesyonel performans ilkelere uyarınca yapılan değerlendirmede, kadınların nitelikleri izin veriyor ve erkek adayın belirli kişisel özellikleri de kadınlarla arasındaki eşitliği, erkek aday lehine bozamyorsa kadınlara öncelik tanınır.” gibi kuralları engellememektedir. Bu kurallar uygulamada kadın ve erkek adaylar arasında objektif bir değerlendirme yapıldığı ve bu kriterler kadınlara karşı ayrımcılık amacıyla kullanılmadığı sürece Direktife uygundur.

Bununla birlikte Avrupa Adalet Divanı bu istisnaların uygulanmasında hangi kriterlerin göz önüne alınacağı konusuna bir açıklama getirmemiş, ayrımcı seçme kriterlerinin belirlenmesi işini ulusal mahkemelere bırakmıştır. Avrupa Adalet Divanının bu kararının ışığında öğretilerde, hizmet süresi, medeni hal, bakıma muhtaç çocuk sayısının, seçme kriteri olarak artık bir rol oynamaması gerektiği, çünkü bu kriterlerin kural olarak erkekleri avantajlı kıldığı savunulmuştur⁴⁰.

Özetle Marschall kararında, Avrupa Adalet Divanına göre, kadınların eksik temsilinin söz konusu olduğu yerlerde, eşit liyakat halinde kadınların tercih edilmesi, ancak erkek adayın tercihi için haklı nedenler varsa, erkek aday için bir mağduriyet oluşturur. Bununla birlikte bu nedenlerin dikkate alınması ayrımcı bir sonuç doğurmamalıdır⁴¹.

⁴⁰ **Pelzer Marei:** *Frauenförderung im Aufwind*, Grundrechte-Report, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/>, s.66 (12.05.2015).

⁴¹ **Singraber Monica:** *Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz und Gleichheit der Geschlechter*, Lehrveranstaltungen Wirtschaftsuniversitaet Wien (LV) 292 “Frau undRecht” SS2009, WirtschaftsuniversitaetWien:1-9.<http://www.wu.ac.at/vw4/ar/materialien/eich/lv0292/gleich1.pdf>, s.7(25.05.2009).

Avrupa Adalet Divanı, bu kararında kadınların otomatik olarak kayırılmasını direktife aykırı bulmakla birlikte, kadınların desteklenmesine yönelik tedbirleri Avrupa Birliği mevzuatına uygun bulmaktadır. Diğer yandan Divan “istisna kaydı” (çekinçe) içeren kota düzenlemeleri meşru bulmakla birlikte, erkeklerin objektif olmayan ayırımını yasaklamaktadır.

Ancak kararda rakip erkek adayın ölçülülük ilkesine ters düşecek şekilde mağdur edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

Avrupa Adalet Divanına göre, kadın adayın tercihi, erkek adayda, erkek adayın tercihini gerektiren, cinsiyete bağlı olmayan belli özellikler mevcutsa yasaktır.

Burada tercihi yapan organ için bir ispat yükümlülüğünün doğması önem taşımaktadır. Yani kadının, aynı liyakatteki erkeğe neden tercih edildiği açıklanmalıdır.

Kotanın bu şekilde kararda muhtemel bir Avrupa Hukukuna aykırılık damgasından kurtarılmasından sonra, Avrupa Adalet Divanı yargıçları tarafından, artık daha güçlü bir şekilde uygulanma olanağı bulacağı ifade edilmiştir⁴².

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

Badeck Kararı'na göre (Rs-158/97, Badeck, Ece (2000) I-1875): Kamu hizmetlerinde, kadının eksik temsil edildiği bir alanda uygulanan, kadınlara öncelik tanıyan bir tedbir, erkeklerle eşit performansla sahip kadın adaylar, otomatik olarak ve onlara herhalde öncelik tanınması yoluyla değil, tüm adayların özel kişisel durumları dikkate alınarak objektif bir değerlendirmeyle uygulanmışsa meşrudur.

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

Abrahamsson ve Anderson Kararı'nda (RsC-407/98, Abrahamsson and Anderson Ece (2000) I-5539) Avrupa Adalet Divanı, İsveç Hukuku'nun Topluluk Hukuku ile bağdaşmadığı konusunda karar vermiştir.

İsveç Hukuku'na göre, eksik temsil edilen cinse mensup bir aday, birikim ve performans açısından en uygun aday değilse bile, tercih edilebilmekteydi.

Divana göre böyle bir tedbir, eksik temsil edilen adayın cinsiyetine dayandığı için, RL 767/297 md 2 fıkra IV'e göre meşru değildir.

⁴² **Pelzer Marci:** *Frauenförderung im Aufwind*, Grundrechte-Report, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/>, s.66 (12.05.2015).

