T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

(DOKTORA TEZİ)

Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK BÜYÜKÇAĞLAR

KOCAELİ 2021

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

(DOKTORA TEZİ)

Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK BÜYÜKÇAĞLAR

Prof. Dr. Müslüm Akıncı

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 10.02.2021/5

KOCAELİ 2021

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **i**

ÖZET ..... **v**

ABSTRACT ..... **vi**

KISALTMALAR ..... **vii**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

1. DOLAYLI AYRIMCILIK KAVRAMI VE DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

1.1. FARKLI EŞİTLİK ANLAYIŞLARI KAPSAMINDA DOLAYLI AYRIMCILIK KAVRAMI VE DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI **7**

1.1.1. Şekli Eşitlik Anlayışı: Benzerlik Yaklaşımı 15

1.1.2. Maddi Eşitlik Anlayışı: Farklılık Yaklaşımı ve Dezavantaj Yaklaşımı 22

1.1.2.1. Farklılık Yaklaşımı 31

1.1.2.2. Dezavantaj Yaklaşımı 35

1.1.3. Dolaylı Ayrımcılık Kavramını İçeren ve Dolaylı Ayrımcılık Yasağını Öngören Eşitlik Anlayışı 39

1.2. DOLAYLI AYRIMCILIK KAVRAMI VE DOLAYLI AYRIMCILIK BİÇİMLERİ **49**

1.2.1. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı 51

1.2.1.1. Dolaylı Ayrımcılık ile Doğrudan Ayrımcılık Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar 51

1.2.1.1.1. Ayrımcılığı Ortaya Çıkaran Nedenler Bakımından 60

1.2.1.1.2. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Gerçekleşme Şekilleri Bakımından 64

1.2.1.1.3. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Zihinsel Gelişim Süreçleri Bakımından 69

1.2.1.1.4. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Yöneldiği Özne ile Ayrımcı Tutum ve Davranışları Ortaya Koyan Özne Bakımından 76

1.2.1.2. Dolaylı Ayrımcılık ile Maddi Eşitlik Anlayışı Dahilindeki Diğer Kavramlar Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar 84

1.2.1.2.1. Geçici Özel Önlemler 84

1.2.1.2.2. Makul Uyumlaştırma 92

1.2.2. Dolaylı Ayrımcılık Biçimleri 98

1.3. DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞININ KÖKENLERİ **103**

1.3.1. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının İlk Görünümleri: "Gerçekte Eşitlik" Anlayışı 104

1.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Tanımlanması: Farklı Etkiden Kaynaklı Ayrımcılık Teorisi 110

1.3.2.1. Temel Alınan Yasal Düzenlemeler 112
1.3.2.2. Griggs v. Duke Power Company Davası 115
1.3.2.3. Yasal Düzenlemelere Yansıması 124
1.3.3. Dolaylı Ayrımcılığın Avrupa Düzeyinde Yasaklanması 129
1.3.4. Dolaylı Ayrımcılığın Avrupa Birliği Hukukunda Yasaklanması 135
1.3.4.1. Dolaylı Ayrımcılık Kavramının Temellerinin Kurulması 139
1.3.4.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurlarının Belirlenmesi 147
1.3.4.3. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Normatifleşme Süreci 154

İKİNCİ BÖLÜM

2. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

2.1. AVRUPA KONSEYİ SİSTEMİNDE DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI.167
2.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 169
2.1.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı 171
2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 177
2.1.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurları ile İspat Yöntemi 182
2.1.2. Avrupa Sosyal Şartı ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı 191
2.1.2.1. Avrupa Sosyal Şartı ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda AyrımcılıkYasağı……..194
2.1.2.2. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Denetimi ve Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 200
2.1.2.3. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Kararlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı.. 203
2.1.3. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu 209
2.1.3.1. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Türkiye Raporlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 211
2.1.3.2. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Genel Politika Tavsiye Kararlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 215
2.2. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİSTEMİNDE DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI 218
2.2.1. Birleşmiş Milletler Sistemindeki Genel Konulu İnsan Hakları Sözleşmelerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 222
2.2.1.1. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 224
2.2.1.1.1. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları 225
2.2.1.1.2. İnsan Hakları Komitesi Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı.... 230
2.2.1.2. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi238
2.2.1.2.1. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları 241
2.2.1.2.2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı……..254
2.2.2. Birleşmiş Milletler Sistemindeki Ayrımcılıkla Mücadele Konulu İnsan Hakları Sözleşmelerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 263

2.2.2.1. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme..... 265
2.2.2.1.1. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'de Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları…… 268
2.2.2.1.2. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 277
2.2.2.2. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme..... 281
2.2.2.2.1. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'de Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları…. 286
2.2.2.2.2. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı..... 304
2.2.2.3. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme 310
2.2.2.3.1. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'de Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları 317
2.2.2.3.2. Engelli Hakları Komitesi'nin Dolaylı Ayrımcılık Yasağına İlişkin Değerlendirmeleri……..335

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3.TÜRKİYE HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

3.1. TÜRKİYE HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIĞI YASAKLAYAN YASAL DÜZENLEMELER..... 351
3.1.1. Anayasal Düzenlemeler Bağlamında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 354
3.1.1.1. Genel Kural: Kanun Önünde Eşitlik/Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 354
3.1.1.2. Belirli Alanlara Özgü Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 369
3.1.2. Yasal Düzenlemeler Bağlamında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 374
3.1.2.1. Normatifleşme Sürecinde "Anlamda" Vücut Bulma: İşçi İşveren İlişkisinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 375
3.1.2.2. Doğrudan Tanım: Engellilik Temelli Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 386
3.1.2.3. Kurumsallaşma Evresi (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu) 391
3.1.2.4. Diğer Yasal Düzenlemelerde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı 403
3.2. TÜRKİYE HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞININ DENETİMİ 419
3.2.1. Denetim Mekanizmaları 420
3.2.1.1. Yargısal Denetim 420
3.2.1.2. Yargı Dışı Denetim 425
3.2.1.2.1. Yasama Organı Eliyle Denetim 426
3.2.1.2.1.1. Parlamento Eliyle Denetim (Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu) ……..….426
3.2.1.2.1.2. Kamu Denetçiliği Kurumu Eliyle Denetim *(Ombudsmanlık)* 433
3.2.1.2.2. Yürütme Organı Eliyle Denetim 441
3.2.1.2.2.1. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Eliyle Denetim 441

3.2.1.2.2.2. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Eliyle Denetim..... 451
3.2.2. Denetim Mekanizmalarının Dolaylı Ayrımcılıkla Mücadele Yönünden Değerlendirilmesi 454
3.2.2.1. Denetim Mekanizmalarının Erişilebilirlik Bakımından Değerlendirilmesi.. 455
3.2.2.1.1. Yargısal Denetim Mekanizmalarının Erişilebilirliği..... 455
3.2.2.1.2. Yargı Dışı Denetim Mekanizmalarının Erişilebilirliği..... 461
3.2.2.1.2.1. Yasama Organı Eliyle Denetim Yürüten Mekanizmaların Erişilebilirliği 462
3.2.2.1.2.2. Yürütme Organı Eliyle Denetim Yürüten Mekanizmaların Erişilebilirliği 467
3.2.2.2. Denetim Mekanizmalarınca Yürütülen Usullerin Dolaylı Ayrımcılıkla Mücadelede Etkili Olabilecek Hukuki Araçlar Bakımından Değerlendirilmesi……..... 473
3.2.2.2.1. İspat Yükünün Yer Değiştirmesi Kuralının Uygulanması 474
3.2.2.2.2. İstatistiki Verilerin Dolaylı Ayrımcılığın İspatında Kullanılması 477
3.2.2.2.3. Mağdurlaştırmanın Yasaklanması..... 481
3.2.2.2.4. Yaptırım..... 484
3.3. TÜRKİYE HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞININ DEZAVANTAJLI GRUPLARIN MADDİ EŞİTLİĞE ULAŞMASI İÇİN ETKİLİ BİR ARAÇ OLMASINA YÖNELİK ÖNERİLER 488
3.3.1. Dolaylı Ayrımcılığı Yasaklayan Yasal Düzenlemelere Yönelik Öneriler….. 488
3.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Denetimini Gerçekleştiren Mekanizmalara Yönelik Öneriler..... 494

SONUÇ 500

KAYNAKÇA 511

ÖZGEÇMİŞ..... 535

ÖZET

Dolaylı ayrımcılık yasağını konu edinmiş olan bu çalışma, eşitlik anlayışı ile ayrımcılık yasağı çerçevesinde nispeten yeni sayılabilecek dolaylı ayrımcılık yasağının toplumdaki dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç olduğu iddiası üzerine kuruludur. Çalışma kapsamında, ilk aşamada literatür incelemesi yöntemiyle dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin kavram analizi yapılmış, ikinci aşamada mevzuat tarama yöntemiyle normatif kapsam belirlenmiş ve son olarak da tümevarım yöntemiyle dolaylı ayrımcılık yasağının toplumdaki dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları bakımından Türkiye hukukunda etkili bir araç olup olmadığı test edilmiştir. Böylece eşitlik ve ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağı, kökenlerini oluşturan hukuk sistemleri, uluslararası insan hakları hukuku ve Türkiye hukuku çerçevesinde bağlantılı olarak değerlendirilmiştir. Benzer davranışın farklı durumdakiler için eşitlik yerine ayrımcılık anlamı taşıyabileceğini gösteren bu çalışmayla netice itibariyle Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının toplumdaki "farklı" ve bu nedenle dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında etkili bir hukuki araç olmasına yönelik önerilere varılabilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Dolaylı ayrımcılık yasağı, dolaylı ayrımcılık, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık, maddi eşitlik, dezavantaj yaklaşımı, eşitlik ve ayrımcılığa uğramama hakkı.

ABSTRACT

This research focuses on the prohibition of indirect discrimination, which can be considered a relatively new concept within the framework of equality and the prohibition of discrimination. The research is based on the claim that the prohibition of indirect discrimination may constitute an efficient legal instrument in helping disadvantaged groups reach substantive equality. The first step of the research was a concept analysis within the scope of indirect discrimination via a literature review. The second step was aimed at determining the normative concept through a review of the appropriate legal measures. In the third and final step, the efficiency of the prohibition of indirect discrimination as a legal instrument was tested through an inductive approach, focusing on the ability of disadvantaged groups to achieve substantive equality. With this intention, prohibition of indirect discrimination - in the context of the right to equality and non-discrimination - was examined in relation to, and within the framework of, the legal systems that it originates from, international human rights law and Turkish law. Through this study, which proposes that similar treatments may be perceived as discrimination rather than demonstrating equality-based understanding, it was possible to reach conclusions which indicate the prohibition of indirect discrimination as an efficient legal instrument in Turkish law, aiming to help "diverse" - and therefore disadvantaged - groups to reach substantive equality.

Key words: Prohibition of indirect discrimination, indirect discrimination, disparate impact discrimination, substantive equality, disadvantage approach, right to equality and non-discrimination.

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
a.g.e.	:Adı geçen eser
a.g.m.	:Adı geçen makale
a.g.t	:Adı geçen tez
AK	:Avrupa Konseyi
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AİHK	:Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASŞ	:Avrupa Sosyal Şartı
ASHK	:Avrupa Sosyal Haklar Komitesi
ATAD	:Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
BAM	:Bölge Adliye Mahkemeleri
BM	:Birleşmiş Milletler
BMMYK	:Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
CJEU	:Court of Justice of the European Union
CEDAW	:Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CİMER	:Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
EC	:European Council
ECRI	:European Commission Against Racism and Intolerance
EEOC	:Employment Opportunity Commission
EHK	:Engelli Hakları Komitesi
EHS	:Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme
ESHİD	:Eşit Haklar için İzleme Derneği
ESKHS	:Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
ESKHK	:Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
GGASŞ	:Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICJ	:International Commission of Jurists
ILO	:International Labour Organization
İFEK	:İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu
İHK	:İnsan Hakları Komitesi
İHEB	:İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHİK	:TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu
İYUK	:İdari Yargılama Usulü Kanunu
KDK	:Kamu Denetçiliği Kurumu
KEFEK	:TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu
KSHS	:Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
STK	:Sivil Toplum Kuruluşu
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEOG	:Temel Eğitimden Ortaöğretime Geçiş Sınavı
TİHEK	:Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
UDAD	:Uluslararası Daimî Adalet Divanı

GİRİŞ

Leyleği evine akşam yemeğine davet eden Tilki, hazırladığı çorbayı birbiriyle benzer nitelikteki düz tabaklarda sunar. Tilki, çorbayı tüketir; ancak fiziksel özellikleri sebebiyle çorbayı tüketemeyen Leylek, aç kalır. Tilki'nin bu kötü şakasına karşılık vermek isteyen Leylek de Tilki'yi akşam yemeğine davet eder ve hazırladığı çorbayı, konuğu ve kendisi arasında ayrım yapmadan yine birbiriyle benzer ince ve uzun kaplarda sunar. Bu kez de Tilki fiziksel özellikleri sebebiyle çorbayı tüketemez ve aç kalır. Aesop'un, Tilki ve Leylek'in akşam yemekleri etrafında dönen bu *fabl*ı[1], herkese benzer ya da eşit davranıldığında dahi eşitliğin sağlanamayabileceğini gösterir. Bu çalışma da, herkese benzer ya da eşit davranıldığında ortaya çıkabilen ayrımcı etki ya da sonucu da kapsayacak bir ayrımcılık yasağını sorgulama amacındadır.

İnsan haklarının korunması sürecinde gündeme gelen ayrımcılık yasağının temel amacı, eşitliği sağlamaktır. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik kavramları arasındaki ilişkiyi basitçe ortaya koyan bu önerme, bu iki kavramın aynı anlama geldiği izlenimini verir. Ancak, her durumda ayrımcılık yasağı ve eşitlik kavramlarını eş kavramlar sayarak; ayrımcı davranılmadığı sürece eşitliğin sağlanabileceğini söylemek doğru olmayacaktır. Nitekim ayrımcılık yasağı ve eşitlik kavramlarını eş kavramlar sayan şekli eşitlik anlayışı, herkesin benzer ve eşit olduğu önkabulüyle, benzer davranış sergilendikçe ayrımcılık yasağına aykırılığın gündeme gelmeyeceğini savunurken; farklı durumdakilerin maruz kalabileceği ayrımcılığı göz ardı eder. Maddi eşitlik anlayışında ise her durumda benzer davranış sergilenmesiyle eşitliğin sağlanamayacağı düşüncesi hâkim olup; farklılıklar, başka bir deyişle yapısal eşitsizlikler de, dikkate alınır. Bu anlamda beyaz, erkek, özgür, belirli bir servete sahip ve engeli olmayan kişiyi temel alan şekli eşitlik anlayışından farklı olarak maddi eşitlik anlayışında, farklılıkların ve farklı durumdakilerin toplumdaki dezavantajlı konumlarının dikkate alınması söz konusudur.

---

[1] Aesop'un "Tilki ve Leylek" (*"The Fox and the Stork"*) fablına, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ilk incelemenin yapıldığı Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin 1971 tarihli Griggs v. Duke Power Co. kararında Başyargıç Burger tarafından farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığı açıklamak üzere başvurulmuştur.

Farklı durumdaki kişilerin ayrımcılığa uğramama hakları bağlamındaki maddi eşitlik taleplerini güçlendirecek bir ayrımcılık yasağı arayışına katkı sunma çabasında olan bu çalışma kapsamında, eşitlik ve ayrımcılık yasağı birbirine eş kavramlar olarak değil; birbirini etkileyen ve belirleyen kavramlar olarak ele alınacaktır. Belirli bir zamanda ve mekânda mevcut toplumsal değerlere bağlı olarak değişebilen eşitlik anlayışının o andaki ayrımcılık yasağının anlamını ve içeriğini şekillendirdiği düşüncesiyle geliştirilen bu ele alış şekli, farklı ayrımcılık biçimlerini tanıyabilme ve bu farklı ayrımcılık biçimlerine maruz kalan kişi veya kişi gruplarının maddi eşitlik taleplerini görme ve gösterebilmeye de imkân tanır niteliktedir. Bu doğrultuda çalışma, eşitlik ve ayrımcılık yasağının dinamik doğaları çerçevesinde nispeten yeni sayılabilecek dolaylı ayrımcılık kavramını ve dolaylı ayrımcılık yasağını konu edinmiştir.

Çalışmanın iddiası da, dolaylı ayrımcılık yasağının toplumdaki dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç olduğudur. Çalışma kapsamında genel olarak, dolaylı ayrımcılık yasağının toplumdaki dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları bakımından etkili bir hukuki araç olup olmadığı hem teori hem de uygulama açısından sorgulanacaktır. Bu kapsamda gündeme gelen bir alt soru da, dolaylı ayrımcılık yasağının, Türkiye hukukunda öngörüldüğü şekliyle dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç niteliği taşıyıp taşımadığı üzerinedir. Bu alt soruyu cevaplamak adına da, çalışmanın bir amacı da, dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukundaki yeri ve uygulamasını belirlemek olarak ifade edilebilir. Bu doğrultuda, çalışmada literatür incelemesi yöntemiyle dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin kavram analizi yapılmış, mevzuat tarama yöntemiyle normatif kapsam belirlenmiş ve son olarak da tümevarım yöntemi yardımıyla dolaylı ayrımcılık yasağının toplumdaki dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları bakımından Türkiye hukukunda etkili bir araç olup olmadığı test edilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümü, dolaylı ayrımcılık kavramının anlamı ve dolaylı ayrımcılık yasağının gelişim süreci üzerinedir. Dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsal temellerinin incelendiği bu bölümde kavramsal analizin yanısıra, dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsal kökenlerini yansıtan gelişmelere de yer verilecektir. Böylece dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili

bir hukuki araç olup olmadığının cevabı, dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsallaşmasını sağlayan gelişmeler çerçevesinde uygulama bakımından da aranacaktır. Dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağının anlamlandırılma ve gelişim sürecin kronolojik bir sırayla ortaya konulduğu bu inceleme, çalışmanın izleyen bölümleri için bir kavramsal çerçeve çizmeyi hedeflemektedir.

Buna göre Birinci Bölüm'de öncelikle dolaylı ayrımcılık yasağının hangi eşitlik anlayış ve yaklaşımıyla ele alındığında dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında etkili bir hukuki araç olabileceğine cevap aranacaktır. Eşitlik anlayışının Türkiye hukukunda genel kabul gören iki farklı eşitlik anlayışı, şekli eşitlik ilkesi ve maddi eşitlik ilkesi, sınırında inceleneceği bu bölümde literatür incelemesi yöntemi hâkim olarak kullanılacak olan yöntemdir.

Dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık biçimlerine ilişkin inceleme kapsamında, dolaylı ayrımcılık kavramı doğrudan ayrımcılık kavramıyla karşılaştırmalı bir incelemeye tabi tutulacaktır. Böylece ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin genel ifadesi de sayılabilecek olan doğrudan ayrımcılık biçimine ilişkin yasak yanında, dolaylı ayrımcılık biçimine ilişkin yasağın da ayrımcılık yasağının genel ifadesine dahil edilmesinin anlam ve önemi yine literatürdeki farklı görüşler bağlamında ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Maddi eşitlik anlayışı dahilindeki diğer kurumlar olarak tespit edilen geçici özel önlemler ile makul uyumlaştırmayla dolaylı ayrımcılık kavramının benzerlik ve farklılıkların irdelenmesi suretiyle de nihayetinde dolaylı ayrımcılık yasağının maddi eşitlik arayışında kapsadığı alan belirginleştirilmeye çalışılacaktır. Son olarak da literatürde işaret edilen farklı dolaylı ayrımcılık biçimlerine yer verilerek, teori aşamasından uygulama aşamasına doğru bir geçiş sağlanacaktır.

Dolaylı ayrımcılık kavramının ve dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerini yansıtan gelişmeler de yine literatürde dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin ilk gelişmelerin gözlemlendiği kabul edilen hukuk sistemlerini takiben sunulacaktır. Böylece dolaylı ayrımcılık yasağının birbirinden etkilenen ilgili hukuk sistemleri çerçevesindeki kavramsallaşma ve tanımlanma sürecinde, nihayetinde kazandığı anlama erişmek amaçlanmıştır. Bu kısımda, literatür incelemesi yöntemi yanında mevzuat taraması yöntemi de kullanılacaktır.

Çalışmanın dolaylı ayrımcılık kavramının uluslararası insan hakları hukukundaki anlamlandırılma süreci üzerine olan İkinci Bölümü kapsamında ise dolaylı ayrımcılık yasağının uluslararası insan hakları hukukundaki kaynaklarına odaklanılacaktır. Tüm uluslararası insan hakları sözleşme ve belgelerini tüketmek tezin amacı ve kapsamını aşacağından bu bölümdeki inceleme, tezin dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukundaki yeri ve uygulamasını sorgulama amacını da hatırda tutarak, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler çatısı altındaki ayrımcılık yasağına ilişkin sözleşme ve belgelerle sınırlı tutulmuştur. Bu kapsamda, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler sistemi bağlamındaki uluslararası insan hakları sözleşme ve belgelerinin ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemeleri temelinde, dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağı analiz edilecektir. Bu kapsamda, yine tezin amacını ve kapsamını da gözeterek, ilgili sistemler bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili tüm karar ve görüşleri tüketmek yerine; bu sistemler dahilindeki dolaylı ayrımcılık yasağını içeren düzenlemeleri ve bu düzenlemeler bağlamında geliştirilen dolaylı ayrımcılık yasağı incelemelerini sunmak tercih edilmiştir.

Türkiye'nin onayladığı uluslararası insan hakları sözleşme ve belgelerinde dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağının nasıl anlam bulduğunun ve tanımlandığının literatür incelemesi ile mevzuat taraması yöntemleriyle gösterildiği İkinci Bölümde, ayrıca farklı dolaylı ayrımcılık örnekleri de sunulmaya çalışılacak ve dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin uygulama da böylece somutlaştırılacaktır. Bu doğrultuda, İkinci Bölümün hedefini de Türkiye tarafından onaylanan uluslararası sözleşmelerinin ve sözleşmelerce kurulan denetim organlarının karar ve görüşlerinin Türkiye hukukuna dahil olduğu gerçeği doğrultusunda, dolaylı ayrımcılık yasağının uluslararası kaynaklarını göstermek olarak belirlemek mümkündür. Nihayetinde, dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları yönündeki etkililiği bakımından önemli olabilecek bazı hususlara tümevarım yöntemiyle erişmek de yine ilgili hedefe dahildir.

Çalışmanın son bölümünde, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler ile dolaylı ayrımcılık yasağının denetimi üzerinden Türkiye'de dolaylı ayrımcılık yasağının nasıl yer bulduğu ve uygulandığı sorgulanacaktır. Bu

kapsamda, öncelikle dolaylı ayrımcılık yasağının anayasal ve yasal düzenlemeler çerçevesindeki yeri ve sonrasında da Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının denetimini yürüten mekanizmalar, literatür incelemesi ve mevzuat tarama yöntemleriyle incelenecektir.

Anayasal düzenlemeler üzerine olan inceleme kapsamında, mevcut 1982 Anayasası'nda öngörülen ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılığı da içerip içermediği ile anayasal düzlemde yapılan çeşitli değişiklik ve eklemelerin dolaylı ayrımcılığı yasaklamaya imkân tanıyıp tanımadığına da cevap aranacaktır. Yasal düzenlemeler üzerine olan incelemede de, dolaylı ayrımcılık yasağının açıkça öngörüldüğü düzenlemeler yanısıra ayrımcılığın etki temelli biçimini yasaklamaya imkân tanıyan ayrımcılık yasağı düzenlemeleri de gösterilecektir. Bu anlamda Türkiye hukukunda, bir tanım verilmeksizin, 2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu'yla işçi-işveren ilişkisi bağlamında bir yasak olarak tanınmış ve 2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda yer verilen ayrımcılık biçimleri arasında tanımlanmış olan dolaylı ayrımcılığın ve dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukundaki yerinin, sadece açıkça öngörüldüğü düzenlemelerle sınırlı olmadığı iddiası üzerinden; dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukunda ayrımcılığı yasaklayan diğer düzenlemeler bağlamındaki yeri de belirginleştirilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda, yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının incelenen düzenlemelerle ilişkili karar ve görüşleri de benzer bir yaklaşımla, sadece dolaylı ayrımcılık yasağı ifadesiyle sınırlı olmayan; esasen dolaylı ayrımcılığı ifade eden etki temelli ayrımcılık yasağının sorgulanmasını da içeren bir değerlendirmeyle irdelenecektir. Böylece Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının normatif temelleri ilgili karar ve görüşler doğrultusunda da belirginleştirilmeye çalışılacaktır.

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının denetimini yürüten mekanizmalar hakkında yapılan incelemeyle de, esasen dolaylı ayrımcılık yasağının uygulamada nasıl anlam bulduğu ve bu anlamın hangi görev ve yetkilerle donatılmış denetim mekanizmalarınca yaratıldığı gösterilecektir. Ayrıca, dolaylı ayrımcılık mağdurlarının ilgili mağduriyetlerini giderme noktasında sahip oldukları olanaklar da bu kapsamda sorgulanacaktır. Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarını inceleyip değerlendirilebilecek olan yargısal ve yargı dışı denetim

mekanizmalarının nitelikleri yanında, ilgili denetim mekanizmalarının dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları yönünde etkili bir hukuki araç olarak uygulayıp uygulamadıklarına da bakılacaktır.

Yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili karar ve görüşleri sınırlı sayıda olduğu için, denetim mekanizmalarına ve ilgili mevzuat ile uygulamaya ilişkin değerlendirme de çalışmanın önceki bölümlerinde dolaylı ayrımcılık yasağının maddi eşitliğe ulaşma yönündeki etkililiği bakımından önemli olduğu tespit edilen hususlar ışığında gerçekleştirilecektir. Bu doğrultuda, ilgili mekanizmaların erişilebilirliği ile dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili denetimlerinde ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının uygulanması, istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılması, mağdurlaştırmanın yasaklanması ve yaptırım hususları hakkındaki uygulamaları incelenerek; Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe erişimleri için etkililiği böylece değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeyle, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağını, dezavantajlı grupların maddi eşitliğe erişimleri için daha etkili bir hukuki araç olabilmesine yönelik önerilere de ulaşmak hedeflenmektedir.

Türkiye'deki insan hakları literatüründe çeşitli ayrımcılık biçimlerini konu edinen eşitlik üzerine yazılmış eserler bulunmaktaysa da; dolaylı ayrımcılık yasağına odaklanmış çalışmaların sayısı sınırlıdır. Bu çalışmayla, ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsal olarak aydınlatılması ve dolaylı ayrımcılık yasağının, uluslararası insan hakları hukuku ve Türkiye hukuku çerçevesinde incelenmesi suretiyle konuyla ilgili boşluğun doldurulması hedeflenmiştir. Nihayetinde bu çalışma temelde Leylek ve Tilki *fabl*ında anlatıldığı üzere benzer davranışın farklı durumdakiler için eşitlik yerine ayrımcılık anlamı taşıdığını ifşa ederek; hem "farklı" ve bu nedenle dezavantajlı grupların ayrımcılığa uğramama yönündeki hak taleplerine destek olmak, hem de Türkiye'deki mahkemelerin ayrımcılıkla ilgili perspektifini etkilemek umudundadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. DOLAYLI AYRIMCILIK KAVRAMI VE DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

Aynı işyerinde ifa ettikleri benzer değerdeki iş karşılığında farklı ücretler ödenen iki işçinin eşit olduğunu söylemek mümkün müdür? Bu iki işçinin eşit olduklarını söylemek mümkünse; bu nasıl gerekçelendirilebilir? Bu iki işçinin eşit olduğundan bahsetmek mümkün değilse; bu hangi nedene dayanılarak öne sürülebilir? Ya da aynı işyerinde benzer değerdeki işi yapan işçilerden daha az ücret alan işçinin, ayrımcılığa uğradığını iddia etmek mümkün müdür; mümkünse bu ayrımcılık iddiası nasıl temellendirilebilir? Bütün bu soruların cevaplanmasıyla hem eşitlik kavramı hem de ayrımcılık kavramının ne anlama geldiği açıklanabilir.

Eşitlik ve ayrımcılık kavramları, genel anlamda bütün insanların insan hakları hukukunun sunduğu imkânlardan etkili bir şekilde yararlanmalarını sağlamak üzere ortaya çıktığı söylenebilecek olan ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi üzerinden değerlendirilecektir. Bu değerlendirme kapsamında, ilk olarak dolaylı ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair teorik çerçevede nereye denk geldiği somutlaştırılacaktır. Böylece hangi eşitlik anlayışı kapsamında anlamlandırıldığı tespit edilen dolaylı ayrımcılık kavramının, diğer kavramlarla olan ilişkisine ve bu kavramlarla benzerlik ve farklılıklarına ise izleyen kısımda değinilecektir. Dolaylı ayrımcılığın literatürde incelenen ortaya çıkış biçimlerine de kısaca yer verilerek, kavramın benzer kavramlardan farklı yönleri belirginleştirilecektir. Bunu takiben son olarak dolaylı ayrımcılık yasağının kökenleri incelenerek; dolaylı ayrımcılık kavramının ve dolaylı ayrımcılık yasağının uygulamada nasıl kavramsallaştırıldığı gösterilecektir.

1.1. FARKLI EŞİTLİK ANLAYIŞLARI KAPSAMINDA DOLAYLI AYRIMCILIK KAVRAMI VE DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

Eşitlik ve ayrımcılık kavramları hem ahlaki hem de hukuki kurallar bağlamında incelenebilir ve anlamlandırılabilir. Çalışma kapsamında ilgili kavramlar, hukuk

normları çerçevesindeki yansımalarıyla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı üzerinden değerlendirilecektir.

Eşitlik kavramının, insan hakları hukuku bağlamında ilk kez, insan hakları hukukunun ana vaatlerinden biri olarak ve eşitliğe ulaşma arzusu biçiminde ortaya çıktığı söylenebilir[2]. Ancak insan haklarını düzenleyen belgelerde ya da devletlerin anayasalarında ulaşılması gereken bir ideal olarak yer verilen eşitlik kavramına ilişkin, evrensel olarak kabul görmüş bir tanımın olduğunu söylemek güçtür[3]. Nitekim, eşitlik kavramına tarih boyunca farklı anlamlar atfedilmiş ve bu farklı anlamlar eşitlik kavramının tanımına, değişken ve dinamik bir nitelik kazandırmıştır[4]. Bu anlamda karmaşık ve çok boyutlu bir kavram olduğu da belirtilebilecek olan eşitlik kavramını tanımlamak kolay değildir[5]. Hatta literatürde, eşitliğin etik ve yasal bağlamlarda tanımlara sıkıştırılmaması gereken bir kavram olduğu yönünde düşünceler de mevcuttur[6].

---

[2] 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'ndeki "Bütün insanlar eşit yaratılmıştır." ifadesi ile 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin birinci maddesindeki insanların hak ve özgürlükler bakımından özgür ve eşit doğduklarına ilişkin ifade, eşitlik kavramının insan hakları hukuku bağlamında bir ideal şeklinde ortaya çıkışını örnekler. Bakınız: Daniel Moeckli, "Equality and Non-Discrimination", Ed. Stephaine Farrior, Equality and Non-Discrimination under International Law, Newyork, Routledge, 2015, s.53; Ulaş Karan, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.35.

[3] Anne F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", Human Rights Law Journal, Vol. 11, No. 1-2, 1990, s.2; Wouter Vandenhole, Non-discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies, Antwerpen, Intersentia, 2005, s.33; Kadriye Bakırcı, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012a, s.61.; Sandra Fredman, "Substantive Equality Revisited", International Journal of Constitutional Law, Vol.14, No.3, s. 712.

[4] Bu doğrultuda eşitlik teorisyenleri kendi perspektifleri doğrultusunda, daha önceki eşitlik tanımlarını eleştiren fikirler ortaya koymuş ve daha işlevsel bir eşitlik tanımı arayışına girmişlerdir. Eşitlik kavramının felsefi temelleri hakkında kısa ve öz bir değerlendirme için bakınız: Jarlath Clifford, "Equality", Ed. Stephanie Farrior, Equality and Non-Discrimination under International Law, Newyork, Routledge, 2015, s.4-9. Eşitlik kavramının tarihsel gelişimine dair kısa bir inceleme için bakınız: Gözde Kaya, Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2010, s.4-7.

[5] Eşitlik kavramına ilişkin bu yorum aynı zamanda eşitsizlik kavramı için de geçerlidir. Konuya ilişkin daha ayrıntılı bilgi için Larry Temkin'in "Inequality (Oxford, Oxford University Press, 1993)" eserinin İkinci Bölümü'ne göndermede bulunulmuştur. Bakınız: Steafan Gosepath, "The Principles and the Presumption of Equality", Ed. Carina Fourie, Fabian Schuppert, Ivo Wallimann-Helmer , Social Equality. On What It Means to Be Equals. Oxford, Vereinigtes Königreich, 2015, s.168.

[6] Peter Westen, "The empty idea of equality", Harward Law Review, Vol. 95, No: 3, 1982, s.542.

Ayrımcılık kavramının ise, insan hakları hukuku kapsamındaki belgelerde olumsuz bir davranış şekli olarak nitelendirilen bir kavram olduğunu söylemek mümkünse de; ayrımcılık kavramı için de, eşitlik kavramına benzer şekilde üzerinde anlaşmaya varılmış evrensel bir tanımın olduğunu söylemek güçtür[7]. Nitekim ayrımcılık, ancak İkinci Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler'in (BM) insan haklarının ayrımcılığa uğramaksızın deneyimlenmesini sağlama çabasıyla, insan hakları hukuku belgelerinde genel anlamda kullanılan bir kavram haline gelebilmiştir[8]. Ayrımcılığın yasaklandığı bu belgeler kapsamında ayrımcılığa dair düzenlemelerin ise, kimi zaman sınırlı sayıda sayılan, kimi zaman da "ve benzeri nedenler" gibi ifadelerle sonlandırılan düzenlemelerle ucu açık olarak belirtilen ırk, cinsiyet, dil, din gibi temellerde ayrımcı davranışın engellenmesi suretiyle oluşturulduğu görülebilir. Ancak ayrımcılık kavramının geçmişinin, kavramın insan hakları hukuku belgelerinde yer alışına nazaran oldukça eski olduğunu ve kavramın taşıdığı anlamın kökenine dair arayışı da, insanların birbiri üzerinde baskı kurabildikleri ilk ana kadar götürmenin mümkün olduğunu eklemek gerekir. Bu doğrultuda, kısaca ayrımcılık kavramının kökeninde farklı davranışın olduğu belirtilebilir; sonrasında ise, aynı ya da benzer davranışın da ayrımcılığa yol açabileceği gerekçesiyle ayrımcılığın sadece farklı davranıştan kaynaklanmayacağının anlaşıldığı söylenebilir[9].

---

[7] Bayefsky, a.g.m., s.2; İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.9. Çok taraflı uluslararası insan hakları andlaşmalarının büyük bir kısmını oluşturan BM sistemindeki andlaşmaların incelendiği bir çalışmada da, ayrımcılığın yasaklandığı bu andlaşmalar bağlamında evrensel olarak kabul edilmiş bir ayrımcılık tanımı olmadığı da ortaya konulmuştur. Bakınız: Vandenhole, a.g.e., s. 33.

[8] E.W. Vierdag, The Concept of Discrimination in International Law with special reference to Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, s.50; Gül ve Karan, a.g.e., 2011, s. 1. Ayrımcılık kavramının modern insan hakları hukuku belgeleri öncesinde, hukuki bağlamda ilk kez Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin 1880 tarihli bir mahkeme kararında görüldüğü kabul edilir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin renk temelinde ayrımcılığa değindiği ilgili kararı için bakınız: U.S. Supreme Court, *Virginia v. Rives, 100 U.S. 313* (1880), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/313/ (Erişim Tarihi: 30.08.2020).

[9] Ayrımcılık kavramının, Charles Dickens'ın Amerika'daki kölelik hakkında gözlemleri, Amerikan Sivil Savaşı sonrasında Kongre'deki Anayasa değişikliği üzerine yapılan tartışmalar, Birinci ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında azınlıkları korumaya yönelik hazırlanan andlaşmalardaki ilgili hükümler ile Amerika'daki Sivil Haklar Hukuku ile olumlu eylem politikaları üzerinden evrimsel biçimde incelendiği çalışmanın ilgili kısımları için bakınız: Robert K. Fullinwinder "Discrimination: Word, Concept, Anti-Norm-Some Historical Sketches", Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination, London and New York, Routledge, 2018, s. 435 – 446. İkiz kavramlar olarak alınan ayrımcılık ve eşitlik kavramlarının, uluslararası hukuk bağlamında gelişim süreçlerini tarihsel olarak inceleyen bir çalışma için bakınız: Alexander McKean Warwick, Equality and Non-Discrimination under International Law, Oxford, Clarendon Press, 1983.

Ayrımcılık kavramına dair bu kısa açıklamaların, çalışma kapsamında ayrımcılığın farklı ya da benzer davranıştan kaynaklı olarak kabul edilerek inceleneceğini ifade etmeye yönelik olmadığını da eklemek gerekir. Bu açıdan, bir tanımlama çabasından ziyade ayrımcılık kavramını açıklamak üzere, konu bağlamında ayrımcılığın, bir toplumsal gruba mensubiyete bağlı olarak gündeme gelen farklı ya da benzer davranış veya tutumlar, uygulamalar ya da politikalardan kaynaklandığına dair yapılan bir açıklama çalışmanın devamıyla daha tutarlı olacaktır. Bu anlamda çalışma kapsamında ayrımcılığın, sadece davranışın farklılığı ya da benzerliğiyle sınırlı olarak değil, ayrıca dezavantaj kavramı üzerinden açıklama bulacağını da belirtmek gerekir. Dolayısıyla kişilere karşı ayrımcılığın da toplumsal anlamda dışlanmış ya da toplumun genelinden farklı bir bütünü temsil eden, bu açıdan mevcut anlamda dezavantajlı sayılabilecek grup üyelerine yönelik, bir olumsuz tutum ya da davranış olarak gündeme geldiği kabulünün çalışmanın bütününde mevcut olduğunu bu noktada vurgulamakta fayda vardır[10].

Genel anlamda böylece ortaya çıkmış olan eşitlik kavramı insan hakları hukukunda, eşitlik idealini gösteren eşitlik ilkesi olarak; ayrımcılık ise ayrımcılık yasağı olarak düzenleme bulmuştur. Bu anlamda ilgili eşitlik ilkesinin öngördüğü eşitlik ideali, başka bir ifadeyle "neyin eşit olması gerektiği" ayrımcılık yasağıyla somutlaştırılmış ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerle de güvence altına alınmıştır. Ayrımcılık yasağına ilişkin bu düzenlemelerle esasen kişilerin bazı özellikleri temelinde olumsuz

---

[10] Ayrımcılığın her türlü farklı davranıştan çok, dezavantaj yaratan davranıştan kaynaklı olduğu da belirtilmiştir. Bu doğrultuda, kişilere karşı ayrımcılığın, kişilerin belirli bir sosyal gruba mensup oluşlarıyla zorunlu olarak bağlantılı olduğunu ve ayrıca ayrımcı davranışın da yöneldiği kişileri muhakkak bir tür dezavantaja, zarara ya da haksızlığa maruz bıraktığı ifade edilmiştir. Bakınız: Andrew Altman, "Discrimination", Ed. Edward N. Zalta, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2020 Edition), First published Tue Feb 1, 2011. https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/discrimination/ (Erişim Tarihi: 30.08.2020). Literatürde de ayrımcılığı olumsuz kılan sebebin sadece normatif olarak belirlenen bazı temellerde yasaklanmış olmasından ziyade, toplumsal olarak dezavantajlı grupların ilgili durumunun ayrımcılığı ahlaken olumsuz bir davranış haline getirdiğine ilişkin görüşlerin yer aldığı çalışmalar mevcuttur. Ayrımcılığın "toplumsal farklılık koşulu (*social salience requirement*)" ile bağlantılı olarak değerlendirildiği çalışmalar için bakınız: Kasper Lippert-Rasmussen, "The Badness of Discrimination." Ethical Theory and Moral Practice, Vol. 9, No. 2, 2006, pp. 167–185; Altman, a.g.m.; Benjamin Eidelson, Discrimination and Disrespect, UK, Oxford University Press, 2015, s.28-30; Kasper Lippert-Rasmussen, Born Free and Equal: A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination, Oxford, Oxford University Press, 2014. İngilizce kaynaklarda "*Social salience requirement*" olarak ifade edilen bu koşulu, çalışmanın devamıyla da daha uyumlu olması açısından Türkçe'de toplumdaki dezavantajlı gruplar olarak ifade etmek mümkündür.

davranışlarla karşı karşıya bırakılmalarının ya da birtakım menfaatlerden yararlanma imkânlarından dışlanmalarının önüne geçmek suretiyle eşitlik idealine ulaşmak amaçlanmıştır[11]. Ayrımcılık yasağına ilişkin bu düzenlemelerin kapsamında, kişilerin hangi özelliklerinin ayrımcılığa karşı korumada esas alınacağı ya da hangi temellerde haklar ve menfaatler konusunda olumsuz davranışlar sergilenemeyeceği, başka bir ifadeyle ayrımcılık yasağıyla kimler arasında eşitliğe ulaşılmasının amaçlandığı, meselesinin ise değişken olduğunu söylemek mümkündür ki; bu durumun kaynağı da ayrımcılık yasağı düzenlemelerinin benimsenen eşitlik ilkesine bağlı olarak oluşturulmasıdır.

Bu doğrultuda, her ne kadar aynı şeyi ifade ediyor gibi görünseler de eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkiyi de belirginleştirmek gerekir. Sıklıkla aynı bağlam içinde kullanıldığı görülen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, çoğu zaman aynı şeyi ifade etmek üzere kullanıldığı söylenebilir. Ancak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının eş anlamları ifade eden kavramlar olduğunu söyleyenler yanında, bu iki kavramın farklılığını savunanlar da vardır[12]. Bu doğrultuda eşitlik ilkesini ayrımcılık yasağıyla eş anlamlı gören anlayış ile eşitlik ilkesiyle ayrımcılık yasağının aynı anlamı taşımadığını kabul eden anlayışın hedeflediği sonuçların, aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. Eşitlik ilkesini ayrımcılık yasağıyla eş anlamlı gören anlayış, olumsuz nitelikli olduğunu söylediğimiz ayrımcılığı yasaklayarak olumlu olan eşitlik koşullarına ulaşılabileceğini savunurken; eşitlik ilkesini, sadece olumsuz koşulları olumlu düzleme çekme hedefiyle sınırlandırır. Ancak olumlu görünen koşullarda dahi eşitlik ilkesine aykırı durumların söz konusu olabileceği de bir gerçektir. Olumlu görünen koşullarda eşitsizliğin ya da ayrımcılık yasağına aykırılığın gündeme gelebileceğini ise eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağıyla farklı anlamlara geldiğini kabul eden anlayış dahilinde

---

[11] Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 7, 2005, s.977. Ayrıca bakınız: Karan, a.g.e., s. 69-70.

[12] Bu farklı yorumlar esasen eşitlik ilkesine atfedilen anlamla yakından ilişkilidir. Aynı yönde görüşler için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s.5; Karan, a.g.e, 2017: s. 68. Eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının aynı ilkenin pozitif ve negatif anlam taşıyan farklı ifadeleri olduğunun savunulduğu çalışmalar için bakınız: Warwick, a.g.e.'den aktaran Bayefsky, a.g.m, s.1. Dipnot 1; Oddny Mjöll Arnardottir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff, 2003, s.7; B.G. Ramcharan, Equality and Non-Discrimination, Ed. Stephanie Farrior, Equality and Non-Discrimination under International Law, Newyork, Routledge, 2015, s.35-36.

öne sürmek mümkündür. Eşitlik arayışını bu şekilde olumsuz koşullarda olduğu kadar olumlu görünen koşullarda dahi sürdürmek ise, bu doğrultuda yasaklanması gereken farklı ayrımcılık biçimlerinin olduğunu anlatır[13].

Farklı eşitlik anlayışları dahilinde ayrımcılık yasağının farklı bağlam ve koşullarda alabileceği biçimleri irdelemek, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağıyla ilgili incelemeyle hedeflenen asıl sonuca dair de yorum yapabilmek adına önemlidir. Nitekim çalışmanın amacı, bir ayrımcılık biçimine dair yasağın belirli bir tür eşitlik ilkesinin şekil verdiği anlayışla hedeflenen sonuca ulaşmadaki yeterliliğini sorgulamak olduğu için, aşağıda yapılacak incelemede öncelikle farklı eşitlik ilkelerinin kapsamlarını belirlenecek; başka bir ifadeyle bu eşitlik anlayışlarının ayrımcılığa karşı korumada esas aldığı çerçeve belirginleştirilecektir. Böylece, incelenen eşitlik ilkesince öngörülen ayrımcılık yasağı hakkında yorum yapabilecek argümanlar da ortaya koyulabilecektir.

Çalışmada eşitlik ilkeleri, ayrımcılık yasağına ilişkin farklı kabulleriyle ve aynı ya da benzer yönleriyle sınırlı olmaksızın, asıl olarak sundukları ayrımcılığa uğramama hakkı üzerinden değerlendirilecektir[14]. Bu noktada çalışma kapsamında eşitlik ilkesinin bir hak üzerinden değerlendirilmesinin, eşitlik ilkesinin sadece bir hakkın karşılığı olarak kabul edilmesi anlamına gelmediğinin de altını çizmek gerekir. Eşitlik ilkesini ayrımcılığa uğramama hakkı ya da eşitlik hakkıyla eşdeğer olarak kabul etmek, eşitliği tüm hukuk uygulamasına hâkim bir ilke olmaktan çıkarma ve bu anlamda sınırlandırılabilir bir hak formuna getirme sonucunu yaratabileceği için, eşitlik çalışma kapsamında hem bir ilke hem de bir hak olarak kabul edilecektir. Ayrımcılığa uğramama

[13] Bu yorumda, İş Kanunu m. 5/2 düzenlemesindeki farklı işlem yasağının lafzına ilişkin inceleme bağlamında, eşitlik ilkesi gereğince, eşitliğin sadece olumsuz koşullarla sınırlı olmaksızın; olumlu koşullarda da sağlanmasının hedeflediğinin belirtildiği ifadelerden yararlanılmıştır. Bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s.982.

[14] Eşitlik ilkesini bir hak üzerinden değerlendirirken, şüphesiz eşitlik hakkından da bahsetmek gerekir. Çalışma kapsamında, eşitlik hakkıyla aynı anlamı taşıdığını söylemenin mümkün olduğu ayrımcılığa uğramama hakkının tercih edilmesinin nedeni, bir hakkı ayrımcılığa uğramama talebiyle sunmanın esasen bir ayrımcılık biçimini irdeleyen çalışmada tutarlı bir incelemeyi mümkün kılacağı düşüncesidir. Bu nedenle, aşağıdaki inceleme boyunca eşitlik ilke ya da anlayışları dahilindeki talepler, ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında ele alınacaktır. BM sisteminde eşitliğin bütün insanların aynı insan haklarına sahip olduğunu belirten bir ilke olduğu kadar, bu haklara ek ve bağımsız bir hak oluşuna dair açıklamalar için bakınız: Ramcharan, a.g.m., s. 36 – 37.

hakkı ise, çalışmanın amacı doğrultusunda, eşitlik talebini gösteren bir hak olarak inceleme bulacaktır[15].

Çalışmada incelenen farklı eşitlik anlayışlarının imkân tanıdığı eşitlik taleplerinin ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında değerlendirilmesine yönelik tercihin iki nedeni vardır. Bunlardan ilki, ayrımcılığa uğramama hakkı üzerinden yapılacak bir değerlendirmenin, ulaşılmak istenen bir ideal formunda soyut düzlemdeki bir kavram olan eşitliği, dezavantajlı grupların eşitlik taleplerini ifade edebilecekleri forma getirerek, eşitliği somut düzlemde anlamlandırabilme imkânını sunmasıdır.[16] Başka bir ifadeyle çalışmada sorgulanacak olan da, bu bölümün en başında yararlanılan aynı işyerinde benzer nitelikteki işi yapmaları karşılığında farklı ücretler alan iki işçinin durumu örneği açısından, daha az ücret alan işçinin ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamındaki talepleridir. Tercih edilen değerlendirme yönteminin ikinci nedeni de, bu değerlendirme yönteminin incelenen eşitlik ilkesinin ayrımcılığa karşı sunduğu koruma ya da ayrımcılık yasağından yararlandırmayı hedeflediği kişi ya da kişi gruplarına dair de söz söylemeyi ve böylece incelenen eşitlik ilkesinin öngördüğü ayrımcılık yasağını çalışmanın amacı doğrultusunda yorumlamayı mümkün kılmasıdır. Bu imkânla, baştaki örnekteki benzer nitelikteki işi yapmasına rağmen daha az ücret alan işçinin cinsiyeti, ırkı, rengi, dini, etnik kökeni gibi özellikleri de değerlendirmeye alınabilecek; bu açıdan ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan bağlantılı ayrımcı tutum ya da

---

[15] Ayrımcılık yasağının ve eşitlik ilkesinin, insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasıyla bunların kullanılması yönünde temel ilkeler olması yanında ayrıca birer temel hak oluşturdukları da belirtilmiştir. Bakınız: Bakırcı, 2012a, s.61. Eşitliğin hem başlı başına bir hak, hem de bir ilke olduğu; ayrıca eşitlik ilkesinin karşılığı olarak ayrımcılık yasağı esas alındığında ayrımcılık yasağının ihlali halinde eşitlik ilkesinin de ihlal edileceği, bunun da ayrımcılık yasağının sadece bir hak olarak kabul edilmesi sonucuna yol açacağına da dikkat çekilmiştir. Bu doğrultuda, ayrımcılık yasağının bir hak olarak kabul edilmesiyle diğer hak ve özgürlükleri tamamlayan niteliğinin yiteceğini, dolayısıyla ayrımcılık yasağının mutlak bir hak olup olmadığı meselesinin de gündeme geleceğine değinilmiş ve ayrımcılık yasağının mutlak bir hak olmadığı ve sınırlandırılabileceğine ilişkin anlayışın farkındalığıyla, ayrımcılık yasağının hem bir hak hem de bir ilke olarak kabul edilmesinin daha doğru olacağı sonucuna varılmıştır. Bakınız: Karan, 2017, s. 68, d.n.353. Ayrıca iş hukuku bağlamında eşit davranma ilkesinin incelediği başka bir çalışmada da, eşitlik ilkesinin sadece temel bir hak olmadığı ve diğer insan hakları için gerekli temeli de eşitlik ilkesinin oluşturduğu belirtilmiştir. Bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m, 2005, s.975.

[16] Eşitliğin koşullara bağlı olarak yüklenen farklı değerlerle farklı anlamlar taşıyabilecek soyut bir kavram olduğu düşüncesiyle, eşitlik talebinin haklar üzerinden geliştirilmesinin gerekliliği de savunulmuştur. Bakınız: Westen, a.g.m., s. 563-564. Uluslararası insan hakları hukukunda eşitliğin ve ayrımcılık yasağının anlamlandırılması sürecinin somut bir düzlemde geliştirilmesine uluslararası insan hakları mekanizmalarının nasıl cevap verdiğini inceleyen bir çalışma için bakınız: Moeckli, a.g.m.

davranışlar yanında, bu temellerle dolaylı olarak bağlantılı olan ayrımcı sonuçlar da ele alınabilecektir.

Bu doğrultuda aşağıda, eşitlikle ilişkili en yaygın olarak kullanılan şekli eşitlik ve maddi eşitlik sınıflandırması esas alınarak, bu eşitlik anlayışları bağlamında nasıl bir ayrımcılık yasağı öngörüldüğüne ve bu ilkeler doğrultusunda kimlerin ayrımcılığa uğramama hakkının öznesi olarak belirlendiğine cevap aranacaktır[17]. Bu anlamda eleştirel hukuk çalışmaları bağlamında ayrımcılık yasağı ve eşitliği açıklamak üzere ortaya konulan yaklaşımlardan feminist teorisyenlerce ortaya konulan bazı yaklaşımlara da başvurulacaktır. Bu kapsamda feminist teori kapsamında eşitlikle ilgili olarak ortaya konulmuş benzerlik yaklaşımından şekli eşitlik anlayışını; farklılık ve dezavantaj yaklaşımlarından da maddi eşitlik anlayışını açıklamak üzere yararlanılacaktır[18].

---

[17] Eşitlik kavramını, şekli ve maddi eşitlik ayrımını takiben inceleyen diğer çalışma örnekleri için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e.; Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", Kadın Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2012/1, Sayı: 10 2012c, ss. 1–37; Karan, a.g.e., s.37 vd.

[18] Aşağıda *"1.1. Şekli Eşitlik: Benzerlik Yaklaşımı"* ve *"1.2. Maddi Eşitlik: Farklılık Yaklaşımı ve Dezavantaj Yaklaşımı"* başlıkları altında da, özellikle hukuk uygulaması bağlamında eşitliğin sadece "şekli" yönüyle ele alınmasını eleştiren ve eşitliğe ilişkin "maddi" yaklaşımları da bu anlamda sorgulayıp değerlendiren çalışmalarda benimsenen yaklaşım ve sınıflandırmadan örnek alınarak, çalışmanın amacıyla uyumlu bir yöntem izlenecektir. Bu doğrultudaki değerlendirmede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında ayrımcılık yasağı ve eşitliğin maddi eşitlik anlayışıyla ele alındığı bir çalışma ile uluslararası hukuk ve Avrupa hukuku bağlamında ayrımcılık yasağının maddi eşitlik modelleri kapsamında incelendiği başka bir çalışmada izlenen yöntemlerden örnek alınmıştır. Bakınız: Oddný Mjöll Arnardóttir, "Equality and Non-Discrimination in the European Convention on Human Rights: Towards a Substantive Approach." The University of Edinburgh, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002 ve Oddný Mjöll Arnardóttir, "Non-Discrimination in International and European Law: Towards Substantive Models", Nordic Journal of Human Rights, Vol. 25, No. 2, 2007, ss. 140-157. Bu çalışmalardan birinde Kimber'in (1996) kullandığı yaklaşımlar temel alınmıştır. Bakınız: Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 34 vd. Diğerinde de Rhode'un (1992) sınıflandırması esas alınarak şekli ve maddi eşitlik anlayışları arasındaki ayrım, benzerlik yaklaşımı, maddi farklılık yaklaşımı ve maddi dezavantaj yaklaşımı yardımıyla belirginleştirilmiştir. Bakınız: Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 142 vd. Bu yaklaşımların ortaya konulduğu esas çalışmalar için bakınız: Cliona J. M. Kimber, "Equality or Self-Determination", Ed. Conor Gearty ve Adam Tomkins, Understanding Human Rights, London, Mansell Publishing, 1996, ss. 266-292 ve Deborah L. Rhode, "The Politics of Paradigms: Gender Difference and Gender Disadvantage", Ed. Gisela Bock ve Susan James, Beyond Equality and Difference: Citizenship, Feminist Politics and Female Subjectivity, London, Routledge, 1992, ss. 138-151. BM Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme kapsamında engelli kişilerin eşitlik ve dahil edilme sürecinin incelendiği bir diğer çalışmada, uluslararası insan hakları hukukunda eşitliğe ilişkin düzenlemelerin gelişimine ilişkin değerlendirmede maddi farklılık ve maddi dezavantaj eşitliği kavramları kullanılmıştır. İlgili çalışma için bakınız: Andrea Broderick, The Long and Winding Road to Equality and Inclusions For Persons With Disabilities, Cambridge, Intersentia, 2015, s. 41-45 vd. Eleştirel hukuk çalışmaları bağlamında feminist literatürde ayrımcılık yasağı ve eşitliği açıklamak üzere başka yaklaşımların da temel alındığı çalışmalar mevcuttur. Örneğin, eşitlik meselesi, benzerlik, farklılık ve egemenlik unsurları üzerinden de değerlendirilmiştir. Bu kapsamda özellikle referans gösterilen bir çalışma için bakınız: Catharine A. MacKinnon, Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, Çev. Türkan Yöney ve Sabir Yücesoy, İstanbul, Metis Yayınları, 2003. Cinsiyet

Çalışmada ayrımcılık yasağı ve eşitliğe ilişkin bu yaklaşımların tercih edilmesinin nedeni, bu yaklaşımların dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağının hangi eşitlik anlayışına denk düştüğünü açıklamaya oldukça elverişli olmasıdır. Nitekim bu inceleme sonunda varılacak sonuçla hedeflenen ise, dolaylı ayrımcılık yasağının ait olduğu eşitlik ilkesinin belirginleştirilmesi ve dolaylı ayrımcılık yasağının ait olduğu bu eşitlik ilkesinin kimleri ayrımcılığa uğramama hakkının öznesi kıldığının belirlenmesidir ki eleştirel hukuk çalışmaları içinde de feminist teorisyenlerin eşitlik ve ayrımcılık konusuna ilişkin cinsiyet temelli açıklamalarında da sıklıkla hukukun öznesine dair sorgulamalara rastlamak mümkündür.

1.1.1 Şekli Eşitlik Anlayışı: Benzerlik Yaklaşımı

Şekli eşitlik, kısaca en az bir açıdan benzer durumda olan iki kişiye, bu açıdan benzer şekilde davranılması gerekliliğini anlatır. Şekli eşitlik anlayışının düşünsel karşılığını ise Aristoteles'in Platon'un çalışmalarına atıfla ortaya koyduğu "eşit durumdakilere eşit davranış" biçimindeki eşitlik formülünde bulmak mümkündür[19]. Bu formül, aynı zamanda eşitlik çalışmalarının düşünsel başlangıcı olarak da kabul edilebilir[20].

Durum ya da konum itibariyle benzer olanlara karşı benzer şekilde davranılmasını, başka bir ifadeyle davranışta eşitliği vurgulayan bu formül bağlamında

---

eşitliğini açıklamak üzere, benzerlik, farklılık ve kabul yaklaşımlarının izlendiği bir diğer çalışma örneği için bakınız: Christine A. Littleton (1987), "Reconstructing Sexual Inequality", California Law Review, Vol. 75, No. 4, ss. 1279-1337. https://pdfs.semanticscholar.org/30ca/49f8af85abebf516d7e6053165a23a70789e.pdf?_ga=2.140243315.1777086179.1587212553-1038686315.1584193802 (Erişim Tarihi: 19.04.2020). Benzerlik, farklılık ve dezavantaj yaklaşımlarına başvurulan diğer çalışmalar için bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a ve Karan, a.g.e., 2017. Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşmeleri organlarının dolaylı ayrımcılığa dair yaklaşımlarının karşılaştırmalı olarak incelendiği başka bir çalışmada da, dolaylı ayrımcılığın bir unsuru olarak konu edilen "olumsuz etki"ye ilişkin irdelemede, farklılık yaklaşımı ile dezavantaj yaklaşımına başvurulmuştur. Ancak ilgili çalışmada dezavantaj yaklaşımı, grup üzerindeki olumsuz etki; farklılık yaklaşımı ise kişi üzerindeki olumsuz etkiyi açıklamak üzere literatürdeki yaygın kullanımdan farklı bir şekilde kullanılmıştır. Bakınız: Betül Durmuş, "Indirect Discrimination in the Practice of the United Nations Human Rights Treaty Bodies: Testing Originality and Coherence", Koç Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 39 – 46.

[19] Bakınız: "The Nicomachean Ethics of Aristotle", Çev. F.H. Peters, London, Kegan Paul, Trench, Trübner & Co.&Ltd., Book V.3. 1131a10-b15 https://www.stmarys-ca.edu/sites/default/files/attachments/files/Nicomachean_Ethics_0.pdf (Erişim Tarihi: 30.08.2020).

[20] Westen, a.g.m., s. 542.

eşitlik arayışı, davranışın niteliği üzerinden geliştirilir[21]. Bu açıdan şekli eşitlik anlayışı dahilinde asıl önemli olan benzer durumlar karşısında birbirine benzer nitelikteki tutum ya da davranıştır. Bu anlamda şekli eşitlik anlayışının, eşitlik arayışının "benzerlik yaklaşımı" üzerine kurulu olduğu söylenebilir. Simetri yaklaşımı olarak da adlandırılabilecek bu yaklaşıma göre de, iki şeyin benzer durumda olmaları bu benzerlikle tutarlı bir şekilde benzer davranılması için yeterli sayılır[22]. Benzerlik yaklaşımı gereği, şekli eşitlik anlayışı dahilinde eşitlik/benzerlik veya farklılık/ötekilik kavramlarının geleneksel anlamda nasıl kurulduklarıyla ilgilenilmez; önemli olan karşılaştırıldıkları noktada benzer olan durumlara benzer davranılmasıdır[23]. Bu anlamda, benzer durumdakilere benzer davranışla eşitliğin sağlanması durumunu, bir kadının kendisiyle aynı işyerinde benzer değerdeki işi ifa eden bir erkekle aynı ücreti almasını sağlayan, eşit değerdeki işe eşit ücret hakkı mücadelesiyle de örneklendirmek mümkündür[24]. Örneğin de gösterdiği üzere benzer nitelikli tutum ya da davranışla eşitliğin sağlanması fikri, eşitliğin "usulen" sağlanmasının yeterli olduğunu da gösterir. Bu doğrultuda benzer durumlarla tutarlı bir şekilde eşitliğin usulen sağlanmasını yeterli bulan şekli eşitlik anlayışı dahilinde, eşitliğin sonuç itibariyle sağlanıp sağlanmadığı önemli görülmez. Başka bir ifadeyle, şekli eşitlik anlayışında asıl önemli olan bir yasa ya da politika kapsamında benzer durumda olarak sınıflandırılan kişilere benzer davranışta bulunulması olduğu için; sonuçların bir önemi olmaksızın eşitliğin sağlanmış olduğu kabul edilir[25].

Şekli eşitlik anlayışı dahilinde esasen kişilerin belirli bir cinsiyet, cinsel yönelim, renk, dil, din, etnik köken ya da engelli grubuna mensup olmaları dolayısıyla karşı karşıya kaldıkları grup temelli eşitsizliklere de eşitlik arayışında yer verilmez. Nitekim

---

[21] Vierdag, a.g.e., s. 14; Gosepath, a.g.m., s. 168.
[22] Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 142-143. Engelli kişilerin hakları bağlamında eşitlik anlayışının gelişim sürecinin incelendiği başka bir çalışmada da, benzerlik yaklaşımının, engelli kişilerin hakları bağlamında eşitlik anlayışının 1950'li ve 1970'li yıllar arasına denk düşen gelişim sürecinin ilk aşaması kapsamında benimsenen yaklaşım olduğunu belirtilmiştir. Bakınız: Oddný Mjöll Arnardóttir, "A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?", Ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives, Brill|Nijhoff, 2009, s. 47-49.
[23] Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143; Moeckli, a.g.m., s. 54-55.
[24] Sandra Fredman, Discrimination Law, Second Edition, London, Oxford University Press, 2011, s. 716.
[25]Colm O'Cinneide, "The Right to Equality: A Substantive Legal Norm or Vacuous Rhetoric," Ed. Sonalini de Zoysa Gunasekera, UCL Human Rights Review 2008, London, University College London, s. 85.

köleliğe, ırkçılığa ve cinsiyetçiliğe tepki olarak doğduğunu da söylemenin mümkün olduğu şekli eşitlik anlayışı dahilinde eşitlik arayışı, negatif olarak tanımlanan soyut bir eşitlik formülüne dayanır[26]; bu kapsamda da, bireysellik esastır. Bu açıdan şekli eşitlik anlayışı kapsamında grup temelinden ziyade soyut bir kişi üzerinden değerlendirme yapılır; bu anlamda da farklılıklar dikkate alınmaz[27]. Şekli eşitlik anlayışının böylece kişilerin cinsiyetleriyle, cinsel yönelimleriyle, ten renkleriyle ya da engellilik durumlarıyla ilişkili olmaksızın eşit ya da benzer olmalarını eşit tutum ya da davranış için yeterli görmesi, genellik, soyutluk, evrensellik ve nesnellik iddiası üzerine kurulu olmasından kaynaklanır[28].

Şekli eşitlik anlayışının, toplumdaki herkesin verili koşullarda eşit durumda olduğunu varsayan bireyci karakteri de[29], devletin tarafsızlığını ya da nötrlüğünü öngören ve devlet için sadece negatif yükümlülüklerin söz konusu olduğu liberal ideallerin ürünü bir eşitlik anlayışı olmasına dayandırılabilir.[30] Şekli eşitlik anlayışının, burjuva devrimleri ile bu gelişmeleri takiben gündeme gelen liberal hukuk düzenlerinde yansımasını "hukuken eşitlik (*de jure equality*)" söylemi içinde bulması da bu açıdan manidardır[31]. Nitekim bu gelişmeler eşitliğin sosyal, ekonomik gibi niteliklerle bağını

---

[26]Eşitliğin farklılıkları kabul etmemek suretiyle yapılan negatif yönlü tanımı, ırkçı, cinsiyetçi ve benzeri tutumlardan kaçınma eğilimini yansıtır. Bakınız: O'Cinneide, a.g.m., s. 98.

[27]Bu açıdan, şekli eşitliğin soyut kişisi de bir "mit" olarak nitelendirilmiştir. Bakınız: Sandra Fredman, "Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide", South African Journal on Human Rights, 21(2), 2005, s. 165.

[28] Klaartje Wentholt, "Formal and Substantive Equal Treatment: The Limitations and the Potential of the Legal concept of Equality", Ed. Titia Loenen and Peter R. Rodrigiues, Non Discrimination Law: Comparative Perspectives, The Hague, Kluwer Law International, 1999, s. 54; Çiğdem D. Sever, "İdeolojik Bir Kavram Olarak Hukuki Eşitlik", Ed. Bora Erdağı, Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları, 1. Baskı, Ankara, NotaBene Yayınları, 2015, s. 43.

[29] Gül ve Karan, a.g.e., s. 6.

[30] Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143; O'Cinneide, a.g.m., s. 85-86. Nötrlüğün, liberalizmin temel bir ilkesi olması, "Nötr Devlet İdeali" ve bu bağlamda bireyler veya vatandaşlar arasında nötrlük hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Fatma İrem Çağlar Gürgey, "Farklılıklar ve tanınma talepleri karşısında liberal kavram ve ilkelerin değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, ss. 90 – 95. Ayrıca Bakınız: John Gardner, "Liberals and Unlawful Discrimination", Oxford Journal of Legal studies, Vol. 9, Issue. a1, 1989, ss. 1-22.

[31] Hukuken eşitlik kavramı, hukuk kuralları bağlamında eşit muamele olarak tanımlanabilir. Bakınız: Rolanda Oostland, "Non-discrimination and Equality of Women: A comparative analysis of the interpretation by the UN Human Rights Committee and the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women", Utrecht, Utrecht University, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 19. https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/9832/full.pdf (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

kopararak herkesi hukuki eşitlik söylemi altında yurttaşlık idealinde buluşturmuştur[32]. Doğal haklar nosyonunda ve insan haklarının ilk ortaya çıkış aşamasında da içkin olan tüm insanların "eşit" olarak doğdukları fikri, cinsiyet, ırk, renk, din, etnik köken ya da toplumsal geçmişe bağlı özellikler önemli olmaksızın insanlara eşit davranılması gerekliliğini beraberinde getirmiştir. Bu açıdan kimsenin tekelinde olmayan haklar konusunda herkesin benzer durumda olduğu kabul edilmiş; bu anlamda da herkes hukuk kuralları bağlamında eşitlenmiştir[33]. Netice itibariyle, bu doğrultudaki bir kabulün de, devlete pasif bir rol atfettiğini ve devletin eşitliği sağlama konusundaki pozitif yükümlülüklerinin reddedilmesi sonucunu doğurduğunu söylemek mümkündür[34].

Şekli eşitlik anlayışı, genel nitelikli hukuk kurallarının herkese eşit bir biçimde uygulanmasını eşitliğin sağlanması için yeterli görmesi açısından şekli hukuki eşitlik anlayışı olarak adlandırılır[35]. Bu bağlamda şekli hukuki eşitlik anlayışının, hukuk uygulaması açısından ayrımcılığa uğramama hakkı kapsamındaki karşılığı, "hukuk önünde eşitlik (*equality before law*)" ve "hukuk içinde eşitlik (equality in the law)" taleplerinde somutlaştırılabilir[36]. Hukuk önünde eşitlik anlayışı dahilinde, asıl olan hukuken öngörülen kuralların, içeriği önemli olmaksızın, herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Hukuk uygulayıcılarını ilgili kuralları herkese eşit bir biçimde tarafsız olarak uygulamakla yükümlü kılan bu anlayışı, teknik ya da usuli olarak nitelendirmek

---

[32] Sever, 2005, a.g.m., s. 29 ile s. 41, 43. 20. yüzyılda erkeklere tanınan oy hakkının kadınlara da tanınması sürecinin, yurttaşlık idealinde eşitliğin sağlanmasını örneklediğine ilişkin olarak ayrıca bakınız: Oostland, a.g.t, s. 19.

[33] Andrew Heywood, Siyasal İdeolojiler, Çev. Ahmet Kemal Bayram, Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnaç, Şeyma Akın, Buğra Kalkan, 4. Baskı, Ankara, Adres Yayınları, 2011, s. 48. Ayrıca bakınız: Moeckli, a.g.m, s. 56.

[34] Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143; Bu noktada, şekli eşitlik anlayışı dahilinde eşitliği sağlamaya yönelik pozitif yükümlülükler kapsamında örneğin geçici özel önlemlerin yasaklanmadığını; bunlara sadece "izin verildiğini" de eklemek gerekir. Benzer yönde açıklamalar için ayrıca Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 6.

[35] Şekli hukuki eşitlik anlayışı dahilinde, bu açıdan "içeriğe ilişkin bir betimleme"ye de ihtiyaç duyulmaz Çiğdem D. Sever, "İdare Hukukuna Feminist Pencereden Bakmak: Yaklaşım, Yöntem ve Bazı Meseleleri Yeniden Düşünmek", Ed. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018a, ss. 213-238. Şekli eşitlik anlayışı bağlamında asli öneme sahip olan "muamale"nin eşit biçimde sergilenmesinin yeterli olduğu; ancak muamelenin içeriğinin konu dışı olduğundan da bahsedilmiştir. Bakınız: Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143.

[36] Şekli eşitlik anlayışının ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında söz konusu olabilecek bu eşitlik kavramlarını doğurduğu fikri için ayrıca Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın "Eşitlik Hakları" başlıklı 15. maddesi ile Birleşmiş Milletler Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin ilk fıkrasını temel alarak yapılan eşitlik hakkı incelemesinden de yararlanılmıştır. Konuyla ilgili açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 37. Ayrıca Bakınız: O'Cinneide, a.g.m., s. 86.

mümkündür[37]. Bu anlayış ayrıca kişilere de kuralların kendilerine de herkesle eşit şekilde, ayrımcılığa uğramaksızın tarafsız bir biçimde uygulanmasını talep etme imkânı sunar. Hukuk içinde eşitlik anlayışı da, hukuk önünde eşitlik anlayışından çok da farklı bir anlam taşımamakla birlikte, hukuk uygulamasından çok hukuk üretimi aşamasıyla ilişkili olup; hukuk önünde eşitlik anlayışını, tarafsız bir şekilde uygulanacak kuralların üretiminde destekler ve bu açıdan esasen yasa koyucuyu, eşitlere eşit bir biçimde uygulanabilecek kurallar oluşturma hususunda yükümlü kılar[38].

Hukuk çerçevesinde karşılığını böylece bulan şekli eşitlik anlayışının, gerçekten eşitliği sağlamaya muktedir olup olmadığının ise birkaç açıdan sorgulanması gerekir. İlk soru ayrımcılığın gündeme gelmemesi için benzer durumdaki kişilere farklı davranılmamasını gerektiren şekli eşitlik düzeninin "kimlerin hani açılardan benzediği" ve "hangi açıdan eşit olduğu ya da eşit olmadığı" hususlarının belirginleştirilmesine bağlı olmasına ilişkindir[39]. Şekli eşitlik anlayışının özünü sunan "eşit durumdakilere eşit davranış" formülünün uygulanabilmesi, kimlerin benzer durumda olduğunun belirginleştirilmesi yanında ayrıca ilgili kişileri benzer durumda kabul ederek benzer davranışta bulunulmasına dair ahlaki bir gerekçenin bulunmasını da gerektirir[40].

Artan oranlı vergi sisteminde kişilerin gelirlerine göre ayrılması ve gelir düzeyleri benzer olan kişilere benzer, farklı olan kişilere farklı davranılması ya da çocuk mahkemelerinde çocukların yaşlarına göre ayrılarak yargılanmaları üzerine bazı yasal düzenlemeler açısından kişilerin benzer durumlarının belirginleştirilmesi kolaydır; çünkü bu ayrımların temellendiği noktaların ahlaki açıdan gerekçelendirilmesi genel

---

[37] Hukuk önünde eşitliğin ("*equality 'before' the law"*) sadece teknik bir anlayış olarak nitelendirilmesine ilişkin olarak bakınız: Vierdag, a.g.e, s.16. Hukuk önünde eşitliğin, idarenin ve yargının benimsemesi gereken usuli bir anlayış olarak nitelendirilmesine ilişkin olarak bakınız: P. G. Polyviou, The Equal Protection of the Laws, 1. Baskı, London, Duckworth, 1980, s. 2-3. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin yedinci maddesi de herkesin hukuk önünde eşit olduğundan bahseder.

[38] "Hukuk önünde eşitlik" ve "hukuk içinde eşitlik" anlayışları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 53-55. Ayrıca bakınız: Vierdag, a.g.e, s. 16-18 ve Olivier de Schutter, International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary, Cambridge, Cambridge University Press, 2010a, s. 577-596.

[39] Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 26. Ayrıca bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 977.

[40] Eşit durumda olma ve eşit durumda kabul edilme arasındaki bağlantı hakkında ayrıntılı inceleme için bakınız: Westen, a.g.m, s. 543-548.

kabullerle uyum gösterir[41]. Fakat genel kabullerin bir grubu diğerlerinden üstün görmek suretiyle eşitsizliği besleyebildiği de bir gerçektir; nitekim geçmişte erkeklerin kadınlardan, beyaz tenlilerin siyah tenlilerden üstün görülmesi de kadınlara ve siyah tenli bireylere karşı ayrımcılığı güçlendirmiştir[42]. Bu açıdan şekli eşitlik anlayışı dahilinde kişilerin benzer durumda olduğunun nasıl belirleneceğini ve bu doğrultuda benzer durumda olduğu tespit edilen kişilere benzer davranılmasının ahlaki gerekçesinin, sadece "eşit durumdakilere eşit davranış" formülüyle belirlenmesi mümkün görülemez[43]. Bu doğrultuda şekli eşitlik anlayışının temellendiği Aristoteles'in ilgili formülünün sınırlı ve belirsiz bir eylem kılavuzu öngördüğü söylenebilir ki şekli eşitlik anlayışının bir anlamda mevcut tüm eşitsizlikleri haklılaştırabilen yönünü de bu belirsizliğe dayandırmak mümkündür[44].

Şekli eşitliğin eşitliği, benzer durumlarla tutarlı biçimde sağlamayı öngörmesi; başka bir ifadeyle eşitliği usul itibariyle tutarlılık meselesi olarak görmesi de eşitliğin sağlanıp sağlanmadığını belirsizleştiren bir durum olarak karşımıza çıkar[45]. Şöyle ki bu anlayış dahilinde benzer durumla tutarlı bir biçimde benzer davranılması ya da benzer tutumun gösterilmesiyle sonuç itibariyle eşitliğin kesin bir şekilde iyi anlamda

---

[41] Fredman, a.g.e., 2011, s. 8-9; Moeckli, a.g.m., s. 55.

[42] Fredman, a.g.e. 2011: s. 9; Fredman, 2016, s. 716-717.

[43] Eşitlik, anlamlı bir ahlaki içerikten yoksun olması halinde boş bir fıçıya benzetilmiştir. Ahlaki standartların yokluğunda eşitliğin anlamsız olduğu belirtilerek, Aristoteles'in ilgili formülünün de nasıl hareket edileceğini anlatmaktan yoksun sadece aslen bilineni tekrardan öteye gitmeyen bir ifade olduğu söylenmiştir. Eşitliğin bu konuda yalnız olmadığını; özgürlük kavramının da ahlaki içerikten yoksun olduğu hallerde boş bir fikirden öteye gidemeyeceğini vurgulayan görüşler için bakınız: Westen, a.g.e., s. 543, d.n. 31.

[44] Hukuki eşitlik, belirsizlik teorisiyle ilişkilendirilerek hem yargıçların hem de yasa koyucunun anayasalarda yer verilen hukuki eşitliği nasıl yorumladığının beraberinde belirsizliği getireceğine dikkat çekilmiştir. Bakınız: Sever, a.g.m., 2015, s. 38. İş hukuku bağlamında eşit davranma ilkesinin uygulamasının incelendiği başka bir çalışmada da, hukuk uygulayıcılarının değerlendirmelerinin oldukça önemli olduğu, ayrımcılık yasağıyla ilgili konularda üzerinde hemfikir olunmuş bir metodolojiyle takdir yetkisinin objektif bir biçimde sınırlandırılabileceği ve bu yolla hukuki güvenliğin de sağlanabileceği belirtilmiş ve bu açıdan şekli eşitlik ilkesinin bu belirsiz yönlerini aşmak ve objektifliği sağlamak üzere metodolojide birliğe gidilmesi bir öneri olarak sunulmuştur. Bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 977-979. Eşitlik ile belirsizlik teorisi arasındaki ilişkiyle ilgili olarak daha ayrıntılı açıklama ve daha geniş kapsamlı referanslara yapılan atıflar için bakınız: Oddný Mjöll Arnardóttir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, The Hague: Martinus Nijhoff, 2003, s.9, d.n.32. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine dair düzenlemelere ilişkin belirsizlik üzerine yapılan bir inceleme için bakınız: Arnardottir, a.g.e, 2003: s.10-13.

[45] "Tutarlılık olarak eşitlik" kavramının şekli eşitlik anlayışı içinden tartışılması ve eşitliğin bir tutarlılık meselesi olarak algılanmasının sorunlu yönlerine dair açıklamalar için bakınız: Fredman, a.g.e, 2011, s. 8-13.

sağlanabileceğini söylemek mümkün değildir; benzer nitelikli davranış ya da tutumun kötü sonuçlar yaratması da olasılık dahilindedir[46]. Örneğin, sadece beyaz tenli kişilerin kullanımına açık olan dört yüzme havuzu ve sadece siyah tenli kişilerin kullanımına tahsis edilmiş bir yüzme havuzunun olduğu bir şehirde, eşitliği sağlamak adına bütün yüzme havuzlarının kapatılmasına ilişkin dava da benzer durumdakilere benzer davranışla sınırlı eşitlik anlayışının, "ayrıcalıklı bir grubun" sahip olduğu imkânların seviyesini dahi düşürebileceğini gösterir[47].

Başka bir sorun da bir tutum ya da davranışın benzer durumla tutarlı olmayıp eşitsizliğe yol açtığı iddiasının nasıl temellendirileceği üzerinedir. Benzer durumdakilere benzer şekilde davranıldığı takdirde eşitsizliğin gündeme gelmeyeceğinin kabul edildiği koşullarda, bir kişinin ayrımcılığa uğradığını iddia edebilmesi için kişinin kendisiyle benzer durumda olan bir kişiye kendisinden farklı davranıldığını ispatlaması gerekir ki kişi bu iddiasını ancak kendisiyle benzer durumdaki bir kişiyi karşılaştırarak geliştirebilecektir[48]. Ancak karşılaştırmanın her durumda kolay bir şekilde yapılabileceğinden bahsedilemez. Örneğin iş sonunda ücretini günlük olarak alan ev temizliği işçisi bir kadının, cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradığı iddiasını ispatlaması için kendisiyle aynı koşullarda çalışan bir ev temizliği işçisi erkek üzerinden karşılaştırma yapması gerekecektir[49]. Benzer bir şekilde hamile bir kadın işçinin de ayrımcılığa uğradığı iddiasını, hiçbir zaman kendisiyle eşit durumda bulunamayacak bir erkek işçiyle karşılaştırma yapmak suretiyle ispatlayabilmesi de imkansızdır[50].

---

[46] Westen, a.g.m., s. 545-546; Moeckli, a.g.m., s. 55.
[47] Fredman, a.g.e, 2011: s.10. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin eşitliğin seviyesinin düşürülmesi ifadeleriyle incelediği ilgili davanın bütünü için bakınız: Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (1971) https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/217/ (Erişim Tarihi: 11.04.2020).
[48] "Karşılaştırma"ya dayalı bir değerlendirmeyi gerektiren şekli eşitlik anlayışının sınırlılığı hakkında açıklamalar için bakınız: Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 37.
[49] Bu örnek, başka bir çalışmada verilen örnekten ilhamla oluşturulmuştur. İlgili örnek için bakınız: Moeckli, a.g.m, s.55.
[50] Bu örnek durumun maddi ya da gerçek eşitlik anlayışı dahilinde incelemesi için bakınız: Oostland, a.g.t., s. 20-21. Şekli eşitlik anlayışının ötesine geçerek, hamilelikle ilişkili haklar açısından, hamile bir kadının durumunu hasta bir erkeğin durumuyla karşılaştırmanın bir çözüm olabileceğine de işaret edilmiştir Bakınız: Fredman, a.g.m., 2016, s. 719; Fredman, a.g.m., 2011, s. 12.

Bunlar yanında, benzer durumdaki kişilere, bu kişilerin farklı bir takım yapısal özellikleri göz önüne alınmaksızın, görünüşte [veya usulen] diğerleriyle benzer davranmanın veya kişilere karşı tutarlı bir şekilde benzer bir tutum içinde olmanın belirli gruplar üzerinde gerçek durum itibariyle olumsuz etki yaratması da olasıdır. Bu noktada Anatole France'ın Kırmızı Zambak romanından alıntıyla köprü altında uyumayı, sokaklarda dilenmeyi ve ekmek çalmayı gelir düzeylerine bakılmaksızın herkese yasaklayan yasal düzenlemelerin, eşitsizliği daha da sağlamlaştıracağına dikkat çekilmiştir[51]. Bu anlamda şekli eşitliğin gerçek durum itibariyle eşitliği sağlamak açısından yetersiz olduğu tespitine varılabilir. Nitekim şekli eşitlik anlayışıyla gerçek durum itibariyle eşitliğin sağlanamadığının anlaşılması, gerçek ya da fiili durum itibariyle, yani maddi anlamda eşitliği sağlayabilecek bir anlayışın geliştirilmesine sebep olmuştur.

1.1.2 Maddi Eşitlik Anlayışı: Farklılık Yaklaşımı ve Dezavantaj Yaklaşımı

Maddi eşitlik anlayışı kapsamında eşitliğin, farklılıkların dikkate alınması suretiyle sağlanabileceği savunulur. Bu açıdan, maddi eşitlik anlayışı doğrultusunda eşitlik konusunun, Aristoteles'in "eşit durumdakilere eşit davranış" formülü sınırında anlamlandırılması mümkün değildir[52]. Maddi eşitlik anlayışı daha çok Aristoteles'in ilgili formülünün, farklı durumdakilere farklılıklarıyla orantılı olarak farklı davranılması gerektiğini anlatan ikinci kısmıyla anlamlandırılabilir. Bu açıdan da maddi eşitlik anlayışı sadece eşitlik/benzerlik kavramlarını değil; farklılık/ötekilik kavramlarını da içeren bir eşitlik anlayışıdır[53].

Maddi eşitlik anlayışı, şekli eşitlik anlayışının, benzer durumdakiler arasında eşitliği sağlayabilirken farklı durumdakiler açısından eşitsizlikleri sağlamlaştırmaktan

---

[51] Anatole France (1927), *Kırmızı Zambak*, s. 106'dan aktaran Fredman, a.g.e., 2011, s. 1 ve Moeckli, a.g.m., s. 55.
[52] Louise Mulder, "How Positive Can Equality Measures Be?", Ed. Titia Loenen and Peter R. Rodrigues, Non Discrimination Law: Comparative Perspectives, The Hague, Kluwer Law International, 1999, s. 66.
[53] Wentholt, a.g.m., s. 58; Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143.

öteye gitmediğinin anlaşılması üzerine ortaya çıkmıştır[54]. Bu doğrultuda, maddi eşitlik anlayışını, eşitlik konusunun sadece benzerlik üzerinden değil, farklılık ve dezavantaj üzerinden de açıklanması gereğini izleyen bir anlayış olarak kabul etmek mümkündür[55]. Nitekim literatürde de maddi eşitlik anlayışının, eşitliğin sadece benzerliklerle tutarlı bir şekilde usulen sağlanmasıyla sınırlı bir anlayış olmaktan çok; birbirini izleyen tarihsel süreçler bağlamında öncelikle farklılıkları, sonrasında da dezavantajlı durumları dikkate alan şekilde eşitliği sağlamaya çalışan bir anlayış olarak incelenmesi eğilimi mevcuttur.[56] Bu doğrultuda maddi eşitlik anlayışı, çoğu açıdan şekli eşitlik anlayışından ayrılır. Bu ayrımı oluşturan en belirgin noktaları ise, maddi eşitlik anlayışının farklı durumlara farklı davranılmasını da eşitliği sağlayıcı bir yöntem olarak kabul etmesi ve eşitliği sağlamak adına devlet için de pozitif yükümlülükler öngörmesi olarak belirlemek mümkündür[57].

Şekli eşitlik anlayışının aksine, eşit durumdan çok farklı durum odaklı olması sebebiyle, maddi eşitlik anlayışı kapsamında herkesin verili durumda eşit olduğu kabul edilmez; bu açıdan kişiler veya kişi grupları arasındaki farklılıklar da eşitliğe ulaşmak adına dikkate alınır[58]. Dolayısıyla maddi eşitlik anlayışındaki eşitlik arayışı da şekli eşitlik anlayışının aksine, farklılıklar üzerinden geliştirilir. Bu anlayış dahilinde "farklılıkları göz ardı etmek yerine, onları gözetmekle" eşitliğin sağlanabileceği düşüncesi mevcuttur[59]. Bu anlamda, şekli eşitlik anlayışını takiben farklılıkları görmezden gelerek usulen benzer şekilde davranmanın da, şekli eşitlik anlayışına göre

---

[54] Şekli eşitlik anlayışı kapsamında, benzer durumdakilere benzer muamele gösterilmesiyle benzer durumdaki kişiler için eşit toplumsal koşullar, farklı muamele gösterilmesi halinde de eşit olmayan toplumsal koşullar oluşurken; farklı durumdaki kişilere benzer muamele gösterilmesi halinde eşit olmayan toplumsal koşulların oluşması sonucunda farklı durumdakilere farklı muamele gösterilmesi halinde farklı durumdaki kişiler için eşit olmayan toplumsal koşulların ya daha da eşitsiz hale geleceği ya da bu koşulların bir anlamda eşitlenebileceği olasılıkları üzerinden benzer muamele ya da benzer muamelenin yarattığı sonuç da tartışılabilmiştir. Bakınız: Vierdag, a.g.e., s. 13; Karan, a.g.e., s. 43.

[55] Uluslararası insan hakları hukukundaki güncel eğilimin de eşitliği sadece benzerlik ya da aynılık kavramlarıyla sınırlı bir biçimde değil; eşitsizlik, farklılık ve dezavantaj kavramlarıyla da açıklamaya yönelik olduğuna dikkat çekilmiştir. Bakınız: Arnardottir, a.g.m., 2009, s. 43.

[56] Ayrımcılık yasağını konu alan ve kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağına da yer verilen bazı çalışmalar da bu eğilimi örnekler. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 45-52; Karan, a.g.e., s. 46-51 vd.

[57] Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 30. Maddi eşitliğin bu iki belirleyici niteliği, maddi eşitliğin, şekli eşitliğin aksine sahip olduğu sosyal adaletin sağlanması işleviyle de ilişkilendirilmiştir. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 45-46.

[58] Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143.

[59] Mulder, a.g.m., s. 66; Gül ve Karan, a.g.e., s. 7; Karan, a.g.e., s. 42.

benzer durumdakilere farklı davranılmasıyla gündeme gelen eşitsizliği başka bir açıdan yaratacağına inanılır ki; bu da şekli eşitlik ile maddi eşitlik anlayışlarının kurulu olduğu farklı temelleri gösterir[60]. Bu açıdan, maddi eşitlik anlayışının, farklı özelliklere sahip olmakla toplumdaki baskın gruplar dışında kalan gruplara mensup kişilerin gerçekteki daha olumsuz durumlarıyla ilişkili olarak eşitlik meselesini sorunsallaştırmaya izin verdiğini söylemek de mümkündür. Dolayısıyla maddi eşitlik anlayışı, toplumdaki farklı özelliklere sahip kişilerin daha iyi koşullara ve fırsatlara sahip olma veya bunlara erişme haklarıyla da ilişkili bir eşitlik anlayışı sayılır. Buna göre de şekli eşitliğin bir hukuk teorisinden temellenmesi karşısında, maddi eşitliğin bir adalet teorisinden temellendiği kabul edilir[61].

Maddi eşitlik anlayışının var olan ya da mevcut durumu anlatmak üzere "maddi" sıfatıyla nitelenmiş olması da, bu eşitlik anlayışında eşitliğin gerçekte olanla ilişkili bir şekilde değerlendirildiğini ortaya koyar[62]. Nitekim şekli eşitlik anlayışının aksine eşitliği durum ya da konum itibariyle benzer olanlara benzer davranılmasıyla sınırlı bir şekilde sağlamayı öngörmediği için maddi eşitlik anlayışı bağlamındaki eşitlik arayışı da, davranışın niteliği üzerinden değil; belirli bir davranışın gerçekte ortaya çıkardığı etki ya da sonuç üzerinden geliştirilir[63]. Maddi eşitlik anlayışının, gerçek durum itibariyle eşitliğe ulaşma hedefi de, maddi eşitlik anlayışının şekli eşitlik anlayışından bir diğer farkını gösterir ki; bu fark da eşitliği benzerlikle tutarlı bir şekilde benzer davranışla sınırlı bir şekilde sağlamayı hedefleyen ve tarafsızlık iddiasında olan şekli eşitlik anlayışıyla gözden kaçırılabilen mevcut eşitsizliklerin de eşitlik arayışında

---

[60] Farklı durumdakilere "mekanik" anlamda eşit muamele gösterilmesinin, eşit durumdakilere farklı muamele gösterilmesi kadar "adaletsiz" olması hakkındaki tespiti içeren bir görüş örneği için bakınız: Karan, a.g.e., s.42, d.n.212.

[61] Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell, "A Comparative Perspective on Non-Discrimination Law", Ed. Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oxford, Hart Publishing, 2007, s. 28. Maddi eşitlik anlayışının, dağıtıcı adalet ile insan onuru ve eşit katılım ilkesiyle de ilişkili olduğuna dair açıklamalar için bakınız: Moeckli, a.g.e, s. 55. Maddi eşitlik anlayışında dağıtıcı adaletin merkezi bir rolü olduğuna ilişkin olarak ayrıca bakınız: Fredman, a.g.m, 2005, s.163.

[62] Bakınız: Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *"Maddi"*, https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 13.04.2020). Maddi eşitliğin İngilizce karşılığı olan *"Substantive Equality*" kavramındaki *"substantive"* sözcüğü de benzer şekilde esas durumla ve gerçekle ilgili olma anlamını taşır. Bakınız: Cambridge Dictionary, *"Substantive"*, https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/substantive (Erişim Tarihi: 13.04.2020).

[63] Vierdag, a.g.e., s. 14.

dikkate alınması imkânını sağlar[64]. Bu açıdan devlet de, şekli eşitlik anlayışı dahilindeki liberal ideallerin ürünü olan devlette olduğu gibi, pasif ve tarafsız olarak nitelendirilmez; aksine devlet, aktif ve müdahalecidir. Bu kapsamda, devletin ayrımcılığı yasaklamakla ilişkili negatif yükümlülüklerine, pozitif yükümlülükler de eklenir[65]. Ayrıca mevcut eşitsizliklerin görünür hale gelmesiyle "dezavantaj" konusunun da sorunsallaştırılabildiği, bu açıdan ayrımcılığın da sosyal haklarla ilişkilendirilebildiği bu anlayış dahilinde, devletin ayrımcılık yasağına ilişkin pozitif nitelikli yükümlülüklerinin niteliği de yoksulluk karşıtı, refaha yönelik ve toplumsal içermeci politikalar üretme yönünde yükümlülükleri de kapsar şekilde genişlemiştir[66].

Eşitliğin gerçek durumla ilişkili görüldüğü ve bu doğrultuda da gerçek durum itibariyle eşitliği sağlama amacını taşıyan maddi eşitlik anlayışı dahilinde öngörülen hukuk uygulaması da, şekli eşitlik anlayışından farklıdır. Buna göre maddi eşitlik anlayışında, benzerlere benzer biçimde uygulanabilecek hukuk kurallarının, herkese eşit olarak uygulanması aracılığıyla, başka bir ifadeyle hukuk önünde eşitlik ve hukuk içinde eşitlikle, hukuken eşitliğin (*de jure equality*) sağlanması yeterli olmayıp; gerçek durum eşitliği olarak ifade edilebilecek fiilen eşitliğin (*de facto equality*) de gözetilmesi gerekir[67]. Bu açıdan tarafsız ya da nötr bir uygulama da eşitliğin sağlanması için yeterli değildir. Maddi eşitlik anlayışının hukuk uygulaması açısından ayrımcılığa uğramama hakkı kapsamındaki karşılığını, tarafsız ya da nötr bir konumlanmadan çok farklılıkları dikkate almayı gerektiren "hukuken eşit korunma (*equal protection of law*)" ve "hukuktan eşit faydalanma (*equal benefit from the law*)" ifadelerinde somutlaştırmak mümkündür[68]. Bunlardan hukuken eşit korunma anlayışı, farklı durumdaki kişilerin

---

[64] Fredman, a.g.m., 2016, s. 720-721.

[65] Bu anlamda, maddi eşitlik anlayışı dahilinde geçici özel önlemler de bir yükümlülük olarak görülür; şekli eşitlik anlayışında olduğu gibi sadece izin verilmez. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 44. Şekli eşitlik anlayışının, geçici özel önlemlere dair kabulleri için bakınız: Wentholt, a.g.m., s. 56-57.

[66] Fredman, a.g.m., 2005, s.166; Devletin farklı bir şekilde nitelendirildiği şekli ve maddi eşitlik ayrımımın, kişisel ve siyasal hakların yer aldığı birinci kuşak insan hakları ile sosyal hakların yer aldığı ikinci kuşak insan hakları ayrımcıyla örtüştüğü de söylenebilir; zira bu ayrımlar da liberal anlayışa bağlı olup olmamaya dayalıdır. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 45.

[67] Schiek vd., a.g.e., s. 28.

[68] Maddi eşitlik anlayışının, ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında söz konusu olabilecek bu eşitlik kavramlarını doğurduğu fikrine de, şekli eşitlik anlayışının incelendiği kısımda da belirtildiği üzere, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın "Eşitlik Hakları" başlıklı 15. maddesi ile Birleşmiş Milletler Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin ilk fıkrasının temel alınması suretiyle yapılan eşitlik hakkı incelemesinden erişilmiştir. Konuyla ilgili açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 37.

diğerleriyle eşit duruma gelebilmeleri için farklı davranışta bulunmanın, eşitsizliğe yol açmayacağıyla ilgilidir. Farklı davranış niteliğindeki bir uygulama, hukuk önünde eşitlik anlayışına aykırı ve bu anlamda hukuk önünde eşitlik anlayışı bakımından ayrımcı sayılabilecekken; bu nitelikteki uygulamalar, hukuken eşit korunma anlayışı dahilinde "ayrımcılık yasağının uygulanmasında bir yöntem" olarak görülür. Eşitsizliğin giderilmesi adına gündeme gelen farklı davranış niteliğindeki bu uygulamaların, hukuk kurallarına geçici özel önlemler ya da olumlu eylem uygulamaları olarak yansıtıldıklarını ve bu anlamda da maddi eşitliğin hukuk kuralları aracılığıyla sağlanmasının bir aracı olarak görüldüklerini de söylemek mümkündür. Hukuktan eşit faydalanma anlayışı ise, hukuken eşit korunma anlayışına benzer şekilde yine eşitsizliklerin giderilmesi adına farklı davranış niteliğinde uygulamaları gerektiren; ancak, hukuken eşit korunma anlayışının ötesinde esasen kişilerin bu uygulamalardan yararlanmaları için öngörülen koşulların da eşitsizlik yaratmamasıyla ilgili olan bir anlayıştır. Bu anlamda hukuken öngörülen kurallardan eşit koşullarda yararlanma önündeki engellerin kaldırılmasıyla ilişkili olan hukuktan eşit faydalanma anlayışı bağlamında, kişilerin hem farklı durumları hem de içinde bulundukları dezavantajlı durumları sebebiyle ortaya çıkabilecek engellerin kaldırılması önemsenir. Bu açıdan da hukuktan eşit faydalanma anlayışını, pozitif yükümlülüklerle daha yakın ilişkili ve gerçek durum itibariyle toplumdaki farklı durumdaki ve dezavantajlı konumdaki kesimlerin de ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamındaki eşitlik taleplerini karşılamaya yönelik bir anlayış saymak mümkündür[69].

Hukuk uygulaması bağlamında da eşitliği böylece fiili ya da gerçek durum itibariyle sağlamayı amaçlayan maddi eşitlik anlayışının, bu hedefe nasıl ulaşacağı meselesi ise şekli eşitlik anlayışına nazaran daha karmaşıktır. Şekli eşitlik, eşitliğe ulaşmak adına tarafsızlık ya da nötrlük iddiasıyla benzer davranışı bir araç olarak

[69] Hukuken eşit korunma ve hukuktan eşit faydalanma anlayışlarının farklı maddi eşitlik anlayışlarını yansıttığı da söylenebilir. Bu açıdan, hukuken eşit korunma anlayışının daha çok fırsat eşitliği ile ilişkili olduğu; hukuktan eşit faydalanma anlayışının sonuçlarda eşitliği hedeflediğini de söylemek mümkündür. "Hukuken eşit korunma" ve "hukuktan eşit faydalanma" anlayışları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 55-57.

göstererek belirli bir yöntem öngörürken; maddi eşitlik anlayışının eşitliği sağlamak için sunduğu hedefi gerçekleştirmek için ise bir yöntemin betimlenmesi gerekir[70].

Maddi eşitliğin ilgili hedefine ulaşma yöntemini belirginleştirmek için öncelikle maddi eşitlik anlayışı bağlamında da eşitliğin neyin aracılığıyla sağlanması gerektiğini belirlemek gerekir. "Neyin eşitliği?" sorusu, maddi eşitlik anlayışında eşitliğin neyi temel alarak sağlanabileceğini sorgulamaya elverişli olup; maddi eşitliğin, fırsat ve sonuç unsurları üzerinden eşitliği sağlamaya çalıştığı tespiti doğrultusunda insan onuru, maddi eşitliğe ulaşma hedefinin içeriğini betimleyen bir değer olarak önerilmiştir[71]. Maddi eşitliğin, fırsatların eşitliği, sonuçların eşitliği yaklaşımları yanında; üçüncü olarak da maddi hakları destekleyen nitelikte eşitlik yaklaşımı ve son olarak da kişilerin onuru, özerkliği ve değeriyle nitelenen bir eşitlik yaklaşımıyla değerlendirilmesinin mümkün olduğu da aktarılmıştır[72]. Ayrıca, maddi eşitliği, fırsat eşitliği, sonuçlarda eşitlik ve insan onuruna dayalı eşitlik modelleri şeklinde ayırarak anlamlandırmak da mümkün görülmüştür[73]. Bu doğrultuda, fırsat eşitliği ve sonuçlarda eşitlik de farklı maddi eşitlik anlayışlarının eşitlik hedefleri olarak belirtilmiştir[74].

Fiili ya da gerçek durum itibariyle eşitliği sağlama hedefini sağlamak üzere ortaya konulan bu anlayışlardan fırsat eşitliği ve sonuçlarda eşitlik anlayışları, hukuk uygulaması bağlamında da maddi eşitliği açıklayabilen kavramlar olarak kabul edilir ve hatta zaman zaman birbirlerinin alternatifi[75] de sayılır. Bu açıdan fırsat eşitliği ve sonuçlarda eşitlik anlayışları bağlamında, fiili ya da gerçek eşitlik arayışı

---

[70] Bu açıdan "içeriğine ilişkin bir betimlemeyi" gerektiren maddi eşitliği, fiili (eylemli) eşitlikten ayrı tutmak mümkün değildir. Daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Sever, a.g.m., 2018a, s. 218.

[71] Şekli eşitlik anlayışına alternatif olarak gösterilen maddi eşitlik anlayışına fırsat eşitliği ve sonuçlarda eşitlik arayışı yanında, "insan onuru" kavramı aracılığıyla da ulaşılabileceğine ilişkin açıklamalar için bakınız: Fredman, 2016, a.g.m, s.724-727.

[72] İlgili çalışmanın tamamı için bakınız: Sandra Fredman, "A Critical Review of the Concept of Equality in U.K. Anti-Discrimination Law", Independent Review of the Enforcement of U.K. Anti-Discrimination Legislation, Working Paper No. 3, University of Cambridge, Centre for Public Law & Judge Institute of Management Studies, 1999. Ayrıca bakınız: Catherine Barnard and Bob Hepple, "Substantive Equality", The Cambridge Law Journal, Vol. 59, No. 3, 2000, s. 564-567.

[73] Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 46 vd.

[74] Moeckli, a.g.m., s. 55.

[75] Fırsat eşitliği ve sonuçlarda eşitliği birbirinin alternafi olarak gören çalışmalar için bakınız: Fredman, a.g.m., 2016, s. 723 vd; Clifford, a.g.m., s.11-12 vd.

anlamlandırılarak; bu yaklaşımların, birbirlerinden farklarına da değinmek suretiyle, belirginleştirilmesi gerekir.

Bu anlayışlardan tarihsel olarak da daha erken dönemde ortaya çıkmış olan fırsat eşitliği anlayışı kapsamında, kısaca "başlangıç noktasını" eşitlemekle eşitliğin sağlanabileceği kabul edilir. Bu yaklaşım kapsamında, geçmişteki ayrımcı durumlar ve yapısal ayrımcılıklar nedeniyle benzer davranışla eşitliği sağlamaya çalışmanın, eşitsizliği daha da fazlalaştırabileceğine inanılır ve bu açıdan kişilere benzer davranma yanında kişilere eşit fırsatların tanınması da önemsenir. Dolayısıyla, fırsat eşitliği yaklaşımının, şekli ve maddi eşitlik anlayışları arasında bir uzlaşıyı temsil ettiği de söylenebilir[76].

Kişileri, özellikleri, geçmişleri ya da mevcut durumlarından bağımsız olarak herkesle aynı başlangıç noktasında eşitlemeyi hedefleyen fırsat eşitliği, esas olarak dezavantajlı grupların haklardan ve imkânlardan diğerleriyle aynı koşullarda yararlanmaları önündeki engelleri kaldırmakla ilgilenir[77]. Bu kapsamda, bir işyerinde tam zamanlı istihdam biçimine başvurunun, tüm cinsiyet gruplarına açık olması ve değerlendirmelerin de eşit ölçütlerle gerçekleştirilmesi, toplumsal olarak çocuk ve aile bakımından sorumlu tutulan cinsiyet grubuna mensup kişileri diğer cinsiyet grubuna mensup kişilerle hem yarı zamanlı istihdam biçimine hem de tam zamanlı istihdam biçimine başvuru imkânında eşitler. Ancak fırsat eşitliği anlayışıyla sağlanan bu eşit fırsatın sonuç itibariyle, her iki cinsiyet grubunu da eşit konuma getirip getirmediğine bakılmaz; başka bir ifadeyle kişilerin sadece fırsatlar bakımından eşitlenmeleri

---

[76] Clifford, a.g.m., s. 11. Fırsat eşitliğinin yeri, şekli eşitlik ve maddi eşitlik arasında bir yer olarak belrtilmiştir. Bakınız: Fredman, a.g.e., 2011, s. 18. Fırsat eşitliği, içeriğine ve kavrama yüklenen anlama göre şekli ve maddi eşitlik kavramlarına benzer nitelik gösterebilmesi nedeniyle, şekli ve maddi eşitlik anlayışlarından ayrı bir eşitlik anlayışı olarak ayrı bir başlık altında da incelenmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 51-53. Fırsat eşitliğinin, şekli ve maddi eşitlik anlayışlarından ayrı bir eşitlik anlayışı olarak ayrı bir başlık altında incelendiği bir diğer çalışma için bakınız: Christa Tobler, Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Antwerpen, Belgium, Intersentia, 2005, s. 31 vd. Fırsat eşitliğinin hem şekli hem de maddi fırsat eşitliği olarak gündeme gelebileceğiyle ilgili açıklamalar için bakınız: Fredman, a.g.m., 2016, s. 723. Çalışmada fırsat eşitliğinin maddi eşitlik başlığı altında incelenmesinin nedeni, fırsat eşitliğinin devleti tarafsız ya da nötr olarak konumlandırmayıp, farklılıkları da dikkate alan bir anlayışı barındırması yönünün daha çok maddi eşitlik anlayışı dahilindeki devlet ve farklılık anlayışına uygun olmasıdır. Fırsat eşitliğinin, maddi eşitlik anlayışı içinde incelendiği bir diğer çalışma örneği için bakınız: Moeckli, a.g.m., s. 55-56.

[77] Moeckli, a.g.m., s. 55; Clifford, a.g.m., s. 11.

önemsenir ve sonuç itibariyle her iki cinsiyet grubuna mensup kişilerin aynı koşullarda tam zamanlı istihdam biçimine seçilip seçilmedikleri önemsenmez. Bu açıdan fırsat eşitliğinin her ne kadar mevcut farklılıkları ya da yapısal dezavantajlı durumları sorunsallaştırabilme kabiliyetine sahipse de, bireyci yönünün ön planda olduğunu söylemek mümkündür[78].

Fırsat eşitliği kapsamında, kişilerin fırsatlarda eşitlenmelerinin nasıl sağlanacağı meselesi ise, fırsat eşitliği yaklaşımını şekli veya usuli ile maddi fırsat eşitliği olarak ikiye ayırarak incelemeyi gerektirir[79]. Buna göre, usulî fırsat eşitliği yaklaşımı, toplumdaki baskın gruplardan farklı özellikler taşıyan grupların gelişimi önündeki engellerin usulen kaldırılmasıyla ilişkilidir. Bu yaklaşıma göre önemli olan söz konusu engellerin kaldırılmasıdır; kişilerin eşitliğe ulaşmaları kendi sorumluluklarındaki bir mesele olarak görülür ve bu anlamda da kişilerin içinde bulundukları durumu olumlu yönde değiştirmeye ilişkin daha ileri bir önlem de öngörülmez[80]. Bu açıdan, bir iş başvurusunda kadınların başvurusunu engelleyen bir usulün ortadan kaldırılmasıyla sonuç itibariyle çocuk ve aile bakımından sorumlu kadınların ilgili işte istihdam edilmeleri önündeki tüm engellerin kalkabileceğinden de bahsedilemez. Maddi fırsat eşitliği ise, usuli engellerden çok maddi sıfatı gereği gerçek durumla daha ilişkili olup; bu anlayış kapsamında, herkesin belirli bir toplumsal imkâna ulaşması için destekleyici olumlu önlemler alınması da söz konusudur[81]. Bu açıdan da, bu yaklaşımı takiben istihdam edilecek kişilere kreş yardımı öngörülmesiyle, her iki cinsiyet grubuna mensup kişilerin de gerçek anlamda fırsatlarda eşitlenmesi sağlanabilir[82].

Sonuçlarda eşitlik anlayışıyla ise, fiili ya da gerçek durum itibariyle eşitliğin sağlanması amaçlanır. Bu açıdan yine fiili ya da gerçek durum itibariyle eşitlik arayışını takip eden bu anlayış dahilinde de benzerlikle tutarlı biçimde benzer davranışla eşitliğin

---

[78] Moeckli, a.g.m., s. 55.
[79] Fredman, a.g.e., 2011, s. 18.
[80] Bu anlamda usuli fırsat eşitliği anlayışının sosyal devlet anlayışını veya refah politikalarını da reddettiğini söylemek mümkündür. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: David A. Strauss, (1992), "The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Result," William and Mary Law Review, Vol. 34, ss. 171- 188.
[81] Kadınları ve azınlık gruplarını temel alarak ortaya konulan bu iki farklı fırsat eşitliği yaklaşımı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Fredman, a.g.e., 2011, s. 18-19.
[82] Fredman, a.g.m., 2005, s. 167.

sağlanabileceği kabul edilmez. Sonuçlarda eşitliğin, eşitlik arayışına en büyük katkısı, geçmişteki ve mevcut eşitsizliklerin varlığı sebebiyle eşitliği sağlamak adına benzer davranışta bulunmanın, tam aksine eşitsizlikleri güçlendirecek sonuç ya da etki doğurabileceğini gösterebilmesidir[83]. Dolayısıyla sonuçlarda eşitlik anlayışı kapsamında, eşitliğin sağlanıp sağlanmadığı, başka ifadeyle ayrımcılığın ortaya çıkıp çıkmadığı davranış ya da tutumun benzerliği üzerinden değil; uygulama sonrasında ortaya çıkan sonuç ya da etkiye odaklı bir biçimde değerlendirilir.

Sonuç ya da etki itibariyle eşitliğin sağlanıp sağlanmadığıyla ilgili olan sonuçlarda eşitlik anlayışıyla da fiili ya da gerçek eşitliğin sağlanabilmesi, yine olumlu önlemleri gerektirir. Bu kapsamda bütün cinsiyet gruplarının ifa edebileceği bir iş için toplumsal olarak çocuk ve aile bakımıyla yükümlü kılınan ve bu sebeple de yarı zamanlı istihdam biçimini seçmek durumunda kalan cinsiyet grubunu gözeterek, tam zamanlı istihdam biçimi için bu cinsiyet grubuna özel bir kota uygulanmasıyla, bu cinsiyet grubundan kişilerin de tam zamanlı istihdam biçimini seçmeleri sağlanabilir. Örneğin de gösterdiği üzere, sonuçlarda eşitlik anlayışı, fırsat eşitliğinden farklı olarak var olan fırsatların eşit paylaşımıyla sınırlı değildir. Bu açıdan, sonuçlarda eşitlik, fırsat eşitliğinin ötesine geçerek, bir kişinin ya da grubun kazanımını diğer kişinin ya da grubun kaybı ile dengelemek suretiyle fırsatların adil paylaşımını gerektirir[84].

Fırsat eşitliği anlayışındaki eşitlik arayışıyla karşılaştırıldığında sonuçlarda eşitlik anlayışındaki sonuçlar ya da etki üzerinden gelişen eşitlik arayışının, eşitlik hedefine ulaşma yönteminin içeriğine ilişkin daha kapsamlı bir betimlenin gerektiği söylenebilir. Esasen fiili ya da gerçek durum itibariyle eşitlik arayışındaki maddi eşitliğin pür şekli de sayılabilecek sonuçlarda eşitlik anlayışının, bu açıdan farklılık yaklaşımı ile dezavantaj yaklaşımı üzerinden incelenmesiyle eşitliğe ulaşma yönteminin içeriğinin betimlenmesi mümkündür[85]. Nitekim tarihsel olarak birbirini takip eden iki aşamayı da

---

[83] Bu durum, okuma yazma bilen herkese tanınan seçme hakkından, geçmişte eğitimde siyah çocuklara gösterilen ayrımcı muamele gereğince okuma yazma öğrenememiş olan bir siyah kişinin yararlanamayacağı örneğiyle somutlaştırılmıştır. Bakınız: Fredman, a.g.e, 2011, s. 14.

[84] Fredman, a.g.m., 2005, s. 167; Clifford, a.g.m, s. 11.

[85] Sonuçlarda eşitlik anlayışındaki sonuçlar ve etkiler üzerinden yapılan değerlendirmenin üç farklı yaklaşımla gerçekleştirilmesi mümkündür: Bunlardan birincisi kişi üzerindeki etkiye odaklanarak asıl olarak ilgili kişi için eşitliği sağlamaya çalışırken; ikinci yaklaşım toplumsal grup üzerindeki etkiye

temsil eden bu iki yaklaşımın, eşitliğin sağlanması adına ayrımcılık örneklerini incelemek üzere sahip olduğu farklı teorik perspektifler, sonuçlarda eşitliğin nasıl sağlanabileceğine dair farklı açıklamalar ortaya çıkarmıştır[86]. Bu açıdan maddi eşitlik anlayışının nasıl bir ayrımcılık yasağı ile desteklendiğinin de tespit edilmeye çalışıldığı bu kısımda, maddi eşitlik anlayışı dahilinde farklılıklara veya dezavantajlı durumlara odaklı yaklaşımların farkına değinmek, bu yaklaşımların eşitliğe ulaşma konusunda nasıl bir ayrımcılık yasağının desteğiyle hareket ettiklerinin cevabına ulaşmayı da kolaylaştıracaktır.

1.1.2.1. Farklılık Yaklaşımı

Sonuçlarda eşitliği sağlamak adına toplumdaki farklılıklar üzerinden hareket etmeyi öneren farklılık yaklaşımı, bu anlamda, maddi eşitlik anlayışının şekli eşitlik anlayışından ayrılan en belirgin özelliği de olan, eşitliği davranışın benzerliği aracılığıyla değil belirli koşullar altında farklılıklara odaklı bir biçimde sağlama özelliği üzerine kuruludur. Maddi eşitlik anlayışının tarihsel anlamda ilk ortaya çıkış dönemini de yansıtan bu yaklaşım kapsamında eşitliğin sağlanması, kişinin farklı nitelikleri ile toplum içinde bulunduğu durumla da ilişkili sayılır; başka bir açıdan da, fiili ya da gerçek eşitliğe ulaşmada farklılıkların dikkate alınması esastır[87]. Kişilerin cinsiyet, renk gibi belirli özellikleri nedeniyle farklılıklara sahip olabileceği kabulü gereği de bu yaklaşım dahilinde soyut bir eşitlik formülü ile bireyselliği esas almak yerine kişilerin toplum içindeki somut durumları daha ön planda tutulur[88].

---

odaklanarak ve üçüncüsü de "eşit çıktılara *(equal outcome)*" odaklanarak eşitliği sağlamaya çalışır. Aşağıda da görüleceği üzere farklılık ve dezavantaj yaklaşımlarıyla paralel şekilde açıklamalar getiren bu yaklaşımlara dair ayrıntılı bilgi için bakınız: Fredman, a.g.e., 2011, s. 14-15. Bu çalışma kapsamında esasen farklılık ve dezavantaj yaklaşımı izlenecek; eşit çıktılara odaklanan yaklaşım dezavantaj yaklaşımı kapsamında sonuçlara odaklı bir inceleme kapsamında açıklama bulacaktır.

[86] Broderick, a.g.e., s. 41.

[87] Arnardottir, a.g.m., 2009, s. 50; Karan, a.g.e., s. 46.

[88] Arnardottir,a.g.t., 2002, s. 39; Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143. Engelli kişilerin hakları bağlamında eşitlik anlayışının gelişim sürecinin incelediği başka bir çalışmada da farklılık yaklaşımının, engelli kişilerin hakları bağlamında eşitlik anlayışının 1970'li ve 1990'lı yıllar arasına denk düşen gelişim sürecinin ikinci aşaması kapsamında benimsenen yaklaşım olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Arnardottir, a.g.m., 2009, s. 49-54. Bu yaklaşımın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi çerçevesindeki anlayış ile Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi metinleri bağlamında da yansımasını bulduğuna da dikkat çekilmiş; özellikle son iki sözleşme bağlamında bu yaklaşımın yansımalarının devletlerin yükümlülüklerine pozitif nitelik kazandırdığı ve bu

Farklılık yaklaşımı kapsamında eşitliğin kişilerin farklı nitelikleri bağlamında değerlendirilmesi dolayısıyla, bu yaklaşımın bir anlamda şekli eşitlikten maddi eşitliğe geçişi temsil ettiği de kabul edilir[89]. Benzer durumlara benzer davranışla eşitliğin sağlanacağını öngören şekli eşitlik anlayışı, durumlar benzerlik yönünden karşılaştırılamadığında ya da farklılıklar söz konusu olduğunda sessiz kaldığı için farklı durumdakiler için dışlayıcı olabilirken; farklılık anlayışı dahilinde farklılıklar benzer davranışın istisnaları olarak kabul edilir ve eşitliği sağlamak adına dikkate alınır. Farklılıkların böylece uyumlaştırmanın ve kapsayıcılığın bir aracı olarak sayılmasıyla, sonuç itibariyle eşitliğin sağlanması hedeflenir[90].

Sonuç itibariyle eşitliği böylece sağlamayı hedefleyen farklılık yaklaşımına göre, pasif konumdaki bir devlet de sadece mevcut eşitsizliklerin daha da sağlamlaştırılmasını destekleyen bir devlettir[91]. Bu açıdan eşitliğin, tarafsız ve nötr bir anlayışla ve yükümlülükleri negatif yükümlülüklerle sınırlı bir devlet anlayışıyla sağlanması da mümkün görülmez[92]. Bu anlamda farklılık yaklaşımı dahilinde devletin, eşitliği sağlamak adına farklılıkları gözeterek bu farklılıklara uygun, başka bir deyişle bu farklılıklarla orantılı olumlu önlemler alma ya da kişilerin ihtiyaçlarıyla uyumlaştırılmış olanaklar sağlanması yönünde birtakım önlemleri uygulamaya koyma yükümlülüğünden bahsedilir[93]. Farklılık yaklaşımı kapsamında farklılıklarla orantılı

---

sözleşme metinleriyle yasaklanan ayrımcılık yasağı kapsamına dolaylı ayrımcılığın dahil edilmesini sağladığı da belirtilmiştir. Bu açıdan, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, maddi eşitlik anlayışını daha belirginleştiren sözleşmeler olarak nitelendirilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 47. İlgili Sözleşmeler kapsamındaki eşitlik anlayışı ile ayrımcılık yasağının niteliği ve kapsamına dair ayrıntılı bilgi için "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı" başlıklı İkinci Bölüm kapsamında ilgili sözleşmelere dair başlıklar altında yapılan açıklamalara bakınız.

[89] Broderick, a.g.e., s. 42. Maddi eşitlik anlayışının ilk ortaya çıktığı dönemde eşitlik, maddi farklılık yaklaşımıyla değerlendirilmiştir; bu nedenle maddi farklılık yaklaşımı, maddi eşitlik anlayışının ilk dönemini yansıtır. Bakınız: Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143-144.

[90] Titia Loenen, "Rethinking Sex Equality as a Human Right", Netherlands Quarterly of Human Rights, 12(3), 1994, s. 257-258.

[91] Fredman, a.g.m., 1999, s. 578-579.

[92] Titia Loenen, "Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution", Ed. Titia Loenen and Peter R. Rodrigues, Non Discrimination Law: Comparative Perspectives, The Hague, Kluwer Law International, 1999, s. 199.

[93] Bu açıdan farklılık yaklaşımı "özel muameleyle birleştirilmiş aynı muamele" olarak da nitelendirilmiştir. Kimber, 1996'dan aktaran Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 38-39.

biçimde alınan önlemlerin klasik örneklerini ise, hamilelik ve annelik izinleri, eğitimde azınlık diline dair önlemler ile engelli kişilere çeşitli konularda ihtiyaçlarıyla uyumlaştırılmış olanakların sağlanması oluşturur. Eşitliğin sağlanması adına farklılıklarla orantılı bir şekilde davranılmasını öneren farklılık yaklaşımı, bu açıdan eşitliğe ilişkin hukuk uygulamasına "orantılılık" kavramını da kazandırmıştır[94].

Ancak farklılık yaklaşımının, farklılıklara yönelik ve farklılıklarla orantılı bir şekilde davranılmasıyla eşitliğin sağlanacağına dair formülünün, sadece bireysel farklılıkları kapsadığını da eklemek gerekir[95]. Bu açıdan, farklılık yaklaşımının kişilerin farklılıklarının temellendiği belirli bir somut toplumsal farklılığı paylaşan grubun eşitliğini sağlamakla ilgili bir yaklaşım sayılması mümkün değildir (Broderick, 2015: s. 42). Bu anlamda farklılık yaklaşımı kapsamındaki "biyolojik ya da sabit nitelikli farklılıklar" temelinde alınan olumlu önlemler ile ihtiyaçlara göre uyumlaştırılmış olanakları, belirli farklılıklara yönelik eşitliği sağlama hedefini takiben istisnai olarak izin verilen önlemler olarak görmek daha doğrudur[96].

Farklılık yaklaşımı kapsamında, farklılıkların da hesaba katıldığı aktif ve müdahaleci bir yaklaşımla, fırsat eşitliğinin ötesinde bir fiili ya da gerçek eşitlik hedefine ulaşmak öngörülüyorsa da; farklılık yaklaşımının da eleştirilmesi gereken noktaları vardır. Bu noktaları ortaya koymak, farklılık yaklaşımının gerçekten öngörülen hedefine ulaşmaya muktedir olup olmadığını da görmeyi sağlayabilir. Bu açıdan öncelikle, farklılık yaklaşımı kapsamında hangi farklılıkların dikkate alınacağı

---

[94] Wentholt, a.g.e., s. 55-58; Kimber, 1996'dan aktaran Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 39.

[95] Eşitliği, kişilere yönelik ayrımcılığın giderilmesine yönelik biçimde sağlamaya ilişkin olan bu yaklaşım, Birleşik Krallık hukukundaki 1983 tarihli Mandla ve diğerleri v. Dowell Lee ve diğerleri davasıyla somutlaştırılmıştır. Bu dava, eşitliğin aynı eşitsizliğin mağduru olan bir grup için değil, sadece başvurucu için bireysel bir şekilde sağlanmasını da yansıtır. Bakınız: Fredman, a.g.e., 2011, s. 14-15. İlgili dava hakkında daha ayrıntılı inceleme için bu bölüm kapsamındaki *"1.3.3. Dolaylı Ayrımcılığın Avrupa Düzeyinde Yasaklanması"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[96] Bu açıdan, farklılık yaklaşımı, 1960'lı yılların sonu ile 1970'li yılların ortasına rastlayan "belirli farklılıklar çağı"nın eşitlik anlayışını açıklayan yaklaşım olarak kabul edilir. Bu çağda, genellikle biyolojik özelliklerle bağlantılı olan doğal ve değişmez nitelikli farklılıklara yönelik farklı muamele ile bu farklılıklara sahip kişilerin maruz kaldığı ayrımcılıkların aşılabileceği düşüncesi hakimdir. Kimber, 1996'dan aktaran Arnardottir, a.g.m., 2009, s. 50.

ve bu anlamda ayrımın nasıl kurulacağı[97] meselesine değinmek gerekir[98]. Uluslararası insan hakları hukukunda eşitliğin sağlanması adına hangi farklılıkların dikkate alınacağına dair somut bir kuralın varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu bağlamda, "doğal" ve "değişmez" nitelikli farklılıklar, özellikle de biyolojik farklılıklar dikkate alınabildiği gibi[99]; eşitliğin sağlanması konusunda dikkate alınan farklılıklardan birçoğunun esasen engellilik ve cinsiyet gibi "biyolojik" temellerle ilişkili farklılıklar olduğu da ifade edilmiştir. Engellilik ve cinsiyet temelli farklılıkların biyolojik temellerle ilişkilendirilmesi yönündeki ifadeler kapsamında bu farklılıkların toplumsal yapıyla da bağlantılı olduğunu belirtilmiş ve bu sayede yapısal eşitsizliklerin varlığına dair farkındalığın da giderek geniş kabul görmeye başladığı gösterilebilmiştir. Bu anlamdaki farkındalığı, başka temellerde farklılıkların da gerçek ya da fiili eşitliğin sağlanması için dikkate alınabileceğinin göstergesi olarak okumak mümkündür[100].

Farklılık yaklaşımında, farklılıklar temelinde alınan önlemlerin bir anlamda eşitsizlikleri sağlamlaştırma niteliğine sahip olduğuna dair de eleştiriler mevcuttur. Bu kapsamda, eşitliği sağlamak adına alınan bu önlemlerin, kişileri farklı durumlarına hapsetme ihtimalini barındırdığı ve böylece de farklı durumdaki kişilere karşı toplumda önyargı oluşmasına katkıda bulunma tehlikesini de içerdiği söylenmiştir[101].

Farklılık yaklaşımının eleştirilen bu zayıf noktalarına rağmen, toplumda belirli kişi gruplarını oluşturan kişilerin farklı niteliklerinden hareket etmesiyle toplumdaki belirli grupların "dezavantajlı" durumlarını görebilmeyi de kolaylaştırdığını ve bu açıdan da fiili ya da gerçek eşitliğe ulaşmayı hedefleyen bir başka yaklaşıma dair

---

[97] Bu husus "farklılık dilemması" olarak adlandırılmıştır. Martha Minow, Differences Among Difference, UCLA Women's Journal, 1(0), 1991, s. 167.

[98] Hangi farklılıkların olumlu önlemleri ya da uyumlaştırmayı gerektirdiği ve bu anlamda hangi farklılıklara yönelik olumlu önlemlerin alınmasının ya da uyumlaştırma yapılmasının meşru olduğu meselesi farklılık yaklaşımının eleştirilen zayıf noktalarından ilkidir. Kimber,1996'dan aktaran Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 42.

[99] Kimber, 1996'dan aktaran Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 39. Ayrıca bakınız: Arnardottir, a.g.m., 2009, s. 50.

[100] Karan, a.g.e., s. 44.

[101] Kimber, 1996'dan aktaran Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 42. Ayrıca bakınız: MacKinnon, a.g.e., s. 252-253.

ihtiyacı da ortaya çıkardığını söylemek mümkündür[102]. Bu anlamda farklılık yaklaşımının, dezavantaj yaklaşımını anlamayı kolaylaştırdığını da eklemek gerekir.

1.1.2.2. Dezavantaj Yaklaşımı

Sonuçlarda eşitliği sağlamakla ilişkili olarak farklılık yaklaşımından bir sonraki aşamayı temsil eden ve bu bağlamda hem teoride hem de uygulamada ortaya çıkan son yaklaşım olan dezavantaj yaklaşımı, benzerlik ve farklılık yaklaşımlarının eksiklikleri üzerine geliştirilmiştir. Dolayısıyla dezavantaj yaklaşımı kapsamında sonuç itibariyle eşitliğin, benzerlik ve farklılık yaklaşımlarından farklı bir odak noktası üzerinden sağlanması hedeflenir[103]. Bu anlamda dezavantaj yaklaşımı, sonuçlarda eşitliği sağlamak adına soyut bir eşitlik formülünü reddeder; kişilerin toplum içindeki somut durumları bağlamındaki farklılıklarından ziyade topluma ve toplumdaki mevcut eşitsizliklere odaklanmayı önerir[104]. Dezavantaj yaklaşımı bu açıdan, toplumdaki farklılıkların dikkate alınması gerekliliğini dışlamamakla beraber, toplumdaki bu farklılıkları ortaya çıkaran iktidar ilişkilerini ve bu iktidar ilişkilerinin yarattığı sonuçları da dikkate almayı gerektirir[105].

Dezavantaj yaklaşımının kapsamında dezavantaj, cinsiyet gibi toplumsal olarak kurulan yapılarla ilişkilendirilir ve böylece "yapısal" sıfatıyla nitelendirilen dezavantaj kavramının yardımıyla, mevcut eşitsizlikler ile toplumsal yapının da bağı kurulur. Dezavantaj yaklaşımı kapsamında, dezavantajlı ve ayrıcalıklı durumların birbirlerini yaratarak ve zamanla besleyerek belirli bir kişi grubuna dair toplumdaki yargıyı belirlediği kabul edilir ki; bu yargının dezavantajlar çerçevesindeki olumsuz görünümü önyargı, kalıpyargı ve neticesinde de ayrımcı tutumlar olarak ortaya çıkar[106]. Bu

---

[102] Broderick, a.g.e., s. 44.
[103] Kimber, 1996'dan aktaran Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 43.
[104] Arnardottir, a.g.m., 2009, s. 54-55.
[105] Maddi dezavantaj yaklaşımının, benzerlik yaklaşımı ile maddi farklılık yaklaşımının zayıflıklarına cevap veren bir yaklaşım olarak incelenmesine ilişkin olarak bakınız: Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 44; Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 144-145. Engelli kişilerin hakları bağlamında eşitlik anlayışının gelişim sürecinin incelediği çalışma kapsamında maddi dezavantaj yaklaşımı, engelli kişilerin hakları bağlamında eşitlik anlayışının 1990'lı yıllar sonrasına denk düşen gelişim sürecinin üçüncü aşaması kapsamında benimsenen yaklaşım olarak incelenmiştir. Bakınız: Arnadottir, a.g.m., 2009, s. 54-64.
[106] Ayrımcılığın, "yaygın önyargı ve kalıp yargılardan beslenen bir tutum veya davranış" olarak tanımlanması suretiyle, yapısal yönüne de dikkat çekilmiştir. Bakınız: Melek Göregenli, "Ayrımcılığın Meşrulaştırılması", Ed. Kenan Çayır ve Müge Ayan Ceyhan, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar

dezavantaj kavramsallaştırması, toplumdaki mevcut eşitsizlikleri de toplumsal iktidar ilişkilerinin ürünü sayarak sorunsallaştırmak yanında, önyargı, kalıpyargı ve ayrımcılık gibi olumsuz sonuçların dezavantajlı kişi grubu ile toplumun geneli tarafından kanıksanmasının mevcut eşitsizlikleri derinleştirdiğini de görmeyi sağlamıştır[107]. Bu açından, başka bir ifadeyle de, dezavantaj yaklaşımının toplumsal eşitsizlikler yanında "marjinalleştirilmiş grupların daha da marjinalleşmesine yol açan toplumsal koşullar"ı da dikkate alan bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkündür[108].

Toplumdaki iktidarın ve egemenliğin asimetrik yapısı ile özellikle çalışma yaşamındaki dezavantajlı duruma odaklı bir biçimde geliştirildiği de söylenebilecek olan bu yaklaşım, "ikincilleştirme" *(subordination)* yaklaşımı olarak da adlandırılmıştır. Teorik kaynaklarını, feminizm ve toplumsal inşacı görüşlerden alan dezavantaj yaklaşımı dahilinde gerçek ya da fiili eşitliği sağlamanın da mevcut eşitsizliklerle ilişkili görülmesi, nihayetinde eşitsizliği yaratan toplumsal ve siyasal yapıların değişimini de gündeme getirebilmiştir[109]. Dolayısıyla, dezavantaj yaklaşımının, sonuçlarda eşitliğin eşitliği sonuç itibariyle sağlama hedefini, daha belirgin kıldığını söylemek de mümkündür.

İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012b, s. 62. Konuyla ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bakınız: Melek Göregenli, "Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık", Ed. Kenan Çayır ve Müge Ayan Ceyhan, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 17-27.

[107] Toplumdaki önyargı, kalıpyargı ve ayrımcı tutumların zamanla kanıksanarak eşitsizliğin sabit hale gelmesi dolayısıyla mevcut eşitsizliklerin yeni eşitsizlikleri yaratması ayrımcılığın kısır döngüsü *("vicious circle of discrimination")* olarak adlandırılmıştır. Sosyo ekonomik bakımdan dezavantajlı bir grubun üzerinden kurulan ayrımcılığın kısır döngüsüne dair örnek model ve konuya dair daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Timo Makkonen, "Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore", Åbo Academy University, Institute for Human Rights, 2002, s. 8-9 https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf (Erişim Tarihi: 03.05.2020).

[108] Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı alanında güncel olarak nitelendirilen bu yaklaşımın benimsenmesinin, fiili eşitliğin sağlanması ile ayrımcılığın "gerçekten" yasaklanması adına olumlu ve önemli olduğu da ifade edilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., 2017: s. 51.

[109] Kimber, a.g.e., s. 273. Bu yaklaşım feminist kuram çerçevesinde benzerlik ve farklılık yaklaşımlarının cinsiyet temelli eşitsizliği ya da ayrımcılığı açıklamaya yeterli olmadığı, esasen toplumsal olarak kurulan bir olgu olan cinsiyetle ilişkili eşitsizlik ya da ayrımcılık sorunlarının kaynağının da toplum ve siyasal düzen olduğunu açıklamak üzere geliştirilmiştir. Bakınız: Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 44. Toplumsal inşa feminizmi hakkında kısa bir bilgi için bakınız: Fatmagül Berktay, "Feminist Teoride Açılımlar", Ed. Yıldız Ecevit ve Nadide Karkıner, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, 2. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 16. Ayrıca Bakınız: Judith Butler, Cinsiyet Belası, (Çev. Başak Ertür), İstanbul, Metis Yayınları, 2008. Toplumsal inşacı görüşler için bakınız: Ian Hacking, The Social Construction of What?, London, Harvard University, 1999, s. 9.

Sonuç itibariyle eşitliği, toplumdaki ayrıcalıklı ve dezavantajlı durumların farkındalığıyla mevcut eşitsizlikleri sorunsallaştırma ve bunları ortadan kaldırma yöntemiyle sağlamayı öneren dezavantaj yaklaşımının, bu açıdan da hem benzerlik hem de farklılık yaklaşımından daha ötede önlemler içerdiğini söylemek mümkündür. Dezavantaj yaklaşımı, benzerlik yaklaşımı kapsamındaki devletin pasif ve tarafsız konumunu açıkça reddettiği gibi; kişilerin farklılıklarını dikkate alarak sadece bu farklılıklar dolayısıyla ortaya çıkan eşitsizlikleri farklılıklarla orantılı biçimde gidermekle de sınırlı bir yaklaşım değildir[110]. Bu anlamda sonuç itibariyle eşitliğin sağlanması adına alınan önlemlerin de, benzer davranışın istisnası olmaktan çok, mevcut eşitsizlikleri güçlendiren uygulama ya da politikaları ortadan kaldırmakla ilgili olması da yine bu önlemlerin toplumsal ve siyasal anlamda değişikliği içerir nitelikte olduğunu gösterir[111]. Dezavantaj yaklaşımı kapsamında öngörülen bu önlemlerin belirtilen niteliği gereğince, devletlerin sonuç itibariyle eşitliği sağlamak adına pozitif yükümlülükleri de, benzerlik ve farklılık yaklaşımlarına göre daha da güçlendirilmiş bir biçimde gündeme gelir[112].

Dezavantaj yaklaşımının toplumsal yapıyı da göz önünde tutarak, eşitsizliğin belirli bir grubun toplumsal yapı gereği içinde bulunduğu dezavantajlı durum üzerinden değerlendirilebilmesini mümkün kılması, ayrıca eşitsizliğin bireysel farklılıklarla sınırlı bir şekilde temellendirilmesi durumunun aşılabilmesini sağlamıştır. Dezavantaj yaklaşımının kabülüne göre, eşitsizliği ortaya çıkaran farklılıkların bireysel olarak nitelendirilmesi mümkün değildir; zira bu farklılıklar toplumsal yaşam içinde kurulan ve edinilen farklılıklardır[113]. Benzer şekilde, dezavantaj yaklaşımı kapsamında belirli farklılıklara "doğal" ya "değişmez" niteliklerini atfederek, bu belirli farklılıkların dikkate alınması anlayışının da dışlandığını belirtmek gerekir[114].

---

[110] Arnardottir, a.g.m., 2009, s. 54-55; Karan, a.g.e., s. 47.
[111] Kimber, a.g.e, s. 273; Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 45.
[112] Karan, a.g.e., s. 47.
[113] Karan, a.g.e., s. 49.
[114] Feminizmden ve toplumsal inşacı görüşlerden beslendiğini de ifade edilen dezavantaj yaklaşımı, bu yönüyle varoluşçuluğa da karşı olan bir yaklaşımdır. Farklılık yaklaşımı bağlamında dikkate alınan farklılıkların "doğal" ya da "değişmez" nitelikli farklılıklar olarak da görülebilmesi ve bu açıdan ortaya çıkan farklılık yaklaşımının zayıf yönleri için yukarıda *"1.1.2.1. Farklılık yaklaşımı"* başlığı altında yapılan açıklamalarla karşılaştırma yapınız.

Dezavantaj yaklaşımının eşitsizliğin belirli bir toplumsal grubun içinde bulunduğu dezavantajlı durum kaynaklı olduğu yönündeki kabulü, bu yaklaşımı sonuç itibariyle eşitliği sağlama adına benzerlik ve farklılık yaklaşımlarına göre birkaç açıdan daha güçlü kılmıştır. Birincisi, dezavantaj yaklaşımının mevcut toplumsal ve siyasal yapıya ilişkin eleştirel bakışını da içeren bu kabulü, toplumdaki dezavantajlarla ilgili birçok durumun bir eşitsizlik sorunu olarak değerlendirilebilmesini mümkün hale getirmiştir[115]. Bu bağlamda, örneğin cinsiyetin de biyolojik anlamıyla ve bireysel olarak değil, toplumsal olarak kurulan bir rol anlamında toplumsal cinsiyet olarak değerlendirilebilmesiyle, cinsiyetlerarası farklılıkların sadece biyolojik değil, toplumsal temellere sahip olduğu kabul edilmiş ve böylece kadınlara toplumsal cinsiyet rolü çerçevesinde yüklenen sorumlulukların toplumsal cinsiyet temelli eşitsizlikler yaratabildiği de anlaşılabilmiştir[116]. İkinci olarak dezavantaj yaklaşımının ilgili kabulüyle, eşitsizliğin kaynağını toplumdaki dezavantajlı gruplara odaklanarak araması, benzerlik ve farklılık yaklaşımları kapsamında gündeme gelen ve benzerlik veya farklılığı değerlendirmeyi mümkün kılan karşılaştırılabilirlikle ilişkili sorunların dezavantaj yaklaşımı kapsamı dışında kalmasını sağlanmıştır. Benzer şekilde son olarak da yine dezavantajlı grupların mevcut eşitsizliğinin dikkate alınıyor oluşu dolayısıyla dezavantaj yaklaşımının eşitliği sağlama yönteminin içeriğine ilişkin bir betimlemeye de ihtiyaç olmadığı söylenebilir. Nitekim dezavantaj yaklaşımının toplumdaki iktidar ilişkilerinin ve egemenliğin yarattığı asimetriye dair olduğu da açıktır[117]. Sonuç itibariyle, dezavantaj yaklaşımının ilgili kabulünün, toplumdaki dezavantajlı grupların sadece belirli farklılıklarına yönelik istisnai önlemlerle sınırlı olmaksızın, mevcut eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik daha kapsamlı önlemlerin alınmasını mümkün kıldığı da söylenebilir[118].

---

[115] Kimber, a.g.e., s. 275; Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 45-46.

[116] Cinsiyet ve toplumsal cinsiyet kavramlarıyla ilgili kısa bir bilgilendirme için bakınız: Yıldız Ecevit, "Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç, Ed. Yıldız Ecevit ve Nadide Karkıner, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 4-6. Cinsiyeti toplumsal bir olgu olarak inceleyen bazı çalışmalar için bakınız: Simon de Beauvoir, Kadın "İkinci Cins": Evlilik Çağı, (Çev. Bertan Onaran), 8. Baskı, İstanbul, Payel Yayınları, 1983; Ann Oakley, Sex, Gender and Society, London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2015. Toplumsal cinsiyet, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 25 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de konu edilmiştir. Bakınız aşağıda 816. Dipnot.

[117] Kimber, a.g.e., s. 274-275; Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 45.

[118] Dezavantaj yaklaşımının benimsenmesiyle sonuçlarda eşitliği sağlamaya yönelik kapsamlı önlemlerin alınabilmesi Birleşmiş Milletler sistemi kapsamındaki üç örnek yardımıyla somutlaştırılabilir: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 25 No'lu Genel

Dezavantaj yaklaşımının bu güçlü yönleri karşısında bazı zayıf yönlerinden de bahsedilmiştir. Bunlardan ilki, farklılık yaklaşımında hangi farklılıkların eşitliğin sağlanması adına dikkate alınacağı şeklinde gündeme gelen soruna benzer şekilde, hangi grubun dezavantajlı grup sayılacağının belirsiz olmasına ilişkindir. Bu belirsizliğin, yargısal denetim mekanizmalarının kabullerine de yansıyacağı ve yargılama aşamasında hangi grupların dezavantajlı grup sayılması gerektiğinin de bu anlamda belirli olmaması da, dezavantaj yaklaşımının ikinci zayıf yönüdür. Son olarak, dezavantaj yaklaşımının benzerlik ve farklılık yaklaşımıyla karşılaştırıldığında doktrinel kökenlerinin olmaması da dezavantaj yaklaşımının zayıf yönlerinden biri olarak belirtilmiştir[119].

Diğer yaklaşımların eksiklikleri üzerine geliştirilen bir yaklaşım olan dezavantaj yaklaşımının, sonuç olarak, toplumdaki mevcut eşitsizlikleri ya da yapısal dezavantajları dikkate alması dolayısıyla gerçek ya da fiili eşitliği sonuç itibariyle sağlamaya daha elverişli bir yaklaşım sunduğunu söylemek mümkündür. Nitekim bu yaklaşımın, yansımasını maddi eşitlik anlayışının benimsendiği uluslararası insan hakları belgelerinde bulduğu da görülebilir[120].

1.1.3. Dolaylı Ayrımcılık Kavramını İçeren ve Dolaylı Ayrımcılık Yasağını Öngören Eşitlik Anlayışı

Şekli eşitlik ve maddi eşitlik anlayışlarının, eşitliği farklı şekillerde sağlamayı öngörmeleri, bu anlayışların neyin ayrımcılık teşkil edeceği konusunda kabullerinin de farklı olması sonucunu yaratmıştır. Bu açıdan, şekli eşitlik anlayışı ile maddi eşitlik

---

Tavsiyesi'nde, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 8 No'lu Genel Tavsiyesi'nde ve Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme metninde dezavantaj yaklaşımıyla alınması gerektiğine işaret edilen kapsamlı önlemleri görmek mümkündür. Daha geniş açıklamalar için aşağıda İkinci Bölüm kapsamında ilgili başlıklar altında yapılan açıklamalara bakınız. Ayrıca Bakınız: Karan, a.g.e., s. 49-51.

[119] Dezavantaj yaklaşımının zayıf yönlerine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Kimber, a.g.e., s. 275; Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 46-47.

[120] Dezavantaj yaklaşımının, BM Sözleşmeleri bağlamında yansımasını şekli eşitlik anlayışından maddi eşitlik anlayışına geçişi de temsil eden bir Sözleşme olan Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'de bulduğu belirtilmiştir. Bu Sözleşme'nin ilgili niteliğine dair daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 47-48. Sözleşme'nin ilgili niteliği yanında benimsediği maddi eşitlik anlayışına dair ayrıntılı bilgi için de bu çalışmanın İkinci Bölümü kapsamındaki *"2.2.2.3. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme"* başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

anlayışları kapsamında ayrımcılık yasağı da farklı şekilde kavramsallaştırılmıştır. Bu anlamda dolaylı ayrımcılık kavramının her iki eşitlik anlayışı dahilinde tartışılabildiğinden ve dolaylı ayrımcılık yasağının da her iki eşitlik anlayışı bağlamında öngörülmüş olmasından söz etmek mümkün değildir. Bu iki eşitlik anlayışının ayrımcılığa dair kabullerinin incelenmesiyle dolaylı ayrımcılık yasağının hangi eşitlik anlayışı dahilinde kavramsallaştırıldığı anlaşılabilecektir.

Tarafsızlık ya da nötrlük iddiasında olan ve bu yöndeki kabulünün dayanağı "herkesin tüm verili koşullarıyla eşit olduğu" varsayımı olan şekli eşitlik anlayışı dahilinde ayrımcılık da, eşit ya da benzer konumda olan kişilere farklı davranışta bulunulmasıyla ilişkilendirilmiştir[121]. Yukarıda benzerlik yaklaşımı bağlamında incelenen şekli eşitlik anlayışının eşitliğin benzer durumdakilere benzer davranışla sağlanacağına ilişkin kabulü de, bu anlayış dahilindeki ayrımcılığın sadece eşit ya da benzer durumdakilere farklı davranışta bulunulması halinde ortaya çıkacağına ilişkin kabulü şekillendirmiştir. Bu doğrultuda, ayrımcılığın ancak, genel anlamda ve maddi özelliklerinden bağımsız olarak, benzer durumda olanlara benzer davranılması gerekliliğine aykırı biçimde cinsiyet, cinsel yönelim, ten rengi ya da engellilik temelli olarak farklı davranılması halinde gündeme geleceği savunulur. Böylece hukuk normları veya politikalar aracılığıyla ortaya çıkan farklı davranış, *de jure* ayrımcılık olarak inceleme bulur[122]. Şekli eşitlik anlayışının ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında yasakladığı farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık biçimi ise, doğrudan ayrımcılık (*"direct discrimination"*) olarak adlandırılan ayrımcılık biçimine denk gelir[123].

Şekli eşitlik anlayışı dahilinde ayrımcılık, böylece "münferit" ya da "istisnai" bir tutum ya da davranıştan ibaret sayılır. Ayrımcılık belirtilen şekilde ortaya çıkmadığı sürece de mevcut eşitliğin korunmuş olduğu kabul edilir[124]. Dolayısıyla şekli eşitlik anlayışı dahilinde, aynı işyerinde eşit değerdeki bir işi ifa eden farklı cinsiyet gruplarına mensup iki işçiden birine daha az ücret verilmesi durumunu ayrımcılık olarak tartışmak

[121] Gül ve Karan, a.g.e., s. 6.
[122] Karan, a.g.e., s. 70.
[123] Fredman, a.g.e., 2011, s. 716.
[124] Gül ve Karan, a.g.e., s. 5-6.

mümkünken; toplumsal olarak çocuk ve aile bakımından sorumlu tutulan cinsiyet grubu mensubunun, bu sorumlulukları gereği seçmek durumunda kaldığı yarı zamanlı istihdam biçimi için sigorta düzenlemeleri öngörülmemesinin ayrımcılık olarak değerlendirilmesi zordur. Böylece herkesi verili koşullarda eşit kabul eden şekli eşitlik anlayışı dahilinde, ayrımcılığın da ayrımcı kasıt taşıyan tutum ya da davranışla ortaya çıktığının kabul edildiğini de eklemek gerekir. Bu doğrultuda, şekli eşitlik anlayışı kapsamında ayrımcı kastın varlığı ya da yokluğuna bakılmaksızın, toplumdaki yapısal olarak daha dezavantajlı grupların gerçekte eşit olmayan durumlarını sorunsallaştırmanın da kolay olmadığı söylenebilir.

Şekli eşitlik anlayışı kapsamında, tarafsızlık ya da nötrlük iddiasıyla, farklılıkların ya da mevcut dezavantajlı durumların dikkate alınmaması, şekli eşitlik anlayışı bağlamında ayrımcı sayılmayan tutum ve davranışların niteliğini de anlatır. Bu anlamda şekli eşitlik anlayışı dahilinde, farklı durumdakilere farklı davranılmaması durumunda ayrımcılığın gündeme gelebileceği kabul edilmediği gibi bu durumda ortaya çıkan eşitsiz sonuçlar ya da olumsuz yöndeki farklı etki de ayrımcılık sayılmaz. Başka bir ifadeyle, şekli eşitlik anlayışının benzer davranış üzerinden kurulması, benzer davranış sonucu ortaya çıkabilecek muhtemel olumsuz etkilerin ayrımcılık bağlamında incelenmesi imkânını dışlar[125]. Bu doğrultuda, nötr ya da tarafsız görünen uygulamaların ve bu nötrlük veya tarafsızlığın doğurduğu etkinin irdelenmesinin de şekli eşitlik anlayışı içinde anlamı olduğundan söz edilemez. Dolayısıyla esasen sonuç ya da etki itibariyle ve uygulama sonrasında gündeme gelen ayrımcılık biçimi olan ve bu anlamda sonuç ya da etkinin irdelenmesinin oldukça önemli olduğu dolaylı ayrımcılığın da şekli eşitlik anlayışı dahilinde değerlendirilmesi ya da yasaklanması da mümkün değildir[126].

Şekli eşitlik anlayışının ayrımcılık kavramına ilişkin bu kabulleri, bu anlayışın kimleri ayrımcılığa karşı koruduğunu da gösterir; başka bir deyişle bu anlayış dahilindeki ayrımcılığa uğramama hakkının öznesinin de şekli eşitlik anlayışının ayrımcılığa ilişkin kabulleri dolayısıyla anlaşılması mümkündür. Bu anlamda, kişilerin

---

[125] Arnardottir, a.g.m., 2007, s. 143.
[126] Durmuş, a.g.t., s. 12-13; Loenen, a.g.e., s. 198.

yapısal özelliklerini dikkate almaksızın herkesin eşit olduğu kabulüyle oluşturulan kural ve yapılarıyla şekli eşitlik anlayışının, sadece toplumdaki baskın gruplara mensup kişiler için ayrımcılığa karşı koruma sağlayabileceğini söylemek yanlış olmaz. Bu doğrultuda şekli eşitlik anlayışıyla öngörülen ayrımcılığa uğramama hakkının öznesini de esasen toplumdaki baskın gruplar oluşturacaktır[127]. Sonuç olarak şekli eşitlik anlayışıyla, toplumdaki yapısal farklılıkları görmeden eşit davranmayla eşitliğin herkes için sağlanacağı anlayışının mevcut eşitsizlikleri de yok saymak anlamına geldiği söylenebilir[128]. Bu açıdan şekli eşitlik anlayışının gerçek eşitliği sağlamak açısından yetersiz olduğu noktalar hakkında çok şey söylenebilecekse de, çalışmanın kapsamı ve amacı da dikkate alınarak kısaca şekli eşitlik anlayışının ilgili yetersizliklerinin, özellikle toplumdaki baskın grupların özellikleri esas alınarak oluşturulmuş yapı ve kuralları esas alarak eşitliği sağlamaya çalışmasından doğduğunu söylemekle yetinmek mümkündür[129]. Bu çerçevede şekli eşitliğin, toplumdaki mevcut eşitsizlikler için bir çözüm yolu önermemesi[130] ve bu doğrultuda ilgili yapı ve kurallara toplumdaki baskın gruplardan farklı yapısal özelliklere sahip olan kişiler de dahil olmak üzere herkesin uymasının beklenmesinin gerçek eşitsizlikleri derinleştireceğini de yinelemek gerekir. Bu hususlar, aynı zamanda mevcut eşitsizliklerin kişilerin bireysel deneyimlerinden çok dezavantajlı olarak nitelenebilecek olan belirli gruplara mensup oluşları sebebiyle var olduklarını da ortaya koyar[131] ve hala geçerliliği bulunduğu söylenebilecek olan şekli

---

[127] Tarafsız olduğu varsayılan ölçütlerin, toplumdaki baskın grup olan erkekleri kıstas alarak oluşturulduğuna dikkat çeken açıklamalar için bakınız: MacKinnon, a.g.e., s. 34. Benzer şekilde, şekli eşitlik anlayışında engelli kişi ile bir engele sahip olmayan kişinin aynı sayılmasının olası olduğuna ve bu açıdan engelli kişinin de engelli olmayan kişiler için tasarlanmış kurallara uyum sağlamak zorunda kalacağına da dikkat çekilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 7.

[128] Fredman, a.g.m., 2016, s. 720; Karan, a.g.e., s. 41.

[129] Bütün insanlar her yönden benzer ve eşit olsalardı kişilerin yararlarda ve yükümlülüklerde eşitliğini sağlamak için şekli eşitlik anlayışının yeterli olabileceği; ancak "insanların yalnızca nesnel özellikleri ve durumları bakımından farklı olmakla kalmayıp öznel tercihlerinde, değerlerinde ve beğenilerinde de ayrılmaları karşısında, onlara bir yönden eşit davranmanın her zaman uygun görüleceğini" söylemenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bakınız: Öden, a.g.e., s. 26. Şekli eşitlik anlayışının, kişi gruplarının dezavantajlı durumlarına karşı ilgisinin sınırlılığına dikkat çeken açıklamalar için bakınız: O'Cinneide, a.g.e., s. 86.

[130] Şekli eşitlik anlayışı dahilinde mevcut eşitsizliklere dair çözüm yolu öngörülmemesi, şekli eşitlik anlayışı dahilinde dezavantajlı grupların eşitliğe erişimlerini sağlamaya yönelik geçici özel önlemlerin hiçbir şekilde söz konusu edilemeyeceği anlamına gelmez. Bu açıdan geçici özel önlemlere dair bir politika benimsememiş olan bir işverenin yasal düzenlemelere uygun davrandığı sürece şekli eşitliğe aykırı davranmadığı söylenebilir.

[131] Eşitsizliklerin sosyal gruplar üzerinden değerlendirilmesi konusunun siyasi ve felsefik temelleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Iris Marion Young "Equality of Whom?: Social Groups and Judgements of Injustice", The Journal of Political Philosophy, Vol. 9, No. 1, 2001, s. 2-3 vd.

eşitlik anlayışından[132] ötede bir anlayışa işaret eden maddi eşitliğe geçiş için de düşünsel bir zemin oluşturur.

Maddi eşitlik anlayışının farklılıklara dair hassasiyetinin şekli eşitlik anlayışının "herkesin verili koşullarda eşit" durumda olduğuna dair kabulünü gerçek dışı kılmasıyla, maddi eşitlik anlayışı kapsamında yasaklanan ayrımcılık da şekli eşitlik anlayışından farklı bir şekilde kavramsallaştırılmıştır. Maddi eşitlik anlayışı kapsamında, tarafsızlık ya da nötrlük iddiasıyla farklılıkları gözetmemek suretiyle herkese yönelik benzer davranışla yetinmenin de eşitsiz sonuçlara yol açabileceği, bu anlamda ayrımcılık yaratabileceği kabul edilir. Bu doğrultuda da, maddi eşitlik anlayışı dahilinde şekli eşitlik anlayışının aksine ayrımcılığın, farklı durumdakilere farklı davranma konusunda hataya düşülmesi sebebiyle ortaya çıkabileceği kabul edilir. Dolayısıyla şekli eşitlik anlayışından farklı olarak ayrımcılık, farklılıklarla veya mevcut dezavantajlı durumlarla da ilişkilendirilir[133]. Bu kapsamda, ayrımcılık sadece "münferit" ya da "istisnai" nitelikli olmadığı gibi, sadece ayrımcı kasıt taşıyan tutum ya da davranışlarla da sınırlı görülmez; ayrımcı kastın önemi olmaksızın sonuç itibariyle olumsuz etki yaratan tutum ya da davranışlar da ayrımcı sayılabilir.

Maddi eşitlik anlayışının ayrımcılığa ilişkin bu kabulleri[134], doğrudan ayrımcılık yasağından başka bir ayrımcılık yasağına yönelik ihtiyacı ortaya çıkarmıştır ki bu ihtiyaç, aynı zamanda eşit ya da benzer davranışın, gerçek durum ya da sonuç itibariyle belirli kişiler ya da gruplar nezdinde olumsuz yani ayrımcı etki yaratması halini de kapsayacak bir ayrımcılık yasağına ilişkindir[135]. Fiili ya da gerçek durum itibariyle eşitliği sağlama hedefinde olan maddi eşitlik anlayışı dahilinde ihtiyaç duyulan bu

---

[132] Aristoteles'in formülü üzerinden temellenen şekli eşitlik anlayışının basit bir totoloji ortaya koyması dolayısıyla 2500 yılı aşkın süredir inkar edilemez olabildiğini belirtilmiştir. Bakınız: Westen, a.g.m., s. 547-548. Ayrıca, şekli eşitlik anlayışının bütün yetersizliklerine rağmen, değişik ideolojiler bağlamında uygulanabilir oluşunun, onu hala geçerli kılabildiğine de dikkat çekilmiştir. Bakınız: Schiek vd., a.g.e., s. 27.

[133] Fredman, a.g.m., 2005, s. 166.

[134] Maddi eşitlik anlayışı kapsamındaki bu kabul, ayrıca makul uyumlaştırma kavramını hukuk uygulamasına kazandırmış ve tacizin de ayrımcılıkla ilişkili görülmesini sağlamıştır. Bakınız: Fredman, a.g.m., 2016, s. 713.

[135] İdil Işıl Gül, Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 244; Ayrıca bakınız: Fredman, a.g.e., 2011, s. 177; Gül ve Karan, a.g.e., s. 15.

ayrımcılık yasağı, davranışın farklılığı ya da benzerliğinden çok fiili ya da gerçek durum veya sonuç itibariyle ortaya çıkan etkinin niteliğine odaklanan bir ayrımcılık yasağıdır. Bu anlamda, hukuk normları veya politikalar aracılığıyla ortaya çıkan farklı davranıştan çok uygulamaya odaklı olan bu ayrımcılık biçiminin, fiili durum olarak ortaya çıkan *de facto* ayrımcılık olarak inceleme bulduğu söylenebilir[136]. Böylece uygulama sonucunda ortaya çıkan olumsuz etki bağlamında yasaklanan bu ayrımcılık biçimi hukuk uygulamasında ise, dolaylı ayrımcılık (*"indirect discrimination"*) ya da farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık (*"disparate impact"*) olarak adlandırılan[137] ayrımcılık biçimine denk düşer.

Ayrımcılık ve ayrımcılık yasağına ilişkin bu kabulleri dolayısıyla maddi eşitlik anlayışıyla, genelden farklı özelliklere sahip kişilerin ya da kişi gruplarının, farklı durumları gereğince olabildiği gibi dezavantajlı durumları sebebiyle de genele uygulanmakla tarafsızlık iddiasında olan kurallardan farklı kurallara tabi olma taleplerini yükseltmeleri olası hale gelmiştir. Dolayısıyla, maddi eşitlik anlayışı dahilinde, aynı iş yerinde eşit değerdeki işi ifa eden işçilerden toplumsal olarak çocuk ve aile bakımıyla yükümlü kılınan cinsiyet grubuna mensup olmakla yarı zamanlı istihdam biçimini seçmek durumunda kalan işçinin, bu çalışma biçiminde çoğunlukla diğer cinsiyet grubuna mensup işçilerin çalıştığı tam zamanlı istihdam biçiminden farklı koşulların öngörülmesinin, onu mensubu olduğu cinsiyet grubu sebebiyle dezavantajlı bir konuma getirdiğini ve bunun da bir ayrımcılık sorunu olduğunu iddia etmesi mümkündür. Böylece maddi eşitlik anlayışının, şekli eşitlik anlayışının aksine kısaca herkesi eşit olarak kabul etmemekle, toplumdaki farklı ya da yapısal olarak daha dezavantajlı grupların gerçekte eşit olmayan durumlarını sorunsallaştırmayı kolaylaştırdığını söylemek mümkündür.

Şekli ve maddi eşitlik anlayışlarının ayrımcılık kavramı ve ayrımcılık yasağına ilişkin bu kabulleri dolayısıyla, maddi eşitlik anlayışının dolaylı ayrımcılık kavramının

---

[136] Selda Çağlar, "Engelli Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 96, Eylül-Ekim 2011, s. 152-153. Ayrıca bakınız: Karan, a.g.e., s. 70.

[137] Sonuçlarda eşitlik bağlamında davranışa odaklanmamak sebebiyle ayrımcı kastın ispatının da önemsiz olduğu dolaylı ayrımcılık biçimine dair örnekli bir açıklama için bakınız: Fredman, a.g.e., 2016, s. 721.

ve dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsallaştırılmasına imkân sunan bir eşitlik anlayışı olduğunu söylemek mümkündür. Bu anlamda, maddi eşitlik anlayışının benimsendiği bir düzen ya da sistem içinde dolaylı ayrımcılık iddiasında bulunmak ve dolaylı ayrımcılık yasağının korumasından yararlanmak olasıdır. Maddi eşitlik anlayışı kapsamındaki ayrımcılığa uğramama hakkının öznesini tespit etmek için ise, maddi eşitlik anlayışı kapsamında gerçek ya da fiili eşitliği farklı biçimlerde sağlamayı hedefleyen farlılık ve dezavantaj yaklaşımlarının benimsediği ayrımcılık ve ayrımcılık yasağı kabullerini de incelemek gerekir.

Maddi eşitlik anlayışı kapsamındaki bu yaklaşımlardan farklılıkların dikkate alınması suretiyle gerçek ya da fiili anlamda eşitliği sağlamayı hedefleyen farklılık yaklaşımında sadece ayrımcı kasıt taşıyan tutum ya da davranışlar değil; ayrımcı kastın önemi olmaksızın olumsuz etki yaratan tutum ya da davranışlar da ayrımcı sayılır. Bu anlamda da farklılık yaklaşımında sadece doğrudan ayrımcılık değil, dolaylı ayrımcılık da ayrımcılık yasağı kapsamında görülür. Ancak farklılık yaklaşımı dahilinde yasaklanan dolaylı ayrımcılığın da belirli bir ayrımcılık biçimine denk düştüğünü eklemek gerekir. Bu anlamda farklılık yaklaşımı dahilinde yasaklanan dolaylı ayrımcılığı, farklı nitelikleri sebebiyle toplumdaki baskın çoğunluğun dışında kalan kişiler üzerinde gerçek durum ya da sonuç itibariyle olumsuz etki yaratan ayrımcılık biçimi olarak tanımlamak mümkündür. Bu açıdan farklılık yaklaşımı kapsamında yasaklanan dolaylı ayrımcılığı ortaya çıkaran olumsuz etki de dikkate alınmayan ya da ihtiyaçlara göre uyumlaştırılmamış farklılıklarla sınırlıdır. Dolaylı ayrımcılığın bu bağlamda grup temelli yapısal ya da mevcut eşitsizliklerle ilişkili olumsuz etkiyi de kapsar şekilde genişletilememesi ise farklılık yaklaşımında yasaklanan dolaylı ayrımcılığı makul uyumlaştırmanın reddi sonucu ortaya çıkan ayrımcılık biçimine yakınlaştırır. Bu nitelikteki bir dolaylı ayrımcılık yasağının ise, "bireysel" karakterde olduğu ifade edilmiştir[138].

Farklılık yaklaşımının dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağına yönelik bu sınırlı kabulleri dolayısıyla bu kapsamdaki ayrımcılığa uğramama hakkının öznesinin ise

[138] Durmuş, a.g.t., s. 44.

toplumdaki farklı nitelik taşıyan kişiler olarak belirlemek mümkündür. Ancak hangi farklılıkların ayrımcılığa karşı korunmayı hak edeceği, bu anlamda hangi farklılıkların görünür olduğu konusundaki belirsizlik bu yaklaşım kapsamındaki dolaylı ayrımcılık yasağını da sınırlandırır. Bu açıdan da farklılık yaklaşımı bağlamında öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağının maddi eşitliğe ulaşma konusunda sınırlı bir araç olabileceği de söylenebilir.

Bunun karşısında, dezavantaj yaklaşımının eşitliği sağlama adına zayıf yönlerinden ziyade bu yaklaşım kapsamında öngörülen ayrımcılık yasağı incelendiğinde, bu yaklaşımın benzerlik ve farklılık yaklaşımına göre sonuçlarda eşitliği sağlama hedefine daha uygun bir ayrımcılık yasağı öngördüğü söylemek yanlış olmaz.

Dezavantaj yaklaşımı kapsamında benimsenen ayrımcılık yasağı, farklılık yaklaşımda olduğu gibi doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı olmayıp; dolaylı ayrımcılık da bu yaklaşımla öngörülen ayrımcılık yasağı kapsamındadır. Nitekim farklılık yaklaşımıyla aynı hedefe, gerçek ya da fiili durum itibariyle eşitliği sağlama hedefine, sahip olan dezavantaj yaklaşımı kapsamında da sadece ayrımcı kasıt taşıyan tutum ya da davranışlar değil; ayrımcı kastın önemi olmaksızın olumsuz etki yaratan tutum ya da davranışlar da ayrımcı sayılır. Ancak farklılık yaklaşımının aksine dezavantaj yaklaşımı kapsamında, eşitsizliğin kaynağı belirli bir toplumsal grubun içinde bulunduğu dezavantajlı durumda arandığı için, bir ölçütün ayrımcı olup olmadığı da ilgili kişilerin benzerliği ya da farklılığıyla ilişkili olarak değil; bu ölçütün belirli bir toplumsal grup üzerinde gerçekte ya da sonuç itibariyle yarattığı etkisi üzerinden değerlendirilir. Bu doğrultuda, ayrımcı olup olmadığı değerlendirmeye alınan ölçüt, belirli bir toplumsal grubun dezavantajlı durumunu güçlendirme niteliği taşıdığı halde; başka bir ifadeyle bu toplumsal grup üzerinde olumsuz etki yarattığında ise ayrımcı olarak kabul edilir[139].

[139] Dezavantaj yaklaşımı kapsamında bir ölçütün, dezavantajlı grubun dezavantajlı durumunu güçlendirme ya da zayıflatma niteliği üzerinden değerlendirildiği belirtilmiştir. Kimber, 1996'dan aktaran Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 43.

Dezavantaj yaklaşımı kapsamındaki ayrımcılık değerlendirmesine, toplumsal koşulları da dikkate almak suretiyle toplumdaki dezavantajlı durumlarının varlığının kabulüyle başlanması, bu yaklaşımın farklılık yaklaşımının aksine grup temelli yapısal ya da mevcut eşitsizliklerle ilişkili olumsuz etkiyi de dikkate aldığını gösterir ki; bu doğrultuda, benzerlik ve farklılık yaklaşımıyla farkedilemeyen eşitsizlikler ya da ayrımcılıklar da dezavantaj yaklaşımıyla görülebilir. Böylece dezavantaj yaklaşımıyla, dezavantajlı durumların ya da toplumdaki eşitsizliklerin toplum yapısından kaynaklı, yani yapısal yönü ile süregelen niteliği, yani sistematik yönü de sonuç itibariyle eşitliğin sağlanması adına dikkate alınabilir hale gelir. Dezavantaj yaklaşımı kapsamındaki dolaylı ayrımcılık, bu açıdan yapısal ve sistematik ayrımcılıkla da kesişir ve bu nitelikteki ayrımcılığa ilişkin bir dolaylı ayrımcılık yasağı gereği olumlu önlem uygulamaları da farklılık yaklaşımının aksine bireysel nitelikli değildir[140]. Bu doğrultuda, dezavantaj yaklaşımı kapsamındaki dolaylı ayrımcılık yasağının eşitsizliği yaratan toplumsal ve siyasal yapıların değişimini de gerektirdiğini eklemek gerekir[141]. Bu açıdan dolaylı ayrımcılık yasağının, dezavantaj yaklaşımıyla toplumdaki dezavantajlı grupların mevcut ve olası eşitsizliklerle mücadelesinde ve ayrımcılığa uğramama hakları bağlamında daha etkin bir araç haline geldiği de söylenebilir.

Sonuç itibariyle, dolaylı ayrımcılık yasağının dahil edilebildiği maddi eşitlik anlayışının, ayrımcılığa uğramama hakkının öznesinin toplumdaki dezavantajlı kesimleri kapsayacak şekilde genişlemesine izin verdiğini söylemek yanlış olmaz. Bu nitelikte bir maddi eşitlik anlayışının eşitlik arayışına katkılarını ise maddi eşitlik anlayışının dört önemli işleviyle[142] özetlemek mümkündür:

Ayrımcılığın dolaylı biçimiyle de mücadeleyi mümkün bu işlevlerden ilki "toplumda dezavantajlı konumda olan gruplar için geçerli olan "ayrımcılık kısır döngüsünü *(vicious circle of discrimination)* kırma" yönündedir. Özellikle devletin de

---

[140] Durmuş, a.g.t., s. 39.

[141] Dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantaj yaklaşımındaki yapısal dezavantajlarla mücadeleyle ilişkili bu kapsamlı görünümünü, devrim niteliğinde sayan görüşler de mevcuttur. Dolaylı ayrımcılık yasağının sınırlılıkları ile devrim niteliği gösteren yanlarıyla birlikte tartışıldığı bir çalışmalar için bakınız: Loenen, a.g.e. ve Arnardottir, a.g.t., 2002, s. 43-44.

[142] Maddi eşitlik anlayışının ilgili işlevleri hakkında açıklamaların bütünü için bakınız: Fredman, a.g.m., 2005, s. 167.

aktif ve müdahaleci bir konumda sayıldığı dezavantaj yaklaşımıyla, kişilerin içinde bulundukları eşitsiz ya da ayrımcı durumla, daha anlaşılır ifadeyle dezavantajlı durumla kendi kendilerine baş etmelerinin beklenmeyeceği anlaşıldığı için, sonuç olarak ayrımcılığa maruz kalmış kişilerin içinde bulundukları durumu kanıksamaları ve yeniden ayrımcılığa maruz kalmayı doğal karşılamalarıyla oluşan ayrımcılığın kısır döngüsünden[143] kurtulmalarının da eşitlik arayışı ile ilgisi kurulabilmiştir. Maddi eşitlik anlayışının ikinci işlevi de damgalama, kalıpyargılar, aşağılama ve şiddetin ortadan kaldırılması olarak belirtilebilir. Bu ikinci işlev de yine dezavantaj yaklaşımının katkısıyla, toplumdaki dezavantajlı bir gruba mensup olmakla ilişkili olarak damgalama, kalıpyargılar, aşağılama ve şiddet gibi olguların da eşitlik mücadelesine dahil edilebilmesini sağlamıştır[144]. Maddi eşitlik anlayışının üçüncü işlevi de farklı kimliklerin toplum için olumluluk olarak görülmesini sağlamasıyla ilişkilidir. Farklılık yaklaşımının katkısının bulunduğu bu işlevle ilişkili olarak maddi eşitlik anlayışının dördüncü işlevi de herkesin topluma tam katılımını sağlamak yönündedir.

Maddi eşitlik arayışının bu işlevleri ayrıca eşitliğe ulaşma konusunda doğrudan ayrımcılıkla sınırlı bir ayrımcılık yasağı yerine dolaylı ayrımcılığın da dahil olduğu bir ayrımcılık yasağının kabul edilmesini kolaylaştırıcı niteliktedir. Ancak, dolaylı ayrımcılık yasağının maddi eşitliğe ulaşmada etkili bir araç olup olamayacağını, dolaylı ayrımcılık yasağına yasal düzenlemeler dahilinde nasıl yer verildiği ve dolaylı ayrımcılık yasağının yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının incelemelerinde nasıl değerlendirildiği belirleyecektir[145]. Bu açıdan dolaylı ayrımcılığın her ne kadar maddi eşitlik dahilinde ve maddi eşitliğe ulaşmayı sağlayacak bir araç olduğunu tespit etmek teorik olarak mümkünse de; uygulamada bakımından da dolaylı ayrımcılığın maddi eşitliğe ulaşmayı kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı değerlendirilmelidir.

---

[143] Makkonen, a.g.m., 2002, s. 8.

[144] Maddi eşitlik anlayışının bu işlevi ayrıca insan onuruyla da ilişkilendirilmiştir. Bakınız: Fredman, a.g.m., 2005, s. 167.

[145] Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın tespit edilmesi için ayrımcı kastın aranmasının, dolaylı ayrımcılık yasağını maddi eşitliğe ulaşmada etkili bir hukuki araç olma özelliğinden yoksun bıraktığı görülebilir. ABD'de dolaylı ayrımcılık yasağının nasıl ortaya çıktığı ve nereye evrildiğine ilişkin açıklamalar için bu bölüm kapsamındaki aşağıda *"1.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Tanımlanması: Farklı Etkiden Kaynaklı Ayrımcılık Teorisi"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

1.2. DOLAYLI AYRIMCILIK KAVRAMI VE DOLAYLI AYRIMCILIK BİÇİMLERİ

Ayrımcılığın ahlaken yanlış ve hukuken yasaklanması gereken bir davranış biçimi olması yönünde yaygın bir ortak kabulün geliştiği, bu doğrultuda belirli temellerde ayrımcılığın olumsuzluğunun apaçık anlaşılır hale geldiği yorumu yapılabilecekse de; bütün bunlar ayrımcılığın sona erdiği anlamına gelmez. Nitekim, ayrımcılığın, belirli temellerle bağlantılı ve apaçık anlaşılabilen biçiminden başka bir ayrımcılık biçimi olarak da ortaya çıkabileceği anlaşılmıştır. Bu noktada ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan bağlantılı olan farklı davranışla ortaya çıkan doğrudan ayrımcılığın yanında, ayrımcılığa karşı korunan temellerle dolaylı olarak bağlantısı bulunan ve bu açıdan da ortaya çıkan farklı etki veya sonuç itibariyle tespiti mümkün olan dolaylı ayrımcılığın, ayrımcılık yasağı konusunda gerçek durumun yarattığı yeni bir kavram olarak anlaşılması ve diğer ayrımcılık biçimlerinden ayırt edilmesi önemlidir. Dolaylı ayrımcılığı kavramsal olarak açıklamak ve dolaylı ayrımcılığın farklı ortaya çıkış biçimlerinin olduğunu göstermek, ayrıca şekli eşitlik anlayışıyla sınırlı olmayan maddi eşitliği de kapsayan bir ayrımcılık yasağını tasarlamaya yönelik de en önemli meselelerdendir.

Dolaylı ayrımcılığı kavramsal olarak açıklamaya ilişkin meselenin, "dolaylı ayrımcılığı tanımlama mücadelesi" olarak adlandırıldığı bir çalışmada, dolaylı ayrımcılık, genel hatlarıyla bir önyargı ya da ayrımcı kastın yönlendirmediği bir davranışın bir kişi grubu üzerinde orantısız bir etki oluşturmasıyla gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak kısaca açıklanmıştır[146]. Dolaylı ayrımcılık, başka bir çalışmada da, görünüşte tarafsız bir uygulama ya da politikanın ayrımcılığa karşı korunan bir gruba mensup kişiler nezdinde belirgin bir dezavantaj yaratması durumunda gündeme gelen

[146] Ayrımcılık ve ayrımcılık yasağı konusunun elli yılı aşkın süredir siyasi gündemlerde var olduğu, toplumlarda özellikle ırk, cinsiyet ve din temelli ayrımcılığın, doğrudan ayrımcılık olarak gündeme gelen biçiminin artık ahlaken yanlışlığının apaçık hale geldiği; ancak buna karşın ayrımcılığın ortadan kalktığını söylemenin mümkün olmayacağı ve ahlaken yanlışlığı apaçık hale gelen bu ayrımcılık biçiminin, ayrımcılık yapma kastının bulunmadığı başka bir ayrımcılık biçimi, yani dolaylı ayrımcılık biçimi olarak şekil aldığı iddia edilmiş ve bu iddiayı değerlendirmek üzere de güncel anlamda öneminin daha da arttığının vurgulandığı dolaylı ayrımcılık biçimi daha yakından incelenmiştir. Bakınız: Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 55.

bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlanmıştır[147]. Bu iki farklı tanımın ortaklaştığı nokta, dolaylı ayrımcılığın etki ya da sonuç, başka bir ifadeyle de gerçek yani maddi durum itibariyle, gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olduğudur. Bu açıdan, dolaylı ayrımcılığa ilişkin yasağın eşitliği sadece davranış üzerinden ve şeklen, yani kural ve uygulamalar üzerinden, sağlama hedefinde olan şekli eşitlik anlayışının ötesindeki, eşitliği gerçek anlamda sağlama hedefindeki maddi eşitlik anlayışını da kapsayan bir ayrımcılık yasağının olmazsa olmazı olduğunu birkez daha vurgulamak gerekir.

Literatürde ve uygulamada dolaylı ayrımcılık kavramına dair tanımların, genel itibariyle farklı unsurların temel alınması suretiyle, farklı biçimlerde oluşturulduğu söylenebilir. Farklı unsurlar temel alınarak yapılmış olan bu çeşitli tanımların, az çok aynı şeyi ifade ettiklerini söylemek de mümkündür; nitekim çalışmanın devamında farklı hukuk sistemleri bağlamında yapılacak inceleme de bu hususu doğrulayacaktır. Bu başlık altında yapılacak açıklamalar kapsamında ise, dolaylı ayrımcılık kavramını belirli unsurlar üzerinden tanımlamaktan çok, dolaylı ayrımcılığın genel anlamda ne ifade ettiği gösterilmeye çalışılacak ve bu açıdan da dolaylı ayrımcılığın kendisine benzer kavramlarla olan farkı ile ilişkisi üzerinde durulacaktır. Böylece dolaylı ayrımcılığın "ne olduğu" meselesi asıl olarak sonraki bölümlerde farklı hukuk sistemleri bağlamındaki incelemeye bırakılarak, burada esas olarak dolaylı ayrımcılık biçiminin anlamına ve diğer kavramlar ve ayrımcılık biçimlerinden ayırt edilmesine odaklanılacaktır.

Bu kapsamdaki kavramsal değerlendirme çerçevesinde öncelikle bir ayrımcılık biçimi olarak dolaylı ayrımcılık biçimi, doğrudan ayrımcılık biçimiyle birlikte ele alınarak bu iki ayrımcılık biçiminin belirli farklılıkları ortaya konulacak; sonra da maddi eşitlik anlayışı kapsamında dolaylı ayrımcılıkla benzeyen ve ilgili görünen diğer kavramlarla dolaylı ayrımcılığın ilişkisi ile farklılıkları incelenecektir. Bu başlık altında ikinci olarak da dolaylı ayrımcılığın farklı ortaya çıkış biçimleriyle ilişkili olarak literatürde genel olarak yapılan tespitlere de yer vererek, dolaylı ayrımcılığın hangi

[147] Tarunabh Khaitan, A Theory of Discrimination Law, London, Oxford University, 2015, s. 73.

formlarda gündeme gelebileceği de gösterilecektir. Yapılacak bu incelemeyle de kavramsal düzlemden uygulama düzlemine geçiş sağlanabilecek; bu sayede dolaylı ayrımcılığın gerçekte nasıl ortaya çıktığı da somutlaştırılabilecektir.

1.2.1. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı

Dolaylı ayrımcılık kavramsal olarak yakından incelemeye alındığında, dolaylı ayrımcılık kavramının hayli değişken bir kavram olduğu anlaşılabilir. Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılık biçimine dair kabul edilen tanım ve açıklamaların tümünün de, bu ayrımcılık biçimine farklı işlevler atfetmek üzere yapıldığını söylemek de yanlış olmaz[148]. Esasen dolaylı ayrımcılık biçimine yüklenen bu farklı işlevler, dolaylı ayrımcılığın çoğu zaman aynı işleve denk düşen farklı bir kavramla bir tutulmasına ya da karıştırılmasına da neden olur niteliktedir. Dolaylı ayrımcılığın, doğrudan ayrımcılık biçiminde ya da maddi eşitlik bağlamındaki diğer ayrımcılık kavramlarına benzer şekilde de gündeme gelebilecek çeşitli ayrımcılık biçimleriyle bir tutulmasının, doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık biçimleri arasındaki ayrımı da bulanıklaştırdığından bahsedilebileceği gibi; dolaylı ayrımcılığın, maddi eşitlik bağlamındaki diğer ayrımcılık kavramlarıyla karıştırılmasına da sebebiyet verdiğinden söz edilebilir.

Dolaylı ayrımcılığı kavramsal olarak belirginleştirmenin, uygulamada bu ayrımcılık biçimine denk gelen çeşitli somut durumları ayırt etmek adına önemli olduğu anlayışıyla, dolaylı ayrımcılık kavramını belirginleştirmeye yönelik olarak yine bu

---

[148] Dolaylı ayrımcılığın değişken bir kavram olduğunu bahsiyle, dolaylı ayrımcılığın farklı işlevlerine de dikkat çekilmiştir. Dolaylı ayrımcılığın farklı ayrımcılık biçimleriyle bir tutulmasını örnekler nitelikteki, dolaylı ayrımcılığa atfedilen farklı işlevler hakkında varılan sonuç için bakınız: Hugh Collins ve Tarunabh Khaitan, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions?", Ed. Hugh Collins, Tarunabh Kaitan, Foundation of Indirect Discrimination Law, Oxford, Hart Publishing, 2018, s. 29. Örneğin dolaylı ayrımcılığa atfedilen gizli ayrımcı kastla ortaya koyulan ayrımcılığı görünür kılma ve ortadan kaldırma işlevi, ayrımcılık yapma yönünde kastın varlığına rağmen bu kastı gizleyerek yapılan ayrımcılık biçimi olan örtülü ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin olmakla bir anlamda dolaylı ayrımcılığı bir örtülü ayrımcılık biçimi sayar ki bunu da her durumda doğru saymak mümkün değildir. Dolaylı ayrımcılığın, doğrudan ayrımcılık biçiminde de gündeme gelebilmesi mümkün olan ayrımcılık biçimleriyle eş tutulmasının doğru olmadığına dair ayrıntılı inceleme için aşağıda *"1.2.1.1. Dolaylı Ayrımcılık ile Doğrudan Ayrımcılık Biçimleri Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar"* başlığı altında, ilgili ayrımcılık biçimlerinin, diğer ayrımcılık biçimleriyle karşılaştırmalı biçimde değerlendirilmesiyle oluşturulan açıklamalara bakınız.

ayrımcılık biçimin ait olduğu eşitlik anlayışından yararlanılacaktır. Ayrımcılık yasağı bağlamında ayrımcılık biçimlerine dair genel olarak yapılan ayrımdan hareketle, maddi eşitlik anlayışına ait bir kavram olan dolaylı ayrımcılığı, şekli eşitlik anlayışı dahilindeki doğrudan ayrımcılık kavramıyla karşılaştırarak incelemeye başlanacaktır. Bu karşılaştırmalı inceleme kapsamında, ayrımcılık yasağı dahilindeki diğer ayrımcılık biçimlerine de yer verilmek suretiyle, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin diğer ayrımcılık biçimleriyle ilişkisi de kısaca gözden geçirilecektir.

Bu incelemeyi takiben de, dolaylı ayrımcılığın maddi eşitlik anlayışı bağlamındaki ilişkili diğer kavramlardan ayırt edilmesine geçilerek dolaylı ayrımcılığın maddi eşitlik anlayışı içindeki kavramsal yeri belirginleştirilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda, belirli grupların dezavantajlı durumlarıyla ilişkili olarak ayrımcılığa uğramalarını önleme amacıyla öngörülen geçici özel önlemler ve makul uyumlaştırma ile dolaylı ayrımcılık biçimi birlikte değerlendirilecektir.

1.2.1.1. Dolaylı Ayrımcılık ile Doğrudan Ayrımcılık Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

Literatürde ve farklı hukuk sistemleri bağlamında dolaylı ve doğrudan ayrımcılığın arasında belirli bir ayrımın olduğu kabulünden ve bu doğrultuda bu iki ayrımcılık biçimini farklı boyutlarda tanımlamaya yönelik bir eğilimden bahsetmek mümkündür[149]. Nitekim çalışmanın devamında, farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerin yansımasıyla doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin birbirlerinden farklı şekillerde tanımlandıkları da görülebilecektir. Dolaylı ayrımcılık biçimini, doğrudan ayrımcılık biçiminden ayırt etme amacının güdüldüğü bu noktada ise, ilgili ayrımcılık biçimlerini sadece tanımlar üzerinden belirgin bir şekilde ayırt etmenin gerçek durumla uyumlu bir sonuç vermeyeceği gerekçesiyle ve ilgili ayrımcılık biçimlerinin farklı unsurların meydana getirdiği ayrımcılık biçimleri olduğu kabulüyle başka bir inceleme yolu tercih edilecektir. Bu yolla, ilgili ayrımcılık biçimleri, farklı

[149] Dolaylı ve doğrudan ayrımcılığın arasında heterojen bir ayrımın olduğunu varsayan, bu anlamda da bu iki ayrımcılık biçimini farklı boyutlardan tanımlamaya yönelik eğilime dikkat çeken çalışmalar için bakınız: Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 56 ve Altman, a.g.m.

eşitlik anlayışları dahilinde olduklarından hareketle, benzerlikleri ve farklılıkları üzerinden bir değerlendirilecektir.

Çalışma kapsamında dolaylı ayrımcılık ve doğrudan ayrımcılık biçimlerinin, zaman zaman kesişebilen ve bu açıdan birbirlerinden ayırt etmenin kolay olmadığı ayrımcılık biçimleri olarak kabul edildiklerini de bu aşamada belirtmek gerekir. Çalışmanın bütününde, dolaylı ayrımcılık ve doğrudan ayrımcılık biçimlerinin birbirinden ayrı şekilde ve birbirinin karşıtıymışçasına sunulması ise, çalışmanın dolaylı ayrımcılığın maddi eşitliği sağlama amacı dahilinde yasaklanan bir ayrımcılık biçimi olduğu iddiası üzerine kurulu olması ve bu açıdan da dolaylı ayrımcılık ve doğrudan ayrımcılık biçiminin farklı eşitlik anlayışlarının ürünü olduklarına dair kabulden kaynaklıdır. Bu doğrultuda, farklı eşitlik anlayışlarının ifadesi olarak kabul edilen ve bu anlamda da birbirlerini tamamlayan kavramlar olduğunun söylenebileceği dolaylı ayrımcılık ve doğrudan ayrımcılığın birbirinden ayırt edilmesine dair inceleme de, temelde şekli eşitlik anlayışı kapsamında benzerlik yaklaşımıyla değerlendirilen doğrudan ayrımcılık ile maddi eşitlik anlayışı kapsamında kısmen farklılık ve özellikle de dezavantaj yaklaşımıyla değerlendirilen dolaylı ayrımcılığın ayırt edilmesine yönelik olarak tasarlanmıştır[150].

İlgili ayrımcılık biçimlerinin farklı eşitlik anlayışları dahilinde irdelenmesine dair tercih edilen yönteme dair bu açıklamalar doğrultusunda, dolaylı ayrımcılığı, doğrudan ayrımcılıktan ayırt etmek üzere öncelikle bu ayrımcılık biçimlerinin genel çerçevelerini çıkarmak, çalışmanın devamını daha anlaşılabilir kılmak adına faydalı olacaktır. Bu doğrultuda, ilk olarak bu ayrımcılık biçimlerini *prima facie* ortaya çıkaran durumlara bakılabilir ki bir ayrımcılık biçimini *prima facie* ortaya çıkaran duruma dair açıklama

---

[150] Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılığın mantıken birbirlerini tamamlayan kavramlar olduğunun belirtildiği Avrupa Birliği hukuku bağlamındaki bir çalışmada, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin uygulamaya ilişkin sebepler gereğince birbirlerinden ayırt edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeplerden birincisi, doğrudan ayrımcılığın sadece yasal düzenlemeler kapsamındaki belirli temellere dayalı olarak gerekçelendirilebilmesi nedeniyle, çoğu durumda dolaylı ayrımcılığın doğrudan ayrımcılığa göre daha çeşitli temellerle gerekçelendirilebilmesi imkânı taşımasıyla ilişkilidir. İkinci sebep de, dolaylı ayrımcılığın ispatıyla ilgili olup; özellikle yasada istatistiki verilerle ispat gerektiğinde, doğrudan ayrımcılığın ispatına göre daha zor oluşuyla alakalıdır. Bakınız: Christa Tobler, Limits and the Potential of the concept of Indirect Discrimination, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2008, s. 48. Dolaylı ayırmcılık ve doğrudan ayrımcılık biçimlerinin birbirinden ayırt edilmesine yönelik gerekliliğe ilişkin olarak ayrıca bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 981.

da, ilgili ayrımcılık biçiminin ilk bakışta hangi durumda gündeme geldiğini göstermeye yönelik bir açıklama anlamını taşır. Başka bir deyişle bir ayrımcılık biçimini birbirini takip eden iki evrede betimlemeye dair bir çabanın, ilgili ayrımcılık biçiminin "ne olduğuna" dair betimleme evresine denk gelen bu açıklama; bir ayrımcı durumu ayrımcı olmaktan çıkaracak, başka bir deyişle gerçekten ayrımcı olup olmadığını belirleyecek evre olan, objektif haklı gerekçenin varlığının değerlendirilmesi evresinden önceki evreyi de temsil eder. Bu anlamda *prima facie* doğrudan ayrımcılığın benzer durumda olan kişi ya da kişi gruplarından birinin aleyhine ya da zararına olacak şekilde ve açıkça ilgili benzerlikle bağlantılı farklı tutum ya da davranışın sergilenmesi durumunda gündeme gelebileceğini söylemek mümkünken; *prima facie* dolaylı ayrımcılığın ise görünüşte tarafsız olan bir tutum ya da davranışın belirli bir grubun aleyhine ya da zararına olacak şekilde ve ilgili grubun belirleyici özellikleriyle ilişkilendirilebilecek bir farklı etki ortaya çıkarması durumunda gündeme gelebileceğinden bahsetmek mümkündür[151].

Bu doğrultuda doğrudan ayrımcılık durumunda farklı davranışı, dolaylı ayrımcılık durumunda da farklı etkiyi meşru kılacak, yani ayrımcı olmaktan çıkaracak, haklı ya da objektif bir gerekçenin olup olmadığının değerlendirildiği; başka bir ifadeyle ilgili ayrımcılık biçimlerini *prima facie* ortaya çıkaran durumları, ayrımcı niteliklerinden koparacak ikinci evre olan, "gerekçelendirme" evresi, sonraki bölümlerdeki inceleme kapsamına bırakılırsa; sadece ilgili ayrımcılık biçimlerinin *prima facie* nasıl gündeme geldiklerini gösteren bu ifadeler üzerinden bu ayrımcılık biçimlerinin hangi unsurlardan meydana geldiğini de genel anlamda ifade etmek mümkündür[152]. Bu itibarla da doğrudan ayrımcılık, farklı davranmaya yönelik kasıt, farklı tutum ya da davranış ve

---

[151] Bu noktada kullanılan "tutum ve davranış" ifadesi, genel anlamda ayrımcılığa yol açan uygulama, kural, düzenleme, ölçüt, kriter, koşul, şart ve benzeri gibi ayrımcılığın sergilendiği hareketin somutlaştığı normatif kavramı ifade etmek üzere tercih edilmiştir. Çalışmanın devamında, çeşitli hukuk sistemleri bağlamında yapılacak incelemeler kapsamında çeşitli normatif kavramlar kullanılacaksa da, kavramsal bir açıklama amacının güdüldüğü bu kısımda genel anlamda ve referans gösterilen kaynakta açıkça bu normatif kavramlardan biri tercih edilmemişse, sadece "tutum ve davranış" ifadesi kullanılacaktır.

[152] Çalışma kapsamında, gerekçelendirme evresi bu iki ayrımcılık biçimini kavramsal olarak ayırt etmeye yarayacak bir aşama olarak incelenmemiştir. Nitekim, *prima facie* dolaylı ayrımcı olan bir durumu ayrımcı olmaktan çıkaran objektif haklı gerekçeler durumlara ve benimsenen ispat rejimine göre değişkenlik gösterir. Bu açıdan da gerekçelendirme evresine, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde farklı hukuk sistemleri bakımından yapılacak inceleme kapsamında görülecek olan objektif haklı gerekçeler bağlamında değinilecektir.

zarar unsurlarından; dolaylı ayrımcılık ise tarafsız tutum ya da davranış, farklı etki ve zarar unsurlarından meydana gelen ayrımcılık biçimleri olarak nitelendirilebilir[153].

Böylece bahsi geçen unsurlardan meydana gelen doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin, hukuk uygulaması bağlamında farklı eşitlik anlayışları dahilinde ele alındıklarında da başka şekillerde adlandırıldıkları görülebilir. Bu anlamda doğrudan ayrımcılık, şeklen eşitlik anlayışı dahilinde, düzenlemeler, ölçütler ya da uygulamaların benzer durumlara benzer şekilde geliştirilen davranışlar aracılığıyla uygulanması, yani şeklen ya da hukuken farklı davranmanın yasaklanması açısından da *de jure* ayrımcılık olarak adlandırılırken; düzenleme, ölçüt ya da uygulamaların, ortaya çıkardığı sonraki sonuç ya da etki üzerinden ayrımcılık değerlendirmesinin yapıldığı dolaylı ayrımcılık biçimi ise, bu doğrultuda doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak, fiili ya da gerçek durumla ilişkili olarak ortaya çıkmasıyla fiili ya da gerçekteki ayrımcılığı ifade edecek şekilde *de facto* ayrımcılık olarak adlandırılır[154].

---

[153] Literatürde doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılığın, konu edilen hukuk sistemleri doğrultusunda farklı başlıklar altında farklı unsurlar üzerinden incelendiği çalışmalar mevcuttur. Birleşik Krallık, Avrupa Birliği ve ABD hukuku üzerine karşılaştırmalı bir çalışmada, doğrudan ayrımcılık "daha aleyhe davranış", "[ayrımcılığa karşı korunan] temellerden birinde olma" ve "ispat" başlıkları altında incelenirken (2004: s. 170-193); dolaylı ayrımcılık ise "gereklilik ya da koşul/düzenleme, kriter ya da uygulama", "illiyet ya da 'uygun olma'", "karşılaştırma temeli", "olumsuz etkinin ispatı", "meşruluk savunması" unsurları üzerinden incelenmiştir. Bakınız: Micheal Connolly, Townshend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials, London, Routledge Cavendish, 2004, s. 170-193 ve s. 243-298. Uluslararası insan hakları hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku bağlamındaki diğer bir çalışmada da, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın farklı unsurlardan oluştuğunu yönünde bir yöntem tercihi doğrultusunda, aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında meydana gelebilecek doğrudan ayrımcılığın tespiti için,"farklı muamelenin" belirlenmesi gerektiği, bu nedenle de kişilerin konumları temelinde "karşılaştırma" yapılması gerektiğini; sonrasında ise "farklı muameleyi meşru kılan bir amacın varlığı" üzerinde değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Aynı çalışmada, dolaylı ayrımcılığın ise, "görünüşte tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kural", "bu tarafsız uygulama, tedbir ya da kuralın olumsuz sonuçlar doğurması veya böyle bir ihtimali yaratması durumu" ile "tarafsız uygulama, tedbir ya da kuralı meşru kılacak bir neden" unsurlarından oluştuğu belirtilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 14-15. Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde dolaylı ayrımcılığın sınırlılıklarının ve potansiyelinin değerlendirildiği bir çalışmada da, dolaylı ayrımcılığın etki temelli bir kavram olarak dolaylı ayrımcılığın dolaylı niteliği "şeklen nötr bir düzenleme, kriter ya da uygulama", "olumsuz ya da farklı etki", "ayrımcı kasttan bağımsızlık" unsurları üzerinden; "objektif gerekçe ya da Avrupa Birliği Hukuku bağlamında 'haklı sebep kuralı *(rule of reason)*'" altında objektif gerekçenin yokluğu aşamasında da "meşru bir amaç" ile "orantılılık" unsurları üzerinden açıklanmıştır. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2008, s. 29-35. Birleşmiş Millletler düzeyindeki ayrımcılığı yasaklamaya yönelik belirli insan hakları sözleşmeleri organlarının dolaylı ayrımcılığa yaklaşımlarının incelendiği başka bir çalışmanın bütününde, "nötrlük", "olumsuz etki", "haklara erişim engeli" ve "gerekçe" unsurları üzerinden değerlendirme yapılmıştır. Bakınız: Durmuş, a.g.t.

[154] Dolaylı ayrımcılık biçiminin de facto ayrımcılık biçimine denk düştüğüne yönelik olarak benzer yöndeki değerlendirmeler için yukarıda *"1.1.3. Dolaylı Ayrımcılık Kavramını İçeren ve Dolaylı Ayrımcılık Yasağını Öngören Eşitlik Anlayışı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız. Ayrıca Bakınız: Çağlar, a.g.m., 2011, s. 153; Karan, a.g.e., s. 70.

İncelenen ayrımcılık biçimlerini *prima facie* ortaya çıkaran durumlar ile bu ayrımcılık biçimlerinin hukuk uygulaması bağlamında adlandırılma şekilleri, ayrıca bu ayrımcılık biçimlerinin neden doğrudan ve dolaylı sıfatlarıyla nitelendiğinin cevabını da verir. Bu doğrultuda doğrudan ayrımcılık biçiminin çalışma kapsamında da esas alınan hukuk sistemlerinin genelinde doğrudan sıfatıyla nitelendirilmesi, bu ayrımcılık biçimine dair yasağın şekli eşitlik anlayışı kapsamında hukuken eşitliğin, hukuk önünde eşitlik ve hukuk içinde eşitlik doğrultusunda sağlanma hedefi açısından, esasen ırk, cinsiyet, dil, din gibi ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle *doğrudan* ilişkili olan farklı davranışın yasaklamasından kaynaklanır[155]. Dolaylı ayrımcılık biçiminin, yine çalışma kapsamında incelenen hukuk sistemlerinde ağırlıklı olarak dolaylı sıfatıyla nitelenmesinin nedeni ise, doğrudan ayrımcılık biçiminin aksine ayrımcılığı ortaya çıkaran farklı davranışın ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle doğrudan değil; ortaya çıkan etkisi üzerinden değerlendirilerek, ilgili temellerden biriyle dolaylı olarak bağlantılı olmasıdır. Başka bir deyişle, dolaylı ayrımcılık biçiminde, ayrımcılık yasağına aykırılık, davranışın farklı olma niteliğinden değil; ayrımcılığın ahlaki ve toplumsal yönlerinin de hesaba katılmasıyla, ayrımcılığa karşı korunan temellerle bağlantılı etkisiyle ilişkili olmasından kaynaklanır[156]. Bu anlamda, vergi yükümlülüklerini mukimliği ölçüt alarak belirleyen vergi düzenlemelerinin, mukim kişilerle mukim olmayan kişiler arasında dar yükümlü veya tam yükümlü olma bakımından yarattığı farklılık sonucunda, mukim olmayan kişilerin çoğunluğunu

---

[155] Buna göre, hamilelik sebebiyle gösterilen farklı davranışın cinsiyet temeliyle bağlantısının da gösterdiği üzere, doğrudan ayrımcılık oluşturan farklı davranışın ayrımcılığa karşı korunan temellerle ayrılmaz bir bağı vardır. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s. 56. Doğrudan ayrımcılığın, bir kişiye ayrımcılığa karşı korunan bir özelliğiyle, kendisiyle karşılaştırılabilir durumdaki diğer bir kişiye göre daha az uygunlukta davranılması halinde gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olduğu ortaya konularak, doğrudan ayrımcılığı gündeme getiren davranışın, ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan ilişkisi de gösterilmiştir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 21. Doğrudan ayrımcılık biçiminde ayrımcılık yasağına aykırılığın, ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan bağlantılı farklı davranışın kasıtlı biçimde ortaya konulmasından kaynaklı olduğunu belirtilerek de; doğrudan ayrımcılığın doğrudan sıfatını almasının nedeni, ayrımcılığa uğrayan kişi ya da kişi grubunun sahip olduğu ayrımcılığa karşı korunan temellerle ilgili niteliklerle doğrudan bağlantılı ayrımcı kastla ilişkilendirilmiş ve böylece doğrudan ayrımcılığın kasıtlı bir ayrımcılık biçimi olduğuna da vurgu yapılmıştır. Bakınız: Frej Klem Thomsen, "Discrimination", Ed. William R. Thompson, Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2017, s. 24. Doğrudan ayrımcılığın, kasıtlı bir ayrımcılık biçimi olup olmadığı hakkında *"1.2.1.1.3. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Zihinsel Gelişim Süreçleri Bakımından"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[156] Durmuş, a.g.t., s. 22. Ayrımcılığın sadece farklı davranışla sınırlı biçimde gündeme gelmeyeceği ve ayrımcılığın ahlaki ve toplumsal anlamlarının da hesaba katılması gerektiği yönündeki açıklamalar için bakınız: Altman, a.g.m.

yabancılar oluşturduğu için vatandaşlık temeliyle dolaylı olarak bağlantılı bir ayrımcılıktan bahsedilebilecektir. Ayrımcılığa yol açan ölçüt ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle doğrudan bağlı olmayıp, ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle dolaylı olarak bağlantılı olduğu için ortaya çıkan ayrımcılık biçimi de dolaylı ayrımcılık biçimi olacaktır[157].

Çalışma kapsamında incelenen hukuk sistemleri uygulaması bağlamında genel anlamda böylece adlandırılan bu ayrımcılık biçimlerinden dolaylı ayrımcılığa dair yasağın, ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle doğrudan ilişkili olan farklı davranışın yasaklanmış olmasına rağmen, yine de bu ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle dolaylı anlamda bağlantılı ayrımcı tutum veya davranışların gündeme gelmesi üzerine geliştirildiği de söylenebilir[158]. Bu anlamda, dolaylı ayrımcılığın hukuken ayrımcılığa karşı korunmayan diğer temellerde de ayrımcılığın yasaklanmasını mümkün kıldığını ve böylece ayrımcılık yasağının kapsamını genişlettiği kabul edilir[159].

Dolaylı ayrımcılığın, ayrımcılık yasağının kapsamını genişlettiğine dair kabul, ayrıca doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimleri arasında bir öncelik sonralık ilişkisi olup olmadığını da sorgulamayı gerektirir. Her ne kadar dolaylı ayrımcılığın, geçmişteki doğrudan ayrımcı düzenleme, ölçüt ya da uygulamaların belirli grupları ayrımcılığa maruz bırakmak suretiyle bu gruplar için yarattığı dezavantajlı durumla yakından ilişkili olduğunu söylemek yanlış olmayacak ve çalışmanın devamında yapılacak inceleme de bunu doğrulayacaksa da; doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimleri arasındaki

---

[157] Bu doğrultuda, çoğu ülkenin vergi düzenlemelerinin mukimliğe dayalı olmasının, benzer durumlarda doğrudan ayrımcılıktan çok dolaylı ayrımcılığın görülmesine neden olduğu da belirtilmiştir. Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda vergilerde ayrımcılık yasağıyla ilgili daha ayrıntılı inceleme için bakınız: Nuray Aşçı Akıncı,Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Dolaysız Vergilerde Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, s. 12 vd.

[158] Dolaylı ayrımcılığın, doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasıyla eşitliğin sağlanamamasının sonucu olarak ortaya çıkmış bir ayrımcılık biçimi olduğu ve dolaylı ayrımcılık yasağının hukuken tanınmasının da, devletlerin ve işverenlerin ayrımcılık yasağına aykırı davranışları karşısında öngörülen cezaları farketmesi ve bu yasağı dolanmak için başka yollar keşfetmeleri sonucu ortaya çıkan ihtiyaç üzerine gerçekleştiği de ifade edilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 210, Bell, 2001'den aktaran Tobler, a.g.e., 2005, s. 57

[159] Oran Doyle, "Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy", Oxford Journal of Legal Studies, 27(3), 2007, s. 538. Dolaylı ayrımcılık yasağının, ayrımcılığa karşı korunan temellerin ötesinde ayrımcılığa karşı koruma sağlaması hakkında daha ayrıntılı açıklama için bakınız: Elisa Holmes, "Anti-Discrimination Rights without Equality", The Modern Law Review, 68(2), 2005, s. 184.

bu öncelik sonralık ilişkisinin sadece bu ayrımcılık biçimlerinin hukuken kabul edilmesi sürecine özgü olduğu söylenebilir[160]. Güncel durum açısından doğrudan ayrımcılığın, dolaylı ayrımcılığı yaratan ve bu açıdan da onu önceleyen niteliğinin sürdüğünden söz edilemez. Bunun aksine doğrudan ayrımcılığın zaman içinde şekil değiştirerek *prima facie* dolaylı ayrımcılığa benzer biçimde ortaya çıktığından bahsetmek de mümkündür ki bu durum da doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı farklı tanımlar ve farklı unsurlara hapsederek değerlendirmenin açıklayıcı olmaktan ziyade kafa karıştırıcı olduğunu onaylar.

Ayrımcılık yasağı kapsamında genel anlamda işgal ettikleri alan böylece belirtilebilcek olan dolaylı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılık biçimlerinin birbirinden ayırt edilmesi amacına yönelik olarak aşağıda yapılacak inceleme de, doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılığın ayrımcılık yasağı bağlamında bazı durumlarda benzer ve bazı durumlarda farklı şekiller alabildiklerini gösterme amacındadır. Bu amaç doğrultusunda dolaylı ayrımcılığın maddi eşitlik anlayışının gerçek ya da fiili durum itibariyle eşitliği sağlama hedefini desteklemek üzere öngörülen ayrımcılık yasağı çerçevesinde olduğu bilgisiyle şekli eşitlik anlayışı kapsamında yasaklanan doğrudan ayrımcılık biçimiyle ayırt edilmesi, dört aşamadan oluşan ve ayrımcılık yasağı bağlamında gündeme gelen diğer ilişkili ayrımcılık biçimleri üzerine bir incelemeyle sağlanacaktır.

Dolaylı ayrımcılık biçimini, doğrudan ayrımcılık biçiminden ayırt etmeyle belirginleştirme amacındaki bu incelemeyle, dolaylı ve doğrudan ayrımcılık biçimleri, ayrımcılık yasağı bağlamında gündeme gelen ve esasen dolaylı ve doğrudan ayrımcılık biçimlerini üst başlık alan ayrımcılık biçimleriyle de ilişkili olarak değerlendirilecektir. Dolaylı ve doğrudan ayrımcılığın birbirinden ayrıldığı ve birbiriyle ortaklaştığı noktaları diğer ayrımcılık biçimleriyle ilişkilendirerek değerlendirme yönteminin tercih edilmesinin nedeni ise, çalışma kapsamında tekrara düşmekten kaçınmaktır. Bu yöntem ayrıca, dolaylı ayrımcılığın, ayrımcılık yasağı kapsamında doğrudan ayrımcılık dışında

---

[160] Dolaylı ayrımcılığın, doğrudan ayrımcılığa göre kronolojik anlamda ikincil bir ayrımcılık biçimi oluşuna dair karşılaştırmalı bir inceleme için bakınız: Doyle, a.g.m., s. 548-549. Ayrıca bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 23-24.

da gündeme gelen diğer ayrımcılık biçimlerinin de dahil olduğu ayrımcılık yasağı çerçevesindeki yerinin de belirginleştirilmesini kolaylaştırır niteliktedir.

Dolaylı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılık biçimlerinin oluşumu, başka bir deyişle bu biçimlerdeki ayrımcılıkların ortaya çıkışları, literatürde ve hukuk sistemleri bağlamındaki çeşitli ayrımcılık biçimleriyle ilişkili olarak değerlendirilip ve böylece dolaylı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılığın nasıl birer ayrımcılık biçimi olduğu belirlenmelidir[161]. Bu doğrultuda, ilk aşamada doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin hangi kaynaktan beslenerek ortaya çıktıkları, başka bir ifadeyle doğrudan ayrımcılığı ve dolaylı ayrımcılığı ortaya çıkaran nedenler, ayrımcılık yasağı dahilinde yapılan farklı davranış kaynaklı ayrımcılık ve farklı etki kaynaklı ayrımcılık ayrımı bağlamında değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeyi ikinci aşamada, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkmasına neden olan tutum ve davranışların gerçekleşme şekillerine dair yine ayrımcılık yasağı dahilinde yapılan başka bir ayrım olan açık ayrımcılık ve örtülü ayrımcılık bağlamındaki değerlendirmeye yer izleyecektir. Üçüncü aşamada ise, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin ortaya çıkmasına neden olan tutum ve davranışların zihinsel gelişim süreçlerine dair incelemeye yer verilecek olup; bu kapsamda da kasıtlı ayrımcılık ve kasıtsız ayrımcılık biçimleri bağlamında bir değerlendirme yapılacaktır. Bu değerlendirmeyi dördüncü ve son aşamada da, doğrudan ayrımcılığın ve dolaylı ayrımcılığın yöneldikleri özne ile ayrımcı tutum ve davranışları ortaya koyan özne bağlamında değerlendirilmesi izleyecek ve bu aşamada da bu iki ayrımcılık biçiminin ayrımcılık mağdurları ve ayrımcı tutum ve davranışı ortaya koyan kişi bakımından farklı birer ayrımcılık biçimi olup olmadığı incelenecektir[162]. Belirtilen

---

[161] Çalışmanın bu kısmında, dolaylı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılık biçimi yanısıra farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık ile farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık, açık ayrımcılık ile örtülü ayrımcılık, kasıtlı ayrımcılık ile kasıtsız ayrımcılık biçimleri incelenecekse de; literatürde ve hukuk sistemlerinde yer bulan ayrımcılık biçimleri bunlarla sınırlı değildir. Bu kısımda incelemeye alınan ayrımcılık biçimlerinin böylece belirlenmesinin nedeni, bu ayrımcılık biçimlerinin, dolaylı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılık biçimleriyle ortak unsurlara sahip olmalarıyla sıklıkla eş tutulmalarıdır. Bu şaşırtıcı çeşitliliğe dikkat çekilen bir çalışmada dolaylı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılık biçimleri yanında, farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık ile farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık, kasıtlı ayrımcılık ile kasıtsız ayrımcılık ve bireysel ayrımcılık, örgütsel ayrımcılık, kurumsal ayrımcılık ve yapısal ayrımcılık biçimleri incelenmiştir. Bakınız: Altman, 2020.

[162] Çalışmanın bu kısmındaki inceleme kapsamında, farklı davranış kaynaklı ayrımcılık ile farklı etki kaynaklı ayrımcılık biçimleri, ayrımcılığı ortaya çıkaran nedenlere göre; bireysel, sistematik, kurumsal ya da örgütsel ve yapısal ayrımcılık biçimleri, ayrımcı tutum ve davranışların yöneldikleri özne ile ayrımcı tutum ve davranışları ortaya koyan özneye göre; açık ayrımcılık ile örtülü ayrımcılık biçimleri, ayrımcı tutum ve davranışların gerçekleşme şekillerine göre; kasıtlı ayrımcılık ile kasıtsız ayrımcılık biçimleri de

bu ayrımcılık biçimleriyle dolaylı ayrımcılığın ve doğrudan ayrımcılığın ortaya çıkışının böylece birlikte değerlendirilmesiyle, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin tipik özelliklerini ortaya koyma amaçlı karşılaştırmalı bir kavramsal inceleme ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1.2.1.1.1. Ayrımcılığı Ortaya Çıkaran Nedenler Bakımından

Dolaylı ve doğrudan ayrımcılık biçimlerinin farklarını belirlemeye yönelik bu ilk aşamada, ilgili ayrımcılık biçimlerini ortaya çıkaran nedenler incelemeye alınarak, hukuk uygulaması kapsamında ilgili ayrımcılık biçimlerine yönelik öngörülen ayrımcılık yasağı ile asıl olarak neyin yasaklandığı belirlenmeye çalışılacaktır. Bu incelemeyi gerçekleştirmek üzere, dolaylı ve doğrudan ayrımcılık biçimlerini, öncelikle ait oldukları ve değerlendirilmelerine yardımcı olan eşitlik anlayışları bağlamında ele alarak, bu iki ayrımcılık biçiminin ilgili anlayışların eşitliğe ulaşma hedeflerinden nasıl bir sapma sonucu gündeme geldiklerine bakmakta fayda vardır.

Doğrudan ayrımcılığın, benzer durumdaki kişilere benzerlikleriyle tutarlı şekilde benzer davranılmadığında gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak, şekli eşitlik anlayışının eşitliği sağlama hedefinden sapma bakımından *farklı davranış* nedeniyle ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu nitelendirmeye benzer şekilde, doğrudan ayrımcılığa denk düşen ayrımcılık biçiminin farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık olarak adlandırıldığı hukuk sistemleri de vardır[163]. Bu ayrımcılık biçiminin, çalışma kapsamında da esas alınan hukuk

---

ayrımcı tutum ve davranışların zihinsel gelişim süreçlerine göre inceleme bulacaksa da ilgili ayrımcılık biçimlerinin farklı açılardan değerlendirildiği çalışmalar da mevcuttur. Örneğin Türkiye'nin Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'ye uyumumun incelediği bir çalışmada, Engelli Kişilerin Hakları Komitesi'nin ayrımcılık tanımına dair yorumları kapsamında ayrımcılık biçimlerinden bahsedilirken, açık-kapalı, kasıtlı-kasıtsız ayrımcılık biçimlerinin, aktif-pasif, doğrudan-dolaylı ayrımcılık biçimleriyle beraber, ayrımcılık eylemlerinin gerçekleştirilme biçimlerine göre farklılaşan ayrımcılık biçimleri oldukları ifade edilmiştir. Bakınız: Çağlar, a.g.m., 2011, s. 152.

[163]ABD Hukukunda, benzer durumdaki kişilere ırkları, renkleri ya da ulusal kökenleri nedeniyle farklı davranılmasıyla gündeme gelen ve doğrudan ayrımcılık biçimine karşılık gelen ayrımcılık biçimini ifade etmek üzere "farklı davranış" ("*disparate treatment")* kavramı kullanılır. ABD Hukuku'nda "kasıtlı ayrımcılık" *("intentional discrimination")* altında "misilleme" *("retaliation")* biçimindeki ayrımcılık biçimiyle birlikte incelenen farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılığın yasal kaynakları, örnekleri ve ispat yöntemlerine dair kısa bir bilgi için bakınız: "Title VI – Intentional Discrimination and Disparate Impact", https://www.fhwa.dot.gov/civilrights/programs/docs/Title%20VI%20-

sistemlerinin çoğunda nitelendirildiği doğrudan sıfatı da göz önüne alındığında, dolaylı ayrımcılık biçimini ortaya çıkaran nedeni daha doğru bir şekilde ayrımcılığa karşı korunan temellerle *doğrudan* ilişkili *farklı davranış* olarak ifade etmek mümkündür[164]. Dolayısıyla, hukuk uygulaması kapsamında doğrudan ayrımcılık yasağı ile yasaklanan da, yine ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan ilişkili farklı davranıştır.

Doğrudan ayrımcılık biçimini ve doğrudan ayrımcılık yasağını örneklemek üzere de, aynı işyerinde aynı işi yapan başka bir erkek işçiyle benzer durumda olmasına rağmen terfi ettirilmeyen ya da hamileliği nedeniyle işten çıkarılan bir kadın işçinin cinsiyetiyle doğrudan ilişkili olarak karşı karşıya kaldığı farklı davranışlar gösterilebilir[165]. Aynı işte çalışan kadın ve erkek işçilere saatlik çalışma karşılığında farklı ücret ödenmesi durumu da ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan ilişkili bir farklı davranışı somutlaştıran başka bir örnektir[166].

Doğrudan ayrımcılık yasağına aykırılığın tespit edilebilmesi adına davranışın farklı ya da benzer nitelikte oluşunu belirlemek ise her zaman ve her koşulda kolay değildir. Bu açıdan, farklı davranış unsurunun varlığını belirlemeye, dolayısıyla da doğrudan ayrımcılığa aykırı olabilecek bir durumu ayırt etmeye, yardımcı olabilecek doğrultudaki iki noktaya dikkat çekilebilir. Buna göre öncelikle davranışta farklılığın karşıolgusal nitelikli, yani farklılığın karşılaştırılabilir durumdaki başkasına veya

---

%20Intentional%20Discrimination%20and%20Disparate%20Impact.pdf, s. 5-11, (Erişim Tarihi: 18.06.2020). Bu ayrımcılık biçiminin ABD Hukuku'ndaki düzenlemesine göre "Birleşik Devletler'deki hiçbir kişinin, ırkı, rengi, ya da ulusal kökeni nedeniyle Federal mali yardım sağlanan herhangi bir program veya faaliyete katılması veya bundan yararlanması engellenemez ya da kişi hiçbir ayrımcılığa maruz bırakılamaz.". ABD Hukuku'ndaki ilgili düzenlemenin İngilizce orijinal metni için bakınız: "Title VI of the Civil Rights Act of 1964 42 U. S. Code Title 42 – The Public Health and Welfare, Section 2000d. Prohibition against exclusion from participation in, denial of benefits of, and discrimination under federally assisted programs on ground of race, color, or national origin, https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2010-title42/pdf/USCODE-2010-title42-chap21-subchapV.pdf, s. 4390, (Erişim Tarihi: 18.06.2020). *"Disparate treatment"* kavramı Türkçe'ye "farklı muamele" olarak da çevrilmiştir. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 244. Çalışmanın devamında *"disparate treatment discrimination"* kavramı için, "farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık" çevirisi, Türkçe bir metinde daha anlaşılır olacağı ve bu doğrultuda diğer ayrımcılık biçimleriyle karşılaştırmayı da daha anlaşılır kılacağı için tercih edilecektir. Kavramının ifade ettiği ayrımcılık biçiminin Türkçe karşılığının oluşturulmasında, Ertuğrul Uzun ve Kıvılcım Turanlı'nın önerileri dikkate alınmıştır.

[164] Karan, a.g.e., s. 204. Kelimelerdeki vurgular çalışmanın devamında doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık kavramlarını ayırt etmeyi kolaylaştırmak açısından eklenmiştir.

[165] Yenisey, a.g.m., 2005, s. 981.

[166] Tobler, a.g.e., 2005, s. 56.

başkalarına gösterilen bir davranış üzerinden değerlendirilebilir olduğunu belirtmek gerekir. Bu da, ayrımcı davranan kişinin ayrımcılığa uğrayan kişiye yönelik davranışının farklılığının, sadece ilgili davranışın kendi niteliğiyle sınırlı olarak değil; ayrımcı davrandığı iddia edilen kişinin diğer kişilere yönelik ya da yönelik olabilecek davranışından farklılığı bağlamında belirlenebileceğini anlatır. Bu açıdan, bir işverenin aynı işi ifa eden kadın ve erkek işçilerden kadın işçileri farklı saatlik ücret karşılığında çalıştırmak suretiyle cinsiyet temelli bir doğrudan ayrımcılıkta bulunduğu iddiasını temellendirmek adına, işverenin kadın işçiler için öngördüğü ücretin farklılığının erkek işçiler için öngörülen ücretten farklılığını ortaya koymak gerekir. İkinci olarak da, davranışta farklılığın karşıolgusallık niteliğinin, aynı zamanda doğrudan ayrımcılığı, dolaylı ayrımcılık ve yapısal ayrımcılık biçimlerinden de ayırt etmeye yarayan bir noktayı yaratttığı söylenebilir ki bu da başka bir deyişle farklı davranışın, doğrudan ayrımcılığı diğer ayrımcılık biçimlerinden ayırt etmeye yönelik bir unsur olduğunu gösterir[167].

Dolaylı ayrımcılık da, fiili ya da gerçek durum itibariyle eşitliği sağlama hedefinde olan maddi eşitlikten sapma anlamında, fiili ya da gerçek durum veya sonuç itibariyle ortaya çıkan *farklı etki* nedeniyle gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirilebilir. Bu nitelendirmeyi temel alarak, bu ayrımcılık biçiminin de farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık olarak adlandırıldığı hukuk sistemleri vardır[168]. Dolaylı

---

[167] Farklı davranışın karşıolgusallığını göstermek üzere Robinson Crusoe ve Cuma örneğinden faydalanılmış ve Cuma'ya karşı doğrudan ayrımcı davranan Robinson Crusoe'nin Cuma'ya yönelttiği davranışın farklılığının, Robinson Crusoe'nin Avrupalı bir kişiye yönelttiği davranışla benzer olmamasından kaynaklandığı belirtilmiştir. Bir üniversite dekanının işe alım koşullarında yüksek bir boy ölçütüne sahip olma koşulunu hem erkeklere hem de kadınlara eşit biçimde öngörerek benzer davranış sergilemesi durumunda ise, yüksek bir boy ölçütünü karşılamaları zor olan kadınları ayrımcılığa uğratabilecek bu ilgili koşulun, farklı davranış unsuruna başvurmak suretiyle doğrudan ayrımcı olup olmadığını tespit etmenin imkân dışılığının gösterilmesi suretiyle de; bu durumdaki ayrımcılığın, başka bir unsuru dikkate alarak doğrudan ayrımcılıktan başka bir ayrımcılık biçimi altında incelenmesi gerektiği ortaya konulmuştur. İlgili örnekler üzerinden yapılan açıklamalar için bakınız: Thomsen, a.g.e., 2017, s. 21.

[168] ABD Hukukunda, ayrımcılık yapma yönünde kasıt bulunmaksızın bir topluluğu ya da toplulukları ırk, renk ya da ulusal köken temelinde orantısız ya da olumsuz etkiye maruz bırakmakla gündeme gelen ve dolaylı ayrımcılık biçimine karşılık gelen ayrımcılık biçimini ifade etmek üzere "Farklı Etki" (*disparate impact*) kavramı kullanılır. ABD Hukuku'ndaki farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığa dair kısa bir bilgi için bakınız: "Title VI – Intentional Discrimination and Disparate Impact", https://www.fhwa.dot.gov/civilrights/programs/docs/Title%20VI%20%20Intentional%20Discrimination%20and%20Disparate%20Impact.pdf, s.12-24, (Erişim Tarihi: 18.06.2020). Çalışmanın devamında *"disparate impact discrimination"* kavramı için, "farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık" çevirisi, Türkçe bir metinde dolaylı ayrımcılık biçimini daha iyi karşılayacağı ve metnin bütününü daha anlaşılır kılacağı için

ayrımcılık, ayrımcılığın sadece ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan bağlantılı farklı davranıştan kaynaklı olarak ortaya çıkmayacağını gösteren bir ayrımcılık biçimidir. Dahası, ayrımcı bir tutum veya davranışla bağlantılı olmak yanında ayrıca gerçek durumla da ilişkili bir ayrımcılık biçimi olan dolaylı ayrımcılık biçimi, ayrımcılığın, ayrımcılığa karşı korunan temeller dışındaki bir esasa dayalı olmakla görünüşte tarafsız olan veya herkes için aynı şekilde işleyen davranış ya da tutum sebebiyle de ortaya çıkabileceğini ifade eder. Böylece, dolaylı ayrımcılığın, esasen fiili ya da gerçek durum veya sonuç itibariyle ortaya çıkan farklı etkiye ilişkin bir ayrımcılık biçimi olduğu sonucuna varılabilir[169]. Haliyle, dolaylı ayrımcılık biçimini ortaya çıkaran nedeni, yani dolaylı ayrımcılık yasağıyla yasaklananı da, görünüşte tarafsız olan; ancak gerçekte ya da sonuçta ayrımcılığa karşı korunan temellerle dolaylı bir şekilde ilişkisi olan farklı ya da olumsuz etki olarak belirlemek mümkündür.

1.75 cm boy ölçüsüne sahip olma ölçütünün yer verildiği bir iş ilanının, bu ölçütü karşılama oranı erkeklere göre daha düşük olan kadınlar için farklı ya da olumsuz etki yaratması durumuyla, dolaylı ayrımcılık biçimi ve dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık örneklenebilir[170]. Oy hakkına sahip olmak için okur yazar olma ya da vergi verme gibi ölçütlerin öngörülmesi yönündeki tutum da yine dolaylı ayrımcılık biçimine örnek olarak gösterilmiştir. Örnekteki ölçütlerin, her ne kadar belirli bir ırk ya da cinsiyet grubunu dışlayıcı görünmüyorlarsa ve herkese benzer olarak uygulanıyorlarsa da; gerçek durum itibariyle geçmişte eğitim olanağından dışlanmış bir ırk grubu ya da bir cinsiyet grubu için diğer ırk ya da cinsiyet gruplarıyla karşılaştırıldığında farklı veya

---

tercih edilecektir. Kavramın Türkçe karşılığı yine Ertuğrul Uzun ve Kıvılcım Turanlı'nın önerileri doğrultusunda oluşturulmuştur. *"Disparate impact discrimination"* kavramı için "orantısız etki ayrımcılığı" çevirisi de kullanılmıştır. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 211 vd. Başka bir çalışmada da *"disparate impact"* kavramı için "farklı etki" veya "olumsuz etki" çevirisi tercih edilmiştir. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 244 vd. Bu ayrımcılık biçiminin hukuki kaynakları, örnekleri ve ispat yöntemlerine dair bilgi için, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığın ABD Hukuku'ndaki tanımlanması ve gelişim sürecine de yer verilen, dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerinin incelendiği kısımdaki *"1.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Tanımlanması: Farklı Etkiden Kaynaklı Ayrımcılık Teorisi"* başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

[169] Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılık yasağının, doğrudan ayrımcılık yasağının aksine farklı davranışı değil, [farklı ya da olumsuz nitelikli olmakla] ayrımcı etki doğuran aynı davranışın yasaklanmasını gerektirdiği de belirtilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 15.

[170] Yenisey, a.g.m., 2005, s. 981-982; Gül ve Karan, a.g.e., s. 16.

olumsuz etki doğurur nitelikte olmalarıyla ayrımcı olma potansiyeli taşıdıkları ifade edilmiştir[171].

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin ortaya çıkış nedenleri üzerinden farklılıklarını belirlemeye yönelik ilk aşama sonucunda, dolaylı ayrımcılığın, doğrudan ayrımcılıktan ayrılmasını sağlayan en tipik özelliğinin farklı etkiye odaklı oluşuyla belirlemek mümkündür. Dolaylı ayrımcılığın bu özelliği, bir ölçütün görünürdeki niteliği ve gerçekte ortaya çıkardığı etkisi arasındaki bağı kurmakla ilgili bir ayrımcılık biçimi olmasıyla da ilişkilendirilmiştir[172]. Dolaylı ayrımcılığın esasen belirli bir grup üzerindeki olumsuz etki üzerinden tespit edilen bir ayrımcılık biçimi olmakla da doğrudan ayrımcılık biçiminden gerçek durumla ilişkili olma özelliğiyle ayrılabileceği de ifade edilmiştir[173]. Diğer yönden doğrudan ayrımcılığın en tipik özelliğinin de farklı davranış üzerinden değerlendirilmesi olarak belirlenebileceği bu sonuçlar itibariyle, her iki ayrımcılık biçimini ortaya çıkaran nedenlerin birbirinden farklı olduğu ve bu açıdan doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık biçimlerinin ayrımcılığı ortaya çıkaran nedenler bakımından ayrıştırılabilir oldukları tespitine varılabilir.

1.2.1.1.2. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Gerçekleşme Şekilleri Bakımından

Her ikisi de, bir düzenleme, politika, uygulama ya da ölçüt gibi genel anlamda bir tutum ya da davranışla bağlantılı olarak gündeme gelen doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin, bu tutum ya da davranışların nasıl gerçekleştikleri üzerinden incelenmeleri bu ayrımcılık biçimlerinin tipik özellikleri hakkında fikir verebilecek niteliktedir[174]. Bu açıdan ikinci aşamada, bu ayrımcılık biçimlerini gündeme getiren tutum ve davranışların gerçekleşme şekilleri, ayrımcılığa karşı korunan temellerle olan

---

[171] Karan, a.g.e., s. 211.
[172] Tobler, a.g.e., 2008, s. 29.
[173] Bu anlamda, dolaylı ayrımcılık iddiasının da sadece ve sadece gerçek durumla ilişkili bir unsur olan belirli bir grup nezdinde ortaya çıkan orantısız etki üzerine kurulabileceği de vurgulanmıştır. Bakınız: Khaitan, a.g.e., 2015, s. 74.
[174] Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin her ikisinin de eyleme ilişkin modelde (*"action – regarding norm"*) olduğu tespit edilmiştir. Bakınız: Holmes, a.g.m., s.184. Bu tespit üzerinden, bu iki ayrımcılık biçiminin ikisinin de ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı iddia edilen kişinin uyguladığı ya da uygulamaya çalıştığı bir hüküm, politika, uygulama veya kriter dolayısıyla gündeme geldiği açıklaması yapılmıştır. Bakınız: Khaitan, a.g.e., 2015, s. 74.

bağlantıları açısından ve bu bağlantıların açık ya da örtülü niteliğe sahip olmasına göre değerlendirilecektir. Bu çerçevedeki değerlendirme, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin açık ayrımcılık ve örtülü ayrımcılık biçimleri bağlamında incelenmeleri doğrultusunda geliştirilecektir.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerini ortaya çıkaran ayrımcı tutum ve davranışların gerçekleşme şekilleri anlamında farklılaşıp farklılaşmadıklarına ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce, açık ve örtülü ayrımcılık biçimlerinin nasıl tanımlandıklarına bakmakta fayda vardır. Ayrımcılık yasağı bağlamında yapılan açıklamalar doğrultusunda, açık ayrımcılık (*"overt/blatant discrimination"*), kısaca, kişileri belirli özellikleri temelinde ayırma ya da ayrı tutma amacı taşıyan farklı ya da haksız nitelikli davranıştan kaynaklanan bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlanır[175]. Kişinin etnik kökeni ya da cinsiyeti sebebiyle işe alınmasını ya da terfisini reddeden bir kurumda yaşanan durum açık ayrımcılık biçimini örnekleyen bir durumdur ve örnekteki durumdan da görüleceği üzere, ayrımcılığı ortaya çıkaran tutum ve davranış belirli bir gruba karşı o grubun ayrımcılığa karşı korunan temeldeki belirleyici özelliğiyle bağlantılı ve muhakkak bilinçli bir şekilde gerçekleştirilmiş açıkça olumsuz bir tutum ve/veya davranıştır[176].

Örtülü ayrımcılık (*"covert/subtle discrimination"*) ise, açık ayrımcılığın aksine belirli bir gruba karşı o grubun ayrımcılığa karşı korunan temeldeki belirleyici özelliğiyle bağlantılı ayrımcı bir tutumun ya da davranışın açıkça gözlemlenebildiği bir ayrımcılık biçimi değildir. Buna göre, örtülü ayrımcılığın da, ayrımcılığa karşı korunan temellerle bağlantının açıkça görülmediği aksine tarafsızlık gerekçesi ya da ahlaken kabul edilebilir bir diğer gerekçe ardındaki tutum ya da davranışla gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlanması mümkündür. Bu doğrultuda bu ayrımcılık

---

[175] Koen Van Laer ve Maddy Janssens, "Ethnic Minority Professionals' Experiences with Subtle Discrimination in the Workplace", Human Relations: Studies Towards the Integration of the Social Sciences, Vol. 64, No. 9, 64(9), 2011, s. 1205.

[176] Gutek vd., 1996'dan aktaran Van Laer ve Janssens, a.g.m., s. 1205. Romanlara servisin reddedildiği bir bar örneğini üzerinden, ayrımcı davranışı sergileyen kişinin Roman kişilere Roman oldukları için servis yapılmamasına yönelik kastının, etnik köken temelli ayrımcılığı açıkça gösterdiği; başka bir deyişle davranış ile ayrımcılığa karşı korunan temel arasındaki ilişkinin açık olduğunu vurgulanmıştır. Bakınız: Altman, a.g.m.

biçiminin örtülü niteliği de, ayrımcılığı gündeme getiren tutum ya da davranışın, ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle bağlantısı açıkça görülmeyen ve bu anlamda tarafsız görünümlü bir uygulama aracılığıyla gerçekleşmesinden kaynaklanır. Bu açıdan örtülü ayrımcılığın, bir grubu diğerine göre daha avantajlı [ya da dezavantajlı] kılma yönündeki "gizli" amaçların ürünü olduğu da söylenebilir. Örtülü ayrımcılığın bu niteliğinin, bu ayrımcılık biçimini hem belirli bir temelde ayrımcılık yaratmasıyla, hem de bu ayrımcılığı "görünüşte tarafsız bir yasa" ardına gizlemesiyle ahlaken iki defa yanlış kıldığı da ifade edilmiştir[177].

Tanımlardan da görüleceği üzere, bu iki ayrımcılık biçimi, ayrımcı tutum ya da davranış ile ayrımcılığa karşı korunan temelin açık bağlantısının varlığı ya da yokluğu bakımından ayrılabilen ayrımcılık biçimleridirler[178]. Ayrımcılık yasağı kapsamında böylece yapılan açık ve örtülü ayrımcılık biçimleri ayrımı doğrultusunda, doğrudan ayrımcılık genel itibariyle açık ayrımcılığa daha yakın bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirilirken; dolaylı ayrımcılık ise nispeten daha "gizli" ve örtülü ayrımcılığa daha yakın bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirilir. Ancak bu nitelendirmelerin, doğrudan ayrımcılığı, açık ayrımcılık; dolaylı ayrımcılığı ise örtülü ayrımcılık olarak adlandırmaya yönelik olmadığını da eklemek gerekir. Bu nitelendirmeler esasen doğrudan ayrımcılık kapsamında ayrımcılık yaratan farklı davranışın, ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan bağlantısının genellikle açıkça görülebilmesiyle ilişkili olup; bunun karşısında dolaylı ayrımcılığın da ayrımcılığa karşı korunan temellerle bağlantısının, ancak ortaya çıkan farklı ya da olumsuz etki üzerinden değerlendirilebilmesi ve bu açıdan da bu ayrımcılık biçiminin ilgili temellerle dolaylı ve de nispeten örtülü bağlantısına gönderme yapma amaçlıdır.

Nitekim, genel durum itibariyle açık ayrımcılık biçimi olarak değerlendirilen doğrudan ayrımcılığın da, her zaman ayrımcılığa karşı korunan temellerle açıkça bağlantılandırılabilen bir farklı davranıştan kaynaklandığı söylenemez. Başka bir

---

[177] Abrahamson, 2008'den aktaran Durmuş, a.g.t., s. 25.

[178] Açık ve örtülü ayrımcılık biçimlerini tarafsızlık ya da ayrımcı kastın varlığı üzerinden de ayıran yaklaşımlar mevcuttur. Dolaylı ayrımcılık biçiminin, tarafsızlık unsuru üzerinden kasıtsız ayrımcılık (*"unintentional discrimination"*) ve örtülü ayrımcılık *("covert discrimination"*) biçimleriyle karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi için bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 24-25.

ifadeyle, doğrudan ayrımcılık, her durumda, belirli bir gruba karşı ayrımcı nitelikli olduğu kolayca anlaşılabilecek bir davranıştan kaynaklanan bir ayrımcılık biçimi sayılamaz. Doğrudan ayrımcılık, bazı durumlarda belirli bir gruba karşı açıkça ayrımcı görünmeyen bir düzenlemenin ardına gizlenmiş ayrımcılığa yol açan bir tutum ya da davranış sebebiyle de gündeme gelebilir. Bu durumlarda, davranışın doğrudan ayrımcı olup olmadığını tespit etmek üzere farklı davranışın niteliği ile ayrımcılığa karşı korunan temeller arasındaki bağı kurmak adına davranışın niteliği yanında uygulama sonrasında ortaya çıkan etki ya da sonuca yön veren etkenlerin de değerlendirilmesi gerekir. Bu anlamda oy hakkı için okuryazar olmanın ön koşul olarak belirlendiği bir durumda, farklı davranışı oluşturan ilgili ön koşulun ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle doğrudan bağlantısının kurulması ilk bakışta yapılan bir incelemeyle mümkün değildir. Ancak belirli bir ırk grubunun geçmişte eğitim olanaklarından dışlanmış olduğu etkeni de göz önüne alındığında, ayrımcılığa karşı korunan temellerden ırk temelinde farklı davranışın yerine, okuryazar olma ön koşuluyla biçimlendirilen farklı davranışın koyulduğu anlaşılabilir ve böylece ilgili ön koşulun ırk temeliyle doğrudan bağlantısının kurulabilmesi mümkün hale gelir[179]. Bu gibi durumların da gösterdiği üzere doğrudan ayrımcılık bazı durumlarda örtülü ayrımcılık biçiminde de gündeme gelebilen bir ayrımcılık biçimdir.

Doğrudan ayrımcılığın, hem açık hem de örtülü ayrımcılık biçiminde ortaya çıkabileceği yönünde açıklama sonrasında, dolaylı ayrımcılık biçimini, doğrudan ayrımcılık biçimine nispeten örtülü ayrımcılık biçimine daha yakın kılan şey de daha doğru biçimde ifade edilebilir. Şöyle ki, doğrudan ayrımcılığın tespitinde, her durumda ortaya çıkan farklı etki üzerinden değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaz ve bizzat farklı

---

[179] Ayrımcı davranışı ortaya koyan kişinin tarafsız gibi görünen bir ölçütün ardına "örtülü" amacını gizleyebileceği bir durumun somutlaştırıldığı bu örnek, ABD'de uygulamaya konulan ve geçmişte eğitim olanaklarından dışlandıkları için okur yazar olmayan Afrikalı Amerikalı kişilere karşı ayrımcı olarak işleyen politikadan alıntılanmıştır. Bakınız: Altman, a.g.m. Bu açıdan, bir yasal düzenleme ya da toplu iş sözleşmesinde kadınlar ve erkekler için farklı ücretler öngörülmesi bir açık doğrudan ayrımcılık örneği olarak; yabancıları veya kadınları istihdam etmek istemeyen bir işverenin yabancıların veya kadınların karşılamaları zor olan ölçütler ile hareket etmesi ise örtülü doğrudan ayrımcılık örneği olarak gösterilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 203-204. Belirtilen durumların birer doğrudan ayrımcılık örneği olarak değerlendirilmelerinin nedeni ise, doğrudan ayrımcılık biçiminin ilgili çalışmalar kapsamında ayrımcılık yapma yönünde kastın mevcut olduğu kasıtlı bir ayrımcılık biçimi olarak incelenmesinden kaynaklandığını da eklemek gerekir. Ayrımcı kastın mevcut olduğu ayrımcılık biçimlerinin doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilmesiyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için aşağıda *"1.2.1.1.3. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Zihinsel Gelişim Süreçleri Bakımından"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

davranışın kendisine bakarak ayrımcılığa karşı korunan temellerle bağlantı kurulabilirken; dolaylı ayrımcılığın tespiti, her durumda farklı etki ile ayrımcılığa karşı korunan temeller arasında bağlantı kurulmasını gerektirir. Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılık iddialarında farklı etkinin ortaya konulabilmesi için, görünüşteki ve sınırsız sayıdaki temellerden herhangi birinde sergilenen tutum veya davranış nedeniyle gündeme gelen farklı etkinin asıl olarak ayrımcılığa karşı korunan temellerle bağlantısının gösterilmesine ihtiyaç duyulur. Başka bir ifadeyle, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık yönündeki iddialarda, ayrımcılığa karşı korunan temellerden başka bir temelin, ayrımcılığa karşı korunan temeller yerine "vekil" niteliğinde kullanıldığı ortaya konulmalıdır. Bu sebeple de dolaylı ayrımcılığın, her durumda doğrudan ayrımcılığa göre örtülü ayrımcılık biçimiyle daha benzer şekilde ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olduğu sonucuna daha açıklayıcı olarak varılabilir[180].

Ancak varılan bu sonucun, dolaylı ayrımcılığı, örtülü ayrımcılık biçimiyle eş anlamlı tutmaya yönelik olmadığına da dikkat çekmek gerekir. Dolaylı ayrımcılık biçimini, örtülü bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirmek, dolaylı ayrımcılığı muhakkak tarafsız görünümlü tutum veya davranışların ardına gizlenen ayrımcı tutum veya davranışların yön verdiği bir ayrımcılık biçimi olmakla sınırlandırır ki, bu da gerçek durumla uyumlu bir nitelendirme sayılamaz. Dolaylı ayrımcılığın örtülü ayrımcılıkla eş tutulması ayrıca dolaylı ayrımcılığın sadece ayrımcı kasıt taşıyan tutum veya davranışlarla sınırlandırılması, dolaylı ayrımcılığın ayrımcılık yönünde kasıt ve bilincin olmadığı durumlarda da gündeme gelebileceği olasılığının dışlanması sonucunu doğurur. Dolaylı ayrımcılığı sadece ayrımcılık yapma yönünde kast taşıyan kural ya da uygulamalardan kaynaklanan bir ayrımcılık biçimi olarak sınırlandırmak da bir nevi dolaylı ayrımcılığı, doğrudan ayrımcılığın örtülü biçimi saymak demektir; ancak bu da

[180] Doğrudan ayrımcılık değerlendirmesinde farklı davranış ile ayrımcılığa karşı korunan temelle bağlantı kurmanın dolaylı ayrımcılık değerlendirmesine göre daha kolay olduğu; çünkü, farklı etki üzerinden değerlendirilen dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda ayrımcılığa karşı korunan temelle bağlantı kurmanın daha ileri incelemeyi gerektirdiği de belirtilmiştir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 22. Ayrıca herhangi bir temelde ayrımcı tutum ya da davranış sergilenmesi mümkünken, görünüşteki bu temelin dolaylı ayrımcılık iddialarında başka bir deyişle orantısız farklı etkinin ortaya konulmasında bir önemi olmadığı ve esasen iddia edilen ayrımcılığın gerçekleştirildiği temelin ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle bağlantısının gösterilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Bakınız: Khaitan, a.g.e., 2015, s. 74.

yukarıda yapılan açıklamalar ışığında doğru görülemez[181]. Varılan bu sonuç itibariyle, dolaylı ayrımcılık biçiminin doğrudan ayrımcılık biçimiyle karşılaştırmalı olarak kasıtlı ayrımcılık ve kasıtsız ayrımcılık biçimleri çerçevesinde de değerlendirilmesi, açık ayrımcılık ve örtülü ayrımcılık biçimleri çerçevesinde yapılan bu değerlendirmeyi tamamlayıcı olacaktır.

1.2.1.1.3. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Zihinsel Gelişim Süreçleri Bakımından

Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılığı ortaya çıkaran tutum ve davranışların zihinsel gelişim süreçleri bağlamında incelenmesi üzerine olan bu üçüncü aşama kapsamında da, ilgili ayrımcılık biçimlerini, kendilerine yön veren davranış ya da tutumların oluşma anında ayrımcılık yapma yönünde kastın olup olmadığına göre incelemek mümkündür. Bu inceleme için de, kasıtlı ayrımcılık ve kasıtsız ayrımcılık biçimleri üzerinden bir değerlendirme izlenebilir.

Ayrımcılık yasağı bağlamında yapılan bu ayrıma göre, kasıtlı ayrımcılık, ayrımcılığa karşı korunan temellerde ayrım ya da dışlama yaratma kastıyla ortaya konulan tutum ve davranışlarla ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlanabilecekken[182]; kasıtsız ayrımcılığı ise yine ayrımcılığa karşı korunan

---

[181] Ayrımcılık ve göç üzerine bir çalışmada da, dolaylı ayrımcılık biçimini örtülü ayrımcılıkla eş tutmanın, dolaylı ayrımcılığı doğrudan ayrımcılığın örtülü biçimi saymak anlamı taşıdığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, cinsiyet, toplumsal cinsiyet ve engellilik temeliyle açıkça bağlantılı şekilde ayrımcı davranış artık toplumsal olarak kabul edilmediği için, amaçlanan ayrımcı davranışın örtülü biçimde "nötrlük" adı altında ortaya konulduğu da ifade edilmiştir. Buna göre, dolaylı ayrımcılıkla sadece "nötrlük" unsuruna odaklanarak mücadele edilemez, ayrıca ırkçılıkla, yabancı düşmanlığıyla, cinsiyetçilikle, sağlamcılıkla ya da heteronormativiteyle de mücadele edilmelidir ki bu da dolaylı ayrımcılığın, yapısal bir ayrımcılık biçimine karşılık geldiğini gösterir. Göç politikalarında dolaylı ayrımcılığa ilişkin ilgili çalışmanın devamı için bakınız: Jose Jorge Mendoza, "Discrimination in Immigration", Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination, Routledge, London and Newyork, 2018, s. 261. Dolaylı ayrımcılık biçiminin, yapısal ayrımcılık biçimiyle ilişkisi hakkında bilgi için aşağıda *"1.2.1.1.4. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Yöneldiği Özne ile Ayrımcı Tutum ve Davranışları Ortaya Koyan Özne Bakımından"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[182] Kasıtlı ayrımcılık tanımı, "kişinin ırkı nedeniyle" ayrımcı istihdam uygulamalarına maruz bırakılmasını yasaklayan 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümü altındaki düzenlemedeki "nedeniyle *(because of)*" ifadesinin kasıtlı bir ayrımcılık biçimini yansıttığının belirtildiği çalışmadan hareketle oluşturulmuştur. İlgili çalışmada, ırk ayrımcılığı tanımı da belirli bir ırk grubuna mensup kişiye, kendisiyle benzer durumda olan kişiye göre daha az olumlu davranılması ya da belirli bir ırk grubuna mensup kişinin diğer ırk gruplarına göre olumsuz ya da farklı etkiyi daha fazla hissetmesi olarak yapılmış ve çalışma kapsamında yapılan bu ırk ayrımcılığı tanımın, kasıtlı bir ayrımcılık biçimini yansıttığından

temellerde ayrım ya da dışlama kastının olmadığı tutum ve davranışlar aracılığıyla gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamak mümkündür. Kasıtsız ayrımcılığın tanımlanma sürecinin, esasen ayrımcı kastın gözlemlenmediği bilinçsiz ya da ihmali tutum ve davranışların da ayrımcılığı ortaya çıkardığının ve bu açıdan da sadece kasıtlı ayrımcılık biçiminin var olan ayrımcılığı açıklamaya yetmediğinin anlaşılması sonucunda başladığından da bahsedilebilir[183].

Hukuk uygulaması bağlamında da ayrımcılık yasağı, bilinçli veya kasıtlı olarak ırk ya da cinsiyet gibi ayrımcılığa karşı korunan temellerden birindeki ayrımcı tutum ve davranışların yasaklanmasıyla sınırlı tutulmayıp; ayrıca görünüşte nötr olan ve bu açıdan da ayrımcı davranılacağına dair bilinci ya da herhangi bir ayrımcı kastı görmenin mümkün olmadığı kuralların ortaya çıkardığı orantısız farklı etkiyle mücadele etmek üzerine de kurgulanmıştır[184]. Hukuk uygulaması bağlamında ayrımcılık yasağının bu kapsamda kurgulanışı, ayrımcı kastın varlığı ya da yokluğunu, ayrımcılığa neden olan tutum ve davranışların, belirli bir kişi ya da gruba karşı ayrımcı kast taşımamak anlamında tarafsız ya da nötr olup olmamaları üzerinden değerlendirilebilmesini de mümkün kılmıştır. Ancak, ayrımcılığın kasıtlı ya da kasıtsız biçimde gündeme gelişini aynı zamanda dolaylı ayrımcılığı tanımlayan bir unsur da olan tarafsızlık ya da nötrlük

---

da bahsedilmiştir. İlgili tanımına dair açıklamaların devamı ve çalışmanın bütünü için bakınız: National Research Council Measuring Racial Discrimination, Panel on Methods for Assessing Discrimination, Ed. Rebecca M. Blank, Marilyn Dabady ve Constance F. Citro, Washington DC, The National Academies Press, 2004, s. 40, 50 vd.

[183] Kasıtlı ayrımcılık biçimi dışında, bilinçsiz ve ihmali tutum ve davranışlarla gündeme gelen kasıtsız ayrımcılık biçimlerinin teorik anlamda tanımlanma süreçlerine dair bilgi için bakınız: David B. Oppenheimer, "Negligent Discrimination", University of Pennysylvania Law Review, Vol. 141, 1992, ss. 899-972; Jessie Allen, "A possible remedy for unthinking discrimination", *Brooklyn Law Review, Vol. 61, Issue:4*, 1995, ss. 1299-1345, https://core.ac.uk/download/pdf/228615896.pdf (Erişim Tarihi: 27.06.2020); Audrey J. Lee, "Unconscious Bias Theory in Employment Discrimination Litigation", Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, Vol. 40, Issue. 2, 2005, ss. 481-503, https://pdfs.semanticscholar.org/62c3/a2d2317e9db3931c65870d23834621097770.pdf (Erişim Tarihi: 27.06.2020); Amy L. Wax, "The Discriminationg Mind: Define It, Prove It", Connecticut Law Review, Volume: 40, Number: 4, 2008, ss. 1-41. https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=582114003071117101104002093030117081029032054004040066067029083028071098106089011096122097062099041113051099025083118065112103126050004093022003021110092071095022077022079006117071096069027006020098108081107120118101109015001005005108064102066081124&EXT=pdf&INDEX=TRUE, (Erişim Tarihi: 03.07.2020).

[184] Avrupa Birliği ve ABD hukukunda, bilinçli ya da kasıtlı ayrımcılık biçiminin, doğrudan ayrımcılık ile farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık biçimine denk düştüğü; herhangi bir ayrımcı kasıt içermeyen ve bilinçsiz önyargı ile ortaya konulan davranışların orantısız farklı etkisinin ise dolaylı ayrımcılık yasağının alanına girdiği ifade edilmiştir. Bakınız: Collins ve Khaitan, a.g.e., s. 2.

unsuru üzerinden değerlendirmenin, dolaylı ayrımcılık biçiminin sıklıkla kasıtsız ayrımcılık biçimiyle eş anlamlı bir ayrımcılık biçimi olarak görülmesi sonucunu doğurduğunu da belirtmek gerekir[185]. Bu durum ayrıca, doğrudan ayrımcılık söz konusu olduğunda da ayrımcılık yapma yönünde kastın varlığının kabulüyle, doğrudan ayrımcılık biçimini de kasıtlı bir ayrımcılık biçimiyle eş anlamlı görülmesi sonucunu da ortaya çıkarmıştır[186]. Hukuk uygulaması bağlamında, tarafsızlık ya da nötrlük unsurunun kasıtsız ayrımcılık biçimi ile dolaylı ayrımcılık biçiminin ortak bir unsuru olmasıyla dolaylı ayrımcılığı kasıtsız ayrımcılık biçimi, doğrudan ayrımcılığı da kasıtlı bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirme eğiliminin ayrıca literatürde de varlığından söz etmek mümkündür[187].

Bu nitelendirmeler doğrultusundaki yaklaşımlar ve hukuk sistemleri çerçevesinde, kasıtsız bir ayrımcılık biçimi sayılan dolaylı ayrımcılığı, kasıtlı bir ayrımcılık biçimi sayılan doğrudan ayrımcılık biçiminden ayırt etmek üzere ayrımcı kastın yokluğu, dolaylı ayrımcılık biçiminin nötrlük ya da tarafsızlık unsuru üzerinden değerlendirmeye alınsa da; bazı örnekler, ayrımcı kastın varlığı halinde dahi tarafsız ya da nötr bir ölçütün kullanılabileceğini göstermeye yeterlidir. Bu anlamda, okur yazarlık seviyesinin düşük olduğu bir etnik grubun işe başvurusunu engelleme kastıyla okur yazarlık gibi ayrımcılığa karşı korunan temellerden biriyle bir ilgisi olmamakla tarafsız ya da nötr bir görünüme sahip olan ölçüte iş ilanında yer vermek suretiyle ilgili etnik gruba karşı ayrımcı davranılması örneği de, kasıtlı ayrımcılık biçiminin, tarafsızlık ya

---

[185] Çoğu hukuk sisteminde ayrımcılık yapma yönünde kasıt olmasa da belirli bir grubu orantısız derecede dezavantajlı duruma getiren davranışların, dolaylı ayrımcılık kapsamında görüldüğü de belirtilmiştir. Bakınız: Altman, a.g.m. Dolaylı ayrımcılığı kasıtsız ayrımcılık biçimiyle eş anlamlı olarak nitelendirmenin, dolaylı ayrımcılık mağdurlarına, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık yönündeki iddialarını temellendirmek üzere kasıt unsurunun yokluğunu ispatlama gibi ekstra bir yük de getireceği de ifade edilmiştir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 24-25.

[186] Moeckli, a.g.m., s. 62.

[187] Dolaylı ayrımcılık biçiminin bir kasıtsız ayrımcılık biçimi olarak incelendiği çalışmalar için bakınız: Altman, a.g.m.; Lippert – Rasmussen, a.g.e., 2014: s. 59-61; Collins ve Khaitan, a.g.e., s. 2 vd. ABD'de de mahkemeler iş hukukunda kasıtlı ayrımcılık durumlarında genel anlamda açık ayrımcılık ve farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık teorilerine; kasıtsız ayrımcılık durumlarında da örtülü ayrımcılık ve farklı etki kaynaklı ayrımcılık teorilerine başvurdukları için bu hukuk sistemi kapsamında da doğrudan ayrımcılığa denk düşen ayrımcılık biçimi kasıtlı ayrımcılık biçimiyle, dolaylı ayrımcılığa denk düşen ayrımcılık biçimi ise kasıtsız ayrımcılık biçimiyle eş anlamlı görülür. Bakınız: Katherine A. Currier, Thomas E. Eimermann, and Marisa Szabo Campbell, Introduction to Law for Paralegals a Critical Thinking Approach, 7. Baskı, New York, Wolters Kluwer, 2019, s. 524.

da nötrlük unsuru ardında ortaya çıkabileceğini anlatır[188]. Literatürdeki genel eğilime göre, tarafsızlık ya da nötrlük unsurunu taşımakla dolaylı ayrımcılık biçimine de denk düşen bu örnek, tarafsız ya da nötr ölçüt ya da kuralların ayrımcı kastla da öngörülebileceğini gösterir[189].

Bu açıdan, tarafsızlık ya da nötrlük unsurunun dolaylı ayrımcılık biçimine dair belirleyici olmakla doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerini ayırt etmeye yönelik bir unsur sayılmaktan daha çok, belirli bir gruba karşı ayrımcılık yapma amacı açık olan ve belirli bir gruba karşı ayrımcılık yapma amacı gizli veya belirsiz olan ölçüt ya da kuralları ayırmaya yaradığı söylenebilir[190]. Bu anlamda, bir işverenin kadınların işe başvurusunu engellemek üzere, iş ilanına "Hiçbir kadın başvuramaz" şeklinde bir ifade eklemesi ile kadınları dezavantajlı konuma getirebileceğinin farkında olduğu bir ölçütü eklemesi arasında tarafsızlık ya da nötrlük unsuru bakımından bir farktan bahsedilebilecekse de; ilgili koşulların ikisi de aynı ayrımcılık biçimini ortaya çıkarır niteliktedir[191]. İş ilanı üzerinden verilen örneğin de gösterdiği üzere ayrımcılık yapma yönünde bir kastın bulunması ile ayrımcılık yapma yönünde bir kasıt bulunmasa da ayrımcılığa karşı korunan temellerden birinde ayrımcılığa neden olma olasılığının

---

[188] Kasıtsız ayrımcılığa ilişkin olarak verilen bu örnek örtülü ayrımcılık biçimi için gösterilen işe alım koşullarında okur yazarlık ölçütünün yer alması örneğiyle benzerlik gösterir niteliktedir. Nitekim her iki örnekte de belirli bir etnik grubu ayırmaya, dışlamaya yönelik bir davranış tipi gözlemlenebilse de etnik köken temelinde ayrımcılığın ortaya konulduğunu ilk bakışta anlamaya yarayan unsur eksiktir. Bu anlamda ilgili ayrımcı davranışı örtülü ayrımcılık açısından incelerken, ilgili davranış ile ayrımcılığa karşı korunan temel arasındaki bağın niteliği; kasıtsız ayrımcılık biçimi bağlamındaki incelerken de ayrımcılığa karşı korunan temellerde ayrımcılık yapma kastının açıkça görülebilirliği üzerinden değerlendirme gerçekleştirilir. Örtülü ayrımcılığa dair olarak verilen benzer nitelikteki örnek ve daha fazla bilgi için yukarıda *"1.2.1.1.2. Ayrımcı tutum ve davranışların gerçekleşme şekilleri bakımından"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[189] Moeckli, a.g.m., s. 62.

[190] Sadece ayrımcı kastın yokluğu koşuluna odaklı bir değerlendirmenin, açık ayrımcılık ve örtülü ayrımcılık biçimlerini ayırma üzerine olacağı da belirtilmiştir. Açıklamalar için bakınız: Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 59.

[191] Doğrudan ayrımcılığın, kasıtlı bir ayrımcılık biçimi olduğunu söylemenin çok basite kaçmak olduğu belirtilmiştir. Bu anlamda, bir işverenin iş ilanına kadınlara karşı ayrımcılık yapma kastıyla bir ölçüt eklemesi ile paternalist bir yaklaşımla kadınlara ilişkin önyargısı nedeniyle kadınları işe almaması arasında bir fark yoktur. İkincisinde her ne kadar işverenin ayrımcılık yapma yönünde bir kastı bulunmasa da her iki durumdaki davranışın da doğrudan ayrımcı sayılması gerekir. Bu noktada ayrım, işverenin ayrımcı davranışının ardındaki kastın bilincinde olması üzerine kurulmuş ve ayrımcı kastın varlığı durumunda söz konusu ayrımcılık biçiminin doğrudan ayrımcılık olduğu sonucuna varılmıştır. Bakınız: Altman, a.g.m. Dolaylı ayrımcılığa ilişkin bu açıklamalardan hareket edildiğinde, ilgili örnekteki koşulların doğrudan ayrımcılık altında inceleneceği belirtilmiş; ancak bunun doğru olmadığından bahisle de kasıt unsurunu farklı biçimde değerlendirmek gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Bakınız: Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 59.

bilincinde olunması arasındaki fark da siliktir. Bu anlamda doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin, kasıt unsuruyla bağlantılı olarak amaç ve etki unsurları üzerinden de incelenmesi daha açıklayıcı olacaktır.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin kasıt unsuruna dair incelenmesinde amaç ve etki kavramlarının kullanılması, ayrıca ayrımcı olduğu iddia edilen tutum ya da davranışların tarafsız veya nötr bir biçimde formüle edilmeleriyle sınırlı olmayan bir incelemeyle, bu formülasyonların ardındaki zihinsel durumu görmeyi de mümkün kılar[192]. Bu inceleme doğrultusunda, öncelikle bu ayrımcılık biçimlerini ortaya çıkaran nedenlere ilişkin açıklamalara dönerek, ilgili ayrımcılık biçimlerinin nasıl gündeme geldiklerine ilişkin açıklamaları anımsamakta fayda vardır. Bu açıdan doğrudan ayrımcılık yasağına aykırılık yönündeki iddiaların esas olarak belirli bir kişi ya da kişi grubuna yönelik farklı davranışın ayrımcılığa yol açtığı üzerine kurulu olduğu ve bunun karşısında dolaylı ayrımcılık iddialarının ise ortaya çıkan farklı etki üzerinden incelendiği hatırlandığında; ayrımcılık değerlendirmesinde doğrudan ayrımcılıkta davranışla güdülen amacın, dolaylı ayrımcılıkta ise esasen ortaya çıkan etkinin ön planda olduğu anlaşılabilir. Bu doğrultuda, doğrudan ayrımcılığın ayrımcılık yapma yönünde bilinç ya da kasıt şeklindeki bir zihinsel süreçle daha yakından ilişkili olduğu söylenebilecekken; dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda muhakkak ayrımcılık yapma yönünde bilincin ya da kastın mevcudiyetine gerek olmadığı çıkarımında da bulunmak mümkündür[193]. Nitekim, her ne kadar uluslararası insan hakları

---

[192] Dolaylı ayrımcılık biçiminin bir unsuru olarak kabul edilen "kasıt unsurunun yokluğu koşulu" üzerine incelemede bir uygulamanın doğrudan veya dolaylı ayrımcılık biçimlerinden hangisine karşılık geldiğini tespit edilirken, uygulamanın nasıl formüle edildiğinden çok "kasıt" unsuruyla ilgili zihinsel yönelim durumuna önyargı, eğilim gibi durumları da karşılayacak biçimde en geniş anlamıyla odaklanmak gerektiği belirtilmiş ve incelemenin devamında doğrudan ayrımcılığın belirli bir kişi ya da kişi grubunu ayrımcılığa uğratma amacındaki ahlaken yanlış davranış olduğu bilinciyle, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasındaki sınırın çizilebileceği önerilmiştir. Bakınız: Lippert-Rasmussen, 2014, a.g.e., s. 59-61. Bu tespitler, ilgili ayrımcılık biçimlerinin zihinsel gelişim süreçlerine ilişkin çalışmanın bu noktasında amaç ve etki kavramlarına dönmek için temel teşkil etmiştir.

[193] Davranışta ayrımcılık (*"discrimination in treatment"*) olarak tanımlanan doğrudan ayrımcılığın aksine, sonuçlarda ayrımcılık (*"discrimination in outcome"*) olarak tanımlanan dolaylı ayrımcılığın ayrımcı kasıt incelemesinden bağımsız olduğu da belirtilmiştir. Bakınız: Moeckli, a.g.m., s. 53. Ayrıca, bu ayrımcılık biçimlerinden sadece doğrudan ayrımcılığa itirazın, ayrımcı tutumu sergileyen ya da farklı davranışta bulunan kişinin ayrımcı davranma yönelimine, yani ayrımcı kastına atıfla gerçekleştirilebilir oluşu da, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimleri arasındaki sınırı çizmek için bir yöntem olabrak önerilmiştir. Yine kasıt unsuruna odaklı ayrımı muhafaza etmek suretiyle, ayrımcılık yapma yönünde kastın gözlemlenmediği bir uygulama sonrası ortaya çıkan farklı etkinin de en az ayrımcılık yapma yönünde kasıt içeren farklı davranışla gündeme gelen doğrudan ayrımcılık kadar ayrımcılık

sözleşmelerinde ayrı ayrı tanımlanmamışlarsa da, ilgili sözleşmelerin metinlerinde benimsenen ayrımcılık yasağının bu iki ayrımcılık biçimini de kapsadığı bu sözleşmelerin denetim organlarınca onaylanırken; doğrudan ayrımcılığın, ayrımcılık "amacını taşıyan" ifadesiyle, dolaylı ayrımcılığın ise, ayrımcılık "etkisini doğuran" ifadesiyle nitelendirilmesi de bu ayrımcılık biçimlerinin değerlendirilmesinin farklı unsurlar üzerinden gerçekleştirildiğini doğrular. Bu değerlendirmeler bağlamında, doğrudan ayrımcılığın, ayrımcılık yapma yönünde kasıt ya da ayrımcılık amacı taşıyan farklı davranıştan kaynaklı bir ayrımcılık biçimi; dolaylı ayrımcılığın ise, görünüşte ayrımcı olmayan tutum ya da davranışın arka planındaki olguların yarattığı farklı etkiye ilişkin bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirilmesi mümkündür[194].

Bu nitelendirmeler, ayrımcılık yasağının sadece ayrımcı kasıt ya da ayrımcı amaçla sınırlı olmadığını; görünüşte tarafsız olan bir tutum ya da davranışın gerçekte ortaya çıkan etkisinin de ayrımcılık yasağı kapsamına dahil olduğunu gösterir. Ancak her ne kadar ayrımcı kasıt ya da amaç taşımayan davranış ya da tutumların da ortaya çıkardıkları etki üzerinden değerlendirilmesiyle, ayrımcılık yasağına dahil edilebildikleri söylenebilecekse de; literatürde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin ayrımcı amaç ya da kasıt unsuru üzerinden ayrıştırılmasının doğru olmadığına ilişkin görüşler de mevcuttur. Bu doğrultuda, Sözleşmelerdeki "etki" ifadesinin sadece dolaylı ayrımcılığı ifade etmediği ve doğrudan ayrımcılığı da kapsadığı yönünde görüşler olduğu gibi; doğrudan ayrımcılığın hem ayrımcı kasıt ya da amaçla, hem de ayrımcı kasıt ya da amacın yokluğunda gündeme gelebilecek bir ayrımcılık biçimi ve dolaylı ayrımcılığın da benzer şekilde hem ayrımcı kasıt ya da amaç taşıyan tutum ya da davranışlarla, hem de herhangi bir ayrımcı kasıt ya da amacın yokluğunda gündeme gelebilecek bir ayrımcılık biçimi olduğu yönünde kabullerden de bahsetmek mümkündür[195]. Bu görüş ve kabulleri tüketici biçimde incelemenin, bu başlık altındaki incelemenin güttüğü dolaylı ayrımcılık biçiminin doğrudan ayrımcılık biçiminden kavramsal olarak ayırt edilmesi hedefini aşacağı düşüncesiyle, bu noktada,

---

yasağına aykırı olduğu iddiasıyla dolaylı ayrımcılık iddialarının temellendirilebileceği de ifade edilmiştir. muştur. Bu yöntemle, dolaylı ayrımcı olduğu iddia edilen uygulamaya yön veren zihinsel durumların ayrımcılık yasağına aykırı olmaları ya da olmamaları bağlamında ayrıma gidebilmenin de mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Bakınız: Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 60, d.n.20.

[194] Konuya ilişkin olarak daha ayrıntılı açıklama için bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 982.

[195] Bu yöndeki açıklamalar için bakınız: Durmuş, a.g.t, s. 24 ve Karan, a.g.e., s. 213 vd.

bu görüşlerin farklı hukuk sistemlerinin bu ayrımcılık biçimlerine atfettikleri anlamla bağlantılı olarak geliştiğini ve ilgili ayrımcılık biçimlerine karşı korumanın da bu anlam doğrultusunda geliştirildiğini; dolayısıyla da doğrudan ayrımcılığı ayrımcı amaç ya da kasıt taşıyan, dolaylı ayrımcılığı ise ayrımcı amaç ya da kasıt taşımayan ayrımcılık biçimleri olarak etiketlemenin her durumda doğru olmadığını belirtmekle yetinmek daha doğru olacaktır. Nitekim aşağıda farklı hukuk sistemleri bağlamında yapılacak inceleme bağlamında da, bu hukuk sistemleri çerçevesinde ilgili ayrımcılık biçimlerinin farklı anlamlar taşıdığı görülebilecektir.

Bu açıklamalar itibariyle, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin açık ve örtülü ayrımcılık biçimleriyle birebir eş anlamlı olmadığına ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalara benzer şekilde, doğrudan ayrımcılığı kasıtlı ayrımcılık, dolaylı ayrımcılığı da kasıtsız ayrımcılık biçimi ile eş anlamlı olarak nitelendirmenin de tamamen doğru olmayacağı sonucuna varılabilir. Ancak her ne kadar dolaylı ayrımcılığın kasıtsız ayrımcılık biçimiyle eş anlamlı olduğu söylenemeyecekse de; etki temelli bir ayrımcılık biçimi olması dolayısıyla bu ayrımcılık biçiminin kasıtsız ayrımcılık biçimine doğrudan ayrımcılık biçimine göre daha yakın olduğu da açıktır.

Dolaylı ayrımcılığın kasıtsız bir ayrımcılık biçimi olduğu yönündeki kabul, dolaylı ayrımcılık biçiminin çoğu hukuk sisteminde tartışmalı bir konumda yer almasına da neden olmuştur[196]. Tartışmalar genel anlamda, ayrımcılık yapma yönünde kastın ya da ayrımcı amacın yokluğunda ayrımcılığın da gündeme gelemeyeceği hususunda yoğunlaşmış olup; bu doğrultudaki tartışmalar, dolaylı ayrımcılık değerlendirmesinde ikinci aşama olan haklı ya da objektif gerekçenin varlığının sorgulandığı aşamayı dolaylı ayrımcılık biçimi açısından daha önemli kılmıştır. Bu bağlamda da, hukuk sistemlerinde genel olarak, *prima facie* dolaylı ayrımcılıktan söz edebilmek için ayrımcı kastın varlığı aranmazken; dolaylı ayrımcılığın, gerçekten gündeme gelip gelmediği ise *prima facie* aşamasını takip eden objektif haklı gerekçenin olup olmadığının

[196] Çalışma kapsamında, dolaylı ayrımcılık yasağının tanımlanması sürecini başlatan gelişme olarak incelenen ABD hukukunda farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin kurulduğu Griggs v. Duke Power Co. davası kapsamında da ayrımcı kastın yokluğunda ayrımcılık iddiası geliştirmenin haksız sonuçlara yol açacağı savunulması yapılmıştır. Bu dönemdeki dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağına ilişkin muhalif görüşler için *"1.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Tanımlanması: Farklı Etkiden Kaynaklı Ayrımcılık Teorisi"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

sorgulandığı gerekçelendirme aşamasında geliştirilen değerlendirme ölçütleriyle belirlenecek şekilde kurgulanmıştır[197].

1.2.1.1.4. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Yöneldiği Özne ile Ayrımcı Tutum ve Davranışları Ortaya Koyan Özne Bakımından

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimleri, bu son aşamada öncelikle, yine kendilerine yön veren anlayış ve yaklaşımlar doğrultusunda yöneldikleri özne veya ayrımcılık mağdurları özelinde incelenecektir[198]. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin, yöneldikleri özne bağlamında farklılaşıp farklılaşmadıkları üzerine yapılacak bu inceleme nihayetinde, bu ayrımcılık biçimlerinin ayırt edici bazı niteliklerini de ortaya koyma amacındadır.

Dolaylı ayrımcılık biçiminin mağdurunu ya da mağdurlarını, yani yöneldikleri özneyi tanımlamak, doğrudan ayrımcılık biçiminin öznesine ilişkin bir tanımlama girişimine göre daha zor ve belirsizliğe sahip bir iştir. Nitekim doğrudan ayrımcılığın kasıtlı ve açık, dolaylı ayrımcılığın da kasıtsız ve örtülü ayrımcılık biçimlerine nispeten yakın birer ayrımcılık biçimi oldukları kabulü doğrultusunda varılan sonuçlar itibariyle de, doğrudan ayrımcılıkta, ayrımcılık yapan kişinin zihinsel durumu ile ayrımcılığın sergilendiği temel ayrımcılık mağduru özneyi belirlemede fikir verebilecekken; dolaylı

---

[197] Kasıtsız bir ayrımcılık biçimine daha yakın olduğu sonucuna varılan dolaylı ayrımcılık biçiminin gerçekten gündeme gelip gelmediğinin nasıl belirleneceği hususunda ortak bir cevabın bulunmadığına dikkat çekilmiş ve bu sorunun farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde cevaplandığı da belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Abdulaziz vd v. Birleşik Krallık davasında meşru amaç ve bu meşru amaçla orantılılık testini kullandığı (para. 721), Birleşmiş Milletler sisteminden İnsan Hakları Komitesi'nin objektif ve makul gerekçenin varlığına baktığı ve benzer şekilde Birleşik Krallık ile ABD hukuk sistemlerinde de yine gerekçelendirme aşamasında bu sorunun cevaplandığı ifade edilmiştir. Bakınız: Altman, 2020. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinden sadece dolaylı ayrımcılık biçimi için gerekçelendirme aşamasının öngörüldüğü Birleşik Krallık hukukunda, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin bu çerçedeki ayrımı ve bu ayrımın ABD'de farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık ile farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık biçimleri arasında çizilen ayrımla karşılaştırmalı incelemesi için bakınız: Sandra Fredman, Comparative Human Rights Law, London, England: Oxford University Press, 2018, s. 33-36 vd. Çalışma kapsamında, ilgili hukuk sistemlerinin, dolaylı ayrımcılık biçimi hakkında değerlendirmeleri aşağıda ilgili başlıklar altında inceleneceği için daha ayrıntılı bilgi için ilgili başlıklar altında yapılan açıklamalara bakınız.

[198] Ayrımcılık mağduru veya öznesi ifadesi, başka bir çalışmada kullanılan "ayrımcılık mağduru ve karşılaştırma öznesi" ifadelerinden örnek alınarak geliştirilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 210 vd. "Özne" ifadesi için burada "karşılaştırma" sıfatı bilinçli olarak tercih edilmemiş olup; çalışmanın devamında "özne" ifadesi yeri geldiğinde anlaşılırlığı artırmak adına "karşılaştırma" sıfatıyla birlikte de kullanılacaktır.

ayrımcılıkta ise, ayrımcılık yapan kişinin zihinsel durumu ile ayrımcılığın sergilendiği temelin ayrımcılık mağduru özne hakkında fikir vermesini beklemek güçtür. Bu nedenle de dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda, ayrımcılık mağduru öznenin başka bir açıdan belirlenmesi gerekir[199].

Bu doğrultuda, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin yöneldikleri özneyi tanımlamak üzere, bu ayrımcılık biçimlerini net bir şekilde ayırabildiğimiz noktalara dönmekte fayda vardır. Böylece, farklı eşitlik anlayışlarının ürünü ve farklı nedenlerle ortaya çıkan ayrımcılık biçimleri olarak ele alınan doğrudan ayrımcılık biçiminde farklı davranışın, dolaylı ayrımcılık biçiminde ise farklı etkinin muhatabı olan tarafın niteliğini de farklı eşitlik anlayışları dahilinde yorumlamak mümkün olabilir. Bu açıdan, toplumdaki kişilerin bireyselliğini esas alan ve devletin nötrlüğünü öngören liberal ideallerin ürünü şekli eşitlik anlayışı kapsamında olan doğrudan ayrımcılığın, bir kişiye, yani bir ayrımcılık mağduru ya da öznesine yönelik farklı davranışla gündeme geldiği kabul edilirken; bireyselliğin esas alınmadığı ve eşitsizlikleri gidermek üzere pozitif yükümlülükleri de olan devletin müdahaleci olarak tasvir edildiği maddi eşitlik anlayışı kapsamındaki dolaylı ayrımcılık anlamındaki farklı etkinin ise, bir kişi grubu üzerinde ortaya çıktığı kabul edilir. Dolayısıyla doğrudan ayrımcılığın, kişiye yönelik; dolaylı ayrımcılığın ise belirli bir grubun üyelerine yönelik bir şekilde gündeme gelen ayrımcılık biçimleri olarak incelendiğini söylemek yanlış olmaz[200].

Bu yorumlar itibariyle, doğrudan ayrımcılığın, esasen kişilere ayrımcılığa karşı korunan temellerde benzer olmalarına karşın düzenlemeler, ölçütler ya da uygulamalar doğrultusunda farklı biçimde sergilenen tutum ya da davranıştan kaynaklı bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Benzer şekilde, farklı etki kaynaklı olduğu tespit edilen dolaylı ayrımcılık da bu farklılık sebebiyle daha doğru şekilde, görünüşte tarafsız olan düzenlemeler, ölçütler ya da uygulamaların belirli bir grubun üyeleri

[199] Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 57-58.
[200] Doğrudan ayrımcılık söz konusu olduğunda kişiye yönelik farklı davranış; dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda ise bir gruba yönelik "ayrımcı etki ve sonuç doğuran aynı davranış"ın söz konusu olduğu belirtilerek; bu ayrımcılık biçimlerinin farklılaştığı da ifade edilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 210.

üzerinde yarattığı farklı etkiden kaynaklı bir ayrımcılık biçimi olarak yeniden nitelendirilebilir.

Bu anlamda, belirli bir kişi grubu üzerindeki farklı etkiden kaynaklanan dolaylı ayrımcılığın doğası gereği [gruplar arası] karşılaştırmayla analize imkân tanıyan bir ayrımcılık biçimi olduğu da söylenebilir[201]. Keza kişilerin ayrımcılığa karşı korunan temellerdeki benzerliği üzerinden farklı davranışın tespit edildiği doğrudan ayrımcılık biçimi de yine kişiler arası karşılaştırmayla analiz edilebilen bir ayrımcılık biçimidir. Ancak, dolaylı ayrımcılık biçiminde gruplar arası karşılaştırma üzerine kurulu bu analizin, farklı davranışla gündeme gelen doğrudan ayrımcılık biçimindeki kişiler arası karşılaştırma analizinden farklı özellikler taşıdığını da belirtmek gerekir ki; bu da doğrudan ayrımcılıkta karşılaştırmanın benzer durumdaki kişilere gösterilen davranış arasında yapılması gerekliliğine karşın; dolaylı ayrımcılıkta karşılaştırmanın ayrımcılığa neden olan tutum ya da davranışın belirli bir grup ile bu gruptan farklı özelliklere sahip grup üzerinde yarattığı etki arasında yapılabilmesinden kaynaklanır[202]. Bu anlamda, doğrudan ayrımcılık iddiasının temellendirilmesinde karşılaştırmanın, benzer durumdaki kişilere gösterilen tutum ya da davranış arasında gerçekleştirileceği; dolaylı ayrımcılık iddiasının temellendirilmesinde ise karşılaştırmanın ayrımcılığa neden olan tutum ya da davranışın farklı gruplar nezdinde yarattığı etki üzerinden yapılacak olduğu sonucuna varmak mümkündür. Dolaylı ayrımcılık biçimi özelinde bir ifadeyle de karşılaştırmanın, dolaylı ayrımcı olduğu iddia edilen tutum ya da davranışın, belirli bir grubu getirdiği dezavantajlı konum ile diğer grubun ilgili gruba göre ayrıcalıklı konumu arasında yapılacağı söylenebilir[203].

---

[201] Khaitan, a.g.e., 2015, s. 74.

[202] Dolaylı ayrımcılık biçimindeki karşılaştırma analizinin doğrudan ayrımcılıktaki karşılaştırma analizinden farklı oluşuna dair, 2010 tarihli Birleşik Krallık Eşitlik Kanunu'ndaki düzenlemeye dayalı olarak, dolaylı ayrımcı olduğu iddia edilen koşulun muhakkak belirli özellikleri paylaşan kişiler için bu özelliklere sahip olmayan kişiler için yaratmadığı dezavantajı yaratan bir koşul olması gerektiği söylenmiş ve kişi grupları arasında yapılan karşılaştırmaya dikkat çekilmiştir. Tarunabh Khaitan, "Indirect Discrimination" , Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination, New York, Routledge, 2017, s. 32

[203] Dolaylı ayrımcılığın öznesi ya da mağduru olarak tespit edilen grup ya da kişi grubunun nasıl belirleneceği ise farklı bir tartışmanın konusudur. Çalışma kapsamında, dolaylı ayrımcılık biçiminin doğrudan ayrımcılık biçimiyle benzerliklerini ve farklılıklarını ortaya koyma amacındaki bu kısmında bu tartışmaya gereğinden fazla yer vermemek adına, kısaca, dolaylı ayrımcılığın öznesi ya da mağduru ifadesiyle kastedilen grubun duruma ve bağlama göre değişebilen ama nitelik olarak ilgili durum ve bağlamdaki toplumda dezavantajlı gruplar olarak kabul edilen gruplar olduğunu belirtmek gerekir. Bu konudaki kabul, çalışma kapsamında "ayrımcılık kavramına" ilişkin olarak ayrımcılığın genel anlamda

Bu nitelendirmelerle, doğrudan ayrımcılığın düzenlemeler, ölçütler ya da uygulamaların kendisine bakmaktan çok; ilgili düzenleme, ölçüt ya da uygulamalar doğrultusundaki davranışın kişilerin benzerlikleriyle tutarlı olarak geliştirilip geliştirilmediğine bakılmak suretiyle değerlendirileceğini; bunun karşılığında dolaylı ayrımcılığa dair bir değerlendirmenin ise asıl olarak düzenleme, ölçüt ya da uygulamaların gruplar nezdinde ortaya çıkardığı etkiye dayalı olarak yapılması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. İlgili ayrımcılık biçimlerine dayalı ayrımcılık iddialarının ispat rejimlerini de farklılaştıran bu durum nedeniyle, doğrudan ayrımcılık iddiasının ispatının kişinin kendisiyle benzer durumdaki diğer kişiyle benzerliğiyle tutarlı bir davranış sergilenmediği üzerine geliştirilmesi mümkünken; dolaylı ayrımcılık iddiasının ispatının ise davranışın benzerliği ya da tutarlılığı üzerinden geliştirilmesi imkân dahilinde değildir. Bu açıdan, dolaylı ayrımcılığın değerlendirilmesi aşamasında, doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak ayrımcı etkiyi yarattığı iddia edilen düzenleme, ölçüt ya da uygulamaların içeriğinin hesaba katılması hususunun daha ön planda olduğu söylenebilir[204].

---

toplumdaki dezavantajlı gruplara yönelik gelişen bir kavram olarak kabulüyle de uyumludur. Çalışma kapsamında ayrımcılık kavramına ilişkin kabule yönelik daha ayrıntılı bilgi için yukarıda *"1.1. Farklı Eşitlik Anlayışları Kapsamında Dolaylı Ayrımcılık Kavramı ve Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız. Dolaylı ayrımcılık biçiminin öznesi veya mağduru grup ya da kişi grubu veya toplumdaki dezavantajlı grubun nasıl belirleneceğine ilişkin birçok açıklamada bulunulmuştur. Örneğin dolaylı ayrımcılık biçiminin öznesi kişi grubunun, toplumdaki dezavantajlı gruplar olarak belirlenmesinin mümkün olduğu belirtilmiş; ancak, bu grupların belirsiz ve çeşitli olması nedeniyle sınırlı sayıda da olmadığı söylenerek, dolaylı ayrımcılıktan zarar gören kişilerin dolaylı ayrımcılıktan zarar görenler grubu olarak belirlenmesi önerisinde bulunulmuştur. Bakınız: Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 57-58. Geçmişteki ayrımcı uygulamalar sebebiyle dezavantajlı konumda bulunan kişilerin toplumdaki dezavantajlı grupları oluşturduğu, dolaylı ayrımcılık biçiminin öznesi ya da mağdurunun, bağlamsal olarak değişmesi olası olan dezavantajı taşıyan grup olarak belirlenmesinin mümkün olduğu da söylenmiş ve "dezavantaj" kavramının anlamının sınırlı olmayışına dikkat çekilmek suretiyle bu grupların esnek biçimde belirlenebileceği sonucuna varılmıştır. Bakınız: Thomsen, a.g.e., 2017, s. 25-26. Ayrımcılığın tespitinde uygun karşılaştırma grubunun belirlenmesine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Denise Réaume, "Dignity, Equality, and Comparison", Ed. D. Hellman, and S. Moreau, Philosophical Foundations of Discrimination Law, Oxford, Oxford University Press, 2013. https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=118071094081101001120084004019011120051002022033030034120116023109120064005100017106002028029055022035011121095093081112005124057083038050074011093093014124091001051013078085103089001002089125019084099123082005104123025083029072124105072072084020110&EXT=pdf (Erişim Tarihi: 11.07.2020).

[204] Asıl olarak benzer durumdakilere benzer davranılmasını gerektiren ve kişiye özel bir ispat rejimi öngören doğrudan ayrımcılık yasağında farklı davranışa yön veren normun ya da uygulamanın içeriğinin önemi daha arka plandayken; grup temelli bir ispat rejimi öngören dolaylı ayrımcılık yasağında ise asıl olarak farklı ya da olumsuz etki doğuran davranışa yön veren normun ya da uygulamanın içeriğinin önem taşıdığı da ifade edilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 210.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin ispat rejimlerinin farklı olduğunu da gösteren ayrımcılık mağdurları veya özneleri temelinden yapılan bu inceleme, ayrıca bu ayrımcılık biçimlerinin ayrımcılık yasağı bağlamında temsil ettikleri işlevlerinin de farklılaştığını da gösterir. Nitekim, dolaylı ayrımcılığın ispatında düzenleme, ölçüt ya da uygulamaların içeriğinin de değerlendirmede ön planda oluşu, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin ayrımcılık yasağı bağlamındaki işlevleri bakımından da devletlerin yükümlülükleri açısından farklı temsillere sahip olduğunu gösterir[205]. Bu açıdan öncelikle, her iki ayrımcılık biçiminde de ayrımcılığa neden olan düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın içeriğinin değiştirilmesi imkânı varsa da; bu imkânların farklı işlevleri karşılamakla ilişkili olduğunu ifade etmek yanlış olmaz. Bu anlamda doğrudan ayrımcılığa neden olan bir düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın değiştirilmesi kişi nezdinde ortaya çıkan zararın giderilmesiyle sınırlı bir işleve sahipken; dolaylı ayrımcılığa neden olan bir düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın değiştirilmesi kişi grubu nezdinde ortaya çıkan olumsuz etki, başka bir deyişle de dezavantaja ilişkin olmakla hem mevcut zararın, hem de bu mevcut zararın gelecekteki etkisinin giderilmesine yönelik bir işleve sahip olabilecektir.

Ayrımcı tutum veya davranışların yöneldiği özne bağlamında yapılan bu tespitlerle, bu ayrımcılık biçimlerini ortaya koyan özneye de karşılaştırmalı olarak bakılabilir. Nihayetinde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin her ikisinin de, ayrımcılık yasağı kapsamında yer alan ve ayrımcı davranış ya da tutumu ortaya koyan özneyle bağlantılı olarak incelenen bireysel, sistematik, örgütsel ya da kurumsal ve yapısal ayrımcılık biçimleriyle kesişip kesişmediği de bu sayede görülebilir.

Bu ayrımcılık biçimlerinden, bireysel ayrımcılık biçimi, bireysel tutum ya da davranışlarla şekillenen ve bir kişiye ya da az sayıda kişiden oluşan bir kişi grubuna yönelik bir ayrımcılık biçimidir. Bireysel anlamda ortaya koyulan ve kişi ya da kişi grubuna yönelik olan bu ayrımcılık biçimini, bekar bir kadına evini kiralamayı reddeden bir ev sahibinin ya da siyah bireylerin iş başvurusunu kabul etmeyen bir işverenin tutum ya da davranışıyla örneklemek mümkündür.

---

[205] Durmuş, a.g.t., s. 23.

Sistematik ayrımcılık ise, bireysel ayrımcılık biçiminde olduğu gibi sadece münferit bireysel tutum ya da davranışlardan kaynaklanmayan, daha çok ayrımcılığın yaygın şekline dair bir ayrımcılık biçimidir. Bu anlamda, sistematik ayrımcılık biçiminin, belirli bir yaygınlık ve süreklilik seviyesine ulaşmış ayrımcı politika ya da uygulamalardan kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bireysel ayrımcılık biçiminin mikro düzeydeki niteliği ve şikayete bağlı yaklaşım bağlamında değerlendirilebilirliği karşısında; bu yaygın ve süregiden ayrımcılık biçimini, makro düzeyde ve bütüncül yaklaşımla değerlendirilebilecek bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirmek daha doğrudur[206].

Kurumsal ya da örgütsel ayrımcılık biçiminin ise yine bireysel ayrımcılık biçiminden farklı olarak, bireysel tutum ya da davranışlardan kaynaklı olmaktan çok sosyal kurumlardaki yerleşik ayrımcı tutum ya da davranışlardan kaynaklı bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamak mümkün olup; bu ayrımcılık biçiminin toplumda baskın olan kurumları kontrol eden ve bu kurumlarda benimsenen politikayı uygulayan kişilerin tutum ve davranışları sebebiyle ortaya çıktığı söylenebilir[207]. Bu anlamda, şirketler, üniversiteler, devlet kurumları ya da dini kurumlar gibi kolektif birimlerin benimsedikleri politikalardan kaynaklı ayrımcı tutum ya da davranışlarıyla gündeme gelen bu ayrımcılık biçimi ile öncesinde açıklanan bireysel ayrımcılık ile sistematik ayrımcılık biçimlerinin hem doğrudan ayrımcılık hem de dolaylı ayrımcılık biçimlerinde gündeme gelebilecek ayrımcılık biçimleri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim hem bireysel ve sistematik hem de kurumsal ya da örgütsel ayrımcılık biçimlerinin her ikisi de ayrımcı kastın varlığı ya da yokluğundan bağımsız bir şekilde ortaya çıkabilen ayrımcılık biçimleridir[208].

---

[206] Sistematik ayrımcılık biçiminin iş hukuku bağlamında ve etnik eşitliğin sağlanması alanındaki incelemesi için bakınız: Ronald Craig, Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, ss. 94-96 vd. Sistematik ayrımcılık biçimi hakkında, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimleriyle bağlantılı bir inceleme için bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 26.

[207] Fred L. Pincus, "Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional, and Structural." The American Behavioral Scientist, 40(2), 1996, s. 186-187.

[208] Sistematik ayrımcılık biçiminin hem kasıtlı sistematik ayrımcılık hem de farklı etkiden kaynaklı sistematik ayrımcılık biçiminde gündeme gelebileceği de belirtilmiştir. Hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık biçiminde gündeme gelen sistematik ayrımcılık örnekleri için bakınız: Craig, a.g.e., s. 91-94 vd. Bu ayrımcılık biçimlerinden kurumsal ya da örgütsel olarak nitelendirilebilecek olan ayrımcılık

Bireysel, sistematik ve kurumsal ya da örgütsel ayrımcılığın yanında, yine ayrımcı tutum veya davranışı ortaya koyan özneyle bağlantılı şekilde açıklanabilecek diğer ayrımcılık biçimlerinden olan yapısal ayrımcılık biçimine bakıldığında da, bu ayrımcılık biçiminin, ayrımcı davranış ya da tutumu ortaya koyan öznenin içinde bulunduğu sosyal ortamla ve eğilimle bağlantılı olarak; başka bir deyişle toplumsal yapıyla ilişkili şekilde açıklama bulduğu görülebilir[209]. Bu doğrultuda, yapısal ayrımcılık biçimi, toplumda baskın olan ırk, etnisite ya da cinsiyet kurumunun benimsediği politika ve bu politikayı uygulamaya koyan ve ilgili kurumları sürdürmekte olan bireylerin, ırk, etnisite ve cinsiyet bakımından ayrımcı kasıt içermemekle tarafsız olan ancak azınlık konumundaki ırk, etnisite veya cinsiyet grupları için farklı ve/veya zararlı etki doğuran tutum ya da davranışlarından kaynaklı bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlanmıştır. Ayrımcı kasıt içermemekle tarafsız olan tutum ve davranışlardan kaynaklı olarak tanımlanması ve bu açıdan kurumsal ya da örgütsel ayrımcılık biçiminden ayrılması nedeniyle yapısal ayrımcılık biçiminin, genellikle ayrımcı kastın önemli olmadığının kabul edildiği dolaylı ayrımcılık biçimine daha yakın durduğu tespitine varılabilir[210]. Literatürde de geçici nitelikli kurum ya da örgütlerin benimsediği politikaların ürünü olmaktan çok, toplumsal yapı dahilindeki kural ve ilişkilerin ürünü olmasıyla kurumsal ya da örgütsel

---

biçiminin, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin her ikisini de kapsadığı; bu açıdan kurumsal ya da örgütsel ayrımcılık biçiminin, sosyal kurum ya da örgütlerin "kasıt" sahibi olmaması bakımından, ayrımcı kastın değerlendirilmesinde önem taşımadığı ve bu sebeple dolaylı ayrımcı davranmasının mümkün olmadığı yönündeki tartışmaların ise doğru olmadığı ifade edilmiştir. Bu argümanı destekleyen örnekler ve daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Altman, a.g.m. Bir kurumun ya da örgütün her ne kadar bütün üyeleri toplumdaki belirli bir gruba karşı önyargı sahibi olmasalar dahi, kurumun ayrımcı kuralları ve yerleşik amaçları dolayısıyla tüm kurum ya da örgüt üyelerinin tutum ve davranışlarını ayrımcı saymak gerekeceği yönünde verilen örnekle de; kurumsal ya da örgütsel ayrımcılık biçiminin, hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık biçiminde gündeme gelebilecek bir ayrımcılık biçimi olduğu onaylanmıştır. Bakınız: Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 77. Kurumsal [ya da örgütsel] ayrımcılık biçiminin ayrıca, önyargı, bilgisizlik, basmakalıp düşüncelerin ürünü olarak da gündeme gelebilen bir ayrımcılık biçimi olarak, sadece doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimleri bağlamında açıklanması zor olan, geniş kapsamlı bir ayrımcılık biçimi olduğuna da vurgu yapılmıştır. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 27.

[209] Toplumsal yapıyı, çok kısa ve basit bir şekilde, aile ilişkileri, mülkiyet sahipliği ve mübadelesi ile siyasal güçler ve sorumluluklar gibi yaşamın temel bileşenlerini kuran ve düzenleyen kurallar olarak açıklamak mümkündür. Pogge, 2008'den aktaran Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 78. Ayrımcılığı yapısal anlamda teorik bir şekilde açıklayan ve yapısal ayrımcılığı, kurumsal ve tarihsel olarak iki ayrımcılık biçimini kapsayan bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendiren çalışmanın devamı ile yapısal ayrımcılık biçimi ve diğer ayrımcılık biçimleriyle ilgili daha ileri açıklamalar için bakınız: Tom Burns, "Towards a Theory of Structural Discrimination: Cultural, Institutional and Interactional Mechanisms of the 'European Dilemma'", Ed. G. Delanty, R. Wodak, & P. Jones, Identity, Belonging and Migration, Liverpool, Liverpool University Press, 2011, ss. 152-172.

[210] Pincus, a.g.m., 1996, s. 186, 189.

ayrımcılık biçiminden ayrılan yapısal ayrımcılık biçiminin, bu niteliği gereği dolaylı ayrımcılık biçimine daha yakın bir ayrımcılık biçimi olduğu ifade edilmiştir[211]. Buna göre, yapısal ayrımcılık biçimini gündeme getiren, ilgili kural ve ilişkilerin maddi birer duyusu olamaması, ayrımcı kastın varlığı ya da yokluğu tespitini anlamsız kıldığı için yapısal ayrımcılık doğası gereği dolaylı ayrımcılık biçiminde gündeme gelebilecektir.

Yapısal ayrımcılığa dair bu teorik açıklamaların, yapısal ayrımcılık biçimiyle, doğrudan ayrımcılık biçiminin hiçbir şekilde kesişmeyeceği anlamını çıkarmaya yönelik olmadığını da bu noktada belirtmek gerekir. Nitekim toplumsal yapıyla şekillenen bir ayrımcılık biçimi olan yapısal ayrımcılığın geçmişteki doğrudan ayrımcı nitelikli uygulama ve politikaların yarattığı toplumdaki dezavantajlı grupların diğer gruplara göre konumuyla ilişkili oluşu da, bu ayrımcılık biçimi kapsamında doğrudan ayrımcılığın yerini gösterir[212]. Yapısal ayrımcılığın, ayrımcı kasıttan çok, toplumda azınlıktaki grupların baskın gruplar karşısındaki ikincil konumunu baki kılma etkisiyle ilişkili olduğu yönünde açıklamalar mevcut olduğu gibi[213], bu açıklamalar temelinden yapısal ayrımcılık biçiminin esasen sadece doğrudan ayrımcılık biçimiyle sınırlı olmayan bir ayrımcılık yasağını tamamlamak üzerine olduğu da ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, yapısal ayrımcılığın her ne kadar dolaylı ayrımcılığa yakın biçimde gündeme gelse de; doğrudan ayrımcılığın bu sürecin bir parçası olmasının da yadsınamaz bir gerçek olduğuna dikkat çekilmiştir[214]. Bu doğrultuda doğrudan ayrımcılığın, yapısal ayrımcılık biçimi ile dolaylı ayrımcılık biçimi arasındaki nedensel bağı kurduğundan da söz etmek mümkündür. Nitekim, geçmişteki doğrudan ayrımcı uygulamalarla şekillenen aile ilişkileri çerçevesindeki iktidar dengeleri nedeniyle kadınları tam zamanlı istihdam biçimi yerine yarı zamanlı istihdam biçimine yönlendiren koşulları yapısal ayrımcı olarak değerlendirmek mümkünken; tarafsız bir uygulama ya da ölçüt yarı zamanlı çalışanları daha olumsuz etkilediğinde ortaya çıkan

[211] Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 78.
[212] Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 77-78.
[213] Fred L. Pincus, "From Individual tı Structural Discrimination", Ed. Fred L. Pincus and Howard J. Ehrlich, Race and Conflict, Westview, Boulder CO., 1994, s. 84.
[214] Bakınız: Altman, a.g.m.

ayrımcılık, tarafsızlık ya da nötrlük üzerinden inceleme bulan dolaylı ayrımcılık biçimi altında değerlendirilecektir[215].

Ayrımcı tutum ya da davranışların yöneldiği ve ayrımcı tutum ya da davranışları ortaya koyan özne bağlamında yapılan bütün bu açıklamalar doğrultusunda, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerini tanımsal anlamda net bir şekilde ayırmaya ilişkin bir sonuçtan ziyade; doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık biçimlerinin ayrımcılık yasağı bağlamında temsil ettikleri işlevlerin farkına değinilebilir. Bu açıdan doğrudan ayrımcılık biçiminin, kişileri ayrımcılığa karşı korunan temellerde farklı davranışla gündeme gelen ayrımcılığa karşı korumayı öngören bir ayrımcılık yasağına; dolaylı ayrımcılığın ise toplumdaki dezavantajlı kişi gruplarını ayrımcılığa karşı korumaya yönelik bir ayrımcılık yasağına ilişkin olduğu sonucuna varılabilir. Nihayetinde, şekli ve maddi eşitlik anlamında, farklı eşitlik anlayışlarının ürünü de oldukları söylenebilecek olan bu işlevlerin ayrımcılık yasağı bakımından birbirlerini tamamlayan işlevler olarak nitelendirilmesi de yanlış olmayacaktır.

1.2.1.2. Dolaylı Ayrımcılık ile Maddi Eşitlik Anlayışı Dahilindeki Diğer Kavramlar Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

1.2.1.2.1. Geçici Özel Önlemler

Geçici özel önlemler (*"temporary special measures"*) kavramı, literatürde ve uygulamada, dezavantajlı grupların toplumdaki diğer gruplarla eşitliğini sağlama amacına yönelik ve bu amaç gerçekleşene değin söz konusu olacak "geçici" nitelikteki ve bu amaca "özel" olarak öngörülen "önlemler"i ifade etmek üzere kullanılır. Geçici özel önlemler bu nitelikleriyle, devletlerin ayrımcılıktan kaçınma yükümlülüğü şeklinde ifade edilebilecek olan negatif yükümlülüğü yanında öngörülen, ayrımcılığın önlenmesi

[215] Dolaylı ayrımcılığı, kurumsal ve yapısal (ayrıca sistematik) ayrımcılık biçimlerinden ayıran unsurun tarafsızlık unsuru olduğu da belirtilmiştir. Her ne kadar kurumsal ve yapısal (ayrıca sistematik) ayrımcılık biçimlerinde de tarafsızlık unsuru mevcut olabilecekse de, bu ayrımcılık biçimlerinin karmaşıklığı ve bu ayrımcılık biçimini ortaya koyan öznenin belirsiz nitelikli çokluğu nedeniyle, tarafsızlık unsurunun tespiti güçtür. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 27-28.

ve ortadan kaldırılmasıyla eşitliğin sağlanmasına yönelik pozitif yükümlülüğü dahilinde yer alır[216].

Geçici özel önlemler, ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler kapsamında, çok çeşitli ifadelerle adlandırılmış ve farklı hukuk sistemlerinde farklı kapsamlarda öngörülmüştür[217]. Bu doğrultuda, geçici özel önlemler hem "pozitif ayrımcılık" (*"positive discrimination"*), "tersine ayrımcılık" (*"reverse discrimination"*) gibi belirli bir biçimdeki ayrımcılığı anlatan ifadelerle, hem de "olumlu eylem" ya da "olumlayıcı eylem" (*"positive action"* veya *"affirmative action"*), "olumlu önlem" (*"positive measures"*) olarak belirtilebilecek olan bazı ifadelerle adlandırılmıştır. Bu ifadelerden belirli bir biçimdeki ayrımcılığı anlatır şekilde kullanılan pozitif ayrımcılık ya da tersine ayrımcılık gibi ifadelerin, ilgili önlemlerin bilinen anlamdaki ayrımcılıktan farklı biçimde, "negatif" başka bir deyişle olumsuz sonuçlanmayacak; tam tersine belirli grupların yararına olacak bir ayrı tutmayı içeren bir davranış biçimine dair içeriğine işaret etmek üzere kullanıldığı söylenebilir[218]. Geçici özel önlemler için kullanılan diğer

---

[216] Bu noktada geçici özel önlemlerin, yine ayrımcılık yasağına yer verilen hukuk bağlamında öngörülen ve toplumdaki dezavantajlı grupların diğer gruplarla eşitliğinin sağlanmasına yönelik önlemler olan özel önlemler kavramından, eşitliğin toplumdaki diğer gruplar aleyhine bozulmasını önlemek üzere "geçici" nitelikte oluşuyla ayrılarak bir alt kategori oluşturduğunu belirtmek gerekir. Bu açıdan çalışmada yararlanılan kaynaklarda, özel önlemleri açıklamak üzere kullanılan ifadelerden, bir alt kategori olan geçici özel önlemleri belirginleştirmek üzere de yararlanılmıştır. Yasama organının ayrımcılık yasağının etkili hale getirilmesi adına destekleyici hukuki kurumlara dair yükümlülüğü kapsamında incelemeye alınan "Özel Önlemler" kurumu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 323-329. Geçici özel önlemler yine özel önlemlerin bir alt kategorisi sayılabilecek ve sürekli oluşuyla toplumdaki diğer gruplar aleyhine eşitliği bozmayacak nitelikteki, örneğin işitme engellilerin kamu hizmetlerine erişimlerini sağlamak üzere işaret dili uygulamasının yaygınlaştırılmasını sürekli olarak öngören "sürekli özel önlemler"den de "geçici" niteliğiyle ayrılır. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e, s. 8. Çalışma kapsamında "geçici özel önlemler" kavramının tercih edilmesinin nedeni, bu kavramın Türkiye'nin de dahil olduğu uluslararası insan hakları hukuku sistemi ile uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan ve bu sözleşmelerin denetim organlarının yaygın olarak kullandığı bir kavram olmasından kaynaklıdır.

[217] Bakınız: Mark Bell, "Introducing Positive Action", Putting Equality into Practice - What Role for Positive Action?, Belgium: European Commission, 2007, s.6. https://biblio.ugent.be/publication/438237/file/733550.pdf (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

[218] Pozitif ayrımcılığı, (negatif) ayrımcılıktan ayıran şey, farklı davranışı gerektiren bir durumun bulunmasıdır; zira farklı davranışı gerektiren bir durumda pozitif ayrımcılık ile farklı gruplara farklı davranış sergilenmesi gerekirken benzer davranışı sergilemek, dolaylı ayrımcılık yaratabilecek ve ayrımcılık yasağına aykırılık doğurabilecektir. Bakınız: Özge Yücel, "Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık", Ed. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 356. Literatürde ve uygulamada en yaygın kullanım bulan ifade de olduğu söylenebilecek olan, pozitif ayrımcılık ("positive discrimination") ifadesi, ABD'de yerleşik ifade olan olumlu eylem ("affirmative action") ifadesinin çevirisi olarak ortaya çıkmıştır. Bakınız: Riva Kastoryano "Introduction 'Multiculturalism': An Identity for Europe", Ed. Riva Kastoryano, An Identity for Europe?: The Relevance of Multiculturalism in EU Construction. New York, Palgrave Macmillan US, 2009, s. 5. Pozitif ayrımcılık ifadesinin yerleşik olduğu devletler varsa da,

ifadelerin ise bu anlamda "ayrı tutmayı" ortaya koyan öznenin aktif durumuna işaret etmek üzere kullanıldığından bahsetmek mümkündür. Netice itibariyle, çalışma kapsamında açıklanan geçici özel önlemler kavramı yerine geçecek şekilde kullanılan tüm bu adlandırmalar, genel anlamda, farklı ülke hukukları sistemindeki farklı ölçülerdeki önlemlere işaret eden kavramları ifade etmek üzere kullanılan adlandırmalardandır[219].

Çalışmanın dolaylı ayrımcılığın, maddi eşitlik anlayışı kapsamındaki bazı kavramlarla ilişkisinin belirginleştirilmeye çalışıldığı bu kısmında, geçici özel önlemler ifadesi farklı hukuk sistemlerinde farklı ölçülerdeki önlemleri ifade etmek üzere kullanılan bu adlandırmaların işaret ettiği kavramların tümü için bir üst başlık olarak

---

literatürde ve uygulamada pozitif ayrımcılık ifadesinin ve benzer şekilde tersine ayrımcılık ifadesinin, olumsuz anlamları çağrıştırdığına ilişkin yorumlar ve pozitif ayrımcılığın, bu anlamda da geçici özel önlem uygulamaları olarak öngörülen uygulamaların uzun süre ve gereğinden fazla uygulanmasıyla ayrımcılığa yol açabildiği durumları kasteder şekildeki kullanımları da vardır. Bakınız: Bell, a.g.e., s.6.

[219] Bu ifadelerden olumlu eylem ("affirmative action") ifadesi ABD'de 1960'lardaki Sivil Haklar Hareketi'yle kurulan ve 1965'te hukuki anlamda kurulan uygulamalar için kullanılan, ayrıca Avustralya ve Kanada'da da kullanılan bir ifadedir. Yaygın olarak kullanılan bu ifadelerin yanısıra, Endonezya ve Malezya'da ilgili ayrıcalıkları ifade etmek üzere "toprağın oğulları [nın ayrıcalıkları] ("sons of the soil" preferences), Sri Lanka da "standartlaştırma ("standardization") ve Nijerya'da da "[ülkenin]federal nitelikleri yansıtıcı" ("reflecting the federal character" of the country) ifadeleri kullanılır. Farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalarla ilgili açıklamaların devamı ve olumlu eylem uygulamalarına dair olumlu ve olumsuz görüşler için bakınız: Thomas Sowell, "Affirmative Action: A Worldwide Disaster", 2008, https://pdfs.semanticscholar.org/8049/aeea9af0d9e5add97d72d17339542af7d5ad.pdf?_ga=2.188594536.1998722252.1596556026-1038686315.1584193802 (Erişim Tarihi: 04.08.2020). Avrupa Birliği Hukuku ve politikalarında ise ayrımcılık kaynaklı olan geçmişten gelen ve mevcut dezavantajları ortadan kaldırmak üzere alınan çok çeşitli önlemleri kapsayan bir kavramı ifade etmek üzere olumlu eylem ("positive action") ifadesi kullanılır. Bakınız: Bell, a.g.e., 2007, s. 5. Avrupa Birliği Hukukunda ve politikalarında olumlu eylem uygulamaları hakkında geniş bilgi için bakınız: Olivier de Schutter, "Positive Action", Ed. Dagmar Schiek, Lisa Waddington ve Mark Bell, Cases, Materials, and Text on National, Supranational, and International Non-Discrimination Law, Oxford, Hart Publishing, 2007, s. 759 vd. "Pozitif ayrımcılık" kavramının tercih edildiği başka bir çalışmada, bu kavramın yerine tersine ayrımcılık, tercihli muamele gibi kavramların da kullanıldığına dikkat çekilmiş ve "affirmative action" kavramı için de yapıcı eylem çevirisini kullanılmıştır. İlgili çalışma için bakınız: Kasım Akbaş ve İlker Gökhan Şen, "Türkiye'de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık : Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar." Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 13, 2013, s. 167. "Özel önlemler" kavramının yerine kullanılan kavramlar olarak belirtilen kavramlardan, yine "affirmative action" kavramı için "destekleyici edim" çevirisi de kullanılmıştır. Kavramlara ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 324. Türkiye Kadın Thesaurusu'nda "olumlu ayrımcılık" ifadesi için "olumlayıcı eylem" ifadesi kullanılmış, "olumlu eylem" ifadesinin yerine kullanılabilecek ifadeler olarak da "tercihli muamele" veya "tersinden ayrımcılık" ifadeleri gösterilmiş; "geçici özel önlemler" ise alt terimi oluşturan bir ifade olarak belirtilmiştir. Türkiye Kadın Thesaurusu: Kadın Konulu Kavramlar Dizini 2009, İstanbul, Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi Vakfı s. 113, http://kadineserleri.org/wp-content/uploads/2020/04/T%C3%BCrkiye-Kad%C4%B1n-Thesaurusu.pdf (Erişim Tarihi: 06.08.2020).

alınacaktır.[220] Geçici özel önlemlerin yer aldığı eşitlik anlayışı ve dolaylı ayrımcılık kavramıyla arasındaki ilişkinin irdelenmesi adına yapılacak inceleme de, ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler kapsamındaki bir yükümlülük olan geçici özel önlemler ile dolaylı ayrımcılık yapmama hususuna işaret etmekle yine bir yükümlülük olan dolaylı ayrımcılık yasağı arasında gerçekleştirilecek ve ayrıca geçici özel önlemler ile dolaylı ayrımcılık biçiminin ilişkisine de kısaca değinilecektir.

Uygulamada toplumdaki dezavantajlı grupların yararına, bunun karşısında ayrıcalıklı grupların ise bir nevi zararına olacak biçimde işleyen önlemlerde karşılığını bulan geçici özel önlemler, ilgili gruplar nezdinde ortaya çıkan yarar ve zararın kapsamına göre farklı biçimlerde tanımlanıyorsa da; geçici özel önlemlerin sahip olduğu belirgin özellikleri üzerinden de açıklanması mümkündür[221]. Türkiye Kadın Thesaurusu'na göre, tarihsel olarak dezavantajlı durumda olan grupların yararına olacak şekilde tasarlanan politika ve uygulamalardan oluşan geçici özel önlemler[222], "ayrımcılığı ortadan kaldırma, fırsat eşitliğini sağlama ve toplumsal hayata tam katılım kapsamında toplumda korunması gereken dezavantajlı gruplara tanınan imtiyaz" olarak da tanımlamıştır[223]. Geçici özel önlemlerin, kadınların ve azınlık gruplarının istihdam, eğitim, kültür gibi tarihsel anlamda dışlandıkları alanlardaki temsillerini artırmak adına atılan olumlu adımlar olarak tanımlanmasıyla da; geçici özel önlemlerin, belirli grupların geçmişte toplum hayatının belirli alanlardan dışlanmalarıyla oluşmuş eşitsiz

---

[220] Uygulamada kullanılan ve büyük oranda benzerlik taşıyan pozitif ayrımcılık, olumlu ayrımcılık, olumlu edim, olumlu önlemi olumlu eylem gibi ifadeler için geçici özel önlemler ifadesinin kullanıldığı bir çalışma için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 6 vd. Benzer şekilde pozitif ayrımcılık ifadesinin uluslararası hukuk ve uluslararası mahkeme ve komitelerin kararlarında kullanılan bir terim olmadığından bahisle; daha çok günlük dilde kullanım bulan pozitif ayrımcılık ifadesi yerine geçici özel önlemler ifadesi de tercih edilmiştir. Bakınız: İdil Işıl Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", Der. Kenan Çayır ve Müge Ayan Ceyhan, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 126.

[221] Farklı uygulamalar bağlamında farklı kapsamlar doğrultusundaki bu farklı tanımların tümünü gözden geçirmek çalışmanın kapsamıyla uyumlu olmayacağı için geçici özel önlemlere dair literatürdeki genel nitelikli tanımlara odaklanılmıştır. Uluslararası insan hakları hukukunda geçici özel önlemlerle ilgili farklı kapsamları yansıtan açıklama ve tanımlar için bakınız: Mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında 'Özel Önlemler', 'Geçici Özel Önlemler', 'Pozitif Edim' ve 'Destekleyici Edim'", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, ss. 105-306.

[222] Türkiye Kadın Thesaurusu'nda olumlayıcı eylem ifadesi tercih edilmişse de, geçici özel önlemlerin bir alt terim olduğu ve bu doğrultuda olumlayıcı eylem ifadesiyle aynı şeyi anlatan bir terim olduğu da belirtilmiştir. Kullanılan diğer ifadeler için yukarıda 219. Dipnot'ta yapılan açıklamalara bakınız.

[223] Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 191.

durumlarını ortadan kaldırmaya yönelik bir araç oluşu ortaya konulmuştur[224]. Geçici özel önlemler kavramının, ayrımcılığa karşı korunan gruplara mensup olan kişi ya da kişilerin, bu gruplara üyelikleriyle bağlantıları sebebiyle yararlarına olacak şekilde tasarlanmış çok geniş çeşitlilikte önlemleri ifade ettiği de belirtilmiş; böylece geçici özel önlemlerin esas olarak ayrımcılığa karşı korunan bu grupların mevcut konumlarıyla ilişkili olduğu vurgulanmıştır[225]. Ayrımcılığa karşı korunan temellerin geçici özel önlemler kapsamında eşitsiz durumları ya da dezavantajlı durumları ortadan kaldırmak amacı doğrultusunda bilinçli bir şekilde kullanıldığına da dikkat çekilmiş[226]; ayrımcılığa karşı korunan temellerin bu doğrultuda ele alınışının, esasen öngörülen önlemlerin ayrımcılığa karşı korunan grup üzerindeki etkisini görmeye yönelik olduğu belirtilmiştir[227]. Yapılan başka bir tanıma göre de, geçici özel önlemlerin, bir toplumda dezavantajlı konumu paylaşan, örneğin kadınlardan veya dini, etnik ve ırksal azınlık gruplarından oluşabilecek kişi gruplarının yararına olacak biçimde tasarlanan politika, strateji, yöntem ve uygulamaların bütününü kapsayan bir kavram olduğu ifade edilmiştir[228].

Tanımların da gösterdiği üzere geçici özel önlemlerle amaçlanan, asıl olarak geçmişten gelen eşitsiz durumların ya da başka bir deyişle dezavantajlı konumların olumlu yönde değiştirilmesiyle, toplumda eşitsiz durumda veya dezavantajlı konumda olan grupların diğer gruplarla eşitliğinin sağlanmasıdır. Bu anlamda, geçici özel önlemlerin, eşitliği sağlamak adına öngördüğü hareket biçimini de, toplumda diğer gruplara göre eşitsiz durumda veya dezavantajlı konumda olan kişilere yönelik

---

[224] Robert Fullinwider, "Affirmative Action", Ed. Edward N. Zalta, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition), https://plato.stanford.edu/entries/affirmative-action/, 2018, (Erişim Tarihi: 27.07.2020).

[225] Olumlu önlem olarak ifade edilen geçici özel önlemlerin yararlarına olacak şekilde tasarlandığı grupların nasıl belirleneceği üzerine de, ilgili grupların dezavantajlı durumda olmaları gerekliliğine vurgu yapılmıştır. İlgili açıklamalar ve verilen örnekler için bakınız: Khaitan, a.g.e., 2015, s. 80-81 ve 217.

[226] Bu yöndeki açıklamalar, tersine ayrımcılığı (reverse discrimination) tanımlamak üzere yapılmışsa da; ilgili açıklama ve tanımlar ile tercih edilen tersine ayrımcılık ifadesi farklı hukuk sistemlerindeki farklı adlandırmaları kapsayıcı şekilde kullanılmıştır. Daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Fredman, a.g.e., 2011, s. 232 vd.

[227] Bu anlamda, AB Hukukunda ve politikalarında ayrımcılığa karşı korunan temellerin, ayrımcılığa karşı korunan grup üzerinde olumlu etki yaratma hedefine yönelik olumlu eylem uygulamalarını oluşturan "farklı davranışı" tasarlamak üzere dikkate alındığı da ifade edilmiştir. Bakınız: de Schutter, a.g.m., 2007, s. 759.

[228] Akbaş ve Şen, a.g.m., s. 167.

"ayrıcalıklı davranış" olarak belirlemek mümkündür[229]. Başka bir deyişle, geçici özel önlemler kapsamında toplumda eşitsiz durumda olan veya dezavantajlı konumda olan grupların herkesle eşit konuma gelmesi adına sunulan belirli imkânlar herkese eşit ya da benzer davranışla sağlanmaz. Bu imkânlar, ilgili gruplara diğer gruplara nazaran öncelik tanıyan ya da ilgili gruplar için diğerlerine göre daha elverişli nitelik arz edecek nitelikteki davranışla sağlanır[230]. Bu anlamda, geçici özel önlemlerin öngördüğü hareket biçimi de "ayrıcalıklı farklı davranış"tır.

Öngörülen bu hareket biçimi, geçici özel önlemlerin herkese eşit ya da benzer davranışla eşitliğin sağlanabileceğinin öngörüldüğü şekli eşitlik anlayışından farklı bir eşitlik anlayışı içinde yer aldığını da anlatır. Geçici özel önlemlerle eşitliğin sağlanması adına toplumdaki bazı gruplar için öngörülen öncelikli ya da ayrıcalıklı davranış, olağan şekli eşitlik koşullarında benzer davranış ilkesine aykırılık nedeniyle ayrımcılık olarak değerlendirilirken; geçici özel önlemler kapsamında ayrımcılık sayılmaması ise geçici özel önlemlerin şekli eşitlik anlayışının bir istisnası olarak gündeme geldiğini gösterir[231]. Nitekim şekli eşitlik anlayışı dahilinde geçici özel önlemlere ilişkin bir engel de yoktur; sadece bu önlemlerin alınmasına izin verilir.[232] Davranışın eşit ya da benzer olmasından ötede, gerçekte yani maddi anlamdaki eşitsiz durumlarla veya dezavantajlı konumlarla da ilişkili olarak geliştirilen bir davranış şeklini öngören geçici özel önlemlerin yer aldığı eşitlik anlayışının da, bu anlamda maddi eşitlik anlayışına denk düşer nitelikte olduğu sonucuna varılabilir[233].

---

[229] Bu doğrultuda, "pozitif ayrımcılık uygulamaları"nın başta kadınlar olmak üzere dini, etnik ve ırksal azınlık grupları olarak örneklendirilen dezavantajlı kişilerin iş ve eğitim yaşamında "ayrıcalıklı muamele" görmeleri amacına yönelik olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Akbaş ve Şen, a.g.m., s.167.

[230] Dezavantajlı gruplara mensup kişilere belirli imkân veya hakların diğer gruplara mensup kişilerle eşit anlamda sağlanması yönünde alınacak önlemlerin makul uyumlaştırma yükümlülüğü kapsamında alınması gereken önlemler olduğu da vurgulanmış ve uzun bir süredir üniversite eğitimi imkânından uzak kalmış görme engelli kişilerin, üniversite eğitimi imkânından görme yetisine sahip kişilerle eşit anlamda yararlanmalarını sağlamak üzere, görme engelli kişilerin üniversiteye sınavsız ya da daha az puanla girmelerini öngören bir düzenleme, bir pozitif ayrımcılık önlemi örneği olarak gösterilmiştir. Bakınız: Gül a.g.m, 2012, s. 126 Makul uyumlaştırmaya ilişkin bilgi ve karşılaştırma için aşağıda *"1.2.1.2.2. Makul uyumlaştırma"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[231] Bu açıdan "özel önlemlerin", "eşit muamele" ilkesinden sapma olarak değerlendirilemeyeceği de vurgulanmıştır. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 323.

[232] Şekli eşitlik anlayışı dahilinde, devletlerin ayrımcılık yasağına ilişkin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde geçici özel önlemler öngörmeleri hususunun "sadece izin verilir" nitelikte oluşuna dair yukarıda *"1.1.1. Şekli Eşitlik: Benzerlik Yaklaşımı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[233] Geçici özel önlemlerin, mevcut eşitsizlikleri görülebilir kılan maddi eşitlik anlayışı dahilinde olduğu yönünde bir açıklama için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 7.

Bu doğrultuda, maddi eşitlik anlayışı içinde yer alan bir yükümlülük olmakla geçici özel önlemler de, dolaylı ayrımcılık yasağıyla benzer şekilde gerçekte olana odaklı biçimde işler. Ancak geçici özel önlemler ile dolaylı ayrımcılık yasağının "şekilden" çok gerçekte olana odaklı işleyişlerinin farklı olduğunu da belirtmek gerekir ki; bu farklılık esasen geçici özel önlemler ile dolaylı ayrımcılık biçiminin ilişkilendirildiği durumu da ortaya koyar. Bu anlamda geçici özel önlemlerin gerçekte olana odaklı işleyişi benzer davranışın toplumdaki bazı gruplar nezdinde yol açtığı eşitsiz sonuçları bertaraf etmek adına ayrıcalıklı davranışı gerektirirken; dolaylı ayrımcılık yasağının gerçek durumla ilişkili işleyişi, bir düzenleme ya da uygulamanın görünüşteki niteliğinden çok toplumdaki bazı gruplar üzerinde gerçekte yarattığı etkisini önlemeye yöneliktir[234]. Bu farklılık itibariyle, ayrıcalıklı davranışın gerçekte toplumdaki bazı gruplar aleyhine etki yaratması da muhtemeldir. Başka bir deyişle, bazı durumlarda geçici özel önlemlerin dolaylı ayrımcılık biçimini gündeme getirebilecek olumsuz etkiyi yaratabilecek şekilde işlemesinden söz etmek mümkündür. Tarafsız biçimde tasarlanmış bir geçici önlem uygulamasının, gerçekte tarafsız biçimde işlemediği durumlarda gündeme gelebilecek bu dolaylı ayrımcılık biçimini engellemek adına, ayrıcalıklı davranışın geçici ve sadece eşitliğin sağlanması ve dezavantajın giderilmesi amacına özel olarak uygulanması gerekliliğini de bu noktada vurgulamak gerekir[235].

Geçici özel önlemler ve dolaylı ayrımcılık yasağının maddi eşitlik anlayışı dahilinde gerçek durumla ilişkileri farklı odaklardan işliyorsa da; her ikisi de ayrımcılığı bireysel değil, grup temelli bir olgu olarak görür[236]. Ayrıca her iki ayrımcılıkla mücadele

---

[234] Tobler, a.g.e., 2008, s. 51.

[235] Bu durumu örneklemek üzere Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) askerlik hizmetini tamamlayan kişilere kamu hizmetine kabul için öncelik veren bir önlemi öngören iç hukuk düzenlemesinin, askerlik hizmeti yapmayan kadınlara karşı dolaylı cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğunu belirttiği kararına konu olay gösterilmiştir. Marc De Vos, "Beyond Formal Equality : Positive Action under Directives 2000 43 EC and 2000 78 EC", Luxembourg: EUR-OP, 2007, s. 14. İlgili karar için bakınız: ATAD, Julia *Schnorbus* v. Land Hessen, Case C-79/99, Judgment of the Court of 7 December 2000. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0079&from=EN, (Erişim Tarihi: 06.08.2020).

[236] Fredman, a.g.m., 2005, s. 165 vd. Dolaylı ayrımcılığın, doğrudan ayrımcılığın bireysel düzeyde zarar benzeri sonuç yarattığı iddiasıyla gündeme gelişi ile geçici özel önlemlerin ayrımcılığı grup temelli olarak varsayan niteliğini birleştiren "melez" bir ayrımcılık biçimi olduğuna dikkat çekilerek; ayrımcılığı grup temelli olarak algılamanın dolaylı ayrımcılık yasağı ile geçici özel önlemlerin ortak unsuru olduğu ortaya

aracı da ayrımcılığı gerçek durumla ilişkili bir olgu olarak algılamaları sebebiyle, ayrımcılığın geçmişten gelen eşitsizliklerin ürünü olduğu yönündeki kabulde de ortaklaşırlar. Bu açıdan geçici özel önlemler bağlamında ayrımcılığın, şekli eşitlik anlayışının aksine münferit bir olumsuzluk olarak görülmediği ve geçici özel önlemlerin de, sadece ayrımcılığı yasaklamakla ve ayrımcılık mağdurlarının bireysel hukuki çözümlere başvurmalarıyla sınırlı biçimde geleneksel çözümlerin de yeterli görülmemesi üzerine geliştirildiğini söylemek mümkündür[237]. Bu doğrultuda, geçici özel önlemlerle ayrımcılıkla mücadelenin sadece ayrımcılık mağdurlarına bırakılmadığı; devlet ve gerçek kişiler ile özel hukuk kişilerinin de ayrımcılıkla mücadeleye katılmalarının öngörüldüğü söylenebilir.

Farklı davranış sonucunda gündeme gelen doğrudan ayrımcılığın ya da farklı etki sonucu gündeme gelen dolaylı ayrımcılığın yasaklanması ile ortaya çıkan zararların giderilmesinin daha ötesinde ayrımcılığa karşı korunan temellerde ortaya çıkan dezavantajlı durumu ortadan kaldırmakla ilgili olan geçici özel önlemlerin öngördüğü bu geniş kapsamlı yükümlülüklerin iki boyuttan oluştuğu da söylenebilir. Buna göre geçici özel önlemler ilk olarak geçmişteki ayrımcı davranışlar sonucunda ortaya çıkan olumsuz etkiyi gidermeye ilişkin çeşitli önlemleri öngörürken; ikinci olarak da bu ayrımcı davranışların sürdürülmesini önlemek üzere işleyen önleyici nitelikli önlemler öngörür. Bu yükümlülüklerden ikinci boyutu ifade eden önleyici nitelikli önlemler, geçici özel önlemleri, dolaylı ayrımcılık yasağından farklılaştırır. Nitekim dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olan bir düzenleme ya da uygulamanın olumsuz etkisinden kaçınmak ya da bu etkinin ortaya çıkmasını engellemek üzere bir önleyici önlem alma şeklinde bir yükümlülük tipi de söz konusu değildir.

Netice itibariyle, geçici özel önlemler ile dolaylı ayrımcılığın ayrımcılığın yapısal ve toplumsal bir olgu olduğu hususunda ortak kabullere sahip oldukları ve bu doğrultuda da aynı amaca yönelik olmakla birbirlerini tamamladıkları sonucuna varılabilir. Bu

konulmuştur. Andrew J. Morris, "On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice," Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, No.2 (Summer 1995), s.199.

[237] Sadece ayrımcılığın yasaklanması ve ayrımcılık mağdurlarının bireysel anlamdaki hukuki çözüm arayışlarıyla, "eşitliğin fiilen hayata geçirilmesi ve eşitliğin fiilen sağlanmasının" mümkün olmadığı yönündeki açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., 2017, s. 323.

bağlamda da dolaylı ayrımcılık yasağının etki temelli ayrımcılığa ilişkin oluşuyla esasen geçici özel önlemlerle varılmak istenen sonuca yönelik olarak işleyebileceğine ilişkin yorumlar da mevcuttur[238]. Ancak birbirleriyle yakından ilişkili olsalar da geçici özel önlemler kapsamında ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin olarak öngörülen yükümlülüklerin, dolaylı ayrımcılık yasağı ile öngörülen yükümlülüklerden daha geniş olduğu sonucuna varılabilir. Bu anlamda, dolaylı ayrımcılık yasağı, ayrımcılığın toplumsal yönüyle mücadeleyle sınırlıyken; geçici özel önlemlerin, ayrımcılık yasağına ilişkin yasal düzenlemelerin sınırlarını da aşan ve politika oluşturma alanına da genişleyen bir mücadele alanında yer aldığı ifade edilmiştir[239]. Ancak çoğu hukuk sistemi dolaylı ayrımcılığın yasaklanmasını ve bu doğrultudaki yükümlülükleri öngörürken; geçici özel önlemlerin ise hukuk sistemlerindeki bir yükümlülük olarak varlığının dolaylı ayrımcılık yasağına nazaran daha az rastlanılır olduğunu da belirtmek gerekir.

1.2.1.2.2. Makul Uyumlaştırma

Ayrımcılığı yasağı kapsamında makul uyumlaştırma, hem bir yükümlülük hem de bu yükümlülük yerine getirilmediğinde ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak kavramsallaştırılmıştır. Ayrımcılık yasağı dahilinde bir yükümlülük olarak öngörülen makul uyumlaştırma, kişilerin ayrımcılığa karşı korunan temellerle bağlantılı farklı özellikleri sebebiyle mevcut olan ihtiyaçlarının gözetilerek haklardan ve imkânlardan herkesle eşit olarak yararlanmalarını sağlamak üzere belirli düzenlemelerin yapılması ve önlemlerin alınmasına ilişkin bir yükümlülük olarak tanımlanabilir. Makul uyumlaştırma yükümlülüğü yerine getirilmediğinde ortaya çıkan ayrımcılık biçimi ise, bu yükümlülük doğrultusunda kişi ya da kişi gruplarının ayrımcılığa karşı korunan temellerle bağlantılı farklı özellikleri sebebiyle belirli haklardan ya da imkânlardan herkesle eşit şekilde yararlanmaları önündeki engeller kaldırılmadığında ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak açıklanabilir[240].

---

[238] Bu anlamda dolaylı ayrımcılık yasağının, ekonomistler tarafından sessiz veya örtük kota uygulamalarıyla eş anlamlı görüldüğü belirtilmiştir. Fryer ve Loury'den aktaran De Vos, a.g.e., s.14.

[239] Durmuş, a.g.t., s. 30.

[240] Makul uyumlaştırma yükümlülüğü ve makul uyumlaştırma yükümlülüğü yerine getirilmediğinde ortaya çıkan ayrımcılık biçimine ilişkin yapılan bu tanım ve açıklamalar çeşitli kaynaklardan yararlanılarak oluşturulmuştur. Genel anlamda, istihdam alanında ayrımcılıkla ilgili olan bu kaynakların ayrımcılığa karşı korunan farklı temellerle ilgili oluşları ve farklı hukuk sistemleri üzerine yazılmış

Ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler kapsamında genel itibariyle özellikle engellilik temelli ayrımcılık yasağı kapsamında geliştirildiği de söylenebilecek olan makul uyumlaştırma yükümlülüğünü, bu anlamıyla da, bir düzenleme, ölçüt ya da uygulama sebebiyle yeti yitimine sahip kişiler için gündeme gelen dezavantajın ortadan kaldırılması adına bir kişi ya da kuruluş tarafından uygun önlemlerin alınması olarak tanımlamak mümkündür[241]. Bu doğrultuda kişi ya da kişiler için engellilik temelinde gündeme gelen dezavantajın ortadan kaldırılmasına yönelik uygun önlemlerin alınması ya da gerekli düzenlemelerin yapılması yönündeki yükümlülüğün yerine getirilmemesiyle gündeme gelen ayrımcılık biçimi de, makul uyumlaştırma yapmamak suretiyle ayrımcılık ya da makul uyumlaştırmanın reddi olarak adlandırılır[242]

Makul uyumlaştırmanın reddinden kaynaklı ayrımcılık olarak da ifade edilebilecek olan bu ayrımcılık biçimi, düzenleme, ölçüt ya da uygulamaların herkesin benzer konumda olduğu kabulü üzerinden herkese eşit olarak uygulanması sebebiyle ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimidir[243]. Bu anlamda makul uyumlaştırma yükümlülüğü de, benzer durumdakilere benzer davranış ile özetlenebilecek olan şekli eşitlik anlayışının ötesinde, kişilerin gerçekteki "öz niteliklerinden" kaynaklı farklılıkların

---

olmaları sebebiyle tek bir kaynaktan alıntı yapılmaktan kaçınılmıştır. Konuyla ilgili daha geniş bilgiye erişim adına yararlanılan ilgili kaynaklardan, ABD'de çalışan annelere emzirme konusunda sağlanan uyumlaştırma özelinde açıklamalar için bakınız: Avrum L. Katcher ve Mary Grace Lanese, "Breast-Feeding by Employed Mothers: A Reasonable Accommodation in the Work Place, Pediatrics, Vol. 75, Issue 4, 1985, ss. 644-647. ABD'de ayrımcılık ve uyumlaştırmayla ilgili ayrıntılar, yasal düzenlemeler ve örnekler için bakınız: Christine Jolls, "Antidiscrimination and Accommodation", Harward Law Review, Vol. 115, 2001, ss. 642-699. Avrupa Hukukunda istihdam alanında makul uyumlaştırma ve bu kavramın doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimleriyle ilişkisi için bakınız: Lisa Waddington ve Aart Hendriks "The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination", The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 18, Issue 4, 2002, ss. 403-427. Makul uyumlaştırma kavramının dini azınlıklarla ilişkili olarak gelişimi ve Avrupa Birliği Hukukunda düzenlenişiyle ilgili olarak bakınız: Emmanuelle Bribosia, Julie Ringelheim and Isabelle Rorive, "Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 17, No. 2*, 2010, ss. 137-161.

[241] Gül ve Karan, a.g.e., s. 19.

[242] Gül, a.g.t., 2006, s. 267; Gül, a.g.m., 2012, s. 126-127.

[243] Makul uyumlaştırmayla ilgili ayrımcılık biçimi için "makul uyumlaştırmanın reddinden kaynaklı ayrımcılık" adlandırılmasının tercih edilmesinin nedeni, çalışma kapsamında doğrudan ayrımcılık biçimini ifade etmek üzere kullanılan farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık biçimini ifade etmek üzere kullanılan farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık biçimi adlandırmalarıyla uyumun kurularak, böylece çalışmanın daha anlaşılır bir bütünlüğe sahip olmasını sağlamaktır.

dikkate alınmasını gerektiren maddi eşitlik anlayışını da kapsar nitelikteki bir ayrımcılık yasağı dahilindedir[244]. Bu doğrultuda, makul uyumlaştırma yükümlülüğü doğrultusunda ayrımcılığa karşı korunan temellerden birinde ayrım yaratmayan, tarafsız ya da nötr görünen bir düzenlemenin ayrımcılığa karşı korunan bir grubu *de facto* anlamda ayrımcılığa uğrattığında ortaya çıkan etki itibariyle ayrımcılığın gündeme gelebileceğinin kabul edilmesi de, ilgili yükümlülüğün maddi eşitlik anlayışına dayandığını gösterir. Makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçiminin maddi eşitlik anlayışına dayandığını gösteren bu nitelikleri gereği de, bu ayrımcılık biçimi, yine maddi eşitlik anlayışı dahilinde yer alan dolaylı ayrımcılık biçimine, şekli eşitlik anlayışı dahilinde yer alan doğrudan ayrımcılık biçimiyle karşılaştırıldığında daha çok benzer[245]. Başka bir deyişle, makul uyumlaştırma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe de yer verilen ayrımcılık yasağına dahil olan makul uyumlaştırmanın reddinden kaynaklı ayrımcılık biçiminin, engellilik temeli de dahil olmak üzere ayrımcılığa karşı korunan diğer temelleri de kapsayan dolaylı ayrımcılık yasağıyla aynı eşitlik anlayışında yer aldığı söylenebilir[246].

Fiziksel engellilerin insan haklarının korunması üzerine olan bir çalışmada, makul uyumlaştırma kavramının ayrımcılık hukukunda üstlendiği ilk ikisi doğrudan ayrımcılık, üçüncüsü ise dolaylı ayrımcılık [biçimine] ilişkin üç işlevine dikkat çekilerek; bir anlamda makul uyumlaştırma kavramının yer aldığı eşitlik anlayışları yorumlanmıştır. Buna göre, makul uyumlaştırmanın ilk işlevi, doğrudan ayrımcılıkla

---

[244] Makul uyumlaştırma yükümlülüğünün fiziksel ve sosyal çevre ile kişilerin öz nitelikleri arasındaki uyumsuzluğun kişilerin bilinen anlamda bir işi ifa etmelerine engel olması gerçekliği ve bu engellerin kaldırılmasına ilişkin oluşuna dikkat çekilen bir çalışmadan (Waddington ve Hendriks, a.g.m.) hareketle, yeti yitimi, cinsiyet, din veya inanç gibi öz niteliklerle bağlantılı olumsuzluklar, kişilerin haklardan ve imkânlardan bu öz niteliklere sahip olmayanlarla eşit ve adil biçimde yararlanmaları adına uyumlaştırılmadığında ayrımcılığın gündeme gelebileceği belirtilmiştir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 28.

[245] Makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçiminin, bir doğrudan ayrımcılık biçimi, bir dolaylı ayrımcılık biçimi ya da üçüncü ve ayrı olarak sui generis bir ayrımcılık biçimi oluşu üzerine farklı görüşlerin de varlığına dikkat çekilmiştir. İlgili görüşlerin belirtildiği referans kaynaklar için bakınız: Bribosia vd,, a.g.m., s. 138, d.n. 4.

[246] Her ne kadar engellik temelindeki dezavantajlı durumu gidermek üzerine gelişim göstermişse de makul uyumlaştırma yükümlülüğünün ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan ayrımcılık biçiminin engellilik dışındaki ayrımcılığa karşı korunan temellerdeki dezavantajın giderilmesine de ilişkin olabileceğini söylemek yanlış olmaz. Makul uyumlaştırmayı engellilik temelli ayrımcılık yasağı ötesinde dini inanç ya da yaş gibi diğer ayrımcılığa karşı korunan temelleri de içerecek biçimde genişletmeye yönelik bir çalışma örneği için bakınız: Lisa Waddington "Reasonable Accommodation: Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?", NTM|NJCM-Bulletin, Vol. 36, No. 2, 2011a, ss. 186-198.

ilgili bir durumda engelli kişinin karşılaştırılabilir konumunu değerlendirmekle ilgili iken; ikinci işlevi ise yine doğrudan ayrımcılıkla ilgili bir durumda farklı davranışın [meşruluğunu sağlayan ya da doğrudan ayrımcılığa yol açan bu davranışı meşru kılan] gerekçesini ortadan kaldırmakla ilgilidir. Makul uyumlaştırmanın dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin olan üçüncü işlevi ise, görünüşte tarafsız olsa da engelli kişiler nezdinde olumsuz etkiler yaratan düzenleme, uygulama veya ölçütün meşru görülerek uygulamasına devam edildiği durumlarla ilgilidir[247].

Esasen makul uyumlaştırmanın görünüşte tarafsız ya da nötr olan düzenlemelerin ayrımcılığa karşı korunan temellerden birinde ortaya çıkardığı olumsuz etki ya da dezavantajın giderilmesine ilişkin olarak belirtilen son işlevi, dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik özel bir cevap niteliği de taşır. Ayrımcı etki doğuran bir düzenlemenin ortadan kaldırılması ya da bir başka düzenlemeyle değiştirilmesi, ilgili düzenlemenin objektif haklı bir gerekçeyle temellendirilebilmesi nedeniyle mümkün olmadığında, belirli kişiler için istisna tanınarak ilgili düzenlemenin uygulanmaması yoluyla yapılan makul uyumlaştırma, bu açıdan dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik bir çare olarak da yorumlanabilir[248]. Bu doğrultuda, ilgili düzenlemenin istisna tanınmaksızın herkese eşit uygulanmasıyla ortaya çıkan ayrımcılık biçiminin de makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçimi olduğunu ve bu anlamda da makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçiminin dolaylı ayrımcılık biçimiyle benzer şekilde ortaya çıkabildiğini söylemek mümkündür[249].

Sadece kişilerin karşılaştırılabilir durumlarının benzerliği ile davranışın niteliği üzerinden değerlendirilmeyen, ayrıca ortaya çıkan etkiyi de kapsayan bir ayrımcılık biçimi olmakla her ne kadar dolaylı ayrımcılık biçimiyle benzerlik gösterse de, makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçiminin dolaylı ayrımcılık biçiminden farklı nitelikleri de mevcuttur. Bu anlamda, makul uyumlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda ortaya çıkan makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı

---

[247] Bakınız: Gül, a.g.t., s. 267.
[248] Bribosia vd,, a.g.m., s. 139.
[249] Makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçimi, aşağıda, *"1.2.2. Dolaylı Ayrımcılık Biçimleri"* başlığı altında bir dolaylı ayrımcılık biçimi olarak da inceleme bulmuştur. Bu ayrımcılık biçiminin dolaylı ayrımcılık biçiminde ortaya çıkışı ve bazı yazarlarca bir dolaylı ayrımcılık biçimi olarak kabul edilmeme sebepleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için ilgili başlık altında yapılan açıklamalara bakınız.

ayrımcılık biçimi, bireysel anlamda gündeme gelen dezavantajlara ilişkinken; dolaylı ayrımcılık biçiminin grup temelli bir ayrımcılık biçimi olduğunu ve bu noktada makul uyumlaştırmadan kaynaklı ayrımcılık biçiminden ayrıldığını da belirtmek gerekir. Nitekim makul uyumlaştırma yükümlülüğünün istihdam alanında ve kişilerin engellilik temelinde karşılaştıkları dezavantajları gidermek üzerine gösterdiği gelişim de, makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılığın kişi temelli bir ayrımcılık biçimi olduğunu gösterir niteliktedir[250].

Makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçiminin, doğrudan ayrımcılığı gündeme getiren benzer davranışın istisnası olmaktan çok, kişilerin hak ve imkânlardan yararlanmada herkesle eşit konumda olmasını sağlamak üzerine bir ayrımcılık yasağı kurgulaması açısından maddi eşitlik anlayışının olmazsa olmazı olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Bu yönde, makul uyumlaştırma kavramıyla şekillenen ilgili yükümlülük ve ayrımcılık biçiminin maddi eşitlik anlayışına, dolaylı ayrımcılığın ayrımcılığa karşı sağladığı grup temelli korumadan farklı olarak, ayrımcılığa karşı bireysel koruma sağlayan ve bu sebeple de bireysel olarak talep edilebilen bir hakkı da kazandırdığından söz edilebilir[251]. Bu bağlamda, makul uyumlaştırma yükümlülüğü ve makul uyumlaştırmadan kaynaklı ayrımcılık yasağına aykırılığın doğmaması adına alınacak önlemlerin de, makul uyumlaştırmadan kaynaklı ayrımcılığın dolaylı ayrımcılığın ötesinde daha geniş yelpazede bir koruma imkânı sağladığını da söylemek yanlış olmayacaktır. Dolaylı ayrımcılık yasağı kapsamında genel anlamda uygulanan bir kurala istisna tanınması örneğindeki gibi "pasif" nitelikli önlemler söz konusu iken; makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık yasağı

---

[250] Bir kadın için olumsuz etki doğuran belirli bir düzenleme, belirli bir kadın grubu için de olumsuz etkiye sahip olmadığı sürece dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık kapsamında değerlendirilemeyecekken; belirli bir düzenlemenin engelli bir kişiyi dezavantajlı kılması halinde, bu dezavantajı gidermek üzerine makul uyumlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçiminin ortaya çıkacağı da ifade edilmiştir. Bakınız: Waddington, a.g.m., 2010a, s. 188. Makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçiminin bireysel niteliği için ayrıca bakınız: Waddington ve Hendriks, a.g.m., s. 410.

[251] Makul uyumlaştırmanın sağladığı bu koruma, Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimleri yanında, makul uyumlaştırmayı da bir yükümlülük olarak sayması ve yerine getirilmeyen bu yükümlülüğün belirli bir tür ayrımcılık biçimini ortaya çıkardığından bahsetmesi üzerinden yorumlanmıştır. Daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 49. Makul uyumlaştırma yükümlülüğü ve makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçimi ile dolaylı ayrımcılık yasağının BM sistemindeki ilişkisine dair daha ayrıntılı bilgi için aşağıda İkinci Bölüm kapsamındaki *"2.2.2.3. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

kapsamında [örneğin işyerindeki masanın tekerlekli sandalye kullanıcısı bir çalışanın ihtiyacına göre ayarlanmasında olduğu gibi] somut düzenlemeler ya da çalışma saatlerinin ya da günlerinin yeniden düzenlenmesi gibi çok çeşitli "aktif" nitelikli önlemlerden bahsedilebilmesi, makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık biçimini yasaklayan ayrımcılık yasağının kapsamının genişliğini gösterir[252].

Netice itibariyle, makul uyumlaştırma yükümlülüğü ve makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık yasağının, geniş kapsamlı bir uygulama alanıyla maddi eşitliğe erişim için sunduğu çok çeşitli olanaklarla, dolaylı ayrımcılıkla mücadelede de etkili olabileceği sonucuna varılabilir. Ancak, makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık yasağıyla sınırlı olarak alınacak önlemlerin, dolaylı ayrımcılık yasağının yapısal ayrımcılık biçimiyle mücadeleki rolünü zayıflatabileceğinden de söz etmek gerekir. Bu açıdan, görünüşte nötr olan ancak ayrımcı etki doğuran ve objektif ya da meşru bir gerekçeye sahip olduğu için de ilgili ayrımcı etkinin sonlandırılması adına değiştirilmeyen ya da ortadan kaldırılmayan bir düzenlemenin varlığı halinde, makul uyumlaştırma yükümlülüğü ve makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık yasağı gereği düzenlemenin uygulanmasına ayrımcı etkiye maruz kalan kişi için istisna tanınmasının sadece bir "münferit çözüm" olduğu da görülmelidir. Dolayısıyla, sadece makul uyumlaştırma yükümlülüğü ve makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık yasağına aykırı davranmamak adına alınan bireysel önlemlerin, doğası gereği bir dolaylı ayrımcılık türü olan yapısal ayrımcılığın devamına yol açabileceğini de söylemek yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda makul uyumlaştırma kurumunun, şekli eşitlik anlayışının hakimiyetini devam ettirmek üzerine de işleyebileceğinin farkındalığıyla, makul uyumlaştırmanın dolaylı ayrımcılığın da ayrımcılık yasağına dahil olduğu bütüncül bir yaklaşımla ele alınması halinde maddi eşitlik anlayışıyla daha uyumlu biçimde işleyebileceği sonucuna varılabilir[253].

---

[252] Makul uyumlaştırmanın reddi kaynaklı ayrımcılık yasağı kapsamındaki yükümlülüklerin, genel anlamda uygulanan kurala istisna tanınması, ilgili kuralın değiştirilmesi ya da ayrımcılık mağdurunun zararının giderilmesine yönelik tazminat gibi önlem ve yaptırımlara sahip olan dolaylı ayrımcılık yasağıyla karşılaştırıldığında, bireysel nitelikli ve bu anlamda da ortaya çıkan çok çeşitli olumsuz etkileri gidermeye yönelik olmasıyla daha geniş kapsamlı olduğuna dikkat çekilmiştir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 28-29.

[253] Engellilik temelli ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına bireysel çözümler üretilmesi, yani bireysel nitelikli uyumlaştırmaların yapılması zorunluysa da; engellilik temelli ayrımcılığın bireyselden çok yapısal nitelikli olduğuna da dikkat çekilmiştir. Bu doğrultuda, makul uyumlaştırmanın dolaylı

1.2.2. Dolaylı Ayrımcılık Biçimleri

Ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler doğrultusundaki uygulama dolaylı ayrımcılık biçiminin farklı ortaya çıkış hallerinin olduğunu göstermiştir. Bu doğrultuda literatürde de farklı dolaylı ayrımcılık biçimlerine dair çeşitli açıklamalar yapılmıştır.

Bu açıklamalardan birinde, dolaylı ayrımcılık biçiminin üç farklı halde ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir[254]:

> *"1. İlk bakışta farklı bir davranış niteliği taşımadığı için nötr veya tarafsız sayılan bir düzenleme ya da uygulamanın, belirli bir gruba mensup kişiler için dezavantaj yaratacak gibi görünmesi ve ilgili düzenleme ya da uygulamanın objektif ve makul bir gerekçeden yoksun olması,*
> *2. Genel nitelikte bir ölçütün uygulanması sonucunda belirli bir gruba mensup orantısız ölçüde çok sayıda kişi nezdinde farklı etkinin doğması ve ortaya çıkan bu farklı etkiye sebep olan ölçütün objektif ve makul bir gerekçesinin olmaması,*
> *3. Genel nitelikte bir kuralın, özel bir duruma sahip bir kişiye ya da kişi gruplarına bu özel durumla ilişkili istisna tanınmaksızın uygulanmasında hataya düşülmesi ve bu uygulamanın objektif ve makul bir gerekçesinin olmaması."*

Dolaylı ayrımcılık biçimlerinin betimlendiği bu sınıflandırmada ilk olarak, farklı bir davranış niteliğinde olmadığı için görünüşte tarafsız sayılsa da belirli bir gruba mensup kişiler için dezavantaj yaratma izlenimini veren bir düzenleme ya da uygulama ele alınmıştır. Betimlemeye, söz konusu düzenleme ya da uygulamanın ortaya çıkan dezavantajı haklı kılacak objektif ve makul bir gerekçeye sahip olmadığı da

---

ayrımcılığın ortadan kaldırılmasından çok yapısal ayrımcılığı sürdüren düzenleme ya da uygulamaların sürdürülmesine hizmet eder biçimde işleyen bir kurum olması halinde, şekli eşitlik anlayışı dahilindeki bir araç olarak görüleceğinden de bahsedilmiştir. "Erişilebilirlik" meselesiyle bağlantılı olarak yapılan bu değerlendirmeler için bakınız: Gül, a.g.t, s. 255-258. Makul uyumlaştırmanın *"şekli eşitliğin hakim paradigma olmasına izin veren"* bu sınırlı işleyişini örnekleyen bir karar olarak atıfta bulunulan Kanada Yüksek Mahkemesi kararı için bakınız: Supreme Court of Canada, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU,* [1999] 3 S.C.R. 3, para. 41, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1724/index.do (Erişim Tarihi: 26.07.2020).

[254] Olivier de Schutter, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/The%20prohibition%20of%20Discrimination%20under%20Human%20Rights%20Law.pdf (Erişim Tarihi: 22.04.2020), 2005, s. 16.

eklenmiştir[255]. Dolaylı ayrımcılığın bu ortaya çıkış biçimi, dezavantaj yaratan düzenleme ya da uygulamanın, uygulamaya konulmasından önceki aşamaya ilişkindir ve dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık bakımından değerlendirme de ilgili düzenleme ya da uygulamanın belirli bir gruba mensup kişiler için dezavantaj yaratma ihtimali üzerinedir[256]. Böylece ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık biçimi, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) işçilerin serbest dolaşımlarıyla ilgili *O'Flynn v. Adjudication Officer* kararıyla somutlaştırılabilir[257]. ATAD, bu kararında, uygulanması neticesinde söz konusu ülkenin vatandaşlığına sahip işçilerden daha çok göçmen işçileri etkileyecek olan, göçmen işçiler için ülkenin vatandaşlığına sahip kişilerden daha dezavantajlı bir durum yaratma riski bulunan bir düzenlemenin, objektif bir şekilde gerekçelendirilmediği ya da düzenlemenin ortaya konuluş amacıyla uygulaması orantılı olmadığı sürece dolaylı ayrımcı sayılması gerektiğini belirtmiştir[258].

Dolaylı ayrımcılığın ikinci ortaya çıkış biçiminde, genel nitelikte bir ölçütün uygulanması sonucunda, belirli bir gruba mensup çok sayıda kişinin orantısız derecede etkilenmesi durumu ele alınmış ve böylece ortaya çıkan farklı etkiye sebep olan bu ölçütün objektif ve makul bir gerekçesinin de olmaması gerektiği vurgulanmıştır[259]. Burada önemli olan objektif ve makul olarak gerekçelendirilemeyen genel nitelikteki ölçütün uygulanmasının, belirli bir gruba mensup kişiler için diğer gruplara mensup kişilere nazaran daha dezavantajlı durum yaratma etkisidir. İlgili ölçütün uygulamaya konulması sonrasındaki aşamaya ilişkin olan bu dolaylı ayrımcılık biçimi, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık *("disparate impact discrimination")* olarak da adlandırılabilir[260]. Dolaylı ayrımcılığın, farklı etkiden kaynaklı olarak ortaya çıkış biçimi, aynı zamanda dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerine de işaret eden, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs v. Duke Power Company kararındaki tespitlerinde

---

[255] de Schutter, a.g.e., 2005, s. 16.
[256] Bu doğrultuda ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın temellendirilmesi için, dolaylı ayrımcılık mağduru kişiden, tarafsız nitelikteki kural, ölçüt ya da uygulamadan kaynaklanan ve kendisini dezavantajlı duruma sokabilmesi muhtemel etkiyi (*adverse impact veya detrimental effect*) ispatlaması beklenecektir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 211.
[257] Karan, a.g.e., s. 211.
[258] ATAD, *O'Flynn v. Adjucation Office*, Case C-237/94, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 23 May 1996, Para. 20. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0237 (Erişim tarihi: 22.04.2019).
[259] de Schutter, a.g.e., 2005, s. 16.
[260] Dolaylı ayrımcılık biçiminin, farklı etkiden kaynaklı bir ayrımcılık biçimi oluşuna dair yukarıda *"1.2.1.1.1. Ayrımcılığı ortaya çıkaran nedenler bakımından"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

somutlaşmıştır[261].

İlgili sınıflandırmada, üçüncü olarak da, genel ve bu anlamda tarafsız olan bir kuralın, objektif ve makul bir sebep olmaksızın, genelden farklı özel bir durumu paylaşan kişi ya da kişi gruplarına istisna tanınmaksızın uygulanması durumunda ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık biçimi betimlenmiştir. Burada ayrımcılığın nedeni, ilgili genel kural uygulanırken özel bir duruma sahip kişi ya da kişi gruplarının bu özel durumlarının dikkate alınmamasıdır. Böylece ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık biçimi, bir kişinin inancının gerektirdiği özel bir durumla ilgili olarak ya da belirli bir engeli olan bir kişinin özel bir ihtiyacına yönelik olarak etkili uyumlaştırma ("*effective accommodation"*) ya da makul uyumlaştırma sağlanmaması örneklerinde somutlaşmıştır[262].

Fiziksel engellilerin uluslararası hukukta korunmasına ilişkin bir çalışma kapsamında da dolaylı ayrımcılık, engellilerle ilgili ayrımcılığın türleri altında ele alınmış ve "dolaylı ayrımcılığın tezahür biçimleri" üçe ayrılarak incelenmiştir. Bu tezahür biçimlerinden ilki olan "grup üzerinde etkili dolaylı ayrımcılık", herkes için geçerli bu anlamda görünüşte tarafsız bir düzenleme, tedbir ya da uygulamanın, bir gruba mensup kişileri diğer gruplara mensup kişilerden daha olumsuz şekilde etkilemesi ve bu düzenleme, tedbir ya da uygulamanın meşru olmaması halinde ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak açıklanmıştır. Dolaylı ayrımcılığın bu tezahür biçiminde, düzenleme, tedbir ya da uygulamanın meşru olup olmaması önem taşır. Bu doğrultuda, meşruiyeti sağlanmayan ilgili düzenleme, tedbir ya da uygulamadan kaynaklı olarak gündeme gelen ayrımcılığın sona erdirilmesi adına da ilgili düzenleme, tedbir ya da uygulamanın ya kaldırılması ya da değiştirilmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkar[263].

Dolaylı ayrımcılığın ikinci ve üçüncü tezahür biçimleri olarak incelenen "kurala istisna getirilmemesi yoluyla dolaylı ayrımcılık" ve "makul uyumlaştırmanın yapılmaması yoluyla dolaylı ayrımcılık" biçimleri ise, "grup üzerinde etkili dolaylı

---

[261] Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs v. Duke Power Company kararı *"1.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Tanımlanması: Farklı Etkiden Kaynaklı Ayrımcılık Teorisi"* başlığı altında ayrıntılı biçimde incelenecektir.
[262] de Schutter, a.g.e., 2005, s. 16.
[263] Gül, a.g.t., s. 261-263.

ayrımcılık" biçiminden farklı şekilde açıklanmıştır[264]. Bu farklılık, dolaylı ayrımcılığın meşru bir düzenleme, tedbir ya da uygulama dolayısıyla da ortaya çıkabilme ihtimalinden kaynaklıdır. Bunlardan "kurala istisna getirilmemesi yoluyla dolaylı ayrımcılık" biçiminde, meşru olan "kural"ın uygulanması halinde dezavantajlı duruma düşecek kişi için istisna tanınmamasıyla dolaylı ayrımcılık ortaya çıkar. Başka bir ifadeyle, dolaylı ayrımcılığın bu tezahür biçiminde, herkes için geçerli olan meşru bir kuralın, istisna tanınmaksızın herkese uygulanması hali, belirli bir gruba mensup bazı kişilerin dezavantajlı duruma gelme ihtimalini doğurur. Bu nedenle, ilgili kuralın uygulanması sonucunda dezavantajlı duruma gelecek kişiye, bu kuralın istisna ya da muafiyet tanınarak uygulanması talep edilir; genel kurala istisna ya da muafiyet tanınması imkânı varken, bundan kaçınılması halinde ise dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın ortaya çıktığından söz etmek mümkün hale gelecektir.

"Makul uyumlaştırmanın yapılmaması yoluyla dolaylı ayrımcılık" olarak incelenen üçüncü tezahür biçiminde ise, yine meşru olan, görünüşte tarafsız bir düzenleme, tedbir ya da uygulamanın, genel olarak uygulamaya konulması halinde özel durumları gereğince belirli bir gruba mensup kişileri dezavantajlı duruma getirme ihtimali söz konusudur. Bu gibi durumlarda, görünüşte tarafsız bir düzenleme, tedbir ya da uygulamanın, özel duruma sahip bu kişi ya da kişi gruplarına ilgili özel durumları gereğince uyarlanması mümkünken, bunun reddedilmesi sonucunda dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın gündeme geldiğinden söz edilir[265].

"Kurala istisna getirilmemesi yoluyla dolaylı ayrımcılık" ile "makul uyumlaştırmanın yapılmaması yoluyla dolaylı ayrımcılık" olarak incelenen ve diğer sınıflandırma kapsamında nesnel ve makul bir sebep olmaksızın genel nitelikte bir önlemin özel durumda kişi ya da kişi gruplara uygulanmasıyla ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık biçimi olarak incelen durumlar, bazı yazarlarca dolaylı ayrımcılık biçimiyle ilişkili görülmez. Bu durumları dolaylı ayrımcılık biçimi olarak görmeyen yazarlara göre, ilgili durumlar her ne kadar dolaylı ayrımcılıkla yakından ilişkili olsa da; daha çok devletlerin farklı durumdaki kişilere farklı davranma görevi ya da bu yöndeki

[264] Gül, a.g.t., s. 263, 264.
[265] Gül, a.g.t., s. 264.

yükümlülükleriyle bağlantılıdır. Bu nedenle ayrımcılık yaratan durumun, dolaylı ayrımcılıkla ilişkilendirilerek ortadan kaldırılması yerine; devletten belirli istisnaların ya da bu kişilerin özel durumlarına uyarlanmış kuralların talep edilmesiyle aşılması mümkün görülür[266].

Yerel ve bölgesel yargı sistemlerinin karşılaştırmalı olarak incelendiği başka bir çalışmada da, dolaylı ayrımcılığın üç biçimde gündeme gelebileceği ortaya konulmuştur. Farklı etki unsuru üzerinden incelenen bu üç ortaya çıkış biçiminden ilkinde, farklı etki unsuru dezavantajlı konum bakımından incelenmiştir. Dezavantaj yaklaşımıyla örtüşen bu incelemeye göre, nötr bir kural ya da ölçütün genel olarak uygulanması sonucu belirli grupların maruz kaldıkları ayrımcılığın nedeni, bu grupların tarihsel anlamda sahip oldukları dezavantajlı konum olarak açıklanmıştır. Ayrımcılık yasağına aykırı bu durumu ortaya çıkaran "yapısal dezavantajın" ise istatistiki verilere dayandırılarak ya da ayrımcılık yaratabilmesi muhtemel davranışın özü itibariyle irdelenmesiyle ispatlanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir[267].

Dolaylı ayrımcılığın ikinci ortaya çıkış biçimi ise, farklılık yaklaşımı ile ele alınmış ve bireysel düzeyde gözlemlenebilen doğuştan var olan farklılıklarla ilişkili bir incelemeyle anlamlandırılmıştır. Yine nötr bir davranış sebebiyle gündeme gelen bu dolaylı ayrımcılık biçiminin, bireysel düzeydeki farklılıklar sebebiyle gündeme geldiği ve bu yaklaşımın, biyolojik ya da kültürel farklılıklardan temellendiği de belirtilmiştir[268].

Dolaylı ayrımcılığın üçüncü ortaya çıkış biçimi de nötr bir kural ya da ölçütün belirli bir grup için ya da bazı kişiler için haklara ve imkanlara erişimde engel yaratması durumuyla ilişkilendirilmiştir. Bu ortaya çıkış biçiminde ele alınan durum, nötr bir kural ya da ölçüt sebebiyle gündeme gelen engelin, belirli bir grubun üyelerini ya da bazı kişilerin ekonomik ya da sosyal yararlara erişimini engellemesi ve bu anlamda bu

---

[266] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Thlimmenos v. Greece kararında bir örneğini ortaya koyduğu bu ayrımcılık biçiminin dolaylı ayrımcılık olarak görülemeyeceği de ifade edilmiştir. Bakınız: Bell, a.g.e., s. 189. Bu yöndeki açıklamalar için ayrıca bakınız: Tobler, a.g.e., 2008, s.13. AİHM'in Thlimmenos v. Greece kararı, aşağıda İkinci Bölüm'deki *"2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında ayrıntılı biçimde incelenecektir.
[267] Durmuş, a.g.t., s. 54.
[268] Durmuş, a.g.t., s. 44.

kişileri dezavantajlı konuma getirmesine ilişkindir. Ortaya çıkan farklı etkinin bu engelden kaynaklandığı bu durum, genellikle erişimle ilişkili ve ekonomik ve sosyal haklarla ilgili olarak gündeme gelir şekilde açıklanmış ve bu şekilde ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık biçiminin, dolaylı ayrımcılık yasağının kapsamını da belirler nitelikte olduğu ifade edilmiştir[269].

1.3. DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞININ KÖKENLERİ

Hukuki bir kavram olarak dolaylı ayrımcılığın, ayrımcılık yasağı dahilinde dikkate alınması eşitlik ilkesine ilişkin yaklaşımın değişmesiyle gerçekleşmiştir. Bu anlamda dolaylı ayrımcılık kavramının ilk izleri sayılan erken örnekler de, şekli eşitlikten maddi eşitliğe doğru değişen eşitlik anlayışına karşılık gelen ayrımcılık yasağını niteler şekilde ortaya çıkmıştır.

Dolaylı ayrımcılık kavramının ilk izleri sayılan erken örnekler, ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeleri kapsamına dolaylı ayrımcılık yasağını ifade eden ayrımcılık biçimini de dahil eden hukuk sistemlerinde de takip edilebilir. Nitekim ayrımcılığı yasaklayan ilgili düzenlemelerin çoğunda ayrımcılık yasağı sadece doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı olarak değil, dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsayacak şekilde düzenleme bulmuştur. Ancak bu düzenlemelerde yer verilen dolaylı ayrımcılık yasağı tanımları aynı olmayıp, yere ve zamana göre farklılık gösterir niteliktedir[270]. Dolaylı ayrımcılık yasağına dair tanımların, yer ve zamana göre gösterdiği farklılık, şüphesiz ilgili tanımların oluşturulduğu andaki sosyal ve siyasal ortam ile etmenlere bağlıdır. Bu nedenle aşağıda dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerinin izi sürülürken, sadece dolaylı ayrımcılık yasağına dair tanımlamalarla sınırlı kalınmayacak, hukuki bir kavram olarak dolaylı ayrımcılık kavramının oluşum sürecini etkileyen sosyal ve siyasal ortam ile etmenlere de yer verilmeye çalışılacaktır. Dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde

---

[269] İlgili görüş için bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 54-55. Bu görüşü, "kurala istisna getirilmemesi yoluyla dolaylı ayrımcılık" ve "makul uyumlaştırmanın yapılmaması yoluyla dolaylı ayrımcılık" olarak açıklanan ve nesnel ve makul bir sebep olmaksızın genel nitelikte bir önlemin özel durumda kişi ya da kişi gruplarına uygulanmasıyla ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık biçimi olarak incelenen durumları, bazı yazarların dolaylı ayrımcılık biçimi olarak kabul etmeyerek; dolaylı ayrımcılık yasağının kapsamını daraltan bir yorum benimsemeleri destekler.

[270] Dagmar Schiek, "Indirect Discrimination", Ed. Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oxford, Hart Publishing, 2007, s. 323.

etkili olan sosyal ve siyasal ortam ile etmenler kronolojik olarak yorumlandığında, incelenecek hukuk sistemlerinin birbiri üzerindeki etkisinin görülmesi de bu hukuk sistemlerinin dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerine ilişkin incelemeye neden esas alındığını da açıklayacaktır.

1.3.1. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının İlk Görünümleri: "Gerçekte Eşitlik" Anlayışı

Dolaylı ayrımcılık yasağının ilk görünümleri, uluslararası kamu hukuku *(public international law)* alanındaki bazı [erken dönem sayılabilecek] belgelerde ortaya çıkmıştır[271]. Esasen, devletlerin uymakla yükümlü oldukları eşitlik ilkesinin kapsamıyla ilişkili bu belgelerdeki düzenlemelerde, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimlerine ilişkin ifadelere yer verilmiştir. Ayrıca, eşitliğin sadece hukuken sağlanmasının yeterli olmadığı; maddi ya da gerçek eşitliği sağlamakla eş anlamlı tutulabilecek biçimde, eşitliğin gerçekte de sağlanması gerektiği tespit edilmiştir. Bu kapsamda, sadece hukuki eşitliği sağlamaya yönelik doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı olmayan bir ayrımcılık yasağı öngördüğünü söyleyebilecek olan bu düzenlemelerle betimlenen eşitlik anlayışı, dolaylı ayrımcılık yasağının ortaya çıkış sürecini de gösterir.

Ayrımcılık yasağı çerçevesinde, doğrudan ve dolaylı ifadeleri ilk defa, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün *("Institut de Droit International")* 1929 tarihinde ilan ettiği İnsanın Uluslararası Hakları Bildirisi'nde *("Déclaration des Droits Internationaux de l'Homme")* kullanılmıştır[272]. Bildiri'nin 5. maddesinde, öngörülen eşitliğin sadece lafzi değil, etkili olması gerektiği ve bu anlayış içinde doğrudan ve dolaylı tüm ayrımcılık biçimlerinin hariç tutulduğu belirtilmiştir[273]. Doğrudan ve dolaylı

---

[271] Tobler, a.g.e., 2005, s. 89.
[272] Vierdag, a.g.e., s. 50; Govers, 1981'den aktaran Tobler, a.g.e., 2005, s. 89; Schiek, a.g.e., s. 334.
[273] Sloganı "Adalet ve Barış" olan Uluslararası Hukuk Enstitüsü *(Institut de Droit International- IDI)*, 8 Eylül 1973'te Belçika'da onbir avukat tarafından, herhangi bir hükümet etkisinden bağımsız olarak, uluslararası hukukun gelişimini ve uygulanmasını teşvik etmek üzere kurulmuştur. Uluslararası Hukuk Enstitüsü hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Institut de Droit International*, "About the Institute"*, http://www.idi-iil.org/en/ (Erişim Tarihi: 11.07.2019). 1929 tarihinde New York'ta gerçekleştirilen oturumda ilan edilen İnsanın Uluslarası Hakları Bildirisi'nin *(Déclaration des Droits Internationaux de*

biçimde iki ayrımcılık biçiminden bahseden bu belge, bildiri formunda yazılmış olması sebebiyle, dolaylı ayrımcılıkla kastedilenin tam olarak ne olduğunu anlamaya yetecek yeterli bilgiyi sunmaz[274]. Bu nedenle ilgili Bildiri'yi dolaylı ayrımcılık kavramının içeriğine dair birşey söylemekten çok, sadece ayrımcılığın dolaylı olarak da ortaya çıkabileceği kabul eden bir belge olarak görmek mümkündür.

Uluslararası insan hakları hukuku bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının niteliğine dair ilk ifadelere ise, azınlıkların korunmasına ilişkin bazı andlaşmalarda ve Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın (UDAD) bu konudaki andlaşmaların ilgili hükümlerine dayanarak oluşturduğu Danışma Görüşleri'nde ("*Advisory Opinions"*) rastlamak mümkündür[275].

Bu anlamda, eşitliği "hukuken" ve "gerçekte" sağlamayı öngören 1919 tarihli Polonyalı Azınlıkların Korunmasına ilişkin Andlaşma da, dolaylı ayrımcılık yasağına dair ilk izler açısından önem taşır[276]. Polonyalı Azınlıkların Korunmasına ilişkin Andlaşma'nın 8. maddesinde başka bir ulusal, dini ya da dilsel azınlık mensubu Polonya vatandaşlarının, hukuken ("*in law"*) ve gerçekte ("*in fact"*) benzer davranış ve eşit hukuk güvenliğinden diğer Polonya vatandaşları gibi yararlanmaları gerektiği ifade edilmiştir[277]. İlgili düzenlemede, belirli bir azınlık grubu mensubu kişilere diğer Polonya vatandaşlarına gösterilen eşit muamele ve hukuk güvenliğinin hem hukuken hem de gerçekte sağlanması gerektiğinin belirtilmesiyle, hukuki ya da şekli eşitlik ve gerçek ya da maddi eşitlik kavramlarına gönderme yapılmıştır[278]. Böylece hukuken

---

l'Homme) metni için bakınız: Institut de Droit International, *Session de New York* (1929), Vol. II, p. 300. http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1929_nyork_03_fr.pdf (Erişim Tarihi: 11.07.2019).

[274] Schiek, a.g.e., s. 334.

[275] Karan, a.g.e., s. 212.

[276] Schiek, a.g.e., s. 334. Versailles Andlaşması ve Paris Barış Konferansı döneminde imzalanmış olan Polonyalı Azınlıkların Korunmasına ilişkin Andlaşma'yla farklı etnik gruplara eşit muamele ve koruma sağlanması konusu modern pozitif uluslararası hukukun alanına girmiştir. Ancak aynı dönemde taslağı hazırlanan Milletler Cemiyeti Andlaşması içine ayrımcılık yasağının dahil edilmesi yönündeki çabalar sonuç verememiştir. Bakınız: Timo Makkonen, Equal in Law, Unequal in Fact: Racial and Ethnic Discrimination and the Legal Response Thereto in Europe, Brill Nijhoff, 2012, s. 114.

[277] *"In law"* ifadesinin Türkçe çevirisi için, "hukuk içinde" ifadesi tercih edilmiş ve bu eşitlik kavramı "hukuk içinde eşitlik" olarak kullanılmış; *"in fact"* ifadesinin Türkçe çevirisi için de "fiilen" ifadesi tercih edilerek, bu eşitlik kavramı için de "fiilen eşitlik" kavramı kullanılmıştır. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 212.

[278] Bu doğrultuda, hukuki eşitlik ve gerçekte eşitlik kavramlarına gönderme yapılmasa dahi gerçek ya da maddi eşitlikle ilgili dolaylı ayrımcılığın da ayrımcılık yasağı kapsamında görülmesi gerektiği; çünkü

eşitlik ifadesiyle birlikte gerçekte eşitlik ifadesinin kullanılması sebebiyle, azınlıkların korunması açısından sadece doğrudan ayrımcılık yasağının koruduğu alan olan, hukuki ya da şekli eşitlikle sınırlı bir eşitlik anlayışının benimsenmediği yorumunu yapmak mümkündür. Bu bağlamda, ilgili düzenlemenin, azınlıkların korunması açısından hukuki ya da şekli eşitlikle sınırlı olmayan; gerçek ya da maddi eşitliği de kapsayan bir eşitlik anlayışı öngördüğü ve dolaylı ayrımcılık kavramını niteleyen alanı da ayrımcılık yasağı alanına dahil ettiği söylenebilir.

Literatürde dolaylı ayrımcılık yasağının ilk izlerine ilişkin, UDAD'ın İkinci Dünya Savaşı öncesi dönemde oluşturduğu üç danışma görüşüne de gönderme yapılır[279]. Bu danışma görüşlerinden ilki, "Polonya'daki Alman Göçmenler" *("German Settlers in Poland")* başlığını taşır. UDAD'ın 1923 tarihli bu Danışma Görüşü, Alman kökenli göçmenlerin Versay Andlaşması'na göre Polonya ülkesine ayrılan bölgelerden tahliyelerinin, Polonya Hükümeti'nin uluslararası yükümlülüklerine aykırı olup olmadığıyla ilgilidir. Versay Andlaşması'nın ilgili hükümleri, Polonya'da yaşayan Alman göçmenlerin, Alman idaresine ait oldukları sırada Alman bir kişiden kiraladıkları ya da sahibi oldukları yerlerden tahliye edilmeleri sonucunu ortaya çıkarmıştır. Ancak ilgili hükümler Polonya vatandaşları için Alman idaresine ait oldukları sırada kiraladıkları ya da sahibi oldukları yerlerden tahliye edilmeleri sonucunu yaratmamıştır[280]. UDAD, ilgili durumu, Polonyalı Azınlıkların Korunmasına ilişkin Andlaşma'nın yukarıda bahsi geçen 8. maddesi bağlamında değerlendirmiş ve bu düzenlemeye göre, eşitliğin, hem yasal düzenlemelerde ayrımcı bir dil kullanılmaması anlamında görünüşteki hukuki eşitliği *("ostensible legal equality")* hem de gerçekteki eşitliği *("equality in fact")* kapsamakta olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda, Alman kökenli göçmenlerin Polonya ülkesine ait yerlerden tahliyeleriyle ilgili hükümlerde, ırk ayrımcılığına dair bir ifadeye yer verilmemesinin önemli olmadığını belirten Divan, gerçekte ortaya çıkan sonuca ilişkin olarak, Polonyalı Azınlıkların Korunmasına ilişkin

---

dolaylı ayrımcılığın yasaklanmamasının hukukun kötüye kullanılması anlamına geleceği de ifade edilmiştir. Bakınız: Schindler, 1957'den aktaran Tobler, a.g.e., 2005, s. 89.

[279] Bakınız: Govers, 1981 ve Schindler, 1957'den aktaran Tobler, a.g.e., 2005, s. 89; Karan, a.g.e., s. 212.

[280] Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD), *Polonya'daki Alman Göçmenler*, Danışma Görüşü, 3 Şubat 1923, Seri: B. No: 6. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_06/Colons_allemands_en_Pologne_Avis_consultatif.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2019).

Andlaşma'nın 8. madde düzenlemesinin temel alınabileceği sonucuna varmıştır[281]. Böylece, Polonya vatandaşlarına ve Polonya'da yaşayan Alman kökenli kişilere eşit olarak uygulanan; ancak, sadece Polonya vatandaşlarıyla benzer durumdaki Polonya'da yaşayan Alman kökenli kişiler için ortaya çıkan olumsuz sonucun ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebileceği tespit edilmiştir. Bu tespit, ayrımcılık yasağının sadece uygulama ya da düzenlemelerin kendisinden kaynaklı doğrudan ayrımcılıkla sınırlı olarak ele alınmadığını; uygulama ya da düzenlemelerin etkisi itibariyle ortaya çıkan dolaylı ayrımcılığın da ayrımcılık yasağına dahil görüldüğünü gösterir.

UDAD'ın 1932 tarihli ve "Danzig'teki Polonya Vatandaşlarına ve Polonya Kökenli veya Polonya Dilini Konuşan Diğer Kişilere İlişkin Muamele Esasları" *("In the Treatment of Polish Nationals and other Persons of Polish Origin or Speech at Danzig)*" başlıklı Danışma Görüşü de dolaylı ayrımcılık kavramının ilk izlerine ilişkin gönderme yapılan belgelerdendir[282]. Versay Andlaşması'nın, Danzig serbest şehrindeki Polonya vatandaşlarının ve Polonya kökenli ya da Polonya dilini konuşan diğer kişilerin zararına olacak ayrımcı muameleleri önleme amacını içeren 104. maddesinin 5. fıkrası temel alınarak oluşturulan bu Danışma Görüşü'ne göre, ayrımcılık yasağının etkili olabilmesi için ayrımcılığın hukuken olduğu kadar gerçekte de önüne geçilebilmelidir. Hukuken *("in law")* genel bir uygulama içeren önlem, gerçekte *("in fact")* Polonya vatandaşlarına ve Polonya kökenli ya da Polonya dilini konuşan diğer kişiler bakımından olumsuzluk yaratabilecek ve bu anlamda bir ayrımcılık yasağı ihlali oluşturabilecektir[283]. UDAD'ın, 1932 tarihli bu Danışma Görüşü'nde de, hukuki eşitlik kadar gerçek ya da maddi eşitliğin de önemli olduğuna gerçekte eşitlik vurgusuyla değinmesi, ayrımcılık yasağının kapsamına doğrudan ayrımcılığın yanında dolaylı ayrımcılığın da dahil edildiği gösterir.

---

[281] UDAD, *Polonya'daki Alman Göçmenler*, Danışma Görüşü, s. 24

[282] UDAD, *Danzig'teki Polonya Vatandaşlarına ve Polonya Kökenli veya Polonya Dilini Konuşan Diğer Kişilere İlişkin Muamele Esasları*, Danışma Görüşü, 4 Şubat 1932, Seri: A./B., B. No: 44. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_44/01_Traitement_nationaux_polonais_Avis_consultatif.pdf(Erişim Tarihi: 02.05.2019).

[283] UDAD, bu Danışma Görüşü'nde 3 Şubat 1923 tarihli "Polonya'daki Alman Göçmenler" başlıklı Danışma Görüşü'nde de benzer yaklaşımı benimsediğini ifade etmiştir. Bakınız: UDAD, *Danzig'teki Polonya Vatandaşlarına ve Polonya Kökenli veya Polonya Dilini Konuşan Diğer Kişilere Muamele Esasları*, Danışma Görüşü, s. 28.

UDAD'ın 1935 tarihli ve "Arnavutluk'taki Azınlık Okulları *(Minority Schools in Albania)*" başlıklı Danışma Görüşü de, dolaylı ayrımcılık kavramının ilk izlerinin görülebildiği bir diğer danışma görüşüdür[284]. Bu Danışma Görüşü, Arnavutluk Hükümeti'nin 1933 tarihinde Arnavutluk Anayasası'na dayanarak Arnavutluk'taki tüm özel okulları kapatması üzerine oluşturulmuştur. Arnavutluk yetkilileri, tüm özel okulların kapatılarak zorunlu ilköğretimin resmi dilde ve devlet okullarınca sağlanması yönündeki uygulamanın, hem ulusal, dini ya da dilsel azınlık mensubu Arnavutluk vatandaşlarına ve hem de diğer Arnavutluk vatandaşlarına eşit şekilde uygulandığı için ayrımcılık yasağına aykırı bir durum yaratmadığını ileri sürmüştür. UDAD, ilgili uygulamayı, 2 Ekim 1921 tarihli Arnavutluk'taki Azınlıkların Korunmasına İlişkin Bildiri'nin, ulusal, dini ya da dilsel azınlık mensubu Arnavutluk vatandaşlarının, hukuken ve gerçekte diğer Arnavutluk vatandaşlarıyla eşit muamele ve eşit hukuk güvenliğinden yararlanmaları gerektiğinin belirtildiği beşinci maddesine gönderme yapmak suretiyle "hukuken eşitlik" ve "gerçekte eşitlik" açısından yorumlamıştır[285]. UDAD'a göre, bu iki kavram arasındaki farklılıkları belirlemek kolay olmasa da Polonya'daki Alman Göçmenler hakkındaki Danışma Görüşü'nde de belirtildiği üzere, gerçekte eşitlik, salt şekli eşitlik *("formal equality")* kavramıyla sınırlı değildir. UDAD, "hukuken eşitlik" açısından her çeşit ayrımcılık yasaklanırken; "gerçekte eşitlik" ile de farklı durumlar arasında denkliği kurmak adına farklı muamele gerekliliğinin ifade edildiğini ortaya koymuştur[286]. Bu tespit, eşit durumda olmayanlara eşit davranılması halinde eşitsizliğin devam edeceğini, başka bir deyişle ayrımcılık oluşturacağını da anlatır niteliktedir. Dolayısıyla da ilgili uygulama her ne kadar herkese eşit olarak uygulanıyor olsa dahi ayrımcılık açısından incelenmiş ve ilköğretimin sadece devlet okullarında ve resmi dille veriliyor olmasının, gerçekte, özellikle ana dilleri farklı olan

---

[284] UDAD, *Arnavutluk'taki Azınlık Okulları*, Danışma Görüşü, 6 Nisan 1935, Seri: A./B., B. No: 64. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_64/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2019).

[285] UDAD, *Arnavutluk'taki Azınlık Okulları*, Danışma Görüşü, s. 5; 2 Ekim 1921 tarihinde Cenevre'de imzalanan Arnavutluk'taki Azınlıkların Korunmasıyla İlgili Bildiri'nin ilgili beşinci maddesi için bakınız: Declaration Concerning the Protection of Minorities in Albania (Geneva, October 2, 1921), http://ungarisches-institut.de/dokumente/pdf/19211002-1.pdf (Erişim Tarihi: 07.05.2019).

[286] UDAD, *Arnavutluk'taki Azınlık Okulları*, Danışma Görüşü, s. 19.

azınlık grubuna mensup kişileri olumsuz etkilediği sonucuna varılabilmiştir[287]. Bu gerekçeyle de ilgili uygulama ayrımcı bulunmuştur[288]. UDAD'ın hukuken her çeşit ayrımcılığı yasaklamakla şekli eşitliğin sağlanmasının, eşitlik için yeterli olmadığını; gerçekte eşitliği sağlamak için bazen farklılıklar yönünde farklı davranmanın da gerektiği yönünde yaptığı tespit dolaylı ayrımcılık yasağının alanını nitelemek açısından oldukça önemlidir[289].

UDAD'ın, sadece yasal düzenlemeler açısından değil, gerçekteki ya da fiili durum itibariyle ortaya çıkan ayrımcı etki doğuran durumların da ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınması gerektiği yönündeki bu tespitlerinin, aşağıda incelenecek olan dolaylı ayrımcılık tanımlarındaki yaklaşımla birebir aynı olduğunu söylemek doğru değildir. Nitekim "hukuken eşitlik" ve "gerçekte eşitlik" ifadeleri arasındaki fark da, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık kavramları arasındaki farkla birebir örtüşmez. Ancak bu kavramların birbirleriyle bağlantısı ve benzerlikleri olmadığını söylemek de doğru olmayacaktır[290]. UDAD'ın, eşit muameleyi sadece yasal düzenleme içinde değerlendirmekle yetinmeyerek; eşit muamelenin gerçekteki ya da fiili durumdaki etkisini de değerlendirmeye alması, şekli eşitlik için yeterli görülen herkese eşit davranışla ayrımcılığın önüne geçilebileceği anlayışından farklı bir paradigmaya geçişi yansıtır. Maddi eşitlikle ilişkilendirilen bu yeni paradigma da dolaylı ayrımcılık yasağının gelişim sürecine rastlar[291]. Bu anlamda bahsi geçen örnekleri, dolaylı ayrımcılık yasağına dair ilk izleri ortaya koyan ve dolaylı ayrımcılık yasağının ortaya çıkış sürecini aydınlatan erken örnekler olarak kabul etmek mümkündür.

---

[287] UDAD'ın bu danışma görüşünde ortaya koyduğu tespit, maddi eşitlik anlayışının uluslararası hukuktaki ilk görünümü olarak da incelenmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 46.
[288] UDAD, *Arnavutluk'taki Azınlık Okulları*, Danışma Görüşü, s. 22-23.
[289] Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimine yön veren kararlardan, 1968 tarihli Belçika Eğitim Dili Davası'nda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), UDAD'la benzer şekilde, genel olarak uygulama bulan eşit muamele sonucu ortaya çıkan eşitsizliklerle mücadele adına devletlerin farklı muamelede bulunmalarının eşitlik ilkesini zedelemeyeceği sonucuna varmıştır. AİHM önüne gelen Belçika Eğitim Dili Davası, aşağıda İkinci Bölüm'deki *"2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında incelenecektir.
[290] Benzer yönde bir görüş için bakınız: Schiek, a.g.e., s. 335.
[291] Loenen, a.g.e, s. 195.

1.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Tanımlanması: Farklı Etkiden Kaynaklı Ayrımcılık Teorisi

Ayrımcılık yasağı bağlamında dolaylı ayrımcılık kavramı, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD), "Farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisi"nin kuruluşuyla tanımlanmıştır[292]. Dolaylı ayrımcılık biçimini karşılayacak şekilde, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık *("disparate impact discrimination")* ifadesinin[293] kullanıldığı bu hukuk sistemine göre, genel nitelikte bir ölçütün ("*measure"*) uygulanması sonucunda, belirli bir gruba mensup orantısız ölçüde fazla sayıda kişi etkileniyorsa ve ortaya çıkan bu farklı etkiye sebep olan ölçütün nesnel ve makul bir gerekçesi bulunmuyorsa, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılıktan söz etmek mümkündür. Burada genel nitelikteki ölçütün, objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın uygulanmasının, belirli bir gruba mensup kişileri diğer gruplardaki kişilerden farklı olarak daha dezavantajlı duruma yöneltme etkisi önem taşır. Bu nedenle uygulamayla ortaya çıkan etki sebebiyle gelişen bu ayrımcılık türü, bu niteliğine vurguyla farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık olarak sınıflandırılmıştır[294].

Farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisi kaynağını, yasal düzenlemelerden çok içtihatlardan alır. Bu anlamda, birçok yazar ve akademisyen, dolaylı ayrımcılık yasağının tanımlanması sürecini, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisini kurduğu istihdamda ırk temelli ayrımcılıkla ilgili *Griggs v. Duke Power Company* kararıyla başlatır[295]. Farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık

---

[292] Farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin ayrıca, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin davacıların iş hukuku kapsamındaki ayrımcılık iddialarını ispatlamalarına yardımcı olacak şekilde geliştirdiği teorilerden biri olduğu da ifade edilmiştir. Bakınız: Currier vd., a.g.e., s. 524.

[293] "*Disparate impact discrimination"* ifadesinin Türkçe çevirisiyle ilgili olarak yukarıda 168. Dipnotta yer verilen açıklamalara bakınız.

[294] de Schutter, a.g.e., 2005, s. 16; Karan, a.g.e., s. 211.

[295] Titia Loenen, "Indirect Discrimination as a Vehicle for Change", Australian Journal Of Human Rights 6(2), 2000, s. 78; Tobler, a.g.e., 2008, s. 23; Nicholas Bamforth, Maleiha Malik ve Colm O'Cinneide, Discrimination Law: Theory & Context, Text and Materials, London, Sweet & Maxwell, 2008, s. 296; Lippert-Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 54; Khaitan, a.g.e., 2015, s. 73-74; Collins ve Khaitan, a.g.e., s. 1. Ayrıca bakınız: Micheal Connolly, Judicial Interpretations of Indirect Discrimination: A Comparative Study between Britain and the United States, Part 1, 1975-2000, Monograf, 2016, s. 1. Griggs v. Duke Power Company davası, aynı zamanda, Amerikan Sivil Haklar Hareketi'nin etkisiyle yürürlüğe girmiş olan 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümüyle (*Title VII of the Civil Rights Act of 1964*) ilişkili olarak Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin ilk kez esastan inceleme yaptığı davadır. Bakınız: Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi (*United States Supreme Court*), *Griggs v. Duke Power Co*mpany, 401 U.S.

teorisinin, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen Griggs davasında geliştirdiği anayasal bir doktrin olduğu hakkında çok şey yazılmışsa da bu teorinin ardındaki hukuki mücadeleye ilişkin bilginin daha sınırlı olduğu söylenebilir. Griggs davası, esasen, ABD'nin ilk ve önde gelen medeni hukuk ve insan hakları hukuku firması olan NAACP Yasal Savunma ve Eğitim Fonu'nun[296] 1964 tarihli Sivil Haklar Yasası'nın istihdamla ilgili hükümlere yer verilen VII. Bölümü altında düzenlenmiş haklarla ilgili olarak başlattığı, istihdamda eşitliğe yönelik dava kampanyası kapsamında yürütülen davalardandır[297].

Dolaylı ayrımcılık yasağının tanımlanması sürecini başlatan farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin anlaşılması için, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs kararının incelenmesi yanında bu Griggs davasına konu

---

424 (1971) https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/case.html (Erişim tarihi: 17 Haziran 2017). Çalışmanın devamında *Griggs v. Duke Power Company* davası ve ilgili dava sonucu alınan karardan, çoğunlukla Griggs davası ve Griggs kararı olarak bahsedilecektir. "Farklı etki nedeniyle ayrımcılık teorisi"nin kurulduğu Birleşik Devletler hukuk sisteminde, ayrımcılıkla ilgili konularda Yüksek Mahkeme son sözü söyleme hakkına sahipken; yargısal bir organ olmayan İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu da (*İFEK*) ayrımcılıkla ilgili mevzuatın yorumunda, gözleminde ve güçlendirilmesinde etkiye sahiptir. Yüksek Mahkeme'nin en yüksek ya da nihai yargı mercii olarak kabul edildiği bu hukuk sisteminde, Anayasal Hukuk, Federal Hukuk ve Eyalet Hukuku olmak üzere üç tür yasa düzeni bulunur. Özü itibariyle diğerlerinden üstün kabul edilen Anayasal Hukuk, bazı konularda Federal Hukuka, Eyalet Hukuku üzerinde üstünlük tanırken; diğer konular Eyalet Hukukuna bırakılmıştır. Her eyaletin kendi ayrımcılık karşıtı yasal düzenlemeleri vardır; ancak bu konuda asıl mevzuat Federal Hukuk olarak kabul edilir ve bu kapsamda Eyalet Hukuku, Federal Hukuka uygun olmak durumundadır. Bakınız: Connolly, a.g.e., 2016, s. 16,17. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin federe devletlerin çıkardığı yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemeyi de içeren geniş yetkisi içinde, kararlarında anayasaya ve yasalara getirdiği yorumlarla "ikinci bir yasama organı"na benzer şekilde işlev gördüğü söylenebilir. Bu niteliği sebebiyle, diğer hukuk sistemlerine nazaran Birleşik Devletler hukuk sisteminde yargısal kararlar ve yargıçlarla ilgili incelemelerin daha fazla olduğuna dikkat çekilmiştir. Bakınız: McLead, 1999'dan aktaran Ertuğrul Uzun, "Amerikan Hukuki Realizmi", Ed. Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin, Ertuğrul Uzun, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İstanbul, İthaki Yayınları, 2015, s. 76.

[296] NAACP Yasal Savunma ve Eğitim Fonu ("*NAACP Legal Defense and Education Fund, Inc.*"), devletten destek gören ırksal eşitsizlik politikalarının yaygın olduğu bir dönemde, 1940 yılında, daha sonradan Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin ilk Afrikalı-Amerikalı yargıcı olarak atanan Thurgood Marshall tarafından kurulmuştur ve kuruluşundan itibaren dönüştürücü bir misyon edinerek ırk adaleti, eşitlik ve kapsayıcı bir toplum hedefi için çalışmıştır. NAACP Yasal Savunma ve Eğitim Fonu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: NAACP Legal Defense and Education Fund, Inc. "History", https://www.naacpldf.org/about-us/history/ (Erişim tarihi: 19.02.2019).

[297] Siyah işçilere 1964 tarihli Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümü altındaki haklarıyla ilgili bilinç kazandırmak, İFEK'e başvuru ve istihdamda eşitlikle ilgili davalarda destek sağlamak, istihdamda ırk temelli ayrımcılık karşıtı temel yasal ilkeler ve normlar yaratmak için stratejik dava açmak şeklinde üç yönlü işleve sahip olan NAACP Yasal Savunma Fonu'nun işlevleri ve gerçekleştirdikleri için bakınız: Robert Belton, "Title VII at Forty: A Brief Look at the Birth, Death and Resurrection of the Disparate Impact Theory of Discrimination", Hofstra Labor & Employment Law Journal, Vol. 22, Issue. 2, 2005, ss. 435-436. 1964 tarihli Sivil Haklar Yasası çalışmanın devamında 1964 Sivil Haklar Yasası olarak anılacaktır.

olayların incelenmesi de önem taşır. Keza bu kararda temel alınan düzenlemelerin yer aldığı 1964 Sivil Haklar Yasası da bu bakış açısıyla incelenecektir. Bu inceleme kapsamında, nihayetinde Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin 1971 tarihli Griggs kararına odaklanılacaktır. Bunun yanında, bu dava sonrasındaki gelişmeler ile 1991 tarihli Sivil Haklar Yasası'ndaki farklı etkiden kaynaklı ayrımcılıkla ilgili düzenlemelere de, dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerine işaret eden farklı etki ayrımcılığı teorisinin yakın dönemdeki halini görmek ve güncel gelişmelerle karşılaştırma yapabilmek adına yer verilecektir.

1.3.2.1. Temel Alınan Yasal Düzenlemeler

Farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin geliştirildiği Griggs davasına konu olayların gerçekleştiği dönemde, ABD'de ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemelere çift yönlü bir sistem çerçevesinde yer verilmiştir. Buna göre, kamu hukuku kapsamına giren ayrımcılıkla ilgili konularda, hukukun eşit ölçüde korumasını herkes için garantilemek üzere Amerikan Anayasası'na eklenen 14. Değişiklik temel alınırken[298]; özel hukuk kapsamına giren ayrımcılıkla ilgili konularda dayanak alınan yasal düzenlemelere 1964 Sivil Haklar Yasası'nda yer verilmiştir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs kararındaki hükmünde de, Afrikalı-Amerikalılara yönelik birçok alanda ayrımcılığın yasaklanmasını sağlayan 1964 Sivil Haklar Yasası'nın istihdamda eşitlikle ilgili VII. Bölümündeki yasal düzenlemeler temel alınmıştır[299].

1964 Sivil Haklar Yasası'nın istihdamda eşitlikle ilgili VII. Bölümünde yer alan 703. maddesinde "Yasadışı İstihdam Uygulamaları" düzenlenmiştir. 703. maddenin (a) fıkrasıyla, genel olarak istihdamda ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal köken temelinde

---

[298] Bu ayrım özellikle olumlu eylemler konusunda uygulanacak hukuk konusunda belirgindir. Şöyle ki üniversitelerin idari politikalarıyla ilgili davada (*Regents of the University of California v. Bakke,* 435 US 265 (1978) ve bir belediyenin sözleşmeli işlerin en az %30'unu azınlıklara tahsis etmesiyle ilgili davada (*City of Richmond v. JA Croson* 488 US 469 (1989)), 1964 Sivil Haklar Yasası değil; Amerikan Anayasası'na eklenen 14. Değişiklik ile gündeme gelen Eşit Koruma düzenlemesi temel alınmıştır. Bakınız: Connolly, a.g.e., 2004, s.115-116.

[299] 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümü'nün düzenlenmesi sırasındaki gelişmelere ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bakınız: Herbert Hill, "The Equal Employment Opportunity Acts of 1964 and 1972: A Critical Analysis of the Legislative History and Administration of the Law", Berkeley Journal of Employment & Labor Law, Volume 2, Issue 1, Spring 1977, s. 1-11. Ayrıca bakınız: Connolly, a.g.e., 2016, s. 17-18.

herhangi bir şekilde gerçekleştirilen ayrımcı uygulamalar yasaklanmıştır[300]. Yasanın 703. maddesinin metninde açıkça doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık kavramlarıyla ilişkilendirilecek bir kavram bulunmadığı gibi; farklı etkiden kaynaklı ayrımcılıkla ilgili bir formül veya açıklama da yoktur[301]. Ancak 703. madde metninde geniş bir dil kullanılması Yüksek Mahkeme'nin farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığı da kapsayacak şekilde amaçsal yorum yapmasına izin vermiştir[302].

703. maddede, özel olarak, istihdamda bir değerlendirme yöntemi olarak testlerin yasaya uygun olmayan kullanımına ilişkin düzenlemeye de (h) fıkrasında yer verilmiştir. Griggs kararında tartışılan bir düzenleme olan 703. maddenin (h) fıkrası, ABD'de ilgili tarihlerde vasıfsız işçilerden idari personele kadar her türlü işçi alımında sıklıkla faydalanılan yetenek testlerinin, uygulamada hatalı bir biçimde işlemesi üzerine oluşturulmuştur. Şöyle ki, ilgili dönemde, çoğu işveren uyguladıkları yetenek testlerinin belirli bir işin ifası için gereken yeteneği ölçmek üzere tasarlanmış olmasına dikkat etmemekte ve bu testlerin etkililiğinin geliştirilmesi için de kaynak harcamak istememektedir. Bu doğrultuda, beyaz ve orta sınıf mensubu bir bireyi norm kabul eden bir anlayışla "standart" olarak düzenlenen bu yetenek testlerinin de, herhangi bir azınlık ya da düşük gelirliler grubuna mensup kişilerin iş başvurularını değerlendirmede başarısız olabilmesi açısından hatalı olarak kabul edilmesi mümkündür[303]. Bu maddi gerçeklik, Tower Yasa Değişikliği'yle[304] 1964 Sivil Haklar Yasası'na eklenen 703.

---

[300] 703. maddenin (a) fıkrasında işverenler için yasadışı istihdam uygulamaları sayılan tutum ve eylemler şöyle belirlenmiştir: (1) Bir kişiyi ırkı, rengi, dini, cinsiyeti ya da ulusal kökeni nedeniyle işe almamak, işe almayı reddetmek veya işine son vermek konusunda ya da ücret, ödemeye ilişkin şart ve koşullar veya çalışma hakları konusunda ayrımcılığa uğratmak; (2) İşçilerin ya da iş başvurusunda bulunanların ırk, renk, din, cinsiyet ya da ulusal köken nedeniyle çalışma firsatlarından yararlanmasını herhangi bir şekilde engellemek ya da engelleme eğiliminde olmak veya işçi olarak durumunun kötü bir şekilde etkilenmesine sebep olacak şekilde sınırlamak, ayrı tutmak ya da ayırmak.

[301] Simon Forshaw ve Marcus Pilgerstorfer, "Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in Between?" *Industrial law journal* 37(4), 2008, s. 349. Ayrıca bakınız: Connolly, a.g.e., 2016: s. 18 ve 20.

[302] Bamforth vd., a.g.e., s. 296.

[303] George W. Dent, "Employment Testing: The Aftermath of Griggs v. Duke Power Company", Columbia Law Review, Vol. 72, No. 5, May 1972, s. 900-901.

[304] 703. maddenin (h) fıkrasının VII. Bölüme eklenmesi, Teksas Senatörü John Tower tarafından, Ilinois Adil İstihdam Uygulamaları Komisyonu ("*Ilinois Fair Employment Practices Commission"*) önündeki bir davanın, Kongre'de VII. Bölüm hakkında tartışmaların yaşandığı sırada gündeme getirilmesiyle gerçekleşmiştir. İlgili dava, radyo ve televizyon alıcısı bakımı eğitimi almış bir siyah işçinin, Chicago'daki Motorola şirketine yarı nitelikli bir iş için başvurması ve kendisine uygulanan yazılı testten başarılı olamadığı gerekçesiyle işe alınımın reddedilmesiyle ilgilidir. Senatör John Tower, Motorola Davası'nda uygulanan testin 1949 yılından beri uygulanan profesyonel olarak geliştirilmiş bir test

maddenin (h) fıkrası düzenlemesini açıklar. Bu düzenlemeye göre, profesyonel olarak geliştirilmiş yetenek testleri, ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal köken temelinde ayrımcılık yapmak üzere tasarlanmamış, amaçlanmamış ya da kullanılmamış oldukları sürece yasaya aykırı sayılmayacaklardır. İstihdamda testlerin ayrımcı bir değerlendirme aracı olarak kullanılıp kullanılmadığına ilişkin 703. maddenin (h) fıkrasına dair federal ilk derece mahkemeleri tarafından birçok farklı görüş ortaya konulmuştur; bu farklı görüşlerde belirginleştirilemeyen meselelerin Yüksek Mahkeme'nin Griggs kararıyla belirginleştirildiği söylenebilir[305].

olduğunu ve bu testin uygulandığı siyah işçilerin iş başvurularının bu testlerde başarısız olmaları sebebiyle sürekli olarak reddedildiğini söylemiştir. Senatör John Tower'a göre, değerlendirme ölçütü olarak kullanılan yetenek testlerinin, toplumdaki "alt kesime" ve dezavantajlı gruplara mensup kişileri dışlamak üzere tasarlanması kabul edilebilir değildir. *Motorola, Inc. v. Illinois FEPC* davası ve Tower Yasa Değişikliği'ndeki tartışmalar hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Hill, a.g.m., s. 13-15.

[305] Bu farklılıklar, ilk bakışta ayrımcı görünmeyen durumların ispatlanmasının nasıl gerçekleştirileceği, taraflardan hangisinin ispat yüküne sahip olduğu, testlerin işle ilgili olmasının gerekip gerekmediği ve işverenin testlerin geçerliliğini *(validation)* ispatlamak zorunda olup olmadığıyla ilgili görüşler etrafında gelişmiştir. Örneğin, bir davada, kullanılan testin orantısız sayıda siyah kişiyi etkilemesi durumunda, ayrımcılık yapma yönünde kasıt ya da açıkça ayrımcı bir uygulama söz konusu olmasa dahi test uygulamasının ayrımcı sayılabileceği değerlendirmesi yapılmıştır. Bakınız: *Hick v. Crown Zellerbach Corp 319 F. Supp. 314 (E.D. La. 1970), order issued, 321 F. Supp. 124 (E. D. La (1971)*. Başka bir dava örneğinde ise, her iki grubun eşit nitelikte olmasının ortaya konulması durumunda ispat unsurunun anlamsız sayılacağı belirtilmiştir. Bakınız: *United States v. H.K. Porter Co., 296 F. Supp. 40, 77 (N. D. Ala.) (1968)*). Muhafazakar olarak nitelendirilebilecek başka bir görüşe göre de, 703. maddenin (h) fıkrasının yasaya aykırı saydığı testlerden, ayrımcı bir şekilde ve ayrımcı kastla uygulanan ve değerlendirilen testlerin anlaşılması gerekir. Bu davada, ayrıca, istatistiklerin bu nedenle konu dışı olduğu [ayrımcı etkiye ilişkin bir ispat aracı olamayacağı] tespiti de yapılmıştır. Bakınız: *United States v. IBEW, Local 38, 59 CCH Lab. Cas. 1T9226, at 6932-35 F. Supp. 40, 77 (N. D. Ohio) (1969)*. İlk bakışta ayrımcı görülmeyen davalarla ilgili, genel olarak, federal ilk derece mahkemelerinin, testin işle ilgili olması gerekliliği ile ispat yükünün davalıda olduğu görüşleri üzerinde uzlaştıklarını söylemek mümkündür. Bu konuda dikkat çekici bir ayrık görüş aşağıda incelenecek olan Griggs davasındaki Orta Karolayna Federal İlk Derece Mahkemesi tarafından ortaya konulmuştur. Ancak testlerin geçerliliğinin ortaya konulmasıyla ilgili çok az şey söylenmiştir. Nadir örneklerden birinde, belirli bir ırk grubuna mensup kişilerin uygulanan testlerde istatistiklere göre orantısız şekilde daha az başarılı olduklarının görülmesi durumunda, bu testlerin geçerliliğinin işveren tarafından ispatlanması gerektiği söylenmiştir. Bakınız: *Penn v. Stumpf, 308 F. Supp. 1238 (N. D. Cal) (1970)*. Yüksek Mahkeme önüne getirilen Griggs davası öncesindeki benzer federal ilk derece mahkemelerinin kararlarına ilişkin örnekler ve bu örneklerin daha ayrıntılı incelemesi için bakınız: Dent, a.g.m., s. 903-905. İstihdamda eşitlikle ilgili davalarda 1964 Sivil Haklar Yasası'nın 703. maddesinin (h) fıkrası yanında dayanak alınabilecek başka bir düzenleme olan 1866 Sivil Haklar Yasası'nın 1981. maddesiyle ilgili ortaya konulan federal ilk derece mahkemelerinin görüşleri için ayrıca bakınız: Dent, a.g.m., s. 903-905. 1866 Sivil Haklar Yasası'nın 1981. maddesinin farklı etki ayrımcılığı teorisi içindeki yeri ile ilgili olarak bakınız: Connolly, a.g.e., 2016, s. 19 ve 20.

1.3.2.2. Griggs v. Duke Power Company Davası

Griggs v. Duke Power Company davası, davalı *Duke Power* elektrik enerjisi şirketinin santrallerinden biri olan Dan River Buhar Santrali'nde çalışan on dört siyah işçiden on üçü tarafından 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümüne dayanılarak açılmış bir grup davasıdır *(class action)* [306]. İş gücü *(Labor)*, Kömür Hazırlama *(Coal Handling)*, İşletme *(Operations)*, Bakım *(Maintenance)* ve Laboratuvar ve Test *(Laboratory and Test)* şeklinde beş ayrı departmandan oluşan ilgili elektrik enerjisi santralinde 1964 tarihli Sivil Haklar Yasası'nın yürürlüğe girmesinden önceki tarihlerde, siyah işçilerin şirketteki çalışma imkânı sadece en düşük maaş karşılığı çalışmanın gerçekleştiği iş gücü departmanıyla sınırlı tutulmuştur. *Duke Power*, 1955 yılında, iş gücü departmanı dışındaki departmanlara ilk kez başvuracak olan adaylar ve kömür hazırlama departmanından işletme, bakım ve laboratuvar ve test departmanlarına terfi için başvuran işçiler için lise mezunu olma koşulunu getirmiştir. O tarihte iş gücü departmanında çalışmak için herhangi bir koşul öngörülmemiştir. *Duke Power,* 1965 yılında siyah işçiler için öngördüğü sadece iş gücü departmanında çalışabilme sınırlılığını kaldırdığında, lise mezunu olma koşulu siyah işçiler için de iş gücü departmanından diğer dört departmana geçiş için önkoşul sayılmaya başlamıştır[307].

1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümün yürürlüğe girdiği 2 Temmuz 1965 tarihinde[308] *Duke Power* iş gücü departmanı dışındaki departmanlarda çalışabilmek için

---

[306] Kuzey Karolayna Federal İlk Derece Mahkemesi, *Griggs v. Duke Power Company*, 292 F. Supp. 244 (M. D. N. C. 1968), https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/292/243/2159976/. Dava tarihinde Dan River Buhar Santrali'nde on dört siyah işçi ve 95 beyaz işçi çalışmaktadır (401 U. S. 426).
[307] 401 U. S. 427
[308] Sivil Haklar Yasası'nın 2 Temmuz 1964 yılında yürürlüğe giren diğer bölümlerinin aksine VII. Bölüm bir yıl sonra 2 Temmuz 1965'te yürürlüğe girmiştir (Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, § 716(a), 78 Stat. 241, 266 (1964). VII. Bölümün bir yıl sonra yürürlüğe girmesinin nedeni, önceden mevcut olan herhangi ayrımcı politika ya da uygulamaların ortadan kaldırılması adına yasal süre sağlanmasıdır. Bakınız: Belton, a.g.m., 2005, s. 436 Bu zaman diliminde bir çok işveren istihdam politikalarında değişikliğe gitmiştir, ancak bu değişiklikleri "kozmetik değişiklikler *("cosmetic change")* olarak değerlendirmek mümkündür. Çünkü işverenlerin benimsediği görünüşte tarafsız istihdam politikalarının, azınlık gruplarının ikincil konumunda bir değişiklik yaratamadığı görülmüştür. VII. Bölümün bir yıl sonra yürürlüğe girmesinin bir başka nedeni de İFEK'e ve ABD Adalet Bakanlığı'na ilgili yasanın güçlendirilmesi için süre tanınmasıdır. Bakınız: Alfred W. Blumrosen, "Strangers in Paradise: Griggs v. Duke Power Co. and the Concept of Employment Discrimination", Michigan Law Review, Vol. 71, No. 1, November 1972, s. 64.

ek bir koşul daha getirmiştir[309]. Bu koşul, profesyonel olarak geliştirilmiş iki ayrı yetenek testinden yeterli puanı almak şeklindedir. Dolayısıyla iş gücü departmanında çalışan siyah işçilerin, iş gücü departmanından, şirket içindeki başka bir departmana geçişleri için hem lise mezunu olmaları hem de bu iki yetenek testinden yeterli puan alma koşulunu karşılamaları beklenmiştir. *Wonderlic Personnel Test* ve *Bennett Mechanical Comprehension Test* adındaki ilgili iki yetenek testinden yeterli puanı alma koşulunun, lise mezuniyetine ilişkin koşuldan daha zorlayıcı olduğu ifade edilmiştir; öyle ki lise mezunlarının sadece yarısı bu testlerden başarılı olabilmiştir[310]. Protestolar sonucunda, 1965 yılının Eylül ayında, ilk iş başvurusunda bulunanlar için muhafazaya devam edilen lise mezuniyeti koşulu, şirkette o tarihte çalışanlar için kaldırılmış; iş gücü departmanı haricinde şirket içindeki diğer departmanlara geçiş için tek koşul olarak ilgili iki yetenek testinden başarılı olma koşulu muhafaza edilmiştir[311].

Davacı olan on üç siyah işçi, 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümünde yer alan 703. maddenin (h) fıkrasına dayanarak Kuzey Karolayna Federal İlk Derece Mahkemesi'ne *(US District Court for the Middle District of the North Carolina)* başvurmuşlardır[312]. Davacı işçiler, kullanılan testlerin ayrımcı sonuç doğurduğunu iddia

---

[309] Dent, a.g.m., s. 905; Belton, a.g.m., s. 441.

[310] 401 U. S. 428, n. 3. *Wonderlic Personnel* ve *Bennett Mechanical Comprehension* testlerinin, 703. maddenin (h) fıkrası çerçevesinde değerlendirildiği ve ayrımcılık yapma yönünde bir kasıt ya da açıkça ayrımcı bir uygulama yoksa da istatistiki verilerin ispat oluşturabileceğinin belirtildiği bir davada, ilgili testlerden başarılı olan siyah ve beyaz işçilerle ilgili istatistiki verilere yer verilmiştir. Buna göre 1963 yılının başında, davacının belirli bir iş kategorisine nakil olmak isteyen tüm çalışanları, standart olarak oluşturulmuş testlerden yeterli puanı almaya zorunluluğuyla karşı karşıya bırakılmışlardır. *Wonderlic Personnel* testiyle ilgili verilere göre, beyazların %37.3'ü başarılı olmuşken, siyahların %9.8'i başarılı olabilmiştir. *Bennett Mechanical Comprehension* testinden başarılı olan beyazların oranı %64.9 iken; bu testten yeterli puanı alabilen siyahların oranı ise %15.4'tür. Bu davaya bakan federal ilk derece mahkemesine göre, test sonuçları siyahlara nazaran beyaz işçilerin tercih edildiğini açıkça gösterir niteliktedir. Bu durum karşısında, işverenin bu testlerin işin gerekliliğiyle ilişkisini gösteremediği sürece testlerin ayrımcı olacağı tespiti yapılmıştır. Hick v. Crown Zellerbach Corp 319 F. Supp. 314 (E.D. La. 1970), order issued, 321 F. Supp. 124 (E. D. La (1971)'dan aktaran Blumrosen, a.g.m., s. 64. Bu testlerin kullanımı birçok davaya konu olmuştur. Diğer örnekler için bakınız: King v. Georgia Power Co., -F. Supp.-, 3 E.P.D. ff 8318 (N.D. Ga. 1971) (Sadece Bennett Mechanical Comprehension testi kullanılmıştır.); Moody v. Albermarle Paper Co., Civil No. 989 (E.D.N.C. 1971).

[311] 292 F. Supp. 246. O tarihte hali hazırda iş gücü ya da kömür hazırlama departmanında çalışan işçilerin diğer departmanlara geçebilmeleri için mevcut olan tek koşul ilgili iki yetenek testinden yeterli puanı almış olmak iken, iş gücü departmanı haricindeki bir departman için yeni bir iş başvurusunda bulunacak kişilerin ise hem lise mezuniyeti hem de iki ayrı yetenek testinden yeterli puanı almış olma koşullarını karşılamaları gerekmektedir (401 U. S. 428).

[312] Kuzey Karolayna Federal İlk Derece Mahkemesi'nin 30 Eylül 1968 tarihli kararının bütünü için bakınız: *Griggs v. Duke Power Company*, 292 F. Supp. 243 (M. D. N. C. 1968), https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/292/243/2159976/ (Erişim tarihi: 21.02.2019).

etmişlerdir ve bu iddialarına, İstihdam Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun (İFEK - *Equal Employment Opportunity Commission [EEOC]*) *i*stihdamda testlerin kullanımına ilişkin kılavuzunu temel almışlardır. Bu kılavuzda, değerlendirme yöntemi olarak kullanılacak bir testin işin ifasıyla ilişkili *(job related)* yeteneği ölçebilen bir test olması gerekliliği vurgulanmıştır[313]. Federal İlk Derece Mahkemesi'ne göre, bu iddia İFEK'in istihdamda testlerin kullanımına ilişkin kılavuzuna uygundur; ancak ilgili kılavuz 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümünde yer alan 703. maddenin (h) fıkrasının amacına uygun değildir; nitekim 703. maddenin (h) fıkrasında, testlerin muhakkak işin ifasıyla ilişkili olması gerektiğine dair bir ifade mevcut değildir. Bu doğrultuda, işverenin ayrımcılık yapma yönünde kastı olmadığı sürece, işin ifasıyla ilişkili olmayan bir testin dahi yasaya aykırı sayılamayacağı sonucuna varılmıştır[314]. Federal İlk Derece Mahkemesi'ne göre, *Duke Power*'ın, daha önce siyah işçilerin çalışma imkânını sadece iş gücü departmanıyla sınırlarken, açık bir ayrımcılık yaptığı şüphesizdir. Ancak bu sınırlayıcı uygulama sonradan kaldırıldığı için, artık söz konusu olmayan bir ayrımcı uygulamanın, bu konuya genişletilmesi de mümkün görülemez[315].

Federal İlk Derece Mahkemesi'nin, davacı işçilerin itirazını reddetmesi üzerine başvurulan Federal Temyiz Mahkemesi *("The Court of Appeals")*, Federal İlk Derece Mahkemesi'nin kararına kısmen katılmıştır[316]. Federal Temyiz Mahkemesi, Federal İlk Derece Mahkemesi'nin şirketin siyah işçilerin çalışma imkânını sadece iş gücü departmanıyla sınırlayan uygulamasını 1965 yılında kaldırmasıyla ayrımcı tutumunun tamamen sona erdiği yönündeki görüşünü doğru bulmamıştır. Bu anlamda, en düşük maaş karşılığı çalışmanın gerçekleştiği iş gücü departmanından, diğer departmanlara geçiş için yeni ek koşulların getirilmesinin de ayrımcılık teşkil edip etmediği yönünden

---

[313] Orijinal adı "EEOC Guidelines on Employment Testing Procedures" olan kılavuz basılı broşür olarak 24 Ağustos 1966 tarihinde yayımlanmıştır. Bakınız: Blumrosen, a.g.m., s. 60, d.n. 5). İFEK'in ilgili kılavuzundaki yorumuna göre, "profesyonel olarak geliştirilmiş yetenek testi", "iş başvurusunda bulunanın talip olduğu belirli bir iş ya da iş sınıfı için gereken bilgi ya da yetenekleri adil bir şekilde ölçen bir test ya da işverene, iş başvurusunda bulunanın belirli bir işi ya da iş sınıfındaki işleri yerine getirmedeki yeteneğini ölçme imkânını tanıyan bir test" anlamına gelir (292 F. Supp. 250).

[314] 292 F. Supp. 250 (M. D. N. C. 1968).

[315] 292 F. Supp. 248. Federal İlk Derece Mahkemesi'nin bu görüşünün, yukarıda bahsedilen çeşitli federal ilk derece mahkemelerinin yetenek testleri hakkındaki görüşleriyle çeliştiği söylenebilir. Karşılaştınız: Yukarıda 305. Dipnot ve 310. Dipnot

[316] Federal Temyiz Mahkemesi Dördüncü Daire'nin 9 Ocak 1970 tarihli kararı için bakınız: United States Court of Appeals Fourth Circuit, 420 f. 2d 1225, https://openjurist.org/420/f2d/1225/griggs-v-duke-power-company (Erişim tarihi: 21.02.2019).

değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir[317]. Ancak, Federal Temyiz Mahkemesi, 1964 Sivil Haklar Yasası'nın tarihi gelişimini de göz önüne aldığını belirttiği incelemesinde, ilgili ek koşulların geçmişteki ayrımcı koşulları sürdürmek üzere, ayrımcılık yapma yönünde bir kast doğrultusunda işlemediği sürece kabul edilebilir olduğunu söylemiştir. Federal Temyiz Mahkemesi'ne göre, ilgili koşullar, beyaz işçilere de siyah işçilerle birlikte adil bir biçimde eşit olarak uygulandığı için burada ayrımcılık yapma yönünde bir kasttan söz etmek mümkün değildir[318]. Yetenek testlerinin işin ifasıyla ilişkili *(job related)* olması gerekliliği iddiasını da, aynı tarihsel gelişim çerçevesinde okuyan Federal Temyiz Mahkemesi[319], davacıların iddialarına temel aldıkları İFEK kılavuzunun, testlerin ayrımcı olmayan bir şekilde uygulanmasından çok testlerin adil olarak uygulanmasıyla ilgili olduğunu belirtmiştir[320], Federal Temyiz Mahkemesi, testlerin işin ifasıyla ilişkili olması gerekliliği meselesinin İFEK'in yetkisinin ötesinde olduğunu da belirtmiş; yasanın yapılış sürecinde Kongre'de yetenek testlerinin işin ifasıyla ilişkili olması gerekliliğini reddetmekten yana sarfedilen görüşleri temel alarak, şikayet konusu olayda ırk temelli bir ayrımcılığın tespit edilmediği sonucuna varmıştır[321].

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, 1970'lerin sonunda önüne gelen Griggs v. Duke Power Company davası kapsamında, Griggs lehine karar vererek federal ilk derece ve temyiz mahkemelerinin kararlarını oybirliğiyle bozmuştur. Yüksek Mahkeme, işverenin lise mezuniyeti ve iki ayrı standart yetenek testinden geçebilme olarak belirlediği istihdam koşullarını, 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümü kapsamında incelemiştir[322]. İlgili istihdam koşulları Yüksek Mahkeme tarafından üç açıdan değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeyle, Duke Power şirketinin öngördüğü

---

[317] 420 F. 2d 1225, P. 23 – 31 (4th Cir. 1970).
[318] 420 F. 2d 1225, P. 45 - 46 (4th Cir. 1970); 401 U. S. 429.
[319] 420 F. 2d 1225, P. 33 (4th Cir. 1970).
[320] 420 F. 2d 1225, P. 75-76 (4th Cir. 1970). 420 F. 2d. 1233-1235.
[321] Blumrosen, a.g.m., s. 77; Temyiz Mahkemesi, bu noktada Tower Yasa Değişikliği ile ilgili tarihi gelişmeye değinse de, bu değişikliğin anlamını gözden kaçırmıştır. Aktaran: Dent, a.g.m., s. 906. Mahkeme üyelerinden biri, VII. Bölümün bir ırkı dışlayıcı nitelikteki istihdam kriterini ve ilgili işi ifa etmek üzere gerekli yetenek ve yeterlilikleri ölçmeyen bu koşulları yasakladığını belirterek kararın bu kısmına katılmamıştır (401 U. S. 429, n.5). Yargıç Sobeloff'un karara muhalif argümanları için bakınız: Blumrosen a.g.m., s. 77-78.
[322] Karar, Yargıç Brennan'ın yokluğunda diğer yedi yargıcın katılımıyla oybirliğiyle kabul edilmiştir (401 U. S. 425).

koşulların, (a) işin ifasıyla ilişkili olduğu gösterilemiyorsa, (b) beyaz işçilerle karşılaştırıldığında orantısız ölçüde daha çok sayıda siyah işçiyi yetersiz kılma etkisi varsa ve bu koşullar (c) söz konusu istihdam alanında uzun süredir mevcut olan ve beyaz işçilerin lehine işleyen uygulamaların bir parçası ise 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümüne aykırı olarak değerlendirilmeleri gerektiği sonucuna varılmıştır[323].

Yüksek Mahkeme, değerlendirmesine temel aldığı açıların ikincisi olan ilgili istihdam koşullarının beyaz işçilerle karşılaştırıldığında orantısız ölçüde daha çok sayıda siyah işçiyi yetersiz kılma etkisini incelerken, bazı verilerden yararlanmıştır. Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararında yer verdiği siyah işçilerden daha fazla sayıda beyaz işçinin lise diplomasına sahip olma ve standart yetenek testlerinden geçebilme koşullarını karşılayabildikleri bilgisi de[324] Yüksek Mahkeme'nin dikkate aldığı verilerdendir. Yüksek Mahkeme'nin kararında atıf yaptığı verilerden Birleşik Devletler Nüfus Sayımı İdaresi'nin 1960 tarihli istatistikleri de, Kuzey Karolayna bölgesindeki beyaz erkeklerin %34'ünün, siyah erkeklerin ise sadece %12'sinin lise mezunu olduğunu göstermektedir. İFEK'in bir davada değindiği, *Wonderlic Personnel Test* ve *Bennett Mechanical Comprehension Test*'lerini de kapsayacak şekilde standart yetenek testlerindeki başarı durumu ile ilgili olarak paylaşılan veriler de benzer şekilde, beyaz işçilerin %58'inin, siyah işçilerin sadece %6'sının bu yetenek testlerinden yeterli puanı alabildiğini ortaya koymaktadır[325]. Ayrıca, Yüksek Mahkeme'nin başka bir kararında da belirttiği üzere bu durum Kuzey Karolayna'daki siyahların, geçmişte sadece siyahlara ayrılmış okullarda *("segregated schools")* daha düşük seviyede eğitim görmeleriyle de bağlantılıdır; bu nedenle, ortaya çıkan sonucun ayrımcılığa karşı korunan ırk temeliyle bağlantısını kurmak da mümkündür[326]. Dolayısıyla bu noktada, istihdamda öngörülen görünüşte nötr bir koşulun, geçmişteki ayrımcı uygulamaların

---

[323] 401 U. S. 426
[324] 420 F.2d 1225, 1239 n. 6.
[325] 401 U. S. 430, n.6; Bu davada değinilen nüfus sayımı için bakınız: U.S. Bureau of the Census, U.S. Census of Population: 1960, Vol. 1, Characteristics of the Population, pt. 35, Table 47. İlgili İFEK kararları için bakınız: Decision of EEOC, CCH Empl.Prac. Guide, 17,304.53 (Dec. 2, 1966). EEOC 70-552, CCH Empl.Prac. Guide, 6139 (Feb.19, 1970).
[326] Yüksek Mahkeme, *Gaston County v. United States*, 395 U. S. 285 (1969) davasında, seçmen kaydı için öngörülen okuryazarlık testini, siyah bireylerin geçmişte sadece siyahlara ayrılmış okullarda daha düşük seviyede eğitim aldıkları gerekçesiyle, siyah bireyleri dolaylı olarak ırk temelli olarak seçme hakkından mahrum bırakabileceği için yasaklamıştır (401. U. S. 430).

etkisini geleceğe taşıma etkisinin bulunduğu söylenebilir. Nitekim, öngörülen istihdam koşullarının, istihdam alanında uzun süredir mevcut olan beyaz işçilerin lehine işleyen uygulamalarla bir bağlantısı olup olmadığı konusu Yüksek Mahkeme'nin değerlendirmesine temel aldığı açılardan sonuncusudur.

Yüksek Mahkeme, ilgili istihdam koşullarını, istihdam alanında geçmişten beri beyazların lehine işleyen uygulamaların bir parçası olup olmadıkları açısından incelerken, 1964 Sivil Haklar Yasası'nın amacını da sorgulamıştır. Başyargıç (*Chief Justice*) Burger'ın yazdığı Yüksek Mahkeme'nin kararına göre, Kongre'nin VII. Bölüme dair yasa metninden açıkça anlaşılan amacı, istihdamda fırsat eşitliğinin sağlanmasıdır. Bu açıdan da gereken, istihdamda geçmişten beri beyazların lehine işleyen durum dahilinde siyah bireyler için söz konusu olan engelleri kaldırmaktır[327]. Buna göre:

> *"Yasa kapsamında, görünüşte tarafsız olan ve hatta ayrımcı bir kasıt taşımayan uygulamalar, usuller veya testler, geçmişteki ayrımcı istihdam uygulamalarının yararına olacak şekilde statükoyu sürdürmek üzere işliyorsa; bunların sürdürülmesine izin verilemez*[328]*."*

Karara göre, Kongre'nin 1964 Sivil Haklar Yasası'nın istihdamda eşitlikle ilgili VII. Bölümüyle her bireye niteliklerinden bağımsız olarak iş sağlamak amaçlanmadığı gibi; Yasa'ya göre bir bireyin geçmişte ayrımcılığa maruz kalması ya da bir azınlık grubuna mensup olması da başlı başına bir işe alınma sebebi değildir. 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümüyle, tam olarak ve yalnızca azınlık ya da çoğunluk herhangi bir gruba yönelik ayrımcı bir tercih yasaya aykırı olarak belirlenmiştir. Bu anlamda kararda, Kongre'nin VII. Bölümle amaçladığının, ırk ya da diğer temellerdeki ayrımcılığa hizmet eden istihdam önündeki yapay, keyfi ve gereksiz engellerin kaldırılması olduğu ifade edilmiştir[329].

Yüksek Mahkeme, Duke Power şirketinin öngördüğü istihdam koşullarını işin ifasıyla ilişkili olup olmadıkları açısından değerlendirirken de istihdam önündeki

---

[327] 401 U. S. 429, 430
[328] 401 U. S. 430
[329] 401 U. S. 430,431.

muhtemel bir engel olarak, yetenek testlerinin niteliğini sorgulamıştır. Bu doğrultuda, Yüksek Mahkeme, 703. maddenin (h) fıkrasının, sadece ırk temelli ayrımcılık yapmak üzere, tasarlanmadıkları, amaçlanmadıkları ya da kullanılmadıkları sürece değerlendirme yöntemi olarak yetenek testlerine izin verdiğine dikkat çekmiştir. İFEK'in istihdamda testlerin kullanımına ilişkin kılavuzunu ve 703. maddenin (h) fıkrası üzerine Kongre'de gelişen tartışmaları dikkate alan Yüksek Mahkeme'ye göre, hem ilgili kılavuz,[330] hem de 703. maddenin (h) fıkrasının izin verdiği yetenek testleri, işin ifasıyla ilişkili olan testlerdir *(job-related tests)*. Bu doğrultuda işin ifasıyla ilişkili yeteneği ölçebilen yetenek testlerinin meşru olduğu da, fırsat eşitliğiyle ilişkili biçimde şöyle açıklanmıştır:

> *"Kongre'ye göre, işe alım ya da terfi için öngörülen test ya da ölçütlerde, leylek ve tilki fablındaki anlayışla sınırlı kalındığında, fırsat eşitliğinin sağlandığından bahsedilemez. Fabladaki anlayışın aksine, Kongre, iş başvurusunda bulunan kişinin, durumunun ya da koşullarının da dikkate alınması gerektiği kanısındadır. Bu açıdan bahsi geçen fabla dönülürse, [fırsat eşitliğinin sağlanması adına] içinde yemeğin sunulduğu kabın herkesin kullanımına uygun olması gerektiği görülebilir. Yasa, sadece açık ayrımcılığı değil, şeklen adil olan ancak fiilen ayrımcı olan uygulamaları da yasaklar. Burada asıl değerlendirilmesi gereken mesele iş gerekliliğidir (business necessity). 'Zencileri' dışlamaya yarayan bir istihdam uygulamasının işin ifasıyla ilişkili bir uygulama olduğu gösterilemediği takdirde, bu uygulamanın yasaya uygun olduğu da söylenemez[331]."*

Yetenek testinin işin ifasıyla ilişkili olduğu gösterilmediği takdirde, tek başına ayrımcı bir etkinin söz konusu yetenek testlerini 703. maddenin (h) fıkrasının koruması dışında bıraktığı sonucuna varan Yüksek Mahkeme, Federal Temyiz Mahkemesi'nden farklı olarak, İFEK'in yorumuna ve yasanın yapılış sürecine büyük önem atfetmiştir[332]. Yüksek Mahkeme, bu noktada, Federal İlk Derece Mahkemesi'nin ve Federal Temyiz Mahkemesi'nin işverenin ayrımcılık yapma yönündeki kastıyla ilgili yaptıkları yorumların, yanlış ya da doğru olduğuna dair yorum yapmamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, iyi niyet ya da ayrımcı kastın yokluğu, azınlık gruplarına mensup kişiler için öngörülen yerleşik istihdam uygulamalarının yarattığı ayrımcı etkiyi sona erdirmez.

---

[330] 401 U. S. 433, n. 9.
[331] 401 U. S. 431
[332] Dent, a.g.m., s. 906.

Ayrıca iyi niyetin ya da ayrımcı kastın yokluğunun, işin ifasıyla ilişkili yeteneği ölçme konusuyla ilgisi de yoktur[333]. Dolayısıyla, yetenek testlerinin farklı etkiden kaynaklı ayrımcı bir sonuç doğurması için tespit edilen kilit nokta iş gerekliliği olarak belirlenmiştir[334]. İlgili istihdam koşullarının işin ifasıyla ilişkili ve işin ifası için gerekli olduğunu gösterme konusunda da işveren yükümlü kılınmıştır. Başka bir deyişle, öngörülen istihdam koşullarının iş gerekliliğiyle ilişkili olduğuna dair ispat yükünün işverene ait olduğu tespit edilmiştir[335]. Ancak Yüksek Mahkeme'nin önündeki kayıtlarda ne lise mezuniyeti koşulunun ne de yetenek testlerinden geçebilme koşulunun iş gerekliliğiyle ilişkisi gösterilmemiştir. Duke Power şirketinin başkan yardımcısının beyanına göre, ilgili koşulların amacı şirketteki işgücünün genel kalitesini arttırmaya yöneliktir[336]. Duke Power bu gerekliliklerin işin ifasıyla ilişkili olduğuna dair anlamlı bir ispatta bulunamadığı için, işverenin ayrımcılık yapma yönünde kastının olup olmaması önemli olmaksızın, siyah işçiler için ayrımcı sonuçlar doğuran yetenek testlerinin 703. maddenin (h) fıkrasına aykırı olduğu kabul edilmiştir[337].

Farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinde, davacının ayrımcılık yapma yönünde kastının varlığının ispatının gerekmemesinin, Birleşik Devletler hukukunda dolaylı ayrımcılığı, yani farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığı, doğrudan ayrımcılıktan, yani farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılıktan ayıran nokta olduğu söylenebilir[338]. Kasıt unsurunun aranmaması, başka bir deyişle işverenin kastının olmadığı ayrımcı sonuçlardan sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesi, Birleşik Devletler hukukunda, dolaylı ayrımcılığı tartışmalı bir konuma taşımıştır. Nitekim Yüksek Mahkeme, 1976 tarihli Washington v. Davis kararında davacının iddia etttiği ayrımcı davranışın ırk

[333] 430 U.S. 432
[334] Dolayısıyla bazı yazarların aksine Yüksek Mahkeme'nin bu davada farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisini ayrımcılık yapma yönündeki kasta dair somut bir delilin yokluğunda "bahane"yi ortaya çıkarmak üzere kurduğu söylenemez. Nitekim, Yüksek Mahkeme, özellikle işverenin asıl kastını gösterecek somut deliller yokluğunda, alt mahkemelerin tespitlerini yeniden gözden geçirebilecek yetkiye de sahip değildir.
[335] 401. U. S. 432
[336] 401 U. S. 431
[337] Dent, a.g.m., s. 906-907; Connolly, a.g.e., 2016, s. 20.
[338] Martha Chamallas, "The Market Excuse (reviewing Legalizing Gender Inequality: Courts, Markets, and Unequal Pay for Women in America by Robert L. Nelson, William P. Bridges)", University of Chicago Law Review, Vol. 68, Issue. 2, 2001, s. 599-600.

temelinde ayrımcılık yapma yönünde bir kasta dayalı olduğunu ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir[339].

Ayrımcı olduğu iddia edilen davranışı ayrımcı kastın yönlendirmiş olmasının aranmaması yani kasıt unsurunun aranmaması, ayrımcılığa karşı korunan grupların eşitliğini savunanlar tarafından farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık gibi ispatı oldukça zor meseleler için olumlu bulunmuştur[340]. Diğer taraftan, muhafazakar yazarlar tarafından da kasıt unsurunun aranmamasının, işvereni ahlaki temelden yoksun bir şekilde sorumlu kılarak ona haksız bir yük yükleyecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir[341].

Özetle, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs kararında oluşturulan farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin iki boyut üzerinden temellendiği söylenebilir. İlk boyut, ayrımcı sonuçlar doğurduğu iddia edilen uygulamanın, ayrımcılığa karşı korunan bir gruba mensup kişiler için diğer gruba mensup olan kişilerden farklı olarak ortaya çıkan etkisiyle ilgilidir. Kararda da, siyah işçilere göre orantısız ölçüde fazla sayıda beyaz işçinin lise mezuniyetine sahip olduğu durum dahilinde, lise mezuniyetinin bir istihdam koşulu olarak öngörülmesinin, siyah işçilerin istihdam oranlarının beyaz işçilerden farklı olarak daha düşük olması etkisini ortaya çıkardığı tespit edilmiştir. İkinci boyut ise, söz konusu uygulamanın meşru olup olmadığıyla ilgilidir. Griggs davasında ayrımcı etki doğuran uygulamanın meşruiyeti, işin ifası için gerekli olma şartına bağlanmıştır. Bu noktada ispat yükünün davalıda olduğu tespiti yapılmış ve davalı işverenin öngördüğü istihdam koşullarının işin ifası için gerekli olduğunu ispatlaması istenmiştir. Başka bir deyişle öngörülen istihdam koşullarının işin ifasıyla ilişkili olup olmadığı sorgulanmıştır. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'ne göre bu davada işveren şirket görünüşte tarafsız olan; ancak işin ifasıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir işe alım yöntemi ardına belli bir ırkı ayrı tutan bir uygulama saklamıştır. Lise mezuniyetine sahip olmak ya da yetenek testlerinden yeterli

---

[339] Tobler, a.g.e., 2005, s. 94; Yüksek Mahkeme'nin, Amerikan Anayasası'na eklenen 14. Değişiklik bağlamında incelediği *Washington v. Davis,* 426. U.S. 229 (1976) davasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca Bakınız: Audrey Daniel, "The Intent Doctrine and CERD: How the United States Fails to Meet Its International Obligations in Racial Discrimination Jurisprudence", DePaul Journal for Social Justice, Vol. 4, Issue: 2, 2016, s. 281-285.

[340] Lawrence, 1987'den aktaran Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 245.

[341] Epstein, 1992'den aktaran Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 245.

puan almak koşulları, elektrik santralindeki işin ifası için kesinlikle gerekli olabilecek koşullar değildir; bu nedenle işe alım için öngörülen koşulların iş gerekliliğiyle ilişkili olma yönünde meşru sayılabilecek amacı ispatlanamamıştır[342].

Bu şekilde özetlenebilecek Griggs kararı, bir yönüyle de, görünüşte nötr olan bir ölçütün Birleşik Devletlerdeki siyahların içinde bulundukları dezavantajlı durumu nasıl sürdürüp sağlamlaştırabileceğini gösterir[343]. Bu anlamda, geliştirilen farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin, yapısal eşitsizliklerle mücadeledeki değeri de açıktır[344]. Griggs kararında, 1964 Sivil Haklar Yasası'nın, azınlık gruplarının çıkarları ile bu azınlık gruplarına mensup kişilerin istihdam fırsatlarına erişimini korumakta ve geliştirmekte olduğunun altı çizilmiştir. Bu karar kapsamında, ayrımcılık meselesi sadece bir kişiye yönelik olarak uygulanan ve sadece o kişiyi etkileyen münferit bir olay olarak değil, endüstri ilişkileriyle kurulan sistemin azınlık grubu mensubu bireyler üzerinde çoğunluktan farklı olarak doğurduğu etki olarak ele alınmıştır. Böylece, 1964 Sivil Haklar Yasasının VII. Bölümünün hem bireysel hem de grup üzerindeki zararı kapsadığı söylenebilir. Öte yandan, Griggs davası ve öncesindeki gelişmelerle oluşturulan yorumlarla ayrımcılık, kasıttan ziyade sonuca, amaçtan ziyade etkiye odaklı bir şekilde yeniden tanımlanabilmiştir[345]. Böylece, kasıtsız ve örtülü ya da gizli sayılabilecek ayrımcılık biçimlerinin de ayrımcılık yasağına dahil olduğu ortaya konulabilmiştir.

1.3.2.3. Yasal Düzenlemelere Yansıması

Griggs davasında farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığa dair ortaya konulan temel ilkeler, 1980'li yılların sonunda yargısal ve siyasal fikir ayrılıklarından etkilenmiş; Yüksek Mahkeme de bazı kararlarında, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin bazı ilkelerini değiştirmiştir. Griggs davası sonucunda oluşturulan farklı etkiden kaynaklı

[342] Connolly, a.g.e., 2016, s.21.
[343] Fredman, a.g.e., 2011, s. 177.
[344] Nitekim Griggs kararında oluşturulan ilkelerin ABD'deki olumlu eylem uygulamalarına da katkısı olduğu ifade edilmiştir. Bakınız: Lippert –Rasmussen, a.g.e., 2014, s. 54. Griggs kararının "pozitif ayrımcılık uygulamalarına dair öğretici bir hukuki argüman" sunduğuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar için ayrıca Bakınız: Akbaş ve Şen, a.g.m., s. 172.
[345] Blumrosen, a.g.m., s. 62.

ayrımcılık teorisinin, ilerleyen yıllarda nasıl değişim gösterdiği de Griggs davası sonrasındaki bu örnek kararlar ile 1991 tarihli Sivil Haklar Yasası'ndaki farklı etkiden kaynaklı ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler aracılığıyla görülebilecektir. Farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin Griggs kararıyla ilk oluşturulduğu halinden sonra aldığı daha güncel halini görmek, aynı dönemde Avrupa düzeyindeki diğer dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili gelişmelerle karşılaştırma yapmayı da mümkün hale getirecektir.

Yüksek Mahkeme, *Wards Cove Packing Co v. Atonio* kararıyla[346], Griggs kararında kurulan farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık davalarındaki ispat yöntemini yeniden yorumlamıştır. Yüksek Mahkeme, bu kararında işverenin, farklı etkiden kaynaklı ayrımcı olan bir istihdam uygulamasını sadece ekonomik nedenlere dayandırmak suretiyle gerekçelendirerek, ilgili istihdam uygulamasının meşruluğunu göstermesini yeterli bulmuştur. Böylece Yüksek Mahkeme'nin ortaya konulan farklı etkiden kaynaklı ayrımcı nitelikli istihdam uygulamalarının gerekçelendirilmesini daha kolaylaştırdığı söylenebilir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, bir istihdam uygulamasının meşruluğu işverence ortaya konulduktan sonra, bu istihdam uygulamasının iş gerekliliğiyle ilişkilendirilememesi sebebiyle meşru gerekçeden yoksun olduğuna dair ispat yükünün davacı tarafa geçeceğine de hükmetmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin *Wards Cove Packing Co v. Atonio* kararında benimsediği yaklaşıma karşı tepkiler, 1964 Sivil Haklar Yasası'nın içeriğindeki hakları geliştirmek üzere yapılan değişikliklere de yansımıştır. 1964 Sivil Haklar Yasası'nı değiştiren 1991 tarihli Sivil Haklar Yasası'nın "Farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık davalarında ispat yükü" başlıklı 105. maddesiyle, 1964 Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümündeki 703. maddesine yeni fıkra eklenmesi suretiyle yapılan değişiklikle, madde metnine farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisine ilişkin yasal bir düzenleme dahil edilebilmiştir. İlgili düzenleme Griggs kararında ortaya konulan temel ilkeleri yansıtmaktadır. Bu anlamda ilgili düzenlemenin Wards Cove davasından önceki hukuki duruma yeniden dönüş niteliği taşıdığı da söylenebilir[347]. 1991 tarihli Sivil Haklar Yasası'nın VII.

---

[346] 490 U. S. 642 (1989)

[347] Tobler, a.g.e., 2005, s. 94; Fredman, a.g.e., 2011, s. 178; Connolly, a.g.e., 2016, s. 19. 21 Kasım 1991'de çıkarılan 1991 Sivil Haklar Yasası'nı etkileyen Wards Cove Packing Co. v. Atonio kararı ile

Bölümünde yer alan 703. maddenin devamına (k) bendi olarak eklenen hükme göre, bir davacının, işverenin "ırk, renk, din, cinsiyet ya da ulusal köken temelinde farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığa sebep olan belirli bir istihdam uygulamasını" esas aldığını göstererek, söz konusu uygulamanın farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık yarattığı iddia edilebilecektir. Bu iddia karşısında da işverene, ilgili istihdam uygulamasının "söz konusu işle ilişkili ve işin ifası için gereklilikle uyumlu" olduğu savunmasıyla uygulamanın ayrımcı olmadığını ispatlama imkânı tanınmış[348] ve böylece farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığın ispat yöntemi de yasal olarak düzenlenmiştir.

1991 tarihli Sivil Haklar Yasası'yla getirilen ilgili düzenlemenin devamında da "alternatif istihdam uygulaması"na ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili düzenlemeyle, işverenin ilk bakışta ayrımcı görünen uygulamanın işin ifası için gerekli olduğunu ispatlaması halinde dahi davacıya, işverenin daha az farklı etki doğuracak alternatif bir istihdam uygulamasını tercih edebilecek durumda olup, bundan kaçındığını iddia etme imkânı tanınmıştır[349]. Bu durumda, davacı, işverenin meşru amaçlarıyla uyumlu alternatif bir istihdam uygulamasını benimsemesi mümkünken; bunu yapmayı reddettiğini ortaya koyarak farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık iddiasını destekleyebilecektir. 1991 Sivil Haklar Yasası'nda yasal düzenlemeye kavuşan "Alternatif uygulama doktrini"nin de kaynağı içtihatlardır[350]. Bu anlamda, doğurduğu farklı etkiden kaynaklı ayrımcı sonuca sebep olan uygulamaya alternatif bir uygulamayı belirlemede kullanılan genel kural *Albermarle Paper Co. v. Moody* davasında[351] belirlenmiştir. Bu davada, alternatif bir uygulamanın 'işverenin "liyakatli ve itimatlı işçilik" ile ilgili meşru çıkarına da hizmet eden bir uygulama olması gerektiği belirtilmiştir.[352]

---

ilgili diğer kararlar için bakınız: "The Civil Rights Act of 1991", https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/1990s/civilrights.html (Erişim tarihi: 27.03.2019).

[348] 42 USCS s 2000e-2(k)(1)(A)(i).

[349] 42 USCS s 2000e-2(k)(1)(A)(ii). 1991 Sivil Haklar Yasası için bakınız: https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/cra_1991.html (Erişim Tarihi: 15.03.2019).

[350] Connolly, a.g.e., 2004, s. 281; Alternatif uygulama doktrini, Birleşik Krallık ya da Avrupa Birliği ayrımcılık hukuku düzenlemelerinde görülmese de; bu hukuk sistemlerinde mevcut olan katı bir orantılılık testi uygulanmasının da aynı sonucu yarattığını söylemek mümkündür. Şöyle ki davacı daha az ayrımcı sonuç yaratacak bir alternatifin varlığını gösterdiğinde, davalının ortaya koyduğu gerekçeler orantısız sayılacak ve söz konusu uygulama ayrımcı bulunacaktır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Connolly, a.g.e., 2004, s. 282.

[351] 422 US 405 (1975).

[352] 422 US 425 (1975).

Sonuç olarak, Birleşik Devletler kaynaklı farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin ilk olarak kodifiye edildiği 1991 tarihli Sivil Haklar Yasası ışığında, kısaca ilk bakışta ayrımcı bir uygulamanın varlığını ortaya koymak için, davacının, (a) korunan bir grubun üyeleri üzerinde (b) önemli bir farklı etkiye (c) sebep olduğu (d) tespit edilebilen bir uygulamanın olduğunu göstermesi gerekir. Bu durumda, farklı etkinin meşruluğunu ispatlama konusunda ispat yükü davalıya geçecektir[353].

1991 tarihli Sivil Haklar Yasası*, Griggs v. Duke Power Company* davası sonrasındaki bahsi geçen gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde ise iş hukuku meseleleri bağlamında farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık davalarında ispat yüküne ilişkin sıralamanın da özetlenmesi mümkündür. Buna göre ilk olarak davacının *prima facie* farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığı ortaya koyması, bunun için de görünüşte nötr bir uygulamanın ayrımcılığa karşı korunan bir grubu diğer gruplara göre orantısız şekilde farklı biçimde etkilediğini ispatlaması gerekir[354]. Davacının *prima facie* farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık iddiasını ortaya koymasını, ikinci sırada davalının, yani ayrımcı davranan işverenin, davacının bu iddiasını çürütmesi aşaması takip eder ki; bu aşamada da davalının ilgili uygulamanın "iş gerekliliği" ile bağlantısını ispatlaması beklenir. Davalının ilgili uygulamanın söz konusu işin gereğince yerine getirilmesiyle bağlantısını ispatını da, davacının "ayrımcı olmayan başka bir alternatif uygulamanın varlığının ispatı" aşaması izler; bu aşamadan sonra da davalının uygulamasıyla eşit derecede işe yarar olan ancak daha az ayrımcı olan bir uygulamayı tercih etmesinin mümkün olmadığını göstererek ayrımcılık yasağına aykırı davranmadığı ispatı gerekir[355].

ABD hukukunda farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık iddialarının ispatına dair bu ispat yükü sıralaması özeti doğrultusunda farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığın

---

[353] Connolly, a.g.e., 2016, s. 21-22.

[354] Davacıların ayrımcılığa karşı korunan grubun orantısız şekilde ayrımcılığa uğradığını çoğunlukla istatistiki veriler aracılığıyla gösterdiğini de bu noktada belirtmek gerekir. Bakınız: Currier vd, a.g.e., s. 533.

[355] İş hukuku bağlamında farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık davalarındaki ispat yükü sırası hakkında bilgi ve ilgili sırayı gösteren tablo (*"Figure 14-10: Summary of the Order of Proof in Disparate Impact Cases"*) için bakınız: Currier vd, a.g.e., 2019, s. 532-533.

unsurlarını belirlemek; başka bir ifadeyle ABD hukukunda dolaylı ayrımcılığın tanımlanmasını sağlayan süreci de görmek mümkündür. Bu açıdan Sivil Haklar Yasası'nın VII. Bölümündeki düzenlemelere göre, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığın şu unsurlardan oluştuğu söylenebilir:

> *1. Görünüşte nötr bir usul ya da uygulama,*
>
> *2. Belirli bir ırk, renk ya da ulusal köken grubuna mensup kişiler nezdinde ortaya çıkan ırk, renk ya da ulusal köken temelindeki orantısız ya da olumsuz etki,*
>
> *3. Usul ya da uygulamanın meşru gerekçeden yoksunluğu:*
>
> *3.1. Çoğunlukla istatistiki verilerle ispatlanabilen usul ya da uygulama ile ortaya çıkan etki arasındaki nedensel ilişkinin varlığı,*
>
> *3.2. Daha az ayrımcı olan alternatif bir usul ya da uygulamanın yokluğu*[356].

Netice itibariyle, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık adı altında ABD'de, belirli bir hukuki alanda, Sivil Haklar Yasası altında düzenlenen iş hukuku bağlamında ortaya çıkan teorinin, sonrasında yaygın bir kullanım kazanarak; hem farklı devletlerin iç hukuklarında, hem de bölgesel ve uluslararası insan hakları hukukunda yansımasını bulduğundan bahsedilebilir. Nitekim çalışmanın devamında da ayrımcılık yasağına "şeklen adil olan ancak [etkisi itibariyle] fiilen ayrımcı" sonuç doğuran uygulamaların da dahil olduğunu gündeme getiren farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisi ile Avrupa'daki dolaylı ayrımcılık yasağının paralellik gösterir nitelikte olduğu görülecektir. Griggs kararı, Esasen Avrupa sosyal hukukunu da epeyce etkilemiş; Birleşik Krallık'ın ayrımcılık yasağına ilişkin hukuki mevzuatına ilk dolaylı ayrımcılık tanımının kazandırılmasına sebep olmuş ve dolayısıyla İrlanda hukukuna da taşınmıştır (Tobler, 2005: s. 94). Avrupa Birliği (AB) ve dolayısıyla AB üyesi devletlerde, Avustralya, Hong Kong, Kanada, Güney Afrika ve daha birçok devlet hukukunda da gelişim gösteren dolaylı ayrımcılık kavramı, ATAD ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi bölgesel mahkemeler tarafından da kullanılmış; ayrıca Birleşmiş Milletler örgütü çatısı altındaki insan hakları hukukuna da yansımıştır[357].

---

[356] *"Title VI – Intentional Discrimination and Disparate Impact"*, https://www.fhwa.dot.gov/civilrights/programs/docs/Title%20VI%20%20Intentional%20Discrimination%20and%20Disparate%20Impact.pdf , s. 15. (Erişim Tarihi: 19.06.2020).

[357] Bob Hepple, "The European Legacy of Brown v. Board of Education", University of Illinois Law Review 2006(3), s.609. Ayrıca Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 2; Khaitan, a.g.e., 2017, s. 3. Fredman, a.g.e., 2011, s.178. Bahsi geçen yansımalara çalışmanın devamında ilgili oldukları bölümlerde yer verilecektir.

Dolaylı ayrımcılık yasağının, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisi temelinden, farklı hukuk sistemlerinde yansımasını bulurken genel anlamda üç unsur üzerinden şekillendiği tespiti de yapılmıştır. Buna göre farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisi, zamanla farklı şekillerde de ifade edilen şu unsurlardan oluşur:

1. *Benzer davranış,*
2. *Benzer davranış sonucu ortaya çıkan farklı etki,*
3. *Farklı etkiyi ortaya çıkaran davranışı meşru kılacak gerekçelerin yokluğu*[358]

1.3.3. Dolaylı Ayrımcılığın Avrupa Düzeyinde Yasaklanması

Avrupa düzeyinde, dolaylı ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler ilk kez Birleşik Krallık hukukunda görülmüştür. Birleşik Krallık hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağına ilk kez, cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilişkili olarak, 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa kapsamında yer verilmiştir. Esasen, Avrupa düzeyindeki dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili bu gelişme, ABD'de geliştirilen farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisine dayanır[359]. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin 1971 tarihinde verdiği Griggs kararından kısa bir süre sonra, Birleşik Krallık hukukuna temel alınması gereken ilkelerle ilgili danışma amacıyla, dönemin çalışmadan sorumlu İçişleri Bakanı *(Labour Home Secretary's)* Roy Jenkins ve danışmanı Anthony Lester Birleşik Devletler'i ziyaret etmişlerdir[360]. 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa, henüz tasarı halindeyken yapılan bu ziyarette, Griggs kararında ortaya konulan ilkelerden haberdar olunmuş ve bu karara temel alınan 1964 Sivil Haklar Yasası ışığında sadece "açık" ayrımcılığın değil, şeklen adil olan; ancak gerçekte ayrımcı olan uygulamaların da ayrımcılık yasağı kapsamında görüldüğü anlaşılmıştır[361]. ABD'de geliştirilen farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin böylece tanınmasıyla, ayrımcılığın sadece farklı davranış nedeniyle yasaklandığı doğrudan ayrımcılıkla sınırlı Birleşik Krallık hukukuna, farklı etkiden

---

[358] İlgili unsurlara dair açıklamalar için bakınız: Fredman, a.g.e., 2011, s.178-179.
[359] Tobler, a.g.e., 2005, s.95-96.
[360] Hepple, a.g.m., s. 268; Connolly, a.g.e., 2016, s. 14.
[361] O dönem Yale Hukuk Fakültesi dekanı olan Louis H. Pollak tarafından, Griggs kararının ilgili 401 U.S. 431 bölümüne dikkat çekilmiştir. Bakınız: Hepple, a.g.m., s. 268.

kaynaklı ayrımcılık teorisiyle ifade edilen ayrımcılık biçiminin dahil edilmesinin önerilmesi mümkün olabilmiştir[362].

Bu gelişmeden önce 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa tasarısı görüşmeleri sırasında farklı etki temelli ayrımcılık ya da "dolaylı" ayrımcılıkla ilgili herhangi bir tartışma yaşanmamıştır. Nitekim 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa öncesinde Birleşik Krallık Hükümetinin dolaylı ayrımcılığı kendiliğinden bu Yasa'ya dahil etme niyetinde olmadığı, Yasa'dan önce yayımlanan 1974 tarihli Kadınlar için Eşitlik Temalı Tutum Raporu'nun[363] içeriğinden de görülebilir[364]. Kavramın, 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa'ya dahil edilmesi önerisine karşı geliştirilen Muhafazakar İtiraz *("The Conservative Opposition")* şöyledir:

> *"... bunun ne anlama geldiğini bilmiyoruz. İkinci olarak, Hükümet'in de bunun ne anlama geldiğini bildiğini düşünmüyoruz; üçüncü olarak, bunun ne anlama geldiğini bilsek de, bunu seveceğimizi düşünmüyoruz, ama emin değiliz*[365] *."*

İtirazlara rağmen, 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa'ya farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisiyle ortaya konulan ayrımcılık biçimi eklenebilmiştir. Her ne kadar bu ayrımcılık biçiminin adının açıkça dolaylı ayrımcılık olduğu belirtilmese de, ilgili hükümde dolaylı ayrımcılık biçiminin betimlendiği söylenebilir[366]. Bu düzenlemeye göre, bir şart ya da koşul, kadınlara erkeklerle eşit olarak uygulansa dahi aşağıda sayılan durumlar söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinden söz etmek mümkün hale gelecektir. Düzenlemeye göre,

---

[362] Böylelikle ayrımcılığın sadece ayrımcılık yapma yönündeki kasta bağlı olarak gündeme gelebileceğini varsayan anlayıştan uzaklaşma süreci de başlamıştır. McColgan, 2000'den aktaran Tobler, a.g.e., 2005, s. 95.

[363] Home Office (1974) *Equality for Women*, Cmnd 5724, London: HMSO.

[364] Connolly, a.g.e., 2004, s. 241; Tobler, a.g.e., 2005, s. 95.

[365] Per Ian Gilmour, Standing Committee B (22 April 1975), col. 36'dan aktaran Connolly, a.g.e., 2016, s. 14.

[366] Birleşik Krallık hukukunda, farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinden ilhamla yasal düzenlemeye yansıyan bu ayrımcılık biçimi için, ilgili dönem itibariyle, ne farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık, ne de dolaylı ayrımcılık adlandırılması yapılmamıştır; ancak ileride bu ayrımcılık biçimi dolaylı ayrımcılık olarak adlandırılacağı ve bu şekilde tanımlama bulacağı için bu bölümde dolaylı ayrımcılık kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

(i) Bu şart ya da koşula uyabilen kadınların oranı, ilgili şart ya da koşula uyabilen erkeklerin oranına göre önemli ölçüde azsa,

(ii) Bu şart ya da koşulun, bunlara uyması beklenen kişinin cinsiyetiyle ilişkisi olmadığı gösterilemiyorsa,

(iii) Bu şart ya da koşula uymama kadınların zararına bir durum yaratıyorsa,

ilgili şart ya da koşulu uygulayan kişi ayrımcılık yasağını ihlal etmiş sayılacaktır[367]. 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa'ya eklenen bu hükümle, Avrupa düzeyinde ilk defa ayrımcılığı yasaklayan bir yasal düzenlemede dolaylı ayrımcılığı tanımlayan bir kurala yer verilmiştir[368].

1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa, Birleşik Krallık hukukunda yeni bir dönüşüme işaret eder[369]. Yasa kapsamına dolaylı ayrımcılıkla ifade edilen ayrımcılık biçiminin dahil edilmesiyle, ilk bakışta ayrımcı görünmeyen ancak erkeklerle karşılaştırıldığında kadınların zararına olacak şekilde daha fazla olumsuz ve farklı etki yaratabilecek şart ya da koşulların ayrımcı olduğunu iddia etmek mümkün hale gelmiştir. Kadınlara karşı ayrımcılık yapma kastından ziyade geçmişteki sosyo-ekonomik koşullar altındaki tutumun ürünü olan ve zamana karşı dayanıklılıkları ile genel kabul görmeleri nedeniyle hiçbir zaman kadınlar için ayrımcı etki yaratabilecekleri de düşünülmeyen bu tür şart ya da koşullar da böylelikle sorgulanmaya başlamıştır.

---

[367] İlgili düzenlemenin İngilizce orijinal metni için bakınız: Sex Discrimination Act, 1975, c.65 § (1)(b) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/65/pdfs/ukpga_19750065_en.pdf (Erişim tarihi: 16.03.2019). 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa'da "kadınlara karşı cinsiyet temelli ayrımcılık" başlığını taşıyan bu madde, ayrımcı uygulamayı yapanın erkek kişi, ayrımcı uygulamaya maruz kalanın ise kadın kişi olduğu varsayımıyla düzenlenmiştir. Yasa'da bir sonraki maddede ise "erkeklere karşı cinsiyet temelli ayrımcılık" düzenlemesine yer verilmiştir. Böyle bir ayrımı dönemin toplumsal cinsiyet algısına ve cinsiyet ikiliği anlayışına bağlamak mümkündür.

[368] Tobler, a.g.e., 2005, s. 95; Bu gelişme yine Avrupa düzeyinde, İrlanda'da, bir yasal düzenlemeye dolaylı ayrımcılığı tanımlayan bir kuralın dahil edilmesinin de öncüsü sayılır. Curtin, 1989'dan aktaran Tobler, a.g.e., 2005, s. 96. 1977 tarihli İrlanda İstihdamda Eşitlik Yasası'nın ilgili düzenlemesine göre, bir kişinin bir işe ya da kuruma girebilmek için elzem olmayan bir şartı yerine getirmek zorunda bırakıldığı halde, bu kişi cinsiyeti ya da medeni durumu nedeniyle ilgili şartı karşılayamazken; diğer cinsiyet grubuna mensup ya da başka bir medeni duruma sahip kişilerin ilgili şartı karşılayabilme oranının önemli ölçüde fazla olduğu durumlarda ayrımcılık gündeme gelir. İlgili düzenlemenin İngilizce orijinal metni için bakınız: Irish Employment Equality Act, 1977, Section 2(c), http://www.irishstatutebook.ie/eli/1977/act/16/section/2/enacted/en/html#sec2 (Erişim Tarihi: 29.03.2019).

[369] Susan Atkins, "The Sex Discrimination Act 1975: The End of a Decade", Feminist Review, No. 24, October 1986, s. 60.

1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra, 1978 yılında verilen *Price v. Civil Service Commission* kararı Birleşik Krallık ayrımcılık karşıtı hukukunun geçirdiği bu dönüşümü örnekler[370]. Bu davaya konu olay 35 yaşındaki Bayan Price'ın, devlet memurluğu yönetici kadrosuna yaptığı başvurunun, bu kadroya başvuran kişiler için 28 yaş sınırı koşulu öngörüldüğü için reddedilmesiyle ilgilidir. Bayan Price, bu yaş sınırının bir erkeğin çalışma hayatı temel alınarak öngörüldüğünü, bu sebeple bir kadının çocuk yetiştirme yükümlülüğüyle kesintiye uğrayan çalışma hayatıyla bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Bir kadının çalışma hayatının yeniden otuzlu yaşların başında ya da ortalarında başlamasının olağan olduğunu belirten Bayan Price, erkeklere göre daha az sayıda kadının 28 yaş sınırı koşulunu karşılayabildiğini söyleyerek, bu koşulun kadınlar için ayrımcı olduğunu iddia etmiştir. İş Temyiz Mahkemesi'ne (*Employment Appeal Tribunal*) göre, 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa'nın kadınlara karşı cinsiyet temelli ayrımcılığı düzenleyen ilgili maddesinde kullanılan "şart ya da koşula uyabilme" *("can comply")* ifadesi, kadınların yeterlilikleriyle ya da yapabilme sınırlarıyla ilgili varsayımlardan çok pratikte gerçekleşen sonuçla ilgilidir. Bu gerekçeyle Temyiz Mahkemesi, yönetici kadrosu için 28 yaş sınırını içeren koşulun kadınlara karşı ayrımcı olduğuna karar vermiştir[371].

1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa'daki dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenleme, bir yıl sonra 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası'nda da tekrarlanmıştır. 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası'nda yer verilen ilgili düzenlemeye göre, bir kişi, bir şart ya da koşulu, farklı ırk gruplarına mensup kişilere eşit olarak uygulansa dahi aşağıda sayılan durumlar söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağının ihlal edildiği söylenebilecektir. Düzenlemeye göre:

> *(i) Bu şart ya da koşula uyabilen belirli bir ırk grubuna mensup kişilerin oranı, ilgili şart ya da koşula uyabilen durumda olan diğer ırk grubuna mensup kişilerin oranına göre önemli ölçüde azsa,*

---

[370] Atkins, a.g.m., s. 61; Collins ve Khaitan, a.g.e., s. 3.

[371] Price v. Civil Service Commissioner [1978] 1 All ER 1228 https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20Price%20v%20Civil%20Service%20Commissioner.pdf (Erişim tarihi: 17.03.2019).

(ii) Bu şart ya da koşulun, bunlara uyması beklenen kişinin rengi, ırkı, tabiiyeti ya da etnik ya da ulusal kökeniyle bir ilişkisi olmadığı gösterilemiyorsa,

(iii) Bu şart ya da koşula uymama belirli bir ırk grubuna mensup kişilerin zararına bir durum yaratıyorsa,

ilgili şart ya da koşulu uygulayan kişi ayrımcılık yasağını ihlal etmiş sayılacaktır[372].

1983 tarihli *Mandla ve diğerleri v. Dowell Lee ve diğerleri* davasında da, 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası'ndaki bu düzenleme temel alınarak, ırk temelli dolaylı ayrımcılığa ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır[373]. Bu davada, Ortodoks Sih dini mensubu başvuranlar Sewa Singh Mandla ve oğlu Gurinder Singh Mandla, Guringer Singh Mandla'nın okulunda öngörülen kıyafet kurallarının türban kullanımı yasaklaması ve saçların kısa kesilmesini gerektirmesi dolayısıyla Ortodoks Sih bir kişiye karşı ayrımcı olduğunu iddia etmişlerdir[374]. Mandlaların bu iddiaları, ilk derece ve temyiz aşamalarında Sihlerin bir ırk grubu olmadığı ve bu sebeple 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası kapsamına girmedikleri gerekçesiyle reddedilmiş; ancak Birleşik Devletler Irk Eşitliği Komisyonu'nda okulun kıyafet kuralları için öngördüğü gereklilikler, 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası'na aykırı bulunmuştur. İlk derece ve temyiz aşamaları sonrasında Lordlar Kamarası (*House of Lords*) önüne gelen davada oybirliğiyle Sihlerin etnik köken temelinde bir ırk grubu olduğu kabul edilmiştir. Nihayetinde Gurinder Singh Mandla'nın okulun kıyafet kuralı olarak öngördüğü gerekliliklere, ırk temelli ayrımcılık mağduru olmaksızın uymasının mümkün olmayacağı bahsiyle söz konusu gerekliliklerin ayrımcı olduğuna karar verilmiştir. Bu doğrultuda, ayrımcı tutum taşıyan okul kurallarının, daha iyi bir eğitim sağlayacağı gerekçesiyle meşrulaştırılmasının mümkün olmadığının da belirtildiği bu kararın, Birleşik Krallık hukukunda cinsiyet temelli ayrımcılıktan sonra ırk temelli ayrımcılıkla ilgili dönüşüme de katkı sağladığı söylenebilir.

Nitekim, 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası'ndan önce 1975 tarihinde yayımlanan

---

[372] İlgili düzenlemenin İngilizce orijinal metni için bakınız: Race Relations Act, 1976, c.74, § 1(1)(b). http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/74/pdfs/ukpga_19760074_en.pdf (Erişim tarihi: 16.03.2019).

[373] Collins ve Khaitan, a.g.e., s. 3.

[374] Mandla (Sewa Singh) and another v Dowell Lee and others [1983] 2 AC 548 http://www.hrcr.org/safrica/equality/Mandla_DowellLee.htm (Erişim tarihi: 22.03.2019).

Irk Temelli Ayrımcılık Temalı Tutum Raporu da[375], Hükümet'in dolaylı ayrımcılık yasağını 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası'na dahil ederken bir takım amaçlara sahip olduğunu gösterir. Bununla birlikte, 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası'nı önceleyen Tutum Raporu'nda da 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa'daki gibi ayrımcı sonuçlar yaratabilecek olanların sadece "şart ya da koşul" olarak sınırlı bir şekilde tekrarı, Hükümet'in dolaylı ayrımcılık yasağını bütünüyle benimsememiş olduğunu da düşündürür[376]. Nitekim 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa ve 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası kapsamında eşit muamele sadece herkese eşit olarak uygulanan "şart ya da koşul" üzerinden ele alınmıştır[377]. İlgili düzenleme katı bir şekilde uygulanmış ve örneğin eşit şekilde uygulansa da "şart ya da koşul" dışında kalan gayri resmi uygulamalar ya da herhangi bir esnek politikanın ayrımcı sonuçlar yaratıp yaratmadığı üzerinde bir tartışma yürütülmemiştir[378].

İki boyut üzerinden temellendiği belirtilen farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin, Birleşik Krallık ayrımcılık karşıtı hukukuna aktarılırken daha fazla ayrıntılandığı söylenebilir[379]. 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa ve 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası kapsamında öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağının, bu anlamda yedi boyut üzerinden temellendiği ifade edilmiştir. Bu boyutlardan ilk altısı ABD hukukundaki farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin, ayrımcı sonuçlar doğurduğu iddia edilen uygulamanın, ayrımcılığa karşı korunan bir gruba mensup kişiler için diğer gruba mensup olan kişilerden farklı olarak ortaya çıkan etkisiyle ilgili olan ilk boyutunu karşılar. Bu boyutları şöyle belirtmek mümkündür: belli bir ırk ya da cinsiyete mensup kişi grubu, şart ya da koşula uygunluk gösterme durumu (*compliance*), karşılaştırma (*the comparison*), orantısal olarak azlık (*considerably smaller*), zarar (*detriment*). Birleşik Krallık hukukundaki dolaylı

---

[375] Home Office (1975) *Racial Discrimination*, Cmnd 6234, London: HMSO.
[376] Connolly, a.g.e., 2004, s. 242 ve 244; Connolly, a.g.e., 2016, s. 15.
[377] Fredman, a.g.e., 2011, s. 179.
[378] Bamforth vd., a.g.e., s. 300. Dava konusu olayda "şart ya da koşul" olmadığı bahsiyle dolaylı ayrımcılık iddialarının reddedildiği, bu anlamda "şart ya da koşul" ifadesinin katı bir şekilde uygulama bulduğunu örnekleyen bir dava örneği için bakınız: *Perera x Civil Service Commission (St 2)* [1983)IRLR 166(CA).
[379] Birleşik Devletler hukukunda farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisi altında dolaylı ayrımcılık yasağının iki boyutta ele alınmasıyla ilgili açıklamalar için yukarıda *"1.3.2.2. Griggs v. Duke Power Company Davası"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

ayrımcılık yasağının sonuncu ve yedinci boyutu ise haklı sebep (*justification*) üzerine olup; farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinde ayrımcı olup olmadığının incelendiği uygulamanın meşruluğuyla ilgili ikinci boyutuna karşılık gelir[380]. Birleşik Krallık hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili olarak yedi boyut üzerinden temellenen bir kuralın tercih edilmesinin altında daha detaylı kuralların daha sıkı uygulanacağı görüşü bulunur. Mahkemelerin detaylı kuralları uygulamaya koyarken, daha sınırlanmış hissetmelerinin sağlanmasıyla, ayrımcılık yasağının sosyal amacının da sınırlandığı yorumu yapmak mümkündür. Gerçekten de dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili davaların en güçlü teması da düzenlemelerin yorumu üzerine gerçekleşmiştir[381].

Birleşik Krallık ayrımcılık karşıtı hukukuna böylece eklenen dolaylı ayrımcılık yasağı zaman içinde Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında yapılan geniş tanımlardan etkilenmiştir. Nihayetinde, bir dizi AB Direktifi'nin etkisiyle AB'nin yetki alanına giren konularda Birleşik Krallık'ta benimsenen dolaylı ayrımcılık yasağı tanımı genişletilmiştir. 1975 tarihli Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasa, 97/80/EC sayılı AB İspat Yükü Direktifi'nin etkisiyle sadece istihdam meseleleri ile sınırlı olacak alanda genişletilmiştir. 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası da 2000/43/EC sayılı AB Irk İlişkileri Direktifi'nin etkisiyle Temmuz 2003'te değiştirilmiştir[382]. Söz konusu değişikliklerle yeni tanımlara temel olarak "şart ya da koşul *(requirements or conditions)*" ifadesi yerine "norm, ölçüt ya da uygulama *(provision, criterion or practice)*" ifadesinin getirilmesi suretiyle daha detaylı bir tanıma erişilmiştir[383].

1.3.4. Dolaylı Ayrımcılığın Avrupa Birliği Hukukunda Yasaklanması

Ulusalüstü bir örgüt olan AB'nin[384], dolaylı ayrımcılık yasağının temellerinin

---

[380] Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Griggs kararında ayrımcı etki doğuran uygulamanın meşruiyeti meselesini işin ifası için gereklilik şartına bağlı olarak yorumlamıştır. Karşılaştırma için yukarıda *"1.3.2.2. Griggs v. Duke Power Company Davası"* başlığı altında yapılan açıklamalara başvurunuz.

[381] Daha ayrıntılı bir inceleme için bakınız: Connolly, a.g.e., 2004, s. 242.

[382] Bu değişiklik sonrasında Irk İlişkileri Yasası'nda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemenin kapsamından renk ve vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık çıkarılmış ve 2000/43/EC sayılı AB Direktifi'yle benzer bir tanıma gidilmiştir.

[383] Connolly, a.g.e., 2004, s. 242.

[384] Avrupa Birliği, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu adında üç ayrı yapı biçiminde ortaya çıkan Avrupa Topluluklarının tüzel kişiliklerini kaybetmeksizin 7 Şubat 1992 tarihinde Maastricht'te imzalanan ve 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Andlaşması'yla tek bir örgüt yapısında birleştirilmesiyle oluşturulmuştur. Bu

kurulmasında ve unsurlarının belirlenmesinde çok büyük katkısı vardır. Dolaylı ayrımcılık yasağının, bir ulusalüstü hukuk sistemi olan AB hukukundaki eşitliğe dair ve ayrımcılık yasağıyla ilgili yasal düzenlemelere dahil edilmesi de AB hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler için önemli bir gelişmedir[385].

Ayrımcılıkla mücadele konusu, AB'nin kurulmasından önce Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun gündeminde olmasa da; bu konuyla ilgili ilk düzenlemeye, 1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili 48. maddesi (şimdiki 39. madde) ve kadın ve erkek işçiler için eşit işe eşit ücret ilkesine dair 119. maddesi (şimdiki 141. madde) kapsamında yer verilmiştir.[386] AB hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler de, büyük ölçüde

---

andlaşma sonrasında, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun adı Avrupa Topluluğu adını almıştır. "Avrupa Birliği" adı altında yeni bir yapı oluşturduğu için Avrupa Birliği Andlaşması adıyla anılması tercih edilen bu andlaşmanın İngilizce metni için bakınız: "Treaty on European Union", https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2019). Doğrudan yetkili olduğu alanların ekonomik, toplumsal ve siyasal alanları içerecek şekilde geniş olduğu Avrupa Birliği'nin mevcut Üye Devlet sayısı 28'dir. Bu Üye Devlet'ler belli alanlarda yasama yetkisini AB'ye devrettikleri için kendi ulusal hukuklarından bağımsız konumdaki AB hukukuna da uymak durumundadırlar. AB'ye aday üye statüsündeki devletler de iç hukuklarını AB hukukuyla uyumlu hale getirmeye çalışırlar. Türkiye de, aday üye devlet statüsüne sahip bir devlet olarak, ayrımcılık yasağının da dahil olduğu konularda iç hukukunu AB hukukuyla uyumlu hale getirmeye çalışan bir ülkedir. Bakınız: Karan ve Gül, a.g.e, s.70. "*AB'nin Tarihçesi"* ve diğer bilgiler için bakınız: Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, https://www.avrupa.info.tr/tr/abnin-tarihcesi-82 (Erişim tarihi: 13.04.2019).

[385] Loenen, a.g.e., s. 195; AB hukuku bazı konularda Üye Devletlerin ulusal hukuklarının üstünde konumlanmıştır. AB, kurucu andlaşmalarla sınırları çizilmiş olan alandaki bu konularda yasama yetkisini doğrudan kullanır. Böylece AB hukukuna dahil olan AB Andlaşmaları, tüzükler, direktifler, kararlar, tavsiyeler, görüşler, Üye Devletlerin ulusal hukuklarına dahil olup ve bağlayıcılık taşırlar. Bir üye devlet, ayrımcılık yasağı konusunda bir direktif karşısında kendi ulusal hukukunu bu direktifle uyumlaştırmak ve "aktarma süreci" olarak adlandırılan süreç içinde direktifin ulusal hukukta uygulanması için gerekli düzenlemeleri yapmak durumundadır. Gül ve Karan, a.g.e., s. 71. Ayrımcılık yasağı kapsamında AB Hukuku'nun yeri ve işleyişine dair daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 16-22.

[386] 25 Mart 1957 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın İngilizce metni için bakınız: *"Treaty establishing the European Economic Community"*, https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2019). Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun adının, 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Andlaşması'yla Avrupa Topluluğu olarak değiştirilmesi sonrasında bu Andlaşma, Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma olarak anılmaya başlamıştır. Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın bahsi geçen hükümleri, 2 Ekim 1997 tarihinde Amsterdam'da imzalanarak 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Avrupa Birliği Andlaşması'nı, Avrupa Ekonomik Topluluklarını Kuran Andlaşmaları ve bazı ilgili düzenlemeleri değiştiren Amsterdam Andlaşması ile değiştirilmiştir. İşçilerin serbest dolaşımıyla ilgili 48. madde, ilgili değişiklikle 39. madde; kadın ve erkek işçiler için eşit işe eşit ücret ilkesine dair 119. madde ise ilgili değişiklikle 141. madde olarak değiştirildiği için çalışmanın devamında ilgili hükümlere eski ve şimdiki madde numaralarıyla birlikte yer verilecektir. Avrupa Birliği Andlaşması'nı, Avrupa Ekonomik Topluluklarını Kuran Andlaşmaları ve bazı ilgili düzenlemeleri değiştiren Amsterdam Andlaşması'nın İngilizce metni için bakınız: *"Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts"*, http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2019).

bu maddelerin uygulama alanını genişleten direktifler ile oluşturulmuş ve bu direktifler ayrımcılıkla mücadeleye yönelik birçok araç sağlamıştır[387]. Ancak, ayrımcılığı vatandaşlık temelinde yasaklayan bir düzenleme olan işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili 48. madde (şimdiki 39. madde) ve ayrımcılığı cinsiyet temelinde yasaklayan bir düzenleme olan kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücretle ilgili 119. madde (şimdiki 141. madde) kapsamında, eşit muamele ilkesinin temel bir insan hakkı olarak düzenlendiğini söylemek mümkün değildir. Bu düzenlemeler, temel bir insan hakkı olmaktan çok, ekonomik gerekçelerle adil bir rekabet ortamına yönelik toplumsal bir gerekliliği karşılamak üzere oluşturulmuştur. Bu açıdan vatandaşlık ve cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadeleyle ilgili olarak değinilen ayrımcılık yasağı konusunun, ilgili dönem itibariyle, bir anlamda ortak bir pazar inşası için bir araç olarak gündeme geldiğini söylemek mümkündür[388].

Dolaylı ayrımcılık yasağı özelindeki ilk gelişmeler de yine vatandaşlık ve cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadele bağlamında, ATAD kararlarında görülmüştür. Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma ile Avrupa Birliği Anlaşması'nda dolaylı ayrımcılık yasağına yer verilmemiş; doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı ayrımı, büyük ölçüde ATAD tarafından AB yasal düzenlemelerinin yorumu doğrultusunda geliştirilmiştir[389]. Nitekim ATAD, AB üyesi devletler için hukuken bağlayıcı olan ve yerine getirmekle yükümlü oldukları "hüküm (*judgment*)" niteliğinde verdiği kararlar aracılığıyla, denetim görevi yanında bir anlamda yasama görevini de üstlenen bir

---

[387] Olivier de Schutter, "Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law", Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 57, Issue. 1, 2006, s. 5; Rodoljub Etinski, "Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Rights", Zbornik Radova Pravnog Fakulteta Novi Sad, 47(1), 2013, s. 65.

[388] ATAD'ın ayrımcılık yasağıyla ilgili kararlarının da bu yorumu doğruladığı ifade edilmiştir. Bakınız: de Schutter, a.g.m., 2006, s.5; Gül ve Karan, a.g.e., s.72.

[389] Tobler, a.g.e., 2008, s.23. Cătălina-Adriana Ivănuş, "Justification for Indirect Discrimination in EU", Perspective of Business Law Journal, 3(1), 2014, s. 154; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (*The Court of Justice of the European Communities – ECJ*) 18 Nisan 1951 tarihinde Paris'te imzalanarak 23 Temmuz 1952'de yürürlüğe giren Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu Kuran Andlaşma'yla Avrupa Topluluğu'nun kurumlarından biri olarak kurulmuştur. Her üye devletten gelen bağımsız yargıçlardan oluşan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, AB hukukunun her üye devlette aynı şekilde yorumlanması ve uygulanmasını sağlamakla görevlidir. Bu kapsamda, üye devletler için anayasal bir çerçeve oluşturan AB Andlaşmalarını, tüzük, direktif gibi ikincil düzeydeki mevzuatı yorumlar ve içtihatları aracılığıyla AB bağlamında ortak bir anlayış kurmaya çalışır. "*Adalet Divanı: Yasalara Uyma*", Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, https://www.avrupa.info.tr/tr/adalet-divani-yasalara-uyma-102, (Erişim tarihi: 13.04.2019). ATAD içtihatları için bakınız: https://europa.eu/european-union/law/find-case-law_en (Erişim tarihi: 13.04.2019).

kurumdur[390]. Bu anlamda ATAD'ın dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin içtihatları, konuya dair hiçbir yasal düzenlemenin öngörülmediği AB'nin ekonomi hukuku gibi alanlarında halen önemini korur[391].

AB hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının temelleri, dolaylı ayrımcılık kavramının ismen kullanıldığı ya da dolaylı ayrımcılık yasağını niteleyen ifadelerin kullanıldığı erken dönem ATAD kararlarıyla kurulmuştur. ATAD'ın bu erken dönem kararlarında, dolaylı ayrımcılık kavramının, mevcut ayrımcılık karşıtı hukukun sınırlılığını aşmak üzere kullanıldığı söylenebilir. Özellikle nötr bir kural sebebiyle ortaya çıkan farklı etki durumu mevcut ayrımcılık karşıtı hukukun sınırlılığındaki sayılı ayrımcılık sebep ve temellerine dayandırılamadığında, Divan'ın yaklaşımı da, farklı etki kaynaklı ayrımcılık biçimine ilişkin olan ayrımcılık yasağına başvurmak yönünde olmuştur. Dolaylı ayrımcılık yasağıyla ifade edilen ayrımcılık yasağına böylece başvurulması, özellikle vatandaşlık temelinde ayrımcılık bağlamında gündeme gelmiştir. Aşağıda incelenecek olan AB hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının ilk görünümlerini içeren düzenlemeler ile dolaylı ayrımcılık yasağının "temellerini kuran" Ugliola, Sabbatini ve Sotgiu davalarının hepsi bir yönüyle vatandaşlık temelinde ayrımcılıkla ilgidir.[392] AB'nin, işçilerin, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı yönündeki ana hedefleri düşünüldüğünde, ATAD'nın vatandaşlık ve vatandaşlıkla ilişkili diğer temellerde üstü kapalı ya da gizli olarak ortaya çıkan ayrımcılık biçimlerini irdelemeye istekli oluşu şaşırtıcı değildir[393]. Dolayısıyla Avrupa'da vatandaşlık temelinde ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının önemi, dolaylı ayrımcılık yasağına dair ilk izlerin vatandaşlık ve vatandaşlıkla ilişkili diğer temeller üzerinden ortaya çıkmasını açıklar.

AB hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağının unsurları ise özellikle cinsiyet temelli ayrımcılık doğrultusunda tartışılmıştır. Başka bir deyişle, AB hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarının cinsiyet temelinde ayrımcılık davalarındaki içtihatlarla belirginleştirildiğini söylemek

---

[390] Karan, a.g.e., s. 24.
[391] Tobler, a.g.e., 2008, s.23; Dolaylı ayrımcılık yasağının ATAD içtihatları temelli gelişimi hakkında ayrıntılı inceleme için bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s.101-278.
[392] Tobler, a.g.e., 2005, s. 104.
[393] Loenen, a.g.m., 2000, s. 79.

yanlış olmaz. Ancak ATAD'ın içtihatlarıyla dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını geliştirirken işe sıfırdan başladığını söylemek doğru değildir[394]. Cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla ATAD önüne gelen ilk dava olan Jenkins davasında açıkça Griggs kararına atıfta bulunulması, AB hukukundaki dolaylı ayrımcılık yasağının da ABD hukukundaki farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinden etkilendiğini gösterir[395].

AB hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağı, aşağıda, dolaylı ayrımcılık kavramının temellerini kuran ve dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını belirginleştiren gelişmeleri içeren başlıklar ile dolaylı ayrımcılık kavramının normatifleşme süreci ve anlamına dair bir inceleme doğrultusunda incelenecektir. Bu incelemeyle, AB'de dolaylı ayrımcılık kavramının temellerinin kurulmasını sağlayan etkinin, AB'nin vatandaşlık temelinde ayrımcılıkla ilgili konulardaki örtülü ya da gizli olarak ortaya çıkan ayrımcılık biçimlerine kendi hedefleriyle çelişmemek üzere duyarlılıkla yaklaşmasından kaynaklanmaktayken; dolaylı ayrımcılık kavramının unsurlarının belirlenmesini sağlayan etkinin de kaynağını Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs kararından aldığı[396] ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1.3.4.1. Dolaylı Ayrımcılık Kavramının Temellerinin Kurulması

AB düzeyinde, dolaylı ayrımcılık kavramına ilişkin ilk izleri[397] yerleşme

---

[394] Buna rağmen, Batı Avrupa devletlerinde dolaylı ayrımcılık kavramı AB Hukukundan kaynaklı ve AB Hukuku kapsamında geliştirilmiş bir Avrupa kavramı olarak görülür. Bakınız: Loenen, a.g.e., s. 196.

[395] Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 246; Jenkins kararı aşağıda *"1.3.4.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurlarının Belirlenmesi"* başlığı altında incelenecektir.

[396] Loenen, a.g.m., 2000, s. 79.

[397] Esasen Avrupa Toplulukları Hukukunda dolaylı ayrımcılık kavramına ilk olarak *Geitling* kararında atıfta bulunulmuştur. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Hukuku bağlamında alınan 1957 tarihli bu kararda, dolaylı ayrımcılık kavramı bugün ifade edilenden farklı bir anlamda, daha çok doğrudan ayrımcılığı ifade eden bir anlamda kullanılmıştır. Avrupa Birliği düzeyinde gelişimini incelediğimiz dolaylı ayrımcılık kavramını önceleyen bir karar olmadığı için detayına girilmeyecek olan Geitling kararıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s. 96-98. ATAD, *Mining undertakings of the Ruhr Basin being members of the Geitling selling agency for Ruhr coal, and the Geitling selling agency for Ruhr coal v High Authority of the European Coal and Steel Community, Case 2-56*, Judgment of the Court of 20 March 1957. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61956CJ0002 (Erişim tarihi: 29.03.2019).

özgürlüğüne[398] ve hizmet sunma özgürlüğüne[399] getirilen kısıtlamaların kaldırılması için düzenlenen Genel Programlar'ın metinlerinde bulmak mümkündür. 1961 tarihli bu Genel Programlar'da, vatandaşlıkla ilgisi olmaksızın uygulanan ancak münhasıran ve esasen yabancıları dışlama etkisi doğuran koşullardan bahsedilmesi, ayrımcılığın görünüşte nötr olan ve ayrımcı nitelik taaşımayan bir koşuldan da kaynaklanabileceğinin kabul edildiğini gösterir[400].

Dolaylı ayrımcılık yasağını niteleyen ifadelere yer verilen ilk normatif düzenleme ise 15 Ekim 1968 tarihli ve 1612/68 sayılı Topluluk İçinde İşçilerin Dolaşım Özgürlüğüne Dair Tüzük'tür. Bu Tüzüğün ikinci maddesine göre, bir Üye Devletin bir vatandaşı ve bir Üye Devlet'in ülkesinde faaliyet gösteren bir işveren, yasalar, yönetmelikler ve idari işlemlerle belirlenen hükümlere uygun olarak iş teklif veya başvurularına dair uygulamalarını değiştirirken veya iş sözleşmelerini yürürlüğe koyup sonlandırırken ayrımcı sonuç yaratmaktan kaçınmalıdırlar[401]. İlgili düzenlemede, dolaylı ayrımcılık kavramı ismen de olsa anılmamış ve dolaylı ayrımcılık yasağına dair bir tanımlama da yapılmamıştır[402]. Maddede sayılan eylemlerden kaynaklı ayrımcı sonuç yaratılmaması ifadesiyle, dolaylı ayrımcılık yasağını niteleyen bir ifadeye yer verildiği; bu anlamda maddede dolaylı ayrımcılık yasağına dair bir düzenleme yapıldığı söylenebilir. Ancak, ATAD, dolaylı ayrımcılık yasağına dair ilk yorumlarını bu düzenlemeden bağımsız olarak geliştirmiştir[403].

---

[398] General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/76a1267a-3190-401c-a4c5-3ae825c9e7d1/language-en (Erişim tarihi: 26.03.2019).

[399] General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/14cde514-fed6-494f-8d44-49e7f7af91cd/language-en (Erişim tarihi: 26.03.2019).

[400] Bakınız: General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment, Title III: Restrictions, B, s. 8 ve General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services, Title III: Restrictions, A, s. 4; Nitekim ATAD, bu sınırlama biçimini örnekleyen bir durumu Sotgiu davasında dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirmiştir. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s. 102.

[401] Topluluk İçinde İşçilerin Dolaşım Özgürlüğüne Dair 15 Ekim 1968 tarih ve 1612/68 sayılı (EEC) Tüzüğü *("Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community")*, m.2/b düzenlemesi için bakınız: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31968R1612 (Erişim tarihi: 26.03.2019)

[402] Karan, a.g.e., s. 214.

[403] Aşağıda incelenecek olan Sotgiu davasında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, 15 Ekim 1968 tarihli ve 1612/68 sayılı Topluluk İçinde İşçilerin Dolaşım Özgürlüğüne Dair Tüzük'ün ilgili maddesine ve yine ayrımcı etki yaratan düzenlemeleri yasaklayan m.3/I düzenlemesine değil, "hukuki eşitlik ve gerçekte eşitlik" ifadelerini içeren Önsöz'üne atıfta bulunmuştur. Bakınız: Tobler, a.g.m., 2005, s. 102. Bakınız: ATAD, *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundenpost*, Case 152/73, Judgment of the Court of 12

ATAD, 1960'lı yılların sonunda ve 1970'li yılların başında vatandaşlık ve vatandaşlıkla ilişkili diğer temellerde ayrımcılıkla bağlantılı meselelerle ilgili olarak önüne gelen davalarda dolaylı ayrımcılık yasağına da yer veren kararlar vermiştir[404]. ATAD'ın, Avrupa Ekonomik Topluluğu hukuku bağlamında dolaylı ayrımcılık kavramına ilk kez değindiği kararı, işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili 1969 tarihli *Milchverwertung-Südmilch AG v. Salvatore Ugliola*[405] kararıdır. Vatandaşlık temelinde ayrımcılıkla ilgili bu davada, Almanya'da yaşayan ve çalışan İtalyan vatandaşı Bay Ugliola, askerlik hizmetini İtalya'da yaptığı için, askerlik hizmetini Almanya'da yapan işçilere tanınan askerlik hizmeti süresinin kıdem süresinden sayılması olanağından yararlanamamasının ayrımcı olduğunu iddia etmiştir. Alman Hükümeti, askerliğini İtalya'da yapmış olan Bay Ugliola'nın vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz bırakıldığı iddiasının yersiz olduğunu, kıdem süresi hesaplanırken vatandaşlıktan ziyade askerlik hizmetinin yapıldığı yerin esas alındığı savunmasını yapmıştır. Bay Ugliola'nın iddialarını yerinde bulan Divan'a göre, bir göçmen işçinin çalışma koşulları ile askerlik hizmeti arasındaki bağın doğası gereği, askerlik hizmeti nerede yerine getirilirse getirilsin ortaya çıkan sonuçlar değişmez. Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması'nın 48. maddesine (şimdiki 39. maddesine) göre, işçilerin serbest dolaşımları konusunda, Üye Devletler eşit muamele ilkesini ihlal edemezler. Bu nedenle ilgili durumda bir Üye Devlet'in kendi vatandaşlarının yararına olacak şekilde dolaylı olarak ayrımcılık uygulamaları da mümkün görülmez (Para.6).

ATAD, Ugliola kararında askerlik hizmetinin yerine getirildiği yerle ilgili olarak belirlenen koşula ilişkin yaptığı "dolaylı olarak ayrımcılık uygulama *(indirectly introducing discrimination)*" şeklindeki yorumunuyla görünüşte nötr olan bir uygulamanın yarattığı farklılaştırmaya işaret etmiş; bu anlamda dolaylı ayrımcılık yasağının en belirleyici unsuruna gönderme yapmıştır. Divan'ın bu yorumunu yeni bir

---

February 1974, Para. 11. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0152 (Erişim Tarihi: 10.04.2019).

[404] Aşağıda incelenecek olan davalardan bazıları cinsiyet temelinde ayrımcılıkla bağlantılı olsalar da özünde vatandaşlık temelinde ayrımcılıkla ilgilidir.

[405] Dolaylı ayrımcılık kavramı ilk olarak Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Hukuku bağlamında verilen 1957 tarihli *Geitling* kararında geçmişse de Ugliola davası, Avrupa Ekonomik Topluluğu Hukuku bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağına değinilen ilk karardır. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s. 104; Ivănuş, a.g.m., 2014, s. 155. ATAD, *Württembergische Milchverwertung Südmilch AG v. Ugliola*, Case 15/69, Judgment of 15 October 1969, p. 363. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0015 (Erişim tarihi: 30.03.2019)

gelişme olarak görmek mümkündür; ancak literatürde Ugliola kararının Avrupa Ekonomik Topluluğu Hukuku bağlamında verilen dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ilk karar olarak gösterilmesi çok yaygın değildir. Genellikle "karşılaştırılabilirlik *(comparability)*" meselesine odaklanma eğilimindeki görüşlere göre, Ugliola kararında olduğu gibi ayrımcılığın ortaya çıkış biçimi *("nature")* ikinci plandadır. Esasen ATAD'ın kendisi de vatandaşlık temelli dolaylı ayrımcılıkla ilgili kararlarında Ugliola kararına gönderme yapmaz[406]. Ugliola kararı, doktrinde dönüm noktası sayılabilecek bir dava olarak nitelendirilmese de[407], bu kararın ATAD içtihatlarında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili başlangıç noktalarından biri olarak işaretlenebileceği şüphesizdir[408].

Divan, 1972 tarihli *Luisa Sabbatini, née Bertoni, v European Parliament* kararında,[409] bu kez cinsiyet eşitliği ile ilişkili olarak, Ugliola kararındakiyle benzer bir dolaylı ayrımcılık yasağı yorumunda bulunmuştur[410]. Sabbatini kararı, ATAD'ın dolaylı ayrımcılık adlandırmasını kullanmadan özü itibariyle cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılıkla ilgili verdiği ilk karar sayılır[411]. Bu karara konu olay, Avrupa Parlamentosu Yönetimi'nin AB Personel Tüzüğüne Ek VII hükümleri gereğince, AB personeli Lüksemburg vatandaşı Bayan Sabbatini'ye, evlendikten sonra "evin reisi" sayılmadığı için yol harcırahı sağlamayı reddetmesiyle ilgilidir[412]. AB Personel Tüzüğü'ne Ek VII'te yer verilen m.4/3 düzenlemesi kapsamında, vatandaşı olduğu Üye Devlet dışında bir Üye Devlet'te ikamet eden bir personel için öngörülen yol harcırahının, personelin evlenmesi durumunda "evin reisi" olmadığı takdirde kesilmesini düzenlenmiştir. Bayan Sabbati'ye göre, Avrupa Parlamentosu Yönetimi'nin bu düzenleme doğrultusunda aldığı kararlar ayrımcıdır. Divan, kararında ilk olarak ilgili m.4/3 düzenlemesinin cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan genel hukuk ilkesine aykırı olduğunu

---

[406] ATAD içtihatlarında Ugliola davasına ilişkin tek göndermenin, Allue I davasında (Case 33/88, [1989] ECR 1591) Hukuk Sözcüsü (Advocate General) Lenz'in görüşünde olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s. 106, d.n. 696.

[407] Ugliola kararının, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili dönüm noktası sayılabilecek bir karar olarak değerlendirilmeme nedenleri için bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s. 106-107.

[408] Tobler, a.g.e., 2005, s. 107.

[409] ATAD, *Luisa Sabbatini, née Bertoni, v. European Parliament,* Case 20/71, Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 June 1972. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61971CJ0020 (Erişim tarihi: 03.04.2019)

[410] Tobler, a.g.e., 2005, s. 107.

[411] Rating, 1994'den aktaran Tobler, a.g.e., 2005, s. 108.

[412] Benzer yönde verilmiş başka bir karar için bakınız: ATAD, Monique Chollet, née Bauduin v. Commission of the European Communities, Case C-32/71. Aktaran: Kaya, a.g.t., s. 114.

belirtmiştir[413]. Tartışılmakta olan m.4/3 düzenlemesi, her ne kadar açıkça erkek ve kadın personel arasında ayrım yapmamaktaysa da; "ev reisi"ni olağan koşullarda erkek eş olarak tanımlayan, kadın personeli erkek eşin bir maluliyete ya da ciddi bir hastalığa sahip olması durumunda "ev reisi" sayan aynı tüzüğün m.1/3 düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde "kadın ve erkek personel arasında gerçekte farklı bir muamele yarattığı *(in fact create a difference of treatment as between male and female officials)"* açık görülmüştür (Para. 5-6). ATAD, yol harcırahının kesilmesine neden olan durumun, cinsiyetle bağlantısı olmayan tarafsız bir ölçüte dayanması gerektiğine ve personelin cinsiyeti temelinde bir farklı muamele yapılamayacağına karar vermiş, aksi halde keyfilik ve ayrımcılığın gündeme geleceğini belirtmiştir (Para. 12-13).

Ugliola kararıyla benzer şekilde, Sabbatini kararında da görünüşte nötr olan bir kuralın kendisinden çok, ortaya çıkan farklı muameleye yol açan etkisi incelenmiştir. Başka bir ifadeyle, Sabbatini kararında, m. 4/3 düzenlemesinin lafzı değil, ev reisliği kavramını düzenleyen m.3/1 ile birlikte değerlendirildiğinde gerçekte ortaya çıkarttığı etkisi irdelenmiştir. Ugliola ve Sabbatini kararlarının başka bir benzer yönü de, her iki davada da söz konusu olan görünüşte nötr olan uygulama ve kuralın yasadan kaynaklanmasıdır. Sabbatini kararında, ATAD'ın yaklaşımı temelde Ugliola kararıyla benzerlik taşısa da Sabbatini kararında dolaylı ayrımcılık kavramı açıkça kullanılmamış; "kadın ve erkek personel arasında gerçekte farklı bir muamele yaratan *[kural]*" ifadesiyle cinsiyet temelinde ayrımcılık oluştuğuna hükmedilmiştir. Ancak burada söz konusu olan ayrımcılık biçimini, gerçekte ortaya çıkan farklı muameleye yol açan etkiye yapılan atıf sebebiyle dolaylı ayrımcılık saymak gerekir[414].

Divan'ın, Sabbatini kararında kadın ve erkek personelin ilgili kural karşısındaki

---

[413] Esasen Sabbatini kararının alındığı tarihlerde AB Personel Hukukunda eşitliğe dair herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi, Üye Devletlerin ulusal hukuklarında da cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan genel bir hukuk ilkesine rastlanmaz. Davacı Bayan Sabbatini iddialarına temel olarak kadın ve erkek çalışanlara eşit ücretle ilgili Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması'nın 119. maddesini (şimdiki 141. maddesini) ileri sürmüş; davayla ilgili Hukuk Sözcüsü ("*Advocate General"*) Roemer da aynı 119. maddenin (şimdiki 141. maddenin) uygulanmasını önermiştir. Divan'ın ise bu konudaki yaklaşımı hem Sabbatini kararında hem de aşağıda incelenecek olan Airola kararında açık değildir. Literatürdeki bazı görüşlere göre Divan burada özellikle "cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan yazılı olmayan genel hukuk ilkesine" dayanmıştır. Divan'ın cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan bir düzenlemenin yokluğunda şeklen nötr olan kuralın ayrımcılık yaratabileceği yönünde yaklaşımı, hem Sabbatini hem de Airola davalarında dolaylı ayrımcılık yasağının gündeme gelmesini açıklar. Konuyla ilgili literatürdeki görüşler için bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s. 109.

[414] Benzer yönde görüşler için bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s.108-109; Kaya, a.g.t., s.113.

durumlarını karşılaştırarak, bu kuralın kadınlardan çok ağırlıklı olarak erkeklerin yararına olduğunu yansıtan ifadeleri de AB düzeyindeki dolaylı ayrımcılık yasağı yorumunda bir yeniliğe işaret eder[415]. Divan, karşılaştırılabilirlikle ilgili bu yeni yorumunu yine cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılığın tespit edildiği Airola kararında[416] daha açık bir şekilde tekrar etmiştir. Airola kararı da yine AB Personel Tüzüğü'nün yol harcırahı düzenlemesiyle ilgilidir; ancak AB Personel Tüzüğü'nün ilgili düzenlemesi Sabbatini kararı sonrasında değiştirilmiştir. AB'nin personellerine vatandaşı olduğu Üye Devlet dışında bir Üye Devlet'te ikamet etme koşuluna bağlı olarak sağladığı yol harcırahı, daha sonradan yapılan bu değişiklikle, personelin vatandaşlığı esas alınarak sağlanmaya başlamıştır[417]. Airola davasında konu olayda, Avrupa Komisyonu'nda çalışan Belçika vatandaşı Bayan Airola'nın İtalya'da çalıştığı sırada vatandaşlığı tespit edilirken, kendi vatandaşlığı değil, evlenme yoluyla kazanmış olduğu İtalyan vatandaşlığı esas alınmıştır. İtalya'da çalışan bir İtalyan vatandaşı olarak değerlendirilen Bayan Airola, yol harcırahı için gerekli koşullara sahip bulunmadığından hak kaybına uğramıştır. Divan, kadın ve erkek personelin evlilik yoluyla vatandaşlık kazanmaları durumlarını karşılaştırmış ve hiçbir Üye Devlet'in ulusal mevzuatında erkek personelin evlilik yoluyla eşlerinin vatandaşlığını kazanmalarına dair bir düzenlemenin olmadığını tespit etmiştir. Divan'a göre, bu durum erkek ve kadın çalışanlar arasında ayrımcılık yaratır niteliktedir (Para. 4). Vatandaşlığı esas alan ve görünüşte nötr olan bu düzenlemenin cinsiyet temelinde ayrımcı olduğuna karar veren ATAD, bu kararında da dolaylı ayrımcılık kavramını açıkça kullanmamıştır; ancak yine de ilgili karardaki ayrımcılık biçimini dolaylı ayrımcılık olarak tespit edilmesi yanlış olmaz[418]. Airola davasında, davalı taraf Avrupa Komisyonu'nun savunmasında yaptığı "*de facto* ayrımcılık" ve "dolaylı ayrımcılık" atıfları da, Airola davasının AB vatandaşlık hukukunda cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık türüne ilk kez değinilen dava olarak genel

---

[415] Tobler, a.g.e., 2005, s. 108-109. Bu yeni yorumu, daha sonra dolaylı ayrımcılık yasağı incelemelerindeki görülecek olan karşılaştırılabilirlik unsuru hakkındaki öncü bir yorum saymak mümkündür.

[416] ATAD, *Jeanne Airola v. Commission of the European Communities*, Case 21/74, Judgment of the Court of 20 February 1975, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0021&from=EN (Erişim Tarihi: 22.04.2019).

[417] Kaya, a.g.t., s. 114.

[418] Kaya, a.g.t., s. 115.

kabul görmesini mümkün kılmıştır[419].

Ugliola kararıyla benzer şekilde vatandaşlık temelinde ayrımcılık ve işçilerin dolaşım özgürlüğüyle ilgili bir karar olan *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost kararı*[420] da, dolaylı ayrımcılık yasağını daha net bir şekilde ele alan bir karar olmasıyla ATAD'ın diğer erken dönem kararları arasında dikkat çeken bir karardır[421]. Sotgiu kararında, yeni bir kavram olan dolaylı ayrımcılığın "varlık sebebini" ortaya koyan bir yoruma yer verilerek; ileride geliştirilecek olan dolaylı ayrımcılık yasağına bir tanım sağlanmıştır. Bu nedenle, bu karar diğerleri arasında dönüm noktası olarak işaretlenebilecek bir karardır[422]. Bu davada, Almanya'da federal posta merkezi çalışanı olarak kamu hizmeti ifa etmekte olan İtalyan vatandaşı Sotgiu'nun, yerleşim yerinden farklı bir yerde çalışanlara verilecek ödeneğe, ilk göreve başlama tarihinde yerleşim yerinin Almanya olması ölçütü öngörülmesi nedeniyle hak kazanamamasının vatandaşlık temelinde ayrımcı olup olmadığı tartışılmıştır. Divan, ilgili ölçütün ayrımcı olup olmadığını Topluluk İçinde İşçilerin Dolaşım Özgürlüğüne Dair 15 Ekim 1968 tarih ve 1612/68 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu Tüzüğü'nün AB üyesi devletlerin vatandaşları arasında ayrım yapılmamasını düzenleyen m.4 ve m.7/1 düzenlemeleri çerçevesinde ele almıştır[423]. Divan'a göre:

> *"Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma ve 1612/68 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu Tüzüğü'nün 7. maddesinde öngörülmüş eşit muameleyle ilgili kurallar, sadece vatandaşlık temelinde açık ayrımcılığı (overt discrimination) değil, başka farklılaştırma ölçütlerinin kullanılmasıyla gerçekte yine aynı ayrımcı sonucu yaratan bütün örtülü ayrımcılık biçimlerini (covert forms of discrimination) de yasaklar (Para. 11)."*

ATAD bu yaklaşımının, AB'nin temel ilkelerinden biri olan ve hali hazırda

---

[419] ATAD'ın AB Personel hukuku bağlamında açıkça cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık kavramını kullandığı ilk kararı ise De Angelis kararıdır. Bakınız: Case 246/83, [1985] *ECR* 1253, para. 18. Aktaran, Tobler, a.g.e., 2005, s. 110.

[420] ATAD, *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundenpost*, Case 152/73, Judgment of the Court of 12 February 1974. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0152 (Erişim Tarihi: 10.04.2019). Bu karar çalışmanın devamında Sotgiu kararı olarak anılacaktır.

[421] Rodoljub Etinski, "Concept of Indirect Discrimination under Article 14 of the European Convention on Human Rights", Zbornik Radova Pravnog Fakulteta Nis, LIV (70), 2015, s. 42.

[422] Tobler, a.g.e., 2005, s. 103.

[423] Case, 152/73, [1974], para. 2. İlgili hükümler için bakınız: Topluluk İçinde İşçilerin Dolaşım Özgürlüğüne Dair 15 Ekim 1968 tarih ve 1612/68 sayılı (EEC) Tüzüğü *("Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community"),* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31968R1612(Erişim Tarihi: 10.04.2019).

1612/68 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu Tüzüğü'nün Önsöz'ünde "gerçekte eşitlik ve hukukta eşitlik (*in fact and in law*)" çerçevesinde sağlanmasının kabul edildiği eşit muamele ilkesinin etkililiği için gerekli olduğunu da eklemiştir (Para. 11). ATAD'a göre, ilk göreve başlama tarihindeki yerleşim yerini esas alan bu ölçüt, vatandaşlık bakımından nötr görünse de, gerçekte durum farklıdır. Şöyle ki yerli çalışanlara kıyasla daha fazla yabancı çalışanın yerleşim yeri yurtışındadır[424]. Dolayısıyla ATAD, vatandaşlık temelinde ayrımcı görünmese de, vatandaşlıkla ilgili olmayan başka bir ölçütle, yerleşim yeri ölçütüyle, gerçek durum itibariyle ayrımcı etkinin ortaya çıkmasının mümkün olduğunu bu yaklaşımıyla kabul etmiştir. ATAD'ın "örtülü ayrımcılık" olarak nitelendirdiği bu ayrımcılık biçimi, ileride AB düzeyinde kabul edilecek dolaylı ayrımcılık yasağını karşılayan genel bir tanımını da yansıtır[425].

Sotgiu kararında ayrımcılığın, dolaylı ayrımcılığı karşılayacak biçimde örtülü bir biçiminin olduğunun kabul edilmesi ATAD içtihatları açısından bir yenilik taşımaz. Ancak içtihat düzeyinde dolaylı ayrımcılık yasağına yönelik genel bir tanım içeren bu karar, bazı yönleriyle, dolaylı ayrımcılık kavramının temelini kuran gelişmeler arasında dikkat çeker. Her şeyden önce Sotgiu kararında dolaylı ayrımcılık yasağına yönelik geliştirilen genel tanımla, ayrımcılığın gerçekte ortaya çıkan etkiden kaynaklı olabileceğini vurgulanmıştır. Bunun yanında, ATAD'ın ayrımcılığın "örtülü" bir şekilde de ortaya çıkabileceğini kabul ederek ayrımcılığın dolaylı biçimine gönderme yaparken, bunun AB'nin temel ilkelerinden eşit muamele ilkesinin etkililiğini sağlama amaçlı olduğunu belirtmesi de, ayrımcılık yasağı ile maddi eşitlik ilgisini kurmuştur. Ayrıca ATAD'ın AB üyesi devletlerin vatandaşları arasında ayrım yapılamayacağına ilişkin düzenlemeleri ışığında, yerli ve yabancı çalışanların durumlarını yerleşim yeri ölçütü temelinde karşılaştırarak bir sonuca varması da yine ileriki tarihlerde geliştirilecek olan AB'nın dolaylı ayrımcılık yasağı incelenemesinin diğer bir unsurunu, karşılaştırılabilirlik unsurunu da açıkça ortaya koyar[426]. Bu nedenlerle Sotgiu kararı, doktrinde dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili bir dönüm noktası olarak değerlendirilir. Nitekim ATAD da içtihatlarında sık sık Sotgiu kararındaki tespitlere gönderme

[424] Etinski, a.g.m., 2015, s. 64.
[425] Tobler, a.g.e., 2005, s. 113.
[426] Case, 152/73, [1974], para. 12 ve 13.

yapmaktadır[427].

1.3.4.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurlarının Belirlenmesi

Dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarının belirlenmesi, özellikle cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili gelişmelere dayanır. Bu süreçte dolaylı ayrımcılık yasağına yönelik AB Direktiflerindeki düzenlemeler kadar, ATAD içtihatlarındaki tespitler de önem taşır. Bu anlamda dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarının belirlenmesi aşaması, dolaylı ayrımcılık yasağının AB hukukunda yerini alarak bir tanıma kavuşması aşamasını önceleyen birkaç dönüm noktası niteliğinde kararla başlatılabilir.

Dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını belirleyen dönüm noktası sayılabilecek kararlardan önceki tarihlerde, dolaylı ayrımcılık kavramına ismen ilk kez, İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Terfi ile Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207/EC sayılı Konsey Direktifi'nin ikinci maddesinin ilk fıkrasında "dolaylı cinsiyet ayrımcılığı" olarak yer verilmiştir. Direktif'in ilgili düzenlemesinde, eşit muamele ilkesinin, kadın ve erkekler arasında özellikle evlilik ya da ailevi durumlar temelinde doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapılmaması anlamına geldiği belirtilmiştir[428]. Ancak bu Direktifte, bir dolaylı ayrımcılık tanımına yer verilmediği gibi, düzenlemede bir arada kullanılan doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları arasındaki fark da belirgin değildir[429].

---

[427] Sotgiu kararının dönüm noktası olarak değerlendirilme sebepleri ve benzer görüşlere yer verilen diğer çalışmalar için bakınız: Tobler, a.g.e., 2005, s.113-115. İleride incelenecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da ATAD'ın Sotgiu kararında ayrımcılığın örtülü olarak da gündeme gelebileceği yönündeki tespitine atıfta bulunulmuştur. Örnek bir karar için bakınız: AİHM, *D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti [BD]*, B. No: 57325/00, 13 Kasım 2007, Para. 86 ve 91.

[428] İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Terfi ile Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207/EC sayılı AB Direktifi *("Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions")*, m.2/1, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:en:HTML (Erişim tarihi: 18 Haziran 2017).

[429] Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 246.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasındaki farkın belirginleştirilmesi yönündeki ihtiyaç, ATAD'ın 1976 tarihli *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* kararında belirtilmiştir. Davalı şirkette kabin görevlisi olarak çalışmakta olan Bayan Defrenne'nin erkek iş arkadaşlarıyla karşılaştırıldığında ayrımcılığa uğrayıp uğramadığının, Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın kadın ve erkek işçiler için eşit işe eşit ücreti düzenleyen 119. maddesi (şimdiki 141. maddesi) bağlamında tartışıldığı bu dava esasen doğrudan ayrımcılıkla ilgili bir değerlendirme içerir. Ancak bu dava, ilgili düzenlemenin uygulanma amacı doğrultusunda, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasındaki farkın yapılacak düzenlemelerle çizilmesi gerekliliğine dikkat çekmesi bakımından önemlidir[430].

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları arasındaki farklılığın belirginleştirilerek, her iki ayrımcılık biçiminin tanımlanıp unsurlarının belirlenmesi sürecinde ATAD'ın cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilgili iki kararı dikkat çeker. ATAD'ın eşit işe eşit ücret bağlamında incelediği bu iki kararla, dolaylı ayrımcılık yasağının unsurları da belirlenmiştir[431].

Bu kararlardan ilki olan 1981 tarihli *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* kararında[432] ATAD, daha önceki kararlarından farklı olarak dolaylı ayrımcılık yasağına ilk kez hem ismen hem de onu tanımlayan ifadelerle yer vermiş ve unsurlarını tartışmıştır. Bu nedenle cinsiyet temelinde ayrımcılıkla ilgili Jenkins kararı, çoğunlukla ATAD'ın dolaylı ayrımcılık yasağına dair ilk kararı olarak kabul edilir[433] ve bu karar sıklıkla dolaylı ayrımcılık kavramını açıkça geçirmeden onu tanımlayan ifadelerin kullanıldığı Sotgiu kararıyla birlikte anılır. Jenkins kararında, kadın ve erkek işçilere saat başına farklı ücretlerin verilmesinin, cinsiyet temelinde ayrım yaratıp yaratmadığı, Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın kadın ve erkek işçiler için eşit işe

---

[430] ATAD, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Case 43/75, Judgment of the Court of 8 April 1976, para. 18. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61975CJ0043 (Erişim tarihi: 12.04.2019).

[431] Chloe Wallace, "European Integration and Legal Culture: Indirect Sex Discrimination in the French Legal System", Legal studies, Vol. 19, Issue.3, September 1999, s. 400.

[432] ATAD, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, Case 96/80, Judgment of the Court of 31 March 1981. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61980CJ0096 (Erişim Tarihi: 13.04.2019). Bu karar çalışmanın devamında Jenkins kararı olarak anılacaktır.

[433] Loenen, a.g.m., 2000, s. 79; de Schutter, a.g.m., 2006, s. 9; Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 246.

eşit ücreti düzenleyen 119. maddesi (şimdiki 141. maddesi) bağlamında incelenmiştir. İngiliz Kingsgate şirketinde yarı zamanlı olarak çalışan Bayan Jenkins, çoğunluğunu kadınların oluşturduğu yarı zamanlı çalışan işçilere saatlik çalışma karşılığında ödenen ücretin, çoğunluğunu erkeklerin oluşturduğu tam zamanlı çalışan işçilere ödenen saatlik çalışma ücretinden az olmasının ayrımcı olduğunu iddia etmiştir (Para. 3). Kingsgate şirketi, 1975 tarihinden önce kısmi ve tam zamanlı çalışan olmaları farketmeksizin, kadın ve erkek işçiler için farklı saatlik ücretler öngörmüştür (Para. 6). 1975'ten sonra bu farklı ücret politikasını kaldıran Kingsgate şirketi, çoğunluğunu kadınların oluşturduğu yarı zamanlı çalışan işçilere, tam zamanlı çalışma karşılığında verilen saatlik ücretten daha düşük saatlik ücret ödenmesinin cinsiyet temelinde ayrımcılık yaratmadığını; bu ücret politikasının ekonomik gerekçelere dayalı olduğunu ve işçileri tam zamanlı çalışmaya teşvik etme amacı taşıdığı savunmasını yapmıştır (Para. 12).

Hukuk sözcüsü Warner, bu karara ilişkin 28 Ocak 1981 tarihli görüşünde, kadınların ailevi sorumlulukları sebebiyle tam zamanlı çalışma için öngörülen haftada 40 saatlik çalışma olanaklarının, erkeklere göre daha düşük olduğunu ifade etmiştir. Tam zamanlı çalışma karşılığındaki saatlik ücreti alabilmek için haftalık 40 saat çalışma koşulunun, sonuç itibariyle yarı zamanlı çalışabilen kadınları erkeklerle karşılaştırıldığında orantısız şekilde etkilemekte olduğunu belirten Warner, açıkça Griggs davasındaki farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisine göndermede bulunmuştur. Warner, bunun muhakkak bir ayrımcılığın söz konusu olduğu anlamına gelmediğini; ancak, hali hazırda ortaya çıkan farklı etkiden kaynaklı ayrımcı görünen ücret politikasının ayrımcı olmadığını göstermek için işverenin özel bir gerekçesinin bulunması gerektiğini söylemiştir. Warner, böylece Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin ırk temelli ayrımcılıkla ilgili olarak Griggs kararında belirttiği unsurları, cinsiyet ayrımcılığıyla ilgili Jenkins davasına uygulamıştır[434].

Divan da, Hukuk Sözcüsü Warner'ın görüşleriyle benzer şekilde ilgili ücret politikasını, ortaya çıkan farklı etkisi üzerinden tartışmıştır. Divan'a göre, tam zamanlı

[434] Jenkins v. Kingsgate, Opinion of Mr Advocate General Warner delivered on 28 January 1981, s. 936 - 937 http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90815&doclang=EN (Erişim Tarihi: 13.04.2019).

çalışma ve yarı zamanlı çalışma karşılığı ödenen saatlik ücretlerin farklı farklı belirlenmesini içeren ücret politikası, iki tür ücret de kadın ve erkeklere eşit olarak uygulandığı için başlı başına bir ayrımcılık oluşturmaz; dolayısıyla eşit işe eşit ücreti düzenleyen Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 119. maddesine (şimdiki 141. maddesine) aykırılık da doğurmaz. Ancak, Divan, yarı zamanlı çalışan işçilerin sadece ya da büyük bir çoğunlukla kadınlardan oluştuğu gerçek durumda, bu farklı ücretleri öngören politikanın yarı zamanlı çalışma karşılığı ödenen ücreti düşürmenin dolaylı bir yöntemi olarak kullanılması halinde, dolaylı ayrımcılığın gündeme geleceğini söylemiştir (15. Para). Sonuç olarak, Divan, ulusal mahkemenin şirketin farklı ücretleri öngören politikasının kadınlar üzerinde olumsuz [ya da farklı] bir etki doğurması halinde, ilgili 119. maddenin (şimdiki 141. maddenin) doğrudan uygulanabileceğini belirterek AB Hukukuna aykırılık olduğunu tespit etmiştir (Para. 18).

ATAD'ın bu yorumuyla, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs davasındaki yaklaşımını aynen benimsediği görülebilir[435]. Ancak, Jenkins davasındaki yorumuyla dolaylı ayrımcılığın varlığı bakımından, işverenin ayrımcılık yapma yönünde kastı olması gerektiğine ilişkin tespitte bulunan Divan'ın, bu noktada Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin işverenin ayrımcılık yapma yönündeki kastının yokluğunun ayrımcı sonucu etkilemeyeceğini söylediği Griggs kararından ayrıldığını belirtmek gerekir[436]. Esasen, Jenkins kararında dolaylı ayrımcılık yasağı, kadın ve

---

[435] Aynı yönde görüşler için bakınız: Loenen, a.g.m., 2000, s. 79 ve Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 309. Bu anlamda, Jenkins kararı, "göç eden hukuki fikirlerin", yeni bağlamlarında nasıl farklı işleyebileceğini gösterme konusunda iyi bir örnek de teşkil eder. Bu durum, "Atlantik'in iki tarafında konumlanmış iki farklı hükümetin rolünün", radikal biçimde farklı oluşundan kaynaklanır. Şöyle ki, Jenkins'te, kendine özgü biçimde liberal serbest piyasa ekonomisi ile sosyal içermeyi teşvik etmeyi birleştiren ve devlet müdahalesinin, ücretlerin ahlaki açıdan "adil" olarak belirlenmesine dahi devletin müdahale etmediği Birleşik Devletler'dekinden çok daha fazla olduğu AB düzeyinde, Birleşik Devletler kaynaklı farklı etki nedeniyle ayrımcılık teorisi örnek alınmıştır. Bakınız: Ioanna Tourkochoriti, "Jenkins v. Kingsgate and the Migration of the US Disparate Impact Doctrine in EU Law", Ed. Fernanda Nicola and Bill Davies, EU Law Stories, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 418.

[436] Griggs kararında, ayrımcı kastın yokluğunun farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığın ortaya çıkması için önem taşımamasıyla ilgili yapılan inceleme için bakınız yukarıda: *"1.3.2.2. Griggs v. Duke Power Company Davası"*. ATAD'ın adı geçen kararlarında açıkça gönderme yaparak ilham aldığını ortaya koyduğu karar Griggs v. Duke Power Company kararı olsa da, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin "ayrımcı kast"ı her kararında farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığın ortaya çıkması için gerekli olmayan bir unsur olarak ele aldığını söylemek yanlış olur. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, 1976 tarihli Washington v. Davis, 426 U. S. 229 kararında "ayrımcı kast"ın varlığını, farklı etki nedeniyle ayrımcılığın unsurları arasında saymış ve davacının iddia ettiği ayrımcı muamelenin ırk temelinde ayrımcı kastla

erkekler arasında ücrete yönelik ayrım yapma kastındaki işverenin, cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık yasağını dolanmak suretiyle dolaylı bir yöntemle bunu gerçekleştirmesinin de ayrımcılık yasağı kapsamında olduğunu ifade etmek üzere yorumlanmıştır. Bu anlamda Divan'ın bu kararı itibariyle, ayrımcılık yasağına aykırılığın, ayrımcı kastın varlığı halinde doğacağı algısının değişmediğini söylemek mümkündür[437].

Ancak, daha sonraki kararlarında Divan, bu tespitini dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkması için, işverenin ayrımcılık yapma yönündeki kastının önemli olmadığı yönünde değiştirmiştir. ATAD'ın Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs kararındaki farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisini ikinci defa uyguladığı *Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz kararı*, dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkması bakımından işverenin ayrımcılık yapma yönündeki kastının önemli olmadığını açıkça örnekleyen bir karardır[438].

ATAD'ın dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarına dair tespitte bulunduğu cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılıkla ilgili diğer ikinci kararı da olan 1986 tarihli *Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz kararı*[439], yine yarı zamanlı çalışma meselesine ilişkindir. ATAD, bu kararında dolaylı ayrımcılık kavramını, AB Hukukundaki güncel dolaylı ayrımcılık tanımına en yakın ifadelerle açıklamıştır[440]. Karara konu olayda Almanya'da alışveriş merkezleri zincirleri sahibi şirketin parçası olan Bilka Kaufhaus, çalışanlarının mesleki emeklilik sigortası sisteminden yararlanmaları için, en az 15 yıl aralıksız şekilde tam zamanlı olarak çalışmaları koşulunu öngörmüştür. Bilka Kaufhaus'ta 1961 – 1976 yılları arasında satış danışmanı

---

yapıldığını ortaya koymasını beklemiştir. İlgili kararda kurulan "Kasıt doktrini"ne dair ayrıntılı bilgi için bakınız: Daniel, a.g.m., s. 281-285.

[437] de Schutter, a.g.m., 2006, s. 9-10.

[438] Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 984; de Schutter, a.g.m., 2006, s. 10; Kaya, a.g.t., s. 110; Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 309. Diğer bir benzer erken dönem ATAD kararı için bakınız: ATAD, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, Case 171/88, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 13 July 1989. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0171 (Erişim tarihi: 16.04.2019).

[439] ATAD, *Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Case 170/84, Judgment of the Court of 13 May 1986. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170 (Erişim tarihi: 13.04.2019).

[440] Karan, a.g.e., s. 223.

olarak çalışmış olan Bayan Weber, bu 15 yıllık çalışma süresinde 1972 yılına kadar tam zamanlı olarak, 1972 yılından 1976 yılına kadar ise yarı zamanlı olarak çalıştığı için mesleki emeklilik sigortası sisteminden yararlanmak için öngörülen koşulu karşılayamamıştır. Bayan Weber, mesleki emeklilik sigortası sistemine dahil olmak için öngörülen en az 15 yıl tam zamanlı çalışma koşulunun, aile ve çocuk bakımından sorumlu kılınmaları sebebiyle yarı zamanlı çalışmayı seçebilen kadınları, erkeklere kıyasla dezavantajlı duruma soktuğunu; dolayısıyla ilgili koşulun kadınlara ve erkeklere eşit ücreti öngören Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 119. maddesine (şimdiki 141. maddesine) aykırı olduğunu, işverenin bu anlamda cinsiyet temelli ayrımcılık yaptığını Alman İş Mahkemesi önünde iddia etmiştir (para. 5 ve 6). Bilka Kaufhaus savunmasında, mesleki emeklilik sigortasına hak kazanmak için öngörülen en az 15 yıl boyunca tam zamanlı olarak çalışma koşulunun, kadınları bu mesleki emeklilik sigortası sisteminden dışlama amacı taşımadığını, bu uygulamanın amacının tam zamanlı çalışmayı teşvik olup ekonomik gerekçelere dayandığını belirtmiştir (para. 7).

Dava, ATAD önüne geldiğinde, ilgili koşulun Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 119. maddesi (şimdiki 141. maddesi) bağlamında "dolaylı ayrımcılık" yasağına aykırılık oluşturup oluşturmadığı incelenmiştir. Bu incelemede, bir işverenin, çoğunluğunu kadın işçilerin oluşturduğu yarı zamanlı çalışanları mesleki emeklilik sigortası sisteminden dışlayan bir koşulu, bu koşul orantısız ölçüde daha fazla sayıda kadın işçiyi erkek işçilere göre olumsuz yönde farklı etkilemesine rağmen öngörmesi ele alınmıştır. Divan, işveren Bilka Kaufhaus'un yarı ve tam zamanlı çalışanlar için farklı saatlik ücretler öngörmese de mesleki emeklilik sigortasının sadece tam zamanlı çalışanlara ödenmesi durumunun varlığı sebebiyle, Jenkins kararındaki tespitlerin bu davaya da uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, erkeklere göre çok daha az sayıda kadının tam zamanlı çalışması, Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 119. maddesine (şimdiki 141. maddesi) aykırı bir durum ortaya çıkarabilir. Divan'a göre, kadın işçilerin tam zamanlı çalışmasının önündeki engeller ve mevcut durum göz önüne alındığında, mesleki emeklilik sigortasını hak edebilmek için öngörülen en az 15 yıl tam zamanlı çalışma koşulu, ancak cinsiyete dayanmayan bir objektif gerekçeye dayandırılması halinde ilgili 119 maddeye (şimdiki 141. maddeye)

aykırılık oluşturmaz[441]. Bilka Kaufhaus'un emeklilik sigortasını hak edebilmek için 15 yıl tam zamanlı çalışma koşulunu öngörmesini, objektif bir şekilde ekonomik gerekçelere (*"objectively justified economic grounds"*) dayandırarak açıklaması hakkında Divan, bu koşulun ancak dayandırıldığı gerekçeyle "ölçülü (*appropriate*)" ve bu gerekçe dahilinde "gerekli (*necessary*)" olması durumunda kabul edilebileceğini ve ancak bu durumda Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 119. maddesine (şimdiki 141. maddesine) aykırı bir durumun ortaya çıkmayacağını; dolayısıyla dolaylı ayrımcılıktan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir[442].

Bilka kararında Divan, objektif bir şekilde ekonomik gerekçelere dayandırılan bir koşulun dolaylı ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını incelerken, Jenkins kararından farklı olarak, bu koşulu öngörenin kastını ele almamış ve ayrımcı etkinin görüldüğü sonuca odaklanmıştır. Divan emeklilik sigortasını hak edebilmek için öngörülen 15 yıl tam zamanlı çalışma koşulunun dolaylı ayrımcılığa neden olup olmadığını şu sorular üzerinden incelemiştir:

> 1. İlgili koşul, çoğunluğunu kadın işçilerin oluşturduğu yarı zamanlı çalışanları, çoğunluğunu erkek işçilerin oluşturduğu tam zamanlı çalışanlara göre daha dezavantajlı duruma sokmakta mıdır?
>
> 2. İlgili koşulun, orantısız ölçüde daha fazla sayıda kadın işçiyi erkek işçilere göre daha dezavantajlı duruma sokması durumunda;
>
> 2.1. Bu koşulun cinsiyete dayanmayan objektif bir gerekçeye dayandırılması mümkün müdür?
>
> 2.2. Ortaya çıkan sonuç, öngörülen koşulun dayandığı objektif gerekçe dahilinde ölçülü ve gerekli midir?

Buna göre Divan, dolaylı ayrımcılık incelemesi için öncelikle, öngörülen koşulun kadınlar üzerinde yarattığı dezavantajlı durumun, başka bir ifadeyle "farklı etki"nin ortaya konulmasını; sonrasında ise ilgili koşulun objektif bir gerekçeye dayandırılmasının ardından, bu koşulun ortaya çıkan sonuçla birlikte ele alınarak "ölçülü" ve "gerekli" olduğunun gösterilmesini bekler. Dezavantajlı durumu ya da

---

[441] Case 170/84, [1986], para. 24 -31.

[442] Divan'ın, öngörülen koşulun dayandırıldığı objektif gerekçeyle, "ölçülü" ve "gerekli" olmasını açıkladığı ilgili kısımlar için bakınız: Case 170/84, [1986], para. 32 -37.

olumsuz yönde farklı etkiyi ortaya koyacak taraf ayrımcılık iddiasında bulunan kişi iken; bu duruma ya da etkiye yol açan koşulun objektif bir gerekçeye sahip olup "ölçülü" ve "gerekli" olduğunu gösterecek olan tarafın ayrımcı olduğu iddia edilen koşulu uygulamaya koyan taraf, -Bilka kararında işveren- olarak belirlenmiş olması, Divan'ın Bilka kararında yaptığı tespitin başka bir önemli yönünü oluşturur[443]. Böylece AB hukuku düzeyinde dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddiasının olduğu durumlarda ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı ile ilgili de bir tespit ortaya konulmuştur.

Divan'ın cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılıkla ilgili Jenkins ve Bilka kararlarında her ne kadar dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarına dair önemli tespitlerde bulunarak, AB hukukunda dolaylı ayrımcılık kavramının yasal düzenlemelere yansımasına doğrudan etkide bulunmuşsa da dolaylı ayrımcılık yasağı gereğince özel bir önlem yükümlülüğünün olmadığını açıkça belirtmiş olması; AB düzeyinde dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili gelişimin başlangıcında olunduğunu gösterir[444]. Dolayısıyla, dolaylı ayrımcılığın unsurlarının oluşturularak, dolaylı ayrımcılığın ilk tanımlarına dair yasal düzenlemelere gidilen bu dönemde, dolaylı ayrımcılık yasağına dair önleyici değil, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali halinde tepkisel önlemlerin alınması anlayışının yerleşik olduğu söylenebilir[445].

1.3.4.3. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Normatifleşme Süreci

Dolaylı ayrımcılık kavramı, AB Hukukunda ilk kez bir yasal düzenleme altında Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne İlişkin 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi ile cinsiyet temelli ayrımcılık çerçevesinde tanımlanmıştır[446]. Cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılığa ilişkin yapılan bu tanımı,

---

[443] de Schutter, a.g.m., 2006, s. 10.
[444] Bakınız: Case, 170/84, [1986], para. 42.
[445] Bu anlamda Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 119. maddesi (şimdiki 141. maddesi) bağlamında Üye Devletlerin cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık yasağının ihlalinin önüne geçmek adına kadınların çocuk ve aile bakım yükümlülüklerinin farkındalığıyla "olumlu eylem" politikaları yürütmek yükümlülüğünün varlığından bahsetmek de mümkün değildir. Bakınız: De Vos, a.g.e, s. 14; Karan, a.g.e., s. 224.
[446] Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne İlişkin 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi *("Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex")*, https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1997/80/oj (Erişim Tarihi: 23.04.2019). İlgili Direktif çalışmanın devamında kısaca "97/80/EC sayılı İspat Yükü Direktifi" olarak anılacaktır.

yukarıda bahsi geçen ve diğer benzer yöndeki ATAD kararlarının "doğal sonucu" olarak görmek mümkündür[447]. 97/80/EC sayılı İspat Yükü Direktifi'nin "Tanımlar" başlıklı ikinci maddesinin ilk fıkrasında eşit muamele ilkesine yer verilmiştir. Buna göre, eşit muamale ilkesi, 97/80/EC sayılı İspat Yükü Direktifi'nin amaçları doğrultusunda cinsiyet temelli doğrudan veya dolaylı hiçbir ayrımcılığın olmaması anlamına gelir. İkinci maddenin ikinci fıkrasında, ilk fıkrada atıfta bulunulan eşit muamele ilkesinin amaçları doğrultusunda dolaylı ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu hükme göre, dolaylı ayrımcılık, görünüşte nötr olan bir düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın, bir cinsiyet grubuna mensup önemli derecede daha fazla sayıda kişiyi dezavantajlı duruma düşürmesi halinde ve bu düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın cinsiyet dışında başka bir objektif gerekçeye dayandırılması ile ölçülü ve gerekli olduğunun gösterilmesinin mümkün olmadığı durumda ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimidir[448].

Dolaylı ayrımcılık yasağına dair yasal düzenlemelerde, cinsiyet temelinden başka ayrımcılık temellerine yer verilmesi sürecini ise 1999 tarihinde yürürlüğe giren, AB Andlaşması'nı, Avrupa Ekonomik Topluluklarını Kuran Andlaşmaları ve bazı ilgili düzenlemeleri değiştiren Amsterdam Andlaşması ile başlatmak mümkündür[449]. Amsterdam Andlaşması'yla ayrımcılık yasağının kapsamına yeni temellerin eklenmesiyle, Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 13. maddesinde yapılan değişiklikle AB Konseyi'ne belirtilen temellerde ayrımcılık yapılmasıyla mücadele için önlemler alma yetkisinin getirilmesi, AB'nin ayrımcılıkla mücadele için önlemler yönünde çalışmasını sağlamıştır[450].

---

[447] İlgili görüşler için bakınız: de Schutter, a.g.m., 2006, s. 10.

[448] 97/80/EC sayılı Direktif'in m.2/2 düzenlemesindeki dolaylı ayrımcılık yasağına dair tanımı, ATAD'ın 1986 tarihli Bilka kararında (Case 170/84, para. 31) ve 1989 tarihli Rinner - Kühn kararında (Case 171/88, para. 12) da mevcuttur. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 215).

[449] Çalışmanın devamında Amsterdam Andlaşması olarak anılacak olan Avrupa Birliği Andlaşması'nı, Avrupa Ekonomik Topluluklarını Kuran Andlaşmaları ve bazı ilgili düzenlemeleri değiştiren Amsterdam Andlaşması'nın İngilizce metni için bakınız: *"Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts"*, http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2019).

[450] Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Andlaşması sonrasındaki adı. İlgili andlaşmaya dair yukarıda 386. Dipnotta yer verilen açıklamalara bakınız. Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın Amsterdam Andlaşması sonrasındaki versiyonu için bakınız: *"Treaty establishing the European Community (Amsterdam consolidated version)"*, OJ C 340, 10.11.1997, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1997.340.01.0173.01.ENG&toc=OJ:C:1997:340:TOC (Erişim Tarihi: 12.05.2019).

İlgili değişikliği takiben Aralık 1998 tarihinde akademisyenlerin ve sivil toplum kuruluşlarının (STK) katılımıyla Viyana'da düzenlenen bir konferans neticesinde ilgili 13. madde kapsamındaki yetki bağlamında alınacak önlemler kararlaştırılmıştır. AB Konseyi'nin Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 13. maddesi bağlamında aldığı önlemler kapsamında, ayrımcılık yasağı konusunda iki Konsey Direktifi ve bir Topluluk Eylem Programı oluşturulması şeklinde üç yönlü bir strateji öngörülmüştür[451].

2000 yılında kabul edilen iki Konsey Direktifi ile 1997 tarihli 97/80/EC sayılı İspat Yükü Konsey Direktifi'nde, cinsiyet temeliyle sınırlı olarak yapılan dolaylı ayrımcılık tanımı, başka temellerde dolaylı ayrımcılığı kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu direktiflerden ilki olan, Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konulmasına İlişkin 29 Temmuz 2000 tarihli ve 2000/43/EC Sayılı Konsey Direktifi[452] ile ırk veya etnik köken temelli dolaylı ayrımcılığa ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. 2000/43/EC sayılı Irksal Eşitlik Direktifi'nin "Ayrımcılık Kavramı" başlıklı ikinci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde ırk veya etnik köken temelli dolaylı ayrımcılığın hangi koşullarda gerçekleşeceğinden bahsedilmiştir. Buna göre:

> *"Görünüşte tarafsız bir düzenleme, ölçüt veya uygulamanın, bir ırka veya etnik kökene mensup kişileri, diğer kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir açıdan devavantajlı duruma düşürdüğü durumlarda; bu tarafsız düzenleme, ölçüt veya uygulama, meşru bir amaç ile objektif olarak gerekçelendirilmemişse ya da söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar ölçülü ve gerekli değilse, dolaylı ayrımcılığın ortaya çıktığı anlaşılmalıdır[453]."*

---

[451] Gül ve Karan, a.g.e., s. 73.

[452] Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 29 Temmuz 2000 tarihli ve 2000/43/EC Sayılı Konsey Direktifi *("Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin")*, https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/43/oj (Erişim tarihi: 23.04.2019). Çalışmanın devamında kısaca "2000/43/EC Sayılı Irksal Eşitlik Direktifi" olarak anılacak bu Direktif'in Defne Orhun, Burcu Yeşiladalı ve İdil Işıl Gül tarafından yapılan resmi olmayan Türkçe çevirisi ("Irk veya Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43/EC Sayılı Konsey Direktifi") için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 199-208.

[453] 2000/43/EC sayılı Irk Eşitliği Direktifi, m. 2/2-b.

Irk ve etnik köken temelinde dolaylı ayrımcılık yanında doğrudan ayrımcılık ve tacizi de yasaklayan 2000/43/EC sayılı Irk Eşitliği Direktifi'nin içeriği, bir yere bağlı olarak çalışan ve serbest çalışanları kapsayacak şekilde, sadece istihdamla ilgili meselelerle sınırlı değildir[454]. 2000/43/EC sayılı Irk Eşitliği Direktifi, istihdamla ilgili meselelerle bağlantılı olarak, eğitim, sosyal güvenlik ve sağlık hizmeti de dahil olmak üzere refah sistemi kapsamında ayrımcılığı ve mal ve hizmetlere erişim ile mal ve hizmet sunmada ayrımcılığı da yasaklar[455]. Bu anlamda, 2000/43/EC sayılı Irk Eşitliği Direktifi'yle dolaylı ayrımcılığın yasaklandığı meselelerin kapsamının çalışma hakkı sınırını aştığını söylemek mümkündür.

2000 tarihli Konsey direktiflerinden ikincisi de, İstihdamda ve Meslekte Eşit Muameleye İlişkin Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78 sayılı Konsey Direktifi'dir[456]. Bu direktifle, 2000/43/EC sayılı Irk Eşitliği Direktifi'nde yapılan dolaylı ayrımcılık tanımına, din ve inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim temelleri eklenmiş ve her ne kadar çalışma hakkı sınırındaki meselelerle ilgili olarak düzenlenmiş olsa da 2000/43/EC sayılı Irk Eşitliği Direktifi'nde yapılan dolaylı ayrımcılık tanımından daha kapsamlı bir dolaylı ayrımcılık tanımı oluşturulmuştur[457]. 2000/78/EC sayılı İstihdamda Eşit Muamele Direktifi'nin "Ayrımcılık Kavramı" başlıklı ikinci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendine göre:

> *"Görünüşte tarafsız bir düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın, belirli bir dine veya inanca mensup, belirli bir engel sahibi, belirli bir yaştaki ya da belirli bir cinsel yönelimi olan kişileri,*

---

[454] 2000/43/EC sayılı Irk Eşitliği Direktifi ve aşağıda incelenecek olan 2000/78/EC sayılı İstihdamda Eşit Muamele Direktifi'nin, sağlık, eğitim ve barınma olanaklarına eşit erişim meselesini AB ayrımcılık yasağı hukukunun kapsamına dahil etmesinin gerekçesi iş piyasasında tam verimliliktir. Bakınız: Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf (Erişim Tarihi: 23.04.2019), 2010, s. 14.

[455] de Schutter, a.g.m., 2006, s. 7.

[456] İstihdamda Eşit Muameleye İlişkin 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78 Sayılı Çerçeve Konsey Direktifi *("Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation")* https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj (Erişim Tarihi: 23.04.2019). Çalışmanın devamında kısaca "2000/78/EC Sayılı İstihdamda Eşit Muamele Direktifi" olarak anılacak bu Direktif'in Defne Orhun, Burcu Yeşiladalı ve İdil Işıl Gül tarafından yapılan resmi olmayan Türkçe çevirisi ("İstihdam veya Meslekte Eşit Muameleye Dair Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi") için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e, s. 209-222.

[457] de Schutter, a.g.m., 2006, s. 7. Dolaylı ayrımcılık AB Hukuku düzenlemeleri kapsamında Direktiflerde sayılan temellerde yasakladığı için, dolaylı ayrımcılık yasağının kapsamı da direktiften direktife daralıp genişler. Bakınız: Etinski, a.g.m., 2015, s. 44.

diğer kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir açıdan dezavantajlı duruma düşürüyorsa, aşağıdaki durumların varlığı halinde dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkacağı anlaşılmalıdır:

(i) İlgili tarafsız düzenleme, ölçüt veya uygulama, meşru bir amaç ile objektif olarak gerekçelendirilmemişse ya da söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar ölçülü ve gerekli değilse,

(ii) belirli bir engel sahibi kişiler bakımından, işveren veya bu Direktifin uygulanma alanına giren herhangi bir kişi veya kuruluş, Üye Devletin ulusal mevzuatı uyarınca, ilgili düzenleme, ölçüt veya uygulamanın ortaya çıkardığı dezavantajları ortadan kaldırmak için 5. madde kapsamındaki ilkelerle aynı doğrultudaki uygun önlemleri alma yükümlülüğünü yerine getirmemişse."

2000/78/EC sayılı İstihdamda Eşit Muamele Direktifi'nin dolaylı ayrımcılık yasağı bağlamında getirdiği yenilik, dolaylı ayrımcılık yasağı tanımının din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temellerini kapsayacak şekilde genişletmesiyle sınırlı değildir. Direktif'in m.2/2-b (ii) düzenlemesinde, dolaylı ayrımcılık yasağına dahil edilmesi açısından yeni bir kavram olan "makul uyumlaştırma" kavramına işaret eden ifadelere yer verilmiştir. Makul uyumlaştırmanın reddinin bu hükümle dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilmesini, AB hukukundaki eşitlik anlayışını maddi eşitlik anlayışına yaklaştıran bir gelişme olarak kabul etmek de mümkündür[458].

Bunun yanında Direktif'in m.2/2-b (ii) düzenlemesinde, üye devletin ulusal mevzuatı uyarınca belirli bir engel sahibi kişiler açısından oluşan dezavantajlı durumu ortadan kaldırmak üzere uygun önlemleri almama şeklinde gelişen makul uyumlaştırmanın reddinin dolaylı ayrımcılık olarak anlaşılacağının belirtilmesi, söz konusu dezavantajlı duruma neden olan düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın, uygulanmasından önceki aşamada da dolaylı ayrımcılığın gerçekleşebileceğinin de kabul edildiğini gösterir[459]. Başka bir ifadeyle, söz konusu düzenleme, ölçüt ya da

[458] de Schutter, a.g.m., 2006, s. 7; Karan, a.g.e., s. 215.

[459] Bu durum göçmen işçiler için dezavantaj yaratabilecek bir düzenleme hakkında verilen ATAD'ın 1986 tarihli O'Flynn v. Adjudication Office kararında da kabul edilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 215. Bakınız: ATAD, *O'Flynn v. Adjucation Office*, Case C-237/94, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 23 May 1996, Para. 20-21. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0237 (Erişim tarihi: 24.04.2019). O'Flynn v. Adjudication Office kararının dolaylı ayrımcılığın ilk ortaya çıkış biçimini örnekleyen bir karar olarak gösterilmesi ve bu yöndeki açıklamalar için *"1.2.2. Dolaylı Ayrımcılık Biçimleri"* başlığına başvurunuz.

uygulamanın, uygulanması durumunda belirli bir engel sahibi kişiler açısından ortaya çıkabilecek muhtemel dezavantajlı durumların önüne geçmemek de dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık olarak görülmüştür. Dolayısıyla bu hükümle, engelli bireyler için istihdamda ve meslekte dezavantajlı durum yaratabilecek koşullar için, bu koşulların uygulanması öncesindeki aşamada da dolaylı ayrımcılık yasağının mevcut olduğu kabul edilmiştir.

2000 yılında kabul edilen iki Konsey Direktifi, 97/80/EC sayılı İspat Yükü Konsey Direktifi'ndeki cinsiyet temeliyle sınırlı olarak yapılan dolaylı ayrımcılık tanımını, başka temellerde dolaylı ayrımcılığı kapsayacak şekilde genişletmeleri yanında; dolaylı ayrımcılığın ispatıyla ilgili de bir farklılık yaratmıştır. 97/80/EC sayılı İspat Yükü Direktifi'ndeki tanıma göre, dolaylı ayrımcılık iddiasını ispatlayabilmek için dezavantajlı duruma düşen kişilerin sayısının diğer kişilere göre daha fazla sayıda olduğunun ortaya konulması gerekirken; 2000 yılında kabul edilen ilgili Konsey Direktifleri'ndeki tanımlar açısından, dolaylı ayrımcılık iddiasını ispatlayabilmek için bir gruba mensup kişilerin diğer kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir açıdan dezavantajlı duruma düştüklerinin ortaya konulması yeterlidir. 2000/43/EC Irk Ayrımcılığı Direktifi ve 2000/78/EC sayılı İstihdamda Eşit Muamele Direktifi'yle daha yüksek oranda dezavantajlı durumun gösterilebilmesinin tek yolu olan istatistiki verilere bağlı olan ispat rejimi aşılmıştır. Böylece, dezavantajlı durumun niceliksel verilerden ziyade niteliksel açıdan ortaya konulması mümkün kılınmıştır. 2000 tarihli Direktiflerin kapsamına giren ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim alanlarında istatiki veri toplanmasının, 97/80/EC sayılı İspat Yükü Direktifi'nin kapsamında olan cinsiyet alanında istatiksel veri toplanmasından daha nadir olması durumu da düşünüldüğünde, mevcut durum açısından dolaylı ayrımcılığın ispatının kolaylaştığı söylenebilir. Dolaylı ayrımcılığın ispatını kolaylaştıran 2000 tarihli tanımlardaki değişikliğin, ispat rejimini olumlu yönde etkileyen bir gelişme olarak nitelendirilmesi de mümkündür[460].

[460] Karan, a.g.e., s. 216.

AB Konseyi'nin Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 13. maddesi bağlamında aldığı önlemler kapsamında öngörülen son önlem de, ilgili 13. maddede sayılan cinsiyet ayrımcılığı dışındaki tüm temellerde ayrımcılıkla mücadele için bir Topluluk Eylem Programı'nın hazırlanmasıdır[461]. 2001-2006 yıllarını kapsayacak "Ayrımcılıkla Mücadele için Topluluk Eylem Planı" da 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/750/EC sayılı Konsey Kararı ile oluşturulmuştur[462].

Dolaylı ayrımcılığın yasaklandığı temellerin ve dolaylı ayrımcılık yasağının uygulama alanının genişlemesini sağlayan bu yasal düzenlemelerden sonra ileriki yıllarda da, cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık yasağı konusunda bazı spesifik düzenlemeler yapılmıştır. AB düzeyinde dolaylı ayrımcılık kavramına sadece kavramın ismini geçirmek suretiyle ilk kez yer verilen, İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Terfi ile Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin ikinci maddesi düzenlemesi[463], İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Terfi ile Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi'ni Değiştiren 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Konsey Direktifi'yle[464] değiştirilmiştir. 76/207/EEC sayılı Direktif'te yapılan değişiklik, eşit muamele ilkesinin, kadın ve erkekler arasında özellikle evlilik ya da ailevi durumlar

---

[461] Gül ve Karan, a.g.e., s. 73.

[462] Ayrımcılıkla Mücadele için Topluluk Eylem Programı Oluşturan 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/750/EC sayılı Konsey Kararı (2001-2006), *("Council Decision 2000/750/EC of 27 November 2000 establishing a Community action programme to combat discrimination (2001 to 2006")* https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2000/750/oj (Erişim Tarihi: 27.04.2019). 31 Aralık 2006 tarihinde yürürlüğü sona eren bu eylem programının ardından, 2007-2013 yılları arasında geçerli olacak PROGRESS Programı kabul edilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 74. İstihdam ve Sosyal Dayanışma için Topluluk Programı Oluşturulmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu'nun ve Konsey'in 24 Ekim 2006 tarih ve 1672/2006/EC sayılı Kararı *("Decision No 1672/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006 establishing a Community Programme for Employment and Social Solidarity — Progress")* https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2006/1672/oj(Erişim Tarihi: 27.04.2019).

[463] Bir dolaylı ayrımcılık tanımı ya da doğrudan ayrımcılıkla dolaylı ayrımcılık farkına ilişkin ifadeler içermeyen 76/207/EEC sayılı Direktif'le ilgili açıklamalar için bakınız yukarıda: *"1.3.4.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurlarının Belirlenmesi"*

[464] İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Terfi ile Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi'ni Değiştiren 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi *("Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions")* https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2002/73/oj (Erişim tarihi: 26.04.2019). İlgili direktif çalışmanın devamında 2002/73/EC sayılı Değişiklik Direktifi olarak anılacaktır.

temelinde doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapılmaması anlamına geldiğinin belirtildiği m.2/1 düzenlemesine doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz tanımlarının eklenmesinden ibarettir. 2002/73/EC sayılı Değişiklik Direktifi'nde yer verilen dolaylı ayrımcılık yasağı tanımı, 2000/43/EC Irk Ayrımcılığı Direktifi ve 2000/78/EC İstihdamda Eşit Muamele Direktifi'nde yapılan dolaylı ayrımcılık yasağı tanımlarının cinsiyet temeline uyarlanması suretiyle oluşturulmuştur. Bu tanıma göre dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız bir düzenleme, ölçüt veya uygulamanın, bir cinsiyete mensup kişileri, diğer cinsiyete mensup kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir açıdan devavantajlı duruma düşürdüğü durumlarda; bu tarafsız düzenleme, ölçüt veya uygulama, meşru bir amaç ile objektif olarak gerekçelendirilmemesi ve söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların ölçülü ve gerekli olmaması olarak tanımlanmıştır.

2002/73/EC sayılı Değişiklik Direktifi'nde yapılan dolaylı ayrımcılık tanımının kapsamı, cinsiyet temelli ayrımcılıkla vakalarında ispat yüküne ilişkin düzenlemeler getiren ve ilk kez cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık tanımına yer veren 97/80/EC sayılı İspat Yükü Direktifi'nde yapılan dolaylı ayrımcılık tanımının kapsamından farklı değildir[465]. İlgili düzenlemede her ne kadar eşit muamele ilkesi gereğince kadın ve erkekler arasında özellikle evlilik ve ailevi durumlar temelinde ayrımcılık yapılmaması gerekliliğine değinilmişse de; yapılan dolaylı ayrımcılık tanımı gereğince, dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkması için bir cinsiyet grubuna mensup kişilerin, diğer cinsiyet grubuna mensup kişilere nazaran daha dezavantajlı duruma düşmesi yeterli olup bu kişilerin medeni ve ailevi durumlarına özellikle bakılmasına gerek olmadığı anlamı çıkar. Dolayısıyla, sadece bekar ya da sadece evli kişilerin işe alınması halinde, işe alınan kadın ve erkek çalışanların sayılarının eşit olması halinde dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durumun ortaya çıkmayacağı söylenebilir[466]. Benzer şekilde, işe alımda belirli bir cinsiyet grubundan bekar kişilerin, aynı cinsiyet grubundan evli kişilere göre daha çok tercih edilmesi olasılığında, işe alımda tercih edilen cinsiyet

[465] 2002/73/EC sayılı Değişiklik Direktifi'nin kapsamı, 97/80/EEC sayılı İspat Yükü Direktifi'nden farklı olmasa da, ispat rejimi bakımından farklılık taşır. 97/80/EEC sayılı İspat Yükü Direktifi'nin öngördüğü ispat rejiminden farklı olarak, dolaylı ayrımcılığın ispatı iddiasına temel olacak dezavantajlı durumun muhakkak istatistiki verilerle desteklenmesi gerekir.

[466] Karoliina Ahtela, "The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment", European Law Journal, 11(1), 2005, s. 63.

grubundaki evli kişileri bekar kişilere göre daha dezavantajlı duruma düşüren bir durumun ortaya çıkması halinde de, şayet işe alınan kadın ve erkek sayısı orantılıysa, 2002/73/EC Değişiklik Direktifi'ne dayarak dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durumun varlığı iddia edilemeyecektir. 2002/73/EC Değişiklik Direktifi'e göre, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durumun ortaya çıktığını söyleyebilmek için, medeni ve ailevi durum temelli ayrımcılığın farklı cinsiyet grupları karşılaştırıldığında ortaya çıkan orantısız dezavantajlı durum açısından değerlendirilmesi gerekir.

Cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık yasağı konusunda yapılan düzenlemelerden bir diğeri de Mal ve Hizmetlere Erişimde ve Bunların Arzında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 13 Aralık 2004 ve 2004/113/EC sayılı Konsey Direktifi'dir[467]. Cinsiyet temelli ayrımcılığın kapsamını mal ve hizmet alanını dahil eden 2004/113/EC sayılı Konsey Direktifi'nin m.2 (b) düzenlemesinde de 2002/73/EC sayılı Değişiklik Direktifi'nde benimsenen dolaylı ayrımcılık tanımı aynen tekrar edilmiştir. 2002/73/EC sayılı Değişiklik Direktifi'ni yürürlükten kaldıran, İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54/EC sayılı Konsey Direktifi'nin m.2/1 (b) düzenlemesinde de 2002/73/EC sayılı Değişiklik Direktifi'nde benimsenen cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık tanımı aynen korunmuştur[468].

Sonuç olarak, AB Hukukunda da dolaylı ayrımcılık yasağının, iki boyutlu bir işleve sahip olduğu söylenebilir[469]. ATAD'ın dolaylı ayrımcılık kavramını, ayrımcılık yasağının etkililiğini arttırmak üzere geliştirmiş olması, dolaylı ayrımcılık yasağının işlevinin ilk boyutunu açıklar[470]. Dolaylı ayrımcılık yasağının, ayrımcılık yasağının etkililiğini arttırıcı işlevinin, yasaklanan ayrımcılık biçimlerinin tüketici olarak sayıldığı

---

[467] Mal ve Hizmetlere Erişimde ve Bunların Arzında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 13 Aralık 2004 ve 2004/113/EC sayılı Konsey Direktifi *("Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services")* https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:en:PDF (Erişim Tarihi: 28.04.2019) İlgili Direktif çalışmanın devamında 2004/113/EC sayılı Direktif olarak anılacaktır.

[468] İspat rejimi de 2002/73/EC sayılı Değişiklik Direktifi'yle aynıdır.

[469] Tobler, a.g.e., 2008, s. 24.

[470] Dolaylı ayrımcılık yasağının, ayrımcılık yasağının etkililiğini arttırmak üzere geliştirilmiş olduğuna dair ATAD'ın Sotgiu kararında yer verdiği ifadelerine başvurunuz.

AB Hukuku gibi sistemler için daha anlamlı olduğunu da eklemek gerekir. Yasal düzenlemelerde yansımasını bulan dolaylı ayrımcılık yasağı, AB Hukukunda açıkça yasaklanmamış bir ayrımcılık biçimi ya da temelinin ayrımcılık yasağı bağlamında incelenmesinin önünü açmıştır[471]. Dolaylı ayrımcılık yasağı, ikinci olarak da, çoğunlukla yapısal eşitsizliklerden kaynaklı olan ayrımcılık biçimlerinin altında yatan sebepleri görünür kılıp, bunlarla mücadele etme olanağını sağlama işlevini görür niteliktedir[472].

AB Hukukuna böylece dahil edilen dolaylı ayrımcılık yasağı, ABD Hukukundaki incelemeye benzer şekilde, tarafsız bir uygulama, bu tarafsız uygulamanın bir gruba mensup kişileri diğer gruba mansup kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı duruma düşürmesi ve bu uygulamanın objektif bir gerekçeden yoksun olması unsurları üzerinden inceleme bulur. Söz konusu unsurlar ABD'de iş hukuku bağlamında ırk temelli ayrımcılık, AB Hukukunda ise yine istihdamla ilgili meseleler bağlamında cinsiyet temelli ayrımcılık üzerinden geliştirilmiş ve sonrasında diğer temellerdeki ayrımcılık biçimlerine uygulanmaya başlamıştır[473]. Dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimi her iki hukuk sisteminde aynı yönde olmamıştır. ABD'de farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık adı altında geliştirilen dolaylı ayrımcılık yasağı ilerleyen yıllarda daha az kabul görmeye başlarken; AB hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağına dair içtihatların gelişiminin sürdüğünden bahsedilebilir[474]. Bu durumu, ABD hukukunda mevcut olan şekli eşitlik anlayışıyla ilişkilendirmek mümkündür. İlerleyen yıllardaki dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ATAD içtihatlarına bakıldığında ise maddi eşitlik anlayışına yaklaşan bir yaklaşımın benimsendiği görülebilir[475].

---

[471] Tobler, a.g.e., 2005, s. 50. Dolaylı ayrımcılık yasağının yasal düzenlemelere dahil edilmesinin, ayrımcılık yasağının etkililiğini arttırıcı anlamda bir araç oluşunun, aşağıda incelenecek olan açık uçlu ayrımcılık yasağı düzenlemelerine yer veren uluslararası insan hakları sözleşmeleri düzeninde daha az önem taşıdığı da belirtilmiştir. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2008, s.24.

[472] Dolaylı ayrımcılık yasağının, bu boyuttaki işleviyle ilgili ATAD'ın Jenkins kararında yer verdiği ifadeleri aydınlatıcıdır. Ayrıca bakınız: Loenen, a.g.e., s.199; Tobler, a.g.e., 2008, s.24.

[473] Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 317.

[474] Bu yönde birbirini tamamlayan açıklamalar için bakınız: Loenen, a.g.e., s.195-211; Bakırcı, 2012a, a.g.e., 246.

[475] ATAD'ın dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını geliştirdiği cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilgili incelenen karar örneklerinde toplumsal cinsiyete duyarlı bir yaklaşım sergilediğini söylemek zordur. Ancak ilerleyen yıllarda, maddi eşitlik anlayışına yaklaşan bir yaklaşımın benimsenmesiyle, incelenen meselelerin toplumsal cinsiyete duyarlı bir bakış açısıyla ele alınmaya başlandığına dikkat çekilmiştir. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 317-318. Bu anlamda yukarıda incelenen kararlardan Jenkins ve Bilka kararında, toplumsal cinsiyete duyarlı bir bakış açısından ziyade, Birleşik Devletler Hukukundan örnek

Avrupa hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin bir parçasını oluşturan AB hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelere dolaylı ayrımcılık yasağının dahil edilmesi yönünde yaşanan gelişmeler, Avrupa hukukunun diğer bir parçasını oluşturan Avrupa Konseyi (AK) hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının gelişim sürecini de etkilemiştir. Esasen, Avrupa hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelere ilişkin "tek bir kurallar" sistemine katkıda bulunan AB ve AK hukuku sistemlerinin ortak ilkeler geliştirdiklerini[476] ve birbirlerini tamamlamaya doğru gittiklerini söylemek mümkündür. Nitekim, 1 Ocak 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Andlaşması sonrasında, bu iki hukuk sistemini birbirine yakınlaştıran değişiklikler gündeme gelmiştir[477]. İnsan hakları hukuku bağlamında gelişmelere sebep olan bu değişikliklerden ilki, Lizbon Andlaşması'nın, AB Andlaşması'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında yaptığı değişiklikle, özel olarak dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili bir düzenleme içermese de eşitlikle ilgili hükümlere yer veren, 2000 tarihli AB Temel Haklar Şartı'nın[478] statüsünü hukuken bağlayıcı hale getirmesi ve Şart'ın AB hukukunun bir parçası olduğunu ifade etmesi olmuştur. Aynı maddenin 3. fıkrasında yaptığı değişiklikle de AK sistemine ait bir belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) AB hukunun önemli bir parçası olduğunu belirtilmesiyle, AB Temel Haklar Şartı ile AİHS'in aynı hukuk sisteminin parçaları olduğu ortaya konulmuştur[479]. Bu değişiklikle de, AİHS sistemininde ayrımcılık yasağıyla ilgili benimsenen genel ilkeler, AB hukukuna dahil edilmiştir[480].

---

alınan *"farklılık nötrü"* bir yaklaşımın benimsendiği ifade edilmiştir. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 310.

[476] Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, 2010, s. 16.

[477] 13 Aralık 2007'de Lizbon'da imzalanan ve tam adı "Avrupa Birliği Andlaşmasını ve Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma'yı değiştiren Lizbon Andlaşması ("*Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community"*) olan Lizbon Andlaşmasının İngilizce metni için bakınız: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT (Erişim Tarihi: 17.05.2019)

[478] AB Temel Haklar Şartı ("*Charter of Fundamental Rights of the European Union"*) https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (Erişim Tarihi: 17.05.2019). Şartın "Eşitlik" başlıklı Üçüncü Bölüm altında, kanun önünde eşitlik (m.20), ayrımcılık yapmama (m.21), kültürel, dini ve dilsel çeşitlilik (m.22), kadın ve erkek arasında eşitlik (m.23), çocuk hakları (m.24), yaşlı hakları (m.25), engelli bireylerin entegrasyonu (m.26) konularını düzenlemiştir.

[479] Tobler, a.g.e., 2008, s. 13.

[480] Tobler, a.g.e., 2008, s. 19.

Lizbon Andlaşması, Avrupa Topluluğu ve Topluluk ifadelerini AB olarak değiştirip AB'ye ayrı bir tüzel kişilik kazandırması sonrasında, AB Andlaşması'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle de AB'nin üye devletlerden ayrı bir tüzel kişilik olarak AİHS'e taraf olması düzenlemiştir. Bu düzenlemeyle her iki hukuk sisteminin de Avrupa bağlamında benzer kararlar ve uygulamalar benimsemesinin önü açılmıştır[481]. Mevcut durum itibariyle, AB henüz AİHS'e taraf olmamıştır. Bu nedenle, bir AB kurumunun AİHS'e aykırı olduğu iddia edilen bir eylem veya işlemi sebebiyle AİHM'e başvurmak mümkün değildir[482]. Keza Sözleşme'nin AB Hukukuna da bir üstünlüğü olduğundan bahsedilemeyecektir. Aralarındaki ilişkinin belirsiz bir akıbete sahip olduğu söylenebilecek olan AB ve AK örgütleri[483], Avrupa hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeleri oluşturan iki ayrı bağımsız hukuk sistemini olsalar da; dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili içtihatlar aracılığıyla aralarında gelişen etkileşimi yorumlamak, Avrupa'da dolaylı ayrımcılık yasağına dair yaklaşımı gözlemlemek adına önemlidir.

[481] 13 Mayıs 2004'te düzenlenen ve 1 Haziran 2010'da yürürlüğe giren AİHS'in oluşturduğu denetim mekanizmasının değiştirilmesine ilişkin 14. Ek Protokol'ün 17. maddesiyle AİHS'in 59. maddesinin ikinci fıkrasına AB'nin, AİHS'ye katılabileceği ile ilgili bir düzenleme eklenmiştir. 14. Ek Protokol'ün 8 Ağustos 2006 tarih ve 26253 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/AIHS_14.protokol.pdf (Erişim Tarihi: 17.05.2019). AB'nin AİHS'e taraf olmasıyla ilgili olarak AB Komisyonu ile Avrupa Konseyi arasındaki görüşmeler, 7 Temmuz 2010 tarihinde başlamıştır. AB'nin, AİHS'e taraf olmasına dair bir inceleme için bakınız: Naz Çavuşoğlu, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi "Katılım Meselesi", Anayasa Yargısı Dergisi, 2005/22, https://www.anayasa.gov.tr/media/4610/naz.pdf (Erişim Tarihi: 17.05.2019).

[482] İlgili AİHM kararı için bakınız: AİHM, *Matthews v. Birleşik Krallık (BD)*, B. No: 24833/94, Karar Tarihi: 18.02.1999.

[483] Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, 2010, s. 17.

İKİNCİ BÖLÜM

2. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

Dolaylı ayrımcılık yasağı, uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki çok taraflı insan hakları sözleşmeleri ve belgeleri ile bu sözleşmeler uyarınca kurulan denetim organlarının karar ve görüşleri doğrultusunda da gelişim göstermiştir. Aşağıda da, Türkiye'nin de dahil olduğu bölgesel ve uluslararası örgütler bünyesinde oluşturulmuş ayrımcılığı yasaklayan sözleşmeler dahilinde dolaylı ayrımcılığın yeri ve uygulaması kronolojik bir şekilde incelenecektir. Böylece dolaylı ayrımcılık yasağının uluslararası insan hakları hukukundaki gelişimi ile uluslararası insan hakları hukukundaki yazılı ve içtihadî kaynakları ortaya konulmaya çalışacaktır.

Türkiye'nin de dahil olduğu bölgesel ve uluslararası örgütler dikkate alınarak belirlenen çerçeve dahilinde AK ve BM örgütleri[484] kapsamındaki sözleşme ve belgeler

---

[484] Türkiye'nin de üyesi olduğu BM bünyesindeki bir ihtisas kuruluşu olan ILO (*International Labour Law Organization*) tarafından oluşturulan ILO Sözleşmeleri aşağıda belirlenen kapsam bağlamındaki incelemeye, daha spesifik bir konuya sahip oldukları için dahil edilmemiştir. Türkiye'nin usulüne uygun biçimde onaylayarak tarafı olduğu elli dokuz ILO Sözleşmesi'nden sadece birinde dolaylı ayrımcılık yasağını ifade edecek biçimde etki temelli ayrımcılığa gönderme yapılmıştır. 111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nin ilk maddesinde ayrımcılık, "ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı" ifade edecek biçimde tanımlanmıştır. 111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi çerçevesinde Türkiye uygulamasına ilişkin raporlara dair bir inceleme için bakınız: Mesut Gülmez, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayınları, 2009, s. 199 vd. Yine Türkiye'nin de tarafı olduğu ve ayrımcılık yasağının sözleşme konusuyla ilgili hak ve konu bakımından öngörüldüğü ILO Sözleşmelerinden, 100 No'lu Eşit Ücret Sözleşmesi ile 133 No'lu Mürettebatın Gemide Barındırılmasına İlişkin Sözleşme (İlave Hükümler) kapsamında yasaklanan ayrımcılığın biçimine dair bir nitelendirme yapılmadığı için dolaylı ayrımcılık yasağının da ilgili sözleşmelere dahil olduğunu söylemek önünde bir engel yoktur. Ayrıca, Türkiye'nin de tarafı olduğu ayrımcılığı yasaklayan diğer ILO Sözleşmelerinden 87 No'lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi kapsamındaki "herhangi bir ayırım yapılmaksızın"; 135 No'lu İşçi Temsilcileri Sözleşmesi kapsamındaki "her türlü ayrımcılık"; 142 No'lu İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi Sözleşmesi kapsamındaki "herhangi bir ayırım gözetmeksizin"; 151 No'lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi kapsamındaki "her türlü ayrımcılık" ifadeleri de, ilgili sözleşmelere dolaylı ayrımcılık yasağının da dahil edilebileceğini gösterir. Bu sözleşmeler yanında, 159 No'lu Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdam (Sakatlar) Sözleşmesi kapsamındaki, sakat ve diğer işçiler arasındaki etkin bir fırsat ve muamele eşitliğinin sağlanması amacıyla öngörülen "olumlu himaye tedbirleri"nin sakat olmayan işçiler için ayrımcılık teşkil etmeyeceğinin belirtildiği düzenlemenin de, engellilik temelinde dolaylı ayrımcılığın gündeme gelmesini azaltan bir sonuç doğurabileceğini söylemek mümkündür. İlgili Sözleşmelerin Türkçe metinleri ve ILO tarafından kabul tarihleri ile Türkiye için yürürlüğe girdiği tarihlere ilişkin bilgi için bakınız: ILO Türkiye Ofisi, *Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri,*

sınırlılığında tasarlanan bu inceleme, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili oluşturulmuş tüm karar ve görüşleri göstermekten çok; bir tutum ya da davranışın hangi koşullar altında dolaylı ayrımcı sayılacağını belirleyen süreç dahilinde dolaylı ayrımcılığın hangi unsurlar doğrultusunda anlam kazanıp tanımlandığını gösterme odaklıdır. Bu doğrultuda, incelenen karar ve görüşlerin, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın hangi durum ve koşullarda ortaya çıkacağını belirleyen ve dolayısıyla dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsallaşmasını sağlayan karar ve görüşlerden ibaret olduğunu da bu noktada tekrarlamak gerekir.

2.1. AVRUPA KONSEYİ SİSTEMİNDE DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

Avrupa Konseyi (AK - *Council of Europe [CoE]*), AB ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı yanında, Avrupa bölgesinde kurulmuş olan bir hükümetlerarası örgüttür. İkinci Dünya Savaşı sonrasında bir araya gelen on Avrupa devleti tarafından oluşturulan bu hükümetlerarası örgüt, 5 Mayıs 1949 tarihinde imzalanan ve 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Statüsü'yle[485] ("*Statute of the Council of Europe"*) kurulmuştur. AK Statüsü'nün ilk maddesinde, AK'nin kuruluş amacı, AK'ye üye devletler arasında "*ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak ile siyasi, ekonomik ilerlemelerini sağlamak üzere daha sıkı bir birlik yaratmak"* olarak belirlenmiştir. AK Statüsü'nün üçüncü maddesine göre, devletler AK'ye üye olmakla, AK'nin kuruluş amacında belirtilenler yanında, hukukun üstünlüğü ilkesine ve egemenliği altında bulunan her bireyin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanmasını sağlama yükümlülüğüne uymayı kabul edeceklerdir. Üçüncü maddede belirtilen bu yükümlülüklere uymaya ehliyetli ve istekli olduğuna kanaat getirilen her Avrupa devletinin, Bakanlar Konseyi tarafından AK üyesi olmaya davet edilebileceği

https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm (Erişim tarihi: 23.12.2020).

[485] "Avrupa Konseyi'nin Tarihsel Gelişimi" için bakınız: Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye, Ankara: TODAİE, 2004, s. 1-10; Avrupa Konseyi'nin (AK) kurucu on üye devleti, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İsveç, Birleşik Krallık, İtalya, İrlanda, Norveç ve Lüksemburg'tur. Bakınız: Council of Europe, "Charts of signatures and ratifications", https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/001/signatures?p_auth=XNW6tXuz (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

hususu da AK Statüsü'nün dördüncü maddesinde düzenlenmiştir[486]. AK Statüsü'nün bu düzenlemesi gereğince kendisine davette bulunulan Türkiye de, 13 Nisan 1950 tarihi itibariyle AK'nin onüçüncü üyesi olmuştur[487].

AK Statüsü içeriğinde, eşitlik konusunda ya da ayrımcılık yasağıyla ilgili hükümlere yer verilmemiştir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda ayrımcılık yasağına özgülenmiş bir sözleşme de yoktur[488]. Ayrımcılık yasağı, AK düzeyinde kurulan yapılar ve bazı AK sözleşmeleri altında düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerden ilki, aynı zamanda modern anlamda ilk insan hakları sözleşmesi de sayılan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'dir[489]. 1950 yılında yürürlüğe giren ve içeriğindeki kişisel ve siyasal haklar kapsamında genel bir ayrımcılık yasağı düzenlemesine yer veren AİHS'i, 1961 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ), ayrımcılık yasağını sosyal haklar konusunda da öngörmek suretiyle desteklemiştir. AK sisteminde ayrımcılık yasağı, ayrımcılık yasağına temel bir ilke olarak yer veren AİHS ve ASŞ'e göre daha spesifik konulardaki sözleşmelerle daha geniş bir kapsama kavuşmuştur[490].

---

[486] İstanbul Bilgi Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası, *"Avrupa Konseyi – Genel Bilgi"*, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/29-avrupa-konseyi-genel-bilgi/ (Erişim Tarihi: 20.05.2019)

[487] Türkiye'de, 17 Aralık 1949 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 12 Aralık 1949 tarih ve 5456 sayılı "Avrupa Konseyinin kurulması hakkında imzalanmış olan Statünün onanmasına dair Kanun" ile AK Statüsü'nün onaylanmasına karar verilmiş ve onay belgesi, 13 Nisan 1950 tarihinde AK Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiştir. Türkiye, Statü'nün 4. maddesi uyarınca 13 Nisan 1950 tarihinde AK üyesi olmuştur. "Avrupa Konseyinin Kurulması Hakkında İmzalanmış olan Statünün Onanmasına dair Kanun" altında yer verilen AK Statüsü'nün Türkçe çevirisi için bakınız: https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/05/06/avrupa%20konseyi%20statusu.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2019) 2019 yılı Mayıs ayı itibariyle, AK'ye üye 47 devlet vardır. Bu devletlerin yirmi sekizi, aynı zamanda AB üyesidir. Bakınız: Council of Europe, *"47 Member States"*, https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

[488] Schiek, a.g.e., s. 341.

[489] AK Statüsü'nün üçüncü maddesinde, Üye Devletlerin "korumaları ve geliştirmeleri gereken bir değer" olduğunun belirtildiği insan haklarına saygı yükümlülüğünü denetleyecek sistem de AİHS kapsamında oluşturulmuştur. Böylece AK'ye Üye Devletlerin insan haklarından ne anladıkları da somutlaştırılabilmiştir. Bakınız: Özdek, a.g.e., s. 11.

[490] Ayrımcılık yasağına yer veren diğer AK sözleşmelerine örnek olarak 1978 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsü'ne İlişkin Sözleşme, 1995 tarihinde yürürlüğe giren Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme, 1998 tarihinde yürürlüğe giren Bölgesel veya Azınlık Dilleri Şartı, 1999 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, 2005 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi, 2006 tarihinde yürürlüğe giren, Siber Suçlar Sözleşmesi'ne Ek Bilgisayar Sistemleri Aracılığıyla Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Eylemlerinin Suç Sayılmasına İlişkin Protokol, 2009 tarihinde yürürlüğe giren Resmi Belgelere Erişime İlişkin Sözleşme, 2014 tarihinde yürürlüğe giren Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine İlişkin Sözleşme örnek gösterilebilir. AK sistemindeki sözleşmelerin tümü için bakınız: Council of Europe, *"Complete list*

AK sisteminde ayrımcılık yasağına yer veren AİHS ve ASŞ gibi genel konulu sözleşmeler ve diğer spesifik konulu sözleşmeler içeriğinde açıkça dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. AİHS ve ASŞ'nin ilerleyen yıllarda ek protokollerle genişletilmesi ve gözden geçirilmesi, bu sözleşmelerin dolaylı ayrımcılık yasağını öngörür şekilde yorumlanmasını mümkün kılmıştır.

AK düzeyinde, ayrımcılıkla yasağıyla ilişkilendirilebilecek bir başka yapı da Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'dur. Komisyon AK düzeyinde ırk ayrımcılığıyla mücadele konusunda önemli adımlar atmıştır. Ayrımcılık yasağını geniş bir biçimde düzenleyen AİHS'e Ek 12. Protokol'ün bu Komisyon'un teklifi üzerine hazırlanmasının yanısıra[491]; Komisyon'un yayımladığı genel politika tavsiye kararlarında dolaylı ayrımcılık yasağına da yer vermesi, AK düzeyinde dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimine katkı sağlamıştır.

Aşağıda AK sistemi bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimi, AK sisteminde Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler ve üyesi olduğu yapılarla sınırlı olarak incelenecektir. Böylece Türkiye'nin AK'ye üye olmakla yükümlülük altına girdiği dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler, kendilerini oluşturan ilk gelişmelerle birlikte ortaya konulacaktır. Bu anlamda AK düzeyinde dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimi, ilk olarak AİHS ile ASŞ sistemleri kapsamındaki gelişmeler doğrultusunda incelenecek; ardından da Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun çalışmalarında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yer verdiği tespitleri üzerinden bir inceleme sunulacaktır.

2.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Tam adı "İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi" olan ancak resmî belgeler de dahil olmak üzere yaygın olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi şeklinde ifade edilen AİHS, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış

---

of the Council of Europe's Treaties", https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

[491] Özdek, a.g.e., s. 20.

ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir[492]. AİHS'e taraf olmanın AK'ye üyelik için bir koşul olduğu 1990'lı yıllara değin AİHS'e taraf devletler, AK üyesi Batı Avrupa devletlerinden ibaretken; 1990 yılı sonrasında Orta ve Doğu Avrupa devletlerinin de AK'ye taraf olmaları sonucunda AİHS'e taraf devlet sayısı artmıştır[493]. Türkiye'nin de 04.11.1950 tarihinde imzaladığı AİHS, Türkiye hukuku bakımından 18.05.1954 tarihinden beri yürürlüktedir[494].

AK'nin kuruluşundan sonra insan hakları alanında oluşturulmuş ilk sözleşme olan AİHS, aynı zamanda İkinci Dünya Savaşı'nın bitimini izleyen 1945 sonrası dönemde gelişen uluslararası insan hakları hukukunun da ilk kaynaklarındandır[495]. AİHS sisteminde denetim mekanizması olarak öngörülen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM), AİHS'de öngörülen hakların ihlali iddiasıyla bireysel başvurunun mümkün olması[496] ve AİHM'nin de insan hakkı ihlalleri karşısında

---

[492] Council of Europe, "*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"* https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005 (Erişim Tarihi: 25.05.2019), AİHS'in ek protokollerle güncellenmiş Türkçe metni için bakınız: https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/09/01/AIHS_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

[493] Özdek, a.g.e, s.28, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018: s. 18, 25.05.2019 tarihi itibariyle AİHS'e tüm AK üyesi devletler taraf olup, taraf devlet sayısı 47'dir. AİHS'e taraf olan devletlerin bilgisi için bakınız: Council of Europe, *"Chart of signatures and ratifications"*,https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=dwuvVHba (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

[494] Türkiye, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" ile AİHS'in onaylanmasına karar vermiştir. AİHS, Türkiye için Sözleşme'nin "İmza ve Onay" başlıklı 59. maddesi uyarınca onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edildiği tarih olan 18 Mayıs 1954 tarihinden itibaren yürürlüktedir. AİHS'in "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme" adı altında Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

[495] Bu kaynakların ilki aşağıda incelenecek olan 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) olsa da; AİHS'in, İHEB'de yer verilen hakların bir kısmına sözleşme formunda bağlayıcılık kazandırması ve bu hakların uluslararası düzeyde güvenceye alınması yönünde etkili bir denetim mekanizması sunması, bu Sözleşme'nin insan haklarının en etkili biçimde korunmasını sağlayan ilk kaynak olduğunu doğrular.

[496] Bu noktada AİHS kapsamındaki hak ve özgürlüklerin korunmasında birincil sorumlunun taraf devletler olduğunu da belirtmek gerekir. AİHS metninde yer almayan ve AİHM içtihatlarıyla Sözleşme'nin yorumlanmasında esas alınacak bir ilke olarak oluşturulan "ikincillik ilkesi" de, Sözleşme'yle korunan insan haklarının sağlaması ve uygulanması bakımından öncelikle Taraf devletlerin sorumlu olduğunu ifade eder. Bakınız: Mehmet Şerif Yılmaz, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 221-223. Bu anlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), AİHS'e taraf devletlerin iç hukukunu "tamamlayıcı etki"ye sahip olup; bu doğrultuda da AİHM'e başvurudan önce iç hukuk yolları tüketilmesi şartı öngörülmüştür. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 62. AİHM'in ikincillik ilkesine değindiği kararları ile ilgili ilkenin iç hukuk yollarının tüketilmesi bağlamındaki anlamı için bakınız: Yılmaz, a.g.t., s.223-231.

tazminata hükmedebilmesi de, insan haklarını devletlerin iç işlerine dair bir mesele olmaktan çıkarmış; devletlerin insan hakları ihlalleri sebebiyle uluslararası alanda yargılanmaları imkânını doğurmuş ve en önemlisi bireyi de uluslararası hukukun bir öznesi haline getirmiştir. Bu anlamda, AİHS'te yer verilen haklar yanında, AİHM'in içtihatları da taraf devletler için bağlayıcılık taşır. Taraf devletlerin de iç hukukları ile uygulamalarını AİHS sistemiyle uyumlu hale getirmek durumunda olmaları, bu içtihatları oldukça önemli kılar[497].

2.1.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı

AİHS sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının gelişiminin izini sürmek için öncelikle AİHS kapsamında ayrımcılık yasağından ne anlaşıldığını ortaya koymak gerekir. AİHS'in 1950 yılında imzalanan ilk metni kapsamında birinci kuşak haklar ya da klasik haklar olarak da bilinen kişisel ve siyasal haklara yer verilmiştir[498]. AİHS sadece taraf devletlerin vatandaşları için değil, taraf devletlerin yargı yetkisi içinde bulunan herkes için yaşama, kişi özgürlüğü, adil yargılanma, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ve mülkiyetin korunması bağlamında koruma sağlar; ayrıca işkence ve insan onurunu zedeleyen cezaları, kölelik ve zorla çalıştırmayı, keyfi veya yasadışı olarak özgürlükten yoksun bırakılmayı ve bu sayılan kapsamdaki hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılığı yasaklar[499]. AİHS ve AİHS'e Ek Protokollerden oluşan AİHS sistemi kapsamında, ikinci kuşak haklar olarak da bilinen

---

[497] AİHS, insan haklarının bölgesel düzeyde, Avrupa kıtasında, korunması sistemi yaratırken, Afrika ve Amerika kıtalarındaki bölgesel koruma sistemleri tarafından da örnek alınan bir uygulama oluşturmuştur. Bakınız: Özdek, a.g.e, s. 27 ve 28; Gül ve Karan, a.g.e., s. 61.

[498] 1950 tarihinde kabul edilen AİHS metni ve AİHS'e Ek 1. Protokol için bakınız: https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf (Erişim tarihi: 25.05.2019). AİHS, bu yönüyle BM sisteminde kişisel ve siyasal haklarla ilgili düzenlemelere yer veren Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin AK sistemindeki karşılığıdır. Bakınız: Özge Yücel Dericiler, Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 216. Bu hakların Sözleşme'nin hazırlandığı dönem açısından yeni olmadığı, bu hakların ilgili dönemdeki Batı Demokrasilerinin anayasalarındaki kişisel ve siyasal hakları karşıladığı da belirtilmiştir. Bakınız: Özdek, a.g.e., s. 28.

[499] Bakınız: Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler), 1. Cilt, Ankara: Şen Matbaa, 2012, s. 2.

bazı sosyal ve ekonomik haklara da yer verilmiştir[500]. Ayrıca denetim organı olarak belirlenen AİHM'in de, bazı içtihatlarında sosyal haklara dolaylı olarak değinmiş olması, sosyal hakların AİHS sisteminden tamamen dışlanmış olmadığını ortaya koyar[501]. Bunun yanında AİHS kapsamında sınırlı sayıda sayılmış olan hak ve özgürlükler, AİHM içtihatlarıyla AİHS'in kabul edildiği tarihte mevcut olmayan durumlara uygulanmasını sağlayacak şekilde genişletilmiştir[502].

AİHS'in ilk imzalanan metni ve o tarihteki AİHS sistemi, ek olarak kabul edilen protokollerle de değiştirilmiştir. AİHS'e ek bu protokollerle, AİHS'in içeriğine yeni haklar kazandırılmıştır. Günümüze kadar AİHS'e ek on altı tane protokol kabul edilmiştir[503]. Bu protokollerden her biri ayrı bir sözleşme niteliğinde oldukları için, Sözleşme metnine yeni haklar eklenmesini sağlayan ilgili ek protokoller, sadece bunları imzalayan ve onaylayan devletler açısından bağlayıcıdırlar[504]. Örneğin, AİHS'in kabulünden hemen sonra hazırlanan ve 1954 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'e Ek 1. Protokol üç yeni hakkı, eğitim hakkı, mülkiyetin korunması ve serbest seçim hakkını düzenler ve bu haklar sadece ilgili protokolü imzalayan devletler için bağlayıcılık taşır[505]. Ancak AİHS sistemini değiştirici nitelikte hükümler içeren ek protokoller, AİHS'e taraf tüm devletlerin ilgili ek protokolü kabul etmesiyle yürürlüğe girer ve her

---

[500] AİHS sistemindeki sosyal hakların, AİHS'in "Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü" başlıklı 11. maddesi ile AİHS'e Ek 1. Protokol kapsamındaki eğitim hakkı ve mülkiyetin korunması hakkı düzenlemelerinden kaynaklandığı söylemek mümkündür. Ancak AK sisteminde sosyal hakların esas olarak, ASŞ, ASŞ'ye Ek Protokoller ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı kapsamında düzenlemesini bulduğundan bahsetmek mümkündür. Belirtilen belgelerle ilgili bilgi için aşağıda *"2.1.2. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[501] Yücel Dericiler, a.g.e., s. 216.

[502] Bu anlamda AİHS'in "yaşayan belge" olarak nitelendirmenin mümkün olduğu da ifade edilmiştir. Bakınız: Doğru ve Nalbant, a.g.e, 2012, s. 2.
Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler), 1. Cilt, Ankara, Şen Matbaa, 2012, s. 2.

[503] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokollerin tam listesi için bakınız: Council of Europe, "Human Rights (Convention and Protocols)", https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3 (Erişim Tarihi: 26.05.2019).

[504] Doğru ve Nalbant, a.g.e., 2012, s. 2.

[505] Türkiye AİHS'e Ek 1. Protokolü, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" ile birlikte onaylanmış ve eğitim hakkının düzenlendiği 2. maddeye çekince koymuştur. Buna göre, AİHS'e Ek Protokol'ün 2. maddesi 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümleri kapsamında uygulanacaktır. "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun"un 3. maddesindeki düzenleme için bakınız: http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

taraf devlet için bağlayıcılık taşır. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu adındaki organı ve Bakanlar Komitesi'nin başvuruların esası hakkında karar verme yetkisini kaldıran ve AİHM'yi kuran AİHS'e Ek 11. Protokol'ün yürürlüğe girmesi için bütün taraf devletin imzalaması ve onaylaması zorunlu tutulmuştur[506].

Kısaca böyle özetlenmesi mümkün olan AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelere üç farklı yerde, AİHS'in 14. maddesinde, AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'de ve AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'de yer verilmiştir[507]. Bu düzenlemelerden ilki olan AİHS metnindeki ayrımcılık yasağı düzenlemesi, ayrımcılığı tanımlamaksızın; ayrımcılığı yasaklar niteliktedir[508]. AİHS'in "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı ilgili 14. maddesine göre,

> *"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır[509]."*

AİHS m.14 düzenlemesi, *"Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma"* konusunda ayrımcılığı yasaklarken ayrımcılık temellerini sınırlı olarak sayma yoluna gitmemiş ve ayrımcılık temelleri konusunda açık uçlu bir yaklaşım sergilemiştir. 14. madde düzenlemesi, sadece Sözleşme'deki haklarla sınırlı olarak ayrımcılığı yasaklar. Bu anlamda genel nitelikli ve bağımsız bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi ortaya koymayan 14. madde, Sözleşme veya Sözleşme'ye Ek Protokoller kapsamında yer verilmeyen bir hak bağlamında ayrımcılığa karşı koruma sağlamaz[510].

---

[506] 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girerek AİHM'nin kurulmasını sağlayan AİHS'e Ek 11. Protokol'ün İngilizce metni için bakınız: "Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby", https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cda9 (Erişim Tarihi: 26.05.2019).

[507] Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", Anayasa Yargısı, 32(1), 2015, s. 261 - 263.

[508] AİHS'in bu yönüyle, aşağıda incelenecek olan ve içeriklerinde ayrımcılık tanımına yer verilen BM sözleşmelerinden ayrıldığı ifade edilmiştir. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2008, s.13.

[509] AİHS'in 14. maddesinin Türkçe çevirisi belirtilen eserden alıntılanmıştır. Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, Ek Protokol 1-1,1-2,1-3 maddeler), 2. Cilt, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 603.

[510] Gül ve Karan, a.g.e, s.61; Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, 2010, s. 29. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Arnadottir, a.g.e., 2003, s.35-37.

Dolayısıyla, AİHM'e yapılan bir başvurunun dayandığı olaylar Sözleşme sistemindeki haklardan en az biriyle bağlantılı olmadığı durumlarda, AİHM 14. madde bağlamında inceleme yapmayacaktır[511]. Ancak AİHS'in 14. maddesinin bağımsız bir düzenleme olmadığını söylemek, bu maddenin "özerk yorumu"na engel değildir ve bu da 14. maddenin tek başına ihlal edilemeyeceği anlamına da gelmez. Esasen AİHS'in 14. maddesi, AİHS sisteminde düzenlenen hak ve özgürlüklerin bütünleyici parçasıdır ve bağlantılı olarak incelendiği maddi hakkın ihlal edilmediği sonucuna varılması, ilgili hak bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmesini engellenemez[512]. Ayrıca, AİHM, Sözleşme'de düzenlenen bir maddi hakla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasının ileri sürüldüğü durumlarda, konunun muhakkak Sözleşme'nin ilgili maddesinde yer verilen hak kapsamında olmasını da aramaz. Bu anlamda AİHM, Sözleşme sisteminde yer verilen hakların içeriğini geniş yorumlar ve AİHS maddelerinde korunan haklarla ilişkili olabilecek haklar açısından da ayrımcılığı yasaklar[513].

---

[511] Doğru ve Nalbant, a.g.e., 2013, s. 603; Ayrıca bakınız: AİHM, *Rasmussen v. Danimarka*, Başvuru No. 8777/79, 28.11.1984, para 29; AİHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, para. 71; AİHM, *Petrovic v. Austria*, Başvuru No. 20458/92, 27.03.1998, para.22.

[512] Belçika Eğitim Dili Davası'nda AİHS'e Ek Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkıyla bağlantılı olarak yorumlanan m.14 bakımından ihlal saptanmış; ancak AİHS'e Ek Protokol'ün 2. maddesi bakımından ihlal bulunmamıştır. Benzer bir dava örneği için bakınız: AİHM, *Sommerfeld v. Germany* [BD], Başvuru No. 31871/96, 8 Temmuz 2003. Bunun yanında, Mahkeme, Sözleşme'de düzenlenen bir hakla bağlantılı olarak m. 14'ün ihlal edildiğinin öne sürüldüğü davalarda, ayrımcılık yasağının ihlali konusunu davanın "önemli bir yönü" ile ilgili görmediğinde; m. 14 bakımından inceleme yapmayarak sadece ilgili hak bakımından ihlal kararı da verebilir. AİHM'in ayrımcılık yasağı konusunda inceleme yapmayı gerekli görmediği dava örnekleri için bakınız: AİHM, *Castels v. İspanya,* B. No: 11798/85, 23.04.1992; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Airey v. İrlanda,* B. No: 6289/73, 09.10.1979; AİHM, *Kremzov v. Avusturya*, B. No: 12350/86, 21.9.1993. İlgili davalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: Doğru ve Nalbant, a.g.e., 2013, s. 604.

[513] Örneğin, Birleşik Devletler vatandaşlarının Rus vatandaşı çocukları evlat edinmelerinin yasaklanmasının Sözleşme'nin "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı"nın düzenlendiği m. 8 ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiası üzerine AİHM, her ne kadar m. 8 kapsamında "evlat edinme" ayrı bir hak olarak düzenlenmemişse de, geniş yorumla m.8 ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini incelemiştir. Bakınız: Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, 2010, s. 31-32. İlgili dava için bakınız: AİHM, *A.H. and Others v. Russia*, Başvuru No. 6033/13 ve diğer 15 Başvuru, 17 Ocak 2017, para. 385. Benzer şekilde, cinsiyet ve cinsel yönelim temelli ayrımcılıkla ilgili olarak "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı"yla bağlantı kurulabileceği de ifade edilmiştir. Yine, din ve inanç temelli ayrımcılıkla ilgili olarak AİHS'in 9. maddesinde düzenlenen "Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü" ve "bireysel ve kolektif yönleriyle siyasi ifade ve katılıma ilişkin ayrımcılık" ile sendikal temelli ayrımcılıkla ilgili olarak da AİHS'in 11. maddesinde düzenlenen "Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü" ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı ihlali başvuruları da yapılabilecektir. Bakınız: Evra Çetin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Çalışanların Hakları (8-11. Maddeler Kapsamında), İstanbul: Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 122.

Sadece Sözleşme'deki düzenlemelerle sınırlı olarak ayrımcılığı yasaklayan 14. madde dışında, bağımsız bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi yönünde duyulan ihtiyaç sonucunda, AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol hazırlanmıştır[514]. AİHS sistemindeki ikinci ayrımcılık yasağı düzenlemesi olan AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol ile genel ve bağımsız bir ayrımcılık yasağı kabul edilmiştir[515]. AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ün *"Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması"* başlıklı birinci maddesine göre,

> *1.Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.*
>
> *2.Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.*

2005 yılında yürürlüğe girmiş olan AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ü kabul eden devletler için, kapsamı AİHS sistemindeki haklarla sınırlı olmayan daha geniş ve genel bir ayrımcılık yasağı söz konusudur[516]. AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ün, *"hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma"* açısından öngördüğü ayrımcılık yasağının kapsamı, ulusal düzeyde tanınan hakları da kapsayacak şekilde genişlemiştir. Ayrıca AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ün *"Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması"* başlıklı birinci maddesinde, ayrımcılık temelleri sınırlı bir şekilde değil, açık uçlu olarak sayılmıştır[517]. Böylece AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ü kabul eden bir taraf devlet için

---

[514] Schiek, a.g.e., s. 342.

[515] AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ün İngilizce metni için bakınız: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P12_ETS177E_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

[516] AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol 4 Kasım 2000 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Nisan 2005 tarihinde on devletin onayıyla yürürlüğe girmiştir. AİHS'e Ek 12 No'lu Protokolü onaylayan ilk on devlet, Arnavutluk, Ermenistan Bosna Hersek, Hırvatistan, Kıbrıs, Finlandiya, Gürcistan, Malta, San Marino, Sırbistan'dır. 25.05.2019 tarihi itibariyle AİHS'e Ek 12 No'lu Protokolü onaylamış olan diğer devletler, Andora, Lüksemburg, Karadağ, Hollanda, Portekiz, Romanya, Slovenya, İspanya, Makedonya, Ukrayna'dır. Türkiye ise 18 Nisan 2001 tarihinde AİHS'e Ek 12 No'lu Ek Protokol'ü imzalamış ancak 06.10.2020 itibariyle henüz onaylamamıştır. AİHS'e Ek 12 No'lu Ek Protokol'ü onaylayan devletlerin bilgisi için bakınız: Council of Europe, "Charts of signatures and ratifications of *Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"*, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures (Erişim Tarihi: 06.10.2020).

[517] Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi, Avrupa İnsan Haklarına Ek 12. Protokol Taslağı Raporu, Doc. 8614, 14.1.2000. http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16773&lang=en (Erişim Tarihi: 02.07.2019).

yargı yetkisinin bulunduğu alanda, AİHS sisteminde yer almayan, ancak taraf devletin ulusal hukukunda yer alan herhangi bir hak kapsamında da ayrımcılık yasağı söz konusudur. Bu anlamda, AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol ile ayrımcılık yasağı, diğer haklardan bağımsız bir insan hakkı olarak düzenleme bulmuştur[518]. AİHM'in ayrımcılık yasağı ile ilgili başvurularda, Sözleşme sistemindeki bir hakla ilgili durumlarda 14. madde; Sözleşme sisteminde yer almayan bir hakla ilgili durumlarda ise AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında inceleme yapar[519].

AİHS sisteminde yer verilen ayrımcılık yasağı düzenlemelerinden sonuncusu da, diğer sayılan ayrımcılık yasağı düzenlemelerine göre daha spesifik bir konuya ilişkin düzenlenmiş olan AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'ün "Eşler Arasında Eşitlik" başlıklı 5. maddesindedir[520]. İlgili maddeye göre,

> *"Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir."*

AİHS sistemindeki sayılan bu üç düzenlemede de ayrımcılık ya da eşitliğe dair bir tanımlama yapılmamış; sadece ayrımcılığın yasaklandığı belirtilmiştir. AİHM, AİHS metninde yer alan ayrımcılık yasağı düzenlemesi olan 14. madde bağlamındaki içtihatlarında, ayrımcılığın ne anlama geldiğini belirginleştirmiştir. AİHM'e göre ayrımcılık, benzer durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulması ve bu farklı

---

[518] Gül ve Karan, a.g.e., s. 62; Doğru ve Nalbant, a.g.e., 2013, s. 603.
[519] AİHM'in AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'le ilişkili olarak verdiği *Sejdic ve Finci v. Bosna Hersek (BD)* (B. No: 27996/06, 34836/06, 22.12.2009) ve *Savez Crkava "Rijec Zivota" ve Diğerleri v. Croatia* (Başvuru No. 7798/08, 09.12.2010) kararlarında bu yaklaşımı benimsediği görülebilir. Aktaran: Karan, a.g.m., 2015, s. 263.
[520] 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Kasım 1998 tarihinde yedi devletin onayıyla yürürlüğe giren AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'ün İngilizce metni için bakınız: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007a082 (Erişim Tarihi: 30.05.2019) Türkiye'nin 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı Protokol'ü 2 Mayıs 2016 tarihinde onaylamıştır. AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol, Türkiye için 1 Ağustos 2016 tarihi itibariyle yürürlüktedir. 8 Nisan 2016 tarih ve 29678 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 28 Mart 2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bakınız: https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf (Erişim Tarihi: 30.05.2019).

muamelenin objektif ve makul bir haklı gerekçesi olmaması durumunda ortaya çıkar[521]. AİHM, bu yaklaşımını daha sonra AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'le bağlantılı incelemelerinde de benimsemiştir[522]. AİHM'in, ayrımcılığın farklı muamelenin objektif ve makul bir nedenle meşrulaştırılamayan farklı bir muameleden kaynaklanacağını[523] belirterek yaptığı tanım, genel olarak benzer durumdakilere eşit muamele yapılmadığında ortaya çıktığı kabul edilen doğrudan ayrımcılığı karşılar[524].

AİHM'in farklı muamele üzerinden benimsediği bu ayrımcılık yaklaşımı, farklı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulmasına engel görülmez. Hatta AİHM, bazı koşullarda farklı durumdaki kişilere benzer muamelede bulunulmasını ayrımcılık yasağına aykırı bulmuştur[525]. Ayrıca, AİHM, farklı muamele teşkil etmeyen ancak etkisi bakımından ayrımcı olan politika ya da tedbirleri de ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirmiştir. AİHM'in ayrımcılık yasağıyla ilgili içtihatlarında ortaya koyduğu bu yaklaşım, AİHS sistemindeki ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemelerde kendisiyle ilgili bir ifadeye yer verilmeyen dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimine de yön vermiştir[526].

2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

AİHS ve ek protokollerinde, dolaylı ayrımcılıkla ilişkilendirilebilecek bir kavram ya da ayrımcılığın dolaylı biçiminin yasaklanmasına gönderme yapan bir ifadeye yer verilmese de; AİHM, 2000'li yılların başı itibariyle, ayrımcılık yasağıyla ilgili incelemelerinde dolaylı ayrımcılık yasağını niteleyen tespitlerde bulunmuştur. AİHS

---

[521] AİHM, *Fredin v. Sweden (No. I),* B. No: 12033/86, 18 February 1991, para. 60; AİHM, *Willis v. Birleşik Krallık*, B. No: 36042/97, 1 Haziran 2002, para. 48; AİHM, *Okpisz v. Germany,* B. No: 59140/00, 25.10.2005, para. 33. Aktaran: Doğru ve Nalbant, a.g.e., 2013, s. 604 ve Etinski, a.g.m., 2013, s.66, d.n.49.

[522] AİHM'in bu yöndeki bir içtihadı için bakınız: AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina* (BD), Başvuru No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009, Para 55.

[523] AİHM, *Belçika'da Eğitim Dili Davası v. Belçika*, B. No:1474/62,1677/62,1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968, Para. 4.

[524] AİHM'in doğrudan ayrımcılık yasağına ilişkin yaklaşımına ilişkin olarak, AİHS'in 8. - 11. maddeleri kapsamında çalışanların hakları özelinde yapılan bir doğrudan ayrımcılık yasağı incelemesi için bakınız: Çetin, a.g.t., s. 124-128.

[525] Tobler, a.g.e., 2008, s. 13; Doğru ve Nalbant, a.g.e, 2013, s. 604.

[526] Schiek, a.g.e., s. 342; Etinski, a.g.e., 2013, s. 58.

sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının gelişmesinde, AB Hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının kabul edilmesinin de etkisi olmuştur. Ancak en önemlisi AİHS'in ayrımcılık yasağını açık uçlu olarak öngörerek ayrımcılık temellerini sınırlamaması, dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimine izin vermiştir.

AB Hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının yasal düzenlemelere yansıdığı 2000'li yıllar öncesinde de, AİHM'in bazı kararlarında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek ifadelere rastlamak mümkündür. Dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarının kurulduğu kararları önceleyen ve farklı durumdaki kişilere benzer muamelenin uygulanmasının da ayrımcılığa yol açabileceği yönündeki bu ilk tespitlerin incelenmesi, AİHS sisteminde geliştirilen dolaylı ayrımcılık yasağına dair yorum yapabilmek adına faydalıdır. Bu anlamda, 1968 tarihli Belçika Eğitim Dili Davası önem taşır. Bu davaya konu olayda, genel olarak uygulanan benzer muamele sonucu belirli kişi grupları nezdinde fiili durumda ya da gerçekte eşitsizlikler gündeme gelmiştir. AİHM, bu davada, farklı durumdaki kişi gruplarının maruz kaldıkları fiili ya da gerçek eşitsizlikleri gidermek için farklı muamelede bulunulması gerekirken; bu farklı durumdaki kişi gruplarına diğer kişi gruplarıyla benzer muamelede bulunulmasının ayrımcılık yasağına aykırı olacağının altını çizmiştir. AİHM ilgili duruma ilişkin olarak, devletlerin belirli kişi gruplarının sahip oldukları genelden farklı nitelikteki özel durumların farkındalığıyla, genel olarak uygulanan benzer muamele sonucu fiili durumda ya da gerçekte ortaya çıkan eşitsizliklerle mücadele adına farklı muamelede bulunmalarının ayrımcılık sayılmayacağını belirtmiştir[527].

Farklı durumdaki kişilere aynı muamelenin uygulanmasıyla fiili durumda ya da gerçekte ortaya çıkan ayrımcı sonuca dair tespitlerin yapıldığı bir başka karar örneği de 2000 tarihli Thlimmenos v. Yunanistan kararıdır[528]. Thlimmenos v. Yunanistan

---

[527] AİHM, *Belçika'da Eğitim Dili Davası v. Belçika*, B. No:1474/62,1677/62,1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968, para. 10.

[528] İlgili karar için bakınız: AİHM, *Thlimmenos v. Greece,* B. No: 34369/97, 6 Nisan 2000. Thlimmenos kararında örneklenen bu ayrımcılık biçimi, "Kurala istisna getirilmemesi yoluyla dolaylı ayrımcılık" olarak da nitelendirilmiştir. Bakınız: Gül, a.g.t., s. 263. Thlimmenos kararı, AİHM'in Sözleşme'deki varlığı açıkça anlaşılmadığı için çekingen bir tavır içinde olduğu dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili tavrını değiştirdiği kararı olarak da incelenmiştir. Bakınız: Çetin, a.g.t, s.128 vd. Bu kararda tespit edilen ayrımcılık biçimin dolaylı ayrımcılık olduğunun kabul edildiği çalışmalar için bakınız: de Schutter, a.g.e., 2005, s. 16, 45 ve 52; Doğru ve Nalbant, a.g.e., 2013: s. 604. Bu ayrımcılık biçiminin dolaylı

davasına konu olayda, bir Yehova şahidi olan başvurucu, genel seferberlik zamanında, inancı gereği askeri üniforma giymeyi reddetmesi üzerine Atina Daimî Askeri Mahkemesi ("*Diarkes Stratodikio"*) tarafından emre itaatsizlik sebebiyle dört yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir (Para. 6). Yunanistan iç hukukuna göre ağır bir suçtan mahkûmiyet *("kakuryima")* niteliğinde olan bu ceza, ilgili hükümler gereğince başvurucunun yeminli mali müşavirlik mesleğine kabul edilmesine engel olmuş ve başvurucu, AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi ile bağlantılı olarak ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) başvurmuştur (Para. 26). Başvurucuya göre, yeminli mali müşavirlik mesleğine kabul edilmesine engel olan bu mahkûmiyet, dini inancıyla doğrudan bağlantılı olarak verilmiş olup; AİHS'in 9. maddesiyle korunan alana müdahale niteliğindedir. Bu nedenle başvurucu, Hükümet'in yeminli mali müşavirlik mesleğine kabul edilmeyle ilgili düzenlemelerde, başvurucunun dini inancı gereği sahip olduğu özel durumu göz önüne almaksızın, ağır bir suçtan mahkûmiyet alan diğer kişilerle aynı muameleyi uygulamasının ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu iddia etmiştir[529]. AİHM yaptığı inceleme sonucunda, başvurunun din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. madde kapsamında olduğunu ve 14. madde kapsamında, ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir (Para. 39 - 42). Bu bağlamda, devletlerin farklı durumdaki kişilere objektif ve makul bir haklı gerekçe olmaksızın benzer muamelede bulunmasının, Sözleşme tarafından korunan haklar bakımından ayrımcılığa uğramama hakkını düzenleyen 14. maddenin sadece bir yönünü

---

ayrımcılıktan çok, farklı durumlardaki kişilere farklı davranmanılmamasından doğan bir ayrımcılık durumu olduğunu belirten yazarlar da için bakınız: Tobler, a.g.e., 2008, s.13; Bell, a.g.e., s. 189.

[529] AİHM, *Thlimmenos v. Greece,* B. No: 34369/97, 6 Nisan 2000, Para. 34. *Thlimmenos v. Greece* davasında başvurucunun ortaya koyduğu bu ayrımcılık iddiası karşısında Yunan Hükümeti, 14. madde bakımından yapılacak inceleme açısından, aynı suçu Ortodoks veya Katolik inancına mensup Yunan vatandaşlarının işlemesi halinde de aynı muamelenin sergileneceğini vurgulayarak, başvurucu ile ağır bir suçtan mahkumiyet alanlara aynı muamelenin uygulanmasını meşru kılan makul ve objektif bir nedenin mevcut olduğunu belirtmiştir (Para. 37). İlgili iddiayı değerlendiren AİHK'in değerlendirmesi ise ayrımcılık yasağının kapsamı açısından önemli tespitler içerir. AİHK'e göre, sözleşmeyle korunan haklardan yararlanma konusunda ayrımcılığa uğramama hakkının ihlali, Devletlerin benzer durumdaki kişilere objektif ve makul bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunmasıyla sınırlı değildir. Bu anlamda, farklı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulmasında hataya düşülmesi halinde de sözleşmeyle korunan haklardan yararlanma konusunda ayrımcılığa uğramama hakkının ihlali gündeme gelebilecektir. AİHK, davaya konu olaylar açısından da, yeminli mali müşavirlik mesleğine girişi düzenleyen hükümleri hazırlayanların, dini inanç gereği mahkumiyet almış kişilerle ağır bir suçtan mahkumiyet alan diğer kişiler arasında ayrı bir muamele öngörmekte hataya düştüğünü belirtmiş ve bu hatayı meşru kılacak objektif ve makul bir nedenin de bulunmadığını söylemiştir (Para. 38).

oluşturduğunu vurgulayan AİHM, ayrımcılık yasağının kapsamına yönelik tespitte de bulunmuştur. Ayrımcılık yasağının inanç temelinde ihlal edildiği sonucuna varan AİHM, davaya konu olayda da açıkça farklı durumdaki kişilere nesnel ve makul bir haklı gerekçe olmaksızın aynı muamelede bulunulmasının, 14. maddeye aykırılık teşkil edeceğini vurgulamıştır (Para. 44).

Thlimmenos v. Yunanistan davası, başvurucunun şikayetinin, nötr bir uygulamanın yol açtığı farklı ve olumsuz etki üzerinden olmaması ve bu bağlamda eşitlik yönündeki talebin, eşit fırsatların tanınmasından çok farklı muameleye yönelik geliştirilmesi nedeniyle, aşağıda incelenecek olan dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarının oluşturulduğu davalardan ayrılır[530]. Ancak, AİHM'in bu davada farklı durumdaki kişilere aynı muamelede bulunmanın da ayrımcılık yasağına aykırı sayılacağı anlayışı üzerine hüküm kurmasıyla, dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsal gelişimine katkıda bulunduğunu söylemek de yanlış olmaz. AİHM'in ortaya koyduğu bu tespitiyle, şeklen nötr görünen hükümlerin, AİHS ile korunan haklardan yararlanmada ayrımcılığa uğramama hakkı kapsamında inceleme bulabilmesinin de önü açılmıştır[531].

AİHM'in bahsi geçen örnek kararlarında, farklı durumdaki kişilere benzer muamelenin uygulanmasıyla ortaya çıkan sonucun ayrımcı olabileceğine dair tespitlerde bulunmak suretiyle, dolaylı ayrımcılık yasağının koruduğu alanın sınırlarını çizdiği açık olsa da; AİHM bu kararlarında dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarına ya da dolaylı ayrımcılık kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tespitte bulunmamıştır. Bu nedenle, Belçika Eğitim Dili Davasındaki [ve keza Thlimmenos v. Yunanistan kararındaki] ifadelerin, dolaylı ayrımcılık kavramının Avrupa düzeyinde tanınması sonrasında dolaylı ayrımcılık yasağı açısından anlam kazandığını söylemek mümkündür[532]. AİHS sisteminde dolaylı ayrımcılık kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin tespitler ya da dolaylı ayrımcılık yasağının unsurları ile dolaylı

---

[530] Başvurucuların eşitlik yönündeki taleplerinin eşit fırsatların tanınması yönünde geliştirildiği yetenek testinde başarılı olmanın bir kriter olarak belirlendiği Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nde görülen Griggs davası ile başvuruya konu olayda psikolojik test uygulamasının mevcut olduğu AİHM'de görülen *D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti* davalarının karşılaştırılması için bakınız: Durmuş, a.g.t, s. 45.
[531] Schiek, a.g.e., s. 342; Waddington ve Hendricks, a.g.m., s. 420-421.
[532] Etinski, a.g.m., 2013, s. 66.

ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin iddia edildiği durumlarda ispat yöntemine ilişkin yorumlar, AB hukukunda dolaylı ayrımcılık kavramının yasal düzenlemelere yansıması sürecini takiben görülmeye başlamıştır[533].

Bu doğrultuda AİHM, dolaylı ayrımcılık kavramının unsurları ile dolaylı ayrımcılık kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ilk tespitlerini, 2000'li yılların başında Birleşik Krallığa karşı yapılan üç başvuruyu incelemesi sırasında ortaya koymuştur. Başvurular, Kuzey İrlanda'daki çatışmalarda güvenlik hizmetlerinden sorumlu kişilerin faaliyetleri sonucunda, belirli bir din grubuna mensup çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesiyle ilgilidir. Başvurucular, bu durum sonucunda, AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi ile bağlantılı olarak ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, bu başvurularda, bir genel politika ya da önlemin, belirli bir grup üzerinde orantısız derecede zararlı etkiye sahip olması halinde, bu genel politika ya da önlem özel olarak ilgili grup için tasarlanmamış ya da o grubu hedeflememiş olsa da, ayrımcı sayılabileceğini kabul etmiştir[534].

AİHM bu kararlarıyla, genel bir politika ya da önlemin, sonuçları ya da etkileri itibariyle ayrımcılığa yol açabileceğini belirtmek suretiyle başta "nötrlük" unsuru olmak üzere dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını içeren ifadeler ortaya koymuştur. Ancak, AİHM, ilgili başvurulara konu olaylarda, belirli bir gruba mensup kişilerin güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğünün sadece istatistiki verilerle gösterilmesinin, 14. madde anlamında ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş olduğunu göstermeye yeterli olmayacağını belirterek ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu

---

[533] Nitekim, dolaylı ayrımcılık yasağının AB hukuku düzeyinde tanınması öncesinde, 1985 tarihli *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık* kararında, belirli bir gruba mensup kişilerin karşı karşıya kaldığı farklı etki dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilmediği için ırk temelinde dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durum tespit edilememiştir. İlgili karar için bakınız: AİHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık*, B. No: 9474/81, 28 Mayıs 1985, para. 84

[534] AİHM, Kelly ve diğerleri v. *Birleşik Krallık*, B. No: 30054/96, 4 Mayıs 2001, para 148; AİHM, Hugh Jordan v. *Birleşik Krallık*, B. No: 24746/94, 4 Mayıs 2001, para 154; AİHM, *McShane v. Birleşik Krallık*, B. No: 43290/98, 28 Mayıs 2002, para 135. Romanlara yönelik vatandaşlık temelli ayrımcılık iddiasına ilişkin olan ve aynı ilkelerin tekrar edildiği başka bir karar örneği için bakınız: AİHM, *Nachova v. Bulgaristan [BD]*, B. No: 43577/98 ve 43579/98, 26 Şubat 2004, para 167.

kararıyla her ne kadar dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olan bu durumu ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında görmese de; sadece istatistiki verilerin ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini göstermeye yetmeyeceğini belirterek, bir bakıma ispatlanması zor olan dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali durumlarında, ispat yöntemiyle ilgili bulanık bir alan olduğunu ortaya koymuştur.

2.1.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurları ile İspat Yöntemi

AİHM'in, dolaylı ayrımcılık yasağının unsurları ile dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarında ispat yöntemini belirginleştirdiği kararlar olarak literatürde sıklıkla 2005 tarihli Hoogendijk v. Hollanda kabul edilebilirlik kararı ile 2007 tarihli D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararlarına işaret edilir. Bu kararlarda dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerinin incelendiği Birleşik Devletler Hukuku ve AB Hukukundan esinlenilmiş ve bu sistemler dahilindeki içtihatlarda yer verilen hususlara atıfta bulunulmuştur. İlgili kararları, dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını ve ispat yöntemini belirginleştirmeleri açısından, dolaylı ayrımcılık yasağının AİHS sistemindeki kökenlerine ilişkin de fikir veren kararlar olarak nitelendirmek mümkündür.

2005 tarihli Hoogendijk v. Hollanda kabul edilebilirlik kararında, AİHM, her ne kadar başvurucunun iddiasını kabul ederek, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermemiş olsa da; ATAD içtihatlarına yaptığı atıflarla dolaylı ayrımcılık yasağından ne anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuş ve en önemlisi dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarında kullanılacak ispat yöntemine yönelik önemli tespitlerde bulunmuştur[535]. Hoogendijk v. Hollanda kabul edilebilirlik kararı, sosyal güvenlik sisteminde engelli ödeneğinin kesilmesi koşullarına ilişkin yapılan değişikliğin, cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturup oluşturmadığıyla ilgilidir. Sosyal güvenlik sisteminde yapılan bu değişiklik, 1 Ocak 1979 tarihinden önce işgöremez durumda olan ve işgöremez duruma gelmesinden önceki bir yıl içinde

[535] Schiek, a.g.e., s. 342; Tobler, a.g.e., 2008, s.14.

herhangi bir kazanç sağlamamış olan kişilerin engelli ödeneğinin kesilmesine ilişkindir. Yaşadığı sağlık problemi sonucunda önce serbest çalışma şeklinde kazanç sağlamış, evlenip çocuk sahibi olmasından iki yıl sonra ise çalışmayı bırakmış olan Başvurucu Bayan Hoogendijk'in 1976 yılında almaya başladığı engelli ödeneği de bu değişiklik sonrasında kesilmiştir. Başvurucu Bayan Hoogendijk, ev için kazanç sağlayanların erkekler olarak kabul edildiği bir dönemde, bu değişiklikten kadınların erkeklere nazaran daha olumsuz yönde etkilendiği gerekçesiyle ilgili değişikliğin kadınlar için dolaylı anlamda ayrımcılık oluşturduğu kanısıyla AİHM'e başvurmuştur[536].

Bayan Hoogendijk, AİHS'e Ek 1. Protokol'ün ilk maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının, AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırı olarak ihlal edilmiş olduğu yönündeki dolaylı ayrımcılık iddiasını, istatistiki verilerle de desteklemiştir. Genel bir politika ya da önlemin, özellikle belirli bir kişi grubuna yönelik veya bu kişi grubunu dışlama amacı yönünde tasarlanmasa ve nötr anlam taşısa da, belirli bir grup üzerinde orantısız şekilde olumsuz etkiye sahip olduğunda ayrımcılık kapsamında değerlendirilebileceği yönündeki tespitini tekrarlayan AİHM, sunulan istatistiki verileri de değerlendirmeye almıştır. AİHM, söz konusu istatistiki verilerin sosyal güvenlik sisteminde engelli ödeneğinin kesilmesine ilişkin yapılan değişikliğin erkeklerle karşılaştırıldığında kadınları daha çok etkilediğini tek başına göstermeye yeterli olmadığını; ancak bu verilerin dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali yönünde *prima facie* delil olarak kabul edilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

Bu noktada ilgili değişiklikle getirilen koşulların ayrımcı olmadığını ispat yükümlülüğünün Taraf devlet'e geçtiğini belirten AİHM, bu değişikliğin makul ya da objektif bir gerekçeye sahip olup olmadığını sorgulamıştır. AİHM, ilgili değişiklikle getirilen koşulların evli ya da boşanmış olmalarına bakılmaksızın kadın ve erkeklere eşit olarak uygulandığını da göz önüne alarak, engelli ödeneğinin kabul edilebilir sınırlılığını değişikliğin makul ve objektif gerekçesi olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda, AİHS'e Ek 1. Protokol'ün ilk maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının, AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırı olarak ihlal edilmiş olmadığı

[536]Davaya konu olaylar ve başvurucunun AİHM öncesinde başvurduğu ATAD'ın görüşleri için bakınız: AİHM, *Hoogendijk v. Hollanda,* B. No: 58641/00, 6 Ocak 2005, s. 2-7.

sonucuna vararak, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur[537]. Dolaylı ayrımcılık yasağının, Birleşik Devletler'de farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin kurulduğu Griggs kararı ile ATAD içtihatlarındakine benzer şekilde ele alındığının görüldüğü bu kararda, AİHM'in, bahsi geçen kararlarla benzer şekilde, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *prima facie* olarak ortaya konulmasından sonra; ispat yükünün, ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen Taraf devlet'e geçtiği yönünde yaptığı tespit oldukça önemlidir. AİHM, bu durumu aksinin kabul edilmesi halinde dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini göstermenin imkânsız olacağını da vurgulayarak, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali durumlarında ispat yüküyle ilgili bulanık alanı daha belirginleştirmiştir[538].

2007 tarihli D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararı[539], AİHM'in bir taraf devletin genel anlamda ortaya koyduğu bir uygulamanın, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu saptayarak; dolaylı ayrımcılık yasağının AİHS'in 14. madde düzenlemesinin kapsamına girdiğini açıkça kabul ettiği ilk kararıdır[540]. AİHM bu kararda dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını ve ispat yöntemini de belirginleştirmiştir[541]. Ostrava Davası olarak da bilinen bu dava, Avrupa Roman Hakları Merkezi adlı STK'nın desteğiyle açılmıştır[542].

---

[537] AİHM, *Hoogendijk v. Hollanda*, B. No: 58641/00, 6 Ocak 2005, s. 21-22.

[538] AİHM, *Hoogendijk v. Hollanda*, s.22. davalı tarafa geçeceğine tespit ettiği 1986 tarihli Bilka Kararı için yukarıda *"1.3.4.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurlarının Belirlenmesi"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[539] AİHM, *D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti [BD]*, B. No: 57325/00, 13 Kasım 2007. İlgili dava çalışmanın devamında D.H. ve diğerleri davası olarak anılacaktır.

[540] Sina van den Bogaert, Roma Segregation in Education: Direct or Indirect Discrimination? An Analysis of the Parallels and Differences between Council Directive 2000/43/EC and Recent ECtHr Case Law on Roma Educational Matters, 2011, s. 720, 730. https://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_4_a_719_754.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2019). Ayrıca bakınız: Etinski, a.g.m., 2015, s. 45; Karan, a.g.m., 2015, s. 243.

[541] Bu karar dolaylı ayrımcılık yasağının unsurları ve ispat yöntemini belirginleştiren bir karar olması yanında, ayrımcılığın ülke çapında yasak olduğunun da ilk kez tespit edildiği bir karardır (Aston, 2007'den aktaran Jennifer Devroye, The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic, Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 7, Issue 1, 2009, s.81.

[542] Hepple, a.g.m., 2006, s. 612; van den Bogaert, 2011, s. 732. https://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_4_a_719_754.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2019). Avrupa Roman Hakları Merkezi'nin (European Roma Rights Center [ERRC]) web sitesi için bakınız: http://www.errc.org/ (Erişim Tarihi: 25.06.2019).

Davaya konu olay, Çek Cumhuriyeti'nin Ostrava kentinde yaşayan 18 Roman kökenli Çek Cumhuriyeti vatandaşı çocuğun, öğrenme güçlüğüne sahip çocukların ilköğretimi için tasarlanan ve diğer okullarla karşılaştırıldığında daha geride bir müfredatın izlendiği bir özel okula yerleştirilmeleri uygulamasıyla ilgilidir[543]. Başvuruculara göre, çocuklara ilgili okulda eğitim görmelerinin gerekip gerekmediğini belirlemek amacıyla uygulanan zihinsel kapasite testi, Çekçe ve Çek kültürü ile ilgili olması dolayısıyla, Roman kökenli çocuklar için hatalı sonuçlar yaratmış ve ırk ya da etnik köken temelinde ayrımcı bir etki doğurmuştur. Bu anlamda benzer durumdaki diğer çocuklarla karşılaştırıldıklarında, Roman kökenli çocukların objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın daha olumsuz bir muameleyle karşı karşıya bırakıldıkları iddia edilmiştir. Başvuruya konu bu iddia, Avrupa Roman Hakları Merkezi tarafından tutulan ve diğer etnik kökene mensup çocuklarla karşılaştırıldığında daha fazla sayıda Roman kökenli çocuğun söz konusu özel okulda eğitim gördüğünü gösteren istatistiki verilerle de desteklenmiş[544] ve ilgili uygulamanın AİHS'e Ek 1. Protokol'ün ikinci maddesinde düzenlenen eğitim hakkıyla ilişkili olarak AİHS'in 14. maddesindeki ayrımcılık yasağına aykırı olduğu öne sürülmüştür (Para. 124).

Başvuruyu değerlendiren AİHM'in İkinci Dairesi, davaya konu olayı sadece ilgili 18 Roman kökenli Çek vatandaşı çocuğun durumuyla sınırlı olarak incelemiş[545] ve iddiayı yerinde bulmayarak herhangi bir ihlal tespitinde bulunmamıştır[546]. Başvuru, Büyük Daire önüne geldiğinde ise, davaya konu olay, Roman kökenli çocukların genel

---

[543] Belirtilen yıllar arasında Çek Cumhuriyeti'nde okullarla ilgili konularda geçerli olan 29/1984 sayılı Kanun'a göre bu özel okullar, "normal" ilk öğretim kurumlarına devam edemeyecek olan zeka geriliğine sahip çocuklar için tasarlanmıştır (AİHM, *D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti [BD]*, Para. 16). 127/1997 sayılı Karar'ın yedinci hükmüne göre ise çocukların yasal temsilcilerinin, çocuğun özel okulda eğitim görmesine rıza göstermesi şarttır (AİHM, *D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti [BD]*, Para. 47). 29/1984 sayılı Kanun'a göre bu özel okullarda ilköğretimi tamamlayan çocukların, ortaöğretime geçmesi mümkün değildir. Aktaran: Devroye, a.g.m., s. 86. Özel okullarda ilköğretimi tamamlayan çocukların, ortaöğretime geçişlerini engelleyen bu kural 18 Şubat 2000'de yürürlüğe giren 19/2000 sayılı değişiklik sonrasında değiştirilmiş ve bu çocukların ortaöğretime geçişleri mümkün hale getirilmiştir (AİHM, *D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti [BD]*, Para. 17, 29-30).

[544] Avrupa Roman Hakları Merkezi'nin araştırma sonuçları, ilgili özel okullara devam eden Roman kökenli çocukların sayısı, diğer etnik kökene sahip çocukların sayısının 27 kat fazlasıdır. Avrupa Roman Hakları Merkezi'nin D. H. ve diğerleri davasına ilişkin hazırladığı not için bakınız: European Roma Rights Center, *"Ostrava Case: s. D. H. and the others v. The Czech Republic"*, 12 March 2008, http://www.errc.org/cikk.php?cikk=2945. (Erişim tarihi: 30.06.2019).

[545] van den Bogaert, 2011, s. 732.

[546] AİHM, *D.H. and diğerleri v. Çek Cumhuriyeti* [İkinci Daire], 7 Aralık 2006, B. No: 57325/00, Para. 52 ve 53.

sosyal durumu içinde incelenerek, AİHS'e Ek 1. Protokol'ün ikinci maddesinde düzenlenen eğitim hakkıyla ilişkili olarak AİHS'in 14. maddesindeki ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aynı konular etrafında farklı sonuçlara varılan AİHM bünyesinde verilen bu iki kararın karşılaştırılması, AİHM'in dolaylı ayrımcılık yasağından ne anladığını, dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını nasıl belirlediğini ve dolaylı ayrımcılık yasağının ispat yöntemine dair nasıl bir yaklaşıma sahip olduğunu ortaya koymak açısından faydalıdır[547]. AİHM bünyesinde verilen bu iki kararın, bir uygulamanın ardında ayrımcılık yapma yönünde açık bir kasıt bulunmasa da bu uygulamanın gerçekte belirli bir grup üzerinde ayrımcı nitelikte olumsuz etkiye yol açıp açamayacağı, ayrımcı nitelikte olumsuz etkinin tespitinde ispat yönteminin nasıl olacağı, ayrımcı nitelikte olumsuz etkiye yol açtığı iddia edilen bir uygulamanın objektif ve makul bir haklı gerekçeyle meşru kılınmasının mümkün olup olmadığı hususları üzerinden karşılaştırılmasıyla, AİHM'in dolaylı ayrımcılık yasağını hangi kapsamda ele aldığını görmek ve dolaylı ayrımcılık yasağının unsurları ile ispat yöntemini ortaya koymak mümkün hale gelebilecektir.

Bu hususlardan ilki olan, bir uygulamanın ardında ayrımcılık yapma yönünde açık bir kasıt bulunmasa da bu uygulamanın gerçekte ayrımcılığa yol açabileceği ve ilgili uygulamanın ayrımcı nitelikte olumsuz etki doğurabileceği hususu, AİHM'in daha önceki içtihatlarında kabul edilmiştir[548]. Bu anlamda, hem AİHM'in İkinci Dairesi (Para. 48), hem de Büyük Daire (Para. 129), AİHM'in daha önceki içtihatlarına da atıfta bulunarak, her ne kadar genel bir politika ya da önlemin, özellikle belirli bir gruba yönelik veya bu grubu dışlama amacıyla tasarlanmasa da belirli bir grup üzerinde orantısız ölçüde olumsuz etkiye sahip olduğunda ayrımcılık yasağına aykırı olarak değerlendirilebileceği yönündeki tespiti yinelemiştir. Ancak İkinci Daire, davaya konu iddiaya temel alınan istatistiki verilerin ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık yapma yönündeki kastı göstermeye tek başına için yeterli olmadığına hükmederek; ilgili

[547] Etinski, a.g.m., 2015, s. 46.
[548] Bakınız: AİHM, *Kelly ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, Para 148; AİHM, *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık*, Para 154; AİHM, *McShane v. Birleşik Krallık*, Para 135, AİHM, *Thlimmenos v. Yunanistan*, Para. 44; AİHM, *Nachova v. Bulgaristan*, Para 167, AİHM; *Hoogendijk v. Hollanda*, s.21-22.

uygulamanın ayrımcı olduğuna kanaat getirmemiştir[549].

Büyük Daire ise incelemesine ayrımcı kastın yokluğu hususunu, daha sonraki incelemelerine yol gösterici olacak anlamda "görünüşte nötrlük" unsuruyla ilişkilendirerek devam etmiştir. Büyük Daire, dolaylı ayrımcılık yasağının, AB hukukunda düzenlendiği üzere, "görünüşte nötr bir uygulama" kaynaklı olabileceği tespitinden hareketle, 97/80/EC ve 2000/43/EC sayılı AB Direktifleri'ndeki dolaylı ayrımcılık tanımları (Para. 82, 84) ile Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlük Komisyonu'nun 13 Aralık 2002 tarihli ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin ulusal mevzuatla ilgili 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'ndaki[550] dolaylı ayrımcılık tanımına (Para. 60) atıfta bulunmuştur (Para. 184). Böylece AİHM nezdinde, belirli bir grup gerçekteki sosyal durumu içinde ele alınabilmiş ve ayrımcılık yapma yönünde açık bir kasıt taşımayan, görünüşte nötr bir uygulamanın da ayrımcı etkiye yol açabileceğinin altı çizilmiştir[551]

AİHM, önceki kararlarında da işaret etmiş olduğu "nötrlük" hususunu, bu kararıyla ayrımcılık yapma yönünde açık bir kasıt taşımama hususuyla ilişkilendirmiş ve dolaylı ayrımcılık yasağı incelemesinde ele alınacak ilk unsur olarak belirlemiştir[552]. AİHM hem alıntıladığı dolaylı ayrımcılık tanımları, hem de dolaylı ayrımcılığa ilişkin yaptığı tanımlarda nötrlük unsurundan sonra "ayrımcı nitelikteki olumsuz etki"yi değerlendirmiştir. Nitekim D.H. ve Diğerleri kararında da, nötrlük unsurunun incelenmesi ve dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali söz konusu olduğunda ayrımcılık yapma yönünde kastın önemli olmadığı tespiti ardından, "mevcut davada dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durumun ortaya çıkıp çıkmadığı" hususunun, gerçekteki "olumsuz etki"nin üzerinden incelemeye alındığı görülür[553].

---

[549] AİHM, *D.H. and diğerleri v. Çek Cumhuriyeti*, Para. 46 ve 48. AİHM'in İkinci Dairesi'nin bu değerlendirmesini, istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddiasının söz konusu durumlardaki değeriyle ilgili yorumuyla karşılaştırınız: AİHM, *Hoogendijk v. Hollanda*, s. 21-22.

[550] ECRI General Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination adopted on 13 December 2002; https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf (Erişim tarihi: 29 Haziran 2019)

[551] Devroye, a.g.m., s. 81; van den Bogaert, 2011, s. 733).

[552] Hugh Jordan, Para. 154; Hoogendijk, s. 20-21. AİHM'in nötrlük hususunu ele aldığı daha yeni tarihli bir kararı için bakınız: AİHM, *Biao v. Danimarka [BD]*, B. No: 38590/10, 24 May 2016, Para. 103.

[553] Bakınız: AİHM, *D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti,* Para 185-195.

AİHM'in bu davada "olumsuz etki" üzerinden yaptığı incelemede, ilgili olumsuz etkinin nasıl ortaya konulacağı ve nasıl ispat edileceğine ilişkin yaptığı tespitler yol gösterici olmuştur. Ayrımcı nitelikte olumsuz etkinin tespitinde, başka bir deyişle dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki iddianın ispatında hangi yöntemin izleneceği konusunda da İkinci Daire ve Büyük Daire'nin görüşleri aksi yöndedir ve Büyük Daire'nin farklı görüşü sayesinde AİHM'in istatistiki verilerle ilgili görüşü de belirginleştirilebilmiştir. İkinci Daire incelemesinde diğer etnik kökene mensup çocuklarla karşılaştırıldığında daha fazla sayıda Roman kökenli çocuğun daha sınırlı müfredatın izlendiği söz konusu özel okulda eğitim gördüğünü gösteren istatistiki verilerin, bir uygulamayı ayrımcı olarak nitelemek için yeterli olmadığına hükmederek; iddia edildiği üzere ayrımcı nitelikteki olumsuz etkinin sabit olmadığını söylemiştir. Bu anlamda, İkinci Daire her ne kadar, AİHM'in daha önceki tespitlerinden ayrılarak istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali durumlarında ispat için temel alınabileceği konusunu tekrar bulanıklaştırsa da Büyük Daire tam aksine bir karar vererek dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali durumlarında ortaya çıkan olumsuz etkinin, istatistiki verilerle ispatını kabul etmiş ve bu konuda önemli tespitler ortaya koymuştur. Büyük Daire'ye göre, bir önlem ya da uygulamanın bir kişi ya da belirli bir kişi grubu üzerindeki olumsuz etkisini ortaya koymak için istatistiki veriler *prima facie* ispat oluştururlar (Para. 188). Bu her ne kadar ilgili olumsuz etkinin sadece istatistiki verilerle ortaya konmasının mümkün olabileceği anlamına gelmese de bir kez istatistiki verilerle *prima facie* ispat oluşturulduğunda, ispat yükünün Taraf devlet'e geçeceği tespit edilmiştir. Bu tespiti yapan Büyük Daire, başvurucular ve müdahillerce gösterilen istatistiki verilerin Taraf devletçe reddedilmediğini ya da alternatif bir istatistiki veri de sunulmadığını belirterek, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik güçlü bir varsayım ortaya çıktığını ifade etmiştir (Para. 195).

Ayrımcılık yapma yönünde açık bir kasıt taşımayan, bu anlamda nötr olduğu kabul edilen bir uygulamanın, belirli bir ırk grubu üzerindeki olumsuz etkisinin de tespit edilmesinin ardından AİHM, ilgili uygulamanın ayrımcı yöndeki olumsuz etkisini bertaraf edebilecek meşru bir amaç ve bu yönde "objektif ve makul bir gerekçe"nin varlığını sorgulamıştır. Ayrımcı olduğu iddia edilen bir uygulamanın objektif ve makul bir gerekçeyle meşru kılınmasının mümkün olup olmayacağı hususunda da farklı noktalardan hareket eden ve bu bağlamda dolaylı ayrımcılık yasağını farklı temellerden

kuran İkinci Daire ve Büyük Daire'nin incelemeleri, dolaylı ayrımcılık yasağının bir diğer unsuru olan "objektif ve makul haklı gerekçe" unsurunun da nasıl irdelendiğini göstermek açısından önemlidir. Roman çocukların özel ihtiyaç sahibi çocuklar için tasarlanan özel okullara yerleştirilmesi uygulamasının meşru bir amacı olup olmadığını sorgulayan İkinci Daire, dava konusu uygulamanın eğitim sistemini çocukların ihtiyaç ve yeteneklerine veya engellerine uyarlama yönünde meşru amaca sahip olduğunu ifade etmiş ve bu bağlamda bu meşru amacın, uygulamanın objektif ve makul gerekçesini oluşturduğunu kabul etmiştir. Büyük Daire de incelemesinde, uygulamanın bu yönde bir objektif ve makul haklı gerekçeye sahip olabileceğini, ayrıca ilgili zihinsel testin her ırk ve etnik kökenden çocuklara uygulanıyor oluşunun da bu durumu desteklediğini belirtmiştir.

İkinci Daire ile Büyük Daire'nin uygulamanın meşru amaç taşıdığına ilişkin kabulleri, gerçek durumla ilgili etmenlere ilişkin olarak yaptıkları tespitlerle farklılaşmıştır. İkinci Daire, eğitimle ilgili bu konunun, hukuki kavramlarla ilişkili olmayıp, eğitim psikololojisi uzmanlarının sorumluluğu ve alanına bırakılması gerektiğini belirtmiş ve ayrıca bu çocukların yaygın eksiklikler, motivasyon eksikliği ve aileden destek görmeme içinde olduklarını da ortaya koymuştur. Bu bağlamda İkinci Daire, somut durumla ilgili tespit ettiği gerçeklere devletin desteklemesi gereken sosyal bir dezavantaj olarak yaklaşmamış; dahası çocukların ailelerinin de çocukların hangi okula gitmeleri yönünde verecekleri kararın ve rızanın belirleyici olduğunu söylemiştir[554]. Büyük Daire ise istatistiki verilerle de ortaya koyulan Roman çocukların diğer etnik kökenli çocuklara nazaran daha olumsuz durumunun karşısında, ailelerinin kararı ve rızasına dayanmanın, "ırk ayrımcılığına uğramama hakkından feragat" anlamına geleceği gerekçesiyle, bu koşullarda ilgili uygulamanın meşru amaç taşıdığının ve objektif ve makul gerekçeye sahip olduğunun kabul edilemeyeceğini söylemiştir. Bu bağlamda, Büyük Daire, Çek Cumhuriyeti'nin Roman çocukların eğitime erişimleriyle ilgili çabalarının farkında olsa da, sonuç itibariyle ortaya çıkan

[554] AİHM'in İkinci Dairesi bu noktada, normal bir okulda eğitim gördüğü sırada, bu okulun talebiyle zihinsel bir teste tabi tutularak özel ihtiyaç sahibi çocuklar için tasarlanan okulan gönderilmesi istenen başvuruculardan birinin durumunu örnek almıştır. 9 numaralı bu başvurucunun zihinsel test sonrasında, eğitim psikolojisi uzmanlarınca normal okulda kalması yönünde karar verilmiş; ancak çocuğun ailesi çocuğun özel okula devam etmesi için yeniden talepte bulunmuştur. AİHM, *D.H. and diğerleri v. Çek Cumhuriyeti*, 7 Aralık 2006, B. No: 57325/00, Para. 49-50.

Roman çocuklarla diğer etnik kökene sahip çocuklar arasındaki farklı etkinin objektif ve makul bir gerekçesinin olmadığı ve izlenen amaç ile uygulanan aracın orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.

Netice itibariyle, ayrımcılık yapma yönünde açık bir kasıt taşımasa da nötr anlamdaki bir uygulamanın sonucunda ortaya çıkan ve istatistiki verilerle tespit edilebilen belirli bir grup üzerindeki daha olumsuz etkisi, objektif ve makul bir gerekçeyle de meşrulaştırılamamış ve AİHM söz konusu davada AİHS'e Ek 1. Protokol'ün ikinci maddesinde düzenlenen eğitim hakkıyla ilişkili olarak AİHS'in 14. maddesindeki ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu anlamda, AİHM'in bu davada ortaya koyduğu dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yaklaşımını, kısaca şu unsurlar üzerinden oluşturduğu ve incelemeye aldığı söylenebilir:

1.Ayrımcılık yapma yönünde bir kasıt taşımayan nötr bir uygulama
2.Belirli bir grup üzerinde ayrımcı nitelikteki olumsuz etki
3.Ayrımcı nitelikte olumsuz etkiyi meşru kılacak objektif ve makul bir haklı gerekçe

AİHM'in dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarını belirginleştirmesi yanında "belirli bir grup üzerinde ayrımcı nitelikteki olumsuz etki"nin ispatı yönteminde, istatistiki verilerin *prima facie* delil oluşturacağı yönünde yaptığı tespit de oldukça aydınlatıcıdır. AB hukukuna açıkça atıfta bulunulan D.H. ve diğerleri davasında yapılan bu aydınlatıcı tespitler, Çek Cumhuriyeti ve diğer Avrupa ülkelerinin ulusal mevzuatlarında dolaylı ayrımcılığı yasaklamalarını da sağlamıştır[555].

AİHM bu kararıyla, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yaptığı tespitler yanında, AİHS'in ayrımcılık yasağının sadece belirli ayrımcı muamelelerle sınırlı olmadığını belirtmesi ve belirli ırk ya da etnik grupların Sözleşme'yle korunan haklarına erişimlerini engelleyen sistematik ve genel uygulamaların da ayrımcılık yasağı kapsamında olduğunu vurgulaması da oldukça önemlidir[556]. AİHM'in böylece, ilk kez eğitim hakkıyla ilgili bir konuda bir Taraf devlet'in, genel anlamda ortaya koyduğu bir uygulamayla ayrımcılığa yol açtığı tespitini yapması, ayrımcılık yasağının koruma

[555] Devroye, a.g.m., s. 81; Etinski, a.g.m., 2013, s. 63.
[556] van den Bogaert, 2011, s. 733.

alanının genişlediğinin de göstergesidir[557].

2.1.2. Avrupa Sosyal Şartı ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

ASŞ de genel anlamda kişisel ve siyasal haklarla ilgili düzenlemelere yer veren AİHS gibi, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde uluslararası barış ve güvenliği sağlamak üzere ilan edilen İHEB'i takiben gündeme gelen uluslararası insan hakları hukuku alanındaki gelişmelerin bir ürünüdür. Bu anlamda, İHEB'te ilan edilen sosyal hakları genişleten ve bunlara Avrupa düzeyinde bağlayıcılık kazandıran bir belge olan ASŞ, AİHS'in "ikizi" olarak nitelenir[558].

Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi olarak da anılan ASŞ, 18 Ekim 1961 tarihinde Turin'de imzaya açılmış ve 26 Şubat 1965 tarihinde de yürürlüğe girmiştir[559]. AŞS, ilk imzacı devletlerden olan Türkiye için ise, 24 Aralık 1989 tarihi itibariyle bağlayıcılık kazanmıştır[560].

ASŞ düzeni, zaman içinde ek protokollerle genişletilmiştir. ASŞ'ye Ek Protokollerden 1988 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol ile ASŞ'nin ilk

---

[557] Ancak yine de AİHM'in hem dolaylı ayrımcılık yasağı, hem de sosyal haklarla ilişkili olarak ayrımcılığa uğramama hakkı açısından taraf devletlerin yerine geçerek gereken önlemleri alma yönünde pozitif bir yükümlülük altına girme anlayışında olmadığını da belirtmek gerekir. Zira bu noktada AİHM'in rolünün değişmemiş, "insan haklarını koruma" ile sınırlı olarak aynı kalmış olduğu da söylenebilir. Bakınız: Alastair Stewart, "A Critical Analysis of DH v Czech Republic: Understanding the Recent Shift in Strasbourg's Thinking", Edinburgh Student Law Review, Vol. I, 2009, s. 103.

[558] Mesut Gülmez, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 30-31.

[559] ASŞ'nin ilk kabul edilen İngilizce metni için bakınız: Council of Europe, *"European Social Charter"*, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168006b642 (Erişim Tarihi: 02.08.2019).

[560] 18 Ekim 1961 tarihinde ASŞ'yi imzalayarak kabul edilmesini sağlayan diğer devletler, Almanya, Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, Fransa, Hollanda, İrlanda, İsveç, İtalya, Lüksemburg, Norveç ve Yunanistan'dır. ASŞ'nin Türkiye için bağlayıcılık kazanması süreci, 16 Haziran 1989 tarih ve 3581 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu'nun 4 Temmuz 1989 tarih ve 20215 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanması ile başlamıştır. ASŞ'nin, Şart'ın onaylanmasını kararlaştıran 7 Ağustos 1989 tarih ve 89/14434 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile birlikte 14 Ekim 1989 tarih ve 20312 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ilk resmi Türkçe çevirisi için bakınız: https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/AvrupaSosyalSarti.pdf (Erişim Tarihi: 02.08.2019). Türkiye, onay belgelerini 24 Kasım 1989 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve Şart, ASŞ'nin 35. maddesi gereğince onay belgesinin tevdi tarihinden 30 gün sonra, 24 Aralık 1989 tarihi itibariyle Türkiye için yürürlüğe girmiştir.

metninde yer verilmeyen dört yeni hak korumaya alınırken[561]; 1991 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nı değiştiren Protokol ile ASŞ'nin öngördüğü raporla denetim usulünün güçlendirilmesi öngörülmüş[562] ve 1995 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Toplu Şikâyet Sistemi Öngören Protokol ile de denetim mekanizması olarak toplu şikayet usulü getirilmiştir[563]. ASŞ düzeni son halini ise Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın

---

[561] 5 Mayıs 1988 tarihinde imzaya açılan ve 4 Eylül 1992 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol'ün İngilizce metni için bakınız: Additional Protocol to the European Social Charter (CETS No. 128), https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/128 (Erişim Tarihi: 05.08.2019). Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol ile ASŞ kapsamına eklenen dört yeni hak şunlardır: s.İstihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayrım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı (Madde 1); Bilgilendirilme ve danışılma hakkı (Madde 2); Çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine uygun bulma hakkı (Madde 3); Yaşlıların sosyal korunma hakkı (Madde 4). Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol'ün Türkçe çevirisi için bakınız: http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/ak/turkce/078a_tur.pdf (Erişim Tarihi: 05.08.2019).Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol'ü 5 Mayıs 1988 tarihinde imzalamış; 05.08.2019 tarihi itibariyle Ek Protokol'e taraf olmamıştır. Ancak Türkiye kendisinden önce imzalanan ek protokollerle eklenen hakları da içeren 1999 yılında yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı onayladığı için, bu Ek Protokol'le eklenen haklar Türkiye ve GGASŞ'yi onaylamış olan diğer devletler için geçerlidir. Bakınız: Yücel Dericiler, a.g.e., s.202.

[562] Torino Protokolü ya da Değiştirilmiş Avrupa Sosyal Şartı isimleriyle de anılan, Avrupa Sosyal Şartı'nı Değiştiren Protokol 21 Ekim 1991 tarihinde imzaya açılmış; ancak Protokol'ün 8. maddesi gereğince ASŞ'ye taraf bütün devletlerin Protokol'ü onaylaması gerektiği ve ASŞ'ye taraf devletlerin tümü Protokol'ü halen onaylamadığı için Protokol henüz yürürlüğe girmemiştir. Protokol ile getirilen çoğu hüküm denetim organlarınca yerine getirildiği ve Protokol fiilen yerini 1999 yılında yürürlüğe giren GGASŞ'ye bıraktığı için, Protokol'ün yürürlüğe girmese de GGASŞ'yi imzalayan devletler için geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Nowak, 2003'ten aktaran Yücel Dericiler, a.g.e., s. 202. Avrupa Sosyal Şartı'nı Değiştiren Protokol'ün İngilizce metni için bakınız: Protocol amending the European Social Charter (CETS No. 142), https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/142 (Erişim Tarihi: 05.08.2019). Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı Değiştiren Protokol'ü 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamıştır. Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 21 Ocak 2009 tarih ve 2009/14613 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile birlikte 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bakınız: https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/AvrupaSosyalSarti_Degisiklik_Protokol.pdf (Erişim Tarihi: 05.08.2019). Türkiye bu Protokol ile onay belgelerinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edildiği 10 Haziran 2009 tarihinden itibaren bağlıdır.

[563] 9 Kasım 1995 tarihine imzaya açılan ve 1 Temmuz 1998 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Toplu Şikayet Sistemi Öngören Protokol'ün İngilizce metni için bakınız: Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints (CETS. No. 158), https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/158 (Erişim Tarihi: 05.08.2019). Türkiye, 05.08.2019 tarihi itibariyle, Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Toplu Şikayet Sistemi Öngören Protokol'e taraf olmak yönünde bir girişimde bulunmamıştır. Bu Ek Protokol, "Şartın etkinliğini artırmak ve özellikle denetim mekanizmasının işleyişini ıslah etmek yönünde bazı tedbirler almak" amacıyla toplu şikayet usulünü öngörür; ancak Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'ne bireysel başvuru imkânı tanımaz. Bakınız: Yücel Dericiler, a.g.e., s. 203. Toplu şikayet usulü, sivil toplum kuruluşlarına (STK) ve işçi – işveren örgütlerine, mağduriyet yaşayan tarafın iç hukuk yollarını tüketmesini beklemeksizin, taraf devletlerin yasal düzenlemelerinin ya da uygulamaya koyduğu politikaların ASŞ ile belirtilen yükümlülükleriyle uyuşmadığını tespit ettirme imkânı verir. Bakınız: Olivier de Schutter, "Avrupa Sosyal Şartı'nın İki Yaşamı", Koordinatör: Olivier de Schutter, Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa için Yeni Bir Sosyal Anayasa, Avrupa Konseyi, Ankara, Şen Matbaa, 2010b, s. 9. Toplu şikayet usulünü işletebilecek olan kuruluşlar dört gruptan oluşur: 1) Uluslararası işçi ve işveren kuruluşlarının Avrupa'daki en üst düzey örgütleri 2) İlgili devletteki işçi ve işveren sendikaları 3) Avrupa Konseyi'nde danışman statüsüne sahip ve Hükümet Komitesi'nce bu amaçla oluşturulmuş listede adı geçen uluslararası STK'lar 4) Devletlerin

(GGASŞ) kabulü ile almıştır. 3 Mayıs 1996 tarihinde imzaya açılan ve 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe giren GGASŞ, 1961 tarihli ASŞ metnindeki ve 1988 tarihli ASŞ'ye Ek Protokol'deki haklar yanında, yeni haklara da yer vermiştir[564]. Nitekim, GGASŞ'nin Başlangıç metninde, GGASŞ'nin "Şarta yeni haklar eklemek ve Şartın değişik biçimiyle güvence altına alınan haklar ile 1988 tarihli Ek Protokolle güvence altına alınan hakların, Avrupa Sosyal Şartı'nın yerini almak üzere hazırlanan Değiştirilmiş bir Şartta yer almasının yararının bilincinde olarak…" hazırlandığı belirtilmiştir[565]. GGASŞ ile ayrıca öngörülen sosyal ve ekonomik hakların denetimini güçlendirici düzenlemeler de getirilmiştir. GGASŞ, Türkiye için 1 Ağustos 2007 tarihine yürürlüğe girmiştir[566].

ASŞ ve GGASŞ düzeninde öngörülen sosyal ve ekonomik haklara ilişkin koruma ve denetim, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) tarafından sağlanır[567]. ASHK, bu koruma ve denetimi, taraf devletlerin periyodik olarak sundukları raporları değerlendirerek, taraf devletlerin ASŞ ve GGASŞ'deki yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını tespit ettiği sonuçlar (*conclusion*) ve toplu şikayet usulüne başvurulan hallerde de aldığı kararlar (*decisions*) aracılığıyla gerçekleştirir[568]. ASŞ ve GGASŞ sisteminde öngörülen denetim mekanizması, bireysel başvuru ve devlet başvurusunun öngrüldüğü ve bu başvuruların AİHM gibi bir organ tarafından değerlendirildiği AİHS'teki koruma mekanizması kadar güçlü değildir. Ayrıca,

---

kabul ettiği "temsili" nitelikteki ulusal STK'lar. Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Toplu Şikayet Sistemi Öngören Protokol'e dair bilginin devamı için bakınız: Yücel Dericiler, a.g.e., s. 203-204. Bu protokol ile öngörülen toplu şikayet usulü ile ilgili inceleme için bakınız: Rüçhan Işık, "Toplu Şikayet Prosedürü", Der. İbrahim Kaboğlu, Anayasal Sosyal Haklar, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, ss. 57 - 63.

[564] Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın (GGASŞ) İngilizce metni için bakınız: European Social Charter (revised) (CETS. No. 163), https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163 (Erişim Tarihi: 05.08.2019).

[565] GGASŞ'nin yürürlüğe girmesi kendiliğinden ASŞ'yi yürürlükten kaldırmazken; hem ASŞ'yi hem de GGASŞ'yi onaylayan devletler için GGASŞ geçerli sayılır (GGASŞ, Madde B).

[566] Türkiye, GGASŞ'yi 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamış ve 27 Eylül 2006 tarih ve 5547 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu'nu, 3 Ekim 2006 tarih ve 26308 sayılı Resmi Gazete'de yayımlamıştır. Şartın onaylanmasını kararlaştıran 22 Mart 2007 tarih ve 2007/11907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile birlikte 9 Nisan 2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan GGASŞ'nin resmi Türkçe çevirisi için bakınız:https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/GozdenGecirilmisAvrupaSosyalSarti.pdf (Erişim Tarihi: 05.08.2019). Türkiye, onay belgelerini 27 Haziran 2007 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve GGASŞ'nin Madde K hükmü gereğince, GGASŞ Türkiye'de 1 Ağustos 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[567] Avrupa Sosyal Şartı sisteminde öngörülen denetim hakkında bilgi için bakınız: de Schutter, a.g.m., 2010b, s. 11-21.

[568] Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin (ASHK) sonuçları ve kararları için bakınız: European Social Charter, *"Decisions and Conclusions"*, https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/case-law (Erişim Tarihi: 07.08.2019).

ASHK'nin aldığı kararlar da hukuken tavsiye niteliğinde olup; hukuken "hüküm" niteliğinde olan ve bağlayıcılık taşıyan AİHM kararlarından farklı şekilde bağlayıcılık taşımaz ve bir yaptırım öngörmez[569]. Ancak Avrupa kapsamında sosyal ve ekonomik haklara etkin ve tamamlayıcı bir koruma sağlayan bu düzenin tamamen önemsiz olduğunu söylemek de doğru olmaz. Nitekim hem taraf devletlerin ortaya koydukları çabalar, hem de AİHM'in ilgili meselelerde ASHK'nin kararlarına yaptığı atıflar AK üyesi devletler arasında sosyal ve ekonomik haklar konusunda ortak bir duruşa gidilmesi yönünde ümit vericidir[570].

2.1.2.1. Avrupa Sosyal Şartı ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda Ayrımcılık Yasağı

ASŞ ve GGASŞ sistemlerinin sosyal ve ekonomik haklar alanında öngördükleri korumada dolaylı ayrımcılık yasağının yerini ve anlamını belirleyebilmek için, bu sistemler dahilindeki sosyal ve ekonomik hakların düzenleniş şeklini ve özel olarak da ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemeleri incelemekte fayda vardır. Bu anlamda, öncelikle ASŞ ve GGASŞ metinlerinin her ikisinde de seçimlik onay sisteminin benimsendiğini belirtmek gerekir. İlgili seçimlik onay sistemine göre, devletlerin ASŞ ya da GGASŞ'ye taraf olmaları için "çekirdek haklar" olarak belirlenen haklar dahil olmak üzere asgari sayıda maddenin bağlayıcılığını kabul etmeleri yeterli görülmüştür; böylece taraf devletlere ASŞ ve GGASŞ kapsamındaki sosyal ve ekonomik haklar alanında yükümlülüklerini sınırlayabilme imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla, ASŞ ve GGASŞ'ye taraf devletlerin ayrımcılık yasağı çerçevesindeki yükümlülükleri de, devletlerin kendilerini yükümlü kıldıkları bu alan dahilinde geçerli olacaktır.

1961 tarihli ASŞ'nin II. Bölümünde, on dokuz tane sosyal ve ekonomik hak güvenceye alınmıştır[571]. Taraf devletlerin bu sosyal ve ekonomik haklar karşısındaki

---

[569] Gül ve Karan, a.g.e., s. 68-69.
[570] Gül ve Karan, a.g.e., s. 66; Yücel Dericiler, a.g.e., s. 197.
[571] Bu haklar, çalışma hakkı (m.1), adil çalışma koşulları hakkı (m.2), güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı (m.3), adil bir ücret hakkı (m. 4), örgütlenme hakkı (m. 5), toplu pazarlık hakkı (m. 6), çocukların ve gençlerin korunma hakkı (m. 7), çalışan kadınların korunma hakkı (m. 8), mesleğe yöneltme hakkı (m. 9), mesleki eğitim hakkı (m. 10), sağlığın korunması hakkı (m. 11), sosyal güvenlik hakkı (m. 12), sağlık

yükümlülükleri ise 20. maddede düzenlenmiştir. ASŞ'nin benimsediği seçimlik onay sistemi sebebiyle taraf devletlerin yükümlülüklerini asgari sayıdaki hakla sınırlayabileceklerini öngören bu maddede, ilk olarak taraf devletlerin en az beşinin bağlayıcılığını kabul etmekle yükümlü oldukları "çekirdek haklar" sayılmıştır. Buna göre, "Çalışma hakkı" (1. madde), "Örgütlenme hakkı" (5. madde), "Toplu pazarlık hakkı" (6. madde), "Sosyal güvenlik hakkı" (12. madde), Sağlık ve sosyal yardım hakkı" (13. madde), "Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı" (16. madde) ve "Çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı" (19. madde), m. 20/1 düzenlemesinin (b) bendinde sayılan çekirdek haklardır. m.20/1 (c) bendinde de, taraf devletlerin m.20/1 (b) düzenlemesinde yer verilen yükümlülüklerine ek olarak, sonuç itibariyle Şart'ın en az on maddesini veya ilgili on dokuz maddede numaralanmış 72 paragraftan 45'inin bağlayıcılığını kabul etmiş olmaları gerektiği belirtilmiştir.

ASŞ'nin 1961 tarihinde kabul edilen bu metni dahilinde, ayrımcılık yasağıyla ilgili bir madde yoktur. Şart metninde ayrımcılık yasağı, sadece Başlangıç kısmında geçer. Başlangıç kısmındaki ilgili ifadeye göre de, AK üyesi taraf devletler Şart'taki hükümleri "…hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayırımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiğini göz önüne alarak…" kabul etmişlerdir. Esasen, Başlangıç kısmında böylece öngörülen ayrımcılık yasağının, ASŞ metnindeki haklar için de geçerli olduğunu söylemek yanlış olmaz. Nitekim ASHK'nin de görüşü de bu yöndedir.

ASHK, Türkiye'nin sunduğu bir ulusal rapora ilişkin sonuç metninde, ASŞ'nin m.1/2 düzenlemesinde yer alan taraf devletlerin "çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde koruma" yükümlülüğünü, Başlangıç metnindeki ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirerek değerlendirmiş[572] ve ayrımcılık yasağının tüm maddeler için geçerli olduğunu ortaya koymuştur. Türkiye' nin bazı istihdam kategorilerini Türk vatandaşlarına saklı tutan mevzuatına ilişkin olumsuz

ve sosyal yardım hakkı (m. 13), sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı (m.14), bedensel ya da zihinsel özürlülerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden uyum sağlama hakkı (m. 15), ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (m. 16), anaların ve çocukların sosyal ve ekonomik korunma hakkı (m.17), diğer taraf devletlerde gelir getirici bir iş edinme hakkı (m.18), çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkından (m.19) oluşur.

[572] Gül ve Karan, a.g.e., s. 66.

yöndeki sonuç metninde, Türkiye'nin 1982 Anayasası'nın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinin, özellikle iş ilişkileri bağlamında uygulamadaki (*in practice*) etkiliği sorgulanmıştır. ASHK'ye göre, taraf devletler "çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde koruma" yükümlülükleri gereğince istihdam alanında, doğrudan ve dolaylı her türlü ayrımcılığı hukuken yasaklamalıdırlar. ASHK, toplumsal cinsiyet ya da belirli bir ırk ya da etnik gruba mensubiyetle ilişkili olarak ayrımcılığa karşı daha güçlü bir koruma sağlanabileceğini de belirttiği değerlendirmesinde; ücret, mesleki eğitim, terfi, nakil, işten çıkarma veya diğer aleyhte eylemler başta olmak üzere, işe alma ve genel çalışma koşullarıyla ilişkili ayrımcı yasa ve düzenlemelerin ilgili m.1/2 düzenlemesi gereğince yasak olduğunu vurgulamıştır[573].

1961 tarihli ASŞ metninde taraf devletlerin sosyal ve ekonomik haklar alanındaki yükümlülüklerini düzenleyen bazı maddelerin, ayrımcılığa karşı korunma hakkını sağlamayı da öngördüğünü söylemek mümkündür. Bu anlamda, "Sağlık ve Sosyal Yardım Hakkı" başlıklı 13. madde servet *(property status)* temelli ayrımcılığa karşı koruma sağlarken; "Bedensel ya da Zihinsel Engellilerin Mesleki Eğitimi, Mesleğe ve Topluma Yeniden İntibak Hakkı" başlıklı 15. madde engellilik temelli ayrımcılığa ve "Çalışan Göçmenlerin ve Ailelerinin Korunma ve Yardım Hakkı" başlıklı 19. madde de vatandaşlık temelli ayrımcılığa karşı da koruma sağlar şekilde kaleme alınmıştır[574]. Bu maddeler yanında "Çalışan Kadınların Korunma Hakkı" başlıklı 8. maddenin de, istihdam alanında kadınlara karşı cinsiyet temelinde gündeme gelebilecek ayrımcı uygulamalara karşı koruma içerdiği söylenebilir.

1996 tarihli GGASŞ'yle, yeniden düzenlenmiş şekilleriyle 1961 tarihli ASŞ'deki sosyal ve ekonomik haklar (Madde 1 – 19) ile bu hakların ilk yeniden güncellenmesi anlamındaki 1988 tarihli ASŞ'ye Ek Protokol'deki dört yeni sosyal ve ekonomik hak (Madde 20 – 23) ve bunlara eklenen yedi tane yeni sosyal ve ekonomik hakla (Madde

---

[573] *Conclusions*, XVI-1, Turkey, Article 1-2, (Reference Period: 01.01.1999 – 31.12.2000), 30.05.2003, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-1/def/TUR/1/2/EN (Erişim Tarihi: 07.08.2019).

[574] AİHS ve ASŞ'nin ayrımcılık yasağı ve diğer hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerinin kısa bir karşılaştırması için bakınız: *"European Social Charter and European Convention on Human Rights"*, https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-european-social-charter-and-european-convention-on-human-rights (Erişim Tarihi: 08.08.2019)

24 – 31) birlikte toplamda 31 tane sosyal ve ekonomik hak güvenceye alınmıştır[575]. Bu hak listesiyle GGASŞ, sosyal ve ekonomik hakları koruyan diğer uluslararası insan hakları hukuku belgeleri arasında dikkat çeker bir nitelik kazanmıştır[576].

GGASŞ'nin de ASŞ gibi benimsediği seçimlik onay sistemi gereğince, Şart'a taraf olan devletler, her hakkı değil; GGASŞ'nin III. Bölümde yer alan "Yükümlülükler" başlıklı Madde A düzenlemesinde öngörülen koşullara uymak suretiyle seçtikleri hakların bağlayıcılığını kabul etmekle yükümlü kılınmışlardır. İlgili Madde A düzenlemesinin ilk fıkrasının (b) bendinde de ilk olarak, "çekirdek haklar" sayılmıştır. Buna göre, taraf devletlerin en az altısını seçmekle yükümlü oldukları bu haklar şunlardır: "Çalışma hakkı" (1. madde), "Örgütlenme hakkı" (5. madde), "Toplu pazarlık hakkı" (6. madde), "Çocukların ve gençlerin korunması hakkı" (7. madde), "Sosyal güvenlik hakkı" (12. madde), "Sosyal ve tıbbi yardım hakkı" (13. madde), "Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı" (16. madde), "Çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı" (19. madde) ve "İstihdam ve Meslek Konularında Cinsiyete Dayalı Ayrım Yapılmaksızın Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele Görme Hakkı" (20. madde). Düzenlemenin devamında, (c) bendinde de, taraf devletlerin çekirdek haklara ek olarak GGASŞ'nin II. Bölümündeki maddelerden veya numaralandırılmış paragraflardan istediklerinin bağlayıcılığını kabul edecekleri ve sonuç itibariyle GGASŞ'nin II. Bölümünde yer verilen en 31 maddeden en az 16

---

[575] Bu haklar, çalışma hakkı (m.1), adil çalışma hakkı (m.2), güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı (m.3), adil bir ücret hakkı (m. 4), örgütlenme hakkı (m. 5), toplu pazarlık hakkı (m. 6), çocukların ve gençlerin korunma hakkı (m. 7), çalışan kadınların korunma hakkı (m. 8), mesleğe yöneltme hakkı (m. 9), mesleki eğitim hakkı (m. 10), sağlığın korunması hakkı (m. 11), sosyal güvenlik hakkı (m. 12), sağlık ve sosyal yardım hakkı (m. 13), sosyal ve refah hizmetlerinden yararlanma hakkı (m.14), bedensel ya da zihinsel özürlülerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden uyum sağlama hakkı (m. 15), ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (m. 16), çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (m.17), diğer taraf devletlerde gelir getirici bir iş edinme hakkı (m.18), çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı (m.19), istihdam ve meslek konularında cin- siyete dayalı ayrım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı (m. 20), bilgilendirilme ve danışılma hakkı (m.21), çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine katılma hakkı (m. 22), yaşlıların sosyal korunma hakkı (m. 23), iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı (m. 24), işverenlerinin iflası halinde çalışanların haklarının korunması hakkı (m. 25), onurlu çalışma hakkı (m. 26), ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı (m. 27), çalışanların temsilcilerinin işletmede korunma ve kolaylıklardan yararlanma hakkı (m. 28), çalışanların toplu işten çıkarma sürecinde bilgilendirilme ve danışılma hakkı (m. 29), toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkı (m.30) ve konut hakkından (m. 31) oluşur.

[576] de Schutter, a.g.m., 2010b, s. 10.

tanesinin veya numaralandırılmış 98 paragraftan en az 63 tanesinin bağlayıcılığını kabul etmiş olmaları gerektiği belirtilmiştir.

GGASŞ kapsamında sosyal ve ekonomik haklar alanında ayrımcılık yasağı, V. Bölümdeki "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı Madde E düzenlemesinde öngörülmüştür. Ayrımcılık temellerinin sınırlı olarak değil, açık uçlu olarak sayıldığı ilgili madde düzenlemesine göre GGASŞ'de "…yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacaktır."

GGASŞ'deki ayrımcılık yasağına özgülenmiş ve taraf devletlerin GGASŞ'deki düzenlemelerle öngörülen yükümlülüklerini ayrımcılık yapmaksızın sağlaması gerekliliğini vurgulayan Madde E düzenlemesine ek olarak, GGASŞ metnindeki birçok düzenleme de kendi içinde ayrımcılığa karşı korunma hakkını da içerir. ASŞ metnindeki benzer nitelikteki düzenlemelere göre, özellikle cinsiyet eşitliğini madde düzenlemelerine eklemek suretiyle daha eşitlikçi bir şekilde kaleme alınan GGASŞ metnindeki bu düzenlemelere de "Sosyal ve tıbbi yardım hakkı" başlıklı 13. madde, "Özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı" başlıklı 15. madde ve "Çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı" başlıklı 19. madde örnek gösterilebilir. GGASŞ'deki bu nitelikteki maddeler yanında, açıkça fırsat eşitliğinin ve eşit muamele görme hakkının öngörüldüğü düzenlemeler de vardır. Bunlardan çekirdek haklar arasında sayılmış olan 20. maddedeki "İstihdam ve Meslek Konularında Cinsiyete Dayalı Ayrım Yapılmaksızın Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele Görme Hakkı" başlıklı düzenlemeyle cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı korunma hakkı; "Ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı" başlıklı 27. maddeyle de ailevi durum temelli ayrımcılığa karşı korunma hakkı güvenceye alınmıştır.

Hem 1961 tarihli ASŞ'ye, hem de 1996 tarihli GGASŞ'ye taraf olan Türkiye için, GGASŞ'nin III. Bölümündeki "Avrupa Sosyal Şartı ve 1988 Tarihli Ek Protokolle Bağlantılar" başlıklı Madde B düzenlemesi gereğince, ASŞ'deki yükümlülüklerin yerini

GGASŞ'deki yükümlülükler almıştır[577]. Her iki Şart'ı onaylarken de asgari onay sistemini benimseyen Türkiye, bazı maddelere de çekince koymuş ve AK kapsamındaki sosyal ve ekonomik haklar alanındaki yükümlülüklerini sınırlamayı tercih etmiştir[578].

GGASŞ, her ne kadar uluslararası insan hakları hukuku belgeleri arasında en fazla sayıda sosyal ve ekonomik hak düzenlemesi içeren belge olsa da, ASŞ'yle benzer şekilde öngördüğü seçimlik onay sistemi sosyal ve ekonomik hakların etkili bir şekilde korunup korunmadığını konusunu şüpheli hale getirir[579]. Esasen sadece dört Avrupa Konseyi Üyesi devletin GGASŞ'deki tüm düzenlemelerin bağlayıcılığını kabul etmesi de, devletlerin sosyal ve ekonomik haklar konusunda yükümlülüklerini sınırlama eğilimde olduklarını onaylar niteliktedir[580].

Bu nedenle mevcut sistem içinde öngörülen denetim sistemiyle, hem bağlayıcılığının kabul edilmediği düzenlemelerin kabul edilmesinin teşviki[581], hem de

---

[577] GGASŞ'nin III. Bölümündeki ilgili düzenlemeye göre, 1961 tarihli ASŞ'yi kabul eden bir devletin, 1996 tarihli GGASŞ'yi bazı düzenlemelerini hariç tutmak suretiyle kabul etmesi ve hariç tutulan bu düzenlemelerin 1961 tarihli ASŞ'de kabul edilen hükümlere karşılık gelmesi halinde ASŞ'yle bağlayıcılığı kabul edilmiş bu düzenlemelerin bağlayıcılığı devam edecektir. Başka bir deyişle bu hükümler için geçerli olan 1961 tarihli ASŞ olacaktır. Böylece ASŞ'ye taraf olan bir devletin, ASŞ'deki yükümlülüklerini, GGASŞ'ye taraf olma yoluyla dolanması engellenmiştir (de Schutter, 2010b: s. 10)

[578] Türkiye, 1961 tarihli ASŞ'de yer verilen çekirdek haklardan, 1.,12.,13.,16. ve 19. maddelerini ve geri kalan kısımdan ise 9., 10., 11., 14., 17. ve 18. maddeler ile 4. maddenin 3. ve 5. fıkralarını ve 7. maddenin 3.,4.,5.,6.,8. ve 9. fıkralarını onaylamıştır. Türkiye, GGASŞ'yi onaylarken de, sosyal ve ekonomik hakların tümünü değil; çekirdek haklardan, 1.,7.,12.,13.,16.,19. ve 20. maddelerini ve geri kalan kısımdan ise 3.,8.,9., 10., 11.,14.,15.,17.,18. ve 21 ila 31. maddeler ile 2. maddenin 1.- 7. fıkralarını ve 4. maddenin 2.,3.,4.,5. fıkralarını onaylamıştır. Türkiye, ögütlenme hakkına ilişkin 5. maddeye, toplu sözleşme hakkına ilişkin 6. maddeye, yıllık asgari izne ilişkin 2. maddenin 3. fıkrasına ve ücret ve yeterli yaşam düzeyine ilişkin 4. maddenin 1. fırkasına çekince koymuştur.

[579] Seçimlik onay sisteminin, ASŞ ve GGASŞ'nin "bütünlüğünü" tehlikeye attığı konusunda tartışmalar varsa da; seçimlik onay sistemi öngörülmeseydi ASŞ ve GGASŞ'ye taraf olan devletlerin sayısının da oldukça az olacağı da bir gerçektir.

[580] Bu Devletler, Danimarka, Fransa, Hollanda ve Portekiz olup; Fransa dışındaki diğer üç devlet kabul ettikleri düzenlemelere çekince koymuşlardır. 11.08.2019 tarihi itibariyle GGASŞ'yi onaylayan devletlerin listesi için bakınız: *"Chart of signatures and ratifications of Treaty 163"* https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list//conventions/treaty/163/signatures?p_auth=6WKmbcgT (Erişim Tarihi: 11.08.2019).

[581] 1961 tarihli ASŞ'nin 22. maddesiyle, taraf devletlerin bağlayıcılıklarını kabul etmedikleri düzenlemeler hakkında AK Bakanlar Komitesi'ne, Bakanlar Komitesi'nin uygun gördüğü zamanlarda rapor sunmaları öngörülmüştür. Bu rapor usulü, sonradan sadece kabul edilmeyen çekirdek haklar veya bazı yeni gelişmelerle ilgili olacak şekilde sınırlandırılmıştır. Dönem içinde, böyle bir denetim sisteminin etkisinin, taraf devletleri bağlayıcılığını kabul etmedikleri düzenlemeleri kabul etmeye yönelttiğine ilişkin bir verinin olmadığı saptanmışsa da; taraf devletlerin bağlayıcılığını kabul etmedikleri düzenlemelere ilişkin bir rapor sunmalarına ilişkin bir denetimin daha işlevsel bir hale getirilmesi imkânsız değildir. Nitekim 2002 tarihinde ASHK de, seçimlik düzenlemelerin neden kabul edilmediğinin bir değerlendirmeyi, dolayısıyla belirli bir zamanı gerektireceği düşüncesiyle, devletlerin GGASŞ'ye taraf olma tarihlerinden 5 yıl sonra bağlayıcılığını kabul etmedikleri düzenlemelere ilişkin rapor sunmaları

bağlayıcılığı kabul edilen düzenlemelerin işlerliğinin sağlanmasıyla ASŞ ve GGASŞ düzeninin etkililiğinin artacağı düşünülebilir. Ayrıca, ASŞ ve GGASŞ kapsamındaki sosyal ve ekonomik haklar alanında öngörülen korumanın, taraf devletlerin bu alanda hali hazırda sınırlı da olsa benimsediği yükümlülüklerinin ayrımcılık yasağına karşı korunma hakkıyla desteklenmesiyle daha işler hale geleceği yorumunu yapmak da mümkündür. ASHK'nin ayrımcılık yasağıyla ilgili görüşleri de, her ne kadar AİHM kararları kadar bağlayıcı olmasa da, Türkiye de dahil AK'ye üye devletler açısından sosyal ve ekonomik hakların korunması alanında yol göstericidir. Bu anlamda, ASŞ ve GGASŞ metninde yer verilmeyen dolaylı ayrımcılık yasağı konusunda ASHK'nin görüşleri de, sosyal ve ekonomik haklar alanında maddi eşitliğe gidilmesi yönünde özellikle önem taşır.

2.1.2.2. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Denetimi ve Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Taraf devletlerin yasal düzenlemelerinin ve uygulamaya koyduğu politikalarının ASŞ ve GGASŞ'deki yükümlülükleriyle uyumlu olup olmadığını denetlemekle görevlendirilmiş olan ASHK'nin Şart temelinde teknik bir değerlendirmeyle sınırlı olmayan denetimi de ASŞ ve GGASŞ doğrultusunda dolaylı ayrımcılık yasağının nasıl değerlendirileceği hakkında fikir verir. Taraf devletlerin ASŞ ve GGASŞ kaynaklı yükümlülüklerini, insan hakları alanındaki yükümlülükler olarak değerlendiren ASHK, bu yaklaşımını, önüne gelen ilk toplu şikayet başvurusu sonucu verdiği International Commission of Jurists (ICJ) v. Portekiz kararında ortaya koymuştur. Buna göre, "İnsan haklarını koruyan bir araç olan Şart'ın hedefi ve amacı, bu hakların sadece teorik olarak değil, gerçekte de *(in fact)* korumak yönündedir[582]".

ASHK, denetiminin ASŞ ve GGASŞ çerçevesinde teknik bir denetim olmadığını daha açık ifadelerle, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v.

şeklinde yeni bir usul talep etmiştir. 11 Aralık 2002 tarihinde yapılan 821. Bakan Yardımcıları Toplantısı'nda Bakanlar Komitesi önerilen bu usulü kabul ederek, denetim sisteminde gerekli düzenlemelerin yapılması istenmiştir. Bakınız: de Schutter, a.g.m., 2010b, s. 16-17.

[582] ASHK, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portekiz,* Şikayet No: 1/1998, 9 Eylül 1999, Para. 32, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-01-1998-dmerits-en (Erişim Tarihi: 12.08.2019).

Fransa kararında açıklamıştır[583]. Bu karara konu olayda, FIDH adlı STK, Fransa'nın mevcut iç hukukunun, Fransız vatandaşı çocuklardan farklı olarak ülkesinde bulunan kayıtdışı göçmen çocuklara tıbbi yardımı sadece acil ve yaşamı tehdit edebilecek nitelikteki durumlarda sağlamayı öngördüğünü ve bunun da GGASŞ'nin "Sosyal ve tıbbi yardım hakkı"nı düzenleyen 13. maddesi ile "Çocukların ve gençlerin korunması hakkı"nı düzenleyen 17. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir[584]. FIDH'ye göre, Fransa'nın vatandaşı olan ve ülkesinde kayıtdışı göçmen çocuklar arasında öngördüğü bu ayrım, ayrıca "Çocukların ve gençlerin korunması hakkı" ile bağlantılı olarak "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı Madde E düzenlemesine de aykırıdır (Para. 25).

ASHK, önüne gelen bu şikâyetin öncelikle Şart'ın yorumlanmasıyla ilgili birincil öneme sahip bazı sorunları gündeme getirdiğini belirterek, konuyla ilgili temel belge olan 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin andlaşmaların hükümlerinin andlaşmanın bütününe ve konu ve amacı doğrultusundaki anlama uygun biçimde iyi niyetle yorumlanacağını kabul eden m. 31/1 düzenlemesini hatırlatır (Para. 26). Bu anlayışla, Şart'ın AİHS ile bağlantısını kuran ASHK'ye göre, bir insan hakları belgesi olan Şart AİHS'in tamamlayıcısı olarak tasarlanmıştır ve yaşayan bir belge olarak kendisine ilham veren, insan onuru, bağımsızlık, eşitlik ve dayanışma gibi değerlere hizmet eder. Dolayısıyla, Şart'ta düzenlenen hakların da, sadece Şart'ın kendi bütünlüğü içinde değil; bu değerler ile AİHS'teki haklarla bağlantılı biçimde değerlendirilmesi gerekir (Para.27). Bu anlamda, ASHK, Fransa'nın Şart'ı ihlal ettiği iddia edilen iç hukuk düzenlemelerini sadece Şart'ın bütünü içinde ele almayarak; ihlal edildiği iddia edilen sosyal ve tıbbi yardım hakkı ve çocukların ve gençlerin korunması hakkını AİHS'te düzenlenen yaşam hakkı ve hem AİHS'in hem de Şart'ın temel değerlerinden olan insan onuruyla bağlantılı olarak değerlendirir (Para. 30-31). Sonuç olarak, yabancılara tıbbi yardımı reddeden yasal düzenleme ya da uygulamaların Şart'a aykırı sayılacağını belirten ASHK, bu kararında her ne kadar şikayete konu iç hukuk düzenlemelerini ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirmemişse de; Şart'taki düzenlemelerin AİHS ve AİHS kapsamında benimsenen değerlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği

---

[583] de Schutter, a.g.m., 2010b, s. 24.
[584] ASHK, *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, Şikayet No: 14/2003, 8 Eylül 2004, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-14-2003-dmerits-en (Erişim Tarihi: 12.08.2019). *FIDH*'nin ve Fransız Hükümeti'nin bu iddialara ilişkin argümanları için bakınız: Para: 16-25.

hususunu belirginleştirmiştir. ASHK, bu yaklaşımını önüne gelen çoğu toplu şikayet başvurusunda tekrarlamıştır. ASHK, bu kararlarından bazılarında ASŞ ve GGASŞ'yi sadece AK düzeyindeki AİHS gibi belgelerle birlikte de değerlendirmemiş; BM Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerine de atıfta bulunmuştur[585].

Sonuç olarak ASŞ ve GGASŞ'yi diğer uluslararası insan hakları belgelerinden biri olarak ve bu belgelerle ilişkili biçimde değerlendiren ASHK'nin, GGASŞ'nin "Ayrımcılık yasağı" başlıklı Madde E düzenlemesini, özellikle AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine dair AİHM'in yorumuna benzer şekilde ele aldığı söylenebilir. Buna göre GGASŞ'deki diğer temel hakları tamamlayan Madde E düzenlemesi, bağımsız bir varlığa sahip değildir ve sadece GGASŞ'deki haklardan biriyle bağlantılı olarak ihlal edildiği iddia edilebilir[586]. Ancak bu Madde E'nin muhakkak bağlantılı olarak incelendiği GGASŞ'deki başka bir temel hakla beraber ihlal edildiğine karar verileceği anlamına gelmez; başka bir deyişle Madde E'nin tek başına ihlal edildiğine de karar verilebilir[587]. Bu anlamda, GGASŞ'nin Madde E düzenlemesinin de, AİHS'in m. 14 düzenlemesine benzer şekilde "özerk yorumu" mümkündür.

---

[585] ASHK, Defence for Children International (DCI) v. Hollanda kararında, çocukların sosyal ve ekonomik haklarına dair en dikkat çekici belgelerden biri olarak değerlendirdiği ASŞ'nin AİHS'in tamamlayıcısı olduğunu ve özellikle GGASŞ'nin "Çocukların ve gençlerin korunması hakkı"nı düzenleyen 17. maddesinin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yansıması olduğunu söylemiştir İlgili karar ve diğer benzer kararlar için bakınız: ASHK, *Defence for Children International (DCI) v. Hollanda*, Toplu Şikayet No: 47/2008, 20 Ekim 2009, Para. 26 ve 34, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-47-2008-dmerits-en (Erişim Tarihi: 14.08.2019); ASHK, *International Planned Parenthood Federation - European Network (IPPF EN) v. İtalya*, Şikayet No: 87/2012, Para. 66, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-87-2012-dmerits-en (Erişim Tarihi: 14.08.2019); ASHK, *European Committee for Home-Based Priority Action for the Child and the Family (EUROCEF) v. Fransa*, Şikayet No: 114/2015, 24 Ocak 2018, Para. 53, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-114-2015-dmerits-en (Erişim Tarihi: 14.08.2019).

[586] ASHK, bu hususa aşağıda incelenecek olan *International Association Autism-Europe v. Fransa* (Şikayet No:13/2002) kararının 51. paragrafında da açıkça değinmiştir.

[587] ASHK, *Confédération française démocratique du travail (CFDT) v. Fransa*, Toplu Şikayet No. 50/2008, 9 Eylül 2009, Para. 37, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-50-2008-dmerits-en (Erişim Tarihi: 14.08.2019); ASHK, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. France*, Toplu Şikayet No. 51/2008, 19 Ekim 2009, Para. 79, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-51-2008-dmerits-en (Erişim Tarihi: 14.08.2019).

ASHK, ayrımcılık yasağı konulu Madde E düzenlemesine ilişkin değerlendirmelerinde de, AİHM kararlarına gönderme yaparak[588] sosyal ve ekonomik haklar temelli ayrımcılık bağlamında AİHM ve ASHK değerlendirmeleri arasında bağlantı kurmuştur. ASHK, dolaylı ayrımcılık yasağı konusunda da benzer bir tavırla AİHM kararlarındaki tespitlerden yararlanmıştır.

2.1.2.3. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Kararlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

ASHK'nin dolaylı ayrımcılık yasağı konusundaki yaklaşımı, AİHM'in dolaylı ayrımcılık yasağı yaklaşımıyla benzer bir şekilde gelişmiştir. ASHK, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yaklaşımını oluştururken, AİHM'in ortaya koyduğu eşitlik anlayışı üzerinden hareket etmiştir. ASHK, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ilk kararını, toplu şikâyet usulü ile önüne gelen bir başvuruya ilişkin olarak vermiştir. Uluslararası Otizm – Avrupa Derneği'nin toplu şikâyet usulünü kullanarak Fransa'ya karşı yaptığı başvuru üzerine verilen bu kararında ASHK ilk kez GGASŞ'nin Madde E düzenlemesinin dolaylı ayrımcılık yasağını kapsadığı tespitini de yapmıştır[589].

Uluslararası Otizm – Avrupa Derneği bu başvurusuyla, Fransa'nın GGASŞ'nin "Bedensel ya da zihinsel özürlülerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden uyum sağlama hakkı"nı düzenleyen 15. maddesi ile "Çocukların ve gençlerin korunması hakkı"nı düzenleyen 17. maddesindeki yükümlülüklerini ihlal ettiği iddia etmiştir. Uluslararası Otizm –Avrupa Derneği, Fransa'nın ilgili maddelerdeki eğitim hakkını, otistik çocuk ve yetişkinlere sağlamak için gerek kaynaştırmalı eğitim gerekse de özel eğitim kapsamında gerekli önlemleri almadığını; bu nedenle otistik çocuk ve yetişkinlerin eğitim hakkından diğer vatandaşlar gibi etkili bir şekilde yararlanamadıklarını öne sürmüştür. Uluslararası Otizm –Avrupa Derneği, bu durumun belirtilen haklarla bağlantılı olarak GGASŞ'nin Madde E düzenlemesindeki ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil ettiğini de vurgulamıştır (Para. 7). Uluslararası Otizm – Avrupa

---

[588] ASHK, *Confédération française démocratique du travail (CFDT) v. Fransa* ile *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Fransa* kararlarında, AİHM'in *Rasmussen v. Danimarka* (Başvuru No. 8777/79, Karar Tarihi: 28.11.1984) kararının 29. Paragrafına göndermede bulunmuştur.

[589] ASHK, *International Association Autism-Europe v. France*, Şikayet No. 13/2002, 4 Kasım 2003, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-13-2002-dmerits-en (Erişim Tarihi: 15.08.2019).

Derneği, bu iddialarını, Fransa'nın otizmli çocuk ve yetişkinler için öngördüğü özel eğitim kurumlarının ya da sosyomedikal hizmetlerin öteden beri yetersiz olduğunu gösteren istatistiki verilerle de desteklemiştir[590].

ASHK, öncelikle GGASŞ'nin belirtilen maddelerinin ihlal edildiğine dair iddiaların, birbirinden ayrılmaz olduğu görüşünü ortaya koyarak; GGASŞ'nin 15. ve 17. maddesini ayrımcılık yasağıyla, yani Madde E düzenlemesiyle birlikte okuyacağını belirtmiştir (Para. 47). Komite bu doğrultuda, GGASŞ'nin m. 17/1 düzenlemesi gereğince, eğitim konusunda kurum ve hizmetlerin etkili ve yeterli bir şekilde sunulması gerektiğini, bu yükümlülüğün de m. 15 gereğince yetişkinleri de kapsayacak şekilde yorumlanmasının doğru olacağını söyleyerek (Para. 49), iddiaları E maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirmiştir.

ASHK'ye göre, engellilik, Madde E düzenlemesinde ayrımcılığın yasaklandığı temellerden biri olarak sayılmamışsa da; ilgili düzenlemede yer verilen "başka statüler" ifadesi gereğince Şart kapsamında engellilik temelinde de ayrımcılığın yasaklandığını kabul etmek gerekir[591]. Madde E düzenlemesinin lafzından hareketle incelemesine devam eden Komite'ye göre, Madde E düzenlemesi AİHS'in 14. maddesindeki düzenlemeyle neredeyse aynıdır ve bu anlamda AİHM'in 14. maddeden yorumla ortaya koyduğu eşitlik ilkesine dair yaklaşımına da bakmak gerekir. AİHM'in, Thlimmenos v. Yunanistan kararında belirttiği üzere eşitlik ilkesi, benzer durumda olanlara benzer şekilde, farklı durumda olanlara farklı şekilde davranılmasını gerektirir; bu kapsamda açıkça farklı durumdaki kişilere objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamelede bulunmaktan kaçınılması eşitlik ilkesine veya ayrımcılık yasağına aykırılık doğuracaktır. AİHM'in benimsediği bu eşitlik ilkesi yorumunu kararında alıntılayan ASHK, bu doğrultuda, demokratik bir toplumda bireyler arasındaki farklılıkların olumlu görülmesinin yetmeyeceğini; gerçek ve etkili bir eşitliğin sağlanması adına bu

---

[590] İlgili istatistiki veriler için bakınız: *International Association Autism-Europe v. France*, Şikayet No. 13/2002, Para. 19-22.

[591] ASHK, engelliliğin Şart kapsamında yasaklanan ayrımcılık temellerinden biri olduğuna yönelik kabulün, Nisan 2003 tarihinde Malaga'da toplanan 2. Avrupa Konferansı sonucunda, engellilerin toplumla bütünleşmeleri alanındaki Avrupa düzeyindeki politikaların, ayrımcılık yasağı ve insan hakları bağlamında ele alınması yönündeki kabulle ortaya çıkmış olan Siyasi Deklarasyon'la uyumlu olduğunu da belirtmiştir (Para. 51).

farklılıkların gereklerinin de dikkate alınması gerektiğini belirtir. ASHK'ye göre, belirtilen yaklaşım gereğince, Madde E düzenlemesi sadece doğrudan ayrımcılığı değil, bütün dolaylı ayrımcılık biçimlerini de yasaklar biçimde anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, bireyler arasındaki farklılıkların gereklerini gözetmeyerek bunlarla ilgili gerekli önlemlerin alınmaması durumunda veya hakları ya da kolektif menfaatleri herkes için erişilebilir kılmaya elverişli önlemlerin alınmaması halinde, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durumun ortaya çıkacağını kabul etmek gerekir[592].

ASHK, bu tespitleriyle AİHM'in taraf devletlerin farklı durumdaki kişi gruplarının farklı durumlarının gereklerini gözetmeyerek, bu kişilerin maruz kaldıkları fiili ya da gerçek eşitsizlikleri gidermek için farklı muamelede bulunmamaları, diğer kişi gruplarıyla benzer muamelede bulunmalarının ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu belirttiği içtihadıyla benzer bir tavır ortaya koymuştur[593]. Esasen bu kararda, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık, nötr bir uygulamanın yol açtığı farklı ve olumsuz etki üzerinden değil; taraf devletlerin pozitif ödevlerine işaret eder şekilde, taraf devletlerin farklılıkların gereklerine uygun farklı muameleyi yerine getirmemeleri üzerinden tespit edilmiştir[594]. Nitekim ASHK kararında, daha önce International Commission of Jurists

---

[592] ASHK, Uluslararası Otizm – Avrupa Derneği v. Fransa kararının 52. Paragrafında yaptığı dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin yaptığı bu kavramlaştırmaya, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit ettiği diğer kararlarında da başvurmuştur. Bu karar örnekleri için bakınız: ASHK, *European Action of the Disabled (AEH) v. Fransa,* Toplu Şikayet No. 81/2012, 11 Eylül 2013, Para. 133, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-81-2012-dmerits-en (Erişim Tarihi: 19.08.2019); ASHK, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. İtalya*, Şikayet No. 91/2013, 12 Ekim 2015, Para. 237, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-91-2013-dadmissandmerits-en (Erişim Tarihi:14.08.2019); ASHK, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. İtalya*, Toplu Şikayet No. 27/2004, 7 Aralık 2015, Para. 20, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-27-2004-dmerits-en (Erişim Tarihi:19.08.2019); ASHK, *Associazione Nazionale Giudici di Pace v. İtalya*, Şikayet No. 102/2013, 5 Temmuz 2016, Para. 70, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-102-2013-dmerits-en (Erişim Tarihi: 19.08.2019).

[593] Bakınız: AİHM, *Belçika'da Eğitim Dili Davası v. Belçika*, B. No:1474/62,1677/62,1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968, para. 10.

[594] ASHK, ilerleyen tarihlerdeki kararlarında, dolaylı ayrımcılık yasağı incelemesini, taraf devletlerin GGASŞ'deki yükümlülüklerine aykırı uygulamalarının, belirli bir grup üzerinde doğurduğu olumsuz *(disparate)* veya orantısız *(disproportionate)* etki üzerinden yapmıştır. Bulgaristan'a karşı yapılan bir toplu şikayet başvurusunda, Bulgaristan'ın Sosyal Destek Kanunu'nda yaptığı değişikliğin, diğer etnik gruba mensup bireylerle karşılaştırıldığında orantısız ölçüde daha fazla sayıda Roman bireyi olumsuz yönde etkilediğini iddia edilmiştir (Para. 21). Bu başvuru sonucu verilen kararda, Bulgaristan'ın GGASŞ'nin "Sosyal ve tıbbi yardım hakkı" başlıklı 13. maddesini ihlal ettiği tespit edilmişse de; ayrıca Madde E bakımından ihlal tespiti yapılmamıştır. Petros Stangos ve Jean – Michel Belorgey'in karara ilişkin karşı görüşlerinde, ortaya çıkan olumsuz etki sebebiyle, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durumun olduğu belirtilmiş ve ATAD'ın 23 Mayıs 1996 tarihli *John O'Flynn v. Adjudication Officer (Case C-237/94)* kararına gönderme yapılmıştır. İlgili karar için bakınız: Council of Europe: European Committee of Social Rights, Decision on merits, European Roma Rights Centre (ERRC) v.

(ICJ) v. Portekiz kararında da belirttiği üzere, taraf devletlerin Şart'ın hedefi ve amacı doğrultusunda, Şart'la güvenceye alınan hakları sadece teorik olarak değil, gerçekte de korumakla yükümlü olduğunu belirterek sosyal ve ekonomik haklar konusunda taraf devletlerin pozitif ödeve sahip olduğunu hatırlatmıştır[595]. ASHK, bu doğrultuda, incelenen kararda da taraf devletlerin sadece hukuki değil, haklardan tam yararlanmayı sağlamak üzere gerçekte de uygulamaya yönelik önlemleri almaları gerektiğini söylemiştir (Para. 54).

Otistik çocuk ve yetişkinlerin eğitim hakkı konusunda Uluslararası Otizm – Avrupa Derneği'nin sunduğu istatistiki verileri ve Fransa'nın Dünya Sağlık Örgütü'nün kabul ettiği otizm tanımından daha dar bir otizm tanımı benimsediğini de dikkate alan ASHK, Fransa'nın benimsediği otizm tanımı ya da otistik bireylerin eğitim hakkını sağlamak üzere ayırdığı bütçenin ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği konusunda bir önemi olmadığını söylemiştir. ASHK'ya göre, burada ayrımcılık yasağına aykırılık, bir taraf devletin Şart'la güvenceye alınan haklardan yararlanmada eşitliği sağlamak üzere gerekli önlemleri almaması dolayısıyla ortaya çıkmıştır[596]. Bu bağlamda, ASHK, eğitim hakkı ve imkânından yararlanabilen otistik çocuk ve yetişkinlerin oranının, diğer engelli ya da engelli olmayan bireylere göre oldukça az olduğunu ve otistik yetişkinlerin bakımı ve desteğinde kronik eksikliklerin bulunduğunu belirterek, m. 15 ve m. 17'nin hem tek başına hem de Madde E ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir (Para.54).

Bulgaria, Collective Complaint No. 48/2008, 18 February 2009, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-48-2008-dmerits-en (Erişim Tarihi: 19.08.2019). ASHK'nin Bulgaristan'ın Çocuklar için Aile Yardımları Kanunu'nda yaptığı değişikliğin Roman kadın ve çocukları orantısız bir şekilde etkilediği ve bu durumun da dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olduğu yönünde verdiği daha yakın tarihli kararı için bakınız: Council of Europe: s. European Committee of Social Rights, Decision on merits, *Equal Rights Trust v. Bulgaria*, Complaint No. 121/2016, 16 October 2018, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-121-2016-dmerits-en (Erişim Tarihi: 19.08.2019).

[595] Bakınız: *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal*, Şikayet No. 1/1998, Para. 32.

[596] ASHK, başka bir kararında buradaki tespitinin aksine, tam da sosyal politika sorunlarına ayrılan bütçenin sınırlılığının, diğer bireylerle karşılaştırıldığında otizmli çocuk ve yetişkinleri daha dezavantajlı duruma getireceğini dikkate alarak engellilik temelinde dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Otizmli çocuk ve yetişkinlerin eğitimine ve desteğine ayrılan sınırlı bütçenin irdelendiği ASHK kararı için bakınız: ASHK, *European Action of the Disabled (AEH) v. Fransa*, Toplu Şikayet No. 81/2012, 11 Eylül 2013, Para. 144, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-81-2012-dmerits-en (Erişim Tarihi: 19.08.2019).

ASHK'nin dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili olarak verdiği ilk karar olması sebebiyle önem taşıyan Uluslararası Otizm – Avrupa Derneği v. Fransa kararında, erişilebilirlik meselesinin ilk kez açıkça dolaylı ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi de ayrıca önemlidir. Bu kararda, Şart'la güvenceye alınan hakların herkes için erişilebilir olmasının sağlanmaması durumunda dolaylı ayrımcılığın söz konusu olacağı tespitiyle, dolaylı ayrımcılık kavramı ile erişilebilirlik kavramı arasında ilişki kurulmuştur[597]. Bu anlamda karar, makul uyumlaştırmanın reddinin, dolaylı ayrımcılık yasağı altında ele alınabilmesi yönünde de olumlu bir etkiye sahiptir[598]. Ayrıca, kararda ASHK'nin dolaylı ayrımcılık yasağının hem haklar hem de kolektif menfaatler bakımından geçerli olduğuna belirtmesi de, GGASŞ'nin Madde E düzenlemesinin sadece GGASŞ'deki haklarla sınırlı kapsamını genişletmiştir ki; böylece taraf devletlerin erişebilirliğin sağlanması için gerekli önlemleri almamaları halinde ayrımcılık yasağına aykırı davrandıkları öne sürülebilir hale gelmiştir[599].

ASHK'nin Uluslararası Otizm – Avrupa Derneği v. Fransa kararında, istatistiki verileri de değerlendirmesinde dikkate alması, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali durumunun ispat yöntemi hakkında da fikir verir. Komite, daha sonraki kararlarında yine istatistiki verilerin tutulmasının ayrımcılık yasağı konusundaki önemine dair tespitlerde bulunmuştur. Esasen ispat yükünün yer değiştirmesiyle ilgili içtihadın geliştirildiği, Avrupa Roman Hakları Merkezi v. Yunanistan kararında ASHK taraf devletlerin tutacağı resmi istatistiklerin önemine de değinmiştir. ASHK'ye göre, toplu şikâyet başvurusunda bulunan bir örgüt, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiasını destekleyen güvenilir delilleri ortaya koymuşsa bundan sonra ispat yükü yer değiştirerek, taraf devlete geçer. ASHK, bu noktada taraf devletin ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispatlaması için istatistiki veriler gibi gerçek bilgilere başvurması gerektiğini belirtmiştir[600]. Bu kararda, her ne kadar, istatistiki verilere ayrımcılık

---

[597] Gül, a.g.t., s. 259.
[598] Schiek, a.g.e., s. 346.
[599] GGASŞ düzeninin bu bakımdan, sadece güvenceye aldıkları haklar bakımından erişilebilirlik sorunlarını ayrımcılık yasağı içinde değerlendiren AİHS ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi düzeninden farklılaştığı da ifade edilmiştir. Bakınız: Gül, a.g.t, s.185.
[600] Kararda, taraf devletin, istatistiki veriler yanında Roman bireylerin evlerinden yasaya aykırı biçimde tahliye edilmeleri durumunda başvuracakları kanun yollarının olduğunu göstermek suretiyle veya bununla ilgili içtihat hukukundan örneklerle de Roman bireylerin barınma hakkı konusunda ayrımcılığa uğradıkları yönündeki iddiayı çürütebileceğinden bahsedilmiştir. İlgili karar için bakınız: ASHK,

yasağının ihlal edilmediğini göstermeye yarayan bir kaynak olarak işaret edilmişse de; istatistiki verilerin ayrımcılık mağduru bireyler için de önem taşır. Özellikle ispatlanması zor olan dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali durumları göz önüne alındığında, ASHK'nin taraf devletleri istatistiki verilerin bir sistematik içinde ve denetim altında gerçeği yansıtır şekilde tutulmuş olmasına yönlendirir şekilde yaptığı bu tespiti oldukça değerlidir.

Sonuç olarak, ASHK'nin toplu şikâyet usulüyle önüne gelen başvurulara ilişkin verdiği kararları her ne kadar taraf devletler için bağlayıcılık taşımasa, tavsiye niteliğinde olsa ve bir yaptırım içermese de; bu kararlar aracılığıyla sosyal ve ekonomik haklar temelinde dolaylı ayrımcılık yasağının gözetildiği ortaya koyulmuştur. ASHK'nın, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili kararlarıyla, taraf devletlere dezavantajlı grupların sosyal ve ekonomik haklar konusunda yaşadıkları olumsuz durumları görmelerini ve bu olumsuzlukları gidererek, dezavantajlı grupların haklardan yararlanmalarının önündeki engelleri kaldırmak üzere gerekli önlemleri almalarını tavsiye ettiği söylenebilir. Başka bir yönden de, ASHK'nin dolaylı ayrımcılık yasağını dikkate almasının, sosyal ve ekonomik hakların dava ve talep edilebilirliklerini güçlendirdiğini eklemek gerekir.

ASHK, ASŞ ve GGASŞ düzeni içinde var olduğunu tespit ettiği dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin, ilgili kararlarında dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin açık bir tanım yapmamıştır. Bu nedenle ASHK'nin dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili incelemesinde dikkate aldığı unsurları belirlemek yerine, bu incelemesinde temel aldığı soruları tespit etmek daha yerinde olacaktır. Bu bağlamda, ASHK'nin, herkes için erişilebilir olması ve herkesin yararlanabilmesi gerektiğini vurguladığı sosyal ve ekonomik haklar temelinde dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini incelerken sorduğu soruları şöyle özetlemek mümkündür:

1. İlgili taraf devlet, sosyal ve ekonomik hakları sadece yasal düzenlemelerinde değil, gerçekte de etkin bir şekilde sağlayabiliyor mu?

European Roma Rights Centre v. Greece, Toplu Şikayet No. 15/2003, 8 Aralık 2004, Para. 50, http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-15-2003-dmerits-en (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

2. Sosyal ve ekonomik haklar, gerçekte etkin bir şekilde sağlanırken toplumdaki farklılıklar ve bu farklılıkların gerekleri dikkate alınıyor mu?

2.1.3. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu

AK sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının kaynakları açısından Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (European Commission Against Racism and Intolerance [ECRI]) da çalışmalarını da incelemek gerekir. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu bir insan hakları izleme örgütü olup; AK üyesi devlet ve hükümet başkanlarının 9 Ekim 1993 tarihinde Viyana'da gerçekleştirilen birinci zirvesinde alınan kararla oluşturulmuştur[601]. ECRI'nin kuruluş amacı ve çalışma şekli, bir sözleşmeye değil; 13 Haziran 2002 tarihli AK Bakanlar Komitesi kararına eklenen Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu Statüsü'ne (ECRI Statüsü) dayanır[602]. ECRI Statüsü'nün birinci maddesinde göre ECRI'nin kuruluş amacı, Avrupa düzeyinde, ırkçılık, ırk temelli ayrımcılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlükle insan hakları perspektifiyle ve AİHS, AİHS'e Ek Protokoller ve AİHM içtihatları ışığında mücadele etmek olarak belirlenmiştir.

ECRI'nin kısaca ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle mücadele olarak ifade edilebilecek amacı doğrultusundaki görevi de, yine ilgili Karar'da yer verilen ECRI Statüsü'nün ilk maddesinin devamında belirtilmiştir. Buna göre, ECRI, AK üyesi devletlerin, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlük karşıtı yasal düzenlemelerini incelemek ve bu düzenlemelerin etkinliliğini denetlemek; yerel, ulusal ve Avrupa düzeyinde daha ileri önlemler önermek; AK üyesi devletlere yönelik genel politika tavsiyeleri oluşturmak ile ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle mücadeleyle ilgili uluslararası hukuki belgeler üzerinde çalışmakla görevlendirilmiştir. AK üyesi devletlerin hükümetleri tarafından atanan bağımsız üyelerden oluşan ECRI'nin, belirtilen görevini bağımsız bir şekilde yerine getirmesi öngörülmüştür. ECRI görevi doğrultusundaki

---

[601] Çalışmanın devamında ECRI olarak anılacak Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu hakkında ayrıntılı bilgi için linkteki kitapçığa Bakınız: *ECRI - European Commission Against Racism and Intolerance,* https://rm.coe.int/leaflet-ecri-2019/168094b101 (Erişim Tarihi: 23.08.2019).

[602] 13 Haziran 2002 tarihli Bakanlar Komitesi kararı için bakınız: Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e255a (Erişim Tarihi: 23.08.2019).

çalışmalarını, AK üyesi devletler hakkında hazırladığı ülke raporları ve aldığı genel politika tavsiye kararları aracılığıyla yürütür[603].

ECRI, AK üyesi devletler hakkında hazırladığı ülke raporlarında, ilgili devletlerin durumlarını yakından inceler ve bu devletlerde ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle ilgili tespit edilen sorunlarla ilgili önerilere yer verir. Bu ülke raporları, bir ECRI Raportörünün daha önce ilgili ülkeye düzenlediği ziyaretteki gözlemleri ile burada ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle mücadele alanında çalışan STK'lardan edinilen bilgiler temel alınarak hazırlanır[604]. ECRI'nın çalışma alanıyla da bağlantılı olarak, ülke raporlarında sıklıkla değindiği konuların başında ayrımcılık konusu yer alır ve bu doğrultuda sadece ırk temelli ayrımcılık değil, renk, dil, din, vatandaşlık, ulusal ya da etnik köken temelli ayrımcılık konusu da ele alınır. ECRI, ayrımcılık yasağına yer verdiği ülke raporlarında, sadece doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı bir incele yapmamış; ilgili raporlarında dolaylı ayrımcılık yasağından da bahsetmiştir[605].

ECRI'nın aldığı genel politika tavsiye kararları da, tüm AK üyesi devletlerin hükümetlerine yönelik olarak hazırlanır ve hükümetler, ulusal strateji ve politikalarını hazırlarken ilgili genel politika tavsiye kararlarında belirtilen kılavuz ilkelere uymaya davet edilir[606]. ECRI, genel politika tavsiye kararlarının bir kısmında, ırkçılık ve hoşgörüsüzlüğe karşı etkin bir mücadele yürütülmesi adına alınması gereken önlemleri ayrıntılandırırken; bir kısmında da ırkçılıkla mücadeleyi desteklemek adına neler yapılabileceğine değinmiş ve ayrıca hassas grupların ayrımcılığa karşı korunması konusunu da incelemiştir. ECRI'nin aldığı genel politika tavsiye kararlarında ayrımcılık

---

[603] ECRI'nin AK üyesi devletlerin ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle mücadele alanında izleme ve genel politika tavsiyeleri kabul etmenin dışındaki çalışmalarını, ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle mücadele yönünde iyi uygulama örneklerini toplama ve dağıtma, internet yoluyla ırkçı mesajların yayılımı sorunuyla ilgilenmek ve ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle ilgili uluslararası konferanslar düzenleme şeklinde kısaca belirtmek mümkündür. ECRI'nin görev alanı ve çalışma şekliyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Özdek, a.g.e., s. 20-22; Gül ve Karan, a.g.e., s. 69-70; Ayrıca bakınız: *ECRI - European Commission Against Racism and Intolerance,* https://rm.coe.int/leaflet-ecri-2019/168094b101 (Erişim Tarihi: 23.08.2019).

[604] ECRI Statüsü, m. 11.

[605] ECRI'nin yayımladığı ülke raporlarında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili inceleme, aşağıda *"2.1.3.1. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Türkiye Raporlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında sadece Türkiye için hazırlanan ülke raporlarıyla sınırlı olarak yapılacaktır. ECRI'nin yayımladığı diğer ülke raporlarının İngilizce metinleri için bakınız: https://hudoc.ecri.coe.int/eng#{%22ECRIDocumentType%22:[%22CbC%22],%22ECRILanguage%22:[%22ENG%22]} (Erişim Tarihi: 24.08.2019).

[606] ECRI Statüsü, m. 12.

konusu ön plandadır ve bu genel politika tavsiye kararlarında sadece doğrudan ayrımcılık yasağına değil, dolaylı ayrımcılık yasağına da yer verilmiştir.

2.1.3.1. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Türkiye Raporlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

ECRI, AK üyesi devletlere yönelik hazırladığı ülke raporlarında sadece doğrudan ayrımcılık yasağına değil, dolaylı ayrımcılık yasağına da değinmiştir. ECRI'nin ülke raporları incelendiğinde, özellikle dolaylı ayrımcılık yasağının Avrupa düzeyinde kabulünün yaygınlaştığı 2000'li yıllar sonrasındaki ülke raporlarında dolaylı ayrımcılık yasağına daha sık yer verdiği görülebilir.

ECRI, Türkiye hakkında 2021 yılına kadar, 1999, 2001, 2005, 2011 ve 2016 yıllarında beş tane ülke raporu yayımlamıştır[607]. ECRI, Türkiye hakkındaki ülke raporlarında da dolaylı ayrımcılık yasağına çeşitli konularla bağlantılı olarak yer vermiştir. Bu konuları, medeni hukuk ve idare hukuku alanında dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline karşı önlem almaya davet, terörle mücadelenin dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline yol açmaması yönünde uyarı, ırkçılık ve ırk ayrımcılığının izlenmesi bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarının ispatını kolaylaştırmaya yarayacak tavsiyeler olarak özetlemek mümkündür.

ECRI, raporlarının Türkiye'yi medeni hukuk ve idare hukuku alanında dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline karşı önlem almaya davet ettiği bölümlerinde, Türkiye'deki çeşitli azınlık gruplarının dolaylı ayrımcılığa maruz kalmalarının nedenlerine değinmiş ve bu nedenleri ortadan kaldırmaya yönelik önlemlere işaret etmiştir. ECRI, 2001 tarihli İkinci Türkiye Raporu'nda eğitim, devlet memurluğuna kabul imkânı ve elektronik medya alanında ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin medeni ve

---

[607] ECRI'nin, Türkiye'nin, Lozan Andlaşması'nda sayılan gayrimüslim azınlık gruplarına mensup bireyler, mülteci ve sığınmacılar, Kürt ve Roman kökenli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, Aleviler ve LGBTİ+ bireyleriçin çeşitli temellerde ayrımcılık teşkil eden iç hukuk düzenlemeleri ve uygulamalarına dikkat çektiği raporlarının İngilizce metinleri için bakınız: https://hudoc.ecri.coe.int/eng#{"ECRIDocumentType":["CbC"],"ECRILanguage":["ENG"],"ECRIState":["TUR"]} (Erişim Tarihi: 05.01.2021). ECRI, 2005 tarihli Üçüncü, 2011 tarihli Dördüncü ve 2016 tarihli Beşinci raporunda, Türkiye'nin AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ü kabul etmesini tavsiye etmiştir.

idari yasal düzenlemelerin eksik olduğunu, özellikle Türkiye'de geçici olarak bulunan göçmen nüfusun sürekli olarak artmakta olan sayısı da düşünüldüğünde belirtilen eksikliklerin giderilmesinin ayrımcılığa karşı etkili bir mücadele sağlayacağını söylemiştir. ECRI, bu doğrultuda yasal düzenlemelerin kabulü konusundaki tartışmaların, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olgusunun ve bu olgunun Türkiye'deki mevcudiyetinin de araştırılmasını teşvik edeceğini belirtmiştir (Para. 9). ECRI, 2001 tarihli İkinci Türkiye Raporu'nda ayrıca, göçmenlerin de artan bir şekilde dahil olduğu istihdam alanında ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin, sadece Anayasal genel koruma önlemlerinin olduğunu söyleyerek, Türk yetkililerini bu alandaki mevcut doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olgularını inceleyerek istihdam konusunu da kapsayacak şekilde ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin yasal düzenlemelerin kabulüne davet etmiştir (Para. 24). ECRI, 2005 tarihli Üçüncü Türkiye Raporu'nda da, ırk temelli doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın yasaklanmasını ve bu kapsamdaki ayrımcılık yasağının kamu ve özel sektör olması farketmeksizin tüm özel ve tüzel kişilere uygulanmasını tavsiye etmiştir (Para. 27). ECRI, bu tavsiyesini, 2011 tarihli Dördüncü Türkiye Raporu'nda da yinelemiştir (Para. 33). ECRI, 2016 tarihli Beşinci Türkiye Raporu'nda, bu tavsiyeleri konusunda Türkiye'nin olumlu gelişmeler kaydettiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile kurulmasının yukarıda belirtilen tavsiyeleri karşıladığını söyleyen ECRI, Yasa'nın doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağıyla birlikte kapsamlı bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi sunmasını olumlu bulmuştur[608].

ECRI, 2011 tarihli Dördüncü Türkiye Raporu'nda ayrıca Türkiye'yi "sığınmacıların" medeni ve idari hukuk alanında karşılaşmaları muhtemel dolaylı ayrımcılık vakalarına ilişkin de önlem almaya davet etmiştir. 2011 tarihli Dördüncü Türkiye Raporu'nda ECRI, Türkiye'nin BM Mülteci Hakları Sözleşmesi'ne koyduğu coğrafi çekincenin yürürlükte kalmasının, Türk iç hukukuna göre "sığınmacı" statüsünde bulunan ve bu statü için başvuran Avrupa dışından gelen mültecileri olumsuz

[608] ECRI, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'na etnik kökenin de bir ayrımcılık temeli olarak eklenmiş olmasını olumlu bir gelişme olarak kabul ederken, ilk taslaktan cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet ayrımcılık temellerinin çıkarılması ile vatandaşlık temelinde ayrımcılığın Kanun'a eklenmeyişini üzüntü verici olarak nitelendirmiştir (Para. 14-15).

yönde etkileme olasılığına dikkat çekmiştir[609]. Bu bağlamda Türk yetkililerin, bu kişilerin doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa maruz kalma olasılıklarının yüksek olduğunun farkındalığıyla önlem almaları gerektiğini söylemiştir (Para. 133).

ECRI, Türkiye hakkındaki raporlarının bazılarında da, terörle mücadelenin doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline yol açmaması yönünde uyarıda bulunmuştur. ECRI, 2011 tarihli Dördüncü Raporu'nda, devletlerin görevi olduğunu kabul ettiği terörle mücadele konusunun, ırk temelli doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı teşvik eden bir araç haline gelmemesi gerekliliğini vurgulamıştır. Bu anlamda, görünüşte tarafsız olan terörle mücadeleyle ilgili yasal düzenlemelerin, uygulamada özellikle Kürt çocuklarının haklarının ihlaline yol açabileceğini söylemiştir[610]. ECRI, 2016 tarihli Beşinci Raporu'nda da, terörle mücadele ederken ırkçılığa karşı koymayla ilgili 8 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'ni[611] hatırlatarak, terörle mücadele operasyonlarında, kişi veya kişi gruplarına etnik köken gibi temellerde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmaması gerektiğini söylemiştir. Bu bağlamda, Türk yetkililerinin doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağını ihlal etmemek adına, bu tür operasyonlarda, etnik köken farketmeksizin hiçbir sivilin öldürülmemesi ve yaralanmamasını ve genel anlamda insan haklarına saygı gösterilmesini sağlamak

---

[609] Türkiye, 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni, 29 Ağustos 1961 tarih ve 359 sayılı Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkındaki Kanun ile onaylamıştır. Sözleşme 5.9.1961 tarih ve 10898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sözleşme Türkiye tarafından 1951'den önceki olaylardan kaynaklı sığınma hareketlerine uygulanmak üzere, Madde 1/B(1)(a)'da yer alan coğrafi sınırlama ile kabul edilmiştir. Buna göre, Türkiye'nin Sözleşme kapsamında sorumluluğu 1951'den önce Avrupa'da yaşanan olaylar dolayısıyla ülkeye gelenlerle sınırlıdır. Türkiye, 1967 yılında devletlere zaman ve yer kısıtlamasını kaldırma olanağı veren 1967 Protokolü'nü imzalamakla, 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin 1951'den önceki olaylar çerçevesinde uygulanacağını ifade eden tarihsel sınırlamasını kaldırmış; ancak neredeyse tüm imzacı devletler mülteci tanımında yer alan coğrafi sınırlamayı kaldırırken; Türkiye coğrafi sınırlamayı korumuştur. Bu da, herhangi bir tarih sınırlamasına bağlı olmaksızın Türkiye'ye sığınanlardan sadece Avrupa'dan gelenlerin mülteci statüsü almalarının mümkün olduğu; Avrupa dışından gelenlerin ise Türkiye'den mülteci statüsü almalarının mümkün olmadığı bir tablo ortaya çıkarmıştır. Türkiye'nin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nu kabul etmesinden önceki döneme rastlayan Dördüncü Rapor'un yazıldığı bu dönemde Türkiye, Avrupa dışından gelen mültecilere sadece "sığınmacı" statüsü tanımaktaydı.

[610] ECRI, bu doğrultuda, Meclis'e sunulan terörle suçlanan 18 yaşından küçüklerin cezalarının azaltılması ve bu kişilerin Çocuk Mahkemeleri'nde yargılanmaları yönündeki Önerge'yi ilgiyle izlediğini belirtmiştir. Bakınız: ECRI, Dördüncü Türkiye Raporu, Kabul Tarihi: 10 Aralık 2010, Yayın Tarihi: 8 Şubat 2011, Para. 31, http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=TUR-CbC-IV-2011-005-ENG (Erişim Tarihi: 29.08.2019.)

[611] ECRI General Policy Recommendation No.8 on combating racism while fighting terrorism, 17.03.2004, http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-08-2004-026-ENG (Erişim Tarihi: 29.08.2019.)

durumunda olduğunu; ayrıca, bu dikkate rağmen ölüm ya da yaralanma hallerinin gündeme gelmesi durumunda da etkili bir soruşturma yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir (Para. 49).

ECRI'nin Türkiye hakkında hazırladığı ülke raporlarında, çeşitli azınlık gruplarının maruz kaldıkları dolaylı ayrımcılık vakalarına ilişkin önlem almanın yanında ayrıca ırkçılık ve ırk ayrımcılığının izlenmesi bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarının ispatını kolaylaştırmaya yarayacak tavsiyelerde de bulunulmuştur. ECRI, 2005 tarihli Üçüncü Türkiye Raporu'nda, Türkiye'de yaşayan başta azınlıktaki dini cemaatlere mensup kişiler, Kürtler, Romanlar/Çingeneler, göçmenler, iltica talebinde bulunanlar ve mülteciler olmak üzere çeşitli azınlık gruplarının sosyal ve ekonomik alanda yaşamlarının gerçek durumları hakkında kesin ve güvenilir bilgi eksikliğinden endişe duyduğunu belirtmiştir. Bu kişilerin gerçek durumları hakkındaki kesin ve güvenilir bilgilerin, bu kişi gruplarının maruz kaldıkları doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkların açığa çıkmasını sağlayacağını belirten ECRI, Türk yetkililerini ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadele konusunda uzmanlaşmış ve araştırma yürütebilecek bir kurum oluşturmaya davet etmiştir (Para. 110). 2011 tarihli Dördüncü Türkiye Raporu'nda da "Irkçılık ve ırk ayrımcılığının izlenmesi" başlığı altında, yine çeşitli azınlık gruplarına mensup kişilerin maruz kaldıkları doğrudan ve dolaylı ayrımcılık vakalarının farkında olup, bunlarla mücadeleye yönelik önlemlerin alınması adına kapsamlı ve anlamlı bir veri toplama sistemini yürürlüğe koymanın öneminden bahsetmiştir (Para.169).

ECRI'nin 2000'li yıllar sonrasına rastlayan Türkiye Raporları'nda, doğrudan ayrımcılık yasağıyla birlikte andığı dolaylı ayrımcılık yasağına yer vermesi, ayrımcılık yasağının sadece doğrudan ayrımcılıkla sınırlı olmaması gerektiğini vurgular. Bu anlamda, her ne kadar tavsiye niteliğinde de olsa, kısaca ırkçılık ve ırk temelli ayrımcılıkla mücadele konusunda dolaylı ayrımcılık yasağının kabul edilmesi ve dolaylı ayrımcılıkla mücaledeye ilişkin önlemler önerilmesi, ırk ve diğer ilgili temeller bağlamında maddi eşitliğin sağlanması adına olumludur.

2.1.3.2. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Genel Politika Tavsiye Kararlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

ECRI'nin dolaylı ayrımcılık yasağına yer verdiği genel politika tavsiye kararları da, dolaylı ayrımcılık yasağının Avrupa düzeyinde kabulünün yaygınlaştığı 2000'li yıllar sonrasına denk gelir[612]. ECRI'nin ilk kez dolaylı ayrımcılık yasağına yer verdiği 13 Aralık 2002 tarihli ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin ulusal mevzuatla ilgili 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı bu genel politika tavsiye kararları arasında özellikle önemlidir[613]. ECRI, ırk temelli dolaylı ayrımcılığı ilk kez 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nda tanımlamıştır. 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nın, "Irkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin ulusal mevzuata dair temel kavramlar" kısmındaki "Tanımlar" başlığı altında ırkçılık ve ırk temelli doğrudan ayrımcılık tanımlarıyla birlikte yer verilen bu tanıma göre, ırk temelli dolaylı ayrımcılık, "objektif ve makul bir gerekçesi olmadığı sürece, görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt ya da uygulama gibi bir unsurun, belirli bir ırk, renk, dil, din, vatandaşlık ya da ulusal veya etnik köken temellerindeki veya benzeri temeldeki gruplara mensup kişilerce kolayca kabul edilebilir olmaması ya da bu gruplara mensup kişiler için dezavantaj yaratması" durumunda ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak açıklanmıştır. ECRI, ilgili durumu dolaylı ayrımcılık olarak nitelemekten çıkaracak unsur olan, "objektif ve makul gerekçe"nin ne anlama geldiğini de belirginleştirmiştir. ECRI'ye göre, "objektif ve makul gerekçe"nin varlığını, meşru bir amacın izlenmesi halinde ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu doğrultuda izlenen yöntem arasındaki makul orantılılığın bulunduğu durumlarda kabul etmek gerekir[614].

---

[612] ECRI'nin yayımladığı genel politika tavsiye kararlarının İngilizce metinleri için bakınız: https://hudoc.ecri.coe.int/eng#{%22ECRIDocumentType%22:[%22REC%22],%22ECRILanguage%22:[%22ENG%22]} (Erişim Tarihi: 24.08.2019).

[613] ECRI, General Policy Recommendation No.7 on National legislation to combat racism and racial discrimination, 13.12.2002, http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-07-2003-008-ENG (Erişim Tarihi: 24.08.2019). İlgili genel politika tavsiye kararı, çalışmanın devamında 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı olarak anılacaktır. ECRI'nin 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı, 07.12.2017 tarihinde gözden geçirilerek, eşitlik kurumlarına dair ayrıntılandırma yapılmıştır. Bakınız: ECRI General Policy Recommendation No.7 (revised) on National legislation to combat racism and racial discrimination, 07.12.2017, http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-07rev-2003-008-ENG (Erişim Tarihi: 27.08.2019).

[614] ECRI, 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi, Para. 1/c; ECRI, yaptığı bu dolaylı ayrımcılık tanımına ilişkin açıklayıcı notunda, sayılan temellerdeki kişi gruplarının sayısının özellikle geniş tutulduğunu ve ayrıca "benzeri temellerdeki *(grounds such as)*" ifadesiyle de açık uçlu bir listenin benimsenmek istendiğini belirtmiştir. Ancak, ECRI'ye göre ceza hukuku alanındaki öngörülebilirlik ilkesi gereğince ilgili temellerinin tüketici bir şekilde sayılması mümkündür. Bakınız: ECRI'nin ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla

ECRI böylece tanımladığı ırk temelli dolaylı ayrımcılık kavramının, iç hukuklardaki uygulamasına dair de tavsiyelerde bulunmuştur. Bu doğrultuda, ECRI, öncelikle medeni hukuk ve idare hukuku alanında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağının açıkça tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. ECRI, ırk temelli dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali durumunda, ispat yükünün nasıl algılanması gerektiğine de değinmiştir. Buna göre, bir kişi doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığa maruz kaldığını mahkeme ya da yetkili bir makam önünde ortaya koyduktan sonra; ilgili durumun ayrımcılık yasağına aykırı olmadığını ispat yükü davalı tarafa geçmelidir. İspat yüküne ilişkin bu tavsiyede bulunan ECRI, ayrımcılık davalarında ayrımcılık iddiasını destekleyici gerekli delillerin toplanmasının zorluğunun farkındalığıyla hareket etmiştir. AK üyesi devletlerin iç hukuklarındaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler kapsamında ispat yükünün yer değiştirmesi kuralına da yer vermesi gerektiğini belirten ECRI, ayrımcılık mağdurları için ayrımcılık iddiasının ispatını kolaylaştırmıştır[615]. ECRI, masumiyet karinesinin öngörüldüğü ve bu nedenle ispat yükünün paylaştırılmasının mümkün olmadığı ceza hukuku alanında, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali durumlarına karşı ayrımcılık mağdurlarını koruyucu başka bir önlem olarak da, ırkçılığı yasaklayan mevzuatın yürürlüğe konulmasını tavsiye etmiştir. Böylece, "ırk, renk, dil, din, vatandaşlık ya da ulusal veya etnik kökenin bir kişi ya da kişi grubunun aşağılanmasına ya da başka bir kişi ya da kişi grubunun üstünlük algısına sahip olmasına gerekçe oluşturduğuna dair inanç" olarak tanımladığı ırkçılık[616] karşısında ECRI, ceza hukuku alanında yaptırım öngörülmesi tavsiyesiyle, ayrımcılık yasağının etkili hale getirilmesi için destekleyici bir hukuki araç önermiştir.

---

mücadeleye ilişkin ulusal mevzuatla ilgili 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nın devamında yer verilen Açıklayıcı Not, Para. 6. Ayrıca, ayrımcılık temelinin, hem gerçekte olanı, hem de varsayılanı kapsayıcı bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirten ECRI'ye göre, Müslüman olduğu varsayılan bir kişinin maruz kaldığı ayrımcılık, o kişi Müslüman olmasa bile din temelli ayrımcılık olarak anlaşılmalıdır. Bakınız: Açıklayıcı Not, Para. 12.

[615] ECRI, 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi, Para. 11. ECRI, bir yüzme havuzuna girişlerine izin verilmeyen Roman/Çingene çocukların örneğinde, Roman/Çingene çocukların alınmadığı yüzme havuzuna, Roman/Çingene olmayan çocukların girişlerine izin verildiğinin gösterilmesinin yeterli olduğunu söylemiş; bu noktadan sonra ilgili uygulamanın Roman/Çingene çocuklar için ayrımcı olmadığını ispat yükünün Roman/Çingene çocukların yüzme havuzuna girişlerini engelleyen karşı tarafa geçeceğini belirtmiştir. ECRI, doğrudan ayrımcılığı örnekleyen bu durumun dolaylı ayrımcılık davalarında da uygulanması gerektiğini de eklemiştir. Bakınız: ECRI'nin ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin ulusal mevzuatla ilgili 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nın devamında yer verilen Açıklayıcı Not, Para. 29.

[616] ECRI, 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi, Para. 1/a.

ECRI'nin ilgili genel politika tavsiye kararında da belirttiği gibi, benimsediği ırk temelli dolaylı ayrımcılık tanımını, AB'nin 2000/43/EC Sayılı Irksal Eşitlik Direktifi ve 2000/78/EC Sayılı İstihdamda Eşit Muamele Direktiflerindeki tanımlar ile AİHM'in ilgili içtihatlarından ilhamla oluşturmuştur[617]. ECRI'nin böylece oluşturduğu ırk temelli dolaylı ayrımcılık tanımında, saydığı temellerdeki kişi gruplarının diğer gruplarla karşılaştırılmasının yapılmasını gerektirecek ifadelerden kaçındığı görülebilir. ECRI'nin böyle bir yaklaşımı benimsemesinin nedeni, ırk temelli dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki iddianın ispatının kolay olmamasıdır. Nitekim, ECRI'nin tanımında saydığı temellerdeki ayrımcılığı ortaya koyacak istatistiki verilerin toplanmasının yaygın olmadığı ve bazen böyle bir istatistiki veri toplamanın yasa dışı sayıldığı da düşünüldüğünde; sayılan temellerdeki kişi gruplarının durumlarıyla diğer kişi gruplarının durumlarının karşılaştırılması zordur. Esasen ECRI'nin ırk temelli dolaylı ayrımcılığın ispatının zorluğuna ilişkin kaygısı, 7 No'lu Genel Tavsiye Kararı'nda sade bir ırk temelli dolaylı ayrımcılık tanımını ortaya çıkarmıştır.

ECRI, diğer genel politika tavsiye kararlarında da 7 No'lu Genel Tavsiye Kararı'ndaki sade dolaylı ayrımcılık tanımını benimsemiş ve farklı grupların çeşitli alanlarda yaşadığı dolaylı ayrımcılık biçimlerini önlemeye yönelik tavsiyelerde bulunmuştur. ECRI, eğitimde ve eğitim kurumlarında ayrımcılığı önlemeye ilişkin 2006 tarihli ve 10 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nda, dolaylı ve yapısal ayrımcılık da dahil olmak üzere ırkçılık ve ırk ayrımcılığını önlemek ve bu durumlarda derhal ve etkili bir şekilde önlem alabilmek üzere eğitim kadrosunun eğitilmesinin gerekliliğine dikkat çekmiştir. 2007 tarihli polis faaliyetlerinde ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin 11 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nda, dolaylı ayrımcılığı yasaklayan iç hukuk düzenlemelerinin polis faaliyetlerini de kapsaması gerektiği belirtilirken; 2008 tarihli spor alanında ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin 12 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nda dolaylı ayrımcılık yasağının spor da dahil olmak üzere hayatın her alanında söz konusu olması gerektiği vurgulanmış ve 2012 tarihli istihdamda ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin 14 No'lu Genel Politika Tavsiye

[617]ECRI'nin ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin ulusal mevzuatla ilgili 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nın devamında yer verilen Açıklayıcı Not, Para. 8.

Kararı'nda da istihdamda dolaylı ayrımcılık yasağının öngörülmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. 2011 tarihli Çingene karşıtlığı ve Romanlara yönelik ayrımcılıkla mücadele konulu 13 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nda, Romanlara yönelik doğrudan veya dolaylı ayrımcılığı, nefret söylemini veya şiddeti teşvik eden tüm kamu söylemlerinin hoşgörülemez olduğu ifade edilirken; 2016 tarihli ülkede bulunan düzensiz göçmenlerin korunmasına ilişkin 16 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nda da düzensiz göçmenlerin temel çalışma haklarına erişimlerinin sağlanmamasının dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı sonuçlar doğurabileceği konusunda uyarı yapılmıştır.

2.2. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİSTEMİNDE DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

BM, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, dünya barışını, güvenliğini korumak ve uluslar arasında ekonomik, toplumsal ve kültürel işbirliği oluşturmak için kurulan bir uluslararası örgüttür. BM'nin statüsü ve çalışma şekli, 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco Konferansı'nda biraraya gelen devletlerin oybirliği ile kabul edilen ve gerekli sayıda onay belgesinin teatisi ile 24 Ekim 1945'de yürürlüğe giren BM Şartı ile belirlenmiştir[618]. Türkiye de BM Şartı'nı kabul eden BM'nin kuran 51 kurucu üyesinden biridir[619].

Savaşın galibi devletler tarafından, bu dönemde bazı grupların karşı karşıya kaldıkları zulmün ve mevcut baskı ortamının da farkındalığıyla kurulan BM'nin kuruluş amaçlarından biri de insanlar ve uluslar arasında eşitliği sağlamaktır[620]. BM Şartı'nda, BM'nin "temel insan haklarına, insan onuru ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancı yeniden ilan etme" çabası[621] ile birinci maddesine göre "ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikli uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan

---

[618] BM Şartı'nın (Charter of the United Nations) İngilizce metni için bakınız: https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf (Erişim tarihi: 04.09.2019).
[619] BM Şartı'nın 24 Ağustos 1945 tarih ve 6092 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf (Erişim Tarihi: 04.09.2019).
[620] Rona Aybay, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 42. Ayrıca bakınız Gül, a.g.m., 2012, s. 118.
[621] Bakınız: BM Şartı, Önsöz.

haklarına ve özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak" amacıyla[622] kurulduğunun belirtilmesi de, BM örgütünün çalışmalarını ayrımcılık yasağını gözeterek yürüteceğini gösterir. Bu düzenlemeler yanında BM Şartı kapsamında birkaç maddede daha BM örgütünün ve BM'ye üye devletlerin BM'nin amaçları doğrultusunda uymaları gereken ayrımcılık yasağına değinilmiştir[623].

BM Şartı'nda, her ne kadar insan hak ve özgürlüklerinin niteliğini belirlemek üzere "insan onuru ve değeri", "erkeklerle kadınların (…) hak eşitliği" gibi ifadeler kullanılmışsa ve insan hak ve özgürlüklerinin ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetilmeksizin sağlanması yönünde uluslararası işbirliğinin sağlanmasına değinilmişse de; bu ifadeler dışında insan hak ve özgürlüklerine ilişkin somut düzenlemelere yer verilmemiştir[624]. Bu nedenle BM Şartı kapsamında öngörülen ayrımcılık yasağının, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin somut düzenlemelerin yokluğunda sadece BM'nin amaçları doğrultusunda uyulması öngörülen ilkesel düzeyde bir ayrımcılık yasağı olarak nitelendirilmesi mümkündür. BM Şartı'nı hazırlayan devletlerin hak ve özgürlükler ile ayrımcılık yasağı hakkında ortak bir anlayışlarının olmaması yanında, dönem dahilinde kavramların yeterince olgunlaşmaması da ayrımcılık yasağının geçerli olacağı hak ve özgürlüklere ilişkin somut düzenlemelerin yapılmasına engel olmuştur. Bu nedenle hak ve özgürlükler ile ayrımcılık yasağı, sistematik yönden de daha uygun olacağı gerekçesiyle BM Şartı'nda sonra BM sisteminde hazırlanan bildiriler, sözleşmeler ve benzeri belgelerde düzenlenmiştir[625].

---

[622] Bakınız: BM Andlaşması, Madde 1/3.

[623] Bu anlamda BM Şartı'nın 13. maddesinin ilk fıkrasında BM Genel Kurulu'nun görev ve yetkilerine ilişkin "Ekonomik, sosyal alanlar ile fikrî kültür ve eğitim ve sağlık alanlarında milletlerarası işbirliğini geliştirmek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanmasını kolaylaştırmak için tetkiklere yol açar ve tavsiyelerde bulunur." şeklindeki düzenlemeye yer verilmiş; ayrıca BM Şartı'nın "Milletlerarası ekonomik ve sosyal işbirliği" başlıklı bölümündeki 55. maddesinde BM örgütünün "Irk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünyada bilfiil saygı gösterilmesini…" kolaylaştıracağı düzenlenmiş ve 56. maddesinde de BM'ye üye devletlerin, 55. maddede beyan olunan amaçlara erişmek için gerek beraberce gerek tek başlarına, BM örgütüyle işbirliği halinde hareket etmeyi taahhüt ettikleri belirtilmiştir.

[624] Aybay, a.g.e., s. 44.

[625] Münci Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1991, s. 23. Ayrıca bakınız: Aybay, a.g.e., s. 44.

BM sisteminde ayrımcılık yasağı, geçerli olacağı hak ve özgürlüklerle birlikte ilk kez, BM'nin kuruluşunu takiben ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) kapsamında düzenlenmiştir[626]. Bildiri'nin ilk maddesinde de belirtildiği üzere, bütün insanların, özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğduğu anlayışı üzerine, "herkes"in sahip olduğu hak ve özgürlükleri düzenlemek üzere oluşturulan İHEB'in, Önsöz'ü de dahil olmak üzere ve çoğu maddesi eşitlik konusunda ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler içerir.

İHEB'teki hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeye Bildiri'nin ikinci maddesinde yer verilmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasında, Bildiri'de ilan edilen hak ve özgürlüklerden ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da sosyal köken, servet, doğum ya da diğer temellerde ayrım yapılmaksızın herkesin yararlanacağı belirtilmiş ve ikinci fıkrasında da vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı ayrıca düzenlenmiştir. Sadece İHEB ile ilan edilmiş haklarla sınırlı olmaksızın, hukuken tanınmış tüm haklar için geçerli olacak bir ayrımcılık yasağı düzenlemesine de İHEB'in yedinci maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, herkes kanun önünde eşittir ve ayrım gözetilmeksizin herkes hukukun eşit korumasından yararlanır.

İHEB'in ilgili yedinci maddesinin devamında da, İHEB'e aykırı bir şekilde gündeme gelebilecek her türlü ayrımcılığa ve ayrımcılığa teşvike karşı herkesin eşit

---

[626] İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB), BM örgütündeki alt birimlerden biri olan BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanmıştır. BM İnsan Hakları Komisyonu, insan haklarına ve özgürlüklerine saygının geliştirilmesi amacı doğrultusunda BM Andlaşması'nın 68. maddesi gereğince yetkilendirilen, görev ve yetkileri BM Andlaşması'nın 62. ve 66. maddeleri arasında tanımlanan Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından, 23 Ocak ve 18 Şubat 1946 tarihleri arasında Londra'da gerçekleşen toplantının ilk oturumunda BM Kadının Statüsüne Dair Komisyon ile birlikte kurulmuştur. İlk görevi, bir uluslararası insan hakları bildirisi hazırlayıp bunu formülleştirmek olan BM İnsan Hakları Komisyonu'nun hazırladığı tasarı, 10 Aralık 1948 tarihinde 217 A (III) sayılı BM Genel Kurulu kararıyla İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olarak 8 çekimser oya karşılık, 48 olumlu oyla kabul ve ilan edilmiştir. Bildiriye karşı oy veren çıkmamıştır. Aktaran: Rona Aybay, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 113, 2006, s. 8, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/iheb.pdf Erişim Tarihi: (04.09.2019). Türkiye'de Bildiri'nin, Dışişleri Bakanlığının 28 Mart 1949 tarihli ve 36084/122 sayılı yazısı üzerine Bakanlar Kurulu'nun 6 Nisan 1949 tarihli toplantısında, Resmi Gazete ile yayımlanması ve yayımından sonra okullarda ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması kararlaştırılmıştır. İlgili Bakanlar Kurulu Kararı ve İHEB'in resmi Türkçe çevirisi için bakınız: 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete, https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/01/EvrenselBeyanname.pdf (Erişim Tarihi: 05.09.2019).

korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemede kullanılan "her türlü ayrımcılık" ifadesinden, İHEB'in öngördüğü ayrımcılık yasağının sadece doğrudan ayrımcılığa ilişkin olmadığı yorumunu yapmak mümkündür.

İHEB'in ayrımcılık yasağıyla ilgili olarak öngördüğü düzenlemelerin, bildiri şeklinde hazırlanan bir belgede yer almaları dolayısıyla hukuken bağlayıcılığı tartışmalı olsa da İHEB'te yer verilen bu ve diğer düzenlemelerin, İHEB'teki diğer tüm hak ve özgürlükler gibi etik anlamda bağlayıcı[627] ve bu anlamda da uluslararası insan hakları hukukunun bir parçası olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin birinci maddesinin (b) bendiyle, İHEB'in ikinci maddesi ile 21. maddesi arasındaki düzenlemelerin uluslararası örf ve adet hukukuna dahil olduklarının belirtilmesi de, İHEB'in ilgili maddelerinin etik anlamda bağlayıcılığın ötesinde bir bağlayıcılığa sahip olduğunu onaylar[628]. İHEB'in sadece etik anlamda bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi durumunda dahi İHEB'te eşitlik konusunda ve ayrımcılık yasağına ilişkin öngörülmüş olan düzenlemelerin karşılığını hukuken bağlayıcılıkları tartışmasız olan BM sözleşmelerinde bulmuş olması; bu düzenlemeleri uluslararası insan hakları hukukunun bir parçası kılar.

İHEB'te ayrımcılık yasağına ilişkin olarak öngörülen bu düzenlemeler, BM sistemindeki genel konulu insan hakları sözleşmeleriyle ve ayrımcılıkla mücadele konulu insan hakları sözleşmeleriyle genişletilmiş; yeniden düzenlenmiştir[629]. BM sistemine başka sistemlerden etkileşimle dahil olan dolaylı ayrımcılık yasağına ise BM sistemindeki sözleşmelerin metinlerinde açıkça yer verilmemiştir. Dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağı sözleşmelerin denetim organı olarak belirlenen Komitelerin ayrımcılık yasağına dair çalışmaları bağlamında geliştirilmiştir[630].

---

[627] Münci Kapani, Kamu hürriyetleri, 5. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 62.
[628] Karan, a.g.e., s. 15-16.
[629] BM'ye üye devletler arasında ayrımcılığın yasaklanmasının insan hakları hukukunun temel bir ilkesi olduğu üzerinde anlaşılmışsa da ayrımcılığın nasıl ortaya çıktığı üzerinde ortak bir anlaşmaya varılamadığını da belirtmek gerekir. Rebecca Cook, "Women's International Human Rights Law: The Way Forward", 15 Human Rights Quarterly 230, 1993, s. 238.
[630] Vandenhole, a.g.e., s. 36.

Bu doğrultuda aşağıda BM sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının kaynakları öncelikle, BM sistemindeki genel konulu insan hakları sözleşmeleri olan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ndeki ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler ve bu düzenlemeler çerçevesinde ilgili sözleşmeler uyarınca oluşturulmuş denetim organlarının dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili geliştirdikleri yorumları çerçevesinde incelenecektir. Sonrasında ise, BM sisteminde özel olarak belirli temellerde ayrımcılığı yasaklamak üzere oluşturulmuş olan, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmesi ve Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme çerçevesinde de yine belirtilen kapsamda bir incelemeye yer verilecektir.

2.2.1. Birleşmiş Milletler Sistemindeki Genel Konulu İnsan Hakları Sözleşmelerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

BM'nin BM Şartı ile kurulmasından ve İHEB'in ilanından sonra, insan hak ve özgürlüklerinin tanınması ve korunması amacıyla, taraf devletlere ödevler yükleyen, içeriğindeki hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi ile kapsamında yer verilen ayrımcılık yasağına uyulup uyulmadığını denetleyecek bir denetim sistemi öngören, bu anlamda bağlayıcı nitelik taşıyan sözleşmelerin hazırlanması yönünde çalışmalara başlanmıştır. İHEB'te ilan edilen hak ve özgürlükler ile ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemelerin, sözleşme formunda belgelere yansıtılması yönündeki çalışmalar yaklaşık 20 yıl sürmüştür. Nihayetinde İHEB'teki ilgili düzenlemelere, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli toplanısında ikiz sözleşmeler diye anılan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi[631] (KSHS) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar

[631] BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (KSHS), BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmış, Sözleşme'nin 49. maddesi uyarınca yürürlüğe girmesi için 10. onay belgesinin BM Sekreterliğine verilmesinden sonraki 3 ayın geçmesini takiben 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye KSHS'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun'la onayını uygun bulmuştur. KSHS'nin onaylayan 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla birlikte 21 Temmuz 2003 tarih ve 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2 (Erişim Tarihi: 12.09.2019). Onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde BM Genel Sekreterliğine tevdi eden Türkiye için KSHS 49. madde uyarınca 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Türkiye, KSHS'yi üç beyan ve bir çekince ile

Sözleşmesi[632] (ESKHS) adları altında bağlayıcılık kazandırılmıştır.

BM sistemindeki genel konulu bu her iki sözleşmede de somut hak ve özgürlükler yanında, ayrımcılık yasağına özgü düzenlemelere yer verilmesine rağmen; ayrımcılık yasağından ne anlaşılması gerektiği açıkça tanımlanmamıştır. İkiz sözleşmeler kapsamında, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili de ayrı bir düzenleme de yoktur. Ayrımcılık yasağı ve özel olarak da dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin tanımlar, KSHS uyarınca kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin[633] (İHK) ve ESKHS'nin asıl yetkili denetim organı Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından kurulan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin[634] (ESKHK) genel yorumlarında, nihai gözlem raporlarında ve kararlarında geliştirilmiştir. Bu nedenle, BM sistemindeki genel konulu insan hakları sözleşmelerinde ayrımcılık yasağından ve [dolaylı ayrımcılık yasağından]

---

kabul etmiştir. Bu beyanlardan ilkinde Türkiye, KSHS'den doğan yükümlülüklerini, BM Andlaşması (özellikle 1. ve 2. maddeler) çerçevesindeki yükümlülüklerine uygun olarak yerine getireceğini bildirmişken; ikinci beyan, Sözleşme hükümlerinin sadece Türkiye Cumhuriyeti'nin diplomatik ilişkisi olan taraf devletlere karşı uygulanacağı ile ilgilidir ve üçüncü beyan da Türkiye Cumhuriyeti'nin Sözleşme'yi ancak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını ve Türkiye Cumhuriyeti'nin yasal ve idari düzeninin yürürlükte olduğu ülkesel sınırlar itibariyle onayladığına ilişkindir. Çekince ise, Sözleşme'nin azınlık haklarıyla ilgili 27. maddesine konulmuştur. Buna göre: "Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 27. maddesini, TC Anayasası'nın ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Andlaşması ve Eklerinin ilgili hükümlerine ve usullerine göre uygulama hakkını saklı tutar.

[632] BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS), BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmış, Sözleşme'nin 27. maddesi uyarınca yürürlüğe girmesi için 35. onay belgesinin BM Sekreterliğine verilmesinden sonraki 3 ayın geçmesini takiben 3 Ocak 1976'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye ESKHS'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. 4 Haziran 2003 tarih ve 4867 sayılı Kanun'la onayını uygun bulmuştur. ESKHS'nin onaylayan 10 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla birlikte 11 Ağustos 2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#4 (Erişim Tarihi: 12.09.2019). Onay belgelerini 23 Eylül 2003 tarihinde BM Genel Sekreterliğine tevdi eden Türkiye için ESKHS 27. madde uyarınca 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Türkiye, ESKHS'yi de üç beyan ve bir çekince ile onaylamıştır. Beyanların üçü de KSHS için yapılanların aynısıdır. Çekince ise eğitim hakkını düzenleyen 13. maddenin iki fıkrasına konulmuştur: "Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 13. maddesinin (3). ve (4). paragrafları hükümlerini, TC Anayasası'nın 3., 14. ve 42. maddelerindeki hükümler çerçevesinde uygulama hakkını saklı tutar."

[633] KSHS'nin 28. maddesinde bir kurulacağı belirtilmiş olan İnsan Hakları Komitesi'nin (İHK) çalışma şekli ile üyelerinin seçilme ve görev biçimleri de Sözleşme'nin 28. ila 39. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İHK ve üyeleri ile üyelerin görev ve yetkileri, İHK'nın toplanma ve çalışma şekliyle ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: *Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact sheet No. 15 (Rev.1),* s.12-14, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2019). İHK, 1 Ocak 1977 tarihinden itibaren çalışmalarına başlamıştır. Bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 199.

[634] Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK), Ekonomik ve Sosyal Konsey'in Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi kapsamındaki denetim ve izleme görevinde kendisine yardım etmek üzere kurduğu bir organdır. ESKHK hakkında bilgi için aşağıda *"2.2.1.2. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi"* başlığı altında yer verilen açıklamalara bakınız.

ne anlaşılması gerektiğinin, ilgili denetim organlarınca oluşturulan içtihat hukukuyla belirlendiğini söylemek mümkündür[635].

2.2.1.1. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

BM KSHS kapsamında, İHEB ile ilan edilmiş olan çoğu kişisel ve siyasal hakkın daha geniş düzenlemesi yanında, İHEB'te ilan edilmemiş olan bazı kişisel ve siyasal haklara da yer verilmiştir[636]. KSHS ile böylece güvenceye alınan insan hakları bütünü, Taraf devletler'in sundukları dönemsel raporlar[637] ve devletlerarası başvurulara[638] dayalı bir denetim ve koruma sistemiyle de desteklenmiştir. Sözleşme'nin denetim organı olarak belirlenen İHK da, Sözleşme kapsamında öngörülen dönemsel raporlar ile devletlerarası başvuru yoluna dayalı denetim ile Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne Ek Protokol ile öngörülen bireysel başvuru yoluna[639] dayalı denetimi

---

[635] Schiek, a.g.e., s. 323.

[636] BM KSHS kapsamında İHEB ile ilan edilen sığınma hakkı, başka ülkelerde serbestçe dolaşabilme ve yerleşebilme hakkı gibi haklara yer verilmemişken; Sözleşme'nin ilk maddesinde İHEB'te bulunmayan ulusların kendi kaderlerini belirleme "self determinasyon hakkı" ile kendi doğal kaynaklarına ve zenginliklerine sahip olma ve bunları serbestçe kullanabilme hakkı gibi haklara yer verilmiştir. BM KSHS'nin 6. ve 27. maddesi arasında düzenlenen haklar ve Sözleşme kapsamında Taraf devletler için öngörülmüş olan yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 201-204.

[637] Dönemsel raporlar, Taraf devletler'in, Sözleşme'nin 40. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin nasıl uygulandığını ve Sözleşme'deki hakların etkiliğini sağlamak üzere hangi önlemleri aldıklarını, bu haklarla ilgili hangi ilerlemeleri kaydettiklerini göstermek üzere, Sözleşme'ye taraf olmalarını izleyen ilk birinci yıl sonunda ve Komite'nin talep ettiği zamanlarda (genellikle her dört yılda bir) İHK'ya sunmakla yükümlü oldukları raporlardır. Komite'nin Taraf devletler'in sundukları raporları inceleme yöntemi için bakınız: *Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact sheet No. 15 (Rev.1),* s. 15-19, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf (Erişim Tarihi: 17.10.2019).

[638] Devletlerarası başvuru yolu, bir taraf devletin başka bir taraf devletin Sözleşme'den kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmediğine ilişkin şikayetini İHK önüne taşımasıdır. Devletlerarası Başvuru yolunu işletebilmek için ilgili taraf devletlerin hem Sözleşme'yi kabul etmeleri, hem de Sözleşme'nin 41. maddesinde düzenlenmiş olan İHK'nın bu yetkisini kabul ettiklerini beyan etmeleri gerekir. İHK'nın, bir taraf devletin başka bir taraf devletin Sözleşme'den kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmediğine ilişkin şikayetini kabul etme ve değerlendirme yetkisiyle ilgili bildirim 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bir yargılama yönteminden çok, bir uzlaştırma yöntemi olarak tasarlanan bu yol hiç kullanılmamıştır. Devletlerarası Başvuru yoluna dayalı koruma hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: *Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact sheet No. 15 (Rev.1),* s. 27-28, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf (Erişim Tarihi: 17.10.2019).

[639] Bireysel başvuru yolu, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilen ve 9. maddeye uygun olarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşme'sine Ek İhtiyari Protokol'de düzenlenmiştir. Ek İhtiyari Protokol'ün ilk maddesine göre, bu Protokol'e taraf haline gelen Sözleşmeye Taraf bir Devlet, İHK'nın, kendi egemenlik yetkisine tabi bulunan ve Sözleşmede düzenlenen haklarının bu Taraf devlet tarafından ihlal edildiğini iddia eden bireylerin yapacağı şikayetleri alma ve değerlendirme yetkisini tanır. Komite, Sözleşmeye taraf olup da bu Protokol'e dayanarak bireysel başvuru yolunu işletmek için şikayet edilecek olan devletin hem Sözleşme'ye hem de bu Protokol'e taraf olması gerekir.

sağlamakla; ayrıca Sözleşme'deki düzenlemeleri açıklayan genel yorumlar[640] oluşturmakla görevlendirilmiştir.

BM KSHS kapsamında, kişisel ve siyasal haklar için geçerli olacak ayrımcılık yasağı düzenlemelerine de yer verilmiştir. Ayrımcılığı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı ayrımına gitmeksizin yasaklayan bu düzenlemelere ilişkin, İHK'nın öngörülen görevleri doğrultusunda getirdiği açıklamalar, ilgili düzenlemeleri doğrudan ayrımcılık yanında dolaylı ayrımcılığı da kapsar şekilde yorumlama imkânının önünü açmıştır. Bu nedenle aşağıda BM KSHS kapsamındaki ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler incelendikten sonra, İHK'nın bu düzenlemeler bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin getirdiği açıklamaları da, İHK'nın ayrımcılık yasağına ilişkin genel yorumu ile İHK'nın nihai gözlem raporlarındaki[641] dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek tespitleri bağlamında ortaya konulacaktır. Bunu takiben, İHK'nın dolaylı ayrımcılık yasağından ne anlaşılması gerektiğini esas olarak ortaya koyduğu görüşleri değerlendirilecektir. Devletlerarası başvuru yolu aracılığıyla İHK önüne herhangi bir şikâyet taşınmadığı için İHK'nın dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili görüşleri, bireysel başvuru yolu ile önüne gelen şikayetler üzerine oluşturduklarıyla sınırlı bir şekilde incelenecektir.

2.2.1.1.1. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları

BM KSHS metninde ayrımcılık yasağına ilişkin ilk düzenlemeye, Sözleşme'nin ikinci maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, Sözleşme'ye taraf devletler, Sözleşme

---

[640] Sözleşme'deki düzenlemelerin anlamları ve kapsamlarını belirleyen ve bu anlamda Sözleşme kapsamındaki haklarla ilgili olarak uluslararası alanda geçerlilik taşıyan standartlar oluşturan İHK'nın genel yorumları, ayrıca taraf devletlerin sözleşmeye etkinlik ve işlerlik kazandırmasına, onaydan doğan yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmelerine yardımcı olur ve Sözleşme'yi yeni onaylayacak devletlere de Sözleşmeyi tanıtır. Bu genel yorumlar zaman içinde tekrar gözden geçirilir. Gülmez, a.g.e., 2004, s. 207-208.

[641] İHK, taraf devletlerin Sözleşme'nin 40. maddesi uyarınca, sundukları raporları temel alarak 1981 yılından itibaren genel yorumlar hazırlamışken; 1992 yılından sonra bu uygulama yerini yine taraf devletlerin sundukları raporlara cevaben oluşturulan nihai gözlem raporlarına bırakmıştır Gülmez, a.g.e., 2004, s. 211. Nihai gözlem raporlarıyla ilgili olarak Bakınız: *Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact sheet No. 15 (Rev.1),* s. 19, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf (Erişim Tarihi: 17.10.2019).

kapsamında tanınan hakları, kendi ülkelerinde yaşayan ve egemenlik yetkileri altında bulunan herkes için, "ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrım gözetmeksizin" güvence altına almak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlülerdir. Sözleşme kapsamında tanınan haklar bakımından öngörülen bu genel ayrımcılık yasağı düzenlemesinden sonra, Sözleşme'nin üçüncü maddesinde de ayrıca cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede de, taraf devletlerin, Sözleşme kapsamında tanınan bütün kişisel ve siyasal haklardan erkeklerle kadınların eşit bir şekilde yararlanmalarını güvence altına almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. BM KSHS ile tanınan haklarla sınırlı bir ayrımcılık yasağı öngören, bu anlamda Sözleşme'yle tanınan hakların tamamlayıcısı niteliğindeki bu iki ayrımcılık yasağı düzenlemesi yanında, Sözleşme'de tanınan haklarla sınırlı olmayan, genel ve bağımsız nitelikli bir ayrımcılık yasağı da 26. maddede öngörülmüştür. Buna göre:

> *"Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayrım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir."*

BM KSHS kapsamında ayrımcılığı genel konularda yasaklayan bu üç maddede de, ayrımcılık temellerinin tüketici bir şekilde sayılmaması dolayısıyla farklı ayrımcılık biçimlerine karşı da koruma sağlanabilmiş; böylece ayrımcılığa karşı kapsamlı bir koruma öngörülebilmiştir.

Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri sadece Sözleşme'deki hakların kullanılmasında ayrımcılığı yasaklarken; Sözleşme'nin 26. maddesi, çoğu insan hakları sözleşmesinin aksine, Sözleşme kapsamındaki haklarla sınırlı olmayan bir ayrımcılık yasağı öngörür[642]. KSHS'nin hukuken tanınmış tüm haklar için ayrımcılık yasağını öngören 26. maddesiyle, böylece ayrımcılık yasağına uğramama hakkı tek başına bir insan hakkı

[642] Nitekim AİHS sisteminde de Sözleşme'deki haklarla sınırlı olmayan bir ayrımcılık yasağı düzenlemesine AİHS metninde değil AİHS'e Ek 12 No'lu Ek Protokol metninde düzenlenmiştir. Karşılaştırma için yukarıda *"2.1.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

şeklinde düzenleme bulmuştur[643]. Bu anlamda Sözleşme'nin ikinci ve üçüncü maddelerine göre daha kapsamlı olan 26. madde, ayrıca ayrımcılığa karşı koruma konusunda taraf devletler için öngörülen yükümlülükler açısından da daha kapsamlıdır. Şöyle ki, Sözleşme'nin ikinci ve üçüncü maddelerinde, taraf devletlerin yükümlülükleri, Sözleşme'deki hakların eşit bir şekilde ya da ayrım yapılmaksızın sağlanması ile bu haklara saygı gösterilmesi şeklinde belirlenmişken; Sözleşme'nin 26. maddesi taraf devletler için, hukuk önünde eşitlik ve hukuken eşit ölçüde koruma sağlama ile ayrımcılığa karşı koruma yükümlülüğünü öngörür şekilde düzenlenmiştir[644]. Böylece, Sözleşme'deki bu üç maddeyle, taraf devletlere sadece negatif değil; pozitif ödev de yükleyen, geniş bir ayrımcılık yasağı öngörülmüştür[645].

BM KSHS içeriğinde bahsi geçen üç maddenin haricinde de ayrımcılık yasağıyla ilgili bazı düzenlemeler vardır. Örneğin, herkesin mahkemeler ve yargı organları önünde eşit olduğuna ilişkin bir düzenlemeye de Sözleşme kapsamında yer verilmiştir[646]. Bunun yanında, taraf devletler, ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin, ayrımcılık düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulmasını yasalarla yasaklamakla[647] ve evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşlerin eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla[648] da yükümlü kılınmışlardır.

Sözleşme kapsamında, böylece yasaklanmış olan ayrımcılığa ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Sözleşme'yle yasaklanan ayrımcılıktan ne anlaşılması gerektiği ve bu ayrımcılık yasağının kapsamı ise, İHK tarafından belirginleştirilmiştir.

---

[643] İHK, Sözleşme'nin 26. maddesinin "bağımsız" bir düzenleme olduğu hususunu 1987 tarihli Zwaan – de Vries v. The Netherlands başvurusunda da ortaya koymuştur. Bu başvuruda İHK, ekonomik ya da sosyal bir haktan yararlanmayla ilgili olarak evli kadınların işsizlik yardımına başvurma konusunda ayrımcılığa uğramalarını, sadece Sözleşme'yle düzenlenen kişisel ve siyasal hakların kullanılmasıyla sınırlı olarak değerlendirmeyerek 26. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir. İHK'nın 26. maddenin "bağımsız" bir düzenleme olduğunu onayladığı benzer görüşleri için bakınız: Raija Hanski ve Martin Scheinin, İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları, Çev. Defne Orhun, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005, s. 443-444.

[644] KSHS'nin 26. maddesiyle öngörülen, kanun önünde eşitlik ve kanunun eşit ölçüde koruması ile ayrımcılığa karşı koruma yükümlülüğü sırasıyla kaynaklarını 18., 19. ve 20. yüzyıldaki eşitlik anlayışlarından alır. Opsalh, 1988'dan aktaran Vandenhole, a.g.e., s. 17.

[645] Durmuş, a.g.t, s. 57.

[646] KSHS, m. 14/1

[647] KSHS, m. 20/2

[648] KSHS, m. 23/4

İHK, Sözleşme'yle öngörülen ayrımcılık yasağının kapsamını ilk kez, 10 Kasım 1989 tarihli 18 No'lu Genel Yorumu'nda açıklamış ve Sözleşme'de geçen ayrımcılık kavramından ne anlaşılması gerektiğini de bir ayrımcılık tanımıyla ortaya koymuştur. Buna göre, ayrımcılık, hakların ve özgürlüklerin herkese eşit bir şekilde tanınmasını, uygulanmasını ve bu hak ve özgürlüklerden herkesin yararlanmasını ortadan kaldırma veya zayıflatma amacını taşıyan ya da etkisini doğuran, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da diğer görüş, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğum ya da başka bir statü gibi herhangi bir temele dayalı her türlü ayrı tutma, dışlama, sınırlama ya da tercih etme anlamına gelir[649].

İHK, eşit muamele üzerinden kurduğu bu ayrımcılık tanımında, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık şeklinde bir belirleme yapmamış ve dolaylı ayrımcılık yasağına da ayrıca değinmemiştir. Ancak İHK'nın ayrımcılık kavramına dair yaptığı tanım ile 18 No'lu Genel Yorum'un bütünü incelendiğinde, İHK'nın Sözleşme'nin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasağını kapsadığı anlayışında olduğunu görmek mümkündür. İlk olarak, tanımda eşit muamelenin aksi olan ayrımcı muamelenin, hakların ve özgürlüklerin herkese eşit bir şekilde tanınmasını, uygulanmasını ve bu hak ve özgürlüklerden herkesin yararlanmasını ortadan kaldırma ve zayıflatma amacı taşıması yanında; bu etkiyi doğurması durumunda da ortaya çıkacağının belirtilmesi dikkat çekicidir. Tanımda "etki" ifadesinin kullanılması, sadece ayrımcılık amacı ya da kastı taşıyan muamelelerin değil; bu amaç ya da kastı taşımasa da ayrımcı etki doğuran muamelelerin de ayrımcı muamele olarak kabul edildiğini gösterir[650]. Ayrımcılık yapma amacı ya da kastı taşımasa da, ayrımcı etki doğuran muamelenin de böylece ayrımcılık kavramı içinde değerlendirilmesi dolayısıyla; Sözleşme kapsamında dolaylı ayrımcılığın da yasaklanmış olduğunu kabul etmek gerekir.

İHK'nın ayrımcılık yasağıyla ilgili 18 No'lu Genel Yorumu'nun devamında Sözleşme'nin 26. maddesinin, ayrımcılığı, devletin düzenleme ve koruma alanına giren her türlü konuda, hukuken veya gerçekte (*"in law or in fact"*) yasakladığını da

---

[649] İHK, 18. No'lu Genel Yorum, Para. 7.
[650] Hanski ve Scheinin, a.g.e., s. 445; Durmuş, a.g.t., s. 64; Karan, a.g.e., s. 217-218.

belirtmiştir[651]. İHK'nın Genel Yorumu'nda böylece ayrımcılığın hem hukuken, hem de gerçekte yasaklanmasına dair ifadeler kullanması da, Sözleşme kapsamında kabul edilen eşitlik anlayışının hukuki ya da şekli eşitlikle sınırlı olmadığını gösterir. Bu sebeple de İHK'nın gerçek ya da maddi eşitliği kapsayan bir eşitlik anlayışıyla benimsediği ayrımcılık yasağına, dolaylı ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanı da dahil ettiği yorumunu yapmak mümkündür.

İHK'nın 18 No'lu Genel Yorumu'nda eşit muameleye dair yaptığı tespitler de açıklanan ayrımcılık yasağının, dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığını gösterir. İHK'ya göre, hakların ve özgürlüklerin kullanıma ilişkin eşit muameleden anlaşılması gereken her durumda benzer muamelenin sergilenmesi değildir[652]. Bu anlamda Sözleşme'nin belirli maddelerinde açıkça farklı durumda olanlara farklı muamele yapılmasına dair düzenlemelerin de varlığına işaret eden İHK'nın, 18 No'lu Genel Yorumu'nda bu hususa değinmesi de akla farklı durumdakilere farklı muamelede bulunmanın ayrımcılık yasağına aykırı olmayacağına ilişkin AİHM tarafından ortaya konulmuş olan tespitleri getirir. AİHM'in AİHS sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimine yön veren kararlarında ortaya koyduğu bu tespite göre, farklı durumdaki kişilere farklılıkları dikkate alınmaksızın diğer kişilerle aynı muamelenin uygulanması, ortaya çıkan sonuç itibariyle ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edebilir. Sonuç ya da etki itibariyle ayrımcı sayılan uygulamalara ilişkin AİHM'in bu tespitleri, İHK'nın 1989 tarihli açıklamasıyla birlikte okunduğunda, İHK'nın da benzer bir anlayışa sahip olduğu ve bu anlamda dolaylı ayrımcılığın gerçekleşebileceği durumları da Sözleşme'deki ayrımcılık yasağı içinde gördüğü söylenebilir[653]. İHK'nin 18 No'lu Genel Yorumu'nda Taraf devletlerin eşitlik ilkesi gereğince, Sözleşme'yle yasaklanan ayrımcılığın devam etmesine neden olan veya destekleyen koşulların azaltmak ya da yok etmek üzere olumlu eylemde bulunmaları gerektiğini belirtmiş olması da, belirtilen koşullar altında Taraf devletlerin mevcut eşitizlikleri gidermek adına olumlu eylem uygulamaktan

---

[651] İHK, 18. No'lu Genel Yorum, Para. 12.
[652] İHK, 18. No'lu Genel Yorum, Para. 8.
[653] AİHM'in Belçika Eğitim Dili Davası ile diğer davalar bağlamında bulunduğu ilgili tespitleri hakkında inceleme için *"2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

kaçınmaları halinde gündeme gelebilecek dolaylı ayrımcılıkla mücadelenin de amaçlandığını düşündürür.

İHK'nın, 18 No'lu Genel Yorumu'nda dolaylı ayrımcılık yasağını açıkça anmamışsa da açıklanan sebeplerle Sözleşme kapsamındaki ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağını da içerdiğini kabul etmek gerekir. Nitekim İHK taraf devletlerin sundukları raporlara ilişkin olarak oluşturduğu yakın tarihli nihai gözlem raporlarında devletlerin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerinde dolaylı ayrımcılık yasağına da yer vermeleri gerektiğine dikkat çekmiştir[654]. Söz konusu nihai gözlem raporlarında dolaylı ayrımcılığı etki temelli bir ayrımcılık biçimi olarak kabul ettiği görülen ve bu ayrımcılık biçimini *de facto* ayrımcılık biçimi olarak adlandıran İHK, nihai gözlem raporlarında da bir dolaylı ayrımcılık tanımına yer vermemiştir[655].

2.2.1.1.2. İnsan Hakları Komitesi Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

İHK, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen şikayetler doğrultusunda da BM KSHS sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin tespitlerde bulunmuştur. İHK'nın bir bireysel başvuruyu, kabul edilebilir nitelikte bularak esastan incelemesi sonucu vardığı kararı "Görüş" olarak adlandırılır[656]. "Görüş" terimi, İHK'nın değerlendirmelerinin hukuki bağlayıcılıktan yoksun olduğu izlenimini verse de İHK'nın görüşlerini yalnızca tavsiye olarak nitelendirmek mümkün değildir. İHK'nın

---

[654] İHK'nın taraf devletlerin dolaylı ayrımcılığı yasaklamaları gerektiği yönündeki yakın tarihli nihai gözlem raporları örnekleri için olarak Bakınız: UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding observations on the third periodic report of Serbia*, 10 April 2017, CCPR/C/SRB/CO/3, para. 8,9, https://www.refworld.org/docid/591e9c4b4.html (Erişim Tarihi: 12.10.2019); UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding observations on the second periodic report of Turkmenistan*, 20 April 2017, CCPR/C/TKM/CO/2, para. 7, 33, https://www.refworld.org/docid/591d66ed4.html (Erişim Tarihi: 12.10.2019); UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*, 1 May 2017, CCPR/C/ITA/CO/6, Para. 9, https://www.refworld.org/docid/591e9a6b4.html (Erişim Tarihi: 12.10.2019); UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding observations on the initial report of Bangladesh*, 27 April 2017, CCPR/C/BGD/CO/1, para. 12, https://www.refworld.org/docid/591e97c54.html (Erişim Tarihi: 12.10.2019).

[655] İHK'nın dolaylı ayrımcılık biçimini de facto ayrımcılık olarak değerlendirdiği bir nihai gözlem raporu için bakınız: *UN Human Rights Committee: Concluding Observations, Colombia*, 3 May 1997, CCPR/C/79/Add.76, Para. 24, https://www.refworld.org/docid/3ae6b0288.html (Erişim Tarihi: 12.10.2019).

[656] BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne Ek İhtiyari Protokol, m.5/4.

görüşlerini, Sözleşme hükümlerini yorumlamak ve onlara uygun davranılıp davranılmadığını denetlemek amacıyla Taraf devlet'ler tarafından kurulan ve seçilen bir uluslararası denetim organının nihai kararları olarak nitelendirmek doğru olacaktır. Başka bir ifadeyle, İHK'nın, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen şikayetler üzerine oluşturduğu görüşleriyle, uluslararası hukuk çerçevesinde yetkili bir makam sıfatıyla Sözleşme'yi yorumladığı ve açıkladığı söylenebilir[657]. Bu nedenle, aşağıda incelenen görüşler çerçevesinde dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili ifadelerin de birer tavsiye olarak değil, yarı yargısal bir organın[658] bağlayıcı tespitleri olarak anlaşılması gerekir.

İHK, ayrımcılık yasağıyla ilgili olarak önüne gelen ilk başvurularda, söz konusu iddia her ne kadar dolaylı ayrımcılık yasağı ihlalini örneklese de; incelemesinde dolaylı ayrımcılık kavramına yer vermeyerek, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır[659]. Benzer şekilde, İHK'nın kuralların herkese eşit olarak uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçlarda farklılığı (*differences in result*), 26. maddedeki ayrımcılık yasağına aykırı olarak değerlendirmediği görüşleri de mevcuttur[660]. İHK açıkça ayrımcı

---

[657] Hanski ve Scheinin, a.g.e., s. 29.

[658] Sözleşme'deki bir düzenlemenin ihlal edilip edilmediği konusunda verdiği kararların bir başka uluslararası organ tarafından incelenmesinin mümkün olmadığı İHK'nın bu anlamda *nihai karar verme organı* olduğu açıksa da; İHK'nın yarı yargısal bir organ olup olmadığı üzerinde fikir ayrılıkları vardır. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 24. İHK'nın da kendisini bir mahkeme ya da yarı yargısal bir organ olarak nitelendirmediği bir görüşü için bakınız: *International Covenant on Civil and Political Rights Selected Decisions of The Human Rights Committee Under The Optional Protocol*, Volume 3, Thirty-Third To Thirty-Ninth Sessions (July 1988 - July 1990), CCPR/C/OP/3, 2002, s.8, para. 7, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol3en.pdf (Erişim Tarihi: 19.10.2019). Bu fikir ayrılıklarına karşın, İHK'nın BM Örgütü'nden ve Sözleşme'ye Taraf devletlerden bağımsız nitelikli uzmanlardan oluşmasıyla, bireysel ve devletlerarası başvuru yoluyla önüne gelen şikayetler hakkında karar verme yetkisine sahip olması göz önüne alındığında yarı yargısal bir organ olarak kabul edilmesi mümkündür. Nowak, 2005'ten aktaran Karan, a.g.e., s. 24.

[659] Bu anlamda İHK'nın 1993 tarihli Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada görüşü örnek gösterilebilir. Bu görüşünde İHK, Fransızca dışında bir dilde ticari simgeler kullanımının yasaklanmasına dair yasal düzenlemenin İngilizce konuşan kişilerin Sözleşme'nin 26. maddesi altında düzenlenen kanun önünde eşitlik hakkına aykırı olduğu iddiasını, böyle bir sınırlandırmadan İngilizce konuşanlar kadar, İngilizce konuşan müşterilerle İngilizce iletişim kurmak isteyen Fransızca konuşan kişilerin de etkilendiği gerekçesiyle reddetmiştir (para. 11.5). İHK'nın bu görüşünde, doğrudan ayrımcılıkla sınırlı bir incelemede bulunduğu; oysa ki görünüşte nötr olan Fransızca dışında bir dilde ticari simgeler kullanımının yasaklanmasına dair yasal düzenlemenin, sonuç itibariyle İngilizce konuşan kişileri daha olumsuz yönde etkilemesi sebebiyle dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 218, d.n.1090 İHK'nın ilgili görüşü için bakınız: İHK, *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, 05.05.1993, CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1.

[660] İHK'nın sonuçlarda farklılığı ayrımcılık yasağı altında değerlendirmediği görüşlerinin örnekleri için bakınız: İHK, *P.P.C. v. Hollanda*, Comm. No. 212/1986, 24.03.1988, CCPR/C/32/D/212/1986, para.6.2; İHK, *Vos v. Hollanda*, Comm. No. 218/1986, 29.03.1989, CCPR/C/35/D/218/1986, para. 11.3.

olmayan, başka bir ifadeyle ayrımcılık yapma yönünde açık bir kast taşımayan ve bu anlamda nötr sayılan uygulamaların, gerçekte ayrımcı bir şekilde işleyebileceği ya da ayrımcı etki doğurabileceği ihtimaline, yani dolaylı ayrımcılık biçimine, daha yakın zamanlı görüşlerinde değinmiş ve bireysel başvuru yoluyla önüne gelen ayrımcılık yasağının ihlali iddialarında bu ihtimal üzerinde de durmuştur. Böylece BM KSHS kapsamında yer alan ayrımcılık yasağının, ayrımcı kastın varlığı önem taşımaksızın etkisi ya da sonucu itibariyle ayrımcı olan durumlar, diğer bir ifadeyle dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali hali için de geçerli olduğu ortaya konulabilmiştir.

İHK, açıkça dolaylı ayrımcılık olarak adlandırmasa da, bu ayrımcılık biçimini ilk kez Karnel Singh Bhinder v. Kanada görüşünde dikkate almıştır[661]. İlgili başvuru, başvurucunun Sih dinine mensubiyeti nedeniyle kullandığı türban nedeniyle demiryollarında ifa ettiği işi sırasında koruyucu başlık takmayı reddetmesi üzerine iş akdinin sonlandırılmasının ayrımcı olduğu iddiasına dayalıdır. Başvurucu Hindistan doğumlu ve sonradan Kanada vatandaşlığına kabul edilmiş olan Bay Karnel Singh Bhinder'e göre, iş güvenliği sebebiyle getirilen koruyucu başlık kullanımına ilişkin kural, BM KSHS'nin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün düzenlendiği 18. maddesindeki din veya inanca sahip olma ve bunun gereklerini yerini getirme özgürlüğüne aykırıdır ve bu uygulamanın aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen kısıtlamalardan olmakla da meşrulaştırılması da mümkün değildir (Para. 3). İHK, ilgili başvuruyu değerlendirirken, iş sırasında koruyucu başlık kullanımına ilişkin kuralı, aynı işte çalışan herkese ayrım yapılmaksızın uygulanması sebebiyle nötr olarak nitelendirmiştir. Ancak ilgili kuralın gerçekte *(in fact)* Sih dinine mensup kişilere karşı ayrımcı bir şekilde işlediği iddiasını da dikkate alan İHK, başvurunun ayrımcılık yasağı boyutuyla, 26. madde bağlamında da incelenmesi gerektiği sonucuna varmıştır (Para. 6.1). Böylece her ne kadar dolaylı ayrımcılık ismen zikredilmese de nötr bir kuralın dahi, gerçekte ayrımcı bir etki ya da sonuç doğurabileceği ihtimali kabul edilerek, bu ihtimalin ayrımcılık yasağı boyutundan incelenebileceği somut bir olay üzerinden

---

661 Karan, a.g.e., s. 2018; Durmuş, a.g.t, s. 67. İHK'nın ilgili görüşü için bakınız: İHK, *Karnel Singh Bhinder v. Kanada,* Comm. No. 208/1986, 28.11.1989, CCPR/C/37/D/208/1986

ortaya konulabilmiştir. Bu aşamadan sonra İHK, iş sırasında koruyucu başlık kullanılmasına ilişkin kuralı, yine bir dolaylı ayrımcılık incelemesine uygun düşecek şekilde, objektif ve makul amaç taşıyıp taşımadığı yönünde değerlendirmiştir. Sonuç olarak, iş sırasında koruyucu başlık kullanılmasına ilişkin kuralın, yaralanma veya elektrik şokuna karşı koruyucu bir önlem olmakla makul ve objektif bir amaç taşıdığı kabul edilmiş ve hem 18. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün meşru kısıtlanma sebepleriyle, hem de 26. maddeyle uyumlu olduğu gerekçesiyle ilgili kural ayrımcı bulunmamıştır (Para. 6.2).

İHK, Karnel Singh Bhinder v. Kanada bireysel başvurusunda nötr adledilen bir kuralın gerçekte ayrımcılık yasağının ihlalini gündeme getirebileceğini kabul ettikten sonra, açıkça ayrımcı kasıt taşımayan yasal düzenlemelerin ayrımcılık yasağına aykırı bir etki doğurabileceğine de değinmiştir. İHK'nın Simunek ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti görüşünde ortaya koyduğu tespitine göre, 26. maddenin ihlaline ilişkin iddialarda başlıbaşına kasıt, ayrımcılık yasağına aykırılığın varlığı veya yokluğu için belirleyici sayılamaz[662]. İHK, bu tespitleriyle, dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilen ayrımcılık biçiminin "nötrlük unsurunu" örneklendirirken, bu unsur üzerinden gündeme gelebilecek ayrımcılık biçimini yine dolaylı ayrımcılık olarak adlandırmamıştır. Fakat İHK'nın nötrlük unsuruna dair ortaya koyduğu bu tespitlerinin, 18 No'lu Genel Yorumu'ndaki ayrımcılık tanımında kullandığı "etki" ifadesiyle kastedilen ayrımcılık biçimini somutlaştırdığı söylenebilir. "Etki" ifadesinin bu bağlamda kullanımı, dolaylı ayrımcılık biçiminin de Sözleşme'yle yasaklanan ayrımcılık yasağı içinde görülmesine yardımcı olmuştur[663].

İHK, Althammer ve diğerleri v. Avusturya görüşünde de, "ayrımcı etki"den kaynaklı olarak KSHS'nin 26. maddesinin ihlal edilip edilmediğini incelemiş ve dolaylı

---

[662] İHK, önceki rejim dönemindeki el koymalardan dolayı mağdur olan kişilerin mülklerinin iadelerini talep etmelerine izin veren yasal düzenlemeler içinde makul olmayan ayrımlar olmasını Sözleşme'nin 26. maddesine aykırı bulduğu bu görüşünde, sadece kanun koyucunun niyeti üzerinden hareket etmediğini belirtmiş ve ilgili yasal düzenlemelerin doğurduğu etkileri de ölçüt olarak aldığını söylemiştir (Para. 11.7). İHK'nın ilgili görüşü için bakınız: İHK, *Simunek ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti*, Communication No. 516/1992, 19.07.1995, CCPR/C/54/D/516/1992, Para. 11.7. İHK'nın aynı yöndeki bir başka görüşü için bakınız: İHK, *Adam v. Çek Cumhuriyeti*, Communication No. 586/1994, 23.07.1996, CCPR/C/57/D/586/1994, para. 12.7.

[663] Karan, a.g.e., s. 214.

ayrımcılığı ismen de anarak ayrımcı etkiyle bağlantısını tespit etmiştir.[664] Başvuru, Sosyal Sigortalar Müdürlüğü'nden emekli olan 11 başvurucu tarafından, aktif olarak çalışanlarla birlikte aldıkları aylık 220 ATS hane halkı ödeneği ile 27 yaşından küçük her çocuk için 260 ATS çocuk ödeneğine ilişkin düzenlemelerin, 1996 yılında hane halkı ödeneğinin kaldırılması, yine 27 yaşından küçük her çocuk için verilecek ödeneğin 380 ATS'ye çıkartılmak suretiyle değiştirilmesinin, emeklilere karşı ayrımcı olduğu iddiasıyla yapılmıştır. Başvurucular aylık yardım ödeneklerine ilişkin düzenlemelerde yapılan değişikliğin, her ne kadar tarafsız görünse de, hane halkına bakan kişi konumunda olan ve bakmakla yükümlü 27 yaşından küçük çocuğu olmasa bile bir eşe sahip olan çoğu emeklinin durumu dikkate alındığında olumsuz etki yarattığı bahsiyle KSHS'nin 26. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir (Para. 2.2). Başvuruculara göre, emeklilere yapılan yardım ödeneğini böylece tamamen ortadan kaldıran ilgili değişiklik, aktif çalışanlara göre emeklileri daha olumsuz etkilemiştir ve bu olumsuz etki öngörülebilirdir ve kasten yapılmıştır (Para. 3.1).

İHK, ilgili başvuruyu değerlendirmeye geçmeden önce, 26. maddenin ihlalinin, görünüşte nötr olan veya ayrımcı kasıt içermeyen bir kural ya da ölçütün ayrımcı etki doğurması sonucunda da gerçekleşebileceğini hatırlatır[665]. İHK, bu şekilde gerçekleşebilecek bir dolaylı ayrımcılığın da bir kural ya da karar, belirli bir ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statüyle tanımlanabilecek bir gruba mensup kişiler için, yani sadece 26. maddede sayılmış olan temellere dayalı olarak, dışlayıcı olduğunda ya da olumsuz etki doğurduğunda gündeme gelebileceğini belirtir[666]. Bunun yanında, İHK böyle bir etkiye sahip kural ya da kararların, objektif ve makul bir şekilde

---

[664] İHK, *Althammer et al v. Avusturya*, Comm. No. 998/2001, 08.08.2003, CCPR/C/78/D/998/2001.

[665] İHK, bu noktada Simunek et al. v. Çek Cumhuriyeti görüşünün 11.7 Paragrafına ve 18 No'lu Genel Yorumu'na göndermede bulunmuştur.

[666] Sözleşme'nin 26. maddesinde ayrımcılık temellerinin tüketici bir şekilde sayılması dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmayı zorlaştırmıştır. Hatta 26. madde kapsamında bir dolaylı ayrımcılık iddiasının, ancak nötr bir şekilde kaleme alınmış bir kuralın, 26. maddede açıkça belirtilen ayrımcılık temellerinden biriyle nitelenebilecek bir grubun mensupları üzerinde olumsuz etki doğurması durumunda ileri sürülebileceği sonucuna bile varmak mümkündür. Bakınız: Schiek, a.g.e., s. 337-338. göre, İHK'nın dolaylı ayrımcılık kavramını ilk kez Althammer ve diğerleri v. Avusturya görüşünde tanımladığını belirten başka bir görüşe göre de, İHK, doğrudan ayrımcılık incelemelerinde ayrımcılık temelleri açısından ucu açık bir yaklaşım benimserken; bu dolaylı ayrımcılık incelemesinde KSHS'nin 26. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleriyle sınırlı bir inceleme yapmıştır. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 218.

gerekçelendirilmeleri halinde ayrımcı sayılamayacaklarını da söyler. İlgili başvuruyu bu tespitlerle değerlendiren İHK'ya göre, aylık hane halkı ödeneğinin kaldırılması sadece emekliler için olumsuz etkiye sahip değildir ve bu yeni düzenleme, belirtilen yaş aralığındaki bir çocuğa sahip olmayan aktif çalışanları da olumsuz etkiler niteliktedir. Nihayetinde İHK, başvuruculaın iddialarını desteklemek üzere, emeklilerin aktif çalışanlara göre daha olumsuz etkilendiğini gösteren bir veri de sunmadıklarını; nitekim böyle bir veri sunulsa bile aylık yardım ödeneğine ilişkin düzenlemelerdeki değişikliğin objektif ve makul bir gerekçeye sahip olduğunu söyleyerek ilgili değişikliklerin 26. maddeyle düzenlenen ayrımcılık yasağına olmadığı sonucuna varmıştır (Para. 10.2).

İHK, Althammer ve diğerleri v. Avusturya görüşündeki dolaylı ayrımcılık yasağı incelemesinin aksini, dolaylı ayrımcılık yasağını ismen de anmak suretiyle tanımladığı Cecelia Derksen v. Hollanda görüşünde[667] ortaya koymuştur[668]. 22 Şubat 1995 tarihinde evlilik dışı beraberlik yaşadığı partnerini kaybetmiş olan Cecelia Derksen, 21 Nisan 1995 tarihinde doğan çocuğunun ve kendisinin, dul ve yetim yardımlarından yararlanamamalarının KSHS'nin 26. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle İHK'ya başvurmuştur. Derksen, 1 Temmuz 1996 tarihinde yürürlüğe giren ve eski kanunun aksine sağ kalan partnerin dul yardımı alması için aralarında evlilik birliği kurulmuş olması şartını aramayan yasal düzenleme temelinde dul ve yetim aylığı alma başvurusunun partnerinin kanunun yürürlüğe girme tarihinden önce vefat etmiş olması nedeniyle reddinin hem kendisi için hem de çocuğu için ayrımcı olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, mevcut durumda, evli ya da evli olmayan ebeveynlerinden biri 1 Temmuz 1996'dan önce ölen ve 1 Temmuz 1996'dan sonra ölen yetim çocuklara sergilenen muamele eşitsizdir. Başvuruyu inceleyen, İHK, evli ya da evli olmayan ebeveynlerinden biri 1 Temmuz 1996'dan önce ölen ve 1 Temmuz 1996'dan sonra ölen yetim çocukların durumunu tamamen eşit olarak kabul ederek, bu iki gruptaki yetim çocuklara sergilenen muameleyi eşitsiz olarak nitelendirmiştir. KSHS'nin 26. maddesinin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı yasakladığını belirten İHK'ya göre, dolaylı ayrımcılık, hiçbir ayrımcı kasıt içermeyen görünüşte nötr olan bir kural ya da ölçütün belirli bir kişi grubu için dışlayıcı ya da orantısız olumsuz

[667] İHK, *Cecelia Derksen v. Hollanda*, Comm. No. 976/2001, 15.07.2004, CCPR/C/80/D/976/2001.
[668] Schiek, a.g.e., s. 338.

etki doğurması sebebiyle ayrımcı bir sonuç yaratması durumuyla ilişkili bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlanmıştır.

İHK, Cecelia Derksen v. Hollanda görüşünde, evli ya da evli olmayan ebeveynlerinden biri 1 Temmuz 1996'dan önce ölen çocukların 26. maddede sayılmış olan bir temelde ayrımcılığa uğradıklarını kabul etmesi dikkat çekicidir. Bazı yorumlara göre, İHK'nın bu durumdaki kişilerin 26. maddede sayılmış temellerden birini paylaşıyor olmalarını kabulü, önceki görüşlerinden keyfi bir şekilde ayrıldığını gösterir[669]. Öte yandan, İHK Cecelia Derksen v. Hollanda görüşünde yaptığı dolaylı ayrımcılık tanımında nötr bir kural ya da ölçüt unsurunu, ayrımcı kasıt içermemekle nitelendirmiş ve bu suretle dolaylı ayrımcılığı kasıtsız ayrımcılık biçimiyle eş tutmuştur. Böylece, Cecelia Derksen v. Hollanda görüşünde ayrımcı kastın yokluğu, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali için muhakkak gerekli bir unsur sayılmıştır[670].

İHK, incelenen bu görüşlerinde, dolaylı ayrımcılık biçimini gerçekte ve etkisi ya da sonucu itibariyle gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda, İHK'nın dolaylı ayrımcılıkla ilgili incelemesini gerçekte ve etkisi ya da sonucu itibariyle gündeme gelen olumsuz etki üzerinden kurduğu söylenebilir. Ancak İHK, 2004 tarihli başka bir görüşünde, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın farklı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmada hataya düşülmesi durumunda da gündeme gelebileceğinden bahsetmiştir. Başvuruculaların, mülklerinin kırsal arazide ya da bina arazisinde bulunuşuna göre belirlenen vergi oranlarının, 26. maddeye aykırı bir durum oluşturduğu iddiasında bulundukları söz konusu Pohl ve diğerleri v. Avusturya görüşünde[671] İHK, dolaylı ayrımcılığı, yine ismen anmak suretiyle, bu kez farklı muamele üzerinden tanımlamıştır. İHK ilgili başvuruda iddia edilen ayrımı kabul etmeyerek dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık tespitinde bulunmamışsa da, dolaylı ayrımcılığı, farklı durumdakilere farklı davranmada hataya düşülmesi durumuyla ilişkili

---

[669] İHK'nın bu noktada, Althammer ve diğerleri v. Avustralya görüşüyle çelişkili bir dolaylı ayrımcılık incelemesi ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Bakınız: Schiek, a.g.e., s. 338.

[670] İHK'nın bu görüşünde, ayrımcı kastın yokluğunu, nötrlük unsurunu destekleyici biçimde kullanarak dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini gösterecek bir gerekçe oluşturamayacağını belirtmesi sebebiyle Althammer ve diğerleri v. Avusturya görüşünden ayrıldığı ifade edilmiştir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 64,65.

[671] İHK, *Pohl et al. v. Avusturya,* Comm. No. 1160/2003, 23.08.2004, CCPR/C/81/D/1160/2003

olarak ortaya çıkan olumsuz sonuçlar belirli bir ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statüyle tanımlanabilecek bir gruba mensup kişiler için dışlayıcı olduğunda ya da bu kişileri olumsuz etkilediğinde ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır[672].

İHK, incelenen görüşlerinin çoğunda, açıkça dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmamışsa da görüşlerinde kullandığı dolaylı ayrımcılık yasağını oluşturan unsurları içeren ifadeleri, BM KSHS sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin ilk tespitleri örnekler. İHK'nın incelenen bu erken dönem sayılabilecek görüşlerinde, dolaylı ayrımcılığa dair tutarlı bir yaklaşım sergilediğini söylemek zordur. Bu anlamda, İHK'nın, dolaylı ayrımcılığa ilişkin benimsediği tanımlar da farklı bir şekilde oluşturulmuş; dolaylı ayrımcılık hem olumsuz etki hem de farklı muameleden kaynaklı olarak ortaya çıkabilecek bir ayrımcılık biçimi olarak kabul edilmiştir. Ancak İHK, farklı durumdakilere farklı davranmada hataya düşülmesi suretiyle gündeme gelen ayrımcılık iddialarını, her ne kadar dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirse de; sonuç olarak bu türden ayrımcılık iddialarının, ayrımcılık yasağı açısından bir ihlal oluşturmadığı görüşünde olması da dikkat çekicidir. İHK'nın dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddiaları üzerine oluşturduğu bu yöndeki görüşlerinde ihlal tespit ettiğinde de, 26. maddeyi tek başına ihlal edilebilen bir madde olarak değerlendirmemiş ve Sözleşme'deki maddi bir hakkın ihlal edildiği sonucuna varmayı tercih etmiştir[673].

Sonuç olarak, dolaylı ayrımcılık biçimi üzerine farklı tanımlar geliştirse de, İHK'nın yukarıda incelenen görüşlerinde, dolaylı ayrımcılığı, bir kural, uygulama ya da

---

[672] İHK, Pohl ve diğerleri v. Avusturya görüşünde, ayrımcılık iddiasını reddederken ayrıca ayrımcılık temellerine de değinmiştir. İHK'ya göre, her ne kadar "ikamet" 26. maddede ayrımcılığın yasaklandığı temellerden biri olarak kabul edilebilse de; başvuru kapsamında kırsal arazide arsa sahibi olma ya da bina arazilerinde arsa sahibi olma temelinde bir ayrımı kabul etmek mümkün değildir (Para. 9.4).

[673] İHK, *Ranjit Singh v. Fransa* (Comm. No. 1876/2009, 27.09.2011, CCPR/C/102/D/1876/2009) ve *Shingara Mann Singh v. Fransa* (Comm. No.1928/2010, 26.09.2013, CCPR/C/108/D/1928/2010) görüşlerinde Sözleşme'nin 18. maddesinde düzenlenen din özgürlüğünün; *Toonen v. Avustralya* (Comm. No. 488/1992, 31.03.1994, CCPR/C/50/D/488/1992) ve *Raihman v. Latvia* (Comm. No. 1621/2007, 28.10.2010, CCPR/C/100/D/1621/2007) görüşlerinde Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. İHK'nın olumsuz etki ve farklı muamele kaynaklı dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin görüşleri çerçevesinde, tutarsız bir yaklaşım sergilediğini ortaya koyan ayrıntılı bir inceleme için bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 67-73.

ölçütün uygulanmasıyla ortaya çıkan etki ya da sonuç itibariyle gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak belirlediğini söylemek mümkündür.

2.2.1.2. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

BM ESKHS kapsamında, İHEB'te sadece altı maddeyle ilan edilmiş olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar[674], daha geniş ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir[675]. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara da sözleşme formunda bağlayıcılık kazandıran bu Sözleşme'de ayrıca, taraf devletlerin uymaları gereken yükümlülükler de öngörülmüştür. Bu kapsamda ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için geçerli olacak ayrımcılık yasağına da Sözleşme'de taraf devletlerin uyması gereken bir yükümlülük olarak yer verilmiştir[676].

ESKHS sisteminde, Taraf devletler için öngörülen çeşitli yükümlülükler yanında, Sözleşme'yle güvence altına alınan hakların uygulanabilirliğini güçlendirmek adına çeşitli denetim mekanizmaları da vardır. Bu doğrultuda ESKHS'nin Dördüncü Bölümü'nde, BM örgütünün anayasal organlarından biri olan Ekonomik ve Sosyal Konsey[677] Sözleşme'nin resmi denetim organı olarak belirlenmiş ve Taraf devletler için de dönemsel raporlara dayalı bir denetim mekanizmasına yer verilmiştir. Ekonomik ve

---

[674] İHEB'le ilan edilen sosyal hakları şöyle belirlemek mümkündür: s.sosyal güvenlik (m.22); çalışma hakkı, işsizliğe karşı korunma hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı, adil ücret hakkı, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı (m.23), dinlenme ve ücretli izin hakkı (m.24); beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı, ana ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakkı (m.25); eğitim hakkı (m.26). Bakınız: Aybay, a.g.m.

[675] Sosyal hakların *en genel ifadesi*ni yansıtan bir belge olarak nitelenen ESKHS kapsamında düzenlenen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şunlardır: Çalışma hakkı, herkesin kendi seçtiği işte çalışarak geçimini sağlama hakkı (m. 6); adil ve uygun işte çalışma, asgari gelir, eşit işe eşit ücret, dinlenme, ücretli izin hakları (m. 7); sendika kurma, sendikaya katılma ve grev hakkı (m. 8); sosyal güvenlik hakkı (m. 9); ailenin, anne, çocuk ve gençlerin korunma hakkı (m. 10); beslenme, giyinme, barınma, yaşama koşullarının sürekli geliştirilmesi haklarının dâhil olduğu yeterli yaşama standardı hakkı; (m. 11); en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkı (m. 12); eğitim hakkı kapsamında zorunlu ve ücretsiz ilköğretim hakkı, orta ve yüksek öğretime girişlerin kolaylaştırılması hakkı ile öğretmenlerin maddi koşullarının iyileştirilmesi hakkı (m. 13); taraf devletlerin zorunlu ilköğretim sağlama yükümlülüğü (m. 14). Sözleşme'nin ilk maddesinde self determinasyon hakkına yer verilirken; 15. maddesinde de kültürel yaşama katılma hakkı düzenlenmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Umut Omay, *Sosyal haklar: Kısa ve eleştirel bir bakış,* İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 13 vd.

[676] "Genel Hükümler" başlığı altında Sözleşme'nin İkinci Bölümü'nde düzenlenen bu yükümlülükler, Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı (m. 2); Cinsiyet eşitliği (m. 3); Hakların sınırlanması (m. 4); Hakları kötüye kullanma yasağı (m.5) başlıklı maddeler altında düzenlenmiştir.

[677] Ekonomik ve Sosyal Konsey BM Şartı'nın 61. ila 72. maddeleriyle arasındaki düzenlemelerle, BM Örgütü'nde ekonomik ve sosyal etkinlikleri düzenleyen organ olarak belirlenmiştir. Bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 5-6.

Sosyal Konsey, Taraf devletlerce sunulan raporların incelenmesinde kendisine yardım etmek üzere öncelikle bir Çalışma Grubu oluşturmuş; daha sonra ESKHS'nin Dördüncü Bölümü'nde kendisi için öngörülmüş olan Sözleşme'nin uygulanmasını izleme fonksiyonunu yerine getirmek üzere Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (ESKHK) kurulmasına karar vermiştir[678]. ESKHS sistemindeki "fiili denetim organı" olan ESKHK[679], kuruluşundan sonra dönemsel raporları inceleyen[680]; bu raporları değerlendirerek hazırladığı nihai gözlem raporlarıyla[681] ilgili taraf devletlere

---

[678] Ekonomik ve Sosyal Konsey "Sözleşmenin Uygulanmasını İncelemekle Görevli Hükümet Uzmanları Çalışma Grubu" adı altında Çalışma Grubu'nu E/RES/1981/158 sayılı kararıyla; ESKHK'yi de Res. 1985/17 sayılı kararıyla kurmuştur. Komite'nin oluşumu hakkında genel bilgi için Ekonomik ve Sosyal Konsey'in ilgili kararına Bakınız: ECOSOC, 1985/17, Review of the Composition, Organisation and Administrive Arrangement of Sessional Working Group of Governmental Experts of the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/RES/1985/17 (28 May 1985). 1985 yılında kurulan ESKHK, ilk toplantısını 1987 yılında gerçekleştirmiştir. ESKHS'ye özgü denetim mekanizması bağlamında Ekonomik ve Sosyal Konsey'in oluşturduğu Çalışma Grubu'ndan Komite'ye doğru tarihsel bir inceleme için bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 232-233. ESKHK'nin kuruluşuyla ilgili genel bilgiler ve karşılaşması muhtemel görülmüş olan zorluklara ilişkin yapılmış açıklamalar için bakınız: Philip Alston (1987), "Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 3 (Aug., 1987), ss. 332-381. Komite'nin ortaya çıkışı, niteliği ve üyelerinin seçimi hakkında genel bilgi ayrıca Bakınız: UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Fact Sheet No. 16 (Rev.1), The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, May 1996, No. 16 (Rev.1), s.14, https://www.refworld.org/docid/4794773cd.html (Erişim Tarihi: 19.10.2019).

[679] ESKHS'nin taraf devletlerce uygulanmasını izleyen bağımsız uzmanlardan oluşan bir organ olarak tanımlanabilecek ESKHK Sözleşme'ye özel bir denetim organı değildir ve ESKHS'deki hakların yerine getirilmesini konusunda resmi denetim organı Ekonomik ve Sosyal Konsey'dir. Bu doğrultuda ESKHK, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e bağlı bir organ olarak değerlendirilir. Bakınız: Ben Saul, David Kinley ve Jacqueline Mowbray, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials, London, Oxford University Press, 2014, s. 4. ESKHK, ESKHS sistemindeki "fiili denetim organı" olarak da nitelendirilir. Bakınız: Ayşen Seymen Çakar, Sosyal Hakların Gerçekleştirilebilirliği, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018, s. 132.

[680] Dönemsel raporlar, Taraf Devletlerin, Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca, Sözleşme'de tanınan hakların yerine getirilmesi yönünde aldıkları kabul ettikleri tedbirler ile kaydedilen gelişmeleri göstermek üzere, Sözleşme'ye taraf olmalarını izleyen ilk iki yılın sonunda ve daha sonra da her beş yılda bir sunmakla yükümlü oldukları raporlardır. Dönemsel raporların incelenmesi yöntemi için bakınız: UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Fact Sheet No. 16 (Rev.1), The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, May 1996, No. 16 (Rev.1), s.15-16, https://www.refworld.org/docid/4794773cd.html (Erişim Tarihi: 19.10.2019).

[681] Nihai gözlem raporlarını, Komite'nin, taraf devletlerin Sözleşme'yle uyumlarını değerlendirdiği kararları olarak nitelendirmek mümkündür. Nihai gözlem raporlarında belirtilen kaygı ve tavsiyelerin, teknik anlamda, hukuki bağlayıcılığı yoktur; ancak taraf devletler, Komite'nin nihai gözlem raporlarını dikkate alarak, uygulamalarında ve yasal düzenlemelerinde kimi değişikliklere gitmiştir. Nihai gözlem raporları hakkında genel bilgi ve bu raporların içeriği için bakınız: UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Fact Sheet No. 16 (Rev.1), The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, May 1996, No. 16 (Rev.1), s.16-17, https://www.refworld.org/docid/4794773cd.html (Erişim Tarihi: 20.10.2019). Türkiye'nin ESKHS kapsamında 2008 yılında sunduğu ilk raporuna dair değerlendirmenin yapıldığı Komite'nin 12 Temmuz 2011 tarihli nihai gözlem raporu için bakınız: UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the*

Sözleşme'nin uygulanmasıyla ilişkili kaygı ve tavsiyelerini ileten bir organ olarak çalışmalarına devam etmiştir. ESKHK ayrıca Genel Yorumlar ile Sözleşme'deki düzenlemelere açıklık getirmiştir[682]. 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren ESKHS'ye Ek İhtiyari Protokol ile ESKHK'ye, bireysel başvuruları ve devletlerarası başvuruları kabul etme ve değerlendirme, soruşturma usulünü yürütme ve talep üzerine telafisi olanaksız zararları önlemek üzere, istisnai şartlarda gerekli olabilecek geçici önlemleri alma yetkileri de tanınmıştır[683].

ESKHS sisteminde, ayrımcılık yasağı taraf devletlerin uyması gereken bir yükümlülük olarak düzenlendiği için, devletlerin ayrımcılık yasağıyla ilgili uygulamaları da öngörülen bu denetim mekanizmaları aracılığıyla ESKHK eliyle değerlendirilir. ESKHS sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağı da aşağıda bu kapsamda incelenecektir. Bu incelemede ilk olarak KSHS'dekine benzer şekilde doğrudan ve

---

Covenant: Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Turkey, E/C.12/TUR/CO/1, https://www.refworld.org/docid/52d671ce4.html (Erişim Tarihi: 21.10.2019)

[682] ESKHK'nin, 1988 yılından itibaren, Sözleşme'deki haklara ve düzenlemelere açıklık getirmek ve böylelikle Sözleşme'nin uygulanırlığını sağlamak ile Sözleşme'ye taraf olmayan devletlere de Sözleşme'yi tanıtmak adına hazırladığı genel yorumların bütünü için bakınız: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11 (Erişim Tarihi: 19.10.2019). ESKHK tarafından hazırlanan Genel Yorumlar hukuken bağlayıcı olmasa da; ESKHS'nin normatif içeriğini göstermek adına iyi bir kaynak sayılır. Saul vd., a.g.e., s. 5.

[683]Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 2008 tarih ve 63/117 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 24 Eylül 2009 tarihinde imzaya açılmış; 18. maddesi uyarınca, 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ekim 2019 tarihi itibariyle 25 devlet bu Ek Protokol'e taraftır. Bu devletler şunlardır: Arjantin, Belçika, Bolivya, Bosna Hersek, Yeşil Burun Adaları (Kape Verde), Kosta Rika, Orta Afrika Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Finlandiya, Fransa, Gabon Cumhuriyeti, Honduras, İtalya, Lüksemburg, Moğolistan, Karadağ, Nijerya, Portekiz, San Marino Cumhuriyeti, Slovakya, İspanya, Uruguay, Venezüela Bolivar Cumhuriyeti. ESKHS'ye Ek Protokol'e taraf olan bu devletler için bireysel başvuru yolu işletilebilir. ESKHS'ye Ek Protokol ile getirilen bireysel başvuru yolunu işletme imkânı kişi veya kişi gruplarının kendilerine veya onlar adına başvuracak kişilere tanınmıştır. ESKHS'ye Ek Protokol'ün kolektif şikayete izin verip vermediği açık değildir; bu anlamda STK'ların kişi ya da kişi gruplarının mağduriyetleri temelinde ESKHK'ye başvuruları hakkında ESKHS'ye Ek Protokol'ün sessiz kaldığı söylenebilir. ESKHK'nin bireysel başvuruları kabul etme ve değerlendirme yöntemleri için bakınız: Lilian Chenwi, "Correcting the historical asymmetry between rights: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights." *African Human Rights Law Journal*, *9*(1), 2009, s. 33-37, http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996209620090001000003&lng=en&tlng=en. (Erişim Tarihi: 20.10.2019). ESKHS'ye Ek Protokol'ün 5. maddesine göre de ESKHK bu devletlerden telafisi olanaksız zararları önlemek üzere geçici önlemler almalarını talep edebilir. ESHKS'ye Ek Protokol'ün 10. maddesinde düzenlenen devletlerarası başvuru ve 11. maddesinde düzenlenen soruşturma usulünün işletilebilmesi için ise sadece ESKHS'ye Ek Protokol'e taraf olmak yeterli değildir; bu denetim mekanizmalarını kabul eden devletlerin ayrıca bir tanıma beyanıyla ESKHK'nin devletlerarası başvuruları kabul etme ve değerlendirme ile soruşturma usulünü yürütme yetkisini de tanıması gerekir.

dolaylı ayrımcılık ayrımı yapılmaksızın ve dolaylı ayrımcılık yasağına özgü bir düzenlemeye yer verilmeksizin öngörülen ESKHS sistemindeki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin neler olduğuna bakılacaktır. Sonra da ESKHK'nin genel yorumlarında ve nihai gözlem raporlarında ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek açıklamaları değerlendirilerek, ESKHS kapsamındaki dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemelerin çerçevesi çizilecektir. Bu değerlendirme sonrasında, ESKHK'nın önüne gelen somut şikayetler karşısında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili görüşleri sunulacak; böylece ESKHS sisteminde dolaylı ayrımcılık kavramının anlamı ve dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin değerlendirmenin nasıl yapıldığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2.2.1.2.1. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları

ESKHS metninde ayrımcılık yasağı, ilk olarak, Sözleşme'nin genel hükümlerinin ve taraf devletlerin yükümlülüklerinin yer aldığı İkinci Bölümü'nde düzenlenmiştir. Bu Bölüm'ün ilk düzenlemesi olan ikinci maddenin ilk fıkrasında Sözleşme'yle güvence altına alınan hakların taraf devletlerin imkânları doğrultusunda aşamalı olarak sağlanacağı düzenlenmiş; bunu takiben ikinci fıkrasında da devletlerin ayrımcılık yasağıyla ilişkili bir yükümlülüğüne değinilmiştir. Buna göre ESKHS'ye taraf devletler, "Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü bakımından herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanması" ile yükümlüdürler. Aynı maddenin ilk fıkrasının aksine, ikinci fıkrada ayrımcılık yasağına ilişkin yükümlülüğün "aşamalı olarak" sağlanacağına dair bir ifadenin bulunmayışı; Sözleşme'deki maddi haklar bakımından geçerli olan ayrımcılık yasağının derhal yürürlüğe gireceğini gösterir[684]. Bu anlamda, Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen bu düzenlemeyle,

[684] Komite de Sözleşme'nin 2. maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağıyla, taraf devletlerin imkânları doğrultusunda aşamalı olarak sağlayacağı türden bir yükümlülüğün değil derhal yürürlüğe girecek bir yükümlülüğün düzenlendiğini ifade etmiştir. Komite'nin bu yöndeki açıklamaları için bakınız: UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 14 December 1990, E/1991/23, para.1 ve 9, https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html (Erişim Tarihi: 24.10.2019).

taraf devletler için Sözleşme'yle tanınan haklara ilişkin ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına somut ve acil yükümlülükler öngörüldüğünden de bahsedilebilir[685].

Sözleşme kapsamında tanınan haklar bakımından geçerli olan bu genel ayrımcılık yasağı düzenlemesinden sonra, Sözleşme'nin "Cinsiyet Eşitliği" başlıklı üçüncü maddesinde de taraf devletlerin kadın ve erkeklerin Sözleşme'deki tüm haklardan eşit biçimde yararlanmalarını sağlamaya ilişkin yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bu düzenlemedeki yükümlülük de Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasındakindekine benzer şekilde derhal yürürlüğe girecek niteliktedir[686]. Genel ayrımcılık yasağı düzenlemesini takiben cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının tekrar vurgulandığı bu düzenlemede, ayrımcılığı yasaklamak yönündeki yükümlülük yanında kadın ve erkeklere hukuken eşit haklar sağlanmasına ilişkin bir yükümlülük de öngörülmüştür. Bu anlamda, bu düzenlemenin, ayrımcılık yasağının genel olarak düzenlendiği ikinci maddenin ikinci fıkrasındakinden daha öte seviyede yükümlülükler öngördüğü kabul edilir[687].

Sözleşme'deki hakların geneli bakımından geçerli olan taraf devletlerin belirtilen bu yükümlülükleri yanında, çalışma haklarının düzenlendiği yedinci maddede ayrıca eşit işe eşit ücret ilkesine de yer verilmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin maddi haklara ilişkin

---

[685] Vandenhole, a.g.e., s. 23; Saul vd., a.g.e., s. 174.

[686] Komite'nin bu yöndeki açıklaması için bakınız: UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, 11 August 2005, E/C.12/2005/4, para. 16, https://www.refworld.org/docid/43f3067ae.html (Erişim Tarihi: 24.10.2019).

[687] Nitekim Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında genel ayrımcılık yasağının düzenlendiği m.2/2'de zaten cinsiyet temelli ayrımcılık da yasaklandığı için özel bir cinsiyet temelli ayrımcılık yasağı düzenlemesine yer verilmemesi yönünde tartışmalar sırasında; cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına ilişkin ayrı bir düzenlemenin yapılmasından yana olan çoğunluğa göre cinsiyetler arası eşitliğin sağlanması için sadece cinsiyet temelli ayrımcılığın yasaklanması yeterli olmayıp; taraf devletler için bu eşitliği gerçekte etkili hale getirmeleri yönünde de bir yükümlülük öngörülmelidir. Bakınız: Magdalena Sepulveda, The Nature of Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Antwerpen, Intersentia, 2003, s. 404. Komite'ye göre üçüncü madde bu anlamda, taraf devletler için, hukuk önünde eşitlik *(equality before law)* yanında hukuk içinde eşitliğin *(equality in law)* sağlanması yönünde de yükümlülükler öngörür. Hukuken eşitlik ilkesi *(The principle of equality in the law)* yasaların kadınların ve erkeklerin eşit ekonomik, sosyal ve kültürel haklara sahip olacakları şeklinde düzenlenmesini gerektirirken; hukuk önünde eşitlik ilkesi *(The principle of equality before law)* idari makamların ve yargı organlarının uyması gereken bir ilke olup, bu kurumların yasaları kadınlara ve erkeklere eşit olarak uygulamasını gerektirir. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, 11 August 2005, E/C.12/2005/4, para. 2 ve 9, https://www.refworld.org/docid/43f3067ae.html (Erişim Tarihi: 25.10.2019).

düzenlemelerinde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların öznesinin "herkes" olarak belirlenmesi sebebiyle de, ayrımcılık yasağının bu düzenlemelerde de içkin olduğunu belirtmek gerekir.

ESKHS kapsamında ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek bu düzenlemeler arasında, Sözleşme'deki haklarla sınırlı olmayan, hukuken tanınmış tüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için koruma öngören genel ve bağımsız nitelikli bir düzenlemeye yoktur. Dolayısıyla, ESKHS'ye taraf devletlerin uyması gereken ayrımcılık yasağının da ESKHS ile tanınan hakların tamamlayıcısı niteliğinde olduğu kabul edilir[688]. Bu nedenle ESKHS kapsamında bir ayrımcılık yasağı ihlali iddiası yalnızca Sözleşme'de düzenlenen bir maddi hakla bağlantılı olarak gündeme gelebilir; başka bir ifadeyle ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin iddialar da muhakkak Sözleşme'deki bir maddi hakla ilişkilendirilmelidir[689]. Ancak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmak için bağlantılı olarak incelenen maddi hakkın da aynı zamanda ihlal edilmiş olması aranmaz. Bu doğrultuda, ayrımcılık yasağına aykırı durumun Sözleşme'yle düzenlenen maddi hakkın konusu kapsamında olması ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermek için yeterli sayılır[690].

Sözleşme kapsamında, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için böylece yasaklanmış olan ayrımcılığa ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Sözleşme'yle yasaklanan ayrımcılıktan ne anlaşılması gerektiği ve bu ayrımcılık yasağının kapsamı, KSHS sistemindekine benzer şekilde yine Sözleşme'nin taraf devletlerce uygulanmasını denetlemek üzere kurulan Komite olan ESKHK tarafından belirginleştirilmiştir.

ESKHK, ayrımcılık yasağına ilişkin ilk görüşlerini, Sözleşme'deki maddi haklara ilişkin hazırladığı genel yorumlarında ortaya koymuştur. Komite, bu genel yorumlarında

---

[688] ESKHS'yi, Sözleşme'de tanınan haklarla sınırlı olmayan, genel ve bağımsız nitelikli bir ayrımcılık yasağı öngören 26. madde düzenlemesini içeren KSHS ile karşılaştırmak için yukarıda, *"2.2.1.1. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[689] ESKHK'nin bu konuyla ilgili açıklamaları için ayrıca Bakınız: UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, 11 August 2005, E/C.12/2005/4, para. 2, https://www.refworld.org/docid/43f3067ae.html (Erişim Tarihi: 24.10.2019).

[690] Vandenhole, a.g.e., s. 22; Sepulveda, a.g.e., s.380-381.

Sözleşme'de herkesin hakları olarak kaleme alınmış ekonomik, sosyal ve kültürel hakların herhangi bir ayrımcılık uygulanmaksızın sağlanması gerektiğini belirterek; bu hakların ayrımcılığa uğramama hakkını da içerdiğini onaylamıştır[691]. Komite, Sözleşme'deki maddi haklara ilişkin bu genel yorumlarında ayrımcılık kavramına ve ayrımcılık yasağına ilişkin bir tanıma yer vermese de; Komite'nin kullandığı ifadeler Sözleşme'yle öngörülen ayrımcılık kavramının ve yasağının kapsamına ilişkin fikir verir niteliktedir. Komite, "Engelli Kişiler" başlıklı 5 No'lu Genel Yorumu'nda açıkça "engelli kişilere karşı *de jure* ve *de facto* ayrımcılık" ifadelerini kullanmış ve engellilere karşı ayrımcılığın "eğitim imkânlarından yoksun bırakma, toplum dışına itme, fiziksel ve sosyal engellerle karşı karşıya bırakarak tecrit etme gibi daha dolaylı ayrımcılık biçimleri" formunda da gündeme gelebileceğinden bahsetmiş[692]; diğer genel

---

[691] Komite'nin Sözleşme'deki maddi haklar bağlamında ayrımcılık yasağıyla ilgili genel yorum örnekleri için bakınız: UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant), 13 December 1991, E/1992/23, para. 6 ve 9; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 7: The right to adequate housing (Art.11.1): forced evictions, 20 May 1997, E/1998/22, para. 10,17; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 12: The right to adequate food (Art.11), 12 May 1999, E/C.12/1999/5, para. 3,18,19,26; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant), 8 December 1999, E/C.12/1999/10, para. 6(b)(i), 30,31,35,37; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4, para. 12(b)(i); 18,21,22; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant), 20 January 2003, E/C.12/2002/11, para. 1, 13,15,17 vd; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), 12 January 2006, E/C.12/GC/17, para. 19-21,49; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant), 6 February 2006, E/C.12/GC/18, para. 12(b)(i),13,16-19 vd; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9 of the Covenant), 4 February 2008, E/C.12/GC/19, para. 2,4,29,30,32 vd; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 21 December 2009, E/C.12/GC/21, para. 16(b), 21-24, 33 vd; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment no. 22, The right to sexual and reproductive health (art. 12 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2 May 2016, E/C.12/GC/22, para. 2,5-10 vd; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment no. 23, The right to just and favourable conditions on work (art. 7 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 27 April 2016, E/C.12/GC/23, para. 3,5,13,16,23 vd.

[692] Komite'nin 5 No'lu Genel Yorumu'nun ilgili 15. Paragrafının Türkçe çevirisi için bakınız: Uyar, 2006: s. 157. İlgili genel yorumun tamamı için bakınız: UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 5: Persons with Disabilities,* 9 December 1994, E/1995/22 https://www.refworld.org/docid/4538838f0.html (Erişim Tarihi: 24.05.2019)
Komite'nin de jure ve de facto ayrımcılığa değindiği diğer genel yorumları için bakınız: CESCR, *General Comment No. 13, para. 32, 37,59;* CESCR, *General Comment No. 14,* para. 50; CESCR, *General Comment No. 15,* para. 14

yorumlarında da ayrımcılığın hem hukuken *(in law)*, hem de gerçekte *(in fact)* yasaklanmasına değinmiştir[693]. Komite'nin belirtilen ifadeleri, ayrımcılığı sadece yasal düzenlemeler bağlamında değil, gerçek durum ya da gerçekteki etkileri açısından da dikkat edilmesi gereken bir olgu olarak koyduğunu gösterir. Ayrıca Komite'nin ayrımcılığın her zaman açık (*overt*) bir şekilde gündeme gelmeyeceği[694]; kişilerin haklardan eşit olarak yararlanamamasının açık ayrımcılıktan kaynaklı olduğu kadar, örtülü (*covert*) ayrımcılıktan kaynaklanabileceğine dair yorumu da[695] Komite'nin kabul ettiği ayrımcılık biçimleri hakkında fikir verir.

Komite'nin belirtilen ifadeleri dolayısıyla ayrımcılığı sadece doğrudan ayrımcılık biçimiyle sınırlı bir şekilde algılamadığı; Sözleşme'deki maddi haklar bakımından dolaylı ayrımcılık biçiminin de gündeme gelebileceğini kabul ettiğini söylemek mümkündür. Ayrıca, Komite'nin Sözleşme'deki maddi haklardan yararlanmada sadece şekli ya da hukuki eşitlikle sınırlı olmayan, maddi eşitliği de kapsayan bir eşitlik anlayışında olduğunu gösteren ifadeleri de Sözleşme kapsamına hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasağının dahil olduğunu gösterir[696]. Nitekim ESKHK daha yakın tarihli genel yorumlarında açıkça dolaylı ayrımcılık yasağını da anarak, Sözleşme'yle güvenceye alınan hakların bu ayrımcılık biçimine karşı da korunması gerektiğine işaret ettiği görülebilir[697].

ESKHK, dolaylı ayrımcılığa açıkça ilk kez Sözleşme'nin üçüncü maddesinin kapsamını açıkladığı 2005 tarihli ve "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Kullanmada Kadın ve Erkeklere Eşit Hak Sağlanması" başlıklı 16 No'lu Genel Yorumu'nda değinmiştir. Komite bu genel yorumunda öncelikle ayrımcılık yasağına ilişkin güvencelerin hem *de jure* (şekli*)* hem de *de facto* (ya da maddi) eşitlik ilkelerinin gereklerinin yerine getirilmesiyle sağlanabileceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda Komite, cinsiyet temelli eşitliğin tam anlamıyla sağlanması için, yasaların ve politikaların cinsiyet nötrlüğünü yeterli gören şekli eşitlik anlayışı yerine, maddi eşitlik anlayışı

---

[693] CESCR*, General Comment No. 15,* para. 12(c)(iii).
[694] CESCR, *General Comment No. 14,* para. 19*;* CESCR, *General Comment No. 15,* para.14.
[695] CESCR, *General Comment No. 16,* para. 5.
[696] CESCR, *General comment No. 16,* para. 7, 41.
[697] CESCR, *General comment No. 16,* para. 13,18,19*;* CESCR, *General comment No. 19*, para.29, 32, 35, 42, 73.

içinde yasaların, politikaların ve uygulamaların belirli grupların öteden beri sahip oldukları dezavantajlı durumu sürdüren etkisinin de dikkate alınarak, bu etkinin azaltılması adına da önlemlerin alınması gerekliliğinden bahsetmiştir (para. 7). Komite, taraf devletlerin, bilhassa kadınların yaşadığı mevcut ekonomik, sosyal ve kültürel eşitsizlikleri dikkate almaksızın oluşturulan görünüşte cinsiyet nötr olan yasalar, politikalar ve uygulamaların, kadın ve erkekler arasındaki eşitsizliği farketmek adına başarısız sonuçlar doğurabileceğini ve hatta bu eşitsizliği güçlendirebileceğini de dikkate almaları gerektiğini belirterek (para. 8); bir anlamda şekli eşitliğin mevcut eşitsizlikleri perdeleyebileceğinden bahsetmiştir.

Şekli eşitlikle karşılaştırmalı biçimde maddi eşitliğe değinen Komite böylece ayrımcılık yasağının etki temelli biçimine, dolayısıyla dolaylı ayrımcılığa da işaret etmiştir. Komite, 16 No'lu Genel Yorumu'nun devamında, ayrımcılık yasağının ve cinsiyet temelli ayrımcılığın genel olarak ne anlama geldiğini açıklayarak, BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin birinci maddesinden alıntıladığı kadınlara karşı ayrımcılık tanımına yer vermiş; sonrasında da doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı tanımlamıştır[698].

ESKHK doğrudan ayrımcılığı, doğrudan ve açıkça erkek veya kadınların cinsiyeti ve özellikleri temelindeki, objektif nedene dayanmayan farklı muameleden kaynaklı ayrımcılık biçimi olarak tanımlarken; dolaylı ayrımcılığın ise görünüşte ayrımcı olmayan yasa, politika veya programların uygulanmaları sonucunda ortaya çıkan

[698] ESKHK'ya göre eşitlik ilkesinin doğal sonucu olan ayrımcılık yasağıyla, "bireylerin veya grupların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya siyasal ya da başka fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da dezavantajlı konumu pekiştirme sonucunu doğuracak şekilde yaş, etnik köken, engellilik, medeni hal, mülteci ve göçmen statüleri veya özel durumları nedeniyle farklı bir muameleye tabi tutulmaları" yasaklanır (Para. 10). Komite, cinsiyet temelli ayrımcılığı da "kadınların biyolojik özellikleri nedeniyle, örneğin gebelik ihtimali nedeniyle, kadınları işe almama; kadınların işe erkekler kadar zaman ayırmak istemeyecekleri önyargısı nedeniyle düşük seviyedeki işlerde çalıştırılmaları gibi tipik önyargılar sonucunda farklı bir muameleye tâbi tutulmaları şeklinde" ortaya çıkabilecek bir ayrımcılık olarak açıklamıştır (Para. 11). Kadınlara karşı ayrımcılık ise BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin birinci maddesinden alıntıyla "medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayrım, mahrumiyet veya kısıtlama" olarak tanımlanmıştır. Bakınız: Lema Uyar (Çeviren ve Derleyen), Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s.145.

ayrımcı etkilerinden kaynaklanan bir ayrımcılık biçimi olduğunu söylemiştir (para. 12 ve 13). Komite, bir fırsat veya ayrıcalıktan yararlanma konusunda öteden beri süregelen bir eşitsizlik nedeniyle kadınların erkeklere göre daha dezavantajlı durumda olmasının, dolaylı ayrımcılığa yol açabileceğine de dikkat çekmiş; bu anlamda yasal düzenlemeler yapılırken cinsiyet bakımından nötr bir tutum alınmasının, eşitsizliği ortadan kaldırmak yerine, mevcut eşitsizliğin etkisini de arttırabileceğine işaret etmiştir[699]. Komite dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkış biçimini somutlaştırdığı bu ifadeleriyle, kadınları olumsuz yönde etkileyen ve daha önceden var olan eşitsizliklerin devamı niteliğindeki "dezavantajı" temel alarak Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs kararına benzer bir tutum izlemiştir. Ancak Komite'nin dolaylı ayrımcılık tanımının bütününe bakıldığında, dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkış biçilerinin sadece geçmişteki eşitsiz durumla bağlantılı "dezavantaj" ile sınırlı olmadığı da söylemek mümkündür. Bu anlamda Komite'nin üstü kapalı da olsa dolaylı ayrımcılığın geçmişteki bir ayrımcı durumla bağlantısız olarak da ortaya çıkabileceğini kabul ettiğini belirtmek gerekir[700]. Nitekim, Komite daha sonraki Genel Yorumları'nda, dolaylı ayrımcılığı Griggs kararındaki yaklaşımdan farklı bir şekilde de ele almıştır.

ESKHK, Sözleşme'de sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği dokuzuncu maddesine ilişkin 2008 tarihli ve "Sosyal Güvenlik Hakkı" başlıklı 19 No'lu Genel Yorumu'nda da dolaylı ayrımcılık yasağına yer vermiş ve Sözleşme'nin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı yasakladığını yinelemiştir (para.29). Komite, "Cinsiyet eşitliği" başlığı altında taraf devletlerin kadınların çalışma yaşamındaki erkeklerle eşitsiz durumunu dikkate alarak; sigorta programlarından eşit yararlanmaları önündeki engelleri kaldırmak üzere gerekli adımları atmaları gerekliliğine değinmiş; ayrıca kadınlarla erkekler arasındaki ortalama yaşam beklentisi arasındaki farklılığın özellikle emeklilikle ilgili hususlarda doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa sebep olabileceğine dikkat

---

[699] CESCR, *General comment No. 16,* para. 13. Taraf devletlerin dolaylı ayrımcılığı yasaklamakla ilgili yükümlülüklerini de hatırlatan Komite, ayrıca taraf devletlerin dolaylı ayrımcılıktan kaçınma konusundaki yükümlülüğünü taraf devletlerin belirli yükümlülüklerinden "saygı duyma yükümlülüğü" altında tekrar vurgulamıştır (para 18). Komite'nin kadın erkek eşitliği konusunda taraf devletler için öngördüğü koruma yükümlülüğü ve yerine getirme yükümlülüğü için bakınız: CESCR, *General comment No. 16,* para. 19-21.

[700] Benzer yönde bir görüş için bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 75.

çekmiştir [701]. "Yerli (*indigenous*) halk ve azınlık grupları" başlığı altında da, taraf devletlerin bu gruplara mensup kişilerin, özellikle bilgiye erişimlerinin sınırlılıkları nedeniyle maruz kalabilecekleri doğrudan ya da dolaylı ayrımcı muamelelerle sosyal güvenlik sistemlerinden dışlanmamaları için gerekli özeni göstermeleri gerektiği belirtilmiştir[702]. Komite'nin, 19 No'lu Genel Yorumu'nda kısaca değindiği dolaylı ayrımcılığı, dezavantaj yaklaşımıyla ele aldığı ve ortaya çıkan dezavantajlı durumu da geçmişteki eşitsizliklerle bağlantılandırdığını söylemek mümkündür.

ESKHK, dolaylı ayrımcılığa kısaca değinerek ilgili genel yorumların konuları sınırlılığında belirli hususlara dikkat çektiği bu açıklamalarından sonra, 2 Temmuz 2009 tarihli "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık" başlıklı 20 No'lu Genel Yorumu'nda dolaylı ayrımcılık kavramını ve yasağını daha geniş bir şekilde ele almıştır[703]. Komite, Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasındaki genel ayrımcılık yasağı düzenlemesine ilişkin bu Genel Yorumu'nda, taraf devletlerin Sözleşme'de yer verilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanma konusunda ayrımcılığı yasaklamakla yükümlü olduğunu belirterek, Sözleşme kapsamında ayrımcılığın nasıl gündeme gelebileceğini açıklamıştır. Buna göre, Komite, ayrımcılığın, Sözleşme'deki hakların herkese eşit bir şekilde tanınmasını, uygulanmasını ve bu hak ve özgürlüklerden herkesin yararlanmasını ortadan kaldırma veya zayıflatma amacını taşıyan ya da etkisini doğuran, ayrımcılığın yasaklandığı temellere dayalı her türlü ayrı tutma, dışlama, kısıtlama ya da tercih etme ya da doğrudan veya dolaylı farklı muamele sebebiyle ortaya çıkabileceği söylemiştir. Komite, ayrıca ayrımcılığa teşvik ve tacizin

---

[701] Komite, kadınlara yüklenen ailevi sorumluluklar nedeniyle kesintili olarak iş gücüne katılımları ile erkeklere göre daha düşük bir maaş oranıyla çalışmalarını, kadınların sosyal sigorta programlarından eşit yararlanmaları önündeki engellere örnek göstermiştir. Bu anlamda, taraf devletlerin sosyal sigorta programları yanında ek ödemeler, emeklilik ile primsiz programları da kadın ve erkekler arasındaki farklılıkları dikkate alarak düzenlemeleri gerektiği belirtilmiştir. Bakınız: CESCR, *General comment No. 19, para. 32.*

[702] CESCR, *General comment No. 19, para. 32.* Komite ayrıca taraf devletlerin alacakları önlemlerin doğrudan ya da dolaylı ayrımcı olmaması adına dikkatli olmalarına (para. 42) ve bölgesel ve yerel düzeydeki uygulayıcıların dolaylı ayrımcılıktan kaçınmaları gerekliliğine de (para. 73) değinmiştir.

[703] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2 July 2009, E/C.12/GC/20, https://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html (Erişim Tarihi: 08.11.2019)

de ayrımcılık olarak ele alınması gerektiğine dikkat çekmiştir[704]. Komite, Genel Yorumu'nun devamında, ayrımcılığı gündeme getirecek farklı muamelenin Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı bir şekilde ayrımcı sayılması için muhakkak belirli bir gruba karşı ayrımcı kastla ortaya konmuş olmasının gerekmediğini; esasen bir eylem ya da ihmalin belirli bir gruba karşı ayrımcı etkisinin de ayrımcılık yasağına aykırılık için yeterli olduğunu belirtmiştir[705]. Bu anlamda Komite'nin Sözleşme kapsamındaki ayrımcılık yasağının hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı kapsadığı kanaatinde olduğu tespitini yapmak mümkündür. Nitekim Komite 20 No'lu Genel Yorumu'nda Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrası bağlamındaki ayrımcılık yasağını geniş olarak ele alarak, şekli ve maddi ayrımcılığı, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı ve de sistematik ayrımcılığı da incelemiştir[706].

Komite, 20 No'lu Genel Yorumu'nda taraf devletlerin ayrımcılık yasağına dair yükümlülüklerin kapsamını açıkladığı başlık altında öncelikle, daha önce de belirttiği gibi Sözleşme'deki hakların her türlü ayrımcılıktan uzak şekilde sağlanması için ortadan kaldırılması gerektiği kanısında olduğu şekli ve maddi ayrımcılık biçimlerine açıklık getirmiştir[707]. Komite, şekli ayrımcılığı, taraf devletlerin anayasalarında, kanunlarında ya da politika belgelerinde ayrımcılığın yasaklandığı temellerde ayrım yaratan düzenlemeler ile gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi[708] olarak tanımladıktan sonra; sadece bu ayrımcılık biçiminin yasaklanmasıyla Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci

---

[704] CECSR, *General comment No. 20,* para.7. ESKHK, burada ayrımcılığın ne şekilde ortaya çıkabileceğini ortaya koyarken İHK ile benzer bir yaklaşım benimsemiştir. İHK'nın benzer yöndeki yorumu için bakınız: İHK'nın 18 No'lu Genel Yorum, para 7.

[705] Komite, 20 No'lu Genel Yorumu'nda ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere de değinmiştir. Komite'ye göre, makul ve objektif bir gerekçesi olan farklı muameleler ayrımcı olarak değerlendirilemez; bu tür farklı mumaleler meşru kabul edilmelidir. Buna göre, tedbir ya da ihmal niteliğinde gündeme gelen farklı muamelenin amacı ya da etkisi itibariyle meşru olup olmadığı, Sözleşme'deki haklarla bağdaşıp bağdaşmadığı ve yalnızca demokratik bir toplumda toplumun genelinin refahını sağlama amacıyla uygulanıp uygulanmadığı yönünden değerlendirilecektir. Komite'nin mevcut kaynaklardaki yetersizliği bir meşruiyet sebebi olarak kabul etmediğini de vurguladığı ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere ilişkin açıklamalarının tamamı için bakınız: CECSR, *General comment No. 20,* para. 13 ve 14. Komite, farklı muameleye ilişkin bu açıklamalarında AİHM'in *Belçika'da Eğitim Dili Davası v. Belçika* davasındaki yaklaşımına benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Bakınız: Saul vd., a.g.e., s.178.

[706] Saul vd., a.g.e., s. 181.

[707] CECSR, *General comment No. 20,* para.8. Komite'nin bu noktada da 16. Genel Yorumu'ndaki yaklaşımını devam ettirdiğini görmek mümkündür, karşılaştırma için bu başlık altında Komite'nin 16. Genel Yorumu'yla ilgili yapılan açıklamalara bakınız.

[708] Komite, kadınların medeni durumlarına dayalı olarak sosyal sigorta yardımlarından eşit olarak yararlanmalarını reddeden kanunların bir şekli ayrımcılık örneği teşkil ettiğini belirtmiştir (para.8.a.).

fıkrasında öngörülen ve belirlenen maddi eşitliğin sağlanmasının mümkün olmadığını söylemiştir. Komite, ayrımcılığın sadece düzenleme ya da belge düzeyinde ortaya çıkmadığını; bir kişinin Sözleşme'deki haklardan etkin bir şekilde yararlanmasının, genellikle yasaklanan ayrımcılık temelleriyle karakterize edilen bir grubun üyesi olup olmamasına bağlı olarak etkilendiğine dikkat çekmiştir[709]. Bu sebeple, Komite, taraf devletlerin, benzer durumdaki kişilerin maruz kaldıkları muameleyi şekli olarak karşılaştırmak yerine, uygulama düzeyinde de ayrımcılığın önlenmesi adına belirli gruplara mensup kişilerin yaşadıkları tarihsel ve süregelen önyargıları da dikkate almaları gerektiğini ifade etmiştir. Komite, taraf devletlerin bu anlamda, maddi ya da *de facto* ayrımcılığa neden olan ya da bu ayrımcılık biçimini sürdüren koşul ve tutumları önlemek, azaltmak ve ortadan kaldırmak adına da derhal gereken önlemleri benimsemeleri gerektiğini eklemiştir[710].

Komite, şekli ve maddi ayrımcılık biçimlerine değindikten sonra, Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasına göre ayrımcılığın doğrudan ve dolaylı şekillerde farklı muameleden de kaynaklanabileceğini yineleyerek, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerinin ne anlama geldiğini açıklamıştır. Doğrudan ayrımcılığın, bir kişinin benzer durumdaki başka bir kişiye göre ayrımcılığın yasaklandığı temellere dayalı olarak daha olumsuz bir muamele görmesi halinde ortaya çıkacağını belirten Komite, muhakkak karşılaştırılabilir benzer bir durumun olmaması halinde de ayrımcılığın yasaklandığı temellere dayalı zarar verici eylem ve ihmallerin de doğrudan ayrımcılık altında değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir[711]. Komite, dolaylı ayrımcılığı ise, görünüşte

---

[709] Komite, 20 No'lu Genel Yorumu'nun 16. paragrafında, "Bir grubun üyesi olma"nın ne anlama geldiğini de açıklamıştır. Buna göre, bir kişinin yasaklanan ayrımcılık temellerinden biri veya birkaçı temelinde ayrımcılığa uğrayıp uğramadığının tespitinde, aksi belirtilmediği takdirde kişinin kendi kendini tanımlaması esas alınmalıdır. Kişinin belirli bir grubun üyesi olması durumu, ayrımcılığın yasaklandığı temellerden biri veya birkaçıyla nitelenen bir grupla ilişkiyi (engelli bir çocuğun ebeveyni olma gibi) ya da başkalarının tarafından ilgili kişinin bu gruba mensup olduğuna dair varsayımını da (bir kişinin benzer ten rengine sahip olması, belirli bir grubun haklarının savunucusu olması ya da bir grubun eski mensubu olması durumlarında olduğu gibi) kapsar.

[710] Komite buna göre, herkesin yeterli barınma, su ve kanalizasyon hizmetlerine eşit erişimlerinin sağlanması, kayıt dışı yerleşim yerlerinde ya da kırsal alanlarda yaşayan kadınlara, kız çocuklarına ve diğer kişilera karşı ayrımcılığın üstesinden gelinmesine yardımcı olunması gerektiğini de ifade etmiştir (para.8.b.).

[711] Komite, bir eğitim ya da kültür kurumunda istihdam veya bir sendikaya üyelik başvurusunda, işçilerin veya başvuruculaın siyasi görüşleri temelinde farklı muameleye maruz bırakılmalarının bir doğrudan ayrımcılık örneği olarak göstermiştir. Yasaklanan ayrımcılık temelinde bir farklı muamelenin

nötr olan yasaların, politikaların ve uygulamaların Sözleşme'deki haklardan yararlanma konusunda yasaklanan ayrımcılık temellerinde ayrım yaratan biçimde orantısız bir etkiye sahip olmaları durumunu ifade eder biçimde tanımlamıştır. Dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durumu gösteren bir örnekle de tanımını destekleyen Komite, okul kaydı için doğum kayıt sertifası aranmasının, bu sertifikaya sahip olmayan ya da böyle bir sertifika edinmesi reddedilen etnik azınlıklar veya yabancılara karşı ayrımcılık yaratacağını söylemiştir (para. 10.b).

Komite'nin bu Genel Yorumu'nda yaptığı dolaylı ayrımcılık tanımı ve dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin olarak verdiği örnek, dolaylı ayrımcılığı 16 No'lu ve 19 No'lu Genel Yorumları'nda olduğu gibi yine dezavantaj kavramıyla açıkladığını gösterir niteliktedir. Fakat Komite, daha önceki genel yorumlarından farklı olarak 20 No'lu Genel Yorumu'nda, dolaylı ayrımcılığı doğuran dezavantajı geçmişteki eşitsizliklerin ürünü niteliğiyle sınırlı olarak ele almamıştır. Komite, dolaylı ayrımcılığı, daha ayrıntılı olarak incelediği bu Genel Yorumu'nda yine dezavantaj yaklaşımıyla ele almasına karşın, yasaklanan ayrımcılık temellerinde ortaya çıkan "orantısız etki" üzerinden değerlendirmiştir[712]. Ancak Komite'nin 20 No'lu Genel Yorumu'nda dolaylı ayrımcılığı orantısız etki üzerinden ele alması, geçmişteki eşitsizliklerin Sözleşme'deki haklardan yararlanmada dolaylı ayrımcılığa neden olabileceğini reddettiği anlamına gelmez. Nitekim Komite, Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında olduğunu söylediği sonuncu ayrımcılık biçimi olan sistematik ayrımcılığı tanımlarken de bunu doğrulamıştır.

Komite, sistematik ayrımcılığı, kamu sektöründe ya da özel sektörde bazı gruplar için dezavantaj, bazı gruplar için ayrıcalık sağlayan hukuki kurallar, politikalar, uygulamalar ya da baskın kültürel tutumlardan kaynaklı bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır. Bazı gruplara karşı yaygın ve sürekli olarak işleyen bu ayrımcılık biçiminin esasen toplumsal davranış ve örgütlenmeye derinden nüfuz etmiş olduğunu belirten Komite, sıklıkla göz yumulan bu ayrımcılık biçiminin dolaylı ayrımcılık

karşılaştırılabilir bir benzer durumun olmadığı halde gündeme gelmesi örneği olarak da hamile bir kadının durumu örnek gösterilmiştir (para. 10.a.).

[712] Durmuş, a.g.t., s. 76.

biçiminde de gündeme gelebileceğini belirtmiştir (para. 12). Komite, 20 No'lu Genel Yorumu'nun devamında taraf devletlerin geçici özel önlemler de dahil olmak üzere bir dizi önlemlerle sistematik ayrımcılığı ortadan kaldırmaları gerektiğine de dikkat çekerek, bir anlamda taraf devletlere çözüm önerisinde bulunmuştur[713].

Komite, 2 Mayıs 2016 tarihli "Cinsel haklar ve üreme hakları" başlıklı 22 No'lu Genel Yorumu'nda da dolaylı ayrımcılığa, kadınlara karşı sistematik ayrımcılık bağlamında değinmiştir. Sistematik olarak ayrımcılığa uğrayan kadınların deneyimlerinin de sadece doğrudan ayrımcılık yasağı değil dolaylı ayrımcılık yasağını dikkate alır şekilde ve şekli eşitlikle sınırlı olmayan maddi eşitliği de sağlamaya yönelik olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Para. 26). Komite bu anlamda görünüşte tarafsız olan yasaların, politikaların ve uygulamaların mevcut olan cinsiyet temelli eşitsizlik ve ayrımcılığı da sürdürebilecek nitelikte olduğuna dikkat çekmiştir (Para. 27).

Komite'nin sistematik ayrımcılığa da böylece işaret etmesiyle, ayrımcı kastın varlığına odaklı ve sadece şeklen eşit muamelenin yeterli görüldüğü doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı bir eşitlik anlayışının, esasen geçmişten gelen eşitsizliklerin yarattığı dezavantajlarla ortaya çıkan ayrımcı sonuçlarla mücadelede etkili olamayacağı birkez daha vurgulanmıştır.

ESKHK, nihai gözlem raporlarında doğrudan ayrımcılık yanında anlaşılması daha zor olan dolaylı ayrımcılık yasağına da değinmiş ve taraf devletlerin bu ayrımcılık biçimine daha hassas yaklaşmaları gereğine vurgu yapmıştır. Komite, devletlerin kural ve uygulamalarını açıkça gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olmayan dolaylı ayrımcılığa yol açmayacak biçimde düzenlemeleri gerektiğini bir nihai gözlem raporunda somutlaştırmıştır. Bu raporunda Komite, sivil savaş mağdurlarının korunması ve zararlarının tazminiyle ilgili yasal düzenlemeler kapsamında, cinsel şiddet mağduru kişilere sivil savaş mağduru statüsünün tanınmamasının kaygı verici olduğunu belirtmiş ve toplumsal cinsiyete karşı duyarsız nitelikteki bu yasal düzenlemelerin cinsel şiddet

[713] Komite'nin "Sistematik ayrımcılığın ortadan kaldırılması" adına taraf devletlere önerdiği aktif yaklaşım için bakınız: para. 39.

mağdurlarına yeterli sosyal korumayı sağlayamayacağına dikkat çekmiştir.[714] İlgili nihai gözlem raporunda dolaylı ayrımcılık kavramını açıkça kullanmamış olan Komite'nin, bu düzenlemelerin toplumsal cinsiyeti dikkate almaksızın hazırlandığına dikkat çekmesiyle, genellikle cinsel şiddetin mağduru konumunda olan kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık yaratabilecek bir duruma işaret ettiğini söylemek mümkündür.

Komite'nin dolaylı ayrımcılığı nihai gözlem raporlarında da genel yorumlarındaki yaklaşımına benzer şekilde, hem belirli grupların dezavantajlı durumları, hem de bu grupların sahip oldukları farklılıklar sebebiyle ortaya çıkabilecek bir ayrımcılık biçimi olarak ele aldığı görülebilir. Komite, dezavantaj yaklaşımı bağlamında, dolaylı ayrımcılıkla ilişkilendirilebilecek nihai gözlem raporlarının bazılarında, kendilerine yüklenen toplumsal roller bakımından belirli koşullar altında dezavantajlı durumda olan kadınlara karşı dolaylı ayrımcı olabilecek kural ve uygulamalara değinmiştir. Kendilerine yüklenen toplumsal roller sebebiyle içinde bulundukları dezavantajlı durum dolayısıyla, yeniden evlenme kısıtları ve genel ahlak kuralları[715] ya da medeni hukuk düzenlemeleri[716] bağlamında kadınların ayrımcılığa uğrama ihtimallerinin daha yüksek olduğunu belirten Komite; ayrıca işsizlik ödeneği verilmemesine ilişkin[717] ya da bazı tasarruf tedbirlerinin alınmasına dair[718] uygulamaların da toplumsal cinsiyet perspektifiyle düzenlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Komite, farklılık yaklaşımı bağlamında da, istihdamda belirli bir dil koşulunun aranmasının dilsel azınlıklar için dolaylı ayrımcı bir etki yaratabileceğine değinmiş ve bu anlamda makul ve objektif bir kriter olarak dile ilişkin koşulun her bir iş için özel olarak değerlendirilmesi gerekliliğine işaret etmiştir[719]. Başka bir nihai gözlem raporunda da mültecilerin,

---

[714]Saul vd., a.g.e., s. 184; Komite'nin ilgili nihai gözlem raporu için bakınız: Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Bosnia and Herzegovia, Para. 19, U.N.Doc. E/C.12/BIH/CO/1 (24 Ocak 2006).

[715] Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Uruguay, Para. 16, U.N.Doc. E/C.12/URY/CO/3-4 (1 Aralık 2010).

[716] Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Kenya, Para. 14, U.N.Doc. E/C.12/KEN/CO/1 (1 Aralık 2008); Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Mauritus, Para. 14, U.N.Doc. E/C.12/MUS/CO/1 (8 Haziran 2010).

[717] Concluding Observations on the combined second and third periodic reports of Armenia, Para. 13 U.N.Doc. E/C.12/ARM/CO/2-3 (15 Temmuz 2014).

[718] Concluding Observations on the second periodic report of Slovenia, U.N.Doc. E/C.12/SVN/CO/2 (14 Aralık 2014).

[719]Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Estonia, Para. 9, U.N.Doc. E/C.12/EST/CO/2 (16 Aralık 2011). Komite ayrıca Birleşik Krallık'ta aile birleşimine ilişkin

yerleştirildikleri üçüncü ülkeden geri dönenler ve Romanlar da dahil olmak üzere ülke içinde yerinden edilmiş kimselerin belirsiz ikamet durumunun ve kimlik belgelerine sınırlı erişimleri sebebiyle içinde bulundukları farklı durumun bu kişilerin bir çok sosyal hakka erişimlerini engelleyeceğine de değinen Komite; yine dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmaksızın herkese eşit uygulanan kural ve uygulamaların belirli bazı gruplar nezdinde orantısız biçimde yol açabileceği ayrımcı sonuçlara göndermede bulunmuştur[720].

Sonuç olarak, ESKHK nihai gözlem raporlarında, dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmadan ve dolaylı ayrımcılığa dair yeni bir tanım geliştirmeden genel olarak kadınlara, mültecilere, azınlıklara ve yerli halka karşı dolaylı ayrımcı olabilecek görünüşte nötr kural ve uygulamaları inceleyip örneklendirirken esas olarak bu belirli grupların sahip oldukları kolektif dezavantajlı durum ya da farklılıklara[721] odaklanmıştır. Çeşitli grupların karşı karşıya kaldığı ayrımcı uygulamaları ve çeşitli ayrımcılık temellerini kapsayan bu örneklerle daha önce genel yorumlarında tanımladığı dolaylı ayrımcılık kavramını somutlaştıran Komite, dolaylı ayrımcılığa yol açar şekilde yorumladığımız bu kolektif dezavantaj ya da farklılıkların da dikkate alınması yönünde taraf devletlere de tavsiyelerde bulunmuştur.

2.2.1.2.2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

BM sisteminde bireylerin ve devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmada ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin bir iddiayı öne sürmeleri ve ESKHK'nın bu somut şikayetler aracılığıyla dolaylı ayrımcılık yasağına dair değerlendirmelerde bulunabilmesi 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren ESKHS'ye Ek İhtiyari Protokol ile mümkün hale gelmiştir. ESKHS'ye Ek İhtiyari Protokol'e taraf olan devlet sayısının oldukça az olması sebebiyle, ESKHK'nın BM sisteminde

---

yasal düzenlemelerdeki yaş sınırının etnik azınlıklara karşı ayrımcı etki yaratabileceğine de yine farklılık yaklaşımı bağlamında ele aldığı dolaylı ayrımcılıkla ilişkili bir nihai gözlem raporunda değinmiştir. ESKHK'nın ilgili nihai gözlem raporlarına dair daha ayrıntılı inceleme için bakınız: Durmuş, a.g.t., s.78.

[720] Saul vd., a.g.e., s. 184; Komite'nin ilgili nihai gözlem raporu için bakınız: Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Serbia and Montenegro, Para. 14, U.N.Doc. E/C.12/1/Add.108, (23 Haziran 2005).

[721] Durmuş, a.g.t., s. 76.

ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağı değerlendirmeleri de yalnızca bireysel başvuru yoluyla önüne gelen sınırlı sayıdaki şikâyet üzerinden gerçekleşmiştir[722].

ESKHK da, KSHS sisteminde İHK'nın çalışma biçimine benzer şekilde, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir ayrımcılık yasağı ihlali iddiasını kabul edilebilir nitelikte bulduğunda esastan incelemeye geçer ve sonuç olarak ihlalin olup olmadığına ilişkin bir "Görüş" oluşturur[723]. ESKHK'nın sadece ihlalin varlığı ya da yokluğu yönündeki tespitle de sınırlı tutabileceği görüşlerine her ne kadar taraf devletlere yönelik tavsiyelerini de eklemesi mümkünse de bu görüşlerin sadece tavsiye niteliğinde olduğu söylenemez. Esasen ESKHK'nın bireysel başvuruyla önüne gelen şikayetleri değerlendirdiği görüşlerini de, tıpkı İHK'nın görüşleri gibi, uluslararası hukuk çerçevesinde yetkili bir organın nihai kararları olarak nitelendirmek daha doğru olur. Bu nedenle ESKHK'nın aşağıda incelenecek olan görüşlerindeki dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin değerlendirmelerini de, ESKHS sisteminde dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağının anlamını ortaya koyan yarı yargısal bir organın bağlayıcı tespitleri olarak anlamak gerekir.

ESKHK ilk şikayetlerden biri olan Miguel Ángel López Rodríguez v. İspanya başvurusunda Komite, her ne kadar ayrımcılık yasağına aykırı bir durum tespit etmemişse de; dolaylı ayrımcılık yasağına göndermede bulunarak dolaylı ayrımcılık yasağının ESKHS ile öngörülen ayrımcılık yasağının bir parçası olduğunu yinelemiştir[724]. Başvurunun konusu, Endülüs Bölge Hükümeti Eşitlik ve Sosyal Refah Bakanlığı'nın (Bölgesel Bakanlık) Seville Cezaevi'nde bulunan başvurucuya ödenen katkısız engelli yardımının *(non-contributory disability benefit/allowance)*, cezaevindeki yıllık bakım masrafı ve bütçesinin bir parçası sayılması gereğince azaltılmasına ilişkin işlemine ilişkindir (Para. 2.1.). Başvurucu, taraf devletin ilgili

---

[722] ESKHK'ya devlet başvurusu yapılmamıştır. ESKHK'ya yapılan bireysel başvuruların tamamı için bakınız:https://juris.ohchr.org/en/search/results/1?sortOrder=Date&typeOfDecisionFilter=0&countryFilter=%200&treatyFilter=0/ (Erişim Tarihi: 29.11.2019).

[723] Bu anlamda ESKHK'nın iki tür karar verir: Kabul edilemezlik kararı ve taraf devletlere görüş bildirilmesi kararı. Aktaran: Çakar, a.g.t., s.143-144.

[724] CESCR, *Miguel Ángel López Rodríguez v. Spain*, Comm. No. 1/2013, 06.11.2013, E/C.12/57/D/1/2013.

işleminin, hiçbir ayrım yapmaksızın ve eşitlik koşulları içinde sağlaması gereken sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğunu ve dolayısıyla Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 2. maddesi ile sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 9. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre, kendi durumuyla, yardım ya da başka bir maddi olanağa sahip olan ve cezaevindeki bakım masraflarını ödemeyen veya diğer özerk bölgelerdeki cezaevlerinde katkısız engelli yardımların da azaltılma yapılmayan diğer mahkumlar da dahil olmak üzere diğer mahkumların durumu karşılaştırıldığında, Bölgesel Bakanlığın ilgili işleminin farklı bir muamele teşkil ettiği görülebilecektir. Başvurucu ayrıca tedavi merkezleri, sığınma evleri ve aşevleri gibi diğer kamu kurumlarından sosyal güvenlik hakları kapsamında kendilerine yapılan yardımdan herhangi bir kesinti olmaksızın yararlanan diğer özgür kişilerin durumuyla kendi durumu arasında da bir ayrım yapıldığını ileri sürmüştür (Para. 3.1 ve 3.2.).

Komite, ilgili başvuruyu değerlendirirken, sosyal güvenlik hakkını yeterli yaşam standardı hakkı bağlamında ele almış ve taraf devletlerin bu konudaki yükümlülüklerine değinmiştir. Taraf devletlerin bu yükümlülükleri kapsamında sosyal güvenlik hakkını hem hukuken hem de gerçekte, doğrudan ya da dolaylı her türlü ayrımcılıktan uzak bir şekilde sağlamaları gerektiğini; bunun içinde Sözleşme'nin 2. maddesinin ilk fıkrasıyla uyumlu olarak, mevcut kaynakların azamisinin kullanılması suretiyle, sosyal sigorta dahil sosyal güvenlik hakkının ayrım gözetilmeksizin herkese sağlanması için etkili tedbirlerin alınması ve gerektiğinde de bunların düzenli olarak gözden geçirilmesi gerektiğini hatırlatmıştır[725]. İlgili işlemin sosyal güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcı bir muamele teşkil edip etmediğini değerlendiren ESKHK, her farklı muamelenin ayrımcı muamele anlamına gelmediğini; objektif ve makul bir ölçüte dayanan ve Sözleşme'ye göre meşru bir amaç taşıyan farklı muamelenin ayrımcı muamele sayılmayacağını belirtmiştir (Para. 14.1). Komite bu anlamda, katkısız engelli yardımının azaltılmasının, cezaevinin yiyecek, içecek ve barınma olanaklarını sağlamasıyla ilişkili olduğuna dikkat çekmiş ve bu işlemi kişilerin haklarının sağlanması için gereken kamu kaynaklarını düzenlemenin makul bir aracı olarak değerlendirerek iç

[725] Komite, burada Sözleşme'nin sosyal güvenlik hakkını düzenleyen dokuzuncu maddesine ilişkin 2008 tarihli ve "Sosyal Güvenlik Hakkı" başlıklı 19 No'lu Genel Yorumu'nun 4. ve 29. Paragraflarına göndermede bulunmuştur (Para. 10.6).

hukuk mevzuatı ve Sözleşme'yle uyumlu bulmuştur (Para. 13.3). Komite başvurucunun durumu ile özgür kişilerin durumu arasındaki benzerlikleri ve dolayısıyla başvurucunun farklı muameleye ilişkin iddialarının doğruluğunu kabul etmiş; ancak belirtilen kişi grupları arasında dikkate değer farklılıkların da olduğunu söyleyerek, taraf devletlerin yardım alan mahkumlarla tedavi merkezleri veya sığınma evlerinde bulunan ve yardım alan özgür kişilere eşit muamelede bulunmak gibi bir yükümlülüklerinin olmadığını da eklemiştir (para. 14.6). Sonuç olarak işlemin Sözleşme'nin 2. ve 9. maddelerinin ihlali anlamında ayrımcı bir muamele oluşturmadığı kanaatine varan Komite, başvuruyu genel ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirmemiştir.

ESKHK'nın kabul edilemezlik kararıyla sonuçlandırdığı A. M. B. v. Ekvador başvurusu da başvurucunun açıkça öne sürdüğü dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddia bakımından incelemeye değerdir. ESKHK'nın ayrıca dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili bir inceleme yapmadığı bu başvuruya konu olay, Ulusal Spor Federasyonu ve il iştiraklerinin düzenlediği futbol turnuvalarına katılım konusunda yabancı bir çocuğa [dolaylı] ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla ilgilidir[726]. Oğlu C.A.P.M. adına başvuruda bulunan başvurucu A.M.B., mülteci statüsündeki oğlunun Ekvador vatandaşlığını gösteren kimlik belgesi ya da vatandaşlığa kabul belgesi olmadığından turnuvalara kayıt yaptıramaması ve ilgili makamların da oğlunun kaydı için hiçbir işlem yapmaması dolayısıyla taraf devletin ESKHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen ikinci ve hakların sınırlanmasını düzenleyen dördüncü maddeleriyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin birçok maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştür[727].

Başvurucu, Ulusal Spor Federasyonu ve il iştiraklerinin düzenlediği futbol turnuvalarına katılabilmek için aranan Ekvador kimlik belgesine ya da Ekvador vatandaşlığına sahip olma şartının Ekvador kültürel yaşamına katılma hakkına keyfi

---

[726] CESCR, *A. M. B. v. Ecuador*, Comm. No. 3/2014, 20.06.2016, E/C.12/58/D/3/2014

[727] Başvurucu tarafından öne sürülen iddiaların ayrıntılı bütünü için bakınız: CESCR, A. M. B. v. Ecuador, Para. 2.4-2.13. Başvurucuya göre taraf devlet, ESKHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen ikinci ve hakların sınırlanmasını düzenleyen dördüncü maddeleriyle bağlantılı olarak ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunmasını düzenleyen 10. maddesinin soybağı veya diğer şartlar bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmaksızın bütün çocuklar ve gençler için özel koruma ve yardım tedbirleri alınmasına ilişkin olan üçüncü fıkrası, eğitim hakkını düzenleyen 13. ve kültürel yaşama katılma hakkını düzenleyen 15. maddelerini de ihlal etmiştir (Para. 3.1).

müdahale olduğunu belirtmiş ve oğlunun kültürel yaşama katılma hakkıyla bağlantılı olarak uğradığı ayrımcılık biçimini mülteci statüsü ve vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Başvurucu dolaylı ayrımcılığın, Ekvador'da doğmamış ya da Ekvador vatandaşlığını kazanmamış bir kişinin sahip olması mümkün olmayan kimlik belgesinin ikamesi olarak mülteci kimliğini gösteren belgenin kabul edilmemesi dolayısıyla ortaya çıktığını iddia etmiş ve taraf devletin ilgili şarta dair makul bir gerekçe de sunmadığını eklemiştir[728]. Ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen eğitim hakkının doğası gereği kültürel yaşama katılma hakkını da içerdiğini belirten başvurucuya göre, C.A.P.M.'nin futbol turnuvalarına kaydının engellenmesi ayrıca 13. maddeyle bağlantılı olarak da ayrımcılık yasağına aykırı sayılmalıdır. Başvurucu bu doğrultuda taraf devletlerin eğitim kurumlarının herkes için erişilebilir olmasını sağlamak üzere eğitim programlarını dikkatlice ve gerçekte (*de facto*) gündeme gelen ayrımcılık örneklerini de tasfiye edecek biçimde düzenlemesi yönündeki yükümlülüklerini hatırlatarak[729]; bir kez daha uygulamada veya gerçek durum itibariyle gündeme gelen ayrımcılık biçimi olan dolaylı ayrımcılığa dikkat çekmiştir (para. 3.5). Başvurucunun dolaylı ayrımcılık iddiaları her ne kadar Komite'nin 20 No'lu Genel Yorumu'nda dolaylı ayrımcılığı açıklamak üzere kullandığı örnek durumla benzerlik taşısa da[730] Komite başvuruyu ESKHS'ye Ek Protokol'ün üçüncü maddesinin birinci fıkrasına göre başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmediği kanatiyle kabul edilemez bulduğu için, bu iddiaları incelememiş ve dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin bir değerlendirme ortaya koyamamıştır.

Komite, somut bir şikayet karşısında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ilk incelemesini ise Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ekvador başvurusunda gerçekleştirmiştir.[731] Başvuruya konu olay, 1972 yılında ücretli bir işte çalışmaya

---

[728] Başvurucu, bir resmi görevlinin "daha sonra ülkelerine geri dönecek yabancıları eğitmek için kaynakların boşa harcanmayacağına" ilişkin ifadelerinin de bu iddiayı doğruladığını öne sürmüştür (Para. 3.2). Ayrıca Bakınız: CESCR, A. M. B. v. Ecuador, Para. 5.8.

[729] Başvurucu taraf devletlerin bu yükümlülüklerine Komite'nin 13 No'lu Genel Yorumu ile BM Çocuk Hakları Komitesi'nin 1 No'lu Genel Yorumu'na göndermede bulunmak suretiyle işaret etmiştir.

[730] Komite 20 No'lu Genel Yorumu'nda okul kaydı için doğum kayıt sertifası aranmasının, bu sertifikaya sahip olmayan ya da böyle bir sertifika edinmesi reddedilen etnik azınlıklar veya yabancılara karşı dolaylı ayrımcı olabileceği örneğini vermiştir. Bakınız: CESCR, *General Comment No. 20,* para. 10.b.

[731]CESCR, *Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ecuador*, Comm. No. 10/2015, 26.03.2018, E/C.12/63/D/10/2015

başlayarak sosyal güvenlik sistemine dahil olan, ücretli bir işte çalışmadığı ve ev ile çocuklarının bakımıyla ilgilendiği sırada sosyal güvenlik sistemine isteğe bağlı prim ödeyen, sonrasında ise bir süre ücretli bir işte çalışan başvurucunun özel erken emeklilik sisteminden yararlanma talebinin reddedilmesiyle ilgilidir. Kasım 1981 tarihi itibariyle sosyal güvenlik sistemine isteğe bağlı prim ödemeye başlayan başvurucu, 1989 ve 1990 yıllarında kesintisiz olarak sekiz ay boyunca prim ödeyememiş; ancak Nisan 1990 tarihinde primler ödemelerini geriye dönük biçimde gerçekleştirmiştir. Başvurucu, ücretli bir işe başladığı Şubat 1995 tarihine kadar aylık prim ödemelerini düzenli bir biçimde gerçekleştirmiş, bu tarihten sonra çalışanların emeklilik programına dahil olmuştur. 2001 yılında Ekvador Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan özel erken emeklilik programından (*special reduced retirement scheme*) yararlanmak için gerekli olan 300 ay prim ödemiş olmak ile 45 yaşını geçmiş olmak koşulunu sağladığı bilgisini alan başvurucu, bu bilgi üzerine işinden ayrılarak özel erken emeklilik programına katılmak için başvuruda bulunmuştur. Ancak başvurucunun talebi üzerine inceleme yapan, Ekvador Sosyal Güvenlik Kurumu Ödemelere ilişkin Komisyonu (*Benefits Commission of the Ecuadorian Social Security Institute*) 20 Haziran 2003 tarihinde verdiği kararda, Ekvador Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 158. maddesi gereğince isteğe bağlı prim ödemelerinin altı aydan fazla süre aksatılmasının bu emeklilik programını sona erdirdiği belirtmiş ve bu aksamanın ilgili emeklilik programını sona erdirdiği de hesaba katarak başvurucunun 1972 ve 2001 yılları arasında sadece 238 aylık prim ödemesi gerçekleştirdiği sonucuna varmıştır. Özel emeklilik programından yararlanmak için aranan 300 aylık prim ödenmesi koşulunu karşılayamadığı için talebi reddedilen başvurucu, ilgili karardan 10 Mayıs 2007 tarihinde haberdar olmuş ve bu tarihten sonraki ulusal yargı yollarındaki hak arama taleplerinin karşılık bulmaması üzerine EKSHK'ya başvurmuştur[732].

Başvurucuya göre, isteğe bağlı prim ödemelerindeki sekiz aylık kesintinin ilgili emeklilik programını sonlandırmış olduğu bilgisi verilmeksizin kendisinden beş yılı aşkın bir süre boyunca alınan 65 aylık prim ödemesinin hesaba katılmayarak, toplamda 305 aylık prim ödemiş olmasının dikkate alınmaması sonucunda özel erken emeklilik

[732] Başvurucu tarafından sunulduğu şekliyle başvuruya konu olayın ayrıntıları için bakınız: CESCR, Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ecuador, Para. 2.1.-2.10.

programından yararlanma talebinin reddedilmesi ile 2007 yılına kadar ilgili süreç hakkında kendisine bilgilendirme de yapılmaması dolayısıyla taraf devlet Sözleşme'ye aykırı davranmıştır. Başvurucu taraf devletin cinsiyet temelinde hiçbir ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması gereken sosyal güvenlik hakkını sağlamadığını iddia etmiş ve bu anlamda Sözleşme'nin sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 9. maddesiyle Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 2. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Yaşamlarının büyük bir kısmında karşılıksız olarak eviçi çalışan ve sosyal güvenlik hakkına erişim konusunda erkeklere göre daha fazla engelle karşılaşan bir neslin üyesi olduğunu belirten başvurucuya göre, çalışanlar için düzenlenmiş olan sosyal güvenlik sistemi karşılıksız olarak eviçi çalışan kadınların diğer çalışanlara göre dezavantajlı konumda olmalarına sebep olan ağır koşullara sahiptir. Sosyal güvenlik sisteminin, isteğe bağlı prim ödeyenlerin düzenli bir kazanca sahip olmaksızın hem primi hem de işverenin ödemesi gereken katılımı ödemekle zorunlu olmaları gibi belirli ağır koşullarına ek olarak, sigorta primlerinde kesintisiz altı aylık aksamanın emeklilik programını sona erdireceğine ilişkin koşulu da bu anlamda eviçi çalışan kadınlara karşı ayrımcı ve Sözleşme'ye aykırı olduğu belirtilmiştir. Başvurucu bu iddialarına ilaveten taraf devletin karşılıksız bir emeklilik programı öngörmemesi sebebiyle de, dul ve bazı sağlık problemlerine sahip oluşuna ve 14 yıldır sürdürdüğü mücadelesine rağmen yaşlılık sigortası da alamadığını belirterek, bu nedenle de ayrımcılığa uğradığını ileri sürmüştür[733].

Taraf devlet, başvurucunun bu iddiaları karşısında idari ve yargısal kurumların başvurucunun haklarını ihlal etme niyetinde olmadıklarını ve Ekvador Sosyal Güvenlik Kurumu'nun başvurucunun özel erken emeklilik programından yararlanma talebini reddetme sebebinin yürürlükteki yasaların sıkı bir şekilde uygulanmasından kaynaklandığını belirtmiştir (Para. 10.3). Bu sebeple sosyal güvenlik hakkının ihlalin söz konusu olmadığını öne süren taraf devlet, başvurucunun cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradığı iddiasına ilişkin olarak da isteğe bağlı emeklilik planının herkese açık bir emeklilik planı olduğunu ve bu emeklilik planıyla ilgili koşulların da herkes için geçerli olduğunu söyleyerek reddetmiştir (Para. 4.10 ve 4.11).

---

[733] CESCR, Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ecuador, Para. 3.6. ve 10.2. Başvurucu tarafından öne sürülen iddiaların ayrıntılı bütünü için bakınız: CESCR, Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ecuador, Para. 3.1.-3.5.

Başvuruya konu olayları ve tarafların iddialarını değerlendiren Komite, başvurucunun iddialarıyla ortaya koyduğu ayrımcı muamelenin sosyal güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak gündeme geldiğini tespit etmiştir. Komite çözmesi gereken hukuki sorun bağlamında belirlediği sorular ışığında[734] ilgili ayrımcı muameleyi geçmişten gelen eşitsizliklerin yarattığı dezavantajların ürünü olarak dolaylı ayrımcılık yasağı çerçevesinde ele almıştır.

Komite, öncelikle karşılıksız eviçi çalışan kadınların sosyal güvenlik hakkı ve ayrımcılığa uğramaksızın emekli maaşı alma hakkına değinmiş ve bu konuya dair açıklamalarında, 2008 tarihli ve "Sosyal Güvenlik Hakkı" başlıklı 19 No'lu Genel Yorumu'ndaki taraf devletlerin sosyal güvenlik hakkını herkes için erişilebilir kılmak adına bu haktan yararlanmada öteden beri zorluklarla karşı karşıya kalan bireylere veya gruplara özel bir dikkat göstermesi gerektiği yorumunu anmıştır[735]. İlgili Genel Yorumu ve diğer genel yorumlarında da belirtiği üzere Sözleşme'nin sosyal güvenlik hakkından yararlanmada doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasakladığını hatırlatan Komite daha önce yaptığı dolaylı ayrımcılık tanımını tekrarlamış ve sonrasında da taraf devletlerin kadınların sosyal güvenlik sisteminden erkeklerle eşit bir biçimde yararlanabilmeleri için gerekli önlemleri alma yönündeki yükümlülüklerine işaret etmiştir[736].

---

[734] Komite, çözülmesi gereken hukuki sorunu Ekvador Sosyal Güvenlik Kurumu'nun başvurucunun özel erken emeklilik programından yararlanma talebini reddetmesinin, sadece ödemelerdeki aksama nedeniyle isteğe bağlı emeklilik planının sona erdiğinden başvurucunun zamanında bilgilendirilmemesiyle sınırlı olmayacak şekilde; ayrıca isteğe bağlı emeklilik planının ilgili sebeple sona ermesinden sonra Şubat 1995 tarihine kadar başvurucunun isteğe bağlı emeklililik planına ödediği aylık prim ödemelerinin kabul edilmesi nedeniyle de Sözleşme'nin 9. maddesine aykırılık teşkil edip etmediği olarak belirlemiştir. Komite'ye göre bu temel hukuki sorunu çözmek için de diğer üç sorunun cevaplandırılması gerekir: (a) İsteğe bağlı emeklilik planına yapılan ödemelerde kesintisiz 6 aylık aksamanın isteğe bağlı emeklilik planını sona erdirmesine ilişkin yaptırım orantılı mıdır? (b) Başvurucun ihtiyacını da karşılayabilecek kapsayıcı bir karşılıksız bir emeklilik programının öngörülmemiş olması başvurucunun şikayetiyle ilişkilendirilebilir mi? (c) Başvurucuya uygulanan isteğe bağlı emeklilik planının ilgili koşulları cinsiyet temelinde ayrımcı muamele oluşturur mu?

[735] Başvuruya konu olay bağlamında Komite, başvurucunun ekonomik durumu ve bazı sağlık problemleri de hesaba katıldığında cinsiyet temeli yanında yaş temelinde de ayrımcılığa uğradığının görüleceğini söylemiştir. Komite, yaş ve cinsiyet temelli ayrımcılığın kesişim noktasında olan başvurucunun durumunu genel bütüne göre daha hassas olarak değerlendirmiştir (Para.19.1 ve 19.2).

[736] Komite'nin ilgili genel yorumlarında işaret ettiği tespitleri için bakınız: 16 No'lu Genel Yorum (2005), para. 7; 19 No'lu Genel Yorum (2008), para. 29,31; 20 No'lu Genel Yorum (2009), para. 8,9. Komite'nin alıntıladığı dolaylı ayrımcılık tanımı için bakınız: 20 No'lu Genel Yorum (2009), 10(b). Komite'nin, karşılıksız eviçi çalışan kadınların sosyal güvenlik hakkı ve ayrımcılığa uğramaksızın emekli maaşı alma hakkına ilişkin incelemesinin bütünü için bakınız: CESCR, Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ecuador, Para. 13.1.-13.4.

Komite, başvuruya konu olay dahilinde sosyal güvenlik hakkı bağlamında kadına yönelik ayrımcılık incelemesinde öncelikle, yaşamının büyük bir kısmında karşılıksız olarak eviçi çalışan bir kadın olan başvurucunun sosyal güvenlik hakkından yararlanmada erkeklere ve ücretli işlerde çalışan diğer kişilere göre daha dezavantajlı durumda olduğu yönündeki iddiaları üzerinde durmuştur. Bu kapsamda isteğe bağlı prim ödemelerindeki altı aydan fazla sürelik aksamanın uygulamada başvurucuyu emekli maaşı alamaması sonucuyla karşı karşıya bıraktığını belirten Komite, bu duruma yol açan ilgili düzenlemeyi değerlendirmiştir[737]. Buna göre, Komite, Ekvador Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 158. maddesindeki isteğe bağlı prim ödemelerinin altı aydan fazla süre boyunca aksatılmasının ilgili emeklilik programını sona erdireceğine dair düzenlemesinin, ilk bakışta tarafsız bir yaklaşımla kaleme alınmış olsa da, uygulamada kadınları erkeklere göre daha olumsuz yönde etkileyen bir düzenleme olduğunu söylemiş ve bu anlamda cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bulmuştur. Bu noktadan sonra taraf devletin bu durumun cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olmadığını göstermesi gerektiğini ileten Komite, kamusal olarak ulaşılabilen bilgilere göre karşılıksız eviçi çalışanların neredeyse bütününün kadın olduğunun görüldüğünü de söyleyerek, taraf devletin isteğe bağlı emeklilik planının şart ve koşullarının dolaylı ayrımcılığa yol açmayacağını da gösteremediğini eklemiştir[738].

ESKHK, Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ekvador başvurusunda her ne kadar dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin olarak Genel Yorumlarında ortaya koyduğu tespitlerin ötesinde bir inceleme yaptığını söylemek zorsa da ilk kez tarafsız görünen bir yasal düzenlemenin cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık

---

[737] Komite, ayrıca, taraf devletlerin emeklilik sigortasına erişimi herkes için erişilebilir kılmak adına sosyal güvenlik programlarının koşullarını makul, orantılı ve açık olarak belirlemelerini gerektiğini belirtmiştir. Bu koşulların yerine getirilmemesi halinde ilgili sosyal güvenlik programının sona ermesi öngörülmüşse de bu yaptırımın makul ve orantılı olduğunu göstermekle de taraf devletin yükümlü olduğunu söyleyen Komite, her ne kadar yasaların herkes tarafından bilinmesi zorunluysa da taraf devletlerin sosyal güvenlik programlarına yapılan ödemelerin geçerliliği veya bu ödemelerdeki değişikliklerden ilgilileri haberdar etme konusunda gerekli önlemleri de almaları gereğine işaret etmiştir (Para. 12.1).

[738] Komite ilgili görüşünde taraf devlete başvurucu için alınması gereken etkili çözüm önerileri de sunmuş (Para. 22); ayrıca benzer ayrımcı muamelelerin tekrarlanmaması için de taraf devlete bir takım tavsiyelerde bulunmuştur (Para. 23).

doğurabileceğini özellikle de geçmişten gelen eşitsizliklerle bağlantılı olarak ortaya koyması oldukça önemlidir. Komite, her ne kadar bu görüşünden sonra bireysel başvuru yoluyla önüne gelen şikayette, dolaylı ayrımcılık incelemesinde bulunmamış sadece dolaylı ayrımcılığın Sözleşme'yle yasaklanan ayrımcılık yasağının kapsamında olduğunu göstermekle yetinmişse de[739]; Komite'nin gerek genel yorumlarında işaret ettiği hususlar, gerekse de bu hususları somut olay bağlamında ele aldığı Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ekvador görüşü, Komite'nin ilerleyen yıllarda önüne gelecek dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarında ayrımcılık mağduru kişileri koruyucu tavsiyeler ve tespitlerde bulunacağı yönünde beklenti yaratır niteliktedir.

2.2.2. Birleşmiş Milletler Sistemindeki Ayrımcılıkla Mücadele Konulu İnsan Hakları Sözleşmelerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

BM çatısı altında belirli temellerdeki ayrımcılığın yoğunluğunun farkındalığıyla hazırlanan sözleşmelerle esasen bir olgu niteliğinde olan ayrımcılıkları ortadan kaldırmak ve belirli gruplara mensubiyetleri nedeniyle hak ve özgürlüklerden diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanamayan kişilerin de bu hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmalarını sağlamak amaçlanmıştır. BM sisteminde bu anlamda adlarından da anlaşılacağı üzere ırk ve ırkla ilişkili temellerdeki ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin olarak Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme[740] ve kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere Kadınlara

---

[739] Komite ilgili başvuruda 2 Mayıs 2016 tarihli ve "Cinsel haklar ve üreme hakları" başlıklı 22 No'lu Genel Yorumu'na gönderme yapmak suretiyle görünüşte nötr olan yasaların, politikaların ve uygulamaların mevcut olan cinsiyet temelli eşitsizlik ve ayrımcılığı sürdürebileceğine dikkat çekmiş ve bu anlamda dolaylı ayrımcılığı 22 No'lu Genel Yorumu'ndaki gibi sistematik ayrımcılık bağlamında ele almıştır. İlgili başvuru için bakınız: CESCR, *S. C. and G. P. v. Italy*, Comm. No. 22/2017, 28.03.2019, E/C.12/65/D/22/2017, para 8.2 ve 10.3.

[740] BM, Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 A (XX) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye taraf devletlerin listesi ile taraf devletlerin beyan ve çekinceleri için bakınız: United Nations Treaty Collection, "International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination", https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-2.en.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2019). Türkiye Sözleşme'yi 13 Ekim 1972 tarihinde imzalamıştır. 3 Nisan 2002 tarih ve 4750 sayılı Kanun'la onayını uygun bulmuştur. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 13 Mayıs 2002 tarih ve 2002/4171 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla birlikte 16 Haziran 2002 tarih ve 24787 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/06/20020616.htm#2 (Erişim Tarihi: 07.12.2019). Onay belgelerini 16 Eylül 2002 tarihinde BM Genel Sekreterliğine tevdi eden Türkiye için Sözleşme 19. madde uyarınca 16 Ekim 2002 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Türkiye, Sözleşme'yi, Sözleşme hükümlerinin

Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme[741] hazırlanmıştır. Bu sözleşmelerle aynı amacı taşıyan bir başka sözleşme de, bir yeti yitimi ya da sakatlığı olan kişilerin hak ve özgürlüklerden diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanmalarını sağlamak üzere hazırlanan Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'dir[742]. Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme her ne kadar adı itibariyle ayrımcılıkla mücadeleye özgülenmiş bir sözleşme olduğu izlenimini vermiyorsa da; Sözleşme'nin bir yeti yitimi ya da sakatlığı olan kişileri diğer kişilerle eşit koşullara sahip kılmaya yönelik çeşitli araçlar da öngören içeriği, Sözleşme'yi BM sistemindeki ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin sözleşmeler arasında kabul ederek incelemeyi gerektirir.

---

sadece Türkiye Cumhuriyeti'nin diplomatik ilişkisi olan taraf devletlere karşı uygulanacağına ve Sözleşme'nin Türkiye Cumhuriyeti'nin yasal ve idari düzeninin yürürlükte olduğu ülkesel sınırlar itibariyle onayladığına ilişkin iki beyanda bulunmuş; Sözleşme'nin yorum veya uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıkların Uluslararası Adalet Divanı'na intikal ettirilmesine ilişkin 22. maddesiyle bağlı sayılmayacağına dair de bir çekince koymuştur.

[741] BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 19 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı kararıyla kabul edilmiş, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'nin onaylanmasını 11 Haziran 1985 tarih ve 3232 sayılı Kanun'la uygun bulmuştur. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 24 Temmuz 1985 tarih ve 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla birlikte 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf (Erişim Tarihi: 07.12.2019). Onay belgelerini 20 Aralık 1985 tarihinde BM Genel Sekreterliğine tevdi eden Türkiye için Sözleşme 27. madde uyarınca 19 Ocak 1986 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Türkiye Sözleşme'nin belirtilen maddelerindeki düzenlemelerin o dönemde yürürlükte olan Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri ile tamamen bağdaşmadığı gerekçesiyle 15. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları ile 16. maddesinin birinci fıkrasının (c), (d), (f) ve (g) bendlerine ve ayrıca Sözleşme'nin yorum veya uygulanmasına ilişkin olarak Taraf devletler arasında uyuşmazlık olması halinde, bunun tahkim veya Uluslararası Adalet Divanı tarafından çözülmesini öngören 29. maddesinin birinci fıkrasına çekince koymuş; Sözleşme'nin 9. maddesinin birinci fıkrasının, Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrası ile 15. ve 17. maddeleriyle çelişmeyeceğine ilişkin de bir beyanda bulunmuştur. Türkiye'nin, 30 Eylül 1999 tarihli beyanı ile Sözleşme'nin 15. maddesinin 2. ve 4. fıkraları ile 16. maddesinin birinci fıkrasının (c), (d), (f) ve (g) bendlerine koyduğu çekinceyi kaldırdığını, 29. maddenin birinci fıkrasına ilişkin çekincesi ile 9. maddenin birinci fıkrasına ilişkin beyanının ise devam ettiğini; 29 0cak 2008 tarihinde de 9. maddenin birinci fıkrasına ilişkin daha önceki beyanını da geri çektiğini bildirmiş olması sebebiyle mevcut durum itibariyle Türkiye için 29. maddenin birinci fıkrasına ilişkin çekince yürürlükte kalmıştır. BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, sözleşmeye özgü denetim mekanizmaları ve yolları içeren BM sözleşmeleri arasında Türkiye'nin taraf olduğu ilk sözleşmedir. Bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s.251.

[742] BM Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 13 Aralık 2006 tarih ve A/RES/61/106 sayılı kararıyla kabul edilmiş, 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. 3 Aralık 2008 tarih ve 5825 sayılı Kanun'la onayını uygun bulmuştur. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 27 Mayıs 2009 tarih ve 2009/15137 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla birlikte 14 Temmuz 2009 tarih ve 27288 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm (Erişim Tarihi: 08.12.2009). Onay belgelerini 28 Eylül 2009 tarihinde BM Genel Sekreterliğine tevdi eden Türkiye için Sözleşme 45. madde uyarınca 28 Ekim 2009 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Türkiye, Sözleşme'ye ilişkin bir beyanda bulunmamış ve Sözleşme'ye çekince de koymamıştır.

Ayrımcılığı hemen hemen aynı ifadelerle tanımlayan bu Sözleşmelerde ayrımcılığın hem amaç hem de etki itibariyle gündeme gelebileceğinin belirtilmesi, öngörülen ayrımcılık yasağının doğrudan ayrımcılıkla sınırlı olmadığını, dolaylı ayrımcılığın da ilgili Sözleşmeler kapsamında yasaklandığını gösterir. Nitekim bu Sözleşmelerin üçünün de ayrımcılığın toplumsal ve yapısal sebepleriyle mücadeleye dair hükümler içermesi de hedefledikleri eşitlik anlayışının herkesin verili koşullarda eşit olduğunu kabul eden şekli eşitlik olmadığını anlatır niteliktedir. Bu anlamda aşağıda da, ilgili Sözleşmelerin gerçekte eşitlikle ilişkili maddi eşitlik anlayışını benimsediklerini ve bu doğrultuda ayrımcılık yasağının da, dolaylı ayrımcılığı kapsayacak şekilde öngörüldüğünü gösterme odaklı bir inceleme yapılacaktır.

2.2.2.1. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme

BM Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, BM Genel Kurulu'nda kendisinden iki yıl önce kabul edilen Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirgesi'ndeki[743] ilkeleri bağlayıcı kılmak adına gerçekleştirmek ve bu ilkeler doğrultusunda gerekli önlemleri hızlıca almak amacıyla hazırlanmıştır[744]. BM Genel Kurulu'nda ikiz sözleşmelerden de önce kabul edilen Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, hazırlanma amacı doğrultusunda denetim mekanizmaları ve yolları da içerir şekilde kabul

---

[743] BM Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1963 tarih ve A/RES/18/1904 sayılı kararıyla kabul edilen BM Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirgesi (UN Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) İngilizce metni için bakınız: https://www.oas.org/dil/1963%20United%20Nations%20Declaration%20on%20the%20Elimination%20of%20All%20Forms%20of%20Racial%20Discrimination,%20proclaimed%20by%20the%20General%20Assembly%20of%20the%20United%20Nations%20on%20November%2020,%201963,%20resolution%201904%20(XVIII).pdf (Erişim Tarihi: 08.12.2019). BM Genel Kurul'u bu kararından önce de, BM Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nun 1959 ve 1960 yıllarında yaşanan antisemitik olaylar karşısında ilgili olayların İHEB'e aykırı olduğunu belirttiği ve bu olaylarla ve benzerleriyle mücadele için tavsiyelerini sunduğu kararını onaylamış ve Irk temelli önyargı ve din temelli hoşgörüsüzlükle ilgili de bir karar yayımlamıştır. BM Genel Kurulu'nun ilgili kararı için bakınız: UN General Assembly, *Manifestations of racial prejudice and national and religious intolerance*, 18 December 1961, A/RES/1684, https://www.refworld.org/docid/3b00f06934.html (Erişim Tarihi: 12.12.2019).

[744] Daniel, a.g.m., s. 268.

edilmiştir[745]. Sözleşme, bu yönüyle, daha sonra BM sisteminde insan haklarının uluslararası alanda korunması hedefiyle standart haline gelecek koruma ve izleme prosedürlerini öngören ilk sözleşme olmasıyla önem taşır[746].

Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme kapsamında ayrımcılık, ırk ve ırkla ilişkili temeller bağlamında ele alınmış ve Sözleşme'de ırk temelli ayrımcılık hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık biçimlerini kapsar şekilde açıklama bulmuştur. Sözleşme'de ırk temelli ayrımcılığın ne anlama geldiğini açıklayan düzenlemelerden sonra, ırk temelli ayrımcılığın ortadan kaldırılması adına, taraf devletler için öngörülen yükümlülükler ile bu yükümlülükleri yerine getirmek üzere taraf devletlerin sağlamaları gereken haklara[747] yer verilmiştir. Sözleşme'nin 8. maddesiyle de taraf devletlerin Sözleşme'de belirtilen yükümlülükleri ile hakları yerine getirmelerini izlemek ve denetlemek üzere Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi kurulması öngörülmüştür[748]. Sözleşme'de, Komite'nin Sözleşme'nin uygulanmasını, taraf devletlerin sundukları raporlar aracılığıyla denetleme ve bu raporlar ışığında nihai gözlem raporları oluşturma[749]; bireysel başvuru

---

[745] Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'ye Şubat 2021 tarihi itibariyle 183 devlet taraftır. Sözleşme'ye taraf devletlerle ilgili bilgi için bakınız:https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-2.en.pdf (Erişim Tarihi: 02.03.2020).

[746] Gülmez, a.g.e., 2004, s. 175.

[747] Sözleşme kapsamında taraf devletler için ikinci maddede ırk temelli ayrımcılığının ortadan kaldırılması için alınacak tedbirler, üçüncü maddede ırk temelli ayrımcılık ve apartheid politikalarının yasaklanması, dördüncü maddede ırkçı propaganda ve faaliyetlerin yasaklanması üzerine öngörülen yükümlülükler yanında ve yedinci maddede de ırk temelli ayrımcılığa yol açan önyargılarla mücadele etme, uluslar, ırksal ve etnik gruplar arasında anlayışı ve dostluğu geliştirmek ve BM Şartının, İHEB'in, Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirgesi'nin ve Sözleşme'nin amaçlarını ve ilkelerini geliştirmek adına, özellikle eğitim, öğretim, kültür ve bilgi alanlarında hızlıca ve etkili tedbirler almayı taahhüt etme yükümlülükleri öngörülmüştür. Sözleşme kapsamında öngörülen bu yükümlülükleri yerine getirmek üzere taraf devletlerin sağlamaları gereken haklara ise ırk temelli ayrımcılığın ortadan kaldırılması için sağlanması gereken hakları düzenleyen 5. madde ile etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını düzenleyen 6. maddede yer verilmiştir. Sözleşme'yle güvence altına alınan haklar ile taraf devletler için öngörülen yükümlülüklerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 176-179.

[748] Çalışmanın bu kısmının devamında Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komite'si kısaca "Komite" olarak anılacaktır. Komite'nin ırksal eşitlik ve ırk temelli ayrımcılıkla ilgili izleme görev ve yetkileriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Monitoring racial equality and discrimination", https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIntro.aspx (Erişim Tarihi: 08.12.2019). Komite'nin yapısı ve çalışma şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Gülmez a.g.e., 2004, s. 180 ve 181.

[749] Sözleşme'nin 9. maddesine göre, Sözleşme'ye taraf devletlerin Sözleşme'ye taraf olmalarını izleyen birinci yılın içinde ve daha sonra da her iki yılda bir ve ayrıca Komite'nin talep ettiği zamanlarda

yolu[750] ve devletlerarası başvuru yolu[751] ile gelen şikayetleri kabul edip inceleme ile Sözleşme'deki düzenlemeleri açıklayan genel tavsiyeler yayımlama[752] yetkilerine sahip olduğu belirtilmiştir.

BM Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin aşağıda yapılacak olan incelemede öncelikle, Sözleşme kapsamında dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemeler ile Komite'nin bu düzenlemelerle ilgili olarak oluşturduğu genel tavsiyelerindeki açıklamaları ve nihai gözlem raporlarında dolaylı ayrımcılık yasağını açıklamaya yönelik ifadelerine yer verilecektir. Sonrasında ise incelemeye, Komite'nin bireysel veya devletlerarası başvuru yollarıyla önüne gelen

---

Komite'ye sundukları raporlar üzerinden Komite, taraf devletlerin Sözleşme'yi nasıl uyguladıklarını inceler ve bu incelemesi sonucunda taraf devletler için öneri ve genel tavsiyelerini nihai gözlem raporlarıyla iletir.

[750] Sözleşme'nin 14. maddesine göre, bir taraf devletin Sözleşme'ye aykırı davrandığına dair bir şikayetin bireysel başvuru yoluyla Komite önüne taşınması için ilgili taraf devletin Komite'nin yetkisini tanıdığını beyan etmesi gereklidir ve Sözleşme'ye taraf devletlerin her zaman ilgili beyanda bulunmaları mümkündür. Bireysel başvuru yolu, Sözleşme'ye taraf en az on devletin Komite'nin bireysel başvuruları inceleme yetkisini kabul ettikleri beyanı gerekliliğinin (m.14/9) gerçekleştiği 3 Aralık 1982 tarihinden beri yürürlüktedir. Şubat 2021 tarihi itibariyle Komite'nin Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru yolu ile gelen şikayetleri kabul etme ve inceleme yetkisini 59 devlet kabul etmiştir. Türkiye Komite'nin bireysel başvuru yoluyla gelen şikayetleri kabul etme ve inceleme yetkisini kabul etmemiştir. İlgili devletlerin beyanları için bakınız: "Declarations recognizing the competence of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination" https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-2.en.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2019).

[751] Sözleşme'nin 11., 12. ve 13. maddelerinde düzenlenen devletlerarası başvuru yolu kapsamında Sözleşme'ye taraf devletler, Sözleşme'ye taraf devletlerden birinin Sözleşme'yi uygulamadığına yönelik bir şikayeti Komite önüne getirebilecektir. Bu türden bir şikayetin Komite'ye iletilebilmesi için taraf devletlerin devletlerarası başvuru yolunu ayrıca kabul etmelerine gerek olmayıp; ilgili devletlerin Sözleşme'ye taraf olmaları yeterli sayılır. Komite devletlerarası başvuru yoluyla önüne gelen şikayetleri öncelikle ilgili taraf devletler arasında çözmeyi dener; bu yöntemle başarısız olunması halinde de her şikayet için bir Uzlaşma Komisyonu kurulması ile şikayetin bu Komisyon eliyle dostça çözüme bağlanması amaçlanır. İlk kez 2018 yılında kullanılan bu yolla Komite'nin önüne üç tane devletlerarası şikayet taşınmıştır. Devletlerarası başvuru yolu ve Katar v. Suudi Arabistan Krallığı, Katar Devleti v. Birleşik Arap Emirlikleri, Filistin v. İsrail başvuruları süreci hakkında bilgi için bakınız: Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Inter-state communications", https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/InterstateCommunications.aspx (Erişim Tarihi: 09.12.2019).

[752] Sözleşme'nin 9. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Komite'nin Sözleşme'nin belirli maddeleriyle ya da belirli konularla ilişkili olarak, taraf devletlerden alınan bilgilere de dayanan öneri veya tavsiyelerde bulunma yetkisi vardır. Oluşturduğu bu öneri ve tavsiyeleri BM Genel Kurulu'nun bilgisine de sunan Komite'nin Aralık 2019 tarihine kadar yayımladığı genel tavsiyelerin tümü için bakınız: UN Treaty Body Database, Human Rights Bodies, CERD, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11 (Erişim Tarihi: 10.12.2019).

somut şikayetler karşısında ırk temelli dolaylı ayrımcılık yasağına dair sunduğu görüşleriyle devam edilecektir.

2.2.2.1.1. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'de Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları

Irk temelli ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin olarak hazırlanmış olan Sözleşme, bu yöndeki düzenlemeleri bağlamında hem kişileri hem de kişi gruplarını hak sahipleri olarak tanımıştır[753]. Bu bağlamda hem kişilere hem de kişi gruplarına yönelik gündeme gelebilecek olan ırk temelli ayrımcılık, Sözleşme'nin birinci maddesinin birinci fıkrasına göre şöyle tanımlanmıştır:

> *"Siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda ya da kamusal yaşamın diğer her alanında, insan haklarının ve temel özgürlüklerin eşitlik koşullarında tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını ortadan kaldırma veya zayıflatma amacına veya etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik köken esasında her türlü ayrım (distinction), dışlama (exlusion), kısıtlama (restriction) ya da tercih etme (preference)[754]."*

Sözleşme'ye temel oluşturan bu ırk temelli ayrımcılık tanımında, farklı nitelikteki eylemlerin ayrımcılık yasağına aykırılık doğurabileceği gösterilmiş ve böylece ayrımcılık yasağının devletlerin sağlamayı taahhüt ettikleri insan haklarıyla bağlantısı ortaya koyulabilmiştir[755]. Tanımda belirtilen eylemlerin sadece *amacı* itibariyle değil, *etkisi* itibariyle de ayrımcı yasağına aykırılık doğurabileceğinden söz edilmiştir ki; bu da Sözleşme'nin sadece ayrımcı kasıt taşıyan eylemler için geçerli bir ayrımcılık

---

[753] Durmuş, a.g.t., s. 60. Sözleşme'nin kişi ve kişi gruplarını açıkça hak sahipleri olarak koyduğu düzenlemeleri için bakınız: m. 1/4, m.2, m. 7.

[754] Vurgu eklenmiştir. Komite, Sözleşme'nin ilk maddesinin ilk fıkrasında kullanılan "esasında" [based on] ifadesinin, Sözleşme'nin Başlangıç kısmının yedinci paragrafında geçen "dayalı" [on the grounds of] ifadesiyle aynı anlama geldiğini söylemiştir. Bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 14, Madde 1 Fıkra 1: Ayrımcılığın Tanımı*, 42. Oturum, U.N. Doc. A/48/18 (1993), Para. 1. Çalışma kapsamında ilgili ifadeler yerine "temelinde" ifadesi ve ayrımcılığın dayandırıldığı ortak özellikleri ifade etmek üzere de "ayrımcılık temelleri" ifadesi tercih edilmeye devam edilecektir.

[755] Mesut Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s. 224.

yasağından ziyade belirtilen eylemlerin sonucunda ortaya çıkan etkiyi de kapsayacak anlamda bir ayrımcılık yasağını benimsediğini gösterir niteliktedir[756]. Bu anlamda, sadece bir devlet aktörünün ayrımcı kasıt taşıyan muamelesinin değil, ardındaki amacın bir önemi olmaksızın, bir yasa düzenlemesinin ya da politikanın etkisi itibariyle de ayrımcı olabileceğini iddia etmek mümkündür. Dolayısıyla, Sözleşme'deki ırk temelli ayrımcılık tanımına dayanarak, tamamen ayrımcılık karşıtı bir amaçla yürürlüğe konulan bir yasa düzenlemesi ya da politikanın da, ırk temelinde farklı etki yaratması halinde Sözleşme'ye aykırı olduğu iddia edilebilecektir[757]. Bu doğrultuda, Sözleşme'nin kabul ettiği ayrımcılık yasağının doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı olmadığını ve dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığını ifade edilmiştir[758]. Nitekim Sözleşme'de yer alacak ırk temelli ayrımcılık tanımının tasarlanması süreci de, ayrımcılık yasağının dolaylı biçimiyle ilgili olan etki temelli ayrımcılığın Sözleşme'nin yasakladığı ayrımcılık kapsamına bilinçli olarak alındığını ve buna da belirgin bir karşı çıkışın yaşanmadığını gösterir[759].

Sözleşme'deki ırk temelli ayrımcılık tanımının hemen ardından yer verilen ırk temelli ayrımcılığın ortadan kaldırılması adına taraf devletler için öngörülen yükümlülükler bağlamında da, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemelere yer verilmiştir. Bu anlamda, taraf devletlerin yükümlülüklerini, sadece ırk temelli ayrımcılığı yasaklamak, bu türden eylemlere destek olmamak ve katılmamak ile sınırlandırmayan Sözleşme, öngördüğü yükümlülükler çerçevesinde taraf devletleri aktif bir konumda ele almış; taraf devletleri, ırk temelli ayrımcı etki doğurabilecek yasal düzenlemeleri de dikkate almak suretiyle ırk temelli ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına etkili önlemler almakla yükümlü kılmıştır[760]. Böylece taraf devletlerin yasal düzenleme ya da politikalarını sadece amaçları yönünden değil, etkileri yönünden de değerlendirmeleri gerekliliğine yer verilebilmiştir. Bu yükümlülükler ile gereklilikleri

---

[756] Clifford, a.g.m., s. 21.
[757] Daniel, a.g.m., s. 270.
[758] Tobler, a.g.e., 2008, s. 12; Daniel, a.g.m., s. 270; Clifford, a.g.m., s. 21.
[759] Sözleşme'nin hazırlık sürecinde kabul edilen üç ırk temelli ayrımcılık tanımı arasında etki temelli ayrımcılığı kapsayacak şekilde kaleme alınmış olan bu tanım haricindeki diğer iki tanımda, yasaklanan ayrımcılık biçimini nitelemek üzere sadece "benzer farklılıklar temelli ayrımcılık" ifadesine yer verilmiştir. Sözleşme'deki ırk temelli ayrımcılık tanımının tasarlanma sürecine dair ayrıntılar için bakınız: Daniel, a.g.m., s. 270-271.
[760] Daniel, a.g.m., s. 271.

içeren ilgili düzenlemeler de, Sözleşme kapsamındaki dolaylı ayrımcılık yasağının tek dayanağının ırk temelli ayrımcılık tanımı olmadığını ortaya koyar niteliktedir. Sözleşme'nin yedinci maddesinde de taraf devletler için ırk temelli ayrımcılığa yol açan önyargılarla mücadele etmek, uluslar, ırksal ve etnik gruplar arasında anlayışı ve dostluğu geliştirmek ve BM Şartının, İHEB'in, Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirgesi'nin ve Sözleşme'nin amaçlarını ve ilkelerini geliştirmek adına, özellikle eğitim, öğretim, kültür ve bilgi alanlarında hızlıca ve etkili tedbirler almayı taahhüt etme yükümlülükleri öngörülmüştür. Böyle bir düzenlemenin de, özellikle yapısal eşitsizlikler nedeniyle gündeme gelebilecek dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı durumlarla mücadele için önemli olduğu belirtilmiş; bu suretle Sözleşme'nin ırk temelli ayrımcılığı tanımlayan ilk maddesi haricinde de dolaylı ayrımcılıkla mücadeleye dair düzenlemelere sahip olduğu gösterilmiştir[761].

Komite de Sözleşme'nin ilk maddesinin birinci fıkrasıyla ilgili olarak hazırladığı 1993 tarihli Ayrımcılığın Tanımı üzerine 14 No'lu Genel Tavsiye'de, belirli hak ve özgürlükleri zayıflatan bir ayrımın hem amacı hem de etkisi itibariyle Sözleşme'ye aykırı sayılabileceğini belirtmiştir. Komite, açıkladığı bu hususu Sözleşme'nin taraf devletler için ırk ayrımcılığını doğuran veya devam ettiren yasaları veya düzenlemeleri değiştirme, kaldırma veya geçersiz sayma yükümlülüklerini öngören ikinci maddesinin ilk fıkrasının c bendinin de doğruladığını söylemiştir[762]. Böylece Komite'nin de işaret ettiği üzere ırk temelinde ayrımcılığın sürdürülmesi etkisini sağlayan bir düzenlemenin ayrımcı sayılmasıyla, esasen taraf devletlerin de iç hukuklarında sadece doğrudan ayrımcılığa ilişkin değil dolaylı ayrımcılığa ilişkin de önlem almaları gerektiği vurgulanmıştır[763].

Komite, Sözleşme kapsamında ayrımcılıktan ne anlaşılması gerektiğini açıkladığı ilgili 14 No'lu Genel Tavsiye'de ayrıca, ayrımcı olarak değerlendirilemeyecek nitelikteki farklı muamelere de değinmiştir. Bu anlamda Komite, meşru bir ölçüte

---

[761] Bu anlamda, Sözleşme'nin ilgili yedinci maddesinin, taraf devletleri, Sözleşme'nin "toplum mühendisliği" işlevine dahil ettiği de ifade edilmiştir. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2008, s. 15.
[762] Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 14, Madde 1 Fıkra 1: Ayrımcılığın Tanımı*, 42. Oturum, U.N. Doc. A/48/18 (1993), Para. 1.
[763] Vandenhole, a.g.e., s. 41; Schiek, a.g.e., s. 339.

dayanan farklı muamelelerin ya da Sözleşme'nin ilk maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen özel bir koruma ihtiyacında olan belirli ırk veya etnik grupların veya bireylerin, insan hakları ve temel özgürlüklerden eşit biçimde yararlanmalarını sağlamak amacıyla alınacak özel önlemlerin, ayrımcı olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Komite, farklı muamelelerin ayrımcı olarak değerlendirilmemesini sağlayan ölçütler konusunda da, her eylemin sonucunun farklı olabileceğini belirtmiş ve esas olarak da farklı muameleyle ortaya çıkan sonucun Sözleşme'ye aykırı olup olmadığının incelenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Komite, belirli bir eylemin Sözleşme'ye aykırı bir sonuç ortaya çıkarıp çıkarmadığını incelerken de, ilgili eylemin bir ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik köken itibariyle farklı olan bir grup üzerinde meşru bir gerekçesi olmayan farklı bir etki yaratıp yaratmadığına bakılması gerektiğini söylemiştir[764]. Bu doğrultuda ortaya çıkan sonucun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş olan Komite, ırk ayrımcılığının sadece ayrımcılık yapma yönündeki amaç açısından değil, ortaya çıkan sonuç ya da etki açısından da ele alınmasını bir kez daha vurgulayarak dolaylı ayrımcılık yasağının koruduğu alanla ilişkilendirilecek yorumlarda bulunmuştur.

Komite, etki ya da sonuca atıf yapmak suretiyle, ayrımcılığın dolaylı biçimine işaret ettiği tespitleri yanında, "Romanlara karşı ayrımcılık" konulu 27 No'lu Genel Tavsiye'de taraf devletlerin her türlü ayrımcılık biçimininden kaçınması ve ayrımcılığın her türlü biçimini önlemek üzere gerekli önlemleri alması gerektiğini belirtmek suretiyle de sadece doğrudan ayrımcılık değil dolaylı ayrımcılıkla ilgili de önlemler alınması gerektiğini belirtmiştir[765].

Komite, "Ceza adalet sisteminin yönetiminde ve işleyişinde ırk ayrımcılığının önlenmesi" konusundaki 31 No'lu Genel Tavsiye'de de ırk ayrımcılığının potansiyel kaynaklarına dair göstergeler kapsamında etkisi bakımından ayrımcı olan unsurlara değinmiştir. Buna göre, özellikle terör, göç, vatandaşlık, vatandaş olmayan kişilerin ülkede bulunmalarının yasaklanması ya da bu kişilerin sınır dışı edilmeleriyle ilgili

[764] Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 14,* Para. 2.
[765] Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 27, Romanlara karşı Ayrımcılık*, 57. Oturum, U.N. Doc. A/55/18, EK V içinde (2000), Para. 2 ve 5.

belirli ulusal yasaların yanında ayrıca belirli grupların ya da belirli topluluklara üyeliğin meşru bir gerekçe olmaksızın cezalandırılması etkisine sahip olan yasal düzenlemelerin potansiyel dolaylı ayrımcı etkilerinin, ırk ayrımcılığının potansiyel kaynakları olduğunu söyleyen Komite, taraf devletlerin bu nitelikteki yasal düzenlemelerin yaratabileceği ayrımcı etkileri önleme yolları aramaları gerektiğini iletmiştir[766].

Komite, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi'nde yer alan özel önlemlerin anlamı ve kapsamı konusundaki 32 No'lu Genel Tavsiye'de öncelikle Sözleşme'ye dayanak oluşturan eşitlik ilkesinin, yasa önünde eşitliği sağlayan şekli *(formal)* eşitlikle, insan haklarına sahip olmada ve insan haklarından yararlanmada maddi ya da de facto eşitliği biraraya getirdiğini belirtmiş ve sonrasında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık başlığı altında ayrımcılığın dolaylı biçimine de değinmiştir. Komite bu kısımda da ayrımcılığın amaçlı ya da kasıtlı olarak gündeme gelebileceği kadar fiilen bu sonucun ortaya çıkmasıyla da gündeme gelebileceğini söylemiş ve bu doğrultuda ayrımcı etki yaratan unsurların da Sözleşme'deki ayrımcılık yasağı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Komite, böylece gündeme gelebilecek ayrımcılığın yalnızca basitçe yasaya aykırı bir ayrım, dışlama veya kısıtlama ile değil; ayrıca yasaya aykırı bir "tercih" ile de gündeme gelebileceğini göz önünde bulundurarak; taraf devletlerin özel önlemleri, yasaya aykırı tercihlerden ayırt etmelerinin de önemli olduğuna dikkat çekmiştir. Komite, ayrıca, ayrımcılık yasağının muhakkak aynı ya da benzer muameleyi gerekli kılmadığını ve bir kişi ya da grup ile diğer bir kişi ya da grup arasında belirgin farklılıkların olması durumunda, başka bir deyişle objektif ve makul bir gerekçenin varlığı halinde, farklı muamelenin ayrımcılık yaratmayacağını söylemiş ve farklı durumdaki kişi ya da gruplara aynı muamelenin uygulanması sonucu ortaya çıkan etki itibariyle ayrımcılık yasağına aykırılığın doğacağından bahsetmiştir. Böylece dolaylı ayrımcılık yasağına da değinmiş olan Komite, kişi ya da grupların farklı özelliklerinin de özel önlemler temelinde dikkate alınması gerekliliğini ortaya koymuştur[767].

---

[766] Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 31,* Ceza adalet sisteminin yönetiminde ve işleyişinde ırk ayrımcılığının önlenmesi, 65. Oturum, U.N. Doc. A/60/18 içinde (2005), Para. 4 (b).

[767] Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 32,* Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi'nde yer alan özel önlemlerin anlamı ve kapsamı, 75. Oturum, CERD/C/GC/32, 24 Eylül 2009, Para. 7 ve 8. Komite'nin daha önceki genel yorumlarından farklı olarak, 32 No'lu Genel Yorumu'nda kişi ya da grupların farklı özelliklerine değinmesi dolaylı

Komite, nihai gözlem raporlarındaki dolaylı ayrımcılık yasağına dair tespitlerinde de, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimlerini nitelemek üzere kullandığı amaç ve etki ikiliğinden hareketle bazı tespitlerde bulunmuştur[768]. Esasen Komite bu tespitlerindeki amaç ve etki ifadelerinden bu iki farklı ayrımcılık biçimini ayıran bir unsura, "ayrımcı kasıt" unsuruna dikkat çekmek üzere yararlanmıştır ki; bu da Komite'nin dolaylı ayrımcılığa dair uygulamasına yansımıştır. Buna göre, Komite'nin ayrımcı kastı dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı bir durumun gündeme geldiğinden bahsedebilmek için gerekli bir unsur olarak görmediği söylenebilir[769].

Dolaylı ayrımcılığı nihai gözlem raporlarında genel olarak gerçekteki etki itibariyle ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak ele alan Komite, bazı nihai gözlem raporlarında açıkça dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmamıştır. Komite ilgili nihai gözlem raporlarının bazılarında dolaylı ayrımcılığı kasıtsız ayrımcılık (*unintentional*

---

ayrımcılığın ortaya çıkardığı olumsuz etkiyi sadece dezavantaj yaklaşımıyla değil, farklılık yaklaşımıyla da ele aldığını gösterir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 79-80.

[768] Komite'nin nihai gözlem raporlarının bütünü için bakınız: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeCategoryID=10 (Erişim Tarihi: 29.12.2019).

[769] BM'nin sözleşme denetim organları arasında, ayrımcılık yasağı konusundaki ayrımcı amaç ile ayrımcı etki arasındaki ayrıma sıkı bir şekilde uyma konusuna öncülük eden Komite'nin, dolaylı ayrımcılık için ayrımcı kastı gerekli görmemesi yönündeki görüş farklı etki nedeniyle ayrımcılık adı altında dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerinin görüldüğü Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs v. Duke Power Co. kararındaki görüşüyle aynı yönde olsa da; Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Washington v. Davis kararına zıtlık gösterir niteliktedir. Karşılaştırma için yukarıda *"1.3.2.2. Griggs v. Duke Power Company Davası"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin, "Ayrımcı kast"ı, farklı etki nedeniyle ayrımcılığın unsurları arasında saydığı 1976 tarihli Washington v. Davis, 426 U. S. 229 kararında kurduğu "Kasıt doktrini"ne dair ayrıntılı bilgi ve ilgili kararın BM Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin görüşleriyle karşılaştırmalı incelemesi için bakınız: Daniel, a.g.m., s. 281-285. Komite'nin ayrımcılığın sadece ayrımcı kasıt taşıyan eylemlerle sınırlı olarak gündeme gelmeyeceğini belirtmiş olduğu ABD ile ilgili nihai gözlem raporları için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Amerika Birleşik Devletleri,* U.N.Doc. A/56/18 (SUPP), 1 Ekim 2001, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f56%2f18(SUPP)&Lang=en (Erişim Tarihi: 26.12.2019); Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Amerika Birleşik Devletleri*, 72. Oturum, U.N.Doc. CERD/C/USA/CO/6, 8 Mayıs 2008, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fUSA%2fCO%2f6&Lang=en (Erişim Tarihi: 26.12.2019); Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Amerika Birleşik Devletleri'nin yedinci ila dokuzuncu periyodik raporları hakkında nihai sonuç gözlemleri*, U.N.Doc. CERD/C/USA/CO/7-9, 25 Eylül 2014, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fUSA%2fCO%2f7-9&Lang=en (Erişim Tarihi: 26.12.2019).

discrimination) olarak ele almış ve bu ayrımcılık biçimini kasıtlı ayrımcılık (*intentional discrimination*) biçiminin karşısında konumlandırmıştır. Komite bu bağlamda, ayrımcı kasıt taşımayan ancak ortaya çıkan etkileri itibariyle ayrımcı olan kural ve uygulamaları taraf devletlerin dikkatine sunmuştur[770]. Komite'nin böylece ortaya koyduğu ilgili nihai gözlem raporlarındaki uyarılarının, doğrudan ayrımcılıkla sınırlı olmayan bir ayrımcılık yasağının ürünü olduğunu söylemek yanlış olmaz[771]. Benzer şekilde Komite'nin yine açıkça dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmayarak, *de facto* ayrımcılık kavramını kullandığı nihai gözlem raporlarındaki tespitlerini de dolaylı ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirmek gerekir[772].

Komite'nin kasıtsız ve etki temelinde gündeme gelen ayrımcılık biçimi olarak ele aldığı dolaylı ayrımcılığa ismen yer verdiği nihai gözlem raporları da mevcuttur. Komite, Madagaskar'la ilgili nihai gözlem raporunda açıkça dolaylı ayrımcılığın Sözleşme ile yasaklandığını belirtmiştir[773]. Komite, dolaylı ayrımcılığa ismen yer

---

[770] Vandenhole, a.g.e., s. 40.

[771] Komite'nin taraf devletin özel okulların masraflarını karşılayamayan ailelere yönelik alternatif olarak sunduğu özel okul sisteminin ırksal olarak ayrıştırılmış bir okul sistemine sebebiyet vereceğine dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Zimbabve,* CERD/C/304/Add.3, 28 March 1996, para. 10, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2F304%2FAdd.3&Lang=en, (Erişim Tarihi: 31.12.2019); Komite'nin Hong Kong Özel İdari Bölge'sindeki özellikle Filipinler, Endonezya ve Tayland'tan gelmiş olan yabancı ev işçileri için etkisi itibariyle ayrımcı olabilecek "iki hafta kuralı"na dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Çin,* U.N.Doc. A/56/18 (SUPP), 1 Ekim 2001, para. 248, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f56%2f18(SUPP)&Lang=en (Erişim Tarihi: 31.12.2019); Komite'nin özellikle siyah, melez ya da yerli halka mensup kişilerin oluşturduğu okuryazar olmayanların devlet memuru olamama gibi siyasi haklardan mahrum olmasına yönelik kaygılarını dile getirerek, taraf devletin bu duruma karşı gerekli önlemleri alması gerektiğini belirttiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Brezilya,* 28 Nisan 2004, CERD/C/64/CO/2, para. 20, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD/C/64/CO/2&Lang=En (Erişim Tarihi: 29.12.2019).

[772] Komite'nin iyi niyetle ya da tarafsız bir biçimde ortaya koyulan politikaların bile ırklar arası ilişkide doğrudan ya da dolaylı olarak olumsuz ya da istenmeyen etki yaratabileceğini ve bunun da de facto ayrımcılığa neden olabileceğine ilişkin tespiti için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Filipinler,* U.N.Doc. A/64/18, (3-28 Ağustos 2009), Para. 13, https://undocs.org/en/A/64/18(Erişim Tarihi: 26.12.2019). Komite aynı belge içinde diğer taraf devletlerle ilgili nihai gözlem raporlarında da de facto ayrımcılık kavramını kullanmıştır.

[773] Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Madagaskar,* 10 Aralık 2004, CERD/C/65/CO/4, para. 16,

verdiği nihai gözlem raporlarının bazılarında doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı içeren yeni mevzuatlara dair yorumlarda bulunmuş[774]; bazılarında taraf devletlere dolaylı ayrımcılığı önlemek üzere etkili önlemler almaları gerektiğini söylemiş ve muhtemel dolaylı ayrımcı kural ve uygulamalara dair kaygılarını dile getirmiştir[775].

Komite dolaylı ayrımcılığı bu çerçevede ve belirtilen kavramlar kapsamında ele aldığı nihai gözlem raporlarında, Romanlar[776] ve Afrika kökenli kişiler[777] gibi geçmişte

---

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD/C/65/CO/4&Lang=En(Erişim Tarihi: 31.12.2019).

[774] Komite'nin doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağını içeren Yüksek Öğretimdeki Öğrencilere Eşit Muamele adındaki kanunun bazı üniversitelerde uygulanmamasına dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: İsveç*, CERD/C/64/CO/8, 10 Mayıs 2004, para. 9, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2F64%2FCO%2F8&Lang=en (Erişim Tarihi: 31.12.2019); Komite'nin 2001 tarihli İş Kanunu'nda tanımlanan dolaylı ayrımcılığın ispatının nicel koşullarla sınırlandırılmış olmasının 14. Genel Yorumu'yla uyumlu olmadığı yönünde kaygısını dile getirdiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Letonya* ,CERD/C/63/CO/7, 10 Aralık 2003, para. 8, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2F63%2FCO%2F7&Lang=en (Erişim Tarihi: 31.12.2019).

[775] Komite'nin iş piyasasında etnik azınlıkların düşük oranda yer almasını hesaba katarak işe alım süreçlerinde dolaylı ayrımcılık teşkil edebilecek durumlara dikkat çektiği ve taraf devlete ekonomik ve sosyal yaşamda fırsat eşitliği yaratması gerektiğini söylediği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Hollanda,* 30 Mart 1998, CERD/C/304/Add.46, para. 12, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2F304%2FAdd.46&Lang=en (Erişim Tarihi: 31.12.2019); Komite'nin kreşlerde ve anaokullarında ana dil kullanımının yasaklanmasının her ne kadar entegrasyonla ilişkili olsa da azınlık ve mülteci gruplarına karşı dolaylı ayrımcılık oluşturabileceğine dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Danimarka,* CERD/C/60/CO/5, 21 Mayıs 2002, para. 12, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2F60%2FCO%2F5&Lang=en (Erişim Tarihi: 31.12.2019).

[776] Komite'nin Romanların yasaya aykırı nitelik taşıyan konutlarının yıkımına dair kararların ve bu kişilerin zorla tahliyelerinin Roman kişiler üzerindeki olumsuz etkilerine dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Rusya Fedarasyonu*, 73. Oturum, Para. 26, U.N.Doc. CERD/C/RUS/CO/19, 20 Ağustos 2008, https://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/CERD.C.RUS.CO.19.pdf (Erişim Tarihi: 26.12.2019); Komite'nin çok sayıda Roman çocuğun "özel okullarda" eğitim gördüğü taraf devletin, bu çocukların durumlarına dair aldığı geçiçi özel önlemlerin dolaylı ayrımcılığa yol açmamasına dikkat etmesi gerektiğini belirrtiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Çek Cumhuriyeti*, 70. Oturum, Para. 17, U.N.Doc. CERD/C/CZE/CO/7, 11 Nisan 2007, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fCZE%2fCO%2f7&Lang=en (Erişim Tarihi: 26.12.2019).

[777] Komite'nin taraf devlete oy hakkından yoksun bırakma gibi haklardan yoksun bırakma yasalarını uyguladığı sırada, bu yasaların ırksal, etnik ve ulusal azınlıklara, özellikle bu yasaların çokça uygulandığı Afrikalı Amerikalılara karşı orantısız ölçüdeki olumsuz etkilerini de göz önünde bulundurarak uygun

ayrımcılığa maruz kalmış bazı belirli kişi gruplarına karşı dolaylı ayrımcılık yasağına değindiği gibi, farklı azınlık grupları,[778] göçmenler, vatandaş olmayanlar, kadınlar[779] ve yerli halk[780] gibi farklı kişi gruplarına karşı dolaylı ayrımcılık teşkil edebilecek durumlardan da bahsetmiştir.

Sözleşme ile Komite'nin ilgili genel tavsiyeleri ve nihai gözlem raporları birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme'nin ırk temelli dolaylı ayrımcılık yasağı altında ırk ile ilişkilendirilebilecek temellere karşı dolaylı ayrımcılık yasağı öngördüğü söylenebilir. Sözleşme sisteminde etki temelli bir ayrımcılık biçimi olarak ele alınan dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkması için, ayrımcı kastın aranmaması da dolaylı ayrımcılığa ispatını kolaylaştırır bir nitelik kazandırmıştır. Taraf devletlere bu nitelikle yasaklamalarının önerildiği bu ayrımcılık biçiminin gündeme gelmemesi için alacakları

önlemleri alması gerektiğini belirttiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Amerika Birleşik Devletleri*, 72. Oturum, § C, U.N.Doc. CERD/C/USA/CO/6 8 Mayıs 2008, Para. 20, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fUSA%2fCO%2f6&Lang=en (Erişim Tarihi: 26.12.2019).

[778] Komite'nin, işe giriş için belirli bir dil yeterliliği aranmasının dilsel azınlıklar üzerindeki ayrımcı etkisine dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Estonya,* 69. Oturum, CERD/C/EST/CO/7, Para. 16, 19 Ekim 2006, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fEST%2fCO%2f7&Lang=en(Erişim Tarihi: 26.12.2019); Komite'nin ayaklanmaları bastırmak üzere ortaya koyulan politikaların bazı etnik azınlıklar üzerindeki olumsuz etkisine dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı,* 79. Oturum, CERD/C/GBR/CO/18-20, Para. 9, 14 Eylül 2011, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGBR%2fCO%2f18-20&Lang=en(Erişim Tarihi: 26.12.2019).

[779] Komite'nin taraf devletin benimsediği Ulusal Hanehalkı Kayıt Sistemi'nin (*Hukou*) istihdam, sosyal güvenlik, sağlık hizmetleri ve eğitim alanında göçmenlere, bazı etnik gruplara ve özellikle kadınlara karşı ayrımcı etki yaratabileceği ve bu anlamda de facto ayrımcı olabileceği yönündeki kaygılarını ifade ettiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Çin (Hong Kong ve Makao Özel İdari Bölgeleri dahil),* U.N.Doc. A/64/18, (3-28 Ağustos 2009), Para. 14, https://undocs.org/en/A/64/18 (Erişim Tarihi: 29.12.2019).

[780] Komite'nin taraf devlete yerli halka karşı olumsuz etkiler yaratabilecek gelir yönetim programlarındaki ayrımcı koşulları kaldırmayı önerdiği nihai gözlem raporu için bakınız: Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Avustralya,* CERD/C/AUS/CO/18-20, Para. 24, 26 Aralık 2017, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fAUS%2fCO%2f18-20&Lang=en(Erişim Tarihi: 26.12.2019).

önlemlerin de belirtilmiş olmasıyla, dolaylı ayrımcılığa karşı bütüncül bir koruma amaçlandığını söylemek mümkündür.

2.2.2.1.2. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Komite, önüne bireysel başvuru yoluyla gelen ırk ve ırkla ilişkili diğer temellerle ilgili ayrımcılık yasağına aykırı davranıldığına ilişkin şikayetleri incelemesi sonucunda oluşturduğu görüşlerinde de dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin tespitler ortaya koymuştur. Komite'nin İHK ve ESKHK'ya benzer şekilde incelediği şikayetler aracılığıyla vardığı ilgili tespitlerini de, yine birer tavsiye olarak değil; yarı yargısal bir organın ırk ve ırkla ilişkili diğer temellerde dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağıyla ilgili bağlayıcı tespitleri olarak anlamak doğru olacaktır.

Komite ırk ve ırkla ilişkili diğer temellerde ayrımcılık yasağına aykırı davranıldığına ilişkin önüne gelen şikayetlerin çok az bir kısmında dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağına dair görüş belirtmiştir. Bu kapsamda, Komite'nin iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez[781] ya da kişi bakımından kabul edilemez[782] oldukları sonucuna vararak esastan incelemeye geçemediği ve bu sebeple dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağına dair tespitlerde bulunamadığı başvurular da vardır. Ancak Komite bu başvuruları reddederken ortaya çıkan ayrımcı etki sebebiyle

---

[781] 1991 tarihli Sosyal Güvenlik Kanunu'nun emekli aylığı için başvuruda bulunabilmek için 65-67 yaşları arasında olma koşulunu öngören ilgili düzenlemesinin, diğer Avustralyalı erkeklere göre Avustralya İstatistik Bürosu'nun 2007 tarihli verilerinde ortalama yaşam süreleri 59 yıl olarak belirlenen Avustralyalı Aborjin erkeklere karşı ayrımcı etki yarattığının iddia edildiği; ancak Komite'nin iddia edilen yapısal ayrımcılıkla ilgili meseleyi ayrı tutarak Sözleşme'nin m. 14/7/a'nın öngördüğü iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez olduğu sonucuna vardığı başvuru için bakınız: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Kenneth Moylan v. Avustralya*, B. No: 47/2010, Karar Tarihi: 27.08.2013, U.N. Doc. CERD/C/85/D/47/2010.

[782] "Danimarkalı ustabaşı" arandığı ifadesine yer verilen iş ilanının ulusal ve etnik köken temelinde ayrımcı etki yarattığının iddia edildiği; ancak başvuruculardan hiçbiri iş ilanına başvurmadığı için kişi bakımından kabul edilemez bulduğu başvuru için bakınız: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Irk Ayrımcılığı Dökümantasyon ve Danışma Merkezi v. Danimarka*, B. No: 28/2003, Karar Tarihi: 19.08.2003, U.N. Doc. CERD/C/63/D/28/2003; Thai Havayolları'nın ve Thai Travel adlı seyahat şirketinin politikalarının ayrımcı etki yarattığının iddia edildiği; ancak Komite'nin başvuruculardan hiçbirinin ilgili ayrımcı etkiye maruz kalmadığı gerekçesiyle kişi bakımından kabul edilemez bulduğu başvuru için bakınız: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Nicolai Hermansen, Signe Edrich and Jonna Vilstrup v. Danimarka*, B. No: 44/2009, Karar Tarihi: 13.08.2010, U.N. Doc. CERD/C/77/D/44/2009.

ayrımcılık yasağına aykırı davranıldığı yönündeki şikayetleri ayrı tuttuğunu belirtmiş ve böylece dolaylı ayrımcılık yasağının bu şikayetler üzerinden somutlaşmasını sağlamıştır. Komite'nin bu yöndeki tutumunun da Sözleşme'nin dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsayan bir ayrımcılık yasağını kabul ettiğini doğrular nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Komite, ayrımcılık yasağına aykırılığın ayrımcı etki sebebiyle de doğabileceğini, taraf devletlerin ayrımcılık yasağına aykırılıkları önlemek adına etkili önlemler alması gerektiği bazı başvurularda da yinelemiştir. Komite her ne kadar ilgili başvurularda dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağı üzerine ayrıntılı tespitlerde bulunmamışsa da; etki temelli ayrımcılığı önlemek üzere taraf devletlerin çeşitli önlemler almaları gerekliliğine işaret etmek suretiyle de, yine Sözleşme sisteminde dolaylı ayrımcılığı kapsayan bir ayrımcılık yasağının benimsendiğini göstermiştir[783].

Komite, dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin ilk değerlendirmesini bireysel başvuru yolu ile önüne gelen başvulardan L.R. ve diğerleri v. Slovakya başvurusunda ortaya koymuş; bu başvuruda ayrıca dolaylı ayrımcılığı tanımlamıştır[784]. L.R ve diğerleri başvurusuna konu olay, Dobšina Belediyesi'nin kötü barınma şartlarında yaşayan Romanlar için düşük bütçeli konutların yapılmasıyla ilgili bir plan kabul etmesi

---

[783] Danimarka'da oturma izni bulunan ve eşi Danimarkalı olan Tunus vatandaşı başvurucunun, kredi başvurusunun Danimarka vatandaşı olmayanlara kredi verilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine, taraf devletin kredi başvurusunu reddeden bankanın kredi politikasının ulusal köken ve ırk temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını araştırmadığı iddiasında bulunduğu ve Komite'nin taraf devlete kredi piyasasındaki ilgili ırk temelli ayrımcılığa karşı etkili önlem almasını önerdiği başvuru için bakınız: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Habassi v. Danimarka,* B. No: 10/1997, Karar Tarihi: 17.03.1999, U.N. Doc. CERD/C/54/D/10/1997; Arabasını sigortalatmak üzere başvurduğu sigorta şirketi tarafından Danca konuşamadığı ve kendisiyle iletişim kurulamadığı gerekçesiyle talebi reddedilen başvurucunun, taraf devletin ilgili sigorta şirketinin belirli bir dili şart koşan başvuru koşulunun ulusal köken ve/veya ırk temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını araştırmadığı iddiasında bulunduğu; Komite'nin küçük bir şirketin farklı dil yeterliklerine sahip personel çalıştırmasının beklenmeyeceğini ve bu sebeple ilgili sigorta şirketinin dil koşulunun makul ve objektif gerekçeye sahip olduğunu kabul ettiği, ancak taraf devlete bu türden ayrımcılıkların önüne geçmek etkili önlemler almasını önerdiği başvuru için bakınız: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Sefic v. Danimarka,* B. No: 32/2003, Karar Tarihi:07.03.2005, U.N. Doc. CERD/C/66/D/32/2003. Komite, bu başvuruda dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmadığı gibi, bir bireyin dil yönünden farklılığına ilişkin olarak şirketin uyumlaştırma görevini de incelemesine rağmen, benzer şekilde "makul uyumlaştırma" kavramını da kullanmamıştır. Bakınız: Durmuş, a.g.t, s.82.

[784] Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *L.R. ve diğerleri v. Slovakya*, B. No: 31/2003, Karar Tarihi: 07.03.2005, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31/2003. Çalışmanın devamında ilgili başvuru, L.R. ve diğerleri olarak anılacaktır.

sonrasında gelişmiştir. Konutların yapılacağı bölgeye yakın çevrede yaşayan 2700 kişi, Belediye'nin ilgili planının çevre köylerden ve hatta diğer ilçelerden ve bölgelerden Roman kökenli vatandaşların bölgeye akınına yol açacağını, bu sebeple Dobšiná topraklarında Roman kökenli insanlar için düşük maliyetli konutların inşasına yönelik plana katılmanın mümkün olmadığını belirttikleri bir dilekçeyi Belediye Meclisi'ne sunmuş; Belediye Meclisi de dilekçeyi kabul ederek ilgili planı geri çekmiştir (Para, 2.1. ve 2.2.). Başvurucular, Belediye Meclisi'nin ayrımcı unsurlar içeren ilgili dilekçeyi kabul ederek planı geri çekmesinin Sözleşme'nin ırk ayrımcılığını önlemek üzere taraf devlete yüklediği sorumluluklara aykırı olduğu ve bu nedenle Romanlara karşı ayrımcılık teşkil ettiği iddiasıyla Komite'ye başvurmuşlardır[785].

Taraf devlet, Belediye Meclisi'nin şikayete konu planı geri çekme kararının Romanlara karşı ayrımcılık teşkil ettiği iddiasını kabul etmemesi üzerine Komite de Sözleşme'nin ilk maddesinde tanımlanan ırk ayrımcılığı kavramını hatırlatmıştır. Bu noktada ırk ayrımcılığı kavramının açıkça ayrımcı ölçütlerin ötesinde, görünüşte ayrımcı olmayan ancak gerçekte ve [ortaya çıkan] etkisi itibariyle ayrımcı olan ölçütler için de geçerli olduğunu vurgulayan Komite, Sözleşme'deki ırk ayrımcılığının, ayrımcılığın sadece doğrudan biçimini değil, gerçekte ve etkisi itibariyle ayrımcı olmakla nitelenen dolaylı biçimdeki ayrımcılığı da kapsadığını ortaya koymuştur[786]. Böylece, dolaylı ayrımcılığı gerçekte ve [ortaya çıkan] etkisi itibariyle ayrımcılık teşkil eden durumlarda gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlayan Komite,

---

[785] Başvuruculara göre, taraf devlet Sözleşme'nin m.2/1(a) düzenlemesindeki "kişilere, kişi gruplarına ya da kurumlara karşı hiçbir ırk ayrımcılığı eyleminde veya uygulamasında bulunmamayı ve ulusal ya da yerel tüm kamu yetkilileri ile kamu kurumlarının bu yükümlülüğe uygun hareket etmelerini sağlama" yükümlülüğüne; m.2/1(c) düzenlemesindeki "yerel, ulusal ve hükümet politikalarını gözden geçirmek, nerede bulunursa bulunsun, ırk ayrımcılığı doğuran veya devam ettiren yasaları veya düzenlemeleri değiştirmek, kaldırmak veya geçersiz kılmak amacıyla etkin önlemler alma" yükümlülüğüne; m.2/1(d) düzenlemesindeki "koşullar gerektidiği takdirde yasal düzenlemeler yapmak dahil, tüm uygun yöntemlerle, herhangi bir birey, grup veya örgüt kaynaklı ırk ayrımcılığını yasaklayacak ve bu tür ayrımcılığa son verme" yükümlülüğüne; m.4(a) düzenlemesindeki "ırkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlamayı yasayla cezalandırılacak suç olarak ilan etme" yükümlülüğüne; m.5 düzenlemesinde diğer haklarla birlikte sayılan mesken edinme hakkını ırk, renk ya da etnik köken ayrımı yapmaksızın sağlama yükümlülüğüne ve m.6 düzenlemesinde yer verildiği üzere ırk ayrımcılığına karşı etkin koruma ve çareleri sağlama yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Başvuruculların Komite'ye bildirdikleri "Şikayet"in tamamı ve ayrıntıları için bakınız: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, L.R. ve diğerleri v. Slovakya, para. 3.1-3.5.

[786] Schiek, a.g.e., s. 340; Tobler, a.g.e., 2008, s. 12.

dolaylı ayrımcılığa aykırılığın ortaya çıkıp çıkmadığını değerlendirme şeklini de aydınlatmıştır. Buna göre Komite, şikayete konu dilekçeyi kendi bağlamı ve koşulları içinde ele almak gerektiğini, nitekim dolaylı ayrımcılığın da bağlam içinde ve koşullar dahilinde açıklanabilen bir ayrımcılık biçimi olduğunu belirtmiştir.

Komite şikayeti değerlendirmesi neticesinde, taraf devletin Sözleşme'nin ırk ayrımcılığını önlemek üzere öngördüğü sorumluluklara aykırı davrandığı sonucuna varmışsa da başvuruculaların argümanlarını dolaylı ayrımcılık yasağının unsurları bakımından değerlendirmemiş ve sonuçta belirtilen suretle aykırı davranılmış olan ayrımcılık yasağını doğrudan ya da dolaylı olarak nitelendirmemiştir. Bu anlamda, Komite'nin dolaylı ayrımcılık kavramıyla ilgili olarak ortaya koyduğu tespitler de Sözleşme kapsamındaki ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılığı da kapsadığını göstermenin ötesine geçememiştir.

Komite, dolaylı ayrımcılığı açık olmayan, ancak gerçekte ve [ortaya çıkan] etkisi itibariyle ve koşullar ile bağlam dahilinde belirlenmesi mümkün olan bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirerek, dolaylı ayrımcılık yasağının unsurlarından nötrlük unsuruna atıfta bulunduğu söylenebilir. Bu doğrultuda Komite, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Griggs kararındaki ve ATAD'ın Bilka kararındaki yaklaşımına benzer bir yaklaşım sergilemiştir[787]. Dolaylı ayrımcılığı böylece olgusal *(factual)* bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlayan Komite'nin, diğer uluslararası insan hakları mekanizmalarının genel anlamda izlediği etki odaklı yaklaşımla benzer bir çizgide hareket ettiğini de söylemek mümkündür. Ancak Komite'nin dolaylı ayrımcılığı her türlü ırk temelli ayrımcılığın önlenmesi amacı doğrultusunda net bir biçimde tanımlamaya henüz hazır görünmediğini de eklemek gerekir[788].

[787] Durmuş, a.g.t., s. 79.
[788] Daha önceki tarihlerde yapılmış benzer bir yorum için bakınız: Schiek, a.g.e., s.340.

2.2.2.2. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme

BM sisteminde ayrımcılığın ortadan kaldırılması için kabul edilen "genel nitelikli" belgelerde cinsiyet temeli de ayrımcılığın yasaklandığı temellerden biri olarak düzenleme bulmuştur. Bu "genel nitelikli" belgeler kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak hükümler barındırsa da; bu hükümlerle kadınlara karşı ayrımcılığın önüne geçilememesi, sadece kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak amaçlı düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır[789]. Bu gereklilikle BM bünyesinde kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere ilk adım olarak Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri kabul edilmiştir[790]. Bildiri'yi takiben, Bildiri'de öngörülmüş hususları bağlayıcı kılmak adına, yaygınlığı ve ciddiyeti sabit görülen kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırma amacıyla Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmesi (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [CEDAW]*) hazırlanmıştır[791]. Ayrımcılık yasağını kadın perspektifinden tanımlayan CEDAW,

---

[789] CEDAW öncesi araçlar" olarak nitelenmesi mümkün olan bu belgelere, CEDAW'ın Başlangıç metninde de dikkat çekilmiştir. Aktaran: Feride Acar, "CEDAW'dan İstanbul Sözleşmesine: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslarası Standartların Evrimi", Ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir, Gülriz Uygur,Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadın Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014, s. 26. İlgili belgelere örnek olarak başlangıç kısmında "…erkeklerle kadınların … hak eşitliğine olan inanç…"tan bahseden ve m.1/3, m. 13/1, m. 55 (c) düzenlemelerinde cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına yer veren BM Andlaşması'nı, benzer şekilde başlangıç kısmında "…erkeklerle kadınların … hak eşitliğine olan inanç…" ifadesini yineleyen ve m.2/1 düzenlemesinde cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına yer veren İHEB'i, m.2/1, m.3 ve m. 26 düzenlemelerinde cinsiyet temelli ayrımcılığa çeşitli şekillerde değinmiş olan KSHS'yi ve m.2/2, m.3 ve m.7/a düzenlemelerinde yine cinsiyet temelli ayrımcılığa yer vermiş olan ESKHS'yi göstermek mümkündür. BM Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi de yine cinsiyet temelini ırk temelli ayrımcılığın yasaklandığı bir temel olarak ele alarak cinsiyet temelli ayrımcılığı yasaklayan hükümlere yer vermiştir. Belirtilen düzenlemelere dair daha ayrıntılı bilgi için bu çalışma içinde bahsi geçen belge ve sözleşmelerin incelendiği kısımlara bakınız.

[790] Bir başlangıç metni ile on bir maddeden oluşan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri'ye ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: Gülay Arslan, "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt. LXII, 2014, s. 7-8 ve Marsha A. Freeman, Christine Chinkin ve Beate Rudolf, The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary, Oxford: Oxford University Press, 2012, s.5. Bildirinin İngilizce metni için bakınız: BM Genel Kurulu, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri (*Declaration on the Elimination of Violence against Women*), 7 Kasım 1967, A/RES/22/2263, https://www.refworld.org/docid/3ae6b38734.html (Erişim Tarihi: 18.01.2020).

[791] Sözleşme'nin İngilizce adındaki "elimination" kelimesini karşılamak üzere resmi çeviri de dahil olmak üzere bazı Türkçe çevirilerde "önleme" kelimesinin tercih edildiğine dikkat çekilmiştir. Bakınız: Arslan, a.g.m., s. 5-6. Ancak kadınlara karşı "ayrımcılığın yaygın varlığı" üzerinden ve kadınlara karşı ayrımcılığın "ciddi bir olgu" olduğu kabulüyle hazırlanan Sözleşme'nin, önleme amacı değil; var olduğu

denetim mekanizmaları ve yolları da içerir şekilde BM üye devletleri tarafından hızlı bir şekilde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir[792].

CEDAW ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlar ve bu amaç doğrultusunda da kadınlara karşı ayrımcılığı tanımlayarak yasaklar[793]. Ancak Sözleşme, ayrımcılık yasağının yer aldığı diğer BM belgelerinden farklı olarak kadın ve erkekler arasında soyut bir eşitliği sağlamayı hedeflemez. Başka bir ifadeyle, Sözleşme'nin, ilgili amacıyla uyumlu olarak tüm verili koşullarda kadın ve erkek eşitliğinin varlığını kabul etmediğini; kadınlara karşı ayrımcılığı istisnai bir durum olarak görmediğini söylemek mümkündür[794]. Bu anlamda Sözleşme, genellikle erkek bireyi kıstas alarak oluşturulmuş cinsiyet bakımından tarafsız normların ötesinde bir yaklaşımla ve ayrımcılık yasağını öngören diğer sözleşmelerden farklı olarak kadınların biyolojik cinsiyetleri gereği karşı karşıya kaldıkları yapısal eşitsizliklerin de farkındalığıyla hazırlanmıştır. CEDAW metninde kadınlara karşı ayrımcılığın yaygın ve sistematik niteliği dikkate alınmış ve kadınların maruz kaldığı her türlü ayrımcılık biçimine işaret etmek suretiyle kadınların eşitsiz ve dezavantajlı durumu önündeki toplumsal nedenlerle mücadele yönündeki ihtiyaç belirginleştirilmiştir[795]. Kadınların dezavantajlı durumunun da ayrımcılık yasağı değerlendirmesinde dikkate alınması gerekliliğinin kabulünü CEDAW metninde maddi eşitlik anlayışının benimsendiğinin göstergesi olarak kabul etmek münkündür ki bu da CEDAW metnindeki ayrımcılık yasağının sadece doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı olmadığını, dolaylı ayrımcılığın da Sözleşme dahilinde yasaklandığını gösterir niteliktedir.

---

kabul edilen bir durumu ortadan kaldırma amacı taşıdığı anlayışıyla "elimination" kelimesi için "ortadan kaldırma" çevirisinin tercih edilmesi daha doğrudur. Benzer yönde görüşler için bakınız: Acar, a.g.m., s. 27 ve Arslan, a.g.m., s. 7. Çalışmanın devamında da Sözleşme'nin kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırma amacıyla hazırlanmış olmasından hareketle "elimination" kelimesi "ortadan kaldırma" olarak çevirilecek ve Sözleşme Türkçe literatürde de yaygın olduğu şekliyle CEDAW kısaltmasıyla anılacaktır.

[792] Bir buçuk yıl gibi kısa bir sürede yürürlüğe girmiş olan Sözleşme'ye Ocak 2021 tarihi itibariyle 189 devlet taraftır. Bu anlamda Sözleşme, BM sisteminde 196 devletin taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden sonra en fazla taraf devlet sayısına sahip olan sözleşmedir. CEDAW'a taraf olan devletlerle ilgili bilgi için bakınız: https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-8.en.pdf (Erişim Tarihi: 18.01.2020).

[793] Acar, a.g.m., s. 63.

[794] Simon Cusack ve Lisa Pusey, "CEDAW and The Rights to Non-Discrimination and Equality", Melbourne Journal of International Law, Vol. 14, 2013, s. 11.

[795] Cook, a.g.m., s. 239.

Yukarıda kısaca özetlenen anlayışla hazırlanan Sözleşme metninde bu anlayışla uyumlu olarak genel insan haklarına kadınların da erkeklerle eşit koşullarda erişimlerini garantileyen haklar yanında, yine kadınlarla erkeklerin eşit konumlarını sağlamak üzere kadınlara özgü haklara da yer verilmiştir[796]. Sözleşme metninde yer verilen bu haklar taraf devletler için belirlenen yükümlülükler ile de desteklenerek ilgili düzenlemelerin bazı nedenlerle uygulanmama ihtimalinin önüne geçilebilmiş, böylece bu düzenlemelerde yer verilen hakların sağlanması imkânı güçlendirilmiştir. CEDAW'ın 24. maddesinde yer verilen düzenlemeyle, taraf devletler CEDAW ile tanınan hakların tam olarak gerçekleştirilmesi için ulusal seviyede gerekli bütün önlemleri almakla yükümlü kılınmış; ayrıca Sözleşme metnindeki diğer düzenlemelerle de kadınlara karşı ayrımcılığın kendine özgü doğası dikkate alınarak taraf devletler için başka genel nitelikli yükümlülüklere de yer verilmiştir[797]. Bu genel nitelikli yükümlülükler yanında, taraf devletler için, kadınların daha dezavantajlı olduğu tespit edilen belirli alanlara ilişkin olarak da özel nitelikli yükümlülükler öngörülmüştür[798].

---

[796] Daha ayrıntılı değerlendirmeler için bakınız: Arslan, a.g.m., s.8-9 vd.

[797] CEDAW içerdiği haklar ve yükümlülükler birlikteliğiyle "kadınlar için bir haklar bildirgesi, devletler için yükümlülükler manzumesi" olarak nitelenir. Bakınız: Acar, a.g.m., s. 27. Taraf devletler için CEDAW ile öngörülmüş genel nitelikli düzenlemelerin ilki olan CEDAW'ın ikinci maddesinde taraf devletlerin kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere hukuk ve uygulama düzeyinde alacakları önlemlere yer verilmiştir. Bu önlemleri Sözleşme'deki hakların sağlanması bakımından taraf devletler için öngörülmüş "genel yükümlülükler" olarak adlandırmak mümkündür. Taraf devletler için kadınların ilerlemesi ve gelişmesi için yasal düzenlemeler de dahil olmak üzere tüm uygun önlemleri alma yükümlülüğünün öngörüldüğü Sözleşme'nin üçüncü maddesi de CEDAW'ın "temel amacını" gösteren bir maddedir ve yine aynı amaçla taraf devletlerin "geçici özel önlemler alma" yönündeki yükümlülüğünü düzenleyen CEDAW'ın dördüncü maddesi de bu maddeyi destekler. CEDAW'ın beşinci maddesiyle de kadınların mevcut dezavantajlı durumunun yapısal niteliğini gözardı etmeksizin bizzat bu yapısal eşitsizliklerle mücadele yönünde yükümlülükler öngörülmüştür. CEDAW'ın beşinci maddesiyle aynı perspektifteki diğer bir düzenlemeye de eğitim hakkı bağlamında CEDAW'ın onuncu maddesinin c bendinde yer verilmiştir. Yapısal eşitsizlikleri ortadan kaldırma amaçlı bu madde düzenlemelerinin taraf devletler için birer yükümlülük olarak kaleme alınması sebebiyle, ilgili maddelerin "kültürel görecelilik" gibi sebeplerle uygulanmama ihtimalinin önüne geçilmiştir. Bakınız: Arslan, a.g.m., s. 15. CEDAW'ın taraf devletler için öngördüğü genel nitelikli yükümlülüklerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 253, 254.

[798] CEDAW'ın taraf devletler için öngördüğü özel nitelikli önlemler şunlardır: kadın ticareti ve fahişeliğinin istismarının her şekliyle önlenmesi için uygun önlemler alma (Madde 6); siyasal ve kamusal yaşamda kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için uygun önlemler alma ve ilgili hakları sağlama (Madde 7); kadınların hükümetlerini uluslararası düzeyde temsil etmeleri ve uluslararası örgütlerin çalışmalarına katılmalarını sağlama ve ayrımcılığa uğramalarını önleme (Madde 8); kadınların vatandaşlığın kazanılması, değiştirilmesi ve muhafazası konusunda erkeklerle eşit haklara sahip olmalarını sağlama (Madde 9); kadınların eğitim konusunda erkeklerle eşit haklara sahip olmalarını sağlama (Madde 10); kadınların istihdam alanına erkeklerle eşit bir şekilde katılmalarını sağlama (Madde 11); kadınların sağlık alanında erkeklerle eşit haklara sahip olmalarını ve aile planlaması da dahil olmak üzere eşit sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlama (Madde 12); Kadınların ekonomik ve sosyal hayatın diğer dallarında, özellikle aile yardımı, banka kredileri ve eğlence, spor ve kültürel yaşama katılma haklarından erkeklerle eşit biçimde yararlanmalarını sağlamak amacıyla uygun önlemleri alma

Sözleşme, içeriğindeki bu haklar ile taraf devletler için öngörülen yükümlülüklerle birlikte değerlendirildiğinde, taraf devletler için öngörülen yükümlülüklerin sadece kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı yasaklamak yönünde olmadığı, taraf devletlerin ayrıca kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve kadınların gelişmesini sağlamak için de uygun önlemler alma yönünde yükümlülüklere de sahip olduğu görülebilir. Bu doğrultuda Sözleşme'yi, sadece şekli ya da hukuki anlamda değil, maddi veya gerçek anlamda da cinsiyet eşitliğini hedefleyen bir Sözleşme olarak değerlendirmek mümkündür[799]. Nitekim Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca Sözleşme'nin denetim organı olarak kurulan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin[800] (*Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [CEDAW Committee]*) Sözleşme'nin uygulanmasını izleme ve denetleme yetkisi altında ortaya koyduğu tespit ve yorumları da, aşağıda yapılacak incelemede de görüleceği üzere, Sözleşme'nin cinsiyetler arasında maddi eşitliği hedeflediğini ve benimsenen ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağını da içerdiğini doğrular.

CEDAW sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağına yönelik aşağıda yapılacak olan inceleme, öncelikle dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek Sözleşme metnindeki düzenlemeleri gösterme odaklı olarak başlayacaktır. Sözleşme içeriğindeki bu düzenlemeleri takiben, CEDAW Komitesi'nin Sözleşme'deki ilgili düzenlemelere açıklık getirmek ve Sözleşme'nin taraf devletlerce uygulanmasına yardımcı olmak üzere, taraf devletlerin sundukları raporlar ve sağladıkları bilgiler ışığında hazırladığı

(Madde 13); kırsal kesimde yaşayan kadınların yaşadıkları özel ve ekonomik sorunlara yönelik uygun önlemlerin alınması ve kırsal kesimde yaşayan kadınlara CEDAW düzenlemelerinin uygulanmasının sağlanması (Madde 14); Kadınlarla erkeklere kanun önünde eşitliğin sağlanması (Madde 15); evlilik ve aile ilişkilerinde kadına karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için uygun önlemlerin alınması ve kadın ve erkeğin eşit konumda olmasının sağlanması (m. 16). İlgili düzenlemelere dair daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 254-256; Arslan, a.g.m., s. 15-17.

[799] Cusack ve Pusey, a.g.m., s. 11.

[800] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi çalışmanın devamında kısaca "CEDAW Komitesi" olarak anılacaktır. Sözleşme'nin izleme ve denetlenmesinden sorumlu yarı yargısal bir organ olan CEDAW Komitesi hakkında açıklamalar için bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 257-260; Arslan, a.g.e., s. 25-28, Acar, a.g.m., s.63. CEDAW Sözleşmesi sisteminde öngörülen denetim usullerine ilişkin ayrıntılı inceleme için bakınız: Arslan, a.g.e., s. 28-43. CEDAW Komitesi'nin çalışma yöntemi için bakınız: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/WorkingMethods.aspx (Erişim Tarihi: 20.01.2020).

"nihai gözlem raporları" ve "genel tavsiyeler" çerçevesindeki dolaylı ayrımcılık yasağını açıklamaya yönelik ifadelerine yer verilecektir[801]. Sonrasında ise incelemeye, CEDAW Komitesi'nin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne Ek Protokol[802] ile kendisine tanınan bireysel başvuru yolu ile gelen şikayetleri kabul ederek değerlendirme[803] ve soruşturmaya dayalı denetim usulünü[804] yürütme yetkileri kapsamında ortaya koyduğu dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili görüş

---

[801] CEDAW Komitesi, CEDAW Sözleşmesi'nin 18. maddesinde düzenlenmiş olduğu üzere devletlerin Sözleşme'ye taraf olmalarını izleyen birinci yılın içinde ve daha sonra da her dört yılda bir ve ayrıca Komite'nin talep ettiği zamanlarda Komite'ye sundukları raporlar üzerinden taraf devletlerin Sözleşme'yi nasıl uyguladıklarını inceler ve bu incelemesi sonucunda taraf devletler için nihai gözlem raporları hazırlar. Nihai gözlem raporları ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Freeman vd., a.g.e., s. 22. CEDAW Komitesi, CEDAW Sözleşmesi'nin 21. maddesine göre de yine taraf devletlerce sunulan raporlar ve sağlanan bilgilerle yaptığı inceleme neticesinde genel tavsiyelerde ve önerilerde bulunur. CEDAW'ın 19. maddesine göre CEDAW Komitesi'nin belirlediği usul kuralları olan CEDAW Komitesi Usul Kuralları'nın 52. kuralının ikinci bendine göre genel tavsiyeler taraf devletler yönelik olarak hazırlanırken; öneriler taraf devletler dışındaki organlara yönelik olarak hazırlanır. CEDAW Komitesi Usul Kuralları için bakınız: *Rules of Procedure of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW_Rules_en.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2020). CEDAW Komitesi'nin Sözleşme'ye taraf devletlere yönelik olarak hazırladığı genel tavsiyelerin bütünü için bakınız: UN Treaty Body Database, Human Rights Bodies, CEDAW, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3 (Erişim Tarihi: 24.01.2020). Genel tavsiyelerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Freeman vd., a.g.e., s. 20-21.

[802] BM Genel Kurulu'nun 06 Ekim 1999 tarihli ve A/RES/54/4 sayılı kararıyla hazırlanan, 10 Aralık 1969 tarihinde kabul edilerek, 16. maddesi uyarınca 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün İngilizce metni için bakınız: Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/OP_CEDAW_en.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2020). Çalışmanın devamında kısaca CEDAW'a Ek Protokol olarak anılacak olan metni 8 Eylül 2000 tarihinde imzalamış; 30 Temmuz 2002 tarih ve 4770 sayılı Kanun'la onayını uygun bulmuştur. CEDAW'a Ek Protokol'ün onaylanmasını uygun bulan 26 Ağustos 2002 tarih ve 2002/4703 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla birlikte 18 Eylül 2002 tarih ve 24880 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/09/20020918.htm#2 (Erişim Tarihi: 24.01.2020). CEDAW'a Ek Protokol Türkiye için 29 Ocak 2003 tarihinden itibaren yürürlüktedir.

[803] Bireysel başvuru usulü CEDAW'a Ek Protokol'de "zorunlu bir usul" olarak düzenlenmiştir. CEDAW'a Ek Protokol'ün ilk maddesine göre CEDAW'a Ek Protokol'e taraf olmakla devletler CEDAW Komite'nin CEDAW'a Ek Protokol'ün ikinci maddesinde düzenlenmiş olan bireysel başvuruları kabul etme ve değerlendirme yetkisini tanırlar. CEDAW'a Ek Protokol'ün ikinci madde düzenlemesine göre taraf devletlerin yargılama yetkisi altında bulunan kişiler, kişi grupları ve bu kişi veya kişi grupları adına taraf devletin CEDAW'a aykırı davrandığı iddiasıyla yürütülebilecek olan bireysel başvuru usulü, üçüncü madde düzenlemesine göre sadece CEDAW'a Ek Protokol'e taraf olan devletlere karşı işletilebilir. Bireysel başvuru usulüyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Freeman vd., a.g.e., s. 22-23 ve Arslan, a.g.m., s. 33-41.

[804] Soruşturmaya dayalı denetim usulü CEDAW'a Ek Protokol'ün 8., 9. ve 10. maddeleri ile CEDAW Komitesi Usul Kuralları'nın 77. ila 90. kuralları arasında düzenlenmiştir. Komite, soruşturma usulüne dayalı denetimi taraf devletin CEDAW'da yer verilen hakları ciddi ve sistematik bir biçimde ihlal ettiği yönünde aldığı güvenilir bir bilgi üzerine başlatır ve taraf devleti buna ilişkin incelemede işbirliği yapmaya ve bununla ilgili bilgi ve gözlemlerini sunmaya davet eder. Soruşturmaya dayalı denetim usulü gerekli olduğu hallerde taraf devletin ülkesine yapılacak ziyaretleri de kapsayabilir. Soruşturma usulüne dayalı denetim usulüyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Freeman vd., a.g.e., s. 22-23 ve Arslan, a.g.m., s. 41-43.

ve tavsiyeleriyle devam edilecektir. Böylece CEDAW sisteminde dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağından ne anlaşıldığı yansıtılmaya çalışılacaktır.

2.2.2.2.1. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'de Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları

Hazırlanma amacı kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak olan CEDAW kapsamında ayrımcılık da özel olarak kadınlara karşı ayrımcılık olarak ele almıştır[805]. CEDAW'ın ilk maddesine göre kadınlara karşı ayrımcılık şöyle tanımlanmıştır:

> "Siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, özel (*civil*) alanlarda ya da diğer herhangi bir alanda, medeni hallerine bakılmaksızın ve kadın ve erkek eşitliği temeline dayalı olarak, insan haklarının ve temel özgürlüklerin kadınlara tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını ortadan kaldırma veya zayıflatma *amacına* veya *etkisine* yönelik, her türlü ayrım (*distinction*), dışlama (*exlusion*) ya da kısıtlama (*restriction*)."

Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'deki ırk temelli ayrımcılık tanımına kısmen benzer bir şekilde yapılan bu tanımda[806], özel olarak kadınlara karşı ayrımcılığın tanımlanması, CEDAW'ın kadınların yapısal olarak dezavantajlı konumda oldukları kabulüyle "asimetrik" bir koruma öngördüğünü anlatır[807]. Başka bir ifadeyle CEDAW metnindeki bu tanım, özel

---

[805] CEDAW metninde, toplumsal cinsiyet eşitliği ya da cinsiyet temelli ayrımcılığa odaklanmaktan ziyade, açıkça kadın ve erkek eşitliği ile kadınlara karşı ayrımcılık odaklı bir yaklaşımın benimsendiği belirtilmiştir. Bakınız: Cusack ve Pusey, a.g.m., s. 5. Dolayısıyla CEDAW erkeklere karşı ayrımcılığa cevap vermeyen bir sözleşmedir. Bakınız: Arslan, a.g.m., s. 11. CEDAW'ın ayrımcılığı cinsiyet temelinden ziyade kadınlara karşı ayrımcılık olarak ele alıyor oluşuna ilişkin daha ayrıntılı incelemeler için bakınız: Darren Rosenblum,"Unsex CEDAW or What's Wrong with Women's Rights", Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 20 (2), 2011, ss. 98-194; Berta Esperanza Hernández-Truyol, "Unsex CEDAW? No! Super-Sex It!", Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 20(2), 2011, ss. 195-223.

[806] Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme metni le CEDAW metninde yer verilen iki ayrımcılık terimi arasında bazı farklılıklar da vardır. CEDAW metnindeki tanımda, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmesi'nde yer verilen "tercih (preference) ifadesine yer verilmezken; CEDAW metninde ayrımcılık yasaklandığı alanlardan biri olarak özel (civil) alan da sayılmıştır. Bakınız: Arslan, a.g.m., s.10-11.

[807] Ayrımcılığa karşı asimetrik koruma, ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin öncelikle yapısal olarak dezavantajlı konumda olanların korunması amaçlı yorumlanması anlamına gelir. "Asimetrik"

olarak kadınların erkeklerle eşit konuma getirilmesine yönelik olarak oluşturulmuştur ve bu anlamda da verili koşullarda kadın ve erkeğin eşit konumda kabul edildiği şekli eşitlik anlayışının ötesinde bir anlayış izlenmiştir[808]. CEDAW'ın hazırlanma amacı temelindeki bu tespit yanında, CEDAW'daki kadınlara karşı ayrımcılık tanımında geçen eylemlerin sadece amacıyla sınırlı olarak değil, etkisi itibariyle de ayrımcılık ortaya çıkarabileceğinin belirtilmesi de CEDAW'da sadece doğrudan ayrımcılığın değil, dolaylı ayrımcılığı da yasaklandığını gösterir[809].

Sonuç itibariyle CEDAW'da böylece tanımlanan kadınlara karşı ayrımcılık, biyolojik cinsiyet temelinde yapılan farklı muameleler aracılığıyla gündeme gelebilecektir. CEDAW'ın birinci maddesi düzenlemesinden, hangi farklı muamelelerin kadınlara karşı ayrımcılığı ortaya çıkarabileceği yönünde çıkarımda bulunmak mümkündür. Buna göre, kasıtlı olup olmaması önem taşımaksızın kadınları dezavantajlı duruma getiren her türlü farklı muamele, hem özel hem kamusal alanda toplumsal olarak kadın haklarının tanınmasına engel olan her türlü farklı muamele ve kadınların sahip oldukları insan haklarını ve özgürlüklerini deneyimlemelerine engel olan her türlü farklı muamele kadınlara karşı ayrımcı olarak nitelenebilecektir[810].

CEDAW'ın ilk maddesiyle böylece tanımlanmış olan kadınlara karşı ayrımcılığın her türlü biçimini ortadan kaldırmak üzere, taraf devletler için Sözleşme'yle öngörülen yükümlülükler de sadece doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı bir ayrımcılık yasağının

---

korumanın öngörüldüğü hallerde toplumdaki baskın konumda olanların ayrımcılığa karşı korunması ön planda değildir. Ayrımcılık yasağına asimetrik ya da simetrik yaklaşımla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Oostland, a.g.t., s. 33-34.

[808] Nitekim CEDAW'a Ek Protokol de CEDAW'a bireysel başvuru hakkını, sadece kadınlara tanımıştır. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 61.

[809] Anne F. Bayefsky, Denesha Reid and Kathryn Balmforth "The CEDAW Convention: Its Contribution Today" Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law, Vol. 94, APRIL 5-8, 2000, s. 197, https://www.jstor.org/stable/25659389 (Erişim Tarihi: 18.01.2020). Ayrıca bakınız: Schiek, a.g.e., s. 340; Tobler, a.g.e., 2008, s.12; Cusack ve Pusey, a.g.m., s. 7; Arslan, a.g.m., 2014, s. 12.

[810] Bu anlamda CEDAW'a taraf olan bir devletin Sözleşme kapsamındaki sorumluluğu sadece kendisine atfedilebilecek kamusal nitelikli eylemlerle sınırlı olarak gündeme gelmeyecek; CEDAW'a taraf devletlerin, özel kişilerce gerçekleştirilen kadınlara karşı ayrımcı eylemleri "kolaylaştırması", "uygun ortam sağlaması", "tolerans göstermesi" veya "meşru görmesi" durumunda da Sözleşme kapsamında sorumluluğu doğabilecektir. Bakınız: Gökçeçiçek Ayata, Sevinç Eryılmaz Dilek, Bertil Emrah Oder (Ed.), Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama, Çev. Defne Orhun, Lema Uyar, Sevinç Eryılmaz Dilek, Muzaffer Kaya, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 105.

öngörülmediğini gösterir[811]. CEDAW'ın ilk maddesindeki kadınlara karşı ayrımcılık tanımı, ayrımcılığı ortadan kaldırmak yönünde genel nitelikli yükümlülükleri düzenleyen ikinci ve üçüncü maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, taraf devletler için, kadınlara karşı ayrımcılığı hem hukuken hem de gerçekte ortadan kaldırmak yönünde yükümlülüklerin öngörülmüş olduğu görülebilir. Başka bir ifadeyle ilgili maddeler bağlamında, taraf devletler için kadınlara karşı ayrımcılığı yasaklamak, kadınlara karşı ayrımcılığı desteklememek ve katılmamak yükümlülükleri yanında; kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına tüm uygun önlemleri almak yönünde de yükümlülüklerin öngörülmesiyle taraf devletler için kadınlara karşı ayrımcılığı sadece hukuk bağlamında yasaklamakla, başka bir ifadeyle *de jure* ayrımcılığı önlemekle kısıtlı bir yükümlülük tasarlanmadığını söylemek mümkündür. Sonuç olarak taraf devletler için öngörülen yükümlülüğün, gerçekte eşitliği sağlamak; başka bir ifadeyle de *de facto* ayrımcılığı önlemek yönünün de mevcut olması, hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasağının koruduğu alanlara yönelik bir yükümlülükler listesi ortaya çıkarmıştır.

CEDAW'ın taraf devletler için genel nitelikli yükümlülükler öngören ikinci ve üçüncü madde düzenlemelerinin de Sözleşme'nin hazırlanma amacıyla uyumlu olarak kadınların mevcut dezavantajlı durumunun kabulüyle kaleme alındığını da belirtmek gerekir. Özellikle üçüncü madde düzenlemesinde taraf devletlerin kadınların ilerlemesi ve gelişmesi için yasal düzenlemeler de dahil olmak üzere tüm uygun önlemleri almakla yükümlü kılınması, cinsiyetlerarası eşitliğin hukuken sağlanmasına ek gerçekte de sağlanması anlayışının kabulünü gösterir. Bu yöndeki bir anlayış da dolaylı ayrımcılık yasağının uluslararası kamu hukukunda "gerçekte eşitlik" anlayışı çerçevesindeki ilk görünümlerini hatırlatır niteliktedir[812]. Bu nedenle CEDAW kapsamındaki gerçekte eşitlik anlayışının da, sadece doğrudan ayrımcılıkla sınırlı bir ayrımcılık yasağını değil;

---

[811] CEDAW taraf devletlerin kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırması adına bir çok yükümlülük öngörmek suretiyle birinci maddesinde yer verdiği kadınlara karşı ayrımcılık tanımıyla uyumlu bir bütünsel yaklaşım benimsemiştir. Kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması adına taraf devletler için öngörülen genel nitelikli yükümlülükler için, yukarıda yer verilen 797. Dipnot'taki açıklamalara başvurunuz.

[812] Schiek, a.g.e., s. 341. Karşılaştırma için çalışmanın Birinci Bölüm'ünde yer alan *"1.3.1. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının İlk Görünümleri: "Gerçekte Eşitlik" Anlayışı"* başlığı altında yapılan açıklamalar ile bu kısımda verilen örneklere bakınız.

dolaylı ayrımcılığın da dahil olduğu bir ayrımcılık yasağını karşıladığını söylemek mümkündür.

CEDAW'ın kadınlar ve erkekler arasında *de facto* eşitliği sağlamak adına taraf devletlerin geçici özel önlemler almaları gerekliliğini düzenleyen dördüncü maddesinin de benzer bir şekilde dolaylı ayrımcılık yasağının da dahil olduğu bir ayrımcılık yasağı öngörüsüyle hazırlandığını söylemek mümkündür[813]. Aynı anlayışla oluşturulan bir başka düzenleme de, kadınlar ve erkekler arasında kalıplaşmış toplumsal rollere işaret etmek suretiyle, kadınların erkeklerle eşit konuma erişmeleri için her türlü uygun önlem alınması gerekliliğine dikkat çekilen beşinci madde düzenlemesidir[814]. Kadınların nezdindeki yapısal eşitsizliklerle mücadeleye yönelik bu düzenlemeler yanında, kadınların erkeklere göre daha dezavantajlı olduğu belirli alanlarda güçlendirilmelerine yönelik daha spesifik nitelikli önlemlere işaret edilen CEDAW'daki diğer düzenlemelerin de, cinsiyetlerarası *de facto* ya da gerçekte eşitlik hedefine ilişkin olduğu ve bu açıdan da Sözleşme'yle öngörülen ayrımcılık yasağına dolaylı ayrımcılığın da dahil edilebileceği tespitini yapmak mümkündür[815].

CEDAW Komitesi de CEDAW'ın geçici özel önlemlerle ilgili dördüncü maddesinin ilk fıkrasıyla ilgili olarak 2004 tarihinde hazırladığı 25 No'lu Genel Tavsiyesi'nde yukarıda belirtilen noktaları onaylayan tespitlerde bulunmuştur[816].

---

[813] CEDAW'ın dördüncü madde düzenlemesinin İngilizce metninde yer verilen "de facto" ifadesi için Sözleşme'nin Türkçe resmi çevirisinde "fiili eşitlik" kavramı kullanılmıştır. Başka bir çalışmada da aynı ifade için "fiili eşitlik" ile "eylemli eşitlik" kavramları kullanılmıştır. İlgili çalışma için bakınız: Gülmez, a.g.e., 2004, s. 254.

[814] CEDAW'ın beşinci madde düzenlemesinde taraf devletler için öngördüğü bu yükümlülük Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin yedinci madde düzenlemesiyle taraf devletler için öngördüğü yükümlülüklerle benzer niteliktedir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 62. Her iki Sözleşme'de yer verilen benzer nitelikli düzenlemelerin taraf devletleri, "toplum mühendisliği" işlevine dahil ettiği belirtilmiş ve ilgili düzenlemeler yönündeki yükümlülüğün ise dolaylı ayrımcılık yasağının alanına dahil olduğu ifade edilmiştir. Bakınız: Tobler, a.g.e., 2008, s. 15.

[815] Kadınların belirli alanlarda güçlendirilmeleri amacıyla taraf devletler için öngörülen özel nitelikli yükümlülüklere ilişkin olarak yukarıda 798. Dipnot'ta yer verilen açıklamalara başvurunuz.

[816]Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 25, Madde 4 Fıkra 1: Geçici ve Özel Önlemler,* 30. Oturum (2004). Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, General Recommendation No. 25: Temporary Special Measures,* https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf (Erişim Tarihi: 08.02.2020). CEDAW Komitesi'nin 25 No'lu Genel Tavsiyesi'nin Muzaffer Kaya tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bakınız: Ayata vd, a.g.e., s. 95-105. Çalışmanın devamında CEDAW Komitesi'nin 25 No'lu Genel Tavsiyesi için bu çeviri metinden yararlanılacaktır.

CEDAW Komitesi'ne göre, CEDAW'ın kadınlara karşı ayrımcılık tanımına yer verilen ilk maddesi, taraf devletlerin kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere hukuk ve uygulama düzeyinde alacakları önlemlerin sıralandığı ikinci maddesi, taraf devletler için kadınların ilerlemesi ve gelişmesi için yasal düzenlemeler de dahil olmak üzere tüm uygun önlemleri alma yükümlülüğünün öngörüldüğü üçüncü maddesi, geçici özel önlemlere ilişkin dördüncü maddesi, kadınların erkeklerle eşit olmayan durumunun yapısal yönüyle mücadeleye dair beşinci maddesi ve taraf devletleri CEDAW ile tanınan hakların tam olarak gerçekleştirilmesi için ulusal seviyede gerekli bütün önlemleri almakla yükümlü kılan 24. maddesi Sözleşme'deki düzenlemelerin bütünü için genel yorumlayıcı bir çerçeve sunar ve bu çerçeve dahilinde taraf devletlerin uymaları gereken üç temel yükümlülük vardır. CEDAW Komitesi, taraf devletlerin kadın ve erkeklere eşit muameleyi şekli bir hukuki eşitlik anlayışının ötesinde yorumlamak suretiyle uyması ve bütünlüklü bir biçimde ele alması gereken (Para. 6) bu üç yükümlüğü şöyle özetlemiştir:

> *1. Mevcut yasalar dahilinde kadınlara karşı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılmamasını sağlamak ve hem kamusal hem de özel alanda kamu görevlileri, yargı, kamu kurum ve kuruluşları veya özel kişiler tarafından yapılmış olan ayrımcılığa karşı, kadınların yetkili mahkemelerce veya yaptırım ve diğer etkili hukuk yollarıyla korunmalarını sağlamak,*
>
> *2. Somut ve etkili politikalar ve programlarla kadınların fiili (de facto) konumlarını iyileştirmek,*
>
> *3. Bireysel eylemlerden kaynaklı ya da hukuken mevcut olan ve kadınları etkileyen toplumsal cinsiyet ilişkilerinin ve toplumsal cinsiyete dayalı süregiden klişelerin üzerinde durmak, bununla ilgili hukuksal ve toplumsal yapı ve kurumları ele almak (Para. 7).*

CEDAW Komitesi böylece özetlediği taraf devletlerin yükümlülükleri çerçevesinde ilk kez açıkça Sözleşme kapsamındaki ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığını belirtmiştir. Sözleşme'nin amacının kadınlar ve erkekler arasında de facto ya da maddi eşitliği sağlamak olduğunu bu suretle belirten CEDAW Komitesi[817], bu anlayış dahilinde dolaylı ayrımcılığın hem kamusal hem de

[817] Komite, de facto eşitliği, maddi eşitlikle aynı anlama gelecek şekilde kullanmıştır. Komite'nin veya (*"or"*) bağlacıyla birlikte bu iki eşitlik kavramını birlikte kullandığı ifadeleri için bakınız: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 25, Madde 4 Fıkra 1: Geçici Özel Önlemler,* Para. 8,9,11,14,15,18,19 vd.

özel alanda gündeme gelebileceğini söylemekle de, dolaylı ayrımcılık yasağına hem kamu kurum ve kuruluşlarının, hem de özel kişilerin uymaları gerektiğine dikkat çekmiştir[818].

Komite, dolaylı ayrımcılığın ne anlama geldiğini ise 25 No'lu Genel Tavsiyesi'nde dipnotta yaptığı bir açıklamayla netleştirmiş; dolaylı ayrımcılığın, cinsiyet temeli açısından tarafsız görünen *(gender-neutral)* yasa, politika ve programların, gerçekte kadınlar nezdinde olumsuz etki doğurması halinde gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olduğunu söylemiştir. CEDAW Komitesi böylece açıklığa kavuşturduğu dolaylı ayrımcılığın, yapısal sebeplerine de değinmiştir. Geçmişte yasaların, politikaların ve programların bilinçli olmaksızın erkek birey ve erkek bireyin yaşam deneyimi üzerinden tasarlandığını belirten CEDAW Komitesi, bu sırada kadın bireyin ve onun yaşam deneyiminin, erkek bireyinkinden farklılıklarının hesaba katılmadığına dikkat çekmiştir. Bu farklılıkların, kadınlar ve erkekler arasındaki biyolojik farklılıklardan kaynaklı olarak kadınlara yönelik basmakalıp beklenti tutum ve davranışlar nedeniyle ve bu doğrultuda kadınların genel itibariyle erkeklere tabi olması yönündeki algı sebebiyle de ortaya çıkabileceğine vurgu yapan CEDAW Komitesi, cinsiyete ilişkin nötr bir konum benimsenerek düzenlendiği düşünülen

---

[818] CEDAW Komitesi, Sözleşme kapsamındaki ayrımcılık yasağının hem kamu hem özel hukuk kişileri için geçerli olduğunu "Eşit işe eşit ücret" konusu özelinde de belirtmiştir. Komite, 13 No'lu Genel Tavsiyesi'nde açıkladığı eşit işe eşit ücret ilkesine hem kamu kurum ve kuruluşu olan işverenlerin, hem de özel işverenlerin uyması gerektiğini ifade etmiştir. Komite'nin ilgili Genel Tavsiyesi'nin İngilizce orijinal metni için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, General Recommendation No. 13:* Equal remuneration for work of equal value, Eight Session (1989),https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5832_E.pdf (Erişim Tarihi: 10.02.2020). CEDAW Komitesi, kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırma konusunda hem kamu hem de özel kişilerin sorumlu olduğu konusuna diğer genel tavsiyelerinde de değinmiştir. CEDAW Komitesi'nin CEDAW Sözleşmesi'nin ikinci maddesinin e bendi gereğince taraf devletlerin kadına yönelik şiddet konusunda da özel kişilerin kadına yönelik şiddet içeren eylemlerini soruşturmama, cezalandırmama ve bu eylemlerden doğan zararları tazmin etmememekten dolayı da sorumluluklarının gündeme gelebileceğine ilişkin ifadeleri için bakınız: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 19: Kadınlara yönelik Şiddet,* Para. 9. CEDAW Sözleşmesi'nin yine ikinci maddesinin e bendi gereğince kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak konusunda hem kamu hem de özel kişilerin yükümlülüklerinin olduğuna dikkat çektiği ifadeleri için bakınız: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 28: Taraf devletlerin Sözleşme'nin İkinci Maddesinde Düzenlenen Temel Yükümlülükleri,* Para. 36. CEDAW Komitesi'nin çatışmanın önlenmesi, çatışma ve çatışma sonrası durumlarda kadına dair genel tavsiyesinde kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığın hem özel hem de kamusal alanda yasaklanması gerektiğine ilişkin ifadeleri için bakınız: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 30: Çatışmanın Önlenmesi, Çatışma ve Çatışma Sonrası Durumlarda Kadın,* Para. 73 (b).

yasaların, politikaların ve programların farkedilmeksizin ayrımcı nitelikte uygulamaları sürdürmekte olabileceği tespitinde de bulunmuştur[819].

CEDAW Komitesi, 25 No'lu Genel Tavsiyesi'nde, kadınlara karşı ayrımcılığı ve kadınların ikincilleştirilmesini, kadınlar ve erkekler arasındaki biyolojik farklılıklara dayandırması yanında; kadınların mevcut dezavantajlı durumunun tarihsel sebeplerine de işaret etmiştir[820]. Bu nedenle CEDAW Komitesi'nin bu tespitleriyle dolaylı ayrımcılığa dair belirgin bir yaklaşımı esas almadığı yorumu yapılabilir. Ancak bu durumun, esasen "kadınlara" karşı ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin olan bu Sözleşme çerçevesinde kadınların hem biyolojik olarak farklı bir grubun üyeleri, hem de yapısal eşitsizlikler sebebiyle bir dezavantajlı grubun üyeleri sayılmaları doğrultusundaki iki anlayışın iç içe geçmesinden kaynaklandığı da söylenebilir.

CEDAW Komitesi, dolaylı ayrımcılığı ilk kez tanımladığı Geçici Özel Önlemler'e ilişkin 25 No'lu Genel Tavsiyesi dışındaki diğer genel tavsiyelerinde de, Sözleşme'yle öngörülen ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık biçiminde gündeme gelecek ayrımcılık biçimlerini de kapsadığı yönünde bir kabule sahip olduğunu gösteren bazı tespitlerde bulunmuştur. CEDAW Komitesi bu genel tavsiyelerinde, ayrımcılık yapma yönünde bir kastın olmadığı durumlarda da kadınlara karşı ayrımcılığın doğabileceğine işaret ettiği gibi, uygulanma sonucunda ortaya çıkan etki itibariyle gündeme gelen ayrımcılık biçimine de değinmiştir ve taraf devletlerin bu ayrımcılık biçimleriyle de mücadele etmesi gerekliliğini ifade etmiştir.

CEDAW Komitesi, kadınların siyasal ve kamusal yaşama katılımlarına ilişkin 23 No'lu Genel Tavsiyesi'nde kadınlara karşı ayrımcılığın söz konusu olabilmesi için muhakkak ayrımcılık yapma yönünde bir kastın aranmasının gerekmeyeceğini belirterek dolaylı ayrımcılığı niteleyen en önemli noktalardan birine göndermede bulunmuştur. Kadınların siyasal ve kamusal yaşama tam ve eşit katılımları önündeki fiili engellerin kaldırılması her ne kadar gerekliyse de bununla yetinilmemesi gerektiğini

---

[819] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 25, Madde 4 Fıkra 1: Geçici Özel Önlemler,* Para. 7, dipnot 1.
[820] CEDAW Komitesi'nin bu Genel Tavsiye'sinde dolaylı ayrımcılığı hem farklılık hem de dezavantaj yaklaşımıyla açıkladığı belirtilmiştir. Bakınız: Durmuş, a.g.t., s. 83.

ve hiçbir ayrımcı kast olmasa da erkekleri destekleyen çağın gerisinde kalmış uygulama ve muamelelerin kadınların siyasal ve kamusal yaşama katılmalarının önünde bir engel oluşturabileceğini söylemiştir[821]. Bu anlamda, belirli bir eğitim seviyesinde olmak, belirli miktarda mülkiyet sahibi olmak ya da okuryazar olmak gibi oy hakkının sınırlandırılmasına ilişkin koşulların, erkeklerle karşılaştırıldığında kadınların evrensel bir insan hakkı olan oy hakkını orantısız ölçüde etkileyeceğini de belirten Komite'nin, dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağını açıkça kullanmasa da, orantısız etki (*disproportionate impact*) unsuruna yaptığı göndermeyle CEDAW'da benimsenen ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığını ortaya koyduğunu söylemek mümkündür[822].

CEDAW Komitesi'nin kadınlara karşı ayrımcılığın ortaya çıkması için ayrımcı kastın gerekli bir unsur olmadığını belirten bu tespitleri, Sözleşme'nin birinci maddesinde de yer verildiği üzere, ayrımcılığın, amaç olduğu durumlar yanında etki itibariyle gündeme gelmesi halinde de yasaklanmış olmasının bir sonucudur. CEDAW Komitesi de birçok genel tavsiyesinde etki itibariyle gündeme gelen ayrımcılık biçimine farklı konular dahilinde değinmiştir.

CEDAW Komitesi, kadınlara yönelik şiddet konusundaki 19 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de, etki itibariyle gündeme gelen ayrımcılık biçimine işaret etmiş; kadınlara uygulanan [biyolojik] cinsiyet temelli şiddetin, kadınları [erkeklere göre] daha olumsuz yönde *etkilemesi* nedeniyle kadınlara karşı ayrımcılık içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[823].

---

[821] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 23: Siyasal ve Kamusal Yaşamda Kadınlar,* 16. Oturum (1997), Para. 15. Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 23: Women in Political and Public Life,* https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf (Erişim Tarihi: 10.02.2020). CEDAW Komitesi'nin 23 No'lu Genel Tavsiyesi'nin Defne Orhun tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bakınız: Ayata vd., a.g.e., s. 363-374. Çalışmanın devamında CEDAW Komitesi'nin 23 No'lu Genel Tavsiyesi için bu çeviri metinden yararlanılacaktır.

[822] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 23: Siyasal ve Kamusal Yaşamda Kadınlar,* 16. Oturum (1997), Para. 23.

[823] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 19: Kadına yönelik Şiddet,* 11. Oturum (1992), Para. 6. CEDAW Sözleşmesi içinde yer verilmeyen kadına yönelik şiddet konusunu da böylece netleştiren Komite, cinsiyet temelli şiddeti "kadınların erkeklerle eşitlik temelinde hak ve özgürlüklerden yararlanma yeteneğini ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık biçimi"

CEDAW Komitesi, taraf devletlerin Sözleşme'nin ikinci maddesinde belirlenen temel yükümlülüklerine ilişkin 28 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de yine, kadınlara ve erkeklere aynı ya da tarafsız bir şekilde uygulanan muameleye karşın, kadınların Sözleşme'yle tanınan haklarından yararlanamaması sonucu veya etkisinin gündeme gelebileceğine dikkat çekmiştir. Komite, böylece gündeme gelen ayrımcı sonuç ya da etkinin nedeninin de kadınlar için önceden beri mevcut olan cinsiyet temelli dezavantajın ve eşitsizliğin farkında olunmamasına bağlanabileceğini söylemiştir[824]. Komite, 28 No'lu Genel Tavsiyesi'nin devamında da taraf devletlerin kadınların ayrımcılığa uğramama hakkına saygı göstermek, bu hakkı korumak ve yerine getirmek yanında, kadın ve erkekler arasında hem *de jure* hem de *de facto* veya maddi eşitliği sağlamakla yükümlü olduklarından bahsetmiştir. Bu yükümlülük kapsamında taraf devletlerin kadınlara karşı hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yapılmamasını sağlamaları gerektiğini de belirten Komite, bu ayrımcılık biçimlerinin kaynaklandığı noktalara da açıklık getirmiştir. Buna göre kadınlara karşı doğrudan ayrımcılık, açıkça cinsiyet ve toplumsal cinsiyet farklılıkları temelindeki farklı muameleden kaynaklanan bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlanmıştır. Komite, kadınlar ve erkekler için tarafsız görünen yasa, politika, program ya da uygulamaların, kadınların önceden beri süregelen eşitsiz durumları hesaba katılmaksızın oluşturulmaları sebebiyle uygulama bağlamında kadınlar için ayrımcı bir etki doğurabileceklerini ve böylece gündeme gelen ayrımcılık biçiminin de kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık olduğunu söylemiştir. Ayrıca, Komite, dolaylı ayrımcı yasa, politika, program veya uygulamaların, kadınlar ve erkekler arasındaki yapısal ve tarihsel ayrımcılık kalıpları ile eşit olmayan iktidar ilişkilerinin

olarak tanımlamıştır (Para. 1). Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 19: Violence against Women,* https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf (Erişim Tarihi: 10.02.2020).

[824] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 28: Taraf devletlerin Sözleşme'nin İkinci Maddesinde Düzenlenen Temel Yükümlülükleri,* 47. Oturum (2010), Para. 5. Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,* https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement (Erişim Tarihi: 10.02.2010).

dikkate alınmaması nedeniyle mevcut eşitsizlikleri daha da kötüleştirebileceğini de eklemiştir[825].

28 No'lu Genel Tavsiyesi'nde kadınları dezavantajlı bir grubun üyesi olarak ele alan Komite, dolaylı ayrımcılığı da böylece taraf devletlerin kadınların dezavantajlı durumunu göz önünde bulundurarak alması gereken önlemlere işaret etmek suretiyle açıklamıştır[826]. Komite, dolaylı ayrımcılığı bir kez daha tanımladığı bu genel tavsiyesini izleyen genel tavsiyelerinde de, yine belirli konular dahilinde kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığı gündeme getirebilecek hususlara ve taraf devletler için bu ayrımcılık biçimini ortadan kaldırmak yönünde öngördüğü tavsiyelere yer vermiştir.

CEDAW Komitesi, açıkça dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmamışsa da, evliliğin ekonomik sonuçları, aile ilişkileri ve evliliğin feshine ilişkin 29 No'lu Genel Tavsiyesi'nde, kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığı gündeme getirebilecek hususlara işaret etmiştir. Komite, taraf devletlerin maddi eşitliğe ancak yasaların ve politikaların kadınlar nezdindeki etkilerini analiz ettiğinde ve kadınların dezavantajlı durumunu ya da ayrı tutulma hallerini hesaba katmak suretiyle kadınlar için gerçekte *(in fact)* eşitliği sağladıklarında ulaşabileceklerini belirtmiş, bu suretle de esasen taraf devletlere kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığa yol açabilecek durumlara karşı bir duruş tavsiyesinde bulunmuştur[827].

CEDAW Komitesi kadınların göçmenlik, sığınmacılık, vatandaşlık, vatansızlık durumlarının toplumsal cinsiyet yönlerine ilişkin 32 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de etki

---

[825] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 28: Taraf devletlerin Sözleşme'nin İkinci Maddesinde Düzenlenen Temel Yükümlülükleri,* Para. 16.
[826] Durmuş, a.g.t, s. 83.
[827] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 29, Madde 16:* Evliliğin ekonomik sonuçları, aile ilişkileri ve evliliğin feshi. *Taraf devletlerin Sözleşme'nin İkinci Maddesinde Düzenlenen Temel Yükümlülükleri,* Para. 8. Ayrıca Komite bu genel tavsiyesinde taraf devletlerin her ne kadar anayasal düzeyde kadın ve erkek eşitliğini tanımış olsalar da, geleneksel uygulamalar ya da din kuralları sebebiyle bazı etnik köken veya din grubuna mensup kadınların bu eşitlik hükümleriyle evliliğin ayrımcı etkilerine karşı korunmasının mümkün olmayacağına da dikkat çekmiştir (Para. 10). Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, General Recommendation No. 29 on article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution)*,https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f29&Lang=en (Erişim Tarihi: 11.02.2020).

temelli ayrımcılık yasağına değinmiştir[828]. Vatandaşlığa ilişkin yasal düzenlemelerin kadınlara karşı doğrudan ya da dolaylı ayrımcı olabileceğini söyleyen CEDAW Komitesi, cinsiyet bakımından tarafsız görünen yasal düzenlemelerin uygulamada vatandaşlık haklarını deneyimleme noktasında kadınlar için orantısız ve olumsuz bir etkisi olabileceğini belirtmiştir[829]. Vatandaşlığa kabul konusundaki yasal düzenlemelerdeki, ev sahibi ülkenin diline hakim olma, ekonomik bağımsızlık ya da malvarlığıyla ilgili koşulların, [geçmişte] örgün eğitime erişimleri engellenmiş ya da mevcut durumda engellenmekte olan kadınlar tarafından karşılanmasının erkeklere göre daha zor olduğuna dikkat çeken Komite, bu nitelikteki yasal düzenlemelerin kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık oluşturabileceğini ve netice itibariyle de kadınların erkeklere bağımlıklıklarını ve sömürüye karşı savunmasız durumlarını güçlendireceğini söylemiştir. Komite, ayrıca doğum kayıtlarının tutulmasının dolaylı ayrımcılığın önüne geçme konusundaki önemine değinmiştir. Esasen bu kayıtların tutulmasının, özellikle evli olmayan annelerin çocuklarını babalarla eşit koşullarda kaydettirmelerini kolaylaştıracağı ve bunun da çocukların vatandaşlık, bir isim ve kimliğe sahip olma ile kanun önünde eşitlik ve fiil ehliyeti gibi birçok hakka erişimlerini sağlayacağı ifade edilmiştir[830].

---

[828] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Kadınların göçmenlik, sığınmacılık, uyrukluluk, uyruksuzluk durumlarının toplumsal cinsiyet yönlerine ilişkin Genel Tavsiye No. 32,* 59. Oturum (2014), Para. 6. Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, General Recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women* https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/90/PDF/N1462790.pdf?OpenElement (Erişim Tarihi: 13.02.2020).

[829] Kadınların evlendikten sonra erkek eşin vatandaşlığını kazanması durumlarının, erkeklerin evlendikten sonra kadın eşlerinin vatandaşlığını kazanması durumlarından daha yaygın olduğunu söyleyen Komite çoğu ulusal yasanın ikinci vatandaşlığa izin vermemesinin ve kadınların erkek eşlerine vatandaşlıklarını geçirmesine izin vermemesinin kadınları vatansızlık tehlikesiyle karşı karşıya bıraktığına dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda ortaya çıkan cinsiyet eşitsizliği durumunun ayrıca çocukları da etkileyeceğine ve vatansızlık statüsünün nesilden nesile aktarılmasına sebep olacağına da dikkat çeken Komite Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK) her çocuğun bir ülke vatandaşı olma hakkını konu olan Vatansızlığa İlişkin 4 Sayılı Kılavuz'una da gönderme yapmıştır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Kadınların göçmenlik, sığınmacılık, uyrukluluk, uyruksuzluk durumlarının toplumsal cinsiyet yönlerine ilişkin Genel Tavsiye No. 32,* Para. 54.

[830] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Kadınların göçmenlik, sığınmacılık, uyrukluluk, uyruksuzluk durumlarının toplumsal cinsiyet yönlerine ilişkin Genel Tavsiye No. 32,* Para. 55 ve 56. Ayrıca Komite'nin taraf devletlere önerdiği bir dizi tavsiye içinde, vatandaşlığa kabul konusundaki yasal düzenlemeleri kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık yaratıp yaratmadıkları açısından ele almak da vardır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Kadınların göçmenlik, sığınmacılık, uyrukluluk, uyruksuzluk durumlarının toplumsal cinsiyet yönlerine ilişkin Genel Tavsiye No. 32,* Para. 63 (g).

CEDAW Komitesi kadınların adalete erişimleri hakkındaki 33 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de kadınların yasa, yönetmelik, usul, örfî hukuk ve uygulamaların ortaya çıkardığı etkiler bağlamında dolaylı olarak ayrımcılığa uğrayabileceğini söylemiştir. Komite, kadınların sadece bu düzenleme ve uygulamaların ortaya çıkardığı etkilerle sınırlı olarak değil ayrıca yargısal ve yargı dışı organların kapasite ve bilinç eksikliği nedeniyle de hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığa uğrayabileceklerini belirterek; taraf devletlerin maddi ve *de facto* eşitliğe ulaşmak yönündeki yükümlülüklerini bu hususu da hesaba katacak şekilde yerine getirmelerini tavsiye etmiştir[831].

Komite, kadına yönelik şiddetle ilgili 19 No'lu Genel Tavsiye'nin güncellendiği Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de taraf devletlerin ve taraf devletlerin örgüt ve temsilcilerinin kadınlara karşı doğrudan ayrımcılık yanında dolaylı ayrımcılık teşkil eden her türlü eylem ve uygulamadan kaçınmalarını ve kamu kurum ve kuruluşlarının da bu yükümlülüğe uymalarının sağlaması gerektiğini söylemiştir[832]. Benzer şekilde, 36 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de taraf devletlerin kız çocuklarının ve kadınların eğitim hakkına saygı duyma yükümlülüğü kapsamında bu hakkı doğrudan ve dolaylı hiçbir ayrımcılık söz konusu olmaksızın öngörmesi gerektiğine değinen Komite, taraf devletlerin kız

---

[831] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 33: Kadınların Adalete Erişimleri,* 61. Oturum (2015), Para. 22. Komite bu genel tavsiyesinde ayrıca kadınların adalete erişim konusunda doğrudan yanında dolaylı ayrımcılığa uğramasına yol açacak yasa, yönetmelik, içtihat, örfî hukuk kuralları ve uygulamalarla ve diğer ayrımcı engellerle ilgili olarak hukuk önünde eşitliği sağlamak üzere almaları gereken bir dizi önleme de yer vermiş (Para. 25); taraf devletlere kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığın gündeme gelmemesi için ayrımcı içerikli cezalandırmaları kaldırmalarını ve bu anlamda tüm cezai usulleri gözden geçirmelerini, erkekler tarafından işlenildiği takdirde cezalandırılmayan ya da ağır suç olarak algılanmayan eylemleri suç kapsamından çıkarmalarını, kürtaj örneğinde olduğu gibi yalnızca kadınlara özgü eylemleri suç kapsamından çıkarmaları ve/veya kadınları erkeklere göre orantısız etkileyen ya da sadece kadınları etkileyen suçların devlet ve devlet dışı aktörler tarafından işlenmiş olması önemli olmaksızın önlenmesini ve tazmini yönünde gerekli özeni göstermelerini tavsiye etmiştir (Para. 51 (l)). Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, General Recommendation No. 33 on women's access to justice* https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/33&Lang=en (Erişim Tarihi: 13.02.2020).

[832] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 35: Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyet Temelli Şiddet,* 67. Oturum (2017), Para. 22. Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19,* https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en (Erişim Tarihi: 13.02.2020).

çocuklarının ve kadınların eğitim hakkını korumak ve sağlamak konusundaki yükümlülükleri kapsamında da dolaylı ayrımcılıktan kaçınmaları yönünde tavsiyelerde bulunmuştur[833]. CEDAW Komitesi, iklim değişikliği bağlamında afet riskinin azaltılmasının toplumsal cinsiyetle ilgili boyutlarıyla ilgili 37 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de CEDAW Sözleşmesi'ndeki ayrımcılık yasağı ve maddi eşitlik ilkesi gereğince, taraf devletlerin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasağı kapsamında her türlü gerekli önlemi almakla yükümlü olduklarını söylemiştir[834].

CEDAW Komitesi nihai gözlem raporlarında da CEDAW Sözleşmesi'nin dolaylı ayrımcılık biçimini de yasakladığına dair tespitlerde bulunmuştur[835]. CEDAW Komitesi, ilgili nihai gözlem raporlarında CEDAW'ın ilk maddesinde yer verilen kadınlara karşı ayrımcılık tanımının hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasağını kapsadığını açıkça belirttiği gibi[836], uygulama sonucunda ortaya çıkan ayrımcı etkiye gönderme yapmak suretiyle de dolaylı ayrımcılık yasağının CEDAW kapsamındaki varlığına işaret etmiştir[837]. CEDAW Komitesi, etki unsuruna değindiği bu nihai gözlem raporlarındaki ifadeleriyle de ayrımcı amaç taşımasa da etkisi itibariyle ayrımcı olan

---

[833] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 36: Kız çocuklarının ve kadınların eğitim hakkı,* 68. Oturum (2017), Para. 22, 24 (e) ve 27. Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 36 on the right of girls and women to education,* https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/36&Lang=en (Erişim Tarihi: 13.02.2020).

[834] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye No. 37: İklim değişikliği bağlamında afet riskinin azaltılmasının toplumsal cinsiyetle ilgili boyutları*, 69. Oturum (2018), Para. 30. Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 37 on Gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change,* https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f37&Lang=en (Erişim Tarihi: 11.02.2020).

[835] CEDAW Komitesi'nin nihai gözlem raporlarının bütünü için bakınız: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=5 (Erişim Tarihi: 28.01.2020).

[836] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Peru, U.N. Doc. A/53/38 (part II), para. 319; CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Gürcistan, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (part.II), para. 94; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Kuzey İrlanda, U.N. Doc. A/54/38 (part II), para. 300; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Japonya, U.N. Doc. A/58/38 (part II), para. 358; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, U.N. Doc. CEDAW/C/PRK/CO/1, Para. 20.

[837] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: France, U.N. Doc. A/58/38 (part II), para.264; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Guatemala, U.N. Doc. A/57/38, (part II), para. 186. 1

uygulama ve düzenlemelerin de ayrımcılık yasağına aykırı olabileceğini onaylamış ve CEDAW kapsamında ayrımcılık yasağına aykırılığın doğması için ayrımcı amacın ya da ayrımcı kastın gerekli olmadığını ortaya koymuştur. CEDAW Komitesi'nin bu ifadeleri dolayısıyla dolaylı ayrımcılığı, kasıtsız ayrımcılık (*unintentional discrimination*) biçimi olarak gördüğü söylenebilirse de; CEDAW Komitesi'nin dolaylı ayrımcılıkla kasıtsız ayrımcılığı, farklı ayrımcılık biçimleri olarak da ele aldığı nihai gözlem raporları vardır[838]. Bu nedenle CEDAW Komitesi'nin bu nihai gözlem raporlarında dolaylı ayrımcılığı etkisi itibariyle ayrımcı olan durumları nitelemek için kullandığını söylemek daha doğru olacaktır.

Komite'nin dolaylı ayrımcılık yasağını, maddi veya *de facto* eşitlik anlayışı içinde değerlendirdiği nihai gözlem raporları da mevcut olup; bu yöndeki nihai gözlem raporlarında dolaylı ayrımcılık, *de facto* ayrımcılık biçimi olarak ya da *de facto* eşitsizlik yaratan bir ayrımcılık biçimi olarak ele alınmıştır. Komite, bu doğrultudaki nihai gözlem raporlarından birinde, çok yönlü bir olgu olduğunu belirtiği kadınlara karşı ayrımcılığın hem doğrudan hem dolaylı ayrımcılık yasağını zorunlu kılan bir anlayışla aşılabileceğini ve bu anlayışın da kadınların erkeklerle eşitliğinin *de jure* ve *de facto* anlamda sağlanmasının olmazsa olmaz koşulu olduğunu söylemiştir[839]. Komite'nin yine dolaylı ayrımcılığın gerçekteki olgular itibariyle gündeme geldiğine ilişkin başka bir nihai gözlem raporunda da, kadınların kendi haklarını deneyimleyen bireyler olarak değil toplumsal olarak annelik rolleri ya da aile içindeki roller bağlamında yasal olarak korunması gereken bireyler olarak değerlendirilmeleri yönündeki anlayıştaki ısrara dikkat çekilmiştir. Komite, ortaya koyduğu bu ısrarın toplumsal cinsiyet rolleri, dolaylı ayrımcılık ya da *de facto* eşitsizlik gibi eleştirel kavramların yanlış anlaşılmasına sebep olacağını da belirterek, bütün bunların Sözleşme'nin uygulanmasının önünde engel

---

[838] Vandenhole, a.g.e., s. 74; CEDAW Komitesi'nin dolaylı ayrımcılık ile kasti olmayan ayrımcılık biçimlerinin arasına "ve" bağlacını koyarak yaptığı tespitleri için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Kırgızistan, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (part. I), para. 113; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Çin, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (part. I), para. 284.

[839] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Kırgızistan, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (part. I), para. 113.

teşkil ettiğini söylemiştir[840]. Komite, bir başka nihai gözlem raporunda da şekli ya da *de jure* eşitlik anlayışındaki ısrar da dahil olmak üzere, geçmişte var olan bazı ideolojik tutumların, kadınlara karşı ayrımcılığın karmaşık bir olgu olduğunun ve bu çerçevede yapısal ve dolaylı ayrımcılık gibi meselelerin anlaşılmasının önünde engel oluşturduğunu ifade ederek; bu durumun da kadınların *de facto* anlamdaki eşitsizliğini daha da kötüleştirdiğini belirtmiştir[841]. Komite, ilgili nihai gözlem raporlarındaki bu ifadeleriyle bir anlamda şekli eşitlik anlayışıyla kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığını ortaya koymuştur. Bu nedenle Komite'nin kadınlara karşı ayrımcılığı maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde aşmayı planladığını da söylemek mümkündür.

Nitekim Komite kadınların gerçekte içinde bulundukları dezavantajlı durumlarını da gündeme getirerek, taraf devletlere kadınların içinde bulundukları olumsuz koşullar nedeniyle karşı karşıya kaldıkları ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına etkili önlemler almaları gerektiğini söylediği bazı nihai gözlem raporlarında da, şekli eşitlik anlayışının kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yetmeyeceğini üstü örtülü bir şekilde de olsa göstermiştir. Komite'nin kadınların çeşitli alanlardaki mevcut olumsuz koşullarına dikkat çektiği bu nihai gözlem raporlarında, esasen kadınlara yerleşik toplumsal kabuller sebebiyle yüklenen roller sebebiyle gündeme gelen ayrımcılık biçimine işaret edilmiş ve bu ayrımcılık biçimi de dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir[842]. Ayrıca Komite böylece gündeme gelebileceğine dikkat çektiği bu

---

[840] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Çek Cumhuriyeti, U.N. Doc. A/53/38/Rev.1 (part.I), para. 184; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Slovakya, U.N. Doc. A/53/38/Rev.1 (part.II), para. 74.

[841] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Bulgaristan, U.N. Doc. A/53/38/Rev.1 (part.I), para. 232.

[842] Komite'nin kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığın özellikle emek piyasasındaki cinsiyet ayrımı ile yüksek orandaki anne ölümlerinin yansıması olduğunu belirttiği nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Gürcistan, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (part.II), para. 94. Komite'nin erkeklere göre orantısız ölçüde fazla sayıda kadının yarı zamanlı çalışmasının dolaylı ayrımcılık sayılabileceğine ilişkin nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: İtalya, U.N. Doc. A/52/38/Rev.1 (part.I), para. 350. Komite'nin taraf devlete yarı zamanlı çalışan kadınların sayısı ile yarı zamanlı çalışan erkeklerin sayısı arasındaki dengesizliği araştırmasını önerdiği, çünkü bu dengesizliğin bizzat kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığın göstergesi olabilceğini söylediği diğer bir nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: İzlanda, U.N. Doc. A/51/38, para. 96. Komite, Türkiye'yle ilgili nihai gözlem raporunda da kamu ve özel sektör dahil olmak üzere emek piyasasında açıkça erkeklerden daha az kazanan kadınlara karşı gündeme gelen doğrudan ve dolaylı ayrımcılıktan endişe duyduğunu belirtmiş ve kadınların kentlerde işgücüne katılım oranlarının düşüklüğüne, tarım alanında veya kayıtdışı

dolaylı ayrımcılık biçimini, ardındaki yapısal sebeplere vurgu yapmak suretiyle, yapısal ayrımcılıkla da ilişkilendirmiştir[843].

Dolaylı ayrımcılığı yapısal ayrımcılıkla ilişkilendiren Komite, bazı nihai gözlem raporlarında, dolaylı ayrımcılık biçimiyle yapısal ayrımcılık biçimini eş tutan ifadeler de kullanmıştır[844]. Komite'nin dolaylı ayrımcılıkla yapısal ayrımcılık biçiminin bütünüyle aynı anlama geldiği yönünde açık ve net bir açıklaması olmasa da, bu iki ayrımcılık biçimini birlikte kullanmaktaki amacının bu ayrımcılık biçimlerinin her ikisinin de kadınların içinde bulundukları olumsuz koşullardan kaynaklanmaları olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca bu iki ayrımcılık türünün de, genel itibariyle ayrımcı kastın güdülmediği ancak uygulamayla ortaya çıkan etki itibariyle ayrımcı olan durumları niteleyen ayrımcılık biçimleri oluşları da Komite'nin dolaylı ayrımcılıkla yapısal ayrımcılığı birlikte kullanmasının başka bir sebebi olarak saptanabilir. Nitekim Komite örtülü ayrımcılıkla[845] dolaylı ayrımcılığı da yine benzer bir sebeple ilişkilendirmiştir. Komite'nin dolaylı ayrımcılıkla örtülü ayrımcılık biçimlerini birlikte

---

işlerde ücretsiz olarak çalışmalarına dikkat çekmiş; ayrıca kadınların emek piyasasına erkeklerle eşit katılımın önündeki bir engel olarak kadınların çocuk bakımından kendi başlarına sorumlu olmasını, herhangi bir başka çocuk bakım imkânının olmayışını da göstermiştir. Komite'nin ilgili nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Türkiye, CEDAW/C/TUR/CC/4-5, (2005), para. 35.

[843] Komite, Bölge'deki seçim sisteminin kadınların eşit siyasal katılımlarına yönelik içerdiği yapısal engellerin kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık anlamına geldiğini belirttiği nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Çin ve Hong Kong, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (part.I), para. 319.

[844] Komite, Hırvatistan'la ilgili nihai gözlem raporunda, Hükümet'in Komite'ye gönderdiği raporunda kadınların siyasal yaşama katılımlarındaki düşük oranı tamamen kadınların kendi sorumluklarında gören ifadeleri sebebiyle, taraf devletin hükümetinin dolaylı ayrımcılık ve yapısal ayrımclıkla ilgili bilgisinin az olduğunu belirtmiştir. Komite'nin bu ayrımcılık biçimlerini benzer yöndeki iki ayrımcılk biçimi olarak kullandığı nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Hırvatistan, U.N. Doc. A/53/38/Rev.1 (part.I), para. 102. Komite bu nihai gözlem raporunda ayrıca taraf devlet hükümetine bilgi kuruluşlarından dolaylı ve yapısal ayrımcılık biçimleriyle ilgili bilgi almayı tavsiye etmiş ve bu ayrımcılık biçimleriyle mücadelede asıl yükümlünün kadınlar değil hükümetler olduğuna da dikkat çekmiştir (para. 113).

[845] Komite'nin erkeklerle karşılaştırıldığında daha yüksek sayıdaki kadının yarı zamanlı çalışmasının örtülü bir ayrımcılık olduğu yönündeki kaygılarını ifade ettiği ve sosyal güvenlik ve vergi sistemlerindeki kadınlara karşı örtülü ayrımcılık anlamına gelebilecek ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmak adına önlemler alınması gerekliliğine değindiği nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Belçika, U.N. Doc. A/51/38/Rev.1, para. 187 ve 190. Komite'nin İşgücü Büroları tarafından sunulan eğitim programları konusunda kadınlara karşı örtülü ayrımcılığa dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Litvanya, U.N. Doc. A/55/38,(part. II), para. 144.

ve aynı anlama gelebilecek şekilde kullandığı nihai gözlem raporlarındaki ifadeleriyle[846] de ayrımcı kastın olmamasına rağmen ortaya çıkan etkisi itibariyle ayrımcı olan uygulamalara işaret ettiği söylenebilir.

CEDAW Komitesi'nin ilgili nihai gözlem raporlarında, kadınların toplumsal kabuller ya da başka bir deyişle toplumsal cinsiyet kalıpları sebebiyle içinde bulundukları olumsuz koşullara bağlı olarak açıklanan dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için maddi ya da de facto eşitlik anlayışı içinde değerlendirilen bir dolaylı ayrımcılık yasağı öngörüsüne sahip olduğu yorumunu yapmak mümkündür. Keza CEDAW Komitesi'nin belirtilen kapsamdaki dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere taraf devletlere işaret ettiği noktalar da bu yorumu destekler niteliktedir.

Dolaylı ayrımcılık yasağına hem kamu kurumlarının hem de özel kişilerin uyması gerektiğini de vurgulayarak dolaylı ayrımcılık yasağının hem kamusal hem de özel alanda geçerli olduğunu da belirten CEDAW Komitesi,[847] taraf devletlere kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere birçok tavsiyede bulunmuştur. Komite'nin taraf devletlerin kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığı önlemek üzere etkili önlemler almaları yönündeki genel ifadeleri olduğu gibi[848], taraf devletlere dolaylı

---

[846] Komite, Slovenya'ya ilişkin nihai gözlem raporunda taraf devlete yasal düzenlemelerini örtülü, dolaylı ve yapısal ayrımcılığı hesaba katmak surtiyle gözden geçirmesini ve kadınların hem de jure hem de de facto eşitliğinin sağlanması adına geçici özel önlemleri daha çok öngörmesini tavsiye etmiştir. Komite'nin de jure ve de facto eşitliği bir arada kullanarak ayrımcılığın hem doğrudan hem de dolaylı biçimine karşı önlemler almayı tavsiye ettiği bu nihai gözlem raporunda, ayrıca taraf devlete yargı sistemi dahilinde de facto eşitlik kavramıyla ilişkilendirdiği dolaylı ayrımcılık, yapısal ayrımcılık ve geçici özel önlemler kavramlarının anlamlarının farkında olunmasını da tavsiye etmiştir. Komite'nin ilgili nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Slovenya, U.N. Doc. A/52/38/Rev.1, para. 108. Komite, kadınların aileyle ilgili doğuştan geldiği varsayılan görevleri nedeniyle kamusal ve sosyal yaşama katılmaya gönüllü olmamaları yanında zamanlarının da olmaması nedeniyle yönetici konumundaki işleri üstlenmemeleri gerçeğinin de dolaylı ve örtülü ayrımcılık örneği olduğunu da belirtmiş; ayrıca kamusal ve sosyal alanların "erkeklerin alanı " olarak kodlanıyor oluşuna da dikkat çekmiştir. Bu anlamda taraf devletin mevcut dolaylı ve örtülü ayrımcılıkların Sözleşme'nin uygulanmasının önünde bir engel teşkil ettiğinin ayırdına varması gerektiğini söyleyen Komite, taraf devletin bu ayrımcılık biçimlerini ortadan kaldırmak için bilinç yükseltme de dahil olmak üzere aktif önlemler alması gerektiğine de işaret etmiştir. CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, U.N. Doc. CEDAW/C/PRK/CO/1, Para. 27-28.

[847] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Belize, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (part.II), para. 50-51.

[848] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda, U.N. Doc. A/54/38 (part II), para. 300-301.

ayrımcılık yasağını yasalar dahiline almak[849], dolaylı ayrımcılığı önlemek ve dolaylı ayrımcılıkla mücadele etmek yönünde politikalar öngörmek ve çaba sarf etmek[850], dolaylı ayrımcılığı aşmak adına geçici özel önlemler almak[851] gibi tavsiyeleri de olmuştur. Komite, taraf devletlere kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına genel tavsiyelerde bulunduğu gibi, istihdam, eğitim, siyasal katılım gibi konular[852] ile kadına yönelik şiddet konusunda[853] olduğu gibi belirli alanlarda da tavsiyelerde bulunmuştur.

CEDAW Komitesi'nin nihai gözlem raporlarında dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağıyla ilgili ifadeleri değerlendirildiğinde, CEDAW Komitesi'nin dolaylı ayrımcılığı taraf devletlerin kadınların güçlendirilmesiyle ilgili yükümlülüklerini ihmal ettikleri noktalarda gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak yorumladığı sonucuna varmak

---

[849] Komite'nin kadınlara karşı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağına temel kanunlarda yer verilmesini tavsiye ettiği nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: İsrail, U.N. Doc. A/52/38/Rev. 1 (part II), para. 172. Komite'nin mevcut ve yeni yasalar dahilinde dolaylı ayrımcılık yasağının da yer alması ve özellikle hakimlerin, avukatların ve kolluk kuvvetlerinin dolaylı ayrımcılıkla ilgili uluslararası yükümlülüklere karşı duyarlı olmalarının sağlanmasına ilişkin nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: İtalya, U.N. Doc. A/52/38/Rev. 1 (part II), para. 357. Komite'nin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı kapsayacak bir anayasal ayrımcılık tanımının yapılmasına ilişkin tavsiyesi için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Çin, U.N. Doc. A/54/38 (part I), para. 316. Komite'nin taraf devlete dolaylı ayrımcılık yasağını anayasal ve diğer ulusal mevzuatında tanıması ile dolaylı ayrımcılık yasağı konusunda bilinç kazandırmak üzere yasama, yargı mensupları ile avukatlara yönelik kampanyalar düzenlemesi yönündeki tavsiyeleri için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, U.N. Doc. CEDAW/C/PRK/CO/1, Para. 20.

[850] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Singapur, U.N. Doc. A/56/38 (part II), para. 84; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Ukrayna, U.N. Doc. A/57/38 (part II), para. 280.

[851] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: İrlanda, U.N. Doc. A/54/38/Rev. 1 (part II), para. 190.

[852] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: İspanya, U.N. Doc. A/54/38/Rev. 1 (part II), para. 258, 262; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda, U.N. Doc. A/54/38 (part II), para. 306; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Özbekistan, U.N. Doc. A/56/38 (part I), para. 182; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Moğolistan, U.N. Doc. A/56/38 (part I), para. 272; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Tunus, U.N. Doc. A/57/38 (part II), para. 201; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Fas, U.N. Doc. A/58/38/Rev. 1 (part II), para. 175.

[853] CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: İtalya, U.N. Doc. A/52/38/Rev. 1 (part II), para. 349; CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Kongo, U.N. Doc. A/58/38/Rev. 1 (part I), para. 165. Komite, taraf devletlerin barınma haklarıyla ilişkili planlarını ve mevcut yasal düzenlemelerini, sivil savaş sırasında cinsel şiddete uğramış kadınlar ve yerinden edilmiş kimseler için dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkmaması için tekrar gözden geçirmesi gerektiğine dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: CEDAW Komitesi, CEDAW Komitesi'nin Nihai Gözlem Raporları: Bosna Hersek, CEDAW/C/BIH/CO/3, (2006), para. 38.

mümkündür[854]. Esas amacı kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak olan CEDAW Sözleşmesi'ndeki düzenlemelerin taraf devletlerce uygulanmasının değerlendirilmesinden ibaret olan bu nihai gözlem raporlarında, dolaylı ayrımcılığın taraf devletlerin Sözleşme'yle öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak görülmesi, CEDAW Komitesi'nin dolaylı ayrımcılığı yapısal eşitsizliklerle mücadelede bir araç olarak algıladığını gösterir.

CEDAW Komitesi, CEDAW Sözleşmesi'ndeki düzenlemeleri açıkladığı genel tavsiyelerinde de, dolaylı ayrımcılık yasağını, kadınların içinde bulundukları mevcut olumsuz veya eşitsiz koşullardan yola çıkarak ve bu olumsuz veya eşitsiz koşulları kalıplaşmış toplumsal algılarla ilişkilendirerek tanımlamış ve maddi veya *de facto* eşitlik için gerekli olan bir mücadele aracı olarak koymuştur. Bu nedenle CEDAW Sözleşmesi'ndeki düzenlemelerle CEDAW Komitesi'nin genel tavsiyelerinde ve nihai gözlem raporlarındaki ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde, dolaylı ayrımcılık yasağının kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak için etkili bir araç olarak öngörüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

2.2.2.2.2. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

CEDAW Komitesi'nin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne Ek Protokol ile kendisine tanınan bireysel başvuruları kabul ederek değerlendirme ve soruşturmaya dayalı denetim usulünü yürütme yetkileri kapsamındaki görüş ve tavsiyelerinde de dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağına yer verilmiştir. Komite'nin önüne bireysel başvuru yoluyla gelen şikayetleri incelemesi sonucunda oluşturduğu dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili görüşlerini, her ne kadar bu görüşlere taraf devlete yönelik tavsiyelerini de eklemesi mümkünse de, tavsiye olarak değil yarı yargısal bir organın bağlayıcı tespitleri olarak anlamak gerekir[855]. Benzer şekilde Komite'nin soruşturmaya dayalı denetim usulünü yürütme yetkisi sonucunda

[854] Schiek, a.g.e., s. 341.
[855] CEDAW'a Ek Protokol'ün yedinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Komite önüne başvuru yolu ile gelen başvuruyu incelenmesinden sonra, başvuruya ilişkin görüşlerini, varsa tavsiyeleriyle birlikte, ilgili taraflara iletir.

vardığı sonuçları da, görüş ve tavsiye niteliğinde olup; Komite'nin bu kapsamda ortaya koyduğu tespitlerin de yine bağlayıcı olduğunu söylemek doğru olacaktır[856].

Komite dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağıyla ilişkilendirilebilecek şikayetleri değerlendirmesi ile soruşturma usulüne dayalı denetim yetkisi kapsamındaki araştırmaları çerçevesinde ortaya koyduğu görüşlerinde, çoğunlukla taraf devletlerin dolaylı ayrımcılığı önlemek üzere yerine getirmesi gereken yükümlülüklerine değinmiştir. Komite dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağına dair bu görüşlerinde sıklıkla 28 No'lu Genel Tavsiyesi'ne de gönderme yapmıştır. Bu kapsamda Sözleşme'nin taraf devletler için doğrudan veya dolaylı ayrımcı eylem ve uygulamalarda bulunmama yükümlülüğünü öngördüğü belirten Komite[857], taraf devletlere ayrımcı etki ya da sonuç yaratan yasaların, politikaların ve eylemlerin de ortadan kaldırılması gerekliliğini hatırlatmıştır[858].

Komite, soruşturma usulüne dayalı denetim yetkisiyle de Sözleşme'nin m. 2 (d) düzenlemesindeki hakların ihlaliyle ilgili olarak, yaptığı bir araştırma sonucunda da yine aynı hususa dikkat çekerek, taraf devlete kadınların *de facto* anlamda yaşadığı eşitsizlik durumunu ortadan kaldırmakla ilgili yükümlülüğünü anımsatan bir görüş ortaya koymuştur[859].

---

[856] CEDAW'a Ek Protokol'ün sekizinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Komite bir taraf devletin Sözleşme'deki hakları ciddi ve sistematik biçimde ihlal ettiği yönünde aldığı güvenilir bir bilgi üzerine başlattığı soruşturmaya dayalı denetim usulü kapsamında yaptığı araştırmayla edindiği bulguları incelemesi sonrasında, bu bulguları her türlü görüş ve tavsiyeleriyle birlikte ilgili taraf devlete iletir.

[857] Komite'nin 28 No'lu Genel Tavsiyesi'nin 35. Paragrafında ilettiği bu tavsiyeye, Komite önüne gelen bir bireysel şikayet başvurusunda, şikayet edilen taraf devlet kendi savunmasında da yer vermiştir. İlgili savunma ve Komite'nin görüşü için bakınız: CEDAW Komitesi, *Reyna Trujilo Reyes ve Pedro Arguello Morales v. Meksika*, B. No: 75/2014, Karar Tarihi: 21.07.2017, U.N. Doc. CEDAW/C/67/D/75/2014, Para. 5.14. Bulgaristan'a karşı yapılan bir bireysel başvuruda da taraf devlet savunmasında ayrımcılık karşıtı yasal düzenlemeleri kapsamında hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığa yer vermek suretiyle Komite'nin birçok bireysel başvuru görüşünde değindiği ilgili yükümlülüğü yerine getirdiğini belirtmiştir. Bulgaristan bu ifadelerinde ayrıca Anayasası'ndaki bir hüküm gereğince CEDAW'ın ulusal yasal düzenlemelerinden sayıldığına da dikkat çekmiştir. İlgili savunma ve Komite'nin görüşü için bakınız: CEDAW Komitesi, *V. K. v. Bulgaristan*, B. No: 20/2008, Karar Tarihi: 25.07.2011, U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/20/2008, Para. 4.2.

[858] CEDAW Komitesi, *Cecelia Kell v. Kanada*, B. No: 19/2008, Karar Tarihi: 28.02.2012, U.N. Doc. CEDAW/C/51/D/19/2008, Para. 10.3.

[859] Komite'nin Sözleşme'nin m. 2 (d) düzenlemesindeki hakların ihlaliyle ilgili görüşleri kapsamında yer verdiği hatırlatma için bakınız: Summary of the inquiry concerning the Philippines under article 8 of the Optional Protocol to the CEDAW, Inquiry: Philippines, CEDAW/C/OP.8/PHL/1, Para. 27.

Komite, bireysel başvuru usulüyle önüne gelen diğer şikayetlerde de taraf devletlerin kadınların *de facto* durumlarını da iyileştirme anlamında da yükümlülüklerinin varlığını hatırlatmış ve bu anlamdaki yükümlülüklerin de doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmak konusundaki yükümlülüklere ek olduğunu belirtmiştir[860]. Komite bu görüşlerinde de gündeme getirdiği kadınların *de facto* anlamda içinde bulundukları eşitsiz durumlarının, başka bir deyişle kadınlara karşı [dolaylı] ayrımcılığın temelinde toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin kalıp yargıların olduğunu da belirtmiş; taraf devletlerin toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin bu kalıp yargıları düzelterek dönüştürmesi ve toplumsal cinsiyet rolleriyle ilgili yanlış algıları ortadan kaldırmaları gerektiğini de vurgulamıştır. Komite, R. K. B. v Türkiye görüşündeki daha önceki tespitlerine atıfta bulunmak suretiyle değindiği toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin kalıp yargılar konusunu daha da ayrıntılandırmıştır. Komite toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin bu kalıp yargıların, yasalar ve hukuk sistemleri de dahil olmak üzere çok çeşitli araç ve kurumlar aracılığıyla devam ettirildiğini ve her branş ve düzeydeki devlet aktörleri ile özel hukuk aktörleri tarafından da sürdürülmeye elverişli olduklarını belirtmiştir[861]. Böylece Komite'nin, esasen taraf devletlere gerçekte kadınları eşitsiz kılan bu kalıp yargılarla mücadele konusunda tavsiyelerde de bulunduğu söylenebilir.

Komite'nin, bireysel başvuru usulüyle önüne gelen şikayetler üzerine yaptığı değerlendirmeleri kapsamında taraf devletlerin kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırma konusundaki yükümlülüklerini hatırlatmak dışında, taraf devletin şikâyet konusu olan bir uygulamasının ya da eyleminin dolaylı ayrımcı olup olmadığı hakkında kapsamlı bir inceleme yaptığını söylemek zordur. Komite önüne bireysel başvuru yoluyla gelen şikayetlerden yalnızca bir tanesinde, üç Komite üyesinin muhalif yöndeki bireysel görüşleri kapsamında, şikâyet edilen taraf devletin yasal

---

[860] Başvurucunun taraf devletin Sözleşme'nin m. 5 (a) düzenlemesini ihlal ettiğini iddia ettiği başvuruda Komite'nin yaptığı hatırlatma için bakınız: CEDAW Komitesi, *Belousova v. Kazakistan*, B. No: 45/2012, Karar Tarihi: 13.07.2015, U.N. Doc. CEDAW/C/61/D/45/2012, Para. 10.10; Komite'nin aynı yönde bir hatırlatmada bulunduğu başka bir bireysel şikayet için bakınız: CEDAW Komitesi, *O. G. v. Rusya*, B. No: 91/2015, Karar Tarihi: 06.11.2017, U.N. Doc. CEDAW/C/68/D/91/2015, Para. 7.2.

[861] CEDAW Komitesi, *R. K. B. v. Türkiye*, B. No: 28/2010, Karar Tarihi: 24.02.2012, U.N. Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010, Para. 8.8. (Çeviren: Gülay Arslan), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97906 (Erişim Tarihi: 21.02.2020).

düzenlemesinin dolaylı ayrımcı olabileceğine dikkat çekilerek şikayet konusu olay çerçevesinde sınırlı bir dolaylı ayrımcılık tartışması yapılmıştır.

Komite, taraf devletin Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasının b bendinde düzenlenen evlilik ve annelik sebebiyle kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve etkin bir çalışma hakkı sağlamak amaçlı önlemleri kapsamında, önceki iş, kıdem ve sosyal haklar kaybedilmeksizin ücretli doğum izni veya benzeri sosyal içerikli tazminatlar vermek şeklindeki yükümlülüğüne aykırı davrandığı iddiasıyla önüne gelen başvuruda, başvurucu maruz kaldığı ayrımcılık biçimini doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Serbest Meslek Sahipleri Yasası (Wet *Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen "WAZ"*) kapsamında sigortalı olarak eşinin işletmesinde ve ayrıca yarı zamanlı olarak çalışan serbest meslek sahibi başvurucu, ilgili yasanın 59. maddesine dayanarak yaptığı başvuruda, doğum izni sırasında çalışamadığı günlerin karşılığı olarak tam tazminat ödenmeyerek kısmi tazminat ödenmesinin, Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasının b bendine aykırılık teşkil ettiğini ve bu anlamda da kadınlara karşı ayrımcı olduğunu öne sürmüştür[862]. Başvuruyu inceleyen Komite, öncelikle Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında taraf devletlere yönelik belirtilen yükümlülüklerle, ev dışında ücret karşılığı bir işte çalışan kadınlara hamilelik veya doğum nedeniyle ayrımcılık yapılmasını önlemenin amaçlandığını söyleyerek, başvurucuya yapılan farklı muamelenin başvurucunun cinsiyeti temelinde olup olmadığını sorgulamıştır. Buna göre, başvurucuya yapılan farklı muamelenin başvurucunun kadın olmasından çok maaşlı bir işte ve eşiyle birlikte kendi işlerinde çalışıyor olmasına dayalı olduğunu belirten Komite üyelerinin çoğunluğu, taraf devletin konuyla ilgili takdir marjını da kabul ederek ilgili farklı muamelenin kadına karşı doğrudan ayrımcılık anlamına gelmediği sonucuna varmıştır[863].

---

[862] Başvurucu tarafından öne sürülen iddiaların ayrıntılı bütünü için bakınız: CEDAW, *Nguyen v. Hollanda,* Para. 3.1-3.8.

[863] Komite üyelerinin çoğunluğuna göre, CEDAW hamilelik ve doğumla ilgili ayrımcı uygulamaları yasaklayan düzenlemeleri, doğum izni sırasındaki gelir kaybının karşılığında tam tazminatı güvenceye almamaktadır; taraf devletin doğum izniyle ilgili uygulaması da bu açıdan CEDAW ile uyumludur (Para. 10.2.). CEDAW Komitesi üyelerinin çoğunluğunca varılan bu sonucun, Komite üyelerinin Sözleşme'deki ayrımcılığa uğramama hakkı ile kişisel, siyasal ve ekonomik anlamda eşitlik hakkına ilişkin yorumlarında, nasıl farklı ve muhafazakar yorumlar geliştirebildiğini gösterdiği; bu durumun da kadınların Sözleşme'ye dayanarak haklarını aramaları imkânlarını etkiler nitelikte olduğu da ifade edilmiştir. Bakınız: Cusack ve Pusey, a.g.m., s. 29.

Komite'nin taraf devletin ortaya koyduğu farklı muamelenin ayrımcı olmadığına hükmetmesi karşısında, üç Komite üyesi muhalif yöndeki bireysel görüşlerinde, Komite üyelerinin çoğunluğuyla aynı görüşte olduklarını belirtmişler; ancak WAZ'ın 59. maddesindeki düzenlemenin dolaylı ayrımcılık oluşturabileceğine de işaret etmişlerdir. Bu doğrultuda Komite üyeleri çoğunluk görüşünün aksine kadınların yarı zamanlı çalışma biçimlerinin yarattığı orantısız etkiye odaklanarak ilgili düzenlemenin [gerçekte] yol açtığı sonucu ortaya koymuşlardır[864]. Komite üyelerince, yarı zamanlı ve serbest olarak çalışan başvurucunun çalışma biçiminin, Hollanda'daki çoğu kadının çalışma biçimini yansıttığını belirtilmiş ve bu anlamda, eşlerinin işletmelerinde aile yardımcısı olarak çalışma ile yarı zamanlı maaşlı işçi olarak çalışma biçimini birleştiren kesimin çoğunlukla kadınlar olduğu vurgulanmıştır. Böylece esasen özellikle kadınların karşı karşıya kaldığı bir ayrımcılık biçimine dikkat çekilebilmiştir (Para. 10.5.). Komite üyeleri bu doğrultudaki tespitlerinin ardından, ilgili yasadaki düzenlemenin dolaylı ayrımcı olma potansiyeline karşı, taraf devlete ilgili düzenlemeyi belirtilen çalışma biçimlerindeki çalışma saatlerini hesaba katarak değerlendirmesini ve ilgili düzenlemenin, hamile ya da doğum yapmış kadınlar için dolaylı ayrımcı olabileceğinin farkındalığıyla tekrar gözden geçirmesini tavsiye etmişlerdir (Para. 10.6 (b)).

Komite önüne gelen şikayetlerin bir tanesinde de, dolaylı ayrımcılık kavramına başvurucunun şikayeti kapsamında yer verilmiştir. İlgili başvuruda, seks işçilerinin "fahişe" olarak kayıt olma ve jinekolojik muayeneleri ve HIV testlerini yaptırma yükümlülüğünü düzenleyen yasaların, her ne kadar cinsiyet nötr anlamdaysa da, seks işçisi olarak çalışanların büyük çoğunluğunu oluşturan kadınlara karşı zararlı etki (*detrimental effect*) yarattığı bahsiyle dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Başvurucu, belirtilen tarzdaki yükümlülüğün erkek müşteriler için öngörülmediğini de gündeme getirerek ilgili yasaların uygulanmasının kendisini doğrudan etkilediğini söylemiş; bu durumun Sözleşme'nin birinci maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin taraf devletler için kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasalar ile cezai hükümlerin gözden geçirilmesi yükümlülüğünü öngördüğü ikinci

[864] Freeman vd., a.g.e., s. 304; Cusack ve Pusey, a.g.m., s. 30.

maddesinin f bendi ile g bendine de aykırı olduğunu iddia etmiştir[865]. Ancak bu başvuru Komite tarafından kabul edilemezlik gerekçesiyle değerlendirmeye alınmamış[866] ve başvurucunun dolaylı ayrımcılık yasağına dair birçok argümanı bir arada kullandığı bu başvuruda da bir dolaylı ayrımcılık incelemesi yapılamamıştır.

Sonuç olarak, Komite'nin bireysel başvuru usulüyle önüne gelen şikayetlere ilişkin olarak ve soruşturma usulüne dayalı denetim yetkisiyle yaptığı araştırmalar sonucunda ortaya koyduğu tavsiye ve görüşlerinde kapsamlı bir dolaylı ayrımcılık değerlendirmesi yapılmamışsa da; Komite'nin CEDAW'a Ek Protokol'de düzenlenen bu yetkileri kapsamında da Sözleşme'nin dolaylı ayrımcılığı yasakladığını onayladığı açıktır. Komite'nin bu kabulü doğrultusunda, Sözleşme kapsamında yasaklanan dolaylı ayrımcılık yasağını, etki temelli bir ayrımcılık biçimine yönelik bir yasak olarak gördüğünü de söylemek mümkündür. Nitekim Komite'nin, taraf devletlerin kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmakla ilgili yükümlülüklerine işaret ettiği görüş ve tavsiyelerinde de bu ayrımcılık biçiminin etki unsuruna gönderme yaptığı; ayrıca yaptığı soruşturma ve araştırmalar sonucunda dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmasa da kadınlara karşı orantısız etki (*disproportionate impact*) yaratan uygulama ve yasal düzenlemelere de işaret ettiği görülebilir[867]. Bunlara ek olarak, bireysel başvuru usulüyle şikayetlerini Komite önüne taşıyan başvuruculların da, taraf devletin yasal

---

[865] Başvurucu tarafından öne sürülen iddiaların ayrıntılı bütünü için bakınız: CEDAW Komitesi, X. v. Avusturya, B. No: 67/2014, Karar Tarihi: 11.07.2014, U.N. Doc. CEDAW/C/64/D/67/2014, Para. 3.1.-3.13.

[866] Komite ilgili başvuruyu, başvurucunun CEDAW'a Ek Protokol'ün ikinci maddesine göre mağdur statüsünde olmadığı ve CEDAW'a Ek Protokol'ün dördüncü maddesine göre başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçeleriyle kabul edilemez bulmuştur.

[867] Komite'nin taraf devlet sınırlarındaki insan kaçakçılığının bölgedeki aborjin kadınları ve kız çocuklarını orantısız etkilediğine ilişkin görüşü için bakınız: Report of the inquiry concerning Canada of the Committee of the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Inquiry: Canada, CEDAW/C/OP.8/CAN/1, 30.03.2015, Para. 59 ve 95; Komite'nin sadece kadınların hamile kalabileceğini göz önüne alarak, doğum kontrolüne erişimdeki sınırlılıkların kadınların sağlığını orantısız anlamda etkileyeceğine dikkat çektiği görüşü için bakınız: Summary of the inquiry concerning the Philippines under article 8 of the Optional Protocol to the CEDAW, Inquiry: Philippines, CEDAW/C/OP.8/PHL/1, 22.04.2015, Para. 32; Komite'nin kürtaja erişimdeki sosyal, finansal ve uygulamadaki engellerin köy ve kırsal arazide yaşayan kadınları orantısız etkilediğine ilişkin görüşü ile kadınlara kadın olduğu için uygulanan şiddetin kadınları orantısız ölçüde etkilediğine ilişkin görüşü için bakınız: Report of the inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Inquiry: Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda, CEDAW/C/OP.8/GBR/1, 06.03.2018, Para. 3, Para. 65.

düzenlemelerinin ya da uygulamalarının kadınlar nezdinde ortaya çıkarttığı zararlı etki[868] (*detrimental effect*) veya orantısız etkiye[869] (*disproportionate impact*) gönderme yapması ile makul uyumlaştırmanın reddinin ayrımcılığa yol açacağına dikkat çekmesi de[870] yine etki temelli olan ayrımcılık biçimiyle ilgili olup; Komite her ne kadar bu başvurularda da dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili bir değerlendirme yapmamışsa da bu başvuruların Komite önüne benzer şikayetlerin götürülmesi için örnek teşkil ettiğini söylemek mümkündür.

2.2.2.3. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme

BM sisteminde engelli kişilerin haklarının korunması fikri, 1970'li yıllar sonrasında ivme kazanan sakatlık çalışmaları ile engelli hakları alanında çalışan sivil toplum örgütlerinin çabasıyla doğmuştur[871]. Sakatlığı, kişilerin bireysel anlamda sahip

---

[868] CEDAW Komitesi, *X. v. Avusturya*, B. No: 67/2014, Karar Tarihi: 11.07.2014, U.N. Doc. CEDAW/C/64/D/67/2014, Para. 3.8.

[869] CEDAW Komitesi, *Goekce v. Avusturya*, B. No: 005/2005, Karar Tarihi: 06.09.2007, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005, Para. 3.3.; CEDAW Komitesi, *Banu Akbak, Gülen Khan ve Melissa Özdemir adına Viyana Eviçi Şiddete Müdahale Merkezi (The Vienna Intervention Centre against Domestic Violence) ve Kadınların Adalete Erişimi Derneği (The Association for Women's Access to Justice) v. Avusturya,* B. No: 006/2005, Karar Tarihi: 06.09.2007, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005, Para. 3.3.; CEDAW Komitesi, *V. K. v. Bulgaristan*, B. No: 20/2008, Karar Tarihi: 25.07.2011, U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/20/2008, Para. 3.8 ve Para. 6.3.

[870] İlgili başvuruda, dolaylı ayrımcılıkla ilgili bir iddia dile getirilmemiş, sistematik ayrımcılığa vurgu yapılmıştır. CEDAW Komitesi, *R. P. B. v. Filipinler*, B. No: 34/2011, Karar Tarihi: 21.02.2014, U.N. Doc. CEDAW/C/57/D/34/2011, Para. 3.13. Ayrıca başvurucu, Filipinler yargı sisteminin sağırlar için eşitlik ve erişilebilirlik özelliğinden yoksun olduğunu da belirterek, makul uyumlaştırma kurumuna dikkat çekmiştir (Para. 3.8.).

[871] BM sisteminde engelli hakları alanında bağlayıcı bir sözleşmenin yapılması öncesinde hazırlanan bazı belgeler olsa da, bu belgelerde engelli kişilerin uluslararası insan hakları hukuku kapsamında korunması gereken bir grup olarak algılandığını söylemek zordur. Engellilik olgusuna insan hakları anlayışıyla yaklaşılmayan ve bağlayıcılık da taşımayan bu belgeler, 20 Aralık 1971 tarihli Zeka Geriliği olan Kimselerin Haklarına Dair Bildiri (*Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons,* GA Res 2856 (XXVI), 26 UNGAOR, Supp No 29, UN Doc A/8429), 9 Aralık 1975 tarihli Engellilerin Haklarına Dair Bildiri (*Declaration on the Rights of Disabled Persons,* GA Res 3447 (XXX), 30 UNGAOR, Supp No 34, UN Doc A/10034), 17 Aralık 1991 tarihli Akıl Hastalığı Olan Kişilerin Korunması ve Akıl Sağlığı Hizmetinin Geliştirilmesine İlişkin Kurallar (*Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care*, UN Doc A/RES/46/119) ile 20 Aralık 1993 tarihli Engellilerin Fırsat Eşitliğine Dair Standart Kurallar *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, UN Doc A/RES/48/96) olarak sayılabilir. Bu belgeler hakkında bilgi için bakınız: Gül, a.g.t., s. 47-51. Ayrıca bakınız: Arlene S. Kanter, "The Development of Disability Rights under International Law: From Charity to Human Rights", London, Routledge, 2015, s. 6. BM EHS öncesinde engelliliğe ve engelli haklarına dair BM sisremindeki bakış açısı ile engelli hakları alanındaki gelişmeler ve Sözleşme'nin hazırlanma süreci için bakınız: Theresia Degener ve Andrew Begg, "From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle for the Recognition of the Rights of Persons with Disabilities at the United Nations," Ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Cham, Springer International Publishing, ss. 1–39.

olduğu yeti yitimleriyle açıklayan ve bu yeti yitimlerini düzeltme odaklı çözümler arayışında olan tıbbi modelin karşısında, sakatlığı toplumsal bir baskı türü ve toplumun yarattığı engellerin ürünü olarak açıklayan sosyal modeli benimseyen sakatlık çalışmaları, sakatlığın bireysel bir olgu olmadığı anlayışıyla "engelli hakları" alanında birçok kazanım elde edilmesini kolaylaştırmıştır[872]. BM Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (EHS) de, engelli kişilerin de hak sahibi ve insan hakları öznesi olmaları yönündeki yeni anlayışla ve şekli eşitlik anlayışı içinde değerlendirilebilecek olan tıbbi model yerine maddi eşitlik ile bağdaştırılabilecek olan sosyal modeli takiben yürütülen mücadelenin ürünüdür[873].

Sakatlık çalışmaları savunucuları ile engelli hakları alanında çalışan sivil toplum kuruluşlarının da katılımıyla "Bizimle ilgili bizsiz hiçbir şey olmaz." sloganını takiben hazırlanan EHS, bu anlamda içeriğinde yer verilen hakların öznelerinin belirgin

---

[872] Sakatlık ifadesi, Sakatlık Çalışmaları *("Disability Studies")* savunucuları tarafından belirli yeti yitimleri olan kişileri nitelemek ve bu kişilerin bedensel ya da zihinsel açıdan "anormal" ölçüde "eksiklik" ya da "yetersizlik" sahibi oldukları için "normal" faaliyetlere katılım gösteremeyen kişi grubuna mensup olduklarını anlatmak üzere kullanılmıştır. Sakatlık çalışmaları savunucularına göre, yeti yitimleri nedeniyle "sakat" *("disabled")* olarak nitelenen bu kişilerin toplumsal "normal" faaliyetlere katılım gösterememelerinin nedeni sakat olmayan *("abled")* çoğunluğun yarattığı fiziki ve davranışsal engellerdir. Bu anlamda sakatlık olgusu, toplumsal bir baskı türü olarak cinsiyetçilik, ırkçılık gibi diğer toplumsal baskı türlerine benzer şekilde sakatlayıcılık ("disablism") gibi pratikler yaratır. Bakınız: Carol Thomas, "Sakatlık Kuramı: Kilit Fikirler, Meseleler, Düşünürler", Der. Dikmen Bezmez, Sibel Yardımcı, Yıldırım Şentürk, Sakatlık Çalışmaları: Sosyal Bilimlerden Bakmak, İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 31-33. Bu nedenle sakatlığın bireysel bir olgu olmadığı anlayışıyla hareket eden sakatlık çalışmacıları savunucuları toplumsal baskı ve çevresel etkenlere odaklanmışlardır. Bakınız: Rannveig Traustadóttir, "Disability Studies, The Social Model and Legal Developments", Ed. Oddny Mjöll Arnardottir, Gerard Quinn, The UN Convention on The Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 3. Esasen İngiliz sakat hareketinin çalışmalarıyla bir olgu olarak sakatlığın yapısal nitelikli olduğu kabulüyle "Sakatlık sosyal modeli" ifadesi ise 1983 tarihinde Micheal Oliver tarafından kullanılmıştır. Sakatlık sosyal modelinin gelişimi, güçlü ve zayıf yanları ile sosyal modelin ötesinde yaklaşımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Tom Shakespeare, "Sakatlık Sosyal Modeli", Der. Dikmen Bezmez, Sibel Yardımcı, Yıldırım Şentürk, Sakatlık Çalışmaları: Sosyal Bilimlerden Bakmak, İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 51-62. Sakatlık çalışmaları, sakatlık sosyal modellerine ilişkin farklı yaklaşımlar ile hukuki gelişmeler hakkında bilgi için bakınız: Traustadottir, a.g.e., s. 3-15. Sosyal modelin ana hatları için bakınız: Agustina Placios, "The Social Model in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities", The Age of Human Rights Journal, 4, June 2015, s. 91- 95. Çalışmanın devamında, hem engelleri toplumun yarattığı anlayışını takiben hem de Türkçe literatürle uyum açısından sakatlığı ifade etmek üzere engellilik kelimesi tercih edilecektir.

[873] Traustadóttir, a.g.e., s. 3; Theresia Degener, "Disability in a Human Rights Context," *Laws*, 5(35), 2016, s. 1. Sözleşme bu anlamda şekli eşitlik anlayışından maddi eşitlik anlayışına geçişi de yansıtan bir sözleşmedir. Bakınız: Arnadottir, a.g.m., 2009, s. 41. Ayrıca Sözleşme'nin ayrımcılığı "maddi dezavantaj modeli" ile açıkladığı da belirtilmiştir. Bakınız: Arnadottir, a.g.m., 2009, s. 57 vd. Ayrımcılığı maddi dezavantaj modeli ile açıklayan anlayışla ilgili daha ayrıntılı bilgi için Birinci Bölüm kapsamındaki *"1.1.2. Maddi Eşitlik Anlayışı: Farklılık Yaklaşımı ve Dezavantaj Yaklaşımı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

katılımıyla hazırlanmış BM tarihindeki ilk sözleşme olma özelliğini taşır[874]. Engelli kişilerin karşı karşıya kaldıkları hak ihlallerinin farkındalığıyla hazırlanan EHS[875] kapsamındaki hakların öznesinin kim olduğu ise açıkça belirtilmemiş ve bir "engelli kişi" tanımı da yapılmamıştır; böylece Sözleşme'nin engelliliği yeti yitimiyle eş tutan tıbbi modelden çok, engelliliği topluma tam ve eşit katılımın önündeki engeller üzerinden anlayan sosyal modele olan bağlılığı doğrulanmıştır. Sözleşme'de engelli kişi tanımı yapılmaması, aynı zamanda EHS'nin mevcut insan haklarına ilişkin korumayı, engelli kişilere bir grup olarak sağlamayı amaçladığını da gösterir. Bu amaç da yine engellilik konusunun münferit bir durum olmadığını anlatır ve engellilik konusunun esasen toplumdaki engellilere ilişkin olumsuz algılarla olan bağı ile devletlerin bu olumsuz algıların yol açtığı engelleri kaldırma yükümlülüğünü akla getirir[876]. Sözleşme'de engelli kişilerin kim olduğunu açıklayan bir tanımın olmaması ayrıca engelli oldukları varsayımıyla ya da engelli kişilerle yakınlıkları nedeniyle engellilik temelinde hak kaybına ya da ayrımcılığa uğrayan kişilerin de Sözleşme kapsamında korunmasını sağlıyor olması açısından olumludur[877].

Sözleşme'nin Başlangıç metninde de engellilik kavramı, gelişen bir kavram olarak kabul edilmiştir. Bu doğrultuda Sözleşme'nin, engellilik durumunun, esas olarak sakatlığı olan kişilerin topluma diğer kişiler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını engelleyen tutumlar ve çevre koşullarının etkileşiminden kaynakladığı gerçeği üzerine kurulduğu da ifade edilmiştir[878]. Başlangıç metnindeki bu ifadelerle engelliliğin kaynağı olarak toplumdaki yapısal eşitsizliklere işaret eden EHS'yi, bu anlamıyla BM sisteminde özel olarak ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin olarak

---

[874] *"Nothing about us without us"* sloganı engelli kişilerin EHS'nin hazırlık ve düzenleme aşamasındaki baskın katılımlarını ortaya koymakla sınırlı değildir; ayrıca bu slogan taraf devletlerce, EHS'nin uygulanması aşamasında bir kılavuz ilke olarak da benimsenegelmiştir. Bakınız: Kanter, a.g.e., s. 8-9. İlgili slogan ile teorik temelleri hakkında bakınız: J. Charlton, *Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*, University of California Press, 1998, www.jstor.org/stable/10.1525/j.ctt1pnqn9 (Erişim Tarihi:06.03.2020).

[875] İdil Işıl Gül, "Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi", Haz. Kenan Çayır, Melisa Soran, Melike Ergün, Engellilik ve Ayrımcılık, İstanbul, Karekök, 2015, s. 32. Ayrıca bakınız: Kanter, a.g.e., s. 7.

[876] Tanım yapılmamasına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Kanter, a.g.e, s. 8.

[877] Varsayılan engellilik temelinde ayrımcılık ile dolayısıyla ayrımcılık konusuna dair bilgi için bakınız: Rachele Cera, "Article 2 [Definitions]," Ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Cham, Springer International Publishing, 2017, s.112.

[878] Başlangıç metni, (e) bendi.

oluşturulmuş sözleşmelerden biri kapsamında değerlendirmenin yanlış olmadığı söylenebilir[879]. Sözleşme'nin "Amaç" başlıklı ilk maddesinde de, engelli kişilerin tüm insan hak ve özgürlüklerinden tam ve eşit bir şekilde yararlanmalarını teşvik ve temin etmek ifadelerine yer verilmiş olması da, EHS'nin özel olarak engellilik temelindeki ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik amacını gösterir[880]. Bu amaç aynı zamanda Sözleşme'nin sosyal modelden ötede insan hakları modeline yakın bir anlayış üzerine kurulduğunu da ortaya koyar[881].

Sözleşme'nin birinci maddesiyle belirlenen amacı ayrıca, KSHS ve ESKHS gibi genel nitelikli BM Sözleşmeleri'nde "herkes"in hakları şeklinde düzenlenen haklar yanında, özel olarak ırk temelli ayrımcılığa karşı oluşturulmuş BM Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ile kadınlara karşı ayrımcılığa karşı oluşturulmuş CEDAW'da ve BM sistemindeki diğer sözleşmeler kapsamında güvenceye alınan hakların da EHS kapsamında engelli bireylerin ihtiyaçlarının dikkate alınması suretiyle düzenlemiş olmasının da gerekçesini oluşturur[882]. Nitekim BM

---

[879] Engelli Hakları Sözleşmesi'nin yalnızca ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin bir sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, Sözleşme'nin sadece kişisel ya da siyasal hakları ya da ekonomik, kültürel ya da sosyal hakları düzenleyen bir sözleşme olarak değerlendirilmesi de yeterli olmayacaktır. Bakınız: Lisa Waddington, The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 18, Number. 4, 2011b, s. 436. Bu anlamda Sözleşme, her iki sözleşme türünün de özelliklerini taşıyan "hibrit" nitelikli bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Bakınız: Çağlar, a.g.m., 2011, s. 151. Benzer şekilde, EHS'nin ayrımcılıkla mücadele amacıyla oluşturulmuş Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ve CEDAW ile ayrımcılıkla mücadeleden çok çocukların haklarını bütünsel olarak ele alan Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin benimsediği modellerin birleşimi olarak hibrit bir hukuki karaktere sahip olduğu da söylenmiştir. Bakınız: Degener, a.g.m., s. 14-15.

[880] Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, Sözleşme'nin engellilik temelindeki ayrımcılıkla mücadeleye yönelik amacını göstermeye yeterliyse de; düzenlemenin ikinci paragrafında yer verilen engellilik tanımı için yapılan çeviri engelliliği sadece engelli kişinin niteliklerinden kaynaklanır şekilde yansıtmıştır. Engellilik tanımına dair düzenlemenin orijinali, engelli kişileri, diğerleri yanında, çeşitli engellerle etkileşerek, diğer kişilerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılmayı engelleyen uzun süreli fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyusal sakatlığı olan kişiler olarak tanımlamışken, resmi Türkçe çeviride "diğerleri yanında, çeşitli engellerle etkileşerek" ifadesi çıkarılmıştır. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 55. Resmi Türkçe çevirideki bu eksiklik, Başlangıç metninde yansıtılabilmiş olan sakatlık sosyal modelinden ayrılındığı izlenimine sebep vererek, bir iç çelişki yaratmıştır.

[881] Kanter, a.g.e., s. 8; Sözleşme'nin insan hakları modeliyle bağdaşan yönleri, Sözleşme kapsamında maddi eşitlik anlayışının ötesinde dönüştürücü eşitlik ("*transformative equality"*) anlayışına geçişi de anlatır niteliktedir. Sözleşme'nin sosyal modelin ötesinde esasen tıbbi modelden insan hakları modeline geçiş örneği oluşturduğu ve bu anlamda sosyal modelin insan hakları modelinden farklılaşan yönlerine dair argümanlar için ayrıca Bakınız: Degener, a.g.m., s. 3-14.

[882] BM sisteminde engelli haklarına özgülenmiş bir sözleşmeye neden ihtiyaç duyulduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: Gül, a.g.m., 2015, s. 32-33.

sistemindeki bu sözleşmelerde güvenceye alınan haklara engellilerin ayrımcılığa uğramaksızın erişimlerinin de konu edildiğini söylemek zordur[883]. Bu anlamda Sözleşme'nin, engellilerin mevcut Sözleşmelerle tanımlanmış insan hak ve özgürlüklerinden ayrımcılığa uğramaksızın yararlanmalarını sağlama amacıyla ve ilgili hakları engelli bireylerin ihtiyaçları bağlamında uyarlanmasıyla oldukça ayrıntılı düzenlemeler içerir şekilde hazırlandığını da belirtmek gerekir. Bu doğrultuda, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi ile desteklenen ve makul uyumlaştırma ile evrensel tasarım gibi kavramların varlığıyla da güçlendirilen kişisel, siyasi ve sosyal hakları düzenleyen Sözleşme, denetim mekanizmaları ile yolları da içerir şekilde kabul edilerek, yürürlüğe girmiştir[884].

Sözleşme'de engellilik temelinde ele alınmış ayrımcılık yasağı da hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı kapsar şekilde geniş bir biçimde yorumlanmıştır[885]. Sözleşme, taraf devletlerin Sözleşme'yle güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin tamamı açısından uymaları gereken tanım ve ilkelerle ilgili 1. ve 9. maddeleri arasındaki düzenlemeleri kapsamında engelliliğe dayalı ayrımcılık tanımına yer vermesinin yanısıra, makul uyumlaştırma, evrensel tasarım gibi engellilikle ilişkili diğer kavramlarla ilgili açıklamalara ve taraf devletlerin ayrımcılık yasağıyla ilgili yükümlülüklerine de yer vermiş; taraf devletler için engellilik temelinde ayrımcılık

---

[883] BM sistemindeki EHS'nin de dahil olduğu dokuz temel insan hakları sözleşmesinin diğer sekizi incelendiğinde, BM Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme haricindeki sözleşmeler dahilindeki ayrımcılık yasağı düzenlemelerinde engelliliğin bir ayrımcılık temeli olarak düzenlenmediği görülebilir. Engelliliğin ilk kez ayrımcılığın yasaklandığı temeller arasında yer aldığı 1989 tarihli BM Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 23. maddesinde engelli çocukların onurlu, tam ve iyi bir yaşam sürme ve toplumsal hayata etkin bir şekilde katılmaları hakkından bahsedilmiş; madde düzenlemesinde ayrıca, taraf devletlerin engelli çocuklara yardım sunma yükümlülüğü açıkça düzenlenmemişse de sunulacak yardımların tasarlanmasıyla ilgili hususlar sayılmıştır. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Gül, a.g.t., s. 49. Engellilik temelini ayrımcılığın yasaklandığı bir temel olarak almayan bu Sözleşmelerdeki "diğer statüler" gibi ifadeler engellilik temelinin ayrımcılığın yasaklandığı bir temel olarak alınmasına izin verse de açıkça engellilik temeline yer verilmemesi uluslararası insan hakları hukukunda engelli kişilerin korunması gereken bir grup sayılması anlayışının geç geliştiğini ortaya koyar. Bakınız: Kanter, a.g.e., s. 6. BM Sistemi'ndeki dokuz temel insan hakları sözleşmesi kapsamındaki ayrımcılık yasağı düzenlemeleri için bu Sözleşmelerin metinleri ve denetim mekanizmalarına ilişkin olarak Bakınız: *"The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies"* https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx (Erişim Tarihi: 29.02.2020).

[884] EHS'ye Şubat 2021 tarihi itibariyle 180 devlet ve AB Örgütü taraftır. Sözleşme'nin taraflarıyla ilgili bilgi için bakınız: https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-15.en.pdf (Erişim Tarihi: 24.02.2020).

[885] Kanter, a.g.e, s. 48.

konusunda sadece ayrımcılığı yasaklamakla sınırlı olmayan bir yükümlülükler listesi öngörmüştür. Aşağıda da görüleceği üzere, Sözleşme'nin taraf devletler için ayrımcılığı sadece yasaklamakla sınırlı olmayan, ayrıca ayrımcılığı hem önlemekle hem de ortadan kaldırmakla ilişkili olarak öngördüğü yükümlülüklerle, taraf devletleri aktif anlamda konumlandırdığı söylenebilir[886]. Sözleşme'nin 10. ve 30. maddeleri arasında da taraf devletlerin sağlamaları gereken haklar sayıldıktan sonra; taraf devletlerin EHS ile öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeleri ile EHS kapsamındaki hakları sağlamaları anlamında Sözleşme'yi nasıl uygulayacaklarına dair hususlar ile Sözleşme'nin uygulanmasının izlenmesi ve denetlenmesi için öngörülen mekanizmalara da 31. ve 50. maddeler arasında yer verilmiştir. Bu kapsamda Sözleşme'nin 34. maddesiyle taraf devletlerin Sözleşme'de öngörülen yükümlülükleri ve hakları yerine getirmelerini izlemek ve denetlemek amacıyla Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Komite'nin (EHK) kurulacağı düzenlenmiştir[887]. Sözleşme'nin 35. maddesiyle de taraf devletlerce sunulacak raporlar hakkında bir düzenlemeye yer verilmiş; Komite'nin taraf devletlerin sundukları raporları değerlendirme usulüne de, Sözleşme'nin 36. maddesinde değinilerek, böylece Komite'nin nihai gözlem raporları oluşturma yetkisine ve ayrıca Sözleşme'deki düzenlemeleri açıklayan genel tavsiye ve yorumlar hazırlama yetkisi de Sözleşme dahilinde düzenlenmiştir[888]. Komite'ye Engelli Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokol[889] ile de, kişi veya kişi gruplarının bireysel başvuru

---

[886] Çağlar, a.g.m., s. 151.

[887] Engelli Hakları Komitesi çalışmanın devamında kısaca EHK veya Komite olarak da anılacaktır. Komite'nin görev ve yetkileri ile çalışma yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: *"Committee on the Rights of Persons with Disabilities",* https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/crpdindex.aspx (Erişim Tarihi: 29.02.2020). Komite'nin 2 Eylül 2011 tarihinde üzerinde ortaklaşılan periyodik olarak güncellemeye tabi tutulacak olan çalışma yöntemleri için ayrıca Bakınız: Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *"Working methods of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities adopted at its fifth session (11-15 April 2011)"*, CRPD/C/5/4. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/5/4&Lang=en (Erişim Tarihi: 29.02.2020).

[888] Sözleşme'nin "Taraf devletlerce sunulacak raporlar" başlıklı 35. maddesine göre taraf devletler Sözleşme'ye taraf olmalarını izleyen iki yıl içinde ve daha sonra da her dört yılda bir ve ayrıca Komite'nin talep ettiği zamanlarda Komite'ye rapor sunmakla yükümlü kılınmışlardır. Sözleşme'nin 36. maddesine göre taraf devletlerin sundukları raporları inceleme yetkisine sahip olan Komite, bu incelemesi sonucunda genel tavsiye ve yorumlarda bulunabilecek; taraf devletler için nihai gözlem raporları hazırlayacaktır.

[889] BM Genel Kurulu'nun 13 Aralık 2006 tarihli ve A/RES/61/106 sayılı kararıyla kabul edilerek, 13. maddesinin ilk fıkrası uyarınca 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe giren Engellilerin Hakların İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol'ün İngilizce metni için bakınız: Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/IV_15a_english.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2020). Türkiye, çalışmanın devamında kısaca EHS'ye Ek Protokol olarak anılacak olan metni 28 Eylül 2009 tarihinde imzalamış; 3 Aralık 2014 tarih ve 6574 sayılı Kanun'la onayını uygun bulmuştur. EHS'ye Ek Protokol'ün onaylanmasını uygun bulan 26 Ocak 2015 tarih ve 2015/7230 sayılı

yolu ile gelen şikayetlerini değerlendirme[890] ve soruşturmaya dayalı denetim usulünü[891] yürütme yetkileri tanınarak, Sözleşme'nin engelli haklarına ilişkin öngördüğü koruma güçlendirilmiştir.

BM sisteminde engelli haklarına ilişkin bu Sözleşme sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının nasıl yer bulduğuna ilişkin inceleme kapsamında da öncelikli olarak Sözleşme dahilinde dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemeler incelenecek; bu incelemeyi takiben de Komite'nin ilgili düzenlemeleri açıkladığı genel yorumları ve nihai gözlem raporları çerçevesinde dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağına dair ifadelerine yer verilecektir. Bu kısmı Komite'nin kişilerin veya kişi gruplarının bireysel başvuru yolu ile gelen şikayetlerini değerlendirme ve soruşturmaya dayalı denetim usulünü yürütme yetkileri kapsamında dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağıyla ilişkili olarak ortaya koyduğu tespit ve görüşlerinin irdelenmesi izleyecek; bu anlamda EHS sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağının nasıl anlamlandığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bakanlar Kurulu kararıyla birlikte 10 Şubat 2015 tarih ve 29263 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi için bakınız: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/02/20150210-1-1.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2020). EHS'ye Ek Protokol Türkiye için 26 Nisan 2015 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Ocak 2021 tarihi itibariyle EHS'ye Ek Protokol'e 96 devlet taraftır. EHS'ye Ek Protokole taraf olan devletler hakkında bilgi için bakınız: https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-15-a.en.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2020).

[890] EHS'ye Ek Protokol'ün 1. ve 5. maddeleri arasında düzenleme bireysel başvuru usulü de CEDAW'a Ek Protokol'deki bireysel başvuru usulüne benzer bir şekilde taraf devletler için zorunlu bir usul olarak öngörülmüştür. EHS'ye Ek Protokol'ün birinci maddesinin ilk fıkrasına göre, devletler EHS'ye Ek Protokol'e taraf olmakla Komite'nin bireysel veya toplu başvuruları kabul etme ve değerlendirme yetkisini de tanımış olurlar. EHS'ye Ek Protokol'ün birinci maddesinin ilk fıkrasına göre, taraf devletlerin egemenlik yetkisine tabi bulunan kişiler ya da bu kişiler adına hareket eden kişi veya kişi gruplarının taraf devletin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiği iddiasıyla Komite'ye başvurabileceklerdir. Birinci maddenin ikinci fıkrasına göre, bu usul sadece EHS'ye Ek Protokol'e taraf olan devletlere karşı işletilebilir niteliktedir.

[891] Komite'nin soruşturma usulüne ilişkin yetkisi EHS'ye Ek Protokol'ün 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Komite'nin taraf devletin EHS'de yer verilen hakları ciddi ve sistematik bir biçimde ihlal ettiği yönünde aldığı güvenilir bir bilgi üzerine başlatacağı soruşturma usulüne ilişkin denetimi, taraf devletin buna ilişkin incelemede işbirliği yapmaya ve bununla ilgili bilgi ve gözlemlerini sunmaya davet edilmesiyle devam eder (m.6/1). Soruşturmaya dayalı denetim usulü gerekli olduğu hallerde taraf devletin ülkesine yapılacak ziyaretleri de kapsayabilir (m.6/2). Soruşturma usulüne dayalı denetimi kapsamında Komite, yaptığı araştırmayla edindiği bulguları incelemesi sonrasında, bu bulguları her türlü görüş ve tavsiyeleriyle birlikte ilgili taraf devlete iletir (m. 6/3).

2.2.2.3.1. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'de Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Kaynakları

BM sistemindeki engelli kişilerin haklarına ilişkin bu ilk sözleşmede, engellik temelli olarak ele alınan ayrımcılık yasağı ve tamamlayıcısı olan eşitlik ilkesi, Sözleşme'deki düzenlemelerin bütünü içerisinde devam eden bir tema oluşturmaktadır[892]. Bu anlamda Sözleşme'deki maddi haklarla ilgili düzenlemelerde yer verilen hakların engelli kişilere diğerleriyle eşit olarak sağlanması gerektiğine ilişkin ifadelerin yanısıra, özel olarak ayrımcılığın tanımlandığı ya da taraf devletlerin ayrımcılık yasağıyla ilişkili yükümlülüklerinin öngörüldüğü maddelerde de Sözleşme'nin ana temasını oluşturan eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağını izlemek mümkündür[893].

Sözleşme kapsamında engelliliğe dayalı olarak tanım bulan ayrımcılık yasağı, Sözleşme'nin hazırlık aşamasında üzerinde en çok tartışmanın yaşandığı düzenleme olmuştur[894]. Nihayetinde, engellilik temelli ayrımcılık Sözleşme'nin "Tanımlar" başlıklı ikinci maddesinde şöyle tanımlanmıştır:

> *"Siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ya da başka herhangi bir alanda insan hak ve özgürlüklerinin tam ve diğerleriyle eşit koşullarda tanınması, kullanılması veya bunlardan yararlanılmasını ortadan kaldırma ya da zayıflatma amacı ya da etkisine yönelik engellilik temelindeki her türlü ayrım, dışlama veya kısıtlama[895]"*

Ayrıca tanımın hemen ardından engelliliğe dayalı ayrımcılığın makul uyumlaştırmanın gerçekleştirilmemesi dahil her türlü ayrımcılığı kapsayacağı ifadesinin de tanıma eklenmesiyle, makul uyumlaştırma yapılması konusuna Sözleşme

---

[892] Quinn, 2007'den aktaran Waddington, a.g.m., 2011b, s. 436.
[893] Degener, a.g.m., s. 15.
[894] Çağlar, a.g.m., s. 152; Broderick, a.g.e., s. 95.
[895] Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisinde engelliliğe dayalı her türlü ayrım, dışlama veya kısıtlamanın, engellilerin siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanmalarını veya bunlardan yararlanmalarını *"ortadan kaldırma ya da zayıflatma amacı ve etkisine yönelik"* oluşuna dair ifade eklenmemiştir. Sözleşme'nin orijinal metnindeki düzenlemedeki bu ifadenin resmi Türkçe çeviriye eklenmemesi, etkisi itibariyle ayrımcı olan durumları yasaklayan dolaylı ayrımcılık yasağının Sözleşme'ye dahil olduğunu göstermeyi zorlaştıracağı için çalışma kapsamında bu düzenleme için Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi yerine orijinal İngilizce metninin çevirisi tercih edilmiştir.

kapsamında ayrımcılık yasağı ilkesine uymanın gerekli bir parçası olarak yer verilmiştir. Makul uyumlaştırma yapılmasına dair düzenlemenin böylece engelliliğe dayalı ayrımcılıkla ilişkili olarak ele alınmasıyla, engellilik temelinde ayrımcılık yasağının geniş bir şekilde yorumlanması imkânının da önünü açmıştır.

Sözleşme'nin "Tanımlar" başlıklı ikinci maddesinde engelliliğe dayalı ayrımcılık tanımını takiben de makul uyumlaştırmaya ilişkin tanıma yer verilmiş; buna göre de makul uyumlaştırma, engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler olarak tanımlanmıştır[896]. Böylece yapılan tanımla, makul uyumlaştırma da ilk defa ayrı ve uygulanabilir bir hak formunda bir uluslararası insan hakları sözleşmesine yansıtılabilmiştir[897]. Engelliliğe dayalı ayrımcılık ile makul uyumlaştırma tanımları sonrasında yine aynı maddede evrensel tasarım tanımına yer verilmiştir. Ürünlerin, çevrenin, programların ve hizmetlerin özel bir ek tasarıma veya düzenlemeye gerek duyulmaksızın, mümkün olduğunca herkes tarafından kullanılabilecek şekilde tasarlanması olarak tanım bulan evrensel tasarımın, ayrıca gerek duyulduğu durumlarda bazı engelli gruplarının gereksinimi olan yardımcı cihazların tasarımı zorunluluğunu da dışlamadığı belirtilmiştir. Böylece evrensel

---

[896] Makul uyumlaştırma, Sözleşme kapsamında genel bir yükümlülük olarak düzenlenen ve engellilerin haklardan ve imkânlardan diğer insanlarla eşit olarak yararlanmalarını ifade eden erişilebilirlik kavramıyla da benzerlik gösterdiği söylenebilirse de; engellilik meselesinin karmaşıklığı ve kişiye özgülüğü göz önüne alındığında erişilebilirlik yönünden alınan tüm önlemlerin dahi erişilebilirliği sağlamayıp daha ötede önlemlerin alınmasını gerektirebileceği için makul uyumlaştırmayi bireyselleştirilmiş erişilebilirlik düzenlemeleri olarak nitelemek mümkündür. Bakınız: Gül, a.g.m., 2015, s. 36.

[897] Kanter, a.g.e., s. 2-3. Engelli kişilere karşı ayrımcılık konusu, ESKHK'nin "Engelli Kişiler" başlıklı ve 9 Aralık 1994 tarihli 5 No'lu Genel Yorumu'nda da benzer bir perspektifle ele alınmıştır. Aktaran: Tobler, a.g.e., 2008, s.13. İlgili genel yorumun 15. Paragrafında engellilere karşı *de jure* ve *de facto* ayrımcılığın uzun bir geçmiş olduğundan bahsedilmiş ve engellilere karşı ayrımcılığın farklı biçimlerde gündeme gelebileceğine dikkat çekildikten sonra "engelliliğe dayalı ayrımcılık" şöyle tanımlanmıştır: "Dışlama, kısıtlama, tercih yetkisini aleyhte kullanma, engelliliği mazeret göstererek uygun barınma imkânı tanımama şeklinde ekonomik, sosyal veya kültürel hakların tanınmasına veya kullanılmasına engel olma." Tanımdan sonra "ihmal, bilgisizlik, önyargılar, yanlış varsayımların yanısıra, dışlama veya ayırma yoluyla da, engelli kişilerin diğerleriyle eşit şartlar altında ekonomik, sosyal veya kültürel hakları kullanmalarının sıklıkla" engellendiği ve engelliliğe dayalı ayrımcılığın "özellikle eğitim, iş, konut edinme, ulaşım, kültürel hayat, kamuya açık alanlar ile kamusal hizmetlere erişim alanında" görüldüğü de belirtilerek, her ne kadar makul uyumlaştırma kavramına atıfta bulunulmamışsa da, makul uyumlaştırmanın yapılmaması durumu örneklenerek bu durumun engelli kişilere karşı ayrımcılık anlamına geleceği açıkça tespit edilmiştir. Komite'nin "Engelli Kişiler" başlıklı 5 No'lu Genel Yorumu'nun (E/1995/22) Türkçe çevirisi için bakınız: Uyar, a.g.e., s. 151-165.

tasarıma da Sözleşme kapsamında ayrımcılık yasağının tamamlayıcı bir unsuru olarak yer verilmiştir[898].

Sözleşme'nin "Tanımlar" başlıklı ikinci madde düzenlemesindeki engelliliğe dayalı ayrımcılık tanımının taslak metninde, dolaylı ayrımcılık, taciz, varsayılan engellilik temelinde ayrımcılık (*discrimination based on imputed disability*), dolayısıyla ayrımcılık gibi daha önce diğer Sözleşmelerin denetim mekanizmalarınca ortaya konulmuş ayrımcılık biçimlerinin açıklamalarına da yer verilmiştir[899]. Ancak ilgili madde düzenlemesinin nihai metninde yukarıda da görüldüğü üzere, bu ayrımcılık biçimleri sayılmamış ve bu ayrımcılık biçimlerini açıklayan ifadelere de yer verilmemiş; bunun yerine, hem daha önceden varlığı tespit edilmiş ayrımcılık biçimlerini, hem de gelecekte gündeme gelebilecek diğer ayrımcılık biçimlerini karşılayacak şekilde "her türlü ayrımcılık" ifadesinin kullanılmasında karar kılınmıştır[900]. Bu kapsamda düzenleme bulan ayrımcılık tanımındaki, "her türlü ayrım, dışlama ya da kısıtlama" ifadeleri sebebiyle Sözleşme açısından doğrudan ayrımcılığın yasaklandığı açıktır, bunun yanında çalışmanın konusu olan dolaylı ayrımcılığın da bu düzenleme

---

[898] Çağlar, a.g.m., 2011, s. 152.

[899] Sözleşme'nin hazırlık açamasında Çalışma Grubu'nun oluşturduğu taslak metindeki engelliliğe dayalı ayrımcılık tanımı için bakınız: Cera, a.g.m., s.112.

[900] Sözleşme'nin hazırlık sürecine katılım gösteren AB tarafından da engelliğe dayalı ayrımcılık tanımında doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın açıkça belirtilmesi önerilmiş ancak bu öneri reddedilmiştir. Bakınız: Holler Kallehauge, "General Themes Relevant to the Implementation of the UN Disability Convention into Domestic Law: Who is Responsible for the Implementation and How Should it be Performed?", Ed. Oddny Mjöll Arnatdottir ve Gerard Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 203. Ancak sonuç olarak AB delegesi de Sözleşme'deki ilgili tanımda doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa açıkça atıf yapılmasının gereksiz olduğunu söylemiştir. Bakınız: Broderick, a.g.e., s. 95, 82. Dipnot. Sözleşmenin hazırlık sürecindeki zaman diliminde AB Hukuku kapsamında direktiflerle tanımlanmış ve yasaklanmış olan dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklayan bir Sözleşme için "yol gösterici" olabilecekken; AB'nin bu yöndeki önerisinin reddedilmesi ayrımcılıkla mücadeleye özgülenmiş diğer sözleşmelerden daha yeni tarihli olan EHS için açık bir kayıp olarak değerlendirilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., 2017, s. 213. Bazı katılımcılar doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa ismen yer verilmesini ancak bu ayrımcılık biçimlerinin tanımlanmamasını savunurken; Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'nın delegeleri iç hukuklarında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağına yer vermeyen devletleri bu kavramlar hakkında yapılan tanımların zorlayacağını belirtmişlerdir. Kanada delegesi, ayrıca, uygulamada kavramlar arasındaki farklılıkların tespitinin zor olacağı gerekçesiyle, kavramlara dair tanımların geliştirilmesinin yargıya bırakılmasının daha doğru olacağını da belirtmiştir. Bakınız: Broderick, a.g.e., s. 95. Hazırlık sürecine katılanlar, ayrımcılık yasağını doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı şeklinde ayrılarak tanımlanmamasına karar vermelerinin bir nedeni olarak da, devletlerin makul ve gerekli bir amacı takiben ve objektif olduklarını ileri sürdükleri haklı nedenlere dayanarak farklı uygulama ve düzenlemelerine meşruiyet kazandırabilecekleri yönündeki endişelerini de öne sürmüşlerdir. Bakınız: Çağlar, a.g.m., 2011, s. 152-153.

kapsamında yasaklandığını inkar etmek doğru olmayacaktır[901]. Nitekim Sözleşme'deki düzenleme kapsamında dolaylı ayrımcılığı ifade edecek şekilde etki unsuruna yapılan açık gönderme sebebiyle, her ne kadar açıkça dolaylı ayrımcılıktan bahsedilmemişse de, Sözleşme kapsamında dolaylı ayrımcılığın yasaklandığı da söylenebilir[902]. Ayrıca tanımda yer verilen "her türlü ayrım" ifadesi dolayısıyla, ilgili maddenin taslak metninde yer verilen ayrımcılık biçimlerinin tümünün Sözleşme ile yasaklandığını söylemek önünde bir engel olmadığı gibi[903]; bu doğrultuda Sözleşme'deki ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığı yorumunu yapmak mümkündür[904]. Nitekim Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında da, ikinci maddede engellilik temelindeki ayrımcılığın her türlü ayrımcılığı kapsadığı vurgusuyla tanımlanmasının, Sözleşme'de hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığın yasaklandığını açıkça ortaya koymaya yeterli olduğunu doğrulayan yorumlar da yapılmıştır[905].

Sözleşme'nin bütününde devam eden engellilik temelinde ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesine ilişkin temanın "belkemiği" sayılabilecek düzenleme olan ve Sözleşme'yi canlandıran birçok diğer ilkeyi de barındıran "Genel İlkeler" başlıklı üçüncü maddenin (b) bendinde, Sözleşme'nin "ayrımcılık yapılmaması" ilkesine dayandığı belirtilmiştir[906]. Sözleşme'nin bu düzenlemesi kapsamına da dolaylı

---

[901] Gül, a.g.m., 2015, s. 35-36; Cera, a.g.m., s. 111-112.
[902] Kanter, a.g.e., s. 48; Tobler, a.g.e., 2008, s. 13; Kallehauge, a.g.m., s. 204.
[903] Sözleşme ile doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz, varsayılan engellilik temelinde ayrımcılık, dolayısıyla ayrımcılık gibi daha önce diğer Sözleşmelerin denetim mekanizmalarınca ortaya konulmuş ayrımcılık biçimlerinin de yasaklandığını sadece Sözleşme kapsamında her türlü ayrımcılığın yasaklandığı ifadesine dayandırılarak meşrulaştırmak mümkünse de, ayrıca Sözleşme kapsamında engelli kişi tanımına yer verilmemesi de yasaklanan ayrımcılık biçimlerinin geniş yorumlanmasına yardımcı niteliktedir. Şöyle ki engelli kişi tanımının yapılmaması varsayılan engellilik temelinden ne anlaşılması gerektiği konusunu da genişleterek; taciz, varsayılan engellilik temelindeki ayrımcılık ile dolayısıyla ayrımcılık yasağının da uygulanma alanını genişletir ve engellilik temelindeki her türlü ayrımcılığa karşı koruma sağlar. Engelli kişi tanımının yapılmaması dolayısıyla Sözleşme'nin varsayılan engellilik temelinde ayrımcılık ve dolayısıyla ayrımcılık yasağının uygulama alanının geniş olduğuna ilişkin örnekler için bakınız: Cera, a.g.m., s. 112-113.
[904] Bu doğrultuda Sözleşme'nin ilgili düzenlemesinin resmi Türkçe çevirisi temel alınsa dahi, Sözleşme'deki ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Engelliliğe dayalı ayrımcılıkla ilgili tanımın resmi Türkçe çevirisindeki ve orijinal İngilizce metnindeki farklılıklar için yukarıda 895. Dipnotta yapılan açıklamalara bakınız.
[905] Dördüncü Oturum'un Koordinatörü Yeni Zelanda Büyükelçisi Don May de, başlı başına "ayrımcılık" ifadesine yapılan bir göndermenin hukuki yorum gereğince en geniş biçimde yorumlanması gerektiğini; bu sebeple de Sözleşme'de doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklar şekilde anlaşılması gerektiğinin açık olduğunu belirtmiştir. Bakınız: Broderick, a.g.e., s. 96.
[906] Sözleşme'nin "Genel İlkeler" başlıklı üçüncü maddesinin, ayrıca değişim yönünde ahlaki bir pusula olarak da nitelendirilmesi mümkündür. Gerard Quinn, 2007'den aktaran Waddington, a.g.m., 2011b, s. 436.

ayrımcılık yasağının dahil edilmesi mümkün olup; ayrıca aynı düzenlemenin diğer bentlerinde yer verilen ilkelerin de dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkisini kurmak mümkündür. Bu anlamda üçüncü madde düzenlemesinin (a) bendinde "kişilerin kendi seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıklarını kapsayacak şekilde, insanlık onuru veya bireysel özerkliklerine saygı gösterilmesi", (c) bendinde "engellilerin topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanması", (d) bendinde "farklılıklara saygı gösterilmesi ve engellilerin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olarak kabul edilmesi", (e) bendinde "fırsat eşitliği", (f) bendinde "erişebilirlik" olarak ifade edilen ilkelerin şekli eşitliği sağlamaya yönelik oldukları kadar, maddi eşitliği sağlamaya yönelik de oldukları kabul edilebileceği için; bu ilkelerin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasağını karşıladığını söylemek mümkündür. Düzenlemenin (g) bendinde "kadın-erkek eşitliği" ilkesine ve (h) bendinde de "engelli çocukların gelişim kapasitesine ve kendi kimliklerini koruyabilme haklarına saygı duyulması" ilkesine de yer verilmesiyle söz konusu kapsamdaki ayrımcılık yasağının şüpheli temelleri de, ayrımcılığın kesişimsel niteliği de dikkate alınarak açıkça genişletilmiştir.

Sözleşme'de ayrımcılık yasağına yer verilen bir başka düzenleme olan "Genel Yükümlülükler" başlıklı dördüncü maddede de ilk olarak taraf devletlerin engelliliğe dayalı herhangi bir ayrımcılığa izin vermeksizin tüm engellilerin haklarını ve temel özgürlüklerini eksiksiz olarak sağlamaları ve engellilerin hak ve özgürlüklerini güçlendirmekle yükümlü oldukları belirtilmiş ve taraf devletlerin bu yükümlülüğü yerine getirmeye ilişkin amaçları doğrultusunda uymaları ve yapmaları gerekenler sayılmıştır. Bu kapsamda sayılan her yükümlülüğün ayrımcılık yasağıyla ulaşılmak istenen amaçla ilişkisi kurulabilirse de, özellikle taraf devletlerin ülkelerinde geçerli olan mevcut yasalardan, düzenlemelerden, geleneklerden ve uygulamalardan engelli kişiler için ayrımcı olanları değiştirmek ve ortadan kaldırmak adına yasama faaliyetleri de dahil olmak üzere tüm uygun tedbirleri almak şeklindeki yükümlerinin ayrımcılık yasağı için önemi öne çıkmaktadır. Şöyle ki yürürlükteki ayrımcı nitelikli yasaların, düzenlemelerin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılmasını öngören bu düzenlemeyle hem daha açık ve ispatı kolay doğrudan ayrımcılığın, hem de anlaşılması ve ispatı nispeten daha zor olan dolaylı ayrımcılığın, ilgili yasa ve düzenlemelerin uygulanmasından evvel muhtemel etkileri göz önüne alınarak değiştirilmesi suretiyle önüne geçilebilmesi imkânı için umut vericidir. Ayrıca düzenlemede ayrımcı nitelikli

gelenek ve uygulamaların da değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına yer verilmesi de, özellikle dolaylı ayrımcı olabilecek yerleşik algı, anlayış ve süregelen uygulamalarla da mücadele imkânını sağlar niteliktedir. Bu anlamda söz konusu yükümlülüğün, doğrudan ayrımcılık yasağının olduğu kadar dolaylı ayrımcılık yasağının da alanına girdiğini söylemek mümkündür.

Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesiyle de ayrımcılık yasağına, ayrımcılığa uğramama hakkı ve eşitlik hakkı bağlamında yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle ayrımcılık yasağı taraf devletlerin uymaları gereken bir ilke olmaktan çok engelli kişilerin talep edebilecekleri bir "hak" olarak düzenlenmiştir[907]. Ayrımcılığa uğramama hakkı olarak adlandırabileceğimiz bu hak kapsamında ilgili düzenlemenin içeriği doğrultusunda, engelli kişilerin taraf devletlerden şunları talep edebileceği söylenebilir:

> *1.Hukuk önünde ve karşısında eşitlik ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuk tarafından eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma (m.5/1),*
>
> *2.Engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanması ve engelli kişilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasının güvence altına alınması (m.5/2),*
>
> *3.Eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına engelli kişilere yönelik makul uyumlaştırmanınyapılması için gerekli tüm adımların atılması (m.5/3),*
>
> *4.Engelli kişilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirlerin alınmasının ayrımcılık olarak değerlendirilmemesi (m.5/4).*

Bu kapsamda düzenleme bulan Sözleşmenin beşinci maddesinin farklı eşitlik anlayışlarını barındırdığı ve bu anlamda farklı ayrımcılık biçimlerine karşı da koruma sağladığı söylenebilir. Örneğin ilk fıkrada işaret edilen hukuk önünde ve karşısında eşitlik hükmünün şekli eşitlik anlayışıyla ilişkisini kurmak mümkünken; ikinci fıkrasında engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanarak engelli kişilerin ayrımcılığa karşı tam ve etkin bir şekilde korunmasının öngörüldüğü düzenlemenin de maddi eşitlik anlayışıyla ilişkisini kurmak mümkündür[908]. Diğer fıkralarda yer verilen

---

[907] Çağlar, a.g.m., 2011, s. 153; Degener, a.g.m., s. 15.
[908] Waddington, a.g.m., 2011b, s. 436.

hükümlerin de hem şekli, hem de maddi eşitlik anlayışı kapsamında ele alınabileceği de açıktır. Bu açıdan Sözleşme'nin ilgili düzenlemesi doğrultusunda ayrımcılığa uğramama hakkı kapsamındaki yukarıda sayılan talepler ya da yan haklar incelendiğinde de; bu talep ya da yan hakların da doğrudan ayrımcılık yanında dolaylı ayrımcılığa karşı da koruyucu olduğunu görülebilir. Bu tespit çıkarılan tüm talep ya da haklar için söylenebilecekse de, özellikle makul uyumlaştırma ya da fiili eşitliğin sağlanması için alınması gereken özel önlemlere işaret edilen kısımların dolaylı ayrımcılıkla ilişkisi oldukça açıktır. Başka bir ifadeyle, bu talep ya da haklar esasen engelli kişilerin diğer kişilerle şekli anlamdakinin ötesinde maddi ya da gerçek anlamda eşitliğini sağlamakla ilişkili olduğu için bu talep ya da haklarla dolaylı ayrımcılığın önlenmesi ya da ortadan kaldırılmasının hedeflendiği söylenebilir.

Sözleşme'nin altıncı maddesindeki "Engelli Kadınlar" başlıklı[909] ve yedinci maddesindeki "Engelli Çocuklar" başlıklı düzenlemeleri bağlamında da, engelli kadınların ya da engelli çocukların dezavantajlı durumunun göz önünde bulundurulması suretiyle taraf devletlerin alması gereken tedbirler ele alınmıştır. Bu kapsamda Sözleşme, kadınların ve kız çocuklarının karşı karşıya kaldıkları çoklu ayrımcılıklara da işaret ederek, çoklu ayrımcılık konusunun ilk kez bir BM insan hakları sözleşmesinde düzenlenme bulmasını sağlamıştır[910]. Toplumdaki iki dezavantajlı gruba böylece yer veren Sözleşme "Bilinçlendirme" başlıklı sekizinci maddesiyle de taraf devletlerin engelliliğe ve engelli kişilere yönelik olumsuz yöndeki algılarla mücadeleye dair yükümlülüklerine yer vermiştir. Bu kapsamda ilgili madde düzenlemesinin ilk fıkrasında aile de dahil olmak üzere toplumun her kesiminde engelli kişilere dair bilinci artırmak ve engelli kişilerin hakları ve onurlarına saygı duyulmasını teşvik etmek; yaşamın her alanında engelli kişilere ilişkin klişeler, önyargılar ve incitici uygulamalarla ve engelliliğe ek olarak cinsiyet ve yaş temelli ayrımcı davranışlarla mücadele etmek ile engelli kişilerin [topluma yönelik] kapasiteleri ve katkılarına dair bilinç yaratmak şeklinde belirtilen yükümlülüklerle bir anlamda da, engellilik temelli ayrımcılığın

[909] Sözleşme'nin altıncı maddesi düzenlemesi de bir ayrımcılığa uğramama hakkı düzenlemesi olarak nitelendirilmiştir. Bakınız: Degener, a.g.m., s. 15.
[910] Durmuş, a.g.t., s. 63.

yapısal niteliğine dikkat çekilmiştir[911]. Böylece taraf devletler için öngörülen bu bilinç yükseltme amaçlı yükümlülüklerin, esasen yapısal ayrımcılıkla mücadeleye yönelik bir araç sayılan dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin yükümlülükler olduğunu da söylemek yanlış olmaz.

EHS kapsamında yukarıda belirtilenler haricinde de ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemeler mevcuttur. Sözleşme'nin 10. ve 30. maddeleri arasında yer verilen kişisel, siyasal, ekonomik, kültürel ve sosyal haklar ile ilgili düzenlemeler de, engelli kişilerin bağımsız ve diğer kişilerle eşit koşullarda hayatın içinde yer almalarına yönelik olup; bu doğrultuda ilgili düzenlemelerle engelli kişilerin öngörülen haklardan hiçbir ayrımcılığa uğramaksızın yararlanmalarının hedeflendiği söylenebilir[912]. Bu düzenlemelerin doğrudan ayrımcılık yasağıyla olduğu kadar dolaylı ayrımcılık yasağıyla da ilişkilendirilmesi önünde de bir engel yoktur. Dolayısıyla, bu düzenlemelerin de ilgili haklardan yararlanma konusunda hem doğrudan ayrımcılık yasağına uğramama hem de dolaylı ayrımcılık yasağına uğramama hakları bağlamında taleplerde bulunmayı sağlayacağını söylemek de yanlış olmayacaktır.

EHK da genel yorumları çerçevesinde Sözleşme'yle öngörülen ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağını da içerdiğini onaylayan ifadeler kullanmış; ayrıca

---

[911] Bu anlamda, Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin yedinci maddesi ile CEDAW'ın beşinci maddesindeki düzenlemeyle benzerlik gösteren bu düzenlemeyle öngörülen yükümlülüklerin de yine taraf devletleri "toplum mühendisliği" işlevine dahil ettiği söylebilir. İlgili görüş için bakınız: Tobler, a.g.e., 2008, s. 15. Diğer iki Sözleşme'nin ilgili düzenlemeleriyle karşılaştırma yapmak için sırasıyla *"2.2.2.1.1. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'de Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı ile *"2.2.2.2.1. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'de Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[912] Sözleşme'de düzenlenen ilgili haklar şunlardır: Yaşama hakkı (Madde 10); Risk Durumları veya İnsani Bakımdan Acil Durumlar (Madde 11); Yasa Önünde Eşit Tanınma (Madde 12); Adalete Erişim (Madde 13); Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği (Madde 14); İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muameleye veya Cezaya Maruz Kalmama (Madde 15); Sömürü, Şiddet veya İstismara Maruz Kalmama (Madde 16); Kişisel Bütünlüğün Korunması (Madde 17); Seyahat Özgürlüğü ve Uyrukluk (Madde 18); Bağımsız Yaşayabilme ve Topluma Dahil Olma (Madde 19); Kişisel Hareketlilik (Madde 20); Düşünce ve İfade Özgürlüğü ile Bilgiye Erişim (Madde 21); Özel Hayata Saygı (Madde 22); Konut ve Aile Hayatına Saygı (Madde 23); Eğitim Hakkı (Madde 24); Sağlık Hakkı (Madde 25); Habilitasyon ve Rehabilitasyon (Madde 26); Çalışma Hakkı (Madde 27); Yeterli Yaşam Standardı ve Sosyal Korunma (Madde 28); Siyasal ve Toplumsal Yaşama Katılım (Madde 29); Kültürel Yaşama, Dinlenme, Boş Zaman Aktiviteleri ve Spor Faaliyetlerine Katılım (Madde 30).

genel yorumlarında Sözleşme'yle öngörülen engelli kişilere karşı ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılığı da kapsadığını açıkça belirtmiştir.

Komite, genel yorumlarının bazılarında Sözleşme'nin "Tanımlar" başlıklı ikinci maddesinden alıntıyla ayrımcılığın hem amaç hem de etki itibariyle gündeme gelebileceğini belirtmek suretiyle, Sözleşme kapsamında yasaklanan ayrımcılığın hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı içerdiğini ortaya koymuştur[913]. Ayrıca Komite bazı genel yorumlarında, yine etki unsuruna atıfla, engelliler nezdinde ortaya çıkan orantısız etki itibariyle de ayrımcılığın gündeme geleceğine dikkat çeken tespitlerde de bulunmuştur.[914]

---

[913] Komite'nin Sözleşme'nin "Tanımlar" başlıklı ikinci maddesine göndermede bulunduğu ifadeleri için bakınız: EHK, *Genel Yorum No. 1, Madde 12: Yasa Önünde Eşit Tanınma,* 11 Oturum (2014), Para. 25, 2. Dipnot; Çalışma kapsamında, EHK'nin 1 No'lu Genel Yorumu'nun ESHİD'in izleyen linkteki çevirileri arasında yer verilen Türkçe çevirisinden, İngilizce orijinal metinle karşılaştırmalı olarak yararlanılmıştır. ESHİD'in yayınladığı Türkçe'ye çevrilmiş metinlerin bütünü içinde yer alan EHK'nin 1 No'lu Genel Yorumu için bakınız: ESHİD, *"Çevirilerimiz"*, https://www.esithaklar.org/yayinlar/ (Erişim Tarihi: 09.03.2020). Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), *General Recommendation No. 1, Article 12: Equal recognition before law,* Eleventh Session (2014), https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement (Erişim Tarihi: 09.03.2020); EHK, *Genel Yorum No. 3: Engelli Kadınlar ve Kız Çocukları,* (2016), Para. 14. İlgili Genel Yorum'un ESHİD'in 01.02.2018 tarihinde yayınladığı Türkçe çevirisi için bakınız: *"Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi Genel Yorum No. 3: Engelli Kadınlar ve Kız Çocukları"* (2016), Para. 19. https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2018/02/BM-Genel-Yorum-No.3-Engelli-Kadınlar-ve-Kız-Çocukları.pdf (Erişim Tarihi: 13.03.2020); EHK, *Genel Yorum No. 6, Madde 5: Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik,* 19. Oturum (2018), Para. 17. Çalışma kapsamında, EHK'nin 6 No'lu Genel Yorumu'nun ESHİD'in 13.08.2018 tarihinde yayınladığı Türkçe çevirisinden, metnin İngilizce orijinaliyle karşılaştırmalı olarak yararlanılmıştır. EHK'nin 6 No'lu Genel Yorumu'nun Adem Yeşilyurt'un katkısıyla yapılan Türkçe çevirisi için bakınız: *Genel Yorum No. 6: Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik Hakkında"*, https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2018/08/Ayrımcılık-Yapılmaması-ve-Eşitlik-Hakkında-Genel-Yorum-BM-No.6.pdf (Erişim Tarihi: 12.03.2020). Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), *General Recommendation No. 6, Article 5: Equality and non-discrimination,* Nineteenth Session (2018), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en (Erişim Tarihi: 12.03.2020).

[914] Komite, kapsayıcı eğitim hakkı konulu 4 No'lu Genel Yorumu'nda, silahlı çatışma, insani acil durumlar ve doğal afetlerin, kapsayıcı eğitim hakkı özelinde orantısız etkiye sahip olduğunu belirtmiştir. Çalışma kapsamında Komite'nin 4 No'lu Genel Yorumu için, metnin Türkçe çevirisi ve İngilizce orijinal metninden karşılaştırmalı olarak yararlanılmıştır. EHK'nin 4 No'lu Genel Yorumu'nun İdil Gençosmanoğlu'nun katkısıyla yapılan ve ESHİD tarafından 20.11.2017 tarihinde yayınlanan Türkçe çevirisi için bakınız: ESHİD, *"Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi Genel Yorum No. 4: İçermeci Eğitim Hakkı üzerine"*, https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2017/11/İçermeci-Eğitim-Hakkı-BM-No.-4.output.pdf (Erişim Tarihi: 12.03.2020). Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), *General Recommendation No. 6, on the right to inclusive education,* (2016), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/4&Lang=en (Erişim Tarihi: 12.03.2020); Komite, 7 No'lu Genel Yorumu'nda engellilerin haklarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyebilecek olan yasal, idari ve diğer tedbirleri kapsayan engellilere

Komite ilk genel yorumunda da, etki itibariyle de ayrımcılık yasağına aykırılığın doğabileceğini hukuki ehliyetin reddi konusuyla ilişkili olarak açıklamıştır. Komite, Sözleşme'nin "Yasa önünde eşit tanınma" başlıklı 12. maddesine dair bu ilk Genel Yorumu'nu, taraf devletlerin sunduğu raporları incelemesi sonrasında, taraf devletlerin vekaleten karar verme paradigmasından destekli karar verme mekanizmasına geçişi yansıtan insan hakları temelli engellilik modelini tam olarak anlamadıkları sonucuna varması üzerine hazırlamıştır. Komite bu çerçevede engelli kişilerin hukuki ehliyeti konusunu eşitlikle ilişkili olarak açıklamasının yanısıra; taraf devletlerin konuyla ilgili yükümlülüklerini de ortaya koymuştur.

Komite, bu ilk Genel Yorumu'nda öncelikle Sözleşme'nin "Yasa önünde eşit tanınma" başlıklı 12. maddesinin Sözleşme'nin genel ilkeleri düzenleyen üçüncü maddesindeki ilkelere dayanılarak uygulanması gerektiğini hatırlatmıştır (Para. 3 ve 4). Bu bağlamda, hukuki ehliyet konusuyla ilişkili olarak hukuki kapasitenin tanınması ile vekaleten karar verme mekanizmalarıyla ilgili düzenlemeleri ele alan Komite; ilgili düzenlemelerin, özellikle bilişsel ya da psikososyal yeti yitimleri de dahil olmak üzere bir yeti yitimi ya da engeli olan kişileri diğer kişilere göre orantısız biçimde etkilediklerini ve herhangi bir hakkın ya da hukuki ehliyetin kişilerin yeti yitimi gerekçe gösterilerek reddedilemeyeceğini söylemiştir. Komite, taraf devletlerin engelli kişilere diğerleriyle eşit koşullarda ve tam olarak hukuki ehliyetin verilmesini sağlamak üzere, amacı ya da etkisi itibariyle Sözleşme'nin 12. maddesine aykırı olan tüm uygulamaları ortadan kaldırmaları gerektiğini belirtmiştir (Para.9). Komite, bu anlamda etki unsuruna da göndermede bulunmak suretiyle bu uygulamaların sadece ayrımcı kasta dayalı olarak gündeme gelmesi haliyle sınırlı olarak ayrımcı sayılmasının önüne geçmiştir. Komite, ayrıca engellilik veya karar verme becerileriyle ilgili olmaksızın herkese doğuştan sahip olduğu "evrensel hukuki ehliyeti" tam anlamıyla sağlamak için, taraf devletlerin amacı

---

ilişkin karar alma süreçleri konusunda, ilgili tedbirlerin engelliler nezdinde gündeme getirebileceği orantısız etkiye dikkat çekmiştir. İlgili Genel Yorum'un ESHİD'in 31.12.2018 tarihinde yayınladığı, Alara Sert ve Adem Yeşilyurt'un katkılarıyla yapılan Türkçe çevirisi için bakınız: *"Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi Genel Yorum No. 7: Engelli Çocuklar da dahil olmak üzere engellilerin temsilci örgütleri aracılığıyla Sözleşme'nin uygulanması ve izlenmesine katılımı hakkında,* Yirminci Oturum (2018), Para. 19. https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2018/10/General-Comment-7_%C3%A7eviri_finalversion.pdf (Erişim Tarihi: 13.03.2020).

ya da etkisi itibariyle engellilik temelinde ayrımcı olan hukuki ehliyetin reddi uygulamalarına son vermeleri gereğine de değinmiştir (Para. 25). Komite bu yöndeki uyarılarına ek olarak da, Sözleşme'nin beşinci maddesiyle düzenlenen engelli kişilerin ayrımcılığa uğramama hakkı ile 12. maddedeki yasa önünde eşitlik haklarını birlikte değerlendirerek de, engelli kişilerin ve diğer kişilerin hukuki ehliyetlerinin reddi koşullarının aynı olması gerektiğine de dikkat çekerek; hukuki ehliyetin reddinin toplumsal cinsiyet, ırk veya engellilik temeline dayalı olarak ya da kişilere farklı muamele yapılması amacını ya da etkisini doğuracak şekilde gerçekleştirilemeyeceğini belirtmiştir (Para. 32). Böylece ayrımcı amaç taşımayan bir düzenlemenin ya da uygulamanın da engelli kişiler için yasa önünde eşit tanınma hakları bağlamında ayrımcı etki yaratması halinde de Sözleşme'nin 12. maddesine aykırılığın doğacağının belirtmek suretiyle Komite'nin, 12. madde bakımından hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasağının söz konusu olduğunu da ortaya koyan bir tespit geliştirildiğini söylemek mümkündür.

Komite'nin genel yorumlarında taraf devletlerin maddi eşitliği sağlama konusundaki yükümlülüklerine işaret ettiği tespitlerini de, dolaylı ayrımcılığı önleme amaçlı olarak yorumlamak mümkündür. Komite, "Erişilebilirlik" başlıklı 2 No'lu Genel Yorumu'nda, uluslararası hukukta eşitlik kavramının değişen niteliğine de dikkat çekmek suretiyle, şekli eşitlik anlayışından maddi eşitlik anlayışına geçişin taraf devletlerin yükümlülüklerine de sirayet ettiğini söylemiş; taraf devletlerin engellilerin erişim hakkını sağlama yönündeki yükümlülüklerini de maddi eşitlik anlayışının gereği olarak yorumlamıştır (Para. 14). Komite'nin erişime izin verilmemesinin yasaklanan bir ayrımcılık biçimi olduğunu da eklediği (para. 29) bu tespitlerini, bir anlamda, taraf devletlerin erişilebilirliği ya da erişim hakkını sağlamamaları halinde gündeme gelebilecek bir ayrımcılık biçimi olan dolaylı ayrımcılığı önleme konusuyla ilişkilendirmek yanlış olmayacaktır[915].

[915] Çalışma kapsamında Komite'nin 2 No'lu Genel Yorumu için, metnin Türkçe çevirisi ve İngilizce orijinal metninden karşılaştırmalı olarak yararlanılmıştır. EHK'nin 2 No'lu Genel Yorumu'nun ESHİD tarafından 03.10.2017 tarihinde yayınlanan Türkçe çevirisi için bakınız: ESHİD, *"Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi Genel Yorum No. 2, Madde 9: Erişilebilirlik"* 11. Oturum (2014) https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2017/10/Eri%C5%9Filebilirlik-BM-No.-2.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2020). Metnin İngilizce orijinali için bakınız: United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), *General Recommendation No. 9, Article 9: Accessibility,*

Komite'nin dolaylı ayrımcılık biçiminde gündeme gelebilecek ayrımcılığı önlemek üzere taraf devletlerin yükümlülüklerine işaret ettiği başka bir genel yorumu da, engelli kadınlara ve kız çocuklarına karşı ayrımcılığı açıkladığı 3 No'lu Genel Yorumu olup; Komite bu Genel Yorumu kapsamında da ilk kez dolaylı ayrımcılık yasağını açıkça kullanmış ve tanımlamıştır. Bu çerçevede, engelli kadınlara ve kız çocuklarına karşı ayrımcılığın, dolaylı ayrımcılık da dahil olmak üzere birçok ayrımcılık biçimiyle ortaya çıkabileceğini belirten Komite, dolaylı ayrımcılığı, ESKHK'nın 2009 tarihli ve "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık" başlıklı 20 No'lu Genel Yorumu'ndaki dolaylı ayrımcılık tanımından hareketle, görünüşte tarafsız olan yasaların, politikaların ya da uygulamaların, engelli bir kişi için fazlasıyla olumsuz etki yaratması halinin gündeme getirdiği bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır. Komite, tarafsız görünen sağlık kurumlarının uygun jinekolojik muayene masası sağlamamalarının dolaylı ayrımcı olabileceğine ilişkin verdiği örnekle de bu ayrımcılık biçimini belirginleştirmiştir[916].

Dolaylı ayrımcılık yasağı, Komite'nin genel yorumları arasında en geniş şekilde ise, "Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik" konulu 6 No'lu Genel Yorum kapsamında açıklama bulmuştur. Komite, Sözleşme'nin beşinci maddesinde Taraf devletler'in ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili olarak öngörülmüş yükümlülüklerini açıklamak üzere hazırladığını belirttiği (Para. 1) bu Genel Yorum'unda, öncelikle engellilik kavramına tıbbi model yerine, insan hakları modeliyle yaklaşmanın eşitlik ilkesinin gereği olduğunu belirterek, yaklaşımını hangi modelden temellendirdiğini ortaya koymuştur[917]. Sözleşme'nin fırsat eşitliği, şekli eşitlik ve maddi eşitlik anlayışlarını

Eleventh Session (2014), https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/13/PDF/G1403313.pdf?OpenElement (Erişim Tarihi: 14.03.2020).

[916] EHK, *Genel Yorum No. 3: Engelli Kadınlar ve Kız Çocukları,* (2016), Para. 17. b. ESKHK'nın "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık" başlıklı 20 No'lu Genel Yorumu'ndaki dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin açıklamaları için yukarıda *"2.2.1.2.1. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altındaki incelemeye bakınız.

[917] Komite, insan hakları modeli bağlamında, engelliliğin toplumsal bir inşa olarak kabul edildiğini, sakatlıkların birbirine bağımlı, birbiriyle ilişkili ve bölünemez nitelikteki insan haklarının tanınması veya kısıtlanması için meşru bir temel olarak alınamayacağını vurgulayarak; bu anlamda bireysel bir olgu olarak da görülemeyecek olan engelliliğin yasalar ve politikalar kapsamında bireylerin çeşitliliğinin hesaba katılarak düzenlenmesi gerektiğini söyler (Para. 8 ve 9).

içeren bir eşitlik anlayışına sahip olduğunu belirten Komite, bu eşitlik anlayışlarının birbiriyle ilişkisini ve niteliklerini de kısaca açıklamıştır. Bu kapsamda Komite Sözleşme'nin üçüncü maddesinde bir genel ilke olarak düzenlenen fırsat eşitliğinin esasen şekli eşitlik anlayışından maddi eşitlik anlayışına geçişi yansıttığını belirtmiş ve ilgili eşitlik anlayışları bağlamında öngörülen ayrımcılık yasağı alanlarının da benzer şekilde değişip genişlediğini gösteren açıklamalarda bulunmuştur. Bu anlamda Komite'ye göre şekli eşitlik anlayışından maddi eşitlik anlayışına geçiş, esasen benzer durumdaki kişilere benzer şekilde davranılmasını talep eden doğrudan ayrımcılık yasağıyla sınırlı olmayan bir ayrımcılık yasağına geçişi sağlamıştır. Kişiler arasındaki farklılıkların hem olumsuz bir sonuca yol açmayacak biçimde önemsenmemesi, öte yandan da olumlu sonuçlar adına dikkate alınması gerekmesi şeklinde ifade edilebilecek olan "farklılıklar ikilemi" sebebiyle, kişiler arasındaki farklılıkları anlamlandırmanın önemine değinen Komite, şekli eşitlik anlayışının kişiler arasındaki farklılıkları anlamlandırmaya yeterli olmadığını, maddi eşitlik anlayışının ise kişiler arası farklılıklara çözüm olabileceğini söylemiştir. Bu doğrultuda kişiler arası farklılıkları dikkate alan maddi eşitlik anlayışı gereğince yapısal ayrımcılığın ve dolaylı ayrımcılığın da ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirileceğini söyleyen Komite, ayrıca bu eşitlik anlayışının iktidar ilişkilerini de sorunsallaştırarak, ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirmeye açacağını belirtmiştir (Para.10). Bu tespitler sonrasında Sözleşme'nin "Kapsayıcı Eşitlik" şeklinde yeni bir eşitlik anlayışı geliştirdiğini belirten Komite, bu eşitlik anlayışı dahilinde esasen maddi eşitlik anlayışının benimsenmesiyle birlikte, eşitliğe atfedilen anlamın da Sözleşme dahilinde genişletilip detaylandığını ortaya koymuş ve sonrasında da Sözleşme'nin dayandığı kapsayıcı eşitlik anlayışının mevcut [maddi] eşitlik anlayışına şu boyutları eklediğini tespit etmiştir:

> *(a) Sosyoekonomik dezavantajları ele almak için adil bir yeniden dağıtım boyutu,*
>
> *(b) damgalanma, klişe, önyargı ve şiddete karşı mücadele etme ile insan onurunu ve bunların kesişimselliğini tanıma boyutu,*
>
> *(c) toplumsal grupların üyeleri olarak insanların toplumsal doğalarını yeniden teyit etmek ve insanlığın topluma dahil edilerek tam olarak tanınmasını benimseyen katılımcı bir boyut,*
>
> *(d) insan onuru meselesi olarak farklılık için alan yaratmak üzere bir düzenleme boyutu (Para. 11).*

Sözleşme'nin benimsediği eşitlik anlayışının dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığını böylece ortaya koyması sonrasında Komite, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin hukuki niteliğini tespit etmeye geçerek; bu bağlamda da ayrımcılık yasağını ve eşitlik ilkesinin bir hak ile bir ilke olduğunu ve bu hak ile ilkenin taraf devletlerce Sözleşme'deki tüm düzenlemeleri kapsayacak şekilde dikkate alınması gerektiğini söylemiştir. Bu anlamda Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin bağımsız ve özerk bir hak içerdiğini onaylayan Komite; ilgili hakkı sağlamak üzere hem kamu kurum ve kuruluşlarının hem de özel kişilerin *de jure* ve *de facto* ayrımcılık yasağına uymaları gerektiğini belirtmiştir[918]. Komite, böylece Sözleşme'deki haklarla sınırlı olmayan, genel ve bağımsız nitelikli olduğunu söylediği ayrımcılık yasağı bağlamında *de jure* ayrımcılık yanında *de facto* ayrımcılık yasağını da gündeme getirmek suretiyle, Sözleşme'yi onaylamanın devletlere genel anlamda doğrudan ayrımcılık yanında dolaylı ayrımcılık yasağına da riayet etme yükümlülüğünü getirdiğini ortaya koymuştur[919].

Komite, Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin normatif içeriğini açıklaması sırasında da Sözleşme'nin dolaylı ayrımcılık yasağını içerdiği hususunu doğrulamıştır. Komite, beşinci maddenin ilk fıkrasıyla ilgili olarak, hukuk önünde eşitliğin çoğu uluslararası sözleşmede de belirtildiği üzere hukukun uygulanmasında eşit muamele görme hakkını ifade ettiğini; hukuk karşısında

---

[918] Komite'ye göre özel sektörün *de jure* ve *de facto* ayrımcılık yasağına uyma yükümlülüğü Sözleşme'nin beşinci maddesinin, taraf devletler için "kişiler, örgütler veya özel teşebbüslerin engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarını engellemek için gerekli tüm uygun tedbirleri alma" yükümlülüğünü düzenleyen dördüncü maddesinin (e) bendiyle birlikte değerlendirilmesinin bir sonucudur (Para. 13). Komite, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen başvurularda da Sözleşme'nin beşinci maddesinin Sözleşme'deki diğer haklardan bağımsız ve özerk bir hak içerdiğini ortaya koyan tespitlerde bulunmuştur. Komite, örnek olarak *J. H. v. Avustralya* ve *Marlon James Noble v. Avustralya* başvurularında taraf devletlerin, sadece Sözleşme'nin beşinci maddesindeki yükümlülüklerine uymamak suretiyle Sözleşme'yi ihlal ettikleri sonucuna varmıştır. Komite bireysel başvuruları değerlendirirken de Sözleşme'nin beşinci maddesinin hem başlı başına hem de Sözleşme'deki diğer haklarla bağlantılı olarak ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Komite, bu doğrultuda örneğin *Iuliia Domina ve Max Bendtsen v. Danimarka* başvurusunda, taraf devletin Sözleşme'nin beşinci maddesini hem başlı başına hem de Sözleşme'nin "Konut ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 23. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Komite'nin dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili değerlendirmelerinin tümü için aşağıda *"2.2.2.3.2. Engelli Hakları Komitesi'nin Dolaylı Ayrımcılık Yasağına İlişkin Değerlendirmeleri"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[919] Komite, Sözleşme'nin beşinci maddesindeki düzenlemeyi açıklarken, BM sistemindeki başka bir Sözleşme metnindeki haklarla sınırlı olayan, genel ve bağımsız nitelikli düzenleme örneği olarak BM KSHS'nin 26. maddesini örnek göstermiştir (Para.12 ve 13). BM KSHS'nin ilgili maddesine ilişkin yapılan açıklamalar için yukarıda *"2.2.1.1. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

eşitliğin ise EHS'ye özgü bir kavram olarak kişilerin hukuki ilişkilerde bulunma imkânını ifade ettiğini söylemiştir (Para. 14). Komite'nin beşinci maddenin ilk fıkrasında şekli eşitlik anlayışının hakim olduğunu gösteren bu yorumları sonrasında, Komite'nin bizzat kendisi de ilgili madde dahilinde farklı eşitlik anlayışlarının bulunduğunu belirtmiştir. Komite, beşinci maddenin ikinci fıkrasıyla ilgili olarak hukuken eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma ifadelerinin, taraf devletler için farklı ayrımcılık yasağı ve eşitlik anlayışları dahilinde farklı yükümlülükler öngördüğünü söylemiştir. Komite, taraf devletlerin hukuken eşit korumayı sağlamak üzere, engelli kişilere karşı ayrımcılık yapmaktan ve ayrımcılığı sürdürmekten kaçınması gerektiğini, hukuktan eşit yararlanma konusunda ise taraf devletlerin fırsat eşitliği anlayışı dahilinde, engelli kişilerin hukukun sunduğu tüm korumalara ve haklara erişimini sağlamak üzere hukuka ve adalete eşit erişimden faydalanmaları önündeki engelleri kaldırmaları gerektiğini belirtmiştir (Para. 16). Komite'nin, daha önce de Sözleşme'nin benimsediğini açıkladığı kapsayıcı eşitlik anlayışını da yansıtır şekilde yaptığı bu tespitleriyle, taraf devletlerin hukuken eşit korumayı sağlarken şekli eşitlik; hukuktan eşit yararlanma konusunda ise maddi eşitlik anlayışları dahilindeki yükümlülüklerini dile getirdiği yorumunu yapmak mümkündür. Bu yorum da ilgili düzenleme dahilinde sadece doğrudan ayrımcılıkla sınırlı olmayan dolaylı ayrımcılığı da kapsayan bir ayrımcılık yasağının söz konusu olduğunu gösterir[920].

Komite, yine Sözleşme'nin beşinci maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki taraf devletlerin her türlü ayrımcılığın yasaklanmasıyla ve bu doğrultudaki eşit ve etkin yasal korunma hakkında yaptığı tespitlerle, taraf devletlerin "her türlü ayrımcılığı" yasaklama yükümlülüğünün tüm ayrımcılık biçimlerini yasaklamaya ilişkin olduğunu söylemiştir. Komite, uluslarası insan hakları uygulamasını da dikkate alarak Sözleşme'nin bu düzenlemesindeki "her türlü ayrımcılık" ifadesinin doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, makul uyumlaştırmanın yapılmaması ve tacizi kapsadığını saptamıştır. Komite, "Engelli Kadınlar ve Kız Çocukları" başlıklı 3 No'lu Genel Yorumu'nda yaptığı gibi, yine ESKHK'nın 2009 tarihli ve "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık" başlıklı 20 No'lu Genel Yorumu'ndaki dolaylı ayrımcılık tanımına

[920] Komite'nin bu tespitleri, bu başlık altında yukarıda Sözleşme'nin beşinci maddesini açıklarken yapılan yorumları doğrular niteliktedir.

başvurmuş ve dolaylı ayrımcılığı görünüşte tarafsız olan yasaların, politikaların ya da uygulamaların, engelli bir kişi için fazlasıyla olumsuz etki yaratması halinin gündeme getirdiği bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır. Komite dolaylı ayrımcılığın, herkes için erişebilir görünen bir olanaktan gerçekte bazı kişilerin durumları nedeniyle yararlanamayıp dışlandığı hallerde ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olduğu da belirterek, bu ayrımcılık biçimini iki örnekle belirginleştirmiştir. Buna göre, zihinsel engellilere eğitim olanağı sağlayan bir okulda kolay okunabilen kitap desteği olmaması ya da sınırlı hareket kabiliyetine sahip bir kişinin de iş başvurusunun kabul edildiği bir iş yerinde kişinin iş görüşmesinin ikinci kattaki bir mekanda yapılması durumlarında tarafsız görünen uygulamalar kişileri engelleri nedeniyle eşit olmayan bir duruma sokabilecek ve dolaylı ayrımcılık gündeme gelebilecektir[921].

Komite, dolaylı ayrımcılık yanında Sözleşme kapsamında taraf devletlerin yasaklamaları gereken diğer ayrımcılık biçimlerini de tanımlayıp örneklendirmesini takiben[922], bu ayrımcılık biçimlerinin engellilik temelinin renk, cinsiyet, dil, din, etnik köken, toplumsal cinsiyet ya da diğer temellerle kesişmesi halinde "kesişimsel ayrımcılık (*intersectional discrimination)*" şeklinde ya da engellilik temeliyle sayılan temellerden en az birinin bir araya gelmesiyle "çoklu ayrımcılık (*multiple discrimination*)" şeklinde de ortaya çıkabileceğini belirtmiştir[923].

---

[921] EHK, *Genel Yorum No. 6, Madde 5: Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik,* Para. 18.b.

[922] Komite, doğrudan ayrımcılığı, ESKHK'nın 2009 tarihli ve "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık" başlıklı 20 No'lu Genel Yorumu'ndaki doğrudan ayrımcılık tanımı üzerinden, engelli kişilerin farklı kişisel durumları nedeniyle benzer durumdaki başka bir kişilere göre ayrımcılığın yasaklandığı temellere dayalı olarak daha olumsuz bir muamele görmesi halinde ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamış ve ek olarak bu ayrımcılık biçiminin ortaya çıkması için ayrımcı amaç ya da kastın bir önemi olmadığını da belirtmiştir (Para. 18.a). Makul uyumlaştırmanın yapılmaması suretiyle gündeme gelen ayrımcılık biçimini de EHS'nin ikinci maddesi üzerinden, engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler olarak tanımlayan Komite (Para. 18. c); tacizi ise, bir kişinin onurunu ihlal etme veya korkutucu, düşmanca, küçültücü, aşağılayıcı ya da saldırgan bir ortam bir ortam yaratma amacı veya etkisi ile engellilik ya da ayrımcılığın yasaklandığı diğer temellerdeki davranışların ortaya çıkardığı bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır (Para. 18. d).

[923] Komite, kesişimsel ayrımcılığı 2016 tarihli "Engelli kadınlar ve kız çocukları" başlıklı 3 No'lu Genel Yorumu'nun 19. paragrafında yaptığı tanımdan alıntıyla, çeşitli temellerin aynı anda ve birbirinden ayrılmaz biçimde etkileşime girerek kişiyi kendine özgü dezavantaja ve ayrımcılığa maruz bırakan bir ayrımcılık biçimi olarak; çoklu ayrımcılığı da, bir kişinin iki ya da daha çok temelde karşı karşıya kaldığı, yoğunlaşmış ve ağırlaşmış bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır.

Komite, ayrımcılık yasağı konulu bu Genel Yorumu kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek başka tespitlerde de bulunmuştur. Örneğin taraf devletlerin eğitim hakkı bağlamında ayrımcılık yasağına dair yükümlülüklerinin incelendiği bölümde, standartlaştırılmış değerlendirme sistemlerinin engelli öğrencileri dolaylı biçimde dışlayıcı nitelikte olabileceğine değinen Komite, taraf devletlere kapsayıcı eğitim modellerini dikkate alır şekilde uymaları gereken çeşitli uyarılarda bulunmuş[924] ve taraf devletlerin eğitim hakkı konusunda şekli eşitlik yanında maddi eşitliği de sağlamak üzere alması gereken yükümlülüklerinin olduğunu hatırlatmıştır. Nitekim Komite'nin bu tespitlerinin kaynağı da, yine taraf devletlerin maddi eşitliği de sağlamak konusundaki yükümlülüklerin varlığına işaret edilen kapsayıcı eğitim hakkı konulu 4 No'lu Genel Yorumu olup; Komite ilgili Genel Yorumu'nda dışlama şeklinde gündeme gelen ayrımcılığı doğrudan ve dolaylı dışlama olarak açıklamıştır. Bu doğrultuda Komite'ye göre, doğrudan dışlama bazı öğrencilerin, "eğitilemez" olarak kodlanarak, eğitime erişimlerini uygunsuz olarak tanımlamak olarak açıklanmış; dolaylı dışlama ise, makul uyumlaştırmanın yapılmadığı ya da desteğin sağlanmadığı koşullarda okula kabul şartı olarak bir testte başarılı olmanın öngörülmesi durumuyla örneklendirilmiştir[925].

EHK Komitesi nihai gözlem raporlarında da Sözleşme'nin dolaylı ayrımcılığı kapsayan bir ayrımcılık yasağı öngördüğünü ortaya koyan tespitlerde bulunmuştur[926]. Komite, ilk olarak 2012 tarihli Çin'e ilişkin nihai gözlem raporunda, taraf devletleri engelli kişilere karşı ayrımcılığı yasal olarak tanımlamaya ve bu tanım içinde dolaylı ayrımcılığa da yer vermeye davet etmiş ve bu suretle de Sözleşme'deki ayrımcılık yasağının esasen dolaylı ayrımcılığı da kapsadığı kabulünü de göstermiştir[927]. Komite, bazı nihai gözlem raporlarında da taraf devletleri iç hukuklarında engellilere karşı

---

[924] Komite'nin bu bölümde taraf devletlerin, engelli öğrencilerin eğitime diğer öğrencilerle eşit koşullarda katılımını sağlamak üzere dikkatini çektiği noktalar için bakınız: EHK, *Genel Yorum No. 6, Madde 5: Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik, Para. 64*

[925] EHK, *Genel Yorum No. 4, Kapsayıcı Eğitim Hakkı,* Para. 18.

[926] EHK'nin nihai gözlem raporlarının bütünü için bakınız: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5 (Erişim Tarihi: 15.03.2020).

[927] EHK, *EHK'nın Nihai Gözlem Raporları: Çin,* U.N. Doc. CRPD/C/CHN/CO/1(2012), para. 12.

dolaylı ayrımcılığı yasaklamaya çağırmış[928] ve taraf devletlerin iç hukuklarında engellilere karşı ayrımcılık yasağına yer vermesini de takdirle karşılamıştır[929]. Ayrıca Komite, nihai gözlem raporları kapsamında, belirli konular dahilinde engellilere karşı dolaylı ayrımcılık teşkil edebilecek hususlar hakkında endişesini de ortaya koymuştur[930]. Komite, 2019 tarihli Türkiye'ye ilişkin nihai gözlem raporunda da, Türkiye iç hukukunda öngörülen engellilik temelinde ayrımcılık yasağının, açıkça dolaylı ayrımcılığı kapsamamasının endişe verici olduğunu belirtmiştir[931].

Sonuç olarak, Sözleşme'yle öngörülen ayrımcılık yasağının Sözleşme'nin benimsediğini söyleyebileceğimiz maddi eşitlik anlayışının karşılığı olarak dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığı tespitini yapmak mümkündür. EHK da genel yorumlarında ve nihai gözlem raporlarında, taraf devletleri dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık yaratabilecek sebeplerle bütüncül bir mücadeleye davet etmiştir. EHK, BM sistemindeki diğer denetim organlarıyla karşılaştırıldığında her ne kadar yakın tarihte

---

[928] EHK, *EHK'nın Nihai Gözlem Raporları: İran İslam Cumhuriyeti,* U.N. Doc. CRPD/C/IRN/CO/1(2017), para. 13. a.; EHK, *EHK'nın Nihai Gözlem Raporları: Hindistan,* U.N. Doc. CRPD/C/IND/CO/1(2019), para. 13. a.

[929] EHK, *EHK'nın Nihai Gözlem Raporları: Çek Cumhuriyeti,* U.N. Doc. CRPD/C/CZE/CO/1(2015), Para. 4.

[930] Komite'nin Kuzey İrlanda'nın 2010 tarihli Eşitlik Kanunu'nun yürürlükte olmadığı bazı bölgelerinde, engellilere karşı dolaylı ayrımcılığa dair endişelerini dile getirdiği nihai gözlem raporu için bakınız: EHK, *EHK'nın Nihai Gözlem Raporları: Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda,* U.N. Doc. CRPD/C/GBR/CO/1(2017), Para. 16 ve 17. b.; Komite'nin Sözleşme'nin "Çalışma Hakkı" başlıklı 27. maddesiyle ilgili olarak, çalışma ve istihdam alanında dolaylı ayrımcılığın da dahil olduğu ayrımcılık karşıtı hukukun nasıl uygulandığına dair bilgi eksikliğine dikkat çektiği nihai gözlem raporu için bakınız: EHK, *EHK'nın Nihai Gözlem Raporları: İspanya*, U.N. Doc. CRPD/C/ESP/CO/2-3 (2019), Para. 50. b.; Komite'nin Sözleşme'nin "Yeterli Yaşam Standardı ve Sosyal Korunma" başlıklı 28. maddesiyle ilgili olarak, taraf devletin iç hukukundaki katkısız emekli ödeneklerine ilişkin düzenlemelerin, engelli kişiler için dolaylı ayrımcı olduğuna dair endişelerini ifade ettiği nihai gözlem raporu için bakınız: EHK, *EHK'nın Nihai Gözlem Raporları: Arjantin,* U.N. Doc. CRPD/C/ARG/CO/1 (2012), Para. 45; Komite'nin taraf devlete Sözleşme'nin "Yeterli Yaşam Standardı ve Sosyal Korunma" başlıklı 28. maddesiyle ilgili olarak, engelli kadınların ihtiyaçları doğrultusunda, emeklilikle ilgili iç hukuktaki düzenlemeler kapsamında engelli kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmayı tavsiye ettiği nihai gözlem raporu için bakınız: EHK, *EHK'nın Nihai Gözlem Raporları: Umman,* U.N. Doc. CRPD/C/OMN/CO/1 (2018), Para. 50. c.

[931] Komite, ayrıca engellilik gerekçesiyle hukuki ehliyetin verilmemesi örneğinde olduğu gibi engelli kişilere karşı ayrımcı olan mevzuat ve uygulamalar ile engelli kişilerin hakim, savcı, vali ya da diplomat olarak göreve atanmasını kısıtlayan gerekçesiz hükümleri de, engellilik temelinde ayrımcılık yasağı bağlamında endişe verici hususlar olarak eklemiştir. Komite'nin Türkiye'ye ilişkin nihai gözlem raporunun ESHİD tarafından yapılan ve 25.04.2019 tarihinde yayınlanan Türkçe çevirisi için bakınız: https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2019/05/BM_NihaiGozlemRaporu2019.pdf (Erişim Tarihi: 15.03.2020).

kurulmuş bir denetim mekanizması olarak sınırlı sayıda genel yorum ve nihai gözlem raporu hazırlamışsa da; EHK'nın bu genel yorumlarındaki ve nihai gözlem raporlarındaki dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yorumlarından, EHK'nın Sözleşme ve Ek Protokol bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağına uymayı ve dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmayı birer yükümlülük olarak gördüğü anlaşılabilir. Bu doğrultuda, Komite'nin dolaylı ayrımcılık yasağını, engellilerin haklardan diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanmalarını sağlamak için etkili bir araç olarak da gördüğü çıkarımını yapmak da mümkündür.

2.2.2.3.2. Engelli Hakları Komitesi'nin Dolaylı Ayrımcılık Yasağına İlişkin Değerlendirmeleri

EHK, kişilerin veya kişi gruplarının yaptıkları bireysel başvuruları kabul ederek değerlendirme ile soruşturmaya dayalı denetim usulünü yürütme yetkileri kapsamında da, dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağıyla ilişkilendirilebilecek sonuçlara varmış ve taraf devletlere bazı tavsiyelerde bulunmuştur. Komite'nin kişi veya kişi gruplarının yaptıkları başvurulara dair değerlendirmelerinin taraf devletler için hukuken bağlayıcı olmadığı söylenebilirse de; taraf devletler, Komite'nin bireysel başvuruları kabul ederek değerlendirme yetkisini kabul ettikleri sırada taraflarına yapılacak tavsiyeleri dikkate almakla yükümlü olmayı da onayladıkları için, Komite'nin bu yetkileri bağlamındaki değerlendirmelerinin bağlayıcı nitelikte olmadığını söylemek doğru olmaz. Bu nedenle, Komite'nin, bireysel başvuru yoluyla kendisine yapılan başvuruları değerlendirmesi sonrasında dolaylı ayrımcılık kavramı ve yasağıyla ilişkili olarak aşağıda incelenecek olan değerlendirmelerini de, BM sistemindeki diğer denetim organlarının ilgili yetki kapsamındaki görüşleri için söylediğimiz gibi, yarı yargısal bir organın bağlayıcı değerlendirmeleri olarak nitelendirmek gerekir[932]. Keza, Komite'nin soruşturmaya dayalı denetim yetkisi bağlamındaki değerlendirmeleri ile bunlara ekleyebileceği yorum ve tavsiyelerini de yine bağlayıcı nitelik taşır biçimde anlamak daha doğru olur[933].

---

[932] EHS'ye Ek Protokol'ün altıncı maddesine göre, Komite EHS'ye Ek Protokol kapsamında kendisine iletilen başvuruları değerlendirmek üzere yaptığı kapalı toplantılar sonrasında, taraf devlete ve başvuruda bulunanlara öneri ve tavsiyelerini iletir.

[933] EHS'ye Ek Protokol'ün altıncı maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlendiği üzere, Komite'nin bir taraf devletin Sözleşme'deki hakları ciddi ve sistematik biçimde ihlal ettiği yönünde aldığı güvenilir bir bilgi

Komite bireysel başvuru yoluyla önüne gelen başvuruları değerlendirirken ve soruşturmaya dayalı denetim yetkisini yürütürken ayrımcılığın ortaya çıkan etki sebebiyle de gündeme gelebileceğine işaret etmek suretiyle, etki temelli ayrımcılık biçimi olan dolaylı ayrımcılığa ilişkin tespitler geliştirmiştir. Komite, soruşturmaya dayalı denetim yetkisi kapsamındaki bir değerlendirmesinde de, etkisi itibariyle ayrımcı olan yasal düzenlemeler, politikalar veya tedbirlerin Sözleşme'nin sistematik bir biçimde ihlal edilmesine yol açabileceğini belirtmiş; bu anlamda taraf devletin ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmada gerici nitelikli tedbirlerin alınmasına karşı alacağı önlemlerin doğrudan ve dolaylı ayrımcı olmamasına dikkat etmekle yükümlü olduğunu dile getirmiştir[934]. Komite, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen çoğu başvuruda da ayrımcılığın ortaya çıkan etki itibariyle de gündeme gelebileceği kanaatini, tarafsız görünen ya da ayrımcı kasıt içermeyen bir kural ya da ölçütün, engelli kişiler üzerinde orantısız etki yaratması halinde ayrımcı sayılacağı açıklamasıyla ortaya koymuştur[935].

Komite, bu doğrultuda taraf devletlerin Sözleşme'deki yükümlülükleriyle bağlantılı olarak Sözleşme'de düzenlenen hakların gereğini yerine getirmemelerinin, engelli kişiler için ortaya çıkardığı orantısız etkinin de ayrımcılık sayılabileceğine dikkat çekmiştir. Komite, işitme engelli kişilerin jüri görevine katılımlarıyla ilgili olan iki başvuruda, işitme engelli başvuruculların jüri üyeliği görevini yerine getirirken hakimle iletişim kurabilmeleri için talep ettikleri desteğin, mevcut mevzuat gereğince jüri dışı bir kişinin katılımının jüri görüşmelerinin gizliliği ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle reddedilmesinin, engelli kişi için yarattığı etkiyi de bu açıdan incelemiştir.

üzerine başlattığı soruşturmaya dayalı denetim usulü kapsamında yaptığı araştırmayla edindiği bulguları incelemesi sonrasında, bu bulguları konuya dair yorum ve tavsiyeleriyle birlikte ilgili taraf devlete iletir.

[934] Komite'nin Birleşik Devletler ve Kuzey İrlanda'nın öngördüğü sosyal sigorta, istihdam ve çalışmayla ilgili yasal düzenlemelerin, politikalarının ve tedbirlerin, Sözleşme'nin "Bağımsız Yaşayabilme ve Topluma Dahil Olma" başlıklı 19., "Çalışma Hakkı" başlıklı 27. ve "Yeterli Yaşam Standardı ve Sosyal Korunma" başlıklı 28. maddesindeki hakları ihlal edici nitelikte olduğu yönündeki değerlendirmesi için bakınız: *Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland carried out by the Committee under article 6 of the Optional Protocol to the Convention, Inquiry: s. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,* CRPD/C/15/4, 24.10.2017, Para. 46 (d) ve Para. 113 (e).

[935] Komite, ayrımcılığın etki itibariyle de ortaya çıkabileceğini ilk kez EHK'ya Ek Protokol'ün m. 2 (d) düzenlemesi gereğince iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bularak değerlendirmeye geçmediği S.C. v. Brazil başvurusunda dile getirmiştir. İlgili başvuru için bakınız: EHK, *S.C. v. Brezilya,* B. No: 10/2013, Karar Tarihi: 02.10.2014, U.N. Doc. CRPD/C/51/D/19/2008, Para. 6.4.

Komite, ilgili başvurularda her ne kadar dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmamışsa da, taraf devletin talep edilen desteği reddetmesinde engellilere karşı ayrımcılık kastının bulunup bulunmadığı önemli olmaksızın, bu durumun engelli kişi için ortaya çıkardığı etkiyi değerlendirmiş ve ayrımcılığın uygulama sonucundaki etki itibariyle ortaya çıkma halini de dikkate almıştır. Bu anlamda, Sözleşme'nin ikinci maddesindeki engellilik temelli ayrımcılık tanımında, makul uyumlaştırmanın reddinin de ayrımcılık olarak anlaşılması gerektiğini de hatırlatan Komite, taraf devletin Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen hukuk önünde ve karşısında eşitlik ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuken eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanmayı sağlama ile üçüncü fıkrasında düzenlenen eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına engelli kişilere yönelik makul uyumlaştırmanın yapılması için gerekli tüm adımları atma yükümlülüklerine aykırı davrandığını tespit etmiştir[936].

İşitme engelli kişilerin jüri görevine katılımlarıyla ilgili başka bir başvuruda da benzer bir değerlendirme yapan Komite, ayrıca taraf devletin yine Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklama ve engelli kişilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alma yükümlülüğüne aykırı davrandığını tespit etmiştir[937].

Komite, engelli kişilerin hukuki kapasitesinin engelli olmayan kişilerle eşit koşullarla belirlenmesi hakkıyla ilişkili *Marlon James Noble v. Avustralya* başvurusunda da, bir düzenlemenin engellilere karşı ayrımcı sayılması için muhakkak engellilik temelinde bir ayrımcı kastın varlığının aranmayacağı; uygulama sonucunda ortaya çıkan etki itibariyle de ilgili düzenlemenin engellilere karşı ayrımcı sayılacağı tespitleri üzerinden inceleme yapmıştır. İlgili başvuruda, cinsel istismar iddiasıyla

---

[936] Komite'nin S. C. v. Brezilya başvurusundan alıntıyla ayrımcılığın etki itibariyle de ortaya çıkabileceğini belirterek, taraf devletin yükümlülükleriyle de ilişkili olarak incelediği ilgili başvurular için bakınız: EHK, *Gemma Beasley v. Avustralya,* B. No: 11/2013, Karar Tarihi: 01.04.2016, U.N. Doc. CRPD/C/15/D/11/2013, Para. 8.3. ve 9; EHK, *Michael Lockrey v. Avustralya,* B. No: 13/2013, Karar Tarihi: 01.04.2016, U.N. Doc. CRPD/C/15/D/13/2013, Para. 8.3. ve 9.

[937] EHK, *J.H. v. Avustralya,* B. No: 35/2016, Karar Tarihi: 31.08.2018, U.N. Doc. CRPD/C/20/D/35/2016, Para. 7.3. ve 8.

suçlanan zihinsel engelli başvurucuya Zihinsel Engelli Sanıklar Kanunu'ndaki ilgili düzenleme gereğince gerekli hukuki kapasiteye sahip olmadığı gerekçesiyle savunma hakkı tanınmamasının ve başvurucunun yine aynı Kanun gereğince süresiz bir şekilde gözaltında tutulmasının, taraf devletin Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen hukuk önünde ve karşısında eşitlik ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuken eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanmayı sağlama yükümlülüğüne aykırılık doğurduğu ve taraf devletin bu aykırılığı gidermek için makul bir düzenleme de öngörmediği iddia edilmiştir[938]. Komite, zihinsel engelli kişilerin suçları sabit olmadan önce süresiz gözaltında tutulması sonucunu yaratan Zihinsel Engelli Sanıklar Kanunu'nun sadece bilişsel yeti yitimleri olan sanıkların durumunu düzenlemek açısından da ayrımcı olduğunu belirterek, Kanun'daki ilgili düzenlemenin ortaya çıkardığı ayrımcı sonuçla Kanunun amacının orantılı olup olmadığını sorgulamıştır. Bu anlamda ayrımcılığın muhakkak ayrımcılık yapma yönünde bir amaç üzerine gündeme gelmeyeceğini, diğer kişilerle karşılaştırıldığında engelli kişilerin nezdinde orantısız bir olumsuz etki yaratan düzenlemelerin de ayrımcı sayılacağını hatırlatan Komite, bu doğrultuda da taraf devletin zihinsel engelliler için öngördüğü bu farklı muamelenin kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirmiştir. Komite, netice itibariyle bir zihinsel engelli kişinin savunma hakkından yararlanma konusunda yeterli hukuki kapasiteye sahip olmadığına karar verilmesi sonrasında, süresiz gözaltı tedbirine maruz bırakılarak, kişiye suçsuzluğunu ispatlaması doğrultusunda hiçbir imkân sağlanmaması sonucunda ortaya çıkan farklı muamelenin kabul edilebilir olmadığını belirtmiş; ilgili düzenlemenin zihinsel engelli başvurucuyu, adil yargılanma hakkından, hukuk tarafından eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma hakkından yoksun bıraktığını tespit etmiştir. Bu anlamda ilgili düzenleme her ne kadar ayrımcı amaç taşımasa da ya da engellilik temelinde ayrımcılık kastı söz konusu olmasa da, taraf devletin Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen hukuk önünde ve karşısında eşitlik ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuken eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanmayı sağlama ile ikinci fıkrasında düzenlenen engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklama ve engelli

[938] EHK, *Marlon James Noble v. Avustralya,* B. No: 7/2012, Karar Tarihi: 10.10.2016, U.N. Doc. CRPD/C/16/D/7/2012, Para. 3.1., 3.2, 3.3.

kişilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alma yükümlülüğüne aykırı davrandığı tespit edilmiştir[939].

Komite *H. M. v. İsveç* başvurusu üzerine yaptığı değerlendirmede de, tarafsız olarak uygulanan bir yasal düzenlemenin içinde bulundukları durum itibariyle belirli kişiler nezdinde ayrımcı etki yaratabileceğine dikkat çekmiştir. Komite, bu hususa dikkat çektiği değerlendirmesinde her ne kadar ilgili yasal düzenlemenin dolaylı ayrımcı olduğunu açıkça belirtmemişse de, taraf devletin dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davranmasıyla makul uyumlaştırma yapmayı reddetmesi durumlarının nasıl içiçe geçebileceğini gösteren nitelikte bir inceleme ortaya koymuş; bu incelemeyi de maddi eşitlik anlayışı içinde gerçekleştirmiştir. İlgili başvuruya konu olayda, kronik bağ dokusu bozukluğu *(Ehlers-Danlos Sendromu)* hastalığı sebebiyle evinden uzun süre ayrı kalamayan ve sakatlık riski sebebiyle hastaneye sevk edilememesi nedeniyle de ihtiyaç duyduğu rehabilitasyon olanaklarına erişemeyen başvurucu, sağlık durumuna en uygun rehabilitasyon şekline yönelik olarak evinin bahçesine bir hidroterapi havuzu yaptırma talebinde bulunmuş; ancak başvurucunun talebi mevcut imar planına aykırı olduğu için yerel makamlar tarafından reddedilmiştir[940]. Başvurucu, talebini reddetmesi dolayısıyla taraf devletin kendisinin rehabilitasyona eşit fırsatlarla erişim hakkını, sağlık durumunu iyileştirmeye ilişkin hakkını ve değerli yaşam kalitesi hakkını reddettiğini iddia etmiş; imar planına aykırılık nedeniyle talebi reddedilirken sadece kamu yararıyla kısıtlı kalındığı ve talebin reddedilmesinin engelli kişi için yol açtığı ağır etkinin hesaba katılmadığını da vurgulamıştır[941].

İlgili başvuruyu değerlendiren Komite, taraf devletin yetkili makamlarının başvurucunun hidroterapi havuzu inşası talebini değerlendirmesi sırasında başvurucunun sahip olduğu araziye hidroterapi havuzu yaptırmasındaki menfaati ile araziye ilişkin imar planına sıkı sıkıya uyulmasındaki kamusal menfaati karşılaştırırken orantılık ilkesini gözetmediğini belirtmiştir. İlgili imar planını kapsayan Planlama ve

---

[939] EHK, *Marlon James Noble v. Avustralya,* Para. 8.2, 8.3, 8.4.
[940] Başvurucu tarafından sunulduğu şekliyle başvuruya konu olayın ayrıntıları için bakınız: EHK, *H. M. v. İsveç,* B. No: 3/2011, Karar Tarihi: 19.04.2012, U.N. Doc. CRPD/C/7/D/3/2011, Para. 2.1. – 2.7.
[941] Başvurucu tarafından öne sürülen iddiaların ayrıntılı bütünü için bakınız: EHK, *H. M. v. İsveç,* Para. 3.1. – 3.4.

İnşaat Yasası'nın engelli kişilere karşı dolaylı ayrımcılık yasağına dair bir düzenleme de barındırmadığı tespitini yapan Komite, bu yasanın kişilerin bir engeli olup olmasına bakmaksızın herkese eşit bir şekilde uygulandığını da ortaya koymuştur[942]. Bu tespitler sonrasında, Sözleşme'nin ikinci maddesinin üçüncü fıkrasındaki engellilik temelli ayrımcılık tanımını hatırlatan Komite, herkese tarafsız bir şekilde uygulanan bir düzenlemenin, kendisine uygulanan kişinin açıkça farklı durumunun dikkate alınmadığı belirli koşullar altında ayrımcı etkiye sahip olabileceğine dikkat çekmiştir.

Bu doğrultuda, farklı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmayan taraf devletin, bu durumu objektif ve makul bir gerekçeyle temellendiremediği durumlarda Sözleşme'yle güvence altına alınan haklardan yararlanma konusundaki ayrımcılık yasağına aykırı davrandığını söyleyen Komite[943], hem ayrımcılık yasağının etki itibariyle gündeme gelen boyutuna değinmiş hem de farklı durumdaki kişilere farklı davranılması gerektiğini ortaya koymak suretiyle şekli eşitlik anlayışından ötede maddi eşitlik anlayışıyla hareket etmiştir. Ayrıca Komite, taraf devletin farklı durumdaki kişiler için genel önlemlerle istisna sağlamamasının makul uyumlaştırma yapılmasının reddi konusuyla ilişkili olduğunu belirterek de başvurucunun talebi doğrultusunda hidroterapi havuzunun yapılması için uygun değişiklikler ve düzenlemelerin yapılmasının imar planına aykırılık anlamına gelmeyeceği tespitinde bulunmuş; taraf devletin imar planından ayrılmanın orantısız ve devlet tarafına aşırı yük yükleyici olduğunu dair bir ispat girişiminde bulunmadığını da tespitlerine eklemiştir[944]. Sonuç olarak, taraf devletin, başvurucunun hidroterapi havuzu inşasına ilişkin talebini değerlendirirken, başvurucunun özel durumuna ve onun engellilikle ilgili belirli ihtiyaçlarına değinmediği kanaatine varan Komite, bu nedenle yerel makamların hidroterapi havuzunun inşası için imar planının ötesine geçmeyi reddetmelerinin orantısız olduğunu ve engelli bir kişi olan başvurucunun sağlık hizmetlerine ve rehabilitasyona erişimi önünde onu olumsuz yönde etkileyen ayrımcı bir etki oluşturduğunu ifade etmiştir[945].

---

[942] EHK, *H. M. v. İsveç,* Para. 8.2.
[943] EHK, *H. M. v. İsveç,* Para. 8.3.
[944] EHK, *H. M. v. İsveç,* Para. 8.4. ve 8.5.
[945] Komite, bu doğrultuda taraf devletin başvurucunun Sözleşme'nin m. 5/1, m. 5/3, m. 25 düzenlemelerindeki haklarını ihlal ettiğini ve hem başlı başına hem de Sözleşme'nin m.3(b), (d), (e) ve

Komite, farklı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulması gerekliliğine yaptığı vurgusuyla herkesin verili koşullarda eşit olmadığı kabulünü ve belirli gruplara sahip oldukları koşullar nedeniyle farklı davranılmasının ayrımcılık yasağına aykırı olmadığı anlayışında olduğunu ortaya koymuş ve esasen maddi eşitlik anlayışını benimsediğini göstermiştir[946]. Böylece dolaylı ayrımcılık yasağını farklılık yaklaşımı üzerine yorumlayan Komite, farklı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmamak suretiyle gündeme gelen dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davranışı, taraf devletin makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğüyle içiçe değerlendirerek de, dolaylı ayrımcılık yasağı ile makul uyumlaştırmanın reddi konularını birbirleriyle ilişkilendirmiştir. Bu anlamda Komite, *H. M. v. İsveç* başvurusu üzerine yaptığı bu değerlendirmesiyle, taraf devletlerin herkese tarafsız olarak uygulanan yasal düzenlemelerde, sahip oldukları engeller ya da yeti yitimleri nedeniyle farklı durumdaki kişiler için istisna tanıma yoluna gitmemesinin hem dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık, hem de makul uyumlaştırmanın reddi anlamına gelebileceğini de ortaya koymuştur[947].

Komite, dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin bir başka değerlendirmesini de uygulama sonucunda engelli kişileri dezavantajlı duruma getirdiği anlaşılan düzenlemeler üzerinden ve geçici özel önlem konusuyla bağlantılı olarak geliştirmiştir. EHK'nin ilgili *Liliane Gröninger ve diğerleri v. Almanya* başvurusuna konu olayda kendisi, oğlu ve eşinin adına başvuruda bulunan başvurucu, taraf devletin engelli kişilerin işgücü piyasasına katılımları için öngördüğü politikanın ayrımcı olduğunu öne sürmüştür. Başvurucu taraf devletin engelli kişilerin entegrasyonuyla ilgili sosyal mevzuatındaki düzenlemelerinin, sadece tam çalışma kapasitelerini 36 ay içinde yeniden kazanacak kişiler için geçerli olduğu ve bu kişilerin iş gücüne tekrar

---

m. 4/1(d) düzenlemeleriyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin m. 26 düzenlemesindeki yükümlülüklerine aykırı davrandığını belirtmiştir. Bakınız: EHK, *H. M. v. İsveç,* Para. 8.8.

[946] EHK'nın H.M. v. İsveç başvurusunda AİHS'in dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ilk kararlarındaki yaklaşımına ve ASHK'nin dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili kararlarındaki yaklaşımına benzer bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. Bu kapsamda karşılaştırma yapmak için *"2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* ile *"2.1.2.3. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Kararlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı*" başlıkları altında incelenen kararlar ile yapılan açıklamalara bakınız.

[947] Durmuş, a.g.t., s. 87.

katılımlarının işverenlerin talebi doğrultusunda gerçekleşeceği, bu anlamda engelli kişiler için bir hak yaratmadıkları gerekçesiyle ayrımcı olduğunu belirtmiş; ayrıca ilgili düzenlemelerin uygulanması sırasında istihdam bürolarının takdir yetkilerinin de daha çok ayrımcı sonuç yarattığını eklemiştir[948].

Başvuruyu inceleyen Komite, taraf devletin engelli kişilerin işgücü piyasasına katılımlarıyla ilgili düzenlemelerle özel işverenlerin engelli kişileri istihdam etmelerini artırmayı amaçladığını kabul etmiş; ancak ilgili düzenlemeleri, uygulama itibariyle bir takım ek idari prosedürler içermesi, istihdam sürecindeki bekleme süresi ve sonucun kesin olmaması ile engelli kişinin bu sürece etkisinin olmaması gibi sebeplerle Sözleşme'nin özellikle "Genel İlkeler" başlıklı üçüncü maddesiyle uyumlu bulunmamıştır. Komite, engelli kişilerinin işgücü piyasasına katılma süreçlerinde karşı karşıya bırakıldıkları karmaşık idari prosedürlerin, bu kişileri dezavantajlı duruma getirdiğini de özellikle belirtmiş ve bu durumun da iddia edilen ayrımcılığı dolaylı ayrımcılık biçimine çevirdiğini söylemiştir[949]. Taraf devletin engelli kişilerin işgücü piyasasına katılımları için öngördüğü bu olumlu eylem planının sadece başvurucun oğlu özelinde bir dezavantaj yaratmadığını, ilgili düzenlemelerin engelli kişileri bir grup olarak dezavantajlı duruma soktuğu sonucuna varan Komite taraf devletin Sözleşme'yle öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmediği yönünde bir değerlendirme ortaya koymuştur[950].

Komite, *Liliane Gröninger ve diğerleri v. Almanya* başvurusu üzerine yaptığı bu değerlendirmesinde her ne kadar taraf devletin dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı sonucuna açıkça varmamışsa da; geçici özel önlem uygulamalarının bir grup nezdinde dezavantaj ve dolayısıyla dolaylı ayrımcılık yaratabileceğini ortaya koyarak, dolaylı ayrımcılık yasağını dezavantaj yaklaşımıyla yorumlamış ve ayrıca geçici özel

---

[948] Başvurucu tarafından sunulduğu şekliyle başvurunun esasına dair ayrıntılar için bakınız: EHK, *Liliane Gröninger ve diğerleri v. Almanya,* B. No: 2/2010, Karar Tarihi: 04.04.2014, U.N. Doc. CRPD/C/D/2/2010, Para. 2.1. – 2.11.

[949] EHK, *Liliane Gröninger ve diğerleri v. Almanya,* Para. 6.2.

[950] Komite bu doğrultuda taraf devletin, engelli kişinin işgücüne katılımını destekleyici önlemler almakla yükümlü yetkililerinin, taraf devletin Sözleşme'nin m.27/1(d) ve (e) düzenlemelerinin Sözleşme'nin m.3 (a), (b), (c) ve (e), m.4/a (a), (b) ve m. 5/1 düzenlemeleriyle birlikte okunmasından çıkarılan yükümlülükleriyle uyumlu olmadığını belirtmiştir. EHK, *Liliane Gröninger ve diğerleri v. Almanya,* Para. 6.3.

önlem uygulamaları ile dolaylı ayrımcılık yasağının kesişimini de göstermiştir[951]. Komite, bu değerlendirmesiyle ayrıca bir taraf devletin, engelli kişilerin istihdamıyla ilgili sorumluluklarını sadece istihdama dair düzenlemeler ya da politikalar öngörerek ancak bunları gözlemleyip değerlendirmeye tabi tutmaksızın yerine getirir gibi görünme durumunu da ifşa ederek; bu gibi düzenlemelerin ya da politikaların engelli kişilere iş imkânı sunulması imkânlarının önüne geçerek engelli kişilere karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmakta başarısız olduğunu da ortaya koymuştur[952].

Komite bir taraf devletin dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı sonucuna ilk kez açıkça ismen de anarak, Iluiia Domina ve Max Bendtsen v. Danimarka başvurusu üzerine varmıştır. Komite bu başvuruda, dolaylı ayrımcılığı yine etki itibariyle gündeme gelen ya da belirli grupları uygulamada dezavantajlı duruma getiren bir ayrımcılık biçimi olarak incelemiştir. Başvuru, Danimarka vatandaşı Bay Bendtsen ile evli olan Ukrayna vatandaşı Bayan Domina'nın, taraf devletten aile birleşimine bağlı oturma izni talep etmesi; ancak ilgili talebin, Bay Bendtsen'in 2009 yılında geçirdiği trafik kazası sonucunda beyninde oluşan hasar nedeniyle aldığı sosyal yardım ödeneği gerekçe gösterilerek taraf devletin Yabancılar Kanunu'nun 9. Bölüm'ünde yer verilen beşinci madde düzenlemesi gereğince reddedilmesi üzerine yapılmıştır[953]. Başvurucular, Danimarka vatandaşı ile evli olan bir yabancının aile birleşimine bağlı oturma izninin ilgili talebin yapılmasından önceki üç yıl içinde Danimarka vatandaşı eşin sosyal yardım ödeneği almamış olması koşuluna bağlı olarak verilmesinin, Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesi ile "Konut ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 23. maddesine aykırılık teşkil ettiğini öne sürmüşlerdir. Başvuruculara göre, taraf devletin yetkili makamları aile birleşimine bağlı oturma izni talebini reddetmeleri sırasında, dolaylı ayrımcılık yasağını ve makul uyumlaştırma yapılmasını içermeyen bir ayrımcılık yasağını temel alarak; Bay Bentsen'in engellilik durumunun onun işgücü piyasasına erişimine engel teşkil ettiğini, bu sebeple de Bay Bendtsen'i engelliliği temelinde dezavantajlı konuma getirdiğini göz ardı etmişlerdir. Başvurucular yetkili

---

[951] Durmuş, a.g.t., s. 88-89.
[952] Coomara Pyaneandee, International Disability Law: A Practical Approach to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York, Routledge, 2019, s. 165.
[953] Başvurucu tarafından sunulduğu şekliyle başvuruya konu olayın ayrıntıları için bakınız: EHK, *Iuliia Domina ve Max Bendtsen v. Danimarka,* B. No: 39/2017, Karar Tarihi: 31.08.2018, U.N. Doc. CRPD/C/20/D/39/2017, Para. 2.1. - 2.3.

makamların Bay Bendtsen'in farklı durumunu dikkate almayarak ilgili talebi reddetmelerinin, başvuruculara konut ve aile hayatına saygı hakkından diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanmaları önünde engellilik temelinde bir engel oluşturduğunu da iddialarına eklemişlerdir[954].

Başvuruculara aile birleşimine bağlı oturma izni taleplerinin reddedilmesinde temel alınan yasa düzenlemesinin başvuruculara konut ve aile hayatına saygı hakkından diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanması önünde bir engel oluşturarak başvurucular için ayrımcılık yasağına aykırı bir sonuç yaratıp yaratmadığını değerlendiren Komite, öncelikle *H. M. v. İsveç* başvurusunda ortaya koyduğu ayrımcılık yasağı tespitine başvurmuştur. Buna göre, herkese tarafsız bir şekilde uygulanan bir düzenlemenin, kendisine uygulanan kişinin açıkça farklı durumunun dikkate alınmadığı belirli koşullar altında ayrımcı etkiye sahip olabileceğini; farklı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmayan taraf devletin ise objektif ve makul bir gerekçeye dayanamaması halinde Sözleşme'yle güvence altına alınan haklardan yararlanma konusundaki ayrımcılık yasağına aykırı davranmış olacağını hatırlatan Komite, bu ifadeleriyle yine dolaylı ayrımcılık biçimine gönderme yapmıştır. Sonrasında da "Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik" konulu 6 No'lu Genel Yorum'unda yaptığı tanım itibariyle dolaylı ayrımcılığın, görünüşte tarafsız olan yasaların, politikaların ya da uygulamaların, engelli bir kişi için fazlasıyla olumsuz etki yaratması halinde gündeme geldiğini ve bu ayrımcılık biçiminin, herkes için erişebilir görünen bir fırsattan gerçekte bazı kişilerin durumları nedeniyle yararlanamayıp dışlandığı hallerde söz konusu olduğunu da anımsatan Komite, ayrıca, İHK'nın Althammer ve diğerleri v. Avusturya kararında yaptığı tespite de atıfta bulunmuştur[955]. Buna göre, bir kural ya da kararın, belirli bir ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka bir fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statüyle tanımlanabilecek kişiler için dışlayıcı olduğunda ya da bu kişiler için olumsuz etki doğurduğunda dolaylı ayrımcı nitelik taşıyacağını belirten Komite, engelli bir kişinin de sayılan kişi gruplarına mensup kişilerden sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Komite böylece farklılık yaklaşımıyla

---

[954] EHK, *Iuliia Domina ve Max Bendtsen v. Danimarka,* Para. 3.1.
[955] İHK'nın Althammer ve diğerleri v. Avusturya kararında ortaya koyduğu dolaylı ayrımcılık incelemesi için *"2.2.1.1.2. İnsan Hakları Komitesi Görüşlerinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

dezavantaj yaklaşımını bir arada kullanmak suretiyle geliştirdiği dolaylı ayrımcılık yasağı yorumu ile taraf devletin dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı kanatine varmıştır.

Komite bu doğrultuda taraf devletin, Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinein ilk fıkrasında düzenlenen hukuk önünde ve karşısında eşitlik ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuken eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanmayı sağlama ile ikinci fıkrasında düzenlenen engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklama ve engelli kişilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alma yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığını sorgulamaya geçmiştir[956]. Komite, taraf devletin aile birleşimine bağlı oturma izni için başvuran eşlerden Danimarkalı eşin sosyal yardım almamasını; başka bir deyişle kendi masraflarını karşılayabiliyor olmasını aile birleşimine bağlı oturma izninin tanınması için koşul olarak belirleyen Yabancılar Kanunu'nun 9. Bölüm'ünde yer verilen beşinci madde düzenlemesinin, engeli nedeniyle işgücü piyasasına erişimi olmayan Bay Bendtsen için sonuç itibariyle dolaylı ayrımcı bir muamele oluşturduğuna kanaat getirmiş ve ayrıca taraf devletin yetkili makamlarının engelli kişilere karşı dolaylı ayrımcı ölçütleri temel almasının da engelli kişilerin diğer kişilerle eşit koşullarda aile hayatı hakkından yararlanmasını ortadan kaldırma ya da zayıflatma etkisi doğurduğunu ifade ederek; taraf devletin Sözleşme'nin "Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik" başlıklı beşinci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasını hem başlı başına hem de "Konut ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 23. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal ettiği sonucuna varmıştır[957].

Komite'nin önüne bireysel başvuru yolu ile gelen başvuruları değerlendirirken ve soruşturmaya dayalı denetim yetkisini yürütürken, ayrımcılığın etki itibariyle de gündeme gelen biçimine dikkat çektiğini ve genel anlamda da taraf devletlerin ayrımcı etkiye neden olan sebepleri ortadan kaldırma konusundaki yükümlülüklerine vurgu yaptığını söylemek mümkündür. Komite, etki temelli ayrımcılık biçimi olan dolaylı ayrımcılığı da bu bağlamda, taraf devletlerin ortadan kaldırması gereken bir ayrımcılık

[956] EHK, *Iuliia Domina ve Max Bendtsen v. Danimarka,* Para. 8.3.
[957] EHK, *Iuliia Domina ve Max Bendtsen v. Danimarka,* Para. 8.5. ve Para. 8.6.

türü olarak yorumlamış ve taraf devletlerin hem bu ayrımcılık biçimini yasaklamakla, hem de bu ayrımcılık biçiminin ortadan kaldırılması adına gerekli adımları atmakla yükümlü oldukları tespitini ortaya koymuştur. Komite önüne giden çoğu başvuruda taraf devletlerin, esasa ilişkin görüşleri ile başvurunun kabul edilebilirliği konusundaki diğer gözlemleri çerçevesinde, iç hukukları kapsamında engelli kişilere karşı hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı yasakladıklarını ifade eden savunmalar ortaya koymalarını da, bu anlamda Komite'nin taraf devletleri dolaylı ayrımcılığı da kapsayan bir ayrımcılık yasağı öngörmekle yükümlü kılmasının bir sonucu olarak okumak mümkündür[958].

Dolaylı ayrımcılığı çoğu başvuruda makul uyumlaştırma ya da geçici özel önlem uygulamaları ile birlikte değerlendiren Komite'nin, bu anlamda da taraf devletleri dolaylı ayrımcılığın ortadan kaldırılması konusunda aktif olarak konumlandırdığı söylenebilir. Komite'nin, bu şekilde ele aldığı başvurular aracılığıyla, taraf devletlere Sözleşme'de genel anlamda benimsenen maddi eşitlik anlayışını bir kez daha hatırlattığını söylemek de mümkündür. Başka bir deyişle Komite, bu başvurularda taraf devletlere, makul uyumlaştırma yapılması ve geçici özel önlem uygulamalarının engelli kişilerin gerçekte Sözleşme'yle tanınan haklardan diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanmalarını sağlama araçları olduğunu anımsatmıştır. Taraf devletlerin, bu araçları reddetmeleri ya da gereğince kullanmamaları halinde ortaya çıkan gerçek durum itibariyle de, engelli kişilerin Sözleşme'yle tanınan haklardan diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanmaları sağlanamadığında da yine maddi eşitlik anlayışının karşılığı olan dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davrandıkları sonucuna varan Komite; böylece makul uyumlaştırma ve geçici özel önlem kurumlarının dolaylı ayrımcılık yasağıyla nasıl yakından ilişkili olduğunu da ortaya koyabilmiştir. Bu anlamda EHK'nın da engelli kişilerin haklardan gerçekte diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanabilmelerini hedefleyen maddi eşitlik anlayışını benimsediğini ve dolaylı ayrımcılık yasağını da

---

[958] Taraf devletlerin iç hukuklarında engellilik temelindeki dolaylı ayrımcılık yasağının kaynağını gösteren ifadeleri için bakınız: EHK, *Kenneth McAlpine v. İtalya,* B. No: 6/2011, Karar Tarihi: 28.09.2012, U.N. Doc. CRPD/C/8/D/6/2011, Para. 4.4.; EHK, *A. F. v. İtalya,* B. No: 9/2012, Karar Tarihi: 27.03.2015, U.N. Doc. CRPD/C/13/D/9/2012, Para. 4.3.; EHK, *Fiona Given v. Avusturalya,* B. No: 19/2014, Karar Tarihi: 16.02.2018, U.N. Doc. CRPD/C/19/D/19/2014, Para. 4.13.; EHK, *F. v. Avusturya,* B. No: 21/2014, Karar Tarihi: 21.08.2015, U.N. Doc. CRPD/C/14/D/21/2014, Para. 4.6.; EHK, *Backer v. Avusturya,* B. No: 26/2014, Karar Tarihi: 16.02.2018, U.N. Doc. CRPD/C/19/D/26/2014, Para. 6.5.

maddi eşitliğe ulaşmayı sağlayabilecek bir araç olarak gördüğünü söylemek mümkündür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TÜRKİYE HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞI

Dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları yönünde etkili bir hukuki araç olduğu iddiasıyla incelendiği bu çalışmanın Üçüncü Bölümü, Türkiye hukuku bağlamında dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağının yerini belirleyerek, dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukundaki etkililiğini değerlendirmek üzerinedir. Türkiye hukuku bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağı, Türkiye hukukunda ayrımcılık yasağıyla ilgili yasal düzenlemelerden oluşan genel bir çerçeve dahilinde anlamlandırılabilir. Bu doğrultuda, bu Bölüm kapsamında öncelikle Türkiye hukukunda ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemelerin oluşturduğu genel çerçeve dahilinde dolaylı ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemelerin yeri incelenecek; sonrasında da Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağı hakkında denetimin nasıl ve hangi kurumlar eliyle gerçekleştirildiğine bakılacaktır. Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının sınırlarının böylece iki aşamalı biçimde, yasal düzenlemeler ile denetim usulleri üzerinden belirlenmesiyle de, bu bölüm sonunda Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarını sağlama yönündeki etkiliği hakkında söz söylemek ve dolaylı ayrımcılık yasağının bu anlamdaki etkiliğini arttırmaya yönelik önerilerde bulunmak da mümkün hale gelebilecektir.

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının sınırlarını belirleyerek dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları yönünde etkiliği hakkında değerlendirmeye geçmeden önce, çalışmanın önceki bölümlerinde incelenen dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin Türkiye iç hukukundaki niteliğine de kısaca değinmekte fayda vardır. Türkiye'nin ilgili bölgesel ve ulusal örgütlerle olan bağını da gözeterek, Türkiye hukukundaki niteliğini belirlenmenin bu noktada gerekli bulunduğu düzenlemeler de, Birinci Bölüm'de, dolaylı ayrımcılık yasağının kökenleri kapsamında incelenen AB müktesabatı dahilindeki dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler ile İkinci Bölüm'de, AK ve BM örgütleri bünyesinde kabul edilen sözleşmelerdeki dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerdir.

Bu kapsam dahilinde öncelikle, AB müktesebatında dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemelerin, Türkiye'nin AB üyesi devletlerden olmaması nedeniyle Türkiye hukukunun bir parçası sayılmayacağını belirtmek gerekir. Ancak Türkiye'nin 1999 yılı itibariyle AB'ye aday devlet statüsü onaylandığı için, AB müktesabatındaki dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin tümüyle Türkiye iç hukuku dışında kaldığını da söylemek mümkün değildir[959]. Nitekim Türkiye'nin tam AB üyeliği için iç hukukunu AB müktesabatıyla uyumlu hale getirme yükümlülüğü gereğince iç hukukunda gerçekleştirdiği uyumlaştırma çabaları sonucunda bazı AB direktifleri Türkiye hukukunda yansıma bulabilmiş ve bu gelişmeler özellikle dolaylı ayrımcılığın yasaklanmasına katkıda bulunmuştur[960].

Uluslararası insan hakları hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağını değerlendirme amacını taşıyan İkinci Bölüm'de, Türkiye'nin dahil olduğu bölgesel ve uluslararası örgütler de dikkate alınarak belirlenen çerçeve dahilinde AK ve BM örgütleri

---

[959] Türkiye'nin AB'ye aday devlet statüsünün onaylandığı 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde Helsinki'de gerçekleştirilen AB Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'nde kabul edilen sonuç metni için bakınız: *Helsinki European Council 10 and 11 December 1999 Presidency Conclusions*, https://www.europarl.europa.eu/summits/hel1_en.htm (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

[960] Literatürde, 2000'li yılların başı itibariyle çeşitli kanunlarda ayrımcılığın yasaklanmasının nedeninin Türkiye'nin iç hukuk mevzuatını AB mevzuatıyla uyumlu hale getirme çabasının ürünü olduğuna dikkat çekilmiştir. Bakınız: Gül, a.g.m., 2012, s. 127. Cinsiyet eşitliği ve ayrımcılık yasağı hukukçularından oluşan Avrupa Eşitlik Hukuku Ağı tarafından (European Equality Law Network) hazırlanan ve Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili AB düzenlemelerinin devletlerin iç hukuklarına aktarılması ve uygulanmasına odaklanan raporlar kapsamında, AB'ye aday ülke konumundaki Türkiye'nin de ilgili düzenlemeleri iç hukukuna aktarıp uygulaması konu edilmiştir. Avrupa Eşitlik Hukuku Ağı hakkında bilgi ve Ağ üyeleri tarafından hazırlanan ülke ve belirli konulardaki raporların tamamı için bakınız: European Equality Law Network, https://www.equalitylaw.eu/ (Erişim Tarihi: 17.11.2020). Avrupa Eşitlik Hukuku Ağı Türkiye raporlarından 2000/43 ve 2000/78 sayılı AB direktiflerinin 1 Ocak 2019 ve 31 Aralık 2019 tarihlerini kapsayan süreç dahilinde Türkiye iç hukukuna aktarılması ve uygulanmasına ilişkin olarak hazırlanan raporda yer verilen ilgili direktiflerin Türkiye hukukunda yansıma bulduğu mevzuatın listesi için bakınız: "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), s. 13-14, https://www.equalitylaw.eu/downloads/5281-turkey-country-report-non-discrimination-2020-2-35-mb (Erişim Tarihi: 17.11.2020).Yine aynı dönemi kapsayacak biçimde cinsiyet eşitliğine ilişkin olarak hazırlanan başka bir Türkiye raporunda da ilgili direktiflerin Türkiye iç hukukunda aktarıldığı ve uygulandığı mevzuatın listesine daha geniş biçimde, hem kanun hem de yönetmelik düzeyindeki düzenlemeleri kapsayacak biçimde yer verilmiştir. İlgili rapor için bakınız: How are the EU rules transposed into national law, Turkey" (Hazırlayan: Kadriye Bakırcı), s. 7-9. https://www.equalitylaw.eu/downloads/5248-turkey-country-report-gender-equality-2020-2-1-mb (Erişim Tarihi: 17.11.2020). Türkiye'nin AB'ye tam üyelik için iç hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yaptığı değişiklikler ve eklemelere, bu Bölüm'ün devamında ilgili mevzuatın incelendiği kısımlarda değinilecektir. Dolaylı ayrımcılığı yasaklayan ilgili AB Direktifleri için bu çalışmanın Birinci Bölümü kapsamındaki *"1.3.4. Dolaylı Ayrımcılığın Avrupa Birliği Hukukunda Yasaklanması"* başlığı altında yapılan açıklamalara başvurunuz.

kapsamındaki dolaylı ayrımcılığı yasaklayan insan hakları sözleşmeleri düzenlemeleri ise, Türkiye hukukunun bir parçasıdır. Türkiye, ilgili insan hakları sözleşmelerinin tarafı olmasından kaynaklanan yükümlülüğü gereğince bu sözleşme sistemlerinde benimsenen dolaylı ayrımcılık yasağının kapsamını gözeterek iç hukukunu bu sözleşmelerle uyumlu hale getirmek; en az ilgili sözleşmelerde öngörülen kapsama sahip bir dolaylı ayrımcılık yasağını, iç hukukunda öngörmekle yükümlüdür[961]. Türkiye hukukunda yürürlükteki Anayasa olan 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına 2004 yılında eklenen ifade gereğince de "kanun hükmünde" sayılan ve insan haklarına ilişkin olmakla da Türkiye iç hukukundaki kanunlarla farklı hükümler içermesi halinde esas alınması gereken sözleşmelerin ilgili düzenlemeleri bu gerekçelerle de Türkiye iç hukukunda doğrudan uygulanabilir niteliğe sahiptir[962]. İlgili insan hakları sözleşmeleri uyarınca kurulan karar ve denetim organlarının dolaylı ayrımcılığı yasaklayan bu düzenlemelerle ilişkili olarak İkinci Bölüm kapsamında yer verilen içtihatları da, hem dolaylı ayrımcılık mağdurları hem de ulusal yargı organları için emsal niteliği taşır[963]. Bu anlamda bahsi geçen içtihatların da tıpkı uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki

---

[961] İlgili Sözleşmelerde yasaklanan dolaylı ayrımcılık yasağının kapsamını gözetmek, bu kapsamın gerisinde kalmamak anlamına gelir ve Sözleşme'ye taraf devletlerin bu kapsamdan daha geniş kapsama sahip bir dolaylı ayrımcılık yasağı öngörmelerine engel teşkil etmez; zira bir devlet "uluslararası sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü olmaksızın" da iç hukukunda ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelere yer verebilir. Ayrımcılık yasağının ilgili kapsamına dair örneklerle desteklenmiş daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Gül, a.g.m., 2012, s. 122-123 ve 127.

[962] 07.05.2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanun'la Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." ifadesinin cümlenin 90. maddeye eklenmesi teklifinin gerekçesi, uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın çözümünde hangisine öncelik tanınması gerektiğinin belirlenmesi olarak gösterilmiştir. 90. maddeye eklenen bu ifadenin yasama süreci hakkında bilgi için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), (2019), Haz. Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 541-542, https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf (Erişim Tarihi: 13.09.2020). Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince, hem idari organlar hem de yargı organları, Türkiye iç hukukundaki bir kanun düzenlemesinin insan haklarına ilişkin olan bir uluslararası sözleşmesi kapsamındaki düzenlemeyle çatışması halinde, uluslararası sözleşmenin ilgili düzenlemesini uygulamak durumundadır. Bakınız: Ulaş Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", Der. Kenan Çayır ve Müge Ayan Ceyhan, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1.Baskı, 2012, s. 143. Dolaylı ayrımcılığı yasaklayan bir uluslararası insan hakları sözleşmesi düzenlemesi de bu anlamda doğrudan uygulanabilir niteliğe sahiptir ve bu düzenlemelerin iç hukukta doğrudan uygulanmasını engelleyen bir hususta da bahsedilemez. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 13.

[963] "Eşitlik ilkesi" ile ilişkili olarak ilgili denetim organları önüne gelen davalar da, "ulusal yargı organları ve özellikle bireysel başvuru bakımından emsal oluşturabilecek nitelik" taşır. Bu sebeple, ilgili denetim organlarının yöntemleri ulusal yargı organlarınca dikkate alınabilir. Bakınız: Sever, a.g.m., 2018a, s.224.

düzenlemeler gibi iç hukukta doğrudan uygulabilir niteliğe sahip olduğunu da kabul etmek gerekir[964].

Bu gerekçelerle, BM ve AK sistemindeki Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler ile ilgili insan hakları sözleşmeleri uyarınca kurulan karar ve denetim organlarının dolaylı ayrımcılığı yasaklayan bu düzenlemelerle ilişkili içtihatlarından oluşan normatif bütünü, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının uluslararası kaynakları olarak da adlandırmak mümkündür. Çalışmanın devamında belirtilen iki aşamalı inceleme kapsamında hem dolaylı ayrımcılık yasağının hukuki kaynaklarına hem de dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin içtihadi kaynaklara yer verilerek, dolaylı ayrımcılık yasağının ulusal kaynaklarının genel çerçevesi ortaya konulacaktır. Böylece Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının normatif kaynaklarını bütünüyle görerek nihayetinde çalışmanın amacı doğrultusunda bir değerlendirme yapabilmek mümkün hale gelecektir.

3.1. TÜRKİYE HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIĞI YASAKLAYAN YASAL DÜZENLEMELER

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeleri gösterme amaçlı olarak bu başlık altında, genel anlamda ayrımcılığı yasaklayan Anayasal düzenlemeler ve yasal düzenlemeler ele alınacak ve bu bağlam dahilinde dolaylı ayrımcılık kavramı ile dolaylı ayrımcılık yasağının yeri belirlenecektir[965]. Dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler üzerine yapılacak incelemenin Anayasal düzenlemeler ile yasal düzenlemeler bağlamıyla sınırlanmasının tercih edilmesinin nedeni bir yönüyle ilgili düzenlemelerin Türkiye Hukukunda ayrımcılık yasağının

[964] Aynı yönde bir görüş için bakınız: Karan, a.g.e., s. 13.

[965] Çalışmanın dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukundaki yerini tespit etme amacındaki bu Bölüm'ü kapsamına, Türkiye hukukundaki "ayrımcı nitelikli" yasal düzenlemelere dair inceleme dahil edilmemiştir. Çalışmanın amaç ve kapsamını aşan ilgili konuya dair, Türkiye hukukundaki din ve vicdan özgürlüğü ile eğitim hakkı konusu özelinde ayrımcı nitelik taşıyan yasal düzenleme örnekleri için bakınız: Karan, a.g.m., 2012, s. 144-146. Türkiye hukukunda ayrımcılığa yol açabilen yasal düzenlemeler olarak, Türk Ceza Kanunu ile Nüfus Hizmetleri Hakkında Kanun hakkında AİHM kararı örnekleriyle de desteklenen bir inceleme için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 108-111.

genel niteliği hakkında fikir vermeye muktedir olması iken; incelemenin belirtilen sınırlarda yapılmasının başlıca nedenini de ilgili bağlamın dolaylı ayrımcılığı yasaklayan ve dolaylı ayrımcılığı da içeren bir ayrımcılık yasağını öngören düzenlemeleri görmeye izin vermesi olarak ifade etmek mümkündür. Zira her ne kadar Türkiye Hukukunda ayrımcılık yasağının normatif kaynaklarının izi kanun düzeyindeki yasal düzenlemeler yanında yürütme organı veya idarenin düzenleyici işlem yapma yetkileriyle kabul edilen kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge, yönerge, tebliğ gibi hukuk kuralları doğrultusunda da sürülebilirse de; belirtilen düzenlemeler açıkça dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler içermediği için çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Nitekim, normlar hiyerarşisine göre anayasa, uluslararası sözleşmeler ve yasal düzenlemelere nazaran daha alt sıralarda yer alan bu hukuk kurallarının daha üst sıradaki hukuk kurallarına da aykırı olamayacağı düşünüldüğünde, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin, anayasal düzenlemeler ve yasal düzenlemeler bağlamında incelemenin anlamı daha belirginleşebilir[966].

Türkiye hukukunda ayrımcılığı yasaklayan Anayasal düzenlemeler ile kanun düzeyindeki düzenlemelere bakıldığında, bu düzenlemelerin çoğunda ayrımcılığın çeşitli temellerde yasaklanmış olduğu; ancak bu düzenlemelerin epey bir azının ayrımcılık kavramını ve ayrımcılık yasağını açıklamaya yönelik tanımlar içerdiği görülebilir[967]. Bu nedenle, Türkiye Hukuku bağlamında dolaylı ayrımcılık kavramı ile dolaylı ayrımcılık yasağını açıklamak üzere yapılacak bir değerlendirmeyi de, eşitlik kavramı ve eşitlik ilkesini de göz önüne alarak gerçekleştirmek gerekir. Literatürde ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi ilişkisi üzerine yapılan tespitler de, ayrımcılık kavramı ve ayrımcılık yasağını yasal düzenlemelerde sık sık adı geçen eşitlik kavramı ve eşitlik ilkesiyle birlikte ele alma fikrini destekler niteliktedir. Bu kapsamda, ayrımcılık

---

[966] "Hukuk kuralları" arasında olduğu kabul edilen ve alt sıradaki hukuk kurallarının üst sıradaki hukuk kurallarına aykırı olmamasını ifade eden "normlar hiyerarşisi" gereğince Türk hukukunda mevcut olan üstten alta doğru "kademelenme" şu şekilde ifade edilebilir: "Anayasa, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmeler, kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan uluslararası sözleşmeler, tüzükler, yönetmelikler, genelgeler vs." Daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 89-90.

[967] Türkiye iç hukukundaki ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler kapsamında ayrımcılığın tanımlanmamasının "dikkat çekici" olduğu ifade edilmiştir. Bakınız: Gül, a.g.m., 2012, s. 132.

yasağının eşitliği gerçekleştirmek için var olduğu, bunun karşısında eşitliğin de ayrımcılık yasağıyla sağlanabileceği ve sonuç itibariyle madalyonun olumlu ve olumsuz yüzlerini oluşturmakla ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi arasında "bölünmezlik" ve "bütünsellik" olduğu ifade edilmiştir[968]. Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesinin benzer şekilde "aynı ilkenin negatif ve pozitif görünümleri" olarak kabul edildiği, Türkiye Hukukunda ayrımcılık yasağının Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular üzerinden değerlendirildiği bir başka çalışmada da, ayrımcılık yasağının konu ve ölçüt bakımından eşitlik ilkesini bir ölçüde somutlaştırdığı belirtilmiş; ayrımcılık yasağı böylece eşitlik ilkesini güvenceye alan bir temel ilke olarak nitelendirilmiştir[969].

Anayasal düzenlemeler ve yasal düzenlemeler bağlamındaki aşağıdaki inceleme kapsamında da, açıklanan nedenlerle, hem ayrımcılık kavramı ve ayrımcılık yasağı, hem de eşitlik kavramı ve eşitlik ilkesi üzerinden inceleme gerçekleştirilmiş; ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin yanı sıra eşitliği öngören düzenlemeler de incelemeye alınmıştır. Dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukundaki yerini gösterme odaklı bu bölümde ayrımcılık yasağını eşitlik ilkesiyle birlikte ele almanın bir diğer nedeni de, çalışmanın dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarını sağlama konusunda etkili bir hukuki araç olduğu tezi üzerine kurulu olmasıdır. Ayrımcılık yasağını eşitlik ilkesiyle birlikte ele alınmasıyla, incelenen düzenlemelerin şekli eşitliğin ötesinde maddi eşitliği sağlamaya elverişli olup olmadığı da irdelenebilecek; böylece öngörülen ayrımcılık yasağı kapsamında dolaylı ayrımcılığın da yasaklanmasının mümkün olup olmadığı sorgulanabilecektir. Bu bağlamda tasarlanan inceleme kapsamında aşağıda hem dolaylı ayrımcılığı açıkça yasaklayan hem de öngörülen ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılığı da kapsadığı düzenlemeler ele alınmış; bu bağlamda dolaylı ayrımcılık yasağının yerini tespit etmeyi daha anlaşılır kılmak adına normlar hiyerarşine uygun biçimde Anayasal düzenlemeler, yasal düzenlemelerin öncesinde incelenmiştir.

---

[968] Gülmez, a.g.m., s. 221 vd.
[969] Karan, a.g.m, 2015, s. 237.

3.1.1. Anayasal Düzenlemeler Bağlamında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Türkiye Hukukunda ayrımcılık yasağına, 1924 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanunu'ndan beri anayasa metinleri kapsamında yer verilmiştir[970]. Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının Anayasal düzenlemeler bağlamındaki güncel anlamını tespit etmek adına mevcut 1982 Anayasası'ndaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelere odaklanmak ve 1982 Anayasası kapsamında dolaylı ayrımcılığı da yasaklamaya izin veren ayrımcılık yasağı düzenlemelerini irdelemek gerekir. Bu doğrultudaki irdeleme, 1982 Anayasası kapsamında genel bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi öngörmekle daha geniş bir uygulama alanına sahip olan "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. madde ile ayrımcılık yasağını daha spesifik alanlarda öngören diğer anayasal düzenlemeler üzerinden gerçekleştirilebilir.

3.1.1.1. Genel Kural: Kanun Önünde Eşitlik/Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

1982 Anayasası kapsamında ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerden en kapsamlısına "Genel Esaslar" adlı Birinci Kısımdaki "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddede yer verilmiştir. Madde başlığının kanun önünde eşitlik olması, bir anlamda herkesin eşit olduğu fikrinden yola çıkıldığı izlenimi verir ve bu anlamda ilgili maddeyle öngörülen ayrımcılık yasağının da, kanun önünde eşitlik anlayışıyla sınırlı ve kapsamı

---

[970] 1924 tarih ve 491 sayılı "Teşkilâtı Esasiye Kanunu" kapsamındaki ayrımcılık yasağıyla ilişkili düzenlemelerden ilki, "Türklerin Kamu Hakları" başlıklı Beşinci Bölümü kapsamındaki 69. maddede yer verilen "Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır." şeklindeki düzenlemedir; ayrıca 88. maddede de din ve ırk temelli ayrımcılık söz konusu olmaksızın, herkesi vatandaşlık bakımından "Türk" olmakla eşitleyen bir düzenlemeye yer verilmiştir. 1961 tarih ve 334 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası" kapsamında ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemeler, 1924 tarihli Anayasa metnine nazaran sayıca daha fazladır. Bu düzenlemelerden ilki, "Temel Haklar ve Ödevler" konulu İkinci Kısmın "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Bölümü'nün "Temel Hakların Özü" başlıklı 11. maddesine 1971 tarihinde yapılan eklemeyle alınan "Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz." şeklindeki üçüncü fıkra düzenlemesidir. Çalışmanın devamında 1961 Anayasası olarak anılacak olan ilgili anayasa metni kapsamında ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek en temel düzenleme ise, yine aynı Bölüm kapsamında yer verilen 12. madde düzenlemesidir. İlgili düzenlemenin ilk fıkrasında herkesin "dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşit" olduğu ifade edilmiş; ikinci fıkrada da "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. 1961 Anayasası metni kapsamındaki diğer ayrımcılık yasağıyla ilişkili düzenlemelere çalışmanın ilgili bölümlerindeki dipnotlarda göndermede bulunulacaktır.

dar bir ayrımcılık yasağı olarak nitelendirilmesi de mümkündür[971]. Ancak 10. madde, hem kendi içinde, hem de Anayasa'nın diğer maddeleriyle birlikte daha geniş biçimde değerlendirildiğinde, ilgili madde dahilinde dolaylı ayrımcılığı yasaklamaya imkân tanıyan maddi eşitlik anlayışının varlığından da bahsetmek mümkün hale gelir.

Öncelikle kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. maddenin sadece eşitlik ilkesiyle sınırlı olmadığını, maddenin ayrımcılık yasağını da kapsadığını öncelikle belirlemek gerekir ki madde kapsamında ayrımcılık yasağının varlığına ilişkin göstergeler de mevcuttur. Bu göstergelerden ilkini, maddenin ilk fıkrasındaki kanun önünde eşitliğin, herkese, "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin" uygulanacağına ilişkin ifadede bulmak mümkündür. "Ayrım gözetilmeksizin" ifadesi gereğince, maddenin öngördüğü yükümlülük de literatürde "ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü" olarak yorumlanmış ve bu anlamda 1982 Anayasasının 10. maddesinde eşitliği sağlamak için var olan ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesiyle birlikte ve ayrılmaz şekilde yer aldığını gösterilmiştir[972]. İlgili maddenin içeriğinin ayrımcılık yasağını kapsadığının ikinci göstergesi de dördüncü fıkrasının son cümlesinde yer verilen "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." ifadesi olup; buna göre, bir kişi ya da kişi grubunu ayrı tutarak lehlerine davranış sergilemek yasaklanmıştır[973]. 10. maddenin

---

[971] Bu doğrultuda "ayrımcılığın yasak olduğunu belirtmek yerine herkesin hukuk nazarında eşit olduğunu" düzenleyen 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin, herkesin eşit olduğu varsayımından hareketle esasen eşitsizlikleri görmezden geldiği ve bu anlamda da devleti eşitsizlikleri gidermek üzere yükümlü kılmadığı belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nın 10. maddesi hakkındaki bu yöndeki açıklamaların devamı için bakınız: Gül, a.g.m., 2012, s.128 Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 10. ve diğer ilgili madde düzenlemeleri bağlamında, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesini sınırlı ve dar biçimde yorumlayabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesini sınırlı ve dar biçimde yorumlamak suretiyle gösterdiği temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı konumunun tartışıldığı bir çalışma örneği için bakınız: Selda Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, ss. 43-86, 2012.

[972] Böylece açıklanan ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi de, "…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 ayrım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde devlet ve işverenlerce yararlandırılmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, temel bir hak..." olarak tanımlanmıştır. Ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi ve yükümlülüğü hakkında daha geniş bilgi için bakınız: Gülmez, a.g.m.,, s. 221 vd.

[973] 10. maddenin birinci fıkrasındaki ayrım gözetilmemesine yönelik ibare, "ayrımcılık yasağının bir ifadesi"; dördüncü fıkrasındaki, "imtiyaz yasağı" ise "ayrımcılık yasağının bir görünümü" olarak da yorumlanmıştır. İlgili çalışmanın tamamı için bakınız: Çiğdem Sever, "Kamu Denetçiliği Kurumu'nun İki Tavsiye Kararı Üzerinden Eğitim Hizmetlerinde İdarenin Farklı Muamele Yükümlülüğünü Düşünmek", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 117, 2016, ss. 38-49. İlgili maddenin içeriğinin

devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymaları gerekliliğini düzenleyen son fıkrası da yine ilgili maddenin eşitlik ilkesi yanında ayrımcılık yasağını içerdiğini gösterir. 10. maddenin gerekçesinde de "kanun önünde eşitlik" vurgulu ifadeler tercih edilmişse de devlet organları ve idari makamlarının faaliyetlerini "ayırım yapmadan" yürütmek zorunda oldukları da vurgulanmıştır[974]. Netice itibariyle, ilgili maddenin metni ve gerekçesi itibariyle, sadece ilkesel anlamda eşitlikle sınırlı olmaksızın, taraflara somut yükümlülükler yükleyen bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi de kararlarında, 10. maddenin eşitlik ilkesine ya da ayrımcılık yasağından birine özgülenmiş olduğu yönünde karar vermek yerine, iki kavramı birbiri yerine kullanmıştır. Bu durum her ne kadar kavram karmaşına yol açar nitelikteyse de Mahkeme'nin 10. maddenin kapsadığı eşitlik ilkesinin niteliğine ilişkin yaptığı tespitleri, 10. maddenin ayrımcılık yasağını da içerdiği yorumunu mümkün kılmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında 10. maddede yer verilen eşitlik ilkesini, "soyut bir ilke" değil "somut bir ölçü norm" olarak kabul ettiğini belirtmiş[975]; başka bir kararında da eşitlik ilkesini nesnel ve makul dayanağın yokluğunda aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmasını gerektiren bir ilke olarak ayrımcılık yasağına benzer şekilde tanımlamıştır[976]. Anayasa Mahkemesi böylece somut bir ölçü norm

---

ayrımcılık yasağını da kapsadığını gösteren bu ifadeleri, 10. maddenin ayrımcılık yasağını ilişkin kapsamını belirleyen ifadeler olarak da yorumlanabilir. Bu doğrultuda da, madde düzenlemesinin ayrımcılık yasağına ilişkin kapsamının toplumdaki dezavantajlı kişi ya da kişi gruplarının zararına olacak davranışı engellemek odaklı ayrımcılık yasağı yanında; bir kişi ya da kişi grubunun yararına olacak davranışı da ayrımcılık yasağı bağlamında yorumlamayı mümkün kıldığını söylemek yanlış olmaz.

[974] 10. maddenin 1982 Anayasası'nın Danışma Meclisi tarafından kabul edilen metnindeki altıncı maddedeki düzenlemeye denk gelen metnin gerekçesi şöyledir: "6'ncı madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabiî bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idarî makamlar içinde bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idarî makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar." Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), (2019), Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu (Haz.), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf (Erişim Tarihi: 13.09.2020).

[975] Anayasa Mahkemesinin, 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 441. maddesinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı gerekçesiyle iptali istemi üzerine verdiği iptal kararı kapsamında ortaya koyduğu ilgili yorumu için bakınız: AYM, E.1996/15, K.1996/34, Karar Tarihi: 23.09.1996.

[976] AYM, İhsan Asutay Başvurusu, B. No: 2012/606, Karar Tarihi: 20.02.2014, Para. 49; AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, B. No: 2013/7063, Karar Tarihi: 05.11.2015, Para. 43. Anayasa Mahkemesi'nin

olarak nitelendirdiği eşitlik ilkesinin, "anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer" taşıması gerekçesiyle de esasen ayrımcılık yasağının etkili bir şekilde hayata geçirilmesine temel teşkil ettiği tespitinde de bulunmuştur[977].

10. maddenin bu doğrultuda bireyler için "eşit işlem görme" ya da "ayrım gözetilmemesini isteme" hakkını doğurduğundan da bahsedilebilirse de, 10. maddenin Anayasa'nın "Genel esaslar" başlığını taşıyan ilk bölümünde düzenlenmesi öngörülen ayrımcılık yasağının bir devlet yönetimi ilkesi olarak okunmasını da mümkün kılar[978]. 10. maddenin son fıkrasında devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymaları gerekliliğinin öngörülmesi de, ayrımcılık yasağının devlet organları ve idare makamları için "anayasal bir buyruk" anlamını taşıdığını gösterir[979]. Anayasanın 10. maddesi, Anayasanın Başlangıç

---

eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramlarının anlamlarını belirginleştirerek ayırması ve özellikle bireysel başvuru yoluyla önüne gelen başvurularda AİHM'in inceleme yönteminde olduğu gibi ayrımcılık yasağı kavramsallaştırması üzerinden inceleme yapmasının daha doğru olacağı da belirtilmiştir. İlgili yorum ve Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramlarını bir arada ve belirgin şekilde ayırmaksızın kullandığı bazı karar örnekleri için bakınız: Karan, a.g.e., s. 78-79.

977 AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, B. No: 2014/256, Karar Tarihi: 25.06.2014, Para. 108; AYM, Hüseyin Kesici Başvurusu, B. No: 2013/3440, Karar Tarihi: 20.04.2016, Para. 53.

978 1961 Anayasası'nın "Eşitlik" başlıklı 12. madde düzenlemesine ise "Temel haklar ve ödevler" başlığını taşıyan İkinci Kısım kapsamında yer verilmiştri. Bu açıdan 1961 Anayasası tarafından öngörülen eşitlik ilkesi, bu ilkeden yararlananların temel hakkı olarak okunmaya daha uygundur. Bakınız: Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 137 vd.

979 Bu sebeple, hem kanun uygulayıcılarını, yani idare makamlarını; hem de kanun koyucuyu yani yasama organını maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının muhatabı saymak gerekir. Ayrımcılık yasağı üzerine yapılan bu açıklamalarda 10. maddenin öngördüğü eşitlik ilkesinin bir devlet ilkesi oluşu hakkında yapılan açıklamalardan yararlanılmıştır. 10. madde kapsamında öngörülen eşitlik ilkesine ilişkin açıklamaların bütünü için bakınız: Özbudun, a.g.e. 10. madde, Anayasa'nın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11. maddesinin ilk fıkrasındaki *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."* şeklinde ifade edilen anayasal bağlayıcılık düzenlemesi ve yine 11. maddenin ikinci fıkrasındaki *"Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."* ifadesiyle birlikte değerlendirildiğinde ayrımcılık yasağıyla ilişkili yükümlülüklerin muhataplarını belirginleştirmek de kolaylaşır. Buna göre, öncelikle devletin yasama, yürütme ve yargı olmak üzere tüm organlarının, ayrımcılık yasağına uymak ve yine ayrımcılık yasağına uymakla yükümlü devlet organları haricindekilerin de ayrımcılık yasağına uymalarını gözetmek yönünde yükümlülük sahibi olduğu söylenebilir. Bu doğrultuda, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenleme bulan ayrımcılık yasağının kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda özel hukuk kurallarını destekleyici bir "yorum ölçütü ve kaynağı olmak anlamına gelen dolaylı yatay etkiden ziyade, kişiler arasındaki ilişkilere doğrudan uygulanabilirliğe ilişkin doğrudan yatay etkiye sahip olduğunu da belirtmek gerekir. Bu kapsamda, literatürde de, Anayasadaki ayrımcılık yasağının doğrudan yatay etkiye sahip olduğu yönündeki kabulün kaynağı, Anayasa'nın 11. maddesi olarak gösterilmiştir. Bakınız: Bülent Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul, May Yayınları, 1978, s. 255, 256. Başka bir çalışma kapsamında da, Anayasadaki ayrımcılık yasağının doğrudan etkisinin, 10. ve 11. madde yanında Anayasa'nın ["Cumhuriyetin Temel Organları" adlı Üçüncü Kısmındaki "Yargı" başlıklı Üçüncü Bölüm'ünde düzenlenen "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı] 138. maddesine de dayandığı belirtilmiştir. Bakınız: Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi

Metni'ndeki ilkelerle beraber okunduğunda da ayrımcılık yasağının Anayasa metninde de yer almakla bir devlet ilkesi olarak güçlendirildiğini söylemek mümkündür[980]. Başlangıç Metni'nde yer verilen "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince…" yararlanabileceğine ilişkin ifade bu anlamda eşitlik ilkesinin bir devlet ilkesi olarak kabul etmeyi sağlarken; ayrıca 10. madde düzenlemesinin öngördüğü ayrımcılık yasağıyla ulaşılmak istenilen eşitlik anlayışı hakkında yapılacak yoruma da genişlik kazandırır.

Başlangıç Metni'nde geçen "eşitlik ve sosyal adalet gereklerince" vurgusu 10. maddenin sadece şekli eşitlik anlayışıyla sınırlı olmayıp; eşitliğin hukuki yönü yanısıra sosyal yönüyle de ilişkili bir eşitlik anlayışı olan maddi eşitlik anlayışını da kapsar biçimde yorumlanmasına imkân sağlar[981]. 10. maddenin Başlangıç Metni'nde geçen sosyal adalet ve sosyal hukuk devleti ilkeleriyle birarada değerlendirilmesiyle Anayasanın "sosyal eşitsizliklerin giderilmesi ya da hafifletilmesi" amacını da kapsayan bir anlayışı benimsediği söylenebilir ki bu da 10. madde bağlamında benimsenen eşitlik anlayışının da ilgili fıkralarda geçen "kanun önünde eşitlik" ifadesinin karşılığı olan *şekli eşitlik* anlayışıyla sınırlı biçimde yorumlanmasını da yetersiz kılar[982]. Bu anlamda, 10. madde kapsamındaki eşitlik anlayışını, sadece genel ve soyut nitelikli kanunların herkese eşit olarak uygulanması anlamına gelen şekli hukuki eşitliği değil; ilgili kanunları genel ve soyut nitelikleri yanında içerikleriyle birlikte değerlendirerek benzer

---

Yayınları, 1982, s. 106 vd.. Bu tespitlerden hareketle ayrımcı davranan kişi bakımından bir ayrım öngörmeyen 10. madde, 11. ve 138. madde ile birlikte değerlendirilerek ayrımcılık yasağı açısından doğrudan yatay etkinin geçerli olduğu da ifade edilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.m., 2015, s. 253-254. Anayasa'nın ayrımcılık yasağı konusunda da doğrudan yatay etkiye sahip olduğu yönündeki kabuller, 11. maddenin ikinci fıkrasında ayrıca yasa koyucunun anayasada geçen ilkelere aykırı bir şekilde kanuni düzenleme yapamayacağı yönündeki düzenlemeyle birlikte değerlendirildiğinde de; devletin ayrımcılık yasağına ilişkin anayasal yükümlülüklerini de hem kanun düzeyinde ayrımcılık yasağına uygun düzenlemeler yapmak, hem de bu kanunların hem kamu hem de özel hukuk ilişkilerinde ayrımcılık yasağına uygun biçimde işlemesini gözetmek olarak kısaca özetlemek mümkündür.

[980] Başlangıç Metni'ndeki ilkeler doğrudan uygulanabilirlik niteliğine sahip değildir; Anayasa'daki maddelerin yorumlanmasında kullanılırlar. Bu doğrultuda Başlangıç Metni'nin özellikle 5. ve 6. Paragrafları, "Anayasa'nın eşit muamele ile ilgili hükümlerinin" yorumlanmasında önem taşır. Konuya dair daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Levent Korkut, Ayrımcılık Karşıtı Hukuk, Ankara, Adres Yayınları, 2009. Anayasa'nın 10. maddesinin Başlangıç Metni'yle birlikte okunmasıyla bir devlet ilkesi nitelikli görünüm alması hakkında farklı görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Gülmez, a.g.m., s. 231-233.

[981] Öden, a.g.e., s. 199.

[982] Alıntılanan çalışmada şekli eşitlik ifadesi yerine, şekli eşitlik ile aynı anlama gelecek şekilde biçimsel eşitlik ifadesi kullanılmıştır. Bakınız: Gülmez, a.g.m., s. 232.

durumdakilere benzer davranmayı, yani maddi hukuki eşitliği de, kapsar genişlikte kabul etmek gerekir[983]. Anayasa Mahkemesi de kanun önünde eşitlikle herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olmasından çok, benzer koşullara sahip olanlara ve özdeş nitelik taşıyan durumlara aynı işlemin uygulanmasının sağlanması amacının güdüldüğünü belirterek; bir anlamda kişilerin özgül durumlarını da göz önüne alma gereğini göstermiştir[984]. Anayasa Mahkemesi, başka bir kararında da 10. maddenin aynı durumdakilere ayrı kuralların uygulanmasıyla kanun önünde eşitliğin ihlalini yasakladığını, ancak kişi veya topluluklara durumlarındaki özellikler gereğince değişik kuralların uygulanabileceğini belirtmiş; böylece farklı durumdakilere farklı kuralların uygulanmasıyla eşitlik ilkesinin zedelenmeyeceğini vurgulamıştır[985]. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili içtihatları da göz önüne alınarak, 10. maddeyle öngörülen eşitlik anlayışının farklı durumdakilerin eşitlik arayışına da imkân tanıdığı ve bu eşitlik arayışının sadece hukuken değil, gerçekte eşitlik arayışına da genişletilebileceği sonucuna varılabilir.

Nitekim 2004'te 10. maddeye eklenen mevcut ikinci fıkradaki *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir."* düzenlemesini takiben, 2010'da eklenen ve kadın-erkek eşitliğinin *"yaşama geçmesini"* sağlamaya ilişkin olan düzenlemenin de cinsiyet eşitliğini gerçek durum itibariyle, başka bir deyişle fiilen sağlamak adına cinsiyet temelinde alınabilecek tedbirlere cevap veriyor oluşu da, ilgili maddenin eşitliğin gerçek durum itibariyle sağlanmasını öngören maddi eşitlik anlayışını da kapsadığını

---

[983] Maddi hukuki eşitlik, "…kişiler arasındaki eşitsizliklerin dikkate alınmasını ve gerçekte eşit durumda olanlara eşit, eşit durumda olmayanlara ise eşitsizlikleri ölçüsünde eşitsiz veya farklı davranılmasını" gerektirir. Bakınız: Öden, a.g.e., s. 190. Bu anlamda, şekli hukuki eşitliğin ötesindeki maddi hukuki eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için, "aynı durumdakilere haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu" üzerinden değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bakınız: Özbudun, a.g.e., s. 138.

[984] Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası yürürlüğe girmeden önceki bir tarihte verdiği ilgili kararı için bakınız: AYM, E.1976/3, K.1976/23, Karar Tarihi: 13.04.1976. İlgili karar 1961 Anayasası'nın, 1982 Anayasasıyla benzer düzenlemeleri üzerinden verildiği için Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen ifadelerini 1982 Anayasası kapsamında da geçerli kabul etmek mümkündür.

[985] Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu kapsamında kooperatiflere özgü işbölümü bağlamında farklı işlev ve statülere sahip kurumlar olarak düzenlenen yönetim kurulu ile denetim kurulunun eşitliği üzerine tartıştığı ilgili kararının bütünü için bakınız: Anayasa Mahkemesi GK, E. 2012/134 K. 2013/34, Karar Tarihi: 28.02.2013

gösterir[986]. Benzer şekilde yine 2010'da ilgili maddeye ek fıkra olarak eklenen ve "çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler" şeklinde sayılan kişi gruplarının eşitliğe ulaşmaları amacı doğrultusunda alınacak tedbirlerin de eşitliğe aykırı olmayacağına ilişkin düzenlemeyi de, herkesin eşit olduğu kabulüyle herkese eşit davranışı öngören şekli eşitliğin ötesindeki, gerçekte eşitliği hedefleyen maddi eşitlik anlayışının 10. madde kapsamında varlığını anlatan başka bir gösterge saymak mümkündür[987]. Ancak üçüncü fıkradaki sayılan kişi grupları için alınacak tedbirlerin ayrımcılık yasağına aykırılık doğurmayacağına ilişkin düzenlemenin, ikinci fıkradaki cinsiyet eşitliğine ilişkin düzenlemeden farklı olduğunu da belirtmek gerekir. Farklılık, ikinci fıkrada devletin kadın-erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesi için yükümlü kılınmasına karşılık; üçüncü fıkrada sayılan kişi gruplarına yönelik alınacak tedbirlerin devletin takdirine bırakılması kaynaklıdır[988]. Bu açıdan bakıldığında, üçüncü fıkradaki düzenlemeyi eşitliği gerçek durum itibariyle ya da fiilen sağlama amacındaki, başka bir ifadeyle maddi eşitliği sağlamaya yönelik bir düzenleme olarak yorumlamaktan ziyade maddi eşitliğe imkân tanıyan bir düzenleme olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır. Böylece 10. madde kapsamında şekli eşitlik anlayışıyla sınırlı olmaksızın maddi eşitliği sağlamaya da imkân tanıyan bir ayrımcılık yasağı öngördüğü sonucuna varılabilir.

---

[986] 10. maddenin ikinci fıkrasındaki cinsiyet eşitliğiyle ilgili düzenleme, madde kapsamında genel anlamda mevcut olan "varsayımsal eşitlik" fikrinden ayrılan yegane düzenleme olarak nitelendirilmiş ve sadece bu düzenlemenin devleti, takdir hakkı da olmaksızın, gerçek hayatta da eşitliği sağlama yönünde yükümlü kıldığını belirtilmiştir. Bakınız: Gül, a.g.m., 2012, s. 128. Benzer şekilde 2004 yılında madde kapsamına eklenen kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenleme ile 2010 yılında eklenen düzenleme, şekli eşitlik anlayışının ötesinde maddi eşitliğin sağlanmasına yönelik düzenlemeler olarak açıklanmıştır. İlgili açıklamalar için bakınız: Sever, a.g.m., 2016 s. 39. Ayrıca Bakınız: Çağlar, a.g.m., 2012, s. 49-50.

[987] Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasındaki ifade gereğince, devletin engelli bireylere yönelik kolaylaştırıcı imkânlarla ilgili olarak devletin ek yükümlülüklerinden bahsetmiş ve devletin bu bağlamda sunacağı kolaylaştırıcı imkânlar ile alacağı tedbirlerin "aynı hukuki durumda bulunan diğer bireyler bakımından ayrımcılık" sayılmayacağını belirtmiştir. İlgili karar için bakınız: AYM, Mehmet Bayrakçı Başvurusu, B. No: 2014/8715 Karar tarihi: 05.04.2018, Para. 67. Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında alınabilecek "tedbir"lerin geçici özel önlemler ya da makul uyumlaştırma kapsamında uygulama bulacağı söylenebilir. Ayrımcılık yasağı hukuku çerçevesinde, dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında birer araç olarak kabul edilen ve maddi eşitlik anlayışı dahilindeki birer kavram olmaları sebebiyle dolaylı ayrımcılıktan ayırt etmek üzere incelenen, geçici özel önlemler ve makul uyumlaştırma hakkında bilgi için çalışmanın ilk bölümünün *"1.2.1.2.1. Geçici Özel Önlemler"* ve *"1.2.1.2.2. Makul Uyumlaştırma"* başlıkları altında yapılan açıklamalara bakınız.

[988] 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme kapsamında sayılan kişi grupları, mevcut iç hukuk düzenlemeleri itibariyle devletin sosyal yardım ve sosyal hizmet sunmakta olduğu kişi gruplarıdır. Bu anlamda ilgili düzenlemeyi bir "pozitif ayrımcılık" düzenlemesi olmaktan çok; belirtilen kişi gruplarına sunulan sosyal yardım ve sosyal hizmetlerin "ayrıcalık" olarak görülmesinin önlenmesine yönelik bir düzenleme olarak görmek mümkündür. Bakınız: Gül, a.g.m. 2012, s. 128-129.

İlgili maddenin benimsediği eşitlik anlayışı sadece şekli eşitlikle sınırlı olmadığı gibi, maddeyle öngörülen ayrımcılık yasağının da sadece belirli bir tür ayrımcılığı yasaklamakla sınırlı olduğu söylenemez. Esasen 10. maddenin metni itibariyle de maddeyle öngörülen ayrımcılık yasağının farklı ayrımcılık biçimlerini kapsar şekilde yorumlanmasını engelleyen bir ifade yoktur[989]. Bu doğrultuda, her ne kadar 10. maddede farklı ayrımcılık biçimlerine yer verilmemişse de, maddenin dolaylı ayrımcılığı da yasakladığından bahsedilebilir[990]. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, ayrımcılığı sadece farklı davranıştan kaynaklanır biçimde doğrudan ayrımcılıkla sınırlı olarak yorumlamamış; bir uygulama ya da politikanın uygulanması sonucunda ortaya çıkan olumsuz, bu anlamda farklı etkinin de ayrımcılığa yol açabileceğini onaylayan tespitleriyle dolaylı ayrımcılık yasağının da 10. maddeyle öngörülen ayrımcılık yasağı bağlamında görülebileceği yorumunu mümkün kılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 10. maddeyle öngörülen ayrımcılık yasağına dolaylı ayrımcılığın da dahil olduğunu gösteren ifade ve tespitlerini, bireysel başvuru usulüyle önüne gelen başvurulara ilişkin incelemesinde ortaya koymuştur[991]. Anayasa

---

[989] Bu noktada Anayasa'nın 10. madde düzenlemesi AİHS'in ayrımcılığı yasaklayan ancak öngörülen ayrımcılık yasağını belirli bir ayrımcılık biçimiyle sınırlamayan düzenlemeleriyle benzerlik gösterir. Karşılaştırma için yukarıda İkinci Bölüm kapsamında *"2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız. Aynı yönde bir görüş için bakınız: Karan, a.g.e., s. 303.

[990] Anayasa'nın 10. maddesinin, doğrudan ayrımcılık yanında, dolaylı ayrımcılığı da yasakladığı yönündeki çeşitli açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 303; Kadriye Bakırcı "Alternatif" Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla 'Alternatif' İş Hukukuna Doğru" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 31(140), 2019, s. 379.

[991] Anayasa Mahkemesi, norm denetimi kapsamında dolaylı ayrımcılık kavramına değinmemiş ve dolaylı ayrımcılık yasağı çerçevesinde bir inceleme yapmamışsa da; birkaç kararında dolaylı ayrımcılık kavramına dair ifadelerde bulunmasına rağmen incelemesini dolaylı ayrımcılık yasağı bağlamında yürütmediği görülebilir. Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen milli savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçlarından hapis cezasına mahkum olanların bazı meslekleri icra edemeyeceklerini düzenleyen ilgili meslek kanunlarındaki düzenlemelerin, Anayasa'nın ikinci maddesinde düzenleme bulan hukuk devleti ilkesine aykırılığıyla ilgili itirazlar kapsamında, örneğin vicdani retçi bir kişinin, milli savunmaya karşı suçlardan olan TCK m. 318'de düzenlenen halkı askerlikten soğutma suçunu işlemesi halinde TCK'da belirtilen süreler geçmesine rağmen, muhasebecilik, yeminli müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik yapamamasını görünüşte tarafsız olan bir kuralın din veya inanç temelinde yarattığı olumsuz etki bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağı çerçevesinde inceleyebilecekken incelememiş; ancak yine de söz konusu kuralları Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli meslek gruplarıyla ilgili olarak bazı kişi grupları için olumsuz etki taşıması sebebiyle ayrımcılık yaratabilecek düzenlemeleri iptal ettiği ilgili kararı için bakınız: AYM, E.2008/17, K.2010/44, Karar Tarihi: 25.02.2010. Anayasa Mahkemesi yine norm denetimi kapsamında 2001 tarih ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un

Mahkemesi, orantısız veya olumsuz etkinin de ayrımcılığa yol açabileceğinden ilk kez bireysel başvuru usulü kapsamındaki ilk ayrımcılık yasağı ihlali kararında bahsetmiştir. Kararda, dini inancı gereği duruşmalara türbanla katılmak isteyen başvurucunun ilgili talebinin İlk Derece Mahkemesi Hakimi tarafından tüm kadın avukatlara uygulanan başı açık biçimde duruşmalara katılma kuralı sebebiyle reddedilmesinin "farklı durumda olan kişilere aynı muamele" anlamına geldiği belirtilmiş ve başvurucuya uygulanan farklı muamele de "belirli bir kişiyi veya kişi grubu üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkileyen" bir muamele olarak nitelendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi ilgili farklı muamelenin, uygulanması sonucunda ortaya çıkan etkisi sebebiyle ayrımcılık teşkil ettiği gerekçesiyle de ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır[992]. Anayasa Mahkemesi, yine bireysel başvuru usulü kapsamında önüne gelen başka bir başvuruda da, belirli suçlar için denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmaması temelinde öngörülen farklı bir ceza politikasının, kişileri "ayrımcı bir şekilde etkilemesi halinde" Anayasa'nın 10. maddesiyle öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebileceğine dikkat çekmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilgili başvuru hakkında her ne kadar ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmamışsa da; bir ceza politikasının ortaya çıkardığı etki itibariyle ayrımcılık yasağına aykırılık doğurabileceğinden bahsederek, ayrımcılık yasağına aykırılığın sadece "farklı muamele" üzerinden gündeme gelmeyeceğini onaylamıştır[993].

---

10. maddesi ile devam eden evliliklerde mal rejimi tasfiyesinin ikiye ayrıldığı ve 01.01.2002 tarihinden önce edinilen mallar için mal ayrılığı rejiminin, bu tarihten sonraki dönem için paylaşımlı mal rejiminin uygulanacağı ilkesi getirilerek tasfiye sürecinde Anayasanın 10. maddesi ile belirlenen eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı iddiası üzerine yaptığı incelemede, kadınları erkeklere göre daha orantısız biçimde etkileyeceği açık olan bu durum hakkında da dolaylı ayrımcılık değerlendirmesi yapmadığı için, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık tespit etmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin meslek gruplarıyla ilgili olan yukarıdaki kararı ile E.2006/37, K.2008/141 ve E. 2006/76, K.2008/142 sayı ve 18.09.2008 tarihli kararlarıyla ilgili açıklamaların devamı için bakınız: Karan, a.g.e., s. 304. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulünün kabul edilmesiyle, AYM'nin uluslararası insan hakları hukuku yanında AB direktifleri ile de öngörülen dolaylı ayrımcılık kavramını benimsemesi ve geliştirmesiyle, ayrımcılık yasağı konusunda "önemli bir sıçrama" yaratacağı da düşünülmektedir. Bknz: Karan, a.g.e., s. 305.

[992] Anayasa Mahkemesi'nin AİHM'in D.H. v. Çek Cumhuriyeti kararına da atıfta bulunduğu ilgili kararında, olumsuz etkinin, "…başvurucunun kişisel tercihi olan bir dinsel davranışı açığa vurması, başka bir deyişle başvurucunun "*kişisel niteliği*" sayılması gereken dinin emirlerini yerine getirme arzusunun dışa vurum davranışı olan başörtüsü kullanması sebebiyle" ortaya çıktığını belirtmiştir. AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, B. No: 2014/256, Karar Tarihi: 25.06.2014, Para. 115-116.

[993] Anayasa Mahkemesi, yine AİHM'in Gerger v. Türkiye kararına atıfta bulunduğu bu kararında ilgili politikayla kişi ya da kişi grupları arasında değil, farklı suç türleri arasında ayrım yapıldığını ve bu sebeple hem ayrımcılık hem de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varmıştır. İlgili karar için bakınız: AYM, İbrahim Uysal Başvurusu, B. No: 2014/1711, Karar Tarihi: 23.07.2014, Para. 48 vd.

Anayasa Mahkemesi her ne kadar ilgili kararlarında dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağını açıkça kullanmamışsa da; Mahkeme'nin ayrımcılığın sadece farklı davranışın kendisinden kaynaklanmayacağı, farklı davranışın yol açtığı olumsuz etkinin de ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edebileceğini onaylamasıyla, dolaylı ayrımcılık incelemelerinin önü açılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin cinsiyet temelinde farklı bir uygulama öngören uygulamayı, cinsiyet temelinde farklı bir davranış olarak incelemek yerine, gerçekte olana atıfla cinsiyet temelinde gündeme gelen olumsuz etki yaratan farklı davranış olarak incelediği başka bir kararı da, yine ayrımcılığın etki temelli boyutuyla ilgili incelemeyi geliştiren bir karardır[994]. Karara konu olayda boşanma sonrasında müşterek çocuğun velayeti kendisine verilen başvurucu, çocukla kendisinin soyadlarının farklı olması nedeniyle manevi açıdan zorluk yaşadığını belirtmiş ve velayeti kendisinde olan çocuğun soyadını değiştirememesinin, babanın soyadı konusundaki belirleyici faktör olması karşısında ayrımcılık teşkil ettiğini iddia etmiştir[995].

AYM, çocuğun soyadına ilişkin belirlemede babanın soyadını esas alan ilgili mevzuat kapsamında, çocuğun boşanma sonrasında velayetinin anneye verilmesi halinde soyadı konusundaki uyarlamaya dair bir düzenlemenin mevcut olmaması ve çocuğun reşit olduğunda ilgili kanun düzenlemeleri uyarınca soyadını değiştirilebilecek olması sebebiyle, kadın ve erkek arasında "farklı muamele" öngörüldüğüne dikkat çekmiş[996] ve bu anlamda da özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağına aykırılığın mevcut olduğuna karar vermiştir. AYM ilgili kararında, incelemesini kadın ve erkek arasındaki farklı muameleden kurmuş ve ilgili farklı muamelenin babanın çocukla ilişkisinin anne ve çocuk arasındaki ilişkiye göre zayıf olması ve bu nedenle de nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarın

---

[994] AYM, Ayten Yıldırmaz Başvurusu, B. No: 2014/1826, Karar Tarihi: 20.07.2017.

[995] Başvurucu iddiasını Anayasa'nın 10. ve "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddeleri üzerinden kursa da (Para. 23); AYM başvuruyu Anayasa'nın 10. ve "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddeleri bağlamında incelemiştir (Para. 28).

[996] Medeni Kanun'un 321. maddesine göre evlilik birliği içinde doğmuş olan bir çocuk babanın soyadını taşıyacak ve çocuğun soyadını değiştirmesi ancak reşit olduğunda Medeni Kanun'un 27. maddesi uyarınca değiştirilebilecektir. AYM'ye göre kadın için çocuğun soyadını değiştirme hususunda hiçbir imkân tanımayan uygulama ölçülü değildir. Başvuruya konu olay bağlamında, çocuğun soyadına ilişkin uygulamaya dair açıklamalar için bakınız: AYM, Ayten Yıldırmaz Başvurusu, Para. 47 – 50.

sağlanması hususunda çocuğun ya da kamunun açık bir menfaati olmadığı dolayısıyla haklı gerekçeye sahip olmaması sebebiyle ayrımcılık yasağına aykırılık doğurduğu hususundan hareket etmiştir.

Karar her ne kadar tespit edilen ayrımcılık biçiminin, farklı davranış kaynaklı ayrımcılık biçimi olan doğrudan ayrımcılık olduğu izlenimini veriyorsa da; kararı, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık çerçevesinden de ele almak mümkündür. Nitekim, AYM, farklı davranış niteliğindeki uygulamayı gerçekte yaşananla bağlantılı olarak, başka bir deyişle nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarın sağlanması hususunda çocuğun ya da kamunun açık bir menfaati sebebiyle görünüşte kadın ve erkek arasında ayrım yaratmayan bir uygulamanın gerçekteki etkisine odaklanarak incelemiş ve bu doğrultuda da uygulamanın kadın nezdinde erkekle karşılaştırıldığında daha olumsuz etki yaratan niteliği üzerinden değerlendirmesini yapmıştır. Bu değerlendirme yöntemi de, AYM'nin doğrudan ayrımcılıktan çok, esasen görünüşte cinsiyet temelli ayrımcılık yaratmayan bir uygulamanın gerçekte belirli bir grup üzerinde diğer grupla karşılaştırıldığında yarattığı olumsuz etki üzerinden gündeme gelen dolaylı ayrımcılıkla ilgili bir inceleme yaptığını anlatır[997].

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru usulü kapsamında verdiği bahsi geçen kararlarında dolaylı ayrımcılık kavramını ve dolaylı ayrımcılık yasağını açıkça kullanmamışsa da, ayrımcılığın etki veya sonuç itibariyle gündeme gelen biçimini tartışması dolayısıyla, bu incelemeleri dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin olarak kabul etmek gerekir[998]. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulü kapsamında 10. maddeyle ilişkili olarak yapılan başvurular bağlamında dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağı ifadelerine açıkça sadece bir karşı oy görüşünde yer

[997] AYM, ilgili kararında incelemesini dolaylı ayrımcılık yasağı bağlamında yürütmediği ve kararda tespit ettiği ayrımcılık biçimini de dolaylı ayrımcılık olarak belirlemediği için, Yargıtay'ın ilgili daireleri de konuyla ilgili kararlarında dolaylı ayrımcılık yasağı bağlamında bir inceleme yürütmemişlerdir. Yargıtay'ın AYM'nin yukarıda incelenen kararına atıfla, ortak çocuğun soyadının davacı annenin kızlık soyadı ile değiştirilmesine yönelik dava kapsamında çocuğun üstün yararının tesisinde olumsuz etki yaratılmaması adına annenin soyadının çocuğa verilebileceğine hükmettiği kararları için bakınız: Yargıtay 2. HD, E. 2017/1097, K. 2018/12772, Karar Tarihi: 12.11.2018; Yargıtay 2. HD, E. 2020/2674, K. 2020/3825, Karar Tarihi: 16.09.2020.

[998] Anayasa Mahkemesinin ilgili kararlarıyla, dolaylı ayrımcılık kavramının AYM içtihatlarındaki gelişimini başlatmak mümkündür. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 305.

verilmiştir. İlgili görüş Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nca başvurucunun özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa uğradığı iddiasını kabul edilmeyerek, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği yönünde vardığı karara karşı verilmiştir[999]. Bu karşı oy görüşünde öncelikle cinsel yönelim temelli dolaylı ayrımcılığı yasaklayan uluslararası hukuka da dikkat çekilmiş ve devletlerin dolaylı ayrımcılığa karşı etkili korumayı sağlama gerekliliğinden bahsedilmiştir[1000].

Başvurucunun özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak cinsel yönelim temelli ayrımcılığa uğradığı iddiasının Genel Kurul kararının aksine incelenebilir bulunduğu karşı oy görüşünde[1001], başvuruya konu olay kapsamında, başvurucunun cinsel yönelimi nedeniyle mesleki hayatı kapsamında karşılaştığı sınırlandırmaların özel hayata saygı hakkı bakımından "olumsuz etkiler" yaratabildiği hususuna da işaret edilmiş ve böylece dolaylı ayrımcılık biçiminin etki unsuruna göndermede bulunulmuştur[1002]. Başvurucunun "aynı veya benzer konumda olan emsallerinden farklı olarak" karşı karşıya kaldığı muamelenin farklı muamele niteliği taşıdığı ve cinsel yönelim temelinde yapılan farklı muamelenin de Amerika'da ırk ayrımcılığını meşru göstermek üzere kullanılan "ayrı ama eşit *(seperate but equal)*" ifadesiyle meşrulaştırılamayacağı, zira eşitliğin "herkesin aynılaştırılmasını değil insan deneyiminin çeşitliliğini yansıtan farklılıkların kabulü ve bu farklılıkların dışlama, ötekileştirme, damgalama, cezalandırma ve marjinalleştirme temeli olmaması" anlamını taşıdığı da belirtilerek başvurucunun ayrımcılığa uğradığı tespitine varılmıştır[1003]. Karşı oy görüşünde dolaylı ayrımcılığın uluslararası hukuktaki yerine dikkat çekilmesi ile olumsuz etki unsuruna göndermede bulunulması sebebiyle, ihlal edildiği sonucuna varılan ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Karşı oy görüşünde,

---

[999] İlgili Anayasa Mahkemesi Genel Kurul kararı ile Engin Yıldırım'ın karara karşı oy görüşü için bakınız: AYM, Z. A. Başvurusu, B. No. 2013/2928, Karar Tarihi: 18.10.2017

[1000] Karşı oy görüşünün "Uluslararası Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında Cinsel Yönelim Ayrımcılığı" başlıklı kısmında, Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadelede Alınacak Önlemler" konusunda aldığı 2010 tarihli Tavsiye Kararı kapsamındaki, üye devletlere tavsiye edilen "lezbiyen, gey, biseksüel ve trans (LGBT) kişilerin insan haklarından tam olarak yararlanabilmesi için özel eylem gerekliliğinden bahisle, üye devletlere cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın izlenmesi ve tanzim edilmesi için var olan yasal ve diğer önlemleri incelemek, gözden geçirmeyi sürdürmek, ilgili verileri toplamak ve analiz etmek" görevinden bahsedilmiştir. AYM, Z. A. Başvurusu, B. No. 2013/2928, Engin Yıldırım, Karşı Oy Görüşü, Para. 10.

[1001] AYM, Z. A. Başvurusu, B. No. 2013/2928, Engin Yıldırım, Karşı Oy Görüşü, Para. 23.

[1002] AYM, Z. A. Başvurusu, B. No. 2013/2928, Engin Yıldırım, Karşı Oy Görüşü, Para. 29.

[1003] AYM, Z. A. Başvurusu, B. No. 2013/2928, Engin Yıldırım, Karşı Oy Görüşü, Para. 51-58.

farklılıkların "dışlama, ötekileştirme, damgalama, cezalandırma ve marjinalleştirme" eylemleri ile toplum nezdinde yaratılabilen niteliğine değinmek suretiyle ayrımcılığın yapısal niteliğine dikkat çekilmesiyle de bir anlamda, dolaylı ayrımcılık yasağının maddi eşitlik arayışında etkili bir hukuki araç olma potansiyeline işaret edildiği sonucuna varılabilir[1004].

Nihayetinde 1982 Anayasasının 10. madde düzenlemesinin maddi eşitliği sağlamaya da imkân verir biçimde benimsediği eşitlik ilkesi ile bu doğrultudaki dolaylı ayrımcılık biçimini de içeren ayrımcılık yasağının, kişi ve konu bakımından kapsamını da geniş biçimde yorumlamak mümkündür. Buna göre öncelikle maddedeki eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının *"herkes"* için öngörülmüş olması, düzenlemenin kişi bakımından kapsamını geniş kılar ve hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsayan bir koruma sağlar[1005]. Bunun yanısıra ayrımcılık temellerinin *"ve benzeri sebepler"* ifadesiyle desteklenerek sınırlanmaması da, ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu bir yaklaşımın benimsendiğini gösterir[1006]. Bu doğrultuda, toplumdaki

---

[1004] 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 153. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen "gayrî tabiî mukarenette bulunmak" şeklinde belirtilen suçu işlediği iddia edilen bir kişi hakkında açılan kamu davasına bakan Mahkeme'nin, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısıyla AYM'ye ilgili kuralın iptali istemine ilişkin başvrusundaki karşı oy görüş yazısında da yine cinsel yönelim temelli ayrımcılık, gerçekte ortaya çıkan etki üzerinden betimlenmiştir. Cinsel yönelim temelli ayrımcılığın altında, toplumsal olarak kökleşmiş basmakalıp ve derin önyargıların olduğu ve bu sebeple cinsel yönelim temelli ayrımcılığın basmakalıp ve derin önyargıların yol açtığı sistematik yaygın bir ayrımcılık türü olarak nitelendiği bir karşı görüş yazısında daha, eşitliğin herkesin toplumsal normaller doğrultusunda aynılaştırılmasından çok, insan deneyiminin çeşitliğini yansıtan farklılıkların kabulünü gerektirdiği belirtilmiş ve bu farklılıkların bir ayrımcılık temeline dönüştürülmemesinin de eşitliğin bir gereği olarak vurgulanması suretiyle, cinsel yönelim temelinde yapılan farklı muamelenin gerçekte ortaya çıkan olumsuz etkisi üzerinden bir değerlendirilmesi sunulmuştur. Engin Yıldırım tarafından sunulan ilgili karşı oy görüşü için bakınız: AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, Karar Tarihi: 29.11.2017, s. 2-10.

[1005] Anayasa'nın ilgili düzenlemesi her ne kadar dil, ırk, cinsiyet gibi insanlara özgü özelliklerle ayrımcılık temellerini belirlemişse de; bu, ilgili düzenlemenin insanlar dışındaki "hukuk sujelerini" kapsamadığı anlamına gelmez. Bu doğrultuda, tüzel kişilerin kuruluşları insanların yararlarına yönelik olduğu için, tüzel kişilerin de eşitlik ilkesinden yararlanabilmeleri olanaklıdır. Eşitlik ilkesinin tüzel kişiler için sunduğu korumayı ise insanlara özgü temel haklara genişletmek mümkün olmayıp, tüzel kişilerin "eşitlik hakkından da mahiyetlerinin gerektirdiği ölçülerde" yararlanabileceğini kabul etmek gerekir. Daha geniş açıklamalar için bakınız: Öden, a.g.e: s. 153.

[1006] Ayrımcılık temellerinin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ile sınırlı biçimde sayıldığı 1961 Anayasası'nın kapsamında 1982 Anayasası'nın sergilediği ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu yaklaşım benimsenmemiştir. Aktaran: Karan, a.g.m., 2015, s. 247. Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası'nın "eşitlik açısından ayrım yapılamayacak hususlar"ın 10. madde metninde yer verilen "benzeri sebepler" ifadesi aracılığıyla maddede sayılan ayrımcılık temelleriyle sınırlı tutulmadığını ve böylece 1961 Anayasası'na göre "daha ayrıntılı bir biçimde" düzenlenerek ayrımcılık yasağının uygulanmasına 1982 Anayasası kapsamında açıklık kazandırıldığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, Karar Tarihi: 04.11.1986. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla önüne gelen başvurularda da 10. madde kapsamında ayrımcılığa

dezavantajlı kişi ve kişi gruplarının da Anayasanın 10. maddesi temelinde dolaylı ayrımcılığa karşı korundukları ve bu anlamda dolaylı ayrımcılığa karşı korunma hakkına sahip oldukları söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında da ayrımcılığa karşı Anayasal korumanın 10. madde metninde sayılmayan ancak toplumdaki dezavantajlı konuma sahip olan kişileri niteleyen çeşitli ayrımcılık temellerine de genişletilebileceğini onaylamıştır[1007].

Madde bağlamında öngörüldüğü böylece tespit edilen dolaylı ayrımcılık yasağı hakkında, "konu bakımından" bir sınırlamanın da mevcut olduğundan bahsedilemez; bu açıdan dolaylı ayrımcılık yasağının Anayasa'daki bütün hak ve özgürlükler için geçerli görülmesi önünde de bir engel yoktur. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında, Anayasa'nın 10. maddesince öngörülen ayrımcılık yasağına ilişkin bir ihlalin de Anayasa ve AİHS kapsamındaki hak ve özgürlüklerle bağlantılı bir şekilde iddia edilmesi gerekliliği vardır[1008]. Anayasa Mahkemesi'nin, ayrımcılık

---

karşı korunan kişi bakımından açık uçlu yaklaşımın benimsendiği hususunu tekrarlamıştır. İlgili hususun tekrarlandığı karar örnekleri için bakınız: AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, B. No: 2014/256, Karar Tarihi: 25.06.2014, Para. 115; AYM, İbrahim Uysal Başvurusu, B. No. 2014/1711, Karar Tarihi: 23.07.2014, Para. 48; AYM, Hüseyin Kesici Başvurusu, B. No: 2013/3440, Karar Tarihi: 20.4.2016, Para. 56.

[1007]Anayasa Mahkemesi'nin "cinsel yönelim" temelinde ayrımcılığın da Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında yasaklandığını onayladığı; ancak cinsel yönelim temelindeki eyleme ilişkin makul deliller gösterilmediği için başvuruyu diğer nedenlerle birlikte kabul edilemez bulduğu bir kararı için bakınız: Anayasa Mahkemesi, Sadıka Şeker Başvurusu, B. No: 2013/1948, Karar Tarihi: 23 Ocak 2014, Para. 55 vd. AYM'nin "etnik köken" temelli ayrımcılığın da 10. madde kapsamında incelenmesi imkânının olduğunu belirttiği, ancak başvurucuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik köken temelli ayrımcılığıa uğradıklarına dair bir iddia ileri sürmemeleri sebebiyle ilgili ihlal iddiasına ilişkin başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez olduğu sonucuna vardığı bir kararı için bakınız: AYM, *Mehmet Çetinkaya and Maide Çetinkaya Başvurusu*, Başvuru No. 2013/1280, Karar Tarihi: 28.05.2015, Para. 46 ve 47. AYM, başka bir başvuruda "ayrımcılık yasağı ilkesi" hakkında yaptığı açıklamada, ayrımcılık yasağı ilkesinin, "din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini" içerdiğini belirterek, 10. maddede sayılmayan birçok ayrımcılık temeline değinmiştir. Bknz: s. AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, B. No. 2014/256, Karar Tarihi: 25.06.2014, Para. 114.

[1008] Anayasa Mahkemesi'ne göre ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların soyut bir biçimde değerlendirilmesi mümkün değildir ve "mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir." İlgili karar için bakınız: Anayasa Mahkemesi, Onurhan Solmaz Başvurusu, B. No: 2012/1049, Karar Tarihi: 26.03.2013, Para. 33. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde de bireysel başvuru usulünün kapsamı "*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri"*olarak belirlenmişken, Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinde ilgili kapsam "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi biri" olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda, Anayasa'nın AİHS'e Ek Prokolleri kapsam dışı bırakan bir düzenleme öngördüğü söylenebilirse de Anayasa Mahkemesi de ilgili kapsama AİHS'e ek protokollerin de dahil olduğunu

yasağıyla bağlantılı olarak ihlal edildiği iddia edilen hak ve özgürlük bakımından ihlal tespit etmemesi halinde, ilgili ihlalin ayrımcılık yasağı bakımından incelenebileceği yönünde kararı ise esasen ayrımcılığa karşı Anayasal korumanın kapsamını genişletmiştir.[1009] Bu kapsam özellikle ispat konusunda güçlüğün doğrudan ayrımcılığa göre daha fazla olduğu dolaylı ayrımcılığa ilişkin iddialar bakımından önem taşır niteliktedir. Böylece, Anayasa'daki hak ve özgürlüklerle bağlantılı bir dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddiasının da, bahsi geçen hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi kararıyla bağlantılı olmaksızın başlı başına incelenmesinin mümkün olduğu da söylenebilir.

---

belirtmiştir (AYM, B. No: 2012/1049, Para. 18; AYM, B. No: 2012/606, Para. 31). Bu düzenlemenin, Türkiye'nin taraf olmadığı Ek Protokollerden 4 No'lu ve 7 No'lu Protokollerde yer verilen hakları bireysel başvuru usulünün kapsamı dışında bırakan "daraltıcı" bir etki yaratmadığını, AYM ve AİHM kararları doğrultusunda inceleyen ve 4 No'lu ve 7 No'lu Protokollerdeki haklara Anayasa ve AİHS tarafından "genel bir koruma" sağlandığını tespit eden bir çalışma için bakınız: Didem Yılmaz, "6216 sayılı Kanundaki "Taraf Olma" Koşulu ve AİHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (3), 2015, ss. 815-854. Şubat 2021 itibariyle Türkiye AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'e taraf olmuşsa da, AİHS'e Ek 4 No'lu Protokol için aynı şeyi söylemek zordur. Türkiye ilgili Protokol'ü usulüne uygun bir biçimde imzalamış ve uygun bulma kanunu da çıkartmışsa da; depo belgesi Avrupa Konseyi Sekreterliği'ne sunulmadığı için, Türkiye'nin AİHS'e Ek 4 No'lu Protokol'e taraf olup olmadığı tartışmalıdır. Bakınız: Tolga Şirin, Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usul Hukuku, Ankara, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018, s. 110. Farklı bir yorum için bakınız: Ece Göztepe, "Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle Bağlı Mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Rona Aybay' a Armağan, İstanbul, Legal Yayınları, 2014, ss. 1121-1151. Anayasa'da yer verilen haklar ile AİHS ve AİHS'e Ek Protokoller kapsamında yer verilen hakları iki ayrı hak kümesi olarak incelenebilir ve bu iki kümenin kesişim alanı, Anayasa Mahkemesi'nin de kullandığı şekilde "ortak koruma alanı" olarak adlandırılabilir. Bu doğrultuda, ilgili ortak koruma alanına giren haklar, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulüyle önüne gelen yargılamalar sırasında konu bakımından yetkili olduğu haklardır. Bakınız: Şirin, a.g.e., s. 76. Anayasa Mahkemesi'nin "ortak koruma alanı" ifadesini kullandığı ilgili kararı için bakınız: AYM, Mehmet Yiğiner Başvurusu, Başvuru No: 2014/1944, 23.07.2014, Para. 20. Literatürde 1982 Anayasası kapsamındaki hak ve özgürlüklerin, AİHS'te yer verilen hak ve özgürlüklerden geniş olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nin de bireysel başvuru yolu ile önüne gelen başvurularda Anayasa metnini esas alması gerektiği yönünde görüşler vardır. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda dikkate alması gereken kapsam hakkındaki tartışmaların devamı ile Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımı hakkında daha geniş bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 181-187. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulüyle önüne gelen şikayetlerle ilişkili olarak konu bakımından yetkili olduğu hakların tamamı için 1145. (AİHS), 1146. (AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol) ve 1147. (AİHS'e EK 7 No'lu Protokol) Dipnotlara bakınız.

[1009] Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında, "eşitlik ilkesi"nin, bireysel başvuru incelemesinde "bağımsız bir koruma" işlevine sahip olmasının da, [ayrımcılık yasağının] genişletici bir yoruma tabi tutulmasına engel teşkil etmediğini belirtmiş ve Anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası tek başına incelendiğinde o hakkın ihlal edilmediğinin tespit edilmesinin, ilgili hakla bağlantılı "ayrımcı bir uygulamanın" incelenmesini durdurmayacağı sonucuna varmıştır. Bu kapsamda da, ilgili temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmemiş olması halinde dahi ilgili hakla bağlantılı bir biçimde sergilenen "ayrımcı tutumun" eşitlik ilkesini ihlal ettiğine hükmedilebileceğini ifade etmiştir. Bakınız: AYM, İhsan Asutay Başvurusu, B. No: 2012/606, Karar Tarihi: 20.02.2014, Para. 48.

Sonuç itibariyle 10. maddenin öngördüğü eşitlik anlayışı ile ayrımcılık yasağına dair varılan tüm tespitler bir arada değerlendirildiğinde, kanun önünde eşitlik başlıklı 10. madde dahilinde, dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin genel anayasal kuralın da mevcut olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

3.1.1.2. Belirli Alanlara Özgü Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

1982 Anayasası kapsamında 10. madde haricinde de dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek başka düzenlemeler mevcuttur. Bu kapsamda öncelikle metinleri bağlamında ayrımcılık yasağına açıkça yer veren anayasal düzenlemeler, sonrasında da ayrımcılık yasağına karşı koruma sağlayabilecek düzenlemeler üzerinden dolaylı ayrımcılık yasağının konumuna bakılabilir.

Bu doğrultuda 1982 Anayasası kapsamında metni itibariyle ayrımcılık yasağına yer veren ilk düzenleme Anayasa'nın Siyasi Haklar ve Ödevler başlıklı Dördüncü Bölüm'ünde yer verilen *"Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma"* başlıklı 68. maddesi düzenlemesidir. İlgili 68. maddenin dördüncü fıkrasında, siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin eşitlik ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmek suretiyle bu alanda ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. Böylece öngörülen ayrımcılık yasağının, sadece doğrudan ayrımcılık biçimine değil, dolaylı ayrımcılık biçimine dair de olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin 68. maddeyle öngörülen ayrımcılık yasağına dolaylı ayrımcılık yasağının da dahil olduğunu gösteren bir tespiti bulunmasa da, siyasi partilerin tüzük ve programlarında ya da eylemleriyle ayrımcılığın etki itibariyle gündeme gelen biçimini ortaya koyamayacaklarını; siyasi partilerin sadece farklı davranışla ayrımcı tüzük ve programlar ile eylemleri aracılığıyla ayrımcı nitelikli tutumlar ortaya koyabileceklerini söylemek de gerçek durumla bağdaşır değildir. Bu nedenle 68. madde bağlamında hem etkisi itibariyle ayrımcı olan durumlar, hem de açıkça belirli bir ayrımcılık temelinde olmayan, ayrımcı kasıt içermeyen tutum ve davranışların da ayrımcı olabileceği gerçeğinden hareketle, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarında bulunmak önünde bir engel yoktur. "Siyasi partilerin uyacakları esaslar" başlıklı 69. maddenin altıncı fıkrası kapsamında da siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu haller için kapatma yaptırımını öngörülmüştür. Bu doğrultuda, siyasi partilerin dolaylı ayrımcı nitelikli

tüzük ve programları ile eylemleri için de bir yaptırım öngörüldüğünden bahsedilebilir[1010].

Anayasa'nın Siyasi Haklar ve Ödevler başlıklı Dördüncü Bölüm'ünde yer verilen ikinci ayrımcılık yasağı düzenlenmesine ise Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı kapsamındaki "Hizmete Girme" başlıklı 70. madde kapsamında yer verilmiştir. *"Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez"* ifadesiyle kamu hizmetine girişte ayrımcılığın kabul edilemez olduğu ve ayrımcılık yapılmaksızın herkesin kamu hizmetine girme hakkı bulunduğu Anayasal bağlamda ifade edilmiştir[1011].

İlgili düzenlemenin, kamu hizmetine girme konusunda öngördüğü ayrımcılık yasağının, doğrudan ayrımcılığı kapsadığı açıksa da; aynı açıklığın dolaylı ayrımcılık açısından mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir[1012]. Anayasa Mahkemesi'nin de kamu hizmetine girme hakkı bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna vardığı bir kararı yoktur. Nitekim kamu hizmetine girme hakkı Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulü kapsamında konu bakımından yetkili olduğu

---

[1010] 1982 Anayasası kapsamında ayrımcılık yasağına özgü olarak öngörülen tek yaptırım olan bu düzenleme gereğince, Türkiye'de eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle kapatılan bir siyasi parti yoktur. Açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 372-373.

[1011] 1961 Anayasası'nın yine Siyasi Haklar ve Ödevler başlıklı Dördüncü Bölüm'ündeki ve Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı kapsamındaki ilk düzenleme olan "Hizmete Girme" başlıklı 58. Maddesinin ilk fıkrasında "Her Türk, kamu hizmetine girme hakkına sahiptir." ifadesine; ikinci fıkrasında da "Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez." ifadesine yer verilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları kapsamında yer verilen bu düzenlemelerle benzer şekilde, Kamu hizmetine girişte ayrımcılık yasağına Anayasa dışındaki diğer düzenlemelerde de yer verilmiştir. Bu anlamda Başbakanlık tarafından 21.1.2004 tarih ve 2004/7 sayılı personel temininde eşitlik ilkesine uygun hareket edilmesi konulu çıkarılan genelge bu konuya özgü düzenlemelerden biridir. 2004/7 sayılı Genelge, Personel Temininde Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi, 22 Ocak 2004 tarihli ve 25354 sayılı Resmi Gazete http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130105-5.htm. (Erişim tarihi: 17.08.2020). Genelgede, personel alımında hizmet gerekleri dışında cinsiyet ayrımı yapılmasının Anayasadaki ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki kadın-erkek eşitliğine ilişkin hükümlere aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. Kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımı yapılmaması ilkesinin tek istisnası, hem erkek hem de kadın için geçerli olmak üzere, görevin yerine getirilmesinde cinsiyetin belirleyici koşul olması durumudur. Dolayısıyla, bir görevin yerine getirilebilmesi için cinsiyet belirleyici bir koşul ise, kamu görevine girişte kadın veya erkek lehine ayrım yapılması, Devlet Opera ve Balesinde açık olan kadın balerin ve erkek balet kadroları açısından balet kadrosuna kadın adayın başvuramayacağı örneğinde de görülebileceği gibi, eşitliği zedelemeyecektir. Bakınız: Emine Cin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetlerine Girmede Cinsiyet Ayrımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXIX(l-2), 2011, s. 1066.

[1012] Aynı yönde bir görüş için bakınız: Karan, a.g.e., s. 303.

haklardan da değildir[1013]. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 70. maddenin koruduğu alanla ilgili olarak kamu hizmetine girmede ayrımcılığa ilişkin yaptığı tespitlerden yararlanarak, norm denetimi kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarının geliştirilmesi önünde de bir engel yoktur.

Bu doğrultuda, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 3. maddesinde yer verilen, "Türkiye'de hemşirelik sanatını bu kanun hükümleri dâhilinde hemşire unvanını kazanmış Türk kadınlarından başka hiç kimse yapamaz" düzenlemesinin Anayasanın 10. maddesi ve 70. maddesi ile diğer maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine taşınması anılabilir. Anayasa Mahkemesi itiraz konusu düzenlemeyle birlikte itiraz kapsamında belirtilen diğer düzenlemelerin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada, kadınların ve erkeklerin "aynı hukuki konumda" olmaları sebebiyle hemşirelik mesleğinin icrasının sadece kadınlara özgülenmiş olmasını "cinsiyet ayrımcılığına yol açar nitelikte" bulmuş ve itiraz konusu yapılan kuralın Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir[1014]. İtiraza konu düzenlemeyle açıkça cinsiyet temelinde bir ayrımcılık kastı olmadığı bu anlamda doğrudan diğer cinsiyeti hedef alan bir ayrımcı tutum ya da davranıştan bahsetmek mümkün olmadığı için, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında tespit edilen cinsiyet temelli ayrımcılığın doğrudan ayrımcılık biçiminden çok dolaylı ayrımcılık biçimine denk düştüğü söylenebilir. Nitekim, iddia edilen ayrımcılık yasağına aykırılık da bir davranıştan (ya da muameleden) çok, ayrımcı etki ya da ayrımcı sonuçtan kaynaklanmıştır[1015].

[1013] Kamu hizmetine girme hakkı, Anayasa'nın 70. maddesiyle düzenlenmişse de, AİHS ve ek protokolleri kapsamında kamu hizmetine girme hakkıyla ilgili bir düzenleme olmadığı için Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulü kapsamında konu bakımından yetkili olduğu haklardan sayılamaz.

[1014] Cin, a.g.m., s. 1066; İlgili düzenlemenin sadece Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bulunduğu ve 70. madde bağlamında bir incelemenin yapılmadığı kararın tamamı için bakınız: Anayasa Mahkemesi, E: 2006/166, K: 2009/113, Karar Tarihi: 23.07.2009.

[1015] Bu noktada, doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık biçimi arasındaki farklılığın ayrımcılığın ortaya çıkmasına neden olan tutum ve davranışların gerçekleşme şekilleri ile zihinsel gelişim süreçleri bağlamında belirgin bir şekilde çizilemeyeceğini de hatırlatmak gerekir. Konuya ilişkin olarak yukarıda İlk Bölüm'de *"1.2.1.1. Dolaylı Ayrımcılık ile Doğrudan Ayrımcılık Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar"* başlığı altında yapılan ilgili açıklamalara başvurunuz. Yine de örtülü ayrımcılık ya da kasıtsız ayrımcılık biçiminde gündeme gelen ayrımcı tutum ve davranışların, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddiası kapsamında sunulması; doğrudan ayrımcılık yasağına aykırı bulunmayan tutum ve davranışların da ayrımcılık yasağı kapsamında incelenebilmesinin önünü açar niteliktedir.

Ayrıca Anayasa'nın sosyal eşitsizliklere karşı gösterilmiş bir tepkinin ürünü olarak okunabilecek çalışma, eğitim[1016], barınma, sağlık hakları ile sendikal haklar gibi sosyal haklara ilişkin düzenlemeleri ile dezavantajlı kişilerin korunmasına yönelik düzenlemelerini de, sosyal eşitsizlikleri gidermeye ve dezavantajlı durumdaki kişilerin gerçek eşitliğini amaçlamaya yönelik olmakla dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilmesi mümkündür[1017]. Bu doğrultuda, devlet organlarının ve devlet organları haricindeki kişi ve kişilerin Anayasa'da böylece öngörülmüş olan düzenlemeler bağlamında da dolaylı ayrımcılık yasağına uymaları gerekir[1018]. Nihayetinde Anayasa'nın yukarıda açıklanan 10. maddesinin Anayasa'nın "Genel Esaslar" adlı kısmında yer alan bir düzenleme olmakla Anayasa'nın tamamı için geçerli olan bir ayrımcılık yasağı yarattığı sonucuna varmak mümkündür.

[1016] Anayasa'nın "Eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinde, kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamayacağı belirtilmek suretiyle eğitim ve öğretim hakkının öznesi herkes olarak düzenlenmiş; bu anlamda da eğitim ve öğretim hakkı bağlamında ayrımcılık yasaklanmıştır. Benzer yönde bir görüş için bakınız: Karan, a.g.m., 2012, s. 144-145.

[1017] Anayasal sosyal hakların esas mantığının sosyal eşitsizlikleri gidermek olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Tanör, a.g.e., s. 40-41. Bu nedenle ilgili hakların devleti aktif bir konuma getirdiği ve devletin bu alanda sosyal anlamdaki dezavantajlı durumların giderilmesi için sosyal karışmacılık anlayışı ile sosyal politikalar ürettiği de ifade edilerek; devletlerin üreteceği ilgili sosyal politikaların her ne kadar amaç ve içerik bakımından farklılık taşısa da ekonomi politikalarından etkilenebileceği de ortaya konulmuştur. Bakınız: Tanör, 1978, s. 87-90. Bu anlamda 1982 Anayasasının 65. maddesinin, Devlet'in, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği düzenlemesi de devletin sosyal eşitsizliklerin giderilmesi adına alacağı önlemlerin "kaynak yetersizliği" nedeniyle geri çevrilmesine gerekçe oluşturabilir niteliktedir. Ancak, sosyal devletlerde ayrımcılık yasağının bu noktada ayrı tutulması gerektiğini ve "kaynak yetersizliği"nin ayrımcı davranış için meşru bir sebep olarak gösterilemeyeceğini de belirtmek gerekir.

[1018] 1982 Anayasasındaki bazı sosyal hak ve dezavantajlı bireylere yönelik düzenlemelerin, Türkiye hukukundaki ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin bir parçası olarak alındığı bir çalışmada, "Çalışma Yaşamı, Çalışma Hakkı, Çalışma Yaşamında Engelli Bireyler Lehine Anayasa Hükümleri" olarak Anayasanın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin ilk fıkrası, "Çalışma Hakkı ve Ödevi" başlıklı 49. maddesi, "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesinin ilk ve ikinci fıkrası; "Eğitimle ilgili Anayasa Hükümleri" olarak "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin ilk ve dokuzuncu fıkrası; "Konut ve Sosyal Güvenlik Hakları ilgili Anayasa Hükümleri" olarak "Konut Hakkı" başlıklı 57. maddesi ile "Sosyal Güvenlik Hakkı" başlıklı 60. maddesi; "İçi Sendikalarına Üyelik ve İşveren Kuruluşları ile ilgili Anayasal Hükümler" olarak da 51. maddesi ilgili düzenlemelerden sayılmıştır. Bakınız: Korkut, a.g.e., s. 33-35. Avrupa Eşitlik Hukuku Ağı Türkiye raporlarından sonuncusunda da, Anayasa'nın 50. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen *"Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar."* düzenlemesinin, çalışma koşullarına ilişkin özel bir koruma sağladığından bahsedilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin bütün engellilerin ilgili düzenlemeden yararlanabileceğini belirttiği kararıyla da düzenlemenin kapsamını genişlettiği ifade edilmiştir. European network of legal experts in gender equality and non-discrimination (2020), "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), s. 16, https://www.equalitylaw.eu/downloads/5281-turkey-country-report-non-discrimination-2020-2-35-mb (Erişim Tarihi: 24.11.2020). Raporda alıntılanan ilgili AYM kararı için ayrıca bakınız: AYM, E. 2006/101, K. 2008/126, Karar Tarihi: 19.06.2008.

Anayasa kapsamında ayrımcılık yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırıma ilişkin de yukarıda bahsi geçen siyasi partilerin eşitlik ilkesine aykırı tüzük ve programları ile eylemleri için öngörülen yaptırım dışında bir düzenleme mevcut değildir. Nitekim anayasaların devletin temel nitelikleri ve işleyişi ile temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği bir metin oluşu da göz önüne alındığında, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali halinde öngörülen bir anayasal yaptırım konusunda değerlendirmeyi anayasa yargısı kapsamındaki usul kuralları üzerinden gerçekleştirmek de daha doğru olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali nedeniyle yapılan bireysel başvuruların esastan incelenmesi sonrasında, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmedeceğine ilişkin düzenleme doğrultusunda da, Anayasa yargısı kapsamında yürütülen ilgili denetim mekanizmasının dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali halinde de yaptırım uygulayabileceğini söylemek mümkündür. Bu doğrultuda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı hallerde ihlal ve sonuçlarının giderilmesi için dosyanın yeniden yargılama yapılması için ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilebileceği gibi yeniden yargılama yapılmasında hukuki yararın bulunmadığı hallerde de başvurucu için tazminata hükmedilmesi veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilmek suretiyle de ihlalin ve sonuçlarının giderilmesi sağlanabilecektir[1019].

Anayasa kapsamında ve anayasa yargısının işleyişini belirleyen usul kuralları kapsamında da ayrımcılık yasağı ihlaline yol açan tutum ya da uygulamanın ispatına ilişkin bir kural mevcut değildir. AYM kararlarında ayrımcılığın tespiti için, öncelikle ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişi ya da grupla benzer kişi ya da gruplar arasında karşılaştırma yapılmak suretiyle "olumsuz yönde farklı muamele"nin belirleneceği, sonrasında ilgili farklı muamelenin ve yol açtığı olumsuzluğun haklı bir gerekçesi olup

[1019] Bakınız: Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, "Kararlar", Madde 50.

olmadığına bakılacağını belirtmiştir[1020]. AYM farklı davranıştan kaynaklanan ayrımcılık yasağının ihlali iddialarına, yani doğrudan ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin incelemelerinde, ayrımcılığı ispatlamanın zor olduğu kanaatinde olduğunu ve bu sebeple başvuruculların "kendilerine farklı muamele yapıldığını hukuka uygun her türlü delille" ispatlamalarının mümkün olduğunu belirtmiştir[1021]. AYM, farklı muameleye neden olan olgunun ispatlanması kural olarak başvurucuya aitse de, örneğin ayrımcılığa uğradığını iddia eden bir kişinin ilgili iddiasını dayandıracağı bilgi ve belgelere ulaşması mümkün olmadığında ispat yükünün başvurucuya yüklenemeyeceğini söylemiştir[1022]. Bu doğrultuda farklı muamelenin somut bulgu ve ispatlarla temellendirilen olgular bağlamında ortaya konularak ispatlanması halinde, farklı muamelenin mevcut olmadığını ya da ilgili muamelenin haklı gerekçelere dayandığını ise farklı muameleyi gerçekleştirdiği iddia edilen tarafın ispatlaması gerektiğinden çeşitli AİHM kararlarına atıfla bahseden AYM'nin, ispat yükünün paylaştırılması kuralını kabul ettiği söylenebilir[1023].

3.1.2. Yasal Düzenlemeler Bağlamında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemelerin bir parçasını da çeşitli konularda ve çeşitli haklarla ilişkili yasal düzenlemeler kapsamında öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek; başka bir deyişle dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlayabilecek düzenlemeler oluşturur.

Dolaylı ayrımcılık, bu yasal düzenlemelerin sayıca az bir kısmında açıkça tanımlanarak yasaklanmıştır. Ancak Türkiye hukukunda genel bir ayrımcılık yasağı

[1020] AYM'nin, başörtülü kadın avukatlar ile başörtüsü kullanmayan diğer kadın avukatları karşılaştırmak suretiyle bir sonuca vardığı ilgili bireysel başvuru kararı için bakınız: AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25/06/2014, Para. 118.

[1021] Ayla Şenses Kara, Para. 46; ayrıca Bakınız: Cemal Duğan Kararı, B. No: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.02.2017, Para. 44.

[1022] AYM, İhsan Asutay Kararı, B. No: 2012/606, Karar Tarihi: 20.02.2014, Para. 51.

[1023] Ayla Şenses Kara, Para. 46. Atıfta bulunulan AİHM kararları hakkındaki inceleme için İkinci Bölüm'de *"2.1.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurları ile İspat Yöntemi"* başlığına bakınız. Ancak başvuruya ilişkin iddiasını "somu bulgu ve ispatlarla" temellendirmeyen başvuruculların iddiaları "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur. Bakınız: AYM, İhsan Asutay Kararı, B. No: 2012/606, Karar Tarihi: 20.02.2014, Para. 52-53 ve AYM, Mesude Yaşar Kararı, B. No: 2013/2738, Karar Tarihi: 16.07.2014, Para. 48.

düzenlemesi öngörmekle, dolaylı ayrımcılığı yasaklamaya da izin veren ve bu anlamda açıkça olmasa da dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlayabilecek yasal düzenlemelerin varlığı da yadsınamaz. Bu nedenle aşağıda öncelikle dolaylı ayrımcılığı açıkça yasaklayan yasal düzenlemelere yer verildikten sonra, incelemeye ayrımcılığı genel anlamda yasaklayan yasal düzenlemeler kapsamında dolaylı ayrımcılık kavramı ya da dolaylı ayrımcılık yasağının yerini sorgulayarak devam edilecektir. Böylece özelden genele bir incelemeyle ortaya konulması amaçlanan Türk hukukunda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemelerle ilgili incelemede, ilgili yasaların yürürlüğe giriş tarihleri temelinde bir sıralama izlenecektir. Böylece Türk hukukunda dolaylı ayrımcılığın yasal düzenlemeler bağlamında gelişimini de görmek mümkün hale gelecektir.

3.1.2.1. Normatifleşme Sürecinde "Anlamda" Vücut Bulma: İşçi İşveren İlişkisinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağı ilk kez 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı mevcut İş Kanunu kapsamında yer verilen cinsiyet ve gebelik temelli dolaylı ayrımcılık yasağı doğrultusunda anlam kazanmıştır[1024]. İş Kanunu kapsamında

[1024] Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının kaynaklarını inceleyen çalışmalarda, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık kavramına açıkça yer veren ilk yasal düzenlemenin 2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 247 vd.; Karan, a.g.e., s. 305 vd. Ancak dolaylı ayrımcılığın yasak olduğu ilk kez 1994 tarihli Rekabet Kurumu Kanunu'nda belirtilmiştir. Rekabet Kurumu Kanun'u kapsamında, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuken yasak olduğu belirtilmiş ve bu kapsamda "eşit durumdaki alıcıya aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılması" da bir hakim durumu kötüye kullanma hali olarak düzenlenmiştir. Bakınız: 13.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabet Kurumu Kanunu, "Hakim durumun kötüye kullanılması", Madde 6. Doğrudan ayrımcılıkla sınırlı kalmaksızın açıkça dolaylı ayrımcılığı da yasaklayan bu düzenlemenin gerekçesinde hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik bu düzenlemelerin Avrupa Birliği'ne (o dönemdeki adıyla Avrupa Topluluğu) tam üyelik için başvurmuş bir ülkenin AB ve tüm dünyada rekabet edebilecek güce erişmesi için gerekliliği karşılamaya yönelik olduğu da belirtildikten sonra, piyasada hakim duruma gelen teşebbüslerin hakim durumlarını ülke çapındaki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak *amacıyla* veya *bu etkiyi doğuracak şekilde* kötüye kullanmalarının yasaklandığı da belirtilerek, amaç ve etki ifadelerin kullanılmıyla da ayrımcılığın kasıtlı ve kasıtsız tüm biçimlerinin yasaklandığına dikkat çekilmiştir. "Hakim durumun kötüye kullanılması" başlıklı 6. maddenin gerekçesi için bakınız: Rekabet Kurumu, "Madde Gerekçeleri", https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri (Erişim Tarihi: 08.12.2020). Rekabet Kurulu kararları kapsamında bir dolaylı ayrımcılık yasağı incelemesine rastlanmamıştır. Rekabet Kurulu tarafından verilen son kararlar için bakınız: Rekabet Kurumu, "Son Kurul Kararları", https://www.rekabet.gov.tr/tr/SonkurulKararlari (Erişim Tarihi: 08.12.2020). Hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında fiyat ayrımcılığı bakımından yapılan başvuruda Rekabet

işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenleme amacı doğrultusunda[1025] yer verilen ilgili dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin bir tanıma Kanun metninde yer verilmemiştir. Ancak, çalışma yaşamında cinsiyet ve gebelik temelli dolaylı ayrımcılık yasağı böylece açıkça yasal temel kazanması dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsallaştırılabilmesini sağlamıştır.

İş Kanunu kapsamındaki dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemeye, Kanun'un "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Bölümü'ndeki "Eşit davranma ilkesi" başlığını taşıyan beşinci maddedeki genel ayrımcılık yasağı düzenlemeleri bağlamında yer verilmiştir. Diğer hukuk alanlarında da geçerli olan genel bir ilke niteliğindeki eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü sayılan "eşit davranma ilkesi", işverene makul ve haklı bir neden olmadıkça benzer konumda oldukları varsayılan işçilere "eşit davranma borcu" yükleyen bir ilkeyi ifade eder. Farklı davranmama borcu olarak da okunması mümkün olan bu ilkeyi, işçiler arasında keyfi bir ayrıma gidilmesini yasaklayan bir ilke olarak ifade etmek ve bu açıdan da ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirmek mümkündür[1026]. Nitekim "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı beşinci maddenin ilk fıkrası da iş ilişkisinde, dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımın yapılamayacağını düzenleyerek, iş ilişkisinde ayrımcılık yasağını öngörmüştür[1027]. İş ilişkisinde ayrımcılık yasağını düzenleyen birinci fıkrayla, ayrımcılığın yasaklandığı temeller sınırlı sayıda sayılmadığı gibi metinde "ve benzeri sebepler" ifadesine de yer verildiği için, ayrımcılığa karşı korunan

---

Kurulu'nun kararını eksik inceleme ve değerlendirmeyle tesis ettiği gerekçesiyle iptali isteminin incelendiği iki Danıştay Kararı'nda da sadece Rekabet Kurumu Kanunu'ndaki dolaylı ayrımcılık yasağının düzenlendiği maddeyi anmakla yetinilmiş; ancak bir dolaylı ayrımcılık incelemesinde bulunulmamıştır. İlgili kararlar için bakınız: Danıştay 13. Daire, Esas No: 2016/798, Karar No: 2017/2114, Karar Tarihi: 22.06.2017 ve Danıştay 13. Daire, Esas No: 2016/2777, Karar No: 2017/2115, Karar Tarihi: 22.06.2017. Rekabet Kurumu Kanunu kapsamında yer verilen dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili kavramsal bir tartışma yürütülmemesi yanında, bu kapsamdaki dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili bir içtihadın da bulunmaması nedeniyle, çalışmada Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığın yasal düzenlemeler kapsamında yasaklanması süreci yukarıda belirtilen çalışmalarla benzer şekilde 2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'yla başlatılmıştır.

[1025] İş Kanunu'nun amaç ve kapsamı için bakınız: İş Kanunu, "Amaç ve Kapsam", m. 1.

[1026] Eşit davranma ilkesi ile ayrımcılık yasağı hakkında daha ayrıntılı kavramsal açıklamalar için bakınız: Tuncay, a.g.e., s. 5 - 11 vd.; Ayrıca bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005.

[1027] İş Kanunu'un beşinci maddesinin ilk fıkrasındaki düzenleme, genel anlamda bir ayrımcılık yasağı olarak yorumlanmaya izin veren bir düzenlemedir. Bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 977. Aynı yönde başka bir görüş için bakınız: Gülmez, a.g.m., s. 241 ve Gülmez, a.g.e., 2009, s. 663.

kişi bakımından açık uçlu bir ayrımcılık yasağının benimsendiği söylenebilir[1028]. Bu anlamda geniş kapsamlı olarak nitelendirilebilecek ilgili düzenlemeyle benimsenen iş ilişkisinde ayrımcılık yasağına dolaylı ayrımcılık yasağının da dahil edilmesi önünde bir engel olmadığını da bu noktada belirtmek gerekir.[1029] Nitekim, ilgili fıkra düzenlemesinde iş ilişkisinde yasaklanan ayrımcılığın biçimine dair bir ifadenin bulunmaması da dolaylı ayrımcılık yasağının ilgili yasağa dahil edilebilmesi önünde bir engel olmadığını gösterir[1030]. Maddenin devamında, farklı sözleşme türleri bakımından ayrımcılık yasağına[1031] ve cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına da ayrıca yer verilmek suretiyle bu alanlardaki ayrımcılık yasağına vurgu yapılmıştır.

[1028] Bu anlamda, iş hukuku alanında öngörülen bu ayrımcılık yasağının 1982 Anayasası kapsamındaki ayrımcılık yasağıyla uyum gösterdiği ve iş ilişkisinde ayrımcılığın yasaklandığı temellerin çok çeşitli temelleri kapsayabileceğinden söz edilebilir. Ancak, Kanun'un beşinci maddesinin her ne kadar ayrımcılığın yasaklandığı temelleri açık uçlu olarak öngörmesiyle çalışma hakkı bakımından ayrımcılığa karşı kapsamlı bir koruma sunduğu söylenebilirse de, Türk Hukuku kapsamında her işçi İş Kanunu'na tabi olarak çalışmadığı için ilgili maddenin sunduğu korumanın da sadece İş Kanunu kapsamındaki işçilere yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Bu anlamda, İş Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı dördüncü maddesinde sayılan işçi grupları için İş Kanunu'nda öngörülen ayrımcılık yasağı uygulanamayacaktır. İş Kanunu kapsamı dışındaki bu işçilere uygulanması gereken Kanunlar kapsamında ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler de öngörülmediği için, netice itibariyle bütün işçiler için geçerli olması gereken ayrımcılık yasağı sadece İş Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler için geçerlilik taşır. Cinsiyet temelli ayrımcılık özelinde, İş Kanunu'nda öngörülen ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı ve İş Kanunu kapsamı dışındaki işçilere uygulanan kanunlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 235-337 vd. Bu anlamda, İş Kanunu'nun beşinci maddesinin uygulama alanını İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiler için de geçerli olacak şekilde genişletecek bir düzenlemeye yönelik ihtiyaçtan da bahsetmek mümkündür ve TİHEK Kanunu'nun altıncı maddesindeki "4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır." şeklindeki düzenlemeyle bu ihtiyacın bir ölçüde giderildiği söylenebilir. Ancak, İş Kanunu kapsamındaki işçiler ayrımcılık karşısında İş Kanunu'nda bahsi geçen başvuru yollarını kullanabilecekken; bu kapsam dışında kalan işçilerin TİHEK Kanunu'ndaki başvuru yollarından yararlanabilmelerini de, İş Kanunu kapsamında olan ve İş Kanunu kapsamında olmayan işçiler arasında başka bir "ikilik" yaratmıştır. Konuyla ilgili açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 195.

[1029] Literatürde de İş Kanunu'nun m.5/1 düzenlemesine dolaylı ayrımcılık yasağının dahil edilmesinin mümkün olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Bakınız: Gülmez, a.g.m., 2010, s. 241 ve Karan, a.g.e, s. 306.

[1030] Ayrıca, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası insan hakları sözleşmeleri bağlamında da iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılık yasağının öngörülmüş olması da bu yorumu destekler. Bu doğrultuda, AİHS ve GGASŞ sistemi ile 111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) ILO Sözleşmesi'yle benimsenen dolaylı ayrımcılık yasağı düzenlemelerini örnek göstermek mümkündür. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 248. GGASŞ Sisteminde dolaylı ayrımcılık yasağı hakkında bilgi için İkinci Bölümdeki *"2.1.2. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız. 111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) ILO Sözleşmesi ve dolaylı ayrımcılığın yasaklandığı diğer ILO Sözleşmeleri hakkında bilgi için bakınız: Yukarıda, 484. Dipnot.

[1031] Maddenin ikinci fıkrasında "esaslı sebepler" yoksa, tam süreli çalışan işçiler ve yarı zamanlı çalışan işçiler ile belirsiz süreli çalışan işçiler ve belirli süreli çalışan işçiler arasında "farklı işlem" yapılamayacağı belirtilerek, farklı sözleşme türlerine bağlı iş ilişkilerine özgü ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu düzenlemeler, Kanun'un beşinci maddesinin ilk fıkrasındaki genel ayrımcılık yasağından "kapsam ve içerik" olarak farklılık gösterir niteliktedir. Daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 978 vd. İş Kanunu'nun m. 5/2 düzenlemesi, "sözleşme türleri açısından ayrımcılık" düzenlemesi olarak nitelendirilmiştir. Bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 974. Maddenin

Türkiye hukukundaki dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ilk yasal düzenlemeye de İş Kanunu'nun ilgili beşinci maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yer verilen cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına özgü düzenlemeleri bağlamında yer verilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, işverenin "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler" nedeniyle bir zorunluluk doğmadıkça, "iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde", cinsiyet veya gebelik nedenine bağlı olarak "doğrudan veya dolaylı farklı işlem" yapılamayacağı belirtilerek doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimlerine atıfla iş ilişkisinde cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ayrıntıları düzenlenmiştir[1032]. Beşinci maddenin üçüncü fıkrasındaki bu düzenlemeyle, dolaylı ayrımcılık, beşinci maddenin ilk fıkrasında öngörülen iş ilişkisinde genel ayrımcılık yasağı bağlamındaki açık uçlu ayrımcılık yasağının aksine sadece cinsiyet ve gebelik temelinde yasaklanmıştır[1033]. İş Kanunu'nun m.5/3 düzenlemesiyle dolaylı ayrımcılığın sadece cinsiyet ve gebelik temelinde yasaklanmasının nedenini, ilgili düzenlemenin AB'nin 97/80/EC sayılı İspat Yükü Direktifi'ndeki düzenlemelere uyum sağlamak üzere oluşturulmasından kaynaklandığı da söylenebilir[1034]. Ancak m.5/3 düzenlemesi dolaylı ayrımcılık kavramı ya da dolaylı ayrımcılık yasağına dair bir tanım içermemesiyle 97/80/EC sayılı AB Direktifi'nden daha sınırlı bir düzenleme olarak nitelendirilebilir.

öngördüğü bu özel ayrımcılık biçimi ile ilgili olarak İş Kanunu kapsamında başka düzenlemeler de mevcuttur. "İş Sözleşmesi, Türleri ve Feshi" başlıklı İkinci Bölümü kapsamındaki "Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımın sınırları" başlıklı 12. maddenin ilk fıkrasında belirli süreli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerine tabi olarak çalışan işçiler arasında ayrım yapılamayacağı; "Kısmî süreli ve tam süreli iş sözleşmesi" başlıklı 13. maddenin ikinci fıkrasında da kısmî süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri tabi olarak çalışan işçiler arasında ayrım yapılamayacağı hususu tekrarlanmıştır.

[1032] Maddenin devamındaki dördüncü ve beşinci fıkralarda da, cinsiyet temelli ücret ayrımcılığıyla ilgili düzenlemelere de yer verilmiştir. Dördüncü fıkrada eşit işe eşit ücret konusu düzenlenmiş; beşinci fıkrada da bir işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerden yararlanmasının, ilgili işçiye daha düşük bir ücretin uygulanmasının meşru gerekçesini oluşturamayacağı belirtilmiştir.

[1033] İş Kanunu'nda dolaylı ayrımcılık yasağının böylece öngörülmesinin, ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı açısından beşinci maddenin ilk fıkrasında benimsenmiş olan açık uçlu yaklaşımla tezat oluşturduğuna ilişkin açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 305.

[1034] İş Kanunu'nun m.5 düzenlemesine dair gerekçesinde de, cinsiyet temelli doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık yasağının, ilgili düzenleme kapsamına Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80/EC sayılı Direktifi'ne uyum sağlamak üzere eklendiğinden bahsedilmiştir. Bakınız Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (2010), *4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi,* s. 85, http://www.turkis.org.tr/dosya/R9u5NtHtxPP3.pdf (Erişim Tarihi: 29.11.2020). Esasen 4857 sayılı İş Kanunu'nun oluşturulmasındaki temel amaçlardan biri de AB müktesabatına uyum sağlamaktır; m. 5 de bu kapsamda "AB sosyal hukukunun ana eksenlerinden biri" olan eşitlik ilkesine dair uyumlaştırmanın sağlandığı maddelerden birisidir. İlgili amaç doğrultusunda AB müktesabatıyla uyumlaştırılan m. 5 ile diğer maddeler hakkında bilgi için bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 974 vd.

Kanun'un beşinci maddesinin ilk fıkrasındaki iş ilişkisinde genel ayrımcılık yasağı düzenlemesine dahil edilebilecek olan ve üçüncü fıkrasında da açıkça yer verdiği ayrımcılık biçimlerine dair tanım eksikliğini gidermek üzere Yargıtay da, beşinci madde düzenlemesi oluşturulurken esas alınan kaynağa, AB Direktiflerine başvurmuştur. Bu ayrımcılık biçimlerinin ne anlama geldiğini belirlemek üzere ölçüt olarak 2000/48/AB, 2000/73/AB, 2000/78/AB, 2006/54 sayılı AB Direktifleri'nin alınması gerektiğine işaret eden Yargıtay, bu doğrultuda dolaylı ayrımcılık yasağını da tanımlamıştır[1035]. Buna göre, dolaylı ayrımcılık, görünüşte ayrımcılığın yasaklandığı temellere dayalı olmayan bir "işveren kararı, davranışı veya işleminin", örneğin belirli bir sendikaya üye olan kişileri diğer sendikaya üye olan kişilere göre "özel bir olumsuz duruma sokmakta" ya da "olumsuz biçimde etkilemekte" olduğu hallerde gündeme gelebilen bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır. Dolaylı ayrımcılığı böylece tanımlayan Yargıtay'ın ilgili dairesi, karar kapsamında, işverenin farklı sendikalara üye olan işçiler ile sendika üyesi olmayan işçiler arasında işten çıkarmada dolaylı ayrımcılık yapılıp yapılmadığının "somut olarak" araştırılıp tespit edilmemesi dolayısıyla yapılan eksik incelemenin bir bozma sebebi olarak nitelendirmiş; ancak dolaylı ayrımcılık yasağı çerçevesinde daha ayrıntılı bir inceleme yürütmemiştir[1036].

[1035] AB'ye aday üye konumunda olan Türkiye'nin, mevzuatını AB mevzuatı ile uyumlu hale getirmesi yükümlülüğü gereğince de, dolaylı ayrımcılığa dair tanım boşluğunun AB Direktifleri ve ABAD içtihatları ile doldurulması gerekli olduğu, fakat bu gerekliliğin sadece cinsiyet ve gebelik haricindeki ayrımcılığın yasaklandığı temeller için geçerli olacağı da belirtilmiştir. Bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 248. Ancak, İş Kanunu kapsamındaki cinsiyet ve gebelik temellerine özgülenmiş dolaylı ayrımcılık yasağı düzenlemesi hakkında da bir tanım boşluğu söz konusu olduğundan, AB Direktifleri ile AB içtihatları çerçevesinde benimsenen tanımın örnek alınması mümkün görülebilir. Yine de cinsiyet ve gebelik temelinde dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemedeki hususların ilerisinde davranılamaz; örneğin objektif haklı neden olarak sadece m. 5/3'te belirtilen sebeplerin esas alınması gerekir.

[1036] Yargıtay'ın ilgili dairesi, dolaylı ayrımcılık tanımı için ölçüt olarak kullanılabilecek Direktifler olarak gösterdiklerinden farklı olarak, dolaylı ayrımcılık tanımında 97/80/EC sayılı AB Direktifi'ndeki sadece cinsiyet temeline özgülenmiş tanımı esas almıştır. 97/80/EC sayılı AB Direktifi ve dolaylı ayrımcılığı yasaklayan diğer AB Direktifleri hakkında bilgi için yukarıda Birinci Bölüm kapsamında *"1.3.4. Dolaylı Ayrımcılığın Avrupa Birliği Hukukunda Yasaklanması"* başlığı altında yapılan açıklamalara başvurunuz. Yargıtay ilgili kararında doğrudan ayrımcılık biçimini de bir işçinin cinsiyet, gebelik veya ırk, dil gibi yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden dolayı, bir başka işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe, bir davranışa muhatap kalması hallerinde gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır. İlgili kararın bütünü için bakınız: Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2010/9810, K. 2010/11094, Karar Tarihi: 19.04.2010.

Davalı işverenin aynı işi yapan farklı sendika üyesi işçiler arasında ek ücretten yararlanma konusundaki farklı uygulamasının İş Kanunu m. 5 kapsamındaki eşit davranma ilkesine aykırı bulunmadığı ilk derece mahkemesi kararının incelendiği başka bir Yargıtay kararında da yine aynı tanıma başvurulmuştur. Bu kararda da işverenin farklı sendika üyelerine ek ücret konusunda yaptığı farklı uygulamayla eşit davranma ilkesine aykırı davranmasıyla ortaya çıktığına hükmedilen ayrımcılığın biçimine dair bir nitelendirme yapılmamışsa da, başka bir deyişle dolaylı ayrımcılık yasağına dair bir tartışma yürütülmemişse de, dolaylı ayrımcılığın AB Direktiflerine başvurulmak suretiyle, ayrımcılık temelleriyle görülebilen bir bağı olmasa da olumsuz durum ya da etki yaratan bir karar, davranış veya işlemden kaynaklanabilecek bir ayrımcılık biçimi olarak açıklanması, dolaylı ayrımcılık yasağına dair yargısal inceleme için yol gösterici olmuştur[1037].

Yargıtay başka bir kararında da yine İş Kanunu'nda dolaylı ayrımcılığın yasaklanmasına rağmen tanımlanmadığına dikkat çekerek, dolaylı ayrımcılığı bu defa temyize konu olay bağlamında tanımlamıştır. Yargıtay, ilgili kararında, işverenin fesih nedeni olarak kabul ettiği bir davranışı sergileyen aynı konumdaki işçilerden, bir kısmının iş sözleşmesinin feshedilmemesi karşısında bazı işçiler için ilgili davranışın sergilenmesinin fesih sebebi sayılmamasının dolaylı ayrımcılık anlamı taşımakla eşit işlem borcuna aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Kararda, tanık beyanlarından çok sayıda işçinin fazla mesaiye gelmemesine rağmen, sadece beş işçinin fazla mesaiye gelmemesi nedeniyle işten çıkarıldığının anlaşılmasına karşılık, eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eden bu olgunun ilk derece mahkemesince araştırılmaması sebebiyle temyiz olunan kararın bozulması gerektiği sonucuna varılmış; ancak daha geniş bir dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık incelemesi yürütülmemiştir[1038].

[1037] Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2010/48111, K. 2011/1847, Karar Tarihi: 01.02.2011. Benzer yönde başka diğer kararlar için bakınız: Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2010/42692, K. 2010/32223, Karar Tarihi: 08.11.2010; Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2010/48114, K. 2011/1850, Karar Tarihi: 01.02.2011.

[1038] Yargıtay, 9. HD., E. 2009/27629, K. 2010/28412, Karar Tarihi: 11.10.2010. Benzer yönde başka bir karar için bakınız: Yargıtay 7. HD., E. 2015/33263, K. 2016/665, Karar Tarihi: 21.1.2016; Yargıtay, başka kararlarında da davalı işverenin fesih konusu yapılan eylemde bulunan başka işçiler hakkında bir işlem yapılıp yapılmadığının araştırılmamasının, davalı işverenin dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davranıp davranmadığının incelenmediği anlamına geldiğine dikkat çekilerek eksik incelemeyle karar verilmesinin isabetli olmadığını belirtmiştir. İlgili kararlar için bakınız: Yargıtay, 7. Hukuk Dairesi, E. 2015/35713, K. 2016/2659, Karar Tarihi: 11.2.2016 ve Yargıtay, 22. Hukuk Dairesi., E. 2015/28627, E. 2018/6793, Karar Tarihi: 15.03.2018.

Yargıtay, iş sözleşmesinin feshindeki farklı uygulama konusunda geliştirdiği dolaylı ayrımcılık açıklamasını, temyize konu olayın iş sözleşmesinin feshiyle ilgili olmadığı başka kararlarında da dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığı açıklamak için kullanmış; ancak ilgili kararlarda da dolaylı ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirmede bulunmamıştır[1039]. Ancak Yargıtay'ın bu açıklamalarını da yine dolaylı ayrımcılık yasağına dair yargısal inceleme için yol gösterici olarak nitelendirmek mümkündür. Ayrıca, Yargıtay'ın dolaylı ayrımcılığı yine ayrımcılığın yasaklandığı temellerle görülen bir bağ taşımama özelliğiyle doğrudan ayrımcılık biçiminden ayırdığı bu açıklamalarının, iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılık yasağı uygulamasına istikrar kazandırıcı nitelikte olduğu da söylenebilir[1040]. Başka bir ifadeyle Yargıtay bahsi geçen kararında da dolaylı ayrımcılığın doğrudan ayrımcılıktan, ayrımcılığın yasaklandığı temellerle görünüşte bağı olmayan bir kural ya da uygulama kaynaklı olan olumsuz etki üzerinden değerlendirilen bir ayrımcılık biçimi olmasıyla farklılaştığını belirterek; dolaylı ayrımcılık kavramına dair açıklamasında tutarlılık göstermiştir.

Yargıtay, dolaylı ayrımcılığı İş Kanunu'nda yasaklandığı şekliyle, yani cinsiyet ve gebelik temelleriyle sınırlı biçimde tanımlamayarak, ayrımcılığın yasaklandığı diğer temelleri de kapsayabilecek şekilde açıklamışsa da; cinsiyet ve gebelik temelinde dolaylı ayrımcılık yasağının uygulaması açısından Türkiye hukuku kapsamındaki m.5/3 düzenlemesini esas alan bir uygulamanın benimsenmesi gerekir. Cinsiyet ve gebelik temelli dolaylı ayrımcılık yasağı bağlamında özel olarak belirlenen ve bir uygulamayı dolaylı ayrımcı olmaktan çıkaracak olan objektif haklı nedenin de uygulamada dikkate alınması gerekir. Bu nedenle cinsiyet ve gebelik temelinde dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı iddia edilen bir işverenin, ancak ilgili düzenlemede belirtilen

---

[1039] Psikolojik taciz ve manevi tazminatla ilgili kararlar için bakınız: Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2014/12642, K. 2015/25859, Karar Tarihi: 16.09.2015; Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2015/8730, K. 2017/1000, Karar Tarihi: 31.01.2017.

[1040] Avrupa Eşitlik Hukuku Ağı tarafından hazırlanan 2020 tarihli son Türkiye raporunda dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin tanım içerdiği bahsiyle incelenen E. 2014/12642, K. 2015/25859 sayılı ve 2010/48111, K. 2011/1847 sayılı iki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında, dolaylı ayrımcılığa yapılan gönderme ile açıklamaların "yanlışlıkla" yapıldığından bahsedilmiştir. Bakınız: "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), s. 25

"biyolojik veya işin niteliğine bağlı sebepler"in varlığı üzerinden davranışının dolaylı ayrımcılık teşkil etmediğini savunması mümkün görülebilir[1041].

Dolaylı ayrımcılık yasağını, cinsiyet ve gebelik temelinde düzenleyen üçüncü fıkradaki düzenleme, ilk fıkradaki iş ilişkisinde genel ayrımcılık yasağı düzenlemesinden birkaç açıdan daha farklılık gösterir. Bu anlamda öncelikle ilgili üçüncü fıkrada, dolaylı ayrımcılığın "farklı işlem" üzerinden düzenlenmesinin, dolaylı ayrımcılık yasağının amacıyla ters düştüğünü belirtmek gerekir. Nitekim, dolaylı ayrımcılık yasağıyla "farklı işlemde bulunulması değil, eşit davranılması suretiyle ayrımcılık doğuran bir işlemde bulunulması" yasaklanır[1042] ve dolaylı ayrımcılık, işverenin farklı bir etki yaratma amacını ya da hedefine sahip olmasının gerekmediği, işverenin tarafsız hüküm, ölçüt veya uygulamalarının sonucunda gündeme gelebileceği kabul edilen bir ayrımcılık biçimi olmakla da doğrudan ayrımcılık biçiminden ayrılır. Esasen dolaylı ayrımcılığın gündeme gelmesi için, işverenin muhakkak farklı bir etki yaratma amacını ya da hedefine sahip olması gerekliliğini aramak ve bu doğrultuda "farklı işlem" unsurunu dolaylı ayrımcılığın bir unsuru saymak da [özellikle işçi tarafın işveren tarafa göre daha zayıf konumda olduğu iş ilişkisinde] dolaylı ayrımcılık yasağının amacıyla örtüşür nitelikte değildir[1043]. Bu açıdan, iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılığın, her ne kadar ilgili üçüncü fıkrada cinsiyet ve gebelik temelinde açıkça düzenlenmişse de ilgili düzenlemenin önüne geçerek, beşinci maddenin ilk fıkrasında benimsenen ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu ayrımcılık yasağına kıyasla yorumlamak gerekir. Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılık yasağının dezantajlı kişilerin maddi eşitliğe ulaşmalarını sağlama amacı da göz önüne alındığında, dolaylı ayrımcılığın işverenin tarafsız hüküm, ölçüt ve uygulamalarıyla da gündeme gelebilen, bu anlamda kasıtsız bir ayrımcılık biçimi olarak da kabul etmek daha doğru olacaktır.

[1041] Buna karşılık gebelik ve cinsiyet temellerinden farklı temeller bakımından işverenin dolaylı ayrımcılık yaptığı iddiası karşılığında savunmasını AB Direktifleri ya da ABAD içtihatları çerçevesinde benimsenen "objektif haklı neden"in varlığı üzerinden gerçekleştirmesi mümkündür. Daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 248-249.

[1042] Mehtap Yücel Bodur, "Çalışma Hayatında Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı", Ed. Süheyla Suzan Gökalp Alıca ve Necdet Başa, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt I, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019, s. 519. http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/633.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2020).

[1043] Bakırcı, a.g.e., 2012a, s. 248

Dolaylı ayrımcılık yasağına açıkça yer veren üçüncü fıkradaki düzenlemenin, ilk fıkradaki iş ilişkisinde genel ayrımcılık yasağı düzenlemesinden kapsam bakımından da farklılık gösterir. Bu anlamda cinsiyet ve gebelik temelinde öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağı, düzenlendiği fıkranın metni itibariyle iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde geçerli iken; ilk fıkradaki genel ayrımcılık yasağı ise "iş ilişkisinde" geçerli olacak biçimde düzenlenmiştir. Bu açıdan üçüncü fıkrada dolaylı ayrımcılık yasağının, iş ilişkisinin başlaması öncesinde iş sözleşmesinin yapılması ve şartlarının oluşturulması aşamasında da geçerli olduğu belirtilmek suretiyle cinsiyet ve gebelik temelli dolaylı ayrımcılık yasağının vurguladığından bahsedilebilir. Ancak fıkrada belirtilen kapsam dışında kalan konularda, örneğin iş ilanlarındaki ifadeler için de dolaylı ayrımcılık yasağına karşı korumanın öngörüldüğünü söylemek de mümkün değildir[1044]. Üçüncü fıkrada dolaylı ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlar böylece öngörülmüşse de, beşinci maddenin altıncı fıkrasında düzenlenmiş olan "ayrımcılık tazminatı"[1045] ve yoksun bırakılan hakların talep edilebilmesi imkânı, sadece "iş ilişkisinde veya sonra ermesi" aşamasında ortaya çıkan ayrımcılık yasağına aykırılık hallerine özgü olarak öngörülmüştür.

Bu doğrultuda İş Kanunu kapsamındaki dolaylı ayrımcılık yasağının, kişinin iş sözleşmesinin kurulmasıyla işçi sıfatını kazanması sonrasında daha etkili bir şekilde düzenlendiğini söylemek de mümkündür. Beşinci maddenin altıncı fıkrası, işçinin, iş sözleşmesinin kurulması sonrasında işçi sıfatını kazanması ile iş sözleşmesinin sona ermesiyle işçi sıfatını kaybetmesi aşamaları arasında işverenin ayrımcı davranışının

---

[1044] İş Kanunu'nun beşinci madde gerekçesinde de, "işverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma" yükümlülüğünden bahsedildiği için, maddeyle düzenlenen eşit davranma ilkesi, işveren tarafından işe alma da dahil olmak üzere tüm aşamadaki koşullar bakımından uyması gereken bir ilkedir. İlgili gerekçe için bakınız: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (2010), *4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi,* s. 84, http://www.turkis.org.tr/dosya/R9u5NtHtxPP3.pdf (Erişim Tarihi: 20.09.2020), Aynı yönde, Gül ve Karan, a.g.e, s. 104. İş Kanunu'nun m.5/2 düzenlemesinin iş ilanlarını, işe erişim imkânlarını, işe alım, seçilme kriterlerini ve ayrıca mesleki rehberliği, mesleki eğitimi, ileri düzey uygulamalı mesleki eğitim ile yeniden eğitimi de kapsamadığı belirtilmiştir. Bakınız: European network of legal experts in gender equality and non-discrimination (2020), "Country report, Gender Equality: How are the EU rules transposed into national law, Turkey" (Hazırlayan: Kadriye Bakırcı), s. 41 https://www.equalitylaw.eu/downloads/5248-turkey-country-report-gender-equality-2020-2-1-mb (Erişim Tarihi: 06.12.2020).

[1045] İş Kanunu kapsamında ayrımcılık hallerine özel olarak öngörülen bir yaptırım olarak "ayrımcılık tazminatı"na ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, (4), 2006, s. 76-81

olumsuz etkisi sebebiyle de ayrımcılık tazminatını ve yoksun kalınan haklarını talebini mümkün kılmıştır. Bu sebeple iş ilişkisinin başlaması öncesinde iş sözleşmesinin yapılması ve şartlarının oluşturulması aşamasında dolaylı ayrımcılığa maruz kalan bir işçinin, ayrımcılık tazminatı ile yoksun bırakıldığı haklarını talep etmesi mümkün değildir. İlgili düzenlemeyle işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat olarak belirlenen ayrımcılık tazminatı ile yoksun bırakıldığı haklarını talep etme imkânının, işverenin ayrımcılık yapma yönündeki kastına bağlı tutulmaması da dolaylı ayrımcılık yasağının etkililiği bakımından olumludur[1046]. Sadece doğrudan ayrımcılık biçimine özgülenmeyen ilgili yaptırımın, bu bakımdan iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılık yasağının daha etkili olmasını sağlayan bir hukuki araç olarak nitelendirilmesi de mümkündür.

İş Kanunu'nda dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığı da kapsayabilecek bu yaptırımın, her ne kadar dolaylı ayrımcılık halinde de söz konusu olabileceğini söylemek önünde ilgili metin bakımından bir engel yoksa da; ilgili yaptırımın dolaylı ayrımcı tutum ya da uygulama sonucunda ortaya çıkan olumsuz etki ya da sonuçlarının giderimini sağlayıp sağlamayacağına da bakılmalıdır. Bu doğrultuda, ilgili tazminatın işçinin dört aya kadar ücreti üzerinden belirlenmesi ve bunun haricinde işçinin uğradığı zarar temelinde bir artırım da uygulanamaması, ayrımcılık tazminatının, gerçek durum itibariyle ortaya çıkan olumsuz etki ya da sonucun giderilmesine yönelik olmaktan çok işverenin cezalandırılmasına yönelik bir cezai yaptırım olduğunu gösterir[1047].

İş Kanunu'nda ayrıca, işçinin iş sözleşmesinin ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler sebebiyle feshedilmesinin fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacağı bu anlamda geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları bağlamında işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatması, başlatmaması halinde de yine işçinin ücreti üzerinden belirlenen iş güvencesi tazminatına katlanması öngörülmüştür. Bu anlamda işçinin işe başlatılması şeklinde

---

[1046] İş Kanunu m.5/6 düzenlemesi metni itibariyle de doğrudan ve dolaylı ayrımcılık iddiaları arasında fark gözetmemiştir. Ancak daha çok doğrudan ayrımcılık biçiminin bir unsuru sayılan işverenin ayrımcılık yapma yönünde kastının bulunması hükmedilen ayrımcılık miktarını arttırıcı bir unsur olacaktır. Bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m, 2005, s. 984.

[1047] Ayrıca ayrımcılık tazminatına ilişkin olarak bir üst limit belirlenmesinin de AB Direktiflerine aykırı olduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2006: s. 77.

öngörülen yaptırımın dolaylı ayrımcılık biçiminde uygulanan feshin olumsuz etkisini giderebileceği söylenebilir[1048].

İşverenin dolaylı ayrımcı tutum veya uygulamaları sonucunda işçi nezdinde gündeme gelen olumsuz etki ya da sonucu gidermeye yönelik olmaktan çok işveren için cezai bir yaptırım olduğu sonucuna varılan ayrımcılık tazminatı yanında; ayrıca dolaylı ayrımcı tutum ya da uygulamaların caydırıcılığını sağlamak adına bir de idari para cezası öngörülmüştür. İş Kanunu'nun idari ceza hükümlerini düzenleyen Sekizinci Bölümü'ndeki "Genel hükümlere aykırılık" başlıklı 99. maddesi kapsamında İş Kanunu'nun yukarıda anılan beşinci maddesinde bahsi geçen ilke ve yükümlülüklere aykırı davranan işveren veya işveren vekili hakkında bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası idari para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir[1049]. Bu doğrultuda, iş sözleşmesinin yapılması ve şartlarının oluşturulması aşamasında dolaylı ayrımcılığa maruz kalan bir işçinin dolaylı ayrımcılığa maruz kalması halinde İş Kanunu m. 99 düzenlemesinin de bir yaptırım öngörmediğinden bahsedilebilir. Nitekim ilgili madde düzenlemesi de 5. maddeye aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, ayrımcılık yapılan her işçi için idari para cezası öngörürken "işçi" kavramı kullanıldığı için, devlete ödenecek ilgili para cezasının da iş sözleşmesi kurulduktan ve işçi sıfatı kazanıldıktan sonra maruz kalınan ayrımcılıklar için düzenlendiği açıktır[1050].

Beşinci maddenin son fıkrasında "ispat yükünün yer değiştirmesi" kuralının öngörülmesi de ispatı doğrudan ayrımcılığa göre daha zor olan dolaylı ayrımcılık açısından önemlidir. Buna göre, işverenin beşinci maddeye aykırı davrandığını her ne kadar işçi ispat etmek durumundaysa da, işçinin bu yönde "bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda", ispat yükünün yer

---

[1048] Ancak esasen işçinin işe başlatılmamasının bir yaptırımı olarak düzenlenen ve işçinin bir ay içinde işe başlatılmaması durumunda söz konusu olacak iş güvencesi tazminatı şeklindeki cezai yaptırım yanında feshin belirtilen temellerde yapılan dolaylı ayrımcılık nedeniyle gerçekleştiğinin ispat edilmesi halinde de, yine işverenin dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı tutum ya da uygulaması nedeniyle ayrımcılık tazminatı talep etmesi de mümkündür. İş güvencesi tazminatı ve bu tazminatın ayrımcılık tazminatıyla ilişkisi için bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2006, s. 78-79 ve Karan, a.g.e., s. 392 ve 393.

[1049] Bakınız: İş Kanunu, m. 99/1 (a).

[1050] İlgili açıklamalar için bakınız: Kadriye Bakırcı, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012b, s. 38.

değiştirerek işverenin ilgili ihlalin gerçekleşmediğini ispat etmekle yükümlü olacağı belirtilmiştir. İşveren karşısında daha dezavantajlı olduğu söylenebilecek olan işçi açısından bakıldığında, ispat yükünün yer değiştirmesi kuralı da dolaylı ayrımcılığın etkili hale getirilmesine ilişkin destekleyici bir hukuki araç olarak nitelendirilebilir[1051].

İş Kanunu'nda düzenlenen dolaylı ayrımcılık yasağı, sadece işverenin işletmesi ile sınırlı olarak öngörülmüş olması dolayısıyla, ATAD içtihatları çerçevesinde dolaylı ayrımcılığın ispatında önemli olduğuna işaret edilen istatistiki verilerin de işletmenin kendisi ve işletmenin dahil olduğu sektör kapsamında anlam ifade edeceği açıktır. Yargıtay da, feshin sendika üyeliği nedeniyle yapılıp yapılmadığını belirlemek üzere işyerinde çalışan işçi sayısı, işçilerin ilgili sendikalara hangi tarihte üye oldukları, sendika üyeliğinden çekilen işçilerin olup olmadığı, işten çıkarılan işçilerin sayısı ve işten çıkarılma tarihleri, iş sözleşmesi feshedilen işçilerden sendikalı olanların sayısı, aynı dönemde işçi alınıp alınmadığı, işçi alınmışsa hangi iş için alındığı ve işyerinde çalışan sendika üyesi işçi olup olmadığı hususlarının araştırılması gereğini mahkemeye iletmiş ve böylece iş ilişkisinde ayrımcılığı ispatlamak üzere istatistiki verilere başvurulabileceği hususuna dikkat çekmiştir[1052].

3.1.2.2. Doğrudan Tanım: Engellilik Temelli Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasal düzenlemeler bağlamında ilk kez 2005 tarih ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun kapsamında, ilgili Kanun'un engellilerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmaları ile engellilerin toplumsal

---

[1051] Yargıtay'ın iş sözleşmesi gebelik nedeniyle feshedilen bir işçinin ayrımcılık tazminatı bakımından kendisine cinsiyet ve gebelik temelinde ayrımcılık yapıldığını gösteren durumu güçlü bir biçimde göstermesi halinde, işverenin ilgili feshin makul ve meşru sebebini açıklamak durumunda olduğunu ve bu sebeple ispat yükünün işverene geçtiğini belirttiği bir kararı için bakınız: Yargıtay, 22. Hukuk Dairesi, E. 2015/28332, E. 2018/7866, Karar Tarihi: 27.03.2018. Yargıtay'ın işçinin, işverenenin cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılığa karşı korunan temellerden birinde "dolaylı farklı işlem" yaptığını somut olarak ortaya koyamadığı tadirde ayrımcılık tazminatı talebinin reddedileceği sonucuna vardığı başka bir kararı için bakınız: Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2018/8282, E. 2018/17510, Karar Tarihi: 04.10.2018.

[1052] İlgili karar için bakınız: Yargıtay 9. HD., E. 2004/13246, K. 2004/21982, Karar Tarihi: 05.10.2004. Ancak ayrımcılığın yasaklandığı her temelle ilgili olarak sendikal temelli ayrımcılıkta olduğu gibi veriye erişmek mümkün değildir. İş Kanunu'nda işverenin işletmesi bünyesinde ya da belirli sektörler bazında istatistiki verilerin tutulmasına ilişkin bir düzenleme de olmaması, dolaylı ayrımcılık yasağı bağlamında ispat yükünün yer değiştirmesiyle ilgili olan bu kuralın önemini açıkça gösterir. Farklı etkinin tespitinde kullanılan İstatistiki yöntem hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Doğan Yenisey, a.g.m., 2005, s. 994-996.

hayata toplumdaki diğer kişilerle eşit koşullarda "tam ve etkin" biçimde katılmalarını sağlamak yönünde gerekli düzenlemeleri hayata geçirmeye ilişkin olarak belirlenen amacı doğrultusunda engellilik temelli olarak tanımlanmıştır[1053].

Kanun'un 2005 yılında kabul edilen halinde, belirli bir yetiyitimine sahip kişileri nitelendirmek üzere "özürlü" ifadesi kullanılmış; ancak Kanun başlığı ile metninde 2013 yılında yapılan değişiklikle ilgili ifade "engelli" ifadesiyle değiştirilmiştir[1054]. Böylece belirli bir yeti yitiminin biyolojik ve bireysel yönünü vurgulayan özürlü ifadesi yerine, yeti yitimini toplumsal koşullardan kaynaklanan engeller üzerinden açıklayan bir ifade olan engelli ifadesinin kullanılmasıyla, Kanun'un şekli eşitlik anlayışıyla sınırlı olan tıbbi model yerine, Türkiye'nin 2009 tarihinde tarafı olduğu BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin de benimsediği ve maddi eşitlik anlayışıyla daha çok bağdaşan sosyal modele geçiş süreci de başlamıştır[1055]. Engelli kişilerin ayrımcılığa yeti yitimleriyle sınırlı olarak değil, toplumsal engellerin yarattığı dezavantajlı durum sebebiyle de uğrayabileceği gerçeğini takiben Kanun'un engelli kişilerin maddi eşitliğe ulaşmalarını sağlamaya daha elverişli hale gelmesi ise esasen 2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun'la yapılan ek ve değişikliklerle gerçekleştirilmiştir[1056].

[1053] Bakınız: Engelliler Hakkında Kanun, *"Amaç"*, Madde 1.

[1054] Kanun'un 2005 tarihinde kabul edilen metninin başlığındaki "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması" ifadesi ile Kanun metni kapsamında özürlü ifadesinin kullanıldığı kısımların engelli ifadesiyle değiştirilmesi 03.05.2013 tarih ve 6462 sayılı "Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 69. maddesiyle sağlanmıştır. Engelliler Hakkında Kanun'un 2005 tarihli ilk halinin adı çalışmanın devamında "Özürlüler Hakkında Kanun" olarak anılacaktır.

[1055] Sakatlık olgusunu açıklayan modeller hakkında bilgi ile BM EHS kapsamında benimsenen model hakkında bilgi için yukarıda İkinci Bölüm'deki *"2.2.2.3. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız. Türkiye, BM EHS'ye çekince koymaksızın taraf olmuştur. Türkiye'nin BM EHS'yi imza ve onay süreci hakkında bilgi için bakınız: Yukarıda 742. Dipnot. Özürlü ifadesi yerine engelli ifadesinin kullanılmasına ilişkin olarak TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunun 13.03.2013 tarihli Görüşme Tutanakları da incelendiğinde, özürlü ifadesi yerine engelli ifadesinin kullanılmasında BM EHS kapsamında benimsenen sosyal modeli benimseme ile "bireyi sosyal çevre etkileşimiyle birlikte" tanımlama amacının güdüldüğünü görmek mümkündür. İlgili Komisyon'un Görüşme Tutanağı kapsamında dönemin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanı Fatma Şahin'in konuyla ilgili açıklamaları için bakınız: TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu 13.03.2013 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 2-8. Aynı açıklamalar bağlamında ayrıca ilgili Kanun kapsamına doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık ve makul uyumlaştırma tanımlarının da ekleneceği hususundan bahsedilmiştir.

[1056] Kanun'a 2014 yılında yapılan ekleme ve değişiklikler öncesinde de, 2005 yılında ilgili Kanun hakkında Meclis'e birçok tasarı ve teklif sunulmuştur. Bu tasarılar arasından özellikle İstanbul Milletvekili Lokman Ayva tarafından sunulan 28.01.2005 tarihli "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi" metni kapsamındaki ifadeler

Engellilik temelli dolaylı ayrımcılığın yasaklanması da Kanun kapsamına 2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun'la yapılan bu ekleme ve değişiklerle sağlanmıştır[1057]. Engelliler Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlığını taşıyan 3. maddesinde yapılan değişiklikle dolaylı ayrımcılık, "görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını" ifade eder biçimde tanımlanmıştır. Dolaylı ayrımcılığın böylece engelliliğe dayalı ayrımcılık temelinde doğrudan bir tanım üzerinden açıklanmasından sonra, ilgili 3. maddenin devamında da "engelliliğe dayalı ayrımcılık", "siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayrım, dışlama veya kısıtlama (…)" olarak tanımlanmıştır[1058]. Bu doğrultuda, Engelliler Hakkında Kanun kapsamında yasaklanan dolaylı ayrımcılığın, görünüşte ayrımcı olmayan ancak sonuç itibariyle engelli kişilerin siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer insan hak ve temel özgürlüklerden diğer kişilerle eşit koşullarda yararlanmalarını engelleyen ayrım, dışlama veya kısıtlama şeklindeki her türlü eylem, işlem ve uygulamanın engelli kişileri objektif biçimde

---

dikkat çekicidir. İlgili metinde hem uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelere; hem de doğrudan ve dolaylı ayrımcılık da aralarında olmak üzere AB Direktifleri kapsamında yasaklanan çeşitli ayrımcılık biçimlerine işaret edilmiştir. Bu anlamda "Tanımlar" başlıklı 3. maddenin (d) bendinde "Ayrımcılık", "Bir kimsenin özrü nedeniyle bazı hak ve imkânlardan doğrudan veya dolaylı mahrum edilmesi" olarak tanımlanmış ve "Ayrımcılık" başlıklı 4. maddede de hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık kapsama alınmıştır. Ayrıca ilgili metnin 4. maddesine dair gerekçede de kişilere "özürü nedeniyle" ayrımcılık yapılmayacağı hususuna sıklıkla atıfta bulunulmasıyla ayrımcılık sorununun çözülemeyeceğine; bu anlamda "kasıtlı olmasa da özürlüler aleyhine" ayrımcılığın sonlanmadığına işaret edilmiş ve ayrımcılık olgusunun yasal zemine kazandırılmasının önemine, ayrımcılığın bir insanlık suçu olarak düzenlenmesi teklifiyle değinilmiştir. Lokman Ayva'nın sunduğu tasarı metninde ise dolaylı ayrımcılığa yer verilmiştir. İstanbul Milletvekili Lokman Ayva'nın hazırladığı "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi" ve gerekçesi için bakınız: https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss969m.htm (Erişim Tarihi: 02.12.2020)

[1057] 06 Şubat 2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunun tam adı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" olup ilgili Kanun'un 62. ve 75. maddeleri arasında 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun metnine yapılacak ek ve değişiklikler düzenlenmiştir.

[1058] İlgili dolaylı ayrımcılık tanımına 6518 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle değiştirilen "Tanımlar" başlıklı m.3(b) düzenlemesinde, engeliliğe dayalı ayrımcılık tanımına da m.3(d) düzenlemesinde yer verilmiştir.

gerekçelendirilemeyen "dezavantajlı bir duruma" getirmesi halinde gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak düzenlendiği söylenebilir[1059].

Engelliler Hakkında Kanun kapsamında dolaylı ayrımcılık böylece tanımlandıktan sonra, dördüncü maddede düzenlenen "Genel Esaslar" kapsamında da "engelliliğe dayalı ayrımcılık" yapılamayacağı ve engelliliğe dayalı ayrımcılıkla mücadelenin engellilere yönelik politikaların temel esası olduğu belirtilerek Kanun'un esas aldığı ayrımcılık yasağına ilişkin genel bir düzenleme öngörülmüştür. Kanun'un m. 4/A düzenlemesiyle de, engelliliğe dayalı ayrımcılık yasağı, "Ayrımcılık" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kapsamda da, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimleri de dahil olmak üzere "engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık" yasaklanmış; ayrıca eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacıyla engellilere yönelik makul uyumlaştırmanın yapılmasından bahsedilmiş, alınacak özel tedbirlerin ayrımcılık sayılmayacağı da vurgulanmıştır[1060].

Engelliler Hakkında Kanun kapsamında, istihdam ile eğitim ve öğretim süreçlerinde öngörülen ayrımcılık yasağı düzenlemelerinin dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlayan düzenlemeler olarak da okunması mümkündür. Nitekim ilgili düzenlemelerle yasaklanan ayrımcılık biçimine ilişkin de bir belirlemeye yer verilmemiştir. Bu kapsamda, "İstihdam" başlıklı 14. maddenin ikinci fıkrasında işe başvuru, işe alınma, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamla ilgili süreklilik, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşullarını da kapsayacak biçimde istihdamla ilgili hususlarda engellilik temelli ayrımcılığı yasaklayan düzenlemenin ve "Eğitim ve öğretim" başlıklı 15. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsadığını söylemek önünde bir engelden bahsedilemez. İş ilişkisi başlamadan önceki süreci de kapsayacak şekilde istihdamda engellilik temelli ayrımcılık yasağını içeren 14. maddenin üçüncü fıkrasıyla ise "çalışan

---

[1059] İlgili düzenlemenin, 6518 sayılı Kanun'un tasarı aşamasında halinde yer verilen 67. maddede belirtilen ve 6518 sayılı Kanun yürürlüğe girerken de aynen kabul edilen gerekçesinde engelliliğe dayalı dolaylı ayrımcılık tanımının "Sözleşme paralelinde" düzenlendiği belirtilmiştir. Ancak, BM EHS kapsamına dolaylı ayrımcılık yasağını dahil etmek mümkünse de; Sözleşme kapsamında dolaylı ayrımcılık kavramına ilişkin açık bir tanım mevcut değildir.

[1060] Kanun'un m.4 düzenlemesi 6518 sayılı Kanunun 64. maddesiyle değiştirilmiş; m.4/A düzenlemesi de Kanun'a 6518 sayılı Kanunun 65. maddesiyle eklenmiştir.

engellilerin aleyhine sonuç doğuracak şekilde" bir kişiye engeli sebebiyle diğer kişilerden "farklı muamele" gösterilemeyeceği düzenlenmiştir[1061]. Çalışan kişiler vurgusuyla grup temelli ayrımcılığa, aleyhe sonuç ifadesiyle de etki temelli ayrımcılığa yapılan göndermeler sebebiyle de ilgili düzenlemeyi istihdamda dolaylı ayrımcılık yasağını öngören bir düzenleme olarak nitelendirmek mümkündür[1062].

Engelliler Kanunu kapsamında öngörülen makul uyumlaştırma yapılması ve erişilebilirliğin sağlanmasına ilişkin düzenlemelerin de dolaylı ayrımcılık yasağını etkili hale getirici düzenlemeler olarak görmek mümkündür[1063]. Kanun kapsamında hem makul uyumlaştırma hem de erişilebilirliğe ilişkin kavramları açıkça tanımlayan düzenlemelere yer verilmesi, engelli kişiler nezdinde diğer kişilerle karşılaştırıldığında farklı ya da olumsuz etki yaratacak durumları ortadan kaldırma potansiyelini taşır. Engelli kişilerin maddi eşitliğe ulaşmalarını sağlayacak etkili hukuki kurumlar olarak nitelendirilmesi de mümkün olan bu kurumların, Kanun kapsamındaki istihdam ile eğitim ve öğretim başlıklı maddeler bağlamında da öngörülmesiyle ilgili alanlarda engellilere karşı dolaylı ayrımcılık yasağına bir kez daha vurgu yapıldığı söylenebilir[1064].

[1061] Kanun'un m.14 düzenlemesi 6518 sayılı Kanunun 72. maddesiyle, m.15 düzenlemesi de 6518 sayılı Kanunun 72. maddesiyle değiştirilmiştir.

[1062] Nitekim Kanun'a 6518 sayılı Kanun ile Engelliler Hakkında Kanun'a yapılan ek ve değişiklikler öncesinde de ilgili 14. maddenin ikinci fıkrasında, dolaylı ayrımcılığı yasaklayan aynı düzenlemenin mevcut olması; 6518 sayılı Kanun'la dolaylı ayrımcılık tanımının eklenmesinden önce de Özürlüler Hakkında Kanun kapsamında açıkça olmasa da "sonuç doğuracak şekilde" ifadesi sebebiyle istihdamda dolaylı ayrımcılık yasağının öngörüldüğü yönündeki açıklamaları mümkün kılmıştır. Dolaylı ayrımcılık tanımının Engelliler Hakkında Kanun'a eklenmesi öncesinde de istihdamda dolaylı ayrımcılık yasağının mevcut olduğu yönünde açıklamalar için bakınız: Gül, a.g.t., s. 304-305.

[1063] "Makul uyumlaştırma yapılması" kurumu hakkında bilgi ve bu kurumun dolaylı ayrımcılık kavramıyla benzerlik ve farklılıkları için Birinci Bölüm kapsamında *"1.2.1.2.2. Makul uyumlaştırma"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız. Erişilebilirlik kurumuyla ilgili olarak İkinci Bölüm kapsamında AK ve BM örgütleri çerçevesinde özellikle ASŞ ve BM EHS sistemi bağlamında erişilebilirliğin sağlanması kurumuna dair açıklamalara başvurunuz.

[1064] Kanun'un 3. maddesiyle "Binaların, açık alanların, ulaşım ve bilgilendirme hizmetleri ile bilgi ve iletişim teknolojisinin, engelliler tarafından güvenli ve bağımsız olarak ulaşılabilir ve kullanılabilir olması" olarak tanımlanan erişilebilirlikle ilgili sağlanması gereken hususlar da Kanun'un "Erişilebilirlik" başlıklı 7. maddesiyle düzenlenmiştir. Kanun'un 3. maddesiyle "Engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirleri" ifade edecek biçimde tanımlanan makul uyumlaştırmaya ilişkin olarak da, Kanun'un 4A maddesinde makul uyumlaştırmanınyapılmasının engellilik temelli ayrımcılığı ortadan kaldırmasına yönelik olduğu belirtilmiş ve "İstihdam" başlıklı 14. maddenin dördüncü fıkrasında da işverenlerin engellilerin çalıştığı iş yerlerinde makul uyumlaştırma yapmalarına ilişkin zorunluluk düzenlenmiştir. Kanun'un "Eğitim ve öğretim" başlıklı 15. maddesinde de engellilerin özel durumları ve

Kanun kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağını etkili hale getirmeye yönelik olarak dolaylı ayrımcılığın ispatını kolaylaştırıcı usuller öngörülmemiş; bu doğrultuda ispat yükünün yer değiştirmesi ya da dolaylı ayrımcılık iddiasını temellendirmeyi kolaylaştıracak, örneğin istatistiki verilerin kullanılabilirliğine ilişkin kurallara yer verilmemiştir. Bu anlamda, engellilik temelli dolaylı ayrımcılık iddialarının engellilik temelli dolaylı ayrımcılık yasağının öngörüldüğü diğer kanunlar kapsamındaki usuller doğrultusunda temellendirilmesi mümkündür.

Dolaylı ayrımcılık yasağını etkili hale getirecek bir diğer hukuki araç olarak yaptırım konusunda ise Engelliler Hakkında Kanun kapsamındaki Geçici Maddeler'le getirilen ve ilgili madde düzenlemelerinde öngörülen süre dahilinde gerçekleştirilmesi öngörülen engelli kişilerin dolaylı ayrımcılığa maruz kalmasını da önleyebilecek olan bazı önlemleri yerine getirmeyen kişiler hakkında düzenlenen idari para cezalarından bahsedilebilir[1065]. Bunun haricinde Kanun kapsamında, engellik temelli ayrımcı davranışlar birer suç olarak düzenlenme bulmamıştır[1066].

3.1.2.3. Kurumsallaşma Evresi (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu)

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının kurumsallaşma evresini, 2006 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'yla (TİHEK Kanunu) başlatmak mümkündür[1067]. Zira dolaylı ayrımcılık ilk kez, diğer görevleri yanısıra eşitsizliğin giderilmesi ve ayrımcılıkla mücadele görevini de yerine getirmek

---

farklılıkları dikkate alınarak eğitim ve öğretime diğer kişilerle eşit koşullarda erişimlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bahsi geçen tüm düzenlemeler, Kanun'a 6518 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle kazandırılmıştır.

[1065] Özel ve kamu toplu taşıma araçlarının ve ulaşım imkânlarının engelliler için erişilebilirliğinin sağlanmasına yönelik olarak belirlenen yükümlülüklerini öngörülen sürede yerine getirmeyen kişiler için uygulanacak idari para cezası düzenlemesi için bakınız: Engelliler Hakkında Kanun, "Geçici Madde 3.

[1066] Engellilik temelli ayrımcılık suçuna ve bu suçun dolaylı ayrımcılık biçimindeki davranışlarla da ortaya çıkıp çıkmayacağına ilişkin olarak aşağıda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Nefret ve Ayrımcılık" başlıklı 122. maddesiyle ilgili açıklamalara bakınız.

[1067] 20.04.2016 tarih ve 29690 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ilgili kanun metni için bakınız: *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu,* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2020).

üzere yetkilendirilen ve bu doğrultuda Türkiye hukukunda ayrımcılık yasağıyla ilgili işletilebilecek yargı dışı başvuru usulünü yürüten kurumlardan biri olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun (TİHEK) görev ve yetkilerini düzenleyen ilgili TİHEK Kanunu kapsamında açıkça tanımlanmış ve bunun yanısıra geniş bir uygulama alanı bulacak şekilde yasaklanmıştır[1068].

TİHEK Kanunu başlığı itibariyle her ne kadar bir teşkilatlanma kanunu izlemini yaratmaktaysa da, Kanun'un içeriği ilgili Kanun'un sadece TİHEK'in teşkilatına, görev ve yetkilerine ilişkin esaslarla sınırlı olmadığını anlatır niteliktedir[1069]. Nitekim TİHEK Kanunu'nun Genel Gerekçesi'nde TİHEK Kanunu Tasarısı'nın insan haklarını koruma mekanizmalarının etkinleştirilmesi ana hedefi doğrultusunda karşılanması amaçlanan ihtiyaç ve beklentilerden biri de, "ayrımcılık yasağı ve eşit muamele ile ilgili temel yasal çerçevenin ve kurumsal yapının düzenlenmesi" olarak belirtilmiştir[1070]. Bu ihtiyaç ve beklenti, Genel Gerekçe kapsamında yer verilen TİHEK Kanunu'yla Türkiye'nin yükümlülükleri göz önüne alınarak ayrımcılık ile farklı ayrımcılık biçimleri, kapsamı ve istisnalarının, AB müktesebatı, AK ve BM belgeleriyle uyumunun sağlanmasının amaçlandığı yönündeki ifadelerle birlikte okunduğunda da, TİHEK Kanunu çerçevesindeki dolaylı ayrımcılık yasağının uygulama alanının kapsamı daha açık hale gelir. Bu açıdan, TİHEK Kanunu'nun dolaylı ayrımcılık yasağına kurumsallık

---

[1068] Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun (TİHEK Kanunu), "Amaç" başlıklı ilk madde düzenlemesine göre Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun görev ve yetkileri arasında "insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek" üzere kurulduğu belirtilmiştir.

[1069] TİHEK Kanunu'nun bir teşkilatlanma kanunu izlenimini veren başlığı ile içeriği uyumsuz olmasının, TİHEK Kanunu'nun genel nitelikli bir kanun sayılmasını engellemeyeceği ve özellikle Kanun'un İkinci Bölümü'nde yer verilen düzenlemeler itibariyle genel bir uygulama alanı bulabileceğine ilişkin görüş ve açıklamaların devamı için bakınız: Karan, a.g.e., s. 32. Benzer şekilde Kanun'un adının sadece bir kurumun teşkilat, görev ve yetkilerini düzenleyen bir kanun olduğu izlenimini yarattığının ifade edildiği bir başka çalışmada Kanun'un "Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Kanun" adıyla yasalaşmasının daha yerinde bir tercih olacağı belirtilmiştir. İlgili çalışma için bakınız: Ahmet Türkmen, 6701 Sayılı Kanunda Yer Alan Ayrımcılık Yasağının Sözleşme Hukukuna Etkilerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (12), 2017, s. 136, 2. Dipnot.

[1070] Genel Gerekçe'de TİHEK Kanunu ile karşılanması amaçlanan diğer ihtiyaç ve beklentiler ise "Mevcut Türkiye İnsan Hakları Kurumunun kurumsal kapasitesinin güçlendirilerek etkinliğinin artırılması" ve "İşkence ve kötü muameleye karşı ulusal önleme mekanizmasının etkinliğinin ve işlerliğinin artırılması" olarak belirtilmiştir.

kazandıran tüm düzenlemelerinin genel bir uygulama alanı için geçerli olduğu söylenebilir[1071].

Türkiye Hukuku'nda ayrımcılık yasağıyla ilgili "en kapsamlı düzenleme" sayılabilecek TİHEK Kanunu'nda ayrımcılık kavramı ve ayrımcılık yasağına ilişkin açıklamalar, genel bir ayrımcılık tanımı üzerinden değil, farklı ayrımcılık biçimleri üzerinden yapılan tanımlarla gerçekleştirilmiştir[1072]. Dolaylı ayrımcılık da, bu kapsamda Kanun'da öngörülen diğer ayrımcılık biçimleriyle birlikte ve bir anlamda ayrımcılığın ne anlama geldiğine ilişkin bir açıklama sayılması mümkün olan "ayrı tutma" kavramıyla birlikte aynı maddede tanımlanmıştır[1073].

[1071] TİHEK Kanunu'nu benzer bir yaklaşımla ele alan çalışmalar için bakınız: İbrahim Ertuğrul, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Meselesine Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (131), 2017, ss. 347-372; Karan, a.g.e.; Türkmen, a.g.m.

[1072] 1/596 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı'nın esas komisyon olarak belirlenen TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında Şenal Sarıhan ve Gamze Akkuş İlgezdi tarafından, Tasarı'nın "Tanımlar" başlıklı İkinci Maddesine (a) fıkrasından sonra gelmek üzere "Siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma, zayıflatma veya güçleştirme amacına sahip olan veya bu sonuçları doğuran cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik, sosyal veya ulusal köken, cinsel yönelim, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, mülkiyet, engellilik, yaş ve benzeri temellere dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanımayı" ifade edecek şekilde bir "ayrımcılık" tanımı eklenmesi önerilmiş; ancak, ilgili önerge kabul edilmemiştir. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Tutanak Dergisi, 4. Toplantı, 17.02.2016, s. 49-50. Benzer şekilde, TİHEK Kanunu Tasarısı hakkındaki Meclis görüşmeleri sırasında Fatma Kaplan Hürriyet de Tasarı'da ayrımcılık tanımı yapılmaksızın ayrımcılık türlerinin tanımlanması şeklinde izlenen yöntemin yanlış olduğu dile getirmiştir. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 1. Yasama Yılı 63. Birleşme, 30 Mart 2016, s. 53. Literatürde de TİHEK Kanunu'nda benimsenen ayrımcılığı farklı ayrımcılık biçimleri üzerinden tanımlama yönteminin, Türkiye hukukunda farklı ayrımcılık biçimlerinin ilk defa açıkça tanımlanmasını sağlamakla olumlu bulunabilirse de, TİHEK Kanunu kapsamında ayrımcılığın somut bir şekilde tanımlanmamasının bir eksiklik olduğuna dikkat çekilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 78. TİHEK Kanunu'nda ayrımcılık tanımı olmadığı gibi, "pozitif ayrımcılık, dışlama, yoksun bırakma, üstün tutma, makul yerleştirme ve benzeri bazı kavramların" tanımlarının olmaması da ayrıca eleştirilmiştir. Bakınız: Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin ve Yusuf Deniz, "6701 Sayılı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme – I, I. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, s. 736.

[1073] TİHEK Kanunu'nun "Amaç, Kapsam ve Tanımlar" ile ilgili hükümlerin düzenlendiği Birinci Bölümü'ndeki "Tanımlar" başlığını taşıyan ikinci madde kapsamında tanımlanan ayrımcılık biçimleri şunlardır: ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, iş yerinde yıldırma, makul uyumlaştırma yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık. TİHEK Kanunu'nun "Ayrımcılıkla Mücadele" başlıklı İkinci Bölümü'nde yer verilen "Ayrımcılık türleri" başlıklı dördüncü maddenin ilk fıkrasında sayılan bu ayrımcılık biçimlerine ek olarak; aynı maddenin ikinci fıkrasında da, ismen zikredilmese de "mağdurlaştırmanın yasaklanması" kurumunu tanımlayan düzenlemeyle bir anlamda "dolayısıyla ayrımcılık" biçimini de yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmiştir. TİHEK Kanunu'nun ilgili m.4/2 düzenlemesinde "Eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık, böylece TİHEK Kanunu'nun amacının, kapsamının ve Kanun'un uygulanmasında esas alınacak tanımların düzenlendiği Birinci Bölümü'ndeki "Tanımlar" başlıklı İkinci maddesinin (e) bendinde, *"Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını"* ifade edecek şekilde tanımlanmıştır[1074]. "Ayrı tutma" ise, aynı

---

teşkil eder." denilmek suretiyle açıklanan mağdurlaştırmanın yasaklanması kurumu açıklandığı için ve bu kurum kişileri diğer ayrımcılık biçimlerine ek olarak dolayısıyla ayrımcılık biçimine karşı da korumaya izin verdiği için TİHEK Kanunu kapsamında dolayısıyla ayrımcılık biçiminde bir tutum ya da davranışa maruz kalan bir kişinin de korunacağını kabul edilebilir. Ancak "Ayrımcılık türleri" başlıklı 4. maddenin ilk fıkrasında "ve benzeri" ifadesine de yer verilmemesi sebebiyle sadece sayılan ayrımcılık biçimlerine karşı korumanın mevcut olduğu açıktır. Dolayısıyla ayrımcılık biçiminin [TİHEK Kanunu da dahil olmak üzere] Türkiye Hukukunda açıkça yasaklanmadığı yönünde açıklamalar için bakınız: "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), 2020 s. 5 ve s. 23. Bu nedenle Kanun'un ilgili düzenlemesinde adı geçmeyen dolayısıyla ayrımcılık biçiminin TİHEK Kanunu'a dahil olduğunu söylemek mümkün değildir. TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında da Kanun'da sayılan ayrımcılık türlerinin "ve benzeri" ifadesinin desteğiyle açık uçlu biçimde sayılması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 1. Yasama Yılı 62. Birleşme, 29 Mart 2016, s. 53.

[1074] TİHEK Kanunu'nda yer verilen dolaylı ayrımcılık tanımı TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun kabul ettiği tanımla aynıdır. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Tutanak Dergisi, 4. Toplantı, 17.02.2016, s. 44. TİHEK Kanunu Tasarısı hakkındaki Meclis görüşmeleri sırasında Fatma Kaplan Hürriyet tarafından Tasarı'daki dolaylı ayrımcılık tanımının "etkin bir şekilde" geliştirilmesi gereğine dikkat çekilmiştir. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 1. Yasama Yılı 63. Birleşme, 30 Mart 2016, s. 53. Literatürde, ilgili dolaylı ayrımcılık tanımının, Engelliler Hakkındaki Kanun'da yer verilen tanımla ve AB Direktiflerinden benimsenen tanımla farklı olmadığı ve bu anlamda içeriği bakımından aynı yönde uygulamaya izin verdiği bahsiyle eksiklik içermediği belirtilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 307. TBMM Komisyonlarında ve TBMM Genel Kurulunda dolaylı ayrımcılık tanımı için çeşitli önerilerin getirildiği de iletilmiştir. Buna göre, Komisyonlardaki bazı üyelerin dolaylı ayrımcılığı, "Gerçek ve tüzel kişilerden kaynaklanan ve görünüşte ayırımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda yasaklanan temellerle bağlantılı olarak, bir gerçek veya tüzel kişinin veya topluluğun, hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından yasal bir amaç tarafından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulması veya genel bir işlem veya düzenleme hazırlanırken belli koşulları ve özellikleri nedeniyle farklı ihtiyaçları ortaya çıkan bireyler ve birey grupları için koruma sağlanmasının dikkate alınmamış veya ihmal edilmiş olması durumudur. Bir eylem, işlem veya uygulamanın nesnel olarak haklılaştırılabilmesi için, makul bir sebep taşıması, meşru bir amaca sahip olması ve gözetilen amaçla yapılan muamele arasında bir ölçülülük bulunması gerekir." şeklinde tanımlanması yönünde öneride bulundukları belirtilmiştir. Ayrıca, TBMM Genel Kurulu'nda da, söz konusu tanımdaki "işlem ve uygulamalar sonucunda" ifadesi sonrasına "dili ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri temellere dayanılarak" eklemesinin yapılması yönündeki önerinin de reddedildiği iletilmiştir. İlgili önerilere işaret edilen çalışma kapsamında bu önerilerin hangi tutanaklardan alındığına ilişkin bilgiye erişilemediği gibi, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ile TBMM Genel Kurul Tutanakları dahilinde de dolaylı ayrımcılığa ilişkin olarak yapılan önerilere rastlanmamıştır. İlgili önerilerin iletildiği çalışma için bakınız: Odyakmaz vd., a.g.m., s. 737-738.

maddenin (a) bendinde *"Kişilerin bu Kanunda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumunu"* ifade eden bir davranış olarak tanımlanarak; bir anlamda ayrımcılığın nasıl gündeme geldiğine ilişkin bir açıklama getirmiştir. Kanun kapsamında ayrımcılığın ne anlama geldiğini açıkça gösteren bir tanımın yokluğunda ayrımcılığı açıklar nitelikte kabul edilebilecek olan ilgili ayrı tutma tanımını, TİHEK Kanunu'ndaki dolaylı ayrımcılık tanımıyla birlikte okunmasıyla, dolaylı ayrımcılıkla ilgili daha belirgin bir tanıma ulaşılabilir. Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılığı, görünüşte ayrımcı olmayan ancak bir gerçek veya tüzel kişiyi TİHEK Kanunu'nda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından dezavantajlı konuma sokan objektif haklı gerekçeden yoksun her türlü eylem, işlem ve uygulamalar veya eylemsizlik sonucunda gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi olarak yeniden tanımlamak mümkündür[1075].

Kanun kapsamında böylece açıklama bulan dolaylı ayrımcılık biçimine ilişkin yasak da Kanun'un "Ayrımcılıkla Mücadele" başlıklı İkinci Bölümü'nde düzenlenmiştir[1076]. Bu kapsamda "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı" başlıklı üçüncü maddenin ilk fıkrasındaki, herkesin hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğuna dair ifadeyle "hukuki eşitlik" düzenlenmiştir. Üçüncü maddenin ikinci fıkrasında da "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasağı" düzenlemesine yer verilerek; sadece sayılan ayrımcılık temellerinde ayrımcılık yasağı öngörülmüştür[1077]. TİHEK Kanunu

---

[1075] Avrupa Eşitlik Ağı'nın 2020 tarihli Türkiye Raporu'nda da Türkiye hukukunda yeni bir kavram olan dolaylı ayrımcılık kavramına ilişkin bu tanımın özellikle yargısal uygulama bağlamındaki eksikliği giderme yönünde öneminin büyük olduğu ifade edilmiştir. Ancak 2019 yılı itibariyle birkaç yargı kararında TİHEK Kanunu'nda dolaylı ayrımcılık yasağının varlığına değilmişse de, Kanun'daki tanıma atıfta bulunulmadığına da dikkat çekilmiştir. Bakınız: "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), 2020, s. 25-26,

[1076] Kanun'un İkinci Bölümü TİHEK'in insan haklarının korunması ve işkence ve kötü muameleye karşı ulusal önleme mekanizması olarak belirlenen diğer görevleri yanısıra sahip olduğu ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin görevine dair olup; bu kapsamdaki üçüncü ve yedinci maddeler arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Hayrettin Eren, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.89.

[1077] TİHEK Kanunu Tasarısı hakkındaki Meclis görüşmeleri sırasında Tasarı'da ayrımcılık temellerinin sınırlı biçimde sayılmaması gerekliliğine işaret edilmiştir. Mahmut Tanal tarafından, ayrımcılık temelleri arasında "mezhep" ile "cinsel yönelim" temellerine yer verilmemesi üzerinden Kanun'daki ilgili maddeye

kapsamında ayrımcılık yasağının böylece sadece sayılan ayrımcılık temelleri için öngörülmesi nedeniyle, ayrımcılığa karşı sınırlı koruma sağlayan bir ayrımcılık yasağı olarak değerlendirmek mümkündür[1078]; ki bu durum da dolaylı ayrımcılık yasağının uygulama alanını da daraltıcı niteliktedir.

Kanun'un "Ayrımcılık yasağının kapsamı" başlıklı beşinci maddesinde de, dolaylı ayrımcılığın da dahil olduğu ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alana açıklık getirilmiştir. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yürüttükleri faaliyetler bakımından "eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri" hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişilere yönelik ayrımcılık yapamayacakları düzenlenmiştir. Düzenlemenin devamında, ilgili ayrımcılık yasağının, kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsayacağı belirtildikten sonra,

---

"ve benzeri sebepler" şeklinde bir ekleme yapılmasının hem Anayasa'nın m. 10 ve m.90/5 düzenlemesine hem de uluslararası sözleşmelere aykırılığı giderme adına gerekli olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 1. Yasama Yılı 62. Birleşme, 29 Mart 2016, s. 64 ve Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 1. Yasama Yılı 68. Birleşme, 06 Nisan 2016, s. 84. Nitekim daha sonra "mezhep" temelinin de m.3/2 düzenlemesine eklenmesi kabul edilmiştir. Bakınız: Odyakmaz vd., a.g.m., s. 745. Benzer şekilde Burcu Çelik Özkan da, Kurum'un "sayılan sınırlı ayrımcılık temelleri dışındaki hak taleplerini ele alamayacak" bir Kurum olarak, kendisinden beklenen işlevi yerine getiremeyeceğini söylemiştir. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 1. Yasama Yılı 62. Birleşme, 29 Mart 2016, s. 66. Fatma Kaplan Hürriyet tarafından da Tasarı'da ayrımcılık temelleri arasında cinsel yönelim ve cinsel kimlik temelleri sayılmamasının, farklı cinsel yönelime veya cinsel kimliğe sahip kişilerin dışlanması sonucunu doğurabileceğine dikkat çekilmiştir. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 1. Yasama Yılı 63. Birleşme, 30 Mart 2016, s. 53.

[1078] TİHEK'in iki trans kadınının cinsiyet kimliği gerekçe gösterilerek rezervasyonları bulunan otele alınmaması sebebiyle yaptıkları başvuruyu "Cinsel kimlik ayrımcılık temeli sayılamaz." gerekçesiyle reddetmesi de TİHEK'in ayrımcılığa karşı Kanun'da sayılan temellerle sınırlı bir koruma sağlayan bir ayrımcılık yasağını benimsediğini gösterir. TİHEK'e yapılan ilgili başvuru ve TİHEK'in ilgili başvuruyu reddine ilişkin olarak bakınız: Pembe Hayat LGBTİ+ Dayanışma Derneği (2019), *"Cinsel kimlik ayrımcılık temelleri arasında sayılmıyor"*, 11.02.2019, http://www.pembehayat.org/haberler/detay/2061/ldquocinsel-kimlik-ayrimcilik-temelleri-arasinda-sayilmiyorrdquo (Erişim Tarihi: 07.12.2020). TİHEK'in cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla ilgili başvuruyu, TİHEK Kanunu'yla düzenlenen ayrımcılık yasağının kapsamına girmediği gerekçesiyle Kurul onayından geçmeksizin Başkan adına Başkan Yardımcısının imzasıyla alınan bir incelemezlik kararıyla reddetmesi yetki yönünden hukuka aykırı olması nedeniyle İdare Mahkemesi'ne taşınmış ve İdare Mahkemesince de ilgili incelenemezlik kararının yetkili kişilerce verilmediği bahsiyle "hukuka uygun olmadığı" gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. İlgili sürece ilişin olarak Bakınız: Pembe Hayat LGBTİ+ Dayanışma Derneği (2019), *"Pembe Hayat Derneği, TİHEK'e açtığı davayı kazandı"*, 13.12.2019, http://www.pembehayat.org/haberler/detay/2284/pembe-hayat-dernegi-tihekrsquoe-actigi-davayi-kazandi (Erişim Tarihi: 07.12.2020).

ikinci fıkrada da ilgili hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesi bakımından, sorumlu kişi ve kurumların engelli kişilerin farklı ihtiyaçlarını dikkate alarak; bu ihtiyaçlara yönelik makul uyumlaştırmaları sağlamakla yükümlü oldukları da belirtilerek ilgili kişilerin makul uyumlaştırmanın yapılmaması dolayısıyla dolaylı ayrımcılığa uğramalarını önleyecek bir düzenleme öngörülmüştür. Üçüncü fıkrada da taşınır veya taşınmazların edinilmesi veya kiralanmasına ilişkin süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir[1079]. Son olarak da Kanun'un öngördüğü ayrımcılık yasağının dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine üyelik süreçleri bakımından ilgili mevzuat ve tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında da söz konusu olduğu belirtilerek ayrımcılık yasağının kapsamı belirginleştirilmiştir.

"Ayrımcılık yasağının kapsamı" başlıklı m.5 düzenlemesi dolaylı ayrımcılık yasağının da geçerli olduğu alanları böylece belirlemekle, sadece kamu kuruluşlarınca sunulan kamusal hizmetler bağlamında değil kişiler arasındaki borç ilişkilerini de kapsayacak bir dolaylı ayrımcılık yasağını öngörmüştür. Bu anlamda TİHEK Kanunu'yla, dolaylı ayrımcılığı da yasaklamaya imkân tanıyan diğer yasal düzenlemelerden farklı olarak, bilhassa sözleşme hukukunda da geniş bir etkisi olacak dolaylı ayrımcılık yasağını öngörüldüğünü söylemek mümkündür[1080].

"İstihdam ve Serbest Meslek" başlıklı altıncı maddede ise özel sektör ve kamu sektörü ayrımı yapılmaksızın çalışma yaşamında ayrımcılık yasağına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir[1081]. İlgili madde düzenlemesi, ayrımcılığa karşı korunan kişiyi sadece işçi olarak sınırlandırmamış, ilgili işte çalışan kişi veya iş başvurusunda bulunan kişi yanısıra; uygulamalı iş deneyimi edinmek amacıyla bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş

[1079] Bekar bir erkekle kira sözleşmesinin yapılmasının reddi sebebiyle cinsiyet ve medeni hal temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucunda varılan TİHEK Kararı için bakınız: TİHEK, Karar No. 2019/64, 19.11.2019, para. 35 vd. Benzer yönde diğer TİHEK Kararları için bakınız: TİHEK, Karar No. 2018/69, 27.06.2018 ve TİHEK, Karar No. 2019/15, 05.03.2019.

[1080] TİHEK Kanunu'nun sözleşme hukuku alanında ayrımcılığa uğrayan kişilerin Türk Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu kapsamında öngörülen hükümler yanında, ayrımcılığa karşı korunmalarını sağlayacak ve bu anlamda ayrımcılık yasağının etkisini genişletebilecek düzenlemeler öngörmesiyle ilgili olarak Bakınız: Türkmen, a.g.m., s. 136 vd.

[1081] İlgili madde metnindeki "ve benzeri hizmetler" ifadesinin, ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamını geniş kıldığını belirtilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 187.

deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişilerin de çalışma yaşamında ayrımcılığa karşı korunmasını sağlayacak bir kapsamı temel alarak işle ilgili tüm süreçleri kapsayan bir ayrımcılık yasağı öngörmüştür[1082].

Bu doğrultuda, işverenin ya da işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin, belirtilen kişiler aleyhine, "bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri de dahil olmak üzere" çalışma yaşamında ayrımcılık yapılamayacağı belirtilerek İş Kanunu m.5'ten daha geniş bir düzenlemeyle çalışma yaşamında dolaylı ayrımcılık yasağının da kapsamı genişletilmiştir[1083]. Maddenin devamında, öngörülen ayrımcılık yasağının, "iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususlar" için de geçerli olduğu düzenlenmesiyle çalışma yaşamında dolaylı ayrımcılığa karşı korumanın sadece belirli bir konuya değil, çalışma yaşamındaki tüm konulara genişletilebilmesinin de önü açılmıştır[1084]. Çalışma başvurusunun, gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedilemeyeceğine ilişkin üçüncü fıkrayla da çalışma yaşamında erkeklere göre daha dezavantajlı konumda olan kadınları dolaylı ayrımcılığa karşı koruyan bir düzenleme yapılmıştır. Maddenin dördüncü fıkrasında da serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar temelinde de ayrımcılık yapılamayacağı belirtilerek, farklı çalışma şekilleriyle ilgili süreçlerde de dolaylı ayrımcılığın yasaklanması mümkün hale gelmiştir. Ayrıca, İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri kapsamında da ayrımcılık yasağının mevcut olduğuna ilişkin dördüncü fıkra düzenlemesiyle de, İş Kanunu'nun dışarıda bıraktığı sözleşme türleri bağlamında da dolaylı ayrımcılık yasağı öngörülebilmiştir. Benzer şekilde, kamu kurum ve kuruluşlarının da ilgili madde bağlamında öngörülen ayrımcılık yasağına uyacaklarına ilişkin son fıkra düzenlemesi de yine çalışma yaşamında dolaylı ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiştir.

[1082] Ertuğrul, a.g.m., s. 379.
[1083] Yücel Bodur, a.g.m., s. 528-529.
[1084] Bir iş ilanında yer verilen "BAYAN, (ERKEK ADAYLARIN VE TÜRBANLI ADAYLARIN CV'LERİ DİKKATE ALINMAYACAKTIR. ÖNEMLE BELİRTİRİZ.)" ifadesini re'sen inceleyen TİHEK, ilgili ifadelerin cinsiyet ve inanç temellerinde ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna vararak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bakınız: TİHEK, Karar No. 2018/97, 15.10.2018.

TİHEK Kanunu'nun ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin bölümünde son olarak "Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller" düzenlenmiştir. İlgili yedinci madde kapsamında düzenlenen bu istisnaları ayrıca dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarına konu davranış ya da uygulamayı, dolaylı ayrımcı niteliğinden yoksun bırakacak objektif haklı gerekçeler olarak da okumak mümkündür. Bu anlamda, "istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele"[1085], "sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar"[1086], "işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele" ile "bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı" şeklinde belirlenen düzenlemelerle cinsiyet, yaş, din veya inanç temellerindeki farklı davranış ya da etkiyi ayrımcı olmaktan çıkaracak iş gerekliliğine ilişkin objektif haklı gerekçelere yer verilmiştir. Madde düzenlemesinde ayrıca, çocuklara veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemlerinin; dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin mevzuatlarına göre belirlenen üyelik şart ve niteliklerinin ve de yabancıların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlar ile hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamelenin de ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller ve istisnalardan olduğu

---

[1085] 1/596 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı'nın tali komisyon olarak belirlenen TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında Fatma Kaplan Hürriyet tarafından, m. 7'nin (a) fıkrasında yer verilen bu düzenlemenin çok geniş olduğuna dikkat çekilerek, örnekleme ya da emsal gösterme yoluyla sınırlarının belirlenmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Tutanak Dergisi, 4. Toplantı, 16.02.2016, s.28.

[1086] 1/596 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı'nın tali komisyon olarak belirlenen TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında Kamu Denetçisi Serpil Çakın da, Devlet Hava Meydanları İşletmesindeki itfaiye memuru alımında erkek olma şeklinde belirlenen şartın kaldırılmasıyla ilgili başvuruda, ilgili Kurum'a işe alım şartı bakımından herhangi bir ayrım yapılmaması gerektiği şeklinde tavsiyede bulunduklarını aktararak m.7 kapsamındaki (b) fıkrasındaki düzenlemenin Kanun Tasarısı'ndan çıkarılması yönünde görüş bildirmiştir. Bakınız: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Tutanak Dergisi, 4. Toplantı, 16.02.2016, s.8. Ayrıca farklı kişiler tarafından da (b) bendindeki düzenleme, çok ucu açık ve geniş bir düzenleme olarak cinsiyetçi işbölülümü destekleyici, kadın istihdamına engel teşkil edecek bir düzenleme olarak nitelendirilmiştir. Bu yönde görüş bildiren kişilerin 7. maddenin değişikliğine ilişkin olarak sundukları önergenin görüşülmesi ise oylamada kabul edilmemiştir. İlgili görüşler için bakınız: Aynı belge içinde, s. 28-29. Mahmut Tanal tarafından da (b) bendindeki düzenlemenin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 1. Yasama Yılı 62. Birleşme, 29 Mart 2016, s. 64.

belirtilmiştir. Ayrıca, eşitsizliklerin giderilmesi amacı yönünde gerekli ve ilgili amaca uygun ve orantılı farklı muamelenin de ayrımcı sayılmayacağına ilişkin düzenlemeyle geçici özel önlemlerin ayrımcılık yasağının istisnası olduğu da belirtilmiştir. Böylece ayrımcılık yasağının istisnaları belirtilmek suretiyle ayrımcılık yasağının mevcut olduğu alanın sınırları da açıkça belirlenmiştir[1087]. Ancak bu belirleme kapsamında, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarında objektif haklı gerekçe sayılması için gerekli olan meşru amaç koşulunun aydınlatılmadığını da bu noktada eklemek gerekir[1088]. Bu nedenle, TİHEK Kanunu'nun 7. maddesinde belirtilen istisnaların ayrımcılık mağdurları lehine yorumlanması yerinde olacaktır.

TİHEK, ayrımcılık yasağı ihlallerini re'sen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek görevi[1089] dolayısıyla önüne gelen ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili başvurular sonucunda verdiği kararlarda, dolaylı ayrımcılığın TİHEK Kanunu'yla yasaklanan ayrımcılık biçimlerinden biri olduğuna sıklıkla işaret etmişse de[1090]; bu kararların çok azında dolaylı ayrımcılık yasağı üzerinden inceleme yürütmüştür. Bu nedenle Aralık 2020 tarihi itibariyle dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukundaki kurumsallaşma evresini gösteren TİHEK Kanunu çerçevesinde benimsenen dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili inceleme yöntemi hakkında söylenebilecekler de, 2018-2020 yılları arasında yayımlanan dolaylı

[1087] TİHEK'in eşitlik ve ayrımcılık yasağına dair görev alanına ilişkin bilgi için bakınız: Eren, 2016, s. 87-92.

[1088] TİHEK Kanunu ile Engelliler Hakkında Kanun kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali iddialarında, objektif haklı gerekçenin hangi meşru amaç üzerine kurulacağına ilişkin bir belirlemenin mevcut olmadığına ilişkin aynı yönde bir açıklama için bakınız: "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (2020), (Hazırlayan: Ulaş Karan), s. 11,

[1089] TİHEK Kanunu, "Kurumun görevleri", m.9/1(f).

[1090] 2018-2020 yılları arasında yayımlanan TİHEK Kararları'ndan, dolaylı ayrımcılığa, TİHEK Kanunu'nda yasaklanan bir ayrımcılık biçimi olmakla sınırlı şekilde yer verilen örnek kararlar için bakınız: TİHEK, Karar No. 2018/69, 27.06.2018, Para. 17; TİHEK Karar No. 2019/61, 12.11.2019, Para. 17 ve Para. 29; TİHEK, Karar No. 2019/62, 12.11.2019, Para. 14; TİHEK, Karar No. 2020/8, 14.01.2020, Para. 37 ve Para. 45; TİHEK, Karar No. 2020/142, 16.06.2020, Para. 22; TİHEK, Karar No. 2020/143, 16.06.2020, Para. 27; TİHEK, Karar No. 2020/176, 11.08.2020, Para. 27 vd. 2018 yılında yayımlanan TİHEK Kararları için bakınız: https://www.tihek.gov.tr/kategori/2018-kurul-kararlari/, (Erişim Tarihi: 07.12.2020). 2019 yılında yayımlanan TİHEK Kararları için bakınız: https://www.tihek.gov.tr/kategori/2019-kurul-kararlari/, (Erişim Tarihi: 07.12.2020). 2020 yılında yayımlanan TİHEK Kararları için bakınız: https://www.tihek.gov.tr/kategori/2020-kurul-kararlari/ , (Erişim Tarihi: 07.12.2020).

ayrımcılık yasağıyla ilgili incelemenin yürütüldüğü sadece iki TİHEK kararıyla sınırlıdır.

Bu başvurulardan ilkinde staj eğitimine başlamak için öngörülen başarı ortalaması düşük olan işitme engelli olan başvurucunun, engellik sebebiyle pozitif ayrımcılık yapılması yönünde gerekliliğin göz önüne alınmaksızın sadece başarı ortalaması bakımından yapılan değerlendirmeyle, staj eğitimine başlatılmaması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası incelenmiştir[1091]. İlgili iddianın bütün öğrencilere uygulanan bir prosedürden kaynaklandığını ancak bazı durumlarda bütüne uygulanan uygulama ya da düzenlemelerin "iyi niyetli olsa bile doğurdukları sonuçlar itibariyle ayrımcılık oluşturabilir" nitelikte de olabileceği gerçeğinden hareket eden TİHEK, başvuruyu "dolaylı ayrımcılık çerçevesinde" incelemek gerektiğini ifade etmiş ve bu açıdan da TİHEK Kanunu'nun m.2/1(e) düzenlemesinde yer verilen dolaylı ayrımcılık tanımı doğrultusunda, somut olay bakımından idarenin ilgili mevzuatı uygulamasının öğrenciyi hukuken tanınmış olan eğitim hakkından yararlanma bakımınından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma getirip getirmediğini araştırmıştır. Böylece Kanun kapsamındaki dolaylı ayrımcılık tanımı doğrultusunda inceleme yürüten TİHEK, sonuç olarak başvurucunun aldığı eğitimin niteliği ile sunulan destek hizmetleri hakkında bir şikayetinin olmamasını ve ayrıca başvuruya konu staj eğitimine başlatılmaması olayını takiben de ilgili okulda eğitim gören başvurucunun sonradan staj yerleştirilmesinin yapıldığını dikkate alarak, idarenin ilgili mevzuatı uygulamasının "engellilikle bağlantılı olarak öğrenciyi orantısız bir şekilde etkilediğini gösteren somut emareler bulunmadığı" gerekçesiyle ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır[1092].

Dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili olarak inceleme yürütülen kararlardan ikincisinde ise yapılacak bir gösteri yürüyüşüyle bağlantılı olarak geniş bir alanın yaya ve araç trafiğine kapatan Valilik kararının, yürüme zorluğu olan ortopedik engelliler ve tekerlekli sandalye kullanan engellileri yokuşlu ve çok merdivenli olan açık yolları

[1091] İhlale yol açtığı ileri sürülen ayrımcılık biçimine dair bir nitelendirmenin olmadığı başvuru sonucunda verilen kararın tamamı için bakınız: TİHEK, Karar No. 2020/150, 01.07.2020.
[1092] TİHEK, Karar No. 2020/150, Para. 31 ve 35.

kullanmak zorunda bıraktığı ve alternatif oluşturulmaksızın yapılan bu uygulamanın engelli kişiler bakımından dolaylı ayrımcılık oluşturduğu iddiası incelenmiştir[1093]. TİHEK bu kararında, sadece TİHEK Kanunu'ndaki dolaylı ayrımcılık tanımıyla sınırlı kalmadan, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili AİHM kararlarına ve engellilik temelli dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili olarak BM EHS ile BM EHK'nın Genel Yorumlarına da atıfta bulunmak suretiyle bir inceleme yürütmüş[1094] ve bu nedenle TİHEK'in ilgili değerlendirmesinde kullandığı ifadeler de TİHEK Kanunu'nda öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağıyla sınırlı kalmamıştır. Bu anlamda dolaylı ayrımcılığın ayrımcılık yapma yönünde kastın yokluğunda da gündeme gelebilen bir ayrımcılık biçimi olduğunu belirten ve başvuruya konu olayı erişilebilirliğin sağlanması açısından inceleyen TİHEK, emniyet tedbirleri çerçevesinde yolları kapatan uygulama kapsamında, vatandaşlara mağdur olmamaları adına alternatifler sunulmuşsa da engellilerin gidecekleri noktalara erişimlerini sağlamak adına herhangi bir tedbir alınmadığını da göz önünde bulundurmuştur. Nihayetinde, Valiliğin kararının "görünüşte hiçbir ayrım gözetmeksizin herkes için geçerli olan bir uygulama" niteliğinde olsa da, engelliler, yaşlılar ve hamileler gibi hareket kısıtlılığı bulunan kişilerin istedikleri noktaya ulaşmalarını zorlaştırıcı bir "sonuç" doğurduğu için "kastı zorunlu olarak içermeyen" dolaylı ayrımcılık teşkil ettiği kararına varmıştır[1095].

TİHEK, bu kararlarıyla dolaylı ayrımcılığın tarafsız bir uygulamadan kaynaklı ve arayışında "etki"[1096] ya da "sonuç" itibariyle gündeme gelen bir ayrımcılık biçimi

---

[1093] Engellilik temelli dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali iddiasını içeren başvuru sonucunda verilen kararın tamamı için bakınız: TİHEK, Karar No. 2020/182, 25.08.2020.

[1094] TİHEK, bu kapsamda AİHM'in farklı durumda olan kişilere makul ve objektif bir haklılık olmaksızın farklı davranılmamasının da ayrımcılık olduğu sonucuna vardığı Thlimmenos v. Yunanistan kararına, dolaylı ayrımcılığın tanımlandığı D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararına ve bir kişi grubu nezdinde orantısız etki yaratan genel bir tedbir ya da politikanın da ayrımcı sayılacağına işaret edilen Hugh Jordan ve Zarb Adami kararlarına atıfta bulunmuştur (Para. 35-38). İlgili AİHM kararları hakkında bilgi için İkinci Bölüm kapsamındaki *"2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* ve *"2.1.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurları ile İspat Yöntemi"* başlıkları altında yapılan açıklamalara başvurunuz. TİHEK'in kararının 39. ve 40 paragraflarında andığı BM EHS ve BM EHK'nın 6. No'lu Genel Yorumunu kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağı hakkında da yine İkinci Bölüm kapsamındaki *"2.2.2.3. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme"* başlığı altında yapılan açıklamalara başvurunuz.

[1095] Valilikten alınan yazılı görüş ile TİHEK'in dolaylı ayrımcılık tespitler için bakınız: TİHEK, Karar No. 2020/182, Para. 44 ve 49 .

[1096] TİHEK ayrımcılık sonucunda ortaya çıkan etkiyi "orantısız" sıfatıyla nitelemişse de, makul uyumlaştırma talebinin reddiyle ilgili olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna vardığı başka bir kararında da başvuruya konu uygulamayı "olumsuz etki" üzerinden değerlendirmiştir. İlgili karar için

olarak betimlediği gibi; ayrıca dolaylı ayrımcılığın kasıtsız bir ayrımcılık biçimi olarak da nitelendirilebileceğini göstermiştir. Bu nedenle TİHEK'in dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin inceleme yürüttüğü ilgili kararlarının, Kanun kapsamındaki dolaylı ayrımcılık yasağının sınırlarını belirginleştirdiğini söylemek mümkündür. Ancak TİHEK'in ilgili kararında dolaylı ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin iddiaların değerlendirme yöntemine ilişkin belirlemeler yapmaması ve bu anlamda dolaylı ayrımcı olduğu iddia edilen tutum davranışın hangi meşru bir amaçlar yönünden objektif olarak gerekçelendirilebileceğine ilişkin de bir görüş sunmaması, dolaylı ayrımcılık yasağına dair TİHEK eliyle yürütülecek denetimin nasıl gelişeceği sorusunu cevapsız bırakır niteliktedir[1097].

3.1.2.4. Diğer Yasal Düzenlemelerde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık kavramının gelişimine yön veren nitelikleriyle incelenen yasal düzenlemeler haricinde, dolaylı ayrımcılık yasağına açıkça yer veren bir yasal düzenleme mevcut değildir. Ancak, ayrımcılığı belirli bir ayrımcılık biçimine özgü olmaksızın genel anlamda yasaklayan diğer yasal düzenlemelerin, etki ya da sonuç itibariyle gündeme gelen ayrımcılığı da yasaklayıp yasaklamadığının sorgulanması gerekir. Bu doğrultuda yapılacak bir sorgulamayla, ayrımcılığı genel anlamda yasaklayan diğer yasal düzenlemelerden, etki ya da sonuç itibariyle gündeme gelen ayrımcılığı da yasaklamaya elverişli olan yasal düzenlemelerin de dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağladığı söylenebilecek ve Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yasal düzenlemelerin sınırı da böylece belirginleşebilecektir[1098].

---

bakınız: TİHEK, Karar No. 2020/183, 25.08.2020. Bu anlamda, TİHEK'in "etki" kelimesi için orantısız ya da olumsuz sıfatlarından birini tercih ettiğini söylemek mümkün değildir.

[1097] Bakınız: "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), s. 111,

[1098] Bu yasal düzenlemeler, ilgili oldukları kişiler ve düzenledikleri konular itibariyle ayrımcılığı yasaklamışlardır ve bu anlamda ayrımcılık yasağı bakımından kişi ve konu itibariyle farklı kapsamlara sahiptirler. Çalışma kapsamında ayrımcılık yasağı kişi ve konu bakımından incelemeye tabi tutulmayacak olup, ilgili yerlerde ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcı davranışı sergileyen kişi ile ayrımcılık yasağının konusu hakkında açıklamalar yapılacaktır. Ayrımcılık yasağının, Türkiye hukukunda "ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından kapsamı" hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 127-139; "ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi bakımından kapsamı hakkında açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 151-157; "Türkiye hukukunda ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamı" hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 180 -201.

Türkiye ceza hukukunda, ayrımcılık yasağı ilk kez 2005 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'yla öngörülmüştür[1099]. "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlığını taşıyan düzenleme doğrultusunda da,*"kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden"* ayrım yapılmaksızın ve kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanacağı[1100] belirtilen Türk Ceza Kanunu'nun, "Nefret ve ayırımcılık" başlıklı 122. maddesiyle de ayrımcılık ilk defa bir suç olarak düzenlenmiştir[1101]. "*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklığından kaynaklanan nefret nedeniyle"* ilgili maddede sınırlı biçimde sayılan hareketler neticesinde oluşacağı belirtilen ayrımcılık suçunun, maddenin 2014'te geçirdiği değişiklik sonrasındaki mevcut hali de dikkate alındığında, nefret saikiyle ayrımcılık suçu olduğunu söylemek daha doğru olur[1102]. 122. maddenin

---

[1099] Ulaş Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 73, 2007, s. 146.

[1100] Türk Ceza Kanunu dahilindeki ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek düzenlemelerden ilki olan ilgili düzenlemeye Kanun'un "Genel Hükümler" adlı Birinci Kitabı'nın "Temel İlkeler, Tanımlar ve Uygulama Alanı" konulu ilk kısmındaki "Temel İlkeler ve Tanımlar" başlıklı Birinci Bölümü'nün ilgili başlığı taşıyan Üçüncü maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Esasen ilkesel ve yol gösterici niteliğe sahip olan bu düzenlemenin, belirtilen temellerde ayrımcılığa karşı uygulamada gerçek bir koruma sağladığı konusu tartışmalıdır. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e, s. 94.

[1101] "Nefret ve ayırımcılık" başlıklı 122. maddeyle düzenlenen "ayrımcılık suçu"na, Kanun'un "Özel Hükümler"i düzenleyen İkinci Kitabı'nın "Kişilere Karşı Suçlar"a yer verilen İkinci Kısmı kapsamındaki Yedinci Bölüm'de düzenlenen "Hürriyete Karşı Suçlar" arasında yer verilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda böylece düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Ümit Kocasakal "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2015, Sayı: 28, ss. 7-40; Asuman Aytekin İnceoğlu, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçunun 'Nefret Suçu' Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, 13(150), 2015, ss. 37-65; Uğur Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık suçu (TCK m. 122)", Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2017, Sayı: 34, ss. 7-56.

[1102] 122. maddenin başlığı her ne kadar ayrımcılık ifadesini içeriyorsa da, madde metni sadece belirtilen davranışları sergilemenin cezasını belirler niteliktedir ve metinde ayrımcılık ya da ayrımcılık yasağıyla ilgili bir ifade de mevcut değildir. 122. maddede 02.03.2014 tarihli ve 6529 sayılı Temel Hak Ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesiyle yapılan değişiklikle, ilgili değişiklik öncesindeki "ayırım yapmak" ifadesi yerine belirtilen temellerdeki "farklılıktan kaynaklanan nefret nedeniyle" ifadesi kullanılmış ve böylece maddenin devamında sayılan fiillerin nefret nedeniyle sergilenmesine vurgu yapılmıştır. Bakınız: Kocasakal, a.g.m., s. 18-19. Ayrıca değişiklik öncesinde "Ayırımcılık" başlığını taşıyan maddenin başlığına nefret ibaresinin eklenmesi de ilgili değişikliği gerçekleştiren 15. maddenin gerekçesinde, 122. maddenin tanımladığı ayrımcılık suçunun nefrete dayalı ayrımcılık olduğunu göstermek olarak belirtilmiştir. Nitekim ilgili suçun, madde gerekçesinde de açıkça "*doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak"* tanımlanması bu suçu daha doğru bir şekilde nefret saikiyle ayrımcılık suçu olarak ifade etmeyi gerektirir. İlgili değişikliği gerçekleştiren madde taslağının gerekçesi ve "Komisyon'un Değişiklik Gerekçesi" için bakınız: TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 6529 Sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Madde 15 (Yürürlük Tarihi: 13.03.2014), https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?psira=118678 (Erişim Tarihi: 13.09.2020)

ayrımcılık suçunu değil; özel bir kastla,[1103] yani maddede yine sınırlı sayıda sayılan temellerdeki farklılıktan kaynaklanan nefret saikiyle işlenebilecek bir suçu düzenlemesi[1104], madde kapsamında cezalandırılabilecek ayrımcılık biçimlerinin de sınırlı olup olmadığı konusunda tartışmalar yaratmıştır.

122. maddeyle belirlenen farklılıklardan kaynaklanan nefret nedeniyle ayrımcılık suçu, *"bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini"* engellemek; *"bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını"* engellemek; *"bir kişinin işe alınmasını"* engellemek; *"bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını"* engellemek hareketleri neticesinde gerçekleşecek şekilde düzenlenmiştir[1105]. Bu doğrultuda, maddenin ayrımcılığa karşı korunan temellerde farklı davranıştan kaynaklı ayrımcılık biçimi olan doğrudan ayrımcılık biçimini cezalandırmaya imkân tanıdığı kuşkusuzdur. Genel anlamda kasıtlı bir ayrımcılık biçimi olarak gündeme gelen doğrudan ayrımcılık açısından, maddede aranan özel kastın ortaya konulmasının da mümkün oluşu, maddenin doğrudan ayrımcılığa karşı koruma sağladığı sonucuna varmayı kolaylaştırır. Ancak, farklı davranıştan ziyade benzer davranışın farklı ya da olumsuz etkisinden kaynaklı ayrımcılık biçimi olan dolaylı ayrımcılık bakımından, farklı ya da olumsuz etki ile

---

122. madde metninden ayrıca ayrımcılık nedenleriyle bağlantılı olarak yer verilen "ve benzeri sebeplerle" ibaresi de bu değişiklikle çıkarılmıştır. İlgili değişikliğin gerekçesinde, "ve benzeri sebepler" ifadesini metinden çıkararak, hem Kanun'un Üçüncü maddesindeki düzenlemeyle uyumun, hem de "ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesi"nin gözetildiği belirtilmiştir.

[1103] 122. maddeyle düzenlenen suç için "genel kast" yeterli değildir. Suçun maddi unsurunu oluşturan maddede belirtilen hareketlerin, dil, din, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleşmesi şart olduğu için, failin fiilini ayrımcılık maksadıyla yapmış olması değil; maddeyle belirtilen farklılıklardan birinden kaynaklanan nefret saikiyle yapmış olması beklenir. Suç için aranan ve ispatı daha zor olan nefret saiki hakkında açıklamaların devamı için bakınız: Kocasakal, a.g.m., s. 35.

[1104] Karan, a.g.e., s. 191.

[1105] Bu doğrultuda da ilgili suç, "sırf hareket suçu" olarak nitelendirilir; buna göre de madde kapsamında belirtilen "engelleme" hareketlerinin gerçekleşmesi ise ilgili suç tamamlanmış sayılır. Aktaran Karan, a.g.e., s. 188. Türk Ceza Kanunu bağlamında ayrımcılığın konu bakımından kapsamı ve belirtilen seçimlik hareketler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Kocasakal, a.g.m., s. 18-19; Karan, a.g.e., s. 188-189. Nefret ve ayrımcılık içeren söylemlerin en fazla yayılma gösterdiği alanın internet ortamı olduğu da belirtilerek, 5651 sayılı ve 04.05.2007 tarihli İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun kapsamında sayılan katalog suçlar içinde Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesine yer verilmemesi eleştirilmiştir. Bakınız: Ersoy, a.g.m., s. 20. Aynı gerekçeyle, Türk Ceza Kanunu kapsamında da ayrımcılık suçunun internet ortamında da gerçekleşebileceğinin dikkate alınarak bir düzenleme yapılmamasının da bir eksiklik olduğu belirtilebilir. Nefret saikiyle ayrımcılık suçunun seçimlik hareketleri hakkında açıklamalar için bakınız: Ersoy, a.g.m., s. 35-44; Karan, a.g.e., s. 188-190.

maddeyle belirlenen özel kastın, yani ayrımcılığa karşı korunan temellerde nefret saikinin, bağlantısının kurulması zor olduğu için[1106], dolaylı ayrımcılığın 122. maddeyle düzenlenen nefret saikiyle ayrımcılık suçu kapsamında cezalandırılamayacağı ifade edilmiştir[1107]. Fakat her ne kadar dolaylı ayrımcılık biçimini kasıtsız bir ayrımcılık biçimi olarak kabul etmek, ispatı hali hazırda zor olan farklı ya da olumsuz etkinin ayrımcılığı yapan kişinin kastıyla ilişkilendirilmesini de gerektirmemesi açısından olumluysa da, dolaylı ayrımcılık biçimini sadece kasıtsız bir ayrımcılık biçimine indirgemek de yanlıştır. Nitekim dolaylı ayrımcılık biçimi, ayrımcılık yapma yönünde bir kastın varlığı halinde de gündeme gelebilmektedir[1108]. Belirli bir boy ortalamasının altında boy ölçüsüne sahip olan ırka mensup kişilere duyduğu nefret sebebiyle, işe alım şartı olarak belirli bir boy ölçüsünü belirleyen ve böylece ilgili ırka mensup kişilerin işe alımını engelleyen bir işverenin görünüşte 122. maddede belirlenen temeller bakımından farklı davranış içermeyen uygulamasının söz konusu ırka mensup kişiler için yarattığı olumsuz etkinin ırk temelinde nefret saikiyle bağlantısını kurmak mümkündür[1109]. Bu bakımdan, ilgili suç tipi için aranan özel kastın ispatlanması halinde

---

[1106] Dilek Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", Legal Hukuk Dergisi,129(11), 2013, s. 32.

[1107] 2014 tarihli değişiklik öncesinde de 122. maddedeki ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için ayrımcılık saikini aranması sebebiyle, dolaylı ayrımcılığın kapsam dışı bırakılarak yasaklanmadığı ifade edilmiştir. Bakınız: Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler" Kadın Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2012/1, Sayı: 10, s. 11. Benzer şekilde ayrımcılık suçunun, tam anlamıyla ayrımcılığın ispatlanamadığı hallerde cezalandırılmasının mümkün olmadığı ve ceza hukukunda ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının da uygulanamayacağı bahsiyle dolaylı ayrımcılığın 122. madde kapsamında cezalandırılabilir olmadığı sonucuna varılmıştır. Bakınız: Karan, a.g.m., 2007, s. 153 ve 159-160.

[1108] Bu bakımdan ayrımcılık yapma yönünde kastın bulunmadığı hallerde gündeme gelen dolaylı ayrımcı davranışları kapsam dışı bırakmak gerekir. Bakınız: Yücel Bodur, a.g.m., s. 528. Ayrımcı kastın mevcut olduğu ayrımcılık biçimlerinin doğrudan ayrımcılık, ayrımcı kastın mevcut olmadığı ayrımcılık biçimlerinin de dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilmesine ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için yukarıda Birinci Bölüm kapsamındaki *"1.2.1.1.3. Ayrımcı Tutum ve Davranışların Zihinsel Gelişim Süreçleri Bakımından"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[1109] Bir işverenin, belirli bir boy ortalamasının üzerindeki işçileri işe alacağını açıklaması durumunda, işe almada uygulanacak ölçüt boy olmasına ve bunun cinsiyetle doğrudan bir ilgisi bulunmamasına karşılık ilgili boy şartını erkeklerin sağlama imkânı, kadınların sağlama imkânına göre daha fazlaysa, işe alımda aranan boy şartının da ayrımcılığın göstergesi olabileceği ve bahsi geçen iş ilanının cinsiyet nefreti saikli ayrımcılık suçu oluşturabileceği de belirtilmiştir. Bu açıklamada, suçun cinsiyet temeliyle doğrudan ilgisi bulunmamakla farklı davranıştan çok belirli bir cinsiyet grubu için diğeriyle karşılaştırıldığında anlaşılan farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık biçimine daha yakın olarak örneklendirilmesi sebebiyle her ne kadar açıkça belirtilmemişse de dolaylı ayrımcılığın da 122. madde kapsamında cezalandırılabileceğine yönelik bir açıklama yapıldığını kabul etmek mümkündür. Bakınız: Ersoy, a.g.m, s. 42. 2014 tarihli değişiklik öncesinde de, görünüşte herkes için benzer olan, bu bakımdan tarafsız nitelik gösteren ancak bazı kişi ve gruplar nezdinde "ayrımcı etki sonucunu" doğuran uygulamaların da görüntüsünün nasıl olduğu önemli olmaksızın "netice bakımından" değerlendirilmesi gerektiği ifade edilerek, uygulamada, maddeyle öngörülen seçimlik hareketlerin sadece "görünüşte ayrımcılık" ile sınırlı bir şekilde değerlendirilmemesi

dolaylı ayrımcılığın da 122. madde kapsamında cezalandırılabileceği söylenebilir ki nefret saikiyle ayrımcılık suçunun kapsamının bu şekilde belirlenmesi kanunilik ilkesine de ters düşmeyecektir[1110].

Türk Ceza Kanunu kapsamında düzenlenen bazı suçları da ayrımcılığa karşı koruma sağlar nitelikte yorumlamak ve bu anlamda da ilgili suçların da dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlayabileceğinden bahsetmek mümkündür[1111]. "İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme" başlıklı 115. maddeye göre inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçunu oluşturan fiiller, bir kimseyi, cebir veya tehdit kullanarak, dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlamak ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan men etmek; cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, dini inancın gereğinin yerine getirilmesini veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasını engellemek ve bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale etmek veya bunları değiştirmeye zorlamak şeklinde belirtilmiştir. Bir iş görüşmesinde adaya uyanma saatinin sorularak, adayın ibadet biçimi hakkında fikir edinilmeye çalışılması örneğinde olduğu gibi ilgili maddenin din veya inanç temeliyle doğrudan bağlantılı olmasa da, sonuç ya da etki itibariyle din veya inanç temelli ayrımcılık teşkil eden uygulamaları içeren durumları da kapsadığı söylenebilir. Bu doğrultuda din ve inanç temelinde dolaylı ayrımcı tutum ya da davranışlarla maddede belirtilen hareketlerin de cezalandırılması mümkündür.

Türk Ceza Kanunu'ndaki ayrımcılığa karşı koruma sağlayan diğer düzenlemelerin de her ne kadar dolaylı ayrımcılığı cezalandırmaya yönelik olacakları söylenemeyecekse de, ayrımcılık mağdurlarını ayrımcılığa karşı korumakla dolaylı

---

gerektiğine de dikkat çekilmiş ve böylece dolaylı ayrımcılığın da 122. madde kapsamında mevcut olduğu ifade edilmiştir. Bakınız: Burcu Demren Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 102, 2012, s. 12-13.

[1110] Ekmekçi, a.g.m., s. 32.

[1111] "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı üçüncü madde düzenlemesiyle, Kanun'un uygulanmasına ilişkin temel ilke olarak Kanun kapsamındaki suçların, ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceler, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumlar temelli ayrımcılık yapılmaksızın uygulanması gerekliliğinin öngörülmüş olması da ilgili suçları ayrımcılığa karşı koruma sağlayan düzenlemeler olarak değerlendirmeyi mümkün kılar.

ayrımcılık biçimine karşı da koruyabilecek düzenlemelerden de bahsetmek mümkündür[1112]. Bu kapsamda, Kanun'un Altıncı Bölümü'nde düzenlenen "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Sekizinci Bölüm'deki "Şerefe Karşı Suçlar" kapsamında 125. maddede düzenlenen "Hakaret" suçu, Onuncu Bölüm'deki "Malvarlığına Karşı Suçlar" kapsamında 153. maddede düzenlenen "İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme" suçu, dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlar nitelikteki bir düzenlemeler olarak yorumlanabilir. Benzer şekilde "Topluma Karşı Suçlar" adlı Üçüncü Kısmın "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan Beşinci Bölüm'ü kapsamındaki "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" başlıklı 216. madde düzenlemesi de, ayrımcılığı doğrudan suç haline getirmeyen bir düzenlemeyse de, toplumda oluşabilecek kin ve düşmanlığın önüne geçmek amacıyla öngörülmüş olması sebebiyle yine dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlayan bir madde olarak değerlendirilmiştir[1113].

5275 sayılı ve 13.12.2004 tarihli Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin usul ve esaslarla ilgili düzenlemeleri kapsamında da ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Kanun'un uygulanmasında esas alınacak "Temel İlkeler" hakkındaki düzenlemeler dahilinde "İnfazda temel ilke" başlığını taşıyan ikinci madde kapsamındaki düzenlemede, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kuralların, hükümlülerin, ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, milli veya sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden "ayrım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın" uygulacağı

[1112] Belirtilen düzenlemelerin, ayrımcılığa karşı koruma sağlayan düzenlemeler olarak yorumlandığı çalışmalar için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 99-101 ve Karan, a.g.e., s. 192 ve 193.

[1113] Bu doğrultuda, ırk veya başka bir temele dayalı olarak ortaya çıkabilecek aşağılama veya şiddete yönelik ifadelerin ve fiillerin de 216. madde düzenlemesi bakımından kamu düzeni için tehlike yaratması halinde veya açık ve yakın bir tehlikenin olduğu hallerde cezalandırılmasının mümkün olduğu ve bu sebeple de 216. madde'nin [ayrımcılığa karşı koruma sağlama bakımından] olumlu bir düzenleme olarak kabul edilebileceği belirtilmiş; ancak uygulamada ilgili maddenin olumlu yönde uygulanmadığını da söyleyerek Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Türkiye'yi 216. maddeyi Her Türlü Irk Temelli Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme ile uyumlu bir biçimde yorumlamaya ve uygulamaya davet etmekle ilgili 3. Türkiye raporuna da dikkat çekilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 100-102. İlgili rapor için bakınız: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi *Nihai Gözlem Raporları: Türkiye*, 24.03.2009, CERD/C/TUR/CO/3.

belirtilmiştir.[1114] İlgili Kanun'un uygulanmasında gözetilecek bir ilkeyi ifade eden bu düzenlemenin hükümlüler nezdinde farklı bir etki ya da olumsuz sonuç doğuracak nitelikteki ayrım ya da ayrıcalıkları da yasaklandığını söylemek mümkündür ve bu anlamda Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un dolaylı ayrımcılık yasağını da öngördüğünden bahsedilebilir.

Türkiye medeni hukukunda ise, 6098 sayılı ve 11.01.2011 tarihli Türk Borçlar Kanunu kapsamında ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiş olup; kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukukunu kapsayan çok geniş bir hukuk alanını düzenleyen 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu'nda daayrımcılık yasağına sadece bir maddede yer vermiştir[1115]. Kanunun kişiler hukukuna ilişkin hükümlerin düzenlendiği Birinci Kitabı'nın "Tüzel Kişiler" başlıklı İkinci Kısmı'nın "Dernekler" ile ilgili İkinci Bölüm'ünün dernek üyelerinin haklarının düzenlendiği ayrımda yer verilen bu madde de, bir derneğe üye olan kişiler arasında ayrımcılığı yasaklamayı hedefleyen 68. madde düzenlemesidir. "Eşitlik ilkesi" başlığını taşıyan ilgili 68. maddede öncelikle dernek üyelerinin eşit haklara sahip oldukları belirtilmiş ve sonrasında da derneğin, üyeleri arasında "dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemeyeceği", ayrıca "eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan" uygulamalarda bulunamayacağı ifade edilmiştir. Dernek üyelerinin haklarına ilişkin maddeler arasında düzenlenmekle ve sadece dernek üyeleri arasındaki ayrımcılığa ilişkin olmakla, 68. maddede öngörülen ayrımcılık yasağının sadece dernek faaliyetlerinde ayrımcılığa dair olduğunu söylemek mümkündür. Bu anlamda, sınırlı bir alana ilişkin olarak öngörülen bu ayrımcılık yasağı, ayrımcı faaliyette bulunmak üzere kurulan ya da ayrımcı faaliyetlerde bulunan derneklere ilişkin bir yasak olarak da anlaşılamaz[1116]. Ayrıca, 68. maddede böylece bir

---

[1114] Kanun kapsamındaki bu olumlu düzenlemeye karşın, Türkçe dışında dil konuşan, özellikle Kürtçe konuşan tutuklu ve hükümlülerin, dil temelli ayrımcılığa maruz kaldıklarını belirtilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 108. İlgili Kanunun bütünü için bakınız: *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5275.pdf (Erişim Tarihi: 28.09.2020).

[1115] Ayrımcılık yasağıyla ilgili yargısal ve yargı benzeri denetim kapsamında da Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu düzenlemeleri çerçevesinde yürütülen bir dolaylı ayrımcılık incelemesine rastlanmamıştır. Türkiye medeni hukukundaki bu eksikliğin yukarıda incelenen TİHEK Kanunu'nun Beşinci maddesiyle öngörülen düzenleme ile bir ölçüde giderildiğinden bahsedilmiştir. İlgili inceleme için bakınız: Karan, a.g.e., s. 193-194.

[1116] Ayrımcı faaliyetleri hedefleyen derneklerin kuruluşuna ve derneklerin ayrımcı faaliyet yürütmelerine ilişkin olarak bir ayrımcılık yasağı ya da yaptırım öngörmeyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'yla benzer şekilde Dernekler Kanunu'nun da derneklerin ayrımcı faaliyetler yürütmek üzere kurulmasına

siyasi hak bakımından öngörülen ayrımcılık yasağının, ayrımcılığın yasaklandığı temelleri de sınırlı bir biçimde saymakla da Anayasa'ya göre daha dar kapsamlı bir ayrımcılık yasağı niteliğinde olduğunu da belirtmek gerekir.

Madde bağlamında bu kapsamda yasaklanan ayrımcılığın, ayrımcılık yapma yönünde bir kastın yokluğunda yani ayrımcı nitelikli davranış haricinde, ayrımcı etki ya da ayrımcı sonuç itibariyle de gündeme gelebileceğini söylemenin önünde bir engel yoktur. Bu nedenle, ilgili maddeyle bir siyasi hak bağlamında öngörülen ayrımcılık yasağının, dernek üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf temelinde ayrımcı etki ya da sonuç doğuran uygulamalar için de geçerli olan ve bu anlamda dolaylı ayrımcılığı da kapsayan bir yasak olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Siyasi haklar bağlamında bir diğer ayrımcılık yasağı düzenlemesi olarak da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında kamu hizmetlerinden yararlanma hakkı bağlamında öngörülen ayrımcılık yasağı düzenlemesi incelenebilir[1117]. Kanun'un "Genel Hükümler" konulu ilk kısmındaki "Ödevler ve Sorumluklar" adlı İkinci Bölümü'nün "Tarafsızlık ve Devlete Bağlılık" başlıklı yedinci maddesinde, öngörülen bu düzenlemeyle, devlet memurlarının kamu hizmeti alanlara yönelik olarak[1118] dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi temellerde ayrım yapmaları yasaklanmıştır[1119]. İlgili kanunun 125. maddesinin D fıkrasının I bendinde, kamu hizmetini gördüğü sırada, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep temelinde ayrımcı karşı ayrımcı davranış sergileyen ve kamu hizmeti alan kişilerin yarar veya zararına yönelik davranışlarda bulunan devlet memurları için belirlenen kademe

---

veya derneklerin ayrımcı faaliyetler yürütmesiyle ilgili olarak bir ayrımcılık yasağı ya da bu tür faaliyetlere yönelik bir yaptırım düzenlemesi içermediğine dikkat çekilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 107.

[1117] Karan, a.g.m., 2007, s. 155.

[1118] Gül ve Karan, a.g.e., s. 105.

[1119] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamındaki bu düzenlemede ifade edilen ilgili ayrımcılık yasağı düzenlemesinin benzeri yönde bir düzenlemeye "siyasi kanaatler" temelli ayrımcılık yasağı bağlamında 1961 Anayasası kapsamında yer verilmiştir. *"Memurların siyasi partilere ve sendikalara girememesi"* başlıklı ilgili 119. maddenin 1971 tarihinde güncellenen halindeki ilgili düzenlemeye göre: "Memurlar ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışanlar, görevlerini yerine getirirken, vatandaşlar arasında siyasi kanaatlerinden dolayı herhangi bir ayırım yapamazlar."

ilerleme cezasıyla da Kanun kapsamında öngörülen ayrımcılık yasağı desteklenmiştir[1120].

Devlet Memurları Kanunu'ndaki ayrımcılık temellerini sınırlamaksızın açık uçlu biçimde düzenlenen ayrımcılık yasağının belirli bir ayrımcılık biçimiyle de sınırlı olarak öngörüldüğü söylenemez. Bu anlamda devlet memurlarının, kasti bir ayrımcı davranış dışında da etkisi ya da sonucu itibariyle ayrımcılık teşkil eden davranış ya da tutumlarının da Kanun kapsamında yasaklandığını söylemek mümkün olup bu doğrultuda, Devlet Memurları Kanunu'nun da kamu hizmetlerinden yararlanma hakkı bakımından dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlayabileceği söylenebilir.

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu kapsamında siyasal haklarla ilişkili olarak öngörülen ayrımcılık yasağının da, siyasal haklar bakımından dolaylı ayrımcılığı yasaklayıp yasaklamadığı sorgulanabilir. İlgili Kanun'da, ayrımcılık yasağıyla ilişkili ilk düzenlemeye "Siyasi Partilerin Teşkilatlanması" konulu İkinci Kısım'daki "Üyelik" başlıklı İkinci Bölüm'ün "Üyeliğe kabul şartları" başlıklı 12. maddede yer verilmiş ve parti tüzüklerinde gösterilen üyeliğe kabul şartları bağlamında, dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre, sınıf ve meslek temelinde ayrımcılık içeren hükümlerin bulunamayacağı düzenlenmiştir. Kanunun, "Siyasi Partilerle İlgili Yasaklar" konulu Dördüncü Kısım'daki "Amaçlar ve Faaliyetlerle İlgili Yasaklar" adlı Birinci Bölümü'nün "Demokratik devlet düzeninin korunması ile ilgili yasaklar" başlıklı 78. maddesinde de, siyasi partilerin, "Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, dil, ırk, renk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak" amacını takip edemeyecekleri veya bu amacı gerçekleştirmek yönünde faaliyette bulunamayacakları ve diğer kişileri de bu doğrultuda tahrik ve teşvik edemeyecekleri belirtilmiştir.

[1120] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamındaki bu düzenlemelerin ayrımcılığa karşı sağladığı korumanın uygulamadaki etkililiğinin şüpheli olduğuna dair açıklamalar için Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e, s. 105. İlgili Kanun metninin bütünü için bakınız: *Devlet Memurları Kanunu*, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf (Erişim Tarihi: 24.08.2020).

İlgili Kanunun yine aynı Kısmının "Milli Devlet Niteliğinin Korunması" adlı İkinci Bölümü kapsamındaki "Bölgecilik ve ırkçılık yasağı" başlıklı 82. maddede de, siyasi partilerin bölgecilik ve ırkçılık amacını takip edemeyecekleri ve bu amacı gerçekleştirmek yönünde faaliyette bulunamayacakları düzenlenmiştir. Kanunun, bölge ve ırk temelinde ayrımcılık yasağına yer veren bu düzenlemesini takiben "Eşitlik ilkesinin korunması" başlıklı 83. madde ile de siyasi partilerin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri temellerde ayrım yapmaksızın, "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı amaç güdemeyecekleri ve güdülen bu amacı gerçekleştirmek yönünde de faaliyette bulunamayacakları belirtilmiştir[1121]. Böylece Anayasa'nın 10. maddesindeki "Kanun önünde eşitlik ilkesi", "siyasi haklar ve özgürlükler bağlamında ayrımcılığı engellemek" amacıyla düzenlenmiştir[1122].

Siyasi Partiler Kanunu'nun belirtilen düzenlemeleri ile Anayasa'nın 10. Maddesine benzer biçimde düzenlenen ilgili maddesinin de dolaylı ayrımcılık yasağını kapsaması önünde bir engel yoktur. Nitekim ilgili düzenlemelerde de söz konusu yasağın belirli bir ayrımcılık biçimine özgülendiğine ilişkin bir ifade mevcut değildir.

Türkiye hukuku kapsamında sosyal haklarla ilişkili olarak da ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler mevcuttur. Bu doğrultuda, ayrımcılık yasağını eğitim hakkıyla ilişkili olarak öngören 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda eğitim hakkı bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının yeri incelenebilir. İlgili Kanun'da ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin hepsine "Türk Milli Eğitimini Düzenleyen Genel Esaslar" adlı ilk kısmın "Türk Milli Eğitiminin Temel İlkeleri" konulu İkinci Bölümü altında yer verilmiş ve bu düzenlemelerden ilki olan "Genellik ve Eşitlik" başlıklı dördüncü madde düzenlemesinde, eğitim kurumlarının, "dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din temelinde ayrım gözetmeksizin" herkese açık olduğu belirtilmiştir.

[1121] Siyasi Partiler Kanunu'nun 1982 Anayasası ile düzenlenen siyasi parti yasaklarını genişlettiği, bu durum sonucunda farklı etnik grupların veya din gruplarının haklarını savunma amaçlı olarak kurulan birçok siyasi partinin kapatıldığı belirtilmiş ve Siyasi Partiler Kanunu'ndaki ayrımcılık yasağının "farklılıkların inkarı ve yasaklanması" ile sınırlı olmayacak biçimde, "farklılıkların korunması" amacıyla da yorumlanabileceğine vurgu yapılmıştır. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 106. İlgili Kanun metninin bütünü için bakınız: *Siyasi Partiler Kanunu*, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2820.pdf (Erişim Tarihi: 24.08.2020).

[1122] Karan, a.g.m., 2007, s. 156.

Ayrıca eğitimde, "hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa" imtiyaz tanınamayacağı da düzenlemeye eklenmek suretiyle Milli Eğitim kapsamındaki genel ayrımcılık yasağının çerçevesi çizilmiştir.

Milli eğitimde ayrımcılık yasağı, dil, ırk, cinsiyet, engellilik, din temelleri ile kişi, aile, zümre ve sınıf kapsamında öngörülmekle sınırlı sayıdaki temel ve dar bir kapsam için geçerli olan bir ayrımcılık yasağıdır ve Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağı düzenlemesinden de bu anlamda farklıdır[1123]. Milli Eğitim Temel Kanunu'nda ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek ikinci düzenleme de "Eğitim Hakkı" başlıklı yedinci madde düzenlemesidir. Madde düzenlemesinde ilköğretim görmenin her Türk vatandaşının hakkı olduğu belirtilmiştir. Esasen ilgili düzenlemede de eğitim hakkının sadece ilköğretimle sınırlı tutulması ve sadece Türk vatandaşlarına özgülenmesi, ilgili ayrımcılık yasağının sadece ilköğretim görme hakkı ile sadece Türk vatandaşlarına yönelik olması sonucunu yaratmış ve dar bir ayrımcılık yasağı ortaya çıkarmıştır[1124]. Kanunun ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek son düzenlemesi olan "Fırsat ve imkân eşitliği" başlıklı sekizinci madde düzenlemesi de eğitimde fırsat ve imkân eşitliğinin sağlanmasına ilişkin olup; ayrımcılık yasağına karşı korumalar içerir niteliktedir. Maddenin ilk fıkrasında, "kadın erkek herkese" fırsat ve imkân eşitliğinin sağlanacağı belirtilerek, özellikle cinsiyet temelindeki eşitlik vurgusuyla ayrımcılığa karşı koruma öngörülmüştür. Düzenlemenin devamında maddi imkânlardan yoksun ve başarılı öğrencilere tüm eğitim seviyelerinde sağlanacak parasız burs, çeşitli yardımlara yer verilmiş ve sonrasında da özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınacağı da belirtilerek, dezavantajlı grupların ayrımcılığa karşı korunmasına da böylece değinilmiştir[1125].

[1123] Gül ve Karan, a.g.e., s. 106; Dördüncü maddede öngörülen ayrımcılık yasağının kapsamında Kanun'un ilk halinde "engellilik" temeli bulunmayıp; "engellilik" temeli madde kapsamına 06 Şubat 2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunun 11. maddesiyle eklenmiştir. İlgili Kanun için bakınız: *Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun,* https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/02/20140219-1.htm Erişim Tarihi: 26.08.2020).

[1124] İlgili maddenin ikinci fıkrasında da "İlköğretim kurumlarından sonraki eğitim kurumlarından vatandaşlar, ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde yararlanırlar." denmek suretiyle de yine Türk vatandaşlarına özgülenen bir eğitim hakkı öngörülmüştür. İlgili madde düzenlemesi, ayrımcılık yasağı bakımından "ilgi, istidat ve kaabiliyet" bakımından yapılacak ayrımların meşru olduğunu da anlatır niteliktedir.

[1125] İlgili Kanunun bütünü için bakınız: *Milli Eğitim Temel Kanunu,* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.1739.pdf (Erişim Tarihi: 24.08.2020).

Milli Eğitim Temel Kanunu kapsamında öngörülen ayrımcılık yasağı ve eşitlik düzenlemeleri bağlamına, dolaylı ayrımcılık yasağının da dahil edilmesi önünde bir engel yoktur. Özellikle eğitimde fırsat eşitliğiyle ilgili sekizinci maddede belirtilen tedbirlerin alınmaması dolaylı ayrımcılığa yol açabilecek niteliktedir ve bu anlamda ilgili sekizinci madde düzenlemesini de dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlayan bir düzenleme olarak nitelendirmek mümkündür.

Türkiye hukukunda sosyal hizmetler bakımından dolaylı ayrımcılık yasağının mevcudiyeti ise 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu çerçevesinde sorgulanabilir. Korunma, bakım ve yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli, yaşlı ve diğer kişilere sunulan sosyal hizmetler ve bu hizmetlerin yürütülmesi amacıyla düzenlenen ve bu amaç doğrultusunda bir anlamda toplumdaki dezavantajlı grupların ayrımcılığa karşı korunmasıyla da ilişkili olarak yorumlanabilecek ilgili Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamında her ne kadar ayrımcılık yasağı açıkça öngörülmemişse de; ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek bazı düzenlemeler mevcuttur[1126]. Kanun kapsamında bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi olarak görülmesi mümkün olan düzenlemeye "Amaç, Kapsam, Tanımlar ve Genel Esaslar" adlı Birinci Bölüm'ün "Genel Esaslar" başlıklı dördüncü maddesinin ilk fıkrasının (d) bendi kapsamında yer verilmiştir. İlgili düzenlemede, "sosyal hizmetlerin yürütülmesi ve sunulmasında sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilemez" ifadesi ile sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge temelleriyle sınırlı bir ayrımcılık yasağı öngörülmüştür[1127]. Kanun'un yine dördüncü maddesinin ikinci fıkrası altında, Kanun kapsamındaki bu sınırlı ayrımcılık yasağına ek

---

[1126] 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun "Amaç, Kapsam, Tanımlar ve Genel Esaslar" adlı Birinci Bölümü'nde yer alan "Amaç" başlıklı birinci madde düzenlemesinde Kanunun amacı, "korunmaya, bakıma veya yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenlemek" olarak belirlenmiştir. İlgili Kanun'un bütünü için bakınız: *2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu*, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2828.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2020).

[1127] İlgili Kanun'un, 03.06.2011 tarihli ve 633 sayılı KHK'nin 35. maddesiyle değiştirilmeden önceki adıyla, "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu" olarak incelendiği bir çalışmada, Kanun kapsamında yer verilen ayrımcılık yasağı düzenlemesinin, cinsiyet gibi temellerde ayrımcılığı yasaklamadığı ve bu anlamda da ilgili düzenlemenin Anayasa'nın ayrımcılığa karşı korunan temelleri açık uçlu şekilde sıralayan 10. maddesindeki düzenlemeden ayrılan bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 157. İlgili Kanun kapsamındaki ayrımcılık yasağı düzenlemesinin uygulanmasına ilişkin herhangi bir verinin bulunmadığına da dikkat çekilmiştir. Bu Kanun hakkındaki benzer yöndeki açıklamalar için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e, s. 107.

olarak, sadece engellilik temeline özgü olmak ve bu anlamda sadece engelli kişilerin ayrımcılığa karşı korunmalarını sağlamak üzere bazı düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden (a) bendinde, engelli kişilerin eşit katılımının sağlanması için "engellilerin sahip oldukları hak ve yükümlülükler konusunda birey, aile ve toplumun bilinçlendirilmesi, tıbbî bakım ve rehabilitasyonlarının sağlanması, günlük yaşamlarında kendi başlarına yaşayabilme kapasitelerinin artırılması" hususu düzenlenirken; (c) bendinde de "eğitimde fırsat eşitliği" konusuna yer verilmiştir[1128].

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamındaki anılan düzenlemelerin de Kanun'un korunma, bakım ve yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli, yaşlı ve diğer kişilere sunulan sosyal hizmetler ve bu hizmetlerin yürütülmesi yönündeki düzenleme amacıyla birlikte okunması, dolaylı ayrımcılığa karşı koruma sağlayabilecek düzenlemeler olarak nitelendirilmesini mümkün kılar. Bu açıdan da sosyal hizmetlerin sunulması bakımından gündeme gelen ayrımcı etki ya da sonuç itibariyle gündeme gelen ayrımcılık biçimine maruz kalan kişi ya da kişi gruplarının, ilgili ayrımcılık iddialarında Sosyal Hizmetler Kanunu'yla öngörülen düzenlemelere aykırı davranıldığını da eklemeleri mümkündür.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da, sendikal temelde ayrımcılık yasağı sendika özgürlüğünün güvencesi olarak aynı başlığı taşıyan 25. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, işçilerin işe alınmaları; belirli bir sendikaya üye olup olmaları, belirli bir sendikadaki üyeliklerini sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlanmayacağı belirtilerek işe alımda sendikal temelde bir ayrım öngörülmesi yasaklanmıştır. Bunun yanında işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalışmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamayacağı da düzenlenerek; işe alım, işin devamı ve sona ermesinde geçerli olacak bir ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. İlgili düzenleme kapsamındaki geçen herhangi bir ayrım yapılamayacağı yönündeki ifade dolayısıyla

[1128] Kanunun dördüncü maddesinin ikinci fıkrasının c bendindeki düzenlemeye göre, eğitimde fırsat eşitliği, *"Doğumdan başlayarak okul öncesi, okul çağı ve yetişkinleri kapsayacak biçimde tüm engellilere"* sağlanacaktır.

hem davranış hem de etkiden kaynaklı ayrımcılık biçimlerine dair yasağın düzenlemede mevcut olduğu söylenebilir. Ayrıca, işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmaları sebebiyle işten çıkarılamayacakları veya farklı işleme tabi tutulamayacaklarına ilişkin işin devamı ve sona ermesini kapsayacak düzenleme bağlamında öngörülen sendikal temelde ayrımcılık yasağının sadece doğrudan ayrımcılığı yasakladığını söylemek maddenin kapsamını daraltır. Nitekim bir işverenin hem açıkça hem de örtülü biçimde sendikal temelde ayrımcılık ysağına aykırı davranabilme olasılığı vardır.

İlgili maddenin beşinci fıkrası kapsamında iş sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilen işçiye, sendikal tazminat talep etme hakkının tanınmış olmasını da dolaylı ayrımcılığı da kapsayan ilgili ayrımcılık yasağı düzenlemesini daha etkili kıldığı söylenebilir. Ayrıca yine ilgili maddenin yedinci fıkrasında, işçinin işverenin sendikal ayrımcılık yaptığını güçlü bir biçimde gösteren durumu ortaya koyması halinde, ispat yükünün yer değiştirerek işverenin davranışının nedenini ispatla yükümlü kılınması da özellikle ispatı zor olan dolaylı ayrımcılığın daha etkili hale gelmesi açısından önemli bir usul hukuku kuralı olarak nitelendirilebilir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun kapsamında öngörülen yayın yoluyla gerçekleşen ayrımcılığın engellenmesine ilişkin düzenlemelerin de yayın yoluyla gerçekleştirilen dolaylı ayrımcılığı yasaklayıp yasaklamadığı değerlendirilebilir[1129]. Kanun'un yayın hizmetinde ayrımcılık yasağını

[1129] Bu yorumda, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemelerinin "ayrımcılığın yayın yoluyla gerçekleşmesinin önüne geçmek" için öngörülmesine ilişkin ifadeden yararlanılmıştır. İlgili Kanun kapsamında öngörülen ayrımcılık yasağına dair açıklamaların devamı için bakınız: Karan, a.g.m., 2007, s. 156-157. Ayrıca Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 106. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un aşağıda incelenecek olan ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerinin, radyo ve televizyon yayınlarına ek olarak internet ortamında yapılan yayınları da kapsadığını söylemek mümkündür. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "Yayın Hizmetlerinin İnternet Ortamından Sunumu" başlıklı 29/A maddesindeki düzenlemede, internet ortamında yapılan yayınların, hem 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'a hem de 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a uygun olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun kapsamında ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği için, internet ortamında yapılan yayınlar

öngören düzenlemelerine, Yayın Hizmeti İlkeleri'ni düzenleyen Üçüncü Bölüm'de, yine "Yayın Hizmeti İlkeleri" adıyla başlıklandırılan sekizinci maddenin ilk fıkrasında, medya hizmet sağlayıcılarının, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla sunmaları sırasında uymaları gereken ilkeler kapsamında yer verilmiştir[1130]. İlgili fıkranın (e) bendinde yayın hizmetlerinin, "ırk, renk, dil, din, taabiyet, cinsiyet, engellilik, siyasi ve felsefi düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan" yayınlar içeremeyeceği ve bu nitelikli eylemleri de teşvik edemeyeceği belirtilmek suretiyle radyo ve televizyon yayınlarında ayrımcılık yasağı açık uçlu bir şekilde ifade edilen ayrımcılık temellerini kapsayacak şekilde ifade edilmiştir. Aynı fıkrada ayrıca dezavantajlı grupların ayrımcılığa karşı korunması amacıyla da bazı ilkelere yer verilmiştir. Fıkranın (ğ) bendinde yayın hizmetlerinin çocuklara, güçsüzlere ve engellilere karşı istismar içeremeyeceği ve şiddeti teşvik edemeyeceği belirtilerek, hem toplumdaki bazı dezavantajlı gruplar için ayrımcı etki yaratabilecek eylemlerin engellenmesine, hem de bu gruplara mensup kişilerin bir ayrımcılık biçimi olan şiddete karşı korunmasına yönelik bir düzenleme öngörülmüştür. Fıkranın (s) bendinde de yayın hizmetlerinin, "Toplumsal cinsiyet eşitliğine ters düşen, kadınlara yönelik baskıları teşvik eden ve kadını istismar eden programlar" içeremeyeceğinden bahsetmek suretiyle de radyo ve televizyon yayınlarında cinsiyet temelli ayrımcılık yasağı bir kez daha vurgulanmıştır. Kanun'un "Yayın Hizmetlerinde Ticari İletişim" konulu Dördüncü Bölüm'ündeki "Genel Esaslar" başlıklı dokuzuncu maddesinde de, ticari iletişimin, yukarıda bahsi geçen sekizinci maddedeki ilkeler yanında ayrıca, "cinsiyet, ırk, renk veya etnik köken, tabiiyet, din, felsefî inanç veya siyasî düşünce, engellilik, yaş ve herhangi bir ayrımcılığı içermemek veya teşvik

kapsamındaki ayrımcılık yasağına aykırı içerikler, "hukuka aykırı içerik" altında değerlendirilerek ve ilgili içerikler hakkında 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeleri esas alınabilecektir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un metni ve "hukuka aykırı içerikler" hakkında düzenlemeleri için bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf (Erişim Tarihi: 30.08.2020).

[1130] 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesinin ilk fıkrasının (l) bendinde medya hizmet sağlayıcı, "Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi" ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

etmemek" koşullarına uygun olmak zorunda olduğu belirtilmiş ve böylece ticari iletişim konusunda da ayrımcılık yasağına ayrıca yer verilmiştir[1131].

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun kapsamında yayın yoluyla gerçekleşen ayrımcılığın engellenmesi yanında, radyo ve televizyon yayını hizmetini yürüten kişilere karşı ayrımcılığın engellenmesine ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. Kanun'un "Frekans Planlaması ve Yayın Lisansı" konulu Yedinci Bölüm'ündeki "Frekans Planlaması ve Tahsis" başlıklı 26. maddesinin sekizinci fıkrasında verici tesis ve işletim şirketinin[1132], Kanunun "Yayınların İletimi ve Yetkilendirme" konulu Sekizinci Bölüm'ündeki "Platform işletmecileri ve yayın hizmeti iletimi yapan altyapı işletmecileri" başlıklı 29. maddesinin ilk fıkrasında da Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından elektronik haberleşme hizmetlerini sunmak üzere yetkilendirilen platform işletmecilerinin hizmetlerini, "tarafsızlık ve hakkaniyet ölçülerinde, makul ve ayrımcılık içermeyecek koşullarda" sunmak zorunda oldukları belirtilmiş; böylece yayın hizmeti sunan kişilere karşı da ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. Nihayetinde Kanun'da ayrımcılık yasağına uyulmaması durumunda söz konusu olacak yaptırımlara da yer verilerek; Kanun kapsamında öngörülen ayrımcılık yasağı desteklenmiştir[1133].

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun kapsamındaki, yayın yoluyla gerçekleşen ayrımcılığa dair yasağın ve

---

[1131] 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesinin ilk fıkrasının (z) bendinde ticari iletişim, "Radyo ve televizyon reklamları, program desteklemesi, tele-alışveriş ve ürün yerleştirmeyi de kapsamak üzere, ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişinin, ürün, hizmet veya imajını, doğrudan veya dolaylı olarak tanıtmak amacıyla tasarlanmış sesli veya sessiz görüntülerin bir ücret veya benzeri bir karşılıkla ya da öz tanıtım amacıyla bir programla birlikte ya da bir program içine yerleştirilerek verilmesini" ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

[1132] 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesinin ilk fıkrasının (dd) bendinde, verici tesis ve işletim şirketi, "Karasal ortamdan yayın yapmak üzere lisans alan medya hizmet sağlayıcılarının yayınlarının karasal verici istasyonlarından iletimini sağlamak için gerekli tesisleri kuran ve/veya işleten kuruluşu" olarak tanımlanmıştır.

[1133] Kanun'da ayrımcılık yasağına uyulmaması durumu için öngörülen idari ve adli yaptırımlar için "Yaptırımlar" başlıklı Onuncu Bölüm altında yer verilen düzenlemelere bakınız. Ayrımcılık yasağıyla ilişkili yaptırımların "nefret söylemi ile mücadele" konusunda önemli olduğu; ancak 2011 yılı itibariyle yayın yasakları bağlamında ayrımcılık yasağına aykırı durumlara ilişkin "kayda değer" bir yaptırım uygulanmadığı belirtilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 107. İlgili Kanunun bütünü için bakınız: *Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun,* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2020).

dezavantajlı grupları ayrımcılığa karşı koruyan düzenlemelerin de ayrımcılığın en bilinen biçimi olan doğrudan ayrımcılıkla sınırlanması doğru olmaz. Kanun'da ayrımcılığı belirli bir ayrımcılık biçimiyle sınırlandırmaya ilişkin ifadelere yer verilmemesi yanında öngörülen ayrımcılık yasağının toplumdaki dezavantajlı grupları da koruyucu nitelik taşıması Kanun'la bir anlamda dolaylı ayrımcılığa karşı da koruma öngörüldüğünü anlatır. Bu nedenle 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun kapsamına da dolaylı ayrımcılık yasağının dahil edilmesi mümkündür.

3.2. TÜRKİYE HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞININ DENETİMİ

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının denetimi, başka bir ifadeyle dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı durumların tespiti ile dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın sonuçları hakkında değerlendirme yargısal denetim mekanizmaları ve yargı dışı denetim mekanizmaları aracılığıyla gerçekleştirilir[1134]. Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının denetimi hakkında yapılacak inceleme de, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık iddialarının incelenmesi ve değerlendirmesiyle yükümlü kurumları gösterecek sınırlılıkta bir denetim mekanizması incelemesi olup; çalışmanın amacı doğrultusunda dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda hangi kurumlara başvurulabileceğini ve dolaylı ayrımcılık yasağının ilgili kurumlarca nasıl incelemeye alındığını gösterme odaklıdır. Böylece Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağına dair hukuki kaynakların, dolaylı ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler yanında diğer bir bölümünü teşkil eden dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili içtihatların nasıl oluşturulduğuna odaklanılacak ve bu doğrultuda ilgili kurumların dolaylı ayrımcılıkla mücadeledeki rolü de sorgulanabilecektir[1135].

[1134] Türkiye hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili denetim mekanizmalarının, yargısal denetim usulleri ve yargı dışı denetim usulleri olarak ikiye ayrılarak incelendiği bir çalışma örneği için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., 111-137.

[1135] Dolaylı ayrımcılığı yasaklayan anayasal ve yasal düzenlemeler ile bu başlık altında incelenecek yargısal ya da yargı dışı denetim organlarının bu düzenlemelerle ilişkili bazı içtihatlarına da bu bölümdeki *"3.1. Türkiye Hukukunda Dolaylı Ayrımcılığı Yasaklayan Yasal Düzenlemeler"* başlığı altında yer verilmiştir. Bu nedenle bahsi geçen odak temelinde geliştirilecek bu başlık altındaki kısa inceleme çerçevesinde, Türkiye hukuku bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının içtihat düzeyinde ne anlama geldiğinin tekrarlanmayacağını; daha ziyade denetim organlarının dolaylı ayrımcılıkla mücadele konusundaki rolünün incelemeye alınacağını da bu noktada bir kez daha belirtmek gerekir. Bu çerçevede

3.2.1. Denetim Mekanizmaları

3.2.1.1. Yargısal Denetim

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yargısal denetim, uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak ceza yargılaması, hukuk yargılaması, idari yargılama ve anayasa yargısı kapsamında gerçekleştirilir. Ayrımcılık mağdurları da dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarını, uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak ilgili yargısal usullerde yer almak suretiyle ileri sürebilirler[1136].

Her biri için farklı usul kurallarının geçerli olduğu ilgili yargısal usuller kapsamına giren dolaylı ayrımcılıkla bağlantılı davalar da bu anlamda öncelikle, adli yargı ilk derece mahkemeleri (hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri) ile idari yargı ilk derece mahkemelerinde (idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri) görülür[1137]. Dolaylı ayrımcılıkla ilgili şikayetlere ilişkin davaların görüldüğü ilk derece mahkemelerini, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı iddia edilen kişiye bağlı olarak basitçe ikiye ayırmak mümkündür: Dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık bir kamu makamı aracılığıyla gerçekleştirildiğinde, idari yargı mahkemeleri ve adli yargı mahkemelerinden ceza mahkemeleri yargılama yetkisine sahipken; aykırılık, özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi tarafından gerçekleştirildiğinde ise yargılama yetkisi, hukuk ve ceza mahkemelerine aittir.

---

dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili içtihatlara da yine ilgili denetim organlarının söz konusu rolünü sorgulamak amacıyla yer verilecektir.

[1136] "Yargısal usullerde yer alma" kavramının, "bir kişinin bir uyuşmazlığı yargı organları önüne getirebilme hakkı" olarak açıklandığı bir çalışmada, ayrımcılık mağdurlarına destek olma amacıyla ayrımcılık mağdurlarıyla birlikte veya onların yerine yargısal usullerde yer alma anlamına gelen "yargısal usullere katılma" hak arama usulü de, ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak ve yasama organının ayrımcılık yasağı bağlamında usul hukukuna dair yükümlülükleri çerçevesinde incelenmiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 405-416.

[1137] Bu doğrultuda ayrımcılıkla ilgili ceza yargılaması 5271 sayı ve 04.12.2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), hukuk yargılaması 6100 sayı ve 12.01.2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), idari yargılama ise 2577 sayı ve 06.01.1982 tarihli İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) dahilindeki düzenlemeler bağlamında yürütülür. İlgili yargı kolları ve ek olarak anayasa yargısı çerçevesinde, yasama organının, ayrımcılık yasağıyla ilişkili olarak usul hukukuna dair yükümlülükleri bakımından, yargılamaya katılma, adli yardım, ispat yükünün paylaştırılması hakkında bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 407-453. Vergi yargılaması ise çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Ayrımcılık mağdurlarının, ilk derece mahkemelerine yaptıkları başvuru sonucunda dolaylı ayrımcılığa aykırılık sonucunda ortaya çıkan mağduriyetleri giderilmediği takdirde, ilgili mahkemenin verdiği kararla ilişkili olarak istinaf kanun yoluna başvurma imkânları vardır. İlk derece mahkememelerinin bu noktada henüz kesinleşmemiş kararlarıyla ilişkili olarak istinaf kanun yoluna yapılan başvuru ile, Bölge Adliye Mahkemeleri (BAM)[1138] ve Bölge İdare Mahkemelerince (BİM)[1139], ilgili kararların maddi ve hukuki yönden denetlenmesi ile yeniden gözden geçirilmesi sağlanır. Dolaylı ayrımcılık yasağıyla bağlantılı kararların temyiz edilmesi durumunda da, bu kararlar yüksek yargı organları tarafından incelenir. Bu anlamda, hukuk ve ceza mahkemelerinde görülen dolaylı ayrımcılıkla ilgili davalar temyiz edildiğinde Yargıtay tarafından; idare mahkemelerinde görülen idari davalar temyiz edildiğinde ise Danıştay tarafından incelenir[1140].

Yargıtay ve Danıştay yanındaki üçüncü yüksek mahkeme olan Anayasa Mahkemesi de dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarını soruşturmakla yükümlüdür[1141]. Anayasa Mahkemesi 12 Eylül 2010 tarihinde gerçekleştirilen halk

---

[1138] 6100 sayılı ve 12.01.2011 tarihli HMK ile kabul edilen istinaf kanun yolu, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin (BAM) Adalet Bakanlığı'nın 07.11.2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararı gereği 20.07.2016 tarihi itibariyle faaliyete geçmesiyle işlemeye başlamıştır. Ayşegül Atay Coşkun (2018), "İstinaf Yargılaması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart – Nisan 2018, Yıl: 30, Sayı: 135, s. 252, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-135-1757 (Erişim Tarihi: 02.10.2020). "İstinaf yoluna başvurulabilen kararlar", HMK'nın 341. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemelerinin belirtilen kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir: a) Nihai kararlar. b) İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar.

[1139] 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un Madde 3/A düzenlemesine göre, Bölge İdare Mahkemeleri'nin görevleri, istinaf başvurularını inceleyip karar bağlamak, yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlıklarını kesin karar bağlamak ve diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda, ilgili Kanun'un Madde 3/D düzenlemesinde yer verilen, bölge idare mahkemesi dairelerinin ilk derece mahkemelerince verilen ve istinaf yolu açık olan ayrımcılıkla ilgili nihai kararlarına karşı yapılan istinaf başvurularını inceleyerek karara bağlama ile ilk derece mahkemelerince yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı yapılan itirazları inceleyerek karara bağlama görevleri, ayrımcılık yasağı ile ilgili ikinci bir inceleme imkânı sağladığı için önemlidir.

[1140] İstinaf ve temyiz kanun yoları hakkında bilgi için bakınız: Muhammet Özekes, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Türkiye Barolar Birliği Yayınları:134, s.7 vd. http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla-medeni-usul-hukuku.pdf (Erişim Tarihi: 02.10.2020); Gül ve Karan, a.g.e., s. 111-114.

[1141] Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileriyle ilgili anayasal düzenlemeye, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, "Yargı" başlıklı Üçüncü Bölümü'nün Yüksek Mahkemelerle ilgili kısmında yer verilen düzenlemeler kapsamındaki "Görev ve Yetkileri" başlıklı 148. maddesinde yer verilmiştir.

oylaması sonucunda yapılan Anayasa değişikliğiyle Türkiye hukukuna giren bireysel başvuru mekanizması aracılığıyla önüne gelen dolaylı ayrımcılık iddialarını inceler ve değerlendirir[1142]. Dolaylı ayrımcılık yasağının anayasal denetimini sağlayan ilgili bireysel başvuru mekanizması, adı geçen halk oylamasının sonucuna dair Yüksek Seçim Kurulu Kararı'nın yayımlandığı Resmi Gazete'nin tarihi olan 23 Eylül 2012 tarihi itibariyle işlemeye başlamıştır[1143]. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulü kapsamında yargılama açısından konu bakımından incelemeye yetkili olduğu hak ve özgürlüklerden herhangi birinin ihlaline yol açan işlem, eylem ya da ihmal için kanunla öngörülmüş tüm idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir[1144]. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, yukarıda bahsi geçen mahkemeler eliyle yürütülen kanun yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilecek bir mekanizma olduğu için, bu başlık altında incelenen yargısal denetim mekanizmalarına göre ikincildir.

Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ile AİHS'e Ek Protokollerden Türkiye'nin de taraf olduğu Ek Protokoller'de de düzenlenmiş olan hak ve özgürlükler kapsamındaki herhangi birinin ihlali halinde bireysel başvuruda bulunulabilir. Başka bir ifadeyle, Anayasa

---

[1142] Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulüyle önüne gelen şikayetler sonucunda verdiği kararlar da, yine dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yasal düzenlemeleri aydınlatır niteliğe sahiptir ve Anayasa Mahkemesi'nin dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili bireysel başvurulara dair verdiği kararlara da yukarıda bu anlayışla yer verilmiştir. Ayrımcılıkla ilgili anayasal yargılama 6216 sayılı ve 30.03.2011 tarihli Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun dahilindeki düzenlemeler bağlamında yürütülür. Bireysel başvuru usulü, 5982 sayılı ve 07.05.2010 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen, *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."* hükmü ile düzenlenmiştir. İlgili düzenlemenin Meclis oylaması sırasında kabul oylarının, üye tamsayısının üçte ikisine ulaşmaması sebebiyle zorunlu halk oylamasına sunulan ilgili düzenleme, %57,88 evet oyu ile yürürlüğe girmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar da Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un, "Bireysel Başvuru" başlıklı Dördüncü Bölümü'nde düzenlenmiştir.

[1143] 12 Eylül 2010 tarihli halk oylamasının sonucu 27708 sayılı ve ve 23.09.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[1144] Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, "Bireysel Başvuru Hakkı", m. 45/2. İlgili 45. maddenin üçüncü fıkrasında da bireysel başvurunun konusu olamayacak işlem ve kararlar belirtilmiştir. Buna göre, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamaz ve Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında kalan işlemler aleyhine de bireysel başvuru usulü işletilemez.

Mahkemesi'ne bireysel başvuru mekanizmasının konu bakımından kapsamı, Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ile Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'e Ek Protokollerdeki haklarla keşisen haklar olarak belirlenebilir. Bu bakımdan, AİHS[1145] ile Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'e Ek 1. No'lu Protokol[1146] ve AİHS'e Ek 7. No'lu Protokol'de[1147] düzenlenen haklardan Anayasa metninde de karşılığı olan haklar, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruyla önüne gelen şikayetlerle ilgili olarak konu bakımından yetkili olduğu hakları ifade eder. Bu kapsamda dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili hükümler içeren AİHS'in 14. maddesi ile Anayasa'nın ilgili maddeleri dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru mekanizması kapsamında konu bakımından inceleme yetkisine sahip olduğu tüm hak ve özgürlüklerle bağlantılı dolaylı ayrımcılık iddialarının Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi mümkündür. Ayrıca "Anayasa'nın 10. ve 41. maddeleri ile AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'ün beşinci maddesi gereğince de "Eşler arası eşitlik hakkı" bakımından da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir[1148]. Türkiye, ayrımcılık yasağını diğer haklardan bağımsız bir hak olarak

---

[1145] "Yaşama hakkı" (Anayasa, Madde 17 – AİHS, Madde 2), "İşkence Yasağı" (Anayasa, Madde 17 – AİHS, Madde 3), "Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı" (Anayasa, Madde 18 – AİHS, Madde 4), "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı"(Anayasa, Madde 19 – AİHS, Madde 5), "Adil Yargılanma Hakkı" (Anayasa, Madde 9, 36/son, 38, 138, 139, 140, 141 – AİHS, Madde 6), "Suçta ve Cezada Kanunilik" (Anayasa, Başlangıç metni, Madde 2, 15/2, 38/son, 90/son – AİHS, Madde 7), "Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı" (Anayasa, Madde 17, 20, 40 – AİHS, Madde 8), "Din ve Vicdan Özgürlüğü" (Anayasa, Madde 24, 25 – AİHS, Madde 9), "İfade Özgürlüğü" (Anayasa, Madde 26-32 – AİHS, Madde 10), "Toplanma ve Örgütlenme Hakkı" (Anayasa, Madde 33, 34, 51, 53,54 – AİHS, Madde 11), "Evlenme Hakkı" (Anayasa, Madde 41 - Madde 12), "Etkili Başvuru Hakkı" (Anayasa, Madde 40/2,3 – AİHS, Madde 13) ve "Ayrımcılık Yasağı" (Anayasa, Madde 11 – AİHS, Madde 14) yer alır. İlgili düzenlemelere ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Şirin, a.g.e., s. 77-102.

[1146] Bu kapsamda, "Mülkiyet Hakkı" (Anayasa, Madde 35 - AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol, Madde 1), "Eğitim Özgürlüğü" (Anayasa, Madde 24, 25, 42 - AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol, Madde 2), "Serbest Seçim Hakkı" (Anayasa, Madde 67 – AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol, Madde 3) yer alır. İlgili düzenlemelere ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Şirin, a.g.e., s. 102-108. Türkiye'nin, AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol'ü kabulü ve ilgili Protokol'e koyduğu çekincelerle ilgili açıklamalar için bakınız: Yukarıda 505. Dipnot.

[1147] Bu kapsamda, "Yabancıların sınır dışı edilmesinde usulî güvence hakkı" (Anayasa, Madde 6, 36, 141, 146 – AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol, Madde 1), "Cezai konularda temyiz hakkı" (Anayasa, Madde 40 - AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol, Madde 2), "Haksız mahkumiyet için tazminat hakkı" (Anayasa, Madde 19/son, 40/son - AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol, Madde 3), "*Non bis in idem"* (CMK m. 223/7 ve Kabahatler Kanunu Madde 15, Hukuk devleti ilkesi gereğince ve Anayasa Madde 90/son gereğince KSHS Madde 14/7 düzenlemesi dolayısıyla Anayasa kapsamına dahil edilebilir niteliktedir. - AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol, Madde 4), "Eşler arası eşitlik hakkı" (Anayasa, Madde 10, 41 – AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol, Madde 5) yer alır. İlgili düzenlemelere ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Şirin, 2018, s. 108-110. Türkiye için 1 Ağustos 2016 tarihinden beri yürürlükte olan AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol hakkında bilgi için bakınız: Yukarıda 520. Dipnot.

[1148] Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulüyle önüne gelen şikayetleri konu bakımından ayrımcılık yasağıyla ilişkili biçimde incelemesi imkânının kaynağı olan düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmanın İkinci Bölümü kapsamındaki *"2.1.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı" b*aşlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

düzenleyen ve bu anlamda AİHS ve Anayasa haricinde Türkiye iç hukukundaki diğer belgeler kapsamında düzenlenen diğer haklarla bağlantılı ayrımcılık yasağı ihlallerine de inceleme imkânı tanıyabilecek olan AİHS'e Ek 12 No'lu Ek Protokol'e taraf değildir. Bu nedenle dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ihlal iddialarının Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru mekanizması kapsamında konu bakımından inceleme yetkisine sahip olduğu hak ve özgürlüklerden biriyle bağlantısının bulunması gerekir[1149].

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru mekanizması kapsamında konu bakımından incelemeye yetkili olduğu hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak kamu gücü tarafından gerçekleştirilen dolaylı ayrımcılığa maruz kalan herkesin bireysel başvuru mekanizmasını işletmesi mümkündür[1150]. "Kamu gücü tarafından ihlal" ifadesi dolayısıyla, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin, kamu gücünün sebep olduğu dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali iddialarını Anayasa Mahkemesi önüne götürebilecek olan kişiler olduğu belirlemesi yapılabilir[1151]. "Kamu gücü tarafından ihlal" ifadesi, her ne kadar sadece devlet organları tarafından gerçekleştirilen ihlallerle ilişkili iddiaların Anayasa Mahkemesi önüne götürülebileceği yönünde bir anlama yönelik gibi görünse de; özel

---

[1149] Türkiye AİHS'e Ek 12. No'lu Protokol'ü, 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış olmasına rağmen, 06.10.2020 itibariyle henüz onaylamamıştır. AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol hakkında bilgi için bakınız: Yukarıda 516. Dipnot. Bu anlamda ayrımcılık yasağına ilişkin 1982 Anayasası'nın getirdiği "güvence"nin, AİHS kapsamındaki ayrımcılık yasağı güvencelerine göre daha geniş olduğuna ve Anayasa'daki düzenlemenin genel bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi olduğuna dikkat çekilerek; Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağını AİHS'in 14. maddesinde düzenlendiği şekilde "bağımlı" nitelikte gördüğü ve bu anlamda "tek başına veya ortak koruma alanının dışında kalan bir hak veya özgürlük yönünden" ayrımcılık yasağının ihlali karşısında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulamayacağı ifade edilmiştir. Bakınız: Şirin, a.g.e., s. 102. Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde verdiği bir karar için bakınız: Onurhan Solmaz Başvurusu, B. No: 2012/1049, Karar Tarihi: 26.03.2013, Para. 28 vd. Ancak bir temel hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ihlal edildiği iddia edilen ayrımcılık yasağının incelenmesini, ilgili temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmemiş olması durdurmayacaktır ve bu anlamda Anayasa Mahkemesi'nin ilgili temel hak ve özgürlükle bağlantılı biçimde sergilenen ayrımcılık yasağına aykırılığı başlı başına inceleyebilecektir. Bakınız: AYM, İhsan Asutay Başvurusu, yukarıda 976. Dipnot.

[1150] 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, A. Anayasa Mahkemesi, "Görev ve Yetkileri", m. 148/3; Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, "Bireysel Başvuru Hakkı", m. 45/2.

[1151] Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar" başlıklı 46. maddesinin ilk fıkrası gereğince, ayrımcılığa yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmalin sebebiyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen kişiler tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvuru usulüne gidilebilir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru usulüne başvurmayacakları ve özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvuruyu sadece tüzel kişiliğe ait haklar dolayısıyla işletebilecekleri düzenlenmiştir. Madde son olarak yabancıların hukuken sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamayacakları düzenlenmiştir.

hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasındaki ilişki bağlamında gündeme gelebilecek hak ve özgürlük ihlalleriyle ilgili olarak devletin yükümlülüklerini de hatırlayarak, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânının sadece devlet organları ve özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiyle sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. Örneğin, bireysel başvuru mekanizmasının konu bakımından kapsamına dahil olan hak ve özgürlüklerin gerektirdiği biçimde çözümlenmeyen bir özel hukuk uyuşmazlığı dolayısıyla da, ilgili hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlalinin gündeme gelebilmesi mümkündür. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mekanizması kapsamında da, [dolaylı] ayrımcılık yasağının yatay etkisinden bahsetmek mümkün olup; özel hukuk kişileri arasındaki ilişki bağlamında gündeme gelen bir [dolaylı] ayrımcılık iddiası dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabileceği söylenebilir[1152].

3.2.1.2. Yargı Dışı Denetim

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yargısal denetim mekanizmaları yanında, yargı dışı denetim mekanizmaları da öngörülmüştür. Bu denetim mekanizmaları, genel anlamda devlet organlarının hukuka uygun işleyişini sağlamak üzere kamu hukuku çerçesinde kurulan bazı kurumlar tarafından yürütülür. Bazıları yasama organına bazıları da yürütme organına bağlı olarak kurulmuş olan bu kurumların, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarını değerlendirmek yönünde yetki ve görevleri doğrultusunda yaptıkları incelemeyle vardıkları sonuçlar hukuken bağlayıcı kararlar olarak değerlendirilmez. Bu anlamda, ilgili yargı dışı denetim mekanizmalarını, yargı öncesi denetim mekanizmaları olarak da nitelendirmek mümkündür[1153].

Konu özelinde devletin maddi eşitliği sağlama ve dolaylı ayrımcılık yapmama yükümlülüğünü hukuka uygun bir şekilde yerine getirmesine yönelik olarak da işlev

---

[1152] Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulü kapsamında ayrımcılık yasağının yatay etkisinin mevcut olduğuna ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili aynı yöndeki görüşleri için bakınız: Karan, a.g.m., 2015, s. 255-256.

[1153] Yargı öncesi denetim mekanizması ifadesi oluşturulurken, Kamu Denetçiliği Kurumu için yapılan yargı öncesi denetim mekanizması nitelendirmesinden örnek alınmıştır. Bu nitelendirme ve ilgili açıklamalar için bakınız: Sever, a.g.m., 2016, s. 43.

gören bu kurumların yürüttüğü denetimi, ilgili kurumların görev ve yetkileri ile bu kurumların çalışma usulleri bakımından değerlendirerek; kurumların yapı itibariyle dolaylı ayrımcılık yasağıyla mücadelede bağımsız, tarafsız ve etkili birer denetim mekanizması yürütüp yürütemeyecekleri incelenebilecektir[1154].

3.2.1.2.1. Yasama Organı Eliyle Denetim

3.2.1.2.1.1. Parlamento Eliyle Denetim (Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu)

Dolaylı ayrımcılık yasağının parlamento eliyle denetimi TBMM bünyesinde kurulan ihtisas komisyonlarından, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu (İHİK) ve TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu (KEFEK) tarafından gerçekleştirilir.

İlgili TBMM ihtisas komisyonlarından İHİK, 1987 yılında Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne -o tarihteki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu'na- tam üyelik başvurusu sonrasında yasama organı bünyesinde insan hakları ihlalleri ile ilgili çalışma yapmak üzere bir komisyon kurulmasının gündeme gelmesi üzerine,[1155] 05.12.1990 tarih ve 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu ile kurulmuştur. Bu anlamda TBMM İçtüzüğü uyarınca kurulan diğer TBMM ihtisas komisyonlarına göre daha güçlü bir statüye sahip olarak değerlendirilen İHİK'in ilgili Kanunu'nun, diğer TBMM ihtisas komisyonlarının yasama çalışmalarıyla sınırlı olan TBMM dışında gündeme gelen dış ilişkilerle ilgili olmayan görevlerinden farklı olarak, üçüncü kişileri de ilgilendiren

---

[1154] Dolaylı ayrımcılık yasağının yargı dışı denetimiyle ilgili olarak aşağıda belirlenen kapsama, ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili başvurunun mümkün olmasına karşın, ilgili başvuruların sayısına, değerlendirilme şekillerine ve sonuçlarına ulaşmanın mümkün olmadığı bazı başvuru yolları dahil edilmemiştir. Kendilerine yapılan ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili başvuruların sonucunda vardıkları kararların bağlayıcı olmadığı ilgili kurumlar ve bu kurumlarla ilgili bilgi için bakınız: Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, https://www.ailevecalisma.gov.tr/eyhgm/kurumsal/kurum-hakkinda/, (Erişim Tarihi: 25.12.2020); Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü https://www.ailevecalisma.gov.tr/ksgm Erişim Tarihi: 25.12.2020); İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu Başkanlığı İnsan Hakları İhlalleri İnceleme Bürosu https://www.icisleri.gov.tr/mulkiyeteftis/ Erişim Tarihi: 25.12.2020); Jandarma İnsan Hakları İhlallerini İnceleme ve Değerlendirme Merkezi https://www.icisleri.gov.tr/diab/jandarma-genel-komutanligii Erişim Tarihi: 25.12.2020); Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Hasta Hakları ve Tıbbi Sosyal Hizmetler Başkanlığı https://hasta.saglik.gov.tr/ Erişim Tarihi: 25.12.2020).

[1155] TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, "Komisyon Hakkında Genel Bilgi", https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/bilgi.htm (Erişim Tarihi: 16.10.2020).

hükümler getirmesi de İHİK'i diğer TBMM ihtisas komisyonları yanında kendine özgü özelliklere sahip kılar[1156]. Bu doğrultuda, İHİK'in, yasama çalışmalarıyla görevli diğer ihtisas komisyonları geneline göre kendine özgü özelliği, daha çok yürütmenin denetlenmesine odaklı çalışması ve üçüncü kişileri de etkileyen bir denetim alabilmesidir[1157]. Ancak, TBMM bünyesinde kurulmuş bir ihtisas komisyonu olduğu için tüzel kişiliği yoktur ve bu sebeple mali açıdan da bağımsız sayılamaz. Üye sayısının çoğunluğunu da iktidar partileri üyelerinin oluşturması nedeniyle de, İHİK'i bağımsız bir kurum olmaktan çok siyasi bir kurum olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır[1158].

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı ikinci maddesinde Kanun'un, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi çok taraflı uluslararası belgelerde belirlenmiş olan insan hak ve hürriyetleri ile uluslararası alanda genel kabul gören insan haklarını kapsadığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, İHİK'in, Kanun'un "Komisyonun Görevleri" başlıklı dördüncü maddesinde belirlenen görevlerini yürütürken temel alacağı kapsamı da en başta Türkiye'nin de üyesi olduğu BM ve AK gibi örgütler bünyesinde oluşturulmuş belgelerdeki insan hakları ve özgürlükleri ile diğer uluslararası ve AB gibi bölgesel örgütlerde kabul edilen insan hak ve özgürlükleri olarak belirlemek mümkündür. İHİK bu kapsam dahilinde, yasama işlevine ilişkin olarak, uluslararası alanda genel kabul gören insan hakları konusundaki gelişmeleri

---

[1156] TBMM ihtisas komisyonlarının TBMM İçtüzüğü'nün 20. maddesi doğrultusunda kurulmasının öngörülmesi karşısında kanunla kurulan Komisyon'un kuruluş kanunu için bakınız: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=3686&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 16.10.2020). "Kendine özgü özellikleri olan bir ihtisas komisyonu" olarak değerlendirilen İHİK'in, bazı parlamentolarda insan hakları alanında çalışmak üzere kurulan daimi komisyonlardan biri olduğu da ifade edilmiş ve parlamentolarda bulunan bu insan hakları komisyonlarının kurumsallaşması amacıyla merkezi Cenevre'de olan Parlamentolararası Birlik'in (*Inter-Parliamentary Union*) varlığına da işaret edilmiştir. Bkz. İzzet Eroğlu, "TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu", Yasama Dergisi, Sayı 2, 2006, s. 34. Parlamentolararası Birlik hakkında bilgi için bakınız: "Inter-Parliamentary Union", https://www.ipu.org/ (Erişim Tarihi: 16.10.2020). Komisyon'un kuruluş süreci hakkında bilgi için bakınız: Eroğlu, a.g.m., s. 35-38.

[1157] Anayasa'nın 13. maddesi gereğince de temel hak ve özgürlükler, sadece kanunla sınırlanabilir. Bu anlamda TBMM'nin çalışma düzenini belirleyen İçtüzükle yapılan değişiklikler de üçüncü kişileri bağlayamazken; İHİK'in kanunla kurulmasıyla "üçüncü kişileri bağlayıcı hukuk kurallarının getirilmesi" mümkün kılınmıştır. Eroğlu, a.g.m., s. 38.

[1158] Karan, a.g.e., s. 495. Komisyon'un oluşumu için ayrıca Bakınız: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu *"Komisyonun Kuruluşu"- Madde 3.*

izlemek; Türkiye'nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası andlaşmalarla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve diğer ulusal mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek; TBMM Başkanlığı tarafından havale edilen kanun teklifleri ile olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini görüşmek, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarının gündemindeki konular hakkında, istem üzerine görüş ve öneri bildirmek[1159] görevleri yanında denetim işlevine ilişkin görevleri de, Türkiye'nin insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası andlaşmalara, Anayasa ve Kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla, araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermek ve insan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek veya gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek şeklinde belirlenmiştir[1160].

İHİK'in hem yasama hem de denetleme işlevlerini içerecek şekilde böylece belirlenen görevlerinden her birini bir insan hakkı olan ayrımcılığa uğramama hakkıyla bağlantılı olarak dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirmek mümkündür. Bu anlamda İHİK, Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde öngörülen ayrımcılık yasağıyla ilgili olarak yasama ve denetim işlevine de sahiptir[1161]. İHİK, yasama işlevi bağlamında, ayrımcılık yasağıyla ilgili kanun teklif ve tasarılarını ele alabilir ve ayrımcılık yasağıyla ilgili yasal düzenlemeler önerebilir; kanun teklifinde bulunabilir[1162]. İHİK, "insan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili

---

[1159] 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nin 55. maddesiyle, Kanun'un dördüncü maddesinin (c) bendindeki "tasarı ve teklifleriyle, kanun hükmünde kararnameleri" ibaresi "teklifleri ile olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini" şeklinde değiştirilmiştir.

[1160] İHİK'in yasama ve denetim işlevine dair bu görevlerine ek olarak, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu'nun "Komisyonun Kuruluşu" başlıklı 3. Maddesinin izleyen fıkralarında, İHİK'in gerektiğinde dış ülkelerdeki insan hakları ihlallerini incelemek ve bu ihlalleri o ülke parlamenterlerinin dikkatlerine doğrudan veya mevcut parlamenter forumlar aracılığıyla sunmak ve her yıl yapılan çalışmaları, elde edilen sonuçları, yurtiçi ve dışında insan haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamak şeklindeki görevlerine de yer verilmiştir.

[1161] Komisyon'un faaliyet raporlarında, kendisine gelen başvuruları ihlal edildiği iddia edilen hak ve özgürlüğün konusuna göre sınıflandırdığı ve bu kapsamda ayrımcılık yasağına da hak ve özgürlük olarak ayrı bir başlık ayırdığı görülebilir.

[1162] Komisyon'un yasama işlevi kapsamında yayımladığı yasama raporlarından sadece üçünü ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirmek mümkündür. Doğrudan ayrımcılık yasağına ilişkin görüşler içermeyen; ancak konuları itibariyle ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilmesi mümkün olan bu yasama raporlarından 1/589 Esas No'lu ve 13.06.2012 tarihli olan ilki "Türkiye İnsan Hakları Kurumu Tasarısı", 1/745 Esas No'lu ve 04.03.2013 tarihli olan ikincisi "Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik

başvuruları incelemek veya gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek" görevi dolayısıyla yürüttüğü denetim işlevi bağlamında da, Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer verilen temel hak ve özgürlüklerinden birisinin idarenin veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin eylem, işlem, tutum ve davranışları dolayısıyla ihlal edildiği iddiasında olan kişilerin başvurularını inceler[1163].

İHİK'e yapılacak başvuruların Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer verilen hak ve özgürlüklere yönelik bir ihlalle ilgili olması koşulu bakımından, Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinde öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddiasıyla da İHİK'e başvurmak mümkündür[1164].

İHİK'in kendisine yapılan başvuruları incelemesi sonrasında, sonuç veya yapılmakta olan işlem hakkında başvuru sahibini en geç altmış gün içinde bilgilendirmesi öngörülmüştür[1165]. İHİK, böylece başvuruları incelemek ve gerekli görüldüğünde ilgili mercilere iletmekle sınırlı biçimde öngörülen denetim işlevi kapsamında yaptığı değerlendirmelerin hukuken bağlayıcılık taşımadığını da belirtmek gerekir[1166].

İHİK, ilgili kararlarını, kamuoyuyla hazırladığı rapor aracılığıyla paylaşır. İHİK'e ait web sayfası üzerinden, ayrımcılık yasağıyla ilişkili olarak yapılan ve İHİK'in inceleme yürüttüğü başvuruların sayısına dair bilgiye erişmek mümkünken; ilgili başvuruların içeriğine ve sonucuna ilişkin bilgi ile inceleme yapılmayan başvular hakkında bilgiye erişmek mümkün değildir. İHİK'in yayımladığı faaliyet raporlarından da, incelemeye alınan ayrımcılık yasağıyla ilgili başvuruların sayısının toplam başvuru

---

Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı", 1/892 Esas No'lu ve 08.05.2014 tarihli olan üçüncüsü de "Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı" üzerinedir. Komisyon'un web sayfasında yer verilen 24. Döneme ait yasama raporlarının tamamı için bakınız: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/yasama_raporlari.htm (Erişim Tarihi: 23.10.2020).

[1163] Karan, a.g.e., s. 495.

[1164] İHİK önüne götürülebilecek dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarına temel oluşturabilecek Anayasal düzenlemeler ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri kapsamındaki düzenlemeler için çalışmanın önceki bölümlerinde yapılan açıklamalar geçerlidir.

[1165] İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu *"İnceleme ve sonucun bildirilmesi",* Madde 7/1.

[1166] İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu *"Komisyonun görevleri",* Madde 4 (e).

sayısına göre sayıca az olduğu anlaşılabilir[1167]; İHİK'in denetim raporları incelendiğinde ise, Komisyon'un çoğunlukla sistematik nitelikteki insan hakları ihlallerine yönelik inceleme yürüttüğü görülebilir[1168]. Bu sebeplerle, İHİK'in yürüttüğü başvuru mekanizmasının, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili insan hakları ihlalleri bakımından etkili bir yol olduğunu söylenemez. Nitekim, İHİK Başkanı'nın çağrısı üzerine veya İHİK üyelerinin üçte birinin talebiyle belirlenen gündemler aracılığıyla toplanan ve uygulamada ortalama toplantı sayısının ayda bire denk düştüğü, bu anlamda tam zamanlı çalışan bir kurum olarak da değerlendirilemeyecek İHİK'ten, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili etkili bir denetim yürütmesini beklemek de zordur[1169].

Dolaylı ayrımcılık yasağının parlamento eliyle denetimini sağlayacak diğer TBMM ihtisas komisyonu KEFEK ise, 2000'li yılların başı itibariyle Türkiye hukukunda, özellikle de Türkiye Cumhuriyeti Anayasası kapsamındaki kadın-erkek eşitliğine yönelik yapılan düzenlemeleri takiben ve Sivil Toplum Örgütleri ile devletin toplumsal cinsiyet eşitliğini hayata geçirmek üzerine yürüttüğü çalışmaları yasama organına bağlı bir organ olarak desteklemek amacıyla, bir kanunla, 25.02.2009 tarih ve 5840 sayılı Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu'yla kurulmuştur[1170]. Bu anlamda, İHİK'le benzer şekilde, yasama çalışmalarıyla sınırlı olmayan ve TBMM

[1167] İHİK'in başvuruları hak konularına göre kategorilere ayrılmak suretiyle ilgili konularda kaç başvurunun yapıldığı bilgisine yer verilen raporunda, toplam yapılan başvuru sayısı 10.000'in üzerindeyken; ayrımcılık yasağıyla ilgili 28 başvurunun alındığı bilgisine yer verilmiştir. İlgili faaliyet raporu için bakınız: TBMM, *İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 26. Dönem* I. Devre Faaliyet Raporu (2 Kasım 2015 ve 5 Aralık 2017), s. 32 https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/29_yy_faaliyetraporu1_07022018.pdf (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

[1168] İHİK'in çoğunluğunu özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin haklarının oluşturduğu ve göç ve uyum sorunlarının değerlendirildiği 26. Dönem denetim raporları için bakınız: TBMM, *İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 26. Dönem Denetim Raporları*, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem26.htm (Erişim Tarihi: 25.12.2020). İHİK'in 27. Dönem raporları da benzer konulardan oluşur. Bakınız: TBMM, *İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 27. Dönem Denetim Raporları*, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem27.htm (Erişim Tarihi: 25.12.2020). Bu denetim raporları kapsamında ayrımcılık konusu sınırlı olarak ele alınmıştır.

[1169] Konuya dair açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 494 ve 496.

[1170] İHİK'le benzer şekilde, diğer TBMM ihtisas komisyonları gibi TBMM İçtüzüğü'nün 20. maddesi ile değil kendi kanunuyla kurulan KEFEK'in kuruluş kanunu için bakınız: Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5840.pdf (Erişim Tarihi: 24.10.2020). KEFEK'in, İHİK'le benzer şekilde, diğer TBMM ihtisas komisyonları gibi TBMM İçtüzüğü'nün 20. maddesi doğrultusunda değil kendi kanunuyla kurulması dolayısıyla sahip olduğu niteliğine ilişkin yukarıda İHİK'in benzer niteliğine ilişkin yapılan açıklamalar geçerlidir. Ayrıca Bakınız: Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, "Komisyon Hakkında Genel Bilgiler", https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/hakkinda.htm (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

dışında gündeme gelen dış ilişkiler bakımından da görevlere sahip olan KEFEK'in, daha çok yürütmenin denetimine yönelik olarak çalışan ve denetiminin üçüncü kişileri de ilgilendirdiği bir kurum olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak KEFEK'in de İHİK gibi TBMM bünyesinde kurulan bir organ olmakla tüzel kişiliğe sahip olmadığını, bu anlamda mali açıdan bağımsız sayılamayacağını ve yine İHİK'le benzer şekilde üyelerin sayısının çoğunluğunu iktidar partileri üyeleri oluşturduğu için de siyasi anlamda da bağımsız sayılmasının mümkün olmaması gerekçesiyle siyasal bir kurum olarak değerlendirilebileceğini de bu noktada belirtmek gerekir.

Genel anlamda ve adından da anlaşılacağı üzere kadın-erkek fırsat eşitliğini sağlamak üzere kurulmuş olan KEFEK'in kuruluş kanunu kapsamında "toplumsal cinsiyet eşitliği" ifadelerine de yer verilmiş olması dolayısıyla KEFEK'in görev ve yetki alanının cinsiyet temeli yanında cinsel yönelim temelindeki ayrımcı tutum ya da davranışları da kapsayan şekilde yorumlanmasına izin verir niteliktedir. Başka bir ifadeyle, ilgili Kanun'un kapsamı, cinsiyetin hem biyolojik hem de toplumsal yönüyle ele alınmasına imkân tanır biçimde oluşturulmuştur. Dolayısıyla KEFEK'in Kanun'un "Komisyon'un görevleri" başlıklı üçüncü maddesinde belirlenen görev ve yetkileri kapsamında cinsiyet temelli ayrımcılığın yapısal yönünü de dikkate alması beklenebilir[1171].

[1171] Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu'nun "Komisyon'un görevleri" başlıklı üçüncü maddesine göre KEFEK, kendisine esas veya tali olarak havale edilen işleri görüşmek, Başkanlığın talebi üzerine ya da istenildiğinde TBMM Başkanlığına sunulan kanun teklifleri ile olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kadın erkek eşitliği konusunda Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına, uluslararası gelişmelere ve yükümlülüklere uygunluğunu inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak; her yasama yılının sonunda Türkiye'deki kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik gelişmelere ve Komisyon'un o yılki faaliyetlerine ilişkin bir değerlendirme raporu hazırlamak ve bunu TBMM'ye sunmak; kadın hakları ile kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olarak diğer ülkelerdeki ve uluslararası kuruluşlardaki gelişmeleri takip etmek, gerektiğinde yurt dışında incelemelerde bulunmak ve bu gelişmeler konusunda TBMM'yi bilgilendirmek; kadın erkek eşitliği konusunda TBMM'nin çalışmalarına ilişkin gerekli bilgi ve dokümanları temin etmek; Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların kadın erkek eşitliği ve kadın hakları konusundaki hükümleri ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve diğer ulusal mevzuat arasında uyum sağlamak için yapılması gereken değişiklikleri ve düzenlemeleri belirlemek; TBMM Başkanlığı tarafından havale edilen kadın erkek eşitliğinin ihlaline ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek; kadın erkek eşitliği konusunda kamuyu bilgilendirici etkinlikler yapmak ile görevlendirilmiştir.

KEFEK, kanun teklif ve tasarılarını inceleme görevi bağlamında yasama işlevini, yasama organı ile toplumu bilinçlendirme ve bilgilendirme işlevini ve ayrıca cinsiyet temelli ayrımcılık iddialarına dair başvuruları inceleme anlamında denetleme işlevini cinsiyet ve toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin Anayasa ve diğer ulusal ve uluslararası ilgili mevzuat çerçevesinde yürütür[1172]. KEFEK, *"TBMM Başkanlığı tarafından havale edilen kadın erkek eşitliğinin ihlaline ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek"* görevi bağlamındaki denetim işlevi kapsamındaki başvuru mekanizması hakkında açıklamalarda, KEFEK'in ilgili görevini, "cinsiyetçi yargılar sonucu kamusal ve özel alanda yaşanan mağduriyetler ve hak ihlalleri, iş yerinde psikolojik taciz (mobbing), işe alım süreçlerinde cinsiyete dayalı ayrımcılık, kötü muamele, şiddet gibi konularda başvuruculara iddialarını" incelemek ve "gerekli görülmesi halinde ilgili mercilere konunun iletilerek kurumlar arası koordinasyonu sağlamak" ve "süreç hakkında başvurucuyu bilgilendirmek" üzerine yürüttüğü belirtilmiştir[1173]. Bu açıklama ve Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Kanunu'nun ilgili düzenlemesi doğrultusunda, idarenin veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin eylem, işlemi tutum veya davranışları dolayısıyla cinsiyet veya toplumsal cinsiyet temelli dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasında olan herkes KEFEK'e başvurabilecektir.

KEFEK'in, kendisine yapılan başvurular üzerine, en geç üç ay içinde tamamlamasının öngörüldüğü incelemesi sonucunda vardığı değerlendirmeleri hukuken bağlayıcı sayılamaz. Nitekim, Kanun'un "Komisyon'un görevleri" başlıklı üçüncü

[1172] KEFEK hakkında bilgilendirme kapsamında, KEFEK'in yetkileri şöyle özetlenmiştir: kanun teklif ve tasarılarını inceleme; vatandaş dilekçe ve şikayetleri alıp, ilgili kuruluşları uyarma; toplumsal sorunları inceleme toplumu bilgilendirme, bilinçlendirme çalışmaları, ulusal ve uluslararası toplantı, panel, sempozyum yapma. Komisyon'un misyon ve vizyonu, görev ve yetkileri, çalışma yöntemi ile Komisyon'un üye sayısı ve üyelikler hakkında daha geniş bilgi için bakınız: Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, "Komisyon Hakkında Genel Bilgiler", https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/hakkinda.htm (Erişim Tarihi: 24.10.2020). Kanun'un "Komisyonun yetkileri" başlıklı dördüncü madde düzenlemesi de şöyledir: (1) Komisyon görevleri ile ilgili olarak genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile gerçek ve tüzel kişilerden kanunlarda öngörülen usullere uyarak bilgi istemek ve ilgililerini çağırarak bilgi almak yetkisine sahiptir. (2) Komisyon görev alanıyla ilgili faaliyet gösteren kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, sivil toplum örgütleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının çalışmalarından yararlanabilir. (3) Komisyon gerekli gördüğünde uygun bulacağı uzmanların bilgisine başvurabilir, Ankara dışında da çalışabilir.

[1173] Komisyon'a başvuru hakkında bilgi için bakınız: "Dilekçeler", https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/dilekce.htm (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

maddesinin ilk fıkrasının (e) bendindeki düzenleme kapsamında da Komisyon'un denetleme görevi bağlamında yürüttüğü "inceleme süreci", başvuruları incelemek ve gerekli görüldüğünde ilgili mercilere iletmekle sınırlı biçimde öngörülmüştür[1174].

KEFEK, önüne gelen cinsiyet ya da cinsel yönelim temelli dolaylı ayrımcılık yasağı ihlaline ilişkin iddialarla ilgili olarak vardığı kararları hazırladığı faaliyet raporları kapsamında kamuoyuyla paylaşır. Komisyon'a ait web sayfasında 2009-2015 yılları arasındaki dönemi kapsayan sınırlılıkta yayımlanmış olan faaliyet raporları incelendiğinde ise incelenen başvuru sayısının çok az olduğu görülebilir[1175]. KEFEK'e yapılan başvuru sayısının azlığının da gösterdiği üzere, İHİK'le benzer şekilde tam zamanlı çalışan bir kurum olarak nitelendirilemeyecek olan, zira sıklıkla da toplantı yapmayan KEFEK'in de cinsiyet ve cinsel yönelim temelli dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili etkin bir denetim yürütmesini beklemek zordur.

3.2.1.2.1.2. Kamu Denetçiliği Kurumu Eliyle Denetim *(Ombudsmanlık)*

Dolaylı ayrımcılık yasağının yasama organınca denetlenmesine dair mekanizmalardan diğeri de yasama organına bağlı olarak çalışan bir kurum olarak çalışan Kamu Denetçiliği Kurumu'dur. Yaygın olarak Ombudsmanlık[1176] olarak bilinen kurumların Türkiye hukukundaki ilk görünümü olan KDK, 28.09.2006 tarih ve 5548

[1174] Karan, ilgili süreç bağlamında Komisyon'un yetkisini "sınırlı bir inceleme yetkisi" olarak değerlendirmiştir (2017, s. 497).

[1175] KEFEK'e yapılan başvuruların sayısı, 23. Dönem 4. Yasama Yılı Faaliyet Raporu'nda 30; 23. Dönem 5. Yasama Yılı Faaliyet Raporu'nda 48; 24. Dönem 1. ve 2. Yasama Yılları Faaliyet Raporu'nda birinci yıl kapsamında dört ve ikinci yıl kapsamında 20; 24. Dönem 3. Yasama Yılı Faaliyet Raporu'nda 36 ve 24. Dönem 4. Yasama Yılı Faaliyet Raporu'nda dokuz başvuru olarak belirtilmiştir. KEFEK'in ilgili faaliyet raporlarının tümü için bakınız: TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, "Faaliyet Raporları", https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/faaliyet.htm (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

[1176] Yaygın anlamda, "anayasa veya yasayla kurulmuş, yasama organına karşı sorumlu olan, yürütme organına bağlı olarak çalışan kurum ve kuruluşların, bu kurum ve kuruluşların çalışanlarının eylem ve işlemlerinden dolayı şikayetçi olanların bu şikayetlerini kabul edip araştıran, inceleyen ve giderim ve onarım amaçlı önerilerde bulunma ve sonuçlarını yayınlama yetkisine sahip bağımsız olarak çalışan ve yüksek düzeyli bir kamu görevlisinin temsil ettiği bir büro"yu ifade etmek üzere kullanılan ve İsveççe kökenli bir kelime olan "Ombudsman" kelimesi, belirtilen anlamını karşılamak üzere, temsilci, sözcü, denetçi, arabulucu, koruyucu kelimeleriyle benzer şekilde kullanılır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Müslüm Akıncı, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman,* İstanbul, Beta Yayınevi, s. 265 vd. "Cinsiyetçi bir terim" olan *"Ombudsman"* kelimesi yerine bazı BM belgelerinde ve bazı sözlüklerde cinsiyet bakımından tarafsızlık izlenimini veren *"Ombudsperson"* kavramı tercih edilmiştir. Bakınız: Sever, a.g.m., 2018a, s. 234, 63. Dipnot. Bu doğrultuda, atıfta bulunulan Merriam-Webster Sözlüğü'ne göre *"Ombudsperson"* kavramının İngilizce açıklaması için bakınız: Merriam-Webster, "Ombudsperson." *Merriam-Webster.com Dictionary*, https://www.merriam-webster.com/dictionary/ombudsperson (Erişim Tarihi: 10.08.2020).

sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu ile kurulmuşsa da, o tarihteki mevcut Anayasa metninde Meclisin yetkileri kapsamında bu Kuruma başdenetçi ve denetçi atanmasına ilişkin yetkilerin sayılmaması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili Kanun'un tümünü iptal etmesi sebebiyle işlemeye başlayamamıştır. Kurum, 2010 Anayasa Değişiklikleri ile anayasal dayanak kazanarak, 14.06.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun (KDK Kanunu) kabul edilmesi sonrasında işler hale gelmiştir [1177].

KDK Kanunu'na göre, TBMM Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan ve gerekli gördüğü yerlerde büro açabilen bir kurum olarak kurulmuş olan KDK'nın[1178], Başdenetçilik ve Genel Sekreterlikten oluşacağı; Kurum'da bir Başdenetçi ve beş denetçi ile Genel Sekreter ve diğer personelin görev yapacağı düzenlenmiştir. KDK Kanunu'nun "Bağımsızlık ve tarafsızlık" başlıklı 12. maddesinde ise Başdenetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı şeklinde bir hükme yer verilerek,

---

[1177] Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun iptaline ilişkin kararı için bakınız: Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2006/140, Karar Sayısı: 2008/185, Karar Tarihi: 25.12.2008, R.G. Tarih-Sayı:04.04.2009-27190, http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/50f62395-74fc-44ab-9f4b-49d68de529a1?higllightText=kamu%20denet%C3%A7ili%C4%9Fi%20kurumu%20kanunu&excludeGerekce=True&wordsOnly=False (Erişim Tarihi: 10.08.2020). 5982 sayılı ve 07.05.2010 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 8. maddesiyle 1982 Anayasası'nın 74. maddesinin "VII. Dilekçe hakkı" olan kenar başlığı, "VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" olarak değiştirilmiş, Anayasa'nın 74. maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılarak yerine getirilen, "Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur. Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir." Ek fıkra düzenlemeleriyle de kamu denetçiliğine anayasal dayanak kazandırılmıştır. 29.06.2012 tarih ve 28338 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 14.06.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu metni için bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6328.pdf (Erişim Tarihi: 11.10.2020). 28.03.2013 tarih ve 28601 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (KDK Yönetmeliği) metni için ayrıca bakınız: https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/711KAMU-DENETCILIGI-KURUMU-KANUNUNUN-UYGULANMASINA-ILISKIN-USUL-VE-ESASLAR-HAKKINDA-YONETMELIK.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[1178] Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, "Kuruluş", Madde 4.

Kurum'un bağımsızlığı vurgulanmış; aynı madde kapsamında, başdenetçi ve denetçilerin de görevlerini yerine getirirken tarafsızlıklarını koruması gerektiği hususuna yer verilmiştir[1179].

KDK Kanunu'na göre, "kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak" üzere kurulan KDK'nın, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemesi, araştırması ve önerilerde bulunması öngörülmüştür[1180], KDK Kanunu'nda ayrıca yer verilen "İdare" tanımıyla da KDK'nın yetki alanınının genel çerçevesi çıkarılmıştır. Buna göre, KDK'nın her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını inceleyeceği, araştıracağı ve önerilerde bulunacağı "idare",

> *"Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, mahallî idarelerin bağlı idarelerini, mahallî idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunlarla kurulan fonları, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerini"*

[1179] KDK Kanunu, "Kuruluş", m.4. Başdenetçi ve denetçilerden oluşan ve Başdenetçi tarafından yönetilen ve temsil edilen "Başdenetçilik" (m.6) ile Başdenetçinin ve denetçilerin görevleri ile nitelikleri (m. 7 ve m. 10), "Çalışma İlkeleri" (m. 8), "Genel Sekreterliğin oluşumu ve görevleri" (m.9) ile bu görevlere adaylık ve seçim (m.11), "And içme" (m. 13), "Görev Süresi" (m.14), "Görevden alınma ve görevin sona ermesi" (m. 15) ve "Başdenetçi ve denetçilerin mali ve sosyal hakları" (m.16) için KDK Kanunu'nun ilgili maddelerine bakınız. KDK Kanunu'na göre, TBMM Başkanlığı tarafından verilen ilana başvuran kişiler arasında, TBMM Dilekçe Komisyonu ile TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon'un Anayasa'nın 74. maddesinde öngörülen düzenlemeleri takiben gerçekleştirdiği, nitelikli çoğunluğun öngörülmediği ve nihayetinde son turda en fazla oy alan adayın seçilmesi üzerine kurulu seçim usulünde, iktidar partisinin oylarının belirleyici olacağı belirtilmiş ve bu açıdan, başdenetçi ve denetçilerin seçimi usulünün, kamu denetçisinden beklenen bağımsızlığın sağlanması ile güven sorununu beraberinde getirebileceğine dikkat çekilmiştir. Anayasa'daki KDK düzenlemesiyle, Kurum'a Anayasal dayanak kazandırılmasının olumlu sonuçlarına rağmen belirtilen riskleri de beraberinde getirebileceğine ilişkin görüşler için bakınız: Karan, a.g.e., s. 502. Kurum'un yapısından kaynaklanan nedenlerle siyasi etkiden bağımsız olmadığı yönünde eleştirilerin de farkındalığıyla, KDK denetçilerinin seçiminin Meclis'le ilişkilendirilmesi, KDK'nın kamu adına gerçekleştirdiği denetimle ilgili olarak da açıklanmıştır. Bakınız: Sever, a.g.m., 2016, s. 43 ve Sever, a.g.m., 2018a, s. 234.

[1180] Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, "Amaç", Madde 1.

ifade eder şekilde geniş biçimde tanımlanmıştır[1181]. Tanım kapsamında, kamu hizmetini gören özel hukuk tüzel kişilerinin de yer alması ayrıca olumludur ve böylece kamu hizmeti söz konusu olduğunda KDK'nın özel hukuk tüzel kişileri hakkında da denetim yürütebilmesi mümkün kılınmıştır[1182].

İdarenin işleyişiyle ilgili bir şikayet üzerine çalışmaya başlayacak olan Kurum'u, dolaylı ayrımcılık yasağı özelinde, idarenin dolaylı ayrımcılık yasağına uygun olmayan eylem ve işlemleri karşısında, dolaylı ayrımcılık mağdurları için yargısal denetim usullerinden önce başvurulabilecek bir bireysel başvuru usulü sunan ve kendisine yapılan başvurular sonrasında idarenin dolaylı ayrımcılık yasağına uygun biçimde hareket etmesini sağlamak üzere çalışan bir kurum olarak kısaca açıklamak mümkündür[1183]. Kurum'un görev alanı hususunda da, KDK Kanunu'nun Kurum'un kuruluş amacına ilişkin düzenlemesi tekrarlanarak, Kurum'un, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını, insan haklarına dayalı adalet anlayışıyla ve hukuka ve hakkaniyete uygunluk bakımından inceleme, araştırma ve idareye önerilerde bulunmakla görevli olduğu belirtilmiştir[1184]. Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikli faaliyetleri ise KDK'nın belirtilen görev alanı dışında

---

[1181] Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, "Tanımlar", Madde 3/1(e).

[1182] Bu noktada, özel hukuk gerçek kişileri ve kamu hizmeti görmeyen özel hukuk tüzel kişilerinin ayrımcı olduğu iddia edilen tutum ve davranışlarının, KDK'nın görev alanı dışında olduğunu ve bu kişilerin ayrımcı olduğu iddia edilen tutum ve davranışlarının, aşağıda *"3.2.1.2.2.1. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Eliyle Denetim"* başlığı altında incelenecek olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun görev alanına girdiğini belirterek; sadece kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin ayrımcı tutum ve davranışlarının KDK'nın görev alanına girdiğini bir kez daha vurgulamak gerekir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 507.

[1183] Türkiye hukukundaki Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, İsveç kökenli Ombudsman uygulamasıyla benzer nitelik taşıdığı ve her iki kurumun da yargı öncesi dış idari denetim mekanizması işlevine sahip olduğu belirtilmiştir. Bakınız: Sever, a.g.m., 2016, s. 43 vd. Bu anlamda Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuru mekanizması da, idarenin ayrımcılık yasağına uygun biçimde işleyişine özgü alternatif bir denetim mekanizması olarak nitelendirilebilir. Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) ile bir sonraki alt başlık altında incelenecek olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), idarenin dezavantajlı grupları koruma ile eşitliği sağlamaya yönelik yükümlülüğü ile bağlantılı işleyişinde gündeme gelebilecek alternatif denetim mekanizmaları olarak incelenmiştir. İlgili incelemede, idarenin bu anlamda işleyişine yönelik alternatif denetim mekanizmaları arayışının, idare hukuku ile feminizmin kesiştiği alanların gelişmesine sebep olduğuna da dikkat çekilmiştir. Bakınız: Sever, 2018a, s. 213 ve 233-236. Ayrıca, kamu denetçiliğinin, idarenin idari hiyerarşi kapsamında vesayet yoluyla idari denetimi ile siyasi ve yargısal denetimi dışında "yeni bir denetim türü" olduğunu belirtilmiş ve kamu denetçiliği denetim usulü, diğer denetim usulleri bağlamında gündeme gelen güçlüklerin aşılabilmesi adına önemli bir usul olarak da nitelendirilmiştir. İdarenin, siyasi denetimi ve yargı organları tarafından gerçekleştirilen denetimi bağlamında ortaya çıkan güçlükler hakkında bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 497-498.

[1184] Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, "Kurumun Görevi", Madde 5/1.

bırakılmıştır[1185]. KDK'nın böylece belirlenen görev alanına giren denetiminin, sadece hukuka uygunlukla sınırlanmayıp ayrıca hakkaniyete uygunluk üzerine de olmasının, KDK'nın gerçekleştirdiği denetim usulünü diğer denetim usullerinden farklı kıldığı söylenebilir. Bu farklılık konu özelinde, idarenin eşitliği sağlama yükümlülüğü bakımından da ayrıca önem teşkil eder. Nitekim, hakkaniyete uygunluk denetimi sayesinde idarenin eşitliği sağlamak üzere sosyal politikalar geliştirebilmesi imkânının önünün açıldığına dikkat çekilmiştir[1186].

KDK'nın görev alanı kapsamına giren idarenin eylem ve işlemleriyle ilgili olarak tüm gerçek ve tüzel kişilerin KDK'ya şikâyet başvurusunda bulunmaları mümkündür[1187]. Buna göre, idarenin eşitliği sağlama ve dolaylı ayrımcılık yapmama yükümlülüğü ile ilişkilendirilebilecek eylem ve işlemleriyle ilgili olarak da tüm gerçek ve tüzel kişiler, KDK'ya başvurarak, ilgili konularda inceleme ve araştırma yapılmasını talep edebilirler. KDK Yönetmeliği kapsamındaki "Şikâyet hakkı" başlıklı 7. madde düzenlemesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışları dolayısıyla menfaati ihlal edilen gerçek ve tüzel kişilerin şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri belirtilerek KDK'ya şikayet başvurusunda bulunabilecek kişiler için menfaat ihlaline uğramış olma koşulu öngörülmüştür. KDK'ya yapılacak şikâyetin, insan hakları, temel hak ve özgürlükler, kadın hakları, çocuk hakları ve kamuyu ilgilendiren genel konulara yönelik olması durumunda menfaat ihlalinin aranmaması da belirtilmek suretiyle ilgili alanlarda çalışan STK'ların ya da sendikaların da KDK'ya şikayet başvurusunda bulunabilmelerinin önü açılmıştır.

[1185] Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, "Kurumun Görevi", Madde 5/2. KDK Kanunu'nun ilgili beşinci maddesinin ikinci fıkrasının "Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler" şeklindeki (a) bendi, 02.07.2018 tarihli ve KHK/703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 110. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

[1186] Bununla birlikte, KDK'nın çoğunlukla hukuka uygunluk denetimi odaklı çalıştığı belirtilmiş ve KDK'nın dezavantajlı gruplarla ilgili olan ve idareye ek mali yük getirebilecek durumlarda denetimini hukuka uygunluk sınırında tutarak "pasif bir tutum" sergilediği, engelli kişilerin bakımını üstlenen kişilere ödenen bakım aylığında gelir koşulunu temel aldığı kararlarına atıfla ortaya koyulmuştur. Bakınız: Sever, a.g.m., 2018a, s. 234. Atıfta bulunulan ilgili KDK tavsiye kararları için bakınız: KDK Ret Kararı, Karar No: 2013/314, Karar Tarihi: 15.01.2014 https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2014-9.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2020); KDK Ret Kararı, Karar No: 2013/110, Karar Tarihi: 24.12.2013 https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/karar/2013-110.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

[1187] Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, "Başvuru ve Usulü", Madde 17/1.

KDK'ya başvuruda bulunabilmek için, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan haller istisna olmak üzere, 06.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamındaki idari başvuru yolları ile özel kanunlarda zorunlu olarak öngörülen idari başvuru yollarının tüketilmesi şartı öngörülmüştür[1188]; ancak ilgili idari başvuru yollarına başvurulduktan sonraki altmış gün içinde idareden cevap alınamaması halinde de, altmış günün bitiminden itibaren altı ay içinde KDK'ya başvurulabilir[1189].

KDK, yapılan başvurulardan, belli bir konuyu içermeyen, yargı organlarında görülen veya yargı organları tarafından sonuçlandırılıp karara bağlanmış olanlar, başvuru sahibi ile ilgili olarak gerekli bilgileri, başvuru sahibinin imzasını içermeyen ve Türkçe dilinde yapılmayan başvurular ile sebepleri, konusu ve tarafları aynı olan başvurular veya daha önce sonuçlandırılan başvurular haricindeki başvuruları inceler[1190] ve ilgili idareden, inceleme ve araştırma konusuyla ilgili bilgi ve belgeleri talep eder[1191]. KDK Kanunu'nda, KDK'nın başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırması öngörülen inceleme ve araştırmasında, bilirkişi görevlendirebilecek ve tanık dinleyebilecektir[1192]. Kurum, inceleme ve araştırması nihayetinde vardığı sonuç ile varsa konuya dair önerilerini ilgili idari merci ile başvuru sahibine iletecektir. Ayrıca KDK, başvuru sahibine, başvuru konusu eylem ya da işleme karşı başvuru yollarını, başvuru süresini ve başvuru makamını da gösterecektir[1193].

[1188] KDK Kanunu, "Başvuru ve Usulü", m. 17/4.
[1189] KDK Kanunu, "Başvuru ve Usulü", m. 17/7.
[1190] KDK Kanunu, "Başvuru ve Usulü", m. 17/3.
[1191] KDK Kanunu'nun, "Bilgi ve Belge İstenmesi"başlıklı 18. maddesinin ilk fıkrasında, ilgili idarenin talep edilen bilgi ve belgeleri, KDK'nın talebini tebliğinden 30 gün içinde sunmasının zorunlu olduğu ve 30 gün içinde, haklı bir neden olmaksızın talep edilen bilgi ve belgeleri sunmayanlar hakkında Başdenetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merci soruşturma açabileceği düzenlenmiştir. Karan, bu noktada disiplin soruşturması yanında, TCK'da düzenlenen görevi ihmal suçunun da gündeme gelebileceğini belirtmiştir. Bkz. Karan, a.g.e. 2017, s. 506. Devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin, yetkili mercilerin en üst makam veya kurulunca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmemesi mümkündür; bu halde, Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler Başdenetçi veya görevlendireceği denetçi tarafından yerinde incelenebilir (KDK Kanunu, "Bilgi ve Belge İstenmesi", m. 18/2). Ayrıca bakınız: Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, "İdareden Bilgi ve Belge İstenmesi", m. 23.
[1192] KDK Kanunu, "Bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesi", Madde 19 ve "İnceleme ve Araştırma". Madde 20/1.
[1193] KDK Kanunu "İnceleme ve Araştırma". Madde 20/2.

Böylece idarenin eşitliği sağlama ya da ayrımcılık yasağına uyma yükümlülüğüyle ilişkilendirilebilecek başvuruları da inceleyebilecek olan KDK'nın inceleme ve araştırması neticesinde vardığı karar ise "tavsiye" niteliğindedir ve bu sebeple ilgili kararların hukuken bağlayıcılığı da yoktur[1194]. Esasen ilgili idari mercinin KDK'nın inceleme ve araştırması neticesinde tesis ettiği işlemi veya önerdiği çözümü uygulanabilir bulmaması halinde de sadece bu durumu otuz gün içinde gerekçesiyle birlikte Kurum'a bildirmesi düzenlenmiş[1195] ve Kanun kapsamında ilgili idari mercinin tavsiyeler doğrultusunda hareket etmemesi halinde bir yaptırım da öngörülmemiştir[1196].

Kanun'un "Dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması" başlıklı 21. maddeye göre, idarenin dolaylı ayrımcılık yasağına uyma yükümlümlülüğüne aykırı olduğu iddia edilen eylem ve işlemleriyle ilgili olarak, KDK'ya başvuru ile durmuş olan idari yargıda dava açma süresi, KDK'nın inceleme ve araştırması nihayetinde, KDK'ya inceleme ve araştırma için verilen sürenin sona ermesiyle ve ilgili idari mercinin KDK'nın tavsiyesi üzerine otuz gün içinde bir işlem tesis etmemesi halinde veya bir eylemde bulunmadığında kaldığı yerden başlayacaktır. İlgili madde düzenlemesi ile KDK'nın başvuru sahibine, başvuru konusu eylem ya da işleme karşı başvuru yollarını, başvuru süresini ve başvuru makamını göstereceğine ilişkin KDK Kanunu'nun 20.

[1194] KDK Kanunu metni kapsamında, her ne kadar KDK'nın inceleme ve araştırmaları sonucunda idareye önerilerde bulunacağı yönünde bir dil kullanılmışsa da, KDK'nın inceleme ve araştırması sonucunda vardığı kararın "tavsiye kararı" olarak nitelendirilmesi, KDK kararlarının hukuki niteliğini açıklamaya daha uygundur.

[1195] KDK Kanunu "İnceleme ve Araştırma". Madde 20/3.

[1196] Kurum'un kendisine yapılan başvurular üzerine yürüttüğü inceleme ve araştırma sonrasında ilgili tavsiye kararlarını almak yanında, ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilebilecek bir diğer görevi de her yıl ve açıklanmasında fayda görülen hususlar olması halinde TBMM Dilekçe Komisyonu ile TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon'a rapor sunmaktır.Karma Komisyon, Kurum'un hazırladığı yıllık raporları, araverme ve tatil dönemleri hariç olmak üzere iki ay içinde görüşüp, kendi kanaat ve önerileriyle birlikte özetleyerek TBMM Genel Kurulu'na sunulmak üzere TBMM Başkanlığı'na gönderir ve TBMM Genel Kurulu'nda ilgili rapor ivedilikle görüşülür. Her takvim yılı sonunda hazırlanan ve ilgili takvim yılı içinde yürütülen faaliyetleri ve önerileri kapsayan yıllık raporlar, Resmi Gazete'de yayımlanarak kamuoyuna duyurulur; açıklanmasında fayda görülen hususlara dair raporlar da ayrıca kamuoyunun bilgisine sunulur. Bkz. KDK Kanunu, "Raporlar", m. 22. İlgili yıllık raporlar ile faaliyet raporları incelendiğinde, Kurum'un ayrımcılık yasağıyla ilgili ayrı bir başlık açmaması dikkat çekicidir. Bu raporlar bağlamında ayrımcılık yasağına ilişkin konular ve başvurularla ilgili bilgiye, çocuk hakları, eğitim-öğretim, gençlik ve spor, engelli hakları ve sosyal hizmetler, insan hakları, kadın hakları, nüfus, vatandaşlık, mülteci ve sığınmacı hakları gibi başlıklara ayrılan başvurulara ilişkin bilgi ve değerlendirmeler kapsamında erişmek mümkündür. KDK'nın 2013-2019 yılları arasında hazırladığı yıllık raporlar için bakınız: KDK, Yıllık Rapor, https://www.ombudsman.gov.tr/yillik-rapor/index.html (Erişim Tarihi: 15.10.2020). KDK'nın 2013-2019 yılları arasında hazırladığı idare faaliyet raporları için bakınız: KDK, İdare Faaliyet Raporları, https://www.ombudsman.gov.tr/idare-faaliyet-raporlari/index.html (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme birlikte okunduğunda, KDK'nın idarenin eylem ve işlemlerini dolaylı ayrımcılık yasağına uygun bir şekilde yürütmesini sağlamaya dair işlevinin sınırlı olduğu ve dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili denetimin de esasen yargısal denetim mekanizmalarına bırakıldığı sonucuna da varmak mümkündür. Ancak yine de, idarenin dolaylı ayrımcılık yasağına uygun davranmasını sağlama özelinde, bu yargı öncesi denetim mekanizmasının idari yargının inceleme usulünden farklı olarak benimsediği hem hukuk hem de hakkaniyet bakımından yaptığı değerlendirme sonucunda verdiği tavsiye kararlarının öneminin de yadsınması mümkün değildir[1197].

Bu anlamda KDK'nın tavsiye kararları her ne kadar hukuken bağlayıcılıktan yoksun olsa da, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili denetime katkı sunabilir. KDK'nın doğrudan ayrımcılığın bulunmadığı bir başvuru üzerine yaptığı etki temelli bir incelemeyi de, bu doğrultuda dolaylı ayrımcılıkla ilgili bir inceleme yöntemi sunması bakımından anmak gerekir[1198]. KDK, Musevi bir öğrenciyle ilgili, Temel Eğitimden Ortaöğretime Geçiş (TEOG) sınavında uygulanan katsayılara dayanan puan hesaplamalarının Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden muaf olan öğrencileri *aleyhte etkilediği*[1199] iddiasıyla yapılan başvuru üzerine, ilgili dersi alan ve ilgili dersten muaf olan öğrencilerin durumunu puan hesaplamaları bağlamında karşılaştırmalı olarak incelemiştir. İlgili tavsiye kararında uyuşmazlığın çözümünün teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmesi sebebiyle bilirkişi heyeti görevlendirmiştir. Böylece sınavda yer verilen diğer derslerden aynı puanları almış olan biri ilgili dersi alan, biri de ilgili dersten muaf olan iki öğrencinin durumu göz önüne alınarak, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi sınavının her sorusuna ilişkin olarak öğrencilerin muafiyet durumları bağlamında karşılaştırmalı olarak hesaplanan puanlar üzerinden değerlendirilme yapılabilmiştir. Bu değerlendirme

---

[1197] Kurum'un "mahkemelerden farklı bir uyuşmazlık çözme aracı" sunması sebebiyle Kurum ile Kurum'un aldığı kararların, idari yargıdaki inceleme ve araştırma yöntemlerinden farklı yöntemlerle varılan kararlar olarak, idare hukuku bağlamında önem taşıdığına da dikkat çekilmiştir. KDK'nın inceleme ve araştırmasının, idare mahkemelerinin değerlendirmelerinden farklı olduğunun ortaya koyulduğu, eğitim hizmetlerinde idarenin farklı muamele yükümlülüğüyle ilgili iki KDK tavsiye kararı üzerine olan incelemenin devamı için bakınız: Sever, a.g.e., 2016, s. 43 – 47.

[1198] KDK'nın 2013-2020 yıllarına ait kararları kapsamında, dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağına dair bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. KDK'nın ilgili yıllar arasında yayımlanan kararlarının tümü için bakınız: Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), *Kararlar Bilgi Bankası*, https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama (Erişim Tarihi: 15.12.2020).

[1199] Vurgu, dolaylı ayrımcılık yasağının "etki" unsuruna dikkat çekmek üzere yapılmış olup bana aittir.

sonucunda, TEOG Sınavı kapsamında ortak sınavlara ilişkin olarak esas alınan farklı ağırlık katsayılarına dayalı hesaplama yönteminin, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi puanı 87 ve üstünde olduğu durumda ilgili dersten muaf olanlar aleyhinde, 86 ve altında olduğu durumda da ilgili dersi alanlar aleyhinde doğurduğu sonuçların ilgili dersi alan ve ilgili dersten muaf olan öğrencilerin eşit biçimde rekabet etmeleri ile sınav sonuçlarının aynı şekilde değerlendirilmesine engel teşkil ettiği gerekçesiyle hem ilgili dersi alan hem de ilgili dersten muaf olan öğrencilerin eğitim hakkı bağlamında ayrımcılık yasağına aykırı olduğu sonucuna varılmıştır[1200].

KDK ilgili kararında, her ne kadar dolaylı ayrımcılık kavramını kulanmamış ve vardığı sonucun da spesifik olarak dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu belirtmemişse hem kullandığı yöntem, hem de ayrımcılığın etki itibariyle ortaya çıkan biçimi üzerine bir değerlendirme yapmış olması sebebiyle KDK'nın yürüttüğü denetim mekanizmasını dolaylı ayrımcılık yasağının etkili hale gelmesi açısından işlevsel olarak nitelendirmek mümkündür[1201].

3.2.1.2.2. Yürütme Organı Eliyle Denetim

3.2.1.2.2.1. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Eliyle Denetim

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağına temel kazandıran düzenlemelere de yer verilen 2016 tarih ve 6701 sayılı TİHEK Kanunu ile kurulan[1202] ve ilgili kanun

---

[1200] KDK Tavsiye Kararı, Şikayet No: 2014/3164, Karar Tarihi: 02.10.2014, https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/karar/2014-3164%20-%20TEOG%20KARARI.pdf (Erişim Tarihi: 10.08.2020).

[1201] KDK'nın kararında ilgili dersi alan öğrenciler ve ilgili dersten muaf olan öğrenciler bakımından doğan aleyhe sonuçları belirlemesi sonrasında kaç öğrencinin 87 ve üstünde puan aldığı ile diğer derslerdeki sorulardan alınan puan ortalamalarına göre daha yüksek puan alan kaç öğrencinin olduğuna dair bir inceleme yapmamakla, esasen incelemede dolaylı ayrımcılığın ispatlanması için gerekli bir aşamayı atladığına da dikkat çekilmiştir. İlgili KDK kararının Türkiye'de ayrımcılığın ispatında kullanılan yöntem açısından "simülasyon yöntemini" içermekle farklı bir yöntemin kullanıldığı tek karar olarak incelendiği çalışmada yapılan bu açıklamaların devamı için bakınız: Çiğdem D. Sever, "Ayrımcılığı ispatlamak: Güçlükler ve Olanaklar", Uluslararası Ayrımcılık Konferansı, Haz. Eşit Haklar için İzleme Derneği (ESHİD), İstanbul, 2018b, s. 92-93.

[1202] Kanunla kurulmuş olması TİHEK'e Paris İlkelerince öngörülen yasal dayanak şartını sağlamıştır. Yaygın olarak Paris İlkeleri olarak bilinen 1993 tarihli bir BM belgesi olan "Ulusal Kurumların Statüsü ile İlgili İlkeler" hakkında bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 461- 463. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun (TİHEK) kanunla kurulmuş olması dolayısıyla, yapısına, görev ve yetkilerine, işleyişine kanuna aykırı bir şekilde müdahalede bulunulamayacaktır ve bu anlamda TİHEK'i "kanuni teminata sahip" bir kurum olarak nitelendirmek de mümkündür. TİHEK'in kanunla kurulmasının Kurumun

ile diğer yasal düzenlemelerle kendisine verilen görev ve yetkileri yerine getirmesi öngörülen bir kurum olan TİHEK de Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yargı dışı denetim mekanizmalarını yürütebilecek kurumlardan biridir[1203]. TİHEK, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğine haiz, Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili olarak; Kurum'un karar organı olarak belirlenen Kurul ve Başkanlıktan oluşacak biçimde kurulmuştur. TİHEK'in yönetimi ile ilgili konularda Cumhurbaşkanının gerektiği hallerde yetkilerini TİHEK ile ilişkili biçimde görevlendirdiği bakan aracılığıyla kullanabilmesi sebebiyle, Kurum'u yürütme organına bağlı olarak çalışan kurumlar arasında kabul etmek gerekir[1204]. Ayrıca Kurul üyelerinin tamamının yürütme organınca belirlenmesini öngören seçim usulü de, TİHEK'in yürütme organı eliyle bir denetim mekanizması yürüttüğünü gösterir[1205].

TİHEK'in görev alanının ayrımcılıkla mücadele yanında, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ile işkence ve kötü muameleyle mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizmasını yürütmeyi de içerecek biçimde belirlenmesi dolayısıyla TİHEK'in sadece bir eşitlik kurumu olarak kurulduğu söylenemeyecektir[1206]. Ancak, TİHEK Kanunu kapsamında bir bölümün, "Ayrımcılıkla

---

bağımsızlığını güçlendirdiği yönünde yapılan açıklamalar için bakınız: Eren, a.g.e., s. 78. Ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin bir kurum olarak işlev görecek biçimde kurulan TİHEK'in AB müktesebatına uyum bağlamında oluşum süreci hakkında bilgi için bakınız: Eren, a.g.e., s. 75-77.

[1203]Nitekim TİHEK kendisine yapılan başvurular aracılığıyla dolaylı ayrımcılık yasağının kurumsallaşmasını bir ölçüde sağlayan nitelikte kararlar da vermiştir. TİHEK'in dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili olarak verdiği kararlar için yukarıda *"3.1.2.3. Kurumsallaşma evresi (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu)"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[1204] TİHEK Kanunu, *"Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu"*, Madde 8.

[1205] Kurul'un oluşumu da TİHEK Kanunu'nun "Kurul" başlıklı 10. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde kapsamında Kurul'un Cumhurbaşkanı tarafından atanan Başkan ve İkinci Başkan'ın da dahil olduğu 11 üyeden oluştuğu belirtilmiştir. Başkan, İkinci Başkan ve Kurul üyelerinin tümünün Cumhurbaşkanı tarafından atanacak olması TİHEK'i, yasama organına bağlı olarak çalışan Kamu Denetçiliği Kurumu'ndan farklı olarak yürütme organına bağlı olarak çalışan bir kurum olarak nitelendirmeyi gerektirir.

[1206] Bu anlamda TİHEK kapsamında ayrımcılıkla mücadele amaçlı olarak yürütülen "eşitlik kurumu" dışında diğer görevleri doğrultusunda oluşturulmuş iki mekanizmanın daha varlığından bahsedilebilir: Bunlardan ilki TİHEK'in insan haklarının korunması ve geliştirilmesi görevi bağlamında 1992/54 sayılı Paris İlkelerine göre kurulmuş "ulusal insan hakları kurumu" iken; ikincisi de BM İşkenceye veya Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol *(OPCAT)* uyarınca oluşturulmuş ve ilgili Ek Protokol gereğince kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı yerlere düzenli ziyaretler yapmak üzere işlev görecek "Ulusal önleme mekanizması"dır. TİHEK'in insan hakları kurumu olarak yürüttüğü işlev hakkında Bakınız: TİHEK, "İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi", https://www.tihek.gov.tr/insan-haklarinin-korunmasi-ve-gelistirilmesi/TİHEK (Erişim Tarihi: 17.12.2020). TİHEK Kanunu kapsamındaki işkence

Mücadele"[1207] konusuna ayrılması, TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele konusunda yargı dışı denetim mekanizmasını etkin biçimde yürütmesi beklenen bir kurum olarak kurulduğu izlenimini uyandırır. Kanun'un "Kuruluş, Teşkilat Yapısı ve Görevler" başlıklı Üçüncü Bölümü kapsamındaki "Kurumun Görevleri" başlığını taşıyan dokuzuncu maddesinde de TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele konusundaki görevleri geniş biçimde düzenlenmiştir[1208]. Bahsi geçen düzenlemeler ve TİHEK Kanunu kapsamındaki diğer düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde de, işkence ve kötü muameleyi önleme konusundaki ulusal önleme mekanizmasını yürütme görevi dışında, TİHEK'in genel anlamda insan hakları ihlalleri kapsamında sadece ayrımcılık yasağıyla ilgili vakalar bakımından başvuru almaya yetkili olduğu da görülebilir. Buna göre, TİHEK'in insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda inceleme, araştırma, karara

---

ve kötü muameleyle mücadele ve ulusal önleme mekanizması hakkında bilgi için bakınız: TİHEK, "Ulusal Önleme Mekanizması", https://www.tihek.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/ (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

[1207] TİHEK Kanunu'nun İkinci Bölümü'nde yer verilen dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler hakkında açıklamalar için yukarıda *"3.1.2.3. Kurumsallaşma evresi (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu)"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[1208] Buna göre TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele konusundaki görevleri şöyle özetlenebilir: Ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak; ayrımcılıkla mücadele konusunda kitle iletişim araçlarını da kullanarak bilgilendirme ve eğitim yoluyla kamuoyunda duyarlılığı geliştirmek; Milli eğitim müfredatı kapsamındaki ayrımcılık yasağıyla ilgili bölümlerin hazırlanmasına katkıda bulunmak; ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve toplumdaki eşitlik anlayışının geliştirilmesine yönelik olarak üniversiteler ile ortaklaşa çalışmak, Yükseköğretim Kurulu'nun eşgüdümünde üniversitelerde eşitlikle ilgili bölümlerin kurulmasına ve eşitlik öğretimine ilişkin müfredatın belirlenmesine katkıda bulunmak; kamu kurum ve kuruluşlarının meslek öncesi ve meslek içi eğitim programları kapsamındaki eşitlik eğitimi programlarının esaslarının belirlenmesine ve bu programların yürütülmesine katkıda bulunmak; ayrımcılık yasağıyla ilişkili mevzuat çalışmalarını izlemek, değerlendirmek, bunlara ilişkin görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmek; ayrımcılık yasağı ihlallerini re'sen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek; ayrımcılık yasağı ihlalleri nedeniyle mağdur olduğu iddiasıyla Kurum'a başvuranlara mağduriyetlerinin giderilmesi için kullanabilecekleri idari ve hukuki süreçler konusunda yol göstermek ve başvurularını takip etmelerini sağlamak amacıyla yardımcı olmak; Cumhurbaşkanlığına ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulmak üzere, ayrımcılıkla mücadele alanlarında yıllık raporlar hazırlamak; kamuoyunu bilgilendirmek, düzenli yıllık raporlar dışında, gerek görüldüğünde ayrımcılık yasağının da dahil olduğu görev alanına ilişkin özel raporlar yayımlamak; ayrımcılıkla mücadele alanındaki uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, alanındaki uluslararası kuruluşlarla ilgili mevzuat dâhilinde işbirliği yapmak; ayrımcılıkla mücadele kapsamında faaliyet yürüten kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, meslek kuruluşları ve üniversitelerle işbirliği yapmak; diğer kurumların ayrımcılığın önlenmesine yönelik faaliyetlerine destek vermek; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemek, bu sözleşmeler uyarınca kurulan inceleme, izleme ve denetleme mekanizmalarına Devletin sunmakla yükümlü olduğu raporların hazırlanması sürecinde, ilgili sivil toplum kuruluşlarından da yararlanmak suretiyle görüş bildirmek, bu raporların sunulacağı uluslararası toplantılara temsilci göndererek katılmak. TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele konusundaki görevleri yanısıra yerine getireceği diğer görevleri olan insan haklarının korunması ve işkence ve kötü muamele ile mücadele konusundaki diğer görevlerine "Kurumun Görevleri" başlıklı dokuzuncu maddenin tamamında yer verilmiştir.

bağlayıp ve sonuçlarını takip etme görevini başvuru üzerine değil re'sen yürüteceği öngörülmüşken; ayrımcılık yasağı ihlalleri söz konusu olduğunda inceleme, araştırma, karara bağlama ve sonuçlarını takip etme görevini hem başvuru üzerine hem de re'sen[1209] yürüteceği öngörülmüştür[1210].

TİHEK Kanunu'nun "Ayrımcılıkla Mücadele" konusuna özgülenmiş İkinci Bölümündeki "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" başlığını taşıyan üçüncü madde düzenlemesi ile "Ayrımcılık yasağının kapsamı" başlıklı beşinci madde düzenlemesi dolayısıyla TİHEK'in dolaylı ayrımcılık yasağı konusundaki görev alanı belirlenebilir. Buna göre TİHEK'e kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin dolaylı ayrımcı nitelikteki tutum ve davranışlarıyla bağlamında gündeme gelen dolaylı ayrımcılık iddialarıyla ilgili olarak başvuruda bulunulması mümkündür ve bu doğrultuda TİHEK'in dolaylı ayrımcılık yasağı özelinde yürüttüğü yargı dışı başvuru usulünün de, çalışma kapsamında bahsi geçen diğer kurumların aksine sadece kamu kurum ve kuruluşlarının, yani idarenin faaliyetleriyle sınırlı tutulmadığını da belirtmek gerekir[1211].

TİHEK'e başvuru ile TİHEK'in inceleme usulüne de, TİHEK Kanunu'nun "Başvurular ve İnceleme Usulleri" başlıklı Beşinci Bölümü'nde yer verilmiş; başvuru ve inceleme usulüne dair ayrıntılar ise Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile belirlenmiştir[1212]. Buna göre, dolaylı ayrımcılık yasağından zarar gördüğü iddiasında

---

[1209] Konuyla ilgili olarak TİHEK'in görevlerini düzenleyen TİHEK Kanunu'nun dokuzuncu maddesinin insan hakları ihlalleriyle ilgili olan m. 9/1(f) düzenlemesi ile ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili m.9/1(g) düzenlemesini karşılaştırınız. TİHEK'in bir televizyon programındaki sunucunun Covid-19 tedbirleri kapsamında Eğitim Bilişim Ağı (EBA) Televizyonu'ndaki ilk dersi yapan öğretmenin hakkında yaptığı açıklamaların ayrımcılık yasağına aykırı olduğu gerekçesiyle re'sen inceleme yapmak suretiyle oluşturduğu kararı için bakınız: TİHEK, Re'sen inceleme, Karar No: 202/198, Karar Tarihi: 22.09.2020, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2020/11/1604652496.pdf (Erişim Tarihi: 16.12.2020).

[1210] TİHEK, ayrımcılık yasağıyla ilgili ihlal başvurularını Mart 2017'den itibaren kabul etmektedir.

[1211] Ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili başvuru alabilen bir diğer kurum olan Kamu Denetçiliği Kurumu'nun idarenin eylem ve işlemleriyle sınırlı olan dolaylı ayrımcılık yasağı denetimi ile karşılaştırma yapmak adına yukarıda *"3.2.1.2.1.2. Kamu Denetçiliği Kurumu Eliyle Denetim (Ombudsmanlık)"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[1212] TİHEK'e başvuru ve TİHEK'in inceleme usulüne dair ayrıntılar için, 24.11.2017 tarih ve 30250 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ilgili Yönetmeliğin "Başvurular" başlıklı Beşinci Bölümü, "Ön İnceleme" başlıklı Altıncı Bölümü ile "İhlal İncelemeleri" başlıklı Yedinci Bölümü kapsamındaki düzenlemelere bakınız. Çalışmanın devamında kısaca TİHEK Kanunu Uygulanma

olan her gerçek ve tüzel kişinin TİHEK'e başvuru hakkı vardır. Böylece, herkesin yararlanmasının mümkün olduğu bir hak olarak düzenlenen ve etkin bir biçimde kullanılması adına hiçbir engelle karşılaşmayacağı da vurgulanan[1213] başvuru hakkının öznesi de, TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliğine göre, dolaylı ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasında olan "eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen her gerçek veya tüzel kişi" olarak belirlenebilir.[1214] Dolayısıyla TİHEK'e başvuru hakkının, dolaylı ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar görmüş olma koşuluna bağlı olduğu, başka bir deyişle dolaylı ayrımcılık mağduru olmaya bağlı olduğu söylenebilir.

TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği ile ayrımcılık mağdurlarının başvurusunun, kanuni temsilci veya vekil aracılığıyla da gerçekleştirilmesi mümkün kılınmışsa da[1215]; ayrımcılık mağdurlarının adına üçüncü kişilerin TİHEK'e başvuru yapabilmesi hususuna hem TİHEK Kanunu hem de TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği kapsamında değinilmemiştir. TİHEK Kanunu'na göre, TİHEK'in re'sen inceleme yaptığı ayrımcılık yasağı ihlallerinde dahi ayrımcılık mağduru kişinin "şahsen belirlenebilir" olması halinde ilgili kişinin kendisinin veya kanuni temsilcisinin rızasının alınmasının gerekli görülmesi de, ayrımcılık yasağı ihlallerinde yapılacak incelemenin ayrımcılık mağdurunu kişinin "açık rızası" doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekliliğinin varlığını gösterir. Bu nedenle mevcut düzenlemeler itibariyle STK'ların ya da sendikaların dolaylı ayrımcılık mağdurları adına TİHEK'e başvuruda bulunmaları mümkün değildir.

Yönetmeliği olarak anılacak olan ilgili Yönetmeliğin tam metni için bakınız: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/137654 (Erişim Tarihi: 09.11.2020).

[1213] TİHEK Kanunu, "Başvurular", m.17/1.

[1214] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvuru Hakkı", m. 30.

[1215] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvurunun kanuni temsilci veya vekil aracılığıyla yapılması", m. 37

TİHEK'e başvurunun konu bakımından kapsamı da TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği'nin "Başvurunun konusu" başlıklı 31. maddesinde *"TİHEK Kanun'u kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasağı ihlalleri"* olarak öngörülmüştür. Bu anlamda sadece sayılan ayrımcılık temellerinde ortaya çıkan ayrımcı etki ya da sonuç nedeniyle dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali başvurusu yapılabilecek; ancak bu kapsamda yer verilmeyen cinsel yönelim gibi bir ayrımcılık temeliyle bağlantılı ayrımcı etki ya da sonuç bakımından TİHEK'İn inceleme ve araştırma yürütmesi sağlanamayacaktır[1216]. Yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ve Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler ise TİHEK'e ayrımcılık yasağı ihlali iddiasıyla yapılacak başvurunun konusu dışında tutulmuştur[1217].

TİHEK Kanunu ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği bağlamında böylece düzenlenen TİHEK'e başvuru hakkının kullanılabilmesi için ilgili Kanun ile Yönetmelik bağlamında bazı ön koşullar öngörülmüştür. İlgili ön koşullardan ilki, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan haller istisna tutulmak üzere, ayrımcılık yasağı ihlali teşkil ettiği iddia edilen uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilmesi üzerinedir. Bu doğrultuda, belirtilen istisnai durumlar dışında, ilgili tarafın başvurucunun talebini reddi ya da otuz günlük süre dahilinde talebe cevap vermemesi halinde TİHEK'e başvuru yapılabilecektir[1218]. Kanun ve Yönetmelik kapsamında öngörülen diğer ön koşul ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı beşinci maddesi bağlamında öngörülen iş ilişkisinde ayrımcılık iddialarına dair olarak İş Kanunu'nun ilgili düzenlemesiyle belirlenen şikâyet usullerinin tüketilmesi üzerinedir; bu anlamda iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılık

---

[1216] TİHEK'in web sayfasında TİHEK'in TİHEK Kanunu'nda sayılmayan ayrımcılık temelleriyle ilgili inceleme yürütmediğine dair bir ret kararı yayımlanmamıştır. TİHEK'in cinsel yönelim temelli ayrımcılık yasağı ihlali iddiasını incelemeyi reddetmesine ilişkin olarak yukarıda *"3.1.2.3. Kurumsallaşma Evresi (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu)"* başlığı altında yer verilen 1078. dipnotta bahsi geçen habere bakınız.

[1217] TİHEK Kanunu, "Başvurular", m.17/4 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvurunun konusu teşkil etmeyecek işlem ve kararlar", m. 40.

[1218] TİHEK Kanunu, "Başvurular", m.17/2 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Kanuna aykırı olduğu iddia edilen uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilmesi", m. 39 TİHEK Kanunu'nun m. 17/2 düzenlemesi, TİHEK'e doğrudan başvurunun ancak istisnai hallerde mümkün olabileceği de düşündürür. Karan, a.g.e., s. 516.

iddialarına ilişkin belirtilen denetim mekanizmalarının işletilmesi neticesinde sonuç alınanaması halinde TİHEK'e başvuru yapılabilecektir[1219].

TİHEK, kendisine yapılacak başvuruların konusu dışında tutulan işlem ve kararlar[1220] ile TİHEK'in görev alanına girmeyen konulara dair olan, hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki ve dava konusu olmuş başvurular haricinde kalan başvuruları incelemeye alır[1221]. TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili başvuruları inceleme usulü de TİHEK Kanunu'nun "İhlal İncelemeleri" başlıklı 18. maddesi ile TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği'nin ilgili bölümleri kapsamındaki maddelerle belirlenmiştir[1222]. TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlaline ilişkin başvurulara dair inceleme ve araştırmasını, en geç üç ay içinde sonlandırması öngörülmüştür[1223].

TİHEK, kendisine yapılan başvurulara dair inceleme ve araştırmasını iki aşamalı olarak yürütür ve bu aşamaların ilki başvurunun incelenebilirlik ve kabul edilebilirliğine ilişkin olan "Ön inceleme" aşamasıdır. TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliğinde öngörülen gerekli koşullar bağlamında yapılan değerlendirme sonucunda[1224] TİHEK,

---

[1219] TİHEK Kanunu, "Başvurular", m.17/5 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "4857 sayılı iş kanununun 5 inci maddesinin kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular", m. 41

[1220] Bakınız: Yukarıda 1217. Dipnot.

[1221] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "İşleme konulmayacak başvurular", m. 45

[1222] TİHEK Kanunu kapsamındaki 18. madde düzenlemesi ile TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği'nin "Ön İnceleme" başlıklı Altıncı Bölümü ve "İhlal İncelemeleri" başlıklı Yedinci Bölüm'ü kapsamındaki düzenlemeler, TİHEK'in re'sen veya başvuru üzerine incelemeye aldığı tüm ihlalleri kapsar. Nitekim, TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği'nin "İhlal İncelemeleri" başlıklı ilgili bölümünün "İncelemede uyulacak ilkeler" konusundaki ilk düzenlemesi olan 50. maddenin "Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin yürüttükleri faaliyetler, insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın önlenmesi yönlerinden incelenir." şeklindeki metni de, ayrımcılık yasağı ihlalleri de dahil olmak üzere, TİHEK'in görev alanına giren tüm ihlallerle ilgili incelemelerini de kapsar niteliktedir.

[1223] Bu süre Başkan'ın önerisi ile bir defayla sınırlı olacak şekilde en fazla üç ay daha uzatılabilir. TİHEK Kanunu, "İhlal İncelemeleri", m.18/2.

[1224] TİHEK, TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Ön incelemenin yapılması" başlıklı 48. madde düzenlemesine göre ilgili başvuruları, Kurumun görev alanına girme; Kurumda incelenmekte ve araştırılmakta olan bir başvuruyla sebepleri, konusu ve taraflarının aynılığı; Kurum tarafından daha önce sonuçlandırılan bir başvuruyla, sebepleri, konusu ve taraflarının aynılığı; yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olma; Kuruma başvurmadan önce Kanuna aykırı olduğu iddia edilen uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilmesi; belli bir konuyu içerme; başvuruda bulunması gereken bilgilerin varlığı koşulları bağlamında değerlendirir.

incelenebilirlik koşullarını taşımayan başvurular hakkında "incelenemezlik kararı"[1225], ayrımcılık yasağına aykırı olduğu iddia edilen uygulamanın düzeltilmesi ayrımcı uygulamayı gerçekleştiren taraftan talep edilmemişse ilgili tarafa gönderilmesine ilişkin "gönderme kararı"[1226] ve belirli koşulları taşımayan başvular hakkında da "gerekçeli kabul edilmezlik kararı"[1227] verir.

TİHEK, ön incelemeye tabi tuttuğu başvurulardan TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliğinde öngörülen gerekli koşulları sağlayan başvurular hakkında bir sonraki aşama olan "İhlal incelemesi" aşamasına geçer. TİHEK, bu aşamada ayrımcılık yasağı ihlalini gerçekleştirdiği iddia edilen taraftan yazılı görüşünü sunmasını ister, ilgili bilgi ve belgeleri talep eder; ihlal incelemeleri kapsamında bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesi de mümkündür[1228]. TİHEK, ihlal incelemeleri aşamasında yürüttüğü değerlendirme sonucunda, başvurunun yerinde olduğu kanaatine varması durumunda ihlal kararı verecektir[1229]. TİHEK'in ayrımcılık yasağının ihlalinden sorumlu bulduğu kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında ayrımcılık yasağı ihlalinin "etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi" üzerinden idari para cezası da uygulaması ve bu doğrultuda idari yaptırım kararı alması da mümkündür[1230].

Kurum, ayrıca ayrımcılık yasağı ihlali olduğu iddia edilen uygulamaya ilgili ihlali gerçekleştiren tarafça son verilmesi ya da söz konusu ihlalin doğurduğu mağduriyetin başvurucu tarafından talep edildiği şekilde giderilmesi halinde uzlaşma kararı da verebilir[1231]. TİHEK, ihlal incelemeleri aşamasında yürüttüğü değerlendirme

---

[1225] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "İncelenemezlik kararı", m. 66
[1226] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Gönderme kararı", m. 68
[1227] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Gerekçeli kabul edilemezlik Kararı", m. 67
[1228] İhlal İncelemeleri ile TİHEK'in inceleme yetkisi ve kapsamı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Eren, a.g.e., s. 117-120.
[1229] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "İhlal kararı", m. 69
[1230] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "İhlal kararı", m. 69/2 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "İdari yaptırım kararı", m. 70
[1231] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Uzlaşma", m. 52 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Uzlaşma kararı", m. 71. TİHEK Kanunu kapsamında ceza hukukundaki adıyla uzlaşma olarak düzenlense de, öngörülen bu uyuşmazlık çözüm yolunun daha çok arabuluculuk kurumuna benzer şekilde düzenlenmesinin daha uygun olacağına ilişkin açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 517.

sonucunda, başvurunun yerinde olmadığı kanaatine varması durumunda ise ret kararı verecektir[1232]. Başvurucunun başvurusundan vazgeçmesi, gerçek kişi olan başvurucunun ölmesi, tüzel kişi olan başvurucunun tüzel kişiliğinin sona ermesi ve TİHEK'in inceleme ve araştırmasının devamı sırasında başvuru konusu hakkında dava açılması durumunda ise TİHEK'in inceleme ve araştırması karar verilmesine yer olmadığına dair karar ile sonlanacaktır[1233].

TİHEK'e başvuruyla birlikte durmuş olan dava açma süresi de, TİHEK'in başvuru hakkında incelenemezlik, gerekçeli kabul edilmezlik, ret, uzlaşma veya karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermesi; TİHEK'in verdiği ayrımcılık yasağı ihlali kararı üzerine ilgili tarafın otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis etmemesi veya eylemde bulunmaması halleri ile TİHEK'in inceleme ve araştırmasını, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde sonlandırmaması durumunu gerekçesiyle birlikte başvurucuya tebliğinden itibaren tekrar işlemeye başlar[1234].

TİHEK'in dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin yürüttüğü denetim sonucunda verdiği kararlar, başka bir yargı dışı ya da yargısal denetim mekanizmasına başvurmaya engel değildir. Nitekim, kurul kararlarında başvuruculara ilgili kurul kararlarına karşı başvurabilecekleri hukuki yollara dair süreleri de içerecek bilginin de yer almasına ilişkin düzenleme de TİHEK'in dolaylı ayrımcılık yasağı bağlamında yürüttüğü denetim mekanizmasının yargı öncesi denetim mekanizması olarak nitelendirmeyi de mümkün kılar. TİHEK'in idari yaptırım kararlarının ise hukuken bağlayıcı niteliğe sahip olduğundan bahsedilebilir[1235].

Dolaylı ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin olarak yaptığı incelemeleri böylece karara bağlayan TİHEK'in, ilgili kararlarını kamuoyuyla ancak "gerekli gördüğü durumlarda" paylaşacak olması yönündeki düzenlemenin[1236], emsal dolaylı ayrımcı tutum ve davranışları görmeyi sınırlandırması açısından Kurum'un yürüttüğü denetim

---

[1232] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Ret kararı", m. 72
[1233] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Karar verilmesine yer olmadığına dair kararı", m. 73
[1234] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması", m. 76.
[1235] Bu konu aşağıda *"3.2.2.2.4. Yaptırım"* başlığı altında daha ayrıntılı biçimde incelenecektir.
[1236] TİHEK Kanunu, "Kurulun çalışma esasları", m. 12/10.

mekanizmasının dolaylı ayrımcılıkla mücadele işlevini zayıflattığı söylenebilir. Benzer şekilde sendikaların veya STK'ların dezavantajlı durumdaki dolaylı ayrımcılık mağdurlarına destek olma amacıyla[1237] TİHEK'e başvuruda bulunamayacak olması da Kurum'un yürüttüğü dolaylı ayrımcılıkla ilgili yürüttüğü denetim mekanizmasını zayıf kılan başka bir meseledir. TİHEK Kanunu'yla her ne kadar Türkiye hukukuna dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağına dair genel ve ayrıntılı bir düzenleme sağlanmışsa da, TİHEK Kanunu'nun uygulanması sırasında ortaya çıkan belirtilenlere benzer eksikliklerin Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsallaştırılmasına yönelik ihtiyacın giderilmesi önünde bir engel teşkil ettiğini de belirtmek gerekir.

Nitekim, TİHEK'i oluşturan karar organı konumundaki Kurul'un üyeleri ve Kurul'un bir üyesi ve aynı zamanda başkanı olan TİHEK Başkanı'nın seçiminde de ayrımcılık yasağı alanında çalışmış olmak gibi özel bir uzmanlık aranmaması da TİHEK Kanunu kapsamında öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsallaştırılması imkânını zorlaştırır[1238]. TİHEK Kanunu'nda her ne kadar İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı ile İnsan Hakları ve Eşitlik Uzman Yardımcısı istihdam edilebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmişse ve bu doğrultuda uzmanların istihdamı, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen bir Yönetmelik de yayımlanmışsa da; Kurul'un çalışma esaslarının Kurul Başkanının inisiyatifi doğrultusunda işleyecek bir mekanizmaya yönelik olarak belirlenmesi dolayısıyla ilgili uzmanların dolaylı ayrımcılık yasağı incelemelerine ve dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsallaştırılmasına ilişkin

[1237] Mağdurlar adına "yargılamaya katılma kavramı" hakkında bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 407-409.

[1238] TİHEK Kanunu'nun "Kurul" başlıklı m.10/4 düzenlemesinde Kurul'a üye olabilmek için aranan şartlar şöyle sayılmıştır: 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinde belirtilen Türk vatandaşı olmak; kamu haklarından mahrum bulunmamak; TCK'nın 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak; askerlik durumu itibariyle belirtilen şartları sağlamak; engelli personel çalıştırma yükümlülüğüne saklı kalmak kaydıyla görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmamak şeklinde belirtilen nitelikleri taşımak; herhangi bir siyasi partinin yönetim ve denetim organlarında görevli veya yetkili bulunmamak; en az dört yıllık lisans düzeyinde yükseköğrenim görmüş olmak.

etkilerinin de sınırlı olacağı izlenimini yaratır[1239]. Kanun'da Kurum'un karar organı olarak belirlenen Kurul'un bağımsız olarak çalışacağı vurgulanmasına rağmen, aynı zamanda Başkan'ın da dahil olduğu Kurul üyelerinin tamamının yürütme organınca seçilmesinin de öngörülmesi TİHEK'i siyasi anlamda bağımsız bir kurum olarak nitelendirmeyi zorlaştırır[1240]. Bu anlamda TİHEK'in re'sen ya da başvuru üzerine gerçekleştireceği dolaylı ayrımcılık yasağına dair denetiminin de yürütmenin iradesi bağlamında gelişebileceğinden söz etmek yanlış olmayacaktır.

3.2.1.2.2.2. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Eliyle Denetim

Türkiye'deki her ilde "İl İnsan Hakları Kurulu" adıyla valilikler ve her ilçede "İlçe İnsan Hakları Kurulu adıyla kaymakamlıklar bünyesinde kurulmuş olan ve bu anlamda yürütme organına bağlı olarak faaliyet gösteren İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları da dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yargı dışı denetim mekanizmasını yürütebilecek kurumlar arasındadır. İlgili kurullar, 12 Nisan 2001 tarih ve 4643 sayılı Kanun'un Geçici Madde 2 düzenlemesi uyarınca ve aynı Kanun'un Ek Madde 6 düzenlemesine dayanılarak, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik ile oluşturulmuştur[1241].

[1239] TİHEK Kanunu'nun "Başkan" başlıklı 13. maddesinde Başkan'ın Kurum'un en üst amiri olmak yanında; Kurul toplantılarının gündemi ile toplantıların gün ve saatini belirlemek, toplantıları yönetmek, Kurul kararlarının tebliği ile Kurulca gerekli görülenlerin kamuoyuna duyurulmasını sağlamak konusunda yetkili olduğu belirtilmiştir. "Başkanın inisiyatifinde kurulan bir yapı"da çalışan TİHEK'in çalışma sisteminin Başkanlık sistemine benzediği ve bu anlamda TİHEK'in Covid-19 pandemisiyle ilgili olarak uygulanan politikalar ve yasal düzenlemelerle ilgili bir etki analizi içeren çalışma yapmasının da olanaksız olduğu ifade edilmiştir. Bakınız: Eşitlik Forumu, "Korona Günlerinde de Ayrımcılık Çevrimiçi Konferans Serisi", Covid-19 ile Mücadelede Ulusal Eşitlik Kurumları: Avrupa ve Türkiye Örnekleri, Online Konferans, 24 Temmuz 2020, Saat 14.00, Ulaş Karan (40.00-41.25 dk.), https://www.youtube.com/watch?v=vrfTK4TJX88&feature=youtu.be (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

[1240] TİHEK Kanunu'nun 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile değişikliğe uğraması öncesindeki metni bağlamında Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu'nun Kurum üyelerinin seçiminde yegane söz sahibi oluşunun Kurum'un bağımsızlığı konusunda ciddi kuşku yarattığı belirtilmiştir. Ayrıca TİHEK Kanunu'nun 10. maddesinde kurumun özel bütçeli olduğu belirtilmesine rağmen, "Kurumun gelirleri" ile ilgili 23. maddede kurum gelirleri bağlamında "genel bütçeden yapılacak hazine yardımları"na da yer verilmiş olması, kurumun mali bağımsızlığı noktasında da çelişkili bir durum yaratmıştır. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 512. Bu anlamda TİHEK Kanunu'nun Kurum için, ulusal insan hakları kurumlarıyla ilgili standartlara yer veren Paris İlkeleri'nin kurumların oluşumunda esas alınacak bağımsızlık ve çoğulculuk güvenceleriyle uyumlu bir oluşum biçimi öngörmediğine de ayrıca dikkat çekilmiştir. TİHEK'in Paris İlkeleri ile karşılaştırmalı incelemesi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 511-514 vd.

[1241] Başbakanlık Teşkilâtı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un Geçici Madde 2 düzenlemesi şöyledir: "İnsan Hakları Üst Kurulu, İnsan Hakları Danışma Kurulu ve insan hakları ihlâli iddialarını araştırmak üzere oluşturulacak heyetlerin kuruluş,

İl İnsan Hakları Kurulları ile İlçe İnsan Hakları Kurullarının kuruluş, görev ve çalışma esaslarını düzenleyen Yönetmeliğe göre, bu kurulların kuruluş amacı, "toplumda ve kamu görevlilerinde insan hakları bilincini geliştirmek, insan haklarını korumak, ihlal iddialarını incelemek ve araştırmak, insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının önündeki engeller ile hak ihlallerine yol açan sosyal, siyasi, hukuki ve idari nedenleri incelemek, araştırmak ve bunların çözümüne ilişkin önerilerde bulunmak" olarak belirlenmiştir[1242]. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, bu amaç ile dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili başvuruları da, Yönetmeliğin "Genel görevler" başlıklı 9. maddesi kapsamında öngörülen "her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli çalışmalar yapmak" görevi doğrultusunda ve "İhlal iddialarını inceleme ve karara bağlama" başlıklı 13. maddesi gereğince kabul ederler[1243]. Ancak İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının kabul edebileceği şikayetler, sadece kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetleriyle ilişkili şikayetlerle sınırlı tutulduğu için[1244], Kurullar'ın dolaylı ayrımcılık yasağı özelinde yürüteceği yargı dışı denetim mekanizmasının da, kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetleriyle ilgili dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali iddialarıyla sınırlı olduğunu da belirtmek gerekir.

---

görev ve işleyişleri ile ilgili usul ve esaslar, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren dört ay içerisinde Başbakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." İlgili Kanun'un Ek Madde 6 düzenlemesi de "İnsan hakları ihlâli iddialarını yerinde incelemek ve araştırmak üzere, Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanına bağlı olarak heyetler oluşturulur. Heyetler; Başbakanlık, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı temsilcileri ile insan hakları alanında çalışmalar yapan kişi ve meslek kuruluşları arasından inceleme ve araştırma yeri ve konusuna göre Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanınca beş kişiden az olmamak üzere belirlenir. Heyetlere Başbakanlık temsilcisi başkanlık eder ve sekretarya hizmetleri İnsan Hakları Başkanlığınca yerine getirilir. Heyetlerde görev alacak bakanlık temsilcileri kurumlarınca, kişi ve meslek kuruluşları ise Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanınca belirlenir. Heyetler, Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanının onayı ile inceleme ve araştırma yaparlar ve inceleme ve araştırma sonuçlarını bir rapor halinde görevlendiren makama sunarlar. Heyetlerin giderleri Başbakanlık bütçesinden karşılanır." şeklindedir. İlgili düzenlemeler uyarınca çıkarılan Yönetmelik, 23.11.2003 tarih ve 25298 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'tir. Adı geçen Yönetmelik metni için bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6305&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 26.10.2020).

[1242] İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, *"Amaç – Madde 1"*

[1243] İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının diğer görevleri için Yönetmeliğin Üçüncü Bölümü kapsamındaki madde düzenlemelerine bakınız.

[1244] İstanbul Bilgi Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Ulusal Hukuk Denetim Usulleri,* "İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları", https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/38-il-ve-ilce-insan-haklar-kurullar/ (Erişim Tarihi: 27.10.2020).

Yönetmeliğin İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları'nın insan hakları ihlal iddialarını inceleme ve karara bağlama görevine ilişkin 13. maddesi, Kurullar'ın dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali iddialarına ilişkin başvurulara dair nasıl bir değerlendirme yürüteceklerine de cevap verir. Buna göre, Kurullar'ın, yürüttükleri inceleme ve araştırma sonrasında vardığı araştırma sonuçlarını değerlendirme ve ilgili sonuçları konusuna göre Cumhuriyet savcılıklarına ya da ilgili idari makamlara iletme; ayrıca, sonucunu takip etmekle de görevli oldukları öngörülmüştür. İlgili madde düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere Kurullar'ın dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali iddiasına ilişkin olarak vardığı değerlendirmeleri bağlayıcı sayılamaz[1245]. Nitekim, esas olarak illerde valilikler, ilçelerde de kaymakamlıklar bünyesinde yürütülen bu yargı öncesi denetim mekanizmasına başvuru sonrasında varılan kararın da dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili bir uzman görüşü olarak nitelendirmek de zordur. Ayrıca valilikler ve kaymakamlıklar bünyesinde yürütülen bu denetim usulünün bağımsız bir kurum tarafından yürütülen bir denetim usulü olduğu da tartışmalıdır[1246].

Kurullara yapılan ayrımcılık yasağına ilişkin başvurulara ilişkin veriler geçmişte, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı tarafından, sonrasında da Türkiye İnsan Hakları Kurumu tarafından ayrımcılık yasağıyla ilgili resmi veri olarak derlenmiş ve kamuoyuyla paylaşılmıştır[1247]. İlgili sayısal veriler her ne kadar başvuru sayısının azlığı

[1245] Gül ve Karan, a.g.e., s. 131.

[1246] İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları'nın bağımsız kabul edilemeyecek olması ve kurul üyelerinin insan hakları ve ayrımcılık alanlarında bilgi birikimine sahip olmaması gibi nedenler yanında, ayrıca Kurulların az bilinir olması ile Kurullara başvuru sayısının azlığına da dikkat çekilerek, Kurullar tarafından yürütülen bu yargı dışı denetim mekanizmasını, ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin etkili bir mekanizma olarak görmenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Karan, a.g.e., s. 509.

[1247] İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları'na yapılan başvurular üzerinden ayrımcılıkla ilgili sayısal veriler derleyen Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 21.06.2012 tarih ve 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu ile lağvedildikten sonra ilgili veriler Türkiye İnsan Hakları Kurumu tarafından derlenmiş; sayısal verilerle ilgili son paylaşım ise Türkiye İnsan Hakları Kurumu tarafından 2014 yılı için paylaşılmıştır. Buna göre, 2014 yılı için Kurullara yapılan ayrımcılıkla ilgili başvuru sayısı 8 olup; bu sayı Kurullara yapılan toplam başvuru sayısının %0,29'una denk gelir niteliktedir. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları'na yapılan başvurular kapsamında sayıca az olan ayrımcılık yasağıyla ilişkili başvurulara dair bilgi, mevcut durumda internet üzerinden ulaşılabilir değildir. Ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin iddiaların hangi ayrımcılık temeliyle ilişkili olduğuna ya da hangi hakla ilgili olduğuna dair bilgileri de içermeyen sayıca az olan sayısal verilerle ilgili bilgi ve açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 508-509. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı tarafından 2004-2010 yılları arasında derlenen ayrımcılık yasağıyla ilişkili başvurular dair sayısal verilerle ilgili bilgi ve açıklamalar için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 131-132.

dolayısıyla ayrımcılıkla ilgili gerçek durumu yansıtmıyorsa da; ilgili verilerin yereldeki ayrımcı tutum ya da davranışları yansıtmaları açısından önemli bir veri teşkil edebileceğini söylemek mümkündür. Kurullar'ın bireysel başvurular da dahil olmak üzere, re'sen incelemeler ve nezarethane ziyaretleriyle ilgili faaliyet raporlarını her ay düzenli olarak değerlendirilmek üzere TİHEK'e gönderdiği de ifade edilmiştir. Bu anlamda ilgili Kurullarca gönderilen faaliyet raporlarının içerdiği sahadan verilerin, TİHEK tarafından ayrımcılıkla mücadele görevi doğrultusunda dikkate alınabileceği de söylenebilir[1248].

3.2.2. Denetim Mekanizmalarının Dolaylı Ayrımcılıkla Mücadele Yönünden Değerlendirilmesi

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının denetiminde öngörülen yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarında temel alınan başvuru ve inceleme usulünün dolaylı ayrımcılık yasağı bakımından önem teşkil eden hususlar bağlamında ele alınarak, ilgili denetim mekanizmalarının dolaylı ayrımcılıkla mücadeledeki etkinliği değerlendirilebilir. Çalışmanın dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsallaştırılması ile uluslararası insan hakları hukuku kapsamında gelişimini irdeleyen diğer bölümleri çerçevesindeki inceleme doğrultusunda, dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında daha etkili kılınması adına denetim mekanizmalarının erişilebilirliğinin sağlanması ve denetim mekanizmalarınca yürütülen usuller kapsamında bazı hukuki araçların benimsenmesinin önemli olduğu söylenebilir. Bu tespitler doğrultusunda yapılacak bir incelemeyle, ilgili yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının dolaylı ayrımcılık yasağıyla mücadeledeki rolünü daha görünür kılmak mümkündür.

[1248] Ancak TİHEK'in 2019 yılı Faaliyet Raporu'nun İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları ile ilişkilere ilişkin kısmında, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları'nın TİHEK'in raporlama çalışmalarına da katkı sunması ve ilgili kurulların TİHEK ile daha güçlü bir şekilde iletişim ve temas halinde olması konusunda fikir birliğine varıldığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, TİHEK ve ilgili kurullar arasında, ayrımcılıkla mücadeleye dair somut bir işbirliği yürütülmediği söylenebilir. Bakınız: TİHEK (2020), 2019 Faaliyet Raporu, s. 61. https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2020/02/1582925332.pdf (Erişim Tarihi: 23.12.2020).

3.2.2.1. Denetim Mekanizmalarının Erişilebilirlik Bakımından Değerlendirilmesi

Dolaylı ayrımcılık yasağının denetimini sağlayan mekanizmaların erişilebilir olup olmadıkları bu denetim mekanizmalarına başvuru usulleri bağlamında değerlendirilebilir. Bu anlamda ilgili yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarına başvuru sürecinin karmaşıklığı ya da basitliği açısından başvurunun hukuk alanında uzmanlık gerektirip gerektirmediği, başvurunun ücrete tabi olup olmadığı, başvuruların yapılış biçimi doğrultusunda bir değerlendirme izlenebilir.

3.2.2.1.1. Yargısal Denetim Mekanizmalarının Erişilebilirliği

Yargısal denetim mekanizmalarına başvurunun, yargı dışı denetim mekanizmalarına göre daha karmaşık olduğu ve bu nedenle ilgili denetim mekanizmaları eliyle dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili mağduriyetlerin giderilmesinin hukuk alanında uzmanlık gerektirdiğinden bahsedilebilir. Türkiye hukukundaki bazı istisnalar dışında yargılama sürecinde avukatla temsil zorunlu değilse de farklı yargılama usulleri bağlamında karmaşık bir şekilde yürütülen ayrımcılık yasağının ihlali iddialarıyla ilgili yargısal süreçte avukattan hukuki yardım alınması önemlidir. Ancak bu kapsamda vekalet ücretleri yanında yargılama sürecinde gündeme gelen yargılama harçları gibi diğer yargılama giderleri de ilgili yargısal denetim mekanizmalarında dolaylı ayrımcılık yasağından kaynaklı mağduriyetlerin giderilmesi önünde mali engeller yaratır. Dolayısıyla yargısal denetim mekanizmalarına dolaylı ayrımcılık yasağı ihlalleri ile ilgili yapılacak başvurular bakımından devlet tarafından sağlanan mali ve hukuki destek hususu önem taşır. Bu doğrultuda, hukuk yargılaması, ceza yargılaması, idari yargılama ve anayasa yargısı kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin denetim mekanizmalarının herkes için erişilebilir olup olmadığını, devlet tarafından sağlanan mali ve hukuki destekler açısından, adli yardım kapsamında yargılama giderleri ile "avukattan ücretsiz hukuki yardım alma hakkı"[1249] bağlamında

[1249] İlgili maddenin sağladığı hakka ilişkin nitelendirme "avukattan ücretsiz yararlanma hakkı" ifadesinden geliştirilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 419.

değerlendirmek mümkündür[1250].

Hukuk yargılaması bağlamında hukuki destekle ilgili olarak adli yardım konusu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) yargılama için gerekli giderleri kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin hiç ya da kısmen ödeyemeyecek kişiler, kamuya yararlı dernek ve vakıflar ile yabancılar bakımından farklı şekilde öngörülmüştür. Bu doğrultuda HMK'nın 334. maddesi doğrultusunda kişiler için adli yardım, yargılama giderlerini kendisinin veya ailesinin geçimini önemli ölçüde zora düşürmeksizin karşılamayamama ile adli yardıma ilişkin taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması ölçütleri üzerinden ve Anayasa'da öngörülen "sosyal hukuk devleti" ilkesine atıfla düzenlenmiştir[1251]. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar için ise adli yardımın, iddia ve savunmalarında haklı görünme ile mali açından zora düşmeksizin gerekli yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödemeyecek durumda olma ölçütleri doğrultusunda sağlanabileceği düzenlenmişken; yabancıların adli yardımdan yararlanma imkânı ise adli yardım talebinde bulunan kişiler için aranan ölçütler yanında bir de karşılıklılık şartına bağlanmıştır.

HMK'nın 335. maddesine göre, yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet, yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet, dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi, davanın avukatla takibi gerekiyorsa ücreti sonradan ödenmek üzere avukat teminini[1252] kapsayacak biçimde ve hükmün kesinleşmesine kadar devam edecek

---

[1250] Türkiye hukukunda ayrımcılık yasağıyla ilgili yargısal denetim usulleri bağlamında da yargısal denetim kapsamında öngörülen usul kurallarının karmalıklığını aşmak adına uzmanlık sahibi hukukçulara danışılması gerekliliğinden bahsedilmiştir. Bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 111 vd. Benzer gereklilik bağlamında incelenen Türkiye hukukunda adli yardım konusu hakkında bilgi için bakınız: Karan, a.g.e., s. 418-426.

[1251] Adli yardım konusu HMK kapsamındaki "Adli Yardım" başlıklı İkinci Bölüm'deki 334. – 340. maddeler arasında düzenlenmiştir. "Adli yardımdan yararlanacak kişiler" başlıklı 334. maddenin gerekçesinde *"Anayasada düzenlenen hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan, tarafların silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için, gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan kişilere, her türlü mali ve hukuki korunma taleplerinde kolaylık sağlanması"* hususunun, sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu belirtilmek suretiyle Anayasa'ya da atıfta bulunulmuştur. İlgili madde gerekçesi için bakınız: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, m. 338, s. 102, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf (Erişim Tarihi: 18.12.2020).

[1252] HMK'nın "Adli yardım kararıyla atanan avukatın ücretinin ödenmesi" başlıklı 340. maddesine göre, barolar tarafından görevlendirilecek avukatların ücreti yargılama gideri olarak Hazineden ödenecektir.

şekilde öngörülmüş olan adli yardım talebi mahkemelere yapılır ve talebi sunandan iddiasının özeti ile birlikte, iddiasını dayandıracağı delilleri ve yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeleri de mahkemeye sunması beklenir; böylece adli yardım talebinde bulunanın adli yardım için gerekli ölçütleri sağlayıp sağlamadığı incelenir. Kanun yollarına başvuru sırasındaki adli yardım talebinin ise bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'a yapılması gerekir[1253].

Genel anlamda toplumdaki dezavantajlı durumdaki kişilerden olan ayrımcılık mağdurlarının adli yardım taleplerinin kabul edilmesi kişilerin adalete erişimleri açısından oldukça önemli olduğu için, ayrımcılık mağdurları tarafından yapılan adli yardım taleplerinin daha titizlikle incelenmesi gerektiği de ifade edilmiştir[1254]. Yargılama giderlerine ilişkin taleplere özgü olacak şekilde, HMK kapsamında yargılama giderlerine dair talebi mahkemelerce reddedilen kişilerin, Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği uyarınca durumu baroya bildirerek, harçların baro tarafından karşılanmasını isteyebilir ve kişinin talebi yerinde bulunursa, baro yönetim kurulu kararıyla adli yardım fonundan harçların karşılanması da mümkündür[1255].

Hukuk yargılaması bağlamında böylece düzenlenen adli yardım konusu ayrımcılıkla ilgili mağduriyetlerin giderilmesi bakımından olumlu düzenlemeler içerir. Bu anlamda, adli yardım talebi için gerekli ölçütlerin sağlandığına ilişkin olarak sunulacak tüm evrakların harç ve vergiden muaf tutulması dolaylı ayrımcılık mağdurlarının adlli yardıma erişimleri adına olumludur. Ancak adli yardım talebi kabul edilen kişinin haksız çıkması halinde adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ve Devletçe ödenen veya muaf tutulan avansların adli yardımdan yararlanan kişiden tahsil edileceği yönündeki düzenleme dolaylı ayrımcılık mağdurları açısından olumsuz niteliktedir. Bu düzenleme, dolaylı ayrımcı bir tutum veya davranışla

---

[1253] HMK'nın ilgili "Adli yardım talebi", Madde 336.
[1254] Karan, a.g.e., s. 422.
[1255] Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin Altıncı maddesinde, yargılama giderlerine ilişkin bahsi geçen yol, "yargılama giderlerinin karşılanamayacağının açıkça anlaşılması ve adli yardım talebinde bulunanın haklılığı açısından kesin veya kuvvetli bir kanı oluşması halinde, adli yardım bürosunun veya adli yardım temsilcisinin önerisi üzerine baro yönetim kurulu kararıyla, birden fazla baronun bulunduğu illerde ise başvuru tarihinde büronun adli yardımdan sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinden yönetime başkanlık eden üyenin bağlı bulunduğu baronun yönetim kurulu kararıyla adli yardım fonundan" karşılanabileceği belirtilmek suretiyle düzenlenmiştir.

karşılaştığını iddia eden ancak ispatı zor olan dolaylı ayrımcı tutum veya davranışı ispatlayamaması nedeniyle davası reddedilen bir kişi hem belirtilen giderleri hem de karşı tarafın avukatla temsil edilmesi halinde vekalet ücretini karşılaması sonucunu doğuracaktır ki bu durum kişileri yargısal denetim mekanizmalarına başvurmaktan caydırıcı bir etki de yaratabilecektir. Bu sebeple her ne kadar, ilgili giderlerin tahsilinin adli yardımdan yararlanan kişinin mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa mahkemenin kişiyi ödemeden kısmen veya tamamen muaf tutması imkânına da HMK'da yer verilmişse de, ilgili konunun özelde ayrımcılık yasağı ve insan hakları ile ilgili yargılamalar bağlamında konuya özel biçimde daha açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekliliği mevcuttur[1256].

Adli yardım konusuna İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) dahilinde HMK kapsamındaki düzenlenmelere atıfla değinilmiştir. Böylece idari yargılama usullerine özgü bir adlı yardım olanağı düzenlenmediği için idare mahkememeleri ile Danıştay'da görülecek yargılamalar bakımından HMK'daki adli yardım düzenlemeleri esas alınır[1257]. HMK kapsamında bölge adliye mahkemelerinde de adli yardım olanağından bahsedildiği için, bölge idare mahkemelerindeki yargılamalar bakımından da adli yardımın söz konusu olduğu söylenebilir. Bu doğrultuda, idare mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'daki dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilişkili yargılamalardaki adli yardım olanakları bakımından hukuk yargılamaları açısından incelenen HMK'daki düzenlemelerle ilgili açıklamalar geçerli olup; ilgili kısımda da belirtildiği üzere yine dolaylı ayrımcılık mağdurlarının adalete erişimlerini kolaylaştırmak adına, adli yardım taleplerinin titizlikle incelenmesi ile adli yardım olarak karşılanan giderlerin adli yardım talebinde bulunandan tahsil edilmesiyle ilgili düzenlemelerin ayrımcılık yasağı ve insan haklarına uygun bir açıklıkta düzenlenmesi gerekliğini bu noktada da vurgulamak gerekir.

[1256] "Adli yardımla ertelenen yargılama giderlerinin tahsili" başlıklı 339. maddenin bu doğrultuda düzenlenmesiyle, uygulamada yaşanacak sorunların aza indirgenmesinin ve mağdurların yargısal usullere daha fazla başvurabilmesinin sağlanabileceği de ifade edilmiştir. Belirtilen olumsuzluklar ve ayrımcılık mağdurların adalete erişimlerinin daha kolay kılınmasıyla ilgili öneriye dair daha kapsamlı açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 422 vd. Aynı durum Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin 6. maddesinde adli yardım fonundan karşılanacak yargılama harcına ilişkin olarak da öngörülmüştür ve bu anlamda geri ödeme konusunun ilgili Yönetmelik bağlamında da düzenlenmesi gerekir.

[1257] İYUK, *"Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun Uygulanacağı Haller"*, Madde 31.

Ceza yargılaması bağlamında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) mağdur ve şikayetçiler için öngörülen soruşturma ve kovuşturma evresinde avukattan ücretsiz hukuki yardım alma hakkı, dolaylı ayrımcılık mağdurlarına sağlanacak adli yardım anlamında değerlendirilebilir[1258]. CMK'nın "Mağdur ve Şikayetçinin Hakları" başlıklı 234. maddesine göre, soruşturma evresini kapsayacak şekilde vekili bulunmayan mağdur ile şikayetçiler için, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı öngörülmüştür; kovuşturma evresinde de aynı hak tekrarlanmış ve on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olan mağdurlar bakımından, bir avukatla temsil edilmiyorlarsa bu yönde istem aranmaksızın avukat görevlendirmesi yapılacağı düzenlenmiştir. TCK'nın "Nefret ve ayırımcılık" başlıklı 122. maddesiyle düzenlenen ve dolaylı ayrımcılığa karşı da koruma sağlayan bir suç olarak nitelendirilebilen nefret saikiyle ayrımcılık suçu, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlardan olmadığı için, madde kapsamında öngörülen engelleme hareketlerin doğrudan maddedeki temellerdeki bir farklı davranışla değil ortaya çıkan farklı etkisiyle neticelenmesi halinde mağdurun 18 yaşından küçük, sağır, dilsiz ya da meramını dile getiremeyecek derecede malul olması durumunda dahi avukattan ücretsiz yararlanma hakkı söz konusu olamayacaktır. Ancak TCK'nın Altıncı Bölümü'nde düzenlenen "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" kapsamındaki 102. maddede öngörülen cinsel saldırı suçu bakımından öngörülen istisna dolayısıyla, her ne kadar bu suç dolaylı ayrımcılığı cezalandırmaya yönelik olmasa da, ayrımcılık mağdurlarını ayrımcılığa karşı korumakla dolaylı ayrımcılık mağdurlarına sağlanacak bir hukuki destek sayılabilir.

Hukuk yargılaması, idari yargılama ve ceza yargılaması için geçerli olacak bir adli yardım düzenlemesine de 1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu kapsamında yer verilmiştir. Sadece bir vekil tayin edilmesi sınırlılığındaki bu adli yardım olanağı Avukatlık Kanunu'nun 176. maddesinde, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama

[1258] Bu doğrultuda, CMK'ya göre düzenlenmiş avukattan ücretsiz hukuki yardım alma hakkı kapsamında yapılacak avukat görevlendirmeleri mahkemeler ve barolar eliyle yürütülen adli yardım mekanizması dışında, baroların CMK servisleri tarafından sağlanır. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 425.

giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara" sağlanmak üzere düzenlenmiş ve sadece avukatlık hizmetini kapsayan bu adli yardım talebinin baro merkezlerinde baro yönetim kurullarınca avukatlardan oluşturulmuş olan adli yardım bürosuna yapılacağı düzenlenmiştir. Böylece HMK'daki adli yardımdan farklı bir şekilde mahkemelerden değil, adli yardım bürolarına yapılacak talepler hakkında da mahkemelerin değil adli yardım bürolarının karar vereceği düzenlenmiştir[1259]. Adli yardım bürolarınca da adli yardım taleplerinin hem kişinin mali durumunun avukatlık ücretini karşılayamayacak durumda olduğuna hem de kişinin talebinde haklı olduğuna ilişkin HMK'dakiyle benzer şekilde değerlendirileceği düzenlenmiştir. Bu anlamda, HMK kapsamındaki adli yardım konusunda dikkat çekilen, toplumdaki dezavantajlı kesimlerin adli yardım taleplerinin daha titizlikle değerlendirilmesi gerekliliğinin dolaylı ayrımcılık mağdurlarının adalete erişimlerini kolaylaştıracağını bu bağlamda da tekrarlamak gerekir.

Dolaylı ayrımcılık mağdurlarının başvurabileceği nihai yargılama mekanizması olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mekanizması bağlamında esas alınacak Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kapsamında adli yardıma dair bir düzenleme mevcut değildir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğüne göre de adli yardım taleplerinin "genel hükümlere göre başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar verecek olan Bölüm veya Komisyonlar tarafından hükme bağlanacağı düzenlenmişse de, ilgili İçtüzük kapsamında da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mekanizması kapsamında yargılama giderlerinin karşılanması ile avukattan ücretsiz hukuki yardım alma hakkını kapsayabilecek bir adli yardım konusunda düzenlemeye yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'ndeki "genel hükümler" atfı dolayısıyla adli yardım konusunda HMK kapsamındaki düzenlemelerin esas alınacağı söylenebilir; nitekim AYM de bir kararında adli yardımla ilgili olarak HMK'daki hükümleri dayanak olarak kullandığını göstermiştir[1260].

AYM önünde avukattan ücretsiz hukuki yardım alarak başvurmak isteyen bir kişinin talebine ilişkin bir başvuru gitmemiş olup; AYM'nin adli yardımla ilgili kararları

[1259] Avukatlık Kanunu, "Adli yardım bürosu", Madde 177 ve "Adli yardım istemi", Madde 178.
[1260] Konu özelinde aktarılan karar için bakınız: AYM, *Mehmet Şerif Ay Kararı*, B. No: 2012/1181, Karar Tarihi: 17.09.2013. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 424.

sadece AYM'ye başvuru harcı şeklindeki yargılama gideri üzerine olmuştur. Bu doğrultuda AYM, başvuru harcı ile ilgili bir adli yardım talebinin olması halinde kabul edilebilirlik inclemesine geçmeden önce, HMK'da adli yardım talebinin kabul edilmesi için aranan ölçütler üzerinden bir değerlendirme yapmak şeklinde bir yöntem izlemiştir. Bu kapsamda adli yardım talebinin kabul edilmesi doğrultusunda aranan adli yardım talebinin açıkça dayanaktan yoksunluğu ile AYM önünde başvurunun esastan inceleme aşamasından önceki aşama olan kabul edilebilirlik aşamasındaki başvurunun açıkça dayanaktan yoksunluğu iki ayrı konu olup; birbirinden ayrı şekilde değerlendirilir. AYM'nin bu kapsamda adli yardım talebini kabul ederek incelemeye geçtiği hallerde, esas hakkında incelemesi sonrasında başvuru bağlamında bir ihlal tespit etmediğinde, yine HMK'daki düzenlemeler uyarınca AYM'ye başvuru harcının başvurucudan yargılama gideri olarak tahsil edilmesi talep edebilecektir[1261]. Bu anlamda, HMK kapsamında da belirtildiği gibi, bu durumun kişilerin AYM'ye dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ihlal iddialarını götürmekten alıkoyucu bir sonuç yaratacağından bahsedilebilir ki AYM'nin dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili emsal başvurular doğrultusunda oluşturacağı içtihatların da bu suretle sayısının sınırlı olarak kalabileceğini de belirtmek gerekir.

3.2.2.1.2. Yargı Dışı Denetim Mekanizmalarının Erişilebilirliği

Dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili mağduriyetlerin giderilmesi adına yargı dışı denetim mekanizmalarına başvuru, yargısal denetim mekanizmalarına başvurudan daha az karmaşık ve daha basittir. Dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili denetimi yasama organına bağlı şekilde gerçekleştiren İHİK ve KEFEK ile KDK ve ilgili denetimi yürütme organına bağlı şekilde gerçekleştiren TİHEK ve İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarına başvuru usullerine bakıldığında, yargısal denetim mekanizmalarında gündeme gelen yargılama harçları gibi giderlerin olmadığı görüleceği gibi; ayrıca ilgili yargı dışı denetim mekanizmalarına başvurunu hukuk alanında uzmanlık gerektirmeyen basitlikte olduğu da anlaşılabilir.

[1261] Belirtilen hususlarla ilişkili AYM karar örnekleri için bakınız: Karan, a.g.e., s. 425.

3.2.2.1.2.1. Yasama Organı Eliyle Denetim Yürüten Mekanizmaların Erişilebilirliği

Dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili olarak yasama organına bağlı biçimde ve parlamento eliyle denetimi gerçekleştirebilecek yetki ve görevlere sahip olan İHİK ve KEFEK'e başvuru ücretsiz olup; her iki TBMM ihtisas komisyonuna başvuru da 01.11.1984 tarih ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun kapsamındaki düzenlemeler uyarınca dilekçe sahibinin adı, soyadı imzası ile iş veya ikamet adresini içeren dilekçenin mektup ve faks yoluyla ilgili Komisyon'lara iletilmesi şeklinde gerçekleştirilir. İHİK'e başvurunun TBMM ana sayfasından veya TBMM Dilekçe Komisyonu'nun web sayfasından e-dilekçe yoluyla yapılabileceği; ancak e-posta yoluyla yapılan başvuruların kabul edilmeyeceği belirtilmiştir[1262]. KEFEK Kanunu'nda her ne kadar KEFEK'in de İHİK'le benzer şekilde TBMM Başkanlığınca kendisine havale edilen başvuruları inceleyeceği düzenlemişse de KEFEK'e başvurunun TBMM ana sayfasından veya TBMM Dilekçe Komisyonu'nun web sayfasından e-dilekçe yoluyla yapılabileceğine ilişkin bir bilgi olmadığı gibi; KEFEK'e e-posta yoluyla başvurulmasını engelleyen bir açıklama da "Komisyona başvuru" ile ilgili bilgiler arasında mevcut değildir. İlgili bilgiler kapsamında başvuru için KEFEK'e ait e-posta adresinin de gösterilmiş olması Komisyon'a sadece TBMM Başkanlığı aracılığıyla değil, doğrudan ve hatta e-posta yoluyla da başvurulabileceğini gösterir[1263]. Her iki TBMM ihtisas komisyonu da Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun uyarınca belirtilen şekil şartlarına uymayan dilekçelerle iletilmiş olan, belli bir konuyu içermeyen ve yargı organlarının görevine giren konularla ilgili olan başvurular hakkında inceleme yapmayacaktır. Bu doğrultuda, insan hakları ihlalleriyle ilgili İHİK'e yapılacak başvurular ile KEFEK'e kadın erkek eşitliğinin ihlaline ve toplumsal cinsiyete

---

[1262] İHİK'e başvuru hakkında bilgi için bakınız: "Komisyona Başvuru", https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/basvuru.htm (Erişim Tarihi: 23.10.2020). TBMM Dilekçe Komisyonu'nun web sayfası için bakınız: https://edilekce.tbmm.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 19.12.2020).

[1263] Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Kanunu'nun Komisyon'un bireysel başvuruları inceleme görevini düzenleyen m.3/1(e) ve Komisyon'un önüne gelen başvuruları havale tarihinden itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandıracağı hakkındaki m.5/4 hükümlerinde Komisyon'un TBMM aracılığıyla kendisine havale edilen başvuruları inceleyeceği yönünde ifadeler kullanılmıştır. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu 24. Dönem 1. ve 2. Yasama Yılları Faaliyet Raporu, Eylül 2012, s. 67, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/24_donem_1_ve_2_yasama_yillari.pdf (Erişim Tarihi: 24.10.2020). KEFEK'e başvuru hakkında bilgi için bakınız: "Komisyona Başvuru", https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe_eski/komisyona_basvuru.htm (Erişim Tarihi: 19.12.2020).

dayalı ayrımcılığa dair iddialarla ilgili olarak yapılacak başvuruları içeren dilekçelerin, ilgili TBMM ihtisas komisyonlarında incelenmesi adına belirtilen şekil şartlarına uygunluğunun önemli olduğu söylenebilir.

İlgili başvuruların ücretsiz biçimde ve basit bir şekilde yapılabiliyor oluşu dolayısıyla İHİK ve KEFEK'e başvurunun olası giderler ile hukuki yardım konusunda desteği gerektirmemesi, ilgili denetim mekanizmalarının erişilebilir olarak nitelendirilmesini de mümkün kılar. Ancak İHİK ve KEFEK'e e-başvuru kapsamında engelli kişilerin engelleri doğrultusundaki ihtiyaçlarıyla uyumlu bir düzenleme yapılmamıştır. Bu da öngörülen usulün, kişileri engelleri yönündeki ihtiyaçları kendilerinin karşılamasına yönlendirici bir etki yaratmakla, engelli olan ve engelli olmayan kişilerin aynı olanaklar dahilinde şikâyette bulunabilmeleri bakımından ayrımcı sonuç yaratabilir niteliktedir. İHİK ve KEFEK eliyle yürütülen denetim mekanizması bağlamında ayrımcı sonuça yol açan başka bir husus da başvuru dilekçelerinde kullanılan dil ile ilgilidir. İHİK Kanunu ve KEFEK Kanunu kapsamında başvuruların Türkçe dilinde yapılmasına dair bir düzenleme de yapılmamıştır; ancak, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'nda Türkiye'de ikamet eden yabancıların, karşılıklılık esası gözetilmek ve dilekçelerinin Türkçe yazılması suretiyle dilekçe hakkından yararlanabileceklerinin belirtilmesi dolayısıyla başvuruların Türkçe dilinde yapılmasının öngörüldüğü söylenebilir[1264]. Bu durumun da Türkiye'de yaşayan ve Türkçe diline hâkim olmayan kişiler için ilgili TBMM ihtisas komisyonlarına başvuru bakımından ayrımcı etki yaratabileceğinden bahsedilebilir.

Dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili denetimin yasama organına bağlı biçimde ve ombudsmanlık eliyle gerçekleştirildiği mekanizmayı işletmek de ilgili TBMM ihtisas komisyonlarına başvuruyla benzer şekilde ücretsiz bir başvuru usulüne tabi tutulmuştur. KDK Kanunu'nun KDK'ya başvuru ve usulünü düzenleyen 17. maddesinde KDK'ya gerçek ve tüzel kişilerin başvurabileceği düzenlenmiş ve başvuru sahibinin talebi üzerine başvurunun gizli tutulabileceği de belirtilmiştir. İlgili düzenlemeye göre

[1264] 3071 sayılı ve 01.11.1984 tarihli Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un "Dilekçe hakkı" başlıklı ilgili 3. maddesi için bakınız: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/mevzuat.htm (Erişim Tarihi: 19.12.2020).

KDK'ya başvuru, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, yerleşim yeri veya iş adresini ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için vatandaşlık kimlik numarasını, yabancılar için pasaport numarasını, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve yerleşim yeri ile yetkili kişinin imzasını, varsa, merkezi tüzel kişilik numarasını ve yetki belgesini içeren Türkçe dilekçe ile yapılacaktır. İlgili düzenleme her ne kadar yabancıların da KDK'ya başvurmasını mümkün kılıyorsa da, ilgili başvuruların Türkçe dilinde yapılması yabancıların bu denetim mekanizmasına erişimleri önünde bir engel olabilecek niteliktedir. Fakat Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile (KDK Yönetmeliği) şikâyet başvurusunun şikayetçinin kendisini daha iyi ifade edebildiği Türkçe dışındaki bir dildeki başvurusunun, KDK tarafından haklı ve makul olduğunun tespit edilebildiği hallerde de kabul edilebileceğini düzenlemesiyle ilgili olumsuzluğun aşıldığından bahsedilebilir. Ancak bu noktada da şikayetçinin gerçek durum itibariyle içinde bulunduğu öznel durumunu insan hakları perspektifiyle değerlendirmenin ve başvuruların sadece Türkçe dilinde yapılması bakımından ısrarcı bir tutumda olmamanın, ilgili denetim mekanizmasını dolaylı ayrımcılık mağdurları için erişilebilir kılacağını da belirtmek gerekir.

Başvurunun, KDK Yönetmeliği kapsamında belirlenen şartlara uyulması kaydıyla, elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılması mümkündür. Faks veya elektronik posta yoluyla yapılan şikâyet başvurularında ayrıca dilekçe asıllarının 15 gün içinde KDK'ya gönderilmesi; gönderilmediğinde de başvurunun geçersiz hale geleceği belirtilmiştir. Ancak, e-başvuru yapılması durumunda, dilekçe aslı aranmaksızın başvuru kabul edilecektir[1265]. Ayrıca illerde valilik, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da KDK'ya, başvurulabilecektir[1266]. Bu doğrultuda şikâyet başvurusunun KDK Yönetmeliği'nin ekinde ve KDK'nın resmi internet sitesinde yer

[1265] Başvuru Formu, e-başvuru sayfasına erişim ve ilgili bilgiler için bakınız: KDK, Başvuru Formu, https://www.ombudsman.gov.tr/basvuru-formu/index.html (Erişim Tarihi: 19.12.2020). E-devlet, kimlik kartı, nüfus cüzdanı, yabancı kimlik ile başvurusu ile çocuk başvurusunu kapsayan e-başvuru için bakınız: https://ebasvuru.ombudsman.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 19.12.2020).

[1266] Başvuru tarihi olarak da, dilekçenin Kuruma, valilik veya kaymakamlıklara verildiği; diğer hallerde de, başvurunun Kuruma ulaştığı tarih esas alınacaktır (KDK Kanunu, "Başvuru ve Usulü", m. 17/7). KDK'ya, dava açma süresi içinde yapılan başvuru sonucunda, idare mahkemesine dava açma süresi de duracaktır (KDK Kanunu, "Başvuru ve Usulü", m. 17/8).

verilen Gerçek Kişiler için Şikayet Formu ile Tüzel Kişiler için Şikayet Formu'nu doldurarak veya ilgili Yönetmelik'te belirtilen zorunlu bilgi ve belgelerin bulunması şartıyla belirtilen formları kullanmaksızın yapılması mümkündür. Şikâyet başvurularına, şikâyet konusuna ilişkin belgeler de eklenebilecektir ve ilgili şikâyet başvurularında yer verilmesi gereken hususlar da Yönetmelikte ayrıntılı biçimde belirtilmiştir. Buna göre ilgili şikâyet başvurularında, gerçek kişi ya da tüzel kişi şikayetçiye ilişkin bilgiler yanında, KDK'nın idareyi denetleme görevi sebebiyle, şikâyet edilen idare, şikâyet konusu ve talep ile idareye başvuru tarihi ve idarenin cevap tarihine de yer verilmesi öngörülmüştür[1267]. Elektronik ortamda yapılacak şikâyet başvurularında da şikayetçilere ve şikâyet edilen idare, şikâyet konusu ve talep ile idareye başvuru tarihi ve idarenin cevap tarihine yer verilmesi gerektiği düzenlenmiş; ancak bu başvurularda imza şartının Kurum elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılması yönünde karar vermediği sürece aranmayacağı belirtilmiştir. Böylece yapılacak e-başvuruda da şikâyet konusuyla ilgili belgeler, başvuruya eklenebilecektir[1268].

Bu kapsamda form kullanılarak yapılacak şikâyet başvurularında, haklı bir nedenin bulunması halinde başvurunun yapıldığı yerde "formun doldurulmasına yardımcı olunmak suretiyle sözlü şikâyet başvuruları" da kabul edilebileceği düzenlenmiş; böylece formu dolduramama yönünde bir engeli olan kişinin de başvuruda bulunabilmesi kolaylaştırılmıştır. Nitekim KDK Yönetmeliği'nde yer verilen KDK'nın engellilerin başvuru yapabilmesi için gerekli tedbirleri de alacağına ilişkin madde de, engelli kişilerin KDK'ya başvurularını erişilebilir kılan bir düzenlemedir. Bu doğrultuda, KDK'ya ait web sayfasında görme engelli sayfası ile işitme engelli sayfasına da yer verilerek, e-başvuru da dahil olmak üzere KDK web sayfasında yer verilen bilgilere erişimin görme engeli ile işitme engeli olan kişilerin ihtiyaçlarıyla uyumlulaştırılmasına da imkân tanınmıştır[1269]. Bu anlamda KDK'ya şikâyet

[1267] KDK Yönetmeliğinin "Şikayet başvurusunun yapılması" başlıklı 9. maddesi ile ilgili formlar için bakınız: KDK Yönetmeliği, https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/711KAMU-DENETCILIGI-KURUMU-KANUNUNUN-UYGULANMASINA-ILISKIN-USUL-VE-ESASLAR-HAKKINDA-YONETMELIK.pdf (Erişim Tarihi: 19.12.2020).
[1268] KDK Yönetmeliği, "Elektronik ortamda şikayet", Madde 10.
[1269] KDK'nın görme engelli sayfasındaki bilgilerden anlaşıldığı kadarıyla, KDK web sayfası ile KDK görme engelli sayfası benzer nitelikte olup; KDK görme sayfasının KDK web sayfasında yer alan bilgileri

başvurusuyla ilgili olarak öngörülen usulün, kişileri engelleriyle baş etmek adına gerekli önlemleri kendilerinin almasına yönlendirmeyerek, engelli olan ve engelli olmayan kişilerin aynı olanaklar dahilinde şikâyette bulunabilmelerini kolaylaştırdığı ve bu doğrultuda gündeme gelebilecek ayrımcı etkiyi azalttığı söylenebilir.

Dolaylı ayrımcılık yasağının yasama organına bağlı biçimde KDK tarafından denetlenmesine ilişkin bu mekanizmanın işletilebilmesi adına öngörülen basit, ücretsiz ve engelliler gibi toplumdaki dezavantajlı grupların başvurularını da kolay kılacak usul ve hususların bu yargı dışı denetim mekanizmasını erişilebilir olarak nitelendirmeyi mümkün kıldığı söylenebilir[1270]. İlgili usul ve hususlar yanında insan hakları, temel hak ve özgürlükler, kadın hakları, çocuk hakları ve kamuyu ilgilendiren genel konulara yönelik şikayet başvurularında, KDK'ya şikayet başvurusunda bulunan gerçek ya da tüzel kişinin menfaat ihlalinin aranmaması yönündeki düzenlemenin de, toplumdaki dezavantajlı grupların şikayetlerini KDK'ya iletmelerini kolaylaştıcı bir düzenleme olduğunu ve bu doğrultuda da ilgili denetim mekanizmasının STK'lar ya da sendikalar eliyle yürütülebilmesini sağlamakla bu kişiler için daha erişilebilir nitelik alması sonucunu yarattığını da vurgulamak gerekir[1271].

---

eksik biçimde içermekle görme engeli olan ve görme engelli olmayan kişiler arasında ayrım yapmadığı söylenebilir. KDK Görme Engelli Sayfası için bakınız: https://www.ombudsman.gov.tr/engelli-anasayfa/index.html?theme=twentyfifteen (Erişim Tarihi: 19.12.2020). İlgili sayfanın engelli kişiler için erişilebilir olma yönündeki uyum oranı %87 olarak hesaplanmıştır. Bakınız: https://www.webaccessibility.com/results/?url=https%3A%2F%2Fwww.ombudsman.gov.tr%2Fengelli-anasayfa%2Findex.html%3Ftheme%3Dtwentyfifteen (Erişim Tarihi: 19.12.2020). İşitme engelliler için işaret dilinde ve altyazılı bir video içeren KDK'nın İşitme Engelli Sayfası'nın sadece işitme engelli olan bir kişi için KDK web sayfası bağlamında ayrım yaratmadığından bahsetmek mümkünse de; görme enelli de olan işitme engelliler için benzer anlamda bir ayrım yaratıp yaratmadığı açısından incelenememiştir. KDK İşitme Engelli Sayfası için bakınız: https://www.ombudsman.gov.tr/isitme-engelli-sayfasi/index.html?preview=true (Erişim Tarihi: 19.12.2020). İlgili sayfanın engelli kişiler için erişilebilir olma yönündeki uyum oranı %74 olarak hesaplanmıştır. Bakınız: https://www.webaccessibility.com/results/?url=https%3A%2F%2Fwww.ombudsman.gov.tr%2Fisitme-engelli-sayfasi%2Findex.html%3Fpreview%3Dtrue+ (Erişim Tarihi: 19.12.2020). E-devlet, kimlik kartı, nüfus cüzdanı, yabancı kimlik ile başvuru ile çocuk başvurusunu kapsayan e-başvuru sayfasının engelli kişiler için erişilebilirlik bağlamındaki uyum oranı da %86 olarak hesaplanmıştır. Bakınız: https://www.webaccessibility.com/results/?url=https%3A%2F%2Febasvuru.ombudsman.gov.tr%2F (Erişim Tarihi: 19.12.2020).

[1270] KDK Kanunu'nun, "Kuruluş" başlıklı 4. maddesi uyarınca KDK'nın gerekli görülen yerlerde büro açılabileceği belirtilmesine rağmen Kurum'un kuruluşundan beri sadece Ankara'da faaliyetlerini yürütmesi ise bir "erişilebilirlik" sorunu olarak belirtilmiştir. Bakınız: Karan, a.g.e., s. 504.

[1271] İlgili düzenleme için bakınız: KDK Yönetmeliği, "Şikayet hakkı", Madde 7.

Ancak ilgili yargı dışı denetim mekanizmasının, idarenin eylem ve işlemleriyle ilgili ve bu doğrultuda öncelikle İYUK kapsamında öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarıyla idareye başvurulması suretiyle bu idari başvuru yollarının tüketilmesi sonrasında işletilebilecek olması, adalete erişimi bir anlamda geciktirici sonuçlar yaratabilir. Nitekim idari başvuru yollarına başvurudan itibaren idarenin cevap vermesi için altmış günlük bir süre belirlenmiştir; idarenin altmış gün içinde başvuruya dair cevap vermemesi durumunda KDK'ya şikâyet başvurusunda bulunabileceği öngörülmüştür. Ancak, KDK'nın, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi şikâyet başvurularını kabul etme yönünde karar verilebileceği düzenlemesi adalete erişimi geciktirici sonuçları bir nebze azaltabilecektir. Elbette ki bu noktada da şikayetçinin gerçek durum itibariyle içinde bulunduğu öznel durumunu insan hakları perspektifiyle değerlendirmenin ilgili denetim mekanizmasını dolaylı ayrımcılık mağdurları için erişilebilir kılmak adına önemli olduğunu da söylemek gerekir.

3.2.2.1.2.2. Yürütme Organı Eliyle Denetim Yürüten Mekanizmaların Erişilebilirliği

Dolaylı ayrımcılık yasağının denetlenmesini yürütme organına bağlı biçimde işleyen denetim mekanizması olarak gerçekleştiren TİHEK'e başvurunun da yine ücretsiz bir usule tabi olacağı öngörülmüştür. TİHEK Kanunu'nda herkesin yararlanmasının mümkün olduğu bir hak olarak düzenlenen "başvuru hakkı"nın etkin bir biçimde kullanılması adına hiçbir engelle karşılaşmayacağı belirtilmiş ve bu kapsamda da ilgili denetim mekanizmasına başvurunun ücretsiz olduğu belirtilmiştir[1272]. Kanun'da ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasıyla her gerçek ve tüzel kişinin TİHEK'e başvuruda bulunabileceği belirtilmiş; bu doğrultuda yapılan başvurularda ayrımcılık mağdur ya da mağdurlarının kimlik bilgilerinin gizli tutulması imkânı da tanınmıştır[1273].

[1272] TİHEK Kanunu, "Başvurular", m.17/1 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvurulardan Ücret Alınmaması", m. 32

[1273] TİHEK Kanunu'nun "Başvurular" başlıklı ilgili 17. maddesinin dokuzuncu fıkrasında ayrımcılık mağdur ya da mağdurlarının talepleri üzerine kimlik bilgilerinin gizli tutulacağına yer verilmişken; vesayet ya da koruma altında olanlar ve çocukların başvurularda ise talep alınmaksızın kimlik bilgilerinin gizli tutulacağı düzenlenmiştir.

TİHEK'e ayrımcılık yasağıyla ilgili ihlal başvurularında, başvuru sahibi gerçek kişi ise, adı, soyadı ve imzası, Türkiye cumhuriyeti vatandaşı ise Türkiye vatandaşlık kimlik numarasını, yabancılar ise pasaport numarasını, tebligata esas yerleşim yeri veya iş adresi ile aleyhine başvuru yapılan kuruluş ya da kişinin bilgisi, başvuru konusu ve talebi içermesi öngörülmüşken; başvuru sahibinin tüzel kişi olması halinde ise tüzel kişinin unvanı, tebligata esas adresi, telefon numarası ve varsa elektronik tebligat adresi, yetkili kişinin adı, soyadı, unvanı, imzasını varsa bildirimine esas e-posta adresi, telefon ve faks numarası, aleyhine başvuru yapılan kuruluş ya da kişinin bilgisi, başvuru konusu ve talebi, ilgili tarafın başvuru tarihi ve ilgili tarafın cevap tarihi, yetkili kişinin yetki belgesi ve varsa merkezi tüzel kişilik numarasını[1274], başvurunun kanuni temsilci veya vekil aracılığıyla yapılması halinde aranan şartları da içerir biçimde[1275] ve Türkçe dilekçe ile yapılacağı öngörülmüştür. KDK'ya başvuru usulüyle benzer şekilde, yabancıların da başvurmasını mümkün kılan ilgili başvuru usulü kapsamında, TİHEK tarafından haklı ve makul bulunması halinde başvurucunun kendisini daha iyi ifade edebildiği başka bir dildeki başvurusunun da kabul edilebileceğinin belirtilmesi, başvuruların sadece Türkçe diliyle sınırlı olarak yapılmayacağını anlatır.[1276] Fakat başvuru sahibinin Türkçe haricindeki bir dilde başvuruda bulunması yönündeki talebinin makul ve haklı niteliğinin değerlendirilmesi noktasında başvuru sahibinin içinde bulunduğu gerçek durum itibariyle öznel durumunun dikkate alınmasının, Türkçe dili haricinde bir dilde kendini ifade eden kişilerin ilgili denetim mekanizmasına erişimleri önündeki dil engelinin aşılması adına önemli olduğunu da TİHEK özelinde yinelemek gerekir.

Belirtilen nitelikteki başvuruların, TİHEK Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde gösterilen yerlere doğrudan başvuru veya posta, elektronik posta, faks yoluyla TİHEK'e iletileceği düzenlenmiştir. Buna göre, başvurular, doğrudan TİHEK'e veya Kurumun gerekli gördüğü yerlerde açtığı bürolara elden verilebilir; ayrıca illerde valilikler, ilçelerde de kaymakamlıklarca tarih ve sayıyla kayıt altına alınan başvuruların varsa

[1274] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvurunun yapılış usulü", Madde 35.
[1275] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvurunun kanuni temsilci veya vekil aracılığıyla yapılması", Madde 37.
[1276] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvuru dili", Madde 33.

ekleriyle birlikte en geç üç iş günü içinde doğrudan Kurum'a iletilmesi suretiyle de yapılabilir. Başvuruların elden teslim yolu, posta ve faks yoluyla yapılması haricinde Kurum tarafından oluşturulan elektronik sistem aracılığıyla da yapılması mümkündür. Faks veya elektronik posta yoluyla yapılan başvurularda, başvurulara esas tutulan dilekçelerin asıllarının on beş gün içinde Kurum'a iletilmesi, iletilmediği takdirde yapılan başvurunun geçerliliğini yitireceği düzenlenmişken; kayıtlı elektronik posta yoluyla yapılan başvurularda bu şartın aranmayacağı belirtilmiştir[1277]. Bu doğrultuda ayrımcılık yasağı ihlali hakkındaki başvurular, TİHEK Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde ve TİHEK'in resmi internet sitesinde yer verilen Gerçek Kişiler için Şikayet Formu ile Tüzel Kişiler için Şikayet Formu'nu doldurarak veya ilgili Yönetmelik'te belirtilen zorunlu bilgi ve belgelerin bulunması şartıyla belirtilen formları kullanmaksızın da yapılabilecektir. Ayrımcılık yasağıyla ilgili başvurulara, ihlale konu bilgi ve belgeler de eklenebilecektir. Elektronik ortamda yapılacak başvurularla ilgili olarak da, başvuru sahibi gerçek ve tüzel kişilerle ilgili bilgiler yanında ayrımcılık yasağı ihlalinde bulunduğu iddia edilen kuruluş veya kişilere ait bilgiler ve ilgili ihlali gündeme getiren hususla ilgili bilgilere de TİHEK Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nde belirtildiği şekilde eksiksiz olarak yer verileceği düzenlenmiş; ancak elektronik ortamda yapılan başvurularda imza şartının sadece TİHEK tarafından güvenli elektronik imza kullanılarak başvuru yapılmasına karar verilmesi halinde aranacağı da özel olarak belirtilmiştir. Elektronik başvuru yoluyla yapılacak olan başvurularda da ilgili belgeler başvuruya ek yapılabilecektir[1278].

KDK'ya başvuru usulüyle benzer şekilde TİHEK'e başvuru usulü kapsamında da ilgili denetim mekanizmasını toplumdaki dezavantajlı gruplardan sayılabilecek gruplara mensup kişiler için daha erişilebilir kılacak düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu kapsamda, TİHEK Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde başvurunun yapılış usulü kapsamında, KDK'ya başvuru usulünde öngörülen düzenleme tekrar edilerek, TİHEK'e ayrımcılık yasağı ihlaliyle ilgili form kullanmak suretiyle yapılan başvurularda haklı bir

[1277] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvurunun yapılacağı yer", Madde 34. TİHEK Kanunu ile TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği kapsamında öngörülen usule uygun biçimde ve dava açma süresi içinde TİHEK'e yapılan başvurular, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durduracaktır. TİHEK Kanunu, "Başvurular", m.17/3 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Dava açma süresinin durması", m. 46

[1278] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Elektronik ortamda başvuru", Madde 36.

nedenin bulunması halinde başvurunun yapıldığı yerde "formun doldurulmasına yardımcı olunmak suretiyle sözlü yapılan" başvuruların da kabul edilebileceği düzenlemesine yer verilerek formu dolduramama yönünde çeşitli engelleri olan kişilerin başvuruda bulunabilmesi kolaylaştırılmıştır. Bunun yanında, yine KDK Yönetmeliği'nde KDK için öngörülen engellilerin başvuru yapabilmesi için gerekli tedbirlerin alınacağına ilişkin yükümlülük de TİHEK Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nde tekrarlanmış ve böylece engelli kişilerin TİHEK'e başvurularını erişilebilir kılabilecek bir yükümlülük de TİHEK için öngörülebilmiştir[1279]. Ancak TİHEK'e ayrımcılık yasağıyla ilgili ihlal iddialarının iletilebileceği bir başvuru yolu olan TİHEK'e e-başvuru kapsamında KDK'nın sayfasında öngördüğü biçimde görme engelli veya işitme engelli kişilerin kullanıma yönelik bir düzenleme yapılmamıştır[1280]. Bu anlamda, görme engelli veya işitme engelli kişiler, karşılaşabilecekleri olası engelleri de kendi imkânlarıyla aşmak suretiyle TİHEK'e e-başvuru yapabileceklerdir. Dolayısıyla TİHEK'in sağladığı e-başvuru yolunun, engelli kişiler için diğer kişilerle karşılaştırıldığında olumsuz etkiler doğurabilecek ve bu doğrultuda dolaylı ayrımcılığa da yol açabilecek nitelikte olduğunu da belirtmek gerekir.

Dolaylı ayrımcılık yasağı ihlallerinin de incelenebildiği TİHEK'e ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili başvuru yapılması yoluyla işletilen denetim mekanizmasının da ücretsiz olması ve hukuki yardımı gerektirmemesi açısından basit oluşu sebebiyle toplumdaki dezavantajlı kişi grupları için yargısal denetim mekanizmalarıyla karşılaştırıldığında daha erişilebilir olduğunu söylemek mümkündür. Ancak KDK eliyle gerçekleştirilen idarenin denetimiyle sınırlı denetim mekanizmasıyla karşılaştırıldığında ilgili denetim mekanizmasının toplumdaki dezavantajlı kişiler için erişilebilirlik anlamında daha geride olduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle KDK'ya ayrımcılık mağdurları adına üçüncü kişilerin şikâyet başvurusunda bulunması mümkün kılınmışken; TİHEK' ayrımcılık mağdurları adına üçüncü kişilerin ayrımcılık yasağı ihlaliyle ilgili başvuruda bulunamaması yönündeki düzenlemeler dolayısıyla TİHEK ile ilgili mevzuatın STK'ların ya da sendikaların dolaylı ayrımcılık mağdurları adına

[1279] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Engellilerin başvuruları", m. 44.
[1280] TİHEK'in web sayfasında yer verilen e-başvuru yolu için bakınız: https://ebasvuru.tihek.gov.tr/Giris.aspx (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

başvuruda bulunmalarını engellemesinin, dolaylı ayrımcılık mağdurlarının adalete erişimleri önünde bir engel olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca KDK eliyle yürütülen denetim mekanizmasına başvuru usulünde olduğu gibi engelli kişiler için de TİHEK'in yürüttüğü denetim mekanizmasını erişebilir kılacak düzenlemelerin yapılmaması da yine engelli kişilerin adalete erişimleri önünde bir engel yaratabilecektir.

KDK'nın denetim mekanizmasıyla karşılaştırma yapmak suretiyle varılan bu sonuçlar yanında, TİHEK'in ayrımcılık yasağıyla ilgili yürüttüğü denetim mekanizmasına başvurunun da KDK'nın yürüttüğü denetim mekanizmasına başvuruyla benzer şekilde, TİHEK Kanunu ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği bağlamında öngörülen bazı ön koşulların gerçekleşmesini gerektimesinin de adalete erişimi geciktirici anlamda olumsuz etki yaratabileceğine de değinmek gerekir[1281]. Bu anlamda TİHEK'e başvuru hakkının kullanılabilmesi için öngörülen ayrımcılık yasağı ihlali teşkil ettiği iddia edilen uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilmesi önkoşulu doğrultusunda ilgili tarafın talebe cevap vermesi için belirlenen sürenin otuz gün olarak öngörülmesinin, KDK'nın öngördüğü altmış günlük süreye göre daha olumlu olduğundan bahsedilebilir. Ancak telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde ilgili tarafın ayrımcılık yasağı ihlali teşkil ettiği iddia edilen uygulamanın düzeltilmesi yönündeki talebi reddini ya da otuz günlük sürenin geçmesini beklemeksizin de ayrımcılık mağdurunun başvurusunun kabul edilebilecek olması yönündeki düzenleme bağlamındaki TİHEK tarafından gerçekleştirilecek değerlendirmenin ayrımcılık mağdurların adalete erişimleri bakımından önemli olduğunu belirtmek gerekir. Bu kapsamda da TİHEK'in ayrımcılık mağdurunun öznel durumunu kişinin içinde bulunduğu gerçek durum itibariyle değerlendirmesi olası ayrımcı sonuç ya da etkileri de gözden kaçırmayarak TİHEK eliyle yürütülen denetim mekanizmasını dolaylı ayrımcılık mağdurları içinde erişilebilir kılacağı söylenebilir.

TİHEK Kanunu ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği kapsamında öngörülen 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı beşinci maddesi

[1281] İlgili önkoşullar için bakınız: TİHEK Kanunu, "Başvurular", m.17/2 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Kanuna aykırı olduğu iddia edilen uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilmesi", m. 39.

bağlamında öngörülen iş ilişkisinde ayrımcılık iddialarına dair olarak İş Kanunu'nun ilgili düzenlemesiyle belirlenen şikayet usullerinin tüketilmesine ilişkin önkoşul[1282] bakımından ise herhangi bir sürenin geçmesiyle ya da telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde TİHEK'e başvuru hakkının kullanılabileceği üzerine bir istisnanın öngörülmemesi ise TİHEK'e yapılacak iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili başvuruları sınırlandırır niteliktedir. Bu anlamda iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılık iddialarına ilişkin başvuru hakkının sadece belirtilen şikâyet usullerinin işletilmesi neticesinde sonuç alınanaması halinde mümkün olması iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılığa uğrayan kişiler bakımından TİHEK'in yürüttüğü denetim mekanizmasını erişilebilir olarak nitelendirmeye engeldir.

Dolaylı ayrımcılık yasağının yürütme eliyle denetimini sağlayabilecek bir diğer denetim mekanizmasını yürüten İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları da yine ücretsiz bir başvuru usulü üzerine çalışır. İlgili Kurullara başvuru usulüne ilişkin olarak da, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin "Başvuruların alınması" başlıklı 17. maddesinde, başvuruların alınması usulünün kolaylaştırılmasının esas olduğu ifade edilmiş ve başvuruların dilekçeyle, telefonla, e-posta ve şehrin değişik yerlerine konulan İnsan Hakları Başvuru Kutuları aracılığıyla veya sözlü olarak yapılabileceğinden bahsedilmiştir. Bu doğrultuda uygulamada kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetleri dolayısıyla ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasında olan herkes, illerde valiliklerde, ilçelerde de kaymakamlıklarda bulunan insan hakları kurullarına ait başvuru masalarına başvurarak ya da Yönetmelik'te belirtilen yollar aracılığıyla şikayetlerini ücretsiz biçimde ilgili Kurullar'a iletmeleri mümkündür. İlgili Kurullara başvuru bakımından özel bir e-başvuru sisteminin oluşturulmadığı uygulama bağlamında, ALO 150 Doğrudan Cumhurbakanlığı telefon hattından veya Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER) üzerinden yapılan başvuruların da konusu itibariyle öncelikle başvuru konusuyla ilgili İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları'na yönlendirildiği

[1282] İlgili önkoşul için bakınız: TİHEK Kanunu, "Başvurular", m.17/5 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "4857 sayılı iş kanununun 5 inci maddesinin kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular", m. 41

bilinmektedir[1283]. Bu anlamda e-başvuru yönünden mevcut açıklığın da bu suretle kapandığından bahsedilebilecek ilgili denetim mekanizması, dolaylı ayrımcılık yasağının denetlenmesi bakımından kısıtlı değerlendirmeleri de göz önüne alındığında, varolduğu biçimiyle erişilebilir olarak nitelendirmek mümkündür.

3.2.2.2. Denetim Mekanizmalarınca Yürütülen Usullerin Dolaylı Ayrımcılıkla Mücadelede Etkili Olabilecek Hukuki Araçlar Bakımından Değerlendirilmesi

Dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline yol açtığı iddia edilen tutum ya da uygulama sonucunda gündeme gelen olumsuz etki ve sonucun değerlendirilme usulü kapsamında, dolaylı ayrımcılığın ispatını kolaylaştıran usul hukuku kurallarının öngörülüp öngörülmediği ile dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılıkla bağlantılı olarak ortaya çıkan zararın giderilmesine ilişkin olarak bazı hukuki kurumların dikkate alınıp alınmadığı dolaylı ayrımcılık yasağına dair düzenlemelerin işlerliğini etkilediği gibi; ayrıca dolaylı ayrımcılık yasağının denetimini sağlayan mekanizmaların da, dolaylı ayrımcılık yasağını dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında etkili bir hukuki araç olacak biçimde uygulayıp uygulamadıklarını sorgulamayı da mümkün kılar.

Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili denetimi sağlayan mekanizmaların esas aldığı kanun ve yönetmelikler kapsamında, dolaylı ayrımcılığın ispatı usulüne ilişkin, ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının uygulanması ile istatistiki verilerin delil olarak kullanılabilirliğini değerlendirmek suretiyle, dezavantajlı grupların ilgili denetim mekanizmaları önünde dolaylı ayrımcılığa uğradıkları yönündeki iddialarını maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde temellendirme imkânlarının olup olmadığı görülebilir. Bunun yanında maddi hukuk kapsamında, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin olarak yargısal ya da yargı dışı mekanizmalara başvuru sonucunda mağdurlaştırmanın yasaklanması kurumunun öngörülmüş olup olmadığı ve

---

[1283] İstanbul Bilgi Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Ulusal Hukuk Denetim Usulleri,* "İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları", https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/38-il-ve-ilce-insan-haklar-kurullar/ (Erişim Tarihi: 27.10.2020). Görme engelli ya da işitme engelli kişilerin ihtiyaçlarıyla uyumlu bir düzenlemenin yapılmadığı e-başvuru yolunu da içeren ilgili Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER) web sayfası için bakınız: https://www.cimer.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline karar verilmesi halinde bir yaptırımın uygulanıp uygulanmadığı hususları üzerinden de ilgili denetim mekanizmalarının dolaylı ayrımcılık yasağıyla mücadeledeki etkinliklerini sorgulamak mümkün olabilecektir.

3.2.2.2.1. İspat Yükünün Yer Değiştirmesi Kuralının Uygulanması

Görünüşte tarafsız olan bir tutum ya da uygulamanın ayrımcılığın yasaklandığı temellerden biriyle ilgili olarak yarattığı olumsuz etki ya da olumsuz sonuç itibariyle gündeme gelen dolaylı ayrımcılığın ispatı, ayrımcılığın yasaklandığı temellerden biriyle ilgili farklı davranışla gündeme gelen doğrudan ayrımcılığa göre daha zordur[1284]. Haliyle dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ihlallerde, dolaylı ayrımcılığa uğradığı yönündeki iddiasını ispat etmek isteyen kişi için ispat eşiğinin düşürülmesi öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağının hem işlerlik kazanması hem de etkililiğin sağlanması adına önemlidir. Bu anlamda kişinin üzerinde olan ve yerine getiremediği takdirde de sonuçlarına kendisinin katlanması gereken ispat yükünün ayrımcılık yasağıyla ilgili ihlal iddiaları için yer değiştirmesi de uluslararası insan hakları hukukunda bir usul hukuku kuralı olarak dolaylı ayrımcı nitelikli ayrımcılık yasağı ihlali iddiaları bağlamında somutlaştırılmıştır[1285].

Türkiye hukukunda ispat yüküne ilişkin olarak genellikle ispata ilişkin genel hükümler uygulanır. İspata ilişkin bu genel hükümlerin, iddia edenin iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu şeklinde kısaca ifade edilmesi mümkündür[1286].

[1284] Dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarında da kullanılabilecek çeşitli ispat araçları ve inceleme yöntemlerine yer verilen bir çalışma için bakınız: Sever, a.g.m., 2018b, s. 81-93.

[1285] AİHS'in ispat yükünün yer değiştirmesi kuralını somutlaştırdığı Hoogendijk v. The Netherlands ile D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararı için İkinci Bölüm kapsamındaki *"2.1.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurları ile İspat Yöntemi"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız. Ayrıca Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne İlişkin 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı AB Direktifi ve dolaylı ayrımcılık yasağı bakımından önemi için Birinci Bölüm kapsamındaki *"1.3.4.3. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Normatifleşme Süreci"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[1286] Hukuk yargılamasında genel anlamda HMK'nın, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça ispat yükünün "iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa" ait olacağı yönündeki 190. maddesindeki kural uygulanır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun altıncı maddesine göre de yine kanunda aksine bir düzenleme mevcut değilse, "taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü" olacaklardır. Türkiye medeni hukuku kapsamında, ispat yüküne ilşkin özel bir düzenleme olarak, Türk Borçlar Kanunu'ndaki "Zararın ve kusurun ispatı"na ilişkin olarak öngörülen ve zarar görenin, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olacağı yönündeki 50. madde düzenlemesinin istisnası olan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için geçerli

Ayrımcılığa uğrayan kişinin ayrımcılığa uğradığı yönündeki iddiasını görünüşteki delillerle ortaya koyması sonrasında ispat yükünün yer değiştirerek ayrımcı davranışın ya da ayrımcı etkinin sorumlusu olduğu iddia edilen kişiye geçmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ispat yükünün yer değiştirmesiyle ilgili olarak Türkiye hukukunda bazı yasal düzenlemeler varsa da[1287], dolaylı ayrımcılık yasağının denetimini sağlayabilecek olan mekanizmaların bu yasal düzenlemeler doğrultusunda dolaylı ayrımcılık özelinde ispat yükünün yer değiştirmesi kuralını açıkça uyguladığını söylemek zordur[1288].

Bu anlamda TİHEK'in başvuranın engellilik temelinde dolaylı ayrımcılığa uğradığı iddiası çerçevesinde yürüttüğü değerlendirme neticesinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna vardığı tek kararı istisna niteliğindedir. İspat yükünün yer değiştirmesi kuralının dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası doğrultusunda uygulandığı bu kararda başvuranın ortaya koyduğu engellilik temelinde dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık iddiasının, ihlal iddiasına muhatap olan taraftan istenen yazılı görüşte *"uygulamadan engellilerin daha olumsuz etkilenip etkilenmediği, engellilere yönelik olarak bir tedbir alınıp alınmadığı, tedbir alınsaydı ortaya*

---

olacak 112. maddeyi anmak mümkündür. Buna göre, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi bakımından kusuru ispat edecek olan, ilgili zararın giderilmesi talebinde olan alacaklı değil, karşı taraf olan borçlu olarak belirlenmiştir. Konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Karan, a.g.e., s. 446-447; Türkmen, a.g.m., s. 173-174. Ceza yargılamasında esas alınan masumiyet karinesi gereğince ispat yükünün yer değiştirmesi kuralı uygulanamaz. Bakınız: Hatice Derya Ormanoğlu, "Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, s. 2241-2276, s. 2258 vd. İdari yargılama kapsamında ise ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının yerine, tarafların ispata ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesinden sonra idarenin re'sen araştırma ilkesinin devreye girdiğine; nitekim yazılılık ilkesi gereğince de delillerin kısıtlı olduğu, örneğin tanık deliline başvurulamadığı idari yargılamada ayrımcılığa yol açtığı iddia edilen bilgi ve belgeler de genel anlamda idarenin elinde olduğu için idari yargılamada ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının uygulama bulamayacağına ilişkin olarak bakınız: Karan, a.g.e., s. 450-451.

[1287] İş Kanunu'nun "Eşitlik ilkesi" başlıklı beşinci maddesi kapsamında öngörülen ispat yükünün yer değiştirilmesi kuralı için *"3.1.2.1. Normatifleşme Sürecinde "Anlamda" Vücut Bulma: İşçi İşveren İlişkisinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altındaki açıklamalara bakınız. Sendikal temelli ayrımcılık bakımından ispat yükünün yer değiştirmesi kuralı için *"3.1.2.4. Diğer Yasal Düzenlemelerde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığı altında yer verilen Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamındaki açıklamalara bakınız.

[1288] İş Kanunu'nun "Eşitlik ilkesi" başlıklı beşinci maddesi kapsamındaki dolaylı ayrımcılık tanımını belirginleştiren ancak dolaylı ayrımcılık yasağı bağlamında bir değerlendirmenin bulunmadığı bazı Yargıtay kararlarında, ilk derece mahkemelerinin işverenin ispatlayabileceği bazı hususlar bakımından eksik incelemede bulunduğu sonucuna varılmasını ispat yükünün yer değiştirilmesi kuralıyla ilişkilendirmek mümkündür. Dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin bir değerlendirmede bulunulmadığı için bahsi geçen Yargıtay kararlarını bu noktada ispat yükünün yer değiştirilmesine ilişkin olarak incelemek yersizdir. İlgili Yargıtay kararları için 1037., 1038. ve 1039. dipnotlarda adı geçen kararlara bakınız.

çıkabilecek sakıncaların neler olabileceği" yönünde bir açıklamanın bulunmaması nedeniyle çürütülemediği bahsiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir[1289].

TİHEK'in ilgili dolaylı ayrımcılık yasağı incelemesinde ispat yükünün yer değişltirmesi kuralını uygulamasının TİHEK Kanunu'nda "İspat yükü"ne ilişkin olarak öngörülen düzenleme dolayısıyla gerçekleşebildiğini de söylemek mümkündür. Nitekim TİHEK de kararını, atıfta bulunduğu AİHM kararları haricinde, TİHEK Kanunu'nun 21. maddesinde yer verilen ilgili düzenleme doğrultusunda oluşturmuş ve ilgili düzenlemeyi aynen anmak suretiyle *"...Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi"* gerektiğini vurgulamıştır. TİHEK Kanunu kapsamında ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının öngörülmüş olması her ne kadar dolaylı ayrımcılık yasağının işlerlik ve etkinlik kazanmasını sağlayabilecekse de, bu işlerlik ve etkinliğin sadece TİHEK Kanunu'nda öngörülmüş olan dolaylı ayrımcılık yasağı çerçevesinde söz konusu olabileceğini de belirtmek gerekir. Zira ilgili usul kuralı "münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla" sadece TİHEK'e yapılan başvurular için öngörülmüştür. Bu nedenle de ispat yüküne ilişkin bu kuralın, hukuk yargılaması bağlamında ayrımcılık yasağına ilişkin genel bir kural olarak düzenlenmesiyle Türkiye hukukunda anayasal ve yasal düzenlemeler bağlamında öngörülmüş olan dolaylı ayrımcılık yasağına işlerlik ve etkinliğin kazandırılabileceğini de bu noktada belirtmek gerekir[1290].

[1289] TİHEK, Karar No. 2020/182, 25.08.2020, Para. 55-56. İlgili karar hakkında değerlendirmeler için yukarıda *"3.1.2.3. Kurumsallaşma evresi (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu)"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[1290] Aynı yöndeki görüşler için bakınız: Karan, a.g.e., s. 447; Türkmen, a.g.m., s. 174. ECRI'nin 2016 tarihli Beşinci Türkiye raporunda da TİHEK Kanunu kapsamındaki bu düzenlemenin benzer şekilde bir eleştirisi mevcuttur. ECRI'nin Türkiye raporlarında dolaylı ayrımcılık yasağı hakkında inceleme için İkinci Bölüm kapsamındaki *"2.1.3.1. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Türkiye Raporlarında Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* başlığına bakınız.

3.2.2.2.2. İstatistiki Verilerin Dolaylı Ayrımcılığın İspatında Kullanılması

Genel anlamda kasıtsız ve örtülü bir ayrımcılık biçimi olduğu söylenebilecek olan dolaylı ayrımcılığın[1291] ispatlanması için ispat yükünün yer değiştirilmesi şeklinde öngörülen usul hukuku kuralı dışında da, dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali iddialarının temellendirilmesinde esas alınabilecek verilere dair de usul hukuku kapsamında düzenlemeler yapmak ilgili iddianın varlığına ilişkin güçlü emarelerin ortaya konulmasını kolaylaştırmakla, dolaylı ayrımcılık yasağını daha işler ve etkili hale getirebilecektir. Çalışmanın dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimini örnekleyen hukuk sistemleri ile uluslararası insan hakları hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağını açıklayan ilgili bölümleri kapsamındaki inceleme doğrultusunda, istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık sonucunda dezavantajlı gruplar nezdinde gündeme gelen olumsuz etkinin ispatını kolaylaştırdığı tespit edilmiştir[1292]. Bu anlamda, dezavantajlı gruplar nezdindeki olumsuz etkinin varlığını ispatlamanın bilinen en nesnel yolunu, istatikî verilere başvurmak olarak ifade etmek mümkündür[1293].

[1291] Dolaylı ayrımcılığın kasıtsız ve örtülü ayrımcılık biçimlerine daha yakın olduğuna ilişkin açıklamalar için Birinci Bölümdeki *"1.2.1.1. Dolaylı Ayrımcılık ile Doğrudan Ayrımcılık Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar"* başlığına bakınız.

[1292] Dolaylı ayrımcılık yasağının kökenleri bağlamında incelenen farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin geliştirildiği Griggs v. Duke Power Co. davasında da Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Birleşik Devletler Nüfus Sayımı İdaresi'nin 1960 tarihli istatistiklerini ve dava konusu yetenek testlerindeki siyah işçiler ile beyaz işçilerin başarı oranlarını gösteren başka bir dava kapsamında tespit edilmiş verileri esas alarak kararını oluşturmuştur. İlgili karar ve Yüksek Mahkeme'nin inceleme yöntemi için Birinci Bölüm'de *"1.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Tanımlanması: Farklı Etkiden Kaynaklı Ayrımcılık Teorisi"* başlığı altında yapılan açıklamalara başvurunuz. AİHM de istatistiki verilerin "istihdam ve eğitim" alanlarındaki ayrımcılık iddialarının temellendirilmesinde kullanılabileceğini ilk kez Nachova kararında belirtmiş; ancak başvuru konusu ırk ayrımcılığından kaynaklı polis şiddetiyle ilgili olduğu için istatistiki verilerin varlığının ilgili iddiayı açıklamakta tek başına yeterli kabul edilmeyeceğini söylemiştir. İlgili AİHM kararı için bakınız: Nachova vd. v. Bulgaristan (BD), B. No: 43577/98, 06.07.2005, Para. 157. AİHM'in istihdam alanındaki dolaylı ayrımcılık iddialarının istatistiki verilerle temellendirilebileceğini Hoogendijk v. The Netherlands kararında; eğitim alanındaki dolaylı ayrımcılık iddialarının istatistiki verilerle temellendirilebileceğini de D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararında göstermiştir.

[1293] İstatistiki verilerin doğrudan ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin iddialarda da belirleyici bir rol oynayabileceğini söylemek mümkünse de; genel anlamda bir kişinin farklı davranışa maruz kaldığını gösterme odaklı olan doğrudan ayrımcılığın ispatında istatistiki verilerin sadece hiçbir delilin bulunmadığı veya zayıf olduğu hallerde, yani prima facie delil olarak kullanımının pratik olacağını söylemek mümkündür. Bunun karşısında dolaylı ayrımcılığın ispatında ise istatistiki verilerin, güçlü bir ispat oluşturacağı söylenebilir. İstatistiki verilerin, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık davalarında ispat olarak kullanılmasına ilişkin olarak Bakınız: Zeynep Duygu Ulusoy, Ayrımcılıkla Mücadelede Bir Araç olarak Etnik Veri, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s. 138-142.

İstatiki veriler, ayrımcılığa karşı korunan ırk, cinsiyet, yaş, engellilik gibi temellerin ayrımcılığa neden olduğunu göstermeye yarayan deliller olarak nitelendirilebilir[1294]. Bu kapsamda, örneğin büyük şirketlerin uygulama ve politikalarının ayrımcılık yasağına uygun olduğunu gösterme amaçlı topladığı veriler dolaylı ayrımcılığın ispatında delil olarak kullanılabileceği gibi daha genel anlamda nüfus sayımlarından, işgücü anketlerinden çıkarılan veriler de güncel durumu yansıtmakla dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılabilecektir. Ayrımcılık yasağına aykırılığın değerlendirildiği yargılama süreçlerinde davaya özel olarak edinilen verilerin de dolaylı ayrımcılığı ispatlamaya elverişli olduğu söylenebilir[1295]. Bazı ülkelerde eşitlik kurumlarına sahada bilgi ve veri toplama yoluyla olası ayrımcılıkları tespit etme görev ve yetkisi de verilmiştir[1296].

Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılığın ispatında bir yöntem olarak istatiki verilere başvurmayla, dolaylı ayrımcılığa karşı korunan temeller bakımından farklı gruplara mensup olan iki grubun, görünüşte ayrımcı olmayan tutum ya da uygulama sonucunda ortaya çıkan olumsuzluktan etkilenip etkilenmediklerini ilgili ayrımcılık temeliyle ilişkili olarak istatiksel veriler üzerinden karşılaştırmak mümkün olabilecektir[1297]. Böylece dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığa neden olan olumsuz etkinin gerçekliğini

---

[1294] Joseph Gastwirth, "Statistical Evidence in Discrimination Cases", Journal of Royal Statistical Society, Seri A (Statistics in Society), 160(2), 1997, s. 290.

[1295] European handbook on equality data, 2016 revision, s. 19. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

[1296] Bulgaristan'da ilgili mevzuat sivil toplum örgütlerine bu amaçla veri toplama yetkisi verilmesine izin verir niteliktedir. Birleşik Krallık'ta ise 1960 yılından itibaren eşitliğe ilişkin olarak verilerin hükümet eliyle sosyobilimsel anketler aracılığıyla toplandığı bilinmektedir; nitekim bu durum 2010 tarihli Eşitlik Kanunu gereklerini de karşılar bulunmuştur. İsveç'te de ilgili verilerin Resmi İstatistik Kanunu doğrultusunda, yaş ve doğum yeri kategorilerini içeren ve her ay, 6 ayda bir ve yıllık olarak uygulanması öngörülen "İş Gücü Anketi" *("Arbetskraftsundersökningama")* ile yaş, İsveç kökenli olma/olmama, sağlık ve engellilik durumu kategorilerini içeren ve telefonla iletişim kurularak yıllık olarak gerçekleştirilen "Yaşam Koşulları Anketi" *("Undersökningarna av levnadsförhållanden")* aracılığıyla veriler toplanmakta ve Eşitlik Ombudsmanı da ayrımcılıkla ilgili şikayetleri ve ayrımcılık yasağına aykırı yargı kararları aracılığıyla veri toplar. Avrupa Birliği ülkelerinin eşitliği sağlamak adına veri toplama uygulamaları hakkında karşılaştırmalı bir analiz için bakınız: Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union: Legal framework and practice in the EU Member States, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d8505478-4371-11ea-b81b01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

[1297] Ayrımcılığın ispatlanmasında İstatistiki yöntemin kullanılmasına ilişkin bilgi için bakınız: Olivier de Schutter, "Proving Discrimination", http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2003_De_Schutter_EN.pdf (Erişim Tarihi: 22.12.2020).

temellendirebilecek verilerin gösterilmesi, ispat yükünün karşı tarafa geçmesini de sağlayabilecektir[1298]. Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı açıkça yasaklayan yasal düzenlemeler de dolaylı ayrımcılığa karşı korunan grupların diğer gruplarla istatistiki verilerin kullanımı doğrultusunda karşılaştırılmasına izin verir niteliktedir. İş Kanunu, cinsiyet ve gebelik temelli dolaylı ayrımcılığın ispatlanması için farklı cinsiyet gruplarına mensup ya da gebe olan ve olmayan gruplara ilişkin istatiksel verilerin karşılaştırılmasına imkân tanırken; engellilik temelinde dolaylı ayrımcılık yasağını öngören Engelliler Hakkında Kanun kapsamında da belirli bir yeti yitimi olan ve olmayan gruplar istatikî veriler üzerinden karşılaştırılabilecektir. Dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili daha genel bir düzenlemeye yer veren TİHEK Kanunu kapsamında da, ayrımcılığa karşı korunan temellerle bağlantılı olarak bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerinden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma getirildiğini yine iddia olunan dezavantajlı konumda olmayan diğer gruplarla karşılaştırma üzerinden ispatını engelleyen bir düzenleme yoktur. Benzer şekilde hukuk yargılaması, ceza yargılaması, idari yargılama ve anayasa yargısına ilişkin usul hukuku kuralları kapsamında ve dolaylı ayrımcılığın yargı dışı denetimini gerçekleştiren mekanizmaların yürütülmesinde esas alınan kanun ve yönetmelikler kapsamında da, dolaylı ayrımcılığın ispatında istatiki verilerin kullanılmasını teşvik eden bir düzenleme olmadığı gibi engelleyen de bir düzenlemenin olmaması dolayısıyla, ilgili denetim mekanizmalarının yürütülmesi sırasında istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılabileceği söylenebilir. Nitekim, ilgili usul hukuku kuralları bağlamında istisnai düzenlemeler hariç tutulmak üzere, her iddianın her türlü delille ispat edilebileceğinin kabul edilmesi de istatikî verilerin delil olarak kullanımına izin verir[1299].

[1298] AİHS'in ispat yükünün yer değiştirmesi kuralını somutlaştırdığı D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararında da eğitim alanında gerçekleşen dolaylı ayrımcılık iddiasına ilişkin prima facie delil olarak istatistiki verilerin büyük önem taşıdığına dikkat çekmiştir. Bakınız: AİHM, D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, Para 188. Benzer yönde başka bir karar için bakınız: AİHM, Hoogendijk v. Hollanda, B. No: 58641/00, 06.01.2005. İlgili kararları konu olaylar ve AİHM'in tespitleri için için İkinci Bölüm kapsamındaki *"2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağı"* ile *"2.1.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Doğrultusunda Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Unsurları ile İspat Yöntemi"* başlıkları altında yapılan açıklamalara bakınız.

[1299] Avrupa Eşitlik Hukuku Ağı Türkiye raporlarından sonuncusunda da Türkiye usul hukukunda dolaylı ayrımcılığın istatiksel verilerle ispatı önünde bir engel olmadığı ifade edildikten sonra; ilgili yargısal denetim mekanizmalarınca oluşturulan içtihatlar kapsamında dolaylı ayrımcılığın ispatında istatistiki

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığın ispatında da kullanılabilecek istatistiki verilerin toplanmasına ilişkin bazı düzenlemeler mevcuttur. Bu anlamda, TİHEK Kanunu'nun "İstatistik" başlıklı 24. maddesinde ayrımcılıkla mücadele amacıyla bağlantılı olarak, Kurul'un Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) ve diğer ilgili kurum ve kuruluşlarla birlikte hangi alanlarda resmi nitelikte istatistik toplanmasına ihtiyaç olduğunu kararlaştıracağı düzenlenmiştir. İlgili madde kapsamında ayrıca, ayrımcılık boyutlarının tüm belirtilerini ortaya koyabilmek için gerekli olduğunun da belirtildiği İstatistiki bilgilerin, "verilere sürekli ve eksiksiz şekilde erişilmesini sağlayacak bir sistem içinde toplanmasından" da Resmi İstatistik Programı kapsamında Türkiye İstatistik Kurumu'nun sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ancak TİHEK Kanunu'nun yürürlüğe girmesi üzerinden dört yıl geçmesine rağmen, TÜİK ve TİHEK'in ortak kararı doğrultusunda ayrımcılıkla mücadeleye yönelik olabilecek nitelikte toplumdaki dezavantajlı gruplara ilişkin bilgilerin toplanmasına dair bir çalışma yürütülmemiştir[1300].

İstatistiki verilerin nesnelliğini sağlamak da ayrıca önem taşır. Bu anlamda dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılabilecek istatistiki verilerin gerçek durumu yansıtması kadar hukuka uygun olarak toplanmış olması da önem taşır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme ve kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi suç olarak düzenlenmiştir[1301]. Ayrıca kişisel verilerin işlenmesinde özel hayatın gizliliği başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunmasının esas olduğu, 6698 sayı ve 2016 tarihli Kişisel Verilerin Korunması

---

verilerin kullanımına rastlanmadığı; bu durumun da hakimler, savcılar ve avukatlar gibi hukuk uygulayıcılarının konuya ilişkin bilgi eksikliğinden kaynaklandığına dikkat çekilmiştir. "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), s. 29,.

[1300] Türkiye'de etnik köken ve ırk ile engellilik durumuna ilişkin toplanan istatistiki veriler ve bu verilerin hukuka uygunluğu hakkında bilgi için bakınız: "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), s. 26-29,

[1301] TCK kapsamında 135. maddede düzenlenen ilgili "Kişisel verilerin kaydedilmesi" suçu ve diğer bağlantılı suçlara bakınız.

Kanunu kapsamında da öngörülmüştür. Bu doğrultuda, kişisel verilerin, ayrımcılığa karşı korunan temellerde yeni bir ayrımcılığa yol açmayacak biçimde toplanması, işlenmesi ve kullanılmasının dolaylı ayrımcılığın önlenmesi için de önem taşıdığını belirtmek gerekir.

Dolaylı ayrımcılık mağduru bir kişinin istatistiki veriye ulaşma hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkının birbiriyle çatışma ihtimali olduğundan söz edilebilecekse de, eşitliğin sağlanması ve ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin olmak kaydıyla hukuka uygun bir şekilde toplanan ve kaydedilen verilerin her iki hakkın ihlali anlamına gelmeyeceği ifade edilebilir. Nitekim hukuka uygun biçimde toplanan ve kaydedilen istatistiki veriler sayesinde kural ve uygulamalar kapsamındaki yerleşik ve yapısal eşitsizlikler görünür hale gelebilecek ve ilgili eşitsizliklerin giderilmesine ilişkin yapılacak makul uyumlaştırmaler ve öngörülecek geçici özel önlemler ile dolaylı ayrımcı tutum ve uygulamaların sürdürülmesi de önlenebilecektir[1302]. Ancak bu noktada, istatistiki verilerin sadece belirtilen amaca uygun olarak ve sadece belirtilen amaçla sınırlı biçimde toplanması ve kaydedilmesini sağlayacak kurumun tarafsızlığı ve bağımsızlığı da özellikle önemlidir. Tarafsız ve bağımsız olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bir kurum aracılığıyla toplanan istatistiki verilerin hem dolaylı ayrımcılığın ispatında gerçekte eşitliği sağlamaya yönelik olmayacağı, hem de kişisel verilerin korunması hakkının ihlaline yol açacağını söylemek mümkündür.

3.2.2.2.3. Mağdurlaştırmanın Yasaklanması

Ayrımcılık yasağı kapsamında mağdurlaştırma kavramı, ayrımcılığa uğrayan bir kişinin ya da ayrımcılığa uğrayan kişiyi şikayette bulunması yönünde destekleyen başka bir kişinin, ilgili ayrımcılık yasağı ihlali sebebiyle yapılan şikayet ya da başvuru sonucunda kötü muameleyle karşılaşması veya yeniden ayrımcılığa yol açacak farklı davranış ya da farklı etkiye maruz bırakılması şeklinde tanımlanabilir[1303]. Bu anlamda

[1302] Etnik veriye ilişkin istatistiklerin dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılmasının olumlu ve olumsuz yönleri için bakınız: Ulusoy, a.g.t., 140-142 vd.
[1303] Yapılan mağdurlaştırma tanımında, ayrımcılık yasağının etkili hale getirilmesine ilişkin destekleyici hukuki araçları inceleyen çalışmadaki mağdurlaştırma tanımı esas alınmıştır. İlgili çalışma için bakınız: Gül ve Karan, a.g.e., s. 22.

ayrımcılık yasağına aykırılığın etkisi ve sonucu ortaya çıktıktan sonra gündeme gelen mağdurlaştırmanın, yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarına başvuruda bulunulması sonrasında yasaklanması gerekir. Mağdurlaştırmanın yasaklanması kurumunun denetim mekanizmalarınca dikkate alınmasıyla, hem ayrımcılık mağdurlarının uğradıkları ihlalle ilişkili başvuruları sonrasında; hem de üçüncü kişilerin ayrımcılığa yol açan tutum ya da davranışın ispatı noktasında delil sağlama, tanıklık yapma gibi hususlarda ayrımcılık mağduruna destek olmaları sonrasında olumsuz davranış ya da olumsuz etkiyle karşılaşmamaları güvence alınabilecektir. Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılığı da kapsayan bir ayrımcılık yasağı çerçevesinde mağdurlaştırmanın yasaklanması, dolaylı ayrımcılık yasağının etkililiğini sağlayabilecektir.

Türkiye hukukunda, dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın tespiti ile dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılığın sonuçları hakkında değerlendirme yürüten yargısal denetim mekanizmaları ve yargı dışı denetim mekanizmalarının içtihatları bağlamında mağdurlaştırmanın yasaklanması kurumuna değinilmemiştir. Nitekim Türkiye hukukunda mağdurlaştırmanın yasaklanmasına ilişkin olduğu söylenebilecek iki yasal düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki İş Kanunu'ndaki mevzuattan veya sözleşmeden kaynaklanan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek üzere işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmanın veya bu hususta başlatılmış olan sürece katılmanın işçinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturmayacağına ilişkin düzenlemedir. Ancak ilgili düzenleme otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde belirsiz iş sözleşmesiyle çalışan ve en az altı aylık kıdemi olan işçinin durumuyla sınırlı olduğu için, işçi işveren ilişkisi bağlamında tüm işçiler için dolaylı ayrımcılık yasağının etkili hale gelmesini sağlayacak bir mağdurlaştırmanın yasaklanması düzenlemesi olduğu söylenemez. Bu anlamda işe alım sürecini de kapsayacak bir mağdurlaştırmanın yasaklanması düzenlemesiyle işçi işveren ilişkisinde dolaylı ayrımcılık yasağının etkili hale gelmesine katkıda bulunacak düzenleme öngörülmesi yerinde olacaktır[1304].

[1304] Yargıtay'ın dolaylı ayrımcılık mağdurları ile onlara destek olan kişiler bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanmasına ilişkin bir içtihadına rastlanmamıştır.

Türkiye hukukundaki ikinci mağdurlaştırmanın yasaklanması düzenlemesi ise, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili denetim mekanizmalarından birinin ilgili kanununda, TİHEK Kanunu'nda öngörülmüştür. TİHEK Kanunu'nun ayrımcılık türlerinin sayıldığı dördüncü maddesinin ilk fıkrasında ayrımcılık türleri belirtildikten sonra ikinci fıkrasında da bir ayrımcılık biçimi olduğu açıkça belirtilmeksizin, ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili şikâyet ya da başvurularda mağdurlaştırmanın yasaklanmasıyla ilişkilendirilebilecek olan bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili ikinci fıkrayla, "eşit muamele ilkesine uyulması ya da ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin", belirtilen nedenle karşı karşıya kaldıkları "olumsuz muameleler"in de ayrımcılık teşkil edeceği belirtilmiştir. TİHEK'in ilgili düzenlemesiyle, esasen yargı dışı denetim mekanizmaları yanında yargısal denetim mekanizmalarına başvuruyu da kapsayacak bir mağdurlaştırmanın yasaklanması düzenlemesi öngörülebilmiştir. TİHEK Kanunu kapsamında mağdurlaştırmanın yasaklanmasıyla ilgili bu düzenlemeyle mağdurlaştırmanın da bir ayrımcılık biçimi olarak kabul edilmesi dolayısıyla, mağdurlaştırmaya maruz bırakılan kişi ya da kişilerin de ayrımcılık yasağı ihlali ile ilgili olarak TİHEK'e başvuruda bulunabilmelerinin mümkün olduğunu söylemek mümkündür. Bu düzenlemeyle her ne kadar hem yargısal hem de yargı dışı denetim mekanizmalarını kapsayacak bir ayrımcılık biçimi de yasaklanabilmişse de, ilgili "süreçlere katılan kişiler" ifadesiyle tam olarak denetim mekanizmalarına başvuruya katılan ya da müdahil olan bu anlamda taraf sıfatındaki kişilerin mi, yoksa taraf sıfatı olmayan tanıklık yapan kişilerin mi kastedildiği belirsizdir. Bu anlamda da ilgili belirsizliğin daha açık ifadelerle giderilmesine yönelik bir ihtiyaçtan bahsedilebilir[1305].

TİHEK'e ayrımcılık yasağı ihlaliyle ilgili olarak yapılan başvurularda ayrımcılık mağduru ya da mağdurlarına talepleri üzerine kimlik bilgilerinin gizli tutulması imkânının tanınmasına; ayrıca vesayet ya da koruma altında olanlar ve çocukların başvurularında ise talep alınmaksızın kimlik bilgilerinin gizli tutulacağına ilişkin düzenlemeyi de mağdurlaştırmayı önleyen bir düzenleme olarak okumak

[1305] Karan, a.g.e., s. 318; TİHEK'in ilgili m.4/2 düzenlemesinin, ayrımcılığa uğrayıp hak arayan kişilerin hak arama süreçlerinde bu sebeple karşı karşıya kaldıkları muameleleri mağdurlaştırma olarak ifade edildiği anlaşılmakla beraber daha mağdurlaştırmanın yasaklanmasıyla ilişkilendirilebilecek bu fıkranın daha açıkça düzenlenmesi gerekliliğine de işaret edilmiştir. Bakınız: Odyakmaz vd., a.g.m., s. 748.

mümkündür[1306]. Benzer şekilde KDK'ya yapılan şikayet başvuruları kapsamında da başvurucunun talebi üzerine başvurunun gizli tutulacağının ve KDK'nın da şikayet başvurusunun gizli kalmasına ilişkin olarak her türlü tedbiri alacağının öngörülmesini de yine ayrımcılık yasağının ihlaliyle ilgili şikayet başvurusunda bulunan kişileri mağdurlaştırmaya karşı koruyacağı söylenebilir[1307].

3.2.2.2.4. Yaptırım

Dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali yönünde bir değerlendirmenin yapıldığı hallerde ihlal kararının dolaylı ayrımcı tutumu sergileyen kişiye uygulanacak bir yaptırımla desteklenmesi dolaylı ayrımcılık yasağının etkili hale gelmesini sağlayabilecektir. Dolaylı ayrımcı tutum ya da davranışı sergileyen kişi için bir yaptırımın öngörülmesi, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali neticesinde ortaya çıkan olumsuz etki ya da sonucun ortadan kaldırılması bakımından da dolaylı ayrımcılık mağduru için giderim anlamını taşır. Bu doğrultuda, dolaylı ayrımcılık yasağının etkili hale gelmesine yönelik bir hukuki araç olarak yaptırım kurumunu, ceza hukunundaki cezalandırmaya yönelik anlamından farklı olarak hem caydırıcı niteliğiyle hem de olumsuz etki ya da sonucu ortadan kaldırma amacıyla orantılı bir giderimi de içerir şekilde daha geniş bir anlamda ele almak gerekir[1308].

Türkiye hukukunda ayrımcılık yasağının ihlali haline özgü yaptırım öngören yasal düzenlemelerle ilgili olarak yargısal denetim mekanizmaları eliyle dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali kararıyla sonuçlanan bir denetim yürütülmediği ve bu anlamda da dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık halinde söz konusu olabilecek yaptırıma özgü tespitlerde bulunulmadığı için, çalışmanın Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan Anayasal ve yasal düzenlemelerle ilgili kısımlarında dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali halinde de söz konusu olabileceğinin belirtildiği yaptırımların, ilgili yargısal denetim mekanizmaları tarafından dolaylı ayrımcılık yasağını desteklemek üzere uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmek mümkün değildir. Ancak yine de çalışmanın belirtilen

---

[1306] İlgili düzenleme için bakınız: TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Başvurularda gizli tutulması gereken bilgiler", Madde 42.
[1307] İlgili düzenlemeler için bakınız: KDK Kanunu, "Başvuru ve usulü", Madde 17/1 ve KDK Kanunu Yönetmeliği, "Şikayet başvurusunun gizliliği", Madde 16.
[1308] Karan, a.g.e, s. 364-365.

kısmında konu edilen anayasal ve yasal düzenlemeler kapsamında ayrımcılık yasağı ihlali hallerine özel olarak öngörülen yaptırımların uygulanması önünde bir engel olmadığını da belirtmek gerekir. Maddi hukuk kapsamında öngörülen ilgili yaptırımlar dışında yargısal denetim mekanizmalarının esas aldığı usul hukuku bağlamında da ayrımcılık yasağı çerçevesinde yürütülecek denetim doğrultusunda uygulanabilecek ayrımcılık yasağı ihlallerine özgü bir yaptırım da öngörülmemiştir.

Dolaylı ayrımcılık yasağının yargı dışı mekanizmaların işletilmesi suretiyle denetlenmesi kapsamında da sadece TİHEK'in yürüttüğü denetim mekanizması bağlamında değerlendirme yapmak mümkündür. Bu doğrultuda, ayrımcılık yasağının kapsamını sadece kamu kuruluşlarının sunduğu kamusal hizmetler bağlamında değil, kişiler arasındaki borç ilişkilerini de kapsayacak biçimde belirleyen TİHEK kapsamındaki idari para cezası düzenlemesinin, dolaylı ayrımcılık yasağı ihlalinin gerçekleşebileceği geniş bir kapsam için de geçerli olabilecek bir düzenleme olarak incelemek mümkündür. TİHEK Kanunu'ndaki idari para cezası düzenlemesine göre, TİHEK'in ayrımcılık yasağının ihlalinden sorumlu bulduğu kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında ayrımcılık yasağı ihlalinin "etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi" üzerinden belirlenmek üzere bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanmak üzere idari yaptırım kararı alması da mümkündür[1309]. Böylece TİHEK'in sadece kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları yanında, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında da idari yaptırıma karar vermesi mümkün kılınmıştır.

TİHEK'in kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında idari yaptırım kararına hükmetmesi halinde ödenen idari para cezası, cezaya neden olan ayrımcı tutum ve davranışa kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edileceği de

[1309] TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "İhlal kararı", m. 69/2 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "İdari yaptırım kararı", m. 70

düzenlenmiştir. Ayrıca, TİHEK'in inceleme ve araştırmasına temel teşkil edecek bilgi ve belgeleri TİHEK'in talep tarihini izleyen otuz gün içinde haklı bir neden olmaksızın temin etmeyen kişi ve kuruluşlar hakkında da beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanabileceği de düzenlenmiş ve bu kapsamda da ilgili idari para ceasına neden olan ayrımcı tutum ve davranışı gerçekleştiren kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu nieliğindeki meslek örgütlerinde görev yapanlara rücu edilebileceği de belirtilmiştir. TİHEK Kanunu'nda belirtilen bu idari para cezalarının bir defaya mahsus olarak uyarı cezasına dönüştürülebileceği; ancak hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcılık yasağını tekrar ihlali halinde hükmedilen idari para cezasının yüzde elli oranında artırılabileceği ancak her durumda miktarın üst sınır olan on beş bin Türk lirasını aşamayacağı düzenlenmiştir[1310].

İdari yaptırım konusunun düzenlendiği madde kapsamında bir ay içinde ödenmesi gerektiği de belirtilen TİHEK tarafından hükmedilen idari para cezalarının dolaylı ayrımcılık yasağının olumsuz etki ya da sonuçlarını gidermeye yönelik ve caydırıcı olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim sadece para cezası şeklinde belirlenen yaptırımların caydırıcılığı tartışıldığı gibi; TİHEK Kanunu'nda yer verilen dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali halinde ortaya çıkan olumsuz etki ya da sonucu giderme yönünde zayıf kalacak sınırlılıktaki idari para cezası bakımından bir üst sınırın da öngörülmüş olması ilgili idari para cezasını olumsuz etki ya da sonuçlarının giderimi ve caydırıcılık noktasında da etkisiz kılabilecektir. Bu doğrultuda, TİHEK'in dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit ettiği tek kararı kapsamında hükmettiği 5.000 Türk lirası şeklindeki idari para cezasını da sembolik olarak nitelendirmek mümkündür[1311].

TİHEK Uygulanma Yönetmeliği kapsamında düzenlenen uzlaşma kurumu bağlamında da yaptırım konusunu değerlendirmek mümkündür. Buna göre, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen muhatap ile başvurucunun görüşlerinin alınması sonrasında re'sen ya da talep üzerine işletilebilecek olan uzlaşma kapsamında, dolaylı

[1310] TİHEK Kanunu, "İdari yaptırımlar", Madde 25.

[1311] Engellilik temelli dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuru sonucunda TİHEK'in hükmettiği idari para cezası için bakınız: TİHEK, Karar No. 2020/182, 25.08.2020. İlgili karar hakkında değerlendirmeler için yukarıda *"3.1.2.3. Kurumsallaşma Evresi (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu"* başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

ayrımcılık yasağına aykırı olduğu iddia edilen uygulamaya son verilmesi adına, dolaylı ayrımcılık mağduru bakımından ilgili uygulamaya son verilmesi sonucunu sağlayacak çözümler ile dolaylı ayrımcılık mağduruna belli bir tazminatın ödenmesi yönünde varılan yaptırımın yerine getirilmesi durumunda uzlaşma kararı da verilebilecektir. Dolaylı ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen muhatap ile başvurucunun görüşlerinin alınmasından itibaren bir ay içinde sonuçlandırılması öngörülen bu kurum aracılığıyla dolaylı ayrımcılık yasağının olumsuz sonuç veya etkilerini gidermeye yönelik bir çözüme varılabilmesi imkânı vardır[1312]. Ancak TİHEK'e yapılan dolaylı ayrımcılık ihlaliyle ilgili az sayıda başvuru kapsamında uzlaşma kurumu işletilmediği için bu konuda da daha ileri yorumlar yapmak mümkün değildir.

TİHEK'in ayrımcılık yasağının ihlaliyle ilgili olarak yürüttüğü denetim mekanizması dışındaki diğer yargı dışı denetim mekanizmalarının Kanun ve Yönetmelikleri kapsamında da yaptırım konusuna ilişkin bir düzenlenme öngörülmemiştir. Nitekim bu yargı dışı denetim mekanizmalarından dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili ihlaller bakımından daha etkili bir denetim yürüttüğü söylenebilecek olan KDK'nın bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki kararlarıyla, işlemleri iptal etmesi ya da tazminata karar vermesi mümkün değildir[1313]. İHİK Kanunu ve KEFEK Kanunu kapsamında da, ilgili TBMM ihtisas komisyonlarınca yürütülen denetimin sadece yapılan başvuruları incelemek ve gerekli görüldüğü hallerde ilgili mercilere iletmek şeklinde öngörülmesi dolayısıyla dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline karar verilmesi halinde bir yaptırım söz konusu değildir. Nitekim inceleme konusu ihlalin sorumluları hakkında genel hükümlere göre kovuşturma veya işlem yapılabilmesi de Komisyonlarca sunulan raporlar aracılığıyla TBMM'nin ilgili mercileri bilgilendirmesi yoluyla sınırlı biçimde gerçekleşebilecektir[1314]. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Yönetmeliğinin "İhlal iddialarını inceleme ve karara bağlama" başlıklı 13. maddesine göre de, ilgili Kurullar'ın, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde yapılan başvurulardaki inceleme ve araştırması doğrultusunda vardığı sonucu konusuna göre

[1312] Bakınız: TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Uzlaşma", m. 52 ve TİHEK Kanunu Uygulanma Yönetmeliği, "Uzlaşma kararı", m. 71
[1313] Eren, a.g.e., s.56.
[1314] İlgili düzenlemeler için bakınız: İHİK Kanunu, "Komisyonun görevleri", m.4/1(e) ve KEFEK Kanunu, "Komisyonun görevleri", m.3/1(e).

Cumhuriyet Başsavcılığına ya da ilgili idari makamlara ileteceği düzenlenmiş olup; bu anlamda da ilgili Kurulların bağlayıcı olmayan değerlendirmeleri doğrultusunda bir yaptırımın söz konusu olmadığı ifade edilebilir.

3.3. TÜRKİYE HUKUKUNDA DOLAYLI AYRIMCILIK YASAĞININ DEZAVANTAJLI GRUPLARIN MADDİ EŞİTLİĞE ULAŞMASI İÇİN ETKİLİ BİR ARAÇ OLMASINA YÖNELİK ÖNERİLER

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler ve dolaylı ayrımcılık yasağının denetimine ilişkin inceleme sonucunda, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir araç işlevi görmediği söylenebilir. Uluslararası insan hakları hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin olarak belirlenen bazı hususları ve diğer devletlerin dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin uygulamalarını göz önüne alarak, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında bir araç olarak daha etkili bir şekilde uygulanabilmesi için bazı önerilerde bulunmak mümkündür.

3.3.1. Dolaylı Ayrımcılığı Yasaklayan Yasal Düzenlemelere Yönelik Öneriler

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı açıkça yasaklayan düzenlemelerin sayısının çok az olduğu görülmüştür. Ayrıca, yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının varlığını gösteren karar ve görüşleri de benzer şekilde sınırlı sayıdadır. Bu açıdan öncelikle dolaylı ayrımcılık yasağının Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesindeki varlığını açıkça vurgulayan bir düzenlemeye yönelik ihtiyaçtan bahsetmek mümkündür. Anayasa'da açık uçlu biçimde sayılan ayrımcılık temellerinde dolaylı ayrımcılık yasağının açıkça öngörülmesiyle dolaylı ayrımcılık yasağına karşı anayasal bir koruma da sağlanmış olacaktır.

Dolaylı ayrımcılık yasağı, İş Kanunu'nda işçi-işveren ilişkisiyle sınırlı olarak ve Engelliler Hakkında Kanun da ise engellilik temeliyle sınırlı olarak öngörülmüştür. Türkiye hukukundaki üçüncü açık dolaylı ayrımcılık yasağı düzenlemesini barındıran

TİHEK Kanunu'nda ise ayrımcılık yasağı çeşitli alanları kapsayacak biçimde öngörülmüşse de; ayrımcılık temellerinin ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temelleriyle sınırlı olarak sayılması, dolaylı ayrımcılık yasağının da kapsamını daraltmıştır. Nitekim, gerçekte TİHEK tarafından öngörülen ayrımcılık yasağının kapsamı dahilinde Kanun'da sayılmayan ayrımcılık temellerinde de dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali gündeme gelmektedir. Bu kapsamda TİHEK tarafından konaklama hizmeti bakımından cinsel yönelim temelli ayrımcılık yapıldığı iddiasının, Kanun kapsamına girmediği gerekçesiyle incelenmemesinin de Anayasa'nın 10. maddesinin kapsamına giren dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarının TİHEK önünde ileri sürülmesinin mümkün olmadığı sonucunu yarattığı görülmüştür[1315]. Bu anlamda Anayasa'nın 10. maddesi yanında Anayasa'nın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90. maddesinin beşinci fıkrası doğrultusunda Türkiye'nin taraf olduğu ve ayrımcılığı sınırlı sayıda öngörülmeyen temellerde yasaklayan insan hakları sözleşmeleriyle uyumlu olarak, TİHEK Kanunu'ndaki ayrımcılık temellerini sınırlı şekilde sayan düzenlemenin değiştirilmesi ve böylece TİHEK Kanunu'yla öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağının sağladığı korumanın genişletilmesi gerekir. İlgili maddeye, "ve benzeri sebepler" gibi bir ifade eklenmek suretiyle söz konusu eksikliğin giderilmesi mümkün olabilecektir.

Dolaylı ayrımcılık yasağının, TİHEK Kanunu kapsamında düzenlenmiş olması her ne kadar Türkiye hukukunda bir ilki ifade etmek bakımından önemliyse de, ilgili Kanun'un büyük ölçüde TİHEK'in teşkilatını düzenlemesi ve TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele dışındaki diğer görevlerine ilişkin de düzenlemeler içermesi, dolaylı ayrımcılık da dahil olmak üzere Kanun'la düzenlenen ayrımcılık biçimlerine ilişkin yasağın Kanun kapsamında bir ayrıntı görünümünde olmasına neden olmuştur. Bu doğrultuda, TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele görevine özgülenmiş ayrı bir yasal düzenleme yönündeki ihtiyaçtan da bahsedilebilir. Bu anlamda, TİHEK'in teşkilatına ve çalışma usul ve esaslarına ilişkin düzenlemelerin mevcut adıyla TİHEK Kanunu'nda bırakılarak; TİHEK Kanunu kapsamından TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele ve diğer

[1315] TİHEK'e yapılan başvuru ve TİHEK'in başvuruyu ret gerekçesi hakkında yayımlanan bir haber için bakınız: Yukarıda, 1078. Dipnot.

görevlerinin çıkarılmak suretiyle ayrı kanunlarda düzenlenmesi önerilebilir. Böylece dolaylı ayrımcılığa ilişkin olarak daha ayrıntılı ve etkili bir yasağın öngörülmesi de mümkün olabilecektir.

TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele görevine özgülenmesi önerilen kanun kapsamında öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağı düzenlemesinin de, sadece TİHEK'in ilgili görevine ilişkin uygulamasıyla sınırlı olacağı yönünde gelişebilecek tartışmaları da göz önüne alarak; dolaylı ayrımcılık yasağının, ayrımcılık yasağı veya eşitlik konusundaki ayrı bir kanunla düzenlenmesinin daha yerinde olabileceği de söylenebilir. Anayasa'nın özellikle 10. maddesinin kapsamı dikkate alınarak ve ilgili kapsamla ilgili hususlarda uluslararası insan hakları hukukunda oluşturulmuş ilkelere uygun biçimde düzenlenmiş ayrıntılı hükümlerden oluşturulacak ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusuna özgülenmiş bir kanunla, yasama organının ve yürütme organının ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili konularda kararlar alırken ve eylem ve işlemlerini uygularken dikkate alacakları genel bir çerçeve oluşturulabilecektir. Bu doğrultuda Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik gereğince, ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusunda hazırlanan kanunun taslağı üzerinden, ilgili kanunun bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticarî hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin ne olacağını gösteren bir ön değerlendirmenin yapılması da yerinde olacaktır. Böylece ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusundaki kanuna ilişkin düzenleyici etki analizinin gerçekleştirilmesi, oluşturulmakta olan kanunun gerçek durumda da etkin biçimde uygulanmasını sağlayabilecektir[1316].

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusunda oluşturulacak kanuna eklenen bir geçici maddeyle mevcut düzenlemelerin ilgili kanunla öngörülen ayrımcılık yasağı ve eşitlik hükümleriyle uyumlu hale getirilmesi de sağlanabilir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusuna özgülenmiş bir kanunun, çeşitli alanları kapsayacak şekilde farklı kanunlarda dolaylı ayrımcılık yasağının öngörülmesinden daha pratik olacağı açıktır. Ayrıca ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusuna özgülenmiş bir kanunla, ispat yükü, ispat yöntemi,

[1316] 19.12.2005 tarih ve 2005/9986 sayılı Bakanlar Kurulu kararına dayanan ve 17.02.2006 tarih ve 26083 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin, TİHEK Kanunu'nun hazırlanması sırasındaki TBMM Tutanaklarından anlaşıldığı üzere dikkate alınmadığı tespit edilmiştir.

mağdurlaştırmanın yasaklanması ve yaptırım konularına ilişkin olarak dolaylı ayrımcılık yasağının daha etkili hale gelmesi adına da standartlar belirlenmesi mümkün olup; böylece diğer kanunlar için de geçerli olabilecek usul hukuku kuralları ile bazı hukuki kurumların yasal düzenlemeye kavuşturulması sağlanabilecektir. Bu öneri doğrultusunda, bahsi geçen ayrımcılık yasağı ve eşitlik konulu kanunun, ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusundaki "olması gerekenleri" ifade eden bir çerçeve kanun olarak diğer yasal düzenlemelere de etki edebilen bir kanun niteliğinde tasarlanmasının da önemli olduğu belirtilebilir[1317].

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusuna özgülenmiş bir kanunun oluşturulmasından ayrı olarak; mevcut yasal düzenlemeler için de bazı önerilerde bulunulabilir.

Türkiye hukukunda, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali hakkındaki değerlendirmeler kapsamında objektif ve haklı nedene ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Ancak hangi nedenlerin dolaylı ayrımcı olduğu iddia edilen bir tutum ya da uygulamanın objektif olarak haklı biçimde gerekçelendirilmesini sağlayarak; ilgili tutum ya da uygulamayı ayrımcı olmaktan çıkarmakla ayrımcılık yasağının istisnalarını oluşturacağı da önemlidir. Bu doğrultuda, yasal düzenlemeler kapsamında bir belirleme yapmaktan çok yargısal denetim mekanizmalarının önlerine gelen dolaylı ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili incelemeleri kapsamında ilgili tutum ya da uygulamanın objektif ve haklı bir gerekçeye sahip olup olmadığını somut olgular bağlamında değerlendirerek sonuçları kararlarına yansıtmaları, Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının nispeten yeni bir yasak olduğu bu dönem itibariyle insan hakları ve özgürlükleri için daha olumlu olacaktır. Nitekim, diğer devletlerin ya da bölgesel örgütlerin dolaylı ayrımcılık yasağı için yasal düzenlemeler kapsamında belirledikleri haklı ve objektif nedenlerin, Türkiye sınırları bağlamında dolaylı ayrımcılığın istisnalarından sayılmaları

[1317] Bu doğrultuda, Arnavutluk, Bulgaristan, Finlandiya, Kuzey Makedonya, Macaristan, Montenegro, Norveç, Sırbistan, Slovakya, Slovenya gibi ülkelerde, ayrımcılığın yasaklandığı temellerin açık uçlu biçimde öngörüldüğü ayrımcılık yasağı ve eşitlik konulu kanunlar öngörülmüştür. AB üyesi devletler ile Arnavutluk, Birleşik Krallık, Kuzey Makedonya, İzlanda, Lihtenştayn, Montenegro, Norveç, Sırbistan ve Türkiye'nin ayrımcılığı yasaklayan temel düzenlemelerinin karşılaştırıldığı bir tablo için bakınız: European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, "A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2019", (Hazırlayanlar: Isabelle Chopin ve Catharina Germaine), s. 127-138, https://www.equalitylaw.eu/downloads/5118-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2019-1-72-mb (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

da gerçeklerle örtüşmeyecektir. Bu kapsamda, TİHEK Kanunu'nda dolaylı ayrımcılık yasağı için de geçerli olacak şekilde, "Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller" başlıklı yedinci maddenin (b) bendinde öngörülen *"sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar"*, ibaresinin toplumsal cinsiyet eşitliğine aykırı bir iş bölümünü teşvik edici ve kadın istihdamı önünde bir engel teşkil edici sonuçlarını göz önüne alarak yeniden düzenlenmesinin gerektiğini de belirtmek mümkündür.

Türkiye hukukundaki yasal düzenlemeler ve denetim mekanizmalarının dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili oluşturduğu az sayıda karar dikkate alındığında, dolaylı ayrımcılık mağdurundan öncelikle, dolaylı ayrımcılığa uğradığı yönündeki iddiasını temellendirmesinin beklendiği söylenebilir. İlgili mevzuat kapsamında her ne kadar iddia edenin iddiasını her türlü delille ispatlayabileceği belirtilmişse de; dolaylı ayrımcılık gibi ispatı zor bir iddianın temellendirilmesinin hangi ispat araçlarıyla gerçekleştirilebileceği açık değildir ve bu anlamda dolaylı ayrımcılık yasağının ispatının bazı usul hukuku kurallarıyla desteklenmesi de gerekebilir. Bu anlamda, AK ve BM örgütleri bünyesinde oluşturulmuş dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsayan ayrımcılık yasağı düzenlemelerine ilişkin uygulama doğrultusunda ispata ilişkin olarak önemli olduğu tespit edilen ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının ve istatistiki verilerin de dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık ispatında dikkate alınmasını mümkün kılan düzenlemelerin, yasal olarak açıkça öngörülmesi önemlidir.

Bu kapsamda TİHEK Kanunu'nun "İspat yükü" başlıklı 21. maddesindeki ayrımcılık yasağıyla ilgili TİHEK'e başvurular bakımından uygulanacak olan ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının, özellikle işlevsel olarak uygulanmasının mümkün olduğu hukuk yargılamasının genelinde de bir kural olarak düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Bu doğrultuda, masumiyet karinesinin geçerli olduğu ceza hukuku yargılaması ve ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının işlevsel biçimde uygulanamayacağı idari yargılama hariç tutulmak üzere[1318], anayasa yargısı, hukuk yargılaması bağlamında ve yargı dışı denetim mekanizmalarının uyacakları usuller çerçevesinde ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının açıkça öngörülmesi, dolaylı

[1318] İdari yargılama usulleri bağlamında, ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının neden yer bulamayacağına ilişkin olarak akınız: Yukarıda 1286. Dipnot.

ayrımcılığın ispatında esas alınacak usulü de belirleyici kılacak ve dolaylı ayrımcılık yasağı ihlali iddiasının belirlenmesini de kolaylaştıracaktır[1319].

Bu doğrultuda ispat yükünün yer değiştirmesi kuralını işlevsel kılacak şekilde dolaylı ayrımcılık mağdurlarının dolaylı ayrımcılığa yönelik iddialarını somut olarak ortaya koymalarını sağlayacak ve bu anlamda dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılık için güçlü bir emare anlamına gelecek ispat araçlarına ilişkin olarak da yasal düzenlemelerin yapılması önemlidir. Bu açıdan, istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılmasının önünü açacak şekilde, kişisel verilerin kullanılmasına ilişkin mevzuat ile diğer yasal düzenlemeler ve temel hak ve özgürlüklere uygun biçimde ayrımcılıkla mücadele amacıyla verilerin toplanıp işlenmesini sağlayacak yasal düzenlemelerin öngörülmesi ve bu yönde çalışacak etkin bir mekanizmanın oluşturulması önemlidir. Bu çerçevede TÜİK'e ayrımcılıkla mücadele amacıyla bir takım görev ve yetkiler verilmesi de yerinde olabilecektir. Ayrıca, il ve ilçe yerellerine dair sahadan verilerin İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarınca toplanıp; TİHEK'le öngörülen iş birliği çerçevesinde derlenip işlenmesi de bir başka yöntem olarak önerilebilir.

Benzer şekilde dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı durumdaki kişilerin maddi eşitliğe ulaşmaları için daha etkili bir hukuki araç olmasına yönelik olarak mağdurlaştırmanın yasaklanması kurumunun da daha geniş bir yasal çerçeveyi kapsayacak biçimde öngörülmesi ve mağdurlaştırmanın da bir ayrımcılık biçimi olarak yasaklanması, dolaylı ayrımcılık yasağı ihllalleri sonucunda oluşan mağduriyetleri gidermeyi sağlayabileceği gibi; dolaylı ayrımcılık yasağına aykırılıkla ilgili olarak hak arama mekanizmalarının bir olumsuzlukla karşılaşma korkusu olmaksızın işletilmesini de teşvik edecektir. Böylece, dolaylı ayrımcılık yasağının içtihatlar bağlamındaki gelişiminin de artması mümkün görülebilir.

Dolaylı ayrımcılık yasağı ihlalinin tespitinde, hem ortaya çıkan olumsuz etki veya sonucun giderilmesine, hem de kasıtlı ya da kasıtsız şekilde ayrımcı etki yaratacak tutum ve uygulamalar bakımından caydırıcılığın sağlanmasına yönelik yaptırımların

[1319] Benzer yönde bir görüş için bakınız: Karan, a.g.e., s. 453.

öngörülmesi de dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç olmasını destekleyecektir. Bu kapsamda öngörülecek yaptırımların para cezası olarak sembolik ya da fahiş oluşunu tartışmaktan çok; yaptırımların, ortaya çıkan olumsuz etki ya da sonucu giderme yönündeki yeterliliği ve dolaylı ayrımcı tutum ya da uygulamalardan kaçınmak bakımından caydırıcılığı sağlayabilme yetisini tartışmak daha önemlidir. Nitekim, para cezası şeklinde öngörülen yaptırımların da, ayrımcı tutum ya da uygulamalardan kaçınmayı sağlamadığı; daha çok ayrımcı tutum ya da uygulamalarla hedeflenen etki ya da sonucun ederini karşılamak anlamı taşıdığından da bahsedilebilir. Bu nedenle, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali halinde öngörülecek yaptırımların, cezalandırma amacı yanında dolaylı ayrımcılığın yol açtığı olumsuz etki veya sonucun giderimi ile ilgili dolaylı ayrımcı tutum ya da uygulamaların sürdürülmesini engellemeye yönelik olarak tasarlanması önemlidir.

3.3.2. Dolaylı Ayrımcılık Yasağının Denetimini Gerçekleştiren Mekanizmalara Yönelik Öneriler

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağıyla, başka bir deyişle etki temelli ayrımcılık biçimiyle ilişkilendirilebilecek yüksek mahkeme kararlarının sayısının çok az olması nedeniyle, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yargısal denetimin nasıl gerçekleştiğine ilişkin yapılacak yorumlar da sınırlıdır. Ancak etki temelli ayrımcılığa uğrayan dezavantajlı grupların, yargısal denetim mekanizmalarına başvurularını mümkün kılmak açısından bazı önerilerde bulunmak mümkündür.

Yargılama süreçlerinde gündeme gelen yargılama harçları ve vekalet ücreti gibi yargılama giderleri, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili yargısal hak arama olanaklarını etkileme ihtimali yüksektir. Ayrımcılık yasağı mağdurlarının genel itibariyle toplumdaki dezavantajlı gruplara mensup kişiler oldukları da dikkate alındığında, adli yardım mekanizmasına ayrımcılık mağdurları açısından işlerlik kazandırılması gerektiği söylenebilir. Bu anlamda, barolar kapsamında Ayrımcılıkla Mücadele Komisyonları kurularak, bu komisyonlar aracılığıyla ayrımcılık yasağının ihlali

iddialarına dair hak arama yollarına dair hukuki destek sunulabilir ve ilgili mevzuat dahilinde öngörülen adli yardım mekanizmasına bu yolla işlerlik kazandırılabilir[1320].

Adli yardıma ilişkin mevzuata dair de birkaç değişiklik önerisinde bulunmak mümkündür. Bu doğrultuda, öncelikle adli yardımdan yararlanmak isteyen yabancıların ilgili imkândan karşılıklılık şartı bağlamında yararlanabiliyor olmalarının, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yaratır nitelikte olduğu söylenebilir. Bu anlamda görünüşte tarafsız bir düzenleme olarak nitelendirilebilecek olan ilgili düzenlemenin, ayrımcılık mağduru yabancılar da dikkate alınarak tekrar düzenlenmesi gerekir. Ayrıca, iddiasında haksız çıkan ya da ilgili iddiası açıkça temelden yoksun bulunan adli yardımdan yararlanan kişiden, ilgili giderlerin tahsil edilmesini öngören düzenlemelerin de, yine dezavantajlı gruplara mensup kişiler nezdinde yaratacağı olumsuz bir etkiye de dikkat çekilebilir. Dolayısıyla, ilgili düzenlemelerin de, ayrımcılık ve konu özelinde de dolaylı ayrımcılık mağdurlarının muaf tutulmasına yönelik olarak açık ve ayrıntılı bir biçimde tekrar düzenlenmeye muhtaç olduğu söylenebilir.

Yargı dışı denetim mekanizmaları ise ücretsiz ve erişilebilir olma anlamında olumlu sayılabilirse de; çevrimiçi başvuru yapamayanları da göz önüne alarak her il ve ilçede ya da mahalli yönetimler dahilinde ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili başvuru mekanizmalarının işler hale getirilmesi gerekir. Örneğin İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları'nın ayrımcılıkla mücadele yönündeki görevlerini ön plana çıkarıcı çalışmalarla tanıtımı sağlanabilir ve böylece bu kurullara ayrımcılık yasağıyla ilgili başvuruların yapılması sağlanabilir. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları çalışanlarının ayrımcılık yasağıyla ilgili uzmanlaşmaları ve ayrımcılık yasağıyla ilgili etkin denetim yürütmelerini beklemek gerçekle bağdaşmayacaktır. Bu açıdan, ilgili başvuruların, ayrımcılıkla mücadele konusunda daha uzmanlaşmış kurumlara iletilmek üzere ilgili kurullarca alınıp; ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusunda uzmanlaşmış kurumlara iletilmesi yönünde bir düzenleme yapılması yerinde olabilir.

[1320] Türkiye'de ayrımcılıkla mücadeleyle ilgili olarak sadece Eskişehir Barosu'nda 2020 yılında "Ayrımcılık ile Mücadele Komisyonu" kurulmuştur. Bakınız: Eskişehir Barosu, "Ayrımcılık ile Mücadele Komisyonu" http://www.eskisehirbarosu.org.tr/ayrimcilik-ile-mucadele-komisyonu (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

Yargı dışı denetim mekanizmalarına çevrimiçi başvurular konusunda başvuruya ilişkin internet sayfalarının ise işitme ve görme engellilerin ihtiyaçları yönünde düzenlenmiş olması önemlidir. Bu anlamda ilgili başvuru ve şikâyet sayfalarının, çeşitli engellilik türleri de dikkate alınarak olası ihtiyaçlarla uyumlaştırılması gerekir. Bu kapsamda, engelli kişiler ile engelli olmayan kişilere web sayfalarında sunulan bilgiler de dahil olmak üzere, başvuru yapma imkânın eşit koşullarda sunulması ve engelli kişiler nezdinde olumsuz etki ve sonuç yaratacak farklılıkların giderilmesi önem taşır.

Yargı dışı denetim mekanizmalarına kural olarak Türkçe dilinde başvuru yapılmasının öngörülmesi ise, farklı dillerde kendini daha iyi ifade eden kişiler için ayrımcı niteliktedir. İlgili mevzuat dahilinde her ne kadar kişinin başvurusunu Türkçe dışındaki kendini daha iyi ifade edebildiği bir dilde de yapması imkânı ile kişinin Türkçe haricindeki bir dildeki başvurusunun kabul edilmesi talebinde bulunabilmesi öngörülmüşse de; bu noktada, kişinin talebinin haklı ve makul olduğunun tespitinin başvuru yapılan kuruma bırakılması yeterli değildir. Bu açıdan, ilgili talebi değerlendirmeye yetkili kurumların ayrımcılık yasağı özelinde ve insan hakları perspektifiyle hareket etmeleri için ilgili düzenlemelere bu yönde ifadelerin eklenmesi yerinde olacaktır. Bu açıdan Dilekçe Hakkının Kullanılmasına dair Kanun'un "Dilekçe Hakkı" başlıklı üçüncü madde düzenlemesinin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de ikamet eden yabancıların TBMM'ye karşılıklılık esası bağlamında ve sadece Türkçe dilinde yazılmış dilekçelerle başvurmaları da yine Türkiye'de ikamet eden yabancılar için dolaylı ayrımcılığa yol açar niteliktedir. Bu anlamda görünüşte ayrımcı olmayan ilgili düzenlemenin de neden olabileceği olumsuz sonuçlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerekir.

Yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarına sadece dolaylı ayrımcılık mağdurlarının değil, dolaylı ayrımcılık mağdurları adına ayrımcılık yasağı alanında çalışan STK'ların veya ayrımcılıkla mücadele veren sendikaların katılımının ve başvuruların da mümkün kılınması, hem dolaylı ayrımcılık mağdurlarının içinde bulundukları dezavantajlı durumun hak arama imkânlarına erişimlerine engel teşkil etmemesini; hem de dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili içtihatların gelişmesini sağlayabilecektir. Bu anlamda mevcut mevzuat dahilinde STK'lar veya sendikaların sadece KDK'ya başvurusunun mümkün olması bir eksiklik olarak tespit edilebilir. Bu

eksikliğin giderilmesi bakımından, ayrımcılık yasağının ihlali açısından menfaat ihlalinin gerçekleşmesi koşulu yerine, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasının temellendirildiği somut olaylar çerçevesinde yapılacak değerlendirmeyi ön plana çıkaran ve ayrımcılığın gerçekleştiği insan hakları ve özgürlükler alanında çalışan STK veya sendikaların da başvurusunu mümkün kılan düzenlemelerin KDK dışındaki denetim mekanizmaları için de öngörülmesi gerekir.

Türkiye hukukunda ayrımcılık yasağıyla ilgili yargı dışı denetimi yürüten kurumlardan, KDK ve TİHEK'in diğer yargı dışı denetim mekanizmalarını yürüten kurumlara göre daha etkin olduğu söylenebilir. Ancak, KDK ile TİHEK'in görev alanlarının kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişilerinin dolaylı ayrımcı tutum ve uygulamaları bakımından kesiştiği görülmüştür. Bu durum, ilgili kurum ve kuruluşarın tutum ve uygulamalarının dolaylı ayrımcılık yasağına aykırı olduğu iddiasının hem KDK hem de TİHEK önünde ileri sürülmesi sonucunu doğurabilir. Bu anlamdaki kesişme, her iki kurumun da aynı konudaki başvurular bakımından farklı kararlar vermesi gibi bir durum yaratabilir. Bu yöndeki ikiliğin giderilmesi adına, KDK ve TİHEK'in görev alanlarının ayrıştırılması önemlidir.

Dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarının hangi ispat araçlarıyla temellendirileceğinin ve ilgili ihlal iddialarının, yargısal ya da yargı dışı denetim mekanizmalarınca nasıl değerlendirileceğinin belirsiz olması nedeniyle, Türkiye hukukunda yargısal ve yargı dışı denetim süreçlerine hukuk dışındaki farklı disiplinlerin desteğinin kabul edilmesinin önemli olduğu da söylenebilir. Bu anlamda özellikle dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili konuların, uzmanlık gerektiren konular arasında sayılarak bilirkişi görevlendirme imkânın açıkça öngörülmesi olumlu olacaktır. Mevcut düzenlemeler bağlamında KDK Kanunu'nda bilirkişi görevlendirilebilecek haller bakımından bir kıstas öngörülmezken ve TİHEK Kanunu'nda "ileri derecede teknik veya mali uzmanlık bilgisi gerektiren konularla ilgili olarak" bilirkişi görevlendirilebileceği belirtilmiştir[1321]. Bu örnek üzerinden mevcut yasal

[1321] Karşılaştırınız: KDK Kanunu, "Bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesi", Madde 19 ve TİHEK Kanunu, "Bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesi", Madde 20.

düzenlemelerde, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddialarıyla ilgili incelemelerde istatistik gibi farklı disiplinlerin bilgisini dışarıda bırakabilme sonucunu doğurabilecek yöndeki ifadelerin tekrar düzenlenmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

Türkiye hukukunda eşitlik kurumunun yokluğuna dair ihtiyaç da TİHEK'e ayrımcılıkla mücadele görevinin verilmesiyle giderilmiştir. Ancak TİHEK'in sadece bir "eşitlik kurumu" olarak değil, aynı zamanda, ulusal insan hakları kurumu ve ulusal önleme mekanizması olarak da çalışmasının, TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele işlevini zayıflattığından bahsedilebilir. Nitekim, ayrımcılıkla mücadele görevinin yürütülmesi adına karar organı olarak çalışacak Kurul üyeleri ve Kurul başkanının, yürütme organınca göreve atanıyor oluşu bağımsızlık ve tarafsızlık açısından şüphe uyandırırken; üyelerin ayrımcılık yasağı alanında uzmanlaşmış olmasına yönelik de bir düzenlemenin olmaması, TİHEK'in ayrımcılıkla mücadele görevini uluslararası insan hakları hukukundan doğan yükümlülüklerle paralel biçimde yürütüp yürütemeyeceğini de şüpheli kılmıştır. TİHEK'in istihdam edilen uzmanlar eliyle ayrımcılık yasağı denetimini ilgili yükümlülükler bağlamında değerlendirebileceği söylenebilirse de; yine ilgili değerlendirmede esas "söz sahibinin" yürütme organınca belirlenen TİHEK Başkanı oluşu bu konudaki şüphenin yersiz olmadığını gösterir. Bu anlamda, ayrımcılıkla mücadele görevini yürütecek kurulun, TİHEK bünyesindeki üç kurumdan biri olarak değil; ayrı bir kanuna sahip ayrımcılık yasağı alanında uzmanlaşmış kişilerden oluşturulan ayrı kurul olarak öngörülmesinin önem taşıdığını belirtmek gerekir.

Ayrımcılıkla mücadele görevini yürütecek kurulun ayrı bir kurul olarak öngörülmesinin ve bu kurulun ayrımcılık yasağı ve eşitlik alanında eğitim görmüş ya da ayrımcılık yasağı ve eşitlik alanında çalışmış kişilerden seçilecek üyelerden oluşturulmasının esasen ilgili şüpheleri gidermeye yönelik ilk adım olduğunu söylemek de mümkündür. Zira, ayrımcılık yasağıyla mücadeleye özgülenmiş kurulu oluşturacak olan ayrımcılık yasağı alanında uzmanlaşmış kişilerin göreve geliş ve seçim usulleri de önemlidir. İlgili kişilerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının da gözetilmesi adına, sadece yürütme organı tarafından belirlenen bir seçim usulünün değil; baroların, STK'ların, sendikaların da üye seçiminde söz sahibi olduğu bir seçim usulünün öngörülmesi

yerinde olacaktır[1322]. Bu yöntemle, uzmanlık ve bağımsızlık ile tarafsızlık sorunun bir nebze çözülebileceği söylenebilirse de; ilgili kurul kapsamında çeşitliliğin teşvik edilmesinin de ayrımcılıkla mücadele yönünden ayrıca önemli olduğu belirtilebilir. Sadece belli bir yaş grubundaki erkek, sağlam ve belirli bir gelir düzeyine sahip kişilerden oluşan bir kurulun Anayasa'da sayılan ayrımcılık temellerinin çoğuna yabancı kalabileceklerini gerçeğini de göz önünde bulundurarak, farklı yaş gruplarından kişilerin, farklı yeti yitimlerine sahip kişilerin, kadınların ve LGBTİ+ bireylerin, Türkiye'de ikamet eden yabancıların[1323], farklı din, mezhep ve etnik köken gruplarına mensup kişilerin de kurul üyesi olmalarının ayrımcılıkla mücadele amacıyla daha uyumlu olduğu söylenebilir. Bu anlamda, farklılıkların temsiline izin veren bir seçim usulü ile yasal düzenlemelerin öngörülmesinin de önem taşıdığını belirtmek gerekir[1324].

Son olarak da ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili eğitimlerin ve bilgilendirme çalışmalarının da dolaylı ayrımcılık yasağı gibi nispeten yeni ayrımcılık biçimleriyle ilgili farkındalık yaratma açısından uygulanmasının önemli olduğu söylenebilir. Yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmaların ayrımcılık yasağı özelindeki denetimi yürütmelerini sağlayacak eğitim çalışmalarının da bu anlamda yapılması gerekir. Türkiye hukukunda, eşitlik mahkemesi gibi özel bir mahkeme de öngörülmediği için, hukuk uygulayıcılarına periyodik aralıklarla verilecek eğitim ayrımcılık yasağı ve ayrımcılık temelleriyle ilgili farkındalık kazandırabilecektir.

[1322] Kurum üyelerin tamamının yürütme organı tarafından seçilmesini öngören usulün Kurum'un bağımsızlığı zedelediği; bu sorunun aşılması adına Kurum üyelerinin bir kısmının yasama organı, bir kısmının barolar, bir kısmının sivil toplum örgütleri tarafından veya muhalif temsilcilerin seçimine imkân verecek bir usulle seçilebilmesinin mümkün kılınması önerilmiştir. Eren, a.g.m., s. 80.

[1323] TİHEK bünyesinde yabancıların çalışmasına imkân tanıyabilmek adına, Devlet Memurları Kanunu ve ilgili mevzuat dahilinde ayrımcılık yasağı alanında çalışacak yabancılar için vatandaşlık bakımından bir istisna öngörülebilir.

[1324] TİHEK kapsamında ayrımcılıkla mücadele görevini yürüten ve ayrımcılık yasağının ihlali iddialarını değerlendiren Kurul üyelerinin çoğunluğunu, orta yaş grubuna mensup erkek kişiler oluşturur; Kurul üyeleri arasında sadece bir kadın üye vardır. KDK bünyesinde görev yapan, Kamu Başdenetçisi ve beş Kamu Denetçisi arasından sadece iki kadın kamu denetçisi görev yapmaktadır.

SONUÇ

Dolaylı ayrımcılık yasağının, dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında etkili bir hukuki araç olduğu iddiasıyla incelendiği bu çalışma kapsamında, dolaylı ayrımcılık yasağının ilgili amaca yönelik olarak etkili bir hukuki araç olduğu teorik anlamda doğrulanmışken; uygulamada dolaylı ayrımcılığın bu yöndeki etkililiği hakkında benzer bir doğrulamayı yapmanın güç olduğu anlaşılmıştır. Dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukundaki uygulaması üzerine yapılan değerlendirme, dolaylı ayrımcılığın uluslararası ve ulusal hukuk düzeyinde yasaklanmış olmasının yeterli olmadığını; mevcut uygulamanın, dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında etkili bir hukuki araç olma potansiyelini etkileyebileceğini göstermiştir.

Dolaylı ayrımcılık yasağının, farklı durumdaki kişilerin ayrımcılığa uğramama haklarının bir uzantısı olarak incelendiği bu çalışmanın ilk bölümünde öncelikle, toplumdaki herkesi eşit durumda ve eşit olanaklara sahip kabul eden şekli eşitlik anlayışı ötesindeki bir eşitlik anlayışı belirginleştirilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda, farklı durumları gereği toplumdaki dezavantajlı grupları temsil eden kişilerin ayrımcılığa uğramama haklarının hangi eşitlik anlayışı içinde görünür olduğu sorgulanmıştır. Sonuç olarak, mevcut durum itibariyle herkesin benzer durumda olduğunu ve benzer olanaklara sahip olduğunu kabul eden, bu anlamda benzerlik yaklaşımını esas alan, şekli eşitlik anlayışı çerçevesinde, farklı durumda olan ve eşit olanaklara sahip olmayan kişilerin ayrımcılığa uğramama haklarının ve bu yöndeki eşitlik taleplerinin görülmesinin mümkün olmadığı anlaşılmıştır.

Varılan bu sonuçla bağlantılı olarak, farklı durumların da dikkate alınabilmesine imkân tanıyan gerçek durumla ilgili maddi eşitlik anlayışı kapsamındaki benzerlik ve dezavantaj yaklaşımları çerçevesinde, dezavantajlı grupların ayrımcılığa uğramama haklarıyla bağlantılı eşitlik taleplerinin değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Bu kapsamda hem teori hem de uygulama bağlamında ortaya çıkan dezavantaj yaklaşımının, şekli eşitlik anlayışı kapsamındaki farklılık yaklaşımı ile maddi eşitlik anlayışı kapsamındaki benzerlik yaklaşımının eksikliklerini giderdiği ve dezavantajlı grupların ayrımcılığa uğramama haklarıyla bağlantılı eşitlik taleplerinin

değerlendirilmesini mümkün kılan kabullere sahip olduğu anlaşılmıştır. Nihayetinde, farklılıkların esasen toplumsal olarak kurulan yapılarla ilişkili olduğunu gösteren ve böylece toplumdaki mevcut eşitsizliklerin sorunsallaştırılmasını sağlayan dezavantaj yaklaşımının, eşitsizliğin toplumsal yapı gereği içinde bulunulan dezavantajlı durumdan kaynaklanabildiğini göstermeye en elverişli yaklaşım olduğu sonucuna varılmıştır. Bu sonuç da dezavantaj yaklaşımı dahilinde dezavantajlı grupların ayrımcılığa uğramama haklarıyla bağlantılı eşitlik taleplerinin karşılık bulabileceğini göstermiştir.

Şekli eşitlik anlayışının bir sonucu olan benzer durumdakilere benzer davranış kuralının ihlalini yasaklayan doğrudan ayrımcılık yasağının, sadece benzer durumdakilere benzer davranışla eşitliğin sağlanamayacağını ve farklılıkların da dikkate alınması gerektiğini kabul eden maddi eşitlik anlayışının sonucu olabilecek ayrımcılık yasağı için yeterli olmadığı anlaşılmıştır. Bu doğrultuda benzer durumdakilere benzer davranıldığı hallerde dahi ayrımcılığın gündeme gelebileceği kabulüyle esasen gerçek durum itibariyle farklı ve bu anlamda dezavantajlı gruplar üzerindeki ayrımcı etkiyi yasaklayan dolaylı ayrımcılık yasağı, ayrımcılık yasağının en bilinen ifadesi olan doğrudan ayrımcılık yasağı ile karşılaştırılmıştır.

Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimleri üzerine yapılan karşılaştırmada, bu iki ayrımcılık biçiminin keskin ve belirli hatlarla birbirinden ayrılması mümkün olmayan ayrımcılık biçimleri olduğu tespit edilmiştir. Literatürdeki genel eğilimin aksine bu iki ayrımcılık biçiminin ayrımcılığın ortaya çıkmasına neden olan tutum ve davranışların gerçekleşme şekilleri bağlamında açık ayrımcılık ya da örtülü ayrımcılık biçimlerinden biriyle nitelendirilemeyeceği; benzer şekilde ayrımcılığın ortaya çıkmasına neden olan tutum ve davranışların zihinsel gelişim süreçleri bağlamında da kasıtlı ayrımcılık ya da kasıtsız ayrımcılık biçimlerinden birini karşıladıklarının söylenemeyeceği anlaşılmıştır. Ayrımcı tutum ya da davranışların yöneldiği ve ayrımcı tutum ya da davranışları ortaya koyan özne bağlamında yapılan açıklamalar sonucunda da, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık biçimlerini tanımsal anlamda net bir şekilde ayırmaya ilişkin bir sonuca varılamamasına rağmen; doğrudan ayrımcılık biçimine ilişkin yasak ile dolaylı ayrımcılık biçimine ilişkin yasağın birbirini tamamlayan işlevleri ifade ettiği görülmüştür. Bu kapsamdaki incelemede, doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık biçimini, sadece ayrımcılığı

ortaya çıkaran nedenler bağlamında ayırmanın mümkün olduğu anlaşılmıştır. Bu doğrultuda, doğrudan ayrımcılığı, farklı davranıştan kaynaklı bir ayrımcılık biçimi; dolaylı ayrımcılığı da farklı etkiden kaynaklı bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirmek de mümkün olmuştur.

Dolaylı ayrımcılık kavramı ve dolaylı ayrımcılık yasağının, maddi eşitlik anlayışı dahilindeki yerini belirginleştirmek üzere de, yine dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için birer araç olarak kullanılmaları mümkün olan geçici özel önlemler ve makul uyumlaştırma kurumlarından benzerlikleri ve farklılıkları da tespit edilmiştir. Bu inceleme doğrultusunda, geçici özel önlemler kapsamında ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin olarak öngörülen yükümlülüklerin, dolaylı ayrımcılık yasağı ile öngörülen yükümlülüklerden daha geniş olduğu sonucuna varılmıştır. Geçici özel önlemlerin, dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin yasal düzenlemelerin sınırlarının ötesinde ve ayrımcılığı önlemek ile ayrımcılığın etkisini gidermeye yönelik bir alanı da kapsadığı görülebilmiştir. Dolaylı ayrımcılık yasağı ile makul uyumlaştırma arasında yapılan karşılaştırma sonucunda da, makul uyumlaştırmanın, dolaylı ayrımcılık yasağına göre daha bireysel ve münferit nitelikli çözümler sunduğu görülmüştür. Makul uyumlaştırma kurumunun, şekli eşitlik anlayışının hakimiyetini devam ettirmek üzerine de işleyebileceğinin anlaşılmasıyla, makul uyumlaştırmanın dolaylı ayrımcılığın da ayrımcılık yasağına dahil olduğu bütüncül bir yaklaşımla ele alınması halinde maddi eşitlik anlayışıyla daha uyumlu biçimde işleyebileceği sonucuna varılmıştır. Bu kapsamdaki incelemede sonuç itibariyle, geçici özel önlemler ve makul uyumlaştırmanın, ayrımcılıkla mücadele bakımından dolaylı ayrımcılık yasağıyla birbirlerini farklı yönlerden tamamladıkları anlaşılmıştır.

Dolaylı ayrımcılık kavramının ve dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerini yansıtan gelişmelerin gözlemlendiği hukuk sistemlerini takiben yapılan incelemede de nihayetinde dolaylı ayrımcılık yasağının farklı ya da olumsuz etkiden kaynaklı bir ayrımcılık yasağı olarak tanımlandığı görülmüştür. Bu kapsamda ilk olarak incelenen 1900'lü yılların başında uluslararası kamu hukuku alanında azınlıkların korunması amacıyla yapılan düzenlemeler doğrultusundaki "gerçekte eşitlik" anlayışı bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağına yönelik ifadeler tespit edilmiş ve böylece dolaylı ayrımcılık yasağına dair erken örnekler sunulabilmiştir. Dolaylı ayrımcılık yasağının hukuk

çerçevesinde tanımlanma sürecine dair ilk gelişmelerin gözlemlendiği hukuk sistemleri doğrultusundaki inceleme kapsamında da, ayrımcılığın etki temelli biçiminin de hukuken öngörülen ayrımcılık yasağı dahilinde olduğu açıkça gösterilebilmiştir.

ABD Hukuku çerçevesinde geliştirilen farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisinin temellendirilmesi, yasal ve toplumsal arka planına da yer verilerek incelenmiş ve farklı etkiden kaynaklı ayrımcılık teorisi çerçevesinde dolaylı ayrımcılık yasağı tanımlanabilmiştir. Dolaylı ayrımcılık yasağının böylece tanımlanmasına ilişkin sürecin, Birleşik Krallık Hukukundaki gelişmeleri etkilediği de anlaşılmış; ilgili gelişmelerin de sonuç olarak Avrupa Birliği Hukukunda dolaylı ayrımcılığın kavramsallaştırılarak hukuken yasaklanmasını sağladığı da görülmüştür. Böylece ABD Hukuku, Birleşik Krallık Hukuku ile Avrupa Birliği Hukuku çerçevesindeki dolaylı ayrımcılık yasağına ilişkin kavramsallaşma ve tanımlanma sürecinin kronolojik anlamda birbirini etkileyen gelişmelerin ürünü olduğunu söylemek de mümkün hale gelmiş ve dolaylı ayrımcılık yasağının gelişimi de kavram ve tanım düzeyinde somutlaştırılabilmiştir.

Dolaylı ayrımcılık kavramının ve dolaylı ayrımcılık yasağının uluslararası insan hakları hukukundaki anlamlandırılma süreci üzerine olan İkinci Bölüm'deki inceleme de, dolaylı ayrımcılık yasağının kökenlerini yansıtan gelişmelerin, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler sisteminde oluşturulan sözleşme ve belgeleri de etkilediğini göstermiştir. Zira, bu bölüm sonucunda, dolaylı ayrımcılık yasağının, uluslararası insan hakları hukukunda da yine farklı etkiden kaynaklı ayrımcılığa ilişkin bir yasak olarak anlam bulduğu anlaşılmıştır.

Avrupa Konseyi sistemi çerçevesinde yapılan inceleme doğrultusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile bu sözleşme ve şartların karar ve denetim organları tarafından oluşturulan karar ve görüşler bağlamında, dolaylı ayrımcılık yasağının ayrımcılık yasağı içinde nasıl yer bulduğuna cevap verilebilecek düzenlemeler ile karar ve görüşler olduğu görülmüştür. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun çalışmaları kapsamında hazırlanan raporlardan Türkiye ile ilgili olanlar ve genel politika tavsiye kararları bağlamında da dolaylı ayrımcılık yasağının konu edildiği tespit edilmiştir. Benzer bir

şekilde BM sistemi çerçevesinde yapılan inceleme doğrultusunda da, BM örgütü bünyesinde hazırlanan genel konulu insan hakları sözleşmeleri ile ayrımcılıkla mücadele konulu sözleşmeler ile ilgili sözleşmeler uyarınca kurulan denetim mekanizmalarının karar ve görüşlerinde de dolaylı ayrımcılık yasağının konu edildiği anlaşılmıştır.

Bu kapsamda ele alınan düzenleme ve karar ile görüşler çerçevesinde yapılan analiz, ispat yöntemine ilişkin olarak öngörülecek bazı kurallarla ve istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılmasının sağlanmasıyla dolaylı ayrımcılığın ispatının kolaylaştığını ve böylece dolaylı ayrımcılık yasağını işletmenin anlam kazanabileceğini göstermiştir. Bu analiz sonuç olarak, dolaylı ayrımcılığın mevcut dolaylı ayrımcı durum ve uygulamaların ortadan kaldırılmasına yönelik aktif önlemlerle desteklendiğinde, dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç olabileceğini de görmeyi sağlamıştır. Varılan bu sonuçlar, çalışmanın dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç olabileceği yönündeki iddiasının da test edilebilmesine imkân tanımıştır. Bu anlamda, belirlenen çerçevede incelenen uluslararası insan hakları hukuku bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının, belirli bir ırk ya da cinsiyet grubuna mensup olan kişiler ile engelli kişilerin maddi eşitliğe ulaşmalarında etkili bir hukuki araç olduğu doğrulanabilmiştir.

AK ve BM sistemlerinde belirtilen sözleşme ve belgeler doğrultusunda yapılan inceleme sonucunda, çalışmanın dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmalarında etkili bir hukuki araç olduğu iddiasının, sadece toplumun genelinden farklı bir ırk grubuna mensup kişiler, kadınlar ve engelli kişiler için geçerli olduğu görülmüştür. Yine de ilgili inceleme kapsamında dolaylı ayrımcılık yasağının ayrımcılığa karşı korunan diğer dezavantajlı gruplar için de belirtilen amacı taşıyan bir hukuki araç olmasını sağlayabilecek bazı hususların tümevarım yöntemiyle tespit edilebilmesi kazandırıcı olmuştur. Bu anlamda, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin başvuruyu değerlendirecek mekanizmaların nasıl şekillenmesi ve dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali iddiasında nasıl bir inceleme ve araştırma yürütülmesi gerektiğine ilişkin tespitlere erişilebilmiştir. Ayrıca, dolaylı ayrımcılık mağdurlarının, dolaylı ayrımcılığa uğradıkları yönündeki iddialarını temellendirmelerini destekleyici

usul hukuku kurallarının öngörülmesi ile dolaylı ayrımcılık sonucunda ortaya çıkan farklı ya da olumsuz etkiyi gidermeye ve sürdürmemeye yönelik bazı maddi hukuk düzenlemelerinin yapılması gerektiği de anlaşılmıştır. Uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde yapılan incelemeyle varılan sonuç, Üçüncü Bölüm'de dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukunda öngörüldüğü şekliyle dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç niteliği taşıyıp taşımadığı üzerine yapılan inceleme için de bir değerlendirme yöntemi kazandırmıştır.

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılığı yasaklayan Anayasal düzenlemeler üzerine olan inceleme kapsamında mevcut 1982 Anayasası'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. madde düzenlemesinin, 2004 ve 2010 yıllarında eklenen değişiklikler de göz önüne alınarak değerlendirildiğinde şekli eşitlik anlayışının ötesinde maddi eşitliği de kapsayan bir eşitlik anlayışını içerdiği anlaşılmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin ilgili içtihatları da 10. maddeyle öngörülen eşitlik anlayışının farklı durumdakilerin eşitlik arayışına da imkân tanıdığını ve bu eşitlik arayışının sadece hukuken değil, gerçekte eşitlik arayışına da genişletilebileceğini göstermiştir. Bu anlamda ilgili maddenin belirli bir ayrımcılık biçimini yasaklamaya yönelik olmadığı, literatürdeki görüşler ve Anayasa Mahkemesi'nin ilgili içtihatları doğrultusunda belirginleştirilmiştir. Bu doğrultuda, farklı etki ya da olumsuz sonuçlardan kaynaklanan dolaylı ayrımcılık yasağının da Anayasa'da öngörülen ayrımcılık yasağına dahil edilmesi önünde bir engel olmadığı sonucuna varılabilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili sınırlı değerlendirmeleri dolaylı ayrımcılık yasağının unsurları ve ispat yöntemine dair daha ileri yorumlar yapmaya izin vermemiştir.

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının açıkça öngörüldüğü düzenlemeler yanısıra ayrımcılığın etki temelli biçimini yasaklamaya imkân tanıyan ayrımcılık yasağı düzenlemelerini de gösterme hedefi doğrultusundaki incelemeyle de, dolaylı ayrımcılık yasağının yasal düzenlemeler çerçevesindeki yeri ve kapsamı belirlenebilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında işçi işveren ilişkisi kapsamında öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağı ile TİHEK Kanunu'yla öngörülen dolaylı ayrımcılık yasağı düzenlemelerinde AB Hukukunun etkisi görülürken; 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun kapsamında yer verilen engellilik temelli dolaylı ayrımcılık yasağının ise Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme paralelinde

düzenlendiği görülmüştür. Dolaylı ayrımcılık biçimine ve dolaylı ayrımcılık yasağına açıkça yer verilmeyen diğer ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler kapsamına ise dolaylı ayrımcılık yasağının dahil edilmesi önünde bir engel olmadığı anlaşılmıştır. Bu anlamda sadece dolaylı ayrımcılık yasağı ifadesiyle sınırlı olmayan; dolaylı ayrımcılık yasağını ifade eden farklı etki ya da olumsuz sonuçtan kaynaklanan ayrımcılık yasağı arayışıyla Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının normatif temellerini gösteren bu inceleme, sınırlı sayıdaki karar ve görüş bağlamında dolaylı ayrımcılık yasağının yerini de belirginleştirmiştir. Ancak nihayetinde her ne kadar dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukunda öngörüldüğü sonucuna varılmışsa da; dolaylı ayrımcılık yasağının, yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının karar ve görüşleri kapsamında dolaylı ayrımcılığın unsurları ile ispat yöntemine ilişkin söz söylemeyi mümkün kılacak ölçüde konu edilmediği anlaşılmıştır.

Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının denetimi üzerine yapılan inceleme kapsamında da, öncelikle dolaylı ayrımcılık mağdurlarının başvurabileceği yargısal denetim mekanizmaları gösterilmiş; sonrasında da yargı dışı denetim mekanizmalarını yürüten kurumlar gösterilerek, bu kurumlar görev ve yetkileri ile bu çalışma usulleri bakımından değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sonucunda, yasama organına bağlı şekilde parlamento eliyle denetimi gerçekleştiren TBMM İHİK ile TBMM KEFEK ile yürütme organına bağlı olarak denetim yürüten İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının yapı itibariyle bağımsız olmadıkları; çalışma usulleri de hesaba katıldığında yürüttükleri denetimin, tarafsız ve etkili bir denetim olarak nitelendirilemeyeceği anlaşılmıştır. Yasama organına bağlı şekilde KDK eliyle gerçekleştirilen denetim ile yürütme organına bağlı şekilde TİHEK eliyle gerçekleştirilen denetimin ise, ilgili kurumların çalışma usulleri bakımından diğer yargı dışı denetim mekanizmalarına göre daha etkili olduğu anlaşılmıştır. Ancak bu kurumlardan özellikle TİHEK üyelerinin göreve geliş usulü, ilgili Kurum'u siyaseten bağımsız bir kurum olarak nitelendirmeyi engellemiş ve bu durum ayrıca Kurum kararlarının tarafsızlığına da gölge düşürmüştür.

İncelemeye alınan yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının, dolaylı ayrımcılıkla mücadele bakımından, başka bir deyişle dolaylı ayrımcılık mağdurlarının ilgili mağduriyetlerini giderme noktasında sahip oldukları olanaklar açısından

değerlendirilmesi kapsamında ise öncelikle ilgili denetim mekanizmalarının erişilebilirliği sorgulanmıştır. Yargılama giderlerini içeren ve hukuk alanında uzmanlık gerektiren yargısal denetim mekanizmalarına başvuru, hukuk yargılaması, ceza yargılaması, idari yargılama ve anayasa yargısı kapsamındaki adli yardım ve hukuki destek olanakları bakımından değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sonucunda, adli yardım kapsamında yargılama giderleri ile avukattan ücretsiz hukuki yardım alma hakkının ayrımcılık mağdurları özelinde değerlendirilmesi halinde, ilgili yargısal denetim mekanizmalarını erişelebilir olarak nitelendirmenin mümkün olabileceği anlaşılmıştır. Yargı dışı denetim mekanizmalarına başvurunun ücretsiz olması ve hukuk alanında uzmanlığı gerektirmemesi ise yargı dışı denetim mekanizmalarını erişebilir olarak nitelendirmeyi mümkün kılmıştır. Ancak ilgili yargı dışı denetim mekanizmalarının kamuoyunda çok bilinmemesi, bu mekanizmalara yapılacak başvurunun Türkçe dilinde yapılmasının kural olarak öngörülmüş olması, e-başvuru olanaklarının çeşitli engellere sahip kişilere diğer kişilerle eşit koşullarda tanınmaması noktalarınının erişilebilirlik meselesi açısından sorunlu olduğu da görülmüştür. Bu değerlendirme kapsamında ayrıca insan hakları, temel hak ve özgürlükler, kadın hakları, çocuk hakları ve kamuyu ilgilendiren genel konulara yönelik başvurularda, KDK'ya şikayet başvurusunda bulunan gerçek ya da tüzel kişinin menfaat ihlalinin aranmamasının, toplumdaki dezavantajlı grupların şikayetlerini KDK'ya iletmelerini kolaylaştıcı bir düzenleme olduğu da anlaşılmıştır. Bu anlamda da, incelenen yargı dışı denetim mekanizmalarından sadece KDK eliyle yürütülen denetimin STK'lar ya da sendikalar aracılığıyla yürütülebilmesinin mümkün olduğu bahsiyle, KDK'nın diğer kurumlara daha erişilebilir nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.

Yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının, dolaylı ayrımcılıkla mücadeledeki etkinliklerini değerlendirmek adına da çalışmanın önceki bölümlerinde dolaylı ayrımcılıkla mücadele noktasında önemli olabileceği tespit edilen hususlar ışığında bir değerlendirme gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda, dolaylı ayrımcılık yasağıyla ilgili denetimi sağlayan mekanizmaların esas aldığı kanun ve yönetmelikler ile ilgili usul hukuku kuralları, dolaylı ayrımcılığın ispatı usulüne ilişkin, ispat yükünün yer değiştirmesi kuralını içerip içermediği ve istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılmasına izin verip vermediği açısından incelenmiştir. Ayrıca, maddi hukuk kapsamında, dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin olarak yargısal ya da

yargı dışı mekanizmalara başvuru sonucunda mağdurlaştırmanın yasaklanması kurumunun öngörülmüş olup olmadığı ve dolaylı ayrımcılık yasağının ihlaline karar verilmesi halinde bir yaptırımın uygulanıp uygulanmadığı hususları da değerlendirilmiştir.

Dolaylı ayrımcılık mağdurlarının dolaylı ayrımcılığa uğradıkları yönündeki iddialarını temellendirmelerini destekleyici usul hukuku kurallarına ilişkin olarak öncelikle ispat yükünün yer değiştirmesi kuralına dair bir inceleme yapılmış ve Türkiye hukukunda ispat yükünün yer değiştirmesi kuralıyla ilgili olarak bazı yasal düzenlemelerin mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ancak, dolaylı ayrımcılık yasağının denetimini yürüten mekanizmaların sınırlı sayıdaki karar ve görüşleri, bu yasal düzenlemeler doğrultusunda dolaylı ayrımcılık özelinde ispat yükünün yer değiştirmesi kuralının açıkça uygulanmadığını göstermiştir. İspat yükünün yer değiştirmesi kuralının uygulandığı tek dolaylı ayrımcılık değerlendirmesinin ise TİHEK'in başvuranın engellilik temelinde dolaylı ayrımcılığa uğradığı iddiası çerçevesinde yürüttüğü değerlendirme olduğu anlaşılmıştır. Bu durumun, TİHEK Kanunu'nda öngörülen ilgili usul kuralının "münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla" sadece TİHEK'e yapılan başvurular için öngörülmüş olmasından kaynaklı olabileceği düşüncesiyle de, ispat yüküne ilişkin bu kuralın, hukuk yargılaması bağlamında ayrımcılık yasağına ilişkin genel bir kural olarak düzenlenmesiyle Türkiye hukukunda anayasal ve yasal düzenlemeler bağlamında öngörülmüş olan dolaylı ayrımcılık yasağına işlerlik ve etkinlik kazandırılabileceği sonucuna varılmıştır.

Dolaylı ayrımcılık mağdurlarının dolaylı ayrımcılığa uğradıkları yönündeki iddialarını temellendirmelerini destekleyici bir usul hukuku kuralı olarak istatistiki verilerin dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılması bakımından ise Türkiye hukukunda eksikliklerin olduğu anlaşılmıştır. Bu da kişisel verilerin kullanılmasına ilişkin mevzuat ile diğer yasal düzenlemeler ve temel hak ve özgürlüklere uygun biçimde ayrımcılıkla mücadele amacıyla verilerin toplanıp işlenmesini sağlayacak yasal düzenlemelerin öngörülmesinin ve bu amaçla işleyecek etkin bir mekanizmanın oluşturulmasının önem arz ettiğini göstermiştir.

Dolaylı ayrımcılığın farklı ya da olumsuz etkisini gidermeye ve sürdürmemeye yönelik bir maddi hukuk düzenlemesi olarak mağdurlaştırmanın yasaklanması kurumunun ise, Türkiye hukukunda sadece iki yasal düzenlemede öngörüldüğü anlaşılmış ve ayrıca denetim mekanizmalarının değerlendirme ve incelemelerinde ayrımcılık mağdurlarının isimlerini gizleme imkanının olması da bu kapsamda incelenmiştir. Yine maddi hukuk düzenlemeleri kapsamında yer verilen yaptırım hususu bakımından ise Türkiye hukukunda öngörülen yaptırım uygulamasının, dolaylı ayrımcılık mağdurlarının zararlarını giderici ve dolaylı ayrımcılığın farklı ya da olumsuz etkisini ortadan kaldırmaya yönelik olmaktan uzak olduğu anlaşılmıştır. Dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali halinde öngörülen yaptırımların daha ziyade cezalandırmaya yönelik ve sembolik olarak düzenlendiği anlaşılmıştır. Bu durumun ise ayrımcı tutum ve davranışları ortaya koymak bakımından caydırıcılık sağlamadığı sonucuna varılmıştır.

Dolaylı ayrımcılık yasağı, Türkiye hukuku için her ne kadar yeni bir kuralsa da; yargısal ve yargı dışı denetim mekanizmalarının maddi eşitlik anlayışına yabancılığı ile dezavantajlı grupların ayrımcılığa uğrama haklarıyla bağlantılı eşitlik taleplerini ilgili denetim mekanizmaları önüne götürme oranının az olmasının da dolaylı ayrımcılık yasağının Türkiye hukukunda gelişimi önünde engeller oluşturduğundan bahsedilebilir. Bu engellerin aşılması yönünde, dolaylı ayrımcılık yasağının kavramsal gelişimi ile uluslararası insan hakları hukukundaki gelişimi doğrultusunda varılan sonuçlar doğrultusunda Türkiye hukukundaki eksiklikler tespit edilebilmiştir. Bu tespitlerin yardımıyla Türkiye hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe erişimlerinde daha etkili bir hukuki araç haline gelebilmesi için öneriler oluşturulmuştur.

Nihayetinde çalışma kapsamındaki iddianın, doğruluğunun ispatlanması çok daha önceki tarihlere denk düşen basit bir önermeden ibaret olmadığı da anlaşılmıştır. Nitekim çalışma sonunda, ilgili iddianın şimdiye kadar sadece teorik anlamda doğrulanabildiğini açıkça görmek mümkün olmuştur. Şüphesiz ki dolaylı ayrımcılık yasağının, uygulamada da dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç olduğunu söyleyebilmek için toplumsal kabuller, yerleşik inanç ve yargılar gibi birçok değişkenin ilgili amaçla uyumlu hale getirilmesi gerektiği iddia edilebilecek

ve söz konusu gerekliliğin "gerçek durum itibariyle" hiçbir zaman gerçekleşemeyeceğinden de bahsedilebilecektir. Bu söylemler karşısında dahi, dolaylı ayrımcılık yasağının dezavantajlı grupların maddi eşitliğe ulaşmaları için etkili bir hukuki araç olduğunda ısrar etmek ise, toplumsal eşitsizliklerin ürünü olan farklılıkların ve mevcut dezavantajlı durumların görünür hale gelmesini destekleyici bir etki yaratabilecek ve böylece görünür hale gelen farklılıklar ve dezavantajlı durumlar temelinde gündeme gelen etki temelli ayrımcılıkla mücadele de toplumsal dönüşümü sağlayabilecektir.

KAYNAKÇA

1.Kitaplar

Acar, Feride (2014). "CEDAW'dan İstanbul Sözleşmesine: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslarası Standartların Evrimi" Ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir, Gülriz Uygur. Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadın Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet, Ankara: Savaş Yayınevi.

Akıncı, Müslüm (2006). Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman. İstanbul: Beta Yayınevi.

Arnardóttir, Oddný Mjöll (2003). Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Arnardóttir, Oddný Mjöll (2009). "A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?" Ed: Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives. Brill | Nijhoff, ss.41–66.

Aşçı Akıncı, Nuray (2013). Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda vergilerde ayrımcılık yasağı, İstanbul: Beta.

Ayata, Gökçeçiçek, Sevinç Eryılmaz Dilek, Bertil Emrah Oder (Ed.) (2010). Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama. (Çev. D. Orhun, L. Uyar, S. Eryılmaz Dilek, M. Kaya). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Aybay, Rona (2015). İnsan Hakları Hukuku. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Bakırcı, Kadriye (2012a). Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Bakırcı, Kadriye (2012b). Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Bamforth, Nicholas, Maleiha Malik, Colm O'Cinneide (2008). Discrimination Law: Theory & Context, Text and Materials. London: Sweet & Maxwell,

Bayefsky, Anne F. (2015). "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law." Ed. Stephanie Farrior. Equality and Non-Discrimination under International Law. Newyork: Routledge, ss.71–104.

Berktay, Fatmagül (2013). "Feminist Teoride Açılımlar", Ed. Yıldız Ecevit ve Nadide Karkıner, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, 2. Baskı, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, ss. 2-23.

Broderick, Andrea (2015). The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities: The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Cambridge: Intersentia.

Burns, Tom R. (2011). "Towards a Theory of Structural Discrimination: Cultural, Institutional and Interactional Mechanisms of the 'European Dilemma.'" Ed. Gerard Delanty, Ruth Wodak, and Paul Jones. Identity, Belonging and Migration Liverpool: Liverpool University Press, ss.152–172.

Butler, Judith (2008). Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi. (Çev. B. Ertür). İstanbul: Metis Yayınları.

Cera, Rachele. (2017). "Article 2 [Definitions]," Ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Cham: Springer International Publishing. s 107–118.

Clifford, Jarlath (2015). "Equality." Ed. Stephanie Farrior. Equality and Non-Discrimination Under International Law. Newyork: Routledge, 2015. ss. 3–28.

Collins, Hugh, Tarunabh Khaitan (2018). "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions" Ed. Hugh Collins, Tarunabh Khaitan, Foundations of Indirect Discrimination Law, Oxford: Hart Publishing, ss. 1-30.

Connolly, Michael (2004). Townshend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials. London: Routledge Cavendish.

Connolly, Micheal (2016). Judicial Interpretations of Indirect Discrimination: A Comparative Study between Britain and the United States Part 1 1975-2000. Monograf

Craig, Ronald. (2007). Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Currier, Katherine A., Thomas E. Eimermann, and Marisa Szabo Campbell (2019). Introduction to Law for Paralegals a Critical Thinking Approach. 7th ed. New York: Wolters Kluwer.

Davaz, Asli ve diğerleri (2009). Türkiye Kadin Thesaurusu : Kadin Konulu Kavramlar Dizini. İstanbul: Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi Vakfı.

de Beauvoir, Simon (1983). Kadın "İkinci Cins": Evlilik Çağı,. (Çev. Bertan Onaran), 8. Baskı, İstanbul: Payel Yayınları.

de Schutter, Olivier (2007). "Chapter 7: Positive Action." Ed. Dagmar Scheik, Lisa Waddington, and Mark Bell. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law. Oxford, England: Hart Publishing.

de Schutter, Olivier (2010a) International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary, Cambridge: Cambridge University Press.

de Schutter, Olivier (2010b) "Avrupa Sosyal Şartı'nın İki Yaşamı", Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa için Yeni Bir Sosyal Anayasa, (Koordinatör: Olivier de Schutter) Avrupa Konseyi, Ankara: Şen Matbaa, ss. 7-32.

De Vos, Marc (2007). Beyond Formal Equality : Positive Action under Directives 2000 43 EC and 2000 78 EC, Luxembourg: EUR-OP.

Degener, Theresia, Andrew Begg. (2017). "From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle for the Recognition of the Rights of Persons with Disabilities at the United Nations." Ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Cham: Springer International Publishing, ss. 1-39.

Dericiler, Özge Yücel. (2014) Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Ferah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Doğru, Osman, Atilla Nalbant (2012). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler), 1. Cilt, Ankara: Şen Matbaa.

Doğru, Osman, Atilla Nalbant (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, Ek Protokol 1-1,1-2,1-3 maddeler), 2. Cilt, Ankara: Şen Matbaa.

Ecevit, Yıldız. (2011) "Toplumsal Cinsyet Sosyolojisine Başlangıç." Ed. Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner. Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, ss. 2–31.

Eidelson, Benjamin (2015). Discrimination and Disrespect. UK: Oxford University

Eren, Hayrettin (2016). Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu. Ankara: Adalet Yayınevi.

Fredman, Sandra (2011). Discrimination Law. Second Edition, London: Oxford University Press.

Fredman, Sandra (2018). Comparative Human Rights Law. London, England: Oxford University Press.

Freeman, Marsha A., Christine Chinkin ve Beate Rudolf (2012) The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary, Oxford: Oxford University Press.

Fullinwider, Robert (2011). "Affirmative Action." Ed. Edward N. Zalta. The Stanford Encyclopedia of Philosophy.

Fullinwinder Robert K. (2018). "Discrimination: word, concept, anti-norm-some historical sketches" Ed. Kasper Lippert-Rasmussen. The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination, London and New York: Routledge.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2010). "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında 'Özel Önlemler', 'Geçici Özel Önlemler', 'Pozitif Edim' ve 'Destekleyici Edim'", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Ankara: Adalet Yayınevi, ss. 105-306.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2010). "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında 'Özel Önlemler', 'Geçici Özel Önlemler', 'Pozitif Edim' ve 'Destekleyici Edim." Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan. Ankara: Adalet Yayınevi. ss. 105–306.

Gosepath, Stefan. (2015). "The Principles and the Presumption of Equality" Ed. Carina Fourie, Fabian Schuppert, Ivo Wallimann-Helmer Social Equality: On What It Means to Be Equals. Oxford: Vereinigtes Königreich.

Göregenli, Melek. (2012a) "Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık." Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan. Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012. ss. 17–27.

Göregenli, Melek. (2012b) "Ayrımcılığın Meşrulaştırılması" Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar. İstanbul : İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012. ss. 61–72.

Göztepe, Ece (2014). "Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle Bağlı Mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Rona Aybay' a Armağan, İstanbul: Legal Yay., ss. 1121-1151.

Gül, İdil Işıl (2012). "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* (Der. Kenan Çayır ve Müge Ayan Ceyhan), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 117-133.

Gül, İdil Işıl (2015). "Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi", Haz: Kenan Çayır, Melisa Soran, Melike Ergün, Engellilik ve Ayrımcılık, İstanbul: Karekök, ss. 31-44.

Gül, İdil Işıl, Ulaş Karan (2011) "Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme" Ed. Burcu Yeşiladalı, Gökçeçiçek Ayata, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Gülmez, Mesut (2004). Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Gülmez, Mesut (2009). İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Ankara: Belediye-İş Sendikası Yayınları.

Hacking, Ian (1999) The Social Construction of What? London: Harvard University.

Hanski, Raija, Martin Scheinin (2005) İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları. (Çev. Defne Orhun). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Heywood, Andrew (2011) Siyasal İdeolojiler, Çev. Ahmet Kemal Bayram, Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnaç, Şeyma Akın, Buğra Kalkan, 4. Baskı, Ankara: Adres Yayınları.

Holler Kallehauge (2009) "General Themes Relevant to the Implementation of the UN Disability Convention into Domestic Law: Who is Responsible for the Implementation and how should it be Performed?" The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives, Oddny Mjöll Arnatdottir ve Gerard Quinn (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers ss. 201-214.

Işık, Rüçhan (2012). "Toplu Şikayet Prosedürü", Anayasal Sosyal Haklar, İbrahim Kaboğlu (der.), İstanbul: Legal Yayıncılık, ss. 57 - 63.

Kanter, Arlene S. (2015). The Development of Disability Rights under International Law: From Charity to Human Rights. London: Routledge.

Kapani, Münci (1976). Kamu hürriyetleri. 5. Baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Kapani, Münci (1991). İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları. Ankara: Bilgi Yayınevi.

Karan, Ulaş (2012) "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve" Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 135-148.

Karan, Ulaş (2017) Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kasper Lippert-Rasmussen, (2017) (Ed.). The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination. New York : Routledge.

Kastoryano, Riva. (2009) "Introduction 'Multiculturalism': An Identity for Europe", Ed. Riva Kastoryano, An Identity for Europe?: The Relevance of Multiculturalism in EU Construction. New York: Palgrave Macmillan US, ss.1–23.

Khaitan, Tarunabh (2015). A Theory of Discrimination Law. London: Oxford University

Khaitan, Tarunabh (2017) "Indirect Discrimination" Ed. Kasper Lippert-Rasmussen The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination. New York : Routledge, ss. 30–41.

Kimber, Cliona J. M. (1996). "Equality or Self-Determination." Ed. Conor Anthony Gearty, Adam Tomkins. Understanding Human Rights. London: Mansell Publishing, ss. 266-292

Korkut, Levent (2009) Ayrımcılık Karşıtı Hukuku. Ankara: Adres Yayınları.

Lippert-Rasmussen, Kasper (2014). Born Free and Equal: A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination. Oxford: Oxford University Press.

Loenen, Titia (1999). "Indirect Discrimination: Oscillating between Containment and Revolution." Ed.Peter R. Rodrigues and Titia Loenen.Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. The Hague: Kluwer Law International, ss. 195-211.

Loenen, Titia (2008). Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination. Luxembourg: Publications Office.

MacKinnon, Catharine A. (2003). Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru. İstanbul: Metis Yayıncılık,

Makkonen, Timo (2012). Equal in Law, Unequal in Fact: Racial and Ethnic Discrimination and the Legal Response Thereto in Europe Brill | Nijhoff.

Mendoza, Jose Jorge (2018). "Discrimination in Immigration", Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge: London and Newyork, ss. 254-263.

Moeckli, Daniel (2015). "Equality and Non-Discrimination." Ed. Stephaine Farrior *Equality and Non-Discrimination under International Law*. Newyork: Routledge, ss.53–70.

Mulder, Louise (1999) "How Positive Can Equality Measures Be? Ed. Peter R Rodrigues, Titia Loenen. Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. The Hague: Kluwer Law International, ss.65-75

O'Cinneide Colm (2008). "The Right to Equality: A Substantive Legal Norm or Vacuous Rhetoric," Ed. Sonalini de Zoysa Gunasekera UCL Human Rights Review 2008. London: University College London, ss.80-102

Oakley, Ann (2015). Sex, Gender and Society. London: Routledge, Taylor & Francis Group

Omay, Umut (2011). Sosyal Haklar: Kısa ve Eleştirel Bir Bakış, İstanbul: Beta Yayınları.

Öden, Merih (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi Ankara: Yetkin Yayınları.

Özbudun, Ergun (2005). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005

Özdek, Yasemin. (2004). Avrupa Insan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye. Ankara: TODAİE.

Pincus, Fred L., (1994). "From Individual to Structural Discrimination," Ed. Fred L. Pincus and Howard J. Ehrlich. Race and Ethnic Conflict, Westview: Boulder CO. ss. 82–87

Polyviou, P.G. (1980). The Equal Protection of the Laws, London: Duckworth

Pyaneandee, Coomara, (2018). International Disability Law: A Practical Approach to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York: Routledge.

Rhode, Deborah L. (1992). "The Politics of Paradigms: Gender Difference and Gender Disadvantage", Ed. Gisela Bock ve Susan James, Beyond Equality and Difference: Citizenship, Feminist Politics and Female Subjectivity, London: Routledge, ss. 138-151.

Saul, Ben, David Kinley, and Jacqueline Mowbray (2014). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*. London: Oxford University Press.

Schiek Dagmar , Lisa Waddington , Mark Bell. (2007) "A Comparative Perspective on Non-Discrimination Law". Ed. Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oxford: Hart Publishing

Schiek, Dagmar. "Indirect Discrimination." Ed. Dagmar Scheik, Lisa Waddington, and Mark Bell. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Oxford: Hart Publishing, 2007. ss. 323–375.

Sepulveda, Magdalena, (2003). The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Antwerpen: Intersentia.

Sever, Çiğdem D. (2015), "İdeolojik Bir Kavram olarak Hukuki Eşitlik", Ed. Bora Erdağı, Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları, 1. Baskı, Ankara: NotaBene Yayınları.

Sever, Çiğdem D. (2018a). "İdare Hukukuna Feminist Pencereden Bakmak: Yaklaşım, Yöntem ve Bazı Meseleleri Yeniden Düşünmek", Ed. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ankara: Seçkin Yayınları, ss.213–238.

Sever, Çiğdem D. (2018b) "Ayrımcılığı İspatlamak: Güçlükler ve Olanaklar." Haz. Eşit Hakları İçin İzleme Derneği. 2018 Uluslararası Ayrımcılık Konferansı. İstanbul: Ceylan Matbaası.

Shakespeare, Tom (2011). "Sakatlık Sosyal Modeli" Der. Dikmen Bezmez. Sibel Yardımcı, Yıldırım Şentürk. Sakatlık Çalışmaları, Sosyal Bilimlerden Bakmak, İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları. ss. 51-62.

Şirin, Tolga (2018) *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usul Hukuku*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi.

Tanör, Bülent (1978). Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar. İstanbul: May Yayınları

Thomas, Carol (2011) "Sakatlık Kuramı: Kilit Fikirler, Meseleler, Düşünürler" Der. Dikmen Bezmez. Sibel Yardımcı, Yıldırım Şentürk. Sakatlık Çalışmaları, Sosyal Bilimlerden Bakmak, İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları. ss. 31-50.

Thomsen, Frej Klem. (2017). "Discrimination." Ed. William R. Thompson. Oxford Research Encyclopedia of Politics.

Titia, Loenen. (1999). "Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution." Ed. Titita Loenen and Peter R. Rodrigues.. Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Dordrecht: Kluwer Academic,

Tobler, Christa (2005). Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law Antwerpen Belgium: Intersentia.

Tobler, Christa, (2008). Limits and the Potential of the Concept of Indirect Discrimination, Luxembourg: Office for Offical Publications of the European Communities.

Tourkochoriti, Ioanna (2017). "Jenkins v. Kingsgate and the Migration of the US Disparate Impact Doctrine in EU Law." Ed. Fernanda Nicola and Bill Davies. EU Law Stories. Cambridge: Cambridge University Press, ss.418–445.

Traustadottir, Rannveig. (2009). "Disability studies, the Social Model and Legal Developments." Ed. Oddny Mjöll Arnardottir, Gerard Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Tuncay, A. Can (1982). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Uyar, Lema, (Ed.) (2006) Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Uzun, Ertuğrul (2015). "Amerikan Hukuki Realizmi", Ed. Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin, Ertuğrul Uzun, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İstanbul: İthaki Yayınları, ss. 75-89.

Vandenhole, Wouter (2005). Non-Discrimination and Equality in View of the UN Human Rights Treaty Bodies. Antwerpen: Intersentia.

Vierdag E.W. (1973). The Concept of Discrimination in International Law with special reference to Human Rights. The Hague: Martinus Nijhoff.

Warwick, Alexander McKean (1983) Equality and Non-Discrimination under International Law, Oxford: Clarendon Press.

Wentholt, Klaartje (1999). "Formal and Substantive Equal Treatment: The Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality" Ed. Titia Loenen and Peter R.

Rodrigues *Non-Discrimination Law: Comparitive Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, ss. 53–64.

Yücel, Özge (2018). "Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık", Ed. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

2.Makaleler, Bildiriler, Diğer Yayınlar

Ahtela, Karoliina (2005). "The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment." European Law Journal, 11(1), ss. 57–78.

Akbaş, Kasım, İlker Gökhan Şen (2013). "Türkiye'de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar." Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (13) ss.165–189

Alston, Phillip (1987). "Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights." Human Rights Quarterly, 9(3), ss. 332-381.

Arnardóttir, Oddný Mjöll (2007). "Non-Discrimination in International and European Law: Towards Substantive Models." Nordic Journal of Human Rights, 25(2), ss.140–157.

Arnardóttir, Oddný Mjöll. (2002), "Equality and Non-Discrimination in the European Convention on Human Rights: Towards a Substantive Approach." Edinburgh: The University of Edinburgh, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Arslan, Gülay (2014). "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt.LXII, ss. 3-43.

Atkins, Susan (1986). "The Sex Discrimination Act 1975: The End of a Decade", Feminist Review, No. 24, October 1986, ss. 57-70.

Bakırcı, Kadriye, (2012c). "İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler" Kadın Araştırmaları Dergisi, 2012/1(10), s.1-37.

Bakırcı, Kadriye (2019). "Alternatif" Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla 'Alternatif' İş Hukukuna Doğru" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 31(140), s.355–392.

Barnard, Catherine and Hepple, Bob (2000). "Substantive Equality", The Cambridge Law Journal, 59(3), 2000, s. 562-585.

Bayefsky, Anne F. (1990). "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", Human Rights Law Journal, 11(1-2). ss. 1-34.

Belton, Robert (2005). "Title VII at Forty: A Brief Look at the Birth, Death and Resurrection of the Disparate Impact Theory of Discrimination", Hofstra Labor & Employment Law Journal, 22(2), ss. 431-472.

Blumrosen, Alfred W. (1972). "Strangers in Paradise: Griggs v. Duke Power Co. and the Concept of Employment Discrimination", Michigan Law Review, Vol. 71, No. 1, November 1972, ss. 59-110.

Bribosia, Emmanuelle, Julie Ringelheim, Isabelle Rorive (2010). "Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law?" Maastricht Journal of European and Comparative Law, 17(2), ss.137–161.

Chamallas, Martha (2001). "The Market Excuse (reviewing Legalizing Gender Inequality: Courts, Markets, and Unequal Pay for Women in America by Robert L. Nelson, William P. Bridges)", University of Chicago Law Review, 68(2), ss. 579-612.

Cin, Emine (2011). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetlerine Girmede Cinsiyet Ayrımı." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXIX (l-2), ss. 1049-1072.

Cook, Rebecca (1993). "Women's International Human Rights Law: The Way Forward", 15 Human Rights Quarterly 230, ss. 230-261.

Cusack, Simon ve Lisa Pusey (2013), "CEDAW and The Rights to Non-Discrimination and Equality", Melbourne Journal of International Law, Vol. 14, ss. 1-39.

Çağlar Gürgey, Fatma İrem (2009). "Farklılıklar ve Tanınma Talepleri Karşısında Liberal Kavram ve İlkelerin Değerlendirilmesi." Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Çağlar, Selda (2011). "Engelli Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 96, Eylül-Ekim 2011, ss. 149-178.

Çağlar, Selda (2012). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu." Ankara Barosu Dergisi (3), ss.43-86.

Çetin, Evra (2014). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Çalışanların Hakları (8-11. Maddeler Kapsamında), İstanbul: Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014.

Daniel, Audrey, (2016). "The Intent Doctrine and CERD: How the United States Fails to Meet ITs International Obligations in Racial Discrimination Jurisprudence", DePaul Journal for Social Justice, 4(2), s. 263-312.

de Schutter, Olivier (2006). "Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law." Northern Ireland Legal Quarterly, 57(1), ss. 1-56.

Degener, Theresia. (2016). "Disability in a Human Rights Context." Laws, 5(35), 1-24.

Dent, George W. (1972). "Employment Testing: The Aftermath of Griggs v. Duke Power Company", Columbia Law Review, 72(5), May 1972, ss. 900-925.

Devroye, Jennifer (2009). The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic, Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 7, Issue 1, ss. 81-101.

Doğan Yenisey, Kübra (2005). "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi." *Legal İSGHD* (7), ss.973–1003.

Doğan Yenisey, Kübra (2006). "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı." Çalışma ve Toplum Dergisi. (4), ss.63–81.

Doyle, Oran (2007). "Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy." Oxford Journal of Legal Studies, 27(3), ss.537–553.

Dönmez, Burcu Demren (2012). "Ayırımcılık Suçu." Türk Barolar Birliği Dergisi, (102), ss. 9-58.

Durmuş, Betül. (2016). "Indirect Discrimination in the Practice of the United Nations Human Rights Treaty Bodies: Testing Originality and Coherence." Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Ekmekçi, Dilek (2013). "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu" Legal Hukuk Dergisi, 129(11), ss. 17-41.

Eroğlu, İzzet (2006). "TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu." Yasama Dergisi, 2, ss. 32-74.

Ersoy, Uğur (2017). "Nefret ve Ayrımcılık suçu (TCK m. 122)." Ceza Hukuku Dergisi, 2017(34), ss. 7-56.

Ertuğrul, İbrahim (2017). "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Meselesine Bir Bakış" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (131), ss. 347-372.

Etinski, Rodoljub (2013). "Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Right." Zbornik Radova Pravnog Fakulteta Novi Sad,47(1), ss.57–72.

Etinski, Rodoljub (2015). "Concept of Indirect Discrimination under Article 14 of the European Convention on Human Rights." Zbornik Radova Pravnog Fakulteta Nis, LIV(70), ss. 41–58.

Forshaw, Simon, Marcus Pilgerstorfer (2008). "Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in Between?" Industrial Law Journal, 37(4), ss.347–364.

Fredman, S. (2016). "The Reason Why: Unravelling Indirect Discrimination." Industrial Law Journal, 45(2), ss.231–243.

Fredman, Sandra (1999). "A Critical Review of the Concept of Equality in U.K. Anti-Discrimination Law", Independent Review of the Enforcement of U.K. Anti-Discrimination Legislation, Working Paper No. 3, University of Cambridge, Centre for Public Law & Judge Institute of Management Studies.

Fredman, Sandra (2005). Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide, South African Journal on Human Rights, 21(2), ss.163-190.

Fredman, Sandra (2016). "Substantive Equality Revisited", International Journal of Constitutional Law, 14(3), ss. 712-738.

Gardner, John (1989), "Liberals and Unlawful Discrimination", Oxford Journal of Legal Studies, 9(a1), ss. 1-22.

Gastwirth, Joseph (1997). "Statistical Evidence in Discrimination Cases". Journal of Royal Statistical Society, Seri A (Statistics in Society), 160(2), ss. 289-303.

Gutek, Barbara A, Aaron Groff Cohen, Anne S. Tsui (1996). "Reactions to Perceived Sex Discrimination." Human Relations, 49(6) ss.791–813.

Gül, İdil Işıl (2006). Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Gülmez, Mesut (2010) "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, ss. 217-266.

Hendriks, Aart (2002). "The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation

Discrimination." International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 18(4), ss. 403-428.

Hepple, Bob. (2006). "The European Legacy of Brown v. Board of Education." University of Illinois Law Review 2006(3), ss.605–624.

Hernández-Truyol, Berta E. (2011). "Unsex CEDAW? No! Super-Sex It!" Columbia Journal of Gender and Law, 20(2), ss. 195-223.

Hill, Herbert (1977). "The Equal Employment Opportunity Acts of 1964 and 1972: A Critical Analysis of the Legislative History and Administration of the Law", Berkeley Journal of Employment & Labor Law, 2(1), Spring 1977, ss. 1-96.

Holmes, Elisa. (2005). "Anti-Discrimination Rights without Equality" The Modern Law Review 68(2), ss.175–194.

Ivănuş, Cătălina-Adriana (2014). "Justification for Indirect Discrimination in EU." Perspective of Business Law Journal, 3(1), ss.153–160.

İnceoğlu, Asuman Aytekin (2015). "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçunun 'Nefret Suçu' Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, 13(150), ss.37-65.

Jolls, Christine (2001). "Antidiscrimination and Accommodation." Harward Law Review (115), ss. 642–699.

Kanter, Arlene S. (2011). "The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or An Introduction to Disability Legal Studies". Columbia Human Rights Law Review. 42(2), ss. 403-479.

Kanter, Arlene S. (2015). "A Comparative View of Equality Under The UN Convention On the Rights Of Persons With Disabilities And The Disability Laws Of The United States And Canada" Windsor Yearbook of Justice 32(2), ss. 65-90.

Karan, Ulaş (2015). "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi." Anayasa Yargısı 32(1), ss. 235–306.

Karan, Ulaş (2007). "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 73, 2007, ss. 146 – 173.

Katcher, Avrum L., Mary Grace Lanese (1985). "Breast-Feeding by Employed Mothers: A Reasonable Accommodation in the Work Place." Pediatrics, 75(4), ss. 644–647.

Kaya, Gözde (2010). "Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı" İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Kocasakal, Ümit (2015). "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)." Ceza Hukuku Dergisi, (28), ss. 7- 40.

Lippert-Rasmussen, Kasper (2006). "The Badness of Discrimination." Ethical Theory and Moral Practice, 9(2), 2006, pp. 167–185.

Loenen, Titia. (1994). "Rethinking Sex Equality as a Human Right." Netherlands Quarterly of Human Rights, 12(3), ss.253–270.

Loenen, Titia. (2000). "Indirect Discrimination as a Vehicle for Change." Australian Journal Of Human Rights, 6(2), ss.77–100.

Minow, Martha (1991). Differences Among Difference, UCLA Women's Journal, 1(0), ss. 165-168.

Morris, Andrew J. (1995). "On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice," Oxford Journal of Legal Studies, 15(2), (Summer 1995), ss. 199-228.

National Research Council (2004). Measuring Racial Discrimination, Panel on Methods for Assessing Discrimination, Ed. Rebecca M. Blank, Marilyn Dabady ve Constance F. Citro, Washington DC: The National Academies Press.

Odyakmaz Zehra, Bayram Keskin, Yusuf Deniz, (2016). "6701 Sayılı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme - 1" I. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. ss.721-761.

Oppenheimer, David B. (1992). "Negligent Discrimination", University of Pennysylvania Law Review, Vol. 141, 1992, ss. 899-972.

Ormanoğlu, Hatice Derya (2016). Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), ss. 2241-2276.

Pincus, Fred L. (1996). "Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional, and Structural." The American Behavioral Scientist, 40(2), ss.186–194.

Placios, Agustina (2015). "The Social Model in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.", The Age of Human Rights Journal, 4, June 2015, ss. 91-110.

Ramcharan, B. G. (2015). "Equality and Non-Discrimination", Ed. Stephanie Farrior, Equality and Non-Discrimination under International Law, Newyork: Routledge, ss.29-52.

Rosenblum, Darren (2011). "Unsex CEDAW, or What's Wrong with Women's Rights." Columbia Journal of Gender and Law 20(2), ss.98–194.

Sever, Çiğdem D. (2016). "Kamu Denetçiliği Kurumu'nun İki Tavsiye Kararı Üzerinden Eğitim Hizmetlerinde İdarenin Farklı Muamele Yükümlülüğünü Düşünmek." Terazi Hukuk Dergisi, 11(117), ss.38–49.

Seymen Çakar, Ayşen (2018). "Sosyal Hakların Gerçekleştirilebilirliği." Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Stewart, Alastair (2009). "A Critical Analysis of DH v Czech Republic: Understanding the Recent Shift in Strasbourg's Thinking", Edinburgh Student Law Review (I), ss. 90 – 104.

Strauss, David A. (1992). "The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Result." *William and Mary Law Review* 34(1), ss.171-188.

Türkmen, Ahmet (2017). "6701 Sayılı Kanun'da Yer Alan Ayrımcılık Yasağının Sözleşme Hukukuna Etkilerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme." Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(149-150). ss. 135-178.

Ulusoy, Zeynep Duygu (2008). Ayrımcılıkla mücadelede bir araç olarak etnik veri. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Van Laer, Koen, Maddy Janssens (2011). "Ethnic Minority Professionals' Experiences with Subtle Discrimination in the Workplace." *Human Relations; Studies Towards The Integration of the Social Sciences* 64(9), ss. 1203–1227.

Waddington, Lisa (2011a). "Reasonable Accommodation: Time to Extend the Duty to Accommodate beyond Disability?" NTM|NJCM-Bulletin, 36(2), ss.186–198.

Waddington, Lisa (2011b). "The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences", Maastricht Journal of European and Comparative Law, 18(4), ss. 431- 453.

Waddington, Lisa B, Aart Hendriks (2002). "The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accomodation Discrimination." International Journal of Comparative Labour Law and Industrial relations 18(4), ss. 403–427.

Wallace, Chloe J. (1999). "European Integration and Legal Culture: Indirect Sex Discrimination in the French Legal System." Legal studies, 19(3), September 1999, ss.397–414.

Westen, Peter (1982). "The Empty Idea of Equality", Harward Law Review, 95(3), ss.537-596

Yılmaz, Didem (2015). "6216 Sayılı Kanundaki 'Taraf Olma' Koşulu ve AİHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64(3), ss.815–854.

Yılmaz, Mehmet Şerif (2010). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi.

Young, Iris Marion (2001). "Equality of Whom?: Social Groups and Judgements of Injustice", *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 9, No. 1, s. 1-18.

3.Elektronik kaynaklar

"The Civil Rights Act of 1991", https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/1990s/civilrights.html (Erişim tarihi: 27.03.2019).

"The Nicomachean Ethics of Aristotle" (1906). F.H. Peters (çev.), London: Kegan Paul, Trench, Trübner & Co.&Ltd. https://www.stmarys-ca.edu/sites/default/files/attachments/files/Nicomachean_Ethics_0.pdf (Erişim Tarihi: 30.08.2020).

"Title VI – Intentional Discrimination and Disparate Impact", https://www.fhwa.dot.gov/civilrights/programs/docs/Title%20VI%20-%20Intentional%20Discrimination%20and%20Disparate%20Impact.pdf, s. 5-11, (Erişim Tarihi: 18.06.2020).

"Title VI – Intentional Discrimination and Disparate Impact", https://www.fhwa.dot.gov/civilrights/programs/docs/Title%20VI%20%20Intentional%20Discrimination%20and%20Disparate%20Impact.pdf , s. 15. (Erişim Tarihi: 19.06.2020).

- (2019). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Haz. Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, Ankara: Anayasa Mahkemesi

Yayınları, https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf (Erişim Tarihi: 13.09.2020).

Allen, Jessie (1995). "A possible remedy for unthinking discrimination", *Brooklyn Law Review, Vol. 61, Issue:4*, 1995, ss. 1299-1345, https://core.ac.uk/download/pdf/228615896.pdf (Erişim Tarihi: 27.06.2020)

Altman, Andrew (2020). "Discrimination", Ed. Edward N. Zalta, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2020 Edition), First published Tue Feb 1, 2011. https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/discrimination/ (Erişim Tarihi: 30.08.2020).

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi (2010), Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf (Erişim Tarihi: 23.04.2019).

Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, *"AB'nin Tarihçesi"*, https://www.avrupa.info.tr/tr/abnin-tarihcesi-82 (Erişim tarihi: 13.04.2019).

Aybay, Rona (2006). Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 113, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/iheb.pdf Erişim Tarihi: (04.09.2019).

Bayefsky, Anne F., Denesha Reid and Kathryn Balmforth, (2000), "The CEDAW Convention: Its Contribution Today" Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law, Vol. 94 (APRIL 5-8, 2000), ss. 197-203 Published by: Cambridge University Press on behalf of the American Society of International Law Stable URL: https://www.jstor.org/stable/25659389 (Erişim Tarihi: 18.01.2020).

Bell, Mark (2007). "Introducing Positive Action", Putting Equality into Practice - What Role for Positive Action?, Belgium: European Commission https://biblio.ugent.be/publication/438237/file/733550.pdf (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

Charlton, J. (1998). Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment. University of California Press, www.jstor.org/stable/10.1525/j.ctt1pnqn9 (Erişim Tarihi: 06.03.2020).

Coşkun, Ayşegül Atay (2018). "İstinaf Yargılaması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart – Nisan 2018, 30(135), ss. 261-308, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-135-1757 (Erişim Tarihi: 02.10.2020).

Council of Europe, *"47 Member States"*, https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

Council of Europe, "Charts of signatures and ratifications", https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/001/signatures?p_auth=XNW6tXuz (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

Council of Europe, *"Complete list of the Council of Europe's Treaties"*, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

Çavuşoğlu, Naz (2005). "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi "Katılım Meselesi"", Anayasa Yargısı Dergisi, 2005/22, https://www.anayasa.gov.tr/media/4610/naz.pdf (Erişim Tarihi: 17.05.2019).

de Schutter, Olivier (2005). The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/The%20prohibition%20of%20Discrimination%20under%20Human%20Rights%20Law.pdf (Erişim Tarihi: 22.04.2020).

de Schutter, Olivier. "Proving Discrimination", http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2003_De_Schutter_EN.pdf (Erişim Tarihi: 22.12.2020).

Eskişehir Barosu, "Ayrımcılık ile Mücadele Komisyonu" http://www.eskisehirbarosu.org.tr/ayrimcilik-ile-mucadele-komisyonu (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

Eşitlik Forumu, "Korona Günlerinde de Ayrımcılık Çevrimiçi Konferans Serisi", Covid-19 ile Mücadelede Ulusal Eşitlik Kurumları: Avrupa ve Türkiye Örnekleri, Online Konferans, 24 Temmuz 2020, Saat 14.00, Ulaş Karan (40.00-41.25 dk.), https://www.youtube.com/watch?v=vrfTK4TJX88&feature=youtu.be (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

European handbook on equality data, 2016 revision. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

European network of legal experts in gender equality and non-discrimination (2020), "Country report, Gender Equality: How are the EU rules transposed into national law, Turkey" (Hazırlayan: Kadriye Bakırcı), https://www.equalitylaw.eu/downloads/5248-turkey-country-report-gender-equality-2020-2-1-mb (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

European network of legal experts in gender equality and non-discrimination (2020), "Country report, Non-discrimination: Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/7, Turkey", (Hazırlayan: Ulaş Karan), s. 13-14, https://www.equalitylaw.eu/downloads/5281-turkey-country-report-non-discrimination-2020-2-35-mb (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

European network of legal experts in gender equality and non-discrimination (2020), "A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2019", (Hazırlayanlar: Isabelle Chopin ve Catharina Germaine), s. 127-138, https://www.equalitylaw.eu/downloads/5118-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2019-1-72-mb (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

Fullinwider, Robert (2018) "Affirmative Action", Ed. Edward N. Zalta, The Stanford Encyclopedia of Philosophy *(Summer 2018* Edition) https://plato.stanford.edu/entries/affirmative-action/ (Erişim Tarihi: 27.07.2020).

ILO Türkiye Ofisi, *Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri,* https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm (Erişim tarihi: 23.12.2020).

Institut de Droit International*, "About the Institute"*, http://www.idi-iil.org/en/ (Erişim Tarihi: 11.07.2019)

Institut de Droit International, *Session de New York* (1929), Vol. II, p. 300. http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1929_nyork_03_fr.pdf (Erişim Tarihi: 11.07.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası, *"Avrupa Konseyi – Genel Bilgi"*, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/29-avrupa-konseyi-genel-bilgi/ (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

Lee, Audrey J. (2005). "Unconscious Bias Theory in Employment Discrimination Litigation", Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, Vol. 40, Issue. 2, 2005, ss. 481-503, https://pdfs.semanticscholar.org/62c3/a2d2317e9db3931c65870d23834621097770.pdf (Erişim Tarihi: 27.06.2020).

Lilian, Chenwi (2009). "Correcting the historical asymmetry between rights: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights." African Human Rights Law Journal, 9(1), ss. 23-51, http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S199620962009000100003&lng=en&tlng=en. (Erişim Tarihi: 20.10.2019).

Littleton, Christine A. (1987), "Reconstructing Sexual Inequality", California Law Review, 75(4), ss. 1279-1337. https://pdfs.semanticscholar.org/30ca/49f8af85abebf516d7e6053165a23a70789e.pdf?_ga=2.140243315.1777086179.1587212553-1038686315.1584193802 (Erişim Tarihi: 19.04.2020).

Makkonen, Timo (2002). "Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore." Åbo Academy

University Institute for Human Rights, ss. 1-65. https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf (Erişim Tarihi: 03.05.2020).

NAACP Legal Defense and Education Fund, Inc. "History", https://www.naacpldf.org/about-us/history/ (Erişim tarihi: 19.02.2019).

Oostland, Rolanda (2006). "Non-discrimination and Equality of Women: A comparative analysis of the interpretation by the UN Human Rights Committee and the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Utrecht: Utrecht University, https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/9832/full.pdf (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

Özekes Muhammet (2008). Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz). Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 134, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla-medeni-usul-hukuku.pdf (Erişim Tarihi: 02.10.2020).

Pembe Hayat LGBTİ+ Dayanışma Derneği (2019), "Cinsel kimlik ayrımcılık temelleri arasında sayılmıyor", 11.02.2019, http://www.pembehayat.org/haberler/detay/2061/ldquocinsel-kimlik-ayrimcilik-temelleri-arasinda-sayilmiyorrdquo (Erişim Tarihi: 07.12.2020).

Pembe Hayat LGBTİ+ Dayanışma Derneği (2019), "Pembe Hayat Derneği, TİHEK'e açtığı davayı kazandı", 13.12.2019, http://www.pembehayat.org/haberler/detay/2284/pembe-hayat-dernegi-tihekrsquoe-actigi-davayi-kazandi (Erişim Tarihi: 07.12.2020).

Réaume, Denise (2013). "Dignity, Equality, and Comparison", Ed. D. Hellman, and S. Moreau, Philosophical Foundations of Discrimination Law, Oxford, Oxford University Press, 2013. https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=118071094081101001120084004019011120051002022033030034120116023109120064005100017106002028029055022035011121095093081112005124057083038050074011093093014124091001051013078085103089001002089125019084099123082005104123025083029072124105072072084020110&EXT=pdf (Erişim Tarihi: 11.07.2020).

Sowell, Thomas (2008). "Affirmative Action: A Worldwide Disaster", 2008, https://pdfs.semanticscholar.org/8049/aeea9af0d9e5add97d72d17339542af7d5ad

.pdf?_ga=2.188594536.1998722252.1596556026-1038686315.1584193802 (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (2010), 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, http://www.turkis.org.tr/dosya/R9u5NtHtxPP3.pdf

Türkiye Kadın Thesaurusu: Kadın Konulu Kavramlar Dizini 2009, İstanbul: Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi Vakfı, http://kadineserleri.org/wp-content/uploads/2020/04/T%C3%BCrkiye-Kad%C4%B1n-Thesaurusu.pdf (Erişim Tarihi: 06.08.2020).

van den Bogaert, Sina (2011). Roma Segregation in Education: Direct or Indirect Discrimination? An Analysis of the Parallels and Differences between Council Directive 2000/43/Ec and Recent ECtHr Case Law on Roma Educational Matters, ss. 720-753. https://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_4_a_719_754.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2019).

Wax, Amy L. (2008). "The Discriminationg Mind: Define It, Prove It", *Connecticut Law Review*, Volume: 40, Number: 4, ss. 981-1022. https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=582114003071117101104002093030117081029032054004040066067029083028071098106089011096122097062099041113051099025083118065112103126050004093022003021110092071095022077022079006117071096069027006020098108081107120118101109015001005005108064102066081124&EXT=pdf&INDEX=TRUE, (Erişim Tarihi: 03.07.2020).

Yücel Bodur, Mehtap (2019). "Çalışma Hayatında Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı", Ed. Süheyla Suzan Gökalp Alıca ve Necdet Başa, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt I, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 517-533, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/633.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2020).

ÖZGEÇMİŞ

Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK BÜYÜKÇAĞLAR
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans	2014	Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku
Lisans	2010	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Lise	2005	Ayvalık Anadolu Lisesi