

EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK

*Prof. Dr. Devrim ULUCAN**

GİRİŞ

Eşitlik ilkesini değişik yön ve boyutları ile incelemek mümkün. Bu konuda uluslararası kuruluşlarca çıkarılan düzenlemeler, iç hukuk düzenlemeleri ve yayımlanmış bilimsel eserlerin yanı sıra, yargı kararları da bulunmaktadır. Ancak, bu yoldan oluşturulmaya ve içerik kazandırılmaya çalışılan eşitlik ilkesinin her zaman uygulanma alanı bulduğu ve pratik sonuçlar verdiği söylenemez. Genellikle bu yönde ortaya çıkan bir soruna somut düzenlemeler ile bir çözüm bulunamadığı zaman, uygunluğu ölçüsünde eşitlik ilkesine başvurulur.

Eşitlik ilkesinin ölçülerinin, kapsam ve sınırları yasalarda (özellikle Anayasa ve İş Kanununda) bir ölçüde ortaya konmuş olmasına karşın, gene de her somut olayda eşitlik ilkesi ölçülerinin içeriği yeniden araştırılıp, uygulanmaya çalışılır. Özellikle pozitif ayrımcılık yolu ile *gerçek anlamda eşitliğin sağlanmaya çalışılması, sınırlı bir biçimde yasa veya toplu iş sözleşmesi konusu olsa da* ve bu konuda yargı kararlarına da pek rastlanmasa da pozitif ayrımcılık belli ve sınırlı ilkeler ile her somut olayın özelliğine göre irdelenmelidir.

Avrupa Birliğinin Kurucu Sözleşmesi olan 25 Mart 1957 tarihli sözleşmeyi değiştirerek yenileyen Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin 1.12.2009 tarihli Lizbon Antlaşmasının (eski 141. maddeyi değiştiren) 157 maddesi, üye devletlerin, kendisini yeteri kadar temsil edemeyen kadın veya erkekler için, var olan eşitsizliği gidermek amacı ile pozitif ayrımcılık konusunda bunların mesleklerini uygulamalarını kolaylaştıracak ölçüde önlemler

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

alabileceklerini kabul etmiştir. Bu önlemler eşitliği sağlama amacı ile alınacağına göre, önce eşitlik ilkesini irdelemek gerekmektedir. Bu konuda önce önemi nedeni ile tarihi bir olguyu ele almak doğru olur.

I. 1935 TARİHLİ 12. ULUSLARARASI KADINLAR KONGRESİ

Özellikle, günümüze kadar pek gündeme getirilmemesine karşın, kadın erkek eşitliğinin sağlanması ve kadınlara eşit haklar verilmesi ile ilgili olarak 18-24 Nisan 1935 tarihleri arasında İstanbul'da gerçekleştirilen ve 39 ülkeden gelen kadın temsilcilerin katıldığı 12. Uluslararası Kadınlar Birliğinin Kongresinin bu konuda tarihi bir değeri vardır. Yıldız Sarayında toplanan bu kongre cumhuriyet tarihimizin başında kadına verilen önemi göstermektedir.

Kadın sorunları doğal olarak kongre gündemindeki ilk maddeydi. Kadınlar için özgürlük ve insanlar için barış sözleri ile kongreyi açan başkan Corbett Ashby "*Kadınların serbestçe ve tam anlamıyla gelişimini istiyoruz. Yeni olsun eski olsun bu gelişime ket vuran geleneklerin engellemelerine karşı savaşacağız. Erkek ve kadınlara serbest ve eşit eğitim olanakları istiyoruz. Yasalar önünde eşit, iş yaşamında ayırım gözetilmeksizin aynı özgürlükleri istiyoruz*" açıklamasını yapıyordu. 1902 de ilk defa Washington'da toplanan kongre daha sonra çeşitli ülkelerde değişik tarihlerde toplanmıştı. 1920 Cenevre Kongresinde yirmiden fazla ülke kadınına seçme ve seçilme hakkının verildiği ilan edilmişti. 1923 Roma kongresinde Amerikalı kadınların seçim hakkı elde ettikleri kaydedilmişti.

1935 Uluslararası Kadınlar Birliği Kongresi'ne ev sahipliği yapan Kadınlar Birliği 7 Şubat 1924 günü İstanbul'da kurulmuş tek kadın örgütüydü. Kadınlara ilk siyasi haklar 1930 tarihinde Belediyeler Kanunu ile tanınmıştı. Ardından 1934 yılında Malatya Milletvekili İsmet İnönü ve 191 arkadaşının verdikleri bir anayasa değişikliği teklifi ile kadınlara milletvekili seçmek ve seçilmek hakkı tanınmış oldu. Bu durum kendilerine henüz seçme ve seçilme hakkı tanınmamış birçok batılı kadın delege tarafından övgü ile karşılanmıştı.

Kongrede ilk olarak iktisadi eşitlik hakkındaki karar tasarısı onaylanmıştı. **Bu tasarıda evli olsun, olmasın kadının çalışmasının engellenmesi; kadın-erkek ayrımı gözetilmeksizin eşit işe eşit ücret verilmesi;**

kadına erkek gibi işinde ilerleme olanaklarının tanınması isteniyordu. Bu gün uluslararası ve ülkemizde de kabul edilen ama hala tartışmalı olan ve bir türlü tam anlamı ile yaşama geçirilemeyen bu ilkeler daha 1930 yıllarda İstanbul'da yapılan bir Uluslararası Kadınlar Kongresinde kabul ediliyor ve karara bağlanıyordu.

Ancak, kadının özgürleşmesinde siyasi ve temel haklara kavuşmasında samimi olan hükümetin, diğer yandan ikinci Dünya savaşı öncesi savaş korkusu ile askeri alanda güçlenme durumunda olması ve bu nedenle kadın haklarının yanı sıra barış ilkesinin de savunulmasının doğurduğu kaygılar nedeniyle, belki de dolaylı etki yapması sonucu, Türk Kadınlar Birliği istenen hakların elde edildiği gerekçesi ile kendiliğinden dağılma kararı alıyordu. (Zafer Toprak, 1935 İstanbul Uluslararası "Feminizm Kongresi" ve Barış" Düşün Dergisi, Kadın ve Toplum, Mart 1989; ayrıca bak Nazlı Ökten, 1935 İstanbul Uluslararası Kadınlar Birliği Kongresi, Otuz Yurdun Kadını, Tarih ve Toplum Dergisi 2002, s. 183-187).

II. HUKUKİ AÇIDAN EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK

Günümüzde eşitlik ilkesini kamu hukuku açısından incelersek bunun dayanağını Anayasa m. 10 da bulabiliriz. Anayasa m. 10 hükmüne göre "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olamaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Anayasanın 11. maddesi hükmüne göre de "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."

Görüldüğü gibi Anayasada ifadesini bulan eşitlik ilkesi öncelikle kamu erkini kullanan yasama, yürütme, yargı, idare makamları gibi devletin

organlarını bağlamakta ve bunların işlevini yerine getirirken vatandaşlara karşı eşitlik ilkesini gözetmekle yükümlü kılmaktadır. Ancak, Anayasa bununla da yetinmeyip Anayasa hükümlerinin kamu organları dışında diğer kuruluş ve kişileri de bağladığını düzenleyerek sadece dikey etki bakımından değil, yatay olarak da özel hukuk kuruluş ve kişiler arasındaki ilişkilerde de eşitlik ilkesinin geçerli olacağını kabul etmektedir. Böylece 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 eşit işlem yapma ilkesi olarak işverenin hareket alanını, daha doğrusu yönetim yetkisini sınırlayan veya biçimlendiren bir kurum olarak somutlaşmaktadır.

Ancak, ilginç olan ve irdelenen konu bakımından bir özellik ortaya koyan bir olgu da, ilk defa 07.05.2004 tarihinde Anayasada yapılan bir değişiklikle 10. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen pozitif ayrımcılık ile ilgili düzenlemedir. Buna göre **“kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.** Aynı şekilde **“Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz”**”. (07.05.2010 tarihinde yapılan değişiklikle eklenen cümleler). Bu değişiklikler AB sözleşmelerinde ve ileride incelenecek olan ilgili AB direktiflerine uygun olarak ilk defa pozitif ayrımcılığı Anayasa düzeyinde bir temel ilke olarak kabul etmekte, bundan da öteye devleti bu ilkeyi yaşama geçirme bakımından yükümlü kılmaktadır. Devleti ve organlarını eşitlik ilkesini yaşama geçirme konusunda yükümlü kılan bu düzenleme kişileri de bağladığına göre İş Hukukunun özellikleri içinde öncelikle işverenleri de bağlayacaktır. Bunun anlamı eşitliği sağlamakla yükümlü olan işveren bu maksatla bazı durumlarda pozitif ayrımcılık yapma durumunda kalırsa bu işlemleri eşitlik ilkesine aykırı olarak değerlendirilmeyecektir.

III. İŞ HUKUKU AÇISINDAN EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK

Eşitlik ilkesini, özel hukuk (iş hukuku) alanında kamu hukukunda olduğu kapsamda ve genişlikte uygulamak mümkün değildir. Bu kapsam ve genişlikte uygulanmaya konması halinde çalışma ve sözleşme özgürlüğü,

girişim özgürlüğü (AY m. 48), mülkiyet hakkı (AY m. 35) ilkeleri ile açık bir çelişkinin ortaya çıkması olasılığı vardır. Özel hukuk ilişkisi içinde sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişilerin birbirine karşı bu kapsamda bir eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Gerçi özel hukuk kişilerinin de AY m. 10 da sayılan nedenlerle açık bir biçimde din, dil, ırk ayrımı yapmaları gene de mümkün değildir. Ancak, alım satım sözleşmeleri, kira sözleşmeleri ve iş sözleşmesi yapan tarafların çıkarlarını korumak, maddi varlıklarını korumak ve geliştirmek amacı ile ve özellikle yatırım yaparken bir risk üstlenmeleri nedeni ile sözleşme tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini kendi yararına belirleme ve usulüne uygun bir biçimde sona erdirme hakkı vardır.

Ancak, özellikle iş hukuku alanında eşitlik ilkesi, eşit işlem yapma yükümlülüğü olarak anlam kazanmaktadır. Çünkü çalışma yaşamında işçinin, işverene göre ekonomik ve sosyal açıdan zayıf durumda olması onun özel olarak korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle yasa koyucu sosyal devlet gereği ve Anayasanın da verdiği yükümlülük nedeni ile iş hukuku alanında koruyucu düzenlemeler getirmiştir.

Bu arada işverenin yönetim yetkisini kullanırken kendisine bağımlı olarak çalışan işçilere eşit davranması hakkaniyet gereği kabul edilmekten öteye, bu konuda özel somut düzenlemeler getirilerek işverenin sözleşme özgürlüğünü ve yönetim yetkisini sınırlamıştır.

2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi eşitlik ilkesi bakımından kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler getirerek diğer yasalarda ve gene İş Kanununda yer alan diğer düzenlemeler dışında ayrıca pozitif ayrımcılığa dayanak oluşturacak ilkeler belirlemiştir.

Hukukumuzda yukarıda da belirtildiği gibi AY. m. 10 eşitlik ilkesi bakımından getirdiği ölçüler ile bir bakıma mutlak ayrımcılık yasağı getirmiş bulunmaktadır. Bu yasak hem kamu hukuku bakımından hem de özel hukuk ilişkileri bakımından geçerlidir. İş Kanununun 5 maddesinin Kriterleri de bu yönde 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 ırktan dolayı açık bir biçimde ayrı işlem yapamaz. Bu anlamda ayrımcılık yasağı bir bakıma mutlaktır. Cinsiyet

dolayısı ile farklı ücret ödenmesi de aynı niteliktedir. Bu konuda sözleşme özgürlüğünün bir önceliği olamaz.

Ancak, bunun dışında özel hukukta ayrımcılık yasağı ve eşit işlem yapma yükümlülüğü kademelendirilmiştir ve açık ayrımcılık dışında mutlak değildir. Bu bakımdan eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı davranışları belirlemek her zaman kolay olamayacağı gibi, günümüz koşulları içinde pozitif ayrımcılığa gitmek suretiyle eşitliği sağlama kaygısı bazı durumlarda ve koşullar eşitsizliğe bile yol açabilecektir. Biçimsel anlamda eşitlik ilkesinin ters işlemesi olarak nitelendirilebilecek bu durum konunun başka bir gözle yeniden gözden geçirilmesini gerektirmektedir.

İş Kanununun 5. maddesi “Eşit Davranma İlkesi” başlığı altında, işveren için eşit işlem borcunu kapsamlı bir biçimde düzenlemiştir. Birinci fıkrasında temel ilke belirlenmiştir “*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılmaz.*”

İşK. m. 5. fıkra 3 hükmüne göre “*İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.*”

Aynı maddenin 4 ve 5. fıkraları uyarınca da “*Aynı ve Eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.*”

İş Kanununun 74. maddesi de bu ilkeden hareket ederek, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmayacaklarını düzenlemektedir.

4857 sayılı İş Kanununun geçici 6. maddesi kıdem tazminatı ile ilgili eski İş Kanununun 14. maddesini bu konuda yeni bir düzenleme getirilinceye kadar yürürlükte kılarak, kadın işçiler bakımından eşitlik ilkesinden öteye bir pozitif ayrımcılık yaparak, kadınların evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi arzusu ile iş sözleşmesini sona erdirmesi...halinde kıdem tazminatına hak kazanacağını düzenlemiş bulunmaktadır.

Sermaye Piyasasının, Kurumsal Yönetim İlkelerin Belirlenmesine ve Uygulanmasına ilişkin 30 Kasım 2011 tarihli 57 Numaralı Tebliğde de halka açık şirketlerin yönetim kurullarında en az bir kadın üye bulunması zorunluluğu öngörülmüştür.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 26. maddesinin 3 fıkrasına göre de “Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir.” düzenlemesi ile sendikal faaliyetler bakımından da sendikaların eşitlik ilkesine uymaları ve ayırım yasağına aykırı davranmamakla yükümlü kılınmıştır.

İş Kanununun 5. maddesi ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 26/3. maddesi eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağını bir bütün olarak düzenlemiş ve iki kavram arasında açık bir ayırım yapmamıştır. Öğretide ise bu konuda bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre İşK m. 5’in başlığı “eşit davranma İlkesi” olmasına karşın, madde metni incelendiğinde ayrımcılık yasağının düzenlendiği görülmektedir. Oysa, genel eşitlik ilkesi değer ve yüklerin dağılımında dağıtıcı adaleti ifade eder. Bu bağlamda, eşit olana eşit davranma düşüncesinden hareket eder, ancak eşitliğin sağlanmasında bu hareket noktasının yeterli olmaması karşısında, farklılıkları kaldırmaya yönelik eylem ve işlemler de zaman içerisinde ilkenin kapsamı içinde yer bulmuştur. Ayrımcılık yasaklarının kökünde ise, insanlık onurunun tanınması düşüncesi vardır. Belirli özellik ve niteliklerin bir düzenleme veya tek taraflı bir tedbirin uygulanmasında ayırım kriterinin oluşturmasını yasaklar. Amaç bu yolla kişilerin küçük düşürülmesi, sınırlanması, dışlanması veya haklarına tecavüz edilmesinin önlenmesidir. Her hangi bir özellik ve nitelik -örneğin cinsiyet, ırk, dil, sendika üyeliği gibi- esas alınmaksızın kişiye farklı muamele eşit davranma ilkesi çerçevesinde değerlendirilirken, bu gibi özellikler nedeniyle farklı muamele ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilir (Bak. G. Alpagut, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” Ankara 2012, s. 46-47 orada belirtilen yazarlar).

Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve pozitif ayrımcılık birbirleri ile iç içe giren kavramlardır. Kişinin din, dil, cinsiyet, siyasi görüş veya etnik kökeni nedeni ile bir ayrımcılığa uğraması karşısında bu kişilere ayrımcılık yapıl-

maması ve diğerleri konumuna getirilmeleri bir bakıma eşit davranma ilkesini gerekli kılar. Böyle bir ayırım olmaksızın bazı kişilere diğerlerine göre eşit davranılmaması karşısında benzerler arasında bir olumsuzluğu gidermek de gene eşit davranma ilkesi devreye sokar. Pozitif ayrımcılık da sonuçta var olan bir eşitsizliğin giderilmesi için bu defa pozitif ayrımcılığın uygulanmasını gerekli kılar ki bu da sonuçta bir eşit işlem yükümlülüğüdür.

Bu düzenlemeler ile ilgili olarak, irdelenen konu bakımından çıkarılacak sonuç, Anayasanın 10. maddesinin ve İş Kanununun 5. maddesinin, eşitlik ilkesinden söz ederken bir yandan da cinsiyet ayrımı ve ayrımcılık yasağı getirdiği ve bu yasak kapsamında sadece kadınları değil, kural olarak erkek ve kadını aynı şekilde eşit bir biçimde değerlendirdikleridir. İş Kanununun 5. maddesi iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanması ve sona ermesinde, cinsiyet nedeni ile doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağını belirlerken kadın erkek ayrımı yapmaktadır. Sadece gebelik hali için kadın işçileri farklı bir biçimde dikkate almaktadır.

Ancak, 5. madde, “*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.*” diyerek açık bir biçimde eşitliğe aykırı işlemler bakımından getirdiği yaptırımların iş ilişkisinin kurulmasından sonraki dönemi kapsadığını kabul etmekte, iş sözleşmesi yapma safhası ile ilgili bir yaptırım ön görmemektedir.

Teknolojinin gelişmesi, emek yoğun üretimi arka plana ittikçe geniş işçi kitlelerine gereksinimi azaltıp, bilgi birikimi deneyim ve donanımı olan, yeni teknolojiye çabuk uyum sağlayan kişiler ile üretme yöntemlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu olgular karşısında, işletmeler, rekabet edebilmek için teknoloji yoğun yatırımları tercih etmekte ve maliyeti düşürmek için az sayıda ve kalifiye işçi çalıştırma yoluna gitmektedirler.

Bu gelişme doğal olarak eşitlik ilkesinin yaşama geçmesini engellediği gibi pozitif ayrımcılığı uygulama alanını da iyice sınırlamaktadır. Gerçi kamu hukuku alanında devlet bir ölçüde bu konuda pozitif ayrımcılık yolu ile özellikle kadınları koruyarak eşitliği sağlama yoluna gitmektedir.

Aynı gelişmeyi özel hukuk alanında görmek mümkün değildir. Örneğin, işverenin farklı yeteneklere ve niteliklere sahip işçiler arasında özellikle ücretler yönünden ayırım yapması mümkündür ve bunun eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı bir yönü yoktur. Eşitlik sadece eşit nitelikte ve konumda olanlar arasında söz konusu olabileceğinden, eşit işlem borcu öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi nesnel ve çalışkanlık, verimlilik, yetenek, bilgi ve liyakat gibi sübjektif niteliklerle sınırlandırılmış olmaktadır. İşveren, her zaman böyle bir farklılık öne sürebileceğine göre etkili olarak eşitlik ilkesinin ücretler konusunda uygulama alanı bulması pek olası değildir. Ancak seyyanen ücret zammı yapılması halinde işçiler arasında bir ayırım yapılması ve bazı işçilerin bu zamdan yararlandırılmaması eşit işlem borcuna aykırı olur. Bu arada kadın işçilerin seyyanen yapılan zamdan yararlandırılmaması açık bir biçimde cinsiyet ayırımına dayanan eşit işlem borcuna aykırılık oluşturur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği bir kararda belirttiği gibi, işverenin alenen belirli bir etnik ya da ırksal kökenden olanları işe almayacağını beyan etmesi, ırk veya etnik kökenlerine bakılmaksızın insanların eşit muamele görmesi prensibini yürürlüğe koyan 19.7.2000 sayılı AB Direktifinin 2(a) maddesindeki “işe alınmada doğrudan ayrımcılık” durumunu oluşturmaktadır. Bu gibi beyanlar belirli adayların adaylıklarını koymaktan çekinmelerine ve dolayısıyla iş piyasasına erişimlerinin engellenmesine neden olmaktadır (*Karar ve ayrıntılı açıklamalar için bak. Can Tuncay, Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık, Sarper Süzek Armağanı, I, s. 747*).

Ancak, eşit işlem borcunun erkek işçilerin durumlarını kötüleştirme-
mesi gerekir. Bir örnek vermek gerekirse, kadın işçilerin yararı gözetilerek getirilen kota ile eşit sayıda kadın ve erkek çalıştırılmasına ve bunlara eşit ücret ödenmesine ilişkin bir düzenleme erkek işçiler aleyhine sonuç doğurabilir. Eşit işlem yapıyor gerekçesi ile (pozitif) ayırım yaparak eşit sayıda kadınla erkek işçinin işe alınmasının eşitlik ilkesi ile bir ilgisi yoktur. Aksine sırf kadın olmaları nedeni ile belli bir sayıyı tutturmak ve bu yoldan eşitliği sağlamak amacı ile aslında hak etmediği halde nitelikli bir erkek işçi yerine bir kadın işçinin işe alınması ve bundan öteye gene olası bir nitelik farkına bakmadan aynı ücretin ödenmesi eşitlik ilkesinin ters işlemesi sonucunu

doğurabilir. Örneğin bir hastanede tüm personelin kadın olmasının benimsenmesi halinde ortada bir pozitif ayrımcılık değil gerçek anlamda erkekler aleyhine bir ayrımcılık söz konusudur. Eşit sayıda kadın ve erkek çalıştırılması veya belirli bir kota öngörerek belirli sayıda kadın işçinin işe alınması ve bu karar doğrusunda ayrımı kaldırma savı ile aynı ücret almalarının kabulünün de eşit işlem yapmakla bir alakası yoktur. Aksine sırf kadın olmaları nedeni ile belli sayıyı tutturmak ve bu yoldan eşitliği sağlamak amacı ile aslında hak etmediği halde daha nitelikli veya işe daha uygun bir erkek işçinin yerine bir kadın işçinin alınması ve bundan öteye gene olası bir nitelik farkına bakmadan aynı ücretin ödenmesini öngörmekte eşitlik ilkesinin ters işlemesine yol açabilir.

İpek İlkaracan'a göre "*siyaset ya da istihdamda pozitif ayrımcılık şu anlama geliyor, söz konusu pozisyona talip kadın ve erkekler arasında pozisyonun gerektirdiği kalifikasyonlara (eğitim, deneyim birikimi, donanım ve becerilere) sahip olan eşitler arasından cinsiyeti nedeni ile kadın olanı tercih etmek. Yani bir pozisyonun gerektirdiği kalifikasyonlara sahip olmayan kadının, bunlara sahip olan erkeğin yerine tercih edilmesi anlamına gelmiyor.*" Bir başka söyleyişle pozitif ayrımcılık eşit eğitim ve kalifikasyonda iki aday varsa kadına öncelik verilmesi anlamına geliyor (HRM, Şirketlerde Yeni Trent Kadın Erkek Eşitliği, www.hrm.com.tr).

Avrupa Birliğinde de son yıllarda pozitif ayrımcılık ve kadın çalışanlara kota uygulanması ile ilgili bazı gelişmeler gözlenmektedir. Büyük şirketlerin yönetici kademelerindeki kadınların oranının 2020 yılına kadar yüzde 40 olmasını öngören AB tasarısını savunan komisyon sözcüsü özellikle pozitif ayrımcılıktan kaçındıklarını ileri sürerken "kadın aday, cinsiyeti yönünden değil, erkek adayla aynı nitelikler sahip olduğu için seçilecektir" görüşünü benimsemektedir. Bu açıklamadan çıkarılabilecek sonuç pozitif ayrımcılığın kota uygulaması ile bir ilişkisi olmadığıdır. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi İlkaracan'a göre, pozitif ayrımcılık eşitler arasında, yani bilgi, beceri ve deneyimi bakımından eşit olan erkek ve kadın işçiler arasından kadın işçi yararına bir ayrımcılık yapılmasıdır. Böyle olunca bu iki görüş açısından bir sonuca varmak gerekirse, doğru olan görüş aslında kota uygulamasının da bir pozitif ayrımcılık olduğudur.

IV. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER AÇISINDAN POZİTİF AYIRIMCILIK

Girişte belirtildiği gibi, daha 25 Mart 1957 tarihli AB Kurucu sözleşmesinin 141. maddesi ve onu izleyen 1.12.2009 tarihli Lizbon Antlaşmasının 157. maddesi üye devletlerin pozitif ayrımcılık konusunda önlemler alabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu önlemler, yeterli temsil gücü olmayan cinsiyetlerin (kadın ve erkeklerin) mesleğe girmelerini kolaylaştıracak veya eşitsizliklerini gidermeyi sağlayacak ölçüde olacaktır.

Bu düzenlemeye göre “*İş hayatında erkeklerin ve kadınların efektif bir biçimde eşit duruma getirilmeleri için üye devletlerin temsil gücü olmayanların çalışmalarını kolaylaştırmak veya meslek yaşamı içindeki olumsuzlukları gidermek için onlara tanınan özel ayrıcalıkların korunmaları veya bu konuda karar almaları eşitlik ilkesine bir aykırılık oluşturmaz.*”

“İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2006/54/EC sayılı Direktifinin “*Analık (doğum)*” izninden dönüş başlıklı 15. maddesinde de “*doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve yokluğu sırasında çalışma koşullarında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır*” şeklinde kurala yer verilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, ayrımcılığın yasaklanması belli bir cinsiyete mensup kişi gruplarının maruz kaldığı dezavantajları önlemeyi veya bunları tazmin etmeyi hedefleyen tedbirlerin benimsenmesine ve korunmasına aykırılık oluşturmaz. Anlaşmanın 157 maddesine uygun olarak ve uygulamada kadın erkek arasında çalışma hayatında tam eşitliği sağlama amacıyla, eşit muamele ilkesi üye devletleri, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsiyetin mesleki bir faaliyet yapmasını kolaylaştırmak veya mesleki kariyerinde dezavantajları engellemek veya bunları tazmin etmek için belirli avantajlar sağlayan tedbirleri benimsemelerini veya muhafaza etmelerini engelleme-yecektir.

Avrupa Birliği Sözleşmeleri veya Direktifleri kural olarak üye devletleri, kadın erkek eşitliğinin sağlanması için ve gerektiğinde pozitif ayrımcılık dahil önlemler almakla yükümlü kılmakta, fakat aynı konuda kişilere

doğrudan böyle bir yükümlülük getirmemektedir. Ancak, bu düzenlemelerin ışığı altında işverenlerinde eşitliği sağlama yükümlülüğünde oldukları açıktır.

Bu konuda ilginç bir gelişmeyi yukarıda da değinildiği gibi, AB şirketlerinde uygulanması istenen kadın kotası ile ilgili çalışmalar oluşturmaktadır. Avrupa Birliği'nin halka açık şirketlerinin yönetim kurullarında 2020 yılına kadar yüzde 40'lık kadın kontenjanı ayrılması yönünde bir öneri bulunmaktadır. Öneriye göre, 2020 yılına kadar yönetim kurulu koltuklarının yüzde 40'ını kadınlara ayırmak zorundadırlar bu kurala aykırılık halinde bir yaptırım uygulanacaktır. Ancak, önerinin ülke yasalarına uygunluğuyla ilgili sorunlar ve bazı blok ülkelerin plana itirazı üzerine 23 Ekim'de geri çekilmiş bulunmaktadır. Bu ülkelerin ilgili makamları, tasarıyı hazırlayan AB Adalet Komiseri Reding'e şirket yönetim kurullarında yetersiz sayıda kadın olduğunu kabul ettiklerin bildirmekle birlikte, Avrupa düzeyinde yasal açıdan bağlayıcı tedbirlerin alınmasına karşı olduklarını da ileri sürmektedirler (www.britannia247.Com/haber, s. 2/6).

Eğer taslak kabul edilirse, 1 Ocak 2020 yılına kadar AB'ye üye 27 ülkede faaliyet gösteren şirketler eşitlik gereği kotaya riayet ederek kadın-erkek çalışanların sayılarını bu yönde dengelemek zorunda kalacaklardır. Komisyon sözcüsü, özellikle pozitif ayrımcılıktan kaçınıldığını belirterek “kadın aday, cinsiyeti yüzünden değil, erkek adayla aynı niteliklere sahip olduğu için seçilecek” diyerek taslağın amacını açıklamaya çalışmıştır. Ancak, bir kota uygulanmasından söz edilirken diğer yandan bu uygulamanın bir pozitif ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmeyeceği yönünde komisyon sözcüsünün sözleri daha önce belirtildiği gibi yoruma açıktır.

Taslağın kuralları her yönetim kurulu için geçerli olmayacak. Örneğin 250'den az personele sahip, yıllık kazancı 50 milyon euro civarında olan küçük ve orta ölçekli işletmelere uygulanmayacaktır (www.Britannia247.com/haber/kadın-kotası-son-adm.html 2904.2013).

AB normları dışında bu konuda örneğin “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığı Önlenmesine Dair Sözleşme” (CEDAW) de önemli düzenlemeler getirmektedir. Bu sözleşmede diğer insan hakları belgelerinde yer alan “kanun önünde eşitlik” ilkesine ek olarak, fiili eşitliğin gerçekleşmesi amacıyla yönelik önlemlere yer verilmiştir.

Sözleşmenin 4/1.maddesine göre “Erkekler ile kadınlar arasında eşitliği fiilen gerçekleştirmeyi hızlandırmak için Taraf Devletlerin aldıkları geçici tedbirler, bu sözleşmede tanımlanan bir ayrımcılık şeklinde görülemez; ancak bunlar hiçbir şekilde eşitlikçi olmayan veya farklı türden standartların sürdürülmesi sonucunu doğurmaz; fırsat ve muamele eşitliğini sağlama amacı gerçekleştirildiğinde bu tedbirlerin uygulanmasına son verilir.”

4/2.’ye göre “Anneliğin korunması amacıyla bu sözleşmedeki tedbirler de dahil Taraf Devletler tarafından alınan bütün özel tedbirler ayrımcılık şeklinde görülemez.”

Ayrıca, 1993 yılında toplanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konferansında kadının insan hakları konusuna odaklanılmış ve kadın haklarının insan hakları çerçevesinde düşünülmesi gerektiği açıklanmıştır. 1995 tarihinde Pekin’de Birleşmiş Milletler çerçevesinde yapılan Dünya Kadın Konferanslarından dördüncüsünde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu “Pekin 5” kararlarını almıştır. Kadının insan hakları konusunda kısa ve uzun vadeli hedeflerini ortaya koymak açısından önemlidir. Pekin 5 Sonuç Belgesi kota uygulamaları da dahil olmak üzere “olumlu ayrımcılık” politikalarının ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi yolunda hükümler içermektedir.

İkinci özel oturum 2005 yılı Dünya Zirvesi’dir. Pekin Konferansının 10. Yılında BM Genel Kuruluna sunulan ve kadın Komisyonunun 49. Oturumunda kabul elden Sonuç Raporunda, kadının sömürüne yönelik her türlü ayrımcılığın ulusal politikalardan arındırılması için hukuk düzenlemeleri yapılması talep edilmiştir. Bu raporda kadın haklarının son 10 yılının değerlendirilmesi yapılmış “olumlu ayrımcılık” (pozitif ayrımcılık) politikaları yer almıştır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Bihterin Dinçkol, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Yıl 4, sayı 8 Güz, s. 101-117).

SONUÇ

Anayasa ve yasalar ile eşitlik ilkesi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir. Özellikle çalışma yaşamı ile ilgili çok sayıda düzenleme vardır. Bu düzenlemeler arasında Anayasanın 10. maddesi açıkça eşitliği sağlamak amacı ile pozitif ayrımcılık yolunu da açmıştır. Bu konuda devlet özellikle

gebe kadınlar ile doğum yapan kadınlara ilişkin veya engelliler için özel düzenlemeler getirmiş, bazı durumlarda kadınlara öncelik tanımıştır. Ancak, eşit işlem borcu kapsamında İş Kanunu 5. maddesi ayrıntılı bir düzenleme getirmişse de pozitif ayrımcılık konusu yasa kapsamına doğrudan alınmamış, bu konu yoruma ve içtihatlarla bırakılmıştır. Böyle olunca, işe alınmada kadınlara pozitif ayrımcılık yapma ancak sınırlı ve belli durumlarda mümkün olabilecektir. Belirli bir cinsiyete (konumları gereği çoğunlukla bunlar kadınlardır) bir ayrıcalık tanımak, ancak efektif olarak eşitliği sağlıyorsa meşrudur, ancak böyle bir durumda biçimsel olarak eşit işlem borcu ilkesinden bir ölçüde uzaklaşılabilir. Bunun için de yapılan işlemin bu amacı gerçekleştirme için gerekli ve uygun olması gerekir. Örneğin kadın işçilere sırf kadın oldukları için düşük ücret ödenmeyeceği gibi, sırf kadın oldukları için fazla ücret de ödenemez. İş Kanununun 5/4. maddesine göre, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşK. m. 5/5'e göre de işçinin cinsiyeti nedeni ile özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. Bu nedenle kural olarak ücretler konusunda pozitif ayrıma pek yer yoktur. Ancak çok düşük kalmış ücretlerin dengelenmesi açısından kadın işçilere farklı bir ücret politikası uygulanabilir.

İşe almada ise, belirli koşullarda ve var olan eşitsizliği gidermek amacı ile cinsiyetler bakımından farklı işlem yapılması olanağı vardır. AB normları ve hukukumuz açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse işe almada, işverenin sözleşme özgürlüğü gereği ve bundan da öteye taşıdığı risk nedeni ile sahip olduğu yönetim yetkisi sonucu işe alınacak işçileri seçme hakkı vardır. Kişinin ırkı, cinsiyeti, dini, dili gibi nedenlerle farklı işlem yapmak mutlak olarak ayrımcılık yasağı kapsamındadır. Buna karşılık İşveren, işin özelliği gereği ve gerektiği ölçüde belirli bir dili, örneğin İngilizce bilenleri tercihen işe alabileceği gibi, salt İngilizce bilenleri işe alabilir. Aslında bu işlem bir pozitif ayrımcılık olarak da değerlendirilemez.

Oysa, işyerinde çalışan işçilerin tamamının veya tamamına yakınının erkek olması halinde işin niteliğine ve başvuranların (bilgi, deneyim gibi) kalifikasyonunun uygun olması koşulu ile işveren belirli sayıda kadın işçiyi tercihen işe alabilir. Bu durumda ortada açık bir eşitsizlik bulunmaktadır. Böyle bir durumda pozitif ayrımcılık uygulaması doğrudan eşitsizliğe karşı bir önlem niteliğinde ise mümkündür. Ancak, burada da ölçülü davranmak

ve pozitif ayrımcılık yapıyor gerekçesi ile yeniden bir eşitsizlik yaratmamak gerekir. Objektif ölçülere ve belirlenen tercih nedenlerine de uymak koşulu ile işe alınmada bireysel olarak kadınlara öncelik tanınabileceği gibi sınırlı bir kadın kotası da uygulanabilir.

Eşit işlem, iş pozisyonlarının hem kadınlara hem de erkeklere açık olması, kadınların ve erkeklerin bu pozisyonlara başvurabilmeleri anlamındadır. İşin niteliği ve özelliğine göre bazı tercih nedenleri nesnel ölçüler belirtilerek aranabilir ve bu konu ilan edilebilir. Kanunda belirtilenler dışında (Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışacak işlerde kadınların çalışması yasaktır İş K.m. 72) sırf kadınlara veya erkeklere özgü iş ayırımı istisnaidir.

Bu nedenle, eşit özelliklere sahip kadın ve erkek adaylardan kadınlara, sırf bu özellikleri nedeni ile öncelik tanınmaz. Kadınların çalıştırılması yasak olan işler dışındaki işler için ilan yolu ile veya yönetmeliğe konan hükümle sırf kadınlara veya erkeklere öncelik tanıyan kotalar uygulanamaz.

İnsanlar mutlak olarak her yönleri ile eşit niteliklere sahip olmadıkları için, işe almada yapılan sınav sonuçlarına bağlı kalmak koşulu ile mülakatlarda, genel kültür, uyum yetenekleri gibi bazı farklılıklar göz önünde tutularak işveren tercih yapabilir. İşe yatkınlıkları ve işin özelliği nedeni ile sırf kadınlara özgü kabul edilen tekstil, temizlik, sekreterlik, hosteslik gibi işlerin de kadınlara öncelik tanıma bakımından bugün bir anlamı kalmamıştır. Ancak kadın elbiseleri teşhir edilecekse kadın manken için ilan verilebilir. İş Kanununun 5 maddesi çok açık bir biçimde temel ilkeyi koymuştur. Buna göre “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında..., cinsiyet veya gebelik nedeni ile doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz.”

Ancak, yoğun olarak veya tamamen erkeklerin ve ya tersine sırf kadınların çalıştığı işyerlerinde dengeyi sağlamak için yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi pozitif ayrımcılık yolu ile aynı nitelikte veya benzer niteliklere sahip olan adaylardan duruma göre veya çoğunlukla kadın işçiler tercih edilebilir veya bu konuda bir kota uygulanabilir.

