

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

AYRIMCILIK YASAĞININ HUKUK FELSEFESİ
AÇISINDAN TEMELLENDİRİLMESİ

GONCA KURU
NO: 2502120201

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. YASEMİN IŞIKTAÇ

İSTANBUL – 2021

ÖZ

AYRIMCILIK YASAĞININ HUKUK FELSEFESİ AÇISINDAN TEMELLENDİRİLMESİ

GONCA KURU

“Ayrımcılık Yasağının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi” başlıklı bu tez çalışması üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ilk olarak, ayrımcılık yasağının eşitliğin bir gereği olduğundan hareketle eşitlik ilkesi açıklanmıştır. Ardından önyargı ve ayrımcılık kavramları ele alınmıştır. İkinci bölüm ise ayrımcılık yasağı ile insana saygı arasındaki ilişkinin incelenmesine ayrılmıştır. Bu bölümde ayrımcılığın ahlaki olarak yanlışlığını açıklayan görüşler tartışılmıştır. Bu kapsamda ayrımcılığın yanlışlığını ayrımcılık failinin eyleminin saygısızlığına dayalı bir biçimde açıklayan görüşler incelenmiştir. Bu görüşler; ahlaki değerlerin yanlış takdirine dayalı saygısızlık görüşü, insanlara birey olarak muamele edilmemesine dayalı saygısızlık görüşü ve alçaltıcı anlama dayalı saygısızlık görüşüdür. Ayrıca, ayrımcılığın bir değer sorun olduğu ve insan onuruna yönelik bir saygısızlık olduğu hususu ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Üçüncü ve son bölüm kapsamında ise ayrımcılık yasağının hukuki belgelerdeki genel çerçevesi resmedilerek ayrımcılık yasağının korunan kişi bakımından kapsamı ve konu bakımından kapsamı araştırılmıştır. Bu bölümde son olarak, ayrımcılık türleri ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi, önyargı, saygısızlık, insan onuru, ayrımcılık türleri.

ABSTRACT

JUSTIFICATION OF NON-DISCRIMINATION FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL PHILOSOPHY

GONCA KURU

This dissertation, titled as “Justification of Non-discrimination From the Perspective of Legal Philosophy” consists of three sections. In the first section, firstly, the principle of equality is explained considering that the prohibition of discrimination is a requirement of equality. Then, the concepts of prejudice and discrimination are discussed. The second section is devoted to the philosophical view of the prohibition of discrimination. In this section, opinions that explain the wrongness of discrimination morally are discussed. These theories are; the view of disrespect based on misestimation of the moral worth of discriminatee, the view of disrespect based on not treating people as individuals and the view of disrespect based on demeaning meaning. Also it is discussed that discrimination is a value problem and disrespect for human dignity. Lastly, in the scope of the third section, the general framework of the prohibition of discrimination in legal documents is illustrated and the scope of the prohibition of discrimination in terms of the protected person and subject is investigated.

Keywords: Non-discrimination, equality, prejudice, human dignity, disrespect, types of discrimination.

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın hazırlanması boyunca, gerek akademik gerekse idari açıdan yoğun bir gündemi olmasına rağmen değerli görüşlerini ve yardımlarını esirgemeyen danışmanım, değerli hocam Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç'a çok teşekkür ederim. Tez izleme komitesinde yer alan ve her görüşmemizde ufkumu genişleten Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan'a ve başlangıçta tez izleme komitesinde bulunan ancak emekliliği nedeniyle ayrılan Prof. Dr. Hatice Birsen Hekimoğlu'na, en ihtiyacım olduğum zamanlarda gösterdiği anlayış için, teşekkür ederim. Sadece tezle ilgili değil, hayata dair pek çok konuda da düşüncelerini benimle paylaşma inceliğini gösteren, bunaldığım zamanlarda bir şekilde ferahlamamı sağlayan Dr. Öğr. Üyesi Şule Şahin Ceylan'a da en içten teşekkürlerimi sunmak isterim. Ayrıca sundukları kıymetli katkılar nedeniyle jüri üyesi hocalarım Prof. Dr. Nihat Bulut'a ve Doç. Dr. Sercan Gürler'e de teşekkürü borç bilirim.

Çalışma sürecindeki sıkıntıları benimle birlikte yaşayan ve koşulsuz bir biçimde yanımda olan sevgili dostlarıma da verdikleri destek için minnettarım.

En büyük teşekkürüm ise her daim yanımda oldukları ve verdikleri maddi, manevi destek nedeniyle aileme. İyi ki varsınız.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİĞİN GEREĞİ OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

I. EŞİTLİK İLKESİ	7
A. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı İlişkisi	7
B. Eşitlik İlkesinin Tarihi Seyri	19
1. Eşitlik İlkesinin Klasik Kökleri	19
a. Antik Yunan'da	19
b. Epikürizmde ve Stoacılıkta	26
c. Roma'da	28
2. Feodalizmin ve Hıristiyanlığın Etkisindeki Eşitlik Anlayışı	31
3. Modern Eşitlik Anlayışı ve Bu Eşitlik Anlayışının İnsan Haklarına Yansımaları	34
a. Doğal Hukuk ve Toplum Sözleşmecileri	34
b. İnsan Hakları ve Devrimler	38
(1). İngiliz Devrimi	39
(2). Amerikan Devrimi	41
(3). Fransız Devrimi	43
c. İnsan Haklarının Uluslararası Hukuktaki Görünümü ve Eşitlik	45
C. Şekli Eşitlik- Maddi Eşitlik	49
1. Şekli Eşitlik	50
a. Şekli Eşitlik Kavramı	50

b. Şekli Eşitliğe Yöneltilen Eleştiriler	52
2. Maddi Eşitlik	59
a. Maddi Eşitlik Kavramı	59
b. Maddi Eşitliğin İşlevleri	61
c. Maddi Eşitliğe Yöneltilen Eleştiriler.....	65
D. Fırsat Eşitliği-Sonuçlarda Eşitlik	66
1. Fırsat Eşitliği	66
a. Fırsat Eşitliği Kavramı	66
b. Fırsat Eşitliğine Yöneltilen Eleştiriler	69
2. Sonuçlarda Eşitlik	73
a. Sonuçlarda Eşitlik Kavramı	73
b. Sonuçlarda Eşitliğe Yöneltilen Eleştiriler.....	74
II. AYRIMCILIK	75
A. Ayrımcılığın Dayanağı Olarak Önyargı	75
1. Önyargı Kavramı	75
2. Önyargıyı Açıklamaya Yardımcı Kuramlar	80
a. Otoriteriyen Kişilik Kuramı	82
b. Sağ Kanat Otoriteriyenizmi	84
c. Dogmatik Kişilik Kuramı	85
d. Sosyal Kimlik Kuramı	86
B. Ayrımcılık Kavramının Felsefi Çözümlemesi	90
1. Ayrımcılık Kavramının Tarihi Seyri	90
2. Genel Anlamıyla Ayrımcılık	95
a. Ayrımcılığın Tarafları	98
(1)Gerçek Özelliklerinden Bağımsız Olma	99
(2)Refleksif Olma	100
b. Karşılaştırma	101
c. Dezavantajlı Muamele	105
3. İlgisizlik ve Ayrımcılık	109
4. Ahlakilik ve Ayrımcılık	113
5. Grup Ölçütü ve Ayrımcılık	117

İKİNCİ BÖLÜM

İNSANA SAYGININ GEREĞİ OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

I. GENEL OLARAK	127
II. AYRIMCILIĞA İLİŞKİN ALTERNATİF GÖRÜŞLER	130
A. İlgisizlik Görüşü	130
B. Sorumlu Tutulamama Görüşü	133
C. Sosyal Dışlanma Görüşü	135
D. Fırsat Eşitliği Görüşü	137
E. Zarara Dayanan Görüş	142
III. AYRIMCILIĞIN YANLIŞLIĞI VE SAYGI	144
A. Saygı	144
1. Saygının Özellikleri	146
2. Saygıya İlişkin Yapılan Ayrımlar	149
a. Joel Feinberg	149
b. Stephen D. Hudson	150
c. Robin S. Dillon	151
d. Stephen L. Darwall	152
B. İnsana Saygı	154
1. Immanuel Kant'ta İnsana Saygı	155
2. Öz Saygı	160
IV. AYRIMCILIĞIN YANLIŞLIĞINI SAYGISIZLIĞA DAYANDIRAN GÖRÜŞLER	163
A. Ahlaki Değerin Yanlış Takdirine Dayalı Saygisizlik Görüşü	163
1. Görüşün Temel Tezleri	163
2. Görüşe Yöneltilen Eleştiriler	169
B. İnsanlara Birey Olarak Muamele Edilmemesine Dayalı Saygisizlik Görüşü	175
1. Görüşün Temel Tezleri	175

2. Görüşe Yöneltilen Eleştiriler	186
C. Alçaltıcı Anlama Dayalı Saygısızlık Görüşü	192
1. Görüşün Temel Tezleri	192
2. Görüşe Yöneltilen Eleştiriler	205
V. DEĞERLENDİRME, İNSAN ONURU VE SAYGI	213
A. Değer Sorunu Olarak Ayrımcılık	213
B. İnsan Onuru	224

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUN GEREĞİ OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

I. AYRIMCILIK YASAĞI	236
A. Hukuki Belgelerde Ayrımcılık Yasağı	236
1. İnsan Haklarına Dair Uluslararası ve Bölgesel Nitelikli Belgelerde Ayrımcılık Yasağı	237
a. Ayrımcılık Yasağına Yer Veren Ama Ayrımcılığı Tanımlamayan Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri	238
b. Ayrımcılık Yasağına Yer Veren Ama Ayrımcılığı Tanımlamayan Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ve Bölgesel Nitelikteki Sözleşmeler	242
c. Ayrımcılık Tanımına Yer Veren Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri	246
2. Türk Hukukundaki Ayrımcılık Yasağına İlişkin Genel Çerçeve	250
B. Ayrımcılık Yasağının Kapsamı	256
1. Ayrımcılığa Karşı Korunan Kişi Bakımından Ayrımcılık Yasağının Kapsamı	257
a. Simetrik Nitelikteki-Asimetrik Nitelikteki Düzenlemeler	257
b. Ayrımcılık Temellerinin Belirlenmesi	260
2. Konu Bakımından Ayrımcılık Yasağının Kapsamı	266

II. AYRIMCILIK TÜRLERİ	268
A. Doğrudan Ayrımcılık	268
1. Doğrudan Ayrımcılık Kavramı	268
2. Doğrudan Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları	271
B. Dolaylı Ayrımcılık	274
1. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı	274
2. Dolaylı Ayrımcılığın Görünümleri	278
3. Dolaylı Ayrımcılık ile Doğrudan Ayrımcılık Arasındaki Farklar	280
4. Dolaylı Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları	283
C. Çoklu Ayrımcılık	289
1. Çoklu Ayrımcılık Kavramı	289
2. Çoklu Ayrımcılığın Türleri	292
a. Sıralı Çoklu Ayrımcılık	292
b. Katma Çoklu Ayrımcılık	293
c. Kesişen Ayrımcılık	294
3. Çoklu Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları	297
D. Makul Uyumlaştırma Yapılmaması	308
1. Makul Uyumlaştırma Kavramı	308
2. Makul Uyumlaştırma Yapma Yükümlülüğünün Ele Alındığı Temeller	314
3. Makul Uyumlaştırmanın Hukuki Kaynakları	318
E. Bağlantılı Ayrımcılık	327
1. Bağlantılı Ayrımcılık Kavramı	327
2. Bağlantılı Ayrımcılığın Diğer Ayrımcılık Türleri İle İlişkisi	329
3. Bağlantılı Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları	330
F. Taciz	335
1. Taciz Kavramı	335
2. Tacizin Hukuki Kaynakları	339
G. Cinsel Taciz	343
1. Cinsel Taciz Kavramı	343
2. Cinsel Tacizin Hukuki Kaynakları	347
H. Mağdurlaştırma	350

1. Mağdurlaştırma Kavramı	350
2. Mağdurlaştırmanın Hukuki Kaynakları	353
I. Ayrımcılık Talimatı	357
1. Ayrımcılık Talimatı Kavramı	357
2. Ayrımcılık Talimatının Hukuki Kaynakları	359
SONUÇ	362
KAYNAKÇA	367



KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
Çev.	: Çeviren/ Çevirenler
ÇHK	: Çocuk Hakları Komitesi
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
Der.	: Derleyen/ Derleyenler
E.	: Esas No.
Ed.	: Editör/ Editörler
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
EKHS	: Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi
ESKHK	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS	: Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
(GG) ASŞ	: (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı
IAOKK	: Irksal Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi
IAOKS	: Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
K.	: Karar No.
KKAOKK	: Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi
KKAOKS	: Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
Md./md.	: Madde
MSHS	: Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

No.	: Sayı
para.	: paragraf
s.	: sayfa
ss.	: sayfa sırası
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Hayatın her alanında ayrımların yapıldığına şahit olduğumuz gibi kendimiz de ayrımlar yapmaktan geri durmuyoruz. A marka defteri, elbiseyi, bisikleti değil de B marka defteri, elbiseyi, bisikleti satın aldığımızda; kahvemizi üst sokaktaki değil de alt sokaktaki kafede içmeye karar verdiğimizde tercihlerimize ilişkin örneklerden bahsetmiş oluyoruz. Otobüse, metrobüse bindiğimizde, oturacağımız koltuğu seçecek kadar şanslıysak, ter kokan yolcunun değil de nispeten daha hoş kokan yolcunun yanına oturduğumuzda veya belediye başkanlığı seçimlerde X kişisine değil de Y kişisine oy verdiğimizde de belirli ayrımlara dayalı tercihlerimizi ortaya koymuş oluyoruz. Javier yerine Mehmet'i, Irmak yerine Sinem'i eş olarak seçerken ya da 2 ve 10 yaşlarındaki çocukların uyku ve beslenme düzenlerini belirlerken de belirli ayrımlara dayanarak oluşturduğumuz ölçütler çerçevesinde kararlar alıyoruz.

Kamu politikaları ve hukuk da insanlar arasında çeşitli ayrımlar yapmaktadır. Örneğin Karayolları Trafik Yönetmeliği'ne göre ülkemizde motorlu bisiklet ve motosiklet kullanmak için 16 yaşını; otomobil ve kamyonet kullanmak için 18 yaşını, kamyon ve çekici kullanmak için 21 yaşını, otobüs kullanmak için ise 24 yaşını bitirmiş olmak ve sürücü sınavından başarılı olmuş olmak gerekir. 5510 sayılı Kanun'a göre ise yaşlılık aylığı bağlanması için diğer şartlara ek olarak erkeklerin 60, kadınların 58 yaşını doldurmaları şartı vardır. Ücretsiz veya İndirimli Seyahat Kartları Yönetmeliği'ne göre ise 65 yaşını doldurmuşsanız, cinsiyetinize bakılmaksızın, şehir içi toplu taşıma araçlarından ücretsiz yararlanabilirsiniz¹. Yükseköğretimde eğitim görebilmek için ilk olarak liseden mezun olmanız ve eğer varsa giriş sınavında başarılı olmanız genel kuraldır. Sigorta şirketleri de sağlık sigortalarında cinsiyet, yaş, kilo, daha önce geçirilen hastalıklar ya da kalıtsal hastalıkların olup olmadığı vb. unsurları değerlendirmekte ve sigorta primlerini kişiden kişiye farklılık gösterecek şekilde düzenlemektedirler.

¹ Bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.8182&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=karayolları%20trafik>; <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5510.pdf>; <http://www.resmigezete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140304-3.htm>, (Çevrimiçi), 01 Eylül 2020.

Görüldüğü üzere, insanlar arasında kendi yerimizi belirleyebilmek adına hep ayrımlar yapıyoruz. Lakin erkeklerin vatman olarak istihdam edilmeleri, Hristiyan olmayanların basketbol oynamalarının, eşcinsellerin avukatlık yapmalarının yasaklanması ile görme engelli bir kişinin vatman olarak istihdam edilmemesi, el-göz koordinasyonu olmayan bir kimsenin basketbol takımına alınmaması, yüzme bilmeyen bir kişinin cankurtaran olarak istihdam edilmemesi, hukuk fakültesinden mezun olmamış ya da mezun olmalarına rağmen avukatlık stajını tamamlayıp avukatlık ruhsatını almamış kişilerin avukatlık yapamamaları aynı örneklermiş gibi ele alınamazlar. Bundan ötürü de söz konusu sınıflandırmaların hepsinin aynı çatı altında toplanması mümkün değildir ve bu ayrımların dayanaklarının gösterilmesi önemlidir.

İnsanlar, dünyayı kategorize etmek ve kendi yerlerini belirlemek adına ‘ben ve öteki’ ayrımı yapmaktadırlar ve esasen bu tür ayrımların yapılması doğaldır. Fakat ‘öteki’nin ortaya konuluş biçimi günümüzde bu doğallığını kaybetmiştir. Artık ‘öteki’, kişinin kendi yerini belirlemek için kullanılan bir araç olmaktan çıkmış ve ‘ben ve benim gibiler’in konumlarını belirlemek için kullanılan bir dışlama mekanizmasına dönüşmüştür. Ayrımcılıkta gündeme gelen de, üstün olduğu iddiasında bulunan kişinin, aşağı olduğu varsayımında bulunduğu grubu/grupları ya da bu grubun/grupların üyelerini ayrı tutması, dışlaması ve ötekilerin insan haklarının tanınmasının ve bu haklardan faydalanmalarının engellenmesidir. Bu yönüyle ayrımcılık, dışlanan bireyleri mutsuz eder, onları haksızlığa uğradıklarını düşünmeye iter ve bu kişilerin toplumla bütünleşmelerini engeller. Sonuçta, sahip olduğu ya da sahip olduğu varsayılan özelliklerinden dolayı olumsuz, kötü muameleye uğrayan kişi, belirli hak ve özgürlüklerden faydalanamaz; insan hakları ihlal edilmiş olur.

Ayrımcılık, kısaca, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu düşünülen kişiler arasında bir hak yahut yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması veya bir hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişilere, bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir nedene dayanmaksızın eşit

biçimde davranılması olarak tanımlanmakta², genellikle bir “yasak” olarak ele alınmaktadır. Söz konusu yasak ile eşitlik idealinin güvence altına alınmasının amaçlandığı belirtilmektedir³. Bununla birlikte eşitliğin, adaletin özünü meydana getirdiği de kabul edilmektedir⁴. Ayrımcılık yasağı ile eşitlik arasındaki ilişki göz önünde bulundurulduğunda ise ayrımcılığın, adaletin önünde bir engel olmanın yanı sıra bireylerdeki adalet duygusunun zedelenmesine de neden olduğu ortaya çıkmaktadır.

Toplumsal yaşam içerisinde sıklıkla karşılaşılan, çok boyutlu bir olgudur ayrımcılık ve hukuk, felsefe, psikoloji, sosyoloji, siyaset bilimi, iktisat gibi farklı disiplinler tarafından, farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bu çalışmada ise felsefenin yol göstericiliğinden faydalanılacaktır. Çünkü bize dünyayı açıklayıp, nasıl yaşamamız gerektiğini anlatan felsefe, ayrıca her gün üzerinde etraflıca düşünmeden kullandığımız sözcükleri anlama uğraşısıdır ve bunlardan biri olan ayrımcılığı anlamak ve sorgulamak da felsefi bir iştir.

Ayrımcılığı anlama çabası, dünya ve kendimiz hakkında daha derin bir bilgiye ulaşma amacını taşıyan felsefe açısından önemlidir. Nitekim felsefe yapmak, insan yaşamıyla bağlantılı olan sorunları ve olayları çok boyutlu bir biçimde değerlendirip araştırmaktır. İşbu çalışmada da uluslararası insan hakları korunması rejiminin temel ilkelerinden biri olan ayrımcılık yasağı incelenecektir. Fakat bu araştırmada özel olarak, eşitlik ile ayrımcılık yasağı; önyargı ile ayrımcılık ilişkisi ele alınacak; ayrımcılığın ahlaken istenmeyen bir duruma, sonuca işaret ettiğinden hareketle, ayrımcılığı ahlaken yanlış kılanın ne olduğu sorusunu saygısızlık temelinde yanıtlayan görüşler ve ayrımcılık yasağının güncel türleri irdelenecektir.

² E.W. Vierdag, **The Concept of Discrimination in International Law**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, s. 61.

³ Anne F. Bayefsky, “Defining Equality Rights”, **Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms**, Ed. Anne F. Bayefsky, Mary Eberts, Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985, ss. 1-80, s. 26; Vierdag, **The Concept of Discrimination in International Law** s. 40. Ayrımcılığın, kavramsal olarak eşitliğe bağlı kabul edilmesinden ötürü eşitlik ile ayrımcılığın bir arada değerlendirilip ayrımcılığın sıklıkla eşitliğe atıfla kullanılmasının rastlantı olmadığı ileri sürülmektedir. Kasper Lippert-Rasmussen, “Discrimination and Equality”, **Routledge Companion to Philosophy of Law**, Ed. Andrei Marmor, London, Routledge, 2012, ss. 569-583, s. 569.

⁴ Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 222.

Belirtilenler ışığında, tez çalışması üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ayrımcılık yasağının eşitliğin bir gereği olduğu iddiası nedeniyle eşitlik açıklanacaktır. Eşitlik, yüzyıllardır pek çok düşünür tarafından çeşitli açılardan ele alınmış olmasına rağmen hakkında yapılan tartışmaların azalmadığı bir konudur. Modern eşitlik anlayışının, aslında yapısal olarak birbirlerinden oldukça farklı olan insanları aynı sistemin içine yerleştirmesinin süregiden eşitsizlikleri gidermediği, hatta başka sorunlara yol açtığı ortaya çıkmışsa da insanlar arasında var olan farklılıklara rağmen eşitliğin nasıl sağlanabileceği hususunda yapılan tartışmalar hala önemini korumaktadır. Dolayısıyla söz konusu tartışmaların ayrımcılık yasağı düzenlemelerine olan etkisinin irdelenmesi gerekmektedir.

Eşitliğe dair incelemenin tamamlanmasının ardından, ayrımcılığın bir gruba ya da grubun üyelerine karşı önyargılardan beslenen bir mekanizma olması sebebiyle önyargı kavramına değinilecektir. Önyargılar, diğer insanları grup aidiyeti ile ele aldığından, onların bireysel varoluşlarını yadsımakta ve onlara yönelik devamlı ve sistematik bir biçimde olumsuz nitelikteki öznel değerlendirmelere dikkat çekmektedir. Ayrımcılık ve önyargı sıklıkla birbirlerinin yerine kullanılmakla beraber, özünde aynı durumlara karşılık gelmeyen kavramlardır. Önyargı, bireyin zihnindeki düşünce; ayrımcılık ise önyargının davranışa dönüşmüş hali olduğundan, önyargının ve önyargıyı açıklamaya çalışan kuramların da açıklanmasına çalışılacaktır. Bu bölümde son olarak hukukta istenmeyen, olumsuz bir içerikle kullanıldığından yasaklanması gerektiği kabul edilen ayrımcılık kavramının felsefi çözümlemesi yapılacaktır. Ayrımcılık denilince akla gelen sözcüklerin, tanımların felsefecilerin üzerinde tartıştıkları ile örtüşüp örtüşmediği, ayrımcılığın unsurlarının neler olması gerektiği ve bu unsurlara karşı ileri sürülen itirazlar ele alınacaktır.

İkinci bölümde ise ayrımcılığın etik bir sorun olduğu esas alınarak, ayrımcılığın etik yönü araştırma konusu yapılacaktır. Bu kapsamda çeşitli sorular gündeme getirilmekteyse de bu bölümdeki ana gaye, ayrımcılığı ahlaken yanlış yapanın ne olduğu sorusunun izinin sürülmesi olacaktır. Çalışmada, ayrımcılık yasağının insana saygının bir gereği olduğu savı temel alınacak; bu savın netleştirilmesi adına da saygı kavramı ve saygının farklı felsefecilerce ele alınışları

tetkik edilecektir. Saygının özelliklerinin neler olduğu, bir kişiye saygı duyulmamasının ne anlama geldiği; saygının öznesi ile saygının nesnesi arasındaki ilişki, irdelenecek olan konular arasındadır. Bunlara ek olarak, insana saygıdan ve öz saygıdan da bahsedilecek, Immanuel Kant'ın görüşleri doğrultusunda insana saygı kavramı detaylandırılacaktır. Ardından, ayrımcılık ile saygısızlık arasında bağ kuran görüşlerin; ahlaki değerın yanlış takdirine dayalı saygısızlık görüşünün, insanlara birey olarak muamele edilmemesine dayalı saygısızlık görüşünün ve alçaltıcı anlama dayalı saygısızlık görüşünün üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ayrıca, ayrımcılık failinin doğru bir değerlendirme yapmamasının sonucunda ayrımcılığın meydana geldiği vurgulanarak, değerlendirme türleri olan doğru değerlendirme ve yanlış değerlendirme açıklanacak; insanın değeri ile neye işaret edildiği gösterilecek; insan haklarının temeli olan insan onurunun, eşitliğin sağlanması ve ayrımcılık yasağının etkili olmasındaki rolüne yer verilecektir.

Üçüncü bölüm ise ayrımcılık yasağının hukuktaki görünümünün değerlendirilmesine ayrılacaktır. Bu doğrultuda ilkin, ayrımcılık yasağının hukuki kapsamı ele alınacak yani ayrımcılık yasağının insan haklarına dair uluslararası ve bölgesel nitelikteki belgelerdeki ele alınışı araştırılacak, ardından Türk hukukundaki düzenlemelerin genel hatlarının çizilmesine çalışılacaktır. Bu kapsamda uluslararası düzlemde Birleşmiş Milletler nezdinde ayrımcılık yasağına ve düzenledikleri sözleşmeler kapsamında ayrımcılık tanımına yer veren sözleşmeler ile Avrupa Konseyi İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi ile (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı incelenecektir. Bölgesel düzlemde ise Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Afrika İnsan Hakları Şartı'nın üzerinde durulacaktır. Türk hukukunda ayrımcılığın tanımına yer verilip verilmediği ise ulusal düzlemde normatif düzenlemenin en üst basamağında yer alan anayasa bağlamında ele alınacaktır. Ayrıca Ceza Kanunu'nun, İş Kanunu'nun, Engelliler Hakkındaki Kanun'un ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun konuyla ilgili olan maddeleri dikkate alınacaktır. Bu incelemeyi müteakip ayrımcılık yasağının etkili olabilmesi açısından önem arz eden ayrımcılık yasağının kişi ve konu bakımından kapsamı değerlendirilecek ve

ayrımcılık karşıtı hukukun koruması altına alınacak olan kişilerin ve konuların tespitinde öne çıkan başlıklar açıklığa kavuşturulacaktır.

Bu bölümde ayrıca, toplumsal düzenin gerçekleştirilmesi adına hukuk tarafından yasaklanan ayrımcılık türleri üzerinde durulacaktır. Ayrımcılık, toplumsal yaşamda farklı biçimlerde karşımıza çıkmaktadır ve toplumsal yaşamdaki bu gelişmeler hukuku da şekillendirmektedir. Bunun sonucu olarak ayrımcılık yasağının da hukuken tanınan farklı türleri bulunmaktadır. Ayrımcılığın güncel biçimleri; doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, çoklu ayrımcılık, makul uyumlaştırma yapılmaması, bağlantılı ayrımcılık, taciz, cinsel taciz, mağdurlaştırma ve ayrımcılık talimatıdır. Bu kısımda söz konusu ayrımcılık türlerinin unsurlarının belirlenmesine ve hukuki kaynaklarının gösterilmesine çalışılacaktır. Bu kapsamda, öne çıkan ilgili Birleşmiş Milletler sözleşmeleri, Birleşmiş Milletler'in ilgili Komiteleri'nin görüşleri, kararları; Avrupa Konseyi sözleşmeleri ve Avrupa Birliği direktifleri ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİĞİN GEREĞİ OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

I. EŞİTLİK İLKESİ

A. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı İlişkisi

Bazı insanlar uzun boylu bazıları ise kısadır. Bazı insanlar hassas bazı insanlar vurdumduymazdır. Kimileri herhangi bir yaptırıma maruz kalmayacağını bilse insan öldürmekten imtina etmezken kimileri karıncanın kılına dahi zarar vermekten korkar. Bazılarımız sahnede adeta devleşerek başkalarının ruhlarına dokunabiliyorken bazılarımız nanoteknolojinin gelişmesine katkı sağlayarak hayallerimizin ötesindeki olanaklara kapı açabiliyor. Hal böyle iken günümüzde sürekli kullanılan “bütün insanlar eşittir” ile kastedilen nedir? Bu önemli bir sorudur, zira insanların eşit oldukları üzerinde hemfikir olunmuşa benziyor. Ancak hemfikir olunan bu eşitlik ile kastedilenin ne olduğunun açığa kavuşturulması gerekmektedir.

Eşitliğin Türk Dil Kurumu sözlüğündeki tanımı şöyledir: “1. İki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavilik, müsavat, muadelet; 2. Kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu; 3. (toplum bilimi) Bedensel, ruhsal başkalıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayırım bulunmaması durumu”⁵. Sözcüğün türediği eşit sözcüğü ise “yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık ne eksik olmayan (iki veya daha çok şey)”ı ve “aynı haklardan yararlanan, aynı düzeyde olan (kimse)” olarak açıklanmıştır⁶.

⁵ **Güncel Türkçe Sözlük**, “Eşitlik”, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5adee89a957db6.55364723, 19 Nisan 2016.

⁶ **Güncel Türkçe Sözlük**, “Eşit”, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.571603f5234d27.26491034, 19 Nisan 2016. Ahmet Cevizci’nin Paradigma Felsefe Sözlüğü’nde ise eşitlik, “Ahlaki ve toplumsal bir ideal olarak, insanların birbirleriyle, aynı insan doğasına sahip olmak bakımından, aynı konum ve değerde olmaları hali. İnsanların birbirleriyle eşdeğerde olduğunu, bundan dolayı insanlar arasında ayırım gözetilmemesi gerektiğini dile getiren ilke. ...” olarak tanımlanmıştır. Ahmet Cevizci, “Özerklik”, **Paradigma Felsefe Sözlüğü**, 3. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayınları, 1999, s. 319.

Bu tanımlardan çıkan sonuca göre ise eşitlik, iki yahut daha çok şeyin belirli özellikler; yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne eksik ne de artık olmaması durumunu ifade etmek üzere kullanılan bir sözcüktür ve birden çok şeyin varlığını gerektirmektedir⁷. Bu bağlamda eşitliğin çokluk, farklılık ve karşılaştırma olmak üzere üç kurucu unsuru vardır. Çokluk unsuruna göre eşitlik, tek bir şeyin kendisi ile ilişkisi değil, iki ya da daha fazla şeyin arasındaki bir ilişkidir. Farklılık unsuru ise şeylerin birbirinden bir ya da iki bakımdan ayrılabilceği ilişkiyi ifade etmektedir. Örneğin bir bardak şeker ve bir bardak un dediğimizde bunlar, aynı şeyin farklı şekilde tanımlanmalarına değil, iki farklı şeye, şekere ve una, karşılık gelmektedir. Üçüncü unsur da eşitliğin veya eşitsizliğin karşılaştırmaya dayalı olmasıdır. Örneğe dönersek, şeker ve un ağırlık açısından eşittir denildiğinde ikisinin, ağırlık referans alınarak karşılaştırıldığı izah edilmektedir. Ancak şeyleri çeşitli açılardan karşılaştırmak mümkündür; yaş, güzellik, boy, pahalılık, kazanç vb.⁸. Önemli olanın, iki veya daha fazla sayıdaki bu şeylerin bir nitelik temel alınarak karşılaştırılması olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁹. Burada söz konusu olan, kıyaslanacak kişilerin ya da şeylerin tüm özelliklerinin dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması ve buna uygun bir yargıya varılmasından ziyade eşit olup olmadıkları belirlenecek olan şeylerin belirli özelliklerinin kıyaslanması ve bu kıyaslamaya dayalı olarak bir değerlendirmenin yapılmasıdır¹⁰.

⁷ Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 17.

⁸ Peter Westen, **Speaking of Equality**, Princeton, Princeton University Press, 1990, s. 12-13.

⁹ Westen, **Speaking of Equality**, s. 13; Stefan Gosepath, "Equality", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Spring 2011 Edition), Ed. Edward N. Zalta, (Çevrimiçi) URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/>, 17 Nisan 2015; Carl Knight, "Describing Equality", **Law and Philosophy**, Vol. 28, No. 4, 2009, ss. 327-365. s. 327.

¹⁰ Eşitliğin nasıl tanımlanacağı hakkında çıkan anlaşmazlıklar, eşitlik kavramının belirsizliğinden ziyade, çeşitli sınıfların ve grupların çıkarlarının farklılığından kaynaklanmaktadır. Nitekim eşitlik kavramı, iktidardaki sınıfların veya grupların uygun gördükleri arzu ve kanaatler doğrultusunda şekillenmektedir. Ayrıca eşitlik kavramının zamana ve mekana göre biçimlenmesi hukuka da yansımış; eşitlik anlayışı değiştikçe eşitliğin hukuktaki görünümü de farklılaşmıştır. Antik Çağ'ı ele alırsak; Antik Çağ'da kol gücüne dayalı bir üretim biçimi vardır ve toplum yapısı kölecidir. Bazı insanlar köle olarak kabul edilmekte ve canlı üretim araçları olarak kullanılmaktadırlar. Bu düzende geçerli olan eşitlik anlayışı ise "özgür vatandaşlar arasında eşitlik" anlayışıdır. Eşitsizlikçi düzenin egemen olduğu bu tür toplumlarda eşitlik; özgür-köle, asil-avam, Romalı-barbar, vatandaş-*metoikos*, *patricius-pleb* şeklindeki ayrımlar ekseninde eşitsizlikçi düzenin devamını sağlamak için kullanılmıştır. Alaaddin Şenel, "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", **Yavuz Abadan'a Armağan**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1969, s. 242.

Eşitlik kavramı ilkin somut, kolay kavranabilen ve hakkında uzlaşılabilir bir kavram olarak ele alınmaktaysa da aslında soyut ve çok yönlü bir kavramdır¹¹. Eşit olduğumuz fikri bile çeşitli şekillerde ifade edilmektedir: “herkes eşit yaratılmıştır”, “herkes eşit olmalıdır”, “herkese eşit muamele edilmelidir”, “herkese eşitler olarak muamele edilmelidir”, “herkes bir kişi olarak hesap edilmelidir, birden fazla değil”, “eşitlere eşitçe muamele edilmelidir (ve eşit olmayanlara eşit olmayan bir şekilde)”, “farklı muamele etmek için iyi bir neden olmadıkça herkese benzer muamele edilir”, “herkese eşit olarak aynı kuralları uygula”, “ilgileri eşitçe dikkate al”, “herkese eşit ilgi ve saygının verilmesi gerekir”, “kişiler eşit değere veya statüye sahiptir”. Eşitliği ifade edişteki bu farklılıklar, kavramdan anlaşılanın farklı olduğunu ortaya çıkarmaktadır¹². Öyleyse eşitliğin aynı zamanda tartışmaya açık bir kavram olarak tasvir edilmesinin mümkün olduğu belirtilebilir. Nitekim insanların kavramı överken ya da kötülerken neyi övdükleri yahut neyi kötüledikleri hakkında uzlaşamamaları sebebiyle eşitliğin tanımlanmasının dahi başlı başına zorluk teşkil eden felsefi bir konu olduğu ileri sürülmektedir¹³.

Eşitsizliğin doğal bir olgu olması hasebiyle gerçek eşitliğin eşitsizlik olduğunu iddia eden Aristoteles ise eşitlik ile adalet arasında bir bağ olduğunu ifade eder. Adalet sözcüğünü iki anlamda kullanan Aristoteles için geniş anlamda adalet, “erdem”, dar anlamda “orta ölçü” yani ılımlılık anlamına gelmektedir. Dar anlamdaki adaletin, denkleştirici (düzeltici, rektifikatif, tashih edici) adalet (justitia

¹¹ Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 17; Christopher Nathan, “What is Basic Equality?”, **Do All Persons Have Equal Moral Worth?**, Ed. Ute Steinhoff, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 2.

¹² Nathan, “What is Basic Equality?”, s. 2. Bob Hepple da Birleşik Krallık’ın *Fairness and Freedom: The Final Report of the Equalities Review*, *Equalities Review* (Şubat 2007) ve *Discrimination Law Review: The Framework for Fairness: Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain* (Haziran 2007) sayılarında eşitliğin en az dokuz anlamda kullanıldığını belirtmiştir. Bunlar; tutarlı muamele; eşit muamelenin önündeki engellerin kaldırılması; bireyin eşit değerine veya onuruna saygı; kimliğin, farklılığın ve çeşitliliğin tanınması; eşit fırsat; yeniden dağıtım; bireysel tercih veya özgürlük; yeteneklerin eşitliği ve hakkaniyettir. Bob Hepple, “The Aims of Equality Law”, **Current Legal Problems**, V.61, I.1, 2008, ss. 1-22; s. 3.

¹³ Ronald Dworkin, **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002, s. 2. Kavramın ne’liği üzerinde uzlaşmaya varılamamasının nedeni olarak eşitliğe mantıkta, aritmetikte, doğa bilimlerinde, ahlak ve hukuk alanlarında farklı anlamlar yüklenmesi yani eşitliğin zihinlerde çağrıştırdığı matematiksel kavram ile sosyal alanlardaki, felsefedeki kavramın birbirinden bağımsız oluşu gösterilmektedir. Ancak söz konusu uzlaşmazlık dahi eşitliğin, eylem ve düşünce tarihinde özgürlük ile birlikte üzerinde en çok durulan kavram olmasını engellememiştir. Şenel, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, s. 242.

commutativa) ve dağıtıcı adalet (justitia distributiva) olmak üzere iki türü bulunmaktadır¹⁴. “Herkes eşit olanın verilmesi” şeklinde ifade edilebilen denkleştirici adalet, özellikle bireyler arasında eşya ve hizmetlerin değiş tokuşunda uygulanır ve aritmetik eşitliğe dayanır. Bu eşitlik gereğince kimse verdiğinden çok almamalı, bu bakımdan daha üstün bulunmamalıdır. Aksi takdirde kişi, kendisinin olmayan, başkasına ait bir şeye sahip olmuş olur¹⁵.

Bununla beraber herkese eşit olanın verilmesi, herkesin eşit muameleye tabi tutulmasının da eşitliği bozduğu yadsınamaz bir gerçektir. Herkesin salt eşitlik gereği ele alınması da eşitsizliğe yol açabildiğinden, adaletin bir diğer türü olan dağıtıcı adalet, herkesin eşit muameleye tabi tutulmasından ziyade ihtiyaç, yetenek ve değerleri bakımından aynı olan kişilerin eşit olarak ele alınmalarının gereğini vurgular. Zira bireyler ihtiyaçları, yetenekleri, olanakları ve değerleri bakımından birbiriyle eşit değildirler. Bu nedenle denilebilir ki dağıtıcı adalet, özellikle bireyle toplum arasındaki ilişkilerde ön plana çıkmakta ve nimet ve külfetlerin dağıtımında söz konusu olmaktadır¹⁶.

Değinilmesi gereken bir diğer nokta da kişilerin, iki şey arasında eşitlik veya eşitsizliğe dair durumu değerlendirebilmek adına karşılaştırma yaptıkları ve yaptıkları karşılaştırmaları ifade etmek üzere çeşitli kavramlara başvurduklarıdır. Bunlar; benzerlik (similarity), özdeşlik (identity) ve aynılık (sameness)tır. Eşitlik ile eş anlamlı oldukları düşünüldüğünden zaman zaman eşitlik yerine de kullanılabilen

¹⁴ Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 170-171.

¹⁵ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 7. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 37-38.

¹⁶ Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 38-40. Öğretide Aristoteles’in eşitliğe ilişkin tanımına çeşitli eleştiriler yöneltilmektedir. Örneğin Peter Westen eşitliğin böylesi bir tanımının kimlerin eşit olduğu ya da bireylerin hangi durumlarda eşit olduğu sorusuna cevap vermekten uzak olduğundan cihetle “benzer durumda olanlara benzer şekilde muamele edilmesi” gerektiğine yönelik bir formülün, açıklayıcı olmak şöyle dursun mantık hatalarına ve karmaşıklığa yol açtığını ifade etmekte ve tartışmayı bir adım daha ileri taşıyarak eşitlik retorikinin terk edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Peter Westen, “The Empty Idea of Equality”, **Harvard Law Review**, Vol. 95, No. 3, January 1982, s. 547. Ayrıca kimlerin eşit olduğu hususunda uzlaşmaya varılsa bile, bu formülün onlara sürekli olarak eşit davranılıp davranılmayacağı kuşkusunu ortadan kaldırmayacağı eleştirisi de dile getirilmektedir. Sandra Fredman, **Discrimination Law**, 2nd Edition, Oxford, New York, Oxford University Press, 2011, s. 1. Aristoteles’in eşitlik anlayışı ve bu anlayışa yöneltlen eleştiriler şekli eşitlik başlığı altında kapsamlı bir biçimde inceleneceğinden konuya ilişkin eleştirilere bu kısımda daha fazla değinilmeyecektir.

bu kavramlar, esasen eşitlikten başka bir anlama karşılık gelmektedirler¹⁷. Benzerlik, “1-Birbirinden ayrı olan şeylerin birçok belirtilerde uyuşması durumu. // Benzerliğin eşitlikten ayrılığı, eşitlikte bütün belirtilerin uyuşmasıdır.¹⁸” Özdeşlik ise “kendi kendisiyle aynı olma; değişen durumlarda kendi kendisi kalma, aynı kalma. // Özdelik eşitlikle karıştırılmamalıdır; birbirlerine eşit olan iki şey, özdeş değildir. (Ör. İki masa birbirlerinin aynı, birbirlerine eşit olabilir, ama bunlar özdeş değildir.)”¹⁹ olarak tanımlanmaktadır. Bundan dolayı insanlar eşittir ifadesi ile kastedilen, onların özdeş olmaları değildir. Buradaki vurgu özdeşlik ve aynılıktan ziyade benzerliğidir²⁰.

Eşitlik isteği, aynı zamanda eşitsizlikten kurtulma talebidir ama “eşitlik” denince genellikle farklı şeyler anlaşıldığından eşitlikle talep edilenler farklı şeylerdir çoğu zaman. Eşitlik, farklı anlamlara gelmekte ve bu anlam farklılıkları kimi zaman eşitlik düşüncesine karşı çıkanları mutlu etmektedir. Karşı çıkanlar tam (mutlak) eşitlik denen şeyin mümkün olmadığını, insanların farklı olduğunu, bu nedenle de eşitliğin mümkün olmadığını söylemektedirler. Ama eşitlik taleplerinin içeriklerine bakıldığında, istenenin hiçbir zaman bu anlamda eşitlik, yani “tam eşitlik” olmadığı görülmektedir. Aslında bunun mümkün olmadığı da iyi bilinmektedir²¹. Zaten “Bütün insanlar eşittir” ile de gerçekliğe dayalı bir yargı değil;

¹⁷ Gosepath, "Equality"; Söz konusu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 18-20. Sartori eşitliğin hem aynılıkla hem de adaletle bağlantılı olması hasebiyle “Janus” yüzlü bir kavram olduğunu iler sürer. İtalyanca “*eguale*”, Fransızca “*égal*” ve Almanca “*gleich*” sözcüklerinin sadece eşit (eşitlik sözcüğünün İngilizce karşılığı “*equal*”dır) anlamına gelmediğini, bu sözcüklerin aynı zamanda İngilizcedeki “*same*” (aynı) anlamını da içerdiğini belirtir. Bundan ötürü İtalyanca, Fransızca ve Almancada iki şeyin eşit olduğunu söylemek, onların aynı ve özdeş olduklarını söylemekle aynı şeydir. Hâlbuki İngilizcede iki nesnenin aynı tipte yahut aynı biçimde olduklarını dile getirmek üzere söz konusu iki nesnenin, örneğin iki arabanın, eşit olduğunu söylemek pek tercih edilen bir kullanım değildir. İngilizcede eşitlik ve aynılık sözcüklerinin farklı anlamlara sahip olmalarına rağmen aralarında kurulan bağlantının iki şekilde, Kıta Avrupası yazarlarının eserlerinin İngilizceye çevrilmesi ve doğal hukuk kuramı aracılığıyla, Anglo-Sakson ülkelerine tesir ettiği ifade edilmektedir. Sartori, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, s. 412.

¹⁸ Bedia Akarsu, “benzerlik”, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, 9. Baskı, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 1998, s. 32.

¹⁹ Akarsu, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, “Özdeşlik”, s. 145. Özdeş ise “Bir ve aynı olan; bir ve aynı anlama gelen. (Ör. Sabah yıldızı ile akşam yıldızı özdeştir, çünkü aynı yıldızdır. Bir birey zaman içinde değişimler geçirir de bir ve aynı bireydir, kendi kendisiyle özdeştir.)” olarak açıklanmaktadır. Akarsu, “özdeş”, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 144.

²⁰ Gosepath, "Equality".

²¹ Harun Tepe, ““Bir Ağaç Gibi Tek ve Hür ve Bir Orman Gibi Kardeşesine” Yaşamak Mümkün Müdür?”, **İoanna Kuçuradi: Çağın Olayları Arasında**, Ed. Betül Çotuksöken, Gülriz Uygur, Hülya Şimga, İstanbul, Tarihçi Kitabevi, 2014, ss. 415-428, s. 419.

değere dayalı bir yargı, bir değer yargısı ortaya koyulmaktadır. Gerçekte insanlar ne fiziksel ne zihinsel ne de ahlaki, ekonomik ve sosyal özellikler açısından aynı değildirler; her bir unsur bakımından farklılıklar göstermektedirler. Dolayısıyla bu formül ile herkesin, her insan tekinin, insan olmak ve insan onuruna sahip olmak bakımından eşit oldukları değerlendirmesine atıf yapıldığı anlaşılmaktadır.

Değer yargılarının eşitlik üzerindeki etkisi sebebiyle kişiler veya şeyler, sahip oldukları öz veya nesnel nitelikleri ile değil, onlara yüklenen öznel nitelikler ile karşılaştırılmaktadırlar. Fakat eşitliğe ilişkin bu tür yargıların temelinde öznel yargılar bulunmaktadır²². Değer yargılarının değişmesi, geçmişte eşit muamele olarak kabul edilen birçok uygulamanın günümüzde tersi uygulamalar olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Kölelerin özgür insanlardan daha düşük zeka seviyesine sahip olduklarına dair inanç ve bu inanç sebebiyle kölelerin kimsenin boyunduruğu altında olmadan yaşayamayacakları ya da erkeklerin kadınlara, beyazların siyahlara üstün olduğunun uzun bir müddet insan doğasına uygun düşünceler olarak değerlendirilip eşitliğe aykırı görülmemesi, eşitliğin aynı zamanda bir değer yargısı olarak kabul edildiğini de göstermektedir. Değer yargıları değişmez, sabit nitelikte olmadıklarından değer yargılarının değişmesi halinde geçmişte eşit olarak kabul edilmeyen kimi statüler ise bugün eşit statüler olarak kabul edilmektedir. Kısacası zaman ve mekan, eşitlik tanımının da güncellenmesini zorunlu kılmaktadır²³.

²² Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 21-22.

²³ Ulaş Karan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı** (Bundan sonra **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı** olarak kullanılacaktır), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 36. Toplumlar farklı tarihsel süreçlerde, üretim biçimlerinin ve değer yargılarının etkileri sonucunda, farklı eşitlik anlayışlarını kabul etmişlerdir. Eşitlik, Antik Yunan'da "özgür vatandaşlar arasında eşitlik" anlayışına yol açmışsa da, Orta Çağ'a gelindiğinde dini motiflerin ön plana çıkması ile "insanların Tanrı önünde eşitliği" önem arz eder hale gelmiştir. Fransız Devrimi, herkesin doğuştan eşit haklara sahip olduğu yolundaki "hukuki eşitlik" anlayışını, sanayi devrimi ise "fırsat eşitliği"ni gündeme getirmiştir. Proleterya ise kendi eşitlik anlayışı olan "ekonomik eşitlik" anlayışını geliştirmiştir. Kısacası toplumsal her değişme, farklı bir eşitlik anlayışını doğurmuştur. Şenel, "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", s. 256-264. Günümüzdeki eşitlik anlayışının köklerinin ise feodal sistemin yerini merkantalizmin almasında bulunabileceği belirtilmektedir. Bireylerin ekonomik özgürlüğü, serbest pazar ekonomisinin gelişmesi, politik alanda yaşanan gelişmeler bütün insanların doğuştan özgür, eşit ve bağımsız oldukları düşüncesi ile taçlandırılarak monarşiye yönelik itirazlara zemin oluşturmıştır. Böylece eşitlik, toplumsal bir ilke olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Fredman, **Discrimination Law**, s. 5.

Eşitlik anlayışında yaşanan gelişmeler hukuka da yansımaktadır; zamana ve mekana bağlı olarak eşitlik ilkesi farklı görünümelerde hukuk düzenindeki yerini almaktadır. Bugün kimlerin hukukten eşit oldukları veya eşit olmadıkları, eşitlik veya eşitsizlik halleri hukuk aracılığı ile belirlenmektedir²⁴. Buna paralel olarak, kanun koyucu tarafından hukuk kuralı haline getirilen düzenlemeler, sınırlı da olsa, bir eşitleştirme gayesini barındırmaktadırlar. Bu yöntemle eşitlik ilkesinin kapsamı genişletilerek devletin keyfi muamelede bulunması zorlaştırılmaktadır²⁵. Günümüzde, en azından uluslararası hukuk belgeleri nezdinde, kadınlarla erkeklerin eşit olduklarının kabul edilmesi ve söz konusu eşitliğe aykırı uygulama ve düzenlemelerin eşitliği ihlal ettiğinin belirtilmesi, değişen değer yargılarının hukuka yansımalarının örneğidir.

Görülmektedir ki eşitlik, birçok insana farklı şeyler ifade etmekte ve bu çeşitli bakış açıları toplumda hem olumlu hem de olumsuz bir şekilde tezahür etmektedir. Buna bağlı olarak da benimsenmesi, teşvik edilmesi ve değer verilmesi gereken insan çeşitliliği ne yazık ki önyargıya, ayrımcılığa ve baskıya neden olmakta; kanunlar ve politikalar aracılığıyla belirli gruplara veya kişilere karşı bilinçli ya da bilinçsiz ayrımcılık yapılabilmektedir. Böylece *de facto* ve *de jure* ayrımcılığın etkisi, farklı olarak kabul edilenlerin diğerleriyle birlikte eşit temellerde temel insan haklarından dahi faydalanamamalarına yol açmaktadır²⁶. İnsan haklarına saldırı niteliği taşıyan ayrımcılık, bu tür durumlarda “öteki”lerin insan haklarından yararlanmalarının engellenmesi, sınırlandırılması, zorlaştırılması ve imkânsızlaştırılması olarak gündeme gelmektedir.

Öte yandan eşitliğin ne olduğu sorusu uzunca süre ekonomistler, hukukçular ve felsefeciler tarafından detaylı bir şekilde tartışılmışsa da ayrımcılığın ne olduğu sorusuna aynı önemin verildiği söylenemez. Ayrımcılık yasağı çoğu uluslararası sözleşmede yer almasına karşılık, ayrımcılığın tanımlanmasına yönelik çalışmalar sınırlıdır. Ayrımcılık nedir sorusu, belki de cevabı açık olduğu düşünüldüğünden, üzerinde pek durulmamış bir sorudur. Ayrımcılık konusundaki çalışmalar,

²⁴ Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, s. 11.

²⁵ Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 37.

²⁶ Jarlath Clifford, “Equality”, *The Oxford Handbook of International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 420-445, s. 420.

ayrımcılığın ne olduğunun bilindiği ve onun ahlaken yanlış olduğu ön kabulünden hareket edilerek yapılmaktadır. Buna bağlı olarak da günümüzde ayrımcılık kavramı ırk, cinsiyet, din, engellilik veya inanç gibi belirli özelliklerden dolayı kişilere veya kişi gruplarına yönelik dezavantajlı eylemleri eleştirmek için yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Hemen hemen herkes sadece kadın veya müslüman oldukları için kadınlara ya da müslümanlara, erkeklerden yahut hristiyanlardan daha olumsuz muamele edilmesinin yanlış olduğunda hemfikirdir.

Türkçe sözlükte “ayrımcı olma durumu” olarak tanımlanan ayrımcılık²⁷, İngilizcede *discrimination*, Almancada *diskriminierung* ve Fransızcada *discrimination* sözcükleri ile karşılanmaktadır. Ayırt etme, belirginleştirme, farklı kılma anlamlarına gelen *discrimination*, ayırt etmek anlamındaki Latince *discriminare* fiilinden türeyen *discriminatio* sözcüğünden gelmektedir²⁸. Kavramın fiil hali olan İngilizce *discriminate* sözcüğü olumlu veya olumsuz nitelik taşımayacak biçimde fark gözetme (distinction) veya farklılaştırma (differentiate) anlamına gelecek şekilde de kullanılmaktadır²⁹. Bununla birlikte *discriminate* sözcüğü, Latince *discriminare* sözcüğünün geçmiş zaman sıfat fiili olan ve bölmek, ayırmak anlamına gelen *discriminatus*tan gelmektedir. *Discriminare* ise *discrimen* ile bağlantılı olup ayırmak, ayrı tutmak, bölmek, dağıtmak sözcüklerine karşılık

²⁷ Güncel Türkçe Sözlükte “ayrımcılık” sözcüğü “ayrımcı olma durumu”; ayrımcı “ayrım yapan kimse”; ayırım “1.ayırma işi, tefrik; 2. Bir kimse veya nesnenin bir başkasıyla karıştırılmamasını sağlayan ayrılık, benzer şeyleri birbirinden ayıran özellik, başkalık, fark” olarak tanımlanmıştır. **Güncel Türkçe Sözlük**, “Ayrımcılık”, (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 04 Şubat 2018. Ahmet Cevizci’nin editörlüğünü yaptığı Felsefe Ansiklopedisi’nde ise ayrımcılık, ayrımcılık başlığı altında şu şekilde tanımlanmıştır: “Ayrımcılık, toplum içinde birtakım birey ve/veya grupların cinsiyet, cinsel tercih, milliyet, dini inanç, etnik köken, ırk vb. karakteristiklerinden ötürü yasalar yoluyla ve/veya sosyal hayatta sistematik bir biçimde adaletsiz muameleye maruz kalmasıdır. Her ne kadar kökenleri eskiye dayansa da, ayrımcılık, özellikle modernlik ve eşitlik ilkesinin yaygınlaşmasıyla eşzamanlı olarak kolonileşme ve küreselleşme gibi tarihsel olgular sonucu farklı medeniyetlerin yüzyüze gelmesi ve Batı ülkelerine göçün artış göstermesi ile su yüzüne çıkan bir sorundur...” İtır Güneş, “Ayrımcılık”, **Felsefe Ansiklopedisi** (Cilt 1), Ed. Ahmet Cevizci, İstanbul, Etik Yayınları, 2003, ss. 773-774, s. 773.

²⁸ Fermin Roland Schramm, “Discrimination: Concept of”, **Encyclopedia of Global Ethics**, Springer, 2016, ss. 902-908, s. 905.

²⁹ **Oxford Dictionary of English**, “Discrimination”, Oxford University Press, 3rd edition, 2010, s. 501.

gelmektedir. Ayrıca ayırt etmek, fark etmek anlamına gelen *discrimen* sözcüğünün *discernere* sözcüğünden türediği belirtilmektedir³⁰.

Basitçe insanların birbirlerine baskı uygulayabilecekleri andan itibaren mevcut olduğu ifade edilebilecek olan ve dolayısıyla insanlar arasında toplumsal olarak çok uzun yıllardan itibaren geçerli olan ayrımcılık, on dokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren ise ahlaki olarak olumsuz bir anlamda, yani ahlaken yüklü diye tabir edilebilecek bir anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Halbuki ayrımcılığa ilişkin ana fikrin farklı muameleye işaret ettiği ve bu farklı muameleye ilişkin düzenlemelerin izlerinin Kutsal Kitaplara değin sürülebileceği ileri sürülmektedir³¹. Fakat Anglo-Sakson kökenli olan kavram, her ne kadar nesneler, kişiler veya durumlar arasında farklılık gözetmek, ayırt edici özelliklerine dayanarak nesneler, durumlar arasında farklılaştırma veya ayırım anlamlarını içerse de³² hukuk alanında söz konusu anlamdan ziyade olumsuz bir içerikte kullanılmaktadır. Buna göre hukuk sözlüğünde ayrımcılık, çoğunlukla belirli bir grubun bir veya daha fazla üyesine, diğer kişilerle karşılaştırıldığında haksız bir şekilde muamele edilmesi olarak tarif edilmektedir³³.

Ahlak, siyaset ve hukuk felsefesinin çekirdek değerlerinden olan³⁴ ve liberal arzuların tesiri altında parıldayan bir ilke olarak eşitlik³⁵ de bu bağlamda ayrımcılıkla

³⁰ **Online Etymology Dictionary**, “Discriminate”, (Çevrimiçi), <https://www.etymonline.com/word/discriminate>, 23 Mart 2018.

³¹ Robert K. Fullinwider, “Discrimination: Word, concept, anti-norm-some historical sketches”, **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 435-446, s. 435, 440.

³² Danièle Lochak, “The Notion of Discrimination and Its Place in the Conventional International Law and in the Case Law”, Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights, Council of Europe, N. P. Engel, Strasbourg, 1994, s. 133’ten aktaran Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 65.

³³ **A Dictionary of Law**, “discrimination”, Oxford University Press, 5th edition, 2003, s. 154. Türkçe Hukuk Sözlüğü’nde ise şöyle bir tanıma yer verilmiştir: “Ayrımcılık (ayırım-cılık): Değer, nicelik, dil, renk, nitelik, etnik köken, inanç, siyasi düşünce, cinsiyet vb özellikler bakımından birbirinden arık veya eksik olmayanlara eşit davranışta bulunmama, ayırım yapma, farklılık gözetme, ikilik, tefrik yaratma durumu (Bir kişiye ya da sosyal gruba, dini inancı, siyasi görüşü, etnik kökeni, cinsiyeti, yaşı, medeni hali veya bedensel engeli gibi belli özelliklerinden dolayı önyargılı/olumsuz davranılması)”, **Cengiz Yelbaşı, Fransızca-İngilizce-Türkçe Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Sim Matbaacılık, Ekim 2014, s. 74.

³⁴ Nicholas Mark Smith, **Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law**, Farnham, Ashgate, 2011, s. 1.

³⁵ Fredman, **Discrimination Law**, s. 1.

ilgili kavramlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶. Hatta eşitliğin, ayrımcılık yasağının temelini oluşturduğu kabul edilmekte³⁷ ve ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkelerinin birbirinden ayrılamayacağı, aralarında ‘bölünmezlik’ ve ‘bütünsellik’ ilişkisi olduğu belirtilmektedir. Bu sebeple, biri olmadan diğerrinin de olamayacağı, bölünmez ilkeler oldukları ileri sürülmektedir. Buna göre ayrımcılık yasağı, eşitliği gerçekleştirmek için vardır³⁸. Bu ilişki sebebiyle Gülmez, eşitliği ve ayrımcılık yasağını “ayrımcılık yasaklı eşitlik” ilkesi olarak ifade etmektedir:

“Ayrımcılık yasaklı eşitlik, aynı durumda bulunan hak öznelerinin; haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal ya da başka görüşler, engellilik, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde devlet ve işverenlerce yararlandırılmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, temel bir haktır.”³⁹

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının aynı prensibin biri pozitif diğeri negatif ifadesini oluşturduklarına ilişkin yaklaşım, insan haklarına ilişkin belgelerde de görülmektedir⁴⁰. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12 No.lu

³⁶ Vierdag, **The Concept of Discrimination in International Law**, s. 7.

³⁷ Aileen McColgan, **Discrimination, Equality and the Law**, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2014, s. 14.

³⁸ Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, ss. 217-225, s. 221.

³⁹ Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, s. 221. Gülmez “ayrımcılık yasaklı eşitlik” tanımının dört önemli unsuru bulunduğuna dikkat çekmektedir. Bu unsurlardan ilki, sosyal hakları da içerecek bir biçimde “insan haklarından yararlanmada eşitlik” olarak dile getirilmektedir. Buna göre ayrımcılık yasaklı eşitlik devlet ve işverenlerin uyması gereken “üstün” bir ilke, bir “ölçü” ilke iken hak özneleri açısından da bir “insan hakkı”dır. İkinci ise hak öznelerinin her durumda, her şartta, her konuda ne olursa olsun “mutlak” olarak eşit olmadıklarından hareketle farklı durumlarda bulunan kişilerin göz önünde bulundurularak farklı kuralların konulmasına ve uygulanmasına karşı çıkmaz. Üçüncü unsur ise ikinci unsur ile ilişkili olup bazı hak özneleri için farklı düzenlemelerin söz konusu olmasının yani farklı durumlarda bulunanlara farklı kuralların uygulanabilmesinin ardında makul, inandırıcı, nesnel yani “haklı” nedenlerin bulunması gerekliliğidir. Bu haklı nedenlerin varlığı, uygulamaların “keyfi” olmadıklarını göstermesi sebebiyle önemlidir. Son olarak haklı bir nedene dayanmayan ayrımcı eylemlerin ya da uygulamaların yasaklanması ve/veya kısıtlanması, hak öznelerinin dışlanması yahut tercih edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, s. 221-222.

⁴⁰ Manfred Nowak, **UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, 2nd edition, Kehl, Germany, Arlington, Va, N.P. Engel, 2005, s. 598; Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 27; Oddny Mjöll Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Ed. Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn,

Protokolü'nün Açıklayıcı Raporu'nda bu duruma değinilmiştir. Raporda, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkelerinin sıkıca iç içe geçmiş durumda oldukları ve eşitlik ilkesinin, eşit durumda olanlara eşit, farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesini gerektirdiğine; bu yapılmadığında ve nesnel ve makul bir gerekçesinin de olmaması halinde ayrımcılığın gündeme geleceğine yer verilmiştir⁴¹. Eşitlik ve ayrımcılık yasağı Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nde de yan yana kullanılmıştır. Sözleşme'nin 5. maddesinin ilk iki fıkrasındaki düzenleme şu şekildedir:

“Taraflar Devletler herkesin hukuk önünde ve içinde eşit olduklarını ve herhangi bir ayrımcılık olmaksızın hukukun eşit koruması ve hukuktan eşit olarak yararlanmaya hak sahibi olduklarını tanırlar.

Taraflar Devletler engellilik temelindeki tüm ayrımcılığı yasaklayacaklardır ve engelli kişiler için her türlü temeldeki ayrımcılığa karşı eşit ve etkili kanuni korumayı güvence altına alacaklardır.⁴²”

Çoğu çağdaş demokrasinin temel unsurlarından birisi olarak eşitlik⁴³, insanların esas olarak eşit değerde oldukları ve bu ilkenin toplumun ekonomik,

Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, ss. 41-66, s. 43; Warwick McKean, **Equality and Discrimination under International Law**, Oxford, Clarendon Press, 1985, s. 287.

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol No. 12'nin Açıklayıcı Raporu (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report), para. 15., (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48>, 10 Eylül 2020.

⁴² Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi (Convention on the Rights of People with Disabilities) (Bundan sonra EKHS olarak da kullanılacaktır), (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/conventionrightspersonswithdisabilities.aspx>, 03 Nisan 2018. Eşitlik ve ayrımcılık yapılmaması başlığını taşıyan maddenin ilk fıkrasında eşitliğe, ikinci fıkrasında ayrımcılık yapılmamasına yer verilmiştir. Düzenlemenin, ayrımcılık yasağının ve eşitliğin aynı ilkenin negatif ve pozitif görünüşleri olduğu şeklindeki düşünceyi desteklemesi olarak yorumlanmaktadır. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 69. Ancak çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılsalar da ayrımcılık yasağının ve eşitliğin eş anlamlı kavramlar olmadığı da ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, eşitlik kavramı kişiler, şeyler, muameleler, amaçlar ve sonuçlarla ilgili iken ayrımcılık çoğunlukla muamele ile ilgilidir. Başka bir görüş ise ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesinin uygulama alanının belirlenmesinde işlevsel olmakla birlikte insan hakları açısından ayrı bir hak olarak ele alınamayacağını savunur. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 70.

⁴³ Clifford, “Equality”, s. 421. Eşitlik, özgürlük ve kardeşlik ile birlikte demokratik düşüncenin etkili ilkelerindendir. Modern demokratik düşüncenin köklerinin onyedinci ve onsekizinci yüzyılda aranmasına karşılık eşitlik düşüncesinin modern demokrasi teorisinden önce geldiği ifade edilebilir. Nitekim bu düşüncenin izlerini aristokratik ve köleci antik toplumlara değin sürmek mümkündür. George L. Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, Richmond, John Knox Press, 1959, s. 15.

politik ve toplumsal yapısına yansımaları gerektiği düşüncesiyle ilgilidir⁴⁴. İnsanlar, ne yaratılış ne de içinde bulundukları şartlar ve sahip oldukları olanaklar bakımından eşit olmasalar da, diğer insanlarla ilişkileri bakımından, bu eşit olmayış durumunun hukuk aracılığıyla düzenlenmesini beklerler⁴⁵. Bu noktada yapılan hukuki düzenlemelerin ise bazı istisnaları içerebileceğine dikkat çekilmeli ve bu istisnaların az olması halinin söz konusu hukuki düzenlemedeki eşitleştirme görevini başarılı kılacağı belirtilmelidir. Bundan ötürü bazı durumlar ya da kişiler söz konusu olduğunda eşitlik ilkesinden sapılıp fark gözeten bazı koşulların gerçekleşebileceğine işaret edilmekte ve ayrımcılık yasağının ortaya çıkmasında da bahsedilen ayrı tutmaya, fark gözetmeye itiraz edilmemesi için belirgin ve önceden oluşturulan unsurlara yaslanılması amacının bulunduğu izah edilmektedir. Bu yolla, eşitliğin sağlanacağı konuların ve ölçütlerin belirlenmesi esnasında gündeme gelen güçlüğün aşıldığı ifade edilmektedir⁴⁶.

Günümüzde hukuk aracılığıyla eşitliğin sağlanması beklentisi eşitliğin, ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerinde güvence altına alınması ile karşılanmaktaysa da tıpkı diğer temel düşünceler, ilkeler gibi eşitliğin de her zaman sistemli ve devamlı bir şekilde geliştiği ifade edilemez⁴⁷. Benzer şekilde ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler de her ülkede, her bölgede aynı hızda, benzer biçimde gerçekleşmemektedir. Buna rağmen söz konusu gelişmelerin ele alınması ve değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Çünkü bu çalışmanın ana konusu olan ayrımcılığın aydınlatılması, ulusal ve uluslararası belgelerde yer verilen eşitliğin ve

⁴⁴ Will Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, Çev. Ebru Kılıç, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 5.

⁴⁵ Vecdi Aral, **Beklediğimiz ve Bizden Beklenen Adalet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, s. 65. Bu açıdan “Eşitsizliği gerçekleştirmek için yapacağımız tek şey, işleri kendi haline bırakmamızdır. Ama eşitliği elde etmek istiyorsak, hiç durmadan çalışmamız gerekecektir” diyen Sartori’nin eşitsizliğin “doğal” olmasına karşılık eşitliğin doğal olmadığını dile getirirken haklı olduğu ifade edilebilir. Ayrıca Sartori’ye göre eşitlik istenci, “doğal” olarak var olan iktidar, zenginlik, statü ve yaşamda yüzyüze kalınan fırsatları, sahip olunan farklılıklar olmaktan çıkartır. Böylece insanın kadere ve şansa, rastgele ortaya çıkan eşitsizliğe, haksız güce ve ayrıcalığa karşı başkaldırmasını temin eden eşitlik bir “protesto ideali” olarak ele alınmaktadır. Bununla birlikte bir “protesto ideali” olarak eşitlik, bütün uğraşların belli bir süre sonra, belli aşamalarla birlikte doyuma ulaşmasına karşılık, eşitliğin gerçekleştirilmesi halinin başka eşitsizlikleri doğuracağı belirtilerek eşitlik, bütün idealler arasında doyuma ulaşması mümkün olmayan bir ideal olarak tasvir edilmektedir. Giovanni Sartori, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tunçer Karamustafaoglu, Mehmet Turhan, 2. Baskı, Bursa, Sentez Yayıncılık, 2014, s. 410.

⁴⁶ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 67.

⁴⁷ Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 15.

ayrımcılık yasağının anlamının ve onu evrensel, ahlaki ve hukuki bir ilke haline getiren özelliklerin araştırılmasını gerektirmektedir.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik arasındaki ilişkinin günümüz hukuk anlayışına etkisinin daha iyi anlaşılması içinse eşitliğin tarihsel süreç içerisindeki gelişimi incelenmelidir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce, bu kısımda son olarak, aslında matematiğe ilişkin bir kavram olarak eşitliğin, hem adaletin temeli hem de insan ruhunun duyabileceği en güçlü ihtiyaçlardan biri olduğunun⁴⁸; ayrımcılık yasağının da eşitliğin elde edilmesindeki mühim bir vasıta olduğunun⁴⁹ altı çizilmelidir.

B. Eşitlik İlkesinin Tarihi Seyri

1. Eşitlik İlkesinin Klasik Kökleri

a. Antik Yunan’da

Yunan siyasal düşüncesini ve ilgili dönemin gelişmelerini anlayabilmek için site ya da şehir devleti olarak isimlendirilen *polis* düzeninin anlaşılması gerekmektedir. Sınırları belirli bir toprak üzerinde kurulmuş olan ve siyasal, toplumsal, askeri, ekonomik ve aynı zamanda dini bir bütünlük arz eden *polis*, yunan uygarlık tarihinin siyasal kurumu olarak, günümüz devletinin siyasal karşılığıdır ve aynı zamanda yunanlılara göre kendilerine tanrılar tarafından verilmiş bir armağandır. Bundan ötürü de yunanlılar *polis* düzeninin üstün özelliklerinden yoksun bırakılmış olan diğer bütün kavimleri ve uygarlıkları barbar olarak kabul etmişlerdir. *Polise* atfedilen bu değer bir diğer sonucu da, kişinin ancak bir polise bağlı olarak yaşayabileceğine ve polis dışında bir yaşamın olanaksızlığına inanılmasıdır. Çünkü yunanlılara göre kişi, ancak *polis* vatandaşı olduğu takdirde varlık ve değer kazanabilmektedir. Bunun anlamı, hukuken bireyi yaratan polisin aynı zamanda bireyin dini-siyasal yapı içinde erişeceği bir sistem olduğudur⁵⁰.

⁴⁸ Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, s. 130.

⁴⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 70.

⁵⁰ Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 15 Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 1-2. Farklı siyasal yönetimlerin görüldüğü *polis*lerde ilk yönetim şekli krallıktır. Krallık zamanla yerini azınlığın yönetim biçimi olarak aristokrasiye bırakmışsa da zengin mal-mülk sahiplerinin karşısına

Görülmektedir ki eski yunan demokrasisi aslında eşitsizlik üzerine kurulu bir düzendir. Siyasal haklara sahip olma ve yönetime katılma konusunda vatandaşlar arasında eşitliği sağlamak adına çalışmalar yapılmışsa da vatandaş olan ile vatandaş olmayan arasında siyasal bakımdan eşitsizlik olduğu ve vatandaşlık kalıtsal bir ayrıcalık olduğundan siyasal hakların sadece sınırlı sayıdaki kişilere tanınmış olduğu dönemin toplumsal, ekonomik, siyasal yapısının anlaşılması açısından önemlidir ⁵¹.

*Polis*lerdeki genel durum yukarıda açıklandığı şekilde olmakla birlikte söz konusu dönemin kimi düşünürlerine yer verilmesi eşitliğin günümüz devlet düzenlerindeki etkilerinin anlaşılması açısından önemlidir. Buna göre ilk düşünürlerden Pythagoras evrenin temel yapısının ne olduğu sorusuna “sayı” yanıtını vererek her şeyin ana maddesinin sayılar olduğunun ileri sürmüştür. Nasıl ki bir kare sayının bölümleri birbirine eşit ve uyum içindedir, adalet de toplumda eşitliğin ve uyumun birlikteliği yani herkese hakkı olanın verilmesidir. Bunun yolu da toplumu oluşturan birimlere hakkı olanı vermektir. Ancak bu nasıl mümkün olabilir? Pythagoras, insan vücudu ile toplum arasında yaptığı benzetme ile bu

sayıları sürekli biçimde artan malk mülk sahibi olmayan kişilerden oluşan bir sınıfın çıkması sonucu, polislerde egemen siyasal yönetim biçimi olarak demokrasi kabul edilmiştir. Ancak *poliste*ki demokrasi yönetimi sınıflı toplum düzeni ekseninde düzenlenmiştir. Bu toplum düzenine göre, siyasal yaşama katılma hakkına sadece vatandaşlar sahiptir. *Polis*in genel nüfusuna kıyasla azınlık olan vatandaşlar, sitenin nasıl yönetileceğinde söz sahibidirler. Fakat kadınların vatandaş olmalarına karşılık siyasal haklara sahip olmadıklarından polislin yönetiminde söz sahibi olmadıklarının altı çizilmelidir. *Poliste* azınlık durumunda olan vatandaşların dışında kalan çoğunluk ise kölelerdir. *Polis* düzeninde kölelik doğal bir kurumdur. “Konuşan hayvan” veya “ hareket eden araç” oldukları kabul edilen köleler, insan sayılmadıklarından hiçbir hakka ve özgürlüğe sahip değildirler; üretim aracı olarak alınıp satılabilir, kolaylıkla el değiştirebilirlerdi. Mülkiyet konusu bir mal olan köleler, sitenin maddi ihtiyaçlarının giderilmesi açısından önem arz etmekle birlikte siyasal, sosyal ve ekonomik hayatta eşya niteliğini haizdirler. *Poliste* yerleşik olan ve medeni haklara sahip, çoğunlukla zanaat ve ticaretle uğraşan diğer bir kesim ise *meteikoslar* (metekler) yani yabancılardır. *Meteikoslar*, özgür olmalarına rağmen siyasal hayata katılma hakları olmadığından evlilik yahut evlat edinme usulleri ile vatandaş olmaya çalışmışlardır. Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 2-5.

⁵¹ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 5. Atina demokrasisinin en gelişmiş kabul edilen Perikles devrine ilişkin olarak Alaeddin Şenel’in verdiği bilgiler ise şu şekildedir: “Atina demokrasisinin en olgun zamanına, en geniş kapsamına ulaştığı Perikles devrinde, 400 bin nüfusun ergin yaşlarda olan yarısının, 200 bininin yarısına yakın bir kısmı, 50 bin kadar vatandaş karısı, 15 bin kadar *metoikos* karısı, 10 bin kadar köle kadın olmak üzere, 75 bin kadar olan ergin yaşta kadınlar siyasal haklara sahip değillerdi. Siyasal haklara sahip olmada cinsiyet eşitsizliği vardı. Ergin erkek nüfusunun da (130 bin kadar) üçte ikisine yakın bir kısmı, 65 bin erkek köle, 15 bin erkek *meteikos* olarak 80 bini, siyasal haklardan yoksundurlar. Siyasal haklara sahip olmada zümre eşitsizliği vardı. Tam vatandaşlık haklarına sahip olan Atinalı erkeklerin sayısı 40-60 bin arasında tahmin edilir. Biz 50 bin olarak kabul etmiştik. Bu durumda ergin Atina nüfusunun (200 bin) yüzde yirmibeşi (dörtte biri), ergin erkek nüfusun ise (130 bin idi) yüzde kırkı (beşte ikisi) siyasal haklara sahip tam vatandaşlar statüsünde idiler. Siyasal haklarda eşitlik ve demokrasi yalnız bu sınıf için sözkonusu idi.” Alaeddin Şenel, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1970, s. 292-293.

durumu açıklamaya çalışır. Buna göre; akıl, ruh veya cesaret ve maddi ihtiyaçların tatmini olmak üzere üç bölümden oluşan insan yapısı gibi toplum da canlı bir organizmadır; yani toplumlarda da akıl, ruh vardır ve onların da maddi ihtiyaçlarının tatmini gereklidir. Toplumlardaki bilge kişiler akla, askerler ruha yani cesarete, halk diğer bir deyişle üreticiler ise maddi ihtiyaçların karşılanmasına karşılık gelir. Adaletin gerçekleşmesi işte bu bölümler arasındaki eşitliğin gerçekleşmesi, her bölümün kendi hak ettiği yerde kalması ile olanaklıdır. Pythagorasçılar dönemin yunan düşünce hayatında var olan orantılı eşitlik anlayışını yani herkese eşit sayıda vermek yerine herkese hak ettiğine göre, toplumdaki yerine ve yaptığı işe göre vermek görüşünü savunmuşlardır. İlgili görüş ise felsefesini, eşitsizlikçi aristokratik inançlara göre kurduğu ve aslında insanlar arasında eşitsizlikçi bir toplum düzeni oluşturmayı amaçladığı ileri sürülerek eleştirilmiştir. Zira toplumu oluşturan bu bölümler arasında aritmetik bir eşitlik söz konusudur ve önemli olan bu hiyerarşik düzenin korunmasıdır. Biyolojik-organik- teorinin temeli olan bu görüş, daha sonra Platon ve Aristoteles tarafından savunulmasının yanı sıra XX. yüzyılın Faşist ve Nasyonel-Sosyalist devlet sistemlerinin de dayandığı görüş olmuştur⁵².

Polisin değerlerini eleştirip reddeden Kynik okul düşünürlerine göre ise toplum değerleri insanın özgürlüğü önündeki engellerdendir. Kişi, ancak kendi kendine yetmeyi öğrendiği, doğal bir yaşam sürdüğü yani toplum değerlerini reddettiği takdirde bilge kişi, “insan”, olabilir. “İnsan”lar toplumda azınlık durumundadır. Köle-efendi, zengin-yoksul, vatandaş-vatandaş olmayan ayırımına karşı çıkan ve evrensel eşitliği destekleyen Kyniklerin bilge kişiler hakkındaki görüşlerinin ise *poliste* başka bir eşitsizliği ortaya çıkarttığı savunulmuştur; Kynik düşünürler her ne kadar bilgeliğin bir yaşam biçimi olmasından ötürü dileyen herkes

⁵² Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 8-9; Şenel, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine**, s. 156-159. Eski Yunandaki bu eşitsiz duruma karşı çıkanlar da olmuştur. Dikkatlerin insanda yoğunlaşması gerektiğini ileri süren Sofistlerden Alcidas, Tanrı’nın bütün insanları özgür yarattığını, doğanın hiç kimseyi köle yapmadığını belirtmiştir. Antiphon ise soydaşları Yunanlıların yüceltilmesi geleneğine karşı çıkmakla yetinmemiş, fiziksel gelişimin bütün insanlarda benzer olduğunu yani hayatta kalmanın nefes almak ve yemek yemekle ilgili olduğunu ifade ederek Yunanlılarla Barbarların birbirinden farklı olmadığını ve onlara da aynı davranılması gerektiğini ileri sürmüştür. Lycophon da zayıfların bir araya gelirlerse doğal olarak güçlü olacaklarını; soyluların gücünün doğuma dayandırılmasının yersiz olduğunu zira alt tabakada doğmakla üst tabakada doğmak arasında aslında fark olmadığını, doğuma dayalı soyluluğun hayal mahsulü olduğunu savunmuştur. bkz. Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 17.

tarafından öğrenilebileceğini ifade etmişlerse de bu yaklaşımın elitist bir düşüncüyü ortaya çıkardığı ileri sürülmüştür⁵³.

İlk Çağ'ın önemli düşünürlerinden Sokrates'in ise eşitlikçi fikirleri olmakla birlikte genel olarak eşitsizlikçi fikirleri savunan bir düşünür olduğu iddia edilmektedir. Sokrates erdemin bilgi olduğuna ve onun öğretilabileceğine; ancak bu noktada kalıtımın da etkili olduğuna dikkat çekmiştir. Bu görüşe göre erdemin, “erdeme doğuştan eğilim” ve “eğitim” olmak üzere iki yapıcı unsuru vardır ve bu doğrultuda yetiştirilebilecekler az sayıdadır ve hep de az sayıda olacaktır. Entelektüel elitizm savunusu olarak kabul edilebilecek olan bu görüşün siyasal alana yansması ise “entelektüel siyasal elitizm” biçiminde olmuştur. Nitekim önemli olan çokluğun değil, bilge olan azınlığın düşüncesidir. Kaldı ki Sokrates'in “insaniyetçi eşitlik” fikrini ve kadın-erkek eşitliğini kabul etmesine rağmen söz konusu fikirlerini geliştirmekten kaçınarak erdemlilerin üstünlüğü düşüncesini yerleştirmeye çalıştığı gözden kaçırılmamalıdır⁵⁴.

Platon'a göre ise idealar dünyasının soluk bir yansıması konumundaki nesneler dünyasında tam bir eşitlik yoktur. Tam olarak eşitliğin sağlandığı dünya, idealar dünyasıdır. İdealar dünyasındaki varlıklar, nesneler bağımsız olduklarından değer bakımından birbirlerine eşittirler. Bunun aksine nesneler dünyasında eşitsizlik hakimdir. Tanrı'dan nesneye bu aşamalı eşitsizlikçi düzende yeryüzüne düşmüş olan ruhlar ise idealar dünyasındaki görme derecelerine göre; filozof, kral, ozan, zanaatkar, sofist ve tiran gibi çeşitli şekillerde sıralanıyorsa da insanların esas sınıflandırılması “bilgisever”, “ünsever” ve “parasever” şeklindedir⁵⁵. Çünkü insanlar yaradılıştan birbirine benzemediklerinden herkesin yatkınlıkları da birbirinden farklıdır ve önemli olan insanın yaradılışına uygun olan işleri zamanında görmesidir⁵⁶.

⁵³ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 14-15.

⁵⁴ Şenel, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine**, s. 368-376.

⁵⁵ Şenel, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine**, s. 380-382; Platon, **Devlet**, Çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, 21. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2011, 581c, s. 317.

⁵⁶ Platon, **Devlet**, 370b,d, s. 56. Toplumda üretici, koruyucu ve yönetici olmak üzere sınıflı bir düzen olduğunu savunan Platon, insanların bu hiyerarşik düzene inanmaları için bir masala başvurur. Metaller mitosunu ya da üç cevher yalanı olarak adlandırılan bu mitos şöyledir; “... Bu toplumun birer

Platon'un ideal devlet sistemi için uygulamak istediği yapı, kapalı bir sınıf yapısı üzerine inşa edilen insanlar arası eşitsizliğe dayalı bir sistemdir. Bu sistem içerisinde sadece vatandaşlar insan sayılmakta, onlar da kalıtımsal olarak sahip oldukları özellikler doğrultusunda, toplumda yaptıkları işlere göre değer kazanmaktadırlar. *Polis*, ancak her sınıfın kendisi için uygun olan işi yapması halinde vücut bulmaktadır. Bundan mütevellit toplumun bozulmaması ve söz konusu ideal devletin devamı için de kastlar arasındaki bu eşitsizliklerin korunması önem arz etmektedir. Fakat bu açıklamalardan Platon'un devletinde vatandaşın devlet karşısında değerli kabul edildiği sonucuna da ulaşılmamalıdır; vatandaşlar, bulundukları sınıf içerisinde kaldıkları müddetçe değerlidirler. Yine de bu değer çok sınırlıdır; sebebi Platon'un devleti canlı bir organizma gibi ele aldığı biyolojik (organik) devlet teorisidir. Bu teoriye göre devlet de doğal ve biyolojik kanunlar doğrultusunda diğer canlı varlıklar gibi kendiliğinden meydana gelen, büyüyen, gelişen ve zamanla yok olan bir organizmadır. İnsan vücudundaki organların ve fonksiyonların karşılığı devlette de bulunmaktadır. Ancak bu teorinin sonucu olarak Platon, vatandaşın devlet karşısındaki değerinin sıfır olduğunu ileri sürmektedir⁵⁷.

parçası olan sizler, birbirinizin kardeşisiniz. Ama sizi yaratan Tanrı, aranızdan önder olarak yarattıklarının mayasına altın katmıştır. Onlar bunun için baş tacı olurlar. Yardımcı olarak yarattıklarının mayasına gümüş, çiftçiler ve öbür işçilerin mayasına da tunç ve demir katmıştır. Aramızda bir hamur birliği olduğuna göre sizden doğan çocuklar da herhalde size benzeyeceklerdir. Ama arada bir altından gümüş, gümüşten de altın doğduğu olabilir. Bunun için Tanrı, her şeyden önce önderlere, doğan çocuklara iyi bekçilik etmelerini, içlerine bu madenlerden hangilerinin katılmış olduğunu dikkatle araştırmalarını buyurmuştur... çünkü mayasında demir ya da tunç katışık olanların önderlik edeceği gün şehrin yok olacağını Tanrı buyurmuştur". Platon, **Devlet**, 415a,b,c, s. 111. Böylece Platon insanlar arasında sınıfsal farklılıklar olduğu düşüncesini meşrulaştırmak için kalıtıma başvurmakta ve eşitsizliği temellendirmeye çalışmaktadır. Ayrıca Platon'un insan anlayışının "tür olarak insan", "çoğunluk veya birey olarak insan" ve "üstün kişi olarak insan" olmak üzere üç tür insan etrafında şekillendiğine yer verilmelidir. Bu çerçevede Platon tür olarak insanı hayvandan ayıran özelliğin ruhun bölümlerinin parçaları olan canavar, aslan ve "insan"ın birleşerek "insan biçimi" alması olduğunu belirtmiş ve esasen tür olarak insana atfedilen "insanlığı" yalnızca üstün insanların sahip olabildiği tanrısal bir şey olarak ele alır. Zira "insan", ancak kendine özgü erdemlere sahip olan, iyinin bilgisini arayan ve bunları kendine göre yoğuran az sayıdaki kişiye karşılık gelir. Geriye kalan çoğunluk ise sözde insandır. Muttalip Özcan, **İnsan Felsefesi: İnsanın Neliği Üstüne bir Soruşturma**, Ankara, Bilim ve Sanat, 2006, s. 92.

⁵⁷ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 39; Ayhan Yalçınkaya, "Platon'nun Bilişi", **Sokrates'ten Jakobenlere Batıda Siyasal Düşünceler**, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, İstanbul, İletişim Yayınları, 4. Baskı, 2013, s. 100-102.

Platon'un doğal bir kurum olduğunu kabul etmesi nedeniyle köleliğe fazla değinmemesine karşılık⁵⁸ Aristoteles'in köleliği haklılaştırma gayesiyle insanlar arasındaki eşitsizliği açıklamaya çalıştığı görülmektedir. Aristoteles'e göre köleler, ruhun düşünme yetisinden yoksundurlar ve doğadan köledirler⁵⁹. Doğadan köle olan ise bir başkasına bağlı olan ve akıl yürütme yetisinden anlayacak kadar bu yetiden pay almasına karşılık ona sahip olacak kadar pay almayan bir kimsedir. Köleler, kol işleri için güçlüdürler, yaptıkları işler bedenlerinin kullanılmasına dayanır. Zaten onlardan bedensel işler haricinde daha iyi bir şey beklemek nafîle bir bekleyiş olur. Hem onlar için de yönetilmek ve başkalarına tabi olmak daha iyidir. Hayatın idame ettirilmesi için gerekli bir araç olan köle, üretimin bir parçası olarak kabul edildiğinden, cansız üretim araçlarındaki gibi, efendinin mülkiyetindedirler⁶⁰.

Aristoteles'in felsefesinin de genel olarak eşitsizliğe dayandığını söylemek yanlış olmaz. Zira Ona göre sadece efendi-köle arasında bir hiyerarşinin olduğunu söylemek yeterli değildir. Kadın-erkek, baba-çocukları arasında da eşitsiz bir ilişki söz konusudur ve bu eşitsizlik doğaldır. Siyasal yönetimde ise vatandaş olanlar ve vatandaş olmayanlar ayrımı yapar. Bu ayrıma göre köleler, meteikoslar, işçiler ve zanaatkarlar vatandaş sayılmadıklarından yönetime katılamazlar⁶¹.

⁵⁸ Platon'un ideal devletini anlatırken devletin sınıfları arasında köleliğe yer vermemesi Antik Yunan'da geçerli olan kölelik kurumunu kabul etmediği yönündeki düşünceleri dıŗurmuşsa da bu görüşe karşı çıkanların olduğu belirtilmelidir. İkinci gruptakiler, *Devlet* adlı eserinde köleliği doğal bir kurum olarak kabul ettiğinin işaretleri olduğunu ifade ederler. Söz konusu eserde Platon, askerlerin düşmanlara karşı nasıl bir tutum takınmaları gerektiğini anlatırken kölelerden de söz eder. Burada yer aldığına göre; Yunanlının başka bir Yunanlıyı köle etmesi doğru değildir. Yunan soyunun korunması için Yunanlı köle tutulmamalı, Yunanlılar kendi aralarında savaşmak yerine yabancılarla savaşmalıdırlar (Platon, **Devlet**, 469c, s. 176). Ayrıca Platon'a göre kölelik sadece efendinin değil kölenin de yararınadır: "Yalnız elleri, ayaklarıyla çalışabilen işçileri sence neden hor görürüz az çok?... Bu işçilerde en iyi yan o kadar zayıftır ki, içindeki hayvanı dizginleyemez tersine, baş eğer onlara, küçölüp ayaklarına düşmekten başka şey yapamaz... Böyle bir insanın üstün insandaki dizginleyici güce kavuşmasını istersek ne yaparız? Bu üstün adama, içinde tanrısal yan baş olmuş adama köle olmasını isteriz ondan. Ama biz bununla kölenin zarar görmesini, ezilmesini istemiyoruz... tersine biz, herkes için tanrısal ve bilge bir varlığın buyruğı altına girmenin çok daha karlı olduğuna inanıyoruz... Böylelikle hep aynı düzen içinde yaşar, birbirimizin mümkün olduğu kadar benzeri ve dostu oluruz." Platon, **Devlet**, 590c, d, s. 331.

⁵⁹ Aristoteles, **Politika**, Çev. Mete Tuncay, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1975, Kitap I Bölüm 13, s. 28-29.

⁶⁰ Aristoteles, **Politika**, Kitap I Bölüm 5, s. 14, 17. Ancak Aristoteles doğadan köle olanlar ile yasal kölelik arasındaki ayrımı açıklamakta zorlanmışır. Aristoteles, **Politika**, Kitap I Bölüm 6, s. 15-16.

⁶¹ Şenel, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine**, s. 444; Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 17. Aristoteles yönetime katılacak olanların ise kimler olacağının belirlenmesinde dönemin koşullarına uygun çözümler üretmek adına, erdemce üstün olanların

İşte Aristoteles'e göre gerek oligarşi gerekse demokrasi olsun her türlü yönetimin değişmesinin temel sebebi, eşitlik talepleridir. Söz konusu talepler, sadece Antik Yunan toplumları tarafından değil, ilerleyen sayfalarda görüleceği üzere, geçmişten günümüze tüm toplumlar tarafından mücadelesi yapılmış, yapılmakta olan taleplerdir. Öyle ki Hristiyanlığın ilk üç yüzyıldaki yayılışında; İngiliz, Fransız ve Amerikan devrimleri, Marksist felsefe ve Komünist hareketin bir kısım başarılarında eşitliğe duyulan bu tutku itici güç olmuştur ⁶².

Anlaşılmaktadır ki, Antik dönemdeki yerleşik kabule göre, kadınlar, çocuklar, akıl hastaları, barbarlar ve geçimini beden gücüyle karşılamak zorunda olanlar asıl anlamda insan değildir. Asıl anlamda insan olanlar, bu sayılanların dışında kalan ve “özgür vatandaş” olarak kabul edilenlerdir. Ayrıca Antik Yunan felsefesindeki egemen insan anlayışının odağında “üstün kişi”ler bulunmaktadır. “Üstün kişi” teorik-pratik yaşantısında sergilediği değerler dikkate alınan ve bir tek

yönetmeleri gerektiğini düşünmesine karşılık, yönetimin tek bir sınıfta olduğu durumlarda çıkabilecek iç savaş tehlikesini bertaraf etmek amacıyla bütün vatandaşların yönetime katılması gerektiğini ileri sürer. Fakat yine de vatandaşların yönetimdeki etkilerinin yasama ve yargı meclislerinin çalışmalarına katılım ile sınırlandırılarak yönetim görevlerinin erdemli kimselere bırakılmasından yanadır. Şenel, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine**, s. 447-449. Ayrıca Aristoteles eşitsizliğin doğal olduğunu savunuyor olsa da eşitsizliklerin yönetim değişikliklerine ve devrim isteklerine yol açığının da farkında olduğu anlaşılmaktadır: “Değişime yol açan koşulların başlıca ve genel nedeni, ... eşitsizliktir. Eşitliğe eğilim gösterenler, daha yukarı olanlardan aşağı bulundukları halde, kendilerinin onlarla eşit olduklarına inanırlarsa bir devrim başlatırlar. Eşitsizliği ve üstünlüğü amaçlayanlar da, eşitsiz oldukları halde kendilerine daha çok değil, eşit ya da daha az pay verildiğine inanırlarsa, öyle yaparlar. Daha küçükler eşit olmak, eşitler ise daha büyük olmak için ayaklanırlar”. Aristoteles, **Politika**, Kitap V Bölüm II, s. 144.

⁶² Leslie Lipson, **Siyasetin Temel Sorunları**, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2005, s. 120 ve dipnot 1. Aristoteles'in eşitliğe dair görüşlerinin günümüzde dahi önem arz etmesinin nedenlerinden biri de adalet kavramına yaptığı katkıdır. Daha önce belirtildiği üzere Aristoteles'e göre adalet, hukuki açıdan yasalara en uygun olan iken toplum hayatı açısından eşitliktir. Adaletin karşılığı olarak eşitlik ise dağıtıcı ve denkleştirici adalet olmak üzere iki tanedir. Dağıtıcı adalet zenginliklerin, şan ve şerefin, menfaatlerin dağıtılmasında herkesin değerine, yeteneğine göre muamele görmesi yani daha fazla hak edenin daha çok alması iken denkleştirici adalet, sözleşmenin taraflarının edimleri arasında adaletin gözetilmesidir. Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 55-56. Dağıtıcı adalette önem arz eden husus, eşit yetenekte olanlara eşit muamele edilmesi ve herkesin şan, şeref ve zenginliklerden yeteneği ve toplum içindeki konumuna uygun olarak faydalanmasıdır. Denkleştirici adalet anlayışında ise herkes, kendisini diğerlerinden ayırt eden özellikleri hesaba katılmaksızın; genç yaşlı, hasta sağlıklı ayrımına tabi tutulmadan bu eşitlikten faydalanır. Adalet terazisini kullanan gözü bağlı tanrıçanın temsil ettiği eşitlik türü de budur. Aristoteles'in hukuk felsefesine yaptığı katkılardan bir diğeri ise hakkaniyet ile adalet arasındaki ilişkiye dikkat çekmesidir. Zira somut olay adaletini ele alan hakkaniyet somut olayların, insanların özelliklerini, farklılıklarını inceleyerek katı eşitlik anlayışı neticesi ortaya çıkabilecek sakıncaları gidermeye çalışır. Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 82-84. Aristoteles'in genelde üzerinde durduğu ve tartıştığı eşitlik anlayışının ise sayısal eşitlikten ziyade onun iyi bir hayat için gerekli saydığı oranlı eşitlik anlayışı olduğu da ifade edilmektedir. Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 17.

insan bunu yapabiliyorsa, her bir insan teki için de onun bir olanak olduğuna inanılandır. Ancak söz konusu dönemde ruh, canlı olmakla aynı anlama geldiğinden tür olarak insan diğer canlılardan sadece ruha sahip olmakla ayrılamayacağından insanı diğer canlılardan ayıran bir ögenin daha bulunması gerekmektedir. Bu öge de ancak işi ve erdemleriyle bir bütün olarak ele alındığında bir anlama kavuşan insanın aklıdır, düşüncesidir. Böyle bilge “insan”lar ise tarihin hiçbir döneminde çoğunluk olmadıklarından tür olarak insanın neliğinin tespitinde, türün çoğunlukla bütün üyelerinde var olan ortak özelliklerden değil, azınlığın yaşamındaki özelliklerden yola çıkılarak bütün türün tanımlanması yolu tercih edilmiştir. Bunun sonucu olarak yalnızca vatandaşlık haklarına sahip azınlık için “insan” sözcüğü kullanılmıştır. Zira çoğunluk arzu ve isteklerinin peşinden koşup doğru tercihlerde bulunamayacağından üstün kişilerin yollarını aydınlatmalarına izin vermeleri, kendileri için yapacakları en makul iş olarak görülmüştür⁶³.

b. Epikürizmde ve Stoacılıkta

Makedon ordularının yunan ordularını yenmesini müteakip *polis*ler bağımsızlıklarını yitirerek özgürlüklerini kaybetmişlerdir. Söz konusu siyasal ortam yeni siyasal güçlerin türemesine yol açmıştır; Epikürcü öğreti ve Stoacı öğreti. Söz konusu öğretilerin ortak özelliği Helenistik dönemin felsefesi ile uyumlu olacak şekilde “eşit bireylerin evrensel yurttaşlığı” düşüncesinde temellenmeleridir. Yıkılan polis düzeninin yarattığı buhranları gidermek hedefindeki okullar, önceki dönemin aksine, bireyi toplumun bir parçası olarak ele almayarak bireyi kendi davranışları çerçevesinde değerlendirmişlerdir⁶⁴.

Adını kurucusu Epiküros’tan alan Epikürcü öğreti için önemli olan mutlu olmak ve ölçülü olmaktır. Tüm erdemlerin kaynağında ölçülü olmanın bulunduğu kabul edilebilirse de başat bir ilke olan ölçülülük, aynı zamanda bilge olanlar ile

⁶³ Özcan, **İnsan Felsefesi: İnsanın Neliği Üstüne bir Soruşturma**, s. 121-123. Tür olarak insanın sadece bedensel yanından hareketle değil, insanın özünü oluşturan ruhtan hareketle yapılan değerlendirmeler için bkz. Özcan, **İnsan Felsefesi: İnsanın Neliği Üstüne bir Soruşturma**, s. 123-125.

⁶⁴ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 57; Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 33.

bilge olmayanlar arasında ayırım yarattığından insanlar arasındaki eşitsizliğin kaynağını olarak da okunabilir⁶⁵.

Helenizm-Roma döneminde felsefi düşüncenin yönünü belirlemiş olan Stoa felsefesine göre ise insan kendi doğasını gerçekleştirme ve bu yaşamda doğasına yani kendisine uygun olan şeye ulaşma gayesi ile hareket eder. Doğaya uygun yaşam ise genel dünya aklı ve yasaları ile uyum içinde olmalıdır. Kişinin yaşantısının doğası ile uyumluluğunu ise bilgi sağlar. Akıllı bir varlık olması insanı hayvandan ayıran bir yetidir. İnsan bu yeti nedeniyle içgüdülerine egemen olabildiğinden akla uygun davranması, onun için hem bir ödevdir hem de bir olanaktır⁶⁶.

İşte bundandır ki Stoacılar sosyal, ekonomik ve siyasal durumuna bakılmaksızın akla uygun davranan herkesin eşit olduğunu zira evrenin özünün *Logos* olduğunu savunurlar. *Logos* akıldır, doğadır, Tanrıdır. İnsanlar arasındaki esas ayırım da akla uygun hareket edenler ile akla uygun davranmayanlar arasındadır; kişiler arasındaki sosyal, ekonomik ve siyasal farklılıklar değil. İnsanlar akla uygun davrandıkları müddetçe eşittirler. Her şey akla uygun olmalıdır. Her şeyin üstünde olan yegâne şey, eski yunan düşünürlerinin savunduğu gibi, devlet değildir. Yalnızca evrensel akıldan yani Tanrısal akıldan pay alan insanlar, Tanrının çocukları, toplumsal bir yaşam sürdürebilirler. Söz konusu toplumsal yaşamda ise devletin de üstünde akıl, yasa, hukuk gibi birtakım değerler vardır ve birlikte yaşamamanın sonucu olarak insanlar; ulus, sınıf ve ırk ayrımı olmaksızın, aynı kanunun boyunduruğu altındadırlar⁶⁷.

⁶⁵ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 58-59. Felsefede bireyciliği savunan ve bireyi felsefenin merkezine yerleştiren Epikuros'a göre insan tanrısal bir varlık olmadığından onu herhangi bir canlıdan farklı ele almaya gerek yoktur. Zira ister sıradan ister bilge olsun her tür insan öncelikle varlığını sürdürmeyi dert edinir. İnsanı diğer canlılardan ayıran farkları; hazların ve acıların sonuçlarını değerlendirebilmesi ve felsefe yaparak, makam sahibi olmaya çalışarak ya da güzelliğiyle başkalarını etkileyerek yani şu veya bu şekilde "*var olduğu duygusunu*" yaşama isteğidir. Özcan, **İnsan Felsefesi: İnsanın Neliği Üstüne bir Soruşturma**, s. 131-132.

⁶⁶ Özcan, **İnsan Felsefesi: İnsanın Neliği Üstüne bir Soruşturma**, s. 133-134.

⁶⁷ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 63; Akad, Vural Dinçkol, Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, s. 34; Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 12. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017, s. 162-163; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yenilenmiş 5. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi HFY No.392, 1976, s. 18; Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 18. Stoacı düşünürler ayrıca, Tanrısal Akıldan pay alan alan ve Akılın yasaları ile bağlı olan insanların tümünün eşit olduklarına inandıklarından köleliğin doğal bir kurum olduğu iddialarını reddederler. Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 18.

Stoacı düşünürler göre, bütün insanlarda dereceleri farklı olsa da tanrısal ışığın kıvılcımı olan akıl gücü vardır ve bu ışığın yansıması olan düşünme yeteneği, insanları diğer canlılardan ayırır ve onları birbirleriyle birleştirir. Bu yeti, insanları birbiriyle birleştirir; herkes, insan olduğu için, insanlık kavramından nasibini aldığından, eşittir. Aksinin, yani insanların eşit olmadıklarını ileri sürmek, bazı yönlerinin Tanrı'nın bir parçası sayılan insanlar arasında ayırım yapmak ve ilahiliğin reddedilmesi demektir. Söz konusu düşünme yetisinin her insanda farklı derecede olması mühim değildir. Stoacılar için önemli olan, salt yunanlıların kendi içindeki eşitlik değildir, tüm insanların eşitliğidir⁶⁸. Bundan ötürü de Stoacılığın insan hakları öğretisinin en eski felsefi dayanağı olduğu ifade edilmektedir⁶⁹.

c. Roma'da

Görülmektedir ki Antik Yunan'da bütün insanlar kişi sayılmamaktadır. Roma İmparatorluğu'nda da durum farklı değildir. Roma'da insanlar, özgürler ve köleler diye iki ayrıldığından hak ehliyetine sahiplik için özgür olma koşulu vardır. Haklara ve borçlara sahip olamadıklarından kölelerin hak ehliyetleri yoktur ve dolayısıyla da kişi olarak kabul edilmemektedirler. Hukuki açıdan hakkın süjesi değil, konusu durumundaki köleler mal olarak kabul edildiklerinden kendilerinden beklenen efendilerine hizmet etmeleri, onların ihtiyaçlarını gidermeleridir⁷⁰.

⁶⁸ Lipson, **Siyasetin Temel Sorunları**, s. 122; Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 18.

⁶⁹ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 63; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 19. Bununla birlikte Stoacıların akla dayalı doğal hukuk aracılığıyla insanların eşitliği ve kardeşliğini ileri sürmeleri ve insana devlet dışında da manevi değer tanımlarına karşılık aklı ile hareket eden bilge kişilerle aklını kullanmayanlar arasında ayırım gözettikleri de aşikârdır. Bundan dolayı Stoacıların "tanrının çocukları" kabulünü toplumsal ve siyasal yaşamdaki eşitsizlikleri meşrulaştırma hususunda kullandıklarına işaret edilmektedir. Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 65; Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 56.

⁷⁰ Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, 17. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 134. Öte yandan Roma toplumunda kölelerin durumlarının devirlere göre değiştiği anlaşılmaktadır. Buna göre başlarda köleler, Romalılarla aynı soydan olmalarına rağmen savaşta esir düşen kimseler olduklarından aile evlatlarıyla benzer muamele görmekte yani aile babasının hâkimiyeti altında bulunmakta ve diğer aile üyeleriyle birlikte ailenin yaşantısında yer almaktadırlar. Fakat yapılan savaşlar sonrasında elde edilen zaferler sadece kölelerin sayısını arttırmakla kalmamış, farklı kökenlerden ve kültürlerden kimselerin de köle olarak Roma İmparatorluğu'na gelmelerine neden olmuştur. Bu yolla kölelerin sayısında yaşanan artış onların durumlarını kötüleştirmenin yanı sıra Roma'nın ekonomik hayatında da derin izlerin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Gelişen şehir hayatı ile birlikte kültürel açıdan medeni şehirlerden gelen köleler, şehirde nispeten iyi koşullarda yaşamakta iken diğer kısım köleler şehirlerden uzaktaki büyük arazilerde, madenlerde, gemilerde

Eşitlik öğretisinin Roma'daki gelişiminde esas olarak, *pleb*'ler ile *patricius*'lar arasındaki eşitlik mücadelesi etkili olmuştur. Şöyle ki, Krallık döneminde Roma'da halk üç sınıfa ayrılmaktaydı: *Patricius*, *pleb* ve *client*. Aynı soydan gelen ya da geldikleri kabul edilen ve bu nedenle aynı soyadı taşıyan aile toplulukları olan genslere mensup olanlara *patricius* denirdi. *Patricius*'lar halkın soylu tabakasını, *pleb*'ler ise avam sınıfını oluştururdu. Sadece *patricius*'lar Roma vatandaşı yani *cives* idi. Siyasal haklar da dahil olmak üzere çoğu haktan yararlanamayan *pleb*'lerin devletin yüksek kademelerine gelmeleri de mümkün değildi. *Client*'lere gelince, *client*'ler ekonomik yönden *patricius*lara bağımlı olan, *patricius*ların hizmetinde çalışarak onların himayesinden yararlanan kimselerdir. Cumhuriyet döneminde ise *pleb*lerin siyasal, ekonomik ve hukuki alanlarda *patricius*'lar ile eşit duruma gelme talepleri toplumsal ve siyasal çatışmaların yaşanmasına sebep olmuş, ortaya sınıflar arası mücadele çıkmıştır. *Patricius*'ların bütün hukuk hayatına egemen olmaları keyfi davranmalarına yol açtığından hukukun yazılı, herkes için erişilebilir ve bilinebilir olması için ortaya konan çabalar sözlü hukukun M.S. 449-451 yılları arasında derlenmesi çalışmasını, yani *XII Levha Kanunu*'nu, ortaya çıkartmıştır. *Pleb*lerin *patricius*larla girdiği sınıf kavgasının mahsulü olan Kanun, *pleb*ler ile *patricius*lar arasındaki hukuki eşitliğin sağlanmasını ve tüm vatandaşların aynı hukuk kurallarına tabi olmalarını ve hukukun yazılı hale getirilmesi vasıtasıyla hukuki belirsizliği ve gizliliği kaldırmayı amaçlamıştır⁷¹.

çalıştırılmaktaydılar. Toprağa bağlı yaşayan köleler, üstünde çalıştıkları toprağın parçasıymış gibi kabul edildiklerinden toprakla birlikte alınıp satılabilmekteydiler. Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 130-131; Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 140-141; Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 409-410. Esasen kendileri toprak sahibi olmadıklarından başkalarının toprağını işleyen ve adeta toprağın kölesi durumundaki, patronun toprağı üzerinde yarıcı ve kiracı olarak çalışan bir nevi köylü olan bu kimseler *colonus* olarak adlandırılmaktaydılar. Özgür olmalarına rağmen daraltılmış hak ehliyetine sahip bu vatandaşların, topraktan ayrılma hakları yoktu. Toprakla birlikte alınıp satılmaktaydılar. Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 130; Tahiroğlu, Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, 153-154; Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, s. 357-358. Roma'da tarımsal ekonomik sistemin köle emeği yerine *colonus*ların çalışmalarına dayandırılmasının ardında bir zorunluluğun bulunduğu söylenebilir. Şöyle ki gerek kendi içinde gelişmeler gerekse çevresinde yaşanan gelişmeler, Roma imparatorluğu'nu doğal sınırlarına ulaştırmış ve söz konusu geniş toprakları himaye etmenin getirdiği zorluklar, geleneksel idare sisteminin de değiştirilmesini ve köle emeği yerine *colonus*ların çalışmasına dayanan bir sistemin geliştirilmesini gerektirmiştir. Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, Levha Yayıncılık, 2008, s. 19.

⁷¹ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 18-19, 76-77. On İki Levha Kanunu hakkında detaylı bilgi için bkz. Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt**, Çev. Türkan Rado, İstanbul, İÜ

Cumhuriyet dönemi ile birlikte siyasal durumları birbirinden farklı olan bu üç sınıfa; *patricius*, *clientler* ve *pleb*, *Ius Civile* (*Ius quiritium*) yani vatandaşlar hukuku uygulanmakta idi. Roma halkının karakterine, adetlerine uygun olarak hazırlandığından *Ius Civile*'ye tâbi olmak Romalılar için bir ayrıcalık olarak kabul edilmekteydi. Roma vatandaşı olmayan kimseler, yabancılar ise başlarda hukuk dışı sayıldıklarından hiçbir hakka sahip değildiler. Zamanla artan ekonomik ilişkiler bu kişilerin durumlarında düzenleme yapılmasını zaruri hale getirmiş ve yabancı devletlerle yapılan antlaşmalarda tüccarlara can ve mal güvenliklerinin sağlanacağı taahhüt edilmiştir. Lakin Roma devletinin sınırlarının giderek büyümesi Roma devletinin egemenliği altında bulunmalarına rağmen Roma vatandaşı sayılmayan bu kişilerin hukuki durumlarının düzenlenmesi gereksinimini ortaya çıkarmış ve böylece hem Roma vatandaşlarına hem de yabancılara uygulanabilen, belli bir kavme aidiyet ile ilişkilendirelemeyecek hukuk kuralları düzenlenmiştir. *Ius Gentium* (Kavimler hukuku=Evrensel hukuk) denilen ve tabîî aklın gereği olan bu hukuk kuralları sadece Roma vatandaşlarını değil, Roma devleti topraklarında yaşayan herkesi kapsamına almaktaydı. Böylece bütün kavimlere kendi *ius civile*leri uygulanmakta, gerekli olduğu takdirde de bütün insanlara ortak olan *ius gentium* uygulanabilmekteydi⁷².

Bununla birlikte Roma'nın egemenliğine giren yabancılar da gerek kamu hukukundaki gerekse özel hukuktaki haklardan yararlanabilmek gayesiyle vatandaş sıfatını haiz olmayı talep etmişlerdir. Roma vatandaşlığını derece derece hem kişilere hem de topluluklara veren Romalılar, sırasıyla İtalya'nın ortasında oturan Latinlere, İtalya'nın başka yerlerinde bulunan müttefiklerine ve uzak illerde yaşayanlara vatandaşlık hakkını tanımışlardır. Böylece M.Ö. I. yüzyılda tüm İtalya'da; M.S. 212'de de, İmparator Caracalla döneminde, İmparatorluk sınırları kapsamındaki bütün özgür kişilere vatandaşlık hakkı verilmiş ve netice olarak *Ius Civile*'nin uygulanma alanı genişlemiştir⁷³. Son olarak Romalı siyasetçilerin ve hukukçuların

Yayınları, No. 654, 1958; Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, s. 164-173.

⁷² Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 91-94; Tahiroğlu, Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 125-126; Lipson, **Siyasetin Temel Sorunları**, s. 123.

⁷³ Tahiroğlu, Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 125; Lipson, **Siyasetin Temel Sorunları**, s. 124. Genel vatandaşlık hakkının tanınması tartışmasız önemli bir gelişmedir. Bu gelişmenin yaşanmasında

eşitliğe dair yaklaşımlarındaki tüm bu gelişmelere karşın Roma’da köleliğin kaldırılmadığına ve vatandaş statüsünde olmakla beraber kadınların kamu hukuku alanında hiçbir hakka sahip olmadıkları belirtilmelidir⁷⁴.

2. Feodalizmin ve Hristiyanlığın Etkisindeki Eşitlik Anlayışı

Çeşitli yaklaşımları karşılayacak şekilde kullanılabilen bir kavram olarak feodalite⁷⁵, bir üretim tarzını ve buna bağlı olarak gelişen toplumsal tabakalar yapısı ile toplumsal ilişkiler sistemine işaret eder. Söz konusu feodal üretim tarzı özel bir köy örgütlenmesi olan *manoryal* örgütlenme üzerine inşa edilmiştir. Bu örgütlenme tarzında Orta ve Batı Avrupa’da çiftlik arazileri, malikânelere yani *manor* adındaki bölgelere ayrılmıştır⁷⁶. Kökeni Roma İmparatorluğu’nun köle emeğine dayalı *latifundium*’larına yani büyük çiftliklerine dayanan bu örgütlenme türünde, *manor lordu* veya *senyör* olarak bilinen kişi en üstte konumlandırılmıştır. Fakat Orta Çağ’ın alametifarikası olan güvenlik sorunu feodal beylerin birbirleri ile anlaşmaları

ise Stoacıların evrensel insan modelinin yarattığı etkinin yanı sıra ekonomik kaygılar da etkili olmuştur. Şöyle ki yalnızca ölen vatandaşların malları üzerinden alınabilen veraset vergisi Roma’nın önemli bir gelir kaynağıdır. Dolayısıyla zaman içerisinde boşalmış olan imparatorluk hazinesinin vatandaşların sayısının artırılması yoluyla eski parlak günlerdeki gibi yeniden doldurulmak istenmesi de bu kararın alınmasında etkili olması olmuştur. Lipson, **Siyasetin Temel Sorunları**, s. 124; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 166; Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 19-20. Eşitlik ilkesi açısından Roma’daki bir diğer önemli gelişme ise başlarda askerlik ve kamu hizmeti gibi dünyevi değerler uğruna çalışmayı reddeden Hristiyanlığa karşı ilerleyen dönemlerde hoşgörülü davranılması ve IV. yüzyılda Hristiyanlığın İmparatorluğun resmi dini olarak kabul edilmesidir. Toplumun alt kesimi içerisinde üst kesimlerdekiyle konumlarının eşitlenmesini sağlayabileceği düşüncesiyle taraftar toplayan Hristiyan öğretisi, İmparatorluğun yüzyüze kaldığı kargaşa ortamında, toplumun varlıklı kesimi tarafından da benimsenmiştir. Böylece Hristiyanlık M.S. 353 yılında sınıfları birleştirici bir unsur olarak imparator II. Constans döneminde İmparatorluğun dini olmuştur. Tahiroğlu, Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 38-39; Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 60.

⁷⁴ Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 59-60.

⁷⁵ Siyasal, ekonomik, hukuki ve sosyal bakımdan Orta Çağ’ı şekillendiren sistem feodalitedir. İlk Çağ’ın ve Modern Çağ’ın toplum yapısından bir hayli farklı olan Orta Çağ’da ekonomik düzen, kapalı tarım sistemi üzerine kuruludur. Toprağa sahiplik ile siyasal iktidara sahiplik birlikte gelişmiştir. Şöyle ki toprağa sahip olan, siyasal iktidarın da sahibi olmaktadır. Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 107. Feodalitede toplum, en yalın ifadeyle dua edenler, savaşlar ve çalışanlardan yani kilise sınıfı, askeri sınıf ve bu iki sınıfı beslemek için çalışan insanlardan oluşmaktadır. İşbölümü esasına dayalı bu üçlü ayırım, bir yandan Hristiyanlıktaki teslis inancını yansıtırken bir yandan da Platon’un insanları işbölümüne dayalı olarak sınıflandırmasını akıllara getirmektedir. Yalnız ikisi arasında temel bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki, Platon için sınıflar arasındaki ayırım kişilerin erdemleri arasındaki farklılıklarla ilişkilili iken feodalitede bu fark Hristiyanlık dininde, Tanrıda, meşrulaştırılmıştır. Bundan ötürü de sınıflar arasında geçişkenlik mümkün olmamaktadır. Ayhan Yalçinkaya, “Orta Çağ ve Feodalite: Bitmeyen Tartışma ve Siyasal Düşünce”, **Sokrates’ten Jakobenlere Batıda Siyasal Düşünceler**, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, İstanbul, İletişim Yayınları, 4. Baskı, 2013, s. 244.

⁷⁶ Yalçinkaya, “Orta Çağ ve Feodalite: Bitmeyen Tartışma ve Siyasal Düşünce”, s. 242.

ihtiyacını doğurmuştur. Bu gereksinimin bir sonucu olarak, daha güçsüz olan senyör, belirli bir toprak parçasını ve bu toprak parçasına bağlı olan bütün haklarını, ki bu haklar yargılama ve yönetme haklarının yanı sıra insanları ve araçları da kapsamaktadır, diğer bir feodal beye veya *vasala* devretmektedir. Toprağa dayalı düzeni koruma ve feodal beyin hakimiyetini teminat altına alma esasına dayanan ve *fief* sözleşmesi olarak adlandırılan bu anlaşma ile senyörün toprak üzerindeki belli hakları *vasala* geçmektedir. Bu sistem gereğince her *senyör*, bir diğerinin *vasalı* ve *senyörüdür*. Bu kural, en tepedeki krala kadar geçerli olmakla birlikte kral, bu iki taraflı ilişkinin dışındadır. *Vasallar* sadece kendi senyörüne karşı sorumlulukları ve yükümlükleri olan kişilerdir. Baştaki *senyör* olan kral ise *fief* sözleşmesi yapmadığı bir vasaletin *fief* konusu olabilen haklarına müdahale edememektedir. Bunun anlamı ise kralın eşitler arasında birinci olmasıdır⁷⁷.

“Topraksız bey, beysiz toprak olmaz” sözüyle özetlenebilecek olan feodal sistemin diğer bir sac ayağını ise toprağa bağımlı konumda bulunan serfler oluşturmakta idi. Latince “köle” anlamındaki “servus”tan gelen *serf* kelimesinden türetilen serflik bazı temel dayanakları bakımından kölelikten farklıdır. Köle, her yerde ve her zaman alınıp satılabilecek bir mal iken *serfler*, toprağa bağımlı kılındıklarından topraktan ayrı satılmaları mümkün değildir; topraktan ayrı satılamayan *serfler*, toprağı bırakıp gitme hakkına sahip değildirler ya da kendilerinin veya çocuklarının malikane dışından kimselerle evlenmeleri yasaktır. Ancak kölelerin aksine *serflerin*, ailelerini bir arada tutma hakları vardır⁷⁸.

Feodalitenin siyasal, ekonomik, hukuki ve sosyal bakımdan Orta Çağ’ı şekillendiren sistem olduğu aşikâr olmakla beraber dönemin siyasal hayatını biçimlendiren diğer öğeler Platon’un, Aristoteles’in, Stoacıların ve Romalı hukukçuların görüşleri ve Hristiyanlığın dini ilkeleridir⁷⁹. Hristiyanlığa göre insan,

⁷⁷ Yalçınkaya, “Orta Çağ ve Feodalite: Bitmeyen Tartışma ve Siyasal Düşünce”, s. 242-244.

⁷⁸ Leo Huberman, **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla**, Çev. Mete Tuncay, 12. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, s. 15. Köleler ile özgür köleler arasındaki bir konumda oldukları kabul edilen *serfler*, *senyörün* hizmet karşılığı kiraladığı kabul edilen toprağı *senyör* tarafından sağlanan araç ve gereçlerle işliyordu. *Serfin* bu araçları *senyörün* izni olmaksızın devretmesi, satması ya da vakfetmesi yasaktır. *Senyör* ise *serfi* istila ve yağmalara karşı korumakla görevlidir. Toprakları üzerinde siyasal, adli, mali ve idari yetkilerle sahip olan *senyöre* gerekli bütün el emeğine dayalı işlerin görülmesi ise *serfin* yükümlülüğündedir. Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 68-69.

⁷⁹ Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, s. 108.

Tanrı'nın küçük bir modelidir. Sosyal ve ekonomik statülerine bakılmaksızın bütün insanlar, Tanrı önünde eşit ve özgürdürler. İnsanlar için önemli olması gereken, bu dünyadaki nimetler ve yaşam biçimi değildir. İnsanın amacı manevi değerlerini ve inancını öteki dünya için hazırlamaktır. İlk Çağ'da insanların devletin içinde erimesi ve bütün varlığını devlete sunmasına karşılık Orta Çağ'da devletin yerine insanları koruyan diğer bir güç, yani Hristiyanlık ortaya çıkmıştır. Artık kişinin manevi ihtiyaçlarının karşılanması ve öbür dünyada mutluluğu yakalaması kilise ile olan bağlarıyla şekillenecektir⁸⁰.

Bu dönemde Antik Yunan'da hakim olan aklını kullanma yetisine sahip bilge insanın diğer insanlara üstün olduğu anlayışının geçerliliğini yitirdiği görülmektedir. Hristiyanlık, özellikle ilk dönemlerinde, sıradan insanı kanatları altına alarak, ona Tanrı'nın varlığına inanmayı, Tanrıya ibadet etmeyi ve gerçek kurtuluş için hazırlık yapmayı öğütlemiştir. Artık Antik Yunan insan anlayışının merkezi konumundaki "bilge kişi" ile "sıradan insan" ayrımı, başka bir deyişle insanlar arasında yapısal farklılıklara göre eylemde bulunma anlayışı önemini yitirmiş ve günah işleme, eksik ve zayıf olma açısından eşit olan sıradan insanlar önem kazanmıştır⁸¹. Orta Çağ'ın yeni insan anlayışı, Tanrı yolunda, dünyevi zevklerinden vazgeçmiş insanların bu dünyada değilse bile gerçek olan diğer dünyada mükafatlandırıldığına işaret eder. Böylece bu dönemde bilge olanlar-bilge olmayanlar türünde değil ama inananlar ile inanmayanlar arasında, inananlar lehine,

⁸⁰ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 82-85; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 22-23. Tanrı'nın bir benzeri olarak yaratılmış olan insan, bu yaratımın bir sonucu olarak, yüksek bir onura ve kişiliğine bağlı bazı haklara sahiptir. Böylece insan toplum içinde basit bir araç olarak değil, amaç olarak yer almaktadır. Fakat Hristiyanlığın insanı bu şekildeki konumlandırışı Hristiyanlığın devlet tarafından resmi din olarak benimsenmesine, din ile devletin birleşmesine kadar devam etmiştir. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 23, 27. Hristiyanlık açısından temel olan, beden dışında yaşayacak insan ruhunun öteki dünya için hazırlanmasıdır. Hristiyanlıkta insanların kaybedilebilir ya da kurtarılabılır ruhları olması bakımından eşit kabul edilmeleri, dünyadaki eşitsizliklerin sineye çekilerek diğer yaşamdaki eşitliğin beklenilmesine, dünyevi düzenin olduğu gibi kabulüne yol açmıştır. Ne de olsa dünyevi iktidarları da belirleyen Tanrı'dır ve çok şükür ki Tanrısal adalet, ilahi adalet, bu dünya düzeninde olmasa da, öteki dünyada, tecelli edecektir. Lipson, **Siyasetin Temel Sorunları**, s. 124-125. Bu dönemde Kilisenin öğretisi, kaybedilebilir ya da kurtarılabılır ruha sahip olmaları bakımından eşit olan insanları, kalplerindeki saflığın, alçak gönüllülüğün ve masumiyetin Tanrı ile doğru bir şekilde birleştirmelerine önem verilmesi yönünde ise de zengin ve güçlü olan kişilerin dünyevi pozisyonlarının, onları günaha karşı savunmasız bırakmasından ötürü, günah işlemleri kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca, bu dönemde Hristiyanlığın toplumsal ve ahlaki üstünlüğe dayalı olarak yaptığı ayrımların, antik dönemde yapılmış olan ayrımlardan daha belirgin olduğu belirtilmektedir. Abernethy, **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, s. 20-21.

⁸¹ Özcan, **İnsan Felsefesi: İnsanın Neliği Üstüne bir Soruşturma**, s. 176-177.

eşitsizlikçi bir anlayışın hakim kılındığı değerlendirilmesinde bulunulabilir⁸². Bununla birlikte söz konusu eşitsizliğe dayalı tabakalı toplumda serfler, din aracılığıyla “insanların tanrı önünde eşitliği” savına dolayısıyla tanrısal düzenin bu şekilde işlediğine inandırılarak var olan düzeni kabule zorlanmışlardır⁸³.

3. Modern Eşitlik Anlayışı ve Bu Eşitlik Anlayışının İnsan Haklarına Yansımaları

a. Doğal Hukuk ve Toplum Sözleşmecileri

Orta Çağ boyunca Avrupa felsefesini etkilemiş olan Hristiyanlık ilkeleri Reform hareketleri ile birlikte yerini söz konusu ilkelerin sorgulanmasına ve devlet ile dinin arasındaki bağlantının kesilmesinin gerektiği düşüncesine bırakmıştır. Bu, bir yandan doğal hukukun dini unsurlardan arındırılması bir yandan da doğal hukuk anlayışının evrilmesi anlamına gelmektedir. Öyle ki eşitlik anlayışının evrilerek modern anlamına kavuşmasında doğal hukuk kuramcıları önemli rol oynamışlardır⁸⁴. Doğal hukukçulara göre insanlar, devlet çatısı altında yaşamaya başlamadan önce “doğal yaşama dönemi” adı verilen ve insanlar arasında eşitliğin olduğu bir düzen içerisinde bir arada yaşamaktaydılar. Ancak insanların eşit ve özgür oldukları söz konusu dönem dikensiz gül bahçesi değildir; insanların mal ve can güvenliği bulunmamaktadır. Ortaya çıkan bu tehlikeyi bertaraf etmek içinse ikinci bir sözleşmenin, siyasal sözleşmenin, yapılması zaruri olur. Bu ikinci sözleşme ile devlet kurulmuş olur⁸⁵. Devletin varsayımsal bir doğa durumundan çıkmak için

⁸² Ayrıca Hristiyanlığın ilk dönemlerinde, Stoacıların savundukları insanların eşitliği düşüncesi etkili olmasına rağmen ilerleyen dönemlerde bu etki azalarak yerini Aziz Augustine’nin düşüncelerine bırakmıştır. Hristiyan öğretilerinde ilk günah ile birlikte insanın cennetten kovuluşu sonucu eşitsizliklerin ortaya çıktığı görüşünün hâkim teori olarak kabul görmüştür.

⁸³ Şenel, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, s. 259.

⁸⁴ Buraya kadar anlatılanlardan hem klasik hem de orta çağ toplumlarının, doğum ya da statü ile kazanılan hiyerarşik bir düzen çerçevesinde kurulan eşitsizlikçi yapılar üzerine inşa edildikleri ve bu eşitsizlikçi yapıların sürdürüldüğü görülmektedir. Bu toplumlar açısından önemli olan, söz konusu eşitsizlikçi yapının devamının sağlanmasıdır. Nitekim Aristoteles’ten Aquinas’a kadar dönemin düşünürleri kadınları ve köleleri akıldan uzak, erkeğin egemenliği olmadan ayakta kalması imkânsız olan aşağı düzeydeki varlıklar olarak ele almakta sakınca görmemişlerdir. Ancak ticari kapitalizm ile birlikte feodalizmin toplum üzerindeki baskısının etkisini kaybetmesine bağlı olarak toplumlarda eşitlikçi talepler ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu açıdan eşitlik idealinin modern bir yapı olduğu ileri sürülmektedir. Fredman, **Discrimination Law**, s. 4-5.

⁸⁵ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 145.

kurulduğunu iddia eden toplum sözleşmeciler, iktidarını tanrıya dayandıran *monarka* karşı, bireyi özgürleştirmeyi amaçlamışlardır.

Doğal hukukçulardan Thomas Hobbes (1588-1679)'a göre insanlar, doğuştan eşittirler ve bu eşitlikten güvensizlik, güvensizlikten de savaş doğar. Savaşın sona erdirilmesi için de devlete ihtiyaç vardır. O halde devletin varlık nedeni esasen insanların doğuştan eşit olmasıdır. Hobbes *Leviathan* adlı eserinde insanların eşitliğine dair fikrini şu şekilde ifade eder:

“İnsanlar doğuştan eşittir. Doğa, insanları, bedensel ve zihinsel yetenekler bakımından öyle eşit yaratmıştır ki, bazen bir başkasına göre bedence çok daha güçlü veya daha çabuk düşünebilen birisi bulunsan bile, herşey gözönüne alındığında, iki insan arasındaki fark, bunlardan birinin diğerinde bulunmayan bir üstünlüğe sahip olduğunu iddia etmesine yetecek kadar fazla değildir. Çünkü, bedensel güç bakımından, en zayıf olan kişi, ya gizli bir düzenle ya da kendisi ile aynı tehlike altında olan başkalarıyla birleşerek, en güçlü kişiyi öldürmeye yetecek kadar güçlüdür.

Zihinsel yeteneklere gelince, sözcüklere dayalı sanatlar ve, özellikle, pek az kimsenin pek az konuda sahip olduğu ve doğuştan gelen bir meleke olmayan veya, basiret gibi, başka şeyler peşinde koşarken kazanılmayan, bilim denilen genel ve yanılmaz kurallara dayanarak ilerleme ustalığı bir yana bırakılırsa, zihinsel yetenekler konusunda, insanlar arasında, kuvvet bakımından olduğundan daha büyük bir eşitlik buluyorum. Çünkü basiret, eşit zamanın bütün insanlara eşit olarak bahsettiği ve insanların kendilerini eşit ölçüde verdikleri işlere eşit ölçüde edindikleri deneyimden başka bir şey değildir... insanların doğası öyledir ki, başka birçoklarının daha zeki veya daha güzel sözlü veya daha bilgili olduklarını teslim etseler de, kendileri kadar zeki çok fazla insan bulunduğuna kolay kolay inanmazlar; çünkü kendi zekalarını iyi tanırlar, başkalarının zekasını ise uzaktan. Fakat bu, insanların bu alanda eşitsizliğini değil, tersine, eşit olduklarını kanıtlar aslında. Çünkü, bir şeyin eşit pay edildiğinin en büyük kanıtı, herkesin kendi payından memnun olmasıdır.⁸⁶”

Doğal hukuk şemsiyesi altında eşitlik anlayışına yer veren bir diğer düşünür John Locke (1632-1714)'tur. Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* (Second Treatise of Government) adlı eserinde doğa durumunda insanların içinde bulundukları koşulları incelemiş ve doğa durumunda insanların başkaları üzerinde

⁸⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, 13. Baskı, İstanbul, YKY, 2014, s. 99-100.

egemenlik teşkil etme ve yargılama bakımından eşit oldukları sonucuna varmıştır. Doğa durumunda insanların vaziyeti şöyledir:

“... İnsanların başkasından izin istemeksizin yada başkasının iradesine bağlı olmaksızın Doğa Yasasının sınırları içinde eylemlerini düzenleyebilecekleri ve sahiplikleriyle kişilikleri üzerinde uygun olduğunu düşündükleri biçimde tasarrufta bulunabilecekleri Yetkin Bir Özgürlük Durumudur.

Bu durum ayrıca hiç kimsenin diğerinden daha fazla iktidar ve yetkiye sahip olmadığı, bütün iktidar yetkisinin karşılıklı olduğu bir Eşitlik Durumudur: Çünkü tümünün Lordu ve Efendisinin açık İrade Bildirisi, birini diğerinin üzerine koymayı gerektirmediği ve açık seçik bir yetkilendirmeye kuşku götürmez bir Hükümlerlik ve Egemenlik hakkı tanımadığı sürece, Doğanın aynı nitelikteki bütün nimetleri ve aynı yeteneklerin kullanımı bakımından ayrımsız doğan aynı tür ve sınıftaki Yaratıklardan her birinin, Tabi Kılma ve Tabi Olma ilişkisi olmaksızın, diğerine eşit olması gerektiğinden daha açık bir şey olamaz.
87,”

Etkisini günümüze değin sürdüren düşünürlerden olan Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) *İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökü* adlı eserinde eşit ve özgür doğan insanın siyasal-ekonomik köle olmasının nasıl gerçekleştiğini anlatırken *Toplum Sözleşmesi* adlı eserinde eşit ve özgür doğan, özgür ve eşit bir biçimde yaşaması gereken insanın köle durumuna düşmesinin kabul edilip edilemeyeceği sorusuna cevap aramaktadır. *Toplum Sözleşmesi*’nde bu soruya verilen yanıtın olumsuz olması halinde insanların eşit ve özgür bir biçimde yaşayacakları toplumun nasıl kurulacağını araştırmaktadır⁸⁸.

⁸⁷ John Locke, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ankara, Ebabel Yayınları, 2012, s. 9-10.

⁸⁸ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 213. Rousseau eşitliği şöyle tarif etmiştir: “... Eşitliğe gelince, bu sözcükten, güç ve zenginlik derecelerinin herkes için kesinlikle aynı olması değil, bu gücün hiçbir zorbalığa kaçmaması ve ancak mevki ve yasalar gerektirdikçe kullanılması, varlık bakımından da hiçbir yurttaşın ne başkasını satın alacak kadar zengin, ne de kendini satmak zorunda kalacak kadar yoksul olmaması gerektiği anlaşılmalıdır: Bu da, büyüklerin mal mülk ve saygınlık, küçüklerin de cimrilik ve açgözlülük bakımından ölçülü olmalarını gerektirir. ... Olayların gücü hep eşitliği ortadan kaldırmaya yöneldiği içindir ki, yasaların gücü her zaman eşitliği sürdürmeye çalışmalıdır.” Jean-Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, 8. Basım, İstanbul, Adam Yayınları, 2001, s. 64.

Rousseau'nun düşüncelerinin etkili olmasının temel nedeni olarak eşitlik düşüncesini kendi felsefesindeki konumlandırılışı gösterilebilir. İnsanların arasında eşitliğin olmazsa olmaz bir özellik taşıdığını belirten düşünür, “eşitlik olmazsa özgürlük olmaz” savını ileri sürmüştür. Bu noktada Rousseau'nun kanunların eşitliği sağlaması gerektiğini savunduğuna ve onun eşitlik anlayışının hukuki eşitliğe karşılık geldiği ifade edilmelidir⁸⁹.

Düşünceleriyle Amerikan Bağımsızlık Savaşı ve Fransız Devrimi'ni etkileyen Thomas Paine (1737-1809) de insanın doğal haklarının olduğunu savunmanın yanı sıra eşitlik fikrine de önem vermiştir. Düşünürün insanların eşitliğini ele alışının anlaşılması açısından şu sözleri dikkate değerdir:

“Dünyanın ister aydın bilgi, ister kara bilgisizlik devirlerinden kalma olsun, her yaradılış tarihi ve kötü geleneğe dayanan her nakil, bazı teferruatta fikir ve kanaatlar birbirinden ayrılabilirler da, bir noktanın tesbitinde, yani insanın birliğinde ittifak ediyorlar. Bununla insanların hepsinin bir mertebede olduklarını ve öyle olunca da (...) bütün insanların eşit olarak ve eşit tabii haklarla doğduklarını kastediyorum...”

Tanrının insanı ve evreni yaradılışının Hazreti Musa'nın kitabındaki anlatışı, ister sadece tarihi bir hüccet diye alınsın, tamamıyla şu noktaya, insanın birliğine ve eşitliğine yönelmiştir. İfadeler münakaşa götürmez şekilde açıktır: “Tanrı, insanı kendi suretimizde halledelim dedi. Onu Tanrı suretinde yarattı. “İnsanın cinsiyet ayrılığı gösterilmiştir, fakat bundan başka bir farka ima edilmemiştir...”⁹⁰”

Görülmektedir ki doğal hukuk teorisyenleri eşitlik söylemini hak eksenli bir şekilde temellendirerek bireylerin siyasi ve hukuki amaçlar için eşitlik ilkesini ileri sürmelerini sağlamışlardır⁹¹. Bununla birlikte bütün insanların eşit olduklarının ileri sürülmüş olduğu yanılsamasına düşülmemelidir. Örneğin Locke'un görüşleri mercek altına alındığında, insanların doğuştan özgür, eşit ve bağımsız oldukları ifadesinin aslında politik açıdan yerleşik monarşik düzene yönelik bir itiraz olduğuna dikkat çekilmektedir. Dönemin ruhuna ayna tutan bu sözler, bir yandan bireylerin serbest

⁸⁹ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 236.

⁹⁰ Thomas Paine, **İnsan Hakları**, Çev. Mehmet Osman Dostel, 2. Baskı, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1964, s. 52-53.

⁹¹ Clifford, “Equality”, s. 423.

pazarda ticaret yapabilmeleri biçiminde tezahür eden ekonomik özgürlüğü bir yandan da parlamentonun monarşi karşısında güçlenmesi ile birlikte politik özgürlüğü gündeme getirmiş ve liberal ideolojiyi doğurmuştur. Lakin Locke'un eşitlik vaadi sadece erkekler için geçerlidir. Bütün insanların doğuştan eşit olduğunu ilan etmesine karşılık Locke, erkeğin karısı, çocukları ve köleleri üzerinde mutlak hükümler olmasında bir beis görmemiştir⁹².

Söz konusu düşünürler, eşitlik düşüncesinin evrilmesinde önem arz ediyor olsalar da eşitlik anlayışının insan hakları çerçevesinde daha geniş bir biçimde değerlendirilmesi günümüzdeki gelişmelerin anlaşılabilmesi için önemlidir. Zira doğal hukuk kuramcıları, eşitliğin daha eşitlikçi bir tasarımı için gerekli olan araçları sağlamamaktadır. Örneğin Hobbes eşitlikten bahsetmekle birlikte "gerçek eşitlik" in nasıl gerçekleştirilebileceğine dair fikirler ortaya koymamakla eleştirilmektedir⁹³.

b. İnsan Hakları ve Devrimler

İnsan hakları fikrinin ön plana çıkması yirminci yüzyılın en önemli başarısı olarak kabul edilmektedir⁹⁴. Her ne kadar İkinci Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkisi insan hakları fikrinin görünür hale gelmesinde ve devletler üzerinde etkili olmasında etken olmuşsa da fikrin birdenbire ortaya çıktığı varsayılmamalıdır çünkü insan hakları, iç hukukta ileri sürülen talepler olarak, zaman içerisinde, kanunlar ve anayasalarla güvence altına alınmış ve Birleşmiş Milletler'in kurulması neticesinde de uluslararası bir boyut kazanarak uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir.

İnsanların tarihe getirdikleri farklı değere sahip düşüncelerden biri olarak insan hakları, insanların insan olmalarından ötürü; bazı özellikleri ve doğal olanakları olan insan türünün üyeleri olmaları sebebiyle özel muamele görmeleri gerektiği fikridir ve bir hakkı insan hakkı yapan da bu tür muameleye ilişkin bir talep getirmesidir⁹⁵. Olanı değil olması gerekeni ifade eden insan hakları, bundan ötürü

⁹² Fredman, **Discrimination Law**, s. 5.

⁹³ Jarlath Clifford, "Locating Equality: From Historical Philosophical Thought to Modern Legal Norms", **The Equal Rights Review**, Vol. 1, 2008, ss. 11-23, s. 14.

⁹⁴ İoanna Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2007, s. 55.

⁹⁵ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 56-57.

kişinin insanca ve onurlu bir yaşam yaşaması için gerekli olan koşullarla ilgilidir.

Günümüzde insan hakları, aynı zamanda siyasal meşruluğun bir ölçütü olarak sadece önerileri, dilekleri ve düşünceleri değil; haklara dayalı sosyal değişme taleplerini de içerir. Nitekim insan hakları mücadelesinin amacı, hem söz konusu hakların hukuki geçerlilik kazandırılarak hukuken ileri sürülebilir hale getirilmesi⁹⁶ hem de toplumsal düzenlemelerin yanı sıra hukuk ve siyaset için de etik ilkelerin kabul edilmesidir⁹⁷.

Muamele görme ve muamele etme ilkeleri olarak insan hakları, belirli tarihsel koşullarda, insanın bazı doğal olanaklarının değerinin bilgisinden türetilen normlar olarak, insanın varlıktaki özel yerini yani insanın değerini korumayı amaçlar⁹⁸. Fakat söz konusu normların türetilmesi çeşitli hak talepleri ile birlikte gerçekleşmektedir. İnsan haklarının tarihsel gelişiminin uzun bir gelişim sürecine dayandığı yaklaşımı kabul edilerek İngiliz, Amerikan ve Fransız devrimleri ışığında insan hakları düşüncesinin ortaya çıkışı ve bu bağlamda eşitlik anlayışının gelişmesine yer verilecektir⁹⁹.

(1). İngiliz Devrimi

İnsan haklarına ilişkin belgeler denince akla gelen ilk belge, 15 Haziran 1215 tarihli bir Kraliyet Şartı olan Büyük Şart yani *Magna Carta Libertatum*'dur. Kralların yetkilerini feodal beyler lehine sınırlaması sebebiyle önem arz eden belge, siyasal iktidarın sınırlandırılması düşüncesinin temeli sayılmaktadır¹⁰⁰. İlgili siyasal

⁹⁶ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995, s. 25.

⁹⁷ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 60.

⁹⁸ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 66.

⁹⁹ İnsan haklarının tarihsel gelişiminin incelenmesinde iki görüş esastır. İlk görüşe göre insan haklarının gelişimi Birleşmiş Milletler'in kurulması ile birlikte başlamaktadır; çünkü Birleşmiş Milletler'in kurulduğu 1945 yılına kadar insan haklarının tarihi çok kısıtlıdır. Çoğunlukla kabul edilen diğer görüşe göre ise insan haklarının daha uzun bir tarihi vardır ve bu uzun geçmiş bize söz konusu kavramının tarihsel ve felsefi kökenlerini ortaya koyma olanağı sağlar. Nitekim günümüzdeki insan hakları listelerinin, insan onuru hakkındaki düşüncelerin değişmesi, yeni siyasal güçlerin ve teknolojik değişmelerin geçmişte insan haklarına dair elde edilen başarıların etkisiyle gerçekleştiği belirtilmektedir. Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, s. 36.

¹⁰⁰ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 458. Şart, XIII. yüzyıla kadar korunan, feodal beylerle kral arasındaki, güç ve çıkar dengesinin Krallığın, gerek Papalık gerekse Fransa ile yaşadığı

koşulların ortaya çıkardığı bir metin olan Şart, yalnızca feodal beyler lehine olsa da, kralın iktidarını sınırlayan ilk belge olması hasebiyle¹⁰¹ modern insan hakları belgelerinin de ilki olarak kabul edilmektedir¹⁰².

Reform, Rönesans hareketleri ve hümanizmin siyasi mücadeleyi etkilemesi ile *Magna Carta Libertatum*'un kabulünden çok sonra, ancak 1628 yılında *Haklar Dilekçesi* (*Petition of Rights*) kabul edilmiştir. Kralın Parlamento'nun çalışmalarını engellemek üzere keyfi hareket etmesine mani olmak içinse takvimler 1641 yılını gösterdiğinde Parlamento tarafından krala uyarıda bulunulur (*The Great Remonstrance-Büyük Uyarı*). 1679'da kişi güvenliği açısından önem arz eden bir belge, *Habeas Corpus Act*, kabul edilir. Bu belge ile kişilerin keyfi bir biçimde, yargıç kararı olmaksızın, tutuklanmaları, hapsedilmeleri, öldürülmeleri yasaklanarak tutukluların bazı ağır suçlar haricinde kefaletle salıverilmeleri ve tutuksuz olarak yargılanmaları gerektiği karara bağlanmış ve sanığın tutuklu yargılandığı hallerde davanın mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz ilkelerini içeren öncü bir belge olarak *Habeas Corpus Act*, kişi güvenliği ile ilgili düzenlemeler İngiltere'de, Kıta Avrupa'sına kıyasla daha erken bir tarihte, daha sağlam bir zemine oturtmuştur. Ayrıca 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası gibi daha sonraki birçok önemli belgede *Habeas Corpus* hakkına temel bir hak olarak yer verildiği ve 1789 *Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi*'nin bazı hükümlerinin de bu belgeden esinlendiği belirtilmektedir¹⁰³.

anlaşmazlıklar ve yenilgiler sonucunda, feodal beylerin lehine değişmesine paralel olarak feodal beylerin isteği üzerine kabul edilmiştir. Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 458.

¹⁰¹ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 461.

¹⁰² Michael Freeman, **İnsan Hakları, Disiplinlerarası Bir Yaklaşım**, Çev. A. Erkan Koca, Asena Topçubaşı, Ankara, Birleşik Yayınevi, 2008, s. 21. Belge, feodal düzenin öngördüğü olağan yardım ve para isteklerinin dışında, kralın, olağandışı yardım isteğinde bulunamayacağını (md. 12) ve özgür kişileri, bu kişilerin bağlı oldukları mahkemeler tarafından ülkenin yasalarına uygun verdikleri bir hüküm olmaksızın tutuklayamayacağını, hapsedemeyeceğini, mallarına el koyamayacağını ve “kanundışı” kişi ilan edemeyeceğini, sürgüne gönderemeyeceğini ve zarara uğratamayacağını (md. 39); adaletin satın alınamayacağını ve dolayısıyla kralın adaleti değiştirmeyeceğini ve hiç kimseye karşı hak ve adaleti yerine getirmekten kaçınmayacağını (md. 40); kişilere işledikleri suçla orantılı cezalar verileceğini (md. 20) ve devlet kanunlarını çiğneyen krala karşı baronların isyan hakkına sahip olduklarını (md. 61) ilan etmiştir. Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 460-461; İlhan Akın, **Kamu Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1993, s. 281-282.

¹⁰³ Cemal Bali Akal, Ozan Erözden, Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu, (Bundan sonra Akal vd. olarak kullanılacaktır), “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi”, (Çevrimiçi)

1689 tarihli *Bill of Rights (Haklar Bildirisi)* ile de kralın kanun koyma ve vergi koyma yetkisi elinden alınmış, kişilerin krala dilekçe verme hakkı olduğu ve bu dilekçeler sebebiyle kişilere yönelik tutuklama ve kovuşturma yapılamayacağı; barış zamanında parlamentonun onayı haricinde daimi ordunun bulundurulamayacağı ve parlamento üyelerinin seçiminin serbest olacağı kabul edilmiştir¹⁰⁴.

(2). Amerikan Devrimi

Güney Amerika'nın İspanyollar tarafından fethedilmesini müteakip kıtanın kuzeyi de Avrupalıların, özellikle de İngilizlerin, dikkatini çekmiş; 16.yüzyılda sınırlı bir şekilde ilerleyen yeni kıtaya yerleşim, 17. yüzyılda İngiltere'de ortaya çıkan ekonomik ve sosyal alandaki gelişmeler ve siyaset ile din alanındaki karışıklıklar neticesinde büyük bir göç dalgasına dönüşmüştür. Bu göç dalgası ile birlikte 1607-1733 yılları arasında Kuzey Amerika'da 13 tane İngiliz kolonisi kurulmuştur. Ancak 18. yüzyılda ekonomik sebeplerden dolayı İngilizlerin uyguladıkları baskıcı politika 1774'te Amerikadaki kolonilerin birleşerek İngiltere'ye karşı koyma kararı almalarına yol açmıştır. Bu karar zaman içerisinde bağımsızlık istemine dönüşmüş ve 4 temmuz 1776 tarihinde *Bağımsızlık Bildirisi*'nin (*Declaration of Independence*) kabul ve ilan edilmesi ile neticelenmiştir. Doğal hukukçu bir anlayışın ürünü olan Amerikan Bağımsızlık Bildirisi, bütün insanların eşit yaratıldıklarını, Yaradanın her insana kimsenin elinden alamayacağı bir takım

<http://konya.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/makaleler/8/insan-haklarinin-tarihsel-gelisimi/40>, 08 Haziran 2016.

¹⁰⁴ Akad, Vural Dinçkol, Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, s. 259; Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 467-471; Akın, **Kamu Hukuku**, s. 281-282. Ancak İngiliz hukuk belgeleri incelendiğinde dikkat çeken nokta, ilgili düzenlemelerin salt hükümdarların iktidarını sınırlandırmak ve vatandaşları kralın keyfi davranışlarından koruma saiki ile sadece özgür İngiliz vatandaşlarını kapsayacak şekilde oluşturulmuş olduklarıdır. Zira bu belgeler kişi hak ve özgürlükleri ile eşitliğin; insanların eşit ve doğuştan devredilemez, vazgeçilemez haklara sahip olmalarından ötürü bütün insanları kapsayıcı evrensel insan hakları anlayışının ürünü olmaktan uzaktırlar. Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 68; Akad, Vural Dinçkol, Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, s. 260-261. Bu açıdan, Fransız ve Amerikan insan hakları belgeleri ile kıyaslandığında, İngiliz hukuk belgelerinin eşitlik ilkesinin evrenselliğine vurgu yapmaktan ziyade vatandaşların soylulara, soyluların krala yönelttiği eşitlik talepleri olarak, gerek krala karşı parlamentonun üstünlüğünün anayasal güvence altına alması bakımından gerekse bazı hak ve özgürlüklerin sonraki dönemlerde yayınlanan belgelere de kaynaklık etmesi bakımından, önem taşıdığı belirtilmelidir. Söz konusu farklılığın gerekçesi olarak, İngiltere'de eşitlik ilkesinin ülkedeki hukuk veya yasa birliğinin sağlanma ereğiyle önemszenmesi ve bütün uyrukların tabi olduğu ortak hukukun (common law) herkese aynı şekilde uygulanmasının, bir yöntem olarak seçilmesi gösterilmektedir. Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 67; Akın, **Kamu Hukuku**, s. 286.

haklar bağısladığını ve bu hakların da hayat, özgürlük ve mutlu olma hakları olduğunu ilan eder¹⁰⁵.

1787’de ise Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, 1789’a gelindiğinde de “Temel Haklarla İlgili Ek” kabul edilmiştir. Bu değişiklik ile ifade ve basın özgürlükleri, toplantı düzenleme hakkı, dilekçe hakkı ve ibadet özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Günümüze dek çeşitli değişikliklere uğrayan anayasaya, 1865’teki 13. değişiklik ile “Birleşik Devletlerde ya da onların yönetimine tabi herhangi bir yerde kölelik ve bir suçun cezası sayılmadıkça angarya yasaktır” hükmü eklenmiş ve köleliğe son verilmiştir. 1868’de de 14. değişiklik yapılmış ve vatandaşlıkla ilgili düzenleme anayasaya eklenmiştir. Söz konusu değişiklik ile kanunların eşit himayesi yani hukuk karşısında eşit muamele görme ilkesi güvence altına alınmış; 1870’deki 15. değişiklik ile de federal hükümet ya da eyalet hükümetleri tarafından ırkları, renkleri ya da geçmişteki kölelikleri nedeniyle vatandaşların oy kullanma hakkı konusunda ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır¹⁰⁶. Böylece temelde her insanın doğası gereği eşit bir biçimde özgürlüğe ve mutluluğa sahip olduğu ilkesinin yerleştirilmesini amaçlamamış olsa da, Bağımsızlık Bildirisi’nin ortaya çıkmasına yol açan Devrimin, siyasal bir ölçüt olarak eşitliğin gelişmesinde esaslı bir unsur

¹⁰⁵ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 514; Akal vd., “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi”; Freeman, **İnsan Hakları, Disiplinlerarası Bir Yaklaşım**, s. 28; Lipson, **Siyasetin Temel Sorunları**, s. 126. Amerikan Bağımsızlık Bildirisi’nin habercisi sayılabilecek gelişme ise modern eşitlik öğretisinin ilk resmi ifadesi olan 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasası’nın başına yerleştirilen Virginia Haklar Bildirisi’dir. Bağımsızlık Bildirisi ile benzer bir şekilde doğal hukuk anlayışından ve düşünür John Locke’tan izler barındıran Bildiri, İngiltere’ye karşı girişilen bağımsızlık mücadelesi öncesinde Philadelphia’da toplanan Kongre’nin, bütün kolonilere anayasa hazırlama çağrısı yapılması üzerine hazırlanmıştır. Akal vd., “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi”. Bildiri’nin 1. maddesi şu şekildedir: “Tüm insanlar eşit derecede özgür ve bağımsız doğarlar. Bir toplum içine girdiklerinde hiçbir anlaşmayla yoksun bırakılamayacakları ve gelecek nesillerinin ellerinden alınamayacak mülk edinme ve mülke sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı sayesinde edindikleri yaşam ve bağımsızlık hakkı gibi doğuştan gelen belli bazı hakları vardır”. Bildiri’nin din ve vicdan özgürlüğüne yer veren 16. maddesi de eşitlik açısından önem arz etmektedir. Madde şu şekildedir “Dinimiz veya Yaradan’a borçlu olduğumuz görevimiz ve bunu yerine getirme tarzımız, şiddet ve baskıyla değil, ancak mantık ve inançla yönetilebilir; bu nedenle herkes vicdanının buyruklarına göre dinini özgürce yaşama hakkına sahiptir; Hristiyan sabrını, sevgisini ve merhametini birbirine göstermek herkesin karşılıklı görevidir”. Bildiri için bkz. Alev Alatl, **Batı’ya Yön Veren Metinler, Aydınlanma/ Burjuvazi Yüzyılı/ Bilim Çağının Zaferi 1650 - 1800**, C. III, Der. Alev Alatl, İstanbul, Melisa Matbaacılık, 2010, s. 932-934.

¹⁰⁶ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 551-552; Akal vd., “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi”.

olduğu ve biçimsel siyasal özgürlük için zemin hazırladığı anlaşılmaktadır¹⁰⁷.

Tüm bu gelişmeler ele alındığında ortaya çıkan tabloda, gerek Virginia Haklar Bildirisi'nde gerekse Bağımsızlık Bildirisi'nde, bütün insanların eşitliğinin kabul edilmesine rağmen kölelik kurumunu ortadan kaldıran hükme anayasada bu kadar geç yer verilmesinin bir çelişki olduğu ve söz konusu çelişkinin giderilmesinin bir zorunluluk olduğu, ancak bu gecikmenin ardında ekonomik kaygıların bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

(3). Fransız Devrimi

İnsanlık tarihinin en önemli belgelerden biri olarak kabul edilen ve bütün insanlara seslenen hak ve özgürlük anlayışıyla biçimlendirilmiş olan *Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi*, İngiliz ve Amerikan belgeleri gibi doğal hukukçu bir anlayışla, doğal haklar öğretisinden esinlenmiştir. Ancak Bildiri'de, İngiliz belgelerinden ziyade, Amerikan belgelerinin etkisi hâkimdir. Ayrıca İngiliz belgelerinin sadece İngiliz vatandaşlarını kapsamasına karşılık Bildiri, Aydınlanma geleneği çerçevesinde şekillendiğinden haklar, bütün insanlar için geçerli olacak bir şekilde kaleme alınmıştır. Bundan ötürü de Bildiri, evrensel niteliği haiz, bütün insanları kucaklayıcı bir belge olarak tanınmaktadır¹⁰⁸.

Bildiri¹⁰⁹, de eşitlik, özgürlük ile eşdeğer kabul edilmiştir. Bunun göstergesi olarak kabul edilebilecek olan 1. Maddesinde, insanların haklar yönünden özgür ve eşit doğduklarına ve yaşadıklarına yer verilmiş ve sosyal farklılıkların ancak ortak yarara dayanabilecekleri belirtilmiştir. 6. maddede ise kanunun ister koruyucu ister cezalandırıcı olsun herkes için aynı olduğu ve tüm vatandaşların kanun önünde eşit oldukları, vatandaşların yeteneklerine göre her türlü kamu görevi, rütbe ve mevkiye eşit olarak kabul edilecekleri, bu konuda vatandaşlar arasında erdem ve yeteneklerinden başka bir ayırım gözetilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 13. maddede kamu gücünün devamının sağlanması ve idarenin masraflarının karşılanması için

¹⁰⁷ Bryan Turner, **Eşitlik**, Çev. Bahadır Sina Şener, Ankara, Dost Kitabevi, 2013, s. 21.

¹⁰⁸ Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, s. 238-239; Akal vd., “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi”.

¹⁰⁹ Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, (Çevrimiçi) http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, 03 Temmuz 2018.

herkesin vergi vermesinin kaçınılmaz olduğu ve verginin tüm vatandaşlar arasında olanakları oranında eşit olarak dağıtılacağına; 14. maddede ise tüm vatandaşların bizzat ya da temsilcileri aracılığıyla verginin gerekliliğini belirlemeye, vergilemeyi serbestçe kabul etmeğe, vergi gelirlerinin kullanılmasını gözetmeye ve verginin miktarını, matrahını, tahakkuk biçim ve süresini belirlemeye hakkı olduğuna değinilmiştir. Bundan ötürü sadece Fransız vatandaşlarına değil, bütün insanlara hitap eden Bildiri'nin kanun önünde eşitlik, kamu görevlerine girmede eşitlik ve vergi vermede eşitlik anlayışlarını kabul ettiğı ve önceleri bir sınıfa ait olmakla birlikte şekillenen eşitliğin, sınıfa mensup olmaya dayalı olarak verilen hakların kaldırılarak bütün insanların hakları kullanmada eşit olduğuna yer verdiği belirtilmektedir¹¹⁰. Bu açıklamalardan görölmektedir ki eşitsizlik bir olgu, eşitlik ise bir taleptir ve eşitsizlik olgusunun değışmesi gerektiğine ilişkin bir talep olarak eşitlik isteğı, mevcut ekonomik-toplumsal olgunun değıştirilmesini, farklı şekilde kurulmasını arzu etmektedir¹¹¹.

Eşitlik ilkesinin hukuk alanındaki izleri ise Turner'ın şu şatırlarında bulunabilir:

“Fransız ve Amerikan Devrimlerinden bu yana eşitlik ilkesi, bütün modern toplumsal değışme biçimlerinin ve toplumların yeniden düzenlenmesine yönelik toplumsal hareketlerin ana payandalarından biri durumuna gelmiştir. ...Gerçekten de eşitlik modern bir değer olmakla kalmaz; daha önemlisi eşitliğin, gerçekte modern olmanın ve tüm modernleşme sürecinin bir ölçüsü olarak kullanılabilir olmasıdır. ... Toplumsal eşitsizlik, muhtemelen, insan toplumu kadar eskidir; aynı şekilde eşitsizliğin doğası ve nedenleriyle ilgili tartışma da toplum felsefesinin kadim konusudur. ... Eşitsizliğin doğal ve kaçınılmaz olup olmadığı sorusu, yüzyıllardır toplum felsefesinin başlıca uğraşısı olageldi. Toplumsal eşitsizliğin doğasının, Platon ve Aristoteles'in felsefelerinin merkezi olduğu açıktır; ... ama toplumsal eşitsizlik sorunu, modern yurttaşlığı oluşturan kurumlarla birlikte ortaya çıkan modern bir sorundur temelde. Toplumsal yurttaşlık haklarının yaygınlaşması, modern

¹¹⁰ “Özgürlük, eşitlik, kardeşlik” sloganıyla aristokrasinin karşısında mülkiyet haklarından yana bir toplumsal hareket olarak da kabul edilebilecek olan Fransız Devrimi, eşitlikçi bir temelde toplumsal katılımın bir gereğı olarak medeni hakların modern temelini sağladığından ve belirli bir eşitlik anlayışı savunusu nedeniyle toplumsal eşitsizliğin doğal bir şey olarak görölmesinin önüne geçmesi bakımından da önem taşımaktadır.

¹¹¹ Tepe, “ “Bir Ağaç Gibi Tek ve Hür ve Bir Orman Gibi Kardeşçesine” Yaşamak Mümkün Müdür?”, s. 418.

toplumda eşitliği sağlamaya yönelik toplumsal hareketlere ayrılmaz bir biçimde bağlıdır. ... Eşitlik, evrensel yurttaşlığı modern sanayi demokrasilerinde siyasal ideolojinin baş niteliği haline gelmiş olması bakımından, modern bir değerdir temelde. ... Bu bakımdan modern eşitlik çözümlemesinin tarihini, ‘özgürlük’, ‘eşitlik’, ‘kardeşlik’ sloganıyla ortaya çıkan 1789 Fransız Devrimi’nde başlatmak olanaklıdır.¹¹²”

c. İnsan Haklarının Uluslararası Hukuktaki Görünümü ve Eşitlik

Uzunca bir süre Batılı bir kavram olarak kabul edilen insan haklarının, günümüzde küresel bir hal almasına karşılık, Fransız Devrimi’nden İkinci Dünya Savaşı’na kadar olan dönemin, insan haklarının karanlık çağı olarak adlandırılabilceği belirtilmektedir. Zira insan haklarının ilgilendiği alanlardan kölelik, azınlıkların korunması, kadınlara hakların tanınması konularının zaman zaman gündeme gelmesine karşılık, mevzubahis dönemde bu konulara dair pek de kayda değer gelişmelerin gerçekleş(tiril)mediği ileri sürülmektedir¹¹³. Nitekim 1919 tarihli Milletler Cemiyeti Antlaşması’nda dahi insan haklarına dair temel bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹¹⁴. Fakat II. Dünya Savaşı sırasında milyonlarca insanın öldürülmesi, insanlık dışı muameleye maruz bırakılması, insanın değerinin yeniden ele alınıp bu konuda somut adımların atılması gerekliliğini gündeme getirmiştir. Bu sebeple insanlığa iki kez tarifsiz acılar çektirmiş savaş belasından gelecek nesilleri korumak ve temel insan haklarına, kişinin onuruna, erkek ve kadınların eşit haklarına olan inanç doğrultusunda, Savaş’ın ertesinde, 1945 yılında,

¹¹² Turner, **Eşitlik**, s. 21.

¹¹³ Freeman, **İnsan Hakları, Disiplinlerarası Bir Yaklaşım**, s. 37.

¹¹⁴ I. Dünya Savaşı sonrası hazırlanan Milletler Cemiyeti Antlaşması’nda insan haklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Buna karşılık Antlaşma’nın hazırlanması esnasında insan haklarına ilişkin konular özellikle ayrımcılık yapılmaması ekseninde tartışılmış; ABD başkanı Woodrow Wilson bütün üye devletlerin inanç özgürlüğüne saygı göstermeleri gerektiğinden yola çıkarak inanç temelli ayrımcılık yapılmamasına ilişkin bir hükme Antlaşma’da yer verilmesini teklif etmiştir. Ancak devletlerin hükmün kapsamında anlaşılabilmesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin temellerin genişletilmesi önerilerinin, devletler arasında uzlaşmazlığa yol açması sebebiyle ayrımcılığa ilişkin hiçbir yasağı Antlaşma’da yer verilmediği gibi insan haklarına da Antlaşma’da yer verilmemiştir. A. Reis Monteiro, **Ethics of Human Rights**, Switzerland, Springer, 2014, s. 81, dipnot 71.

Birleşmiş Milletler Antlaşması ile Birleşmiş Milletler kurulmuştur¹¹⁵.

Birleşmiş Milletler halklarının temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancı teyid eden Antlaşma'ya göre; ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğinin sağlanması Birleşmiş Milletler'in gayelerindendir (md.1/3). Örgütün kendi organlarına yer verdiği Antlaşma'nın üçüncü bölümünde ise Birleşmiş Milletler'in, kadın ve erkeklerin ana ve yardımcı organlara herhangi bir sıfatla ve eşit koşullarla katılabilmelerine hiçbir kısıtlama koymayacağı kabul edilmiştir (md.8). Uluslar arasında halkların hak eşitliği ve kendi yazgılarını kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışçı ve dostça ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını yaratmak üzere Birleşmiş Milletler'in ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini kolaylaştıracağına da yer verilmiştir (md. 55). Bu noktada eşitlikle bağlantılı bu maddelerin Antlaşma'nın başlangıç kısmındaki insanların temel insan haklarına ve eşitliğine dair yapılan vurgu ile ele alınması gerektiği belirtilmelidir.

Olumlu yönlerine karşın Antlaşma, insan haklarına uyulmasını sağlamak için bir mekanizma öngörmediğinden bu eksikliği gidermek ve söz konusu hakları somutlaştırmak için, 10 Aralık 1948'te Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca alınan karar çerçevesinde, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (Evrensel Bildiri) kabul edilir¹¹⁶.

¹¹⁵ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Türkçe çevirisi için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>, 11 Haziran 2016.

¹¹⁶ Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (Universal Declaration of Human Rights), Bildiri'nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, 11 Haziran 2016. Bu çalışmada Bildiri'nin Türkçe Çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, ss. 3-19. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin bağlayıcılığı hususunda tartışmalar olsa da Bildiri, insan haklarının korunması ve tanınması açısından mühim bir belgedir. Öyle ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bazı hukuki metinlerin giriş bölümleri ile bazı ulusal anayasalarda Bildiri'ye yollamalar yapılması Bildiri'nin önemini yadsınamayacak bir ölçüde olduğunu kanıttır. Ayrıca Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmı ile 2., 3. ve 26. maddesinde; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. ve 3. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde

Dönemin sentez arayışının bir mahsulü olarak Bildiri, “Aydınlanma” geleneği ekseninde, doğal haklar yaklaşımı ile paralel bir biçimde, “özgürlük” ve “eşitlik” kavramları ve ideallerini evrensellik temelinde herkes için ifade eden bir belgedir¹¹⁷. Bildiri’nin başlangıç kısmında, insan onuru ve insanların sahip oldukları eşit ve vazgeçilmez hakları ile özgürlük, adalet ve barış arasında bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişki vasıtasıyla özünde bir iç hukuk meselesi olan insan haklarının tanınıp kurumsallaştırıldığı ve ilk kez açık ve net bir biçimde küresel barışın bir ön şartı olduğunun ifade edildiği ileri sürülmektedir¹¹⁸.

Bildiri’nin 1. maddesi ise şu şekildedir: “*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdan sahibidirler; birbirlerine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.*” Bu madde ile vurgulanmak istenen, bütün insanların eşit oldukları; çünkü akıl ve vicdanla donatıldıkları ve bundan ötürü de bütün insanların birbirlerine kardeşçe davranmaları gerektiği; aksinin yani insan haklarının gözardı edilerek önemsiz görülmesinin, insanlığın vicdanında infial uyandıran barbarca eylemlere götürdüğüdür. İnsanların özlem duyduğu şey ise korku ve yoksunluğun olmadığı, insanların ifade ve inanç özgürlüğüne sahip oldukları bir dünyada yaşamaktır¹¹⁹.

Bildiri’nin 2. maddesinde de herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya başka statüler gibi herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin Bildiri’de düzenlenen bütün haklara ve özgürlüklere sahip olduğuna dikkat çekilmiştir. Ek olarak bir kimsenin tabi olduğu ülke ya da topraklar ister bağımsız olsun, isterse vesayet altında, kendi kendini yönetemeyen yahut egemenliği üzerinde başka bir sınırlama bulunuyor

Sözleşme’de yer verilen hakların kullanımı açısından eşitlik ilkesine ve bu doğrultuda ayrımcılık yasağına yer verildiği ve 12 Numaralı Protokol’ün 1. maddesinde de benzer bir uygulamaya gidildiği görülmektedir. Bildirilerin hukuksal değeri hakkında bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 11. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 238-239.

¹¹⁷ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 74. Bildiri’ye ve Birleşmiş Milletler’e yönelik eleştirel bir bakış için bkz. Freeman, **İnsan Hakları, Disiplinlerarası Bir Yaklaşım**, s. 39-63. Ayrıca Eleanor Roosevelt Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 180. toplantısında Bildiri’nin bütün uluslar için ortak bir standart oluşturmak amacıyla bir araya getiren ilk ve en önemli Bildiri olduğunu ve bütün insanlığın *Magna Cartası* olabilecek bir niteliğe haiz olduğunu ifade etmiştir. Monteiro, **Ethics of Human Rights**, s. 98.

¹¹⁸ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 76.

¹¹⁹ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 198.

olsun, bu kişi hakkında uyruğu olduğu ülkenin veya toprakların siyasal, hukuksal ya da uluslararası statüsü temelinde hiçbir farklılık gözetilmeyeceği düzenlenmiştir. Hukuk/Kanun önünde eşitliği düzenleyen 7. madde ise herkesin kanun/hukuk önünde eşit olduğuna ve herkesin herhangi bir ayrımcılık olmaksızın kanun tarafından eşit olarak korunma hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Ayrıca herkesin Bildiri'yi ihlal eden herhangi bir ayrımcılığa ve bu tür bir ayrımcılığa yönelik herhangi bir kışkırtmaya karşı eşit biçimde korunma hakkına sahip olduğuna yer vermiştir.

Eşitlik ilkesine girişte ve ilk maddede, ayrımcılık yasağına 2. maddede, kanun/hukuk önünde eşitliğe 7. maddede yer verilmesi sebebiyle Bildiri'nin eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına önem verdiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Nitekim gerek Birleşmiş Milletler gerekse diğer ulusal, uluslararası örgütler nezdinde çıkarılan insan hakları belgelerinde de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı yer almaktadır¹²⁰.

Her ne kadar, eşitlik ve özgürlük taleplerinin gelişmesinde burjuvazinin itici gücü etkili olmuş ve dile getirdikleri bu talepler birer insan hakkı olarak kabul edilmişse de doğal hukukçu düşünürler tarafından ortaya konulan eşitlik vaadi herkes için etkili olamamıştır. Söz konusu gelişmelere rağmen kadınların, kölelerin, siyahların, dinî azınlıkların, çingenelerin ve yoksulların egemenlerle olan ilişkilerinde değişikliğe yol açmamış, bu gruplar liberal eşitlik vaadinin kapsamı dışında bırakılmışlardır. Çünkü kadınlar, köleler, siyahlar ve diğer sistem dışına itilmişler, beyaz ve burjuva olan erkekler gibi akıllı varlıklar olarak kabul edilmemektedirler. Farklı doğalara sahip bulunduğu inancına dayalı bu gerekçelendirme ise egemen grup mensupları dışındakilerin temel haklara ve özgürlüklere sahip olmalarının önüne set çekilmesine neden olmaktadır. Ancak eşitlik ve özgürlük ideolojisinin gelişmesi cinsiyet ayrımcılığı ve ırkçılıkla mücadele

¹²⁰ Demokrasi anlayışımızın ahlaki, felsefi ve politik açıdan ayrılmaz bir parçası olarak eşitlik, zaman içerisinde farklı anlamlara bürünmüştür. Kavramın hala evrilmeye devam etmesinde eşitliklerin, dezavantajla mücadele etme ve herkesin demokratik üyeliklerin yararlarını paylaşma imkânlarını arttırdığını fark edilmesinin payı büyüktür. Çağdaş insan hakları hukukunun da söz konusu gelişmeye güvendiği anlaşılmaktadır. Clifford, "Equality", s. 426. Bunun sonucu olarak da eşitlik ilkesinin *jus cogens* niteliğinde bir hukuk normu olarak ele alınabileceği dahi ifade edilmektedir. McKean, **Equality and Discrimination under International Law**, s. 277-284. *Jus cogens* kavramı için bkz. Hüseyin Pazarcı, "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı", **Prof. Dr. Bülent N. Esen'e Armağan**, Ankara, 1977, ss. 365-379.

etmek için gereken zemini hazırlamışsa da baskın grubun politik gücü sebebiyle eşitliğin cinsiyet, ırk, sınıf, etnik grup vb. farklılıklar gözönünde bulundurulmaksızın hukuki olarak hem kağıt üzerinde hem de uygulamada insanların tümü için geçerli kabul edilmesi yavaş ve sancılı bir sürece tekabül etmektedir¹²¹.

C. Şekli Eşitlik- Maddi Eşitlik

Eşitlik ilkesinin uluslararası hukuktaki gelişmeler göz önünde bulundurularak teorik alandaki gelişiminin üç döneme ayrılarak incelenebileceği belirtilmektedir. Buna göre eşitlik anlayışındaki birinci dönem, ilk uluslararası insan hakları belgelerinin; yani 1948’de kabul edilen Evrensel Bildiri’nin, 1950’de düzenlenen Avrupa Konseyi İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi¹²²,nin (Bundan sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da AİHS olarak kullanılacaktır) kabulünden itibaren 1970’lerin ortalarına dek sürmüştür. Söz konusu yıllar şekli eşitlik anlayışının hakim olduğu ve evrensel aynılık anlayışına paralel bir biçimde hukuki düzenlemelerin yapıldığı dönemdir. İlgili düzenlemelerde devletin negatif yükümlülükleri ön planda tutulduğundan eşitliğin sağlanması adına dahi olsa pozitif düzenlemelere başvurulmamaktadır. Eşitlik anlayışındaki ikinci dönem ise 1970’lerin ortalarından 1990’ların ortalarına değin süren dönemdir. Maddi farklılık modeli olarak da adlandırılabilir olan bu dönemde ise farklılıklara ve ötekiliğe dair unsurların ele alınmasına önem verilmiştir. Bu modelde devlet, eşitliğin gerçekleşmesi adına adımlar atmaktan imtina etmez ve belirli farklılıkları esas alarak söz konusu temellerde sonuçlarda eşitliği gerçekleştirmeyi amaçlar. Maddi dezavantaj modeli olarak adlandırılan üçüncü dönemde ayrımcılığa karşı korunmanın güçlendirilmesi ve karmaşık yapısal etmenlere yönelik farkındalığın artırılması çalışmaları ön plandadır. Ayrımcılığın çok boyutlu yapısının göz önünde bulundurulması gerektiğine odaklanılan bu dönemde dezavantajın artmasını ya da devam etmesini sağlayacak uygulamaların ve politikaların ortadan kaldırılmasına ve

¹²¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 5-6.

¹²² İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – I. Cilt/Bölgesel Sistemler**, ss. 5-27.

sonuçlarda eşitliğin sağlanmasına yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Bu yaklaşımın aynılığa ve farklılığa ilişkin karşılaştırmalı kavramlar yönünden eşitliğe ilişkin sorunları düzenleyen diğer görüşlerin zayıflıklarına bir karşılık olarak, toplumsal cinsiyetin yapısal ve sistemik sonuçları neticesinde, feminist teori içerisinde geliştiği ileri sürülmektedir¹²³.

Eşitlik ilkesinin gelişimini gösteren bu üç aşamadan ilki şekli eşitliğe, diğer ikisi ise maddi eşitlik anlayışına karşılık gelmektedir. Çalışmanın bu kısmında “bireysel adalet” (individual justice), benzerlik görüşü ya da simetrik görüş olarak da adlandırılan şekli eşitlik (mutlak eşitlik) ile bu eşitlik türüne yöneltilen eleştiriler neticesinde şekillenen ve “grup adaleti” (group justice) olarak da ifade edilen maddi eşitlik (nispi eşitlik, normatif eşitlik) anlayışlarının üzerinde durulacaktır¹²⁴. Ardından fırsat eşitliği ve sonuçlarda eşitlik anlayışlarına yer verilecektir.

1. Şekli Eşitlik

a. Şekli Eşitlik Kavramı

Aynılık veya simetrik görüşü olarak da adlandırılan şekli eşitlik (mutlak eşitlik) (formal equality, equality as consistency, de jure equality, consistent treatment, individual justice) anlayışı, Aristoteles’in yaptığı anolojiye dayandırılmaktadır. Eşitliğin tanımına eşitsizliğin tanımlanması aracılığıyla ulaşmaya çalışan Aristoteles, adalet ile hak arasında kurduğu bağlantı ile bunu sağlama gayesindedir. Ona göre her şeyin olduğu gibi eşitsizliğin de bir ortası vardır ve bu da eşitliktir. Kişilerin birbirine göre durumu nasılsa, şeylerin de durumu öyle olacaktır; eğer kişiler eşit değillerse eşit şeylere de sahip olamayacaklardır. Zira eşit kişiler eşit olmayan şeylere ya da eşit olmayanlar eşit şeylere sahip olduğunda ve eşit şeylerden yararlandığında ortaya çatışmaların ve suçlamaların çıkması kaçınılmazdır¹²⁵.

¹²³ Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 47-64.

¹²⁴ Mark Bell, **Racism and Equality in the European Union**, Oxford, Oxford University Press, 2009, s. 28; Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 47.

¹²⁵ Aristoteles, **Nikomakhos’a Etik**, Çev. Saffet Babür, 2. Baskı, Ankara, BilgeSu Yayıncılık, 2009, 5. Kitap, 1131a-1131b, s. 95-96. Aristoteles’in felsefesinin politik veya sosyal eşitlikten uzak

Şekli eşitlik ilkesinin, kişilerin ilgisiz özelliklerinin dikkate alınarak onları dezavantajlı duruma düşürebilecek olan düzenlemelerin uygulanmasını engellediği ve bu sayede kişileri keyfi ve mantıksız kararlara karşı koruduğu ileri sürülmektedir. Şekli eşitliğin değerinin tam da bu noktada, karar verme süreçlerini etkileyebilecek olan kusurlu unsurların, keyfi ölçütlere dayanan mantıksız ve haksız kararların alınmasını engellemesinde yattığı savunulmaktadır¹²⁶.

Şekli eşitliğin devletler açısından ortaya çıkardığı sonuçlar en yalın haliyle, kanunların genel ve soyut nitelikte olmaları, kimseye farklı muamele edilmeyip herkese eşit bir şekilde muamele edilmesi ve herkesin hukuk önünde eşit olmasıdır¹²⁷. Devletlerin bireylere eşit mesafede olması ve kimseye keyfi bir şekilde muamele edilmemesi gerektiği anlayışı üzerine inşa edilen bu yaklaşımın, hem günümüz uluslararası insan hakları belgelerindeki hem de ülkelerin iç hukuklarındaki hakim anlayışı yansıttığı ifade edilmektedir¹²⁸.

Bireysel adalet ile bağlantılandırılan şekli eşitlik, adaletin tutarlı ve eşit muamele gerektirdiği önermesine dayanır. Buna karşılık maddi eşitlik, muamelenin sonucunun eşit olmasına odaklanmaktadır. Dolayısıyla şekli eşitliğin, muamelenin doğası ile ilgilenirken maddi eşitliğin muamelenin sonucu ile ilgilendiği belirtilmektedir¹²⁹. Kısacası şekli eşitlik anlayışı, eşit haklara ve eşit muameleye işaret etmektedir. Muamelede tutarlılığı garanti eden bu anlayış, muamelenin içeriği hakkında herhangi bir talepte bulunmaz. Söz gelişi kahverengi saçlıların üniversiteye girişlerini yasaklayan ve başka herhangi bir ölçütten yoksun olan kanuni bir düzenleme, şekli olarak herkese eşit bir biçimde uygulandığı sürece, sorunlu olarak kabul edilmez. Zira şekli eşitlik açısından mühim olan kuralın herkese eşit bir biçimde uygulanmasıdır; düzenlemenin keyfiliği yahut haksızlığı değil. Böylece muamelenin keyfi veya haksız olup olmadığı değerlendirilmediğinden hiçbir

olduğuna, ilgili dönemde köleliğin doğal sayıldığına ve adil bir sistem için gerekli olarak kabul edildiğine, erkeklerin de kadınlar üzerinde hakimiyet sahibi olduklarına Antik Yunan'da Eşitlik ilkesinin Tarihsel Kökenleri başlığı altında kısaca değinilmiştir.

¹²⁶ Clifford, "Equality", s. 428; Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 29.

¹²⁷ Fredman, **Discrimination Law**, s. 8.

¹²⁸ İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuki, İzleme ve Belgeleme**, Der. Burcu Yeşil Adalı, Gökçeççek Ayata, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 6.

¹²⁹ Vierdag, **The Concept of Discrimination in International Law**, s. 14.

kahverengi saçlı başvuru üniversiteye kabul edilmediği sürece herkese eşit muamelede bulunulduğu ve söz konusu eşit muamele dolayısıyla da eşitliğin sağlandığı kabul edilir. Ancak bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, kendiliğinden haksız olan kuralların eşit bir biçimde uygulanması neticesinde eşitsizliğin derinleşebileceğidir¹³⁰.

b. Şekli Eşitliğe Yöneltilen Eleştiriler

Şekli eşitlik anlayışına yöneltilen eleştiriler, Fredman'ın itirazlarının izi sürülerek değerlendirilebilir. Söz konusu itirazlar kapsamında ortaya çıkan tabloda karşılaşılan sorunlardan ilki benzerliğe dairdir¹³¹. Şekli eşitlik anlayışı, iki kişinin karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Bu karşılaştırmaya dayanarak da onların eşit oldukları sonucuna varılmaktadır. Fakat kimlerin benzer olduğuna karar vermek zor iştir. Her açıdan benzer olmak, insanlar bakımından böyle bir durum söz konusu olamayacağından mümkün değildir. Belirli bir yönden benzer olmak da kişilerin eşit oldukları sonucuna ulaşmamızı sağlamaz zira her insan belirli bir açıdan benzerdir. Örneğin bireyler tenlerinin renkleri, konuştukları diller, inançları gibi belirli özellikleri ele alınarak değerlendirildiğinde aynı veya benzer kabul edilebilir. Bu noktada belirli açılardan benzer olanların kuralın uygulanmasına esas alınabileceği kabul edilse dahi doğada ahlaki açıdan benzer olma diye bir kategori mevcut olmadığından, söz konusu kavramların, insanlar tarafından yaratılarak ahlaki bir norm haline getirildiği ve bu normun da temel olarak ele alındığı ileri sürülmektedir¹³².

Bu kavrayışa göre kimlerin hangi özellikleri ele alınarak eşit sayılacağını belirlenmesinde eşitlik ilkesinin kendisinin tek başına aydınlatıcı bir rolü olmadığı ortaya çıkar. Bundan ötürü de Aristoteles tarafından ortaya atılan eşitlik anlayışı, bağımsız bir ahlaki içerikten yoksun, boş bir kavram olarak nitelendirilmektedir¹³³. Ayrıca yapılan her ayırım, ayrımcılık olarak kabul edilmediğinden bu tür ayırımların

¹³⁰ Clifford, "Equality", s. 428.

¹³¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 8.

¹³² Westen, "The Empty Idea of Equality", s. 545-547; Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 41.

¹³³ Westen, "The Empty Idea of Equality", s. 547.

da eşitlikle ilgili bazı güçlükleri türettiği belirtilmelidir. Kişiler, çeşitli sebeplerden ötürü, çoğunlukla meşru sayılan bir amaçla, gruplara ayrılmaktadır ve bu tür gruplamaların ayrımcı olduğu düşünülmemektedir. Örneğin vergilendirme açısından düşük gelirliler ile yüksek gelirlileri veya ev sahibi olmayanlara yapılacak dağıtımlarda, aile olanlar ile yalnız yaşayanları ayrı bir biçimde değerlendirmek meşru kabul edilebilmektedir. Ancak kadınların erkeklerden, siyahların beyazlardan farklı değerlendirilmesinin uzunca bir süre hukukça da meşru kabul edildiği ele alındığında hangi tür ayrımların hukukça gayrimeşru ve kabul edilemez bulunarak yasaklanacağı ve buradaki ölçütün neler olacağı, benzerlerin neler olduğunun belirlenmesi yönünden, yanıtlanması zor olan sorulardır¹³⁴.

¹³⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 8-9; Peter W. Hogg, “What is Equality? The Winding Course of Judicial Interpretation”, **Supreme Court Law Review** (2005), 29 S.C.L.R. (2d), ss. 39-62, s. 40. H.L.A. Hart da “benzer durumlarda benzer, farklı durumlarda farklı davran” formülünün herhangi bir insan grubunun bazı açılardan birbirine benzerken diğer başka açılardan birbirinden farklı olmaları sebebiyle sorunlu olduğunu belirtir. Ona göre de önemli olan husus, hangi özelliklerin benzer, hangi özelliklerin farklı olarak ele alınacağına belirlenmesidir. Bunu biraz daha açıklığa kavuşturmak için halka açık parklara siyahların girmesini yasaklayan bir kanunu örnek verir. Halka açık parkların kullanımını belirli ırka mensup olanlara yasaklayan bir kanun, kanunun kötü olması sebebiyle, adalet adına, protesto edilebilir. Kanun kötüdür, çünkü toplumsal bir olanaktan yararlanılması noktasında, ilgili bakımlardan aynı olan kişiler arasında bir ayrım gözetmektedir. Başka bir kanunu düşünelim. Bu kanun da, vergilendirmeye ilişkin verilmiş olan imtiyazı yahut bağışıklığı geri aldığı ve bundan ötürü adil olduğu savunularak övgüler alabilir. Övgünün sebebi, vergilendirme hususunda ayrıcalık elde etmiş olan grup ile geri kalan grup arasında özel muameleyi gerektirecek bir farkın olmaması hasebiyle yeni düzenlemeden hoşnut olunması olabilir. İki örneğin ortaya çıkardığı sonuç, insanların bazı açılardan birbirlerine benzerlerken bazı açılardan farklı oldukları ve bu farklılıkların ortaya konulması gerektiği aksi takdirde, benzer durumlarda benzer davran ilkesinin adaletsiz olduğu yönündeki eleştirilerin devam edeceğidir. H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, New York, Oxford University Press, 2nd Edition, 1994, s. 159. Ayrıca şekli eşitlik anlayışının benzer durumda olan kişilerin farklı muameleye tutulmamaları gerektiği şeklindeki formülünün birebir uygulaması, devletler açısından, bireylerin farklılıklarının değerlendirilmemesine de yol açabilmektedir. Ancak kişilerin farklılıklarının ele alınmadığı durumlar devletlerin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde mahkûmiyetlerine sebep olabilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne taşınan bir davada Yehova Şahidi olan kişinin muhasebecilik görevine ağır ceza mahkûmiyeti nedeniyle atanmamasına dayalı olarak yaptığı başvuruda, Mahkeme, Yunanistan’ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. (düşünce, din ve vicdan özgürlüğü) ve 14. (ayrımcılık yasağı) maddelerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede, Yehova şahidi olan başvurusunun inancı dolayısıyla askeri üniforma giymeyi reddetmesi neticesinde emre itaatsizlikten askeri mahkemede yargılanarak ceza mahkûmiyeti aldığını ve bu mahkûmiyeti dolayısıyla sözleşmeli muhasebeci görevine atanma işlemi esnasında ağır bir suçtan mahkûm olmuş bir kişiymişçesine değerlendirilmesinin, ayrımcılık yasağına ilişkin maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, devletlerin durumları önemli ölçüde farklı olan kişilere makul ve nesnel bir haklılık olmaksızın farklı bir muamelede bulunmamaları halinde de Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlal edilmesi anlamına geleceğini belirtmiştir. Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 30. Karar için bkz. AİHM, *Thlimmenos v. Greece*, Application No. 34369/97, 06.04.2000. Öyleyse farklı durumda olanlara benzer şekilde muamele edilmesi ancak makul ve nesnel bir neden olması halinde haklılaştırılabileceğinden benzer veya farklı durumların yani benzer olanın yahut farklı olanın

Eşitliğin bu şekilde anlaşılmasının yaratacağı bir başka mesele, iki kişinin benzer olduğuna karar verilmesini müteakip bu iki kişiye benzer şekilde muamele edilmesi hususunda ortaya çıkar. Eğer kişilere yapılan muamelelerde benzerlik varsa eşitlik açısından ortada bir sorun olmadığı varsayılmaktadır. Buna göre işveren, beyaz çalışanlara da siyah çalışanlara davrandığı gibi kötü davranır ya da erkek çalışanlara da kadın çalışanlara yaptığı gibi cinsel tacizde bulunursa eşitlik ihlal edilmiş sayılmaz. Bu sebeple şekli eşitlik anlayışı yöntemsel (prosedürel, usuli) adalet olarak adlandırılmakta ve eşitliğin sağlanması adına herhangi bir çaba sarf edilmesini öngörmediği serdedilerek eleştirilmektedir¹³⁵.

Nitekim bu yaklaşımda, benzer durumda bulunanlara eşit ölçüde iyi veya kötü muamele edilmesi yani adilliğin tutarlılıkla eşdeğer kabul edilmesinin ve farklılıkların gözardı edilmesinin problemli olduğu ele alınmamaktadır.¹³⁶ Buradaki temel mesele, bir gruba yönelik olarak kabul edilen ayrıcalıkların başka bir grup açısından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu durumda, aynı ayrıcalığın diğer gruba da tanınması ve ayrıcalık olmaktan çıkarılması yerine, söz konusu ayrıcalığın önceden tanındığı grup için de ortadan kaldırılması yolunun tercih edilmesi ve bu sayede eşitliğin her iki grup için de sağlanmış olduğuna inanılmasıdır¹³⁷. Örneğin kamuya açık yüzme havuzlarının sadece siyahlar ya da sadece beyazlar tarafından kullanılmasına yönelik uygulamaların, mahkeme kararının ardından, ırk ayrımcılığını

ölçütünün belirginleştirilmesi önem taşımaktadır.

¹³⁵ Catherine Bernard, Bob Hepple, “Substantive Equality”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 59, Issue 3, November 2000, ss. 562-585, s. 563.

¹³⁶ Fredman, **Discrimination Law**, s. 9. Şekli eşitlik, adaletin hukuk uygulamasındaki analizi doğrultusunda da çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Öncelikle bu ilke, bir kuralın ilk kez uygulandığı durumlarda önceki bir karara gitmek söz konusu olamayacağından, ilk kararın bir benzerinin tespit edilmesine imkân sağlamayacaktır. Öyleyse bu ilkenin her zaman uygulanmasının mümkün olmadığı söylenebilir. İkincisi, benzer durumlarda benzer davranmak kurallarla çatışmasına sebep olabilir. Örneğin ilk davada bir kuralın yargıç tarafından yanlış uygulanması durumunda ikinci davada ilgili kuralın mı yoksa benzer nitelikteki ilk davanın mı esas alınıp alınmaması gerektiği belirsizdir. Bir önceki soruna benzeyen üçüncü sorun ise benzer durumlara benzer davranılmasına rağmen kurala uyulmaması noktasında ortaya çıkar. Dördüncü ve daha ciddi olan itiraz ise benzer durumlara benzer davranmanın her zaman adalet için bir gerekçe sağlamayacağıdır. Siyahlara belirli bir bölgede yaşamayı yasaklayan bir kural olduğunu ve bu kuralın yargıç tarafından bir siyaha karşı, A’ya karşı uygulandığını varsayalım. Eğer bu kural daha önce bir başka siyah kişiye, B’ye, karşı uygulanmışsa, benzer durumlara benzer davranılmadığı takdirde kararın adaletsiz olduğu ifade edilemeyecektir. Michael D. Bayles, **Hart’s Legal Philosophy An Examination**, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, s. 112-113’den aktaran Şule Şahin Ceylan, **H.L.A. Hart’ın Hukuk Kuramı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 171.

¹³⁷ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 39.

ortadan kaldıracak şekilde yeniden ele alınması yerine herkesi kapsayacak bir sonuca yol açacak biçimde bütün yüzme havuzlarının kapatılmasıdır. Bu yöntem ile gerçekleştirilmeye çalışılan aslında “düşürerek eşitlemek”ten (levelling down) başka bir şey olmasa da şekli eşitlik anlayışına uygun düşmektedir¹³⁸.

Şekli eşitlik ile ilgili olarak üçüncü sorunlu nokta bir karşılaştırılana duyulan ihtiyacı gündeme getirmesidir. Şekli eşitlik anlayışı, karşılaştırma yapılacak bir kişiyi gerektirmekte ve uygun bir karşılaştırmacı bulma noktasına odaklanmaktadır. Şekli eşitlik bu yapısı dolayısıyla kişilerin ırk, din, etnik köken, cinsiyet gibi özelliklerini dışlayarak “evrensel birey” görüşü üzerinde temellenmektedir. Bu noktada “kiminle eşit?” sorusuna verilen cevap baskın cinsiyete, kültüre, dine, etnik kökene veya cinsel yönelime mensup bir kişiye yani beyaz, engelli olmayan, heteroseksüel ve yaşadığı toplumda çoğunluk inancına mensup erkeğe karşılık gelmektedir¹³⁹. Günlük hayatta, açık veya örtük bir olarak, “evrensel birey”in ölçüt olarak kabul edildiği birçok durumla karşılaşılır. Bazı meslek gruplarında mesleğe kabul edilme veya mesleki yeterlilik şartları belirlenirken oluşturulan standartların erkeklerin fiziksel özellikleri dikkate alınarak hazırlanması esnasında ilgili standartların kadınları göz ardı etmesi, çoğunluğun dini inançlarından farklı bir dine mensup olanların diğerleriyle aynı iş sözleşmesine tabi tutularak farklılıklara göre uyumlaştırmanın yapılmaması, azınlıktaki grubun mensuplarına yönelik eşit olmayan

¹³⁸ Fredman, **Discrimination Law**, s. 10. Amerika Birleşik Devletleri’nde 11 Eylül 2001 tarihinde gerçekleşen saldırıların ardından terörizmle mücadele amacıyla, özellikle ABD’de ve birçok Batı devletinde, kanunların yeniden düzenlenmesine yönelik çalışmalar yapılmıştır. 13.12.2001 tarihinde İngiltere’nin kabul ettiği Anti-Terörizm, Suç ve Güvenlik Kanunu’na (Anti-Terrorism, Crime and Security Act) göre yetkililer, Birleşik Krallık vatandaşı olmayan bir kimsenin, ulusal güvenliği tehlikeye attığına karar vermesi halinde, bu tür vakalarda söz konusu kimse sınır dışı edilemiyorsa veya ülkeden çıkartılamıyorsa, süresiz şekilde gözaltında tutulabilmektedir. Lordlar Kamarası 2004 tarihinde verdiği bir kararda, söz konusu kanun hükmüne göre Birleşik Krallık vatandaşlarının da şüpheli uluslararası terörist (suspected international terrorist) olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir. Bu sayede Kanun’un 22. maddesindeki şüpheli uluslararası terörist tanımına ilişkin sorunlu yanlar, duruşma olmaksızın özgürlüğün kısıtlanması gibi, önceden sadece Birleşik Krallık vatandaşı olmayanların özgürlüklerini kısıtlamasına rağmen düzenleme ile bu ayrım kaldırılarak hem Birleşik Krallık vatandaşı olan hem de başka devletlerin vatandaşı olan terörizm suçu şüphelilerine uygulanmaktadır. Bunun anlamı her iki grubun üyelerinin özgürlüklerinin eşit derecede ihlal edilebileceğidir. Düzenleme şekli eşitliğin sorunlu olarak gösterilen yönlerinden eşitlemenin düşürerek gerçekleştirilmesine örnek teşkil etmektedir. Sandra Fredman, “Substantive Equality Revisited”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 14, Issue 3, 1 July 2016, ss. 712–738, s. 718. 2001 tarihli ‘Anti-Terrorism, Crime and Security Act’ için bkz. (Çevrimiçi) https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/pdfs/ukpga_20010024_en.pdf, 20 Mart 2017.

¹³⁹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 10-11; Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 719; Clifford, “Locating Equality: from Historical Philosophical Thought to Modern Legal Norms”, s. 17.

muamelelerde bulunulması gibi. Bu tür bir çerçevelemenin sınırlayıcı olduğu ve bir grubun mensubu olunmasının bütün görünümelerini ihlal ederek “evrensel birey” anlayışını pekiştirmeyi amaçladığı iddia edilmektedir¹⁴⁰.

Bazı durumlarda ise karşılaştırma yapılacak uygun kişinin bulunması başlı başına bir zorluk oluşturur. Nitekim çalışan hamile kadınların hakları açısından yapılacak düzenlemelerde karşılaştırma yapılacak kişinin bir erkek olması halinde karşılaştırma yapma imkânı yoktur yahut yapılacak karşılaştırma, hamile kadınlar ile hasta bir erkeğin karşılaştırılması gibi uygunsuz bir karşılaştırmanın yapılması sonucunu doğurabilir. Sekreterlik, temizlik işleri ya da hemşirelik gibi kadın istihdamının yoğun olduğu iş kollarında da karşılaştırma yapılacak bir erkek bulunmayabilmektedir¹⁴¹. Bu tür durumlar, şekli eşitlik anlayışının karşılaştırmaya duyduğu gereksinim sebebiyle ortaya çıkarlar ve problem teşkil ederler.

Şekli eşitlik anlayışına yöneltilen diğer bir eleştiri ise kişilerin farklılıklarını görmezden gelip sadece “benzer” olanların eşit muameleye tabi tutulmalarına olanak sağlayarak bazı durumlarda gerçek eşitliğin sağlanabilmesi için ihtiyaç duyulan pozitif önlemlere karşılık veremediğine yöneliktir¹⁴². Bu görüşün ardında, şekli eşitlik açısından önemli olan aynılık olgusunun bulunmasından ötürü eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasında önem arz eden dezavantajlı gruplara yahut kişilere yönelik geçici özel önlemlerin alınması yükümlülüğünün hukuken zorunlu kılınması yerine bu konuda düzenleme yapma yetkisinin ilgililere bırakılması yer almaktadır. Eğer işyerinde hukuken koruma altına alınmış bir eşitlik düzenlemesi yoksa işverenin, eşitlik ilkesini gözetmediği ve ilkeyi ihlâl ettiği iddia edilemez¹⁴³.

Belirtildiği üzere, şekli eşitlik anlayışının, grupların sahip oldukları

¹⁴⁰ Anne Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, **African Human Rights Law Journal**, (2014) 14, ss. 609-632, s. 612; Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 48; Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 719.

¹⁴¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 12; Bernard, Hepple, “Substantive Equality”, s. 563,564.

¹⁴² Fredman, **Discrimination Law**, s. 13.

¹⁴³ Klaartje Wentholt, “Formal and Substantive Equal Treatment: The Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality”, **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, Ed. Titia Loenen; Peter R. Rodrigues, Kluwer Law International, The Hague, 1999, ss. 53-64, s. 56. Ayrıca belirtilmelidir ki şekli eşitlik anlayışı için önemli olan benzer muamele olduğundan devlet, belli bir grubun üyesi olunması nedeniyle ortaya çıkan yapısal dezavantajları gidermek adına pozitif bir yükümlülük altına girmemektedir. Devlet, edilgen bir konumdadır.

özellikleri dışlamaktadır. Bu anlayışta önemli olan, sahip olduğunuz özellikler ve nitelikler bakımından size nasıl muamele edildiğidir; bir ırka ya da cinsiyete ait olduğu ileri sürülen olumsuz kalıpyargılar bakımından değil. İlk anda böylesi bir yaklaşım olumlu gözükmemektedir. Mamafih kişilerin mensubu oldukları gruplara ait taşıdıkları özellikleri, onların kimliklerinin ayrılmaz birer parçası kabul edildiğinden şekli eşitlik anlayışındaki bireyselci yaklaşımın, bireyleri egemen konumdaki baskın bir kültüre, inanca veya etnik gruba dahil olmaya zorladığı ileri sürülmekte ve bu yönüyle ilkenin olumsuz olduğuna işaret edilmektedir¹⁴⁴.

Şekli eşitlik anlayışı, hukukta doğrudan ayrımcılığın yasaklanması görünümünde tezahür etmektedir yani muamelede herkes için tutarlılık varsa ve hukuk kuralları herkese benzer bir şekilde uygulanıyorsa o zaman ayrımcılık yapıldığı da iddia edilemeyecektir¹⁴⁵. Ayrımcılık yapılmadığı müddetçe eşitliğin var olduğu kabul edilen bu anlayışta, ayrımcılık istisnai bir durum olarak ele alındığından varsayılan eşitlik durumunun korunması yeterlidir. Fakat eşitliğin bu tarzdeki uygulanışının salt bireylerin durumlarına odaklanarak çoğunluktaki ve azınlıktaki gruplar arasında bir ayrım gözetmediği vurgulanmaktadır. Bundan ötürü de dezavantajlı kişilerin durumları gözardı edilmekte ve onlara yönelik, örneğin durumlarını düzeltici, tedbirlerin alınması gerekli görülmemektedir. Mesela bedensel engeli sebebiyle tekerlekli sandalye kullanan bir öğrencinin yükseköğretime kabul edilmesi, şekli eşitlik açısından yeterli ve sağlanması gereken asgari ölçüttür. Nitekim yükseköğretime kabul şartlarına açısından engelli öğrenci ile engelli olmayan

¹⁴⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 13. Okullarda öğrencilerin pantolon giymelerini ya da başlarını kapatmalarını yasaklayan kurallar, Müslüman kız öğrencilerin yanı sıra Sih ve Yahudi erkek öğrenciler için de dezavantajlıdır fakat bu sayede, “düşürerek eşitlemek” yöntemiyle, eşitliğin sağlanabileceğine inanılmaktadır. McColgan, **Discrimination, Equality and the Law**, s. 21. Başın kapatılmasının yasaklanması sadece Müslüman kız öğrenciler açısından değil, Sih ve Yahudi erkekleri açısından da önem arz etmektedir. Yasağın sadece bir gruba yönelik olmaması nedeniyle herkes için eşit muamelenin sağlanmış olduğu kabul edilse bile aslında muamelenin herkese zarar verdiği ve sözde tarafsız görünerek baskın grubun değerlerini ön planda tuttuğu vurgulanmaktadır. Açıklanan bu sorunlu noktalar nedeniyle de şekli eşitliğin asimile edici bir karakteri olduğu, ötekileştirilerek dışlanan grupları eşitlik ilkesinin korumasından çıkardığı ve ayrıcalıklı gruplar dışında kalan herkesi baskın grupların temsili altına soktuğu ifade belirtilmektedir. Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 49; Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 29.

¹⁴⁵ Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 612; Clifford, “Equality”, s. 427. Muamelede tutarlılık olduğu vakit ayrımcılık yapıldığı iddialarının gündeme getirilmemesi sebebiyle şekli eşitlik anlayışının dolaylı ayrımcılığı dışladığı söylenebilir. Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık kavramları III. Bölümde incelenecektir.

öğrenci arasında ayırım yapılmamaktadır. Halbuki bu öğrencinin eğitim alacağı yükseköğretim kurumunun fiziki koşullarının; öğrencinin eğitim alacağı alanların, tuvaletlerin, yemekhanenin, kütüphanenin vb. alanların ve bu alanlara ulaşım yollarının bedensel engellilerin ihtiyaçlarına uygun bir şekilde tasarlanmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde kişi, engelliğiyle ilgili sorunlarla başa başa bırakılmakta ve eğitim almak onun açısından bir nevi külfete dönüştürülmekte, hakkını kullanmasının önüne engeller çıkartılmış olmaktadır. Benzer şekilde şekli eşitlik uyarınca beyaz bir Avrupalıya karşı yapılan ayrımcılık ile siyah bir Avrupalıya karşı yapılan ayrımcılık da aynı olgularmış gibi değerlendirilmektedir. Bu bakımdan şekli eşitliğin simetrik muamaleye odaklanırken maddi eşitlik anlayışının farklı bir yaklaşım sergileyerek eşitsizlikleri giderme gayesinde olduğu ve asimetrik muameleyle odaklandığı ifade edilmektedir¹⁴⁶.

Artık şekli eşitliğin mevcut eşitsizlikleri pekiştirdiği ve toplumsal yaşamda cinsiyetleri, ırkları, yaşları, engelleri, cinsel yönelimleri vb. nedenleri dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalanlara yönelik eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasında yetersiz kaldığı kabul edilmektedir. Eşitliğe ve aynılığa odaklanmanın eşitsizlikleri azaltmadığı gerçeğinden hareketle, söz konusu yetersizliklerin giderilmesi için eşitsizliğe, farklılığa ve dezavantaja yani maddi eşitlik anlayışına odaklanılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Bu iddianın arkasında ise modern yaşamın ve modern toplumsal ilişkilerin karmaşıklığı ve zenginliği karşısında şekli eşitlik anlayışının, kapsamlı ve bütünleştirici eşitlik kanunlarının ve tedbirlerinin uygulanmasında, yetersiz kaldığı eleştirileri bulunmaktadır¹⁴⁸. Her ne kadar şekli eşitlik söz konusu çeşitliliğe gözlerimizi kapamamızı istiyor olsa da günümüz toplumlarında birbirinden çok farklı özellikteki insanların bir arada yaşadıkları

¹⁴⁶ Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 31; Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 613; Fredman, **Discrimination Law**, s. 26.

¹⁴⁷ Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 43; Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 713. Ancak maddi eşitlik anlayışının hukuk sisteminde yerini alması nispeten yakın bir geçmişe dayanmaktadır. Bu bakımdan uluslararası alanda oluşturulan çoğu sözleşmede, şekli eşitlik ilkesi belirleyicidir ve bu sözleşmelerde ayrımcılık yasağı bağımsız bir hak olarak ele alınmayıp diğer haklarla beraber ileri sürülen ikincil nitelikte bir haktır. BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ve BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi gibi yeni denebilecek bir dönemde oluşturulan sözleşmelerde ise maddi eşitlik anlayışının etkileri görülmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 42.

¹⁴⁸ Clifford, “Locating Equality: from Historical Philosophical Thought to Modern Legal Norms”, s. 17; Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 612.

yadsınamaz bir gerçektir. Bu sebeple söz konusu gelişmeleri takiben ortaya çıkan ve şekli eşitlik anlayışındaki eksiklikleri gidermek maksadıyla gündeme gelen maddi eşitlik anlayışının incelenmesi gerekmektedir.

2. Maddi Eşitlik

a.Maddi Eşitlik Kavramı

Şekli eşitlik, tek başına eşit olan ile eşitsiz olanları belirleyecek uygun ölçütleri içermediğinden, kişilerin ve durumların benzerliğinin önceden tayin edildiği varsayımında geçerlidir¹⁴⁹. Herkese eşit olanın verilmesi ve herkesin eşit işleme tabi tutulması her zaman eşitliği gerçekleştirmez. Kanun koyucunun şekli eşitlik ilkesini gözeterek herkese eşit haklar tanınması, kişilerin ihtiyaçları, yetenekleri ve olanakları bakımından birbirleriyle eşit koşullarda bulunmadıkları gerçeğinin görmezden gelinmesine ve bazı durumlarda eşitliğin bozulması durumunun ortaya çıkmasına yol açar¹⁵⁰. Bunun anlamı ise şekli eşitlik ilkesinin yetersiz kaldığı durumlarda onu destekleyecek başka bir ilkenin ortaya konulması gerektiğidir. Böylece kişilere ihtiyaç, yetenek ve olanaklarına uygun bir eşitlik anlayışının uygulanması gereksinimi ortaya çıkar ki, bu da dağıtıcı adalet düşüncesinde temellendirilen maddi eşitlik (mutlak eşitlik, nispi eşitlik) (substantive equality, de facto equality, material equality, relative equality) anlayışıdır¹⁵¹.

Özellikle politik ve sosyal alanlarda modern demokrasinin önemli unsurlarından biri olduğu kabul edilen¹⁵² ve 1970'lerin sonlarından itibaren şekli eşitlik anlayışına karşı bir seçenek olarak benimsenen maddi eşitlik anlayışı¹⁵³, şekli

¹⁴⁹ Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 26.

¹⁵⁰ Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, s. 131.

¹⁵¹ Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, s. 132. Eşitlik kavramının soyutluğunun çeşitli kavramların türetilmesine yol açtığı ve özellikle ayrımcılık hukukunda şekli eşitlik yerine maddi eşitliğin ön plana çıkarıldığı fakat böylesi bir ayrıma gerek olmadığı yönündeki görüş için bkz. Smith, **Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law**, s. 113-121.

¹⁵² Nowak, **UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, s. 598.

¹⁵³ Arradottir, "A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?", s. 49-54. Maddi eşitlik anlayışının uluslararası hukuk alanındaki izlerine ilk kez 1935 yılında Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından verilen bir danışma görüşünde yer verilmiştir. Söz konusu kararda hukuken eşitliğin tüm ayrımcı muameleleri yasakladığı; gerçek anlamda eşitliğin, farklı durumdakiler için eşitliğin sağlanması adına onlara farklı muamele edilmesini gerektirebileceği; zira eşit durumda olmayan ve

eşitliğin ortaya çıkardığı sorunları çözümlemek gayesiyle, farklılıkları nedeniyle dezavantajlı durumda olanlara, olumlu yönde farklı muamele yapılmasına odaklanır. Bu eşitlik anlayışı, kadınlar ve engelliler gibi farklı durumdaki kişilerin farklılıklarının yadsınması yerine söz konusu farklılıkların dikkate alınmasını, toplumsal yaşantının bu farklılıklar gözetilerek yeniden düzenlenmesini gerektirir. Maddi eşitlik anlayışı ile amaçlanan, şekli eşitlik anlayışından farklı olarak, kişi ve gruplar arasındaki farklılıkların göz önünde bulundurulması ve onların eşit veya aynı varsayılmamasıdır¹⁵⁴. Bundan ötürü de maddi eşitlikte “özellik” (specifity) ve “farklılık” (difference) taşıyıcı kavramlardır¹⁵⁵.

Farklılıkların gözetilerek toplumun yeniden yapılandırılmasında ve kaynakların dağıtımında yeni ölçütlerin kullanılmasına duyulan ihtiyaca işaret eden maddi eşitlik anlayışı, şekli eşitliğin aksine eşitliğin farklılıkların göz ardı edilmesiyle değil, bu farklılıkların dikkate alınmasıyla sağlanabileceği kabulü üzerine inşa edilir. Nitekim şekli eşitlik anlayışında, engelli bir birey ile engelli olmayan bir bireyin aynı olarak ele alınıp engellilerin engelli olmayanlar tarafından ve engelli olmayanlara uygun olarak oluşturulan kural ve yapılara uyum sağlaması beklenirken, maddi eşitlikte söz konusu kuralların ve yapıların engellilerin “farklılıkları” ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir¹⁵⁶.

Tüm bunların sonucu olarak, maddi eşitlik anlayışının devletlere bir takım yükümlülükler yüklediği söylenebilir. Şekli eşitlik, devlete pasif ve tarafsız olma yani negatif bir yükümlülük yüklerken maddi eşitlik, devlete ayrımcılıktan kaçınma

farklı ihtiyaçları olan kişilere eşit muamele edilmesi halinde eşitsizliğin giderilmemiş olacağı belirtilmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 46.

¹⁵⁴ Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 613; Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 50; Gül, Karan, **Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuki, İzleme ve Belgeleme**, s. 7.

¹⁵⁵ Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 50.

¹⁵⁶ Gül, Karan, **Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuki, İzleme ve Belgeleme**, s. 12. Maddi eşitlik, kanunların, politikaların ve uygulamaların dezavantajlı kişiler ya da gruplar üzerindeki etkisini de tahlil ederek onların söz konusu dezavantaj sebebiyle çalışma hayatına katılmalarının veya farklı kültürlerini ve uygulamalarını yerine getirmelerinin önündeki engelleri ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 613; Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 34. Ayrıca, eşitliğin bu türünde, toplumsal grupların kültürel, politik ve hukuki tercihlerinin tanınması önemli olduğundan çeşitliliğin ve farklılığın tanınması ve gerçekleştirilmesi için düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 614.

negatif yükümlülüğü yanında pozitif yükümlülükler de getirmektedir. Maddi eşitlik, hükümetin ve özel aktörlerin, tüm vatandaşların ihtiyaç duydukları faydalara, desteklere, programlara, mal ve hizmetlere erişimlerinin arttırılmasına yönelik adımların atılmasını gerektirir. Devletin söz konusu pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi neticesinde dezavantajlı grubun üyelerinin geçmiş eşitsizliklerin ve ayrımcılıkların etkilerinden kurtulmaları amaçlanmaktadır.

Benzer durumda olanlara benzer, farklı durumda olanlara da farklı muamele yapılmasının gerekliliği üzerinde duran maddi eşitlik anlayışı, kişilerin statülerine bağlı olarak ortaya çıkan; örneğin kadınların erkeklere, homoseksüellerin heteroseksüellere, engellilerin engelli olmayanlara nazaran karşı karşıya kaldıkları dezavantaj döngüsünü kırma gayesindedir. Herkesin insan onuruna sahip olduğunun kabulü ve dolayısıyla bu onura uygun muamele edilmesi, dezavantajlı gruba mensup olmaktan dolayı maruz kalınan damgalanma, kalıpyargılanma, aşağılanma ve şiddet gibi durumların düzeltilmesi açısından önemlidir. Çünkü bu yolla bireylerin cinsiyet, ırk, etnik köken, engelli olma ve diğer özelliklerinin, kimliklerinin bir parçası olduğu tanınmaktadır. Maddi eşitlik kavramı, farklılıklara saygı duyularak ilgili farklılıkların toplum için olumlu kabul edilmesinin yanı sıra gerek politik gerekse toplumsal hayata katılmanın önündeki engellerin kaldırılmasını ve herkesin toplumsal hayata dahil edilmesini savunmaktadır¹⁵⁷.

b. Maddi Eşitliğin İşlevleri

Maddi eşitlik anlayışının şekli eşitlik anlayışına göre daha ilerici kabul

¹⁵⁷ Fredman, **Discrimination Law**, s. 25-33. Fredman, maddi eşitliğin dört boyutlu bir yapısı olduğunu savunur. Bunlar; dezavantajın düzeltilmesi; damgalanmanın, kalıpyargının, küçük düşürülmenin düzeltilmesi; katılım ve farklılığın uyumlaştırılmasıdır. Ancak Catharine A. MacKinnon, Fredman'ın bu çok boyutlu yaklaşımı yerine aslında toplumsal hiyerarşi kavramının bu boyutları kapsayabileceğini; örneğin dezavantajın özünde karşılaştırmalı bir hiyerarşi olduğunu ya da korunan temellere yönelik önyargıların, kalıpyargıların da toplumsal dezavantajın bazı türleri olduğunu, dolayısıyla bütün boyutların hiyerarşi içerisinde değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir. MacKinnon'un eleştirileri için bkz. Catharine A. MacKinnon, "Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman", **International Journal of Constitutional Law**, Volume 14, Issue 3, July 2016, ss. 739-746 ve Catharine A. MacKinnon, "Substantive equality revisited: A rejoinder to Sandra Fredman", **International Journal of Constitutional Law**, Volume 15, Issue 4, October 2017, ss. 1174-1177. Fredman'ın MacKinnon'un itirazlarını değerlendirdiği makalesi içinse bkz. Sandra Fredman, "Substantive equality revisited: A rejoinder to Catharine MacKinnon", **International Journal of Constitutional Law**, Volume 14, Issue 3, July 2016, ss. 747-751.

edilmektedir. Bunun ilk nedeni, simetrik muameleye odaklanan şekli eşitlik anlayışının aksine maddi eşitliğin asimetrik muameleye odaklanmasıdır¹⁵⁸. Toplumda geçerli olan gücün, imtiyazın ve dezavantajın asimetrik yapılarına odaklanan bir yaklaşım olarak maddi eşitlik anlayışı, dezavantajı arttıracak yahut sürdürecektir olan uygulamaların ve politikaların ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır¹⁵⁹. Ayrıca tarafsızlığı hedeflemek yerine maruz kalınan dezavantajı temel alan maddi eşitlik anlayışı, “düşürerek eşitlemek” olasılığını da bertaraf etmektedir. Böylece görünüşte eşit muamele ilkesine aykırı olduğu kabul edilmesine rağmen gerçekte dezavantajın düzeltilmesi yönünde ilerlemeler kaydedilmekte ve eşitliğin sağlanmasında önemli aşamalar katedilmektedir¹⁶⁰.

Maddi eşitlik anlayışı ayrıca bireylerin cinsiyet, ırk, engellilik, cinsel yönelim ve diğer statülerinden dolayı kişilerin damgalanmaya, kalıpyargılanmaya, küçük düşürülmeye ve şiddete maruz kalmalarını engelleme gayesinde olup onları yetenekleri, vatandaşlıkları ya da belirli bir grubun mensubu olmalarından dolayı değil, insan olmalarından ötürü eşit oldukları anlayışını üzerinde şekillenmektedir. Bu sebeple de şiddet, cinsiyet ayrımcılığı, ırkçılık yahut diğer statü temelli önyargılar aracılığıyla aşağılanmamalı, küçük düşürülmemelidirler¹⁶¹.

Şekli eşitliğin farklılıkları yok sayarak herkesi bir kabul etmesinin aksine maddi eşitlik anlayışı, bireylerin cinsiyetlerinin, ırklarının, etnik kimliklerinin ve diğer statülerinin eşitlik değerlendirmesinde ilgisiz unsurlar olmadığını, bilakis bu özelliklerin bireyin kimliği açısından dikkate alınması gerektiğini vurgular. Bundan ötürü maddi eşitlik, farklılıklara saygı duyulmasına ve farklılıkların birbirleriyle uyumlaştırmasına önem verir. Amaç, var olan toplumsal yapıların farklılıkları da

¹⁵⁸ Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 728; Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 54; Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 613.

¹⁵⁹ Arnardottir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, s. 54; Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 613-614. Hatırlanacağı üzere şekli eşitlik anlayışı, bireylerin durumlarına odaklanmakta ve çoğunluktaki ve azınlıktaki gruplar arasında bir ayrım gözetmemektedir. Halbuki maddi eşitlik anlayışı, grupların özelliklerini yok saymak veya görmezden gelmek yerine dezavantajlı muameleye maruz kalmış grupların üyelerine yani kadınlara, siyahlara, engellilere ve eşcinsel bireylere odaklanır. Zira söz konusu bireyler arasında işsizlik, düşük ücrette çalışma, sosyal dışlanma ve yoksulluk oranı hayli yüksektir. Bu durumu tamamen grup kimliğine bağlı olarak ele almak doğru değilse de söz konusu grup üyeliğiyle ilişkili olarak ortaya çıkan zararlı sonuçlar yok sayılmamalıdır. Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 728-729.

¹⁶⁰ Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 729.

¹⁶¹ Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 730.

gözetilecek biçimde dönüştürülmesi ve baskın grubun dışında yer alanların, kendilerini bu baskın grubun düzenlediği kurallara göre biçimlendirmelerinin önüne geçmektir. Çalışma yaşamı üzerinden konuyu ele alırsak, burada çalışma koşulları çocuk bakımına ilişkin bir husus hiç yokmuş gibi düzenlenmektedir. Çalışma yaşamında yer almak isteyen kadınlar açısından, genel toplumsal yapı sebebiyle, çocuk sahibi olmama ya da çocuklarını çocuk bakıcılarına veya aile üyelerine bırakmaktan başka bir yol bulunmamaktadır. Halbuki maddi eşitlik anlayışı, çocuk bakımının sadece anneler açısından değil, babalar açısından da ele alınması gereğinin üzerinde durarak bu yönde düzenlemeler yapılmasını talep eder. Benzer şekilde, çalışma ortamının ve koşullarının engelli bireyler için uygun hale getirilmesi, kıyafet kodlarının ve tatil günlerinin etnik ve dini azınlıkların hassasiyetleri de göz önünde bulundurularak düzenlenmesi de konu kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶².

Maddi eşitliğin bir diğer yönü de katılımı ilgilidir; politik katılım ve toplumsal yaşama katılım. Geçmişte baskın olmayan grupların politik alanda temsil edilmemeleri için örülen duvarlar, bu grup mensuplarının seslerini duyurmalarını engellemişse de günümüzde, bu kişilerin politik alanda temsil edilmelerinin zaruri olduğu ve bu doğrultuda seslerini duyurmaları için, parlamentoda kota koymak gibi, gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu husus, maddi eşitlik için ayırt edici unsur olan dezavantajın düzeltilmesi açısından önemlidir. Eğer temsil edilme sadece dağıtım konusu olarak ele alınırsa korunan grupların temsil oranlarının, keşisen kimlikler de dahil olmak üzere, bütün grupları kapsayıp

¹⁶² Fredman, "Substantive Equality Revisited", s. 732-733 Smith, "Equality Constitutional Adjudication in South Africa", s. 613. Farklılıkların hesaba katılması maddi eşitliğin gereği olmakla birlikte farklılıkların hesaba katılması konusunun da sorunlu olduğu ifade edilmektedir. Farklılıkların göz önünde bulundurulması gerekliyse de kavram, hangi eşitsizliklerin hesaba katılması gerektiği veya farklılıkların nasıl yorumlanacağı konusunda açık değildir. Nitekim kişilerin tek tek bireysel özelliklerinin ele alınması mümkün değildir. Ayrıca hangi temellerin, farklılıkların belirlenmesinde esas alınacağı; durumların benzer olmamaları dikkate alındığı takdirde muamelenin neye göre belirleneceğinin, farklılıkların nereye kadar uyumlaştırılacağına açıklığa kavuşturulması gerektiği; aksi takdirde, ne kadar küçük olurlarsa olsunlar tüm azınlık gruplarının bireysel ihtiyaçlarının göz önüne alınmasının gerekebileceği eleştirileri yöneltilmektedir. Wentholt, "Formal and Substantive Equal Treatment: The Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality", s. 58. Bu eleştirilerin yanı sıra hangi farklılıkların ele alınması gerektiği sorusunun merkezinde doğal ya da değişmez farklılıkların yer aldığı; bu farklılıkların ise grup kimliğine ve ötekiliğe ilişkin kalıpyargısal görüşlerin devam etmesine yol açacağı belirtilmektedir. Ek olarak eşitliğin farklılık kavramı ile analiz edilmesinin hakim grupları ölçüt olarak kabul eden toplumsal yaklaşımın sürdürülmesine katkı sağlayacağı ileri sürülmektedir. Arnardottir, "A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?", s. 50.

kapsamayacağı ve kapsadığı takdirde hangi oranda kapsayacağı, cevabı aranan sorular olacaktır. Şekli eşitlik anlayışının bireyleri evrensellik ve soyutluk temelinde ele almasına karşılık maddi eşitlik anlayışı, bireylerin toplumsal varlıklar olmaları hasebiyle, topluma eşit katılımlarının sağlanmasının önem arz ettiğinin farkındalığı ile hareket ederek sadece politik içermeye değil, sosyal içermeye (social inclusion) de önem vermektedir¹⁶³.

Son olarak, maddi eşitlik anlayışı, ırk, toplumsal cinsiyet, etnik köken ve diğer temelleri bireyin kimliğinin alametifarikası olarak ele almaktadır. Söz konusu farklılıkların gözardı edilmesi yerine toplumsal yapıların bu farklılıkları dikkate alması gerekmektedir. Bu yönüyle maddi eşitlik azınlıkların, kadınların, engellilerin yani baskın grubun dışında kalanların, baskın grubun normlarına uyum sağlamalarının yerine toplumsal yapının baskın gruptan olmayanlara uygun bir biçimde düzenlenmesini öngörür. Bu doğrultuda örneğin binaların, engelli olanların

¹⁶³ Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 731-732. Oostland, maddi eşitlik anlayışının dezavantajlı grupların topluma katılmalarını sağlayabileceğini kabul etmekle birlikte toplumda belli bir grupta yer alan kişilerin her ne kadar o grubun üyesi olsalar da her zaman aynı ortak menfaatler etrafında kaynaşacakları anlamına gelmediğine dikkat çekmektedir. Rolanda Carina Oostland, **Non-discrimination and Equality of Women: A Comparative Analysis of the Interpretation by the UN Human Rights Committee and the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women** (Bundan sonra **Non-discrimination and Equality of Women** olarak kullanılacaktır), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universiteit Utrecht, 2006, s. 22, dipnot 82, (Çevrimiçi) <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/9832/index.htm?sequence=15>, 09 Haziran 2016. Sosyal içirme Hugh Collins’e göre ise adaletin bir ilkesi ya da gayesi iken genellikle hatalı olarak dağıtıcı adaletin eşitlikçi kavramı olarak ele alınmaktadır. Oysa eşitlikçi ilkeler ile sosyal içirme arasında temel bir farklılık bulunmaktadır. Sosyal içirme, toplumun içerisindeki belirli gruplardaki mutlak dezavantajlara odaklanır. Bundan ötürü de amacı, genel olarak refahın eşitlenmesi değil, “çocuk yoksulluğu”, “işsiz gençlik” ya da “muhtaç mahallelerdeki ırksal azınlıklar” dır. Çünkü sosyal içirme, toplumun nasıl bütünleşeceği ve uyumlu olacağına dair bir kuramdır. Bu kurama göre herkes, topluma katılarak onun toplumsal kurallarına ve kanunlarına riayet eder. Topluluktan çıkarılmak, gerçekleşmesi düşük bir ihtimaldir. Hugh Collins, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, **The Modern Law Review**, Vol. 66, January 2003, ss. 16-43, s. 22, 24. Sosyal içirme politikaları, bireylerin ekonomik, kültürel ve toplumsal yaşama tam olarak katılamadıkları bir devlette bu durumun düzeltilmesine yönelik çalışmalara karşılık gelmektedir. Sosyal içirme, sosyal dışlanma (social exclusion) ile ilişkili kaygılardan doğmuş ve sosyal dışlanma ile mücadele edilmesi amacına bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Yaş, cinsiyet, engellilik, ırk, etnik köken, din veya ekonomik yahut diğer temeller nedeniyle dezavantajlı durumda bulunan insanlar için topluma katılma aracılığıyla şartlarının iyileştirilmesi süreci olarak; gelişmiş fırsatlara, kaynaklara sahip olunmasına, seslerin duyurulmasına ve haklara saygıya işaret eder. Bu nedenle sosyal içirme hem bir süreç hem de bir amaçtır ve dışlanma tehdidine karşı politik bir tepki olarak ortaya çıkan ve tüm insanları kapsayıcı, daha fazla eşitliği ve hoşgörüyü hedefleyen bir sürece tekabül eder. **Leaving No one Behind: The Imperative of Inclusive Development, Report on the World Social Situation 2016**, United Nations Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, (Çevrimiçi) <https://www.un.org/development/desa/dspd/report-on-the-world-social-situation-rwss-social-policy-and-development-division/rwss2016.html>, 23 Mart 2018, s. 20.

ihtiyaçlarına göre; giysi kodlarının ve tatillerin etnik ve dini azınlıkların taleplerine; çalışma koşullarının çocuk sahibi olan ebeveynlerin, hem annelerin hem de babaların, durumlarına uygun bir biçimde düzenlenmesi gerektiğini vurgular¹⁶⁴.

c. Maddi Eşitliğe Yöneltilen Eleştiriler

Söz konusu işlevlerine karşın dezavantajın ön planda tutulmasının da sorunlu yönleri olduğunu dile getirilmektedir. İlk sorun dezavantajın kendisindedir. Dezavantaj, öncelikle sosyoekonomik dezavantaja yöneliktir ve çalışma yaşamındaki yetersiz temsil, eşit değerdeki işe daha az ücret ödenmesi durumlarında görüldüğü üzere, benzer kaynaklara erişimdeki kısıtlamalarla ilgilidir. Bu nedenle dezavantajın, kaynakların yanlış dağıtılmasından fazlasını kapsadığı unutulmamalı ve güç yapılarının bireylerin statülerine yönelik kısıtlamaları da dikkate alınmalıdır. Bu durum özellikle kadınlarla ilgili olarak dikkat çekicidir. Kadınların dezavantajı yalnızca gelir yoksulluğu ile karakterize edilmemelidir. Sorunun bir yönü aile içindeki ve dışındaki güç dengesizlikleri ile de ilişkilidir. Bireyler, tercihlerini kendi koşulları doğrultusunda yaptıklarından tercihin kendisinde de sorunların ortaya çıkmasının doğal olduğu gözardı edilmemelidir. Güvensiz ve düşük ücretli olmasına rağmen kadınların çocuklarına bakabilmek için yarı zamanlı çalışmayı tercih etmelerinde olduğu gibi. Bu tercih, kadınların öncelikli görevinin çocuk bakıcılığı olduğu bir bağlam ön planda tutularak yapıldığından kadınların söz konusu tercihleri için hukuki müdahaleye ihtiyaç duyulmadığı düşünülmemelidir. Aksine yarı zamanlı çalışmaya bağlı ortaya çıkan dezavantajın ortadan kaldırılması için çalışılmalıdır¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 733. Bu boyutun sorunlu yönleri için bkz. Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 733-734.

¹⁶⁵ Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 729-730. Ayrıca, kişinin değerli tercihlerini takip etmeleri için gerçek fırsatlardan yoksun bırakılması olarak da anlaşılabilecek dezavantajın, Amartya Sen tarafından ortaya konulan ve Martha Nussbaum tarafından da incelenen “*capability*” teorisinde (Türkçe literatürde “yapabilirlik yaklaşımı”, “yetkinlik yaklaşımı”, “kapasite yaklaşımı” olarak adlandırılmaktadır) de karşılık bulabileceği belirtilmektedir. Bu yaklaşımda, vatandaşların sahip oldukları aracılığıyla değer verdikleri işlevleri gerçekleştirip gerçekleştirilemediklerine odaklanılarak insanların seçimlerini ne ölçüde uygulayabildiklerini değerlendirmenin önemi vurgulanır. Zira kısıtlamalardan veya siyasi müdahalelerden ötürü bireylerin değer verdiği hedeflere ulaşmaları mümkün olmayabilmektedir. Ayrıca çok farklı sınırlamalara sahip bireylere aynı şekilde muamele edilmesi dezavantajı tekrarlayabilmektedir. Bu sebeple maddi eşitliğin işlevlerinden birinin de gerçek tercihin önündeki engellerin kaldırılarak dezavantajın düzeltilmesi olduğuna dikkat çekilmektedir. Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 730. Amartya Sen ilk olarak 1979 yılında Stanford

Maddi eşitlik anlayışına hangi eşit(siz)liklerin dikkate alınması gerektiği sorusuna cevap veremediği ya da hangi durumlarda kişilere eşit muamele edilmesi gerektiği ve hangi durumlarda kişilere eşit olmayan muamele edilmesi gerektiği sorununun çözüm getiremediği eleştirileri de yöneltilmektedir. Kavramdaki bu tür sınırlamaların nedeninin ise maddi eşitlik anlayışının hangi tür farklı muamelenin uygulanması gerektiğini net bir şekilde ortaya koyamamasından kaynaklandığı belirtilmektedir¹⁶⁶.

D. Fırsat Eşitliği-Sonuçlarda Eşitlik

1. Fırsat Eşitliği

a. Fırsat Eşitliği Kavramı

Modern olmanın ve modernleşme sürecinin bir ölçüsü olarak kullanılabilen eşitlik ilkesi, Amerikan ve Fransız devrimlerinden itibaren toplumların yeniden düzenlenmesini temel gaye olarak benimseyen toplumsal hareketlerin destek unsurlarındandır. Benzer biçimde toplumsal eşitsizlik sorunu da modern vatandaşlık ile ortaya çıkan modern bir sorundur. Modern vatandaşlık anlayışının evrensel normlar ile laik bir değerler sistemini ön plana alarak belli bir eşitlik taahhüdünde bulunmasının sonucu olarak toplumsal eşitsizlik, eskiden olduğunun aksine kaçınılmaz ve doğal bir şey olarak görülmemeye başlanmıştır¹⁶⁷. Bu kavrayışın bir sonucu olarak gündeme gelen ve şekli eşitlik anlayışı ile sonuçlarda eşitlik anlayışının alternatifi olarak gün geçtikçe daha fazla dikkate alınan ve bu iki

Üniversitesi'nde verdiği İnsan Değerleri Üzerine Tanner Konferansı'nda (The Tanner Lecture on Human Values) *capability* yaklaşımını paylaşmıştır. Sen, bu çalışmasında esas olarak John Rawls'un ve faydacılığın refaha ilişkin yaklaşımını eleştirmiştir. İnsanların gerçekten ne yapabilecekleri veya ne olabilecekleri üzerine odaklanan yetkinlik yaklaşımının bazı unsurları Aristoteles, Adam Smith, John Stuart Mill ve Karl Marx'a değin götürülebilirse de Sen'in çalışmalarında John Rawls'un ve Isaah Berlin'in etkileri yadsınmaz. Ancak Sen'in, yaklaşımını kademeli olarak geliştirdiğinin ve başlangıç noktasında kalmadığının da altı çizilmelidir. Martha Nussbaum'un ise Sen'in *capability* yaklaşımını adaletin kısmi bir teorisi olarak kullandığı ve temel argümanları arasında farklılıkların olduğu da belirtilmelidir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Amartya Sen, "Equality of What?", Ed. McMurrin, **Tanner Lectures on Human Values**, Cambridge, Cambridge University Press, 1980; **Development as Freedom**, New York, Knopf., 1999 (Özgürlükle Kalkınma, Çev. Yavuz Alagon, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2004); Martha Nussbaum, **Women and Human Development: The Capabilities Approach**, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

¹⁶⁶ Oostland, **Non-discrimination and Equality of Women**, s. 22

¹⁶⁷ Turner, **Eşitlik**, s. 19-21.

kavramın arasında yer aldığı belirtilen fırsat eşitliği (equality of opportunity, equality of chances) ¹⁶⁸ toplumun daha adil bir yer olması açısından önemli kabul edilen bir kavramdır¹⁶⁹. Bundan ötürü de fırsat eşitliği düşüncesi, toplumdaki ekonomik dağılımın meşru kılınmasında önemli bir rol üstlenmiştir. Nitekim adil bir fırsat eşitliğinin söz konusu olması halinde yani ırkı, cinsiyeti, toplumsal konumu veya diğer statüleri itibariyle kimsenin dezavantajlı bir durumda olmadığı hallerde, kişilerin kazançları arasındaki farkın meşru kabul edilebileceği ve en kötü durumda olan kişinin söz konusu eşitsizlikten yararlanıp yararlanmadığının önem arz etmeyeceği ileri sürülmektedir¹⁷⁰.

Genellikle sonuçlarda eşitliğin sağlanması yönetimlerin işi olarak görülmezken fırsat eşitliğinin sağlanmasının yani en yalın anlamıyla herkesin aynı yerden başlamasını sağlama görevinin, yönetimlerin sorumluluğunda olduğu iddia edilmektedir. Buna göre herkese eşit fırsatlar sağlandığında kişilerin bu fırsatları nasıl değerlendirdikleri, hangi sonuçları elde ettikleri onları ilgilendirir, hükümetleri değil. Yönetim açısından önemli olan, herkese eşit fırsatın sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi neticesinde herkese eşit fırsatın sağlandığı cevabının alınmasıdır¹⁷¹.

Ancak kişilere fırsat eşitliği nedir sorusu yöneltildiğinde alınacak cevapların farklı olacağı; bazılarının bu soruya her zaman en iyi olanın işi alması, diğerlerinin ise herkesin aynı yerden başlaması, başarı için benzer koşullarının olması veya ırk, cinsiyet gibi özelliklerin işe alımlarda gündeme gelmemesi cevabını verecekleri ileri

¹⁶⁸ Fredman, *Discrimination Law*, s. 18; Clifford, “Equality”, s. 428; Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, s. 613.

¹⁶⁹ Matt Cavanagh, *Against Equality of Opportunity*, New York, Oxford University Press, 2002, s. 1.

¹⁷⁰ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s. 79. Fırsatların sağlanmasında şekli engellerin kabul edilemez bulunmasının belki de en belirgin sebebi, kişilerin statülerinin, ırk veya aile geçmişi gibi keyfi koşullara bağlı olmaması gerektiğine ilişkin sahip olduğumuz sezgidir. Çünkü gerek aile gerekse ırk, kişinin kontrolüne bağlı olarak sahip olduğu, elde ettiği özellikler değildirler. Bunlar doğumla sahip olunan özelliklerdir. Dolayısıyla kişinin kontrol edemediği özelliklerin, yaşantısında etkili olmasına izin verilmesinin haksızlık olduğuna inanılmaktadır. Zaten rastlantısal faktörlerin kişinin yaşamında belirleyici olmaması gerektiği savı fırsat eşitliğinin en temel argümanıdır. David A. Strauss, “The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Results”, **Redefining Equality**, Ed. Neal Devins, Davison M. Douglas, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998, ss. 51-64, s. 52.

¹⁷¹ Strauss, “The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Results”, s. 51.

sürülmektedir¹⁷². Neticede eşitliğin belirsiz bir kavram olduğuna yönelik eleştirilerin benzeri fırsat eşitliğine de yöneltilerek, fırsat eşitliğinin anlamının belirsiz bir olduğu iddia edilir. Nitekim bu görüşe göre fırsat eşitliği, niteliklere dayanarak ayırım yapmanın resmen yasaklanması ve gelir dağılımının, bireysel çabaların ve yeteneklerin yansıması olarak meritokrasi anlamında kullanılabileceği gibi makama yönelik rekabetin mümkün olması için kaynakların dengelenmesi anlamında da kullanılabilmektedir¹⁷³.

Fırsat eşitliği, sonuçlarda eşitliğin aksine, bireylerin yarışın sonundaki değil, başlangıcındaki durumunu temel alır. Kişilere bir kere eşit fırsatlar sağlandığında artık önemli olan, onların bu fırsatları bireysel özellikleri ve azimleri doğrultusunda nasıl değerlendirdikleridir. Yarış metaforu üzerinden sıkça örneklendirilen eşitliğin bu türünde, gerçek eşitliğin katılımcıların yarışa farklı çizgilerden değil, aynı çizgiden başlamaları halinde sağlanabileceği ileri sürülmektedir¹⁷⁴.

Yapay bariyerlerle, önyargılarla veya işle ilgisi olmayan tercihlerle engellenmediği yani herhangi bir keyfi durumun olmadığı, ilgisiz faktörlerin ön plana çıkarılmadığı takdirde o iş için en yetenekli, en donanımlı olanın seçilmesi fırsat eşitliğinin gereğidir. Bu yönüyle fırsat eşitliğinin nepotizmin karşısında olduğu ifade edilebilir. Ek olarak fırsatlarda eşitlik, tercihleri ön plana çıkardığından eşitsiz sonuçların gündeme gelmesine karşı çıkmaz. Herkese eşit fırsatlar sunulduğu süreçte her birey yaşamını çizdiği rotada sürdürebilecektir. Herkesin kendisinin çizdiği yol da farklı olduğundan eşitsiz sonuçların ortaya çıkması olağan karşılanmalıdır¹⁷⁵.

¹⁷² Cavanagh, **Against Equality of Opportunity**, s. 1.

¹⁷³ Alex Callinicos, **Eşitlik**, Çev. Öncel Sencerman, Ankara, Bilegesu Yayıncılık, 2014, s. 52-53.

¹⁷⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 18; Bayefsky, “Defining Equality Rights”, s. 5.

¹⁷⁵ Fredman, “Substantive Equality Revisited”, s. 723. Fırsat eşitliği yönetsel/şekli (procedural/formal) ya da gerçek (substantive) fırsat eşitliği şeklindeki ikili ayrımla da ele alınmaktadır. Şekli fırsat eşitliği, şekli prosedürlerin takip edilmesi neticesinde söz konusu işe ya da pozisyona o işle ilgili olan ölçütler dikkate alınarak yetenekleri ölçüsünde en uygun adayın seçilmesiyle ilgilidir. Kanunlar, kimlerin hangi işleri yapacağına ya da hangi pozisyonlarda bulunabileceğine, örneğin geçmişte olduğu gibi aristokratik ölçütleri kullanarak ya da günümüzdeki sorunlar dikkate alındığında azınlık gruba mensubiyetleri çerçevesinde sınırlamalar getirmemelidir. Dikkat edilmesi gereken ilgili işe ya da pozisyona yetenek ölçütü baz alınarak uygun adayın yerleştirilmesidir. Sergiu Balan, “Formal and Substantive Equality of Opportunity”, **Cogito**, Vol. IV, No. 4/December, 2012, ss. 85-95, s. 86; Strauss, “The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Results”, s. 52. Şekli fırsat eşitliği, insanların kaderlerinin, içinde bulundukları koşullardan çok, tercihleri ile belirlenmesine karşılık gelir. Fırsat eşitliğinin toplumdaki

b. Fırsat Eşitliğine Yöneltilen Eleştiriler

Günümüz batı toplumlarında bireyler arasındaki gelir ve sosyal konum farkları, fırsat eşitliğinin gerçekleştirilmiş olması koşuluyla, olağan karşılanmaktadır. Örneğin Kerem'in, şu an Tahir'in çalıştığı işte çalışma olanağına sahip olmasına rağmen, ilgili işte çalışmadığından ikisinin kazançları arasında fark olması yani Tahir'in aylık kazancı 15.000 TL iken Kerem'in kazancının 1500 TL olması makul kabul edilir. Bu fark Tahir'in doktor, Kerem'in otobüs şoförü olmasından doğmuş olsa bile burada bir haksızlık olduğundan bahsedilemez, yeter ki Kerem de Tahir'in meslek seçiminde sahip olduğu şansa sahip olsun ve Kerem de Tahir'e sunulan imkânlara sahip olabilsin. Kısacası önemli olan herkese eşit bir başlangıç olanağının sunulmasıdır. Herkese eşit bir başlangıç verildiği müddetçe, başlangıç sonrasında aldığımız kararlarımıza göre elde ettiğimiz sonuçlar önem arz etmemektedir. Eğer Kerem dini, ırkı ya da doktorlukla ilgisi olmayan bir engeli dolayısıyla değil de tıp fakültesinde okumak için yeterli puanı alamamış ve neticede doktor olamamışsa ve ikisinin kazançları arasındaki fark bunun sonucunda oluşmuş ise burada bir eşitsizliğin olduğundan söz edilemeyeceği zira taraflara fırsat eşitliğinin sunulduğu iddia edilmektedir¹⁷⁶.

Yukarıdaki sava karşılık şu sorunun akla gelmesi olağandır: Gelir durumundaki ve toplumsal konumdaki farklılık gerçekten de kişilerin bireysel çalışmalarından doğan farkın sonucu mudur? Günümüzde artık önemli kabul edilmese de toplumlar açısından uzunca bir süre önem arz eden bir konu aracılığıyla, saygın kabul edilmek için savaşçı sınıfa mensubiyeti dikkate alan bir toplumu ele alarak soruyu yanıtlamaya çalışalım. Savaşçı sınıf üyelerinin onlarca zamandır varlıklı ailelerden seçilmelerine karşılık eşitlikçi reformcular tarafından kanunda yapılan bir değişiklik ile ilgili kuralın toplumun her kesimine açık hale getirildiğini düşünelim. Düzenleme, savaşçı seçiminin makul bir yarışın sonucuna bağlı olması

birçok kişiye adil görünmesinin sebebi de budur; fırsat eşitliği olan bir toplumda kişinin, isteklerinin peşinden koşarken, başarılı ya da başarısız olmasını belirleyen şey ırkı, sınıfı ya da cinsiyeti değildir; performansıdır. Bundan ötürü de hiç kimsenin toplumsal koşullar bakımından dezavantajlı olmadığı bir toplumda, insanların kaderlerinin kendi ellerinde olduğu kabul edilmektedir. Fırsat eşitliğinin olduğu bir toplumda başarı, çabanın sonucunda elde edildiği için “ödül” olarak kabul edilir. Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s. 80.

¹⁷⁶ Peter Singer, **Pratik Etik**, Çev. Nedim Çatlı, İthaki Yayınları, 2015, s. 66.

gerektiğine duyulan inancın doğrultusunda gerçekleştirilmiş olsun. Bu takdirde dahi, herkese savaşçı olabilme fırsatı kanunlarda düzenlenmiş olsa bile, söz konusu sınıfa kabul edilenler yine büyük ölçüde varlıklı olan ailenin mensuplarından olacaktır. Çünkü gerekli fiziksel kuvvete sahip olmak, savaşçı olabilmenin önemli koşullarındandır ve bu koşul yeterli ve düzenli bir beslenmeyi, belirli besinlerin tüketilmesini gerektirir. Toplumun varlıklı olmayan yoksul kesimi ise yeterli ve gerekli besin maddelerine ulaşamadığından bu yarışta başarılı olamayacaktır. Varlıklı aileler herkese yarışa katılma imkânı verildiği için yarışın adil olduğunu ve eğer yarışta başarılı olunamıyorsa bunun kötü şansa bağlı özelliklerden veya bireysel yetersizliklerden kaynaklandığını, bu yarışta kimsenin yoksul olmasından ötürü dışlanmadığını, dışlanan şeyin yeterince güçlü olmamak, zayıf olmak olduğunu iddia edebilirler. Halbuki, belirtildiği üzere, yoksulluk ile yetersiz beslenme ve yetersiz beslenme ile fiziksel zayıflık arasında açık bir nedensel ilişki vardır. Toplumun bir kesiminin dezavantajlı konumunun reformlar veya toplumsal eylemler ile değiştirilmesine rağmen savaşçı seçiminde toplumdaki kesimler arasında orantısız ve eşitsiz bir sonucun çıkması, yapılan değişikliklerin hem beklentileri karşılamaktan hem de eşitliği gerçekleştirmekten uzak olduğunu göstermektedir¹⁷⁷.

Bu aşamada söz konusu itirazları dikkate alarak şu soruları da sormamız gerekir; cinsiyetimiz, ırkımız ya da aile geçmişimizin aksine yeteneklerimizin kontrolü gerçekten de bizim elimizde midir? Elbette yeteneklerimizi azimle ve kararlılıkla geliştirebilir, bu uğurda çaba sarfedebiliriz fakat çevresel faktörlerin, nasıl bir çocukluk geçirdiğimizin yeteneklerimizi ortaya koymamızda veya geliştirmemizde hiç mi etkisi yoktur? Yeteneklerimizin de aile veya ırk gibi sahip olunan rastlantısal özellikler olduğu iddia edilebilir mi? Eğer öyleyse, kişilerin kontrol edemedikleri özelliklerinden bir tanesi olarak yeteneklerinin geleceklerini

¹⁷⁷ Williams, "The Idea of Equality", s. 99-100. Her ne kadar maddi fırsat eşitliği yaklaşımı da fırsatların yöntemsel olarak sunulmasının eşitliği sağlamakta yetersiz olduğu düşüncesinden hareketle, eşitliğin sağlanması için bazı önlemlerin alınması gerektiği düşüncesini ön plandatsa da şekli fırsat eşitliğinde ortaya çıkan problem, onun şekli olan doğasından kaynaklanmaktadır. Savaşçı örneğini ele alalım. Herkesin söz konusu pozisyona başvurabileceğini ve değerlendirmelerin adil bir biçimde yapılacağı varsayımında dahi, başvuru koşullarının herkese açık hale getirilmesi tek başına yeterli değildir. Söz konusu savaşçı yeteneklerin fiziken ve manen geliştirilmesine yönelik önlemlerin de sağlanması gerektiği maddi fırsat eşitliği anlayışını doğurmuştur. Arneson, "Equality of Opportunity".

etkilemesine izin verilmesi fırsat eşitliğinin zarar görmesi anlamına gelmez mi?¹⁷⁸.

Yeteneklerle ırk, cinsiyet, aile gibi özelliklerin aynı kabul edilerek değerlendirilmeyeceği ifade edilmektedir. Buna göre yeteneksizlerin veya az yeteneklilerin işe kabulüne piyasa koşullarına göre karar verilmektedir. Yeteneksiz kişiler de yeteneklilerle aynı pozisyonlara başvurabilirler, bunun önünde herhangi bir kanuni engel yoktur. Ancak özel piyasa açısından önemli olan, yeteneklerin mükafatlandırmasıdır ve piyasanın işleyişi de yetenekleri mükafatlandırmaya dayanmaktadır. Bundan ötürü fırsat eşitliği açısından daha yeteneklilerin işe alınması makul kabul edilirken ırkı sebebiyle kişilerin dışlanmalarına karşı çıkılmaktadır¹⁷⁹.

Fırsat eşitliği ilkesi, bir takım sınırlamaları ve zorlukları da barındırmaktadır. Fırsat eşitliği, bireysel yaşamların her yönünü değil, tüm üyelerin katıldığı ortak bir yaşam olan siyasi ve sivil bir toplumu düzenleyen bir ilke olduğundan, bireylerin yaşamlarının her yönüne ilişkin düzenlemelerde etkili olduğu ileri sürülemez¹⁸⁰. Bu koşullar ise özel yaşam alanına girdiği kabul edilen bir takım alanlardaki eşitsizliklerin göz ardı edilmesine yol açmıştır. İşverenin işe alımlarda kadınlar ve erkekler arasında bir ayrım gözetmediği ve koşulları herkese açık olacak biçimde düzenlendiği; çalışanların maaşında cinsiyete dayalı değil, yapılan işe dayalı olarak farklılıklar belirlediği durumlarda bile ilgili düzenlemelerin, örneğin annelik izni kullanacak olanlara hiçbir şekilde maaş ödenmemesi durumunda, kişinin özel

¹⁷⁸ Strauss, "The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Results", s. 53-54. Çoğunlukla toplumsal eşitsizlikleri kaldırmak yoluyla fırsat eşitliğinin sağlandığı ve bu nedenle bireyler arasındaki gelir eşitsizliğinde, bireylerin tercihlerinin ve çabalarının etkisiz olduğu kabul edilmektedir. Bununla beraber doğal yeteneklerdeki farklılıkların da dikkate alınması gerektiği, aksinin doğal yeteneklerin dağılımının keyfi oluşunu göz ardı etmek anlamına geldiği de ileri sürülmektedir. Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s. 82-83.

¹⁷⁹ Strauss, "The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Results", s. 54. Adalete uygun bir fırsat eşitliğinin nasıl sağlanacağı hususunda çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Bunlar; eğitimde ve istihdamda ayrım gözetmemenin kanunlara bağlı tutulması, ekonomik ve kültürel olarak dezavantajlı konumdaki grupların üyelerinin ekonomik bir başarı elde edebilmeleri için eylem programlarının hayata geçirilmesinin gerekliliği vb. Ancak bu fikirlerde göz ardı edilmemesi gereken nokta, bireyler arasındaki eşitsizliklerin, bireylerin eylemlerinin ve tercihlerinin bir sonucu olması halinde adil kabul edildiğidir. Bireylerin eylem ve tercihlerine bağlı olmayan, keyfi ve hak etmedikleri farklılıklardan ötürü dezavantajlı muameleye tabi tutulmaları ise adil kabul edilmemektedir. Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s. 80-81.

¹⁸⁰ Richard Arneson, "Equality of Opportunity", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2015 Edition), Ed. Edward N. Zalta, (Çevrimiçi) URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/equal-opportunity/>, 06 Temmuz 2017; Balan, "Formal and Substantive Equality of Opportunity", s. 88.

yaşamı kapsamında değerlendirilebilecek olan çocuk sahibi olma konusunda, kadınlar aleyhine kısıtlamaya yol açabildiği hususuna dikkat edilmelidir¹⁸¹.

Fırsat eşitliğinin piyasa ekonomisi üzerinde de ahlaki kısıtlamalara sebep olabileceği iddia edilmektedir. Bu kısıtlamalar yatırımcıların, yöneticisi kadın olan, homoseksüel olan, azınlıktaki bir grubun mensubu olan bir şirkete yatırım yapmaktan imtina etmelerini engelleyebilir. Kural böyle olmasına rağmen, yani istihdam, yatırım, alım ve satım işlemleriyle ilgili olarak ırk, etnik köken, cinsiyet, inanç vb. temelde ayırım gözetilerek muamelede bulunulmasının fırsat eşitliği anlayışını ihlal ettiği ifade edilmekteyse de küçük bir işletme sahibinin kendi aile üyelerinden birini işe almak istemesi halinde burada önyargılı bir tutumun olmadığı ve aile üyesi olmayanlara ayırım yapılarak fırsat eşitliğinin zedelendiğinin ileri sürülemeyeceği savunulmaktadır¹⁸².

Hatırlanacağı üzere açık olan bir pozisyon için alınacak adayın belirlenmesi esnasında herkese aynı testlerin uygulanması ve bu doğrultuda performanslarının değerlendirilmesi esasen her adayın başvurusu eşit şartlarda yaptığına kanıt olarak gösterilemez. Adayların sosyoekonomik geçmişlerindeki farklılıklar onların sınavdaki başarısını etkileyebilir. Sosyoekonomik açıdan daha rahat olanlar, bu tür testlere daha iyi bir şekilde hazırlanma imkânına sahiptirler. Sonuçta herkes aynı teste tabi olmakta ve işe kabul şartları açısından kişinin ırkı, tabi olduğu sınıf ya da cinsel yönelimi, cinsiyeti gibi o işle ilgili olmayan ölçütler dikkate alınmamaktadır fakat bu durum bile farklı özelliklere sahip kişilerin işe alınmasını güvencelemiş olmamaktadır¹⁸³. Geçmişten günümüze ayrımcılığa maruz kalmış gruplara mensup kişilerin, örneğin çocuklu bir annenin, işle ilgili kimi ölçütleri yerine getirmekte zorlanabileceği açıktır. Bu ise, fırsatların sadece tanınmasının değil, aynı zamanda bu fırsatları elde edebilecek imkânlarla sahip olunmasını sağlayacak koşulların da yaratılmasının önemini ortaya koymaktadır¹⁸⁴.

¹⁸¹ Balan, "Formal and Substantive Equality of Opportunity", s. 87-88.

¹⁸² Arneson, "Equality of Opportunity".

¹⁸³ Balan, "Formal and Substantive Equality of Opportunity", s. 88.

¹⁸⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 18-19.

2. Sonuçlarda Eşitlik

a. Sonuçlarda Eşitlik Kavramı

Benzer muamelenin, geçmiş veya süregiden ayrımcılığın ortaya çıkardığı eşitsizlikleri pekiştirdiğinin farkındalığı ile hareket eden sonuçlarda eşitlik anlayışı, (equality of results, equality of condition, equality of outcome)¹⁸⁵ başlama noktasını ve doğal yeteneği dikkate almaksızın yaşamayı yahut diğer siyasal araçları kullanarak sonuçlarda eşitliği sağlama gayesiyle başlangıçtaki eşitsizlikleri toplumsal eşitliklere dönüştürmeye çalışır. Sonuçlarda eşitlik ile eşit biçimde yarışa başlamanın mevcut eşitsizlikleri gidermediğinden hareket edilerek kadınlar, çocuklar ya da etnik azınlıklar gibi avantajsız veya ayrıcalıksız gruplar lehine olumlu ayrıcalık güden toplumsal programlar vasıtasıyla sonuçlardaki eşitliği güvenceleyecek fırsat eşitliğinin yaratılması için şartlardaki önemli eşitsizliklerin giderilmesi hedeflenir¹⁸⁶.

Sonuçlarda eşitlik anlayışı, muamelenin kendisine odaklanan şekli eşitliğin aksine faydanın daha adil bir biçimde dağıtımını amacıyla sonucu ön plana çıkarır¹⁸⁷. Böylece bireylerin pozitif ayrımcılık, olumlu eylem ya da özel önlem olarak adlandırılan programlar vasıtasıyla cinsiyetleri veya ırkları gibi grup aidiyetleri yahut tarihsel dezavantajları hasebiyle ötekileştirmeye ve ayrımcılığa uğramaya devam edenlerin, içinde bulundukları koşulların olumlu bir yönde değiştirebileceği iddiasındadır¹⁸⁸.

En radikal eşitlik fikri olduğu ileri sürülen sonuçlarda eşitlik¹⁸⁹, serbest piyasa, vergi reformları, sosyal yardımlar ve başka toplumsal iyileştirme yöntemleriyle gelirin yeniden paylaşımı için tasarlanan siyasal programlarla birlikte ortaya çıkmıştır. Bu yönüyle de tam veya eksik rekabetten kaynaklanan kimi olumsuzluklardan doğan eşitsizlikleri gidermeyi amaçlayan pek çok sosyalist iktisadi

¹⁸⁵ Fredman, **Discrimination Law**, s. 14. Sonuçlarda eşitlik anlayışının grup adaleti, yeniden dağıtıcı adalet ve faydaların daha adil bir şekilde dağıtımının başarılması ile ilişkili olduğu ve özellikle ABD ve Kuzey İrlanda'da benimsendiği belirtilmektedir. Clifford, "Locating Equality: from Historical Philosophical Thought to Modern Legal Norms", s. 18.

¹⁸⁶ Turner, **Eşitlik**, s. 37; Clifford, "Equality", s. 429.

¹⁸⁷ Fredman, **Discrimination Law**, s. 14.

¹⁸⁸ Clifford, "Equality", s. 429.

¹⁸⁹ Turner, **Eşitlik**, s. 37.

politikanın bir parçası olduğu belirtilmektedir¹⁹⁰.

b. Sonuçlarda Eşitliğe Yöneltilen Eleştiriler

Sonuçlarda eşitlik genellikle çalışma yaşamında, okullara veya üniversitelere yerleşmede ya da oy verme sürecinde karşımıza çıkmaktadır. Fakat sonuçlar açısından sağlanmasına çalışılan eşitliğin kendisinin kullanımının bazı pürüzlü noktaları da yok değildir. Eğitim kurumlarına kabulde yahut iş yaşamında kadın ve erkeklerin sayısal eşitliğinin sağlanmasına yönelik çalışmalar, sonuçlarda eşitliğin sağlanması adına yapılabilir. Buna karşın bu tür çalışmalarda, tüm grupların dikkate alınıp alınmadığı ya da tüm grupların hassasiyetlerinin dikkate alınmasının mümkün olup olmadığı sorularını da gündeme getirmektedir. Örneğin işyerlerinde, eğitim kurumlarında yaş, engellilik, din veya cinsel yönelim gibi temellerde de sonuçlarda eşitliğin sağlanıp sağlanmayacağı veya çoklu temellerdeki durumların, engeli bulunan yaşlı bir kadının durumunda olduğu gibi, nasıl ele alınması gerektiği cevapsız kalan sorulardır¹⁹¹. Değinilmesi gereken diğer bir nokta da şekli eşitlik anlayışının çözümlemekte başarısız olduğu düşürerek eşitlemek sorununa ilişkindir. Sonuçlarda eşitlik anlayışı da şekli eşitlik anlayışına benzer şekilde, düşürerek eşitlemek ile ilgili olarak bir yol haritasına sahip değildir; herkesin durumunun kötüleşmesi halinde dahi sonuçlarda eşitlik sağlanabilir¹⁹².

Sonuçlarda eşitlik anlayışında, söz konusu sorunlara ilaveten, sonuçla ilgili de bazı belirsizliklerin olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre sonuç veya etki en az üç farklı şekilde kullanılabilir. İlki, sonucun birey üzerindeki etkisine ilişkindir. Burada incelenen görünürdeki eşit muamelenin bireyin ırkı, cinsiyeti veya diğer ilgisiz özelliklerinden ötürü ona zarar verip vermediğidir ve amaçlanan, birey için bir çözümün temin edilmesidir. İkincisinde ise birey değil, grup merkeze alınır. Örneğin bir grubun çalışma yaşamında, eğitim kurumlarında görünür olmaması, onlara ilgili alanlarda yer verilmemesi ayrımcılık olarak ele alınabilir fakat bu sadece bir varsayımdır. Böylesi bir sonucun ortaya çıkmasına yol açan unsurların, dışlayıcı

¹⁹⁰ Turner, **Eşitlik**, s. 38.

¹⁹¹ Fredman, "Substantive Equality Revisited", s. 721.

¹⁹² Fredman, "Substantive Equality Revisited", s. 722.

kuralların ya da engellerin olması durumunda bu faktörlerin dikkatle ele alınması gerekir. Eğer bu tür ölçütler veya engeller yoksa ya da söz konusu ölçütler olmakla birlikte bu ölçütler, o işin niteliği gereği belirlenmişse, ayrımcılık yapıldığı varsayımı geçerliliğini yitirir. Sonuçlarda eşitliğin üçüncü anlamı ise eşit sonuca dairdir. Burada kadınların veya azınlıkların işgücündeki temsil oranları önemlidir. Eşitliğin bu şekildeki kavranışının dışlayıcı ölçütleri gidermenin ötesinde, sonuçlarda eşitliği sağlamak adına yeterince temsil edilmeyen gruplar için ayrıcalıklı muameleyi de içermesinden dolayı tartışmalı olduğu iddia edilmektedir¹⁹³.

Kota uygulamaları gibi sonuçlarda eşitliği gözeten politikaların hali hazırda var olan kurumların ve yapıların yeniden düzenlenmesinin ya da uyumlaştırılmasının toplumsal değişim ihtiyacını gölgelediği eleştirilerine ek olarak söz konusu dezavantajlı grup üyelerine sağlanan imkânların yani maddi dağıtımın onların dezavantajları göz önünde bulundurularak yeniden gerçekleştirilmesinin, onların “mağdur” şeklinde tanımlanabilecek olan statülerini pekiştireceği ve ayrımcılığa neden olan kalıpyargıları devam ettireceği de savunulmaktadır¹⁹⁴.

II. AYRIMCILIK

A. AYRIMCILIĞIN DAYANAĞI OLARAK ÖNYARGI

1. Önyargı Kavramı

Latince *prae* (ön) ve *judicium* (yargı) sözcüklerinden oluşan önyargı (lat. *praejudicium*, ing. *prejudice*) sözcüğü, nesnesi bir sosyal grup olan tutuma karşılık gelecek şekilde kullanılır. Gordon Allport sözcüğün Latince karşılığının kullanımının zamanla değişime uğradığını belirtmiştir. Buna göre *praejudicium* Antik dönemde “geçmişteki örnek demekti -eski kararlara ve deneyimlere dayanan yargı” anlamında kullanılmışsa da, daha sonra İngilizcede “olguları gözden geçirmeden ve göz önüne almadan önce oluşan yargı anlamını almış ve -zamanından önce ya da acele yargı” manasında kullanılmıştır. Son dönemde ise “... desteklenmemiş önceki yargıya eşlik

¹⁹³ Fredman, **Discrimination Law**, s. 14-16.

¹⁹⁴ Clifford, “Equality”, s. 429.

eden olumluluğun ya da olumsuzluğun mevcut duygusal niteliği” ile ilişkili olacak şekilde kullanılmaktadır¹⁹⁵.

Önyargı, esas olarak, I. Dünya Savaşı’ndan sonra kültürel açıdan farklı insanlara ve ulusal azınlıklara karşı haksız ve mantıksız olumsuz tutumlar olarak görülmeye başlanan bir kavramdır. Bu yönüyle önyargının belirgin olarak yirminci yüzyıla has bir kavram olduğu belirtilmekteyse de bu ifade bizi bugün önyargı olarak adlandırılan eylem ve düşünme biçimlerinin daha önce var olmadığı, yirminci yüzyılda ortaya çıktığı sonucuna götürmemelidir. Zira önyargı, yirminci yüzyılın başlarında ve hatta on dokuzuncu yüzyılda, olumsuz ve aşağılayıcı ırkçı tutumlar, gelişmiş Batılı insanların sömürge halklarına yani geri kaldığı düşünülen insanlara karşı takındıkları doğal tepkiler olarak kabul edilmiştir. Kavramın I. Dünya Savaşı’ndan sonraki süreçteki inşası ile birlikte, geçmişte doğal kabul edilen tepkilerin aslında başat toplumsal meselelerden biri olduğuna dikkat çekilmiş ve çözülmesi için adımlar atılmasına başlanmıştır¹⁹⁶.

Önyargının, hata içeren ve esnek olmayan genellemeye dayanan bir antipati olduğunu ve hissedilebileceğini veya ifade edilebileceğini; bütün olarak bir gruba ya da bir gruba üye olduğu için bir bireye yöneltilebileceğini belirten Allport, hatalı sıradan yargılar ile önyargının farklı olduğunu ve bir kimsenin, hatalı yargılarını yeni bir kanıtın ışığında düzeltmediğinde önyargılar haline geldiğini belirterek önyargılarımıza karşı koyan kanıtlara duygusal olarak direndiğimizi savunmuştur¹⁹⁷. 1950 ile 1966 yılları arasında basılan kitaplardaki önyargı tanımlarını inceleyen Ehrlich ise bu tanımlardaki ortak özelliğin önyargının belirli bir gruba üye oldukları

¹⁹⁵ Gordon W. Allport, **The Nature of Prejudice**, Cambridge, MA, Addison-Wesley Publishing, 1954, s. 6. Geleneksel görüşe göre önyargı bilişsel, duygusal ve konatif olmak üzere üç bileşenden oluşmaktadır. Bunlar; tutum nesnesi hakkındaki inançlar, tutum nesnesi ve onun sahip olduğuna inanılan nitelikler hakkındaki genelde olumsuz olan güçlü duygular ve tutum nesnesine karşı belli bir biçimde davranma niyetidir. Ancak bu üç bileşenli tanımların yanı sıra önyargı, ayrımcı davranışları içerecek şekilde de tanımlanmaktadır. Buna göre önyargı, bir grubun üyelerine, yalnızca o grubun üyeleri olmaları sebebiyle, aşağılayıcı sosyal tutumlar veya bilişsel inançlarla yaklaşmak, onlar hakkında olumsuz duygular beslemek yahut onlara karşı düşmanca veya ayrımcı davranışlar ortaya koymaktır. Michael A. Hogg, Graham M. Vaughan, **Sosyal Psikoloji**, Çev. İbrahim Yıldız, Aydın Gelmez, 2. Baskı, Ankara, Ütopya Yayınevi, 2014, s. 359.

¹⁹⁶ John Duckitt, “Reducing Prejudice: An Historical and Multi-Level Approach”, **Understanding Prejudice, Racism, and Social Conflict**, Ed by. Martha Augoustinos, Katherine J. Reynolds, London, Sage, 2001, ss. 253-272, s. 253.

¹⁹⁷ Allport, **The Nature of Prejudice**, s. 9.

için başkalarına yöneltilen olumsuz bir tutum olarak ele alınması olduğuna işaret etmiştir. Böylece Ona göre önyargı, herhangi bir grup insana yönelik tutumdur¹⁹⁸. Bir başka tanımda ise önyargı, belirli bir gruba üye oldukları için başkalarına karşı makul olmayan olumsuz bir tutum olarak tarif edilmiştir¹⁹⁹.

¹⁹⁸ H. J. Ehrlich, **The Social Psychology of Prejudice**, New York: Wiley, 1973, s. 8'den aktaran Harold D. Fishbein, **Peer Prejudice and Discrimination: The Origins of Prejudice**, 2nd Edition, New Jersey, USA, Lawrence Erlbaum Associates, 2002, s. 3.

¹⁹⁹ Fishbein, **Peer Prejudice and Discrimination: The Origins of Prejudice**, s. 5. Bu noktada tutum kavramından kısa da olsa bahsetmek, konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından önem arz etmektedir. Tutumun ne olduğuna farklı şekillerde cevap verilebilirse de tutumun bir bireye atfedilen ve onun psikolojik obje ile ilgili düşünce, duygu ve davranışlarını düzenli bir biçimde oluşturan bir eğilim olduğu ileri sürülür. M. B. Smith, "Attitude Change", **International Encyclopedia of the Social Sciences**, Crowell Collier and Mac Millan, 1968, s. 458-467'den aktaran Çiğdem Kağıtçıbaşı, Zeynep Cemalcılar, **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar**, 16. Baskı, İstanbul, Evrim Yayınevi, 2014, s. 129-130. Söz konusu psikolojik objeye yönelim, olumlu olabileceği gibi olumsuz biçimde de gerçekleşebilir. Bir bireye ait olduğu kabul edilen tutum, bireyin gözlenebilen davranışlarından çıkarsama yapılarak bireye atfedilen bir eğilim olduğundan doğrudan gözlemlenemez. Bu yönüyle tutum, davranışa hazırlayıcı bir eğilimdir, gözlemlenemez. Ancak tutumların kendileri gözlemlenemese de gözlenebilen bazı davranışlara yol açtığı kabul edilmektedir. Ayrıca bireyin düşünce, duygu ve davranış eğilimlerini birbirleriyle uyumlu kılan tutumların bu üç öğeden oluştuğu görüşü hala kabul görmekteyse de yeni kavramlaştırmalarla birlikte tutumu bir tür zihinsel değerlendirme olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur. Bu sebeple bir eğilimin tutum olarak kabulü için duygu ve davranışa yönelik öğelerin yanı sıra zihinsel değerlendirme unsurunu da içermesi gerektiği ifade edilmektedir. Kağıtçıbaşı, Cemalcılar, **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar**, s. 130-134. Nitekim Ehrlich de tutumu bilişsel, davranışsal ve duygusal boyutlar etrafında örgütlenmiş nesnelerin bir sınıfı ya da nesnesi hakkında birbiriyle ilişkili önermeler dizisi olarak tarif etmektedir. Söz konusu bilişsel, davranışsal ve duygusal unsurlar yakından incelendiğinde; bu yaklaşımdaki bilişsel boyutun dört unsur etrafında incelendiğini görürüz. Bunlardan ilki belirginlik (İng. *salience*) yani inanışın bir grubun tüm üyelerini doğru bir şekilde karakterize ettiği varsayımıdır. Bu nedenle, "Bütün Yahudiler cimridir", "Yahudilerin çoğu cimridir" ifadelerinden daha belirgindir. İkincisi ise inançların kabul edildiği ve onaylandığı ile reddedildiği ve mutabık olunmadığı yoğunlukla bağlantılıdır ve bu bizi "Bu inanca kesinlikle katılıyorum" ifadesinin "Bu inanca çoğunlukla katılıyorum" ifadesinden daha yoğun bir yaklaşımı yansıttığı sonucuna götürür. Üçüncü unsur ise bir kişi veya grup hakkındaki inancın iyi / olumlu / arzu edilen veya kötü / olumsuz / istenmeyen olduğuna olan inanç derecesinin değerlendirme yönüdür. Bu sebeple "Bütün Araplar hafif düzenbazdır", "Tüm Araplar çok düzenbazdır" ile kıyaslandığından daha az olumsuz kabul edilir. Dördüncüsü de bireyin başkaları hakkındaki tutumu için bir inancın taşıdığı öneme dairdir. Bununla kastedilen, merkez inançların tutumların çekirdeğini yansıtmalarına karşılık bir tutum üzerindeki daha çevresel (periferik) inançların kolayca değiştirilebileceğidir. Tutumların davranışsal boyutunun, kişinin inançlarının belirli şekillerde davranma niyetleriyle ne ölçüde bağlantılı olduğunu gösterdiği ifade edilerek bazı inançların dolaylı bazılarının ise doğrudan davranışla ilgili olduğunu ileri sürülür. Buna göre bir Türk işverenin Suriyeli babaların çocuklarıyla ilgilenmediği görüşü dolaylı bir biçimde davranışa ilişkin, aynı babanın Suriyeli çalışanlarının tembel ve düzensiz olduğu görüşü doğrudan bir biçimde davranışa ilişkin inançlara örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca inançların söz konusu dört bilişsel boyutunun davranışlara da uygulanabileceğine işaret edilmektedir. Tutumların duygusal boyutu ise bir kişinin tutumlarının nesnesine duygusal tepki vermesidir. Bu duyguların bir kutbunda sevgi / hoşlanma / cazibe duyguları yer alırken diğerinde nefret/ hoşlanmamak/ öğrenme yer almaktadır. Başkalarının kötü olarak değerlendirdikleri diğer insanlara çekici gelebildiği gibi bunun aksi yani başkalarının iyi olarak değerlendirdikleri diğer insanlara itici gelebilmektedir. Zira genellikle önyargılar ile olumsuz inançların ve olumsuz duyguların yan yana olduklarının gözden kaçırılmaması gerektiğinden bahsedilmektedir. Fishbein, **Peer Prejudice and Discrimination: The Origins of Prejudice**, s. 3-4.

Diğer insanları, bireysel var oluşlarından değil grup aidiyetlerini temel olarak değerlendiren önyargılar, bu çerçevede olumsuz dogmatik kanaatleri ifade etmektedir. Bu düşünce ve kanaatler ise olgunlaşmamış, her türlü kanıttan önce peşin kararlara dayanır. Önyargılardan farklı ama önyargıyla birbirini tamamlayan ve önyargıların yeşerdiği ortamların pek de uzağında bulunmayan bir kavram olarak kalıpyargı (stereotip, kalıplaşmış tutum; ing. stereotype) ise belirli bir objeye yahut gruba ilişkin bilgi boşluklarını doldurarak onlar hakkında karar vermeyi kolaylaştıran, önceden oluşturulmuş birtakım izlenimler, atıflar bütünüdür. Kalıpyargılar da sosyal gerçekliğin ana çizgilerinin belirlenmesine katkı sunan ve zihnimizde tekvin ettiğimiz imgeler olarak önemli bir işleve sahiptirler²⁰⁰. Hem grubun kategorik kabulünü ya da reddini gerekçelendiren bir yöntem olarak hem de algılamayı ve düşünceyi basitleştiren tarama ya da seçme yöntemi olarak işlev yapar. Kısacası bir kategori hakkındaki davranışımızı haklı göstermek işlevine sahip kalıpyargılar, abartılı düşüncelerdir ve olumlu ya da olumsuz olabilirler²⁰¹.

Açıktır ki hakkındaki bilgimizin az olduğu bir gruba yönelik olarak tutum geliştirmek için başkalarından duyduğumuz, okuduğumuz bilgileri bir araya getirmek, o grup hakkında kestirme yoldan bilgi sahibi olmamızı sağlar. Nitekim kalıpyargılar, belirli gruplar hakkında sahip olunan bilgilerin bir özeti olarak kabul edilir. Ayrıca bir grup hakkındaki bilgimizin az yahut çok olması da başkalarının söz konusu gruplar hakkındaki fikirlerini kabul ederek kalıplaştırmamızın sebeplerindendir; yeterince bilgi sahibi olduğumuz gruplar hakkında kalıpyargı geliştirme gereksinimi duymayız²⁰². Örneğin çevremizden edindiğimiz bilgilerle Arapların ‘temiz’ olmadıkları, Japonların ‘nazik ve çalışkan’ oldukları, Akdenizlilerin ‘sıcakkanlı’ insanlar oldukları, kadınların çocuklarına iyi baktıkları yönünde kalıpyargılar geliştirmiş olabiliriz. Örneklerden de anlaşılabileceği üzere

²⁰⁰ Melek Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 23. Stereotip/kalıpyargı sözcüğünün kökeni "bir levhadan baskı yöntemi"nin karşılığı olarak kullanılan Fransızca *stéréotype* sözcüğüne dayanmaktadır. İlk kez 1798 yılında kullanılan sözcük, 1922 yılından itibaren “bir kişinin veya grubun tipik özelliklerinin önceden tasarlanmış ve aşırı basitleştirilmiş kavramı” olarak kullanılmaya başlanmıştır. **Online Etymology Dictionary**, “Streotype”, (Çevrimiçi) <https://www.etymonline.com/word/stereotype>, 20 Nisan 2018.

²⁰¹ Allport, **The Nature of Prejudice**, s. 191-192.

²⁰² Kağıtçıbaşı, Cemalcılar, **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar**, s. 147.

önyargıda olduğu gibi kalıpyargılar aracılığıyla yapılan bu genellemeler olumlu olabilecekleri gibi olumsuz da olabilirler. Ancak çoğunlukla olumsuz ve değişime karşı dirençlidirler ve önyargıların oluşmasında etken olan da olumsuz olan kalıpyargılardır²⁰³.

Günlük hayatta iyi ya da kötü bir yargı belirtmeksizin herhangi bir bilgi ya da deneyime dayalı olmayan her türlü “ön fikir” anlamında kullanılan önyargılar, önyargıyla yaklaşılan kişi ya da gruplarla ilişkili ve bu kişi ya da gruplarla aramıza fiziksel veya sosyal mesafe koymamıza sebep olan, ayrımcılığa yol açabilen tutumlardır²⁰⁴. Görünür olabilecekleri gibi gizil de olabilirler. Görünür önyargılar kontrolsüz ve saklanmayan, açıkça gösterilebilen önyargılardır. Gizil önyargılar ise açıkça anlaşılamayan, sessiz, gizlenmiş olan önyargılardır. Demokratik değerlerin ön planda tutulduğu toplumlarda önyargılar saklanmış şekilde bulunmakta, gizil önyargı sahibi insanlar ayrımcılık ve önyargı hakkındaki sorular karşısında dikkatli davranmakta ve önyargılı düşüncelerinin açığa çıkmasını engellemeye uğraşmaktadırlar²⁰⁵.

Önyargılar eyleme dönüştüğünde ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. Esasen her önyargının davranış yönü olmakla birlikte bunun her zaman açığa çıkartılmadığı ifade edilmektedir. En hafifinden en şiddetli sonuçlara yol açan ayrımcı davranışlar; karşı olmayı ifade etme, uzak durma, ayrımcılık, fiziksel saldırı ve ortadan kaldırma biçiminde sıralanmıştır²⁰⁶. Bu noktada önyargı, kalıpyargı ve ayrımcılığın genelde bir arada görülmesine rağmen biri olmadan diğersinin olmasının da mümkün olduğu belirtilmektedir. Mültecilere karşı hissedilen önyargıları ele alalım. Mültecilere yönelik olumsuz duygular besliyor olabilir, onların ülkenizin

²⁰³ Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, s. 23. Yapılan incelemeler politik, ekonomik, tarihsel ve kültürel faktörlerin etkisiyle kalıplaşmış tutumların küçük yaşlardan itibaren oluşmaya başladığını göstermektedir. Başkalarından işitilerek edinilen bilgiler olarak gerçek bilgi eksikliğini giderme ve sağladığı bilgi aracılığıyla gerçeğin tanımlanmasında rol üstlenmektedir. Ayrıca bu yönüyle de genellikle akılcı olmaktan uzak, duygusal bir niteliği haizdirler ve kolay kolay değişmezler. Kağıtçıbaşı, Cemalcılar, **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar**, s. 154-155.

²⁰⁴ Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, s. 22. Ayrıca ayrımcılığa ilişkin çalışmalarda ‘olumlu’ olan değil ‘olumsuz’ önyargılardan bahsedilmektedir. Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, s. 22.

²⁰⁵ Kağıtçıbaşı, Cemalcılar, **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar**, s. 148-149.

²⁰⁶ Allport, *The Nature of Prejudice*, s. 14-15.

huzurunu karçırdığını, kendi payınıza düşebilecek olan refahı azalttığını düşünebilirsiniz ama yine de tüm önyargılarınıza ve onlar hakkındaki olumsuz düşüncelerinize rağmen onlara karşı ayrımcı muamelede bulunmayabilirsiniz. Çünkü önyargılarınıza rağmen, herhangi bir sebepten ötürü, ayrımcı muamelede bulunmaktan kaçınabilirsiniz. Mesela demokratik değerleri benimsediğini çevresine göstermeye çalışan kişiler, önyargılarına uygun bir şekilde hareket ettiğinin öğrenilmesinin kendisi hakkında oluşturmaya çalıştığı imajı zedeleyebileceğini düşündüklerinden önyargılı düşüncelerini bir bakıma kendi içlerinde yaşamakta, diğer insanlarla etkileşimde iken oldukça dikkatli davranmaktadırlar.

2. Önyargıyı Açıklamaya Yardımcı Kuramlar

Önyargı, hâlen önemli bir sosyal problem olarak gündemdeki yerini korumaktaysa da I. Dünya Savaşı'ndan bu yana yaşanan toplumsal değişimler ve gelişmeler, sorunun ele alınışında ve ortaya konulmasında farklılıklara yol açmıştır. Toplumsal ve tarihsel sorunlar farklı kuramları ortaya çıkartmış, bu kuramlara yönelik çalışmalar da önyargı ve ayrımcılıkla mücadele için ortaya koyulan sosyal politikaları biçimlendirmiştir.

Duckitt, önyargıya yönelik yaygın teorik ve sosyal politika yaklaşımlarının yirminci yüzyıldaki değişimlerinin sosyal psikolojideki etkilerini göz önüne alarak farklı dönemlerdeki önyargı tanımları ile bu tanımları ortaya çıkaran hâkim teorik görüşler ve sosyal politikaları araştırmıştır. İncelemesine göre, Amerika'da önyargı 1920'lere değin beyazların, geri kaldığına inanılan insanlar üzerindeki hâkimiyetinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmiş ve bu doğrultuda ırk kuramlarının etkili olduğu çalışmalar yapılmıştır. Söz konusu dönemde tahakkümün, ayrımcılığın ve segregasyonun yani sosyal ayırmanın (İng. *segregation*) doğal olduğuna inanılmıştır. 1920'lerde ve 1930'larda ise beyazların tahakkümünün meşruiyeti sorgulanarak yaygın önyargılara karşı çıkılmış ve önyargı, farklı olan insanlara karşı mantık dışı tepkiler olarak ele alınmış ve söz konusu tepkiler psikanalitik yaklaşımlarla açıklanmıştır. Azınlıkların ve sömürge halklarının aşamalı bir süreçte asimilasyonu ve Batılılaşmalarının gözlemlenmesi de aynı döneme tekabül etmektedir. 1940'lar ve 1950'ler ise Nazilerin ırk ideolojisi ve holokost konularının ele alındığı dönem

olarak önyargıyı antidemokratik ideolojiler ve otoriter kişilerin patolojik ihtiyaçları temelinde incelemiştir. Demokratik ve anti otoriter sosyal yapıların ve değerlerin nihayetinde hoşgörüsüzlüğü ve önyargıları aşındıracağı ileri sürülmüştür. Esas problemin kurumsallaşmış ırkçılık olduğu Amerika'nın güneyinde önyargı, 1960'larda ayrımcı sosyal yapıların, sosyal normlarda köklendiği bir olgu olarak sosyokültürel bir çerçevede açıklanırken, 1970'lerde Amerika'nın kuzeyindeki resmi olmayan ırkçılığa ve ayrımcılığa odaklanılmış; bu dönemde önyargı da gruplararası eşitsizlikleri devam ettiren, baskın grupların çıkarlarının ifadesi olarak nitelendirilmiştir. Buna bağlı olarak da “özel önlemler”²⁰⁷ ve azınlıkların güçlendirilmesi yoluyla gruplararası eşitsizliğin giderilmesi konusu tartışılmıştır. Son

²⁰⁷ Özel önlemler (special measures) ifadesi çalışma kapsamında “pozitif ayrımcılık” (positive discrimination), “olumlu eylem” (positive action), “tersine ayrımcılık” (reverse discrimination), “olumlu önlem” (positive measures), “destekleyici edim” (affirmative action) ifadelerini de kapsayacak biçimde kullanılacaktır. Söz konusu ifadelerin, gerek ortaya çıktıkları kaynaklar gerekse kullanıldıkları bağlamlar ele alındığında, her zaman aynı şeyi ifade etmedikleri anlaşılmaktadır. Kavramın Türkiye’de en fazla bilinen ve yaygın biçimde kullanılan “pozitif ayrımcılık” olmakla birlikte (ancak bu ifadenin sorunlu olduğu ve aslında kullanılmaması gerektiği yönündeki eleştirilerin de farkında olarak) çalışmada hukuki kaynakların değerlendirilmesinde insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin organları temel alındığı ve uluslararası insan hakları hukukunda “özel önlemler” ifadesine odaklanıldığından bu ifadenin kullanılması tercih edilmiştir. Özel önlemlere ilişkin çalışmalar için örnek olarak bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında ‘Özel Önlemler’, ‘Geçici Özel Önlemler’, ‘Pozitif Edim’ ve ‘Destekleyici Edim’”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan**, Ankara Adalet Yayınevi, 2010, ss. 105-306; Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, ss. 303-364. Bu çalışma açısından özel önlemlerin taşıdığı anlama ve neden bu kavrama ihtiyaç duyulduğuna kısaca değinmek gerekmektedir. Bu noktada Gemalmaz’ın tespitine yer verilmesi faydalı olacaktır: “... ‘Eşitlik’, bilindiği üzere, ancak ‘eşitler arasında eşitlik’ olduğunda hem düşünsel hem de pratik bakımdan varlık sebebine, doğasına uyumlu hale gelir. Hal böyle olunca ‘eşitlik’ ilkesi, zorunlulukla ‘eşitleştirme’ (‘eşit hale getirme’) (‘equalization’) ödevi ile bütünleşmektedir.

Bu esasın kaçınılmaz sonucu ise, tarihsel, sosyolojik, ekonomik, ideolojik, dinsel, politik vb. çok çeşitli nedenlerle yahut tamamen maddi, bedensel/(fiziki), akli vb. koşul ya da durumdan ötürü (örneğin, kadınlar, çocuklar, engelliler, azınlıklar, farklı cinsel yönelimi olanlar gibi) hukuki ve eylemli eşitsizlikten mustarip olan kişilerin, grupların yahut katmanların (ki bunlar, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda genel olarak “çaresiz” (korumasız/güçsüz/mağdur edilebilir”) (“vulnerable”) kesimler olarak anılmaktadır) diğer kişilerle aynı konuma ve eşit hale getirilmelerine yönelik tasarrufları, gerek eşitlik ilkesine gerekse de ayrımcılık yasağına aykırı olmayacağıdır. İnsan Hakları Hukukunda bu tür tasarruflar “geçici özel önlemler” (“temporary special measures”), “özel önlemler” (“special measures”) yahut “pozitif önlemler” (“positive measures”) olarak anılmaktadır.

Örnek olarak bkz., 21/12/1965 tarihli “**IAOKS**” (md.1/4)’teki “Belli ırksal ya da etnik grupların yahut bireylerin insan haklarından ve temel özgürlüklerinden eşit şekilde yararlanmalarını yahut bunları kullanmalarını (‘equal enjoyment or exercise’) temin etmek için gerekebilecek olup, böyle bir korumaya ihtiyaç duyan bu tür grupların ya da bireylerin münhasıran yeterli/(uygun) şekilde gelişmelerini sağlama amacıyla alınmış olan özel önlemler, ancak, bu tür önlemlerin sonuç olarak farklı ırksal gruplar için ayrı hakların muhafazasına yol açmaması ve öngörülen amaçlara ulaşıldıktan sonra bunların sürdürülemez olması kaydıyla, ırksal ayrımcılık sayılmayacaktır...” Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 106.

evrede ise, 1980’lerde ve 1990’larda, yapılan çalışmalara rağmen kalıpyargıların, önyargıların ve ayrımcılığın inatçı bir biçimde varlığını devam ettirdiği gözlemlenmiş; önyargı da evrensel bilişsel güdüsel süreçler olarak sosyal sınıflandırmanın ve sosyal kimliğin bir ifadesi olarak ele alınmıştır. Azınlıklara saygınlık kazandırma ve tüm gruplar için hoşgörüyü besleyici çok kültürlü politikalar da bu dönemde önem kazanmıştır²⁰⁸. Ayrımcılık ve önyargı arasındaki ilişkiyi aydınlatabilecek olan kuramlardan konumuz açısından önemli olanlarına ise kısaca değinilmiştir.

a. Otoriteryen Kişilik Kuramı

1945’te Nazilerin iktidarı kaybetmelerini müteakip araştırmacılar, faşizmin ortaya çıkmasının ve yükselmesinin ardında yatan psikolojik gerekçelerin incelenmesine yönelmişlerdir. Avrupa’daki Yahudi karşıtlığının hızla yükselmesi ve Yahudi nüfusunun bu kadar kısa sürede büyük oranda yok edilmesi, Yahudi karşıtlığının doruk noktası olması ve söz konusu eylemin uygar kabul edilen bir ülkenin önderliğinde gerçekleşmiş olması kafaları karıştırmıştır. Bunun sonucu olarak bir grup araştırmacı ilgilerini bu tarz eylemlerin gerçekleşmesine izin verebilecek insan tiplerinin kimler olduğu sorusunun analiz edilmesine ve önyargıyı açıklamaya yöneltmişlerdir. Araştırmanın sonuçlarına ilişkin bulgular ise “*Otoriteryen Kişilik*” (*The Authoritarian Personality*) adlı eserde ortaya koyulmuştur. Thodor W. Adorno ve arkadaşlarının *Otoriteryen Kişilik* adını verdikleri kuram en basit ifadesiyle, bazı kişilik tiplerinin diğerlerine nazaran daha önyargılı olduklarını ve önyargılı kişiliklere sahip olan insanların önyargılı davrandıklarını ileri sürmektedir²⁰⁹.

Kurama göre otoriter kişiliğe sahip olanlar, bağınaz olduklarından, sadece bir azınlık grubuna karşı değil, bütün azınlıklara karşı önyargılıdırlar. Otoriteye ve otorite figürüne saygı duyan, onlara itaat eden bir kişiliğe sahip olan bu tür insanlar

²⁰⁸ Duckitt, “Reducing Prejudice: An Historical and Multi-Level Approach”, s. 254.

²⁰⁹ Hogg, Vaughan, **Sosyal Psikoloji**, s. 389-390; Fischbein, **Peer Prejudice and Discrimination: The Origins of Prejudice**, s. 24. Diğer araştırmacılar R. Nevitt Sanford, Else Frenkel Brunswik ve Daniel J. Levinson’dur. Söz konusu incelemenin kitabının Türkçe çevirisi için bkz. Theodor W. Adorno, **Otoriteryen Kişilik Üzerine**, Çev. Doğan Şahiner, İstanbul, Sel Yayıncılık, 2017.

için statü çok önemlidir. Belirsizliğe düşmandırlar. Başkalarıyla yakınlık kurmakta zorlanırlar. Öfkeli olduklarında, kızdıklarında bu duygularını zayıf kişilerden çıkarırlar²¹⁰.

Araştırmacılar otoriteriyen kişiliği ve faşist eğilimleri belirlemek amacıyla Faşizm ölçeğini (F ölçeğini) geliştirmişlerdir. Otoriteriyen kişiliğin belirlenmesinde kullanılan bu ölçekteki dokuz boyut vardır. Bu boyutlardan özellikle gelenekçiliğin (geleneksel, orta sınıf değerlerine katı şekilde bağlı olma), otoriteriyen boyun eğmenin (üyeleri olunan grubun idealleştirilmiş ahlaki otoritelerine yönelik itaatkâr, eleştirel olmayan tutum) ve otoriteriyen saldırganlığın (geleneksel değerleri ihlal edenleri bulmak için arayışta olmak ve onları kınama, reddetme ve cezalandırma eğilimi) önem arz etmektedir²¹¹.

Adorno ve arkadaşlarına göre, önyargılı kişilik özellikleri çocukluğun erken dönemlerinde oluşmaya başlar; aşırı sert ve disiplinli ebeveynlere sahip olan çocuklar, itaat etmeyi öğrenip otoritenin altında ezilirken aynı zamanda duygusal bağımlılık içerisinde bir nevi iki kutuplu bir dünyayı deneyimlerler. Bu çocuklar, anne babalarını hem sevip hem de onlardan nefret ederler. Suçluluk duygusu ve korku, bu nefretin dışa vurulmasını engellediğinden baskılanan bu duygu zayıf kişilere yöneltilir. İtaat etmeye ve otoriteye boyun eğilmesine verilen önem yetişkinlikte de devam ettiğinden otorite figürü olan ebeveynlerin yerini diğer otorite figürleri alır ve ebeveynlere yüklenmiş olan anlam bu sefer söz konusu otorite figürlerinde genelleştirilir²¹².

Çocukluk evresinde önyargıların kalıcı bir kişilik tarzı olarak biçimlendiği görüşüne, sosyal gruplarda birdenbire ve dramatik biçimde tutum ve davranış değişikliklerinin ortaya çıkabildiği eleştirileri yöneltilmiştir²¹³. Nitekim

²¹⁰ Hogg, Vaughan, **Sosyal Psikoloji**, s. 390.

²¹¹ Martha Augoustinos, Iain Walker, Ngaire Donaghue, **Social Cognition**, Sage, 3rd edition, 2014, s. 221. Faşizm ölçeğinde kullanılan diğer unsurlar ise; öznelci bakış karşıtlığı, boş inançlı ve kalıpyargılı olma, güç ve “sertlik”, yıkıcılık ve kinizm, yansıtma eğilimi ve cinseliktir. Bkz. Augoustinos, Walker, Donaghue, **Social Cognition**, s. 221.

²¹² Hogg, Vaughan, **Sosyal Psikoloji**, s. 390.

²¹³ Otoriter kişilik kuramının önyargıyı salt kişilik bozukluğu olarak açıkladığı yönündeki eleştirilere karşı çıkanlar da vardır. Bu görüştekiler, kuramın kişilik yapısı ve fonksiyonu ile toplumsal yapı ve fonksiyonu arasındaki karmaşık ilişkileri ve politik ideolojileri kapsamlı bir şekilde çözümlemeye

Almanya'daki Yahudi karşıtlığının I. ve II. Dünya Savaşları arasındaki kısa süreç içerisinde meydana çıktığı göz önünde bulundurulduğunda, ilgili zaman diliminin, otoriter ve önyargılı çocukların yetiştirilmesi için yeterli olmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca kuramın önyargıyı kişilik temelinde açıklanmasına, psikoanalitik varsayımların araştırmalarla desteklenmediği, sosyokültürel ve durumsal unsurları dışarıda bırakması sebebiyle de eleştiriler yöneltilmiştir. Buna göre her ne kadar bazı kişiler, kişiliklerin tesiri ile daha önyargılı davranabiliyorlarsa da önyargıyı meşrulaştıran kültür ortamının da yadsınmaması gerekmektedir²¹⁴.

b. Sağ Kanat Otoriteriyenizmi

Adorno ve arkadaşlarının otoriteriyenliği tam olarak ölçemediği, önyargıdaki kültürel ve yerel farkları gözetmediği eleştirilerinde bulunan ve otoriter kişiliğin tespiti için oluşturulmuş olan Faşizm ölçeğini eleştiren Altemeyer ise otoriter kişiliğin saptanmasında üç boyutun yeterli olduğunu ileri sürer. Bunlar; otoriteriyen boyun eğme (toplumdaki yerleşik ve meşru olan mevcut otoritelere boyun eğmek), otoriter saldırganlık (çeşitli kişilere yönelik genel bir saldırganlık) ve gelenekçilik (mevcut otoritelerin onayladığı toplumsal geleneklere bağlı olmak)²¹⁵.

çalıştığını iddia ederler. Vurgulanmalıdır ki, otoriteriyen kişilik kuramının teorisyenleri faşist ideolojilerin tüm toplumlarda bulunabileceğini kabul etmektedirler. Bu kapsamda “diğerlerinde değil de bazı zaman ve bazı yerlerde insanlar için faşizmi çekici kılan nedir?” sorusunu sorarlar ve soruyu otoriter kişilik eğilimleri çerçevesinde cevaplamaya çalışırlar. Augostinos, Walker, Donaghue, **Social Cognition**, s. 222.

²¹⁴ Hogg, Vaughan, **Sosyal Psikoloji**, s. 390-391. Tutum ve davranış arasındaki ilişkiye dair Minard'ın yaptığı araştırma da buna örnek verilebilir. Minard araştırmasında, ABD'de ırk ayrımcılığının yoğun olduğu bir dönemde, ülkenin güneyindeki bir kömür ocağında çalışan beyaz ve siyah işçileri denek olarak kullanmıştır. Bulgularında, işçilerin birbirleri ile konuşmalarının gerektiği kömür ocağında, beyaz işçilerin %60'nın siyah işçilerle konuşmalarına karşılık bu işçilerin, beyazlarla siyahların konuşmalarını engelleyen ayrımcı toplumsal normların mevcut olduğu, şehirde birbirleri ile konuşmadıklarını saptamıştır. Beyaz işçilerin %20'si kömür ocağında da şehirde de siyahlarla konuşurken %20'si ne kömür ocağında ne de şehirde siyah işçilerle konuşmamışlardır. Bu %20'lik dilimlerden ilkinde yer alan beyazların siyahlara karşı olumlu, ikincisinde yer alanların ise siyahlara karşı olumsuz tutumlara sahip oldukları ve bu tutumlarına uyan davranışlarda bulundukları ifade edilebilir. R. D. Minard, (1952), Race relationships in the Pocahontas coal field, Journal Social Issues, 8, 1952'den aktaran Kağıtçıbaşı, Cemalçılar, **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar**, s. 134-135. Buradan çoğunluk olan %60'lık grubun, önyargıyı kışkırtan ya da baskılayan durumsal normların tesiriyle ırkçı davranış ve tutumlarının, ırkçı olmayan davranış ve tutumlarla yer değiştirebildiği bulgusuna ulaşılmış ve bu da önyargıları meşrulaştıran toplumsal normlar üzerindeki kültür ortamına örnek olarak gösterilmiştir. Hogg, Vaughan, **Sosyal Psikoloji**, s. 390.

²¹⁵ Augostinos, Walker, Donaghue, **Social Cognition**, s. 223; Hogg, Vaughan, **Sosyal Psikoloji**, s. 391.

Görüşünü sosyal öğrenme kuramı çerçevesinde kuran Altemeyer, Adorno ve arkadaşlarının aksine çoğu çocuğun normal gelişim olgusunun otoriter olduğunu ileri sürer. Çocuklar, gerek toplum içinde gerekse aile içinde güçsüz konumda olduklarından otoriteye yani ailelerine ve toplumdaki diğer otorite figürlerine bağımlıdır. Toplumda özerk bir birey olabilmek için söz konusu toplumsal norm ve davranışları da öğrenirler. Ayrıca Altemeyer, en azından çocuklukta, bağnazlığın normal olduğunu varsayarak nasıl hoşgörülü olunacağını açıklanması gerektiğini ileri sürer ki, bunun otoriteryen kişilik kuramı araştırmacılarının normal olanın hoşgörülü olmak olduğu ve açıklanması gerekenin bağnazlık olduğu iddiasıyla uyuşmadığı açıktır²¹⁶.

Altemeyer'e göre çocukların otoriteryenizmle ilgili tutumları deneyimleri ekseninde azalabilir, hatta yok olabilir; azınlıklarla, eşcinsellerle, uyuşturucu madde kullananlarla, hippilerle, pankçı gibi “farklı” olan ve otoriteryenizmi ölçen ölçeklerdeki hedef olan insanlarla iletişim kurmuş olan ve özellikle ergenlik döneminde otoritelerin haksız davranışlarına maruz kalan çocuklar daha az otoriter olurlar. Bu tarz deneyimleri yaşamamış olanlarla “dar çevreler”de yaşayanların ise otoriter davranış özellikleri gösterme olasılıkları ise daha yüksektir²¹⁷.

c. Dogmatik Kişilik Kuramı

Otoriteryen kişilik kuramında Faşizm ölçeği ile yapılan araştırmalar, kişilerdeki sağ veya faşist ideolojiye dayalı düşünce tarzını incelenmesine karşılık dogmatik kişilik kuramı, bu tür katı düşünme biçimlerinin sol kanatta yer alan kişilerde de bulunduğu düşüncesinden hareket eder. Rokeach tarafından geliştirilen bu görüşte önemli olan, düşüncenin katılığıdır. Dogmatizm veya kapalı zihin olarak adlandırılan durum, hoşgörüsüzlüğün çok daha genel bir sendromu olarak karşımıza çıkmaktadır²¹⁸.

²¹⁶ Augostinos, Walker, Donaghue, **Social Cognition**, s. 223.

²¹⁷ Augostinos, Walker, Donaghue, **Social Cognition**, s. 223.

²¹⁸ Hogg, Vaughnaun, **Sosyal Psikoloji**, s. 391; Hatice Harlak, **Önyargılar Psikososyal Bir İnceleme**, Ankara, Sistem Yayıncılık, 2000, s. 21-22; Rupert Brown, **Prejudice: Its Social Pyscology**, UK, Wiley-Blackwell, 2nd edition, 2010, s. 21.

Dogmatik zihinler, açık zihinli veya dogmatik olmayan kişilerin tersine daha az hoşgörülüdürler ve yeni fikirleri kabul etmekte zorlanırlar. Mevcut inançlarını değiştirmek istemezler ve otoritenin kalıplarına güvenirler²¹⁹. Rokeach bu görüşlerini doğrulamak gayesiyle hoşgörüszlüzü ölçmek için “*kanaat oluşturma ölçeğı*” ve genel olarak otoriterliğı anlamak için de “*dogmatizm ölçeğı*” olarak iki ölçek geliştirmiştir. Özellikle dogmatizm ölçeğinin Adorno ve arkadaşlarının geliştirdikleri Faşizm ölçeğine kıyasla içerikten bağımsız olmasına özen göstermişse de ne yazık ki geliştirdiğı ölçeklerin içerikten bağımsız olmadıkları eleştirilerine maruz kalmaktan kurtulamamıştır²²⁰.

Rokeach’ın çalışmalarında, kişinin diğetine yönelik tutumlarında tarafların sahip oldukları inanç sistemlerinin uygunluğu da önem arz etmektedir. İnanç sistemlerin bireyler açısından önemini vurgulayan bu kurama göre, inanç sistemleri arasındaki benzeşme veya uyuşmalar kendi inançlarımızın geçerliliğini doğrulamaktadır. Etnik, dilsel ve dinsel gruplara yönelik önyargıların, insanların bu türden gruplara üyeliklerinden, ilgili normlardan ve gruplar arası ilişkilerinden değil, inanç uygunluğundan kaynaklandığını belirtir. Buradaki inanç uygunluğu, diğere insanların kendimizinkine zıt inançlara sahip olduklarına dair bir algılamadır. Böylece ayrımcılık, kişilerin belirli kategorilere ait olmalarına değil, ayrımcılığı yapan kişiden farklı inançlara sahip olduklarına ilişkin varsayım üzerine temellendirilir²²¹. Fakat bu görüş, önyargının kurumsallaştığı ve sosyal yaptırıma tabi olduğu koşulları gözden kaçırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim bu tür koşullarda inanç uyuşması artık önem taşımamakta, önyargı etnik uyuşmazlığın konusu haline gelmektedir²²².

d. Sosyal Kimlik Kuramı

Sosyal kimlik kuramı, toplumun hiyerarşik bir yapılanma olduğu ve farklı sosyal grupların söz konusu hiyerarşik yapılanmada birbirleriyle iktidar ve statü

²¹⁹ Hogg, Vaughn, **Sosyal Psikoloji**, s. 391; Harlak, **Önyargılar Psikososyal Bir İnceleme**, s. 22.

²²⁰ Brown, **Prejudice: Its Social Psychology**, s. 21; Harlak, **Önyargılar Psikososyal Bir İnceleme**, s. 23.

²²¹ Harlak, **Önyargılar Psikososyal Bir İnceleme**, s. 23.

²²² Hogg, Vaughn, **Sosyal Psikoloji**, s. 393.

ilişkileri kurduğu varsayımı üzerinde temellendirilir ve toplumsal kategorilerin bireylere sosyal bir kimlik kazandırdığı görüşünden hareket eder²²³. Kuramın temel varsayımları şunlardır: Bireyler, kendilerini üyesi oldukları sosyal grubu hesaba katarak tanımlar, değerlendirir ve sınıflandırır. Kendilerini dâhil ettikleri grupla özdeşleşmeleri neticesinde de sosyal kimliklerini oluşturmuş olurlar. Diğer gruplar ise bireyin üyesi olduğu grubu değerlendirmesi ve tanımlaması açısından önemlidir. Zira üyesi olunan grubun durumu diğer gruplarla yapılan sosyal karşılaştırmaya (iç grup/dış grup karşılaştırması) dayanarak belirlenmiştir. Söz konusu sosyal karşılaştırma ile olumlu bir sosyal kimlik edinmek ve benlik saygısını yükseltme gayesi güdülür. Bunu yaparken de bireyler, kendi gruplarını kayırarak algılama, diğer grubu da küçümseme eğiliminde olduklarından iç grup kayırmacılığı olarak adlandırılan sürece kendilerini bırakırlar. Sosyal kimliğin olumlu olup olmaması ise mensubu olunan grubun öznel konumuna ve yapısına bağlı olduğundan eğer üyesi olunan grubun konumu, diğer gruplarla karşılaştırıldığında düşük ise sosyal kimlik olumsuz olarak kabul edilir ve bunun yarattığı olumsuzlukları ortadan kaldırmak için olumlu bir sosyal kimlik oluşturma yolları araştırılır²²⁴.

Hepimiz kendimize bu dünyada bir yer edinmeye çalışırız. Sosyal kimlik de bireylerin kendileri için edinmeye çalıştıkları yere ve kendilerini yönlendirmeye çalıştıkları bu konuma ilişkindir. Söz konusu kimliğimiz, belli varsayımlar ve düşünce biçimleri tarafından oluşturulan bütün bakış açıları gibi, kendimize ve diğerlerine dair bir bakış açısı sunar. Örneğin birini kadın olarak görmek, sosyal dünyayı cinsiyet temelinde ayırmak demektir. Benzer süreç kişinin kendisini ve diğerlerini ırk, etnik köken, sınıf, din temelinde değerlendirmesinde de karşımıza çıkar. Nitekim sosyal kimlik açısından ele aldığımız bütün durumlarda insanlar, farklı şekillerde ortaya çıkarlar; öncelik verdikleri şeyler farklılık gösterir ve farklı şekillerde sınıflandırılırlar²²⁵.

²²³ Augostinos, Walker, Donaghue, **Social Cognition**, s. 415.

²²⁴ Hamide Andaç Demirtaş, “Sosyal Kimlik Kuramı, Temel Kavram ve Varsayımlar”, **İletişim Araştırmaları**, 2003; 1(1), ss. 123-144, s. 129-130.

²²⁵ Bhikhu Parekh, “Kimliğin Mantığı”, Çev. Suat Aksoy, **Kimlik Politikaları**, Ed. Fırat Mollaer, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2014, s. 66.

Çevremizi yönetmemizi, sosyal dünyayı kavramamızı sağlayan esas süreç ise sosyal sınıflandırmadır (*social categorization, social classification*). İnsanların kendi başlarına birer birey olarak algılanmaları yerine bir grubun üyesi olarak algılanmaları neticesi ortaya çıkan sosyal sınıflandırma ile bireyler “insanlar” olarak ele alınmazlar; “kadınlar”, “erkekler”, “beyazlar”, “Ruslar”, “Müslümanlar”, “gençler”, “homoseksüeller” olarak adlandırılırlar²²⁶. Çünkü dünyayı anlayabilmek, dünya üzerine düşünebilmek için öngörülerde bulunma ihtiyacı vardır. Bu ihtiyacın sonucu olarak da insanlar, her uyarıyı tek tek değerlendirmek yerine bir sınıflandırma dâhilinde onları incelerler. Bu incelemeyi yaparken de bilişsel süreç olarak sosyal sınıflandırmadan yararlanırlar. Bu sayede kişiler ırk, etnik köken, dini inanç, cinsiyet, yaş gibi fiziksel ve sosyal ayırt ediciler yardımıyla diğer insanlarla ilgili bilgileri ayırt etmiş ve gruplamış olurlar²²⁷.

Kişinin kendi grubu ve diğer gruplar hakkındaki bu bilgileri düzenlemesi olarak sınıflandırma süreci, önyargıların ve kalıpyargıların oluşturulmasındaki temel sürece de karşılık gelmektedir²²⁸. Çevremizi yöneterek toplumda etkili bir işlevde bulunmamıza yardımcı olan sosyal sınıflandırmanın, abartma etkisi ve iç grup kayırmacılığı adı verilen iki sonucu vardır. Bunlardan ilkinde göre sosyal sınıflandırma aracılığıyla bireyler, kendi gruplarına ait benzerlikler ile ait oldukları grup ile diğer gruplar arasındaki farklılıkları olduğundan daha fazlaymış gibi algırlarlar. Bu sayede grup içi benzerlikler ve farklılıklar abartılmaktadır. Türk kimliğine sıkı sıkı bağlı olan bir bireyin, bütün Türklerin birbirlerine çok benzediğine ve diğer kültürden gelen tüm insanların, örneğin İspanyolların, bütün Türklerden çok farklı olduklarına inanması ve Türklerle İspanyolların benzer birçok noktaların olabileceği gerçeğine gözlerini kapaması abartma etkisine örnek verilebilir. İç grup kayırmacılığında ise sosyal sınıflandırma aracılığıyla bireyler, üyesi oldukları grup ile diğer gruplar arasında karşılaştırma yaparlar ve olumlu bir sosyal kimlik edinmek

²²⁶ Demirtaş, “Sosyal Kimlik Kuramı, Temel Kavram ve Varsayımlar”, s. 133.

²²⁷ Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, s. 23.

²²⁸ Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, s. 23. Örneğin sarışınların kıt akıllı oldukları, Kayserilerin cimri, İzmirli kadınların aşırı rahat oldukları ile ilgili inanışlar yani kategorilendirme vasıtasıyla söz konusu kalıpyargıların oluşturulmasına yönelik ilk adımlar atılmış olur. Önyargıyla yaklaşılan bir dış grubun, iç grupla ilişkisini imkânsız kılacak şekilde sosyal ya da fiziksel olarak uzakta tutulması ve bunun nispeten kalıcı olmasının sağlanması sosyal farklılaşmayı inşa etmeye yönelik bir eğilim olarak ise ayrımcılığa yol açmaktadır.

suretiyle benlik saygılarını yükseltmek istediklerinden söz konusu karşılaştırmada kendi gruplarını diğer gruplardan üstün algılayıp diğer grupları küçümserler²²⁹.

İç grup kayırmacılığı, dış grup üyelerini tektipleştirmenin yanı sıra iç grup üyelerinin birbirlerinin özelliklerini, inançlarını dahi benzer algılamalarına sebep olur. Bilişsel düzeyde de yaratılmış olan “biz ve onlar” farklılaşmasının, iç grup lehine davranışta bulunmak için yeterli olduğu düşünüldüğünden netice olarak, iç ve dış grup arasındaki sınırlar güçlenerek ayrımcılığın oluşmasında etken olurlar²³⁰. Çünkü önyargılar, diğer grup ya da grup üyelerine karşı geliştirilen olumsuz düşüncelerle sınırlı değildir; diğer grup ya da grup üyelerine yönelik hoşlanmama, kaçınma, hor görme ve hatta nefret etmeyi de kapsayacak olumsuz duyguları içeren tutumlara da yol açabilmektedirler²³¹.

Önyargının net etkisi, önyargı nesnesinin kendisinden kaynaklanmayan, onun kötü davranışının sonucu olmayan dezavantajlı bir yere konumlandırılması²³² olarak ortaya çıkmaktaysa da önyargılarla ilgili belki de esas sorunlu nokta, önyargıların sadece belirli bir konudaki tutumlarla sınırlı kalmasının yahut da sadece belirli bir gruba yönelik olmasının zor olmasıdır. Bir zihinsel yapının içerisinde gelişen önyargılar, aynı zamanda dünyaya ilişkin düşünme şeklimize dair de ipuçları vermektedir. Eğer dünyayı önyargılarımız çerçevesinde bizler ve diğerleri şeklinde gruplar ve bu gruplamalarda diğerlerinin aşağı değerinde olduklarını normalleştirirsek tehlike çanları çalmaya başlar ve ne yazık ki bu uyarı genellikle toplumda ezilen, baskı altında olan ve çoğunlukla kendilerine toplumsal hiyerarşinin alt tabakalarında yer bulan kadınlar, engelliler, eşcinseller, belirli bir etnik grubun üyeleri vb. gruplar

²²⁹ Demirtaş, “Sosyal Kimlik Kuramı, Temel Kavram ve Varsayımlar”, s. 134-135.

²³⁰ Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, s. 24; Demirtaş, “Sosyal Kimlik Kuramı, Temel Kavram ve Varsayımlar”, s. 135.

²³¹ Türk kimliğine sıkı sıkıya bağlı birisinin Türkleri diğer kültürlerden gelen herkesten, örneğin İspanyollardan, üstün görmesi ve dış grup üyelerinin hiçbirisinin, kendisinin iç grubunda varolduğuna inandığı özelliklere sahip olmadıklarına ya da benzer düzeyde sahip olmadıklarına inanması ve öteki olarak gördüğü dış grup üyelerini küçümsemesi iç grup kayırmacılığına örnek gösterilebilir. Ancak iç grup ve dış gruplar arasında gerçekleştirilen bu ayırım, kendi grubunu kayırmaya yol açmanın ötesinde katı ve kalıcı olan kalıpyargıların oluşmasına da neden olabilmekte ve dış grubun olumsuz algılanmasının yanı sıra dış gruba yönelik düşmanlık beslenmesine de yol açabilmektedir. Bunun sonucunda da gruplar arası çatışmaların ortaya çıkabileceği ileri sürülmektedir. Michener, H. A. v. d., Social psychology, San Diego, Harcourt Brace Jovanovich, 1990’dan aktaran Demirtaş, “Sosyal Kimlik Kuramı, Temel Kavram ve Varsayımlar”, s. 136.

²³² Allport, **The Nature of Prejudice**, s. 9.

açısından geç kalmış bir uyarı olarak görülebilir. Bu husus, aynı zamanda ayrımcılığa uğrayan grupların birbirlerine ve kendi iç gruplarının üyelerine yönelik önyargılarının ve ayrımcı tutumlarının arkasında, ayrımcılığı zihinsel olarak içselleştirmeleri olgusunun yattığına da dikkati yöneltmemizi gerektirir.

Önyargı ile ayrımcılık arasındaki söz konusu ilişkinin görülmesi, sadece sorunun anlaşılması açısından değil, sorunun çözümüne yönelik tedbirler alınması, çözüm yollarının araştırılması açısından da gereklidir. İnsanları grup aidiyetleri çerçevesinde bu gruba ilişkin olumsuz görüşleri temel alarak değerlendiren ve buna uygun eylemlerde bulunulması ayrımcılığın gündeme geldiği yerdir. Elbette, ait olduğumuz gruplar, kimliğimizin parçasıdır ve dikkate alınmalıdır, fakat bu aidiyetler nedeniyle olumsuz tutumların sergilenmesi ve ayrımcı eylemlerde bulunulması toplumun ayrışmasına ve bazı grupların dışlanmalarına yol açabilmektedir. Bu dışlanmışlıklar, ayrıştırmalar ise önyargıların tesirindeki ayrımcılığın tarihsel seyrine dair bir okuma ile daha belirgin hale gelecektir.

B. Ayrımcılık Kavramının Felsefi Çözümlemesi

1. Ayrımcılık Kavramının Tarihi Seyri

Genel bir bakış açısıyla, birisine karşı ayrımcılık yapmak, esasen ilgisiz olması gereken bir özellik temelinde, kişiye/kişilere karşı farklı muamelede bulunmaktır. Ancak her farklı muamele ayrımcılık olarak nitelendirilmez. Bir işveren kahverengi gözlü ya da yeşil gözlü başvuruçular yerine mavi gözlü başvuruçuyu işe alırsa, söz konusu eylem ayrımcılık olarak nitelendirilebilir mi? Eğer nitelendirilemiyorsa diğer bütün koşulları eşit şekilde karşılamalarına rağmen sırf göz renginin mavi olması sebebiyle mavi göz rengine sahip başvuruçunun işe alınmasının ayrımcılık olarak kabul edilmemesi neye dayandırılarak açıklanabilir²³³?

²³³ Sorular çeşitlendirilebilir; örneğin kişi sigara içmesi sebebiyle sağlık sigortası poliçesi priminin yüksek tutulduğundan bahisle ayrımcılığa uğradığını, kumral bir kişi sarışın olmadığı için işe alınmadığını ve bunun ayrımcılık olduğunu ya da obez kişiler uçak tasarımlarının obez olmayan kişiler göz önünde bulundurularak tasarlanması sebebiyle ayrımcılığa uğradığını ileri sürdüğünde haklı mıdır? Bkz. Kasper Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination** (Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde **Born Free and Equal?** olarak kullanılacaktır), New York, Oxford University Press, 2014, s. 13.

Çeşitli ayrımcılık tanımları bu sorulara farklı yanıtlar vermektedir ve bu yanıtların incelenmesi ayrımcılık ile kastedilenin ne olduğunun anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Bu tür sorular nedeniyle Larry Alexander'ın, 1982'de yayımladığında çığır açan makalesinde, "Haksız olan ayrımcılık ve haksız olmayan ayrımcılık arasında ayırım yapmamızı açıklayan ve bu ayırımı temellendiren şey nedir?" sorusunun yanıtlanmasının çoğu insanın düşündüğünden çok daha zor bir iş olduğunu ileri sürmesi oldukça makul görünmektedir²³⁴.

Bugün ayrımcılıkla ilişkilendirilen hukuk kurallarına çok yakın kurallara 19. yüzyılın ikinci yarısında Hindistan'da ve ABD'de yürürlüğe giren kanunlar örnek verilebilir. Esasen bu iki bölgenin sırasıyla kasta ve ırka dayalı önyargılı ve dezavantajlı muamele biçimlerinin sahnelendikleri yerler olmaları sebebiyle, bu hususun pek de şaşırtıcı olduğu söylenemez. Örneğin bir temele dayalı olarak ayrımcılığın yasaklanmasını öngören en erken hükümlerden biri 1850 yılında Britanya Hindistanı tarafından kabul edilen *Caste Disabilities Removal Act*'tir. Kanun, herhangi bir kimsenin hakkından veya mülkiyetinden mahrum kalmasına sebep olacak veya herhangi bir şekilde miras hakkına zarar verecek ya da miras hakkını etkileyebilecek düzenlemelere son verilmesini ele almaktadır. Kanunla başka bir dine ya da kasta geçenlere, örneğin Hindu dininden başka bir dine geçenlere, özellikle mirasa ilişkin konularda eşitlik tanınmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise ayrımcılık yasağı mevzuatı açısından ilk olarak 1865'te köleliği yasaklayan XIII. Değişiklik önem arz etmektedir. 1868'de gerçekleştirilen XIV. Değişiklik ise vatandaşlığın kapsamını genişleterek tüm eyaletlerin, kendi yargı yetkileri içindeki herkesi kanunların eşit korumasından yararlandıracağına yer vermiştir. Amerikan İç Savaşı'nın sona ermesinden kısa bir süre sonra yürürlüğe giren Medeni Haklar Kanunu ve 1870'te yürürlüğe giren XV. Değişiklik ise Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarının oy kullanma hakkının ırk, renk veya daha önce köle olarak çalışmış olmaları nedeniyle reddedilemeyeceğini yahut kısıtlanamayacağını kabul etmiştir. Yasamanın bu müdahalelerinde ortak olan şey, devletin eylemlerini hedefe alarak,

²³⁴ Larry Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes and Proxies", *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1992, ss. 149-219, s. 151.

temel haklardan ve özgürlüklerden yararlanılmasını ırk ayrımcılığı yapılmaksızın sağlama çabalarıdır²³⁵.

Sosyal bilimler alanında ayrımcılık kelimesinin kayıtlara geçmiş şekildeki ilk kullanımı ise ABD'nin 17. Başkanı Andrew Johnson'un 1866 tarihli Medeni Haklar Kanunu Tasarısı'nı veto ettiği konuşmasında yer almıştır. Tasarı Başkan'ın vetosuna rağmen Kongre'den geçmiş ve kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir. İlgili kanun, ABD'de doğan herkesin ırkları, renkleri veya önceki koşulları ne olursa olsun Amerikan vatandaşı olduklarını ilan ettiğinden özellikle Afrika kökenli Amerikalıların haklarının tanınması bakımından önem arz etmektedir. Vatandaşlığın bu şekildeki kavranışı ABD'deki ayrımcılık karşıtı hareketin kaynağı olarak gösterilmektedir²³⁶. Ayrıca her ne kadar ayrımcılık ifadesini içermiyor olsa da kanunların eşit korumasına yer veren XIV. Değişiklik ve 1787 tarihli ABD Anayasası, hukuk doktrininde eşitlik hakkından türediği ifade edilebilecek olan ayrımcılık yasağı normlarının takibi için önemli bir konumdadırlar.

Ayrımcılık yasağının ABD'de ırk etrafında şekillendiği görülmekteyse de din referans alınarak yapılan ayrımcılıklar da gözden kaçırılmamalıdır. Krallıklar, imparatorluklar arasında ve hatta söz konusu birimlerin kendi içlerinde birinin diğerini istila etme, diğerinin üzerinde baskı kurma, üstünlük kurma mücadelesi erken dönemlerden itibaren hep var olmakla birlikte onaltıncı yüzyıldaki Reform

²³⁵ Tarunabh Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 46-47. Hindistan ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ilk gelişmelerin ayrımcılığa ilişkin hukuki yaklaşımı şekillendiren üç soruyu da gündeme getirdiğinden bahsedilmektedir. İlk soru, ayrımcılık yasağından faydalanan grupların kimler olduğudur. İkincisi ise ayrımcılık karşıtı kanunlardan doğan yükün taşıyıcılarının kim olduğuna karar verilmesi gerektiğidir. Sonuncu soru, bu kanunların getirdiği yüklerin niteliğinin ve kapsamının belirlenmesine dairdir. İlgili kanunlar, başlarda sadece doğrudan ayrımcılığa ya da özel önlem denen kavrama odaklanmışken, son yıllarda yeni araçların icat edilmesiyle birlikte dolaylı ayrımcılık, makul uyumlaştırma gibi kavramlar da etkin bir şekilde bu kanunlarda yer almaktadırlar. Bundan ötürü çağdaş ayrımcılık anlayışının da bu gelişmelere bağlı olarak çok yol katettiği ifade edilmektedir. Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 47.

²³⁶ Michael Banton, **Discrimination**, Buckingham, Open University Press, 1994, s. 6. Fakat bu demek değildir ki ayrımcılık sözcüğü mahkeme kararlarında yer almasın. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi'nin XIV. Değişiklik doğrultusunda verdiği *Slaughterhouses Cases* kararında ayrımcılık ifadesi yer almaktadır. Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 68. İlgili karar için bkz. (Supreme Court of United States, 83 U.S. 36, decided 14 April 1963), (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/83/36>, 18 Ekim 2019. Mahkeme, bu yorumunu 1880 yılındaki *Stauder v. West Virginia* kararında da tekrarlamıştır. Fullinwider, "Discrimination: Word, concept, anti-norm-some historical sketches", s. 440. İlgili karar (Supreme Court of United States, 100 U.S. 303 (1880), argued 21 Oct. 1879, decided 1 Mar. 1880) için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/100/303>, 18 Ekim 2019.

hareketleri ve otuz yıl savaşları, Avrupa açısından bir dönüm noktası olmuştur. Din eksenli ortaya çıkan söz konusu mücadele, milyonlarca kişinin ölmesi sonrasında, dini hoşgörünün tesis edilmesine yönelik yoğun çabaların ortaya çıkması ile sonuçlanmıştır. Sonraki iki yüzyıl boyunca hanedanlar arası çekişmeler tekrar yükselişe geçmiş; Napoleon Savaşları ve Fransız Devrimi on dokuzuncu yüzyılı şekillendiren olaylar olarak tarihteki yerlerini almışlardır. Viyana Kongresi ile Avrupa'nın politik sınırlarının yeniden çizilmesi, birçok etnik-dini grubun bağlı oldukları devletlerle sorunlar yaşamasına yol açmıştır. Bütün bunlara ek olarak Osmanlı Devleti'nin özellikle siyasi olarak çözülmeye başlaması, Avrupa'yı daha da içinden çıkılmaz bir hale sokmuştur. Bu süreçte etnik ve dinsel açıdan birçok farklı grubu barındıran devletler ortaya çıkmış; tüm bu gelişmeler, I. Dünya Savaşı'na zemin hazırlamıştır. Ancak I. Dünya Savaşı'nı kazanan güçler, Avrupa'yı yeniden şekillendirirken istikrarı sağlayabilmek adına azınlıkların dini, etnik ve dilsel haklarını koruma altına alan bir dizi antlaşmayı, azınlık antlaşmalarını, imzaya açmışlardır²³⁷.

Söz konusu antlaşmalar, azınlıkların haklarının korunmasını amaçlamış olsalar da yeni Avrupa düzeni ikinci bir savaşın çıkmasına mani olamamıştır. Bu savaş esnasında, Yahudilere ve diğer “aşağı” ırktan olduğuna inanılan kimselere karşı yapılan katliamlar, savaşın bitmesiyle beraber, müttefik devletlerin “insan hakları”nı titizlikle ve ivedilikle ele almaları ile sonuçlanmıştır. Bunu müteakip “insan hakları” ve “ayrımcılık yasağı” düşüncesi ve bu kavramlara ilişkin düzenlemeler önem kazanmış; hem ulusal ve uluslararası düzlemde hem de teorideki ve uygulamadaki yerlerini almışlardır²³⁸. Bu ekseninde konumuz bağlamında, I. Dünya Savaşı sonrasındaki antlaşmalarla, II. Dünya Savaşı sonrasındaki antlaşmalarda dikkati çeken husus; ilkinde, azınlık haklarının ön planda tutulması ve bu temelde

²³⁷ I. Dünya Savaşı'nın kazananı devletler, yeni kurulan devletlerin sahnedeki yerlerini almasının dini, etnik ve dinsel açıdan birçok sorunu da beraberinde getirebileceğini öngörerek ilgili devletlerle azınlık haklarının korunması için sözleşmelerde çeşitli hükümlere yer vermişlerdir. Ayrıca söz konusu devletlerin kurulmasında farklı dinlerin mensuplarına eşit davranma da önemli bir ölçüt olarak kullanılmıştır. Devletlere farklı dinlere mensup olanlara eşit davranma yükümlülüğü getiren bu sözleşmeler, çoğunlukla ve temel olarak, dini özgürlüğü garanti altına alma amacıyla olduğundan ayrımcılığı din ekseninde yasaklamıştır. Azınlık haklarına ilişkin sözleşmelerde ise ırk, dil ve din temelinde ayrımcılık yapılmasına ilişkin yasaklar söz konusudur. Şennur Ağırbaşı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 31.

²³⁸ Fullinwider, “Discrimination: Word, concept, anti-norm-some historical sketches”, s. 440-442.

düzenlemeler yapılmasına karşılık diğerinde, barışın tesisi için “insan hakları”nın ön planda tutulmasıdır²³⁹.

Kavramın günümüzdeki anlamı çerçevesindeki olumsuz kullanımı, yani çoğunlukla belirli bir grubun bir veya daha fazla üyesine karşı haksız bir şekilde muamele edilmesi, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında düzenlenen uluslararası belgelerde karşımıza çıkmaktadır²⁴⁰. Başlangıçta, selefi Milletler Cemiyet gibi Birleşmiş Milletler’in de savaş sonrası imzalanan antlaşmaların yürürlüğünün ve uygulanmasının takibi konusunda pek de etkili olmadığı söylenebilirse de zamanla, dünya genelinde ve uluslararası kurumlarda, “insan hakları”/“ayrımcılık yapmama” rejimlerinin önem kazanmasında önemli bir rol üstlenmiştir²⁴¹. Bu noktada, ilk bakışta “fark gözetme”, “farklı davranış” anlamına gelen ayrımcılık sözcüğünün aslında 20. yüzyılın başlarında da hukukçular tarafından kullanıldığı gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin Gilbert Thomas Stephenson 1910 tarihli çalışmasında “distinction” sözcüğü ile “discrimination” sözcüğü arasındaki farkın ortaya konulmasının faydalı olacağını zira ırk temelinde yapılan her ayrımın, farklılık gözetmenin ayrımcılık olmadığını açıklamaya çalışmıştır. Bundan ötürü ahlaken yüklü bir şekilde kullanılan ayrımcılık sözcüğünün günümüzdeki kullanımının on dokuncu yüzyılın sonlarından itibaren hem hukuki hem de kamusal şerhlerde yer aldığı ve II. Dünya Savaşı ile birlikte yaygınlaşan kullanımının aslında yeni olmadığı belirtilebilir²⁴².

Ayrımcılığın insan hakları mücadelesi ekseninde, tarihsel olarak kölelik ve dinsel hoşgörüsüzlükle mücadeleye bağlı olarak temellendirilmeye başlandığı anlaşılmaktadır. Önceleri din, ırk, cinsiyet bağlamında ele alınan ayrımcılık, günümüz toplumlarının karmaşık yapısına bağlı olarak cinsel yönelim, etnik köken, dil, yaş ve engelliliğe ek olarak yoksulluk ve dış görünüm gibi farklı temellerde de

²³⁹ Fullinwider, “Discrimination: Word, concept, anti-norm-some historical sketches”, s. 442.

²⁴⁰ Vierdag, **The Concept of Discrimination in International Law**, s. 49-50.

²⁴¹ Fullinwider, “Discrimination: Word, concept, anti-norm-some historical sketches”, s. 442.

²⁴² Fullinwider, “Discrimination: Word, concept, anti-norm-some historical sketches”, s. 440. Stephenson’un adı geçen kitabı için bkz. Gilbert Thomas Stephenson, **Race Distinctions in American Law**, New York, Association Press, 1911, (Çevrimiçi) <https://archive.org/stream/cu31924030479418?ref=ol#page/n23/mode/2up>, 20 Mayıs 2019.

karşımıza çıkmaktadır²⁴³. Bununla birlikte özellikle son yıllarda sürekli yakınılan ayrımcılığın ne olduğunun ya da hiç değilse ne olmadığını ortaya koyulması gerekmektedir. Bu gaye ile hukukta yasaklanan ayrımcılığın, hukuki belgelerdeki düzenleniş biçimlerinin ele alınmasından önce kavramın günlük kullanımda içinin nasıl doldurulduğunun ve aslında bu tür bir kullanımın gündeme getirdiği sorunların irdelenmesi; kavramın dikkatli bir biçimde yeniden şekillendirilmesi gerekmektedir.

2. Genel Anlamıyla Ayrımcılık

Walter E. Block ve Michael A. Walker, ayrımcılığın bir tercih ifadesinden başka bir şey olmadığını ve kavramın negatif yüklü değil de tarafsız anlamı ele alındığında, davranışın sonuçlarını değerlendirmeden, ayrımcılık yapmanın özgür toplumların istenen bir özelliği olduğunu belirtirler. Buna göre zaten hayatın her alanında tercihlerimize dayalı ayrımlar yapmaktayızdır, mühim olan ise ayrımcılık yapanların bu tercihlerinin bedelini ödemeleridir²⁴⁴.

²⁴³ Ayrımcılık yasağının yargı alanına yansımaları da bölgesel düzlemler temelinde farklılık göstermektedir; örneğin ayrımcılık yasağının kapsamındaki ilk temel ABD’de ırk, Hindistan’da kast, AB’de ise cinsiyettir. Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 48.

²⁴⁴ W.E. Block, M.A. Walker, “Introduction”, **Discrimination, Affirmative Action, and Equality of Opportunity: An Economic and Social Perspective**, Ed. W.E. Block, M.A. Walker, Vancouver, Fraser Institute, 1982, s. 6, 9. Lena Halldenius, ulusal ve uluslararası hukukta ayrımcılık yapmanın haksız olduğu varsayımından yola çıkılmasına rağmen mevcut mevzuatlardan ayrımcılıktan anlaşılanın ne olduğunun belirlenmesinin zor olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşünü desteklemek için de iki hukuki belgeyi örnek gösterir. Bu belgelerden ilki, Unesco İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirisi’dir. Bu belgenin 7. maddesi şöyledir: “İnsan genetik verilerinin ve insan proteomik verilerinin ihlal edilmesini amaçlayan veya insan haklarını, temel özgürlükleri veya bireyin insan onurunu ihlal etmeyi amaçlayan veya bireyin, ailenin, grubun ya da topluluğun damgalanmasına yol açabilecek bir şekilde ayrımcılık yapmak amacıyla kullanılmamasını sağlamak için her türlü çaba gösterilmelidir”. Halldenius’a göre bu örnekte ayrımcılık, kişinin insan haklarının ihlal edildiğini göstermenin bir yoludur ve ahlaki bir standartla bağlantılı olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca madde herhangi birinin insan haklarının ihlal edilmemesi gerektiğini söylediğinden, esasen hakkın anlamından bilinen bir şeyi yani hakkın ihlal edilmemesi gerekliliğini tekrarlamaktadır. 1999 tarihli İsveç Engelli Kişilere Karşı İşle İlgili Ayrımcılık Yasağı Kanunu’nda ise işverenin, iş başvurusunda bulunan engelli kişiye ya da çalışana, dezavantajın engel ile bağlantılı olmadığını göstermedikçe benzer durumdaki engelsiz kişiye göre olumsuz muamelede bulunmak yoluyla dezavantaj sağlayamayacağı belirtilmiştir. İş hukuku ile bağlantılı olan bu kanunda ise ayrımcılık, kişiler arasındaki karşılaştırma münasebetiyle gündeme gelmektedir. Buna göre kişinin, kendisinin elinde olmayan bir özelliği yüzünden bir başkasından daha olumsuz muamele görmesi halinde ayrımcılığa uğradığı kabul edilmektedir. Düzenlemede “ayrımcılık”, kişiler arasında, kişisel özellikleri temelinde, farklılaşmanın yapılması aracılığıyla, belirli bir şekilde karar verme tipi olarak tanımlanmaktadır ve belirli bir haksızlık şeklini temsil ettiğinden gereksiz değildir. Lena Halldenius, "Dissecting Discrimination", **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, 14, 2005, ss. 455-463, s. 455-456. Burada öne çıkan husus; “keyfi”, “mantıksız” ve “ilgisiz” nedenlerle “farklı muamele” (veya “daha olumsuz muamele”) dir. Ancak farklı muamele, ilgisiz olmasından ötürü keyfi ve mantıksızdır.

Bert Heinrichs ise X özelliğine sahip olmanın, A ve B kişilerine farklı muamele edilmesinin ahlaki olarak geçerli nedeni olup olmadığı sorusunun ayrımcılık kavramına ilişkin merkezi bir soru olduğunu belirtmektedir. Ayrıca A'ya karşı ayrımcılık yapıldığında ona başka bir kişiden, B'den, farklı muamele edildiğini ancak farklı olmadıklarından aslında farklı davranılmaması gerektiğini ileri sürmektedir²⁴⁵. Onun analizine göre ayrımcılık kavramının merkezinde iki ilke bulunmaktadır; benzer durumlara benzer şekilde muamele edilmesi gerektiği ilkesi ve belirli bir özelliğin, söz konusu özelliğin verilen şartlarla ilgili olması durumunda, kişilere farklı davranmak için ahlaki açıdan geçerli bir gerekçe olarak kabul edildiği ilgililik ilkesi²⁴⁶. Bununla birlikte Heinrichs, farklı muamele için önem arz eden özellikleri ve ilgililik ilkesini geçerli kılacak zemini tespit etmenin kolay olmadığına işaret etmektedir.

Hukukta ayrımcılıktan söz edildiğinde ise akla ilk olarak farklı gruplar arasında ayırım yapmak gelmektedir. Buna göre aynı konumda olanlara farklı muamele edilmesi, diğer şartlar eşit ise, ayrımcılıktır. Fakat bazen farklı durumdakilere eşit muamele etmek de ayrımcılık teşkil edebilir. Kısacası aynı konumda olanlara farklı, farklı konumda olanlara aynı biçimde muamele edilmesinin ayrımcılık olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte BM İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu, AİHM içtihatları ve AB Direktifleri dikkate alındığında ayrımcılık; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, cinsel yönelim, yaş vb. herhangi bir ayrımcılık temeline dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından tanınmasını, kullanılmasını zayıflatma yahut ortadan kaldırma amacını taşıyan ya da böyle bir etki doğuran herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama olarak tanımlanabilir²⁴⁷. En genel haliyle ise ayrımcılık, bir kimsenin mensubu olduğu bir grup dolayısıyla, gruba dair önyargıların sebebiyle, diğerlerinden farklı bir duruma veya muameleye maruz kalması halidir ve genel

Öyleyse ayrımcılık, karar verme bağlamında, kişisel bir özelliğe dayanmasından ötürü, ilgisiz olan bir temelde, kişi için dezavantajı ifade eden karar verme işlemidir. Halldenius, "Dissecting Discrimination", s. 457. Ayrıca UNESCO İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirisi için bkz. (Çevrimiçi) <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112e.pdf>, 03 Nisan 2018.

²⁴⁵ Bert Heinrichs, "What Is Discrimination and When Is It Morally Wrong?", *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 12, 2007, ss. 97-114, s. 102.

²⁴⁶ Heinrichs, "What Is Discrimination and When Is It Morally Wrong?", s. 113.

²⁴⁷ Belirtilen belgelerde yer alan ayrımcılık tanımları III. Bölümde etraflıca incelenecektir.

olarak olumsuz bir anlamı içerecek şekilde kullanılmaktadır. Bu bölümde ise ayrımcılığın felsefi çerçevede bir incelemesi yapılacaktır. Bu çözümleme yapılırken büyük ölçüde Kasper Lippert-Rasmussen tarafından ortaya koyulan tanım şemasının takip edildiği fakat bu şemaya körü körüne bağlı kalınmadığı ifade edilmelidir²⁴⁸.

Genel anlamıyla, F, K1'e karşı (K1 aleyhinde) ayrımcılık yapıyor dendiğinde kastedilen, F'nin, K2'yi de etkileyen bir eylemde, örneğin işe almak eyleminde, bulunması ve bu eylemin K1 için olumsuz olmasıdır. Ancak bu yeterli değildir; ek olarak bazı unsurlara da yer verilmesi gerekmektedir. Bu unsurlardan ilki, K1'in bir özelliğe /(varsayılan özelliğe) sahip olmasına karşılık, buna Ö diyelim, K2'nin K1'in sahip olduğu bu özelliğe /(varsayılan özelliğe) sahip olmamasıdır. İkinci olarak F, K1'e karşı (Φ) eyleminde bulunmak suretiyle farklı muamelede bulunuyordur. Şöyle ki F, K1'e karşı (Φ) eylemi vasıtasıyla K2'ye davrandığından veya davranacağından daha kötü muamele ediyordur; çünkü K1, K2'nin sahip olmadığı bir özelliğe (ya da sahip olmadığı varsayılan bir özelliğe) sahiptir²⁴⁹.

Bu tanıma göre sahip olunan ya da sahip olduğuna inanılan bir özellik nedeniyle, bu özelliğe sahip olanlara, söz konusu özelliğe sahip olmayanlara kıyasla daha kötü veya daha olumsuz muamele edilmektedir. Muamelenin, söz konusu özelliğe sahip olanlar ya da sahip olduğuna inanılanlar açısından daha dezavantajlı olduğu kabul edilmektedir. Özetle genel anlamda, birisine karşı ayrımcılık yapmak, o kişiye karşı dezavantajlı farklı muamelede bulunulmasıdır. Ancak bu tanım, bir yargıcın masum bir kişiyi serbest bırakmasını ve suçluya ceza vermesini; kadınların kamyon şoförü olarak istihdam edilmemelerini aynı kefeye koyduğu ve her iki örneği de ayrımcılık örneği olarak kabul ettiği gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmaktadır. Eleştirenler, insanların ayrımcılıktan söz ederken akıllarına bu unsurlara ek başka unsurların da geldiğini ve ayrımcılıktan anlaşılanın jenerik anlamdaki bu

²⁴⁸ Çalışmada söz konusu şemanın takip edilmesinin sebebi, yapılan tanımın pek çok teorisyen tarafından da benimsenmesi ve bir nevi basamaklı bir yapı ile ayrımcılığın tanımlanmış olmasıdır. Ancak Lippert-Rasmussen'in ayrımcılığı grup ayrımcılığına karşılık gelecek şekilde tanımladığı vurgulanmalıdır. Ayrımcılık ve grup ölçütü arasındaki ilişki aşağıda ele alınacaktır.

²⁴⁹ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 15; Jan Narveson, **Respecting Persons in Theory and Practice**, New York, Rowman and Littlefield, 2012, s. 205.

tanım olmadığını ileri sürmektedirler²⁵⁰. Bundan ötürü bu kısımda, söz konusu tanımın öne çıkan unsurları ve bu unsurlara yöneltilen eleştirilerin incelenmesi vasıtasıyla ayrımcılığın tanımında yer verilmesi gereken unsurların neler olabileceğine ilişkin iddiaların ortaya konulmasına çalışılacaktır.

a. Ayrımcılığın Tarafları

Ayrımcılıktan söz edebilmek için ilk olarak ayrımcı muamelede bulunan bir kişinin, yani eylemi vasıtasıyla bir başkasına olumsuz muamelede bulunan birinin varlığı gerekmektedir. Ayrımcılık, kendiliğinden gerçekleşen, birden beliriveren bir şey değildir. Ayrımcılığın bir fail tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Fail, bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Fakat bu husus, kurumsal ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek durumlarda ayrımcılığı yapan kişilerin olmadığı itirazlarını gündeme getirebilecekse de, esasen bu tür vakalarda da söz konusu uygulamalara ya da politikalara da karar verenlerin yine insanlar olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiğine işaret edilmelidir. J.L.A.Garcia da ayrımcılık sözcüğünün ayrımcı olma durumuna karşılık geldiğini ve ayrımcı sözcüğü ayırım yapan kimse olarak tanımlandığından eylemi gerçekleştiren fail/faillerin olduğu hususunun net olduğunu belirtir²⁵¹.

Ayrımcı eylem, politika veya uygulamadan etkilenen yani kendisine karşı ayrımcı muamelede bulunulan bir kişinin bulunması da esaslı bir unsurdur. Öyle ki toplumda ayrımcılığın kol gezdiğinin iddia edilip kimsenin söz konusu ayrımcılığı gerçekleştirmediği ve kimsenin söz konusu ayrımcılığın mağduru olmadığına iddia edilmesi pek de mantıklı değildir²⁵².

Benzer bir şekilde kendisine karşı ayrımcılık yapılan olduğu kadar kendisi lehine ayrımcılık yapılan da söz konusudur. Yukarıda da yer verildiği üzere ayrımcılığın söz konusu olması için F'nin, K1'e karşı, (Φ) eylemi vasıtasıyla K2'ye

²⁵⁰ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 15-16; Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes and Proxies", s. 151.

²⁵¹ J. L. A. Garcia, "Wrongful Racial Discrimination in Moral Analysis: Some Recent Accounts, an Alternative Conception, and Attempts to Extend Theoretical Models," **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Vol. 16, 2018, ss. 697-729, s. 699.

²⁵² Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 18.

davrandığından veya davranacağından daha olumsuz muamele etmesi, çünkü K1'in, K2'nin sahip olmadığı veya sahip olmadığına inanılan bir özelliğe sahip olması yahut sahip olduğuna inanılması gerekmektedir. Öyleyse kendisine karşı olumlu eylemde bulunan yani bir anlamda söz konusu ayrımcı muameleden “faydalanan”lar (burada K2) da söz konusudur²⁵³.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus da doğrudan ayrımcılıkta eylemin genellikle bir kişiye karşı gerçekleştirilmesine karşılık dolaylı ayrımcılıkta söz konusu eylemden etkilenen bir grubun söz konusu olduğudur. Örneğin işverenin engelli olduğu için kişiyi işe almaması ile işyerinin fiziki koşullarının engellilerin çalışmalarına elverişli olmaması ve bu nedenle söz konusu işyerinde veya iş kolunda engellilerin çalışma olanağından yoksun bırakılmaları farklı durumlardır²⁵⁴.

(1). Gerçek Özelliklerden Bağımsız Olma

Kişiye karşı ayrımcılık yapılmasının sebebi, belirli bir özelliğe sahip olması olabileceği gibi söz konusu özelliğe sahip olduğuna inanılması da olabilir. İş başvurusunda bulunan Deniz isimli başvurucuyu ele alalım. Eğer Deniz ismi söz konusu ülkede çoğunlukta bulunan etnik köken mensuplarına verilen bir isim değilse, başvurucu çoğunlukta bulunan etnik köken mensubu olsa bile, ismi nedeniyle azınlıktaki bir grubun mensubu olduğu varsayımında bulunulabilir ve başvurusu reddedilebilir. Aynı örnek üzerinden ilerlersek, cinsiyetçi bir işyeri sahibi, Deniz isimli başvurucunun başvurusunu, başvurucu erkek olmasına rağmen başvurucunun kadın olduğuna inanması sebebiyle reddedebilir. Bu takdirde kadın olduğu varsayımında bulunulduğundan erkek başvurucuya karşı ayrımcılık yapılmış olur²⁵⁵. Bu örnekler göstermektedir ki, ayrımcılık yapan kişi, aslında ayrımcı muamelede bulunduğu kişinin özelliklerinden bağımsız olarak, söz konusu kişiye, bir

²⁵³ Narveson, **Respecting Persons in Theory and Practice**, s. 203. Ancak belirtilmelidir ki ayrımcılığın karşılaştırma unsurunu içeren bir kavram olmadığı savunuluyorsa ayrımcı muameleden “faydalanan”ların olmasının mutlaka zorunlu bir unsur olduğu söylenemeyecektir. Karşılaştırma başlığı altında bu husus açıklanacaktır.

²⁵⁴ Bu konunun ne zaman ayrımcılık yasağının ihlali anlamına geldiği III. Bölümde “Makul Uyumlaştırma Yapılmaması” başlığında ele alınacaktır.

²⁵⁵ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 20.

anlamda ayrımcılığa konu olan özelliği atfedebilmekte ve bu çerçevede ayrımcı muamelede bulunabilmektedir. Bu, gözden kaçırılabilen ama önem arz eden bir husustur²⁵⁶.

(2). Refleksif Olma

Esas olarak ayrımcılığı yapan kişi ile ayrımcılığa uğrayan kişi yani fail ile mağdur birbirlerinden farklıdır. Bu farklılığın temelinde de ayrımcılığı yapanın, ayrımcılık mağdurunun, ayrımcılığa uğramasına neden olan özelliğe sahip olmaması yer alır. Elbette, bunun aksi durumlar da söz konusu olabilmektedir. Dönüşümlü ayrımcılık durumunda, kendilerine karşı ayrımcılık yapılan bir grubun üyeleri, kendi grubunun diğer üyelerine karşı hoşlanmadığı şeyi içselleştirmiş olmasından dolayı ayrımcılık yapabilir. Kadın bir işverenin, sırf kadın olmaları hasebiyle kadın başvurucuları işe almaktan imtina etmesi ve erkek başvuruculardan birini işe alması buna misal olarak gösterilebilir. Hatta bir adım daha öteye giderek bireyin kendisi, daha nitelikli ve söz konusu terfi için daha uygun olmasına rağmen, sırf cinsiyeti sebebiyle, erkek iş arkadaşının söz konusu terfi için kendisinden daha iyi olduğunu belirtebilir. Bu tür bir durumda, bir anlamda ayrımcılığı yapanın ve ayrımcılığa uğrayanın refleksif (dönüşlü, dönüşümlü, tekrar kendine yönelen) bir görünüm aldığı ortaya çıkmaktadır²⁵⁷.

Ayrıca çoğunlukla asimetrik bir şekilde gerçekleştiğinden ayrımcılığın asimetrik bir yapısının olduğu düşünülmekteyse de ayrımcılığın asimetrik bir şekilde

²⁵⁶ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 20. Ayrıca failin, eyleminin arkasında yatan saikten haberi olmadan da ayrımcılık yapması mümkündür.

²⁵⁷ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 21. Vurgulanmalıdır ki söz konusu durum, bireyin kendisinin daha nitelikli olmasına rağmen kendi koşulları, örneğin bekâr olması ve ekonomik koşullarının iyi olması ile diğer iş arkadaşının koşullarını karşılaştırarak, örneğin iş arkadaşının annesinin rahatsız olması ve tedavi masraflarının pahalı olması nedeniyle terfiden elde edilecek ücret artışının tedavi için elzem olduğunu düşünmesi gibi gerekçelerle değil; sırf kendi cinsiyeti ile iş arkadaşının cinsiyetini karşılaştırması ve kadın olmasından dolayı terfi etmeyi hak etmediğine inanması halinde ortaya çıkan durumu yansıtmaktadır. Ayrımcılığın dönüşümlü bir hal aldığı durumların, ayrımcılık mağdurlarının ayrımcılığı içselleştirebildiklerinin göstergesi olduğu söylenebilir. Siyahlara karşı hem resmi hem de geleneksel olarak ırkçı muameleyi savunan Jim Crow Kanunları altında yaşayan Afrikalı Amerikalılar buna örnek gösterilebilir. Bu grubun üyeleri söz konusu kanunlar uyarınca, beyazların huzurunda saygılı ve itaatkâr olmak için kendi kendilerini eğitmişlerdir. Kasper Lippert-Rasmussen, “The Badness of Discrimination”, **Ethical Theory and Moral Practice**, 9, 2006, ss. 167–185, s. 173. Jim Crow Kanunları için bkz. (Çevrimiçi) <https://socialwelfare.library.vcu.edu/eras/civil-war-reconstruction/jim-crow-laws-and-racial-segregation/>, 03 Temmuz 2018.

gerçekleşmek zorunda olmadığı belirtilmelidir. Ayrımcılığın sadece gücü elinde bulunduranlar tarafından yapıldığı görüşü gerçeklerin birebir kopyası olarak ele alınmamalıdır²⁵⁸. Derilerinin renkleri, etnik kökenleri vb. nedenlerle ayrımcılığa uğrayan bir grup da engellilere, eşcinsellere karşı ayrımcı muamelede bulunabilir yahut çoğunluktaki ırka mensup olmayan grubun üyeleri, kendileri gibi azınlıkta bulunan diğer bir grubun üyelerini dışlayabilir, söz konusu grubun üyelerine karşı ayrımcı muamelede bulunabilirler.

b. Karşılaştırma

Ayrımcılık yapmak, sahip olduğu bir özellik nedeniyle bir kişiye ya da kişilere karşı dezavantajlı farklı muamelede bulunmaktır denildiğinde bazı sorular da ortaya çıkmaktadır. Örneğin farklı muamele derken kastedilen nedir; hangi muameleden farklı, kimden farklı, hangi ölçütlere göre farklı? Yanıt eğer kendisine karşı olumsuz muamelede bulunulmayan kişiden farklı olmak ise ayrımcılığın karşılaştırma içeren bir muamele olduğu ifade edilmek isteniyordur denebilir mi? Cevap evet ise ayrımcılığın karşılaştırmalı olması ne demektir?

K1'e, bir özelliği sebebiyle, buna Ö diyelim, Ö'ye sahip olmayan K2'ye edilen muameleden farklı muamele edilmesi durumunda ayrımcılık vardır denebilir mi? Bu soruyu yanıtlayabilmek için; Ö'ye sahip olmayan K2'ye edilen Y muamelesi ile Ö'ye sahip K1'e edilen muamele, X, karşılaştırılmakta ve söz konusu X muamelesi daha olumsuz ise K2'nin tercih edildiği tespit edilmektedir. Bunun anlamı ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin, iddiasının ispatlanması için, karşılaştırma yapılmasına ve bir karşılaştırma öznesine (karşılaştırılan) ihtiyaç duyulmasıdır²⁵⁹. Ancak ayrımcılığın genel anlamda bile olsa, özünde karşılaştırmalı

²⁵⁸ Lippert-Rasmussen, "The Badness of Discrimination", s. 173-174.

²⁵⁹ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 16. Karşılaştırılanlar ve ayrımcılık arasındaki ilişkin köklerinin Antik Yunan'a, en azından, Aristoteles'in benzerlere benzer şekilde muamele edilmediği takdirde eşit olmayan durumların gerçekleştiği yönündeki gözlemine değin sürülebileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe yer veren çağdaş hukuki yaklaşımlar da bir dizi korunan özellikler yani Aristotelesçi tabirle benzerleri tanımlamakta ve örneğin, işverenlerin korunan özelliklere sahip olan çalışanlarına, bu özellikleri nedeniyle, farklı ve olumsuz şekilde muamele etmelerini yasaklamaktadır. Suzanne B. Goldberg, "Discrimination by Comparison", **The Yale Law Journal**, V. 120, I. 4, 2011, ss. 728-812, s. 743. Kendi ayrımcılık tanımında karşılaştırmalı yapıya önem veren Eidelson, kavramın iki temel bölüme ayrılabilirliğini ifade eder. Buna göre, birisine karşı bir özellik temelinde belirli bir muamelede bulunmanın (doğrudan) ayrımcılık olması için; X (kişiler, şirketler, kurumlar ya da

olduğunun ileri sürülmesinin yanı sıra karşılaştırmalı olmadığı da savunulmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde ayrımcılık, ayrımcılığı yapan kişinin, ayrımcı muamelede bulunduğu kişi/kişilere karşı diğer kişi/kişilere kıyasla nasıl muamele ettiği meselesiyle yakından ilgilidir. Çünkü daha iyi muamele gören veya görecekt olan başka kimselerin olmadığı durumlarda ayrımcılığa maruz kalındığı ifade edilemeyecektir.

Yalın olarak karşılaştırmalı görüşte, ayrımcı muamelede bulunan, bu kişiye F diyelim; Ö'ye sahip K1'e, Ö'ye sahip olmayan K2'den farklı muamelede bulunmaktadır. Söz konusu farklı muamelenin ayrımcılık kabul edilip edilmeyeceğinin tespiti için de ayrımcılık konusu olan özelliğe sahip olmayan kişilere yapılan muameleler karşılaştırılmaktadır. Eğer bu karşılaştırma sonucunda Ö'ye sahip olmayan kişinin tercih edildiği tespit edilmişse ayrımcı muamelenin var olduğu ifade edilmektedir²⁶⁰.

Ayrıca çoğu ayrımcılık karşıtı tedbirlerde, kanunlarda ayrımcılığın tanımına karşılaştırmayı içerecek şekilde yer verilmemesine karşılık, özellikle uygulamada ve yargı organlarında, ayrımcılığın gerçekleşip gerçekleşmediğini ölçmek için yardımcı araç olarak karşılaştırılana başvurulduğu görülmektedir. Karşılaştırılanların kullanılması, ayrımcılık yapıldığı çıkarımında bulunulmasına ilişkin faydaları dolayısıyla ayrımcılık iddialarının değerlendirilmesinde baskın bir metodolojik araç

bunlardan oluşan gruplar olmak üzere ayrımcı muamelede bulunanın), W (hangi tür eylemde bulunulduğuna karşılık gelmektedir, örn. işe almak eylemi) bakımından gerçek veya varsayımsal Z'ye kıyasla Y'ye daha olumsuz muamele etmelidir. Ek olarak, X'in Y'ye, Y'nin sahip olduğu bir özelliği ile ilgili olarak nasıl davrandığı ve Z'ye özelliği sebebiyle nasıl muamele ettiğinin veya muamele edeceğinin; X'in Y'ye, Z'den farklı muamele etmesinin gerekçesinin de bu özellik olması gerektiğini belirtmektedir. Benjamin Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 17-18.

²⁶⁰ John Gardner, "Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful", **Proceedings of the Aristotelian Society**, Volume 118, Issue 1, April 2018, ss. 55-81, s. 56; Goldberg, "Discrimination by Comparison", s. 744. Kamuya ait askeri okullara, erkeklerin başvurularının kabul edilmesine rağmen kadınların başvurularının kabul edilmemesi, eğitim kurumlarına benzer nitelikleri taşıyan X kökenli öğrencilerin kabul edilmelerine karşılık, Y kökenli kökenli öğrencilerin kabul edilmemeleri örneklerinde olduğu üzere ayrımcılıkla ilgili iddialar, çoğunlukla karşılaştırmalı olarak ortaya atılmaktadır. Nitekim haksız olarak ele alınan ayrımcılığın karşılaştırmalı olduğu anlayışı aracılığıyla iki kişi veya gruba yönelik muamele yan yana yerleştirilmekte ve ilgili kanunun ahlaki açıdan belirgin bir özelliğinin ortaya koyulduğu ve bu nedenle karşılaştırmayı içeren ayrımcılık kavramının daha sezgisel ve daha tanıdık olduğu savunulmaktadır. Deborah Hellman, "Two Concepts of Discrimination", **Virginia Law Review**, V.102, N.4, June 2016, ss. 895-952, s. 900-901.

olarak ortaya çıkmıştır²⁶¹. Fakat karşılaştırılan talebi, hem pratik açıdan hem de metodolojik açıdan sorunludur. Örneğin niteliği icabı o işi yapan kişi sayısının, gerek o işyerinde gerekse başka iş yerlerinde sınırlı olduğu ya da belirli iş kollarında, hamile çalışan söz konusu olduğunda emsal çalışanın bulunmasının zor olduğu durumlarda, karşılaştırılana başvurma zorunluluğu sorunun daha da sıkıntılı bir hale bürünmesine yol açabilmektedir²⁶².

Ayrımcılığın ispatı için gerçek bir karşılaştırılanın bulunmasına ihtiyaç duyulmadığı zira önemli olan hususun, ayrımcı muamelede bulunanın yani failin, kendisi lehine ayrımcı muamelede bulunulanların yokluğu halinde dahi gerçekleştirdiği eylemin, ayrımcılık teşkil edeceğinin kabulü olduğu savları da dikkate alınmalıdır. Buna göre gerçek bir karşılaştırılanın bulunmasına gerek duyulmamaktadır²⁶³. John Gardner bu görüşe ilişkin kavramsallaştırmasını Daniel Defoe'nun Robinson Crusoe adlı romanın aynı adlı ünlü karakteri Robinson üzerinden anlatır ve "Robinson Crusoe ayrımcılığı" adını verir. Gardner, ıssız adadaki Crusoe'nun adadaki diğer ve tek sakin olan Cuma ile karşılaştığını ve romandan farklı olarak Cuma'yla sırf siyah olduğu için iletişim kurmaktan kaçındığı ve işbirliği yapmadığı bir kurgu hazırlar ve bu kurgudaki muamelenin ayrımcılık olarak ele alınıp alınamayacağı sorusunu sorar. Yanıtı evettir. Başka herhangi bir kimsenin lehine ayrımcılık yapılmaksızın Cuma'ya karşı ayrımcılık yapılabileceği gibi bunun tersi de söz konusu olabilir; başka bir kimseye karşı ayrımcılık

²⁶¹ Goldberg, "Discrimination by Comparison", s. 744-745.

²⁶² Goldberg, "Discrimination by Comparison", s. 751. Karşılaştırılana duyulan ihtiyacın değerlendirilmesine ilişkin olarak ayrımcılık iddialarının iki döneme ayrılarak incelenebileceği ifade edilmiştir. Buna göre birinci kuşağa denk düşen ayrımcılık iddiaları, daha geleneksel kabul edilen ayrımcılık vakalarına denk düşmektedir. Bu tür vakalar, kanunlar tarafından da yasaklanan ve koruma altına alınan ırk, cinsiyet ve diğer ayrımcılık türleridir. Bu ayrımcılık türleri, sokaktaki kişiler tarafından dahi kolayca ayırt edilebilecek olan özelliklere dayalı olan ayrımcılık iddialarıdır. Kesişen özelliklerin, kimliksel özelliklerin ön planda olduğu ikinci kuşak olarak adlandırılan ayrımcılık vakaları ise ayrımcılık hukukunu yaşanmış tecrübelerle yaklaştıracak olan adımlara karşılık gelmektedir. Karşılaştırılanı zorunlu kılan hukuksal rejimlerin ikinci kuşak vakalardaki ayrımcılık iddialarının ispatında, birinci kuşak ayrımcılık iddiaları ile kıyaslandığında, daha zorlu bir görev üstlendiği ileri sürülmektedir. Goldberg, "Discrimination by Comparison", s. 751-752.

²⁶³ Gardner, "Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful", s. 57. Örneğin Gardner'ın "Discriminator's Reasons Analysis" adını verdiği tanıma göre ayrımcılık yapmak, "... (sözde/varsayılan) Ö özelliği olan bir kişiye ya da bir şeye karşı, o kişinin (sözde) özelliği nedeniyle farklı muamele edilmesidir". Gardner, "Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful", s. 56. Bu tanımda ayrımcılığın, farklı muamele ve bu farklı muamelenin de kişinin sahip olduğu yahut sahip olduğuna inanılan bir özelliği ile çerçevelendiği görülmektedir.

yapılmaksızın da Cuma lehine ayrımcılık yapılabilir. Sonuçta, mutlaka gerçek bir karşılaştırılana gerek duyulmamaktadır²⁶⁴.

Karşılaştırmalı olmayan ya da bağımsız olarak adlandırılabilcek yaklaşımda önemli olan ise, K1'e yapılan muamelenin kendisidir. Yapılan muamelenin, K1'in gösterilmesi gereken standart muameleyi içerip içermediğinin incelenmesi yeterlidir; söz konusu muamelenin başkalarının gördüğü muamele ile karşılaştırılmasına gerek yoktur. Ayrımcılığın karşılaştırmaya ihtiyacı olmayan bir yanlış olduğu iddiasının arkasındaki temel düşünce de budur zaten; K1'e hak ettiği şekilde muamele edilmemiş olması ve söz konusu muamelenin onun haklarını ihlal etmiş olması. Diyelim ki K1, X muamelesini görsün. K2 de Y muamelesini görmüş olsun ve Y muamelesi, X muamelesinden daha iyi olduğundan K1 bu duruma üzülmüş olsun. Fakat burada muamelenin yanlış olmasının nedeni, K1'in A muamelesini görmüş olması değildir. Bağımsız yaklaşıma göre muameleyi yanlış yapan, K1'in görmesi gereken muameleyi görmemiş olmasıdır²⁶⁵.

Ayrımcılığın karşılaştırmayı içeren bir kavram olduğu görüşüne, düşürerek eşitlemek anlayışının yanlışlığı gerekçe gösterilerek de itiraz edilmekte ve iki kişi yahut gruplar arasında bir faydanın dağılımından kaynaklanan eşitsizlik ortaya çıktığı vakit, “başka şeyler sabit tutulduğunda, yükselterek eşitlemenin veya düşürerek eşitlemenin eşit şekilde cazip çözümler olup olmadığı” sorusuna cevap

²⁶⁴ Gardner, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, s. 57. Zira muamelenin ayrımcılık teşkil edip etmediğinin anlaşılması için illaki bir karşılaştırılan gerekmemektedir. Bu sava göre mühim olan husus Crusoe'nun, Cuma'nın yerinde bir başka kimse olsaydı, söz konusu kişiye karşı nasıl davranacağıdır. Söz konusu “düşünce deneyi” doğrultusunda ortada bir ayrımcılık vakasının olup olmadığı belirlenebilir. Gardner, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, s. 57-58. Bir anlamda gerçek bir karşılaştırılan ihtiyacının bazı vakalarda ortaya çıkardığı sorunlu yönleri gidermek için bir araç olabilecek olan varsayımsal bir karşılaştırılanın kullanılabileceğine dair düzenlemelerin izleri, İngiltere'nin 1975 yılında kabul ettiği Cinsiyet Ayrımcılığı Kanunu'na (Sex Discrimination Act) dek sürülebilir. Avrupa Konseyi de ayrımcılıkla ilgili Direktiflerinde (Avrupa Konseyi'nin 2000/43, 2000/54 ve 2000/78 sayılı Direktifleri) varsayımsal bir karşılaştırılanın kullanılması aracılığıyla, ayrımcılığın meydana gelip gelmediğinin tespit edilebileceğine yer vermiştir. Goldberg, “Discrimination by Comparison”, s. 805-806.

²⁶⁵ Hellman, “Defending Two Concepts of Discrimination: A Reply to Simons”, **Virginia Law Review Online**, V. 102, October 2016, ss. 113-119, s. 114-115; Hellman, “Two Concepts of Discrimination”, s. 910.

aranmasına çalışılmaktadır²⁶⁶. Aslında bu cevabı belli bir sorudur; ayrımcılık davalarında davacılar düşürerek eşitlemek anlayışı ile tatmin olmazlar çünkü düşürerek eşitlemek, herkesin hak ettiği şeylerden yoksun bırakılması anlamına gelmekte ve sorunu çözmekten ziyade kötüleştirmeye hizmet etmektedir. Bu görüşe göre, düşürerek eşitlemek anlayışı, herkese oy hakkı verilmesi yerine herkesin oy hakkının elinden alınmasını gerektirmektedir veya herkese uygun emeklilik planlarının hazırlanması yerine hiç kimse için emeklilik planlaması düzenlenmelerinin yapılmaması ve herkesin bu haktan yoksun bırakılması anlamına gelmektedir. Söz konusu yaklaşım, sorunların çözümünde işe yaramayan bir yaklaşıma işaret etmektedir²⁶⁷.

c. Dezavantajlı Muamele

İnsanların ayrımcı, seçici bir beğenisinin olduğunu söylemek; örneğin nesneleri kokularından ayırt edebilmek, bir yemekte hangi baharatların kullanıldığını doğru tahmin etmek, uzun süreli ve iyi dostlar edinmek, iyi kahve hazırlayan yerleri bilmek, belirli özellikler temelinde nesneler ve kişiler arasında ayırım yapabilmeye karşılık gelmektedir. Bu tür ayrımları yapıyor olmak, çoğu kişi tarafından olumlu bir özellik olarak kabul edilmektedir. Ancak işverenin, açıkta bulunan pozisyona, başvuruçunun çoğunlukla etnik bir azınlığa mensup olanların sahip olduğu bir ismi olduğu ve onun da bu etnik azınlığın bir üyesi olduğunu düşündüğünden, davet etmemesi örneklerinde yapıldığı kabul edilen ayrımcı muamelenin, başta sıraladığımız örneklerden farklı olduğu ileeri sürülmektedir. Eğer işveren, açıkta bulunan pozisyona, çoğunlukla etnik bir azınlığa mensup olanların sahip olduğu bir

²⁶⁶ Denise Reaume, "Dignity, Equality, and Comparison", **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman, Sophia Moreau, New York, Oxford University Press, 2013, ss. 7-27, s. 8.

²⁶⁷ Reaume, "Dignity, Equality, and Comparison", s. 11. Andrew Altman ise düşürerek eşitlemek yaklaşımına itiraz etmenin yanlış olduğunu ileri sürer. Ona göre düşürerek eşitlemek, kişileri ilgili haklardan mahrum bırakacak olsa da bu eylemin ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaz. Evet, oy hakkının evrensel olarak inkârı, ortadan kaldırılması yanlıştır fakat söz konusu eylem ayrımcılık vakası olarak nitelendirilmez. Bu nitelendirilmenin yapılması ancak belirli bir grubun hedef alınarak o grubun üyelerinin oy hakkından yoksun bırakılmaları halinde gündeme gelebilir. Zira birine karşı ayrımcı muamelede bulunmak için, ayrımcı muamele gören kişinin karşısında kendisine daha iyi muamele edilen (veya edilebilecek olan) başkalarının bulunması zorunludur. Andrew Altman, "Discrimination", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Winter 2020 Edition), Ed. Edward N. Zalta, forthcoming URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/discrimination/>>, 04 Mayıs 2020.

ismi olduğundan ve onun da bu etnik azınlığın bir üyesi olduğunu düşündüğünden başvuruçuyu davet etmezse, başvuruçuya karşı farklı muamelede bulunulduğu ve bu farklı muamelelerin ayrımcılık teşkil ettiği ifade edilmektedir. Buna göre, eğer bir kişiye karşı, sahip olduğu veya sahip olduğu düşünülen bir özelliği dolayısıyla farklı muamelede bulunuluyorsa ve bu farklı muamele onun için dezavantaj oluştuyorsa ayrımcılığın söz konusu olduğu bir durum vardır²⁶⁸. Burada gündeme gelen, kişiler arasında belirli bir özelliğe sahip olma ya da o özelliğe sahip olduğuna inanılması temelinde farklı muamelede bulunulmasıdır. Söz konusu farklı muamele ise ayrımcılığa uğrayan açısından belirli bir fayda yönünden daha olumsuzdur, dezavantajlıdır²⁶⁹.

Dezavantaj, kişiye takımda yer verilmemesi, oyunda herhangi bir rol almasını engellenmesi, maaş iyileştirilmesinde performansının dikkate alınmaması, şartlı tahliyesinin engellenmesi vs. gerçekleştirilebilir²⁷⁰. Dezavantaj; maddi, politik, toplumsal, kültürel olabilir. Maddi dezavantaj, dar bir yorumla, sadece gelir ve servet gibi ekonomik göstergeler ile belirlenebileceği gibi daha geniş bir şekilde ele alınarak özel ve kamusal sektörde istihdam ve eğitim olanaklarına erişimin kolay olup olmaması olması; uzun yahut kısa bir yaşam süresi ve sağlık gibi etkenlerle de hesaba katılabilir. Bu noktada, maddi dezavantajla ilgili olan etkenlerin, ayrımcılığa uğrayan grup mensuplarının sosyo-ekonomik güvenliğine işaret ettiği belirtilmelidir²⁷¹.

²⁶⁸ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 16-17.

²⁶⁹ Frej Klem Thomsen, "Direct Discrimination", **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 19-29, s. 22.

²⁷⁰ Gardner, "Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful", s. 8.

²⁷¹ Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 51-56. Ayrıca grup üyeliği temelinde maddi dezavantajın boyutunun çarpıcı sonuçları *Bakke v. University of California* davasında yargıç Marshall tarafından şu şekilde ortaya konulmuştur: "Bugünlerde bir Negro çocuğun, beyaz bir çocuğunkinden beş yıldan daha az bir yaşam beklentisi vardır. Negro çocuğun annesinin doğumda komplikasyonlardan ölme olasılığı, beyaz bir çocuğun annesinin bu şekilde ölme olasılığından üç kattan daha fazladır ve Negrolardaki bebek ölüm oranı beyazlarınkinin neredeyse iki katıdır. Negro bir ailenin ortalama geliri, beyaz bir ailenin ortalama gelirinin sadece % 60'ı kadardır ve yoksulluk sınırının altında bir gelirle yaşayan Negroların yüzdesi, beyazlardan neredeyse dört kat fazladır.

Negro çocuk çalışma yaşına ulaştığında, Amerika'nın kendisine, beyaz meslektaşına teklif ettiğinden önemli ölçüde daha az miktarda maaş teklif ettiğini keşfeder. Negro yetişkinler için işsizlik oranı beyazların iki katı, Negro gençler için işsizlik oranı beyaz gençlerin neredeyse üç katıdır. Dört yıllık üniversite eğitimi tamamlayan bir Negro erkek, yalnızca lise diplomasına sahip beyaz bir erkekten ortalama sadece 110 dolar fazla yıllık ortalama gelir bekleyebilir. Negrolar nüfusun %

Ayrımcılığın dezavantajlı muamele olarak ele alınmasının yani ayrımcılığın unsuru olarak dezavantaja yer verilmesinin, önemli olduğu ifade edilmektedir. Buna gerekçe olarak da ayrımcılığın esasının dezavantajlı muamele yerine farklı muamele olduğu yönündeki savdan kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Çünkü farklı muamele simetrik bir yapıdadır. Ayrımcılığın özünün sadece farklı muamele olduğunun ifade edilmesi halinde ise, örneğin ABD’de bir süre yürürlükte olan Jim Crow Kanunları’na göre sadece siyahların değil, beyazların da ayrımcılığın mağdurları olarak kabul edilmeleri gerekir; farklı muamele simetrik olduğundan yani siyahlara beyazlardan farklı muamele edilmişse, beyazlara da siyahlardan farklı muamele edilmesi gerekiyordur. Ancak Jim Crow kanunlarının etkisindeki Güney eyaletlerinde, söz konusu yıllarda beyazlara ayrımcılık yapıldığını kabul etmek pek de makul gözükmemektedir²⁷². Söz konusu sistemin ekonomik açıdan herkesi etkilediği ifade edilebilirse de herkesin olumsuz bir şekilde ayrımcılıktan muzdarip olduğu iddiası tartışmalıdır. Dolayısıyla ayrımcılığın dezavantajlı muamele olarak ele alınmasının daha yararlı olacağı savunulmaktadır²⁷³.

11,5’ini temsil etmelerine rağmen, avukatların ve yagıçların sadece% 1,2’si, hekimlerin % 2’si, dış hekimlerinin % 2,3’ü, mühendislerin % 1,1’i ve kolej ve üniversite profesörlerinin % 2,6’sı Negrodur.” *Regents of the University of California v. Bakke* 438 US 265 (1978) 395–396’den aktaran Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 55.

²⁷² Dezavantajın simetrik bir yapısının mı yoksa asimetrik bir yapısının mı olduğu hususu da esasen tartışmalıdır. Tartışma, kanunların örneğin cinsiyet, ırk ya da cinsel yönelim ayrımcılığına karşı kimleri koruması altına alacağı hususunda şekillenmektedir. Cinsiyet ayrımcılığına karşı korunanların kadınlar, siyahlar ya da eşcinseller olabileceği görüşlerine; erkeklerin, beyazların ya da heteroseksüellerin de cinsiyet, ırk ya da cinsel yönelim ayrımcılığına karşı korunmaları gerektiği ileri sürülerek karşı çıkmaktadır. Kanunlar aracılığıyla cinsiyet, ırk veya cinsel yönelim ayrımcılığından erkeklerin, beyazların ya da heteroseksüellerin de korunmaları gerektiği güvence altına alınabilecekse de uygulamada söz konusu ayrımcılıklardan kaynaklanan dezavantajı yaşayanların çoğunlukla kadınlar, siyahlar ve eşcinseller olduğu gerçeği görmezden gelinmemelidir. Bu konu III. Bölümde “Ayrımcılık Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı” başlığı altında detaylıca incelenecektir.

²⁷³ Altman, “Discrimination”; Ayrımcılık örneklerinde muamelenin, farklı muamele edilen grubun üyelerine karşı dezavantajlı olduğunun kabul edilmesinin sebebi olarak, ilgili muamelenin bazı açılardan ayrımcılığa uğramayan grubun kişilerine kıyasla, farklı muamele gören kişiler için daha olumsuz olması gösterilmektedir. Thomsen, “Direct Discrimination”, s. 22. Şöyle ki doğayı tanımları ve gerek coğrafya gerekse diğer derslerde öğrendiklerini pekiştirmeleri için bir grup öğrencinin öğretmenleriyle birlikte kampa gittiklerini düşünelim. Bütün gün ormanda vakit geçiren öğrenciler güneşin batmasıyla birlikte üşümeye başlamışlardır. Bunun üzerine öğretmenler erkek öğrencilere hırka, bere ve battaniye; kız öğrencilere ise sadece battaniye vermişlerdir. Bu dağıtım sonrasında kız öğrencilerin üşümelerini biraz olsun azaltacak bir eşyaları olduğu için önceki durumlarına göre daha iyi durumda oldukları ve bu durumun onlar için bir avantaj olduğu kesindir. Fakat önceki durumlarına göre daha iyi bir durumda olmalarına rağmen erkek öğrencilere battaniye ile birlikte hırka ve bere de verildiği göz önünde bulundurulduğunda kız öğrencilere dezavantajlı muamelede bulunduğu açıktır.

Dezavantajlı muamele ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer nokta da dezavantajlı muamelenin, zarara sebep olan muameleden ayrı tutulması gerektiğidir. Örneğin bir iş başvurusunda bulunan adaylar arasından, daha nitelikli olmasına rağmen işe alınmayan kişi yahut eşcinsel olduğunu açıkladığı için işten çıkartılan kişi, akabinde daha iyi başka bir iş bulabilir. Bu durumda söz konusu muamele dezavantajlı olmasına rağmen zarara yol açmamıştır (yine de kişinin ayrımcılığa uğradığı ifade edilebilir)²⁷⁴.

Son olarak, ayrımcılığın kişilerin aleyhinde, lehinde ya da arasında gerçekleştiği hususlar ele alınmalıdır. Şöyle ki, genel olarak ayrımcılık vakaları olarak gösterilen örneklerde ayrımcı eylemde bulunan, ayrımcılık mağduru kişiye/kişilere karşı, başkalarına davrandığından farklı davranmakta ve bu farklı muamelenin, diğerlerine yapılan muameleden, olumsuz olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, bir kişiye ya da bir gruba karşı ayrımcılık yapıldığı iddiası, ötekinin/ötekilerin dezavantajı pahasına, kendisine karşı ayrımcılık yapılmayan ötekinin/ötekilerin bir avantaja sahip olduğu, farklı muamele olarak görülebilir²⁷⁵. Şu halde bu husus bizleri, ayrımcı eylemde bulunanın aynı zamanda kişi/kişilere diğerlerinden farklı muamelede bulunduğu ve bu muamelenin onların yararına, lehine ayrımcılık olarak ele alınabileceği bir kişinin/kişilerin olduğu olasılığını da dikkate almaya itmektedir.

Bir başka olasılık da ayrımcı eylemde bulunanın, kişi veya kişilere birbirlerinden farklı muamele etmesine karşılık, hiçbir tarafın daha iyi ya da daha kötü muameleye maruz kalmadığı, kişilerin arasındaki ayrımcılıktır. Örneğin bir kurumda erkekler ve kadınlar için ayrı duşlar varsa, kadınlar ve erkekler arasında bir ayrım gözetilmekle birlikte, ne kadınlara ne de erkeklere karşı ayrımcılık vardır denebilir²⁷⁶. Ancak bu tür vakaların, bazen örtülü bir biçimde de olsa, derinlemesine incelendiği takdirde, bir taraf açısından ayrımcılık oluşturmaya elverişli olduğu da görülebilir; tıpkı ABD’de uzunca süre yürürlükte olan “ayrı ama eşit” (seperate but

²⁷⁴ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 18; Thomsen, “Direct Discrimination”, s. 22.

²⁷⁵ Janet Radcliffe Richards, “Discrimination”, **Proceedings of the Aristotelian Society**, Supplementary Volumes 59, 1985, ss. 53–83, s. 64.

²⁷⁶ Ancak söz konusu düzenlemenin transseksüellere karşı ayrımcılık oluşturduğu iddia edilebilir. Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?** s. 14.

equal) ayrımcılığında olduğu gibi. ABD Anayasa Mahkemesi'nin formüle ettiği 1896 tarihli içtihatı doğrultusunda, eyaletlerin eşit imkân ve hizmet sağladıkları sürece farklı ırklara farklı mekânlarda hizmet verilmesine ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar, anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olarak ele alınmamıştır. Hâlbuki bu içtihat ile siyahlara karşı ayrımcılık yapıldığı açıktır; siyahları beyazlardan ayırmak için gerekçelerin olduğu ileri sürülerek, siyahlara karşı aslında eşit olmayan, daha aşağı koşullar sağlanmıştır²⁷⁷.

Ayrımcılığın geniş bir biçimde ele alınmasının, insanların ayrımcılıktan bahsederken yakındıkları durumları tam olarak karşılamadığı görülmektedir. Bu nedenle ayrımcılığın tanımına eklenebilecek diğer unsurların neler olabileceğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu unsurlar ise ilgisizlik, ahlakilik ve grup üyeliğidir.

3. İlgisizlik ve Ayrımcılık

Her dezavantajlı farklı muamele ayrımcılık olarak ele alınmadığından ayrımcılığın tanımlanabilmesi, ne olduğunun ortaya konabilmesi için bazı ek unsurlara ihtiyaç var demektir. Bu unsurlardan öne çıkanı ise ilgisizliktir. Dolayısıyla ilk olarak ilgisizlik ile neyin kastedilmek istendiğini açıklamaya çalışılacaktır.

Farklı gelir gruplarına uygulanan vergi oranlarını düşünelim. Yüksek gelir grubunun kapsamında olanlardan daha yüksek oranlarda vergi alınması, bu gruptakilere daha düşük gelir grubundakilerden farklı muamele edildiğine işaret etmektedir. Fakat bu farklı muamele, ayrımcılık olarak nitelendirilmemekte; bunun yerine ilgili farklılığın, dağıtıcı adaletin bir gereği olduğu belirtilmektedir. Burada gelire göre artan bir vergi oranı söz konusudur ve bu, adalete ilişkin sezgilerimize uygun düşmektedir. Farz edelim ki gelire göre değil, etnik kökene dayalı bir vergilendirme oranı belirlenmiş olsun. Ülkede azınlık durumunda bulunan ve çoğunlukta bulunan gruba göre daha yoksul olan etnik grubun üyeleri, daha varlıklı durumda olan etnik grubun üyelerine nazaran daha yüksek miktarda vergi vermek

²⁷⁷ Frej Klem Thomsen, "Discrimination", **Oxford Research Encyclopedia of Politics**, s. 4, (Çevrimiçi) 10.1093/acrefore/9780190228637.013.202, 08 Mart 2017. Söz konusu Mahkeme kararı için bkz. Supreme Court of USA, *Plessy v. Fergusson*, 163 U.S. 537, 1896 (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>, 08 Nisan 2018.

zorunda olsunlar. Bu durumda vergilendirme açısından göz önünde bulundurulacak tek faktör, hangi etnik gruba mensup olduğunuz olacaktır. Eğer azınlıkta bulunan etnik grubun üyesi iseniz geliriniz çok düşük olsa ve hatta zar zor geçiniyor olsanız bile geliri sizden katbekat fazla olmasına rağmen çoğunluktaki etnik grubun mensubu olan bir başkasından daha fazla vergi vermeniz gerekecektir. O halde burada ayrımcılık vardır denebilir mi? Bu örnek, bir öncekinden farklılık arz ettiğinden soruya olumlu yanıt verilebilir. İlkinden farklı olarak bu örnekte, gruplar arasında gelire dayalı değil, etnik kökene dayalı bir ayrım gündemdedir. Hal böyle olunca da odağa alınması gereken husus, vergi politikasının amacı ve söz konusu vergilendirmenin bu amaç ile ilgili olup olmadığıdır. Eğer dezavantaja yol açacak şekilde farklı muamele edilmesinin sebebi muamele veya bağlamla ilgili değilse ayrımcılığın oluştuğu kabul edilebilir²⁷⁸. Görülmektedir ki, ilgililik unsuru çerçevesinde dikkat edilen, farklı muamelenin söz konusu bağlamdaki yeridir. Eğer farklı muamele için geçerli ve makul bir sebep varsa ilgili farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal ettiği söylenemeyecektir. Bu tür muameleler, ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleler olarak kabul edilmektedir²⁷⁹.

İlgisizlik ölçütünü içeren ayrımcılık görüşüne göre ayrımcılık, bir kişiye veya bir gruba karşı dezavantajlı farklı muamele içermelidir. Ancak ayrımcılık teşkil ettiği belirtilen farklı muamele, diğerleri ile karşılaştırıldığında benzer durumlarda daha olumsuz muameleye karşılık gelmesinin ve karşılık gelebilecek olmasının yanı sıra bu farklı muamelenin, söz konusu olay ile ilgili olmadığını doğru bir biçimde ortaya koyulması gerekmektedir. Örneğin benzer niteliklerdeki çalışanların benzer işi yapmalarına rağmen neden erkek çalışana kadın çalışandan, Hristiyan çalışana Yahudi çalışandan fazla maaş verildiği ilgisizlik ölçütü çerçevesinde değerlendirilebilir²⁸⁰.

²⁷⁸ Lena Halldenius, "Discrimination and Irrelevance", **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 108-118, s. 108.

²⁷⁹ Ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleler ile ilgili olarak bkz. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, ss. 284-303.

²⁸⁰ Halldenius, "Discrimination and Irrelevance", s. 109. Çalışma yaşamında, işle ilgisi olmayan özelliklere dayalı olarak yapılan ayrımcılıklarla daha fazla karşılaşmaktadır. Aynı iş için başvuruda bulunmuş olan Şule'yi ve Gül'ü ele alalım. Gül, başvuruda bulunulan işi verimli bir şekilde yerine getirmesine mani olmayacak fiziksel bir engele sahipken Şule'nin böyle bir fiziksel engeli veya ayırt

Peter Singer da ırk ayrımcılığının keyfi olarak yapılıp yapılmadığını sorguladığı makalesinde bu konuyu değerlendirir. Bu kapsamda verdiği ilk örnek, New York'un Harlem bölgesinde yaşayan siyahların hayatlarını anlatan bir filmin yapımı çerçevesinde şekillenir. Filmin yönetmeni siyah oyuncular bulmak için ilan vermiş ve bu ilan üzerine başvuruda bulunan beyaz bir oyuncunun başvurusunu reddetmiştir. Bu örnekte de farklı muamelenin bulunduğu kabul edilebilirse de bahse konu olan farklı muamelenin ihtiyari olduğundan bahsedilemez. Filmin konusunun siyahların hayatını anlatması nedeniyle oyuncunun siyah olması filmin niteliği, doğası itibarıyla önem arz etmektedir ve oyuncunun siyah olması film için ilgili bir unsur olarak ön plana çıkmaktadır. İkinci örnekte ise müşterilerinin çoğu beyaz olan ve ırksal önyargılara sahip olan bir pastane sahibi, kendisinin siyahlara ya da azınlık durumundaki başka bir ırktan kimselere karşı bir önyargısı olmasa dahi müşterilerinin önyargıları sebebiyle başka bir ırktan kimseyi işe almaktan imtina etmektedir. Bu örnekte pastane sahibi işyerinin ayakta kalması için, önyargılı müşterilerinin tutumlarını dikkate almakta ve esasen pastanedeki işlerin yürütülmesi ile istihdam edeceği personel hakkında onun işle ilgisi olmayan bir özelliği ekseninde karar vermek durumunda kalmaktadır. Öyleyse bu iki örnek arasındaki ayırt edici olan husus, ilkinin filmin doğası gereği ilgili bir özellik olarak ele alınabilmesine karşılık, ikincisinde müşterilerin önyargılı tutumlarının, işyerinde çalışacak kişilerin kimler olacağının belirlenmesinde etken olduğudur. Dolayısıyla önyargılar kırıldığı takdirde müşterilerin tutumları değişebileceğinden ve farklı ırklara mensup olanların pastanede çalışmaları açısından bir sorun ortaya çıkmayacağından buradaki ilgili unsurun pastanede çalışacak kişinin ırkının olmadığı, müşterilerin tutumları olduğu gözden kaçırılmamalıdır²⁸¹.

edici başka bir özelliği yoktur. Gül, üniversiteden yeni mezun olmuştur. Daha önce başka herhangi bir alanda da çalışmamıştır. Şule ise daha önce belirli bir süre başka iş yerlerinde benzer bir pozisyonda çalışmıştır. Söz konusu iş için, başvuruda bulunan başkaca adayların yokluğu halinde, sırf bu unsurlar göz önünde bulundurulduğunda, Şule'nin işe alınması makul gibi görünmektedir. Fakat örneği biraz değiştirir ve diğer unsurlar aynı kalmak kaydıyla, Şule'nin de tıpkı Gül gibi üniversiteden yeni mezun olmuş olmasına rağmen işe kabul edildiğini değerlendirdiğimizde, aklımıza bu yöndeki bir tercihin ardında Gül'ün engelinin bulunması gelir. Bu takdirde, ilk durumda Gül'ün işe kabul edilmemesi ayrımcılık olarak ele alınmayabilir ama ikinci durumda, bu hususa etki edebilecek başkaca unsurların yokluğunda, engellilik temelinde kendisine karşı ayrımcılık yapıldığı ifade edilebilmektedir. Halldenius, "Discrimination and Irrelevance", s. 109.

²⁸¹ Peter Singer, "Is Racial Discrimination Arbitrary?", *Philosophia*, 8 (1-2), ss. 185-203, s. 185-196.

Demek ki bazı durumlarda ilgisiz nedenlere dayalı olsa dahi kişilere edilen farklı muamelelerin titizlikle ele alınması gerekmektedir. Nitekim özellikle çalışma yaşamıyla ilgili yapılan tercihlerde tepki niteliklerinin dikkate alınması gündeme gelebilmektedir²⁸². Fakat başkaca unsurlar değerlendirmeye alınmaksızın, tepki nitelikleri ışığında, sırf ırkı nedeniyle beyaz başvurucunun işe alınması, bu hususu yasaklayan bir hukuki düzenleme olması halinde, ilgili hukuki düzenlemenin ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Böylesi hukuki düzenlemelerin bulunması durumunda, başkaca koşulların yokluğunda, işveren, istihdam sürecini söz konusu kanuni düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirmek zorundadır²⁸³.

²⁸² Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 24. Bir ayakkabı dükkanı sahibinin, ayaklarının formu daha uygun olmasına rağmen ayakkabılarının tanıtımı için siyah bir manken yerine müşterilerinin ırkçı tutumları nedeniyle beyaz bir mankeni işe aldığını düşünelim. Bu örnekte işyeri sahibi müşterilerinden gelebileceğini düşündüğü tepkiler doğrultusunda hareket etmektedir. Çalışma yaşamında bu tür sorunların ortaya çıkabileceğinin ve en iyi niteliklere sahip olanın işe kabul edilmesinin bütün sorunları ortadan kaldırmadığının farkındalığıyla Wertheimer, nitelikler ve tercihler arasındaki ilişki bağlamında ikili bir ayrım yapar. Bu ayrıma göre “tepki nitelikleri”, alıcılardaki tepkinin nedeni olan veya bu tepki dolayısıyla çalışma etkinliğinde temel olan yeteneklere yahut özelliklere karşılık gelirken “teknik nitelikler”, kişilerin özgeçmişlerinde belirtebilecekleri türden niteliklerdir; aldıkları eğitimler, geçmiş iş deneyimleri, sorunları çözme yetenekleri, iletişim kabiliyetleri ve hatta fiziksel özellikler. Alan Wertheimer, “Jobs, Qualifications, and Preferences”, **Ethics**, Vol. 94, No. 1 (Oct., 1983), ss. 99-112, s. 100.

²⁸³ Politika yapımcılar ve ayrımcılık yasağı hukuku arasındaki ilişki için bkz. Gardner, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, s. 20-24. Ekonomik kaygılara ilişkin bir başka durumu ele alalım. Bu da bir web tasarımcısı arayan küçük bir start-up’a dairdir. Start-up, mevzu bahis pozisyon için kadın başvuru Yasemin’i gebe kalma olasılığının yüksek olduğu ve böyle bir olasılığın gerçekleşmesinin zaten küçük ölçekli olan start-up açısından maliyetli olacağını düşünerek reddetmiştir. Bu örnekte de pastane sahibininki gibi ekonomik kaygılar ön plana çıkmakta ve yapılan tercih, konu ile ilgisiz olmaktan ziyade, işletme sahibi açısından önem de arz etmektedir. Evet, kadın olmak web tasarımcısı olmak ile ilgili bir unsur değildir fakat bazıları küçük bir start-up için gebelikten kaynaklanabilecek ek masrafların işletmeye büyük bir yük bindirebileceğini ve hatta işletmenin ekonomisini mahvedebileceğini, bu nedenle de cinsiyetin işle ilgili önemli bir özellik olduğunu ileri sürerler. Diğerleri ise modern pazar ekonomisine atıf yaparak kadına ve erkeğe çalışma hayatında, pozisyonların doldurulması hususunda eşit muamele edilmesi gerektiğini vurgularlar. Her ne kadar bu start-up tarafından ileri sürülen sav rasyonel olsa da, ayrımcılığın genel anlayışına göre, bir kadını cinsiyetine dayanarak reddetmek haksız bir biçimde ayrımcılık yapıldığını göstermektedir. Bu sebeple neyin söz konusu muamele ile ilgili ya da ilgisiz olduğunun araştırılmasından ziyade neyin ilgili ya da ilgisiz olması gerektiği sorusunun araştırılmasının daha faydalı olabileceğine dikkat çekilmektedir. Heinrichs, “What Is Discrimination and When Is it Morally Wrong?”, s. 108. Kadınların çalışma yaşamında karşılaştıkları sıkıntıların sadece küçük ölçekli işyerleri ile sınırlı olmadıkları hususu önemlidir. Özellikle belirli bir yaş aralığındaki kadınlar yakın gelecekte çocuk sahibi olmak isteyebilecekleri düşünülerek çalışma hayatından dışlanabilmektedirler. Benzer şekilde küçük çocukları olan anneler de anne olmak, evde çocukla birlikte kalmak, onun bakımının üstlenmesi esas kişi olmak anlamına geldiği çıkarımı yapılarak, kendi ailesi, yakınları ve hatta çocuk sahibi olan diğer anneler tarafından da ayrımcılığa uğramaktadırlar. Bunun ardında ayrımcılığın gündelik yaşamımızdaki baskın rolü bulunmaktadır. Baskın ve kabul gören görüşe göre çocuğun ilk yıllarındaki bakımıyla ilgilenmesi gereken tek ebeveyn annedir. Etkili olan bu görüş işverenlere, genç kadınları veya yeni anne olmuşları işe almamak, onların eğitimlerine

Tepki nitelikleri ve ilgisizlik ölçütü arasındaki ilişkide bir hususa daha değinilmesi gerekmektedir. Bu husus şudur; pastanede siyah birinin çalışması nedeniyle müşteriler ya da diğer çalışanlar hoşnut olmayacaklar ve müşteriler o çalışanla muhatap olmadan alışverişlerini yapmaya çalışacaklar veya sırf o kişinin çalışıyor olması nedeniyle işyerinin satışları azalacaksa; diğer çalışanlar arasında huzursuzluk vuku bulacaksa, böylesi bir ortam, çalışanın işteki başarısını da etkileyebilir. Bu durumda, işverenin ele aldığı ölçütlerin yine de ilgisiz oldukları kabul edilebilir mi? Neticede gerek çalışma arkadaşlarının gerekse müşterilerin gösterdikleri tepkiler, kişinin çalışma performansının düşmesine neden olabilir. Öyleyse önyargı yahut toplumsal normlarla ifade edilebilecek olan bazı tepkiler, kişiyi olumsuz olarak etkileyebilmektedir. Bundan ötürü aslında iş açısından ilgisiz olması gereken bir özellik, çevreden gelen tepkiler nedeniyle ilgili hale gelip dikkatlice ele alınması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkabilmektedir²⁸⁴.

4. Ahlakilik ve Ayrımcılık

Ayrımcılığın birbirinden büyük ölçüde farklılık gösteren çeşitli kullanımları olmasından kaynaklanan zorlukları içerdiği belirtilmektedir²⁸⁵. Örneğin “İrk

yatırım yapmamak ya da sorumluluk alanlarının dar tutulması için sebep hazırlar. Bundan dolayı çoğunlukla kadın, anne olduğu ya da olma potansiyeli olduğu için daha önemsiz bir pozisyonda düşük ücretle çalışır ya da işi bırakmak zorunda kalır. Böylece esas manada eve ekmeği getiren baba/ koca olduğundan anne/ kadın, “ayrımcılık döngüsü”nün bir parçası, olumsuz etkilenen parçası, olmuş olur. Gardner, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, s. 18.

²⁸⁴Halldenius, “Discrimination and Irrelevance”, s. 116. Tepki nitelikleri ile ilgili olarak ayrıca bkz. Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal**, s. 235-260; Alan Wertheimer, “Jobs, Qualifications, and Preferences”, **Ethics**, Vol. 94, No. 1 (Oct., 1983), ss. 99-112; Andrew Mason “Appearance, Discrimination, and Reaction Qualifications.” **The Journal of Political Philosophy**, 25(1), 2016, ss. 48-71. “İlgisizlik” unsuruna yönelik eleştirilerin benzeri “değişmezlik” (immutability) unsuru için de getirilebilir. “Değişmezlik” ile kastedilen, kişinin elinde olmayan yani kişiye bağlı olmayan ve bundan ötürü de değiştiremeyeceği özellikleridir. Kişilerin beyaz olmak, Asyalı olmak gibi özelliklerini değiştirme güçleri olmadığından bu özellikleri nedeniyle onlara farklı dezavantajlı muamelede bulunulmaması, fırsatlardan faydalanmalarının engellenmemesi gerektiği ifade edilir. Ancak günümüzdeki tıbbi gelişimler göz önünde bulundurulduğunda, artık cinsiyetin değiştirilemez bir özellik olduğunun ileri sürülemeyeceği tartışmalarına ek olarak dinin de değişmez bir özellik olmadığı ifade edilmektedir. Kuşkusuz bir takım özellikler kişinin karakterinin birer parçası kabul edilebilir fakat bunlar kimliğin vazgeçilmez birer parçası kabul edilebilir mi? Bu ve benzeri sorular nelerin değişmez kabul edilip edilemeyeceğinin irdelenmesini gerektirmektedir. Değişmezlik ölçütüne ilişkin bir eleştiri için bkz. Jessica A. Clarke, “Against Immutability”, **Yale Law Journal**, 125(1), 2015, ss. 2-102.

²⁸⁵Patrick Shin, “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman, Sophia Moreau, New York, Oxford University Press, 2013, ss. 163-181, s. 163.

temelinde ayrımcılığı durdurmanın yolu, ırk temelinde ayırt etmeye son vermektir”²⁸⁶ sözü de anlam çeşitliliğinin iki yönüne işaret etmektedir. Burada hem haksız, kötüniyetli eşit olmayan muamele hem de ayırt edici sınıflandırma vurgulanmakta ve esasen söz konusu eşitsiz muamelenin ortadan kaldırılması için ırk temelli sınıflandırmaların kullanımlarının yasaklanmasının gerektiği ifade edilmektedir²⁸⁷.

Kınayıcı bir söylemde bulunmak maksadıyla bir eylemin, uygulamanın ya da politikanın ayrımcı olduğunun ifade edilmesi de kavramın ahlaki içerikli kullanımına karşılık gelmektedir. Ancak bir eylemin, uygulamanın ya da politikanın ayrımcılık olduğu ahlaki olmayan bir içeriğe karşılık gelecek şekilde kullanılıyorsa söz konusu eylem, uygulama ya da politikanın haksız olduğu vurgusu eklenmektedir²⁸⁸. Şöyle ki terimin zaten ahlaki açıdan yüklü olduğu savunuluyorsa terimi niteleyecek başkaca sözcüklere ihtiyaç duyulmamasına karşılık, terimin nötrlüğünün vurgulandığı kullanımlarda hukuk, politika veya eylemin yanlış bir biçimde ayırım yaptığının ifadesi için ayrımcılık bir niteleyiciyle beraber kullanılmaktadır²⁸⁹.

²⁸⁶ Parents Involved in Community Sch. v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U.S. 701, 748 (2007)’den aktaran Shin, “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, s. 163.

²⁸⁷ Shin, “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, s. 163.

²⁸⁸ Altman, “Discrimination” ; Thomsen, “Direct Discrimination”, s. 26.

²⁸⁹ Bu noktada ayrımcılığın hem ahlaki söylemde hem de hukuki söylemde kullanılmasına rağmen bu kullanımların özdeş olmadıklarının altının çizilmesi gerekmektedir. Nitekim ahlaki açıdan yanlış olan kimi şeyler hukuken yasaklanmamakta, hukuken yasaklanmış olan bazı şeyler de ahlaken yanlış olarak değerlendirilmemekte ve bundan ötürü yapılmaları yasaklanmamaktadır. Örneğin çocuğunuzun kendi inancınıza mensup olmayan biriyle evlenmesini yasaklamanız, ahlaken ayrımcı bir davranış olsa bile hukuken ayrımcılık yasağı düzenlemelerinde yer almayabilir yahut ayrımcılık yasağı çerçevesinde özel önlem uygulamalarına izin verilip verilmeyeceği bu tür uygulamaların ahlaken ayrımcı olduklarına işaret etmez. Shin, “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, s. 165. Bununla birlikte ayrımcılık sözcüğünün, pozitif hukuk düzenlemeleri de dahil olmak üzere, yerleşik kullanımı bir olumsuzluğa işaret etmektedir. Haklılandırılması mümkün olmayan şekilde kişilerin grup üyelikleri nedeniyle dezavantajlı muameleye tabi tutuldukları kabul edilmekte ve bundan ötürü de ayrımcılığın yasaklanması gerektiğinden bahsedilmektedir. Bu takdirde ancak belirli durumlarda, farklı muamelenin haklılandırılabilceği bir durumun olması halinde, meşru bir dayanağın varlığına bağlı olarak, ya da özel önlemler gibi uygulamaların gerçekleştirilmesi gayesiyle, ayrımcılık yapılmasına izin verilmektedir. Felsefeciler arasında ise kavramın olumsuz bir içerikle değil, nötr bir şekilde de kullanılabilceği görülmektedir. Ayrımcılık ifadesini ahlaken olumsuz, negatif bir anlamda kullanmak isteyenler, sözcüğün önüne haksız sözcüğünü eklemekte ve “haksız ayrımcılık” biçiminde bir kullanımı tercih etmektedirler. Fakat ayrımcılık, hukukta zaten olumsuz bir içerikle kullanıldığından ve istenmeyen bir duruma karşılık gelecek biçimde kullanıldığından, bütünlüğün bozulmaması adına, çalışmanın “İnsana Saygının Gereği olarak Ayrımcılık Yasağı” başlıklı bölümünde de “haksız ayrımcılık” şeklindeki bir kullanım tercih edilmeyecek, “ayrımcılık” şeklinde

Teorisyenler arasında ayrımcılığın değer yüklü olarak mı yoksa ahlaken tarafsız bir terim olarak mı kullanılması gerektiği noktasında uzlaşma yoktur: Wasserman bir zamanlar ahlaken tarafsız bir terim olan ayrımcılığın son yıllarda insanları ayırmanın özel bir yolu olarak kullanıldığını ve negatif değerinin baskın hale geldiğini ve “haksız” ayrımcılık şeklindeki kullanımın da ahlaki bakımdan zaten yüklü olan terime vurgu eklenmesinden başka bir anlam getirmediğini ifade etmektedir²⁹⁰. Lena Halldenius da “Bir eylem doğru bir şekilde ayrımcılığın bir örneği olarak tarif edildiğinde, aynı zamanda doğru bir şekilde haksız olarak tanımlanmıştır” ifadesiyle ayrımcılığı değer yüklü şekilde kullandığını belirtmektedir²⁹¹.

Peter Singer ise popüler kullanımda ayrımcılığın sıklıkla uygulamanın yanlış olduğunu önermek için kullanıldığını ve ayrımcılığın anlamının yalnızca ayırt etmek veya fark gözetmek anlamına gelmesinden ötürü, popüler kullanımın “dilin kötüye kullanılması”na bir örnek teşkil ettiğini ileri sürmektedir²⁹². Benzer şekilde John Gardner da bazı insanların daha iyi arkadaş, daha iyi film seçme konusunda duyarlı olduklarını ve bu duyarlılıkları doğrultusunda ayırma bulunduklarını ve bu tür insanları tanımlarken ayrımcılık yaptıklarının vurgulandığı ama bunun olumsuz bir anlama gelecek şekilde kullanılmadığını dile getirmektedir. Bununla birlikte günümüzde ayrımcılığın, yaygın bir biçimde, kişilerin davranışlarını kınamak için kullanıldığını ve bu tür bir kullanımın ayrımcılığa yeni bir anlam kattığının da göz

kullanılacaktır. Çalışma içinde “ayrımcılık” ifadesi, aksi belirtilmedikçe, bu olumsuz anlama işaret edecek şekilde kullanılacaktır.

²⁹⁰ David Wasserman, “Discrimination, Concept of.” **Encyclopedia of Applied Ethics**, Ed. R. Chadwick, San Diego, Academic Press, 1998, ss. 805–814, s. 805. Bu görüşte ayrımcılığın ne olduğu ve onda yanlış olanın ne olduğu sorusunun tek ve aynı soruya karşılık geldiğini ve “ayrımcılık” ile belirli bir tür yanlışla işaret edildiğini belirten Eidelson, böylesi savlara direnilmesi ve ayrımcılığın ahlaki içerikten bağımsız bir biçimde kullanılması gerektiğini ileri sürer. Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 14.

²⁹¹ Halldenius, “Dissecting Discrimination”, s. 456; Halldenius, “Discrimination and Irrelevance”, s. 111. Ayrımcılık sözcüğünün özellikle toplumsal eylemler bakımından negatif anlamının İngilizcenin yanı sıra Almanca, Fransızca, Rusça ve Flemenkçe için de geçerli olduğu belirtilmektedir. Vierdag, **The Concept of Discrimination in International Law**, s. 49. Shin de ayrımcılığın çok çeşitli kullanımları olmasına karşılık terime dikkatimizi yönlendirmemizin asıl nedeninin normatif yönü olduğunu, zira hiç kimsenin ayrımcılık terimini herhangi bir eylemi desteklemek üzere kullanmayacağını belirtir. Buna göre bir eylemin ayrımcılık olarak nitelendirilmesinin sebebi, önemli bir ahlaki endişenin ortaya konulmasından başka bir şey değildir. Fakat terimin “polymorphic” yapısının endişe edilenin ne olduğu konusundaki belirsizlikleri de gündeme getirdiğini ileri sürmektedir. Shin, “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, s. 164.

²⁹² Singer, “Is Racial Discrimination Arbitrary?”, s. 202, dipnot 1.

ardı edilemeyeceğine ve bu yeni kullanımın, sömürü veya manipölasyon gibi analitik olarak kötü olduğunun ileri sürüldüğüne yer vermektedir²⁹³.

Betimleyici açıdan ayırım yapmak, bazı özelliklerin varlığı veya yokluğu temelinde insanlar arasında ayırım yapmaktır. 18 yaşından büyük veya küçük olmanın seçme hakkı açısından önem arz etmesi veya arabulucu olabilmek için arabuluculuk eğitimini alanlar veya bu eğitimi almayanlar arasında ayırım yapılması gibi durumlar ilgili niteliklere sahip olup olmadığımızı ortaya koymaktadırlar. Ayrımcılık, değer yüklü bir terim olarak kullanıldığında ise yapılan ayırımın yanlış olduğuna işaret etmektedir. Kanunların, siyah yolcuları otobüslerde arka koltuklara oturmaya zorlaması ve ön sıradaki koltukların beyaz yolculara ayrılması yahut siyah ve beyaz öğrencilerin farklı okullara gitmelerinin düzenlenmesi, ırk temelinde yolcular ve öğrenciler arasında haksız bir biçimde ayırım yapılmasıdır²⁹⁴.

Ayrımcılık sözcüğünün ahlaki mi yoksa ahlaki olmayan içerikli mi olduğunun aslında belirsiz olduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre “ayrımcılık” teriminin çeşitli karşılıkları vardır ve bunlar birbirinden oldukça farklı olarak kullanılmaktadırlar. İlk olarak “ayrımcılık”, “haksız ayrımcılık” ile eşanlamli olarak kullanılabilir. Bu takdirde ayrımcılık yanlış olan belirli bir tür eyleme karşılık gelmektedir. Ayrıca yine belli bir tür eylem için kullanılabilen fakat bu sefer

²⁹³ Gardner, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, s.1-2. Lippert-Rasmussen’e göre ise ayrımcılık mutlaka ahlaken yüklü bir biçimde kullanılmak zorunda değildir. Lippert-Rasmussen, “The Badness of Discrimination”, s. 168. Reino Malnes de bir şeyin “ayrımcılık” olarak etiketlenmesinin onun ahlaken yanlış olduğunu söylemekle aynı şey olmadığını ama bir şeye “ayrımcılık” denmesinin “yanlış davranma karinesi”ni içerdiği görüşündedir. Raino Malnes, “Discrimination: Classification and Moral Assessment”, **Moral Philosophy and Politics**, 2015; 2(2), ss. 245–254, s. 246. Peter Vallentyne da ayrımcılığı geniş anlamda birisine karşı (ya da birisinin lehine) bir özelliği nedeniyle daha olumsuz muamele edilmesi olarak tanımlar. Örneğin, görme engelli yahut yaşlı birisinin karşıya geçmesine yardım edilirken herhangi bir engeli olmayan genç bir kişiye yardım edilmediği takdirde bu gence karşı ayrımcılık yapılmış olur. Ancak böylesi bir ayrımcılığın ahlaken sorunlu olduğu düşünülmemektedir. Ya da etkileri düşük olduğu yahut sigorta şirketlerinin yaşlara göre farklı prim oranları belirlemesinde olduğu gibi geçerli istatistiki veriler dayanak yapıldığı sürece, belirli türdeki ayrımcılıklara da itiraz edilememektedir. Bundan dolayı da Vallentyne ayrımcılığın, özünde haksız olduğunun ileri sürülmemesi gerektiğini belirtir. Peter Vallentyne, “Left-Libertarianism and Private Discrimination”, **San Diego Law Review**, 2007, ss. 981-994, s. 982.

²⁹⁴ Deborah Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, USA, Harward University Press, 2011, s. 13.

zorunlu olarak her zaman yanlış olarak kabul edilmemektedir²⁹⁵. İlkine örnek olarak bedensel bir engeli olduğundan tekerlekli sandalye kullanan bir öğrencinin, eğitim aldığı okulda kullanabileceği bir tuvalet olmamasının, kendisine yönelik ayrımcılık oluşturduğunu ve okul yönetiminin bu ihtiyaca karşılık vermemesinin kendisine karşı haksız bir muamele olduğunu ileri sürmesi örnek gösterilebilir. İkincisine ise olağanüstü durumlar ve önemli bir sebep olmadıkça kimsenin 17 yaşını doldurmadıkça evlenememesi, seçme yaşının 18 olması verilebilir²⁹⁶.

Sonuç olarak betimleyici içerikte bir şeyin ayrımcı olduğu iddiası kendiliğinden bir yanlışla işaret etmezken değer yüklü ayrımcılık tanımında sözcüğün bir olumsuzluğa gönderme yaptığı iddia edilmektedir. Ancak ister betimleyici ister ahlaken yüklü olsun, (yanlış olduğunda) ayrımcılığı yanlış yapan şeyin ne olduğu veya ayrımcılığın neden yanlış olduğu soruları bu başlıktan bağımsız olarak cevaplandırılması gerektiğinden yanıtlar başka bir başlık altında ele alınmıştır²⁹⁷.

5. Grup Ölçütü ve Ayrımcılık

Ayrımcılık dendiğinde bahsedilenin ne olduğunu daha iyi anlayabilmek için ayrımcılığın kime karşı yapıldığının, odağında kimlerin olduğunun anlaşılması önem arz etmektedir. Ayrımcılık geniş biçimde ele alındığında, perşembe günü doğanlar ile homoseksüellere, engellilere, kadınlara, azınlıklara ya da Müslümanlara yapılan farklı muamelelerin aynı şekilde değerlendirilmesi söz konusudur ve ilgili tüm muameleler ayrımcılık olarak adlandırılmaktadır. Ancak her iki vakanın aynı kefeye konulması sezgilere karşı geldiğinden, büyük ölçüde, hem teoride hem de uygulamada, belirli özelliklere, temellere sahip olmak çerçevesinde bir ölçüt getirilmiştir²⁹⁸.

Ayrımcı muamelenin kime karşı yapıldığı yani ayrımcı muameleye maruz kalan kişinin özelliklerinin hangi başlık altında toplandığı önem arz etmektedir.

²⁹⁵ Deborah Hellman, “Discrimination and Social Meaning”, **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 97-107, s. 97.

²⁹⁶ Hellman, “Discrimination and Social Meaning”, s. 97.

²⁹⁷ Bkz. İşbu alışmanın II. bölümü.

²⁹⁸ Thomsen, “Discrimination”, s. 5.

Gerek Birleşmiş Milletler'in gerekse Avrupa Konseyi'nin insan hakları belgelerinde belirli temellerde ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Ayrımcılığın yasaklandığı temeller, korunan gruplar ya da ayrımcılık yasağı vasıtasıyla korunan hukuki menfaatler başlıkları altında toplanabilecek olan bu listeler, belirtilen temellere dayalı olarak gerçekleştirilen dezavantajlı farklı muameleyi yasaklamaktadır. Örneğin Avrupa ayrımcılık yasağı direktiflerindeki bu menfaatler cinsiyeti (Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Direktifi, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Direktifi), ırkı veya etnik kökeni (Rak Eşitliği Direktifi), cinsel yönelimi, engelliliği, yaşı veya dini veya inancı (İstihdamda Eşitlik Direktifi) kapsayan sabit ve sınırlı bir listedir²⁹⁹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise açık uçlu tabir edilebilecek bir liste öngörmektedir. Sözleşme'nin 14. maddesi “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum veya başka bir duruma dayalı ayrımcılık olmayacağını” beyan etmektedir. Buradaki “başka durum”, örneğin engellilik, yaş ve cinsel yönelimin de ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında ele alınmasına olanak tanımaktadır.

Ayrımcılığın geniş kapsamlı bir tanımının gerçek anlamda ayrımcılıktan yakınılan durumlara karşılık gelmediğini ve sınırlandırılması gerektiğini ifade eden ve bu sınırlandırma için grup ölçütünü benimseyen düşünürlerin ise sınırlandırmayı farklı şekillerde gerçekleştirdikleri görülmektedir. Örneğin James W. Nickel ayrımcılığı yanlış yapan ahlaki normu, ayrımcılık karşıtı ilke ile açıklamak istemektedir. Ayrımcılık karşıtı ilke şu şekilde formüle edilir³⁰⁰: “Eğitim olanaklarını ve işleri (öğeler listesi) dağıtırken, belirli koşullarda bu özelliklerin kullanılması açıkça meşru ve önemli olmadığı sürece, tüm kişi gruplarını dışarıda bırakmayacak veya bir kişiyi bir diğerine kıyasla ırk, etnik köken, din veya cinsiyet (dışlanan özellikler listesi) nedeniyle tercih etmeyecektir.” Nickel ayrıca, öğeler listesinin ve

²⁹⁹ Bu direktifler; Mal ve Hizmetlere Erişimde ve Bunların Arzında Erkekler ve Kadınlar Arasında Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 2004/113/EC sayılı Direktif, İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 2002/73/EC sayılı Direktif, ırk ve Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair 2000/43/EC sayılı Direktif ve İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 2000/78/EC sayılı Direktiftir.

³⁰⁰ James W. Nickel, “Discrimination”, **Routledge Encyclopaedia of Philosophy V.3.**, Ed. Edward Craig, London, Routledge, 1998, ss. 103-106, s. 103.

dışlanan özellikler listesinin kapsamının genişletilebileceğini ifade eder. Bu doğrultuda ögeler listesini konut, hukuki haklar, politik katılım için fırsatlar, sosyal yardım ve askerlik hizmeti olarak genişletip dışlanan özelliklere yani ırka, etnik kökene, dine ve cinsiyete; ulusal kökeni, politik inançları, vatandaş olmamayı, cinsel yönelimi, geliri ve yaşı ekler³⁰¹. Ancak ayrımcılığa ilişkin ahlaki bir norm oluşturmaya çalışan Nickel'in, neye dayanarak listesine bu özellikleri eklediğini ve hangi unsurların bu grupların belirlenmesinde önem arz ettiğini yeterince açıklamadığı belirtilmelidir.

David Wasserman da bir kişinin ırk, etnik köken veya diğer grup üyeliği temelinde başkalarını dezavantajlı duruma getirmesi halinde ayrımcılığın oluştuğunu belirtir³⁰². Ancak Wasserman da kişinin bir grubun mensubu olunmasının neye bağlı olarak ele alınacağını bazı problemleri yanlarının olduğunu; ırksal ve etnik grupların yanı sıra diğer hangi grupların mensuplarının ayrımcılığın mağduru olabileceklerinin ve neden bu grupları içeren olumsuz genellemelerin bilhassa sakıncalı kabul edildiğinin tartışmalı soruları gündeme getirdiğinin farkındadır³⁰³.

Son yıllarda dikkatleri oldukça üzerine çeken bir tanımda ise ayrımcılık toplumsal olarak belirgin bir grubun üyesi olunması ile sınırlandırılmaktadır. Lippert-Rasmussen'e göre "farklı muamele; Y ve Z'nin farklı, toplumsal açıdan belirgin grupların üyeleri olmaları (ya da öyle olduğuna inanılması) ile uygun bir biçimde açıklanmaktadır"³⁰⁴. Tanımda kişilere yöneltilen farklı muamelenin kaynağı

³⁰¹ Nickel, "Discrimination", s. 104.

³⁰² Wasserman, "Discrimination, Concept of", s. 805.

³⁰³ Wasserman, "Discrimination, Concept of", s. 807.

³⁰⁴ Lippert-Rasmussen, "The Badness of Discrimination", s. 168. Lippert-Rasmussen ayrımcılık failinin yani X'in, Z ile bağlantılı olarak Y'ye karşı gerçekleştirdiği Φ eyleminin şu hallerde "grup ayrımcılığı" olarak adlandırdığı ayrımcılık tanımının kapsamında ele alınabileceğini ileri sürer: " i) Bir özelliğin (Ö) varlığı gereklidir. Öyle ki X, Y'nin bu özelliğe (Ö'ye) sahip olduğuna inanırken Z'de bu özelliğin olmadığına inanıyordu; ii) X, Φ eyleminde bulunmak suretiyle Y'ye karşı Z'ye kıyasla daha olumsuz muamelede bulunmaktadır; iii) Söz konusu daha olumsuz muamelenin sebebi ise Y'de Ö'nün bulunmaması (X'in Y'de Ö'nün bulunmadığına inanması) ve Z'de Ö'nün bulunmamasıdır (X'in Z'de Ö'nün bulunmadığına inanması); iv) Ö'nün toplumsal olarak belirgin bir grubun bir üyesi olması (Z'nin ait olmadığı bir grup) ve v) Φ bir eylem vb. türüdür ve bu tür birçok eylem vardır ve bu olgu söz konusu özelliği olan kişileri (veya onların alt gruplarındaki kişileri) başkalarına göre daha kötüleştirir ya da Φ bir eylem vs. türüdür ve Ö'ye sahip kişileri başkalarına kıyasla daha kötüleştirir ya da X'in Φ eylemini yapıyor olması Ö'ye sahip olan bireylere yönelik düşmanlıktan veya Ö'ye sahip olan bireylerin diğerlerinden daha aşağı olduklarına ya da başkalarıyla karışmamaları gerektiğine dair inançla güdülenmektedir." Lippert-Rasmussen, **Born Free and**

olarak bir tarafın toplumsal olarak belirgin olan bir grubun üyesi olması gösterilmekteyse de toplumsal açıdan belirgin olmak ile kastedilenin ne olduğu ve bir bireye diğerlerinde olmayan belirgin bir özelliğe sahip olması nedeniyle farklı muamelede bulunulmasının ne demek olduğu net bir şekilde anlaşılmamaktadır. İlkini açıklığa kavuşturmaya çalışalım; toplumsal belirginlik şu şekilde ifade edilmektedir³⁰⁵: “Bir grubun algılanmış üyeliği, çok çeşitli toplumsal bağlamlarda toplumsal etkileşimlerin yapısı için önemliyse, toplumsal olarak belirgindir.”

Öyleyse ülkenin ilk yavaş şehirlerinden birisinde yaşayan ve kuş fotoğrafları çekmeye meraklı kişilerden oluşan bir grup bu anlamda toplumsal açıdan belirgin kabul edilmez. Yeşil, mavi veya kahverengi gözlü olup siyah saçlı olmak da bu bakımdan herhangi bir sosyal bağlamda ilgili kabul edilmezken bir bireyin algılanan cinsiyetinin, ırkının yahut dininin birçok toplumsal bağlamda toplumsal etkileşimle ilgili oluşunun ise açık olduğu ileri sürülmektedir³⁰⁶. Fakat bu tanım sanki güzel, uzun, çekici olanlar ile işsizler gibi kategorileri de içermektedir. Güzel

Equal?, s. 45-46. Halldenius, Lippert-Rasmussen’in “toplumsal belirginlik” yaklaşımı ile Radcliffe Richards’ın toplumsal kurallara ilişkin yaklaşımı arasında benzerlikler olduğunu ileri sürer. Halldenius’a göre her ne kadar her iki düşünür de dezavantajın bireyleri etkilediğini belirtirler de, söz konusu dezavantajın bireylerin toplumsal bir grubun üyeleri olmaları dolayısıyla, bu grupla ilişkilendirilen özellikleri ve rolleri ile diğer gruplara yönelik sahip olunan pozisyonlarının neticesinde gerçekleştiğinin önemine işaret ederler. Örneğin Radcliffe Richards, kadına karşı cinsiyet temelinde gerçekleştirilen ayrımcılığın, kadınları sistemli bir şekilde dezavantajlı muameleyle maruz kalmalarının bir toplumsal kurala dayandığını, bu toplumsal kuralın da kadınların ve erkeklerin farklı pozisyonlarının olduğu ve bu pozisyon farklılıklarının korunması gerektiğine ilişkin toplumsal kurala dayandığını ileri sürmektedir. Böylece kadınlara karşı yapılan ayrımcılık, kadınlardan hoşlanıp hoşlanmama ya da erkeklerin hep faydalanan tarafta olması gerektiği gibi bir itki ile değil, bir toplumsal kural dayanak alınarak yapıldığından ayrımcılık, bu tür toplumsal kuralların bireyler üzerindeki dezavantajının sistematik bir şekilde devam ettirilmesi anlamına gelmektedir. Bundan ötürü esasen Radcliffe Richards’ın toplumsal kuralları ile Lippert-Rasmussen’in toplumsal belirginlik görüşü arasındaki temel farkın ortaya çıktığını ifade eden Halldenius, söz konusu farkın ise Radcliffe Richards’ın toplumsal kurallarının fırsatlardan dışlanmanın sistematik kalıpları ile ilgili olmasına karşılık Lippert-Rasmussen’in toplumsal etkileşimin yapısını ön planda tutmasından kaynaklandığını düşünmektedir. Halldenius, “Discrimination and Irrelevance”, s. 113.

³⁰⁵ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 30. Wasserman da çalışmasında, ayrımcılığın mağduru olabilecek grupların belirlenmesine duyulan ihtiyaç sebebiyle için bir ölçüt oluşturmaya çalışmıştır. Onun ölçütüne göre genellikle derin bir toplumsal öneme sahip olan bu grupların üyeleri, toplumun daha geniş bir kesimi tarafından, çeşitli önemli konularda farklı algılanmakta ve farklı muamele görmektedirler. Wasserman, “Discrimination, Concept of”, s. 807.

³⁰⁶ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 30-31. Bu verilerle toplumsal açıdan belirgin olmak ya da kısaca toplumsal belirginlik, bir derece meselesi olarak da okunabilir. Bu derecelendirmenin ise neye göre, nasıl belirleneceğini ve bu toplumsal etkileşimlerin toplumsal bağlamlardaki oranını ortaya koymak çok zordur. Yine de ülkenin ilk yavaş şehirlerinden birisinde yaşayan ve kuş fotoğrafları çekmeye meraklı kişilerden oluşan grubun üyesi olan kişinin/kişilerin toplumsal belirginliğinin çok düşük olmasına karşılık cinsiyet, ırk gibi özelliklerin toplumsal belirginliklerinin çok yüksek derecelerde olduğu aşikârdır.

olan, çekici olan, uzun boylu olan kişilerin lehine ayrımcılık yapılırken işsizlerin aleyhine, onlara karşı olumsuz bir biçimde ayrımcılık yapıldığı ve bütün bunların da toplumsal açıdan belirgin gruplar oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle de verilen örneklerin ırk ayrımcılığı ile aynı biçimde mi yanlış olarak ele alınması gerektiği ve eğer öyleyse, işyerinde ırka dayalı ayrımcılığın yasaklandığı durumlarda çekicilik, güzellik vs. gibi durumlara dayalı durumlarda ayrımcılığın yasaklanıp yasaklanmayacağı sorularının gündeme gelebileceği belirtilmektedir³⁰⁷.

Bu noktada toplumsal belirginlik sınırlamasının, kendi içinde de belirli sınırlamaları olduğu belirtilebilir. Şöyle ki, eğer K1'e farklı muamelede bulunulmasının sebebi K2'de olmayan (veya olmadığına inanılan) bir özelliğinin olması ise bu durumda K1'in toplumsal olarak belirgin bir özelliğinin olmamasına karşılık K2'nin toplumsal olarak belirgin bir grubun üyesi olması gerekir. Bunu ilk sınırlama olarak ele alabiliriz. İkinci olarak, hem K1 hem de K2 toplumsal olarak belirgin bir özelliğe sahip olabilirler. Ancak bu durumda K2'nin ilgili özelliği K1'inkiyle aynı olmamalıdır yani hem K1 hem de K2 toplumsal olarak belirgin bir grubun üyesi olmakla birlikte söz konusu grupların toplumsal olarak göze çarpan özellikleri farklı olmalıdır³⁰⁸.

Grup ölçütünün toplumsal belirginlikle sınırlandırılması düşüncesinin ardında, toplumsal yaşamın bu kişilere barınma imkânı sağlamadığı yani nereye giderlerse gitsinler sorunlarla karşılaştıkları ve bundan ötürü daha fazla korunmaya

³⁰⁷ Joshua Glasgow, "The Meaning and Wrongness of Discrimination", **Criminal Justice Ethics**, 2015, Vol. 34, No. 1, ss. 116–129, s. 118-119. Glasgow, insanlara karşı görüşleri nedeniyle ayrımcılık yapılmasının, belirli bir derecede, ırka dayalı olarak gerçekleştirilen ayrımcılıklardan farklı olup olmadığını sorusunu sorar ve "Büyük Sekiz" olarak adlandırılan ırk, cinsiyet, sosyoekonomik durum, etnisite, yaş, yetenek, din ve cinsel yönelim ile boy, çekicilik vb. özelliklerin ahlaken birbirleri ile karşılaştırılıp karşılaştırılamayacaklarını ve eğer karşılaştırılabilir oldukları iddia edilirse bütün ayrımcılık çeşitlerinin ahlaken eşitlenmesinin sezgilerimize karşı gelip gelmediğini; söz konusu eşitlemeyi yapmadığımız takdirde de ahlaken bu kategoriler arasında neye dayalı olarak sınırlar çizildiğinin tatmin edici bir sebebi olup olmadığı sorularının cevaplanması gerektiğini belirtir. Glasgow, *The Meaning and Wrongness of Discrimination*", s. 119.

³⁰⁸ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 27. Altman da kişilere karşı ayrımcılığın belirli bir toplumsal grubun üyeleri olmalarına dayalı olarak ilgili kişilere yöneldiğini ve ayrımcılığın haksızlığının, ayrımcı eylemin mağdurunun belirgin bir toplumsal grubun üyesi olmasına bağlı olduğunu ileri sürer. Buna göre kadınlar, yaşlılar, engelliler, geyler ve lezbiyenler ve etnik ve ırksal azınlıklar toplumsal açıdan belirgin gruplar olarak kabul edilirler. Altman, "Discrimination". Bu ölçüte göre ayakkabı beğenisi ya da film beğenisi, müzik türü beğenisi benzer ya da aynı olanlar toplumsal olarak belirgin bir grubun üyesi sayılmazlar.

ihtiyaç duydukları düşüncesi yatar. Bu, aynı zamanda söz konusu listede cinsiyete yer verilmesine karşın neden sağ elini ya da sol elini kullananlara yer verilmediğini de açıklar. Daha farklı bir toplumda, Halldenius'un örneğindeki gibi, cinsiyetin toplumsal etkileşim açısından önem teşkil etmediği çift cinsiyetli bir toplumda, kadın veya erkek olmak, ayırt edici bir unsur olmadığından, örneğin sol ya da sağ elin kullanılması dikkate alınabilmektedir³⁰⁹. Günümüz toplumsal yaşamında ise kadın ya da erkek olmak, hala geçerli bir ayırt edici unsur olduğundan korunan özellikler listesinde yer almaktadır.

Bu ölçüt, aynı zamanda neden bir iş için niteliksiz olanlara ya da hak etmeyenlere de ayrımcılık yapıldığının iddia edilemeyeceğinin de gerekçesi olarak savunulmaktadır. Nasıl ki her birimiz kendi ailemizin üyesi olsak dahi çoğu ailenin üyesi olmadığımız ve aile üyesi olmayanların grubu diye bir grup olmuyorsa, herhangi bir iş için niteliksiz olanların grubu şeklinde de gruplar oluşturulmaz. Öyleyse bu kişilerin de toplumsal açıdan belirgin bir grup oluşturmadıkları savunulmaktadır³¹⁰.

³⁰⁹ Halldenius, "Discrimination and Irrelevance", s. 112.

³¹⁰ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?** s. 34. Ayrımcılığın tanımının esaslı unsurlardan birisi olarak toplumsal belirginliğin kabulünün neden kendine özgü durumların veya nepotizmin ayrımcılığın konusu olarak ele alınmadığını açıklamak açısından da elverişli olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunan Lippert-Rasmussen'e göre, kendine özgü durumlar da, örneğin daha niteliksiz olmasına rağmen bir işverenin ülkenin ilk yavaş şehirlerinden birisinde yaşayan ve kuş fotoğrafları çekmeye meraklı kişilerden oluşan bir grubun üyesi olan başvurucuyu işe almasında olduğu gibi, ayrımcı eylemler kadar kötü olabilmektedir. Bu tür kendine özgü durumların ayrımcılık olarak kabul edilmemesi, söz konusu eylemlerin ayrımcılık gibi kötü olabileceğinin inkâr edilmesi anlamına gelmemektedir. Sadece bu tür durumların büyük çoğunluğunun, kendine özgü doğalarından ötürü, dezavantajlı tarafa ciddi bir şekilde zarar vermeyecekleri düşünülmektedir. Lippert-Rasmussen, "The Badness of Discrimination", s. 169. Ancak Eidelson bu görüşe itiraz eder. Eidelson insanların genellikle aile üyesi olmayanlar, niteliksiz başvuruçular ve hak etmeyenler aleyhinde gerçekleştirilen dezavantajlı muameleleri ahlaken sorunlu bulmadıklarına dikkat çeker. Ek olarak insanların "ayrımcılık" ile kastettiklerinin de genellikle değer yüklü, ahlaki anlama karşılık gelen tanım olduğunu ve bu kullanım açısından hedefte toplumsal açıdan belirgin olan grupların ve bu grubun üyelerinin değil; muamelenin farklı olmasının yer aldığını savunur. Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 29. Eidelson'a göre ayrımcılık, toplumsal olarak belirgin bir özellik çerçevesinde gerçekleşmek zorunda değildir. Ayrımcılık ırk, cinsiyet, engellilik temelinde gerçekleşebileceği gibi kullanılan el, güvenilirlik, göz rengi, bir sıranın neresinde olduğunuz gibi çok çeşitli temellerde de gerçekleşebilir. Fakat mutlaka ayrımcılığın dayanağı olan bir temelin olması gerekir; aksi takdirde, diğer unsurlar saklı kalmak üzere, ayrımcılıktan söz edilemez. Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 15-16, 26. Açık ki Eidelson'un ayrımcılığın herhangi bir özellik temelinde olabileceği görüşü, herhangi bir kendine özgü durumu dahi ayrımcılık vakası olarak kabul ettiği için, ayrımcılık tanımında toplumsal belirginliğe yer veren düşünürlerin eleştirilerine maruz kalacaktır.

Ayrımcılığın toplumsal açıdan belirgin gruplara karşı farklı muamele olarak kabul edilmesi için ileri sürülen savlardan en makul olanı, haksız ayrımcı muamelenin kendine has olan davranışlarda, aynı derecede ortaya çıkmayan ve “ek zararlar savı” olarak adlandırılan zararlara yol açmasıdır. Bu noktada ise karşımıza cevaplanması gereken başka bir soru çıkar; neden toplumsal açıdan belirgin gruplara yönelik uygulamaların, kendine özgü durumlarda ortaya çıkmayan ilave zararlara sebep olduğu sorusu³¹¹.

Grup üyeliğinin dikkate alınmasında çeşitli ahlaki sebepler etkili olabilmektedir. Söz konusu sebepler, bireylere kümülatif zarar verilmesi, grup özcülüğü ve toplumsal uyumsuzluktur³¹². Kümülatif zarar, belirli grupların üyelerinin geniş bir zaman diliminde, çeşitli koşullarda daha kötü muamele görmelerinin, onların grup üyeliği temelindeki dezavantajlarını arttıracak düşüncesine dayanır. İlgili grupların üyeleri, kendilerine yönelen olumsuz muamelenin, onların grup üyelikleri dolayısıyla gerçekleştiği endişesine kapılmaları halinde hissettikleri bu endişe, gördükleri zararın artmasına sebep olacak ve farklı muameleden doğan etki, olumsuz bir biçimde, daha da çoğalacaktır³¹³. Nitekim sürekli bir biçimde çeşitli açılardan ayrımcılığa uğramanız halinde, bu ayrımcılıklar sebebiyle daha fazla zarar görmeniz olasıdır. Grup özcülüğü ise bir grubun üyesi olması nedeniyle kişiye karşı ahlaki açıdan daha aşağı biriymiş gibi muamele edilmesinin sonucu olarak ortaya çıkar³¹⁴. Toplumsal uyumsuzluk ise ayrımcılığa

³¹¹ Frej Klem Thomsen, “But Some Groups Are More Equal Than Others—A Critical Review of the Group Criterion in the Concept of Discrimination” (Bundan sonra “But Some Groups Are More Equal Than Others” olarak kullanılacaktır), **Social Theory and Practice**, 39(1), 2013, ss. 120–146, s. 138.

³¹² Wasserman, “Discrimination, Concept of”, s. 808.

³¹³ Wasserman, “Discrimination, Concept of”, s. 808.

³¹⁴ Wasserman, “Discrimination, Concept of”, s. 808. İnsanların kendilerinden farklı birey ve grupları adeta ‘bir türün üyesi’ olarak algıladığı örtük yaklaşımlara özcülük denir. Özcülük ırklar, cinsiyetler, cinsel yönelimler gibi sosyal kategorilerin ardında belli bir özün olduğu ve söz konusu bu sosyal kategorilerin doğal türlermişçesine değerlendirildiğini ileri sürer. Bu açıdan da özcülük, ayrımcılığı ve ırkçılığı etkileyen bir kişilik eğilimi olarak ele alınmaktadır. Ancak son yıllarda özcülüğün özgürleştirici yanları olduğuna da dikkat çekilmektedir. Buna göre bir etnik, kültürel, cinsel vs. grubun ‘öz’ünün vurgulandığı her durum ayrımcı yaklaşım olarak ele alınmamalıdır. Zira özcülük, ayrımcılık aracılığıyla haklarından yoksun bırakılmış grupların kolektif haklarını savunmalarına da vesile olabilmektedir. Örneğin çok kültürlü yaklaşımlar ırkçı baskıların, etnik dışlanmaların tanımlanması ve kültürel hakların savunulması faaliyetlerine önemli katkılar sundukları; ilgili grupların, kendi etnik kimlik ve kültürlerini meşrulaştırmak amacıyla özcü söylemleri kullanarak taleplerini elde etmeye çalıştıkları belirtilmektedir. Melek Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, s. 25-26. Özcülüğün sözlük tanımı ise :“1. Metafizikte, öze bir gerçeklik

maruz kalanın, kendisini ayrımcılığa uğrayan grupla özdeşleştirmesi olasılığı ile birlikte belirli bir ayrımcılık biçiminin üstünlüğüne dayanır³¹⁵.

Biraz daha anlaşılır kılmak için bir işvereni ele alalım. Bu işveren şu veya bu sebepten ötürü, kısacası kendine özgü bir durum sebebiyle, iş yerinde kızıl saçlıları çalıştırmayı tercih ettiğinde bunun sarı ya da siyah saçlı insanların kendi yaşantılarına ilişkin beklentilerini etkileyeceği düşünülmez. Ancak bu tercih, sadece belirli bir işverenle sınırlı kalmayıp başka işverenlerce de benimsenen bir uygulama haline geldiğinde yani artık işverenlerin çoğunun sadece kızıl saçlıları işe almaları ve diğerlerini dışlamaları halinde, kişilerin kişisel kimlikleri bu özelliğe sahip olup olmadıkları ile ele alındığından, kızıl saçlı olmayanlar güdusel ve ruhsal açıdan ilgili dışlanmadan etkilenebilirler³¹⁶. Bu durumda tek bir kendine özgü durumun aksine her bir işverenin söz konusu dışlanmanın yarattığı toplumsal maliyete katkıda bulundukları su götürmez. Böylece kendine özgü bir durum olmaktan çıkarak bütün bir toplumu etkiler hale gelen bu etki, bir maliyetin de ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Netice olarak gerek ayrımcılık mağdurlarının yaşadıkları damgalanmanın onlardaki ruhsal etkilerinin gerekse damgalanma ve özgüven kaybından kaynaklanan fırsatların ve üretkenliğin yitirilmesinin, toplum açısından ortaya çıkan maliyetinin hesaplanması gerekmektedir³¹⁷. Öyleyse ek zararlar argümanının temelinde, ayrımcılığın toplumsal uygulamalar olabilecek eylemlerden oluştuğu düşüncesinin bulunduğu söylenebilir. Tek tek bireylerin sebep oldukları dezavantajlı farklılaştırma eylemlerinin ise ek zararlara neden olmak için elverişsiz oldukları kabul edildiğinden ayrımcılığa yol açmadıkları ileri sürülmektedir³¹⁸.

Dezavantajlı farklı muamelenin belirli bir gruba üye olunması sebebiyle gerçekleştirildiği takdirde ayrımcılık teşkil edeceği görüşünün terk edilerek

yükleyen, özün varoluş karşısında ontolojik bir önceliğe sahip olduğunu öne süren görüş. Tek tek somut nesnelerin kendiliklerinden birtakım doğal türlere ayrıldıklarını, her nesnenin üyesi olduğu türü ya da sınıfı kesin ve belirli çizgilerle diğer nesne türlerinden ayırd etmenin mümkün olduğunu, varlığı ya da nesneyi belirli bir nesne türünün üyesi yapan bir öz bulunduğunu savunan öğretisi. ... 6. Felsefi antropolojide, varoluşluğuna veya varoluş felfesine karşıt olarak, insanın değişmez bir özü olduğunu, bir asli, temel insan doğasının bulunduğunu öne süren görüş..."tür. Cevizci, **Paradigma Felsefe Sözlüğü**, s. 662-663.

³¹⁵ Thomsen, "But Some Groups Are More Equal Than Others", s. 138.

³¹⁶ Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?", s. 198.

³¹⁷ Thomsen, "But Some Groups Are More Equal Than Others", s. 139.

³¹⁸ Thomsen, "But Some Groups Are More Equal Than Others", s. 139.

ayrımcılığın herhangi bir özellik temelinde meydana gelebileceğinin ileri sürülmesi ise ayrımcılığın haksızlığının korunan gruplar, ayrımcılık temelleri vs. olarak adlandırılan gruplar üzerinden tanımlanmasının terk edilmesi anlamına geldiğinden ayrımcılığın kadınlara, siyahlara, Müslümanlara karşı gerçekleştirilmesinin başka özelliklere sahip olanlara nazaran daha kötü olduğunun kabulü için başka ölçütlerin aranmasını gerektirecektir. Ayrıca ayrımcılığın tanımından grup kistasının çıkarılması, dolaylı ayrımcılık için önemli bir unsur olan korunan grupların bu korumadan yararlanamamaları anlamına geleceğinden dolaylı ayrımcılığın yeniden ele alınmasını gündeme getirecektir³¹⁹. Son olarak, ölçütten uzaklaşılmasının, birçok hukuki belgede korunan gruplara yer verilmesi sebebiyle, ayrımcılık yasağı mevzuatının gözden geçirilmesini zorunlu kılacağı da savunulmaktadır³²⁰.

Tüm bu açıklananlardan, felsefecilerin ayrımcılığın nasıl tanımlanacağı hususunda anlaşamadıkları görülmektedir. Belirli noktalarda uzlaşma varmış gibi görünse de bu noktaların kapsamı ya da anlamı noktasında bir uzlaşma yoktur. Bu, aslında anlaşılır bir durumdur. Çünkü örneğin geçmişte ayrımcılık temeli olarak kabul edilmeyen kimi temellerin, günümüzde ayrımcılık yasağının sunduğu korumadan faydalanmaları gerektiği kabul edilmekte; ayrımcılığın tanımı farklı ayrımcılık türlerini de kapsayacak biçimde genişletilmektedir. Ayrıca sadece farklı muameleye odaklanılması; farklı durumlarda bulunanlara benzer muamele edilmesi hususunun da gözden kaçırılmasına sebep olabilmektedir. Bununla birlikte ayrımcılığın yalnızca farklı muamele ile resmedilmesi, grup üyeliğinin önemli

³¹⁹ Thomsen, “But Some Groups Are More Equal Than Others”, s. 144. Şöyle ki dolaylı ayrımcılıkta, görünürde tarafsız olan bir uygulama esasında bir grubun dışlanmasına hizmet ediyor olabilir. Örneğin yapılacak işin niteliğiyle ilgili olmamasına rağmen belirli bir boy uzunluğu şartının aranması ya da aslında çalışma saatleri içerisinde de düzenlenebilecek olan bazı eğitim ve işyeri aidiyetleri toplantılarının mesai saatlerini kapsamayacak şekilde geç saatlerde veya hafta sonu düzenlenmesi genel olarak kadınlara karşı ayrımcılık olarak ele alınabilir. Zira genel olarak kadınların boy ortalaması erkeklerden kısadır ve kadınlar çocuk bakımı veya ev işleri ile ilgilenmek durumunda kaldıklarından bu tür kural veya uygulamalar onlara karşı dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. Dolaylı ayrımcılık kavramı III. Bölümde detaylı olarak anlatılmıştır.

³²⁰ Thomsen, “But Some Groups Are More Equal Than Others”, s. 144-145. Ancak bazı grupların diğerlerinden daha eşit olduğu savının ırkçılık, kadın düşmanlığı, islamofobi gibi toplumsal bazı sorunlara, kendine özgü farklı muamelelerle karşılaştırıldığında elbette daha fazla önem verilmesini gerektirdiğinden bunun kavramsal değil, pratik nedenlerden kaynaklandığı düşünülmekte ve bu tür sorunları aşmak için grup ölçütünün terk edilerek insanlar için eşitliğin gerçekten ne anlama geldiği sorusuna odaklanılmasının daha elverişli olacağı da ileri sürülmektedir. Thomsen, “But Some Groups Are More Equal Than Others”, s. 146.

olmadığı gibi bir sonuca ulaşılmasına yol açmaktadır. Halbuki ayrımcılık herhangi bir haksızlık değildir; belirli özelliklere karşı gerçekleştirilen bir haksızlıktır. Burada öne çıkan husus ise mağdurun, bir grubun üyeleri/üyesi olmasıdır. Söz konusu grup üyeliğinin nasıl sınıflandırılacağına tespiti ise hukukun ele alması gereken bir konudur. Çünkü ayrımcılığın unsurlarının tespitinin yapılması, hukuki düzenlemeler açısından bir gereklilik arz etmektedir. Bu sebeple hukukta olumsuz, negatif bir anlamı içerecek şekilde kullanılan ve yasaklanan ayrımcılığın hukuki düzenlemelerdeki görünümünün irdelenmesi önem arz etmektedir. Ancak ayrımcılık yasağının hukuki çerçevede ele alınmasından önce ayrımcılığın ahlaken yanlışlığını açıklamaya çalışan görüşlerin incelenmesi gerekmektedir ve işbu inceleme, ikinci bölümün konusunu oluşturmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

İNSANA SAYGININ GEREĞİ OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

I. GENEL OLARAK

Felsefeciler ve hukukçular çoğunlukla ayrımcılığın hangi durumlarda yanlış olduğunu inceleme konusu yaparlar. Bu yadırganacak bir husus da değildir zira hukuki sebeplerden ötürü ayrımcılığın hangi durumlarda yanlış olduğunun belirlenmesi önemli sonuçlar doğurmaktadır. Ayrıca ayrımcılığın zorunlu ve ilgili şartlarının neler olduğunun ve neden yanlış olduğunun nasıl açıklandığı hem siyaset felsefesi hem de hukuk felsefesi ile ilgili pek çok sorun açısından önem arz etmektedir. Ancak taşıdığı öneme rağmen bu sorulara yeterli dikkatin verildiği pek de söylenemez. Yine de bu soruların, ayrımcılıkla mücadele mevzuatlarının, ayrımcılığın haksızlığının ilkeli bir kavrayışının rehberliği olmadan yanlış yorumlanma ve yetersiz olma riski taşıdığı göz önünde bulundurulduğunda, gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple belirtilen sorulara ne tür yanıtlar verildiğinin incelenmesi gerekmektedir³²¹.

İnsanlar olarak sürekli seçimler yapıyoruz. Neleri alacağımıza, neleri giyeceğimize, neleri okuyacağımıza, neleri dinleyeceğimize, nerelere gideceğimize, kimlerle sohbet edeceğimize, nerede yaşayacağımıza dair hep seçimlerde bulunuyoruz. Birbirinden çok farklı konularda ayrımcılık yapıyoruz; seçtiğimiz şeylerin ya da kişilerin lehine, seçmediğimiz şeylerin ya da kişilerin ise aleyhine. Çoğu kişi kaba konuşan, temiz olmayan, düzenbazlık yapan insanlarla konuşmayı istemeyebilir. Ayrıca insanlar, diğer insanlar ile aralarına gelir seviyeleri, inançları, politik görüşleri, felsefî görüşleri, fiziken güzel olup olmadıkları gibi konular ekseninde değerlendirmelerde bulunduktan sonra da sınırlar koyabilirler. Bütün bu durumlarda kişiler, ötekilerin aleyhlerine ya da lehlerine olacak biçimde, tercihlerde bulunmaktadır. Söz konusu tercihler, insanların yaşamlarını değerli olarak

³²¹ Adam Slavny, Tom Parr, “Harmless Discrimination”, **Legal Theory**, Volume 21, Issue 2, June 2015, ss. 100-114, s. 100-101.

addettikleri şeylerle değerlendirmek istemelerinin doğal sonucu olarak ele alınabilir. Başvuruda bulunan bütün başvurucuları istihdam edecek kadar açık pozisyon ya da başvuran tüm öğrencileri kabul edecek sayıda kontenjan olmadığı durumlarla günlük hayatta sıkça karşılaşılmaktadır. 1 kişilik bir temizlik işçiliği kadrosuna 150 aday başvurduğunda yahut 200 kişilik öğrenci kontenjanına sahip bir bölümde eğitim almak için binlerce öğrenci başvurduğunda herkesin işe okula kabul edilmesi mümkün olmamaktadır. Sonuç olarak bir takım ölçütler belirlenip bu ölçütler çerçevesinde seçim yapılması kaçınılmaz hale gelmektedir.

Herkes ayrımcılığın bazı durumlarda ahlaken yanlış olduğunda mutabıktır. Evet, nesneler yahut kişiler arasında ayrımlarda bulunmak hayatlarımızı kolaylaştırmakta ve bazen bu, kaçınılmaz bir hal almaktadır ancak bu durum, aynı zamanda bazı eylemlerin haksız oldukları değerlendirmesinde bulunmamıza ya da ilgili eylemlerin ayrımcı oldukları için haksız olduklarını varsaymamıza engel teşkil etmez. Bu bağlamda sorunun, ayrımlara dayalı tercihlerin ne zaman problemli olarak değerlendirildiği ve bazı eylemleri ayrımcılık olarak ele almamıza sebep olan şeyin ne olduğunun tespit edilmesi olduğu söylenebilir.

Hangi vakalarda ayrımcılığın izin verilemez, hangilerinde izin verilebilir olduğunun tespiti ise kimi zaman tahmin edildiğinden zor olabilmektedir. Örneğin bazı durumlarda N ile ilişkisinde, sahip olduğu Z özelliği nedeniyle M'ye farklı muamelede bulunulması ayrımcılık olarak ele alınmayabilir. Bir hastane yönetiminin doktor olarak, kadın olması nedeniyle Eda'yı işe almayıp Selim'i işe alması ile Selim'in uzmanlık belgesini almış olması ve Eda'nın uzmanlık belgesi almamış olmasından ötürü Selim'i işe alması örneklerini kıyasladığımızda her iki durumda da işverenin, Selim'in belirli özellikleri temelinde -cinsiyeti veya uzmanlık belgesinin olup olmaması (iş için yeterlilik)- değerlendirmede bulunduğu ve buna uygun olarak karar verdiği açıktır. Öyleyse işverenin kararlarını ahlaki açıdan farklı bir biçimde ele almamıza yol açan faktör nedir; neden birinci durum ayrımcılık örneği olarak kabul edilirken ikinci örneğin izin verilebilir bir durum olduğu ileri sürülmektedir? Cevabı aranan sorunun ayrımcılığın etik yönüne ilişkin teorik tartışmaların özünü oluşturduğu söylenebilir.

Ayrımcılığa ilişkin felsefi teorik tartışmalar, ahlaki haksızlığın doğası ve özellikle belirli bir eylemi haksız yapan etmenlerle daha kapsayıcı bir biçimde

ilgilenmemizi gerektirdikleri için önemlidirler. Böyle bir tartışma, niyetler ve haksızlık arasındaki ilişkiye dair bir anlaşmazlığı da kapsamaktadır. Bu bağlamda, ayrımcılığa dair bir politikanın, eylemin yalnızca ayrımcılık faillerinin niyetlerinin veya daha kapsamlı olarak onun teemmüllerinin (deliberations) bir özelliği olmaları nedeniyle yanlış olup olmadıklarının belirlenmesini gerektirmektedir. İşverenin açık olan bir pozisyona başvurmuş olan adayın başvurusunu, aday niteliksiz olduğu için reddetmesi ile işle ilgisi olmayan gerekçelerle, sırf keyfiyetten ya da adayın sahip olduğu bir özelliğe ilişkin önyargılarının olması nedeniyle reddetmesi arasında ne tür bir fark vardır? Peki, işverenin vasıfsız olan adayı reddetmek için meşru gerekçeleri olmasına rağmen adayı daha şüpheli nedenlerle reddettiğinde eyleminin yanlış olduğu ifade edilebilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek mümkündür çünkü işverenin niyetinin, ayrımcılığın ahlaki izin verilebilirliğine ilişkin olan zihinsel durumlarla ilgili olduğu söylenebilir³²².

Başka örnekleri ele alalım. Bir süpermarket sahibinin sırf kadın olduğu ya da eşcinsel olduğu için bir kişiye ürün satmayı reddetmesi ya da bir otel sahibinin Çinli olduğu için kişinin konaklamasına müsaade etmemesi... Bu örneklerin tümünde sezgilerimiz bize ayrımcılık olduğunu söylemekle birlikte bu örnekleri yanlış yapanın ne olduğuna ilişkin bir uzlaşma bulunmamaktadır. Market sahibinin ya da otel sahibinin muamelelerinin müşterilerin ilgisiz özelliklerini (cinsiyet, ırk, cinsel yönelim vb.) dikkate alarak bir mal veya hizmet sunumundan kaçınması, yerleşik toplumsal kalıplar ekseninde fırsat eşitsizliğinin sürdürülmesi, kişilerin toplumsal bir grubun üyesi olarak ele alınarak birey olduklarının ve bu anlamda biricik oluşlarının önemsenmemesi gibi başlıklar altında, yapılan ayrımcılıkların yanlışlığının ahlaki açıdan gerekçelendirilmesine çalışılmaktadır.

Ayrımcılığın ahlaki açıdan yanlışlığının dayanaklarının ve onu yanlış yapan unsurun açıklanması, çalışmanın bu bölümünün konusunu oluşturmaktadır³²³. Bu kısımda esas olarak, ayrımcılığın yanlışlığını saygısızlık çerçevesinde ele alan görüşler incelenecektir. Ancak bu inceleme öncesinde, ayrımcılığı ahlaken yanlış kılanın ne olduğunun belirlenmesinde karşılaşılan bir zorluğa dikkat çekilmesi

³²² Parr, Slavny, “Harmless Discrimination”, s. 101.

³²³ Çalışmada, ayrımcılığın yanlışlığı ifadesi kullanılmakla beraber bu ifade, ayrımcılığın ahlaken kabul edilemezliği/izin verilemezliği şeklinde de yorumlanabilir.

gerekmektedir. Klasik olarak addedilebilecek olan ayrımcılık vakalarına dair örnekler genellikle, ayrımcılıktan bağımsız bir biçimde de, sezgisel olarak, yanlış olan eylemleri içerir. Örneğin azınlıktaki bir grubun üyelerine küçültücü, aşağılayıcı olduğu kabul edilen ve haklılandırılmayan çıplak arama yapılması ya da azınlıktaki bir grubun üyesi olan müşterilerin aşağılanıp onlara hizmet verilmesinin reddedilmesi durumlarında öne çıkan husus, söz konusu eylemlerin azınlıkta bulunan bir grubun üyelerine karşı gerçekleştirilmiş olmasıdır. Halbuki bir kimseye herhangi bir meşru neden olmaksızın çıplak aramanın yapılması ya da hizmet etmekten imtina edilmesi başlı başına yanlıştır. Bununla birlikte bu hususun tüm vatandaşlara değil de sadece bir grubun üyelerinin hedef alınarak yapılmasının ek ve özel bir yanlışa işaret ettiği ifade edilebilir. Burada söz konusu olan özel yanlışın ayrımcılığa olan etkisinin gösterilmesi ise kolay değildir. Bu hususun, ayrımcılığın ahlaki açıdan yanlışlığını açıklamaya çalışan görüşlerin paylaştıkları ortak bir zorluk olduğuna işaret edilmelidir³²⁴.

Çalışmada, ayrımcılığın ahlaki açıdan yanlışlığının açıklanmasında başvurulacak saygısızlığa dayalı görüşlerin izi sürülecektir. Saygısızlığın, saygının bulunmaması haline işaret etmesinden dolayı da ilkin saygı kavramı açıklanacaktır. Fakat bu görüşün irdelenmesinden evvel, ayrımcılığı yanlış yapanın ne olduğunu inceleyen diğer kimi görüşlere, örnek olmaları için, kısaca yer verilecektir. Bu görüşler; ilgisizlik görüşü, sorumlu tutulamama görüşü, sosyal dışlanma görüşü, fırsat eşitliği görüşü ve zarara dayanan görüştür.

II. AYRIMCILığA İLİŞKİN ALTERNATİF GÖRÜŞLER

A. İlgisizlik Görüşü

Ayrımcılığın yanlışlığı ile ilgili olarak pek çok kimsenin aklına gelen ilk görüş, ilgisizlik görüşüdür. Ayrımcılığın yanlışlığına ilişkin görüşler arasında öne çıkan bu görüş, kişilere yapılan muamelenin ilgisiz veya mantıksız olmasından ötürü ayrımcılığın yanlış olduğunu savunur. Örneğin Frederick Schauer, bilgisayar programcılığı, donanım mühendisliği, yazılım mühendisliği, bilgi teknolojisi uzmanlığı gibi bölümlerin olduğu ve eğitimin bu tür alanlarla sınırlandırıldığı bir

³²⁴ Thomsen, “Discrimination”, s.11-12.

devlet üniversitesini düşünmemizi ister. Bu üniversite, kabul için bazı şartlar belirlemiştir ve şartlardan bir tanesi de üst beden dayanıklılığıdır. Kadınlar, bu şartı sağlamadıkları yani üst bedenlerinin dayanıklılığı erkekler kadar gelişmemiş olduğu ileri sürülerek üniversiteye kabul edilmemekte, bu üniversiteden eğitim alma olanağından yoksun bırakılmaktadırlar. Kadınların üst bedenleri, genel olarak erkeklere kıyasla güçsüz olabilir fakat bu husus, onların bilgisayar programcısı olamayacakları anlamına gelmemektedir. Üniversiteye girişte, üst vücut gücünün bir şart olarak kullanılması, üst beden gücü ile bilgisayar programcılığı, bilgisayar mühendisliği, yazılım mühendisliği ve bilgisayar tasarımcılığı arasında bir ilgi bulunmadığı aşikâr olduğundan, hatalıdır. Üst beden gücü ile cinsiyet arasında bir bağ kurmak ve bu yolla kadınları bilgisayarla ilgili işlerden dışlamak; ilgisiz, önemsiz özellikleri gündeme almak anlamına geldiğinden keyfidir ve yanlıştır³²⁵. Ek olarak bu tür keyfi genellemeler, örneğin üst bedenlerinin güçleri ve fiziksel dayanıklılıkları erkeklerden daha iyi olan kadınların var olduğunu görmezden gelmekte, insanların biricikliklerini dikkate almamaktadır.

Anne-Marie Mooney Cotter da ayrımcılığın, insanları farklı ve rasyonel gerekçeler olmaksızın, grup üyelerinin farklı ve genellikle eşit olmayan muamele gördükleri ve eşit olmayan haklar aldıkları gruplara ayırdığı tespitinde bulunmaktadır³²⁶. Anthony Flew ise ırkçılık üzerinden sorunu ele alır ve ırkçılığın, “toplumsal statü ve istihdam edilebilirlik ile ilgili tüm sorunlara katı bir şekilde, yüzeysel ve ilgili olmayan” özellikler temelinde yaklaştığı için adaletsiz olduğunu savunur³²⁷.

Bazı durumlarda ise her ne kadar ahlâken yanlış olsa da ayrımcı muamelede bulunmak için ilgisiz olduğu öne sürülemeyecek olan gerekçeler söz konusu olabilir. Bir işveren, sezgisel olarak yanlış olduğunu bilmesine ve hatta kendisi benzer düşüncede olmamasına rağmen müşterilerinin, kadınlarla etkileşim içinde olmayı

³²⁵ Frederick Schauer, **Profiles, Probabilities, and Stereotypes**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003, s. 141-142.

³²⁶ Anne-Marie Mooney Cotter, **Race Matters: An International Legal Analysis of Race Discrimination**, Burlington, VT: Ashgate, 2006, s. 10.

³²⁷ Anthony Flew, “Three Concepts of Racism,” **Encounter**, 75, 1990, 63–64’dan aktaran Altman, “Discrimination”.

istememeleri yahut azınlıklara yönelik olumsuz tavırları nedeniyle, çalışanlarını seçerken, onların belirli özelliklere sahip olmalarına önem verebilir ve bu özellikler temelinde ayrımcılık yapabilir. Bu takdirde onun bu tutumunun keyfi ve mantıksız olduğu, iş ile ilgisiz olduğu ileri sürülemeyebilir³²⁸. Peki bir kadın sığınma evinde terapist olarak çalışacak kişinin belirlenmesinde nelere dikkat edilmelidir? Benzer özgeçmişe sahip iki başvurucudan erkek olan adayın değil de kadın olan adayın işe alınması durumunda erkek adaya cinsiyet temelinde ayrımcılık yapıldığı ileri sürülebilir mi? Bu örnekte erkek adaya ayrımcılık yapılmıştır ancak bu ayrımcılığın meşru olduğu kabul edilmektedir. Şöyle ki kadın sığınma evlerindeki kadınların özel durumları, onların karşı cinsten bir kişiyle iletişim kurmalarını, bu kişi terapist olsa dahi, zorlaştırabilir. Bundan ötürü de terapist olarak kadınların istihdam edilmek istenmesi ayrımcılık yasağının delindiği anlamına gelmeyebilir³²⁹

Wasserstrom da ırk ayrımcılığı ekseninde, insanların ahlâki açıdan keyfi özellikler temelinde muamele görmemeleri gerektiği savının, ırk ayrımcılığının temel yanlışlığını kavramak açısından yeterli olmadığını zira savın, pek çok insanın ırkçı tutumlarını barındıran bir toplumun gerçek özelliklerinden “bağlamsal olarak yalıtılmış” olduğunu iddia etmektedir. Ona göre ırk ayrımcılığının yanlışlığı, ilgili ayrımcılığın belirli ırkların üyelerinin entelektüel ve ahlâki olarak nüfusun geri kalanına göre daha aşağı olduğu yönündeki bir tutumu gösterdiği olgusundan ayrı tutulamaz³³⁰. Dolayısıyla ayrımcılığın yanlışlığını sadece ilgisizlik temelinde açıklayan savların yetersiz kaldığını düşünmektedir.

Eda ile Selim örneğini hatırlayalım. Eda’nın sırf kadın olduğu için iş başvurusunun kabul edilmemesi ile uzmanlık belgesini almamış olduğu için başvurusuna olumsuz yanıt verilmesi arasında fark olduğunu belirtmiştik. Uzmanlık gerektiren bir bölüme alınacak personelin seçiminde söz konusu işi yapabilmek için uzmanlık belgesi gerektiğinden ve Eda’nın ilgili belgesi olmadığından başvurusunun

³²⁸ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 106; Thomsen, “Discrimination”, s. 13; Gardner, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, s. 15-16; Halldenius, “Discrimination and Irrelevance”, s. 116.

³²⁹ Halldenius, “Discrimination and Irrelevance”, s. 109.

³³⁰ Richard Wasserstrom, “Preferential Treatment, Color-Blindness, and the Evils of Racism,” **The Affirmative Action Debate**, Ed. Steven Cahn, New York, Routledge, 1995, ss. 153–168, s. 161’den aktaran Altman, Discrimination.

reddedilmesi ayrımcılık olarak değerlendirilmez. Ancak istihdam edilecek personelin uzman olmasının gerekmediği ve öyle bir ölçütün de öngörülmediği hallerde, Eda'nın başvurusunun kabul edilmemesinin arkasında, diğer niteliklerinin Selim ile benzer olduğu varsayımında, kadın olmasının yer alması halinde Eda'ya karşı ayrımcılık yapıldığı değerlendirilmesinde bulunulabilir. Çünkü uzman olmak, üzerinde ihtisaslaşmış alana ilişkin yetkin olmak ve mesleki anlamda belirli eylemlerin yapılmasına izin verilmesi anlamına geldiğinden iş ile ilgili bir niteliktir. Cinsiyet içinse bu tür bir değerlendirmede bulunulamaz. Ancak hatırlanacağı üzere, ilgililikten ne anlaşılması gerektiği dikkate alındığında bu görüşün pek de sağlam bir zemine oturmuş olduğu söylenemez. Şöyle ki, eğer hastane yöneticisi Eda'yı kadın olduğu ve kadınların çocuk sahibi olduklarında erkeklere kıyasla uzun bir süre işten uzak kaldıkları olgusunu dikkate alarak tercih etmemişse bu yaklaşımı, cinsiyetin gözetilerek başvurunun değerlendirilmesi, iş hayatı açısından ilgili bir özellik olarak ele alınabilir. Bu takdirde ise iş hayatında ayrımcılık yapılmasına izin verildiği sonucu ortaya çıkar. Fakat bu sonucun pek de tatmin edici olduğu söylenemez. Öyleyse ayrımcılığın yanlışlığını keyfilik, irrasyonellik ya da genel anlamda ilgisizlik ekseninde açıklamak yeterli değildir.

B. Sorumlu Tutulamama Görüşü

Sorumlu tutulamama görüşü, ırk veya cinsiyet gibi göze çarpan grupların üyeliğine ilişkin tercihler temelinde, insanlara karşı ayrımcılık yapmanın ahlâki olarak yanlış olduğunu söyler. Bu temellerde ayrımcılık yapmak, insanların söz konusu özelliklere sahip olmak kendi tercihlerine bağlı olmadığından ahlâken yanlıştır³³¹. Irk ve cinsiyet gibi bireyin tercihi doğrultusunda belirlenmeyen özelliklerine, bireyin kendisinin seçme, değiştirme ve kontrol etme imkânının olmadığı özelliklerine, dayalı olarak ayrımcılık yapılması yanlıştır. Benzer şekilde bir engeliniz sebebiyle de ayrımcılığa uğramanızın yanlış olduğu ileri sürülebilir.

Çinli bir çiftin çocuğu olmak, Kiribati Cumhuriyeti'nde dünyaya merhaba demek, biyolojik olarak kadın olarak doğmak ya da 46 yerine 47 kromozoma sahip

³³¹ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 106; Thomsen, "Discrimination", s. 13; Altman, "Discrimination".

olmak size ait bir karar olmadığından, bu türden kontrol edemediğiniz özellikleriniz nedeniyle ayrımcılığa uğramanızın yanlış olduğu ileri sürülmektedir. Çünkü kişi değiştirmesi elinde olmayan özelliği/özellikleri nedeniyle bazı avantajlardan mahrum bırakıldığında, esasen varoluşuna ilişkin bir özellik ile ilgili, kendisini dışlanmış ve kontrol edemediği bir özelliği dolayısıyla hayatının belirsizliklerle dolu olduğunu hissedebilir³³².

Kişinin kontrol edemediği özelliklerinden ötürü ayrımcılığa uğramasının ahlaken yanlış olduğu savunusu, ilk bakışta makul görünmesine karşılık bu görüşün de sorunlu yanları olduğuna dikkat çekilmektedir. Bunlardan ilki, kişilere kendilerinin tercih etmedikleri özelliklerine bağlı olarak yahut kendileri tercih etmiş olsalar bile söz konusu tercihi devam ettirip ettirmemeyi kontrol edemeyecekleri özelliklere dayalı olarak farklı muamele edilmesinin, genel olarak, yanlış olmadığıdır³³³. Örneğin doğuştan görmeyen veya hastalık nedeniyle görme yetisini kaybeden kişinin araba kullanmasının yasaklanması yahut ehliyet aldığı sırada görme yetisine sahip olmakla beraber bir sebepten bu yetisini kaybetmiş kişinin ehliyetinin iptal edilmesi ya da bir doktorun, kendilerinin sebep olmadıkları hastalıkları göz önünde bulundurarak, hastalıkları ekseninde, hastalarına farklı muamele etmesi sakıncalı olarak ele alınmaz³³⁴. Benzer şekilde bir öğretmenin öğrenme güçlüğü çeken öğrencisine olan ilgisinin ve tutumunun diğer öğrencilerinden farklı olması, öğrenme güçlüğü çeken öğrencisine farklı muamele etmesi yanlış değildir. Aksine böylesi muameleler izin verilebilir farklı muamelelerdir, ayrımcılık yasağı bağlamında da sorunlu kabul edilmezler.

İkincisi ise kişilerin, söz konusu özelliklere kendileri sahip olmak istemiş olsalar ya da kendi hataları nedeniyle ilgili özelliklere sahip olmuş olsalar dahi bu özellikleri nedeniyle ayrımcılığa uğramalarının yanlış olacağıdır. Hiçbir baskı veya zorlama altında olmaksızın din değiştirenler ya da araçlarını dikkatsiz ve sorumsuz bir şekilde kullanmaları neticesinde kaza yaparak engelli olanlar bu başlık altında ele

³³² Singer, “Is Racial Discrimination Really Arbitrary?”, s. 195.

³³³ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 107.

³³⁴ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 107; Thomsen, “Discrimination”, s. 13; Altman, *Discrimination*.

alınabilir³³⁵. Bilim insanlarının heteroseksüelleri homoseksüellere, homoseksüelleri heteroseksüellere dönüştürebilen oldukça ucuz ve herkesin ulaşabileceği ve bir ilaç geliştirdiklerini varsayalım. Bu ilaçlar aracılığıyla artık kendiniz homoseksüel ya da heteroseksüel olmakla ilgili karar verici bir duruma erişmiş olabilirsiniz³³⁶. Ama bu demek değildir ki, homoseksüellik yahut heteroseksüellik hakkındaki tercihiniz nedeniyle ayrımcılığa uğramanız kabul edilebilir olsun. Sonuç olarak ayrımcılığın yanlışlığını kişilerin kontrol edemedikleri, değiştiremedikleri özellikleri ekseninde açıklamaya çalışmanın da bazı zorlukları barındırdığı görülmektedir.

C. Sosyal Dışlanma Görüşü

Sosyal dışlanma görüşüne gelince; sosyal dışlanma, bireylerin ekonomik, toplumsal, politik ve kültürel yaşama tam olarak katılamamış olduğu bir devleti ve böyle bir duruma yol açan ve bu tür durumları sürdüren bir sürecin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bir yoksunluk durumuna işaret eden sosyal dışlanma, kişilerin gelir, istihdam ve barınmanın da dâhil olduğu maddi kaynaklara ve eğitim, sağlık gibi hizmetlere erişmelerine katılımlarının engellenmesidir. Gerek ekonomik gerekse yapısal nedenlere bağlı olarak bireyler sistemin dışında kalmakta; sistemin dışında kalış hali aynı zamanda sosyal, kültürel ve siyasal dışlanmayı ortaya çıkarmaktadır. Çünkü sosyal yaşama katılmayı sağlayan alanlardan herhangi birinden yoksun kalınması diğer alanlara katılmayı da zorlaştırmakta, hatta bu alanlara da katılmayı engellemektedir³³⁷.

Sosyal dışlanma, dağıtımsal ve ilişkisel olmak üzere iki boyutlu bir sorun olarak ele alınabilir. İlk boyut olan dağıtım boyutu ekonomik/yapısal dışlanmayı inceler. Bu boyuttaki yoksunluk çeşitlerinden bir tanesi maddi yoksunluktur; temel ihtiyaçlar ve maddi mallarla ilgili yoksunluklar, sorunlu borçlar, konut maliyetleri gibi gecikmiş ödemelere karşılık gelir. Diğeri ise hükümetlerin yahut benzeri

³³⁵ Thomsen, “Discrimination”, s. 13; Altman, “Discrimination”.

³³⁶ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 108.

³³⁷ Bir tanıma göre ise sosyal dışlanma, belirli grupların etnik köken, ırk, din, cinsel yönelim, kast, cinsiyet, yaş, engellilik, HIV durumu, göçmen statüsü veya yaşadıkları yer temelinde ayrımcılığa maruz kaldıkları dezavantajlı bir süreci tanımlamaktadır. Bu türden ayrımcılık hukuk sistemi, eğitim, sağlık hizmetleri gibi kamu kurumlarında ve aile ile ilgili sosyal kurumlarda gerçekleşmektedir. DFID, Reducing Poverty by Tackling Social Exclusion: A DFID Policy Paper, 2005, s. 3. (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/issues/development/docs/socialexclusion.pdf>, 10 Ocak 2018.

kurumların hükümlerine yetersiz erişime yani sosyal haklara ulaşmadaki sıkıntılardır. Finansal engeller ve sağlık hizmetleri, eğitim, barınma, adli yardım, sosyal hizmetler, sosyal güvenlik, belirli ticari hizmetlere ulaşımındaki engeller ve yetersiz güvenlik bu başlık altında incelenmektedir.

Sosyo-kültürel dışlanma ise ilişkisel boyuta karşılık gelmektedir. Boş zaman etkinliklerini içerecek biçimde resmi yahut resmi olmayan sosyal ağlara katılımındaki eksiklikler, sosyal izolasyon, yetersiz sosyal destek gibi yetersiz sosyal entegrasyona karşılık gelen durumlar ve yetersiz kültürel entegrasyonla ilişkilidir. Yetersiz kültürel entegrasyon, sosyal vatandaşlık ile ilgili temel normlara ve değerlere uyumun sağlanamaması, sosyal güvenlik sisteminin gerektiği gibi kullanılması yerine kötüye kullanılmasına çalışılması, suçlu davranış, zayıf iş ahlakı, yerel çevreye ve topluma katılımın genel olarak sağlanamaması vb. kalıpları içerir³³⁸. Bu sebeple toplumdaki bazı grupların, yaşamları için anlam oluşturabilecekleri, toplumla bağlantı kurabilecekleri, kendileri için bir anlam geliştirecek olan belirli mekanizmalara katılmalarının engellenmesinin karşılığıdır sosyaş dışlanma.

Sosyal olarak dışlanan insanlar, dışlanmayla alakalı engellerden ötürü vatandaşlığın yahut toplumun bir parçası olmanın yarattığı faydalardan ve iyi oluş için gerekli olan unsurlardan yararlanamazlar³³⁹. Sosyal dışlanma insanları çeşitli şekillerde ve farklı derecelerde etkilediğinden durağanlıktan uzak bir yapıdadır. Eşit olmayan güç ilişkilerinin neticesinde ortaya çıkmıştır. İnsanlar ve toplumlar arasındaki bağın oluşmasını engelleyen veya bu bağı kopartan ilişkilere karşılık gelmektedir. Sadece ekonomik alandaki sorunlarla değil toplumsal, kültürel ve siyasal pek çok sorunla da ilişkili olan sosyal dışlanma, çok boyutlu olarak ele alınan ve çoklu dezavantajlara dikkat çeken önemli bir kavramdır.

Bu görüşle ilgili problem, ayrımcılığın toplumsal olarak dışlanmayan insanlara karşı gerçekleştirilmesi, yöneltilmesi halinde bile yanlış olabileceği gerçeğini kapsam dışında bırakıyormuş gibi görünmesinden kaynaklanmaktadır. Azınlıktaki bir grubun üyelerine olduğu kadar baskın ve çoğunluktaki bir grubun

³³⁸ Jehoel-Gijsbers Gerda, Vrooman Cok, **Explaining Social Exclusion: A theoretical model tested in the Netherlands**, The Hague, The Netherlands Institute for Social Research/scp, July 2007, s. 17.

³³⁹ Collins, "Discrimination, Equality and Social Inclusion" , s. 22-24.

üyelerine karşı da ırk ayrımcılığının yapılması yanlıştır. Bu baskın ve çoğunluktaki grup hiçbir sosyal dışlanmaya maruz kalmamış olsa bile onlara karşı ayrımcılık yapılması kabul edilebilir değildir. Beyaz ve heteroseksüel olan erkeklerin çoğunlukla toplumsal açıdan dışlandıklarından söz edilmese de bu durum onların, ayrımcılık karşıtı hukukun şemsiyesi altında korunmayacakları anlamına gelmez³⁴⁰.

Bir diğer sorun ise görüşün, ayrımcılık olmaksızın da kişilerin sosyal olarak dışlanabileceklerinin ve bu tür dışlamaların kimi zaman olağan karşılanabildiğinin üzerinde durmamasıdır. Çocuk tacizcileri, aşırı uçtaki politik görüşü destekleyenler ya da toplumun tüm kesimlerinin takdirini kazanmış bir kişiye zarar verenler de toplumdan dışlanabilirler. Bu tür dışlamanın ardında ayrımcılık bulunmamaktadır. Görülmektedir ki sosyal dışlanma görüşü, ayrımcılık örneklerine dayalı olarak gerçekleştirilen dışlamalar ile sosyal dışlanmanın, neden aynı şekilde yanlış olmadığını açıklayamadığı eleştirilerine karşı savunmasız kalmaktadır³⁴¹.

D. Fırsat Eşitliği Görüşü

Ayrımcılığı ahlaki açıdan yanlış yapanın ne olduğu sorusuna sunulan yanıtlardan bir dğeri de fırsat eşitliğine dairdir³⁴². Fırsat eşitliği devletin ırk, cinsiyet veya din temelinde kimseye karşı ayrımcılık yapmamasını ve pazar ekonomisini etkileme gücüne sahip kamusal görevlerde çalışan kişilerin de bu tür ayrımcılıklardan kaçınmalarını düzenler. Bu düzenlemelerin ardında, yalnızca ayrımcılığın mağdurları açısından bazı kötülükler barındırması ya da onların arzu ettiklerini elde etmelerinin engellenmesi bulunmaz; ayrımcılığın kendisinin yanlış olduğu kabulü de vardır. Bundan ötürü ayrımcılığın yasaklanmasının temel bir ahlaki gereklilik olduğu ve kanunlarca da düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir³⁴³.

³⁴⁰ Collins, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, s. 42.

³⁴¹ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 111.

³⁴² Fırsat eşitliğinin çeşitli ayrımları söz konusu olmaktadır. Bu kısımda; adil fırsat eşitliği, şans eşitlikçiliği ve meritokrasi başlıkları altında pek çok farklı görüşe ev sahipliği yapan fırsat eşitliğinin, belirtilen alt başlıklarına ana hatları ile değinilecektir. Ancak meritokrasi ve adil sosyal çevrenin birleşimine işaret eden adil fırsat eşitliğinde, ayrımcılığın yanlışlığı ilgili olarak meritokrasi ön plana çıktığından meritokrasi ve şans eşitlikçiliği daha ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır.

³⁴³ Richard Arneson, “Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman and Sophia Moreau, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 87-111, s. 87.

Adil fırsat eşitliği, John Rawls'un çığır açan eseri "Bir Adalet Teorisi"nde karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkeye göre, toplumda görev ve pozisyonlar herkese açık olmalıdır. Benzer durumda bulunan insanların yaşam beklentileri de benzer olmalıdır. Bu nedenle aynı düzeyde bilgi ve yetenekle donanmış insanların görevlere ve pozisyonlara ulaşmada eşit fırsatlarının olması gerekmektedir. Böylece söz konusu görev ve pozisyonların elde edilmesinde doğuştan gelen şans, toplumsal sınıf, cinsiyet, ırk vb. unsurlar etkili olamamaktadır. Rawls'a göre adil fırsat eşitliği, toplumun en önemli özelliklerindendir³⁴⁴.

Şans eşitlikçiliği³⁴⁵ ise insanların, kendi seçimleri olmayan ve kendilerinin sorumlu tutulamayacakları özelliklerinin, onların iyi bir yaşam sürme olanağını elinden almaması gerektiğidir. Eğer insanlar arasındaki eşitsizlikler, onların seçimlerine değil de sadece şans ile bağlantılıysa bu eşitsizliklerin giderilmesi gerekmektedir. Kısacası şans eşitsizlikçiliği, refahta şansla ilişkili olan eşitsizlikleri gidermemiz gerektiğini; insanların kendi tercihlerine dayalı seçimlerinin sonucu meydana gelen eşitsizliklere ise göz yummamızı söyler. Amaç, şansın dağıtımdaki etkilerini eşitlemek ya da hiç değilse etkisiz hale getirmektir. Bundan ötürü şans eşitliği ile ayrımcılık arasında bir bağ olduğu düşünülebilir. Zira şans eşitlikçiliği, ayrımcılığı sosyal açıdan belirgin grubun üyesi olunması ekseninde ele alan görüşleri açıklamak için yardımcı olabilir. Neticede tarihsel olarak bazı grupların üyeleri baskıya uğramışlar ve çeşitli adaletsizliklerle karşı karşıya kalmışlardır. Bu adaletsizlikler dolayısıyla da söz konusu grupların üyeleri, kendilerinden kaynaklanmayan bir durumla yüzleşmekte ve sosyal açıdan belirgin olmayan grubun üyeleriyle benzer refah seviyesini yakalayamamaktadırlar.

³⁴⁴ John Rawls, **A Theory of Justice**, Revised Edition, Oxford, Oxford University Press, 1999, s. 63. Fakat bu noktada, Rawls'un şekli fırsat eşitliğini reddettiği gözden kaçırılmamalıdır. Zira Rawls, şekli fırsat eşitliği görüşünün savunduğunun aksine, sadece yarışmanın adil olmasını yeterli bulmamakta, doğal yeteneklerin geliştirilmesi için bazı temel imkânların da kişilere sağlanması gerektiğini düşünmektedir. Hakkaniyete uygun bir fırsat eşitliğinin arayışında olan Rawls, toplumda belirli makamlara, pozisyonlara ulaşmak için doğuştan gelen şansların ya da toplumdan kaynaklanan bazı avantajların belirleyici olmaması gerektiğini savunur. Bilgi ve yetenek açısından benzer düzeyde olan insanlar, görev ve pozisyona ulaşmada eşit fırsata sahip olmalıdırlar.

³⁴⁵ Şans eşitlikçiliği, sorumluluk-duyarlı eşitlikçilik (responsibility-sensitive egalitarianism) olarak da adlandırılmaktadır. Şans eşitlikçiliği konusunda bkz. Carl Knight, **Luck Egalitarianism: Equality Responsibility and Justice**, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009; Kasper Lippert-Rasmussen, **Luck Egalitarianism**, London, Bloomsbury Academic, 2015; Kok-Chor Tan, "A Defense of Luck Egalitarianism", **The Journal of Philosophy**, Vol. 105, No. 11, Nov., 2008, ss. 665-690.

Bu açıklamalar ışığında, şans eşitlikçiliği görüşlerinde değerlendirme unsuru yapılanın kişinin kendisinden kaynaklanmayan olumsuzluklar, şanssızlıklar neticesinde elde ettiği refahı olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de dikkate alınan tek unsur kişinin refahı ise ırkı nedeniyle iş başvurusu reddedilen kişiye, bu red nedeniyle tazminat teklif edilmesi ve ilgili teklifin kişinin refahını, işe kabul edilmesi durumu ile aynı düzeye getirmesi söz konusu olduğunda, bu teklifin şans eşitlikçiliği açısından sorun teşkil etmediği söylenebilir. Nitekim eğer kişi; ilgili tazminat hakkında yeterince bilgilendirilmiş, bu tazminatı kabul etmeye zorlanmamış ve kendi isteği ile tazminatı kabul etmiş ise refah seviyesinde herhangi bir düşüş olmadığından yani durumunda bir kötüleşme olmadığından ona karşı ayrımcılık yapılmadığının kabul edilmesinde bir sakınca olmadığı ifade edilmektedir³⁴⁶.

Ayrımcılığın yanlış olduğu çünkü şans eşitlikçiliğini zedelediği görüşüne ilişkin sorunlu noktalar bununla sınırlı değildir. Bir ülkede herhangi bir dine mensup olanların erişebilecekleri eşit sayıda restoranın olması koşuluyla, restoranlara müşterilerine karşı din temelinde ayrımcılık yapabileceklerine ilişkin yetki verildiğini düşünelim. Bunun anlamı, Hristiyanlar, Yahudiler, Müslümanlar, Budistler vb. için eşit sayıda restoranın olmasının yanı sıra farklı dinlere mensup olanların da bir araya gelebilecekleri ve yemek yiyebilecekleri eşit sayıda restoranın olmasıdır. Ayrıca bütün bu restoranların birbiriyle benzer kalitede olduklarını, bu sayede de hiçbir grubun diğerinden çok daha kötü yemek yemediğini ve bu restoranlara erişimin herkes için eşit derecede kolay olduğunu varsayalım. Bu örnekte her bir grubun birbirine karşı ayrımcılığa uğradığı ve bu ayrımcılığın yanlış olduğu kabul edilebilirse de söz konusu ayrımcılığın nedeni olarak, refah eşitsizliğinin ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir³⁴⁷. Bu örnekte her bir grubun refahının ve saygınlığının eşit derecede düşürüldüğü bir yapı oluşturulmaya çalışıldığından herhangi bir grup için refaha ilişkin bir fırsat eşitsizliği bahis konusu

³⁴⁶ Shlomi Segall, **Equality and Opportunity**, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 123-124. Ayrımcılığın kötülüğünü fırsat eşitsizliği yaratmasına dayandıran Segall, ayrımcılığın sadece refah için fırsat eşitsizliğini bozduğunda kötü olduğunu ileri sürer. Gerçi Segall'ın kendisi de ayrımcılığı ahlaken yanlış yapan görüşler içerisinde fırsat eşitsizliğinin pek fazla taraftarının olmadığını farkındadır. Segall, **Equality and Opportunity**, s. 109.

³⁴⁷ Sophia Moreau, "What Is Discrimination?", **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 38, Issue 2, 2010, ss. 143-179, s. 172.

olmadığından şans eşitlikçiliği görüşü, ayrımcılığın ahlâken yanlışlığını açıklamakta yetersiz kalacaktır.

Meritokrasi ise özellikle kamu yönetiminde, ilgili pozisyonlara daha yetenekli ve bilgili olanların yerleştirilmesini temel alır. Bir iş için başvuranların sayısının fazla olması halinde adalet gereğince iş, en nitelikli adaylara teklif edilmelidir. İş en nitelikli başvuruçunun alması, yeteneğin ödüllendirilmesi esastır. Önemli olan yetenektir; cinsiyet, ırk, din vb. önemsizdir. İş başvurularında başvuruçular değerlendirilirken işe ilişkin ölçütlerin göz önünde bulundurulması yerine cinsiyet, ırk, din gibi temellerin dikkate alınması suretiyle ayrımcılık yapılması kabul edilemez³⁴⁸.

Yeteneğe dayalı görüşün muhalifleri, “en niteliklinin” tartışmalı olduğunu not ederler çünkü nitelikleri belirleyen ölçütler genel olarak belirsizdirler ve onlara bağlı ağırlıklar ile gelmezler³⁴⁹. Ayrıca meritokratik bir normun ihlalinin kimin işe alınacağına ilişkin kararlardaki ayrımcılıktan ahlâken farklı olduğu ifade edilir. Daha az nitelikli olmasına rağmen göçmenlerin yaşam koşullarını iyileştirmek istediğinden göçmenleri işe alan bir işyeri sahibini ele alalım. Bu işyeri sahibinin, göçmen olmayanlara ayrımcılık yaptığı iddia edilebilirse de söz konusu ayrımcılığın yanlış olduğu yahut sırf kadın olduğu ya da engelli olduğu için bir kişinin iş başvurusunun reddedilmesi durumlarıyla aynı biçimde ele alınması kabul edilemez bulunabilir. Evet, hem göçmen olmak hem de kadın/engelli olmak temelinde meritokratik değerlerin ihlal edildiği ortadadır. Fakat işverenin ahlâken haklılandırılabilirdiği bir eyleminin olduğu da gözden kaçırılmamalıdır³⁵⁰.

Belirtilen bu yönler göz önünde bulundurulduğunda, meritokrasinin aşırıya kaçtığı ve bireysel işletme sahiplerinin işe ilişkin yetenekler haricindeki ölçütler

³⁴⁸ David Miller, **Principles of Social Justice**, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2001, s. 156. Kısacası meritokrasi, arzu edilen işler veya mevkiler için hiç kimsenin dışlanmadan rekabet edebilmesini ve işin en nitelikli adaylara sunulmasını şart koşar. Nitelik ise yeterliliğin karşılığı, ilgili pozisyona ilişkin görevi yerine getirmeye olumlu katkıda bulunan bir yetenek veya eğilimdir. Öyleyse ön planda sadece ve sadece yetenek bulunduğundan görevlere veya kamusal mevkilere aday olanların sırf ırkları, cinsiyetleri, dini inançları vb. sebepler nedeniyle reddedilmeleri kabul edilemez. Bireylere yetenekleri doğrultusunda muamele edilmesini engellediği için ayrımcılık yanlıştır.

³⁴⁹ Wasserman, “Discrimination, Concept of.” s. 807.

³⁵⁰ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 109.

çerçevesinde çalışanlarını seçme hakları olduğunu göz ardı ettiği ifade edilmektedir. Örneğin İstanbul'da açılan ve ispanyol yemeklerinin yapıldığı bir işletmenin sahibi, restoranda istihdam edeceği çalışanların İspanyol yemekleri konusunda eğitim almış olmalarını veya uzun bir süre İspanya'da yaşamış olmalarını isteyebileceği gibi daha önce sistematik olarak dezavantajlı konumda olduğuna inandığı yahut iş ahlakının çok yüksek olduğunu düşündüğü kimselerle de çalışmak isteyebilir. İş için en iyi olanda ısrar eden meritokrasinin ise işletme sahiplerine takdir yetkisi tanımadığı açıktır.

Meritokrasi görüşüne yeteneğe dayalı işe kabulün arkasında, hakkaniyetten ziyade verimliliğin bulunduğu iddiası nedeniyle de itiraz edilmektedir³⁵¹. Zira bazı durumlarda işveren, çalışanın ne kadar yetenekli olduğuna değil, onun diğer çalışanlarla ilişkisine ve işyerine uyumuna dikkat etmek zorundadır. Diğer çalışanların hoşlanmayacağı özelliklere sahip, sosyal açıdan uyumsuz ama yetenekli bir işçi, işin gerektirdiklerini yerine getirebilecek en yetenekli kişi olsa bile, işe alınmadığında işveren suçlanabilir mi? Eğer diğer çalışanlar, söz konusu başvurucudan hoşlanmıyorlarsa başvurucuya yönelik bir yanlısın yapıldığını iddia etmek güç olabilir³⁵².

Ayrımcılığın yanlıslığını açıklamak için meritokrasinin yeterli olmadığı yönündeki bir diğer itiraz, istatistiksel ayrımcılıktan kaynaklanmaktadır. Sosyal olarak göze çarpan bir grubun üyelerinin, diğer grupların üyelerinden daha kötü muamele görmelerinin gerekçesi, söz konusu grubun diğer üyelerinin performanslarının kötü olduğuna dair istatistik veriler ise ortada istatistiksel ayrımcılık vardır. Eğer açık bir

³⁵¹ Cavanagh, **Against Equality of Opportunity**, s. 20.

³⁵² Benzer bir durum tepkisel niteliklerde de ortaya çıkmaktadır. Göçmenlerin yalancı ve güvenilirmez olduklarına ve ekonomik açıdan da diğer sakinlere zarar verdiklerine inananların çoğunlukta olduğu bir şehri ve bu şehirdeki bir emlak ofisinde satış görevlisi olarak çalışan bir göçmeni düşünelim. Bu tür bir toplumda yaşayanlar, emlak ofisinde çalışan bir göçmenden ev satın almak yahut kiralamak istemeyeceklerdir. Bu durumda da satış görevlisi toplumdaki önyargılar ve ayrımcı muamele nedeniyle işinin gerektirdiğini yerine getirememiş olacaktır. Bu soruna meritokrasi nasıl karşılık verebilir? İlk akla gelen bu tür tepkisel niteliklerin kayda alınmaması gerektiği olabilir. Fakat iyi bir satış görevlisinin, müşterileri bir şeyler satın almaya teşvik eden yahut satış yapan olduğu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu tepkilerin dikkate alınmaması pek mümkün görünmemektedir. Ancak hangi durumlarda tepkilerin dikkate alınacağına tespitinin zor olduğu, ayrıca bu tepkilerin dikkate alınmasının tepki gösterilen kişi/kişilerin toplumla uyumunu zorlaştıracığı ve aslında bir çeşit kısır döngüye yol açabileceği de açıktır.

pozisyona başvuran aday, sırf sosyal açıdan belirli bir grubun üyesi olması ve söz konusu grubun üyelerinin ilgili işte düşük/yetersiz/daha az iyi performans sergilemeye yatkın oldukları istatistiki verisi temel alınarak reddediliyorsa istatistiki ayrımcılığın meydana geldiği kabul edilir. İstatistiki verilerin başvurucunun söz konusu pozisyon için uygun olup olmadığının belirlenmesinin etkili bir yol olduğu düşünülebilir. Bu tanım meritokrasi ile de uyumlu görünmektedir. Ancak bireyin istihdamının, üyesi olduğu gruba ait bir genellemeye dayandırılarak değerlendirilmesi haksızlık olarak da düşünülmektedir. Üyesi olduğunuz grubun diğer üyelerinin önceki yıllarda sizin çalışmak üzere başvurduğunuz iş kolunda, başka bir grubun üyelerine kıyasla, daha düşük performans göstermiş olmaları, sizin de aynı düşük/yetersiz performansı göstereceğiniz anlamına gelmemektedir. Sırf grubunuzun diğer üyelerinin performansları nedeniyle işe kabul edilmemeniz, kişilerin kendi yeterlilikleri çerçevesinde değerlendirilmeleri gerektiğine dair sahip olunan sezgiye karşı gelmektedir.

E. Zarara Dayanan Görüş

Ayrımcılığın yanlışlığının belki de en basit açıklaması, ayrımcılığın, ayrımcılığa uğrayan kişiye zarar verdiği için yanlış olduğu fikri olabilir. Zarara yol açmanın bir anlamda ahlaki açıdan kötü olduğu fikri, belki de en az tartışmalı görüşlerdendir. Bu sebeple, zarar görüşünü savunanların görevi, zarara yol açmanın kötü olduğunu savunmak değil, bunun ayrımcılık için de geçerli olduğunu göstermektir yani ayrımcılığın nasıl ve ne zaman zarara yol açtığını, ayrımcılık hakkındaki sezgilerimizle örtüşecek biçimde açıklamaktır. Bu görüşün ılımlı olarak adlandırılabilen olan versiyonunun ayrımcılığın, ayrımcılık olmasından dolayı zararlı olabileceğini ve zarar vermek pro tanto olarak yanlış olduğu için meydana gelen zararın ayrımcılıkta neyin yanlış olduğu açıklamasının bir parçası olduğunu göstermesi gerektiği ileri sürülmektedir. Görüşün daha tutkulu olan versiyonunun ise zararsız örneklerle ilişkin sezgilerimizi gidermenin yanı sıra ayrımcılığın yalnızca

zarar verdiğinde yanlış olduğu iddiasını inşa etmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır³⁵³.

Ayrımcılığın zarar verdiğini ileri sürmek, ayrımcılığa uğrayanın durumunun daha kötüleşmesi demekse ‘ne’den daha kötü olduğu ve hangi açılardan daha kötü olduğu sorularına yanıt verilmesini gündeme getirir. Bu sorular temeldir ve zarara yol açmanın nasıl kavramsallaştırılacağına dair geniş kapsamlı tartışmalarla da ilgilidir. Zarar görüşünü savunanlar, bu açık-uçlu doğanın avantaj olarak görülmesi gerektiğini çünkü bu sayede, görüşü eleştirenlerin bir yaklaşımı tercih ederek bu doğrultuda incelemede bulunabileceklerini ileri sürerler. Bu doğrultuda, ilk soruya verilebilecek en açık cevap, bir kişinin aksi durumda olacağından daha kötü duruma düşürüldüğünde ayrımcı eylemden zarar göreceğidir. Ancak bu öneri şu itirazlarla karşı karşıyadır: Ayrımcılığa uğrayan kişilerin, aksi durumda olacağından daha iyi durumda oldukları sonucunun ortaya çıkması halinde, ayrımcılık eylemleri yanlış değildir. Buna göre Naziler tarafından gerçekleştirilen ve Yahudilerin, Holokost’tan önce göç etmelerine neden olan ve böylece acı çekmelerini ve muhtemel ölümlerini engelleyen eylemler, Yahudilere karşı şiddet, aşağılama içermesine ve onları önemli mal ve hizmetlerden mahrum bırakmış olsa bile zararlı değildir ve dolayısıyla ahlaken yanlış değildir. Ancak pek çok kişi, Nazilerin söz konusu muamelelerinin klasik bir ayrımcılık örneği olduğunu ve yanlış olmasının sebebinin en azından bir kısmının, Yahudileri aksi durumla karşılaştırıldığında tamamen daha iyi duruma getirmesine rağmen, bazı açılardan daha kötü hale getirerek onlara zarar vermesi olduğunu düşünür. Bu itirazlara ise ayrımcılığa uğrayanın bu durumda yahut gelecekteki herhangi bir durumda ayrımcılığa maruz kalmış olsaydı ne kadar iyi durumda olacaklarının dikkate alınması gerektiği ileri sürülerek karşı koyulmaya çalışılmaktadır. Buna rağmen zarara dayanan görüşlerin ayrımcılığın özünde yanlış olanın ne olduğunu tanımlayamadığı ve sezgisel olarak yanlış olduğu kabul edilen bazı ayrımcılık vakalarının yanlışlığını açıklamakta başarısız olduğu eleştirileri yöneltilmektedir³⁵⁴.

³⁵³ Thomsen, “Discrimination”, s. 18-19.

³⁵⁴ Thomsen, “Discrimination”, s. 19.

III. AYRIMCILIĞIN YANLIŞLIĞI VE SAYGI

A. Saygı

Her ne kadar bazı teorisyenlerin ayrımcılığın yanlışığını saygısızlık ile ilişkilendirmesi, saygı kavramına değinilmesini gerektiriyorsa da kavramın tanımlanmasının pek de kolay olmadığı ve çalışma kapsamında saygının yalnızca bazı temel unsurlarına değinileceğı belirtilmelidir.

Saygı sözcüğü, Güncel Türkçe Sözlük'te “1. Değeri, üstünlüğü, yaşlılığı, yararlılığı, kutsallığı dolayısıyla bir kimseye, bir şeye karşı dikkatli, özenli, ölçülü davranmaya sebep olan sevgi duygusu, hürmet, ihtiram; 2. Başkalarını rahatsız etmekten çekinme duygusu” olarak tanımlanmıştır³⁵⁵. Akarsu ise saygıyı şu şekilde açıklamıştır: “Bir kişiye, bir düşünüşe, bir eyleme, bir başarıya yüksek değer vermekten doğan özel bir duygu. //Özellikle ahlak değerlerine karşı saygı duyulur. Ahlak felsefesinde Kant’la önem kazanmıştır. Kant ahlakın temelini ahlak yasasına saygıda bulur.”³⁵⁶

Saygı, Almandada *achtung*, İngilizcede *respect* sözcüğüne karşılık gelmektedir. *Respect*in ise köken itibariyle Fransızcadaki *respect*, onun da Latincedeki *respectus* sözcüğünden türediğı anlaşılmaktadır. Sözcüğün fiil hali olan *respicere* ise “geriye dönüp bakmak, tekrar bakmak” anlamlarına gelmektedir³⁵⁷. Bu doğrultuda bir şeye saygı duymak; o şeye özel bir önem vermek, onunla ayrıca ilgilenmek, onu açıkça anlamaya çalışmaktır³⁵⁸. Bu sebeple saygının nesnesiyle

³⁵⁵ Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c0c3e7e34a868.91951280, 10 Mayıs 2018

³⁵⁶ Akarsu, “saygı”, *Felsefe Sözlüğü*, s. 156.

³⁵⁷ *Online Etymology Dictionary*, “respect”, (Çevrimiçi) <https://www.etymonline.com/word/respect>, 10 Mayıs 2018.

³⁵⁸ Bunun anlamı, bir kişiye yeteneğinden, bilgisinden, gücünden ya da kendisinden korkulduğundan saygı duyulabileceğı yani farklı açıların farklı sonuçlara yol açabileceğı ve saygının, esas olarak dikkati nesne üzerinde olsa da sadece nesne ile ilgili olmadığı, aynı zamanda özne ile ilgili olduğudur. Farklı özneler, aynı nesneye farklı şekillerde karşılık verebilirler; aynı nesneye bir özne saygı gösterirken diğeri bir özne saygı göstermeyebilmektedir. Ayrıca saygı, sadece saygılı muamelenin muadiliymiş gibi düşünülmemelidir. Kişi, söz konusu saygı nesnesine saygı duymadığı halde de saygı gösterebilir. Aral da tüm değerlerin saygılı bir tutum içerisinde duyumsanacağını, algılanacağını bu yüzden de saygıyı tanımayan bir insanın değerleri yaşayıp kavrayacağını belirtir ve saygı ile sevgi arasında bir bağ olduğunu ileri sürer. Ona göre insan olmak, saygılı bir tutum olmaksızın gerçekleşmeyeceğinden saygı olmadan “insan olma”nın amaçlandığı bir yaşamda aldanmalar

öylesine ilgilenmediği, aynı zamanda ona odaklandığı söylenebilir. Dikkatleri nesneye yöneltip onu odağa almak önemlidir. Zira bir şeye dikkat ederek ve ciddiye alarak saygı duyuyoruz. Bir şeyi görmezden gelmek, ihmal etmek, umursamamak ona saygı duymamaktır³⁵⁹.

Felsefecilerin saygı ile ilgili olarak cevap aradıkları bazı soruların neler olduğunu araştırdığımızda karşımıza ilkin saygıdan anlaşılması gerekenin ne olduğu sorusu çıkar. Zira felsefeciler saygıyı, bir muamele biçimi, bir çeşit değer verme, bir tür dikkat, bir güdü, bir tutum, bir duygu, bir ilke, bir görev, bir hak, bir ahlâki erdem... olarak tanımlamışlardır. Bununla beraber saygının ayırt edici unsurlarının neler olduğu ve hangi tutum, eylem, değer, görev vs. ile benzer olduğu ve neye aykırı olduğu soruları ile hangi inançların, tutumların, duyguların, güdülerin ve davranışların saygı ile bağdaşacağı ve bağdaşmayacağı sorularına yanıt aranmaktadır. Ek olarak, kendilerine saygı duyulması istenen nesnelerin özelliklerinin yani saygı nesnesinin temellerinin neler olduğu; belli türdeki nesnelere saygı göstermek için hangi ahlâki gerekliliklere ihtiyaç duyulduğu ve bu tür gereksinimlerin kapsamının ve teorik durumunun ne olduğu; saygının türlerinin ve derecelerinin olup olmadığı ve bu bağlamda bir nesnenin daha az saygıyı ya da hiç saygı gösterilmemesini hak etmesinin söz konusu olup olamayacağı da araştırılmaktadır. Saygının ahlâki açıdan niçin önemli olduğu; ırkçılık ve cinsiyetçilik, pornografi, mahremiyet, ceza, teröre verilen yanıtlar, kültürel çeşitlilik, özel önlem, kürtaj vb. gibi problemleri olan ahlâki ve sosyo-politik meselelerin saygı çerçevesinde nasıl ele alındıkları vb. soruların da yanıtları aranan diğer sorular olarak göze çarpmaktadırlar³⁶⁰.

yaşanır. Saygıyı tanımayan bir insan ise “değer körüdür”. Saygılı bir tutum içerisinde tüm değerlere açık olan ve alçak gönüllülükle onlar önünde eğilen kişi, içinde onları gerçekleştirme ve kendi varlığını yüceltip tamamlama yolunda bir ihtiyaç ve isteğe sahip olur. Bu istek, yani yetkin ve tam olmayan insanın yetkinleşme ve tamamlanma isteğine ise sevgi adı verilir. Sevgi; verme, ilgi, sorumluluk ve saygıyı da içerdiği zaman sadece bir sevgi nesnesine değil, tüm insanlara yönelik bir bağlılığın ifadesi olur ve bir kardeşlik sevgisinde karşımıza çıkar. Aral, **Toplum ve Adaletli Yaşam**, s. 121-125.

³⁵⁹ Robin S. Dillon, “Respect and Care: Toward Moral Integration”, **Canadian Journal of Philosophy**, Vol. 22, No. 1, March 1992, ss. 105-132, s. 108.

³⁶⁰ Robin S. Dillon, “Respect”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2018 Edition), Ed. Edward N. Zalta, (Çevrimiçi) <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/respect/>, 17 Mayıs 2018.

1. Saygının Özellikleri

Şekli bir bakış açısıyla saygının üç unsurlu karmaşık bir ilişki yumağı olduğu söylenebilir. Bir nevi sacayağı şeklindeki bu ilişkinin ilk ayağında saygı gösteren ve kendisine saygı duyulan yer alır. Diğeri ise saygının temeli olarak adlandırılabilir olan şeye; yani bir bireyin sahip olduğu ya da deneyimlediği bir özellik ya da olguya karşılık gelir. Son ayak ise ilgili özelliğin pozitif terimlerle ele alındığı değerlendirici bir bakış açısıyla ilgilidir. Bundan ötürü saygının genellikle bir kimseye (ya da bir şeye) verilen değerin veya önemin tanınması olduğu ifade edilebilir.

Peki saygı bir duyguya, bir inanca, bir muamele eğilimine yoksa bir tutuma mı karşılık gelmektedir? Stephen L. Darwall saygı ilişkisinin, saygı duyan kişinin bakış açısından, ilgili özelliğe sahip olmanın iyi bir nitelik olduğuna, bu niteliği neden iyi bir şey olarak takdir ettiğine ve kişinin bu niteliğe sahip olması için uygun olanı yapmaya istekli olduğuna işaret ettiği görüşündedir³⁶¹. Dolayısıyla Darwall'ın tanımının, bir tutum olarak saygıyı düşünmeye yönelik yaygın bir eğilimi, kendine veya başkalarına cevap vermek için belirli özelliklerin değerlendirilmesiyle ortaya çıkan bir eğilimi, yansıttığı ifade edilebilir.

Benzer bir görüş Robin S. Dillon tarafından da savunulmaktadır. Dillon, saygının bir davranış olarak ve davranış olarak ortaya konulması zorunlu olmayan bir tutum ya da his şeklinde bir ayrıma tabi tutulabileceğini belirtir. Nitekim hız limitine dair kurallara, bu tür kurallara karşı herhangi bir his, niyet, tutum beslemeksizin riayet edilmesi belirli bir şekilde davranışın ortaya koyulması demektir. Saygı kavramına dair çoğu tartışma, bir tutum olarak saygı temelinde gerçekleştirilmektedir. Saygı tutumu ise en genel olarak, özne ile nesne arasındaki, öznenin nesneye belirli bir açıdan karşılık verdiği bir ilişkidir. Saygı, mutlaka bir nesneye yöneliktir; nesneye doğru yöneltilir, gösterilir, hissedilir. Saygının nesnesi türlü şeyler olabilirken saygının öznesi yani saygı gösteren, saygı duyan her zaman insandır. Her ne kadar hayvanların biz insanları sevdiğinden, bizlerden

³⁶¹ Stephan L. Darwall, "Two Kinds of Respect"; *Ethics*, Vol. 88, No. 1 (Oct., 1977), ss. 36-49, s. 37.

korktuklarından söz edebilirsek de sadece bilinçli, akıllı varlıklar olarak insanlar, insanlara ya da başka şeylere saygı gösterebilirler³⁶².

Saygı, kanunlara uygun davranmak ya da tehlikeli addettiğimiz şeylere karşı önlem almak hususlarında olduğu gibi, çok farklı alanlarda karşımıza çıkabilmektedir. Ancak saygı genellikle nesneye değer verilmesi çerçevesinden değerlendirildiğinden nesnenin bir değerinin veya öneminin olduğu dikkate alınmaktadır. Bu sayede kendi menfaatlerimizden bağımsız olarak ve hatta onlarla çatışsa bile nesnenin değerini göz önünde bulundurmaya devam ederiz; görüşlerini beğenmediğimiz, onaylamadığınız, kabul etmediğiniz kimselere dahi saygı gösterebiliriz. Hiç hoşlanmadığımız hatta neredeyse nefret ettiğimiz kimselere, görüşlerine katılarak, sözlerine uyararak saygı gösterebiliriz. Temelde bir şeye saygı duymak, çoğunlukla onun değerini takdir etmek, onu önemli ve ciddi bir şekilde değerlendirmektir. Bundan dolayı bir şeyi değersiz ya da ilgisiz olarak değerlendirmek, küçümsemek ya da hor görmek yahut aşağılamak, önemsememek ona saygı duymakla bağdaşmaz. Kişileri sadece sağladıkları yarar açısından ele almak da örneğin onların seks nesnesi, araştırma nesnesi ya da para kaynağı olarak düşünmek, onlara yönelik saygısızlık olarak değerlendirilmektedir³⁶³.

Dillon'un genel olarak saygı kavramının şu özelliklerine dikkat çektiği belirtilebilir³⁶⁴: 1. Saygının bir nesnesi vardır. Bir tutum olarak saygı, özne ile nesne arasındaki bir ilişkidir. Bu ilişkide özne, belirli bir bakış açısından, uygun bir biçimde nesneye karşılık vermektedir. 2. Saygı daha çok nesne kaynaklı; nesne tarafından hak edilen, istenen, çıkarılan bir şey olmakla birlikte tamamen nesne odaklı değerlendirilmemelidir. 3. Yansıtıcı bir düşünmeyi ve yargıyı içeren saygı aynı zamanda özne olmanın da bir ifadesidir. 4. Saygıya konu olabilecek nesneler çeşitlidir. Benzer şekilde saygı duyulma, saygı gösterme nedeni olacak çok sayıda gerekçe ve temel de vardır. 5. Bir şeye yani saygı konusu nesneye saygı duyarken o şeyin duygu, düşünce ve davranışlarımıza yönelik meşru bir talebi olduğunu düşünür, bu talebi dikkate alır ve buna uygun olarak davranırız.

³⁶² Dillon, "Respect".

³⁶³ Robin S. Dillon, "Respect: A Philosophical Perspective", **Gruppendynamik und Organisationsberatung**, 38 (2), June 2007, ss. 201-212, s. 203-204.

³⁶⁴ Dillon, "Respect".

Saygı söz konusu olduğunda dikkatin nesnede olması yani nesnenin bakmaya değer bulunması, bir yönüyle nesnenin kendisinden kaynaklanan bir durumu açıklar. Böylece saygının, failin arzusundan ve ilgisinden doğan sevgiden yahut korkudan farklı olduğu ileri sürülebilir. Bir şeye saygı duyduğumuzda, onun çağrısına kulak vermiş, dikkatimizi çekme talebini kabul etmiş oluruz³⁶⁵.

Eşitlik ve Saygı (Equality and Respect) başlıklı makalesinde Harry Frankfurt da saygıyı klasik denebilecek bir biçimde ele alır ve saygıya ilişkin olarak şu görüşleri ileri sürer:

“Saygı daha kişiseldir. Bir insana saygıyla muamele etmek, buradaki anlamıyla, sadece onun karakterine has özelliklerine ya da eldeki konuyla ilgili olan koşullarına dayanarak onunla ilgilenmektir. İnsanlara saygıyla muamele etmek, onlar arasında farklılaştırma yapılmasını gerektiren ilgili hususların dikkate alınması dışında kişilere, özel avantajların ya da dezavantajların verilmesini engeller. Böylelikle tarafsızlığı ve keyfilikten kaçınılmasını gerektirir. ...Birine saygı duymamak, onun doğası ya da onun durumunun bir yönünün önemini göz ardı etmek meselesidir. Saygı eksikliği, kişiyle ilgili bazı önemli unsurların doğru bir şekilde göz önünde bulundurulmaması veya dikkate alınmaması durumlarını kapsar. Başka bir deyişle kişi, aslında olduğu kişi olarak değerlendirilmez. Hayatının önemli özelliklerinin etkileri gözardı edilir yahut reddedilir³⁶⁶.”

Belirtildiği üzere saygının esas olarak nesneyle ilgili olduğu, kişisel arzu veya ilgiye değil, nesnenin doğasına dayandığı kabul edilir. Bunun anlamı, bir şeyi hiçbir sebep yokken sevmemiz mümkün olsa da bir şeye nedensiz yere saygı duyulmayacağıdır. Nesneye saygı göstermek için bir nedenimiz olmalıdır; nesnenin saygıyı hak ettiğine ilişkin bir düşüncemiz olmalıdır. Bazı nesnelere saygı göstermekle, onu başlı başına bir değer olarak ele alıyoruz ve bunu yaparken de kendi beğenimiz dışındaki bir olgudan, harici bir olgudan hareket ediyoruz. Nesneye saygımız, ona bağlı bir olgudan ya da özellikten kaynaklandığı için söz konusu özellik nedeniyle ona saygı gösterdiğimizde bu özelliğe sahip olan diğer nesnelere de saygı göstermemiz gerekir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak da eğer Yüksek

³⁶⁵ Dillon, “Respect and Care: Toward Moral Integration”, s. 108.

³⁶⁶ Harry Frankfurt, “Equality and Respect”, **Social Research**, Vol. 64, No.1, Spring 1997, The Johns Hopkins University Press, ss. 3-15, s. 8-9, 12.

Mahkeme yargıcı olmasından ötürü Ender'e saygı gösteriyorsak Yüksek Mahkeme yargıcı olan Özge'ye de, dürüst bir insan olduğu için Rabia'ya saygı gösteriyorsak, diğer koşulları eşit olması halinde, dürüstlüğü sebebiyle Hakan'a da saygı göstermemiz gerekmektedir. Bu da bize saygının, örneğin sevginin olmadığı bir biçimde, evrenselleşebileceğini göstermektedir. Şöyle ki Damla'nın arkadaşı Ahu'ya olan sevgisi, mantıki olarak Ahu'ya benzeyen diğer herhangi birisini de sevmesini de gerektirmezken aynı şey saygı için dile getirilemez. Öyleyse nesnenin doğasının saygı-değerliliğini belirlediği ve farklı türden dikkati ve tutum ve muameleyi gerektiren nesnelerin olduğu söylenebilir³⁶⁷.

2. Saygıya İlişkin Yapılan Ayrımlar

Günümüzde felsefe alanında saygı kavramı üzerine yapılan çalışmalarda bir takım ayrımlara gidildiği görülmektedir. Saygının nesnesinin saygıya değerliliğini belirleyen şeylerin doğalarının farklı olması ve bu farklılığa verilen cevaplar, birçok felsefeciyi saygının farklı türleri olduğu düşüncesini ileri sürmeye itmiştir. Bu kısımda Joel Feinberg, Stephen D. Hudson, Robin S. Dillon ve Stephen L. Darwall'ın yaptıkları ayrımlara yer verilmiştir.

a. Joel Feinberg

Bütün insanların saygıyı hak ettiği düşüncesini kuramsal olarak ele alıp bu düşüncenin tarihsel gelişimini inceleyen Feinberg, Kant'ın çalışmalarında kullandığı terimleri kullanarak Almancada *achtung* olarak geçen ve İngilizcede *respect*, Türkçede saygı olarak kullanılan kavramın, Latincedeki üç ayrı kavrama karşılık geldiğini savunur. Bunlar *respekt*, *observantia* ve *reverentia* kavramlarıdır. *Respekt*, içerisinde korku unsurunu barındıran, tedirgin ve dikkatli bir tutuma karşılık gelen bir kavramdır. Nesneleri tehlikeli olmakla birlikte onları güçlü kılan öğelere sahiptir. Bir safari rehberinin, safari sırasında turistlerden aslanlara saygı göstermelerini istemelerinin, öğrencilerin sert okul müdürüne, öğretmene saygı duymalarının ardında esasen korku bulunmaktadır ve bu korku, aynı zamanda nesneye saygı duyulmasının kaynağıdır. İkinci kavram *observantia*'dır. *Observantia*, *respekt*'in

³⁶⁷ Dillon, "Respect and Care: Toward Moral Integration", s. 109-110.

ahlâki eşidir. Kişisel refahımızdan bağımsız olarak nesnenin ahlâki açıdan saygıyı hak ettiği düşüncesi ile ilişkilidir. Kavram başlarda sadece aynı zamanda yetkili olanlara, iktidardaki güçlü erkeklere yönelik iken zamanla tehlikeli olmayan ve başka açılardan değerli olan insanları ve devamında meziyetlerine ve yeterliliklerine bakılmaksızın tüm insanları kapsayacak biçimde kavram genişletilmiş ve her kesimden kişiyi, hatta ölmüş olanları da kapsayacak bir biçimde kullanılmıştır. Üçüncü kavram ise Kant'ın *achtung* sözcüğünün karşılığı olarak kullandığı *reverentiadır*. *Reverentia*, sıra dışı veya olağanüstü bir şeyin varlığında sahip olduğumuz saygının özel hissidir. Kant tarafından kullanıldığı halinde saygının amacı, rasyonel olarak gerekli bir ilke olan yasadır. Ahlâk yasasını ve bu yasaı ahlâken değerli eylemleriyle örnekleyen insanlar, diğerlerinden *reverentia* elde ederler³⁶⁸. Öyleyse Feinberg, farklı iktidar şekillerinin farklı saygı türlerinin kaynağı olduğunu düşünmektedir denebilir.

b. Stephen D. Hudson

Saygı konusundaki diğer bir ayrım, Stephen D. Hudson tarafından yapılmıştır. Hudson, saygının dört türü olduğundan bahseder. Bunlardan ilki değerlendirici saygıdır (evaluative respect). Burada saygı, hayranlık ve itibar gösterilen davranış ya da eğilimlere yöneliktir. Çalışma arkadaşımızın karakterine ya da bilgisine duyduğumuz saygı, bu tür bir saygının göstergesidir. İkinci saygı türü engel saygısıdır (obstacle respect). Bu türden bir saygıda söz konusu olan, saygı nesnesine ait olan engeller veya söz konusu engellerin özelliklerinin özneye ilişkisidir. Bu, aynı zamanda, saygı nesnesinin barındırdığı tehlikeyi de içerebilir. Timsahların belgesellerini yapan bir belgesel yapımcısının timsahlara, bir araştırmacının Everest Dağı'na karşı duyduğu saygı yahut karşı takımında yer alan veya birlikte yarıştığınız sporcunun dörtlü salchow atlayışındaki kusursuzluğuna duyduğunuz saygı, bu başlık altında yer alır. Üçüncüsü ise talimat/direktif saygısıdır (directive respect). İstekler, normlar, tavsiyeler, kanunlar, hak iddiaları gibi şeyler talimat olarak değerlendirilebilir. Otomobille giderken hız limitinin

³⁶⁸ Joel Feinberg, "Some Conjectures on the Concept of Respect", **Journal of Social Philosophy**, Vol. 4, 1973, ss. 1-3, s. 1-2.

dikkate alınmasına ya da komşu apartmandakilerin mülkiyet hakkına gösterilen saygı örneklerinde olduğu gibi hukuk normlarına gösterilen saygı, sözleşmenin koşullarına duyulan saygı, çocuğun annesinin tavsiyesine gösterdiği saygı, talimat saygısı kapsamındadır. Dördüncü tür saygı kurumsal saygı (institutional respect) olarak adlandırılan kavramda karşılığını bulmaktadır. Kurumsal saygı, nesnesi toplumsal kurumlar ya da toplumsal pratikler olan saygı türüdür. Yargıç mahkeme salonuna girdiğinde ayağa kalkılması ya da devlet başkanına sayın başkan diye hitap edilmesi, bir ulusun bayrağına saygı gösterilmesi bu tür bir saygıya örnek verilebilir³⁶⁹.

c. Robin S. Dillon

Dillon, Hudson'un dörtlü saygı ayırımına ek olarak, özen/ihtimam saygısı (care respect) olarak adlandırdığı bir başka saygı türüne dikkat çeker. Bireylerin eşsiz ve özel olduklarının altının çizilmesinde etkili olan ve feminist özen etiğinden etkilenen özen saygısı, her bireyin özel bir kişi olduğunun farkındalığı ile herkesin içsel ahlaki değere sahip olduğunu ifade eder³⁷⁰. Kant'ın saygı anlayışındaki sorunun, birey olarak insanın kendisine odaklanmak ve saygı göstermek için insanın soyutluğunu aşmayı sağlayacak kaynaklara sahip olmaması olduğunu ileri süren Dillon, insanları aynı anda hem soyut hem de özel olarak yani saygının neredeyse tüm insanların eşit derecede sahip olduğu söylenen ve bu nedenle onlara saygı duyulması gerektiğini belirten soyutluğuna ve bununla birlikte somut bireye yani "ben"e dikkatimizi yöneltmemiz gerektiğinden bahseder. Özen saygısı birinin "ben" olmasına değil, "hangi ben" olduğuna dikkat çeker. Dolayısıyla söz konusu olan, hem bireydeki kişi hem de kişinin içindeki bireydir³⁷¹. Bütün kadınların çiçek olduğunu ve çiçeklerin suya ihtiyaç duymaları gibi kadınların ciltlerinin de

³⁶⁹ Stephen D. Hudson, "The Nature of Respect", *Social Theory and Practice*, Vol. 6, No. 1 Spring 1980, ss. 69-90, s. 70-74. Eski Fransa Cumhurbaşkanı General Charles de Gaulle'un Alman işgaline karşı direniş çağrısının yıl dönümü (18 Haziran) nedeniyle yapılan bir etkinlikte, kendisine "Ne haber Manu?" diye seslenen bir gencin yanına giden Fransa Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron kendisine o şekilde seslenilemeyeceğini çünkü resmi bir törende olduklarını belirterek "Sayın Cumhurbaşkanı" veya "Efendim" şeklinde hitap edilmesi gerektiğini söylemiştir. Cumhurbaşkanı daha sonra twitter hesabından da 18 Haziran'da özellikle de özgürlük yoldaşlarının önünde saygı gösterilmesinin gerekli olduğunu ileri sürmüştür. (Çevrimiçi) <https://www.connexionfrance.com/French-news/Don-t-call-me-Manu-Macron-corrects-boy-in-crowd>, 04 Temmuz 2018. Bu diyalog bize Fransa Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron'un kurumsal saygıya dikkat çektiğini göstermektedir.

³⁷⁰ Dillon, "Respect: A Philosophical Perspective", s. 204.

³⁷¹ Dillon, "Respect and Care: Toward Moral Integration", s. 118.

kaybettikleri suyu dengelemek için neme ihtiyaç duyduğunu vurgulayan reklamları hatırlayalım. Bu reklamlarda kadınlar, ciltlerini önemsemeye, onunla ilgilenmeye teşvik edilirler. Doğaya duyduğu derin saygı bir tür sevgiye yaklaşan çevreci ise doğanın bakıma ve korunmaya ihtiyacı olduğunu bilir ve ona ilgi gösterir, onu korumaya çalışır. Verilen örnekler üzerinden vurgulanmak istenen, aslında saygı nesnelerinin büyük bir değere sahip oldukları, narin ya da özel bir bakıma ve hassasiyetle yaklaşılmasına gereksinimleri olduğudur³⁷².

d. Stephen L. Darwall

Stephen L. Darwall tarafından ortaya konan ayrım ise ayrı bir önem arz etmektedir. Ayrımcılığın yanlışlığını saygısızlık ile ilişkilendiren görüşleri incelerken değinilmesi gereken bu ayrıma göre iki çeşit saygı vardır: Tanınma saygısı (recognition respect) ve takdir etme saygısı (appraisal respect). Tanınma saygısı birisinin teemmüllerinde bir şeyin bazı özelliklerine yeterli, uygun önemi vermesi ve buna göre hareket etmesi eğilimidir. Hukuk, insanların duyguları, insanların statüleri ve rolleriyle ilişkili olarak toplumsal kurumlar bu tür saygının nesnesi olabilecek şeylere örnek gösterilebilir. Bu tür bir saygı, nesnesinin bazı özelliklerini uygun şekilde değerlendirmeyi ve tanımayı gerektirir. Tanınma saygısının nesnesi insanlardır. Herkese borçlu olunan saygı çeşidi de budur³⁷³.

Tanınma saygısı en genel ifadeyle, bazı durumların ve şekillerin kişinin teemmüllerinde uygun bir tarzda dikkate alınmasına yönelik bir eğilimdir. Fakat insanlar için tanınma saygısına sahip olmak, insan olma durumuna uygun dikkati ve değeri vermektir. Bir insan başkasının duygularına, hukuka, yargılama sürecinde yargıca, doğaya tanınma saygısı duyabilir. Her bir durumda saygı, bir insanın nasıl hareket edeceğine dair düşüncelerine ilişkin durumun uygun olarak tanınmasını içermektedir. İnsanların yapmak istedikleri eylemlerin gerektirdiği sınırlamaların istemeleri durumunun başkalarınca doğru bir biçimde değerlendirilmesi tanınma

³⁷² Dillon, "Respect and Care: Toward Moral Integration", s. 112.

³⁷³ Darwall, "Two Kinds of Respect", s. 38. Engel saygısı, talimat saygısı, kurumsal saygı ve özen saygısı tanınma saygısının çeşitleri olarak ele alınırken Hudson'un değerlendirici saygı olarak adlandırdığı saygı türünün takdir etme saygısına karşılık geldiği ifade edilmektedir. Dillon, "Respect: A Philosophical Perspective", s. 205.

saygısını gerektirmektedir. Öyleyse, Kantçı bir ifadeyle, kendini her türlü keyfi tercihlerinden sınırlamayı isteyen kişinin, tanınma saygısının nesnesi haline geldiği belirtilebilir³⁷⁴. Kişilerin, herhangi bir özelliklerinden veya başkalarıyla olan farklılıklarından ötürü değil, sırf kişi olmalarının farkına varılmasından ötürü onlara duyulan saygı türüdür.

Takdir etme saygısı (değerlendirici saygı) ise tanınma saygısından farklıdır. Takdir etme saygısı, bir insanın ya da onun meziyetlerinin olumlu anlamda değerlendirilmesi, takdir edilmesi eğilimidir³⁷⁵. Kişiler, toplum içindeki rolleri ve statüleri gereği takdir etme saygısının nesnesi olabilirler. Takdir etme, her zaman niteliksel standartlar ışığında yapılmaktadır. Farklı standartların uygulanması söz konusu olabilir. Bu yüzden takdir etme saygısı, bir derecelendirme meselesidir. Nesnenin bu standartlara ne derece uygun olup olmadığının değerlendirilmesine bağlı olarak değişmektedir; bir kişiye bir başkasına kıyasla daha çok veya daha az saygı duyulabilir, bir kişiye diğerine oranla daha fazla saygı gösterebiliriz. Ayrıca kişi hakkındaki olumlu ve olumsuz değerlendirmelerimiz bir arada bulunabilir. Tembel olduğunu düşünmemize karşın kişiye dürüst olması dolayısıyla takdir etme saygısı duyabiliriz yahut bireyi mükemmel bir bilim insanı, mükemmel bir sporcu, mükemmel bir sanatçı olarak görmemize rağmen ahlâki açıdan değerlendirdiğimizde onun simge biri olmaktan uzak olduğunu düşünebiliriz³⁷⁶.

Birine insan olarak takdir etme saygısı göstermek, tanınma saygısı göstermekten biraz farklıdır. Zira takdir etme saygısında olumlu bir değerlendirme olması gerekmektedir; olumlu anlamda edinilmiş bir takım özelliklerin takdiri söz konusudur. Ancak burada takdir eden kişinin hangi değerlere öncelik verdiğinin önemli olduğu hususu dikkatlerden kaçırılmamalıdır³⁷⁷. Saygının bu türü, bir kimseye özel nitelikleri, kişiliği ya da başarıları nedeniyle beğeni, hürmet göstermekle ilgilidir. Kişinin belirli bir özelliği olumlu yorumlanmaktadır. Kısaca insanların sahip oldukları meziyetlere saygı duyulmasının karşılığıdır. “Öğretmenler öğrencilerine saygı duymalıdır”, “Fatoş komşularına saygı duymaz”, “Birsel

³⁷⁴ Darwall, “Two Kinds of Respect”, s. 45.

³⁷⁵ Darwall, “Two Kinds of Respect”, s. 38.

³⁷⁶ Darwall, “Two Kinds of Respect”, s. 38-46.

³⁷⁷ Darwall, “Two Kinds of Respect”, s. 46.

oyuncularına saygılı davranır” ifadelerinde tanınma saygısından; “Pete Sampras çok saygın bir tensi oyuncusudur” yahut “Nuri Bilge Ceylan uluslararası saygınlığa sahip bir yönetmendir” ifadeleri takdir etme saygısına karşılık gelmektedir.

B. İnsana Saygı

Modern felsefi ve hukuki tartışmalarda ahlâki saygının tipik örneklerini insana saygı oluşturmaktadır. Eğer bir şey ahlâki değere ya da onura sahipse ve saygıyı gerektiriyorsa mevzubahis olanın bir insan olduğu belirtilmektedir. Her ne kadar bazı teorisyenler, doğanın yani tüm canlıların ve bütün bir ekosistemin ahlâki ilgiden ve saygıdan pay almaları gerektiğini iddia etmişlerse de saygı konusundaki felsefi tartışmaların odağında insanın yer aldığı görülmektedir.

Kişilere meslekleri, resmi görevleri ya da bir grubun üyeleri oldukları için saygı gösterilmesi ile kişi oldukları için saygı gösterilmesi birbirinden ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir. Bir kişinin dürüst bir insan olmadığını ve bu nedenle saygıyı hak etmediğine inanmamıza karşılık onun bir müzisyen olarak, örneğin bir baterist olarak olağanüstü yetenekli ve yaratıcı bir kişi olduğunu ve bu özelliği nedeniyle de saygıya değer olduğunu düşünebiliriz. Yahut kişi hem birey olarak hem de temsil ettiği kurumdaki görevi yerine getiriş şekli bakımından yetersiz ve ahlâken yozlaşmış olarak kabul ediliyor olsa da temsil ettiği kurumdaki görevi nedeniyle (yargıç, imam, öğretmen, devlet başkanı vb.) kendisine saygı gösterilebilir³⁷⁸.

İnsana saygı kavramı, genellikle toplumsal statü, bireysel özellikler, başarılar ya da ahlâki değerlerden bağımsız olarak, tüm insanlara ahlâki olarak borçlu olunan saygı türüne karşılık gelir. Buradaki fikir, insanların özel, ayırt edici bir statüye sahip olduklarıdır. Bundan ötürü de onları belirli dokunulmaz sınırlarla

³⁷⁸ Öyleyse kişinin, saygının farklı türlerinin nesnesi olabileceği söylenebilir. Ahlaki özellikleri, meziyetleri nedeniyle bir kişiye *değerlendirici saygı* duyulabilirken belirli bir konumda bulunması, bir kurumun bir temsilcisi olması hasebiyle kurumsal saygının ya da sahip olduğu zarar verebilme gücünün etkisiyle de *engel saygısı*ın konusu olabilir. Ancak şurası da açıktır ki her insan, her türlü saygıyla ilişkilendirilemez. Bazı kişiler saygı türlerinin bir çoğunu kendinde toplarken bazıları ise çok azını kendinde toplayabilir. Fakat kişisel meziyetlerden, içinde bulunulan rollerden, sahip olunan güçten bağımsız olarak tüm insanların sahip olduğu bir tür saygı vardır ki bu saygı, kişinin insan olmasıyla bağlantılı olan Darwall’ın *tanınma saygısı* olarak ifade ettiği saygıya karşılık gelir. Dillon, “Respect and Care: Toward Moral Integration”, s. 112.

çerçevenilmiş şekillerde ele almak ve bu yönde muamele etmek için özel, koşulsuz yükümlülüklerimiz vardır. Yine de şu da açıktır ki herkes ahlâki açıdan iyi davranmadığından yahut ahlâki açıdan eşit derecede iyi bir karaktere sahip olmadığından herkese *takdir etme saygısı* gösterilmez, *takdir etme saygısı* için her bir kişinin durumu ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulur. Dolayısıyla tüm insanlara borçlu olunan saygı türünün *tanınma saygısı* ya da *reverential* saygı olduğu ileri sürülmektedir³⁷⁹.

Kişilere *tanınma saygısı* göstermek, onların içsel ahlaki bir değere sahip olduklarını ve onlara yönelik muamelelerimizde belirli kısıtlamalarla karşı karşıya olduğumuz gerçeğini kabul etmeyi ve bu kabule uygun şekilde eylemekle yükümlü olduğumuzu görmeyi gerektirir. *Tanınma saygısı*, insanların ahlaki açıdan önemli özellikler olarak adlandırılan şeylere yani bir kişiyi o kişi yapan, onu ahlaki açıdan da ilgilendiren özelliklere dayanır. Kişiye böylesi bir saygının gösterilmesi ise sırf insan olması dolayısıyla onun dikkate alındığının, düşünüldüğünün ve anlamaya çalışıldığının göstergesidir. İnsanlara sırf insan olmaları hasebiyle nasıl muamele edilmesi gerektiği hususunun ahlak teorilerinin önemli konuları arasında yer aldığı aşîkardır. Bu noktada da saygı kavramı ile ilgili olarak karşımıza, insanları araç olarak değil, amaç olarak görmemiz gerektiğini ifade eden ve insana saygı konusunda yapılan çağdaş tartışmaların odağında yer alan, aydınlanmanın gözde ismi Kant çıkmaktadır.

1. Immanuel Kant'ta İnsana Saygı

İnsanlara saygı gösterilmesine ilişkin çalışmalarda aydınlanmanın önemli ismi Kant başat rol oynamaktadır. Kendinden önceki düşünürler saygıyı genellikle toplumsal statü yahut bireysel meziyetler ile ilişkilendirirken Kant, saygının statü veya meziyetlerden bağımsız olduğunu ifade etmiştir. Onun ahlâk teorisi, tüm insanların, sırf insan olmalarından ötürü, yani özgür rasyonel varlıklar olmaları

³⁷⁹ Dillon, “respect”. Bu saygı, birinin insan olduğu gerçeğinden bağımsız bir biçimde ele alınamaz. *Takdir etme saygısı*nda kişinin belirli bir özelliği, bir meziyeti olduğuna dair bir inanç vardır. İnsan olarak karakterlerinde bir kusur olduğunu düşünsek dahi mesleki yetkinlikleri, başarıları onları takdir etmemizin önünde bir set oluşturmaz. Halbuki *tanınma saygısı* kişinin sahip olduğu niteliklerinden bağımsız olarak onun sadece insan olması sebebiyle saygıya değer olduğunun ifadesidir.

sebebiyle, saygıya değer oldukları ekseninde şekillenmiştir. Michael J. Sandel bu durumu şu şekilde açıklamıştır:

“Kant, her insanın saygıyı hak ettiğini ifade eder. Kendi kendimizin sahibi olduğumuz için değil, rasyonel varlıklar olduğumuz, akıl sahibi olduğumuz, aynı zamanda özerk (otonom) varlıklar olduğumuz, özgürce seçebildiğimiz ve eyleyebildiğimiz için saygıyı hak ederiz. Kant, her zaman rasyonel olarak eylemde bulunduğumuz ya da özerk olarak tercih etmede başarılı olduğumuzu ima etmez. Bazen bunu yapabiliriz bazen de yapamayız. O, sadece akıl ve özgürlük için kapasitemiz olduğunu ve bu kapasitenin insana mahsus olduğunu ifade eder. Akıl kapasitemiz, özgürlük kapasitemiz ile ilişkilidir. İkisi birlikte belirleyicidir ve bizi hayvanlardan ayırır. Bu iki kapasiteyi bizi arzularına dayanan yaratıklar olmaktan öteye taşır.”³⁸⁰

Bu iddianın temelleri de akıl sahibi olan bütün varlıkların istemelerini belirleyecek nitelikteki tek yasa olan ve “*Öyle eyle ki, senin istemenin maksimi, hep aynı zamanda genel bir yasamanın ilkesi olarak da geçerli olabilsin*” cümlesinde dile getirilen ahlak yasasında kendine yer bulmuştur³⁸¹. Bu yasanın, Kant’ın “*pratik buyruğu*” ndaki görünümü şu şekildedir:

“... insan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu veya bu isteme için rastgele kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır; ve gerek kendine gerekse başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinde hep aynı zamanda amaç olarak görülmelidir.”³⁸²

Bundan ise istemenin bütün yasalarını çıkarabilecek en yüksek pratik

³⁸⁰ Michael J. Sandel, **Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?**, 2. Baskı, Ankara, BigBang Yayınları, 2013, s. 132-133.

³⁸¹ Immanuel Kant, **Pratik Akılın Eleştirisi**, Çev. İoanna Kuçuradi, 5. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2014, s. 35.

³⁸² Immanuel Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. İoanna Kuçuradi, 6. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2015, s. 45. Kant, şeyler ve kişiler arasında bu “amaç olma” durumunu göz önünde bulundurarak şöyle bir ayrım yapar: “... Varoluşları bizim istetmemize değil de, doğaya dayanan varlıkların, akıl sahibi varlıklar olunca, yine de araç olarak ancak görece bir değeri vardır, bu yüzden onlara şeyler denir; oysa akıl sahibi varlıklara kişiler denir, çünkü onların doğal yapısı bile, onların kendilerini amaçlar olarak, yani sırf araçlar olarak kullanılamayacak şeyler olarak gösterir, böylece de hertürlü kişisel tercihi sınırlar (ve bir saygı konusudur). Bunlar, eylemimizin etkisi olarak varoluşları bizim için değeri olan sırf öznel amaçlar değildir; nesnel amaçlardır, yani kendi başına varoluşlarının kendisinin amaç olduğu şeylerdir –öyle bir amaç ki, yerine, sırf araç olarak hizmetinde olacakları başkası konamaz; çünkü onsuz mutlak değeri olan hiçbir şey, ne olursa olsun, bulunamaz.” Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 45-46.

buyruk ortaya çıkar:

“her defasında insanlığa, kendi kişinde olduğu kadar başka herkesin kişisinde de, sırf araç olarak değil, aynı zamanda amaç olarak davranacak biçimde eylemde bulun.³⁸³”

Bir şeye yalnızca bir araç olarak muamele etmek, onu, amaca ulaşmak için araç olarak yarar sağladığı müddetçe değerli kabul etmektir. Hâlbuki insanların bir amaç olduğunu söylemek; kimsenin arzularına, isteklerine bağlı olmadıklarını, araçsal bir değerlerinin olmadığını, başkalarına bağlı olmadıklarını ve kullanışlılıklarından bağımsız, koşulsuz, mutlak ve kıyaslanamaz olduklarını kabul etmek anlamına gelir. Kant’ın değer teorisinde onur, ayırt edici bir değerdir. Ayırt edici bir değer olarak onur, aynı zamanda yüce ve nesnel bir değere karşılık gelmektedir³⁸⁴.

Bu noktada rasyonel ve onurlu bir varlık olarak insanın, bir araç olarak değil, daima bir amaç olarak görülmesinin ve buna göre eylemde bulunmanın sonucu olarak, insandan iş alanında yararlanılamayacağı şeklinde bir yoruma ulaşılmamalıdır. İş alanında insandan faydalanılması her zaman ve her yerde olan bir şeydir; her işte insanlardan yararlanır. İnsanların yeteneklerinden, hizmetlerinden ve işçiliklerinden faydalanmak olağan karşılanmalıdır. Yasaklanan, kişilerin değerlerini yok saymak, onlara sanki değerleri yokmuş gibi, birer araçlarmışçasına muamele etmektir. Her insanın insanlığın taşıyıcısı olarak, kutsal bir varlık olduğu, bundan dolayı da her zaman nihai bir amaç, kendi başına bir amaç olarak görülmesi gerektiğidir dile getirilmek istenen³⁸⁵.

Düşünür için saygı, öznesi insan olan ahlak yasasına karşı duyulan bir duygudur. Bundan dolayı da yalnızca kişilere yönelir, şeylere yönelmez:

“Şeyler bizde eğilim uyandırabilirler, hayvanlar (örn. atlar, köpekler vb.) sevgi bile uyandırabilir, ya da sözgelişi deniz, bir yanardağ, yırtıcı bir hayvan korku da

³⁸³ Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 46.

³⁸⁴ Dillon, “Respect: A Philosophical Perspective”, s. 207.

³⁸⁵ Heinz Heimsoeth, **Kant’ın Felsefesi**, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 5. Baskı, 2012, s. 124.

uyandırabilir, ama hiçbir zaman saygı uyandırmazlar...³⁸⁶. “Bir kişiye duyulan bütün saygı, aslında, bize örneğini verdiği yasaya (dürüstlük yasası .vb.) saygıdır.”³⁸⁷.

İşte saygı (diğer bir deyişle, ahlâki tanınma saygısı), kişilerin kendileri için bir amaç olarak kabul edilmesidir. Bu tür varlıklara saygı sadece ahlâki ve koşulsuz olarak gereklidir. Ne de olsa insanların statüsü ve değeri her zaman saygı görecekları şekilde olmalıdır³⁸⁸. Bu ilke, insanlara saygı duyma ahlâki yükümlülüğümüze gönderme yapmaktadır. Çünkü düşünsel bir nedenin uyandırdığı bir duygu olan, *a priori* bilinen ve zorunluluğunu doğrudan kavrayabildiğimiz tek duygu olan ahlak yasasına saygı en büyük saygının konusudur³⁸⁹. Ancak Kant, saygının bir duygu olduğuna ilişkin yaptığı bu saptama sebebiyle kendisine karşı çıkılabileceğinin farkındadır ve böylesi bir itiraza yönelik cevabı hazırdır:

“Bana saygı sözcüğünü kullanmakla, aklın bir kavramıyla soruya açıklık getirecek yerde, karanlık bir duygu arkasına sığındığım söylenerek, karşı çıkılabilir. Ne var ki, saygı bir duygu olsa bile, etkilenmekle (edilgin olarak) duyulan bir duygu değil, aklın bir kavramı aracılığıyla kendi kendine yaşanan, bundan dolayı da eğilimin ya da korkunun yarattığı ilk türden bütün duygulardan türce ayrılan bir duygudur. Kendim için bir yasa olarak tanıdığımı, saygıyla tanıyorum. Bu da, duyularıma başka herhangi bir etkileme aracılığı olmadan, istemenin bir yasa altında bulunduğ u bilincinden başka bir şey demek değildir. İstemenin yasa tarafından belirlenmesinin ve bunun bilincinin adı saygıdır; öyle ki bu saygı, yasanın özneye etkisi olarak görülür, nedeni olarak değil. Aslında saygı, ben sevgimi yıkan bir değerin tasarımıdır; dolayısıyla ne eğilim ne de korku nesnesi sayılabilecek bir şeydir, her ne kadar bunların her ikisi de denk düşen bir şey taşıyorsa da. Saygının nesnesi yalnız ve yalnız yasadır, hem de kendi kendimize, üstelik kendi başına zorunlu imişcesine kabul ettirdiğimiz yasa...³⁹⁰”

Kant’a göre ahlak yasasını istememizin *maksimi* olarak meydan getiren, içimizden bize harekete geçiren şey ise ahlak duygusudur. Saygı duyma, özel olmanın yanı sıra yüksek bir duygudur. Temeli *a priori* olarak, bizim kendimiz ve kendi insanlığımız hakkındaki bilgide bulunur. Ancak bu duygunun kaynağı dışarıda

³⁸⁶ Kant, **Pratik Aklın Eleştirisi**, s. 84-85.

³⁸⁷ Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 17, dipnot.

³⁸⁸ Dillon, “Respect”.

³⁸⁹ Kant, **Pratik Aklın Eleştirisi**, s. 81-82.

³⁹⁰ Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 16-17, 2 no.lu dipnot.

değildir; kaynak içeride, akıldadır. Saygı, birinci derecede, ahlak yasasından doğan bir duygudur. İşte insan eylemlerini ahlaklı yapan şey de, bu eylemlerin ödeve saygıdan kaynaklanmalarıdır. İnsanın her iyi eyleminin ardında, onun kendi içimdeki ahlak yasasına karşı duyduğu saygı yer almaktadır. Her insan, bir eylem yaparken, bir şey yapmaya karar verirken ahlak yasasının bir süjesi olduğundan ahlak yasası, onun için saygı duyulacak bir yasa olarak ortaya çıkmaktadır. Her insanın kendi içinde sahip olduğu ahlak yasası, her iyi eylemde, eylemi yapanın ve öteki insanların göz önünde bulundurulmalarını zorunlu kılar³⁹¹. Dolayısıyla Kant'ın saygının kaynağı olarak ahlak yasasına işaret ettiği görülmektedir. Ahlak yasasının öznesi ise insan olduğundan saygı, insana saygı olarak tezahür eder yani sadece kişilerle ilgilidir, şeylerle değil.

Kısacası, insanların hem kendilerine hem de başkalarına yönelik görevleri olduğunu belirten Kant, insanların kendilerine yönelik görevleri kısmında insanın kendisinin sahip olduğu saygıdan söz eder. Burada ele alınan esas düşünce, her bir insan tekinin aynı değere sahip olması ve ahlaki olarak pratik aklın konusu olan insanın değerinin herhangi bir fiyatla ölçülemeyeceğidir. Ayrıca bir kişi olarak, sadece başkaları için değil; kendisi için bile bir araç değil, bir amaçtır ve ona bu doğrultuda davranılmalıdır. Kendisi amaç olan insan, diğer tüm rasyonel varlıkların ona saygı duymasını gerektiren bir onura sahiptir³⁹².

İnsan olma onuru, bütün eylemlerimizde, her insanın kişiliğinde daima dikkate alınmalıdır. Şeyler araç olarak görülüp kullanılmalarına karşılık kişiler, bazı durumlarda onları küçük görmek için sebeplerimiz olsa dahi, her zaman için en yüksek saygının objesi olmalıdırlar. İnsanlara karşı saygı duymak ödevi, gerek kendimi gerekse başkalarını amaçlarım için araç olarak kullanmamın önünde engel teşkil eder. Zira her kişi ne olursa olsun kendi başına bir değerdir. Eylemlerimiz yönetmesi gereken şey ise kendi akıl varlığımızda bulduğumuz ahlak yasasına ve

³⁹¹ Heimsoeth, **Kant'ın Felsefesi**, s. 125-126.

³⁹² Akıl sahibi varlıklar olarak kendisi için amaç olan insanlar, belirtilen bu nitelikleri sebebiyle de onura sahiptirler. Kant için ne onur ne de tanınma saygısı kişinin davranışları azaltılıp kaybedilmezler. İnsanlar tanınma saygısına tıpkı onur gibi akıllı varlıklar olduklarından sahiptirler ve davranışlarıyla da bunu yok edemezler. Toplumsal statüleri, başarıları ya da başarısızlıkları kişilerin onura sahip oldukları gerçeğini değiştiremeyeceği gibi onlara saygı duyulması gerektiği gerçeğini de değiştiremez. Dillon, "Respect".

insan olmaya duyulan saygı olmalıdır³⁹³.

Her ne kadar buraya kadarki kısımda saygının çeşitli anlamları olduğuna ve bu anlamların farklı saygı türlerine karşılık geldiğine yer verilmişse de insanların başkalarına saygı duyabilmek için genellikle sahip olunan yetenekleri veya başarıları değerlendirme konusu yaptıkları açıktır. Lakin açıklandığı üzere Kant için saygının anlamı, insanın onurlu bir varlık olmasıyla yakından ilgilidir; kişinin yetenekleri, toplumsal konumu, başarıları saygınlık ölçütü olarak dikkate alınacak bir husus değildir. Mühim olan, insanın onurlu bir varlık olduğunun ve bundan ötürü de herkes tarafından ona saygı duyulması gerektiğinin farkında olmaktır. Bu noktadan hareket edildiğinde bütün insanlara saygı gösterilmeli mi sorusuna ve eğer bu soruya verilen yanıt evet ise neden bütün bütün insanlara saygı gösterilmeli sorusuna ulaşılabilir. İlk sorunun cevabının aslında ikincinin cevabını da içerdiği söylenebilir. Şöyle ki Kant'a göre insana, onurlu ve bir varlık olması nedeniyle saygı duyulmalıdır. Çünkü insanlar, rasyonellikleri dolayısıyla ahlak yasalarına uygun bir biçimde yaşamaktadırlar.

Anlaşılmaktadır ki Kantçı görüşte insanlar, rasyonel akıllı varlıklar olarak değerlendirilirler. İnsanlar, sahip oldukları akıl ile yasalar koyabilmekte ve bu yasalar aracılığıyla da bir yandan kendi kendilerini sınırlamakta bir yandan da kendilerini yönetmektedir. Bunun yanında insanın özgür ve otonom (özerk) olduğu da ifade edilmektedir. Fakat insanın, özgürlüğüne ancak kendi koyduğu yasalara uyması halinde sahip olabileceği hususuna da dikkat edilmelidir.

2. Öz saygı

Öz saygı (self-respect), kişinin kendine yönelik duygusunu ifade eden veya oluşturan inanç, tutum, arzu, eğilim, beklenti, eylem ve duygu içeren çok yönlü bir kavramdır. İnsanların kendileriyle ilişkilerinin ön planda olduğu bir ilişki türü olarak öz saygı, kişinin kendisinin değerini tanımasının ve anlamasının yanı sıra onun bu

³⁹³ Heimsoeth, **Kant'ın Felsefesi**, s. 126-127. Kant'ın düşünce sisteminde saygı, sevgiden, sempatiden farklıdır. Bazı duyguların örn. aşk, dayanışma, bizimle diğerleri arasında farklı köprüler kurmaya yardımcı oldukları doğrudur. Saygı ise hepimizin içinde olan rasyonel kapasite ve insanlık ile ilgilidir. Bu sebeple sadece diğer kişilerle ilgili değil, kendimle ilgili olaylarda da bu ahlak yasasına uygun davranmam gereklidir.

değeri muhafaza etmeye yönelik isteğini ve eğilimini içerir. Dolayısıyla kişinin kendisiyle kurduğu bu ilişkinin kendi kimliği üzerinde oldukça etkili ve günlük yaşamda oldukça önemli olduğu ifade edilebilir³⁹⁴.

Ahlaki açıdan gerekli olmasının yanı sıra gelişen, anlama sahip, tatmin eden nitelikli bir yaşam için önemli olan öz saygı kavramı, saygı kavramında olduğu gibi, tanınma ve takdir etme olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Tanınma saygısı bağlamında ele alındığında öz saygı, insan olmaya, aynı zamanda onura ve ahlaki bir statüye sahip olmaya karşılık gelir ve bu doğrultuda kişinin, kendisini anlayarak yaşamasını gerektirir. Öz saygı, üç farklı anlamda kullanılabilir. Tanınma öz saygısında ilişkin çağdaş tartışmaların çoğunda takip edilen Kant'ın izinden giderek oluşturulan bu saygı türlerinden ilki, eşitlik ve insanın onuruyla bağlantılıdır. Onurlu bir varlık olarak insanın kendisine öz saygı duyması olağandır. İkincisi, kendini bir eyleyen, fail olarak değerlendirmek, otonom biçimde eylemek ve uygun bir şekilde değer verme yetisi ve sorumluluğuna sahip bir varlık olarak tanımlamakla ilgilidir. Kişi, kendini eyleyen olarak gördüğünden sorumluluklarının farkında olarak ve insan onuruna uygun bir biçimde yaşar. Sonuncusu ise özerk bir biçimde kendini tanımanın önemine dikkat çeker; bireysel kimlikle ilgilidir. Kişi, kendine özgü bir birey olarak kendisi için değerli olarak belirlediği yaşantıyı yaşamak konusunda özgürce hareket edebildiği müddetçe kendisine saygı duyabilecektir³⁹⁵.

Öz saygı, tanınma saygısı ekseninde ele alındığında herkesin öncelikli olarak sahip olduğu yahut sahip olmaya haklarının olduğu bir bakış açısına karşılık gelir. Kişi, kişi olmanın ne demek olduğunun farkına vararak buna uygun bir şekilde mütalaada ve eylemde bulunur. Yalnız, kişi sadece bir kişi olduğunu kabul etmekle kalmaz, aynı zamanda bu durumunun belirli kısıtlamaları, belirli şekilde muamele etmeyi ve belirli şekilde muamele görmeyi gerektirdiğini de kavrar. İnsan olmak, kişinin kendisine saygı göstermesinin de temel sebebidir. Kişinin kendisine saygı duyması, kendisinin biricikliğini ve özerkliğini (/otonomisini) kabul etmesi anlamını taşır. Çünkü ahlaki bir varlık olan insanlar, özel bir değere sahiptirler ve bu özel değer temelinde diğerleri ile ahlaki açıdan eşit konumda olan özerk, rasyonel

³⁹⁴ Dillon, "Respect".

³⁹⁵ Dillon, "Respect".

faillerdir.

Takdir etme öz saygısı ise sadece insan olmakla içi doldurulabilen bir kavram değildir; kişinin kendi ahlaki karakteri bağlamında kendisine yönelttiği bakışı da içerir. Bu ahlaki bakış, içsel değeri olan bir ilişkidir. Bu sebeple başkalarına yönelttiğimiz takdir etme öz saygısı onlar üzerinde hiçbir etkiye sahip olmasa bile, bu husus değerlendirmemizi onlara iletmediğimizden ya da bu değerlendirmemizin onlar tarafından dikkate alınmamasından gerçekleşebilir. Kendi öz değerlendirmemiz bizim için büyük önem arz etmektedir; öz değerlendirmemiz kendi kimliğimizi ve hayatımızın yapısını güçlü bir biçimde etkileyebilir. Kişinin kendisine tahammül edememesi, kendisine göstermesi gereken saygıyı göstermemesi yaşam kalitesini etkileyebilir ve hatta yaşamaya dair duyduğu arzuyu azaltabilir³⁹⁶. Kişiler eylemlerini, tutumlarını belirli değerlilik standartlarına uydurup takdir etme öz saygısı elde ettiklerinden, herkes takdir etme öz saygısı elde etmez. Bununla birlikte bazı kişilerin, yersiz bir şekilde takdir etme öz saygısına sahip olmaları, bazılarının ise kendilerini yersiz bir şekilde bu saygıdan yoksun bırakmaları da mümkündür.

Kant'ın diliyle ifade edilecek olursa, öz saygı kavramı vasıtasıyla insanların kendilerine araç olarak davranmaları, örneğin küçük düşürülmelerini, aşağılanmaları yahut kendilerini köleleştirilmeleri engellenmiş olur. Zira saygının öznesi kişinin içindeki insanlık olduğundan kişi, bu tür eylemlerden korunmalıdır. İnsan, onura sahip olduğunun farkında olmalı ve rasyonel bir varlık olarak kendisi de kendine saygı duymalıdır. Nitekim insanın kendisine saygı duyması, Kant için insanın kendisine karşı görevidir ve bu göreve uygun olarak eylemde bulunulması gerekmektedir. Ayrıca insan, ahlaki yasanın öznesi olduğundan ve ahlak yasası da insana araç olarak değil, amaç olarak eylemde bulunmayı buyurduğundan insana saygı duymalı ve ona bu doğrultuda muamele edilmelidir³⁹⁷.

³⁹⁶ Dillon, "Respect".

³⁹⁷ Kant'ta insanın kendisine karşı görevleri için bkz. Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals**, Çev. Mary Gregor, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney, 1991, s. 213-231.

IV. AYRIMCILIĞIN YANLIŞLIĞINI SAYGISIZLIĞA DAYANDIRAN GÖRÜŞLER

Saygısızlığa dayanan görüşler, ayrımcılığın ahlaken yanlışlığını açıklamada öne çıkan ve önemli kabul edilen görüşlerdendir. Bu görüş, ayrımcılığın yanlışlığını ayrımcılığa uğrayan kişiye karşı saygısızlık yapıldığı, ilgili eylemin saygısız olduğu ekseninde değerlendirir. Saygısızlık temelli görüşlerde ayrımcılığın, yarattığı zararlardan ve faydalardan bağımsız olarak kötü olduğu savunulmaktadır.

Ayrımcılık ile saygısızlık arasında bir bağın olduğu savunusu yeni oluşturulmuş bir görüş değildir. Bu başlık altında ele alınacak olan görüşlerden ilki saygısızlığı diğer insanlara yönelik düşmanlık, aşağılama ya da onların daha düşük bir değere sahip oldukları görüşü ile ele alırken ikincisi kişinin birey oluşunun göz ardı edilmesi olarak değerlendirir. Üçüncü görüş ise saygısızlığın nesnel konvansiyonel anlamının veya eylemin ifade edici anlamının önemi üzerinde durur ve ayrımcılık failinin zihinsel durumunu dikkate almaktan kaçınır. Belirtilen görüşler yani ayrımcılığın ahlaken yanlış olmasını ahlaken problemliliğe veya yanlış inançlara dayandıran görüşler ile ayrımcı eylemin ahlaken itiraz edilebilir nesnel anlamına dayandıran görüşler tartışmaların odağında yer almaktadırlar.

A. Ahlaki Değerin Yanlış Takdirine Dayalı Saygısızlık Görüşü

1. Görüşün Temel Tezleri

Ayrımcılığı yanlış yapan şeyin ne olduğu sorusunu, 1992 tarihli makalesinin başlığında kullanan Larry Alexander, bu çalışması aracılığıyla uzunca bir süre ayrımcılık etiği alanında başat bir rol oynamıştır. Söz konusu çalışmasında Alexander, ayrımcılığın “bir şey değil, pek çok şey” olduğunu açıklar ve bazı durumlarda ayrımcılık yapmanın yanlış olmadığını; ayrımcılığın haksız olarak kabul edildiği takdirdeyse ayrımcılığın ahlaken neden yanlış olduğunu belirten iki kaynak

olduğunu düşünür³⁹⁸. Ayrımcılık istatistiki ayrımcılık örneğinde görüldüğü üzere, çoğu ayrımcılık örneklerinde olası sonuçsalıcı sebeplerden ötürü yanlıştır ama bazı örneklerde ayrımcılığın kişinin ahlaki değerinin yanlış takdir edilmesi sebebiyle de yanlış olduğu anlaşılmaktadır³⁹⁹.

Bu görüş, en genel anlamıyla, ayrımcılığın yanlışlığını, ayrımcılıktan olumsuz bir şekilde etkilenen kişiye yönelik gerçekleştirilen saygısız tutum çerçevesinde ele alır. Bu olumsuz tutumun ardında failin, mağdurun ahlaki statüsünün düşük olduğuna yönelik inancı yer almaktadır. Dolayısıyla sorunun kaynağı, hizmetlerin ya da belirli faydaların vb. şeylerin dağıtımını motive eden inançlardır⁴⁰⁰.

Alexander, makalesinde kişinin ahlaki değerinin kısmen veya tamamen hatalı bir biçimde değerlendirildiğini ve bu değerlendirmeye dayalı olarak gerçekleştirilen eylemin yanlış olduğunu savunmaktadır. Ancak aradan geçen yıllar içinde görüşlerinin değiştiğini ifade ederek zihinsel durumlar ile ahlaki izin verilebilirlik arasında kurduğu bağı artık benimsemediğini açıklamış ve ayrımcılığın yanlışlığını zihinsel temeller ekseninde ele alan tüm görüşlerin başarısızlığa mahkum olduğunu ileri sürmüştür. Bir dönem, bazı çekinceleri olmasına rağmen, ayrımcılığın yanlışlığını sonucu temelinde açıklayan görüşlerle mutabık olduğunu dile getirmesine rağmen günün sonunda hiçbir görüşü tatmin edici bulmadığını belirtmiştir⁴⁰¹. Alexander'ın geçmişte kendisinin de savunduğu görüş başta olmak

³⁹⁸ Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?", s. 153-155.

³⁹⁹ Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?", s. 159.

⁴⁰⁰ Felsefe Terimleri Sözlüğü'nde inanç şu şekilde açıklanmıştır: " Bir şeyi güvenle doğru sayma tutumu. Bu anlamda: 1- Yeterince gerekçesi bulunmayan, kesin olmayan bir şeyi doğru sayma; us yoluyla genel geçer bir doğrulama yapmadan, başkasının tanıklığı üzerine kurulmuş kanıtları, bir kuşku duymaksızın onaylama. 2- Öznel olarak yeterli olan, ama nesnel olarak yeterli olmayan gerekçelerden ötürü bir şeyi doğru sayma. // Bu: a. usa uygun, b. duygulara uygun, c. istemeye uygun bir kanı ve onaylama olabilir. 3- Bütün yapıp etmelerimizin temelinde bulunan yaşamadan gelen zorunlulukla dış dünyanın (nesnelerin, başka benlerin, Tanrının) var olduğunu kabul etme; bilimsel, ahlaksal, estetik ve fizikötesi açıklamalarda, önermelerin doğruluğunu onaylama. 4- (Hume'da) Alışkanlık kavramı ile bağlılık içinde temel kavramlardan biri: Bir algı ya da anıya bağlı duygu: Hume'a göre var olma, algılanmış olma ile aynı şey olduğundan var olma algılanmadan edinilen bir inançtır. 5- Kişisel düşünemeye dayanmayan, ortaklaşa düşüncenin yansıması olan onyalama ve inanış. (Sanı olarak inanç.) 6- Yabancı bir yetkenin etkisiyle bir şeyi doğru sayma; bu anlamda inanç, inanılan, özellikle dinsel alanda doğru sayılan şeydir." Akarsu, "inanç", **Felsefe Sözlüğü**, s. 104.

⁴⁰¹ Larry Alexander, "Book Review of Hellman, Deborah, and Moreau, Sophia, Eds. Philosophical Foundations of Discrimination Law", **Ethics** 125, No.3, April 2015, ss. 873-879, s. 873; Larry

üzere diğer görüşlere de yaptığı eleştirilere alt başlıkta yer verileceğinden ilk olarak 1982 tarihli makalesinde savunduğu görüşler incelenecektir.

Bu görüşte fail, mağdurun ahlaki değerini kısmen ya da tamamen hatalı bir biçimde değerlendirmekte ve bu değerlendirmesine uygun bir biçimde eylemini gerçekleştirmektedir. Failin hatalı muamelesinin ardında mağdurun ahlaki değerine dair yanlış değerlendirmesi yer almaktadır. Bir örnek üzerinden bu görüşü açıklamaya başlayalım⁴⁰². İşveren (İ)'nin herhangi bir pozisyon için işyerinde çalışacak olanların; işçi, müdür ve ara kademelerde çalışacak herhangi bir kimse olabilir, mutlaka ama mutlaka sünni Müslüman, erkek ve beyaz olması gerektiği şeklinde bir değerlendirmede bulunduğunu düşünelim. (İ)'nin talebinin arka planında ise (İ)'nin sünni Müslüman beyaz bir erkek olmanın üstün bir özellik olduğuna inanması ve kadınların ve Alevilerin, Hristiyanların, Yahudilerin, Budistlerin vb. nin ahlaki açıdan daha aşağı olduklarına ilişkin sahip olduğu önyargısı (bias) bulunmaktadır. Böylece (İ), şirketinde çalışmak için başvuran Muzaffer'i beyaz bir erkek olmasına karşılık Alevi olduğu; Hakan'ı ten rengi beyaz olmadığı; Zeynep'i de kadın olduğu için reddetmiştir. (İ) önyargıları dolayısıyla açık olan pozisyonu gerek Muzaffer'den gerek Hakan'dan gerekse Zeynep'ten daha az nitelikli olan Murat'a teklif etmiştir. Çünkü Murat; beyazdır, erkektir ve sünni Müslümandır⁴⁰³. Esasen (İ)'nin Zeynep'i ya da Muzaffer'i değil de Murat'ı tercih etmesinin ardında haklılandırabileceği başka gerekçeler olabilirse de örnekte (İ)'nin önyargılarının ilgili tercih açısından etkili olduğu belirtilmelidir.

Örnek, ayrımcılık yasağının ihlali olarak ele alınmasının yanı sıra sevgilerimize de aykırı gelen bir duruma karşılık gelmektedir. Eğer Murat söz konusu pozisyon için en nitelikli ve en uygun olduğuna inanılarak kabul edilmiş olsaydı böyle düşünmeyebilirdik. Ancak Muzaffer, Hakan ve Zeynep'in inançları,

Alexander, "Is Wrongful Discrimination Really Wrong?", **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper No. 17-257, 2016, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2909277>, 04 Nisan 2017.

⁴⁰² Alexander'ın vermiş olduğu örnek temel alınarak oluşturulmuştur. Alexander, "Is Wrongful Discrimination Really Wrong?", s. 2.

⁴⁰³ İşverenin işe alım sırasında aday işçiye sorabileceği soruların ve yapabileceği araştırmaların kapsamı ve bu tür verilerin toplanması ve değerlendirilmesine ilişkin yasal sınırlamaların olduğu göz ardı edilerek yahut bu tür sınırlamalara uyulmadığı takdirde uygulanan ahlaki ve hukuki yaptırımların umursanmaksızın ilgili teklifin yapıldığını varsayalım.

tenlerinin rengi ve cinsiyetleri dolayısıyla pozisyon için uygun bulunmamış olmaları sezgilerimize ters düşmektedir. Elbette ki (İ) bu işyerini açma yükümlüğü altında olmadığı gibi, söz konusu pozisyona mutlaka birisini istihdam etmekle de yükümlü değildir. İsterse işyerini, kanuni yükümlülükleri varsa bunları yerine getirmek kaydıyla, kapatabilir de. Benzer şekilde Muzaffer, Hakan ve Zeynep'in de bu işyerindeki pozisyona başvurmak gibi bir zorunlulukları yoktur. Eğer burada çalışıyorlarsa da, İş Kanunu'nda belirtilen ilgili koşulları yerine getirmek şartıyla, işten ayrılabilirler. Ayrıca (İ) söz konusu pozisyona erkek kardeşini, komşusunu ya da öğle yemeği için verilen aralarda birlikte masa tenisi oynayabileceğini düşündüğü için geçmişte masa tenisi şampiyonlukları olan bir başvurucuyu da kabul edebilir. Her ne kadar kulağa garip gelse de sırf masa tenisinde iyi olduğu yahut iyi şarkı söylediği, hayvanseverler derneğine üye olduğu için bir kimsenin işe kabul edilmesi bile sezgilerimizle çatışmayabilir. Ancak sırf (İ)'nin önyargıları doğrultusunda pozisyonun doldurulmasında bir haksızlık olduğunu düşünebiliriz.

Ayrımcılık ve saygısızlık arasında bir bağlantı kurma çalışmalarında ırkçılık, kadın düşmanlığı, homofobi vb. vakaların iyi bir şekilde örneklediği üzere ayrımcılığın yanlışlığının temel nedenlerinden bir tanesi, failin, aleyhinde ayrımcılık yaptığı kişinin, diğer insanlardan ahlaki açıdan daha düşük değerde olduğuna inanmasıdır. Bu görüş çerçevesinde ayrımcılığa uğrayanın diğer insanlardan daha düşük bir ahlaki değeri olduğu yönünde değerlendirmede bulunulmakta ve bu değerlendirmeye uygun bir biçimde kişiye muamele edilmektedir. Dolayısıyla ayrımcılığa uğrayanın ahlaki niteliği doğru bir şekilde tespit edilememektedir⁴⁰⁴.

Saygısızlık görüşünün öne çıkan ismi Larry Alexander'ın ileri sürdüğüne göre tercihlerimizi tatmin etmek için insanlara karşı veya onlar lehine ayrımcılık yapmaktan geri durmuyoruz. Belirli insanların lehine yahut aleyhine ayrımcılık yaptığımız gibi belirli malları ve hizmetleri tercih ederken de farklı tercihlerimizi ön plana almaktayız. Yine de insanlara yönelik yaptığımız tercihlerimiz ile mal ve hizmetler arasında yaptığımız tercihlerimizin farklı olduklarını ve farklı

⁴⁰⁴ Thomsen, "We Will Find The Black Man Who Did This", s. 153.

tercihlerimizin de farklı sorunları beraberinde getirdiklerini göz ardı edemeyiz⁴⁰⁵.

Yukarıdaki örnekte (İ)'nin; Muzaffer, Hakan ve Zeynep'e haksız bir biçimde muamele ettiğini düşünmemizin dayanağı da budur; (İ), Muzaffer'e inanç temelinde, Hakan'a ırk temelinde, Zeynep'e de cinsiyet temelinde önyargısına uygun bir biçimde muamele etmiştir. Larry Alexander bu durumu, "bir kişi yanlış olarak daha düşük ahlâki değere sahipmiş gibi değerlendirildiğinde ve buna uygun bir biçimde muamele gördüğünde bu muamele, sonuçlarının ağırlığına bakılmaksızın ahlâki olarak yanlıştır"⁴⁰⁶ sözleri ile açıklamaktadır. Bu görüşe göre beyazların otobüslerin ön tarafına, siyahların ise otobüslerin arka tarafına oturmalarını zorunlu kılan ayrımcı kanunlar, siyah ve beyaz Amerikalıların ahlaki eşitler olmadıklarına ilişkin yanlış inanç tarafından motive edildiklerinden yanlıştır. Bu tür kanunlar, saygısız zihinsel durumlardan beslendiklerinden yanlıştır.

Alexander ayrıca "bazı tür insanların diğerlerinden ahlâken daha değerli olduğu inancına dayanarak" bazılarının "daha büyük ahlâki ilgi"nin odağında olmalarını gerektiren durumların olduğunun ileri sürülmesinin ahlâken daha düşük bir değere sahip oldukları düşünülenlere karşı saygısızlık olduğunu savunur⁴⁰⁷. Bir başka deyişle Alexander bir eylemin ya da uygulamanın, bir kişinin ahlaki statüsüne başkalarına kıyasla gereken önemi vermemesi halinde ilgili kişiye karşı gerekli saygının gösterilmediğini düşünmektedir.

Alexander'ın bu savunusunun çekici bir özelliğinin de ırkçı ayrımcılığın bazı paradigma biçimlerinin de, örneğin Naziler tarafından Yahudilerin alt-insan olduğu inancı, bu inancı içermesinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Fakat bütün paradigma ayrımcılık biçimlerinin eşit olmayan ahlaki durum hakkındaki bu tarz inançları içerdiği açık değildir. Nitekim paternalist cinsiyetçilik, erkeklerin ve kadınların farklı işlevlere sahip olduklarını savunmasına rağmen prensipte bu husus da kadınların ve erkeklerin eşit ahlaki değere sahip oldukları görüşüyle uyumludur. Benzer şekilde, engelli kişilere yönelik ayrımcılık genellikle çeşitli küçümseyici muameleler içerir, ancak bu tarz muameleyi yapanların dahi engelli insanların engelli

⁴⁰⁵ Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?", s. 157.

⁴⁰⁶ Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?", s. 159.

⁴⁰⁷ Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?", s. 160-161.

olmayanlardan daha az ahlaki ilgiyi hak ettiklerine inandıkları söylenemez⁴⁰⁸.

Failin önyargılarının, etken olduğu bu görüşte; fail (yani X), Y ve Z ile olan ilişkisinde Y'ye karşı gerçekleştirdiği saygısız muamelesi ayrımcılık oluşturmaktadır. Bu durumun ise şu koşullarda geçerli olduğu belirtilebilir⁴⁰⁹:

1) X, Y ve Z insandırlar,

2) Y ve Z ahlâki değere sahiptirler,

3) X, Y'ye Z'den daha kötü muamele etmektedir,

4) X'in, Y'ye Z'den daha kötü muamele etmesinin nedeni, X'in hatalı bir biçimde Z'nin ahlaki değerinin, Y'den daha yüksek olduğuna inanmasıdır.

5) X, bu hatalı takdiri neticesinde Y'ye karşı ayrımcılık yapmıştır. Bu ayrımcı muamelenin ardında ise failin yani X'in zihinsel durumu bulunmaktadır.

İşte Alexander ayrımcılığın, bazen ayrımcılık failinin bazı kişilerin aleyhine, diğerlerinin ise lehine olan önyargılarından (bias) kaynaklandığını ifade etmektedir. Nitekim Alexander'ın verdiği Nazi örneğindeki gibi Yahudilere Aryanlardan daha kötü muamele eden Nazinin inancının arkasında Aryanların ahlaki ilgiye değer olduklarına inanmasına rağmen Yahudilerin değersiz olduklarına inanması yer almaktadır⁴¹⁰. Buna göre bu ayrımcı eylemin hiç kimseye zararlı etkileri olmasa da eylemin ahlaken itiraz edilebilir bir yanı olduğunu düşünebiliriz; eylem, saygısızlık içermekte ve bu da onu ahlaken yanlış yapmaktadır.

Failin zihinsel durumu ekseninde değerlendirmelerde bulunan bu görüşe yöneltlen eleştirilere geçmeden önce görüşteki kimi hususlara değinilmesi gerekmektedir. İlk olarak, Alexander'ın çalışmasının ekseninde ayrımcılığın insanlara karşı gerçekleşebileceği hususu yer alır. Buna bağlı olarak da tüm insanların eşit ahlaki değere sahipliklerinin önemli görüldüğü belirtilebilir. "Ahlaki

⁴⁰⁸ Lippert-Rasmussen, "Discrimination and Equality", s. 573.

⁴⁰⁹ Lippert-Rasmussen'in formülasyonu temel alınarak oluşturulmuştur. Bkz. Kasper Lippert-Rasmussen, "Respect and Discrimination", **Moral Puzzles and Legal Perplexities: Essays on the Influence of Larry Alexander**, Cambridge University Press, ss. 317-332, s. 318-319.

⁴¹⁰ Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?", s.158.

değer” kavramı ise, önceki kısımlarda yer verildiği üzere, çoğunlukla Immanuel Kant referans gösterilerek kullanılmaktadır. Kant’a göre, sadece akıl sahibi varlıklar olarak insanlar ahlaki değere sahiptirler ve tüm insanlar, ahlaki değer açısından eşittirler⁴¹¹.

Alexander, her ne kadar bütün insanların eşit ahlaki değere sahip olduğunu ifade etmiş ve “erdemli ve kusurlu olanlar için farklı ahlaki kaygı”ların taşınabileceği olasılığını bir tarafa bırakıp bazı insanların diğerlerinden ahlaki açıdan daha değerli oldukları inancının yanlış ahlaki yargıları yansıttığı düşüncesini kendi görüşünün eksenine almışsa da “suçlu olmak”, “makul bir biçimde daha düşük bir ahlaki değeri yansıtan bir özelliktir” demekten de kendisini alıkoymamıştır⁴¹². Bu sebepten de Alexander’ın tamamen Kantçı anlamda bir ahlaki değeri savunduğu düşüncesine ulaşmanın güç olduğu ileri sürülmektedir⁴¹³.

Bir diğer nokta da görüşün sadece aleyhe değil lehe ayrımcılık için de geçerli olduğu yani bazı durumlarda kendisi lehine ayrımcılık yapılan kişi için de ilgili eylemin saygısız ve yanlış olarak addedilebileceğidir. Müşfik bir köle sahibinin, kölelerin diğer insanlardan ahlaki olarak daha düşük bir konumda olduklarını düşünmesinden ötürü kölelere, diğer insanlara kıyasla, daha fazla ilgi gösterilmesi gerektiğine inandığını ele alalım. İlgili durum, kölelere karşı haksız ayrımcılık içeren bir muamele değil, aksine onların lehine bir muamele olmakla birlikte, bu tür bir muamelenin yine de köleler için saygısız olduğu belirtilebilir. Öyleyse sadece aleyhe değil bu tür bir lehe ayrımcılığın da özünde yanlış olduğu ve saygısızlıkla ilişkilendirilebileceği belirtilmektedir⁴¹⁴.

2. Görüşe Yöneltilen Eleştiriler

Yukarıda bu görüşü formüle etmeye çalışırken X’in, Y’ye Z’den daha kötü muamele ettiğini ve bu kötü muamelenin nedeninin, X’in yanlış bir biçimde, Z’nin ahlâken yüksek bir değeri olduğuna inanıyor olmasına karşılık, Y’nin ahlâken düşük

⁴¹¹ Kant’ta insana saygı başlıklı bölümde bu konuya ilişkin kısa bir açıklama bulunmaktadır.

⁴¹² Alexander, “What Makes Wrongful Discrimination Wrong?”, s. 161.

⁴¹³ Lippert-Rasmussen, “Respect and Discrimination”, s. 319.

⁴¹⁴ Lippert-Rasmussen, “Respect and Discrimination”, s. 320.

bir değeri olduğunu düşünmesi olduğunu ifade etmiştik. Buradaki temel husus, ayrımcılık mağdurunun ahlaki değerinin yanlış bir biçimde değerlendirildiği iddiasıdır.

Lippert-Rasmussen saygısızlık temelli görüşün genel sorununun lehine ayrımcılık yapılanlara değil, kendilerine karşı ayrımcılık yapılanlara saygısız olmasından kaynaklandığını açıklamakta ve bir grup insana aşırı saygı duymanın başkalarına saygı duyulmaması ve onlara karşı saygısızlık edilmesi anlamına gelmeyeceği gibi bazı insanlara aşırı saygıda bulunmaksızın da başkalarına saygısızlık edilmesinin mümkün olduğunu açıklamaktadır. Bir grup insanın ahlaki açıdan elit olduklarını kabul eden bir faili düşünelim. Böylesi bir durumda akla daha düşük seviyede ahlaki değere sahip bir başka grubun varlığı gelecekse de fail, düşüncelerine dair mantıksal çıkarımların neler olabileceğini hiç dikkate almaksızın, ahlaki açıdan elit olduklarını düşündüğü gruba dahil olmayanların, ahlaki açıdan elit olduklarını düşündüğü grubun üyelerinden sanki daha düşük bir değere sahiplermişcesine muamele görmelerine de itiraz edebilir⁴¹⁵. Yani fail, bir grubun ahlaken elit olduğunu düşünmesine rağmen bu grubun üyesi olmayanların ahlaken değersiz olduklarını düşünmeyebilir. Bu takdirde fail, hiç kimseye karşı saygısızlıkta bulunmamaktadır.

Ancak bu tür bir çıkarım ayrımcılığın yanlışlığına dair saygı temelinde bir görüş oluşturmak isteyenler için herhangi bir mağdur ortaya çıkarmadığından pek de cazip olmayabilir. Görüşü biraz daha cazip hale getirmek için bazı değişikliklerle güçlendirmek gerektiği düşünülebilir. Peki şöyle bir uyarılma ile saygısızlık görüşünün daha cazip hale getirildiği söylenebilir mi?: Ayrımcılık kötüdür çünkü kişinin ahlaki statüsünü yanlış bir biçimde, sahip olduğundan daha düşük bir ahlaki statüde, değerlendirir⁴¹⁶. Bu düşüncenin, Alexander'ın görüşlerindeki bazı noktalar ile uyumlu olduğu görülmektedir. Nitekim Alexander da temelde ayrımcılığın yanlış olduğu iddiasındadır: “Bazı insanların diğerlerine göre ahlaki açıdan daha değerli olduğu inancına dayanan önyargılar, ahlaki açıdan yanlıştır çünkü yanlış ahlaki

⁴¹⁵ Lippert-Rasmussen, “The Badness of Discrimination”, s. 180.

⁴¹⁶ Lippert-Rasmussen, “The Badness of Discrimination”, s. 181.

yargıları yansıtmaktadırlar.⁴¹⁷” Ayrımcılığın bu nedenden ötürü yanlış olduğu savunusu bizi, aleyhe olan kadar lehe olan ayrımcılığın da, farklı ahlaki değerlere ilişkin yanlış bir varsayım üzerine kurulmuş olmasından ötürü, yanlış olduğu sonucuna ulaştırır ki, bunun da esasen başka sorunları ortaya çıkardığı ileri sürülmektedir⁴¹⁸.

Öncelikle kişi hakkındaki hatalı değerlendirmeler, mutlak yahut göreceli olarak, ve duruma göre her iki halde de, yanlış olabilir. Öyle ki X kişisi, kendisini Y kişisinden ahlaken daha değerli görmesine karşılık, aslında hem kendisinin hem de Y’nin ahlaki değerlerini olduklarından daha değerli bir biçimde değerlendiriyor olabilir. Bu takdirde X’in önyargısı, yanlış ahlaki yargıyı yansıtsa da önyargıyı saygısız yapan şeyin, X’in mutlak ahlaki değer hakkındaki yanlış değerlendirmesinin değil, göreceliklerle ilgili yanlış yargısının olduğu belirtilmektedir⁴¹⁹.

Bir başka problemli nokta da aslında failin inançlarının bir eylemin izin verilebilirliğini etkilemesi noktasında, failin izin verilmeyen bir eylemi hatalı bir inanca sahipken gerçekleştirmesi ile bu inanca sahip değilken gerçekleştirmesi durumları arasındaki farklılıklardır. Hayvanların ve insanların aynı ahlaki statüde oldukları varsayımına dayalı olarak oluşturulan bir örnek bu iddiayı somutlaştırmaya çalışalım⁴²⁰ :

“Bir kozmetik şirketi, küçük bir grup insana çok küçük bir fayda sağlamak için, örn. sadece küçük bir grup insanın çok hafif bile olsa bir alerjik reaksiyon göstermeksizin kullanabilecekleri bir parfümün üretilerek piyasaya sürülmesi maksadıyla, yüzlerce ve hatta binlerce hayvanın acı çekmesine göz yummakta, araştırmada kullanılan hayvanlara karşı ayrımcılık yapmaktadır. 1. Araştırmacı hayvanların ahlaki değerini yanlış değerlendirerek insanların hayvanlardan daha yüksek bir ahlaki değere sahip olduklarına inanmaktadır. Deney nesnelerini de kısmen toplumsal beklentiler ile uyumlu olma arzusu temelinde seçmektedir.

⁴¹⁷ Alexander, “What Makes Wrongful Discrimination Wrong?”, s. 161.

⁴¹⁸ Lippert-Rasmussen, “The Badness of Discrimination”, s. 181.

⁴¹⁹ Lippert-Rasmussen, “The Badness of Discrimination”, s. 181.

⁴²⁰ Lippert-Rasmussen, “The Badness of Discrimination”, s. 183; Lippert-Rasmussen, “Respect and Discrimination”, s. 321. Ancak hatırlanacağı üzere Alexander’ın görüşü insan merkezli bir görüş olup mağdurun ancak bir insan olabileceği kabulü söz konusudur. Fakat Lippert-Rasmussen, Alexander’ın görüşünün Kant’ın değer görüşünün kopyası olmadığından yola çıkarak, bu görüşün hayvanlara da uygulanabilecek bir biçimde genişleterek bu örneği oluşturmuştur. Lippert-Rasmussen, “Respect and Discrimination”, s. 321, dipnot 18.

Ancak hayvanların ve insanların eşit ahlaki statüleri olduğuna inanması halinde farklı şekilde seçim yapacağını düşünmektedir. 2. Araştırmacı da deney nesnelerini kısmen toplumsal beklentilere uyma arzusu ile seçmekle beraber, 1. Araştırmacıdan farklı olarak hayvanlarla insanların eşit ahlaki değerleri olduklarına inanmaktadır. Ancak hayvanların insanlardan daha yüksek ahlaki statüye sahip olduğuna inanmış olsaydı, farