

# ANAYASAL EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI: ELEŞTİREL VE AYKIRI DÜŞÜNCELER\*

Mesut Gülmez  
Emekli Öğretim Üyesi

## LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL D'ÉGALITÉ ET DE NON- DISCRIMINATION: CONSIDÉRATIONS CRITIQUES ET DISSIDENTES

### RÉSUMÉ

Le principe d'égalité et de non-discrimination, rédigé certes, sous différentes formes du point de vue du sujet et du contenu, est garanti depuis la Constitution de 1876. Néanmoins, c'est dans la Constitution de 1961 que pour la première fois, le principe d'égalité et celui de

---

\* Aşağıdaki uzun açıklamadan önce, bu makalenin; yeni Anayasa yapmanın gündemde olduğu bir sırada, anayasal eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı üzerinde yeniden düşünme ve farklı disiplinlerden akademisyenler ile konuya ilgi duyan tüm kişi, örgüt ve kesimlerin katıldığı bilimsel tartışmalar yapma fırsatı doğurması dileğimi, içtenlikle belirtmek istiyorum.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusunda 2009-2011 arasında ardi ardına katıldığım toplantı ve yaptığım yayınlar, ikibuçuk yıl geriye dönerek, yer yer özeleştir, eleştir ve yeni aykırı düşüncelerimi içeren bu bildirim / makalenin oluşumu ve özgünlüğü konusunda bazı açıklamalar yapmamı gerektiriyor. Bunu, aynı zamanda, dikkatli okurların karşılaştırma yapmak isteyebileceklerini düşündüğüm için de zorunlu görüyorum.

“*İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*” başlıklı kitabımın ilk basısında, 1982 Anayasası'nın Başlangıcındaki “*anayasal temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma ilkesi*”ne kısaca değinmekle yetinmişim (Gülmez, 2009: 546).

Kitabın Nisan 2009'da yayımlanmasını izleyen bir yıl içinde, özellikle de 2009'un sonu ile 2010'un ilk yarısı arasındaki altı aylık dönemde katıldığım üç toplantıya sunduğum bildirilerde, ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesini ulusal ve ulusalüstü boyutlarıyla düşünmeyi, üzerinde derinleşmeyi ve aynı zamanda kendimle de tartışmayı sürdürdüm.

Bu toplantılardan ilki olan ve 9-11 Aralık 2009 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirilen *11. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi*'ne sunduğum bildiride, Anayasa Hukuku ile İş Hukuku öğretilerinde paylaşmadığım bazı yaygın görüşlere karşı “aykırı düşüncelerimi” dile getirdim. Bu bildiri için hazırlanırken, kitapta yer ver(e)mediğim Anayasa Hukuku öğretisinin; gerek genel olarak Başlangıçtaki ilkelerin hukuksal niteliği, gerekse özel olarak bu ilkeyi Anayasa'nın 2. maddesi anlamında “temel ilke” niteliğinde görüp görmedikleri, dolayısıyla da Başlangıç ilkeleri arasında sayıp saymadıkları konusundaki görüşlerini karşılaştırmalı biçimde ele alıp değerlendirdim (karş. için bkz.: Gülmez, 2010b: 231-232).

Birincisinden dört ay sonra, İş Müfettişleri Derneği'nce 3-4 Nisan 2010 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen “*III. Çalışma Yaşamı Kongresi*”ne katıldım ve bu ikinci toplantıda sunduğum bildirim başlığı da, “Eşit Davranma ve Ayrımcılık Yasağı İlkesinin Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” idi (Gülmez, 2011a: 245-286).

non-discrimination qui constitue sûrement le complément inséparable du premier, ont été explicitement prévus pour “toute personne.” Bien qu’elle eut pris en considération comme sources internationales la Déclaration universelle des droits de l’Homme et la Convention européenne des droits de l’Homme, la Constitution de 1961 avait énuméré les causes de discrimination sans y avoir ajouté l’adverbe “notamment.” Elle n’avait pas non plus garanti par une formulation précise l’égalité devant la loi, de façon à mettre l’accent sur la jouissance effective des droits et libertés reconnus”.

Quant à la Constitution de 1982, sa particularité réside sans doute dans le fait qu’elle a prévenu dans son Préambule, en tant que “principe fondamental” de la République, “la jouissance des droits et libertés fondamentaux, énoncés dans cette Constitution, conformément aux impératifs d’égalité et de justice sociale.” La plupart des académiciens de la doctrine du droit Constitutionnel ne mentionnent pas ce principe du Préambule qui fait pourtant partie intégrante de la Constitution en vertu de ses dispositions particulières à cet égard. Contrairement à l’opinion courante de la doctrine, on peut soutenir l’idée que le principe de la jouissance des droits et libertés constitutionnels, dont des droits sociaux,

---

Bundan iki buçuk ay sonra ise, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu’nun öncülüğünde, 25 Haziran 2010 günü İstanbul’da düzenlenen “Türkiye’de Eşitlik ve Anayasa” Konferansına da, çağrı üzerine, “Türkiye’de Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik: Anayasa ve Uluslararası Hukuk” başlıklı bir bildiriyle katıldım.

Bu toplantılardan ilk ikisine sunduğum bildirimler yayımlandı, üçüncüsü ise –Konferans kitaplaştırılmadığı için– yayına dönüşmedi. İlk toplantıya sunduğum bildirim konusunu ben belirledim, son ikisi ise bana önerildi.

Bunlara çalışırken, özellikle Kitapta hiç yada yeterince durmadığımı yada temelde Kitap çalışması olmasından ileri gelen bazı nedenlerle durmadığımı gördüğüm yönleri üzerinde –doğallıkla yeni kaynaklara erişerek– özeleştiriyi de kapsamak üzere düşünmeyi sürdürdüm, temelde “ders kitabı” nitelikli kaynaklardan oluşan Anayasa Hukuku öğretisinde değinilmeyen kimi noktaları tartıştım, değinilen noktalarda da görüşlerimi ortaya koydum.

III. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu’nun, 18 Ekim 1961 tarihinde kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı’nın 50. yıldönümü olmasını da göz önünde bulundurup “ana konu”su olarak “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı”nı belirleyince, konunun Türk hukuku boyutunun incelenmesini üstlenmek bana düştü. Konuyu, “Türk Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı” gibi kapsamlı bir başlık altında, ama temel yönleriyle genel olarak anayasa hukuku ile çalışma hukuku üzerinde yoğunlaşarak ele almayı düşündüğümünden, Sempozyum Programında bu başlık altında yer aldı.

Ne var ki görüldüğü üzere, Sempozyum kitabındaki bu makalede, konuyu yalnızca Anayasa’daki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile sınırlı yaptım; başlarken düşündüğümün tersine, Anayasa Mahkemesi kararlarına da yer vermedim. Bunun tek nedeni var: Bildirinin, zaten Sempozyum ilkelerinin sınırlarını çok aşan oyların katlanmaması.

Kitap ile izleyen yayınlar ve özellikle III. Sempozyum Kitabındaki bu bildiri karşılaştırıldığında da görülebileceği gibi, bu kez, hem hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma ilkesini bağımsız bir başlık altında daha ayrıntılı olarak inceleyip tartışmaya çaba gösterdim, hem de 10. maddeyi çok daha geniş ve sistematik biçimde, anayasal eşitlik ilkesinin tüm bileşenlerini ayrı altbaşlıklar altında ele alarak inceledim. Özellikle, 2004’te eklenen iki cümleli 2. fıkrayı, genel olarak “kadınlar yararına” olumlu ayrımcılık önlemlerinin eşitlik ilkesine aykırı sayılmamasına, olumlu ayrımcılığa anayasal dayanak kazandırılmasına yönelik bir düzenleme biçiminde değerlendiren Anayasa Hukuku öğretisinde değinilmediğini gördüğüm farklı bir yaklaşımla irdeleyip tartıştım, tartışmaya açmak istedim.

Anayasa düzeyinde derinlemesine tartışmak için konuyu sınırlanmış olsam da, konuşmamı programdaki başlığa olabildiğince uygun bir içerikle yerine getirme çabası içinde olmaya özen göstereceğimi, özellikle çalışma hukuku alanındaki “aykırı” düşüncelerimi aktaracağımı eklemek isterim.

signifie, au-delà de l’égalité formelle ou juridique prévue dans le 1<sup>er</sup> alinéa de l’article 10, “l’égalité matérielle” dont l’État est tenu de concrétiser et d’assurer la réalisation. Pourtant, le fait que ce principe du Préambule, ne reconnaît le droit de bénéficier de cette égalité qu’au “*citoyen turc*”, constitue à mon avis une contradiction non négligeable à la fois avec les conventions internationales des droits de l’Homme, ratifiées par la Turquie, et avec le 1<sup>er</sup> alinéa de l’article 10.

En fait, le 1<sup>er</sup> alinéa de l’article 10 de la Constitution de 1982, comprenant deux modifications effectuées en 2004 et 2010, assure le principe d’égalité devant la loi et celui de non-discrimination pour “*toute personne*.” D’autre part, en ajoutant à la fin des causes de discrimination énumérées l’expression “...*fondée sur des considérations similaires*”, elle interdit d’une manière exhaustive les discriminations fondées sur diverses causes qui ne sont pas ouvertement mentionnées, à savoir: l’âge, le handicap, l’origine ethnique, l’identité et l’orientation sexuelles, etc... Selon la jurisprudence dominante du Conseil constitutionnel qui néglige complètement le principe fondamental d’égalité du Préambule dans ces arrêts concernant le principe d’égalité, l’article 10 ne garantit que l’égalité formelle, et la protection constitutionnelle ne couvre pas l’égalité matérielle. En plus, à ma connaissance, il n’a malheureusement pas donné une définition quelconque de celle-ci.

L’approche dominante dans la doctrine du droit Constitutionnel soutient que l’alinéa 2 de l’article 10, ajouté en 2004, n’a pour valeur que celle d’une disposition de “discrimination positive en faveur des femmes.” Or cette disposition selon laquelle “*les femmes et les hommes ont des droits égaux. L’État est tenu d’assurer la mise en pratique de cette égalité*”, n’est pas une garantie constitutionnelle destinée uniquement à l’adoption des mesures prévoyant des avantages spécifiques réservés seulement aux femmes. En effet, la forme de rédaction de cette disposition reconnaît clairement que “les femmes et les hommes”, en tant que sujets constitutionnels “ont des droits égaux.” Dans cette formulation ou rédaction affirmative de l’alinéa 2, l’ordre grammaticale des sujets n’a pas d’importance. Si l’on voulait disposer une règle de discrimination positive uniquement en faveur des femmes, il faudrait rédiger cet alinéa de l’article 10 comme suivant: “***Les femmes, ont des droits égaux avec les hommes.***”

D’autre part, la deuxième phrase de l’alinéa 2 de l’article 10, qui prévoit pour l’État une obligation “d’assurer la mise en pratique de cette égalité”, constitue et justifie à mon avis une disposition de l’égalité matérielle. La disposition ajoutée en 2010 dans le but de renforcer la discrimination positive vise à interdire d’interpréter les mesures à prendre à cette fin comme contraires au principe d’égalité. De même, selon l’alinéa 3 ajouté également en 2010, les mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à certains groupes désavantagés (enfants, personnes âgées, handicapés et veufs et orphelins des martyrs de guerre et de service), ne sont pas contraires au principe d’égalité.

En face de l’ensemble de ces dispositions du Préambule et de l’article 10, on peut et on doit conclure que l’État doit à la fois “respecter”, “protéger” et “réaliser”, en droit et en pratique, le principe constitutionnel d’égalité dans ses deux dimensions indivisibles, et les tribunaux, y compris Le Conseil constitutionnel, doivent prendre en considération comme un droit justiciable non seulement l’égalité formelle mais aussi et surtout l’égalité matérielle, reconnue par le Préambule et l’alinéa 2 de l’article 10.

Pour terminer, je souhaiterais formuler une proposition courte ayant une relation significative avec la question de renouveler la Constitution ou de rédiger une Constitution toute nouvelle, question qui, depuis les élections du 12 Juin 2010, domine l'ordre du jour politique du pays où l'on ne parle plus des droits sociaux et de l'Etat social:

Le principe d'égalité doit être rédigé dans la Constitution en des termes et notions justes et convenables qui reflètent la substance de toutes les connaissances et expériences du droit international des droits sociaux de l'Homme.

“Yasa önünde eşitlik”, bu genel ilkenin 1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan “olumlu” boyutunun, farklı sözcükler kullanılmış olsa da ortak anlatımıdır. 1961 Anayasası’nda “eşitlik” ve 1982 Anayasası’ndaysa “kanun önünde eşitlik” kenar başlıkları altında ayrımcılık yasağını da kapsayan “olumsuz” boyutuyla birlikte düzenlenmesi ise, ilk kez 1961 Anayasası’nda gerçekleştirildi. Anayasalardan yalnızca 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda, eşitlik ilkesine ilişkin açık bir kurala yer verilmedi.\*

1982 Anayasası’nın eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusunda, Başlangıçtaki “... **bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanır(ma)** ...” ilkesi ile 10. maddesinde “kanun önünde eşitlik” kenar başlığı altında düzenlenen “genel” eşitlik ilkesine ve bu konuda kimi haklara yada kişi kesimlerine ilişkin “özel” yada “özümlü” ilke ve kurallarına değinmeden önce, genel olarak yasa önünde eşitlik ilkesini güvenceye alan ve 1961 Anayasası’ndan başlayarak “ayrımcılık yasaklı” olumsuz boyutunu da kapsayan bir yaklaşımı benimseyen, ayrıca kimi özgül kurallara da yer veren önceki anayasal düzenlemelerin bu alandaki kurallarını kısaca anımsatmak yararlı olacaktır.\*\*

## I. 1982 ANAYASASI ÖNCESİ

**1876 Kanun-u Esasisi**, “Tebaa-i Devlet-i Osmaniyenin Hukuku Umumiyesi” başlıklı bölümündeki 17. maddesinde, tüm Osmanlıların yasa (hukuk) önünde eşitliği ilkesini aşağıdaki anlatımla düzenlemiştir:

\*Bununla birlikte bazı yazarların; “1921, 1961 ve 1982 Anayasaları eşitlik ilkesini, *kanun önünde eşitlik* formülüyle açıklamışlardır” diyerek, bu konuda hiçbir doğrudan kural içermeyen 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nu da andığı görülmektedir (Yıldız, 2008: 54 ve bu yazara yollamada bulunan Yüksel, 2010: 1713).

Bunun, her iki yazarın 1921’in metnine göz atmaksızın yinelediği bir “düzelti” yanlısından ileri geldiğini sanıyorum. Nitekim, Yüksel’in de yollamada bulunduğu Yıldız’ın yararlandığı ve 127-133. sayfalarına göndermede bulunduğu Öden’in yaptındaki şu cümlede “1921” değil “1924” Anayasası yer almaktadır: “Anayasalarımızdaki duruma gelince, Türkiye’de 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının eşitlik ilkesini, genel olarak, geleneksel ‘kanun önünde eşitlik’ formülüyle açıkladıkları görülüyor” (Öden, 2003: 128).

Öden, 1921 ile “resmen ilga” edilmeyen 1876 Kanunu-u Esasisi’nin 1921 ile çatışmayan kurallarının “ve bu bağlamda eşitlikle ilgili hükümlerinin yürürlükte kaldığı(nın) düşünülebilir(eceğini)”, ancak “milli egemenlik ilkesine dayalı bir Cumhuriyetin kuruluşu(nun), eşitlik anlayışında da köklü bir değişikliğe... yol aç(tını)” belirtiyor ve “**milli egemenliğin eşitliğin de temelini oluşturduğu(nun) söylenebilir(eceğini)**” ekliyor (s. 109 ve 110). Kanımca, egemenliğin kaynağındaki değişiklik nedeniyle, 1876’nın eşitlik konusundaki kuralının yürürlükte olduğunun düşünülmesi tartışmaya açıktır.

\*\*Bu konuda, Tanzimat öncesinden başlayarak geniş bilgi için bkz.: Öden, 2003: 86 vd. Anayasa metinleri konusunda, örneğin bkz.: Tanilli, 1980; Kili / Gözübüyük, 1985.

“Osmanlıların kaffesi huzur-u kanunda ve ahval-i diniye ve mezhebiyeden maada memleketin hukuk ve vezaifinde mütesavidir.”

Öznesi tüm “Osmanlı uyrukları” olan yasa önünde eşitlik ilkesi, olumsuz boyutu ayrımcılık yasağını kapsayan doğrudan bir anlatım içermemektedir. Eşitlik ilkesi, din ve mezhep durumları dışında, “memleketin hukuk ve vezaifi”ni de kapsar. Bu, haklar ve ödevler yönünden, din ve mezhep dışında ayırım gözetilemeyeceği anlamına gelir.

Kanun-u Esasi’nin 8. maddesi, yasanın öngördüğü koşullara göre kazanılan ve yitirilen “Osmanlı uyrukluğu”nu ise, din ve mezhep ayırımı gözetmeyen bir yaklaşımla şöyle tanımlamıştı:

“Devlet-i Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihal olunur iza edilirdir.”

Kanun-u Esasi’nin 19. maddesi, tüm Osmanlı uyruklarının devlet memurluğuna girişte eşitliğine ilişkindir. Ancak, özel bir kuralla düzenlenen bu eşitlik, mutlak olmayıp uyrukların “ehliyet ve kabiliyeti” ile sınırlı tutulmuş, memurluğun gerektirdiği “ehliyet ve kabiliyet” yönünden ayırım gözetilmesine olanak verilmişti:

“Devlet memuriyetinde umum tebaa ehliyet ve kabiliyetlerine göre münasip olan memuriyetlere kabul olunurlar.”

**1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu**, “Türklerin Hukuku Ammesi” başlıklı beşinci faslında yer alan 69. maddesinde, yasa karşısında (hukuk önünde) eşitlik ilkesine şöyle yer vermişti:

“Türkler kanun nazarında müsavi ve bilaistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülgâ ve memnudur.”\*

1924 Anayasası, özellikle “Türkiye Devleti(nin) bir Cumhuriyet” ve “hakimiyet(in de) bilakayduşart Millet’in” olduğunu belirten kurallarının (m. 1 ve 3) doğal gereği olarak, madde kenar başlıkları arasındaki farktan da anlaşıldığı gibi, “uyruklar”ın değil “yurttaşlar”ın yasa önünde eşitliği ilkesini güvenceye almıştı. Ancak, “hukuksal eşitlik” ilkesinin kaçınılmaz gereği olarak tüm ayrıcalıkları kaldırmış ve yasaklamış olmakla birlikte, 1876’da olduğu gibi yasa önünde eşitlik ilkesini nedenleri sayılan ayrımcılık yasağından söz etmeksizin, yani ilkenin olumsuz yönüne yer vermeksizin düzenlemiştir.

“Yurttaşlık” temeline dayalı ayırım gözetilen 1924 Anayasası’na göre, yasa önünde eşitliğin öznesi “herkes” değil “Türkler”di. “Türk” ise, 88. maddede hukuksal / biçimsel yurttaşlık bağı temelinde tanımlanmış ve “Türkiye’de din ve ırk ayırılmaksızın vatandaşlık bakımından herkese ‘Türk’ denildiği” belirtilmişti. Dolayısıyla, farklı din ve ırklardan olan ancak Türk vatandaşı olmayan kişiler için hukuk önünde eşitlik güvencesi söz konusu değildi. Tersine bir anlatımla da, yasa önünde eşitlik ilkesi, yurttaş olmak koşuluyla, din yada ırkına bakılmaksızın herkesi kapsıyordu. Kısacası, Cumhuriyetin ilk Anayasası, öznesini sınırlandırdığı eşitlik ilkesinde yurttaşlık temeline dayalı bir ayrımcılık gözetmişti.

\* 1924 Anayasası’nın 1945’te sadeleştirilen metninde 69. madde şöyle idi:

“Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır” (Düster, Cilt 26, s.170; Resmi Gazete, 15 Ocak 1945, Sayı: 5905 [Kanun No: 4695, Kanun Tarihi: 10 Ocak 1945]).

1924 Anayasası'nın, 1876 Anayasası'ndan farklı olarak, Cumhuriyet öncesindeki zümre, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıklarının kaldırıldığını ve yasaklandığını açıkça belirten kuralı, önce 1961'de ve sonra da 1982'de Anayasalarda yer almayı sürdürdü.

1924 Anayasası da, devlet memurluğuna girmede eşitlik ilkesini, 92. maddesindeki özgül bir kuralla düzenlemişti. Özneyi, yukarıda değinilen “yurttaş” anlamında “Türk” olarak belirleyen ve bunu da siyasal haklara sahip olma önkoşuluna bağlayan bu düzenlemeye göre:

*“Hukuk-u siyasiyeyi haiz her Türk, ehliyet ve istihkakına göre Devlet memuriyetlerinde istihdam olunmak hakkını haizdir.”*

Ne var ki, 1924 Anayasası'nın tanıdığı yasa önünde eşitlik, siyasal haklar alanında geçerli değildi. Çünkü, 10. ve 11. maddelerin 1934 yılında yapılan değişiklikten önceki ilk metinlerinde, seçme ve seçilme hakları konusunda “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılık gözetilmiş, kadınlar bu haklardan yoksun tutulmuştu.

1924 Anayasası'nda, eşitlik ilkesiyle doğrudan yada dolaylı bağlantısı bulunan başka özgül kurallar da vardır (Öden, 2003: 86 vd., 113-117).

**1961 Anayasası**, “eşitlik” kenar başlıklı 12. maddeye, 1982 Anayasası'ndan ayrılarak, “Genel Esaslar” başlıklı Birinci Kısımda değil, “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı İkinci Kısımın “Genel Hükümler” başlıklı birinci bölümünde yer verdi.<sup>1</sup> Madde gerekçesinde, “genel olarak rastlanan formüllere uygun” bir yaklaşım ve anlatımla düzenleme yapıldığı belirtildi (Öztürk, 1975: 33). Ancak, 1961 Anayasası'nın 12. maddesinin kısa gerekçesinde, “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, (...) yer alan eşitlik prensibinin lüzumunu izaha ihtiyaç yoktur” denilerek, Evrensel Bildirge'den esinlenilmiş olmakla birlikte, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin örnek olarak sayıldığı Bildirge'ye (m. 2 ve 7) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (m. 14) koşut bir düzenleme yapılmadı. Gerçekten de, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin “sınırlı” olmadığını açıkça belirtmeyen, Evrensel Bildirge gibi hak ve özgürlüklerden yararlanmadan da söz etmeyen 12. maddede yapılan yetersiz düzenleme şöyle idi:

*“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.”*

Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.”

1961 Anayasası bu kısa kuralıyla, yasa önünde eşitlik ilkesinin olumlu ve olumsuz yönlerini ilk kez birlikte tanımladı ve yönden 1924 Anayasası'ndan ayrılan bir yaklaşım benimsedi. Ayrıca, eşitliğin öznesini, yani kişiler yönünden uygulama alanını yurttaşlık bağıyla sınırlı tutmadı, bu güvenceden yararlanacak hak öznelere, “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes” biçiminde tanımladığı “Türk”lere özgüledi. Bu yaklaşım, 1982 Anayasası'nda da korundu. Bu açık düzenlemeye karşın, gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasası dönemlerinde verilen Anayasa Mahkemesi kararlarından kimilerinde, yasa önünde eşitlik ilkesi tanımlanırken yada yapılan tanım birkaç sözcük değiştirilerek yinelenirken, “herkes” olan anayasal öznenin “yurttaşlar” olduğu izlenimi yaratan bir dil kullanılmıştır ki (Gülmez, 2009: 558-559 ve 562-563), doğru değildir.

1961 Anayasası, bu ilkeyi gerçekleştirmenin başlıca aracı olan ve genel eşitlik ilkesinin “olumsuz” yönünü oluşturan ayırım gözetme yasağına da yer vererek “ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi” olarak güvenceye alırken, 1924'e oranla ayrımcılık nedenlerini görece genişletti. Ancak Anayasa, insan hakları belge ve sözleşmelerinde olduğu gibi, ne “*özellikle*”, ne de “*ve benzeri nedenler*” yada “*başka herhangi bir durum*” gibi sözcüklere yer verdiği için, anayasal eşitlik güvencesinin olumsuz yönünü dayandırılabilceği nedenler yönünden sınırlı tuttu. Böylece 1961 Anayasası, başlıca esin kaynağı olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin, ayrımcılık yasağının dayandırılacağı nedenleri tüketici olmaksızın sayan kurallarından ayrıldı. Kuşkusuz, yasa koyucunun bu çerçeveyi genişletmesine, ayrımcılığa karşı korumayı 12. maddede sayılan nedenlerin dışında da sağlamasına bir engel yoktur. Anayasa'nın, yasaklanan ayrımcılık nedenlerini örnek olarak sıralamayan düzenlemesi, temelde bir sınırlama değil güvence eksikliği anlamına gelir.

*Tanör*, 1978'de yayımlanan yapıtında, 12. maddedeki ilkeyi “klasik eşitlik ilkesi” olarak tanımladı ve bunun “sosyal eşitlik kavramını içine almaz gibi görün(düğünü)” belirtti. Ancak yazar, “günümüzde artık sosyal eşitliği de içine alır biçimde anlaşılıyor ve uygulanıyor” olduğunu da ekledi. *Tanör*, Türkiye'deki durumu değerlendirirken de, oldukça iyimser bir yaklaşımla, 1961 Anayasası'nın “sosyal ilke ve kurallara ve sosyal haklara geniş bir şekilde yer vermiş olması(nın), klasik eşitlik ilkesinin (md. 12) sosyal eşitlik kavramı doğrultusunda yorumlanması gereğini belli ölçüde hafifletmiş sayılabil(eceği)” görüşünü dile getirdi (*Tanör*, 1978: 336 ve 337).<sup>2</sup> Oysa kanımca tam tersine, sosyal devletin araçları kimliğiyle ekonomik ve sosyal hakların -görece- geniş bir çerçevede ve temelde “sosyal eşitliği” gerçekleştirmek amacıyla güvenceye bağlanmış olması, 12. maddenin pozitif metnindeki ilkeyi sosyal / maddi eşitliği kapsar bir yaklaşımla yorumlanması gereğini “hafifletmiş” değil güçlendirmiştir. Çünkü sosyal hakların anayasal güvenceye alınmış olmasının, eşitliğin kendiliğinden uygulamada gerçekleştirilmesi için yeterli olmayacağı açıktır. 1961 Anayasası'nın “iktisadi ve sosyal bakımdan zayıf olan kişileri, grupları korumak” amacıyla “temel haklar” arasına “sosyal ve iktisadi haklar”ı katıp güvenceye bağlamış olması (TBMM, 1961: 7), aslında 12. maddedeki eşitliği “klasik eşitlik” olmaktan çıkarmıştır. Başka bir deyişle, gerek anayasal güvenceli sosyal hakların varlığı ve gerekse sosyal devlet ilkesi, eşitliğe sosyal anlam ve içerik kazandırılmasını dayatır. Ne var ki, öğretisi ve Anayasa Mahkemesi, eşitliği biçimsel eşitlik olarak yorumlamıştır.

Kanımca 12. madde, yasa önünde eşitlik ilkesini kural olarak “herkes” için güvenceye alıp kişiler yönünden uygulama alanını sınırlandırmadığından, ilgili maddelerinde belirlediği hak öznelere, Anayasa'nın güvencesindeki tüm “temel” hak ve özgürlüklerden eşit koşullarda yararlanma haklarını da güvenceye bağlamıştır. Dolayısıyla, 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde “eşit haklara sahip olma sözü geçmemekle beraber, (...) bireylerin eşit haklara sahip olduklarının anlatılmak istendiği sonucuna varılır” yolundaki görüş (*Tuncay*, 1992: 9-10), kanımca da doğrudur.

<sup>1</sup> 1961 Anayasası'ndaki bu düzenlemenin “yerinde bir tercih” olduğunu düşünen yazarlar vardır (*Hakyemez*, 2009: 198).

<sup>2</sup> *Tanör*, Bülent Nuri Esen'e göndermede bulunarak, 12. maddenin “yasamayı sadece eşitsizlik yaratmamak değil, aynı zamanda eşitliği sağlayıcı yönde davranmak ödeviyle yüklediği(nin) de” ileri sürüldüğünü eklemiştir (s. 337).

*Tanör*'e göndermede bulunan *Öden*'in de aynı görüşte olduğu anlaşılıyor (*Öden*, 2003: 199).

1961 Anayasası, eşitliği yalnızca kişiler açısından bir “temel hak” olarak güvenceye almakla yetinmemiştir (Tanör / Yüzbaşıoğlu, 2011: 119; Aliefendioğlu, 1999: 86). Hukuk önünde eşitlik, bu kimliğinin ötesinde “sadece *bağımsız bir temel hak* olmayıp, *tüm hukuk düzenine egemen olan genel bir hukuk ilkesidir*. Doğuşu itibariyle yazılı olmayan hukuka ait olan bu ilke, Anayasa’da yer almasaydı bile yine de geçerli olacaktı” (Tuncay, 1992: 23).

1961 Anayasası, 1982 Anayasası’nda olduğu gibi, madde 12/1’de öngördüğü “ayrımcılık yasağı ve eşitlik yükümlülüğü”nün yükümlülerini doğrudan bir anlatımla, açıkça belirtmemiştir. Ancak, “Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” başlıklı 8. maddenin 2. fıkrasına göre, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*” olduğundan, üç anayasal erkin yanı sıra, tüm yönetsel yetkililer ve kişiler (ister tüzel, ister gerçek kişiler olsun), 12. madde ile bağılırlar (aynı görüş için bkz.: İnceoğlu, 2006: 48; İnceoğlu, 2001: 48). Eşitlik ilkesinin, “Anayasa hükümleri”nden biri olarak, üç erk ile idare makamlarının yanı sıra “kişiler”i de bağladığının açıkça öngörülmüş olması, “*doğrudan etki*”sinin özel hukuk ilişkilerini de kapsadığını ortaya koymaktadır. “Anayasa kurallarının (...) kişiler arasındaki ilişkilere, yani yatay ilişkilere de etkili oldukları”, öğretilde genellikle benimsenen bir görüştür (Öden, 2003: 155 vd). 1982 Anayasası’nda da yer alan bu kural gereğince, eşitlik ilkesinin yükümlüleri arasında işverenler de bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi, aynı zamanda, örneğin İş Yasası ile Sendikalar Yasası gibi özel yasalarda ayrıca öngörülmemiş olsa(ydı) bile, anayasal bir genel ilke olarak çalışan-çalıştıran ilişkileri bağlamında da geçerlidir. Anayasa kuralı olarak, özel işverenleri de bağlar. 8. maddedeki “kişiler” kapsamında işverenler de vardır. Kanımca da, 1961 Anayasası’nın öngördüğü yasa önünde eşitlik güvencesi, uygulama alanı yönünden nedenleri sınırlı olan ayrımcılık yasağını aşan, kamu ve özel hukuk ilişkilerini kapsayan bir genişliktedir.

1961 Anayasası’nın kimi maddelerinde, ayrımcılık yasağıyla ilgili *özgül kurallar* da vardı. Örneğin, bunlardan biri, “*çalışma şartları*” başlıklı aşağıdaki 43. madde idi:

“*Kimse, yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan bir işte çalıştırılmaz.*

*Çocuklar, gençler ve kadınlar, çalışma şartları bakımından özel olarak korunur.*”

1. fıkradaki korumayı pekiştiren 2. fıkra, adlarını belirttiği üç küme hak öznesi için, “*çalışma şartları*” konusunda, herbirinin durumuna özgü koruyucu sosyal politika önlemleri alınmasını anayasal buyruk olarak öngören, olumlu ayrımcılığa anayasal dayanak kazandıran bir düzenleme idi.

1876 Anayasası ile 1924 Anayasası’nın “devlet memurluğu”na girme olarak güvenceye aldığı hak, 1961 Anayasası’nda “kamu hizmetleri”ne girme hakkı olarak tanımlanıp düzenlendi. “*Vatandaş*” olanlara özgülenen bu hakkı güvenceye bağlayan ve “*ödevin gerektirdiği nitelikler*” dışında ayırım yapılmasını yasaklayan 58. madde, şöyle idi:

“*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.*

*Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*”

## II. 1982 ANAYASASI

1876’dan 1982’ye ve son değişikliklerle 2010’a uzanan anayasal süreçte, eşitlik ilkesine ilişkin en ayrıntılı ve görece ileri düzenleme, gerek Başlangıç ve gerekse 2004 ve 2010 yıllarında eklenen fıkra ve cümlelerden oluşan yürürlükteki son metniyle 10. maddesi göz önüne alındığında, 1982 Anayasası ile yapılmıştır. Anayasa’da, ucu açık nedenlere dayalı ayrımcılık yasağını içeren “olumsuz” boyutunu da kapsayan bir yaklaşımla güvenceye alınan yasa önünde eşitlik ilkesinin yanı sıra, ayrımcılık yasağıyla doğrudan ve dolaylı ilgili başka “özgül” kurallara da yer verilmiştir. Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası’nın başka maddelerinde de yer almaktadır (örneğin, m. 29/3, m. 41/1 ve m. 68/3).

Ancak kanımca, 1982 Anayasası’nın, eşitlik konusunda unutulmaması ve örneğin, karşılığının 10. maddede bulunduğu yada hukukal içerikten yoksun olduğu gibi gerekçelerle göz ardı edilmemesi, özellikle de sosyal insan haklarından eylemlerle yararlanma söz konusu olduğunda, hem bu maddeyle ve hem de sosyal devlet ilkesiyle birlikte okunması gereken önemli bir “temel” ilkesi de, Başlangıç’ta yer almaktadır.

### 1. Anayasal Temel Hak ve Özgürlüklerden

#### Eşitlik ve Sosyal Adalet Gereğince Yararlanma İlkesi

Eşitlik, öncelikle 1982 Anayasası’nın “*Başlangıç*” bölümünde, ikinci kısımda güvenceye bağlanan “temel haklar”ın tümünden yararlanmanın koşulu olan bir ilke olarak yer almaktadır. 10. maddeye yansımayan bu yaklaşımın, esin kaynakları İHEB ve İHAS’a uygun olduğu kanısındayım.

Başlangıç ilkelerinin niteliği açısından kısa alıntılar yaparak aktardığım 1. ve 8. paragraflarla birlikte okunması gereken 6. paragrafa göre:

“... *bu Anayasa, (...); (parag. 1)*

“*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;*” (parag. 6) (...)

“*FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere*”, (parag. 8) (...)

Öncelikle bu düzenlemede, 10. maddeden farklı olarak, eşitlik ile anayasal temel hak ve özgürlüklerden yararlanma arasında, ulusalüstü sözleşmelere uygun olarak kurulan bağı vurgulamak gerekir. Üstelik yararlanmanın, salt “eşitlik” değil aynı zamanda bir başka “temel ilke” olan “sosyal adalet” gereklerince sağlanması da öngörülmüştür. Bu birlikteliğin, sosyal haklar için taşıdığı özel önemi belirtmeye ise gerek yoktur.

Bu düzenleme biçiminden ve içeriğinden, anayasal temel hak ve özgürlüklerden eşitlik gereklerince yararlanmanın, yurttaşların “onurlu bir hayat sürdürme” hakkı ile “maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme” hakkının aracı olduğu anlaşılıyor. “Doğal hak” sayılan söz konusu iki hak, bölünmezlik ve karşılıklı bağımlılık ilkelerine uygun olarak, Anayasa’da güvenceye bağlanan haklar arasında ayırım gözetmeksizin, tüm haklardan “eşitlik gereklerince” yararlanmakla gerçekleştirilebilir. Eşitlik ve sosyal adaletin birlikte anılmış olması,

eşitliğin “sosyal” boyutu ile birlikte düşünüldüğünü açıkça göstermektedir (Gülmez, 2011b [baskıda]).

Kanımca, 17. maddede “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” olarak pozitif karşılığı bulunan “onurlu bir hayat sürdürme” hakkı ile “maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme” hakkı da, aynı zamanda Başlangıçta öngörülen “temel ilkeler”dendir. Başlangıcın 6. paragrafındaki ilkelerin tümünün, ekonomik ve sosyal haklarla çok yakın bağı bulunmaktadır ve insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği nedeniyle göz önüne alınması gerekir.

Başlangıçtaki düzenlemenin anayasal konumu, “norm değeri” bulunan bir ilke niteliği taşıyıp taşımadığı yönünden değerlendirilmesi konusunda, önce Anayasa’daki pozitif kuralları anımsamak gerekiyor. Bu bağlamda, 1982 Anayasası’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlıklı 2. maddesinde, “**Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan**” denilerek, Başlangıçtaki “temel” ilkelerin de Cumhuriyetin bu maddede sıralanan “değiştirilemez” niteliklerine eklendiği; 176. maddede ise, 1961’de olduğu gibi, “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı(nın), **Anayasa metnine dâhil**” edildiği anımsanmalıdır.

Anayasa metninin Başlangıçta yer alan “temel ilkeleri” de kapsadığı açıktır ama, tüketici olmaksızın değindiğim Anayasa Hukuku öğretisinde bu konuda benimsenen yaklaşımın farklı olduğu, Başlangıç’ta yer alan ilkeler listesi konusunda farklı görüşlerin benimsendiği, dolayısıyla Anayasa’nın açık kuralına karşın bu konuda yeterince özenli ve irdeleyici bir değerlendirme yapılmadığı –yedi ile ondört arasında değişen ilke sayıldığı görülmektedir.<sup>3</sup>

Gerçekten, kimi yazarlar, eşitlik ve sosyal adaleti, sıraladıkları Başlangıç ilkeleri listesine almamıştır. Örneğin, “Başlangıçta yer alan bütün deyişlerin hukuki içerik sahibi olmayabileceklerini göz önünde bulundura(n)” **Tanör ve Yüzbaşıoğlu**’nun ortak yapıtında, Başlangıçta belirtilen ilkelere “temel ilkeler sıfatına dahil olabilecekler” arasında, eşitlik ile sosyal adalete yer verilmemiştir (2011: 83-85). Ancak yazarların, ortak yapıtın “sosyal devlet”e ilişkin bölümünde, “Başlangıçta ‘sosyal adalet gerekleri’den söz edilir (parag. 6)” diyerek, bu ilkenin bir bölümüne –ama “ilke” olduğunu belirtmeksizin- değindikleri de görülmektedir (2011: 103). Bunun, “temel ilke” niteliğinde olup olmadığı konusunun tartışılmamış ve örneğin sosyal adalete yapılan göndermede olduğu gibi “Başlangıçta eşitlik gereklerinden söz edilir” denilmemiş olmasına karşın, Başlangıçtaki eşitlik ilkesinin “hukuki içerik” taşımadığı yada karşılığının 10. maddede bulunduğu görüşünün benimsenmesinden ileri geldiği düşünülebilir.

Yine, Başlangıcın hukuki değerini 2. ve 176. maddelerindeki kurallar çerçevesinde açıklayarak “Anayasanın diğer maddeleriyle aynı pozitif hukuki değere sahip” olduğunu savunan **Gözler**’in de, “başlangıcın yeni şeklinde” belirtildiğini yazdığı oniki “temel ilke” arasında eşitlik ve sosyal adalet bulunmamaktadır. Bununla birlikte yazarın, 6. paragraftaki eşitlik ve sosyal adalete ilişkin bölümü atlayarak, devamındaki “her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı”na, bu ilkeler arasında yer verdiği görülmektedir (2008: 214).

<sup>3</sup> Anayasa Hukuku yazın ve öğretisinden, Teziç (2009) ile Kaboğlu’nun (2009 ve 2007) yapıtlarında, Başlangıç ilkeleri ve 10. madde üzerinde durulmadığından burada değinilmemiştir (MG).

Genel bir anlatımla; “Başlangıç(ı) her ne kadar Anayasa’nın bir parçası olsa da, doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte olmayıp, Anayasanın yorumlanmasında yararlanılması gereken önde gelen malzemelerden biri” olarak gören; Başlangıç ilkelerinin “hukuki bir değere sahip olmaları için bu ilkelerin anayasal düzenin tanımı bakımından anlam ifade eden ilkeler olmaları da gerek(tiği)” görüşünde olan **Erdoğan** da, Başlangıçtan çıkarabildiği yedi ilke arasında eşitlik ve sosyal adalete yer vermemiştir. “Başlangıç metninde birtakım ilkeler açık bir şekilde dile getirilmiş olmadığından, bunları metnin bütüncü bir okumasına dayanan yorumundan türetmek zorundayız” diyen yazarın (2007: 185-186), eşitlik ve sosyal adaletin “temel ilke” olarak açıkça dile getirilmediğini düşündüğü ve bütüncü okuma yoluyla da bu ilkeyi türetmediği anlaşılmaktadır.

Bu konuya değinmeyen **Sabuncu** ise, 1982 Anayasası’nın Başlangıç bölümünün “Anayasanın öteki maddeleriyle **eş hukuki değere sahip** bir konum kazanmış ol(duğunu)” belirtmekle birlikte, Başlangıçtan “uygulanabilir hukuk kuralları türetme(nin) pek kolay” olmadığı görüşündedir (2002: 17-18).

İnceoğlu da, makalesinde Başlangıçtaki ilkeden söz etmemiştir (2006: 47-49).

Buna karşılık, öğretilen –incelediklerimden- dört yazarın, Başlangıç ilkelerinden eşitliğe yer verdiği, ancak kimilerinin 6. paragrafın tümünü aktarırken, kimilerinin bu paragraftan başka ilkeler de çıkardığı görülmektedir.

Örneğin, 1961 ve 1982 Anayasalarının 2. maddelerinde eşitlik ilkesinden açıkça söz etmediklerini anımsatan **Öden**, 1982’nin ilk metninin 9. paragrafında yer alan düzenlemenin tümünü aktararak, 1961’e oranla “eşitlik ilkesini çok daha açık bir şekilde Cumhuriyetin Başlangıçta belirtilen temel ilkeleri arasında saymış” olduğuna değinmiştir (2003: 389).

“Başlangıç bölümlerinin hukuki değeri, daha çok, pozitif anayasa normlarının yorumlanmasına katkısı açısından söz konusu olabilir” diyen **Özbudun**, Başlangıçtan oniki ilke sıralamış ve bunlar arasında Başlangıcın 6. paragrafının tümünü aktarmıştır (2011: 75).

**Gören** de, 1982 Anayasası’nın Başlangıç bölümünden çıkardığı ilkeler arasında, 6. paragrafı anarak “sosyal adalet ve eşitlik”i de saymıştır. Ancak yazar, Başlangıç ilkelerinin son sırasında, andığı 6. paragraftaki resmi anlatımı değiştirerek, “insan onurunun korunması ve kişinin maddî ve manevî varlığının korunması”na da “tek” ilke olarak yer vermiştir (2006: 98).<sup>4</sup> “Sosyal Devletin Anayasa- Hukuksal Temelleri”ni açıklarken de 6. paragraftaki bu iki ilkeyi yineleyen Gören’e göre, bu kural ile “10. md.deki eşitlik ilkesi Anayasamızın benimsediği sosyal devlet ilkesinin amaçlarını belirgin kılmaktadır” (2006: 117). Başlangıç bölümünden, “Cumhuriyetin niteliklerine dahil ve Anayasanın 4. md.sine göre değişmezlik kapsamı içinde” olduğunu belirttiği toplam onüç ilke sıralayan yazara göre, söz konusu “ilkeler soyut ve geniş anlamli nitelikte oluşlarına karşın ve özel bir yasada somutlaştırılmış olmasalar bile Anayasa md. 11 f. II.ye göre **sadece Devlet organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluşları değil, tüm bireyleri bağlayan** ve sosyal yaşamda bireyler arası ilişkilerde de tam anlamıyla riayet edilmesi gereken hukuk prensipleridirler” (Hirsch’ten aktaran Gören, 2006: 100; altını ben çizdim).

<sup>4</sup> Kanımca 6. paragraftaki ilkelere aktarılan anlatımla yer verilmesi, içerik değişmesine de yol açmaktadır. Çünkü “insan onurunun korunması” ile Başlangıçta öngörülen “onurlu bir hayat sürdürme” hakkının ve “kişinin maddi ve manevi varlığının korunması” ile Başlangıçta öngörülen “maddi ve manevi varlığını geliştirme” hakkının, içerik olarak aynı anlama geldiği ileri sürülemez.

Bir yandan, “Anayasanın Başlangıç hükümlerinde açıkça sıralanmış temel ilkeler(i) bulma(nın) söz konusu” olmadığını belirten *Derdiman*, öte yandan da -“genellikle kabul edildiği kadarıyla” diyerek- Başlangıçtaki “ifadelerden çıkarılması söz konusu” olan ondört ilkeyi sıralamakta ve bunlar arasında, Gören’e yollamada bulunarak, “sosyal adalet ve eşitlik” ilkesini de saymaktadır. “Başlangıç hükümlerinin Anayasa içinde yer almış maddelerle eşleştikleri(nin) de görülebil(eceğini)” belirten, ancak “sosyal adalet ve eşitlik” ilkesine bu anlamda yer vermeyen yazara göre, “başlangıçtaki bir ilkenin anayasa içinde ayrıca anlamlandırıldığı bir madde yoksa, ilke kabul edilmeyeceği anlamına gelmez” (2006: 292 ve 293).

Kanımca Anayasa, “sosyal adalet” ile -1961’in görece kısa olan Başlangıcında yer almayan- “eşitlik” ilkelerini “*Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlan(ma)*” bağlamında Cumhuriyetin niteliklerine eklemekle, “sosyal hukuk devleti”ni somutlaştıran dayanaklardan birini de ortaya koymuştur. Belirttiğim gibi, örtük olarak da olsa insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkelerinin gereği olarak, Anayasa’nın güvenceye aldığı tüm hak ve özgürlüklerden, dolayısıyla ekonomik ve sosyal haklardan da eşitlik ve sosyal adalete göre yararlanma ilkesi, aynı zamanda birer “temel ilke” olduğunu düşündüğüm onurlu bir yaşam sürdürme ile maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarını gerçekleştirmenin aracı olarak tanınmıştır. Dolayısıyla, somut bir hukuki içeriği vardır. Eşitlik ilkesinin, biçimsel ve eylemsel boyutlarıyla bir bütün olarak, insan haklarının tümünden yararlanmada söz konusu olması, doğası gereğidir. Kanımca, Başlangıcın “doğal hak” olarak duyurduğu ve Anayasa’daki tüm hakların ortak paydası olarak tanımladığı da düşünülebilecek bu haklar, “Anayasa’nın dayandığı temel ilkeler” olarak metne katılmakla anayasal değerde “pozitif” bir hak niteliği kazanmıştır. 1982 Anayasası, tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmada gözetilmesi gereken eşitlik ve sosyal adaleti, öteki ilkelerle birlikte “değiştirilemez” ilkeler düzeyine yükseltmiştir (m. 4). Daha önemlisi, 10. maddede öngörülen “kanun önünde eşitlik” ilkesine, “biçimsel” eşitlik olmanın ötesinde bir anlam ve “sosyal” içerik kazandırmıştır. Eşitlik, özellikle sosyal haklardan yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, kısaca “aynı durumda olanların, haklı bir neden olmadıkça, aynı kurallara bağlı olmaları” biçiminde tanımlanan biçimsel / hukuksal eşitlikle sınırlı bir ilke değildir ve uygulamadaki “sosyal eşitsizlikler”in de giderilmesini yada hafifletilmesini kapsayan “maddi / olgusal eşitlik”tir. “Maddi eşitlik kavramının, hukuki ve sosyal yönleri arasında sıkı bir ilişki olduğu kuşkusuzdur” diyen *Öden*’in de haklı olarak vurguladığı gibi, Başlangıçtaki bu kuralda geçen “eşitlik ve sosyal adalet gereklerince” ibaresi, “maddi eşitlik kavramının hukuki ve sosyal yönleri arasındaki bu sıkı bağı ortaya koymaktadır” (2003: 199). Ne var ki *Öden*’in, temelde biçimsel ve maddi eşitlik arasındaki bağı vurgulama amacı taşıdığını düşündüğüm bu anlatımı yanlış anlamalara elverişli görünmektedir. Gerçekten, “maddi eşitlik kavramının, hukuki ve sosyal yönleri”nden söz edilmesi, maddi eşitliğin “hukuki” ve sosyal” olmak üzere iki yönünün bulunduğu görüşünün benimsendiği izlenimi verebilecektir. Oysa eşitlik, biçimsel / hukuksal ve maddi / eylemsel olmak üzere ikiye ayrılabilir ve *Öden*’in söz ettiği ikinci yön olan “sosyal”, maddi / gerçek / eylemsel eşitlikle ilgilidir.

Başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm yargı yerlerinin, eşitlik ilkesini “hukuksal eşitliği” güvenceye aldığı düşünülen 10. maddeyle sınırlı olmaksızın göz önünde bulundurmaları Anayasa gereğidir. Bununla birlikte *Özbudun*, AYM’nin hukuka uygunluk denetimi

yaparken Başlangıçtaki ilkeleri değil, Anayasa metninde karşılığı olan maddelerdeki ilkelere dayanmasının uygun olduğu görüşündedir (2011: 75-76). Başlangıçtaki ilkelerin “önemli bir bölümü(nün), Anayasanın çeşitli hükümlerinde somutlaştırılmış” olduğunu belirten yazara göre; “Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetimi yaparken, *Başlangıçtaki ifadelerden ancak aydınlatıcı nitelikte destek ölçü norm olarak yararlanıp*, esas ölçü norm olarak bu ilkelerin anayasa maddelerinde somutlaşmış biçimlerine dayanması daha doğru olur. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası dönemindeki hiçbir kararında Başlangıcı doğrudan doğruya bağımsız ölçü norm olarak kullanmadığı halde, 1982 Anayasası dönemindeki birçok kararlarında Başlangıçtaki ilkeleri bağımsız ölçü norm olarak kullanmış veya bu kararlarındaki temel gerekçeyi Başlangıçtaki ilkelere dayandırmıştır.” Yazar, AYM’nin bu yaklaşımının uygulandığı ilke yada kavramlar arasında “eşitlik”e yer vermemiştir (2011: 75-76; vurguları ben yaptım).

Bu görüşe katıldığı anlaşılan *Gözler*’e göre de, “Anayasanın maddelerinde açık hükümler varken, Anayasa Mahkemesinin başlangıçta belirtilen hükümleri ölçü norm olarak kullanmasına gerek yoktur” (2008: 214).

*Erdoğan*, 1982 Anayasası’nın Başlangıcında yer alan ilkelerin, “belli bir hukuk sisteminin arkasında yatan normatif ahlaki değerleri ifade e(den)” ilkeler anlamına geldiğini düşündüğünden, “bunların Türkiye’nin anayasal düzeninin tanımlanmasında ve yorumunda yardımcı olmaları beklenir” görüşünü savunmakta, ancak AYM’nin “zaman zaman Başlangıç’ı bağımsız bir anayasal norm gibi anlayıp kararlarının asli dayanağı haline getirebilmekte” olduğunu belirtmekte ve “bu tutumun isabeti(nin) tartışmaya açık” olduğunu eklemektedir (2007: 186).

*Kanımca*, Anayasa’daki düzenleme karşısında, Başlangıç’taki ilkeler ile Anayasa metninde yer alan somutlaştırıcı kurallar arasında her biri için ayrı ayrı olmak üzere özenli bir özne ve içerik karşılaştırması yapmaksızın böyle bir ayırım gözetilmesi doğru değildir. Kuşkusuz, Başlangıçta yer alan ilkenin karşılığının bulunduğu maddede gerek özneler ve gerekse maddi içerik olarak benzer bir dil ve yaklaşımla daha somut ve ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olması durumunda, kural olarak somut Anayasa metninin Başlangıçtaki soyut ilkeye yeğlenmesi olağandır. Ancak eşitlik konusunda olduğu gibi, aynı ilke maddi içerik yönünden madde metnindeki düzenlemede bulunmayan farklı bir boyutuyla ve daha ileri güvence içeren bir anlatımla Başlangıçta yer alıyorsa, kimi yönlerden daha somut ve ayrıntılı olsa da, salt metindeki kuralı göz önüne almakla yetinip Başlangıçtaki ilkeyi görmezlikten gelmek Anayasa’ya aykırıdır. Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında, Başlangıçtaki ilkeleri “bağımsız ve doğrudan uygulanabilir ölçü / norm olarak kullanmış ya da temel gerekçesini bunlara dayandırmış” olduğu belirtilmekte ise de (Tanör / Yüzbaşıoğlu, 2011: 85; Gören, 2006: 98), bu yaklaşımın 10. maddenin uygulandığı –incelediğim- çok sayıda karara yansdığı söylenemez (Gülmez, 2009: 562-578). Başlangıçtaki anayasal haklardan eşitlik gereklerince yararlanma ilkesi, yukarıda açıklanan “hukuki içerik”ten yoksun olmadığını düşündüğüm bu anlatımıyla, bazı yönlerden karşılığı sayılabilecek 10. maddeden ayrılmakta, Anayasa’ya uygunluk denetiminde göz önüne alınabilecek kadar somutluk ve açıklık içermekte, norm değeri taşımakta ve eylemli eşitliğin güvencesi olarak 10. maddeyi tamamlamakta, pekiştirmektedir. Örneğin bir yasal düzenlemenin, yurttaşların Anayasa’daki hak ve özgürlüklerin her birinden (örneğin sosyal güvenlik yada sağlık hakkından) eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanmasını

engelleyip engellemediği yönünden denetlenmesi olanaksız değildir; engellediği sonucuna varılması durumunda da, gerekli önlemleri alma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin istenmesi Anayasa gereğidir.

1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümündeki bu kuralında, öznenin “herkes” değil “Türk vatandaşları” olarak tanımlanıp sınırlandırılmış olması, ulusalüstü insan hakları sözleşmelerine aykırı düşmesinin yanı sıra, gerek 10. maddeyle ve gerekse göndermede bulunulan “bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetler”den birçoğunun öznesiyle de açıkça çelişmekte, kişiler yönünden uygulama alanının daraltılması sonucunu doğurmaktadır. Ekonomik ve sosyal haklardan kimilerinin, örneğin çalışma, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama ve sosyal güvenlik haklarının özneleri “herkes”, dinlenme ve sendika haklarının özneleri ise “çalışanlar” olarak belirlendiği, böylece de kuşkusuz doğru bir yaklaşımla “yurttaşlık” temelinde ayırım gözetilmediği anımsandığında, önemli bir kapsam daralması yaratan bu çelişki somut olarak görülebilmektedir. 10. maddenin kişiler yönünden uygulama alanıyla da söz konusu olan bu çelişkinin görünürdeki sonucu şudur: Biçimsel eşitlik güvencesi “herkes” için geçerli iken, yararlanma (eylemler eşitlik) güvencesi salt “Türk vatandaşları” için vardır. Kuşkusuz bu çelişkinin, duraksama ve tartışmalara olanak vermeyen, ilkenin her iki boyutunun öznesinin “herkes” olduğunu öngören bir değişiklik ile giderilmesi yararlı olur. Çünkü AYM kararlarındaki egemen yaklaşım doğrultusunda, Başlangıçtaki ilkeyi göz önüne almaksızın 10. maddeyi okuma ve yorumlama, sanıyorum ancak bu tür bir açık pozitif değişiklikle önlenabilir.

Öte yandan, özellikle Anayasa'nın 16. maddesinin, “yabancılar” açısından temel hak ve özgürlüklere getirecek sınırlamalar konusunda “milletlerarası hukuka uygunluğu” zorunlu bir koşul sayan, başka bir deyişle “kanunla” olsa da uluslararası hukuka uygun olmayan sınırlama getirilmemesini öngören kuralı karşısında, haklardan eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma ilkesinin “Türk vatandaşları” ile sınırlı tutulması da, çözümlenmesi gereken ciddi bir çelişkidir.

Anayasa'nın, kimi hakların anayasal öznelerini “Türk” ile sınırlı tutan özgül kuralları ise, ancak haklı nedenler bulunması durumunda “herkes” ile “yurttaş” çelişkisi kapsamında değerlendirilemez.

## 2. Yasa Önünde Eşitlik, Ayrımcılık ve Ayrıcalık Yasakları, Olumlu Ayrımcılık ve Eşitlik Yükümlülükleri

1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesini çeşitli yönleriyle düzenleyen yürürlükteki 10. maddesi, yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesini ayrımcılık yasaklı boyutuyla güvenceye bağlamasının yanı sıra, kimi hak öznelerine ilişkin olumlu ayrımcılık önlemleri ile eşitlik yükümlülükleri konularında da kurallar öngörmüştür.

2004 yılında Avrupa Birliği'nden müzakere tarihi alınmasından dört ay kadar önce 2. fıkra olarak eklenen iki cümleli bir kural ve 2010'da da olumlu ayrımcılık konusunda 2. fıkraya eklenen bir cümle ve 3. fıkradaki düzenleme ile birlikte, 10. maddenin 1961 Anayasası'na oranla daha ayrıntılı olan yürürlükteki biçimi şöyledir:

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

*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür (2004). Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz (2010).*

*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife malullerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz (2010).*

*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.*

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde<sup>5</sup> kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”*

### a. Genel Olarak

Önce belirtelim ki, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin 1. ve 3. (şimdiki 4.) fıkraları, yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesini (ve ayrıcalık yasağını), örneğin özneler ile ayrımcılık yasağına ilişkin kimi farklılıklar saklı kalmakla birlikte, temelde 1876, 1924 ve 1961 Anayasalarındaki anlatımla güvenceye almıştır. 1982 Anayasası'nın kendisinden önceki bu düzenlemelere getirdiği olumlu katkı, ek olarak “renk” temelinde dayalı ayrımcılığa karşı da güvence sağlamış ve özellikle, ayrımcılık nedenlerinin *örnek* olarak sayıldığını gösteren “*ve benzeri sebepler*” eklemesini yapmış olmasıdır. Kuşkusuz bu son ekleme ilkinde de kapsar ve hatta gereksiz kılar. 2004 ve 2010 yıllarında yapılan eklemeler ise, olumlu ayrımcılık önlemlerini anayasal güvenceye almıştır. Ancak 10. maddenin pozitif metni, kanımca birlikte okunması gereken yukarıda değindiğim Başlangıçta -ve uluslararası sözleşmelerde- açıkça öngörüldüğü gibi, eşitliğin öncelikle “hak ve özgürlüklerden yararlanmada” söz konusu olduğunu açıkça belirtmemiştir.

“*Kanun önünde eşitlik*” kenar başlıklı 10. maddesinde, 1961 Anayasası'na benzer biçimde yurttaşlık temelinde dayalı bir “*özne sınırlaması*” getirmeyen 1982 Anayasası, sistematik -yani eşitlik ilkesinin Anayasa'daki yeri- yönünden 1961 Anayasası'ndan ayrılmış, yasa önünde eşitlik ilkesine “*Genel Esaslar*” başlıklı birinci kısmında yer vermiştir. Yasa önünde eşitlik ilkesinin “*Genel Esaslar*” içinde düzenlenmiş olmasının, “eşitliğin bir hak olduğu gerçeğini değiştirme(ksizin)”, eşitliğe “Anayasa'nın tümüne ve devlete egemen bir ilke” niteliği kazandırdığı (Tanör / Yüzbaşıoğlu, 2011: 119); bu düzenleme biçiminin, yani ilkenin Anayasa'daki yerinin, “eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşüne güç kat(tığı)” belirtilmektedir (Özbudun, 2011: 150; aynı görüş, Gözler, 2007: 105). Yasa önünde eşitlik ilkesinin demokrasinin vazgeçilmez üç ilkesinden birini oluşturduğunu vurgulayan 10. maddenin gerekçesi göz önüne alındığında,<sup>6</sup> “eşitlik ilkesinin

<sup>5</sup> 10. maddenin son fıkrasında, 9 Şubat 2008 tarihli ve 5735 sayılı yasayla bir değişiklik yapılmış; “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*” ibaresi eklenmiştir.

Ancak 5735 sayılı yasa, Anayasa Mahkemesi'nin 5 Haziran 2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı kararıyla iptal edildiği için, bu yasanın, “uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve İptal Kararının sonuçsuz kalmaması için Kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar Anayasa Mahkemesi'nin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/16 (Yürürlüğü Durdurma) Kararı ile Yürürlüğünün Durdurulması hükmü altına alınmıştır.”

<sup>6</sup> 10. maddenin, “kanun önünde eşitlik” ilkesinin maddi eşitliği de kapsadığı konusunda herhangi bir ipucu içermeyen *gerekçesi* şöyledir:

“Madde, *demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir*. İnsanın insan olması dolayısıyla-



Genel Esaslar Kısımındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek gereklidir, tıpkı 2. ve 5. md'lerde belirtilen demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi" (İnceoğlu, 2006: 48). Kısacası anayasal eşitlik ilkesi, üç erki kapsamak üzere "devlet yönetimi" ile sınırlı değildir. Yöneten-yönetilen ve çalıştıran-çalışan ilişkilerinin bulunduğu her yerde uyulması ve uygulanması gereken bir ilkedir. İster yasamadan isterse yürütme ve yönetimden kaynaklanmış olsun, hukuk önünde eşitlik ilkesi, hem hukukun oluşturulmasında hem de uygulanmasında geçerlidir, anayasal ve yasal düzenlemeler ile her tür düzenleyici işlemi kapsar. Hukukun herkese eşit uygulanması, devletin hukuka dayanmasının, hukukun üstün olmasının ve demokratik devletin olmazsa olmaz koşuludur.

Kuşkusuz, Anayasa sistematigindeki değişikliğe karşın, hukuk önünde eşitlik, hak özneleri için "temel hak" olma niteliğini sürdürmektedir (Tanör / Yüzbaşıoğlu, 2011: 119; Özbudun, 2011: 150) ve söz konusu değişiklik, ilkenin "normatif değerini azaltmamaktadır" (Erdoğan, 2007: 173). Gereğe göre de eşitlik, insanın doğumla kendiliğinden kazandığı doğal bir hak olan "insan onuru" nun gereğidir. İnsanlar arasında yasaların uygulanmasında fark gözetme yasağının nedeni budur.

### b. Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi ve Hukuksal Niteliği

1982 Anayasası'nın 10. maddesinin ilk fıkrasındaki düzenlemenin içeriği konusunda yapılması gereken ilk saptama, 1961 Anayasası'nda da olduğu gibi, *eşitlik ilkesine ayırım gözetme yasağıyla birlikte yer verilmiş* olmasıdır.

**Erdoğan** bu düzenlemedeki yaklaşımı, "Anayasa'nın 10. maddesi(nin) eşitliği hem negatif hem de pozitif olarak tanımlamış" olduğu biçiminde yorumlamaktadır (2007: 173).

**Öden** ise, Anayasa koyucunun, 1961 ve 1982 Anayasalarında yasa önünde eşitlik ilkesini ayrımcılık yasaklı boyutuyla birlikte düzenlemiş olmasını, "... *kanun önünde eşitlik formülünü genişletilmiş ayırım yasağı formülüyle birleşik cümle yapısı içinde bir araya getirmiştir*" diyerek açıklamaktadır. "1961 ve 1982 Anayasalarında, kanun önünde eşitlik ile özgül ayırım yasakları, yani iki ayrı önerme bileşik cümle yapısında birleştirilmiştir" diyen yazara göre, "temel önerme", 1. fıkranın herkesin kanun önünde eşit olduğuna ilişkin bölümü, "yan önerme" ise, nedenleri sayılan ayrımcılık gözetmeme ile ilgili bölümdür. "Temel önerme ile yan önerme, çift görevli bir öge olan 'gözetilmeksizin' sözcüğüyle bağlanmışlardır" (2003: 129 ve 130).

Bu yaklaşımın İş Hukuku öğretisini de etkilediği görülüyor. Örneğin **Süzek**, Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemede, "kanun önünde eşitlik ve ayırım yasakları(nın) yani iki ayrı önerme(nin) bileşik cümle yapısında birleştirilmiş" olduğu görüşünü paylaşmaktadır (2008: 398). Yine, "Anayasanın 10. maddesinin kanun önünde eşitlik ilkesi ile *belli* (altını ben çiziyorum) nedenlere dayalı ayrımcılık yasağını kapsayan bir düzenleme olduğu maddenin dilbilgisi açısından irdelenmesi sonucunda da anlaşılmaktadır" diyen **Yıldız** da,

*la doğuştan bir değeri ve haysiyeti* vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. *İnsanlar arasında kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemez.* İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar.

Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idari makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar" (TBMM, 1983: 12).

aynı görüşü benimsemiştir (2008: 55 ve 56). Bu arada yazarın, 10. maddede açıkça "ve benzeri sebeplerle" denilmiş olmasına karşın "belli nedenler" e dayalı ayrımcılıktan söz etmesini yanılıcı bulduğumu da ekliyorum.

Mantık ve / yada dilbilgisi kuralları değil öncelikle insan hakları açısından incelenmesi gerektiğini düşündüğüm bu düzenlemede, başka birçok uluslararası belgede de örneği bulunan (Gülmez, 2009: 3 vd, Giriş bölümü) bir yaklaşım benimsenmiş; aynı ilke, birbirinin ayrılmaz parçası niteliği taşıdığını yinelediğim olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte anayasal güvenceye alınmıştır. 10. maddedeki bu yaklaşım nedeniyle, 1. fıkradaki yükümlülüğü salt "*eşitlik yükümlülüğü*" olarak değil (Tanör / Yüzbaşıoğlu, 2011: 121), "*ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü*" olarak tanımlamak daha doğru olur. Yasa önünde eşitliği "genel bir ilke" olarak kamu hukuku ve özel hukuk ilişkilerini kapsamak üzere güvenceye alan bu düzenlemede benimsenen yaklaşım,<sup>7</sup> genel olarak uluslararası belgelerle uyumludur: Eşitliği gerçekleştirmenin başlıca aracı, öncelikle ayırım gözetilmemesidir. Kanımca, ayırım gözetme yasağına yer vermeksizin tanınmış olsaydı da, eşitlik örtük olarak ayrımcılık yasağını içeren *üstün bir ilke*dir. Ancak Anayasa, düzenlemeyi olumlu ve olumsuz yönleriyle birarada yapmıştır. Bu nedenle, 10. maddenin "ilk fıkrası(nın) *ayrımcılık yasağı* getir(diği)" görüşüne (Tanör / Yüzbaşıoğlu, 2011: 120), eksik olduğu için katılma olanağı yoktur. Bu görüş, 10. maddenin başlığı ile de bağdaşmaz. Yine, **İnceoğlu**'nun aşağıda aktardığım görüşü de, aralarındaki bağa değinmeksizin ayrı ayrı altı çizilen yasa önünde eşitlik ile ayrımcılık yasağının birbirinden farklı iki "konu" olduğu izlenimi yaratmaya elverişlidir:

*"10. maddenin birinci fıkrası iki konuya dikkat çekmektedir. Birinci fıkarda hem genel olarak herkese uygulanacak olan yasa önünde eşitlik ilkesi yer almakta, hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmektedir.*

Altı çizilerek belirtilen sebepler eşitlik ilkesinin çekirdek alanıdır" (2006: 48-49).

Kanımca yazarın, altını çizerek "çekirdek alan" oluşturduğunu belirttiği nedenler örnek olarak sayılanlarla sınırlı tutulamayacağına göre, "ve benzeri sebepler" in de altını çizmek gerekirdi.

10. maddenin ilk fıkrasına ilişkin ikinci saptama, anayasal düzenlemede *kişiler yönünden kapsamlı* ilgili olarak, herhangi bir sınırlama getirilmemiş olmasıdır. Yasa önünde eşitlik, önceden yada sonradan edindiği yada kazandığı özellikleri, durumu yada konumu ne olursa olsun, kural olarak "*herkes*" için "genel" bir anayasal ilkedir, Anayasa güvencesi-ne bağlanmış *dava edilebilir bir temel hak*tür. 1961 ve 1982 Anayasalarında, onayladığımız "ulusalüstü" insan hakları sözleşmelerinde de olduğu gibi, öznenin "herkes" olarak belirlen-

<sup>7</sup> **Tuncay**, "Anayasamızın 10. maddesi(nin) sadece, yasama, yürütme ve yargı organlarını değil özel kuruluş ve kişileri de bağlayan temel bir eşitlik ilkesi getirmiş" olduğunu belirtmiştir (2004: 58).

**Süzek** de, 10. maddede yalnızca nedenleri sayılan "*ayırım yasağı hallerini*(n) mi yoksa *genel anlamda eşit davranma borcunu*(n) da mı güvence altına alındığı" sorununun çözümlenmesi gereken bir sorun olduğunu belirttikten sonra (2008: 396); soruya, kanımca da doğru olan şu yanıtı vermektedir:

"Kanımıza göre, Anayasanın 10. maddesi *tüm hukuk düzenimizde geçerli*, bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir *eşitlik ilkesi* öngörmüştür. Başka bir deyişle, (...) bu madde, hem (...) *ayırım yapma yasağını* hem de bunun dışında kalan hallerde de *genel anlamda eşit davranma borcunu* düzenlemektedir" (s. 397; vurguyu ben yaptım, MG).

miş olması da, aslında kişiler yönünden uygulama alanı bağlamında ayrımcılık yapılmadığını içerir. “Herkes”, öznel yönünden ayırım gözetilmesini ilkece dışlar. Eşitlik ilkesinin doğası da bunu gerektirir.

1. fıkra bağlamında üçüncü olarak, ayırım gözetmeme yükümlülüğünün, sınırlı olmaksızın sayılan nedenler dışında da geçerli olduğu saptaması yapılmalıdır. Bunu vurgulamaya yada açıkça belirtmeye yönelik “özellekle” yada “hiçbir” gibi terimler kullanılmamış olsa da, nedenlerin sonuna “*ve benzeri sebepler*” sözcükleri eklenmiş olduğu için, ayırım gözetmek-sizin hukuk önünde eşitlik güvencesinin, örneğin yaş, engel, ulusal yada etnik köken, cinsel yönelim ve cinsel kimlik gibi 1. fıkrada sayılmayan nedenlere dayalı ayrımcılıkları da kapsadığı tartışmasızdır. Bu nedenlerin de 10. maddeye eklenmesi, düzenlemeye ancak açıklık ve görünürlük kazandırabilir ve bu anlamda yararlı olacağına kuşku yoktur Ne var ki, açıkça sayılan nedenler ile “*ve benzeri sebepler*” kapsamına girenler arasında, anayasal koruma yönünden bir derece farkı olamayacağı açıktır.

Ayrımcılıklar dışında, eşitliği gerçekleştirmenin önündeki engellerden biri de, kimi kişi, aile, zümre yada sınıflara tanınmış yada tanınacak olan *ayrıcalıklar* olduğundan, 3. fıkraya bunu kesin bir dille yasaklayan kural koymuştur. Ayrımcılık yasağı gibi eşitlik ilkesinin ayrılmaz bir parçası olan ayrıcalık tanıma yasağı, 1924’ten beri yinelenegelen anayasal bir kuraldır.

### c. Olumlu Ayrımcılık ve Maddi Eşitlik Sorunu

1982 Anayasası’nda, önceki Anayasalarımızın eşitlik ilkesine ilişkin kısa düzenlemelerinde genel kural olarak yer almayan olumlu ayrımcılığa ilişkin somut kurallar öngörül-müştür.

Anayasa’nın ilk metninde yer almayan ve ancak 2004 ve 2010 yıllarındaki değişikliklerle eklenen bu kurallar bağlamında; Anayasa’nın, güvenceye aldığı ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin niteliği yada daha açık bir anlatımla, genellikle ileri sürüldüğü gibi 10. maddedeki düzenlemenin salt “hukuksal / biçimsel eşitlik” ile mi sınırlı olduğu, yoksa aynı zamanda “maddi eşitlik” yada Anayasa Mahkemesi kararlarında kullanılan anlatımla “eylemli eşitlik” ilkesini de kapsayıp kapsamadığı sorunu üzerinde durmakta yarar vardır. Kanımca, Başlangıçtaki ilke bağlamında da değindiğim bu sorunun, 1. fıkranın yanı sıra, soruya olumlu yanıt verilmesini güçlendirdiğini düşündüğüm 2004’te yapılan ekleme (2. fıkra) bağlamında da tartışılması olanaklı, hatta zorunludur.

Öncelikle, tüketici olmaksızın incelediğim –çoğunluğunu ders kitaplarının oluşturdu-ğu- Anayasa Hukuku yazını ve öğretilerinde, bu konuda bir tartışma yapılmadığını ve genel olarak bir görüş açıklanmadığını söylemek gerekir.

İstisna olarak olumsuz görüşünü –nedenini açıklamadığı- kesin bir anlatımla bildiren **Erdoğan’a** göre, 2004 değişikliğini kapsayan metniyle 10. maddedeki “bu hüküm eşitliğin sadece hukuki anlamıyla ilgilidir; dolayısıyla bundan ‘maddi’ veya ‘sosyo-ekonomik’ eşitlik-ile ilgili sonuçlar çıkarılamaz” (Erdoğan, 2007: 173; Erdoğan, 2006: 86).

**Özbudun**, genel anlamda eşitlik ilkesi konusunda; “şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen, kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır” dedikten

ve ayrıcalık yasağının da “bu anlamda eşitliği hedefler görün(düğünü)” belirttikten sonra, “şüphesiz ki, eşitlik ilkesinin anlamını şekli hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir” diyerek, genel olarak doğru bir saptama yapmış ve maddi eşitlik için –kanımca haklar-dan eylemli olarak yararlanmayı vurgulamadığı için yetersiz olan- bir tanım vermiş olmakla birlikte, maddi eşitlik ilkesinin varlığını 10. madde çerçevesinde tartışmadığı gibi, olumlu yada olumsuz bir görüş de bildirmiş değildir (2011: 151).

Konuya hiç değinmeyen **Tanör / Yüzbaşıoğlu** (2011: 119-121) ile “mutlak eşitlik” ve nisbi eşitlik” kavramları üzerinde kısaca durmakla yetinen **Gözler**’in de, herhangi bir görüş açıklamadığı görülüyor (2008: 213).

Konuya görece en geniş biçimde yer veren ve bu bağlamda, katıldığım bir yaklaşımla, 2. maddedeki sosyal devlet ilkesine de değinen **Gören**, “genel eşitlik ilkesi”nin düzenlendiğini belirttiği 10. maddeye 2004’te eklenen 2. fıkra kuralı çerçevesinde, 1. fıkrada yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında bulunan “cinsiyet” temeline dayalı ayırım gözetme yasağı ile karşılaştırma yapıyor. Yazar, 2. fıkradaki düzenlemeyi, yani ilk iki sözcüğüne yer vermeksizin “EHSOİ” biçiminde kısalttığı “*Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesi*”ni bu altbaşlık içinde, Almanya ile karşılaştırmalı olarak ele alıp inceliyor.

Gören’e göre, “Kadın ve erkek arasında yalnız hukuken değil, **filen** da (de) şans eşitliğine sahip olmanın anayasal dayanakları, Anayasa md. 2’de yer alan Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa md. 10’da düzenlenmiş olan cinsiyet nedeniyle ayırım yasağıdır” (2006: 404; vurguyu ben yaptım). Hemen bir saptama yapmak gerekirse, Gören’in sosyal devlet ilkesini eylemli fırsat eşitliğinin anayasal dayanağı olarak görmesi, kanımca da doğrudur. Yazar bu görüşünü, sosyal devlet ilkesine ilişkin açıklamalarında da yineleyip devlet için maddi eşitlik ödevi getirdiğini açıkça şöyle belirtiyor: “**Genel eşitlik ilkesi**’nin düzenlendiği md. 10 alanında sosyal devlet ilkesinden, sadece şekli eşitliğin esas alınmaması, sosyal gerçekliğin, eşit ya da farklı davranmanın objektif nedeni olarak kullanılması ve böylece **maddi bir eşitliğe ulaşılması ödevi** doğmaktadır” (2006: 121; vurgu benim).

Açıklamalarını sürdüren Gören; “*farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi*” olarak formüle ettiğini belirttiğim, 2004’te 2. fıkraya yazılan “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir” kuralı konusunda, 1. fıkradaki “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı” ile çeliştiğini düşündüğüm ve aynen aktarmayı zorunlu gördüğüm aşağıdaki açıklamalar yapıyor:

“*Bu iki ilke, 7.5.2004 tarihinden beri (...) Anayasanın 10. maddesinde yer alan ‘farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi’ (EHSOİ) yani ‘kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir’ kuralı ile birlikte Devlete, başlangıçtaki<sup>8</sup> temel hak*

<sup>8</sup> Bu noktada, şu iki sorunun yanıtını araştırmak gerekiyor: Yazarın bu alıntıda söz ettiği “başlangıç”, 6. paragrafında “eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri”nin yer aldığı belirttiği Anayasa’1961 Anayasasının Başlangıç bölümü müdür? Böyle ise, “başlangıçtaki temel hak anlayışı” nedir?

Yazarın açıklamalarından anlaşıldığına göre, burada söz ettiği “başlangıç”, Anayasa’nın Başlangıç bölümü değil, yasaklanan örnek ayrımcılık nedenleri arasında “cinsiyet”in de sayıldığı 10. maddenin 1. fıkrasıdır. Çünkü 1. fıkrada, 2004’te eklenen fıkra (EHSOİ) ile karşılaştırdığı iki ilkedeki biri olan “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı” öngörülmüştür. Başlangıçta ise, böyle somut bir yasak bulunmadığı açıktır.

Gören’in, Anayasa’nın Başlangıç bölümünden ve 6. paragraftaki ilkedeki söz etmek istediği düşünülse yada varsayılsa bile, açıklamalarının izleyen satırlarında (metin içinde aktardığım alıntılarda) buna ilişkin bir ipucu bulma olanağı yoktur. Kaldı ki, yazarın Anayasa’nın Başlangıç bölümünün amaçladığının kabul edilmesi ve dolayısıyla “başlangıçtaki temel hak anlayışı”nın saptanması gerektiğinde; örneğin kitabının “Başlangıç

*anlayışından farklı olarak, sadece temel hak koruma alanlarına yapılan saldırıları yasaklamakla kalmayıp, bu ilkelerin gerçekleşmesine yönelik aktif eylemlerde bulunulmasını da emretmektedir. (...) EHSOİ hukuki durumda eşitliği sağlamaya, kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmalarını yasal yoldan gerçekleştirmeye yönelik bir Anayasa emri olarak anlaşılmalı zorundadır. Cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı ise, Devlet için fiili mağduriyet ve avantajları gerektiğinde aktif eylemlerle ortadan kaldırma konusunda bir görev içermektedir” (Gören, 2006: 404-405; vurguları ben yaptım).*

Gören’in, 10. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki düzenlemeler arasındaki nitelik farkı konusunda yeterince açık olmadığını düşündüğüm ve üstelik çelişkili bulduğum görüşlerini, yukarıdaki alıntılarını bir kez daha yineleme pahasına özetleyip değerlendirmek istiyorum.

Yazarın, 10. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı”nı, sözünü ettiği iki ilkedeki biri olan sosyal devlet ilkesiyle birlikte, kendi anlatımıyla, “kadın ve erkek arasında yalnız hukuken değil, fiilen da (de) şans eşitliğine sahip olmanın anayasal dayanakları”ndan biri olarak gördüğü; daha açık bir deyişle, 1. fıkranın ayrımcılık yasağı öngören nedenler arasında “cinsiyet”e de yer vermiş olmasını eylemli fırsat eşitliğinin anayasal dayanağı saydığı anlaşılıyor. Ancak aynı zamanda, yazarın yanıltıcı bir anlatımla “başlangıç” olarak andığı 1. fıkradaki cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık yasağı, “sadece temel hak koruma alanlarına yapılan saldırıları(n) yasaklanmasıyla” ilgilidir. Bundan, korumanın “yasalarla” öngörülecek yasaklarla (hukuksal önlemlerle) sağlanabileceği, yükümlülüğün hukukal önlemler alınmasıyla sınırlı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte yazar, 1. fıkradaki yasak kapsamında, devletin “gerektiğinde aktif eylemlerle” uygulamadaki “fiili mağduriyet ve avantajları” kaldırma görevinin bulunduğunu da eklemektedir. Devletin, 1. fıkradan kaynaklanan böyle bir görevinin bulunduğu yolundaki –benim de katıldığım– bu görüş kabul edilirse, bu görevin (yükümlülüğün) 1. fıkradaki “cinsiyet” temeline dayalı ayrımcılıkla sınırlı olmayıp öteki nedenlere dayalı ayrımcılıkları da kapsamaması, yani söz konusu görevin 1. fıkra için genel olması gerektiğine kuşku yoktur.

2004’te eklenen 2. fıkra kuralına gelince; yazar “EHSOİ” olarak kısalttığı bu kuralın, devlete, “bu ilkelerin gerçekleşmesine yönelik aktif eylemlerde bulunulmasını da emret(tiği)” görüşündedir ki kanımca doğrudur. Dolayısıyla sonuç olarak, “başlangıç” dediği 1. fıkra ile 2004’te eklenen 2. fıkra (EHSOİ) arasında, devletin “aktif eylemde” bulunma görevi / yükümlülüğü yönünden bir fark olmadığı anlaşılmalıdır. Eğer her iki fıkranın devlet için “aktif eylem” yükümlülüğü içerdiği düşünülüyorsa, “aktif eylemlerin” niteliğindeki farklılıkların –varsa- açıklanması, söz ettiğim çelişki izlenimi doğmaması için yararlı olurdu.

İlkeleri”ne ilişkin altbölümünde, söz ettiği temel hak anlayışı konusunda herhangi bir açıklamada bulunmadığı; açıklamalarının, bu ilkelerin hukuksal niteliği, listesi, AYM’nin yaklaşımı, bu ilkelerin Anayasa’nın yorumunda “anahtar” olması ve Başlangıçta yapılan değişiklikler gibi konulara ilişkin olduğu görülmektedir (2006: 97-101). Buna karşılık yazar, örneğin 6. paragraftaki ilkenin / ilkelerin hukuksal eşitlik mi eylemsel eşitlik mi anlamına geldiğini tartışmamış; örneğin bu bağlamda, Başlangıçta eşitliğe hem sosyal adalet ile birlikte yer verilmiş ve hem de hak ve özgürlüklerden “yararlanma”dan söz edilmiş olmasına karşın, sağladığı korumanın ve güvenceye aldığı eşitliğin niteliği üzerinde durmamıştır.

Bu arada, yazarın, “I. f.nın 2. C. inde, cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı kuralı yer almaktadır” cümlesi(s. 406; vurguyu ben yaptım), 10. maddenin 1. fıkrasının tek cümleden oluşması nedeniyle doğru değildir. “Cinsiyet”, yasaklanan öteki ayrımcılık nedenleri gibi, tek cümleli 1. fıkrada sayılmıştır ve “cinsiyet”e özgü ayrı bir düzenleme, “ayırım yasağı kuralı” yoktur.

10. maddenin, 2004 öncesindeki ve sonrasındaki biçimiyle, yalnızca “hukuksal eşitliği” güvenceye aldığı yolunda yukarıda değindiğim görüş, Anayasa Mahkemesi kararlarına da egemen olan ve sürekli biçimde yinelenen bir yaklaşımdır (Gülmez, 2009: 556-578).

Kanımca, anayasal eşitlik ilkesini, sözel metninde böyle bir sınırlandırma yapma olanağı verebilecek hiçbir açıklık olmamasına karşın, içeriğini boşaltarak –üstelik Başlangıçtaki ilkeyi de göz ardı ederek- salt biçimsel anlamına indirgeyen görüşe katılmak olanaksızdır. Hukuk önünde eşitlik, aynı zamanda “hukuk” ve “uygulama” düzeylerindeki eşitliği kapsayan bir ilkedir ve bu ilke, ancak bu iki yönüyle gerçekleştirildiği zaman anlam taşır ve devlete düşen anayasal yükümlülük yerine getirilmiş olur. Yaptırımlı kurallara olduğuna göre, hukuk uygulanmayı da varsayar, içerir; uygulama ise, eşitliğin, eşitlik yükümlülerince alınacak somut önlemlerle eylemli olarak gerçekleştirilmesini amaçlar, amaçlamalıdır. Biçimsel olarak eşitlik ve ayrımcılık yasağına uyulmasını sağlayıcı anayasal, yasal ve alt (yönetmelik) düzenlemelerin yapılması, dolayısıyla devletin bu anlamda “olumlu eylemler”le devreye girmesi, özellikle sosyal haklar için çoğu zaman yeterli olmaz; biçimsel düzenlemeleri yaşama geçirecek ekonomik ve sosyal nitelikli önlemler alınması da gerekir. 1. fıkradaki yasa önünde eşitlik ilkesinin “maddi eşitlik” yönünün tümünden yadsınması ve anayasal güvence dışında tutulması, Anayasa’nın tanıyıp güvenceye aldığı ekonomik ve sosyal haklardan “eşitlik koşulları” içinde, Başlangıçtaki anlatımla “eşitlik ve sosyal adalet gereklerince” yararlanılmasını büsbütün olanaksız kılar. Kaldı ki, Anayasa ile bağdaşmayan böyle bir daraltıcı ve “ultra-liberal” yorum, Türkiye’nin onayladığı “ulusalüstü” insan hakları sözleşmelerine ve yetkili denetim organlarının yerleşik kararlarına da açıkça aykırıdır.

10. maddede geçen “kanun” teriminden –genellikle benimsendiği gibi- “hukuk” anlaşılıyorsa, bu kavramın öncelikle kişi hakları ve siyasal haklara ilişkin anayasal kurallara gibi ekonomik ve sosyal haklara ilişkin kuralları da kapsayacağı açıktır. Ayrımcılık yasaklı anayasal eşitlik ilkesi, Başlangıçtaki ilkeyle de birlikte düşünüldüğünde, hak ve özgürlüklerden eylemli biçimde yararlanmada söz konusu olmayacaksa, özünden soyutlanmış, anlamsız ve işlevsiz bir ilkeye indirgenmiş olur.

Aynı yöndeki bir başka görüşe göre de, 1. fıkradaki “ayrımcılık yasağını keyfi ayrımlarla ilgili ve sınırlı olarak (*arbitrary distinction*) anlamak gerekir. Örneğin sosyal hakların (sosyal güvenlik, sigortalar vb) aynı anda herkese tanınmaması ya da bazılarının bundan yararlanamaması, ayrımcılık (keyfi ayrımcılık) oluşturmaz” (Tanör / Yüzbaşıoğlu, 2001: 114; 2009: 111; 2011: 120). 10. maddeye 2004’te yapılan eklemelerden önce de belirtilen bu yaklaşımın, eşitlik ilkesinin Anayasa’nın güvencesindeki tüm “temel” hak ve özgürlükleri kapsadığını ve sosyal güvenlik hakkının anayasal öznesinin “herkes” olduğunu göz ardı ettiği anlaşılmalıdır. 1. fıkradaki ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi, yazarın “keyfi” dediği “haklı” nedenlere dayanan –görünüşte- ayrımcı düzenlemeleri dışlamaz. Kuşkusuz, sosyal haklardan kimileri, salt hukuksal düzenlemeler yapılmasıyla bir çırpıda gerçekleştirilemez. Ancak, Başlangıçtaki ve 17. maddedeki temel ilke ve kural ile doğrudan bağlantılı sosyal güvenlik hakkında olduğu gibi, kimi sosyal hakların nitelik olarak devletin düzenli ve kesintisiz biçimde alacağı somut ve olumlu edimlerle zaman içinde, “aşamalı” olarak gerçekleştirilebilir olması ve gerçekleştirme yükümlülüğünün bulunması (Gülmez, 2011c, [baskıda]), anayasal eşitlik ilkesinin kapsamı dışında tutulmasını, eşitliğin yalnızca hukuksal / biçimsel eşitliğe

indirgenmesini gerektirmez. Her iki yaklaşım, eşitlik ilkesinin hem özüne ve ulusalüstü sözleşmelere aykırı düşer, hem de ilkenin bütünsellik ve bölünmezliği ile bağdaşmaz.

Kanımcı, “biçimsel eşitlik” ve “eylemsel eşitlik” konusundaki bu tartışmayı, biraz daha derinleşerek, genellikle 2004’te 10. maddenin 2. fıkrasına olumlu ayrımcılığa ilişkin olarak eklendiği düşünülen iki cümleli kural çerçevesinde de yapmak olanaklı, hatta gereklidir.

“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir” denildikten sonra, devletin yükümlülüğünün çok açık bir dille belirtilmiş olmasını, salt kadınlar yararına olumlu ayrımcılık yapılmasıyla sınırlı olarak mı anlamak gerekir?

Soruyu yanıtlamadan önce, 2. fıkranın, ilk cümlesinde “kadınlar ve erkekler” için “eşit haklar” vurgusu yapan ve ikinci cümlesinde de devlet için biçimsel önlemleri aşan açık bir yükümlülük öngören düzenlemesinin anlam ve niteliği üzerinde belirtilen görüşlere değinmekte yarar vardır.

Anayasa Hukuku öğretisinde incelediğim yazarlardaki egemen görüş, bu anayasal yükümlülüğün “olumlu ayrımcılık” anlamı taşıdığı yolundadır. Bunu pekiştirmek amacıyla 2010’da 2. fıkraya 3. cümle olarak yapılan, “bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” biçimindeki eklemekten önce de, 2004’te yapılan iki cümleli düzenlemenin olumlu ayrımcılık anlamına geldiği, bu nitelikteki önlemleri “olanaklı” kıldığı ve “özendirdiği” haklı olarak belirtilmişti. Örneğin *Özbudun*’a göre, “bu eklemeye, devletin kadınlar lehine ayrımcılıkta bulunması mümkün kılınmıştır” (2011: 151). Kanımcı, devlet için “mümkün kılma” değil “zorunlu olma” söz konusudur. *Tanör / Yüzbaşıoğlu*, “olumlu bir yenilik” olarak gördüğü bu kuralla “pozitif ayrımcılığa anayasal dayanak kazandırılmış” olduğunu belirtmekte ve “böylece, Devlet(in), kadınlar bakımından somut fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler almakla görevlendirilmiş” olduğunu eklemektedir (2011: 120). *Yazıcı* da, 10. maddeye 2004’te eklenen kuralın, “kadınlar lehine pozitif ayrımcılığa olanak tanıyan bir hüküm” olduğu görüşündedir (2006: 523). Benzer görüşü benimseyen ve “2004 değişikliği ile kadınlara yönelik olumlu ayrımcılığı teşvik eden bir fkr daha eklenmiştir” diyen *İnceoğlu*’na göre de, bu fıkrayla devlet, “kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğünü de üstlenmiştir. Diğer bir deyişle bu konuda pozitif yükümlülüğü vardır” (2006: 49; ayrıca, İba, 2006: 9-13). Buna karşılık, 2. fıkranın 2. cümlesinin, “devlete kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde sadece genel bir ödev yüklemekte, ancak somut bir emir vermemekte” olduğu görüşü de savunulabilmiştir (Erdoğan, 2007: 175).<sup>9</sup>

Kanımcı, 2. fıkrayı olumlu ayrımcılığa anayasal dayanak kazandıran bir düzenleme olarak yorumlayan yukarıdaki görüşler doğru olmakla birlikte, yapılan pozitif düzenlemenin

<sup>9</sup> Yazar bu görüşünü, kendisinin kaleme aldığı açıklanan bir yayında da yinelemiş; 10. maddeye yapılan eklemenin, bu maddenin “normatif etkisinde bir değişiklik yaratmış olduğu(nun) söyleneme(yeceğini)” ileri sürerek, bunu “kadın-erkek eşitliği(nin) bu maddenin cinsiyet ayrımını da yasaklayan ilk fıkrasının anlamında mün-demiç” olması ile açıklamıştır. Ek kuralın ise, “hukuk kurallarıyla kadınlara sadece erkeklerden daha az hak verilemeyeceğini göster(diğini)” ve ikinci cümlesinin de, “devlete kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde sadece genel bir ödev yükledi(diğini)”, ancak somut bir emir verme(diğini)”; bunun, kadınlara erkeklerden daha fazla hak tanımak yerine, onların durumunu genel olarak iyileştirici sosyal tedbirler alınmasını gerektiren bir program hükmü niteliğinde” olduğunu savunmuştur (Erdoğan, 2006: 86).

Cinsiyetlerarası her tür eşitsizliğin, yalnızca “sosyal” değil aynı zamanda siyasal, ekonomik, eğitsel vb nitelikli olumlu önlemlerle aşamalı olarak kaldırılması ve elde edilen somut sonuçlarla eşitliğin sağlanmasına değin sürdürülmesi yükümlülüğü getiren 2. fıkra kuralına ilişkin bu görüşe katılmadığımı yineliyorum.

değerini daraltıcı niteliktedir. 2. fıkranın devlet için öngördüğü yükümlülük, genellikle düşünüldüğünün tersine, salt “kadınlar lehine”, “kadınlara yönelik” olumlu ayrımcılık önlemleri almakla sınırlı olmayıp, aynı zamanda “eylemsel / maddi eşitlik” ilkesi için de anayasal bir dayanak oluşturur. Bu nedenle, 2. fıkrayı özneler ve yükümlülük yönlerinden 1. fıkrayla karşılaştırarak daha yakından irdelemekte, buradan da maddi eşitlik içerip içermediği konusunu tartışmakta yarar vardır.

Böyle bir yaklaşımla irdelendiğinde, 2004’teki iki cümleli metniyle 2. fıkranın, gerek özneleri gerekse içerdiği yükümlülükler yönünden yeterince açık olduğu görülebilecektir. Gerçekten, yalın bir saptamayla; özneler “kadınlar ve erkekler”, yükümlü olan “devlet”, yükümlülüğün konusu “haklarda eşitlik”, üstlenilen yükümlülük de hak eşitliğini “yaşama geçirme”dir.

Dolayısıyla, 2. fıkra konusunda, olumlu ayrımcılıkla bağlantılı olarak öncelikle tartışılması gereken ilk nokta şudur: Öznenin “kadınlar ve erkekler” olarak belirlenmiş olmasının amaç, anlam ve sonucu nedir? 1. fıkradakinden farklı olması, özne daralması anlamına gelir mi?

Bu konudaki görüşümü, 2009’da genel ve kısa bir anlatımla şöyle belirtmişim: “10. maddeye 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı yasayla 2. fıkra olarak eklenen kural, temelde ilk fıkranın “genel” olarak ve her iki yönüyle birlikte düzenlediği ilkeyi, “cinsiyet” yönünden pekiştirmek, açıkça ve özel olarak belirtmek amaçındadır. 2. fıkranın ilk cümlesi, kanımcı 1. fıkranın güvencesinde olan “cinsiyet” nedeniyle ayırım gözetmeksizin herkesin (yani kadınların ve erkeklerin) yasa önünde eşitliğini, haklardan eşit olarak yararlanma biçiminde somutlaştırarak yineleyip güçlendirmiştir” (Gülmez, 2009: 550-551).

Oysa, 2. fıkranın “kadınlar ve erkekler” olarak tanımladığı özneler üzerinde daha yakından bir irdelemeye girişildiğinde, “kadınlar ve erkekler”in 1. fıkrada “herkes” olarak tanımlanan öznenin cinsiyetleriyle tanımlanması yolunda açıklanması yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle de 2. fıkranın, 1. fıkranın kişiler yönünden uygulama alanını ve değerini daraltıcı bir etkisinin bulunmadığını ileri sürmek doğru değildir. Çünkü özne olarak “kadınlar ve erkekler”in, yerleşik / geleneksel toplumsal algılamalara uygun iki cinsiyet dışında kalan başka farklı cinsel kimlikleri ve cinsiyetleri kapsadığı ileri sürülemez. Dolayısıyla da, 1. fıkradaki “herkes”e oranla özneler yönünden bir daralma söz konusudur. Eğer 2. fıkradaki kuralın salt bir olumlu ayrımcılık düzenlemesi niteliği taşıdığı ve üstelik “kadınlar” ile sınırlı olduğu yolundaki yaygın görüş benimsenecek olursa, bunun kaçınılmaz sonucu farklı cinsel kimlik taşıdığı düşünün hak öznelerinin anayasal koruma dışında tutulmasıdır. Bu nedenle, 2. fıkradaki düzenleme özneleri yönünden sorunludur ve örtük biçimde, **farklı cinsel kimliği olanları dışlamakta ve hatta dolaylı bir ayrımcılık oluşturmaktadır.**

İkinci nokta ise, 2004’teki ilk metniyle 2. fıkranın, yukarıda kimi örneklerine değindiğim öğretide ileri sürüldüğü gibi, yalnızca kadınlar yararına olumlu ayrımcılıkla sınırlı bir düzenleme olup olmadığıdır. Aslında 2. fıkranın, yukarıda da değinildiği gibi öncelikle haklardan eylemli olarak yararlanmada kadınlar aleyhine olan olgusal eşitsizliklere karşı alınması gereken olumlu ayrımcılık önlemlerinin biçimsel eşitlik ilkesine aykırı sayılmamasını güvenceye alan bir düzenleme niteliği taşıdığına genellikle kabul edilmiş olması karşısında, böyle bir soru yersiz bulunabilir.

Ancak kanımca, eğer 2. fıkra, Anayasa koyucunun da amaçladığı gibi, yalnızca “kadınlar yararına” olumlu ayrımcılığı güvenceye alan bir düzenleme olsaydı, fıkranın “kadınlar ve erkekler” yerine “**Kadınlar, erkeklerle...**” diyerek başlaması gerekirdi. Çünkü ancak bu anlatımla, kadınlar aleyhine olan hukuksal ve özellikle eylemli eşitsizlikleri daha açık vurgulamak olanaklıdır. Bu nedenle öngörülen yükümlülük, “haklarda eşitlik” ilkesinin tüm “kadınlar ve erkekler” için eylemli olarak uygulanmasını gerektirir, yani devlete eylemli eşitlik yükümlülüğü getirir. Kuşkusuz bu düzenleme, haklardan yararlanma, yani maddi / olgusal eşitsizlikler konusunda uygulamadaki somut durum göz önüne alındığında, öncelikle eşitlik ilkesinin mağduru olduğuna kuşku bulunmayan kadınların hak ve özgürlüklerden somut olarak yararlandırılmalarının sağlanmasını, bu amaçla gerektiğinde olumlu ayrımcılık içeren – hukuksal olan ve / yada olmayan- her tür özel koruma önlemi alınarak kadınlar aleyhine olan “eşitlik açığı”nın kapatılmasını amaçlar ve gerektirir. Düzenlemenin, öncelikle bu amaca yönelik olduğuna kuşku yoktur. Ancak 2. fıkranın ilk cümlesinin sağladığı koruma, öznelere “kadınlar ve erkekler” biçiminde yazılmış olması nedeniyle, yalnızca kadınlar yararına olumlu ayrımcılıkla sınırlı değildir. Belirttiğim gibi, “**Kadınlar, erkeklerle eşit haklara sahiptir**” denilmediği, önerdiğim bu anlatımda olduğu gibi eşit haklara sahip olması gereken öznelere öncelikle “kadınlar” olduğu vurgulanmadığı için, yürürlükteki pozitif metinden, öngörülen yükümlülüğün salt kadınlar yararına olumlu ayrımcılık tanımına uyan önlemler alma yükümlülüğüyle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılması, düzenlemenin değerinin sınırlandırılması demektir. 2. fıkranın sözel anlatımı karşısında, *kuramsal olarak*, hak eşitsizliği hangi özne ve hangi haklar için varsa, devletin onların eşitlik koşulları içinde o haklardan yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü vardır. Bu öznelere, 2. fıkranın sözel anlatımı karşısında, günümüzde uygulamada görülen somut durum ve yaşanan gerçekler açısından geçerli olmasa da, soyut olarak, hiç olmazsa kimi haklar yönünden –şimdi değilse bile gelecekte- erkekler de olabilir.

2. fıkra konusunda üzerinde durmakta yarar gördüğüm üçüncü nokta da şudur: Bu fıkranın kadınların ve erkeklerin öznesi olduklarını belirttiği ve devleti de yaşama geçirmekle yükümlü tuttuğu “*eşit haklar*”, yalnızca Anayasa’nın güvenceye aldığı haklar mıdır, yoksa Anayasa’yla sınırlı olmaksızın örneğin ulusüstü insan hakları sözleşmelerinin güvenceye bağladığı hakları da kapsar mı? Kanımca, Başlangıçta olduğu gibi “bu Anayasa’da” denilerek Anayasa’ya doğrudan bir gönderme yapılmadığı için, devletin yükümlülüğü Anayasa’daki haklarla sınırlı tutulamaz; 90. maddenin son fıkrasına uygun biçimde ulusal hukukun yasalara üstün tutulan ve doğrudan uygulanması öngörülen insan hakları sözleşmelerinin güvencesindeki hak ve özgürlükleri de kapsar.

Dolayısıyla, 2004’te 10. maddeye eklenen 2. fıkranın getirdiği asıl yenilik ve sağladığı katkının 2. cümlesinde olduğuna kuşku yoktur. Gerçekten, 1. fıkrada devletin genel eşitlik ilkesi karşısındaki yükümlülüğü doğrudan bir anlatımla açıkça belirtilmemiştir. Bu yükümlülüğün öznelere, aşağıda da değinileceği gibi, 1. fıkrayı da kapsamak üzere son fıkrada gösterilmiştir. Oysa bu cümlede, kadınların ve erkeklerin “haklar yönünden eşitliği”ni yaşama geçirmenin, haklardan soyut değil somut olarak eşit yararlanmayı sağlamanın devlete düşen anayasal bir yükümlülük olduğu açıkça öngörülmüştür. Değişik bir anlatımla, bu özel düzenlemenin önemi, yükümlülüğün öznesinden çok konusunun açıklıkla belirtilmiş olmasındadır. Böylece devletin; haklar yönünden 1. fıkranın güvencesinde olan cinsiyet temeline dayalı ayrımcı kural ve uygulamaları ortadan kaldırmakla yetinmeyip, somut edimde bulunarak söz

konusu eşitliği soyut bir kavram olmaktan çıkarma, “biçimsel” eşitliği hak ve özgürlüklerden eylemli olarak yararlanılan somut bir gerçekliğe, olgusal eşitliğe dönüştürme yükümlülüğü üstlenmiş olmasıdır. Salt biçimsel düzenlemelerle cinsiyetlerarası eşitlik yaşama geçirilemez, kadınlar -ve görece elverişsiz durumdaki tüm öteki öznelere- eylemli olarak hak ve özgürlüklerden yararlanamaz. 2. fıkranın 1. cümlesi, temelde bu gerçeğe dayanır. 2. cümlesi de, bunun doğal gereği olan eşitliği gerçekleştirici önlemlerin alınmasını dayatır. Devletin “eşitliği yaşama geçirme yükümlülüğü”nün anlamı budur; devlet, gerektiğinde, kadınlar ve erkeklerin hak ve özgürlüklerden eylemli olarak yararlanmalarında derin eşitsizliklerin bulunması durumunda, kadınlar yararına “*olumlu eylem*”de bulunmalı, uluslararası sözleşmelerin diliyle “özel geçici önlemler” almalıdır.

Eğer kadınlar ve erkeklerin sahip oldukları eşit hakların devletçe yaşama geçirilmesini sağlama yükümlülüğü salt biçimsel / yasal düzenlemelerle sınırlı olduğu yolunda yorumlanacaksa, bu kuralı Anayasa’ya ayrıca yazmanın ne anlamı ne de gereği olurdu. 2. fıkranın içerdiği olumlu yükümlülük, hukuksal plandaki yasakların kaldırılmasından başlayıp, uygulamada siyasal, sosyal, kültürel, ekonomik vb. alanlarda karşılaşılan çeşitli engellere son verilmesini, örneğin eğitim ve duyarlılık kampanyaları hazırlanmasını, bu amaçlarla somut politikalar belirlenmesine ve izlenmesine değin uzanan geniş bir yükümlülükler dizisini kapsar. Bu yükümlülük, her aşamada daha fazlasıyla elde edilmesi gereken “somut sonuçlar”la, eşitliğin uygulamada gerçekleştirilmesine değin sürekli çaba gösterilmesini, ilerlemeler sağlanmasını gerektiren bir yükümlülüktür.

Bağlamak gerekirse, 2. fıkradaki eşit haklar vurgusunun, öznesi olan tüm “kadınlar ve erkekler” için haklardan eylemli yararlanmayı ve yararlandırmayı kapsayan, böylece 1. fıkranın söz etmediği eşitlik ile haklardan yararlanma arasındaki bağı güçlendirerek bu önemli eksikliği tamamlayan, Başlangıçtaki ilkeyi pekiştiren, dolayısıyla hem maddi eşitliği ve hem de olumlu ayrımcılığı güvenceye alan bir düzenleme olduğu kanısındayım. Devlet, hak eşitliğini “maddi”, “eylemli”, “olgusal” boyutuyla da gerçekleştirmekle yükümlüdür. “Yaşama geçirme yükümlülüğü”nün anlamı budur. Devletin, öncelikle kadınların erkeklerle –ama gerekiyorsa yada bir gün gerekirse, hiç değilse kuramsal olarak, erkeklerin de kadınlarla- haklardan eşitlik koşulları içinde yararlanmalarını sağlamanın, 1. fıkradaki ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesinin sınırlarını aşan, her tür ekonomik, sosyal ve kültürel nitelikli somut önlemler alınmasını gerektiren bir yükümlülük olduğu kuşkusuzdur. Aslında bu yükümlülük, daha önce belirttiğim gibi, doğru okunduğunda, Başlangıçta öngörülen anayasal hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma ilkesinin de doğal gereğidir ve bu temel ilkenin hukuksal karşılığıdır.

Ancak belirttiğim gibi, 2004’te yapılan bu eklemenin temel sorunu ve eksiği, öznelere “kadınlar ve erkekler” biçiminde tanımlandığından, tüm cinsel kimlikleri kapsamaması, hatta dışlaması, dolayısıyla da dolaylı ayrımcılık oluşturmalarıdır.

Kuşkusuz, 2010’da “bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” biçiminde 10. maddenin 2. fıkrasına yapılan ikinci eklemeye de, 2004’te yapılan ilk eklemenin olumlu ayrımcılıkla ilgili ve buna açıklık kazandırmaya, bu amaca yönelik önlemlerin eşitliğe aykırı olduğu yolunda ileri sürülebilecek kimi yorumlara olanak tanınmamasına yönelik olduğunu gösterir. **Tanör / Yüzbaşıoğlu**, bu cümleyle “pozitif ayrımcılığın anayasal temeli(nin) daha da güçlendirilmiş” olduğu görüşündedir (2011: 120). 2004’te eklenen ku-

ralın “2010 Anayasa değişikliğiyle güçlendirilmiş ve kapsamı(nın) genişletilmiş” olduğunu belirten *Özbudun*’a göre de, 2010 eklemesiyle “kadınlar lehine pozitif ayrımcılık kuralı güçlendirilmiştir” (2011: 152 ve 153).

2010’daki olumlu ayrımcılıkla ilgili ikinci ekleme de (3. fıkra), özel önlemlerle korunma gereksinmesi olan kişi kesimlerinden “çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife malullerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler”i kapsamakta ve sayılan bu elverişsiz kişi kümeleri için alınacak özel koruma önlemlerinin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağını açıkça belirtmektedir. Bu fıkranın, 1. ve 2. fıkralarda yapılan düzenlemeler karşısındaki anlamı nedir? Kuşkusuz, sözü edilen kişi kesimleri, 1. fıkradaki “herkes” kapsamındadır. Dolayısıyla, bunlar için ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesini yalnızca biçimsel düzenlemelerle gerçekleştirme olanağı yoktur. Devletin bu ilkeyi yaşama geçirmek için önlemler alması gerekir ve bu önlemler de, eşitliğe aykırı sayılamaz. Kanımca bu ekleme, 2004’te kadınlarla sınırlı tutulan –tutulmak istenen– olumlu ayrımcılığın kişiler yönünden kapsamını genişletmekle kalmamış, aynı zamanda söz konusu kişiler için örtük olarak olumlu ayrımcılık önlemleri alınmasını zorunlu tutmuştur.

Aşağıda görüleceği gibi Anayasa’nın 50. maddesi de, 3. fıkrada sayılan kişi kesimlerinden bazıları için özel koyucu önlemler alma yükümlülüğü öngörmüştür.

#### d. Eşitlik İlkesinin Yükümlülükleri, Yükümlülüğün İçeriği

Devletin yasa önünde eşitlik ilkesi karşısındaki konumu, daha somut bir deyişle “*ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülükleri*”, 10. maddenin 1961 Anayasası’nda benzeri bulunmayan son fıkrasında özel bir kuralla düzenlenmiş, böylece 11. maddedeki genel anayasal bağlayıcılık ilkesi pekiştirilmiştir.

Başlangıçtaki haklardan eşitlik gereklerince yararlanma ilkesiyle birlikte yasa önünde eşitlik ilkesine yönelik uygulama, uyma ve uyulmasını sağlama yükümlülükleri, kuşkusuz öncelikle devlete düşer. İlkenin temel yükümlüsü olan devletin, her düzey ve nitelikteki tüm organ ve görevlilerini kapsamak üzere, tüm bileşenleriyle yasa önünde eşitlik ilkesine uygun davranması gerekir. “*Devlet organları ve idare makamları*” için öngörülen bu yükümlülüğün, ilkenin ayırım gözetmeme boyutu ile gerek kadınlara gerekse elverişsiz konumdaki kişi kümelerine yönelik olumlu ayrımcılığı da kapsadığı kuşkusuzdur.

4. fıkranın belirttiği yükümlülüklerden yasama, anayasal ve yasal düzenlemeler gerçekleştirirken; yürütme ve yönetim yasaları uygularken ve bu amaçla değişik düzey ve niteliklerde düzenlemeler yaparken, sosyal politika önlemleri alırken ve uygulamalara girerken; yargı da kararlarını oluştururken –özellikle Anayasa Mahkemesi uygunluk denetimi yaparken- Başlangıç’ı da kapsamak üzere hukuksal ve eylemsel yönleriyle bir bütün olarak hukuk önünde eşitlik ilkesiyle bağlıdırlar. Yasa yapıcıların, yasa uygulayıcıların ve yasa yorumlayıcıların, hukuksal karşılığı da bulunan Başlangıç ilkesini göz ardı etmeksizin tüm fıkralarıyla bir bütün oluşturan 10. maddeye uygun davranması anayasal bir buyruktur. Eşitliğin, devlet yönetiminin tümüne dayatılmış bir ilke sayılmasının bir nedeni de, 4. fıkradaki bu özgül kuraldır.

4. fıkra, eşitlik ilkesine uyma yükümlülüğünün kapsamını belirlerken “bütün işlemler”den söz etmiştir. Kanımca, devlet organları ve idare makamlarının işlemlerinin yanı sıra, tüm “eylem ve uygulamaları” da, eşitlik ilkesine uygun olmak zorundadır. Çünkü 1.

fıkradaki önlemlerden doğan eşitlik yükümlülüğü, dar anlamda hukuksal “işlemler” ile sınırlı değil geneldir, tek boyutlu değil çok boyutludur.

Öte yandan bu yükümlülük, devletin, işverenlerin de hukuk önünde eşitlik ilkesine uygun davranmasını sağlama yükümlülüğünü kapsar. Değişik bir anlatımla, eşitlik yükümlülüğünün işverenleri bağlamadığı düşünülemez. Aslında, eşitlik yükümlülükleri, 10. maddenin 1. fıkrası gereğince, “*devlet organları ve idare makamları*”nı, yani resmi yükümlülükleri aşan bir genişliktedir. 4. fıkra, kamusal yükümlülükleri açıkça ve özel olarak belirtmiş, ancak sınırlı olarak saymamıştır. 1. fıkra gereği, herkesin ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik hakkı vardır ve bu hak, yargı yerleri önünde özel işverenlere karşı da ileri sürülüp dava edilebilir. Dolayısıyla, örneğin İş Yasası’nın “eşit davranma ilkesi” kenar başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında, bu ilkenin yalnızca ayrımcılık yasağı öngören “olumsuz” yönü düzenlenmiş olsa da, işverenler Anayasa’nın 10. maddesi gereğince ilkenin hem “olumlu” yönünün ve hem de “olumlu ayrımcılık” boyutunun yükümlüsüdür.

Kuşkusuz 10. maddenin son fıkrası, yasa önünde eşitlik ilkesinin yükümlülüklerini belirten bir kurala yer vermemiş olsaydı bile, “*Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*”nü düzenleyen 11. madde nedeniyle belirtilen üç anayasal erkin ve geniş anlamda yönetimin, özellikle de yasaların uygulanmasıyla görevli kişilerin, örneğin mülki amirlerin ve emniyet görevlilerinin anayasal bir “hüküm” olan yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağlı olacaklarına kuşku yoktur. Bu anayasal ilke, herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı alanlar yada kişiler için de geçerlidir ve yükümlülük kapsamı daha geniş olan 11. madde uyarınca gerek Başlangıç ilkesi ve gerekse 10. madde kuralı, “yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralıdır.”

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

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

Kanımca, bu görüş tartışmaya açıktır ve anayasal eşitlik ilkesinin özellikle işçi-işveren yada çalışan-çalıştıran ilişkilerinde anayasal içerik ve özünden uzaklaştırılması olanak verebilecektir. İşveren de, Birinci Kısmın Genel Esaslar bölümünde yer alan

Anayasa'nın 11. maddesindeki "diğer ... kişiler"den biri olarak, yine aynı bölümdeki 10. maddede öngörülen içeriğiyle yasa önünde eşitlik ilkesini, sözleşme özgürlüğüne öncelik tanıyarak ayrımcılık yasaklı bütünlüğü içinde işyerinde ve işletmesinde uygulamakla ve yaşama geçirmekle yükümlüdür.

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

*"Hukukumuzda da yukarıda belirtildiği gibi AY m. 10, eşitlik ilkesi bakımından getirdiği ölçüler ile bir bakıma mutlak bir ayrımcılık yasağı getirmiş bulunmaktadır. Bu yasağın hem kamu hukuku bakımından hem de özel hukuk ilişkileri bakımından geçerlidir. Kriterler oldukça açıktır (: işveren işçiyi işe alırken, çalışma koşullarını belirlerken ve işçinin işine son verirken kesin olarak onu dini inançlarından veya konuştuğu dilden veya mensup olduğu ırktan dolayı açık bir biçimde ayrı işlem yapamaz. Bu anlamda ayrımcılık yasağı bir bakıma mutlakdır" (Ulucan, 2000: 194; altını ben çiziyorum).<sup>10</sup>*

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

Kanımcıca, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesini işverenler yararına zayıflatan yada esneten ve sözleşme özgürlüğünü, üstün bir ilke olarak tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmada uyulması gereken eşitliğin üzerine çıkaran bu görüşler kabul edilemez. Eşit davranma ilkesinin haklı nedenlerin varlığı durumunda "mutlak" nitelik taşıması, sözleşme özgürlüğü ilkesinin eşitliğe üstün tutulmasını gerektirmez. Bu görüşler, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleriyle de bağdaşmaz.

### 3. Özgül Ayrımcılık Yasakları

1982 Anayasası, özne olarak bazı kişi kesimleri ve bazı haklar için –kimi örneklerine önceki Anayasalarda da rastlanan– dolaylı ve doğrudan nitelikli ayrımcılık yasakları da öngörmüştür.

#### a. Özel Olarak Korunan Kişi Kesimleri ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'nın "çalışma şartları ve dinlenme hakkı"nı düzenleyen 50. maddesi, 1961'in 43. maddesi gibi, ayrımcılık yasağıyla dolaylı ilgisi bulunan özgül kurallara yer vermiştir. 1. ve 2. fıkralarda, yaşı, cinsiyeti ve gücü nedeniyle "özel olarak korunması" gerektiğini düşündüğü kimi kişi kesimleri için –özellikleri 1961'dekinden farklı olan- aşağıdaki düzenlemeyi yapmıştır:

*"Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz."*

Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar." (...)

<sup>10</sup> Bu arada, "işe alırken" sözcüklerinin altını çizmiş olmamın nedeni; yazarın, anayasal bir ilke olan ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesinin, "iş ilişkisi"nin sözleşmenin biçimsel olarak kurulmasından önceki aşamasını (işe almayı) da kapsadığı görüşünü benimsemiş olduğunu vurgulamaktır. Bunun, İş Yasası'nın 5. maddesinde güvenceye alınan eşit davranma ilkesinin kapsamıyla ilgili olarak paylaştığım bir görüş olduğunu belirtmem gerek yoktur.

50. maddenin olumsuz anlatımla yazılan 1. fıkrasında amaç, çalışanlardan çocukların yaşına, kadınların cinsiyetine ve engellilerin de gücüne uygun işlerde çalıştırılmasını sağlamaktır. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik kimi özel önlemler eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacaktır. 1. fıkradan doğan yükümlülük, hem koruyucu ve düzenleyici aktör ve hem de işveren olarak devlete yöneliktir. Kuşkusuz, özel kesim işverenleri de, bu yükümlülük kapsamındadır.

50. maddenin 2. fıkrasındaki kuralda ise, ortak yönleri farklı nedenlerle elverişsiz durumda bulunan bazı kişi kesimlerini korumak için "çalışma koşulları" konusunda öngörülecek olumlu ayrımcılık önlemleri alınması zorunlu tutulmuştur. Başka bir anlatımla, küçükler, kadınlar ve -1961 Anayasası'nın 43. maddesinde yer almayan- engelliler için, çalışma koşullarının, "özel" olarak korunmaları amacıyla ayrıca düzenlenmesi, genel nitelikli yasal düzenlemelerde özel koruyucu kurallar öngörülmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Dolayısıyla, anılan kesimlere ilişkin bu nitelikteki kurallar, yaş, cinsiyet ve engel nedenleriyle ayrımcı sayılıp eşitlik ilkesine aykırı görülmecektir. Kanımca bu kural, 10. maddenin 1. fıkrasındaki ayrımcılık yasaklı genel eşitlik ilkesinin "mutlak eşitlik" anlamı taşımadığını, eşitliğin -kimi koşullarla yada haklı nedenlerle- istisnalarının bulunabileceğini de göstermektedir. Öte yandan, Anayasa'nın öngördüğü "özel olarak koruma"nın anlamı, bu üç kesim için "olumlu ayrımcılık" yapılmasının bir anayasal buyruk niteliği taşıması, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin eşitlik ilkesini zedelemeyeceğidir. Nitekim 2010'da eklenen bir pozitif kuralla, bu noktaya açıklık kazandırılmış, özel koruma önlemlerinin eşitliğe aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Ancak, 10. maddeye eklenen olumlu ayrımcılık kuralının kişiler yönünden kapsamı daha geniştir.

*Eyrenci-Taşkent-Ulucan'a* göre 50. maddedeki bu düzenleme, "eşitliği sağlamak için çok, sosyal korumayı hem devlet, hem de (...) işverenler bakımından bir yükümlülük olarak görmektedir" (2006: 144). Bu görüş, ilkece –ama kısmen– doğrudur. Anılan kişi kesimlerini koruyucu özel önlemler alınmasının öngörülmemesi durumunda, bunlar aleyhine olan "eşitlik açığı"nın daha da büyümesi olasılığının yüksek olduğu açıktır. Bu özel düzenleme dolayısıyla, 10. maddenin 1. fıkrasında geçen "cinsiyet" ile 1. fıkrada belirtilmeyen -ama "ve benzeri sebepler" kapsamında olduğu kuşku götürmeyen- "yaş" ve "engel" temellerine dayanan "çalışma koşulları" ile ilgili olan ve uygulamadaki olgusal eşitsizlikleri hafifletmeye ve giderek kaldırmaya yönelik "özel koruma önlemleri" alınması ayrımcılık oluşturmaz ve 10. maddeye aykırı düşmez. Bunlar, sosyal devletin gereği olan sosyal politika önlemleridir ve son çözümlemede, ileri sürüldüğünün tersine, eşitliğin sağlanması amacındadır. Örneğin, 111 sayılı sözleşme de, özel koruma önlemlerini ayrımcılık istisnaları arasında saymıştır.

Kaldı ki 10. maddeye 2010'da eklenen 3. fıkra, eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacak özel koruma önlemlerinin kapsamını 50. maddede olduğu gibi "çalışma şartları" ile sınırlı tutmamıştır. Değişik bir anlatımla, çalışma koşulları, olumlu ayrımcılık önlemleri yönünden 10. maddenin de koruması altındadır.

50. maddenin "2. fıkrasının" Anayasa'dan çıkarılmasını isteyen *Bakırcı*'ya göre bu düzenleme ile, "kadınlar, fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhi yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tabi kılınarak, eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulmuştur" (Bakırcı, 2007: 23). *Bakırcı*'nın, "2. fıkra AY'dan

çıkarılmalı” demiş olmakla birlikte, ortaya koyduğu gerekçeden yada yaptığı açıklamadan bu fıkranın tümünün değil, yalnızca “kadınlar”ın çıkarılmasını önerdiği sonucu çıkarılabilir.

### b. Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa’da ayırım gözetme yasağının “özel” olarak öngörüldüğü bir başka hak da, 70. maddede güvenceye bağlanan “kamu hizmetlerine girme hakkı”dır. Bu hakkı, 1961 Anayasası’nda da olduğu gibi “yurttaşlık” temelinde ve eşitlik ilkesine uygun olarak tanıyan 70. madde, 10. maddede öngörülen yasağa karşı belirtilen nedenlere dayalı ayrımcılık yapılmasına “istisna” olarak yer vermiştir:

*“Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.*

*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”*

Anayasa, 66. maddenin “Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes” biçiminde tanımladığı “Türk vatandaşları”nın kamu hizmetlerine alınmasında, yalnızca “görevin gerektirdiği nitelikler”e dayanan ayrımcılıklara olanak tanımıştır. Bu durumda, örneğin insan hakları belgelerinde ve Anayasa’nın 10. maddesinde sayılan ırk, renk, cinsiyet, din ve/yada inanç, siyasal yada felsefi görüş gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklar, kamu hizmetlerine girme hakkı için de yasak kapsamındadır. Kamu hizmetlerine girme hakkı açısından müslüman olan yada olmayanlar arasında hiçbir fark yoktur. Bu nedenlerin, ilkece “görevin gerektirdiği nitelikler” olduğu ileri sürülemez. Örneğin hristyan yurttaşların da, görevin gerektirdiği haklı nedenler olmadıkça, kamu hizmetlerine girmeleri Anayasa güvencesindedir. Buna karşılık, öğrenim düzeyi, öğrenimin niteliği, yaş, engel, vb nedenler, bazı kamu hizmetlerine girmede “görevin gerektirdiği nitelikler” olarak değerlendirilip kimi sınırlamalar getirilebilecek, 10. madde anlamında ayrımcı sayılmayan düzenlemeler yapılabilecektir. Ancak, Anayasa’nın tanıdığı bu olanaktan yararlanırken, ayırım gözetmeye ilişkin kuralın “istisna” olduğu ve dar yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır. Yine, görevlerin de çok çeşitli olması nedeniyle, farklı nitelikler gerektirebileceği açıktır. Ayrıca, kamu hizmetlerine girme hakkı konusundaki ayrımcılık yasağı, 657 sayılı yasa da öngörülen dört istihdam biçimine bağlı olarak farklı statülerde (memur, işçi, sözleşmeli olarak) hizmete alınacak herkes için geçerlidir.

Anayasa, bu özgül kuralıyla ayrımcılık yasağını “hizmete alınma” ile sınırlandırmış olmakla birlikte, kanımca bu yasak, 10. maddedeki genel eşitlik ilkesi dolayısıyla, ücret ve çalışma koşulları, ilerleme ve yükselme, hizmete son verme vb konularda da ilkece geçerlidir. Ancak, görevin gerektirdiği niteliklerin doğal uzantısı sayılabilecek bu konularda haklı nedenlere dayalı ayrımcılık eşitliği zedelemez.

Öte yandan, Anayasa’nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesi, kamu hizmetlerine girme hakkını da kapsayan “genel” bir ilke olduğundan, görevin gerektirmediği nedenler açısından ayrımcılık yapılması 10. maddeye aykırı düşer. Başka bir anlatımla, kamu hizmetlerine girme hakkı, 10. maddenin genel korumasından bağışık değildir.

Kamu hizmetlerine girme hakkı bağlamında sözü edilen “görevin gerektirdiği nitelikler”, yalnızca kamu hizmetlerinde değil, İş Yasası anlamında “iş ilişkileri”nde de ayrımcılık yasağına aykırı sayılmayan düzenlemeler için haklı neden sayılabilir. 111 sayılı sözleşmeye

ve başka uluslararası sözleşmelere göre, belirli bir işin gerektirdiği niteliklere dayalı farklı işlemler ayrımcılık tanımının kapsamı dışında kalır (Gülmez, 2009: 125 vd).

### III. SONUÇ YERİNE ÖZET NOTLAR

Yineleme anlamına gelecek görece daha geniş kapsamlı bir Sonuç yazmak yerine, daha çok Anayasa Hukuku öğretisiyle uyumayanları öne çıkararak, geniş biçimde sunduğum görüşlerimi kısaca anımsatmayı yeğliyorum ve yeterli buluyorum.

1982 Anayasası’nın, mantık ve dilbilgisi kurallarıyla değil insan hakları diliyle yorumlanması gereken eşitlik ilkesi ve hakkı konusunda öngördüğü düzenleme, kuşkusuz 10. maddeyle sınırlı değildir. Hukuksal karşılığının 10. maddede bulunduğu savıyla yada içeriğinin yetersiz olduğu düşüncesiyle göz ardı edilmemesi gereken Başlangıç da, öznesi ve maddi içeriğiyle farklı biçimde tanımladığı bir “temel ilke” olarak eşitliğe yer vermiştir. Öğretide, 10. maddenin söz anlattımına dayanarak ve 2004’te eklenen fıkra göz ardı edilerek yada eksik yorumlanarak “biçimsel eşitlik” ile sınırlı bir içerik yükleme anlayışı yaygın olsa da, anayasal eşitlik, birlikte okunması gereken Başlangıç ilkesi dolayısıyla “eylemli eşitlik”i de kapsar.

Anayasa Mahkemesi’nin, 10. maddeyi ısrarlı biçimde “hukuksal eşitlik” yaklaşımıyla yorumlarken, eylemli eşitliğin anayasal dayanaklarından birini oluşturan Başlangıç ilkesiyle birlikte okunması ve ayrıca hiçbir kararında, ayrımcılık nedenlerinin sonuna eklenen “ve benzeri sebepler” sözcüklerine dayanarak yaş, engel, ulusal yada etnik köken, cinsel yönelim ve cinsel kimlik gibi 1. fıkra da sayılmayan nedenlere dayalı ayrımcılıkların da anayasal koruma kapsamında olduğunu belirtip, bu konuyu tartışma dışında bırakmamış olması önemli bir eksikliklerdir.

10. maddeye 2004’te eklenen 2. fıkra, öğretideki yaygın görüşün tersine, yalnızca kadınlar yararına olumlu ayrımcılık önlemlerine anayasal dayanak kazandırmakla kalmayıp, devlet için eylemli eşitlik yükümlülüğü de öngören bir düzenlemedir. Öte yandan, bu fıkradaki özneler, temelde 1. fıkraya ulusalüstü hukuka uygun bir dille yazılan anonim özneye cinsiyetler yönünden somutluk kazandırır görünse de, sonuç olarak farklı cinsel kimlikleri dışlayıcı olduğu açıktır.

Tüm birimleriyle anayasal eşitlik ilkesinin yükümlüsü olan devletin, biçimsel düzenlemelerin yanı sıra, farklı hak öznelerinin ve kişi kesimlerinin karşı karşıya bulunduğu somut ve olgusal eşitsizliklerin gerektirdiği –başta ekonomik ve sosyal olmak üzere– her türden uygun önlemleri alması gerekir. Kısacası, mali kaynaklarının yetersizliği savına sığınmaması gereken devlet, hem hukuksal eşitlik ve hem de sosyal devlet ilkesiyle doğrudan bağlantılı eylemsel eşitlik ilkesinin anayasal yükümlüsüdür.

Artık, üstlendiği olumlu edimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmesi için eşitlik hakkının devlete karşı yargı yerleri önünde ileri sürülebileceği kabul edilmeli; devletin, ulusalüstü sosyal insan hakları ortak hukukunda varlığı kabul edilen ve kısaca “saygı gösterme / uyma”, “koruma” ve “gerçekleştirme” yükümleriyle özetlenen yükümlülüklerinin dava edilebilirliği ve yargılanabilirliği tartışma dışı kalmalıdır.

Bu bildiriye, sosyal devletin ve sosyal hakların unutulduğu ve unutturulduğu 12 Haziran 2010 seçimleri sonrasında siyasal gündemindeki yeni Anayasa yapma sorunuyla bağlantılı olarak, şu kısa öneriyle nokta koymak isterim:



***Eşitlik ilkesi, ulusalüstü sosyal insan hakları pozitif ve içtihat hukukunun birikimlerinden süzülün doğru kavram ve sözcükler özenle kullanılarak ve tüm haklardan eylemli olarak yararlanma ile bağ kurularak Anayasa'ya yazılmalıdır.***

## KAYNAKÇA

### Kitaplar

- Erdoğan, Mustafa, (2007), **Anayasa Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara: Orion Yayını.
- Erdoğan, Mustafa, (2006), **İnsan Hakları**, (Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları), 1. Baskı, Ankara: Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayını.
- Eyrenci-Taşkent-Ulucan, (2006), **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul: Legal Yayını.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, (2009), **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara: Yetkin Yayını.
- Gülmez, Mesut, (2009), **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Birinci Baskı, “AB’ye Sosyal Uyum” Dizisi, No: 5, Ankara: Belediye-İş Yayını.
- Gören, Zafer, (2006), **Anayasa Hukuku** (T. C. Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki İle), 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayını.
- Gözler, Kemal, (2007), **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayını.
- Gözler, Kemal, (2008), **Anayasa Hukukuna Giriş**, (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku), 12. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayını.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., (2007), **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara: İmge Yayını.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., (2009), **Anayasa Hukuku Dersleri, (Genel Esaslar)**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul: Legal Yayını.
- Kili, Suna / A. Şeref Gözübüyük, (1985), **Türk Anayasa Metinleri, Senedi İttifaktan Günümüze**, Ankara: Türkiye İş Bankası Yayını.
- Öden, Merih, (2003), **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Akara: Yetkin Yayını.
- Özbudun, Ergun, (2011), **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayını.

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

Tanilli, Server, (1980), **Türk Anayasaları ve Mevzuat**, İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını.

Tanör, Bülent, (1978), **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, 1. Basım, İstanbul: May Yayını.

Tanör, Bülent, / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayını.

Teziç, Erdoğan, (2009), **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul: Beta Yayını.

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

TBMM, (1961), **T. C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35 (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu [5/7], Cilt 2, Ankara: TBMM Yayını.

TBMM, (1983), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gereçleri**, Ankara: Millet Meclisi Vakfı Yayını.

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

### Makaleler

- Aliefendioğlu, Yılmaz, (1999), “Eşitlik İlkesi”, **Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 79-95.
- Bakırcı, Kadriye, (2007), “İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 8, Aralık 2007, s. 22-40.
- Gülmez, Mesut, (2010a), “İş Hukuku Öğretisi ve Madde 90 / Son Fıkra Sorunu”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan** (Editör: Talat Canbolat), Cilt I, İstanbul: Beta Yayını, s. 303-387.
- Gülmez, Mesut, (2010b), “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, 25, s. 217-265.
- Gülmez, Mesut, (2011a), “Eşit Davranma ve Ayrımcılık Yasağı İlkesinin Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı**, Ankara, 3-4 Nisan 2010, İş Müfettişleri Derneği / A.Ü. SBF Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü / Ankara Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası, Ankara: SMMM Yayını, s. 245-286.
- Gülmez, Mesut, (2011b), “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklarda Uyum Sorunu”, **Anayasal Sosyal Haklar, Sosyal Şart Işığında** (Editör: İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayını, İstanbul, 2011 (baskıda).

Gülmez, Mesut, (2011b), “Sosyal İnsan Haklarının Gelişimi Temelinde Sosyal Devlet İçin Öneriler”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Yayını, İstanbul, 2011 (baskıda).

İnceoğlu, Sibel, (2001), “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 41-70.

İnceoğlu, Sibel, (2006), “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 45-61.

Keser, Hakan, (2004), “4857 Sayılı İK’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş**, Cilt 7, Sayı 3, s. 37-73.

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

Tuncay, A. Can, (2004), “Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu”, **AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri** (Editör: Alpay Hekimler), 1. Bası, İstanbul: Beta Yayını, s. 45-79.

Ulucan, Devrim, (2000), “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, Cilt 5, Sayı 3, s. 191-202.

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

## LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L’HOMME

**Diane Roman**

**Université François Rabelais, Tours**

**Membre de l’Institut universitaire de France**

### RÉSUMÉ

Présenter la justiciabilité des droits sociaux en droit international des droits de l’Homme implique de dépasser les idées reçues: certes, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 avait exclu tout contrôle juridictionnel et mis en place un examen sur rapport étatique uniquement, ce qui avait entraîné une mise à l’écart des droits sociaux et fait peser sur ces derniers un doute quant à leur qualité de “droits” effectifs et justiciables.

Néanmoins, au fil de ses rapports, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a étendu son contrôle et a développé une interprétation dynamique, récusant la distinction entre droits civils et droits sociaux et soulignant l’existence de différentes obligations immédiatement exigibles des États: obligation de respecter, de protéger et de réaliser les droits sociaux, en garantissant notamment un accès aux tribunaux. En 25 ans d’existence, l’œuvre du CoDESC a permis ainsi de rejeter l’idée d’une éventuelle particularité des droits sociaux, qui ferait d’eux des «demi-droits», de «pseudo droits» relégués au rang de pétition de principe ou d’engagement moraux.

Relayée par l’interprétation faite, dans leurs domaines de compétences respectifs, par d’autres comités onusiens (Comité des droits de l’Homme, Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, Comité pour l’élimination des discriminations à l’égard des femmes), cette position doctrinale novatrice a offert un terrain favorable aux revendications en faveur d’un élargissement des compétences du CoDESC et ouvert la voie à l’adoption, en 2008, d’un protocole facultatif additionnel au PIDESC, garantissant une pleine justiciabilité aux droits sociaux conventionnellement garantis.

Certes, le protocole est subordonné, pour son entrée en vigueur, à des ratifications étatiques que les États semblent hésiter à effectuer. Néanmoins, la procédure de saisine individuelle ou associative que le protocole prévoit, en dépit du maintien d’un certain nombre d’incertitudes, hissera ainsi le CoDESC au rang d’organe majeur des Nations Unies pour la lutte contre la pauvreté et la promotion des droits sociaux.