Divan'a göre kadının tercihinde uygulanan kriterlerin, adayların performanslarının keyfi olarak takdirini ortadan kaldıracak şekilde şeffaf ve denetlenebilir bir şekilde uygulanması gerekir.

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

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

Avrupa Adalet Divanının bu kararları ışığında, Topluluk Hukuku'na göre, pozitif önlemler için ulusal hukukta şu koşulların gerçekleşmesi aranmalıdır:

-Bir pozitif önlem, öncelikle kadın ve erkek arasında halihazırda var olan bir eşitsizliği (dengesizliği) gidermeyi amaçlamalıdır.

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

-Pozitif önlem, kadın adaylara otomatik ve koşulsuz bir avantaj sağlamamalı, „istisna kaydı“ (çekince) içermelidir.

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

-Kadınların tercihi sonucunu doğuran değerlendirme kriterlerinin uygulanması, adayların performansı konusunda her türlü keyfi takdiri ortadan kaldıracak biçimde şeffaf ve sonradan denetlenmeyi sağlayacak bir biçimde gerçekleştirilmelidir⁴³.

4. Özel Hukuk İlişkilerinde Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesi

Ülkemizde 7.5.2004 ve 12.9.2010 tarihli Anayasa değişiklikleri ile Anayasa-da garanti altına alınan “kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olmaları ilkesi”, başlangıçtaki temel hak anlayışına egemen olan, Devlete sadece temel hak koruma alanlarına yapılan saldırıları yasaklamakla kalmayıp, onun bu ikenin gerçekleşmesine yönelik aktif eylemlerde bulunmasını da emretmektedir.

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

⁴³ Pflug Natalie: *Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes*, Wien, 2009, s. 182.

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

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

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

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

5. Kadın Kotaları Cinsiyet Nedeniyle Ayırım Yasağına ve Eşit Davranma İlkesine Aykırı mı?

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

Kadınların siyasal karar organlarında daha az temsil edilmeleri, onların kadın olma dışında başka bir nedeni olmayan fiili mağduriyetlerini ortaya koymaktadır.

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

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

Kadın kotalarının, “eşit davranma ilkesine” ya da “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağına” aykırılık oluşturduğu savunulabilir. Çünkü cinsiyet ögesi bu kotalarda ayırım

nedeni oluşturmaktadır. Burada kotanın “cinsiyet nedeniyle eşit davranmama yasağı” karşısında değerlendirilmesi gerekmektedir.

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

F. Almanya Anayasa mahkemesi, kadını teşvik tedbirlerinin meşruluğunu tartım yoluyla çözmeye çalışmaktadır (BVerfGE 92,91(109)). Ancak F. Anayasa Mahkemesine göre bu tartım, olayın özgüllüğünü (fevkaladeliğini) dikkate almalıdır.

Mahkemeye göre, burada örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğü ve insan onurunun korunmasında olduğu gibi değişik temel haklar karşı karşıya gelmemektedir. Gerçek anlamda eşit haklara sahip olma ile şekli ayırım yasağı genel ve soyut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır.

F. Almanya'da öğretide, farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin (F. Anayasa md. 3 (2)) cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı (F.Anayasa md.3(3)) karşısında özel hüküm olduğunun kabulünün isabetli olacağı ve bu nedenle öncelikle uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴.

Ülkemiz açısından Anayasanın 10'uncu maddesine 2004 ve 2010 tarihlerinde ek hükümlerin getirilmesiyle, Anayasa md. 10 f. II'nin, Anayasa md. 10 f. I'in emrettiği eşit davranmama yasağı karşısında meşruiyeti sorunu artık söz konusu değildir.

2004 ve 2010 değişikliklerinden sonraki haliyle Anayasanın 10'uncu maddesinin II'nci fıkrasıyla kota, anayasal koruma altına alınmış bulunmaktadır.

Anayasa md. 10 f. II, cinsler arasında sadece hukuken eşit davranma emrinden daha fazla olarak kadın ve erkek arasındaki fiilen eşit haklara sahip olmayı da içermektedir.

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

Md. 10 f. I ve f. II' nin içerdiği her iki temel hak da kota düzenlemelerinin maddi ve zamansal olarak sınırlandırılmasıyla optimal geçerlilik kazanabilirler.

İstisna kaydı içeren performans dayalı karar kotası, avantajlı kılınan kadınlar kadar erkek adaylara da eşit şans sağlamaktadır. Örneğin F. Almanya Federe Devletler

⁴⁴ **Sacksofsky Ute:** *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine Rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, Schriften zur Gleichstellung der Frau Bd. I, Baden-Baden, 1. B., 1991, s.211.

Eşitlik Yasası md. 8'de öngörülen kota, kadınların eksik temsil edildikleri alanlarda, kadınlar eşit performansa sahipseler ve erkek adaylar lehine istisnai bir durum mevcut değilse uygulanmaktadır.

Bununla birlikte kadını teşvik edici düzenlemelerin geçici niteliğinin altı çizilmelidir⁴⁵. Gerçek eşitliğe ulaşılması durumunda, artık kadını teşvik eden tedbirlerin haklı çıkarılması mümkün değildir.

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

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

VII) Sosyal Hukuk Devletinde Eşitlik İlkesi

Liberal hukuk devletinde temel haklar ilgililerin sosyal güçlerine ya da güçsüzlüklerine bakılmaksızın şekli açıdan eşit hukuksal statüleri oluştururlar. Ekonomik alanda mülkiyet garantisi ile sanayi ve ticaret özgürlüğü önem taşımaktadır. Liberal Hukuk Devletinde bu temel haklardan herkes hukuken eşit şekilde faydalanabilir. İnsanların çoğunun önem taşıyacak miktarda mülkiyet konusu objeye sahip olmaması ve sanayi-ticaret özgürlüğünü yeterli sermayeleri olmadığı için bağımsız bir şekilde kullanamamaları önem taşımamaktadır. Böylece temel haklar bu anlayış içinde egemen azınlığın hakları olurlar ve bu kişilerin üstün ekonomik güçlerini kullanmalarına hizmet ederler. Sosyal devlet ilkesi buna karşıdır.

Sosyal devlet ilkesi, başkalarının sırtından kazanılan güç pozisyonlarının güvence altına alınması için özgürlük haklarının her türlü kötüye kullanımını yasaklamaktadır.

Sosyal devlette temel haklar sosyal önemleri dikkate alınmadan salt hakları garanti etmeyip, sosyal açıdan önemli bir özgürlük ve eşitlik statüsü garanti ederler.

Eşitlik ilkesi bakımından sosyal devlet ilkesinden ilgililerin şekli eşitliği ile yetinmemek, hakkın maddi sonuçlarında eşitlik sağlanabilmesi için o anki sosyal gerçekliği göz önünde tutmak emri doğmaktadır⁴⁶.

⁴⁵ **Pflug Natali:** *Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes*, Wien, 2009, s. 182.

⁴⁶ **BVerfGE** 22, 83, 86 vd.

Sosyal hukuk devletinde temel haklar, toplumun tüm grupları için gerçekten “eşit özgürlük” garanti edecek şekilde yorumlanmalıdır⁴⁷.

VIII) Fırsat Eşitliği ve Sosyal Dağıtım

Sosyal devlet, hukuk devleti gibi özgürlüğe değil, daha çok eşitliğe yöneliktir⁴⁸. Ama her iki ilke de “sosyal hukuk devleti” ilkesi içinde birleşirler (Anayasa md. 2).

Sosyal Devlet, özgürlüğün korunmasına karşı ilgisiz değildir. Tersine menfaatlerin dengelenmesinde özgürlük de birlikte değerlendirilmelidir. Herkes için özgürlük, fırsat eşitliğine ulaşmak için dezavantajlı olanların özellikle desteklenmeleri demektir.

Ama fırsat eşitliğinin yaratılması mekanik bir eşitlemeye götürmemelidir. Tersine kamunun sınırlı parasal kaynaklarının şematik olarak topluma dağıtılması değil, gerçekten yardıma gereksinmesi olanlara yoğunlaştırılması, sosyal devletin temel ilkesidir.

Yardıma gereksinmesi olmayanların yardımdan faydalanması sosyal devlet ilkesine aykırıdır⁴⁹.

Devletin kullanıma açık parasal kaynakları sınırlı olduğu için, yardıma gereksinmesi olmayanlara harcanan tutara, yardıma ivedilikle muhtaç olanların ihtiyacı vardır.

Şematik bir eşitleme değil, objektif, sosyal eşitleyici bir ayırım anlamında difransiyel bir adalet amaçlanmalıdır.

Herkese aynıını değil, herkese kendisine düşeni vermelidir: (Suum-cuique: herkese kendisinininki)⁵⁰.

Kendi adalet tasarılarını gerçekleştirmek ve Devletin sosyal düzenlemelerinin yönü konusunda karar vermek, öncelikle yasa koyucunun işidir. Ancak bunu yaparken keyfi davranmamak zorundadır⁵¹. Neyin eşit, neyin eşitliğe aykırı olduğu, neyin objektif, neyin sübjektif olduğu sosyal devlet ilkesine göre ölçülmelidir. Belirleme yapılırken “sosyal eşitlik” esas alınmalıdır.

⁴⁷ **Ekkehart Stein:** *Staatsrecht*, B.14, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, s 178.

⁴⁸ **Theodor Maunz Günther Dürig Roman Herzog:** *Grundgesetz-Kommentar*, C. I, Art.1-12, CH Beck, München, 1990, Art. 20 (VIII) KN 36.

⁴⁹ **BVerfGE** 9, 20 (35), 17, 1 (11), 38 (56), 59, 52 (62); Geniş seçmen kitlelerini etkilemek için devamlı denenen siyasal uygulama sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

⁵⁰ **Huber Ernst Rudolf:** *Rechtstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, **Forsthoff Ernst**(edt): *Rechtstaatlichkeit und sozialstaatlichkeit*, Verlag Wissenschaftliche Buchgesellschaft,(s.557-630) Darmstadt, 1968.

⁵¹ **BVerfGE** 12, 354 (367).

KISALTMALAR

Abs	Absatz=Fıkra
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Anm	Anmerkung=Not
AnMah	Anayasa Mahkemesi
Art	Artikel=Madde
B	Bası
BTDr	Bundestagdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts:=Federal (Almanya) Anayasa Mahkemesi Kararları
C	Cilt
Çev.	Çeviren
DöV	Die öffentliche Verwaltung=Dergi
E	Esas
Edt	Editör
f	fıkra
F	Federal
GG	Grundgesetz= F. Almanya Anayasası
K	Karar
KN	Kenar Numarası
Krş.	Karşılaştırınız
Kt.	Karar tarihi
Md	Madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift=Dergi
Prf	Paragraf
RG	Resmi Gazete
s	sayfa
S	sayı
t.li	tarihli
vd	ve devamı
Verf	Verfassung=Anayasa

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Aristoteles: *Nikomachische Ethik, Ex Libris*, (çev. **Olof Gigon**), Artemis-Verlag, Zürich, 1951.

Aristoteles: *Politik, Fünftes Buch*, (çev. **Walter Siegfried, Olof Gigon**), Artemis-Verlag München, 1967.

Fuchsloch Christine: "Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Maennerdiskriminierung?" (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991, s.442-468).

Gözler Kemal : *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım, Bursa, 2010.

- Huber Ernst Rudolf:** *Rechtstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, **Forsthoff Ernst**(edt): Rechtstaatlichkeit und sozialstaatlichkeit, (s.557-630) Verlag Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.
- Huber Götz:** *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, C.H.Beck Verlag, München, Berlin 1958.
- Kaboğlu İbrahim Özden:** *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak*, İmge Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Kaufmann Claudia:** *Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen –(k) ein Widerspruch?*, Festschrift für Margith Bigler Eggenberger, Basel und Frankfurt am Main, 1993.
- Kaufmann Claudia:** *Quoten-beser als Ruf, Das umstrittene Mittel zur Verwirklichung von Mann und Frau*, Bern, 1988.
- Maunz Theodor:** *Deutsches Saatsrecht*, B.8, Beck Verlag, München, 1958.
- Maunz Theodor - Günther Dürig, Roman Herzog:** *Grundgesetz-Kommentar*, C. I, Art. 1-12, CH Beck, München, 1990, Art. 20 (VIII) KN 36
- Özbudun Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Pausch/Gruber Ursula:** *Es mangelt an Solidaritaet, Entwicklung und Ziele der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratische Frauen*, Willy Brandt (edt): Frauen heute-Jahrhundertsthema Gleichberechtigung, Köln, 1978.
- Pelzer Marei:** *Frauenförderung im Aufwind*, Grundrechte-Report, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/>, s.66 (12.05.2015)
- Peters Anne von:** *Frauenquoten im Rechtsvergleich, Diskriminierung Antidiskriminierung*, Berlin, 1996.
- Randzio-Plath, Christa:** *Europa- eine Chance für die Frauen*, Baden, 1974.
- Randzio-Plath Christa.** *Laesst uns endlich mitregieren*, Freiburg, 1980.
- Sachs Michael:** “Die Quotenregelung und der Rentenaltersbeshluss des BVerGs” Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991.
- Sacksofsky Ute,** *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine Rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, Schriften zur Gleichstellung der Frau Bd. I, Baden-Baden, 1. B., 1991.
- Singraber Monica,** *Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz und Gleichheit der Geschlechter*, Lehrveranstaltungen Wirtschaftsuniversitaet Wien (LV) 292 “Frau undRecht” SS2009, Wirtschaftsuniversitaet Wien:1-9.<http://www.wu.ac.at/vw4/ar/materialien/eich/lv0292/gleich1.pdf> , s.7(25.05.2009)
- Slupik Vera,** *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Paritaet im Geschlechterverhaeltnis, Zur Bedeutung von Art.3 Abs 3 GG in Recht und Wirklichkeit*, Berlin, 1988.