Ocak-Şubat 2013 Yıl 9 Sayı 50 Fiyatı 25 TL. ISSN 1300-4174

Yeni Türkiye

yeni anayasa, yeni türkiye / nasıl bir anayasa? / genel esaslar / temel / hak ve hürriyetler / hükûmet ve idare sistemi /yargı,

devlet ve siyaset adamları, ABDULLAH GÜL / CEMİL ÇİÇEK / RECEP TAYYİP ERDOĞAN / HAŞİM KILIÇ / DEVLET BAHÇELİ / BEKİR BOZDAĞ / SADULLAH ERGİN / MUSTAFA KAMALAK / MUSTAFA DESTİCİ / BURHAN KUZU / AHMET İYİMAYA / MEHMET ALİ ŞAHİN / MUSTAFA ŞENTOP / ATİLLA KART / FARUK BAL / OKTAY ÖZTÜRK / ALTAN TAN / SIRRI SÜREYYA ÖNDER / RECAİ KUTAN / ABDULKADİR AKSU / MEVLÜT ÇAVUŞOĞLU / İDRİS BAL / ÖZCAN YENİÇERİ / KÖKSAL TOPTAN / NUMAN KURTULMUŞ / İSMAİL SAFİ / BÜLENT AKARCALI / MEHMET ELKATMIŞ / BİRGÜL AYMAN GÜLER / YASİN AKTAY / MEHMET METİNER / SELÇUK ÖZDAĞ / OKTAY VURAL / SADİ SOMUNCUOĞLU / SİNAN OĞAN / İSMET UÇMA / AYHAN SEFER ÜSTÜN / M. NACİ BOSTANCI / HALUK ÖZDALGA / SALİM USLU / SÜLEYMAN ÇELEBİ / LÜTFİ ELVAN / İDRİS NAİM ŞAHİN / HÜSEYİN TANRIVERDİ / M. OLTAN SUNGURLU / YUSUF HALAÇOĞLU / OSMAN CAN, **yazarlar ve araştırmacılar,** M ALTAN / İ. NEZİROĞLU / Ş. MALKOÇ / G. GÖKTÜRK / İ. GÜÇLÜ / S. DÜNDAR / N. KÖSEOĞLU / N. GÜRGÜR / M. KIZILKAYA / G. AVCI / O. MİROĞLU / K. HATEMİ / H. C. GÜZEL / A. DİLİPAK / R. PETEK / T. AKYOL / H. YILDIRIM / H. A. ÖZHAN **bilim adamları,** S. SELÇUK / M. M. HEKİMOĞLU / C. OKUTAN / G. ÇAPOĞLU / E. ÖZBUDUN / E. TEZİÇ / İ. BAL / M. KUTLAY / Y. S. HAKYEMEZ / A. ÖZER / E. ABDULHAKİMOĞULLARI / E. A. AKARTÜRK / M. YANIK / A. EREN / H. TUNÇ / D. Y. AKKAYA / E. E. ATAY / V. BİLGİN / A.Ş. BALI / Ş. KARATEPE / S. KARAHAN / A. KÜÇÜK / F. KARGIOĞLU / S. ADALI / E. KARAKAŞ / İ. VURUCU / G. AKÇA / V. COŞKUN / M. SARIÇİÇEK / F. BİLİR / Ö. ANAYURT / K. KARAGÖZ / H. YAZICI / M. ÖZ / Ü. ÖZDAĞ / S. YAZICI / H. T. FENDOĞLU / İ. YILMAZ / B. DUMAN / N. YALÇINTAŞ / H. HATEMİ / M. ERDOĞAN / A. R. ÇOBAN / O. ERGÜL / Z. GÖREN / M. TÜRKÖNE / S. ARMAĞAN / R. ÇAĞLAYAN / A. AKGÜL / E. TEZCAN / A. DÖNER / M. T. GÜLSOY / M. ALİ ZENGİN / M. BAYKAN / G. BACIK / A. İPEK / F. DEMİR / A. DİNÇKOL / A. SÖZÜER / B. ÖZTÜRK / O. KAŞIKÇI / F. KILIÇ / B. ÇÖREKÇİ / **sivil toplum kuruluşları,** M. R. HİSARCIKLIOĞLU / M. ARSLAN / A. GÜNDOĞDU / M. KUMLU / B. PALANDÖKEN / R. MERAL / Ü. BOYNER / N. CEYLAN / C. ÖZKAN / C. TATLI / ÖZBUDUN RAPORU / TBB RAPORU / TİSK RAPORU / MÜSİAD RAPORU / DİSK RAPORU / KÜLTÜR KONSEYİ TEKLİFİ

Bu dergi Yeni Türkiye Stratejik Araştırma Merkezi tarafından yayınlanmaktadır.

Ayrımcılık Yasağı-Eşitlik İlkesi ve Yeni Anayasa Çalışmaları

Betül Duman*

Bu yazıda ayrımcılık yasağı ile ilişkili olarak yeni anayasa çalışmalarına yol gösterici bir çerçeve konulmaya çalışılacaktır. Bugün Türkiye en azından Aleviler ve Kürtlerle ilgili olarak ayrımcılık meselesini ciddi şekilde düşünmek durumundadır. Alevilerin Diyanet İşleri Başkanlığı'nda temsili, cemevlerinin ibadethane sayılması ve zorunlu din dersinden muafiyet, yine Kürtlerin ana dilde eğitim ve ülke barajının düşürülerek temsilde adalet sağlanması gibi talepleri ayrımcılık yasağını ilgilendiren düzenlemelere yöneliktir.

Her toplum, ayrımcılık yasağını, kendi tarih ve kültürünü yansıtan bir eşitlik kavramı ile uyumlu olarak anayasasında düzenlemektedir. Ayrımcılığa ilişkin anayasal düzeyde hukuki koruma sağlayıp, çalışma hayatından ailenin korunmasına, sosyal hizmetlerden eğitime kadar tüm alanlarını kuşatan bir hukuk oluşturmak çok önemlidir; Çünkü ayrımcı düşünce ve davranışlar çoğunlukla içselleştirilmiş, gündelik hayata sızmıştır ve ayrımcılık sosyal kaynaşmayı dikey de ve yatay da zayıflatan temel eşitlik ve adalet ilkelerinin ilga edilmesidir. Bu çerçevede, yeni anayasa tartışmaları yürütülürken ayrımcılık yasağının en azından uluslararası toplumun bugün üzerinde mutabık olduğu çerçevede ülkemiz hukukunda yerini alması ve özellikle AB uyum sürecinde yapılan kısmi değişikliklerin gözden geçirilmesi anlamlı olacaktır. Bu yazıda ayrımcılık yasağı uluslararası hukukun kavramsal ve genel çerçevesi ile sınırlı şekilde tartışılacaktır.

Giriş

Ayrımcılık, bir devletin ya da toplumun bazı üyelerinin, ötekilere sağlanan belli hak ve özgürlüklerden yoksun bırakılmasıdır. Bazı birey ya da gruplar "kategorik olarak ayrımcılığın" konusu olurlar. Bunlar toplumsal olarak "ya ırk, din, cinsiyet ya da bir toplumun üyelerini birbirinden ayrıştırmada kullanılan herhangi bir tanımlama yüzünden" belli bir tasnife konu edilirler. Ayrımcılık, en basit tanımıyla; herhangi bir nesnel ve haklı gerekçe söz konusu olmaksızın, bir kişiye ya da gruba, benzer durum ve koşullardaki diğer kişilerden ya da gruplardan farklı bir muamele yapılmasıdır.

Ayrımcılığın tarihi çok eskidir. Tarihsel serüveninde ırkçılık (racism) ve yabancı düşmanlığı (xenophobia), ayrımcılığın en eski ve vahim sonuçlar oluşturan tezahürleridir. Yine etno merkezcilik, cinsiyetçilik, homofobi ayrımcılığın farklı görünümleri olarak ortaya çıkmıştır. Güney Afrika'daki Apartheid sistemi ya da Yahudilerin gettolaştırılması, ABD'de yerli halkların rezervasyonlarda yaşamak zorunda kalması sistematik kitlesel ayrımcılık örnekleridir. En uç tür ise Holocaust gibi doğrudan ya da Avustralyalı Aborjinlerin, Kanadalı Eskimoların yaşadığı türden dolaylı soykırımdır.

Bugün bazı kişi ve grupların kendi kültürlerinin tanınması (recognition) yönündeki talepleri, esasen ulus devletleşme sürecinde çoğunluk kültürün resmileşmesi ve yerli ve azınlık kültürlere türdeş kültür yaratmak amaçlı asimilasyoncu pratiklerin uygulanmasından ileri gelmektedir. Segregasyon, etnik temizlik vb. ile ister yok etmeye çalışsın

(*) Yrd. Doç. Dr., Yıldız Teknik Üniversitesi Öğretim Üyesi.

kendisinden farklı olanı, ister içine alarak kendisine benzetmeye çalışsın (asimilasyoncu) bu uygulamalar ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir (Somay 2012:97).

Keza yine 11 Eylül saldırılarının akabinde, yabancı düşmanlığının ve göçmen karşıtlığının bugün geldiği aşama olarak ABD ve Avrupa toplumlarında görünürlük kazanan İslam karşıtlığı (islamophobia), ayrımcılığın insanlığın geleceğine yönelik ciddi bir tehdit olmaya devam ettiğini göstermektedir. Esasen Avrupa ve Amerika tarihi ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile malüldür ve insanlık bu tarihi tecrübeden ayrımcılığın önlenmesi için bir hukuk oluşturmayı başararak çıkmıştır. Fakat uygulanan yaptırımlar ve yapılan düzenlemeler Avrupa'da çoğunlukla ırkı, Birleşik Krallıkta ise etnik olarak farklı olan dini grupları (Yahudiler ve Sihler vb.) temel almıştır. Diğer yandan bu düzenlemeler hakiki bir eşitlik tesis edememiştir. Örneğin son on yılın gündemi olan İslamafobi karşısında Müslümanlar hukuki koruma altında değildir. Bu çerçevede batının dışlayıcı, yok edici ayrımcılıkla mücadelede ciddi bir mesafe kat ettiği ve fakat Müslüman göçmen örneğinden de anlaşılacağı gibi kendisinden farklı olanı kendisine benzediği sürece içine alan "güler yüzlü" bir ayrımcılığa dönüştürdüğünü ifade etmek daha yerinde olacaktır.

Eşitlik İlkesi /Adalet Sorunu ve Ayrımcılık

Ayrımcılık hukuku, insanlar arasındaki eşitlik fikri ve ilkesi üzerine bina edilmektedir. Çağdaş dünya her insanın etnik kökeni, dini, mezhebi, ten rengi, cinsiyeti, cinsel yönelimi ne olursa olsun insan olmak bakımından eşit olduğu bir hukuku kurmayı başarmıştır. Diğer bir ifadeyle insanlar sadece özgür doğmazlar, aynı zamanda insanlık onuru ve hakları bakımından da eşittirler ki ayrımcılık yasağı hukuken insanın hak ve özgürlüklerinden hiçbir surette ayrıştırılamayacağı anlamına gelmektedir. Ancak çağdaş hukukun ortaya koyduğu eşitlik ilkesi dışlanma ve ayrımcılığın yaşanmasına engel olamamıştır.

Sue'nun (2003, 2004) çok mahir şekilde ortaya koyduğu gibi, hangi temelde yaşanırsa yaşansın ayrımcılığı kuran eşitsizliğin kendisidir. Ayrımcılığın birinci bileşeni kişinin kendi aidiyetinin üstünlüğüne dair bir inançtan beslenmesidir. Birçok kişi için kendi etnik/ırki kökeni, ulusal kökeni ya da kültürel pratikleri ile gurur duyma düzeyinin yüksek olması sıradan bir durum değildir. İkinci bileşen ise diğerlerinin aşağı seviyedenliğine olan inançtır. Örneğin beyaz etnomerkezci kültürün kolektivizmi, Hıristiyan olmamayı, İngilizce dışı dil kullanma ya da aksanlı konuşmayı aşağılaması bu kapsamda değerlendirilebilir. Üçüncü bileşen bir grubun diğeri üzerinde iktidar sahibi olması, imtiyazlı olmasıdır. Dördüncü bileşen kültürel koşullanma olup, toplum çeşitli program, pratik, yapı ve kurumlar aracılığıyla etnomerkezci/ırkçı değerleri güçlendirip, besleyebilir. Son olarak "görünmez örtü" (invisible veil) kavramı (Sue 2003:105) bireylerin kültürel koşullanmanın ürünü olduklarını kabul ederek, içselleştirmeye işaret etmektedir. Yakın tarihli araştırmalar örneğin ırkçılığın çok ince biçimlerde ve istem dışı şekilde dile, dış gruplarla iletişim tarzına, kendini ifade etme biçimlerine sızdığını göstermektedir.

Her ne kadar çok farklı tanımlamalar mevcut ise de ayrımcılıkla ilgili tanımların ortak özelliği iktidar/güç ile ilişki kurmasındadır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde ayrımcılık her türlü fark ilişkisini iktidar ilişkisine çevirmekte ve madunluğu sürekli yeniden üretmektedir. Harrell (2000: 43) ırkçılığı/ayrımcılığı şöyle anlamaktadır:" ... Hakim grup tarafından aşağıda, sapkın, istenmeyen olarak tanımlanan ya da algılanan bir grubun tarihsel olarak baskı altına alınmasından kaynaklanır ve hakim grubun sosyal imtiyazını yapılar, ideoloji, değer ve davranışlarla yaratıp sürdürdüğü, hakim olmayan grupları iktidardan, statüden ya da toplumun kaynaklarına eşit erişimden dışladığı koşullarda açığa çıkar".

Bu çerçevede anayasal ilke olarak ayrımcılık yasağı; her bireyin insan olmak

bakımından eşit olduğu ahlaki ilkesine dayanır. Bu da her insanın eşit haklara ve aynı zamanda eşit fırsatlara sahip olmasını ve dolayısıyla eşit muamele görmesini zorunlu kılar. Bu nedenle ayrımcılık yasağı insanlar arası eşitsiz güç ilişkilerini dengelemeyi hedefler; buna göre insanın insanla ilişkisi tahakküm veya güç ilişkisi olamayacağı gibi, ne devlet ne de bir kişi ya da grup, kendisinden gayrısına yönelik yok sayma, asimilasyon ya da dışlamaya dayalı ilişkiler geliştiremez.

Eşitlik ve ayrımcılığın önlenmesi birbirleriyle yakından ilişkili iki kavramdır ve ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi birçok üke anayasasında yer almaktadır. Elbette tek bir eşitlik anlayışı yoktur; farklı adalet kavramlarından elde edilen farklı eşitlik modelleri bulunmaktadır. Her toplum kendi tarih ve kültürünü yansıtan eşitlik modelini yasalaştırmaktadır. Örneğin Güney Afrika anayasasındaki eşitlik vurgusu apartheid rejiminin külliyen reddine dayanmaktadır ve fırsat eşitliği hedefine odaklıdır ki tüm tedbirler tarihsel olarak dezavantajlı kesimleri korumak ve güçlendirmek için tasarlanmıştır.

Ayrımcılığın önlenmesine ilişkin eşitlik modellerinden ilki eşit muamele/eşit işlemdir. İkincisi fırsat eşitliği, üçüncüsü ise özcü eşitlik modelidir (Makkonen, 2000).

Eşit Muamele: Simetriklik talep eden bir uygulama olup, tüm farklılıkların bir kenara itilerek ve grup üyeliği ya da vatandaşlık dışı kimlik kurucu unsurlar dışarıda bırakılarak herkese eşit muamelede bulunulmasıdır. Renk körü hukuki düzenlemeler olarak da adlandırılmaktadır. Ancak etnik, cinsiyet vb. temelde tarihsel eşitsizliklerin olduğu bir toplumda renk körü düzenlemelerin yeterli olmayacağı da kabul görmektedir.

Fırsat Eşitliği: Tüm grupların ve bireylerin eğitim, konut, istihdam, sağlık, sosyal yardımlar gibi temel hizmetlere eşit erişiminin önündeki engellerin kaldırılmasıdır. Eşit fırsat modeli esasen eşit muamelenin pratikte özellikle azınlıklar bakımından varolan eşitsizlikleri güçlendireceğinin fark edilmesi dolayısıyla geliştirilmiş bir modeldir.

Özcü Eşitlik Modeli: Gerek formel eşitliğin gerekse fırsat eşitliğinin hakiki bir eşitlik yaratmadığı eleştirisine dayalı olarak geliştirilen bu model sonuçların eşitliğini talep etmektedir. Bu yaklaşım koşulları farklı olanlara farklı muamele yapmayı öngörmektedir. Renk körü davranmak eşitsizliğe yol açtığından rengin farkında davranmayı, diğer ifadeyle, belli etnik veya ırki grup ve kesimlere özgü dezavantajlar ve ihtiyaçların farkında olarak davranmayı ve nihayetinde pozitif/olumlayıcı eylemde bulunmayı önermektedir. Buna göre örneğin Batılı ülkelerde kadınlara seçilme/temsil kotası tanınması klasik eşitlik anlayışını (cinsler arası eşitlik) zedeler gibi görünse de, aslında fiili eşitsizliği gidermeye yönelik olumlu (pozitif) bir ayrımcılıktır (tersine ayrımcılık).

Çağdaş toplum bugün ayrımcılığın önlenmesi bağlamında hâlâ "farklılıkları dikkate alarak herkese eşitler olarak farklı muamele yapmak mı? yoksa farklılıkları paranteze alarak herkese eşit muamele ve işlem yapmak mı?" tercihine göre ayrışmaktadır. Bu çerçevede ayrımcılık farklılık (kültür) mı yoksa dezavantaj mı hakkındadır (eşitlik) sorusu hâlâ gündemdedir. Başka bir ifadeyle ayrımcılık sosyal adalet ve vatandaşlık hakları yerine kültüre odaklanan bir kavram mıdır? Sorusu güncelliğini korumaktadır.

Esasen bir yanda kültüre kör, evrensel vatandaşlık haklarını tanımlayıp, formel eşitliği önceleyen ülkeler olduğu gibi (Fransa, ABD), diğer yanda sadece bireysel düzeyde değil grup temelinde de pozitif/olumlayıcı politika ve programların uygulanmasını mevzuatına koyan ülkeler vardır (Kanada, Avustralya vb.). Bu bağlamda çok kültürlülüğü resmi ya da gayrı resmi tanıyıp benimseyen ülkelerde ayrımcılığın suç sayılması ve istisnalar/muafiyetler ya da kota vb. olumlayıcı eylemler birlikte var olabilmekte, bunlar ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmemektedir. O halde ayrımcılık yasağı herkese mutlak eşit ve simetrik muamele

yapılmasını öngörmemekte, belli kişi ve gruplara farklı muameleyi makul ve haklı gerekçelere dayanarak kabul edebilmektedir.

Bu noktada temel bir tartışma ayrımcılık yasalarının gerçekte neyi gerçekleştirmeyi hedeflediği üzerinden yürütülmektedir. Bir yaklaşıma göre ayrımcılığın önlenmesi hukuki bir sorun olmak yanında bir adalet sorunudur da. John Rawls, Amartya Sen, Ronald Dworkin gibi eşitlikçiler ayrımcılık yasağının dağıtıcı (redistribution) paradigmadan ortaya çıktığı kanaatindedirler. Buna göre ayrımcılık yasağı adil fırsat ilkesi doğrultusunda her vatandaşın onurlu bir hayat sürmesini güvenceleyen temel fırsat mallarına erişiminin sağlanması hedefine yöneliktir. Ayrımcılık adil değildir çünkü insanlara seçim yapma özgürlüğünü eşitsiz dağıtmaktadır. Bu daha çok sosyo-ekonomik alana aittir. Eşitlikçiler kişinin hayatının doğal ya da sosyal koşullar yerine daha çok kendi seçimleri ile şekillenmesi gerektiği kanaatindedirler ve ancak koşulların eşitlenmesi durumunda devletin tarafsızlığını önermektedirler. Koşulların eşitlenmesi ise kamusal otoritenin adil fırsat düzeneğini kurmasına bağlıdır. Diğer yandan tanıma (recognition) siyaseti çerçevesinde ayrımcılık yasağına yaklaşanlar için ise adaletsizlik daha çok kültürel zeminde ortaya çıkmakta ve bu yaklaşımı benimseyenlere göre temel zorluk liberal demokrasilerin tarihsel olarak yaşam tarzları karşısında tarafsız olmamasından ileri gelmektedir (Choudhry 2000: 150-155). Örneğin Kymlica resmi dilin azınlık dil gruplarını kamusal alanda dezavantajlı noktaya getirdiğinden bahisle kültürel ifadelere eşit fırsatlar sunmak için olumlayıcı eylemleri talep etmektedir.

Bu kapsamda en temelde çoğulcu/çok kültürlü devletin nötr (tarafsız) devlet ile karşıtlık oluşturduğundan bahsetmek mümkündür. Tarafsız devlet, bireysel sadakati kamusal ve özel alan arasında ayrıştırırken, kültür ya da ırkın kamusal tanınmasını istemez ve evrensellik ilkesi uyarınca herkes tarafından paylaşılan niteliklerin tanınması ve korunmasıyla ilgilenir. Ancak tanıma paradigmasından meseleye yaklaşanlara göre bu tarafsız devlet kültürel ya da ortak pratiklerin varlığını inkar eder ki bunlar insan ontolojisinin temel veçheleridir. Tarafsız devlet kaçınılmaz olarak çoğunluk kültürünü yansıtır, neticede ortak kültür tüm kültürlerin eşit katkısı ile şekillenmemiştir. Bazı kültürler iktidar merkezine daha yakın ve etkisi daha yüksek iken bazıları iktidar geometrisinin en altındadır. Bu nedenle tarafsızlık, müfredattan çalışma saatlerine ve resmi tatil günlerine kadar tarihsel olarak hakim grubun kültür ve değerlerini evrenselleştirmek suretiyle aslında hiyerarşik bir ilişki kurmaktadır. Ki tarafsız devletin değerleri, çoğunluğun değerlerinin yansıması olarak görülürse toplumsal gücün kültürel ve ırki gruplar arasında eşitsiz dağıldığı durumda bu tarafsızlık eşitsiz iktidar ilişkilerini yeniden üretecek, tanımama ya da yanlış tanıma baskı, maduniyet gibi sonuçlar doğuracaktır. Bununla beraber, insan hakları insanların birliği evrensel ilkesinden elde ediliyorsa, kolektif haklarda insanların çeşitliliği evrensel ilkesinden elde edilmektedir. bu çerçevede ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi eşit muamele yanı sıra eşitler olarak muameleyi de kapsamalıdır.

Kymlica'ya göre eşitlik ilkesinde iki çelişkili eğilim birleştirilmeye çalışılmaktadır: "evrensellik" ilkesi farka kör olup, vatandaşlığı esas alırken; "fark" etnik ve diğer kimlikleri tanır, değerli bulur ve eşitler olarak farklı muameleyi meşrulaştırır (kolektif otonomi, grup hakları, farklılaşmış vatandaşlık, farklı/parallel kurumların oluşturulması vb.). Tarafsız devleti öneren evrensellik ilkesinde bir grup aidiyetinden kaynaklı ancak "biz"i bölen bağlılıklar geri plandadır. Öte yandan farkın inkarı eşit birey haklarını ihlal etmektedir. Bu durumda başka bir yönetişim paradoksu ortaya çıkar: bir yanda farkın ve çeşitliliğin tanınması gerekir, diğer yanda farklılıklar çatıştırılmadan toplumsal birlik korunmalıdır (Fleros 2009: 104-105). Kymlica iç kısıtlamalar ve dış korumalar arasında ayrım yaparak bu paradoksu aşmayı önermektedir: Buna göre kültürlere dayanılarak eğitim hakkı, yaşama hakkı vb. evrensel insan

haklarını ihlal etmeye dönük iç kısıtlamalar talep edildiği durumda kültürün kendisi meşrulaştırıcı ve haklılaştırıcı bir işlev göremez. Böylesi bir durumda evrensel insan haklarının geçerliliği korunmalıdır. Toplumsallık kültürünü sürdürmeye dönük dış koruma taleplerinde ise, yönetimlerin resmi dil, ülke içi sınırlar, resmi tatil günleri, ulusal marş, bayrak gibi devlet sembolleriyle ilgili kararları kaçınılmaz olarak hegemonik kültürü temel aldığından, gerek bazı kültürlerin etnik, dini grupların dezavantajlı duruma düşmesi gerekse kültürel aidiyetin eşit olarak tüm bireyler için önemi gerekçeleriyle kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir (Kymlica, 1998: 173).

Bu bölümü bitirirken bir parantez açarak şunu da ifade etmek gerekir ki, ayrımcılık yasağı bir adalet sorunu olarak ele alındığında tanınma ya da yeniden dağıtım paradigması ile yaklaşanlar olduğu gibi ayrımcılığın "etki eşitliği" ya da "siyasal katılım" bileşeninin eksik bırakıldığını değerlendirenler de bulunmaktadır (Fraser 1995).

Ayrımcılık Hukuku

Ayrımcılık Türleri

Uluslararası hukukta en temelde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımı yapılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık; bir kişiye nesnel, meşru ve haklı bir gerekçeye dayanmadan ırk, din, dil, mezhep, yaş, cinsiyet vb. temellerden herhangi biri gözetilerek, mukayeseli olarak diğerinden daha ayrıcalıklı bir muamele yapılmasıdır. Aynı durumdakilere rasyonel ve makul bir gerekçe sunulmadan farklı muamele yapılıyorsa ayrımcılık yapılmış sayılır. Özel bir mesleki-profesyonel nitelik ya da koşul gerektiren durumlar ile bu mesleğe dönük eğitim ya da beceri kazanım süreçlerinde, açıkça ve nesnel olarak konulmuş kurallar belirtilmesi ayrımcılık olarak görülmez. 1996'da ev sahibinin Beyaz Amerikalı kimselerin evini kiralama talebi olduğunu gözeterek, Standford'da okuyan beş Asyalı kız öğrenciyi ırkları nedeniyle kiracılığa kabul etmemesi aleni/kasten ayrımcılık olarak ele alınmaktadır. Benzer şekilde Kürtlere ev kiralanmaması, Romanların işe alınmaması, engelli çocuğun okula kaydedilmemesi vb. uygulamalar kişinin etnik kökeni, kültürü, engeli vb. sahip olduğu nitelikler üzerinden ve olumsuz önyargılara dayalı olarak gerçekleşen ayrımcılık örnekleridir.

Dolaylı ayrımcılıkta ise tarafsız ölçüt, kurallar ya da şartlar konulmaktadır ancak bunlar korunan gruplar/kişiler üzerinde orantısız etkiler oluşturarak ayrımcılığa yol açmaktadırlar. Yani görünüşte ayrımcılık özelliği taşımayan bir uygulama belli bir din veya inanca, belli bir özürlülük, yaş veya cinsel yönelime sahip kişileri benzer bir ortamda diğer kişilere göre daha olumsuz bir muameleye tabi tutarsa, bu durumda dolaylı bir ayrımcılık yapıldığı kabul edilmektedir. Örneğin belli işler için boy ve kilo şartı aranması kadınlar ya da asyalılar aleyhine ayrımcı sonuç doğuracaktır. Yine 1980'lerde Berkeley Üniversitesi'nin üniversiteye devam şartları içinde başarı ortalamasını 3,75'den 3,90'a çıkararak genel bir koşul belirlemiş olsa da, bu durumun ortalamaları daha düşük gerçekleşen Asyalı Amerikalılar aleyhine olması örtük/dolaylı ayrımcılık örneği olarak kabul görmektedir (Yang 2000: 134-135).

Bazı yasalarda taciz de ayrımcılık türü olarak yer almaktadır. Bir kişinin onurunu zedelemek ve düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak amacı ve etkisiyle, ayrımcılığın yasaklandığı kişi özelliklerinden biriyle bağlantılı davranış taciz olarak sayılmaktadır (Avrupa Birliği'nin 2000/43/EC sayılı Direktifi Md: 2(3)).

Eylem düzeyinde ayrımcılık bireysel ve kurumsal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu, ayrımcılık söz konusu olduğunda en önemli sınıflandırmadır. Bireysel ayrımcılık bireyler tarafından uygulanan ayrımcı tutum ve davranışlardır. Kurumsal ayrımcılık, sosyal kurumların hukuki düzenlemeler, politikalar ve uygulamalarının bir kişi ya da grubu diğeri aleyhine kayırması/üstün tutması durumunda

oluşur ki kurumsal ayrımcılığın etkileri daha yüksektir. (Yang 2000: 133). Kurumsal ayrımcılık, bireysel bir önyargıdan değil artık toplumun dokusuna sinmiş, tarih ve kültürünce beslenen bir ayrımcılık türüdür. Tarihsel olarak bir kesime şüphe, acıma gibi duygularla yaklaşmak, toplumsal yaşamdan dışlayacak tutum ve davranışlar geliştirmek bu kapsamdadır. Kurumsallaşmış ayrımcılık kurumsal yapıların ve politikaların mal, hizmet, fırsat ve konut çevrelerine farklı erişimler oluşturmasına işaret etmektedir. 1996 yılında Yüksek Mahkemenin anayasaya aykırılık kararı almasına kadar Virginia Askeri Enstitüsüne kadınların kabul edilmemesi kurumsal ayrımcılığın örneğidir. Bu düzey ayrımcılık ırki/etnik konut ayrışmasında da açığa çıkabilmektedir.

Kurumsal ayrımcılık çoğunlukla sosyal kurumlara egemen olan grubun azınlık grup üzerindeki karar ve uygulamalarında işlevsellik kazanmaktadır. Hükümet politikaları örneğin ABD'de beyazlara ayrımcılık yapmaz, çünkü bu politikaları uygulayanlar ve bu kurumları kontrol edenler beyazlardır. Ancak nadir de olsa olası durumlardan biri azınlıklar tarafından yönetilen bir yerel yönetimin çoğunluk aleyhine ayrımcılık yapmasıdır (reverse discrimination). Keza yine bir azınlık grup diğer bir azınlık üzerinde ayrımcılık yapabilmektedir. Bu nedenle, kurumsal ayrımcılık söz konusu olduğunda sadece karar ve uygulamaların yarattığı kötü/zararlı etkilere bakılmamakta, o kurumlardaki pozisyon ve statülerin belli etnik kökenli kimselerde toplanması ve bu kapsamda eksik temsil, meritokrasinin işlememesi gibi kurumsal ortam da önemli olmaktadır.

Uluslararası Belgelerde Ayrımcılık Yasağı ve Düzenlemelerin Uluslararası Standartları

Birleşmiş Milletler Anlaşması, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gibi uluslararası belgelerde ayrımcılık yasağına ve hukuk önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Birleşmiş Milletlerin gerek Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi, gerekse Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi eşitlik ve ayrımcılık yasağı konularını düzenleyen önemli küresel düzenlemelerdendir. Her iki sözleşmede ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayrım gözetilmemesi, ve sözleşmelerde tanınan haklardan eşit yararlanma ilkesi güvence altına alınmaktadır.

Avrupa Birliği hukuku bakımından ise denilebilir ki 1990'lı yılların başına kadar ayrımcılık bir insan hakları sorunu olarak değerlendirilmiş ve Avrupa Birliği'nin çalışma alanı dışında görülmüştür. 2000 yılında ise Avrupa Temel Haklar Şartı ile hukuki eşitlik (20. Madde) ve "Ayrımcılık Yasağı" (21.madde) düzenlenmiştir. Buna göre cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtımsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmasının yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Milliyet nedeniyle her türlü ayrımcılığın yasak olduğu ayrıca düzenlenirken, kadın ve erkeklerde eşit işe eşit ücret ve vatandaşlık temelli olarak ayrımcılık yasağı ifade edilmiştir (Karan 2009:32).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. Maddesi "Ayrımcılık Yasağı" başlığını taşımaktadır ve Sözleşmeye göre temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılık yapılmasının engellenmesi, sözleşmeci devletlere yüklenen önemli bir ödevdir. Sözleşmede, egemen devletçe sağlanıp korunmasını emrettigi haklar ve özgürlüklerin kullanılmasında ve bunlardan yararlanmada bireyler arasında ayrım gözetilmesi açık bir hükümle yasaklanmış bulunmaktadır. Kısaca 14. Madde aynı ya da benzer durumda bulunan bireyleri haksız farklı muameleye karşı korumaktadır. Bununla birlikte, her farklı uygulama 14. maddenin ihlal edildigi anlamına gelmemektedir. 14. madde "eşit durumda olanlara eşit muamele" yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Sözleşmeye göre kişinin

cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer inançlar, milli bir azınlığa mensup olma veya sosyal köken, servet, doğum veya diğer herhangi bir durum gözetilmesi ayrımcılık zeminleri olarak sayılmaktadır.

26.6.2000 tarihinde kabul edilen ek 12. Protokol, bağımsız bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir ve bu protokol ile 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının kapsamı Sözleşmedeki haklarla sınırlı olmaktan çıkartılıp ülke yasalarında öngörülen bütün hakların kullanımına genişletilmektedir. Ayrıca protokolde hiç kimseye kamu otoritelerince ayrımcılık yapılamayacağı hükmü yer almaktadır.

Öncelikle ifade edelim ki uluslararası toplum münhasıran bir ayrımcılık yasası ile ayrımcılık yasağını düzenleyebildiği gibi, ayrı bir mevzuatla değil de doğrudan ceza yasasında düzenleyen İsviçre, İspanya gibi ülkeler de bulunmaktadır (Dönmez, 2012: 26). Bununla birlikte uluslararası normlara bakıldığında ayrımcılık yasasına ilişkin iki farklı model göze çarpmaktadır: Birincisi kuşatıcı (overarching), kapsayıcı model, ikincisi aşamalı (piecemal) modeldir. Birincisinde tüm korunacak gruplar sayılıp, ayrımcı davranışlar yasaklanmaktadır. İkincisi, tarihsel durumu düzeltmeyi amaçlayan kısmi ve zaman içinde yapılan düzenlemelerden oluşmaktadır. Diğer ifadeyle kuşatıcı modelde sadece tarihsel ayrımcılık deneyimine çözüm sağlayıcı bir düzenleme ile kapsam sınırlanmamaktadır. Güney Afrika, Kanada, AB birinci modele, ABD ikinci modele örneklik teşkil etmektedir. Yine Birleşik Krallık ayrımcılığı müstakil bir yasa ile düzenlemiş ve daha basit ve yalın bulduğu için birinci modeli benimsemiştir.

Yasal düzenlemeler ayrıca genel ya da tadadi (açık ya da kapalı) olabilmektedir. Kanada açık modele örnektir ve ayrımcılık tanımını ve unsurlarını daha çok mahkemelere bırakmaktadır. Kapalı modelde ise (örneğin Güney Afrika) ayrımcılık davranışları tek tek sayılmakta ve mahkemelere çok az yetki/takdir hakkı tanınmaktadır.

Birçok ülke ayrımcılıktan korunacak grupları sınırlandırmaktadır. Irk, ulusal ve etnik köken, engellilik, yaş, cinsiyet tüm ayrımcılık yasağı olan ülke yasalarında korunmaktadır. Ancak bu ayrımlar statik değildir. Örneğin 1990lı yıllara kadar ABD'de engellilik ayrımcılık yasasında yer almıyordu. Kanada'da ise aile statüsü, medeni hal, engellilik ve cinsel eğilim gibi hususlar da ayrımcılık yasağı zemininde bulunmaktadır. AB'de ırk ve etnik köken ile din ve inanç, engellilik, yaş ve cinsel eğilim dolaylı ve doğrudan ayrımcılıktan koruma sağlanan unsurlardır.

Koruma ölçeği ve korunan eylemler yani ayrımcılığın yasak olduğu alanlar ve etkinlikler farklılık gösterse de çalışma hayatı (işe alım, ücret, terfi, işten çıkarma gibi), kamu mal ve hizmetlerine erişim, eğitim programları (öğrenme hakkı ve mesleki eğitim), medya ve ailenin korunması ve sosyal hizmet genelde tüm yasaların kapsamında yer almaktadır. Ayrıca istihdamda hem kamu sektörü hem de özel sektör içerilmektedir.

Her ülke ayrımcılık yasası ile yasayı uygulayacak kurumu da tanımlamaktadır. Esasen Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü ayrımcılık yasağını koruyan ve uygulayan ulusal kurumların kurulmasını önermektedir. Ülkeden ülkeye değişiklik görülse de ayrımcılık yasalarını uygulamakta genelde insan hakları ile ilgili bir ulusal kurum veya bu amaca özgülenmiş bir kurum bulunmaktadır. Örneğin Romanya'da bu amaçla ihdas edilmiş Eşitlik Komisyonu faaliyet göstermektedir. Kanada'da ise İnsan Hakları Komisyonu vardır ve insan hakları yasasının ana uygulayıcısı durumundadır. Almanya'da özellikle göçmenlere karşı işlenen ırkçılık ve ayrımcılık uygulamalarına ilişkin olarak 2006 yılında kabul edilen Genel Eşit Muamele Kanunu ile idareden bağımsız özel bir kanunla Federal Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi kurulmuştur.

Belirtilebilecek bir başka husus ulusal kurumların yargısal ya da yarı yargısal yetkilere sahip olmamasıdır. Bu çerçevede örneğin Kanada'da şikâyetleri araştıran ve taraflar

arasında arabuluculuk yapan Kurum/Komisyon arabulucu ile çözülmeyen bir ayrımcılık şikâyeti olduğunda meseleyi temyiz yolu açık olmak üzere yargısal yetkiye sahip İnsan Hakları Divanına taşımaktadır. Ayrıca İnsan Hakları Yasası tarafından kapsanmayan haklar ve ihlaller de burada görülmektedir. Almanya'da keza yine Federal Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi, bireylerin ayrımcılık yasağına karşı haklarının korunmasında destek sunma, temel haklar konusunda bilgilendirme, diğer hukuki kurumlarca hukuki yardım sunulmasını sağlama, taraflar arasında arabuluculuk yapma, genel olarak kamuoyunu bilgilendirme, ayrımcılığın önlenmesi için harekete geçme, bilimsel çalışmalar yapma ve 4 yılda bir ayrımcılıkla ilgili rapor sunma görevlerini yürütmektedir (Dönmez 2012:50). Buna karşılık Güney Afrika Eşitlik Yasası, konuya ilişkin ihtisas mahkemesi (Eşitlik Mahkemeleri) kuran düzenleme yapmıştır.

Bu çerçevede, Anayasada belirtilen temel hak ve özgürlüklerin kullanımında din ve inancı, ırk ve milliyeti, etnik kökeni, cinsiyeti, cinsel yönelimi, fiziksel durumu, siyasi görüşü, yaşı vb. nedenleriyle ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasında olan kişi ya insan hakları ile ilgili kuruma veya ayrımcılıkla ilgili ihdas edilen komisyon vb. kuruma ya da doğrudan bu konuda uzmanlaşmış ihtisas mahkemelerine, yazılı olarak şikâyette bulunmaktadır.

İspat yükümlülüğü bakımından ayrımcılık yasalarında iki farklı uygulama bulunmaktadır. İspat yükümlülüğünün taraflar arasında paylaştırılması ya da davalı kişi ya da kurumun üzerine bırakılması. Buna göre ayrımcılığa maruz kalan ayrımcılığın oluştuğunu görünüşte gösterdikten sonra, savunma tarafı eşit muameleye tabi tutulma hakkının engellenmediğini ispata yükümlüdür. Örneğin Güney Afrika Eşitlik Yasası da Avrupa Direktifleri de mahkemeye gelmeden önce ispat yükümlülüğü iddialarını netleştirmektedir. Şikâyetçi ayrımcılık yapıldığına dair belgeleri sunarken, ayrımcılık yapılmadığı ya da yapılan ayrımcılığın bir şekilde haklılaştırılabileceğini ispat yükümlülüğü ise muhatap kurumun üzerindedir. Ancak, davacının belli bir din veya inancın sahibi olduğunu,belli bir özürlülüğünün bulunduğunu, belli bir yaşta olduğunu, belli bir cinsel yöneliminin bulunduğunu kanıtlamak, davalının yükümlülüğü kapsamında değildir.

Bilindiği gibi en temel hukuk kurallarından biri ispat yükümlülüğünün müddeinin üzerinde olmasıdır. Diğer bir anlatımla herkes iddiasını ispatla yükümlüdür. Ancak ayrımcılık vakalarında bu genel kuralın tersine çevrilmesi gereği doğmaktadır. Neticede ayrımcılık yapan çoğunlukla bunu aleni şekilde veya kasten yapmamaktadır. Ayrımcılık çoğu zaman önyargıya, kalıp yargıya dayalı olarak ortaya çıkmakta ve bunlar da çoğunlukla kurumsallaşmış ve içselleştirilmiş olmaktadır. Ayrımcılığa uğrayanın bu durumu ispat etmesi kolay değildir. Ayrımcılık yasağının etkin şekilde uygulanabilmesi için ispat yükümlülüğünün paylaştırılması ya da tersine çevrilmesi neticesinde ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi ya da kurum ayrımcılık yapmadığını ispat edecektir.

T.C. Hukukunda Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı, Avrupa Birliği uyum yasaları neticesinde Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler çerçevesinde hukukumuza girmiştir. Gerek Anayasa'da gerekse Milli Eğitim Temel Kanunu, İş Kanunu, Özürlüler Hakkında Kanun, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu gibi kanunlarda ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi yer almaktadır. Her ne kadar "ayrımcılık" yasağı Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına yeni girmiş olmasa da hukuk sistemimizde çok iyi bilinen bir mesele de değildir.

1982 Anayasasının 10. maddesinde[1] (kanun önünde eşitlik) ve 70. maddesinde

(1) 10. Madde: Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

(kamu hizmetine girme hakkı) ayırımcılığa ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 10. maddesinin birinci fıkrasında eşitlik ilkesine ayrım gözetme yasağıyla birlikte yer verilmiştir (Gülmez 2010). Yasa önünde eşitlik, önceden ya da sonradan edindiği ya da kazandığı özellikleri, durumu ya da konumu ne olursa olsun, "herkes" için "genel" bir anayasal ilkedir. Anayasal düzenlemede kişiler ve nedenler yönünden kapsamla ilgili olarak, herhangi bir sınırlama getirilmediği gibi eşitliği sağlamak için devlete ayrıca verilmiş bir ödev yoktur. Anayasa'nın, ayrımcılık yasağını içeren bu eşitlik ilkesinin kanun karşısında eşitlik (biçimsel/hukuki eşitlik) olduğu, sosyo-ekonomik eşitliği (maddi eşitlik) kapsamadığı çoğunlukla kabul görmektedir (Erdoğan 2007: 173). Bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesinin kararlarında da benimsenmiş ve sürekli biçimde yinelenmiştir.

2004 yılında yapılan anayasa değişikliklerinde 10. maddeye eklenen ikinci paragrafta eşitlik varsayımını sağlamak bakımından devlete görev verilmesi yönü ile bir yenilik getirilmiştir. Birinci fıkrada devletin genel eşitlik ilkesi karşısındaki yükümlülüğü açıkça belirtilmemişken, kadınların ve erkeklerin "haklar yönünden eşitliği"ni yaşama geçirmenin devlete düşen anayasal bir yükümlülük olduğu açıkça öngörülmüştür. Bunun anlamı, devletin, haklar yönünden cinsiyet temeline dayalı ayrımcı kural ve uygulamaları ortadan kaldırması, söz konusu eşitliği soyut olmaktan çıkarıp, maddi- olgusal eşitliğe dönüştürmesidir. Devletin bu yükümlülüğü, kadınlar ve erkeklerin hak ve özgürlüklerden eylemli olarak yararlanmalarında derin eşitsizliklerin bulunması durumunda, kadınlar yararına "olumlu eylem"de bulunmasını kapsamaktadır. (Gülmez, 2010)

Öncelikle ifade edelim ki ulusal hukukunu oluştururken, Türkiye'nin henüz tarafı olmadığı ayrımcılıkla ilgili uluslararası düzenlemeleri onaylanması yerinde olacaktır ki bunlar içinde en önemlisi Türkiye'nin imzaladığı ancak henüz onaylamadığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 12 nolu Protokolü'dür. Ayrıca 1982 Anayasası ve bugüne kadar yapılan değişikliklerde 10. Maddede yer alan genel ilke dışında ayrımcılık yasağı, ayrımcılıkla ilgili hukuki kavram ve kurumların, izleme ve denetleme mekanizmalarının yer aldığı kapsamlı bir müstakil düzenleme yapılmamıştır. Türkiye'nin anayasa düzenlemesi dışında dağınıklığı gidermek için kapsamlı ve kuşatıcı bir ayrımcılık yasasına ihtiyaç duyduğu düşünülmektedir.

Uluslararası belgelerdeki düzenlemelere paralel şekilde Türkiye anayasasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ayrı ayrı düzenlemeli ve ayrımcılık yasağında; a) tüm hak ve özgürlükleri kuşatmayı b) ayrımcılık temellerini ırk, renk, dil, din, inanç, ulusal köken, etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, engellilik, yaş ve benzeri kapsayacak şekilde genişletmeyi düşünmelidir ki madde de "etnik köken", "cinsel yönelim", "yaş" ve "engellilik" gibi temeller açıkça ifade edilmemiştir. Ayrıca, sadece cinsler arası eşitliği sağlamak bakımından değil diğer ayrımcılık zeminlerinde de devlete ayrımcılığı önlemenin yanında eşitliği sağlama görevi verilmelidir. Bu, gerçek eşitliği sağlamak bakımından geçici özel önlemlerin ve olumlu eylemlerin yapılabilmesi anlamına gelmektedir.

Kapsam bakımından gerçek ve tüzel kişileri kapsayan düzenlemeler varken, Türkiye hukukunda kapsam nedir? AB Direktifleri, hem kamusal hem de özel sektörde, gerçek ve tüzel kişilerin ayrımcılık uygulamalarını yasaklamaktadır. Bir şahsa ait işletme, özel sektörde yer alan büyük bir şirket, bir belediye, bakanlık ya da kamu kuruluşu korunan alanlarda ayrımcılık yapmama konusunda aynı sorumluluğa sahiptir (Karan 2009: 38). Türkiye'de ise ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemenin sadece devlet veya idari makamlar ile vatandaş arasındaki ilişkiye yönelik olması önemli bir eksikliktir. Ayrımcılık yasağına uymanın gerçek kişileri, özel tüzel kişileri, yasama/yürütme/yargı organları ve kamu kurumlarını kapsayacak şekilde düzenlenmesi ve ayrımcılık yasağının ihlali halinde gerekli tedbirleri almanın bu

konuda yetkilendirilmiş kamu kurumlarına düşen bir ödev olması etkili sonuçlar doğurabilmektedir.

Bilindiği gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde kısmi olarak ayrımcı davranışlar sayılıp ayrımcılık suçu düzenlenmiştir. Burada sadece doğrudan ayrımcılık suç olarak ifade edilmekle birlikte ucu açık bir düzenleme getirilerek neyin ayrımcılık suçu oluşturacağının tayininde mahkemelere yetki verilmektedir. Güney Afrika örneğinde olduğu gibi neyin ayrımcılık oluşturacağının tek tek sayılıp kapalı bir düzenleme yapılması çok kolay değildir. Bu nedenle mahkemelere ve içtihatlara bırakmak anlamlı gözükmektedir. Ancak ayrımcılıkla mücadele alanında yasal düzenlemeleri olan ülkeler ve Avrupa Birliği'nin konu ile ilgili direktifleri ile ulusal ve uluslararası yargı organları ve insan haklarını korumaya yönelik kurumların karar ve direktifleri temelinde; doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, taciz ve son dönemde gündeme gelen mağdurlaştırma ve nefret söyleminin ayrımcılık türleri içerisinde sayılıp kapsama dahil edilmesi yerinde olacaktır.

Ayrımcılık yasağının genel olarak uluslararası örneklere uygun şekilde askerlik, mesleki gereklilikler vb. istisnalar dışında, aşağıdaki alanları kuşatmasının anlamlı olacağı değerlendirilmektedir.

İstihdam (işe alma, iş akdinin feshi, ücret, terfi vb.)
Sosyal yardım ve hizmetler
Yargı hizmeti
Medya
Eğitim (müfredat, ders kitapları vb), öğrenme hakkı ve mesleki eğitim,
Kamu mal ve hizmetlerine erişim
Kamu binaları
Siyasal /kamusal hayata katılım ve üyelikler
Vergileme

Elbette mevcut yasalarda ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler vardır. Ki önerimiz müstakil bir ayrımcılık yasağı ve eşitlik yasasının oluşturulmasıdır. Öyle olmayacaksa bile farklı yasalarda yapılan değişikliklerin tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, hali hazırda çalışma hayatını düzenleyen yasalarda ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir ancak bu gerek kamuda gerekse özel sektörde işe alımları kapsamamaktadır. Keza yine etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar yönünden ayrımcılık yasağı göz ardı edilmiştir. Bu nedenle kapsamı, ayrımcılık zeminleri, türleri, ispat yükümlülüğü, ayrımcılık yasaklı alanlar, kurumsal yapılanması ile kuşatıcı bir ayrımcılık yasası daha sağlıklı ve yalın bir model olacaktır.

Daha önce ifade edildiği gibi ayrımcılıkla mücadelede ya insan hakları ile ilgili kuruma ya da bu amaca matuf yeni kurulan bir kuruma izleme ve raporlama, şikayetleri araştırma, taraflar arasında arabuluculuk ve şikayetleri yargıya taşıma, yargı kararlarını denetleme gibi görevler yüklenmektedir. Kurumun ayrıca kamuoyunu ayrımcılık yasağı hakkında bilgilendirmek, rapor hazırlamak ve istatistik oluşturmak gibi görevleri de olmaktadır. Türkiye'nin de uluslararası düzenlemelere paralel şekilde ayrımcılıkla mücadeleyi ve eşitliği sağlamaya dönük bir ihtisas kurumu oluşturması önemlidir. Bu kurumun idari ve mali açıdan özerk, kamu tüzel kişiliğine haiz bir kurum olması mücadelenin etkinliğini sağlayacaktır.

İspat yükümlülüğünün ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi ve kurum üzerinde olması ayrımcılık yasağının etkin şekilde işleyebilmesinin temel koşuludur. Çünkü ayrımcı fiil ve işlemleri ispatlayacak bilgi ya da belgelere mağdurların ulaşması olanaklı değildir ve bunlar çoğunlukla kasten gerçekleşmemektedir. Türkiye hukukunda bugün sadece iş kanununda ispat yükünü paylaştıran bir düzenleme vardır, kalan tüm düzenlemelerde ayrımcılığın ispatı iddia edene bırakılmaktadır. İspat yükümlülüğünün tüm kanunlar bakımından yer değiştirmesi ve paylaştırılması yönünde anayasal bir düzenleme ayrımcılıkla mücadeleyi etkinleştirecektir. Hukukun temel bir kuralı olan iddia sahibinin

ispat yükümlüsü olmasının ayrımcılıkla mücadele söz konusu olduğunda tersine çevrilmesinin elbette ceza yargılaması bakımından işlemesi söz konusu olmayacaktır. Neticede ayrımcılıkla mücadele için dahi olsa "masuniyet karinesi" ilkesi ihlal edilemeyecektir. Ancak ispat yükümlülüğünün yer değiştirmesinde kötüye kullanmanın da önlenmesi önem taşımaktadır.

Sonuç

Ayrımcılık, gerek devlet-vatandaş ilişkilerinde dikey bütünleşmeyi önleyen gerekse de bireyler arası ilişkilerde kendinden gayrısı ile eşit olmayan bir ilişki tanımlayan ve yatay kaynaşmayı tahrip eden davranışlar kümesidir. Bu çerçevede ayrımcılık yasağına ilişkin hukukun oluşturulmasında sadece devletin değil bireylerin de birbirlerine ayrımcılık yapabileceği dikkate alınarak düzenlemeler yapılmaktadır.

Ayrımcılık yasağının kapsamlı düzenlemesinin üç ayrı eşitlik ilkesini dikkate alarak modellenebileceği görülmektedir: Hukuki eşitlik; eşit muamele ve/veya eşitler olarak muameleyi kapsamaktadır, sosyo-ekonomik eşitlik adil fırsat ilkesi üzerine bina edilmektedir, üçüncüsü ise siyasal eşitliği hedeflemektedir (adil temsil ve etki eşitliği/katılım).

Ayrımcılık yasağı hem ayrımcılık yapılmasını yasaklamayı hem de ayrımcılığa karşı koruyup eşitliği tesis etmeyi öngörmekte ve bu amaçla devlete yükümlülük vermektedir. Yeni Anayasa hazırlık çalışmalarının sürdüğü bu günlerde Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin yanında, ayrımcılık yasağına Anayasal dayanak kazandırılması ayrıca sadece devlet-vatandaş ilişkileri değil, özel hukuk ve gerçek kişiler arasındaki ilişkilerin de kapsam içine alınması yararlı olacaktır.

Somut taleplerden biri olan anadilde eğitim ile ilgili ayrımcılık düzenlemelere dair bitirirken bir not düşelim: Uluslararası hukukta anadilin öğrenilmesi ve anadilde eğitim kuvvetle tavsiye edilmektedir. Bunun azınlık kültürlerinin korunması ve geliştirilmesi ve özellikle fırsat eşitliğinin sağlanması ve yabancıların ve azınlıkların toplum ile kaynaştırılmasının kolaylaştırılması amaçlarıyla tavsiye edildiği anlaşılmaktadır. Ancak anadilde eğitim sunulmamasının veya anadilin öğrenilmesi imkanının tanınmamasının ayrımcılık olarak tanımlanmadığı, anadili resmi dilden başka olanlara resmi dilde eğitim sunulduğu sürece eğitim hakkına erişimin sağlanmış olacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında, anadilde eğitimin bir hak olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol 1- Madde 2'de, eğitimde ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygının bir hak olarak tanındığını, ancak bunun resmi dil dışındaki belli bir dilde eğitim görme hakkını içermediğini belirtmektedir (Gül 2009:28).

Türkiye kısmen ayrımcılıkla ilgili hukuki düzenlemelere sahip olsa da etkin bir uygulamaya sahip değildir. Ayrımcılık yasağının tam olarak hayata geçirilebilmesi için bu konudaki şikayetleri değerlendirecek, taraflar arası arabuluculuk görevi üstlenecek ihtisas kurumları oluşturulması gerekmektedir. Ayrıca ispat yükümlülüğünde yer değiştirmeyi anayasal bir ilke olarak tüm kanunlarda korumak gerekmektedir.

Yeni anayasanın insanı merkeze alan, devlet-vatandaş ekseninde ve vatandaşlar arası ilişkilerde eşitliği ve adil fırsat yapısını korumayı anayasal bir ilke olarak tanıyan ve "olağan" koşullarda üretilen yani toplumun tüm kesimleri ile müzakere edilip, toplumsal mutabakata dayanan bir anayasa olacağını umut ediyoruz.

Kaynaklar

Choundhry, Sujit, 2000, "Distribution V.S. Recognition: The Case of Anti Discrimination Laws, George Mason Law Review, v:9/1, s: 145-178.

Çayır, Kenan; Ceyhan, Müge, Ayan (Der.), 2012, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları

Dönmez, Burcu Demren, 2012, Ayrımcılık Suçu, TBB Dergisi, 2012 (102), s: 9-56

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

Fleras, Augie 2009, The Politics of Multiculturalism, Palgrave Macmillan

Fraser,N. (1995), "From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age", New Left Review, July -August, 212

Gül, İdil Işıl, 2009, "Eğitime Erişim: Eğitimde Ayrımcılık Yasağı ve Fırsat Eşitliği", Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar: Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi, ERG Yayını, Sabancı Üniversitesi Eğitim Reformu Girişimi, http://www.egitimdehaklar.org/pdf/2.pdf

Gülmez, M, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", Çalışma ve Toplum, 2010/2, s: 217-265

Harrell, S. P. (2000). A multidimensional conceptualization of racism-related stress:

Implications for the well being of people of color. American Journal of Orthopsychiatry, 70, 42-57.

Karan Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, http://ihop. org. tr/dosya/abkurumlar. pdf, erişim tarihi: 27. 04. 2012

Kymlica, Will.1998. Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada. Toronto: Oxford University Press.

Kymlica, 1998, Çokkültürlü Yurttaşlık, Ayrıntı Yayınları.

Makkonen, Timo, Main Causes Forms and Consequences of Discrimination, Chapter I,

http://action.web.ca/home/narcc/attach/Causes, %20Forms,%20Consequences%20of%20Discrimination%20paper%5B1%5D.pdf (24.4.2011)

Priti, Shah, (2008), "Coping With Perceived Racial and Ethnic Discrimination in Women of Color in Graduate Education". Dissertations. Paper 13. http://digitalarchive.gsu.edu/cps_diss/13

Somay, Bülent, 2012, "Ayırarak Birleştirmek Mümkün müdür?", Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Çayır, Kenan; Ceyhan, Müge, Ayan (Der.), s: 97-104

Gaertner, S. ve J. Dovidio. (1986), The Aversive Form of Racism, Gaertner, S., ve J. Dovidio (Der.) Prejudice, Discrimination and Racism, San Diego, CA: Academic Press, s.61-90.

Sue, D. W. (2003). Overcoming our racism: The journey to liberation. San Francisco,

CA: Jossey-Bass.

Sue, D.W. (2004). Whiteness and ethnocentric monoculturalism: Making the "invisible" visible. American Psychologist, Kasım, 761-769.

Yang, Philip, Q, 2000, Ethnic Studies: Issues and Approaches, State University of New York Press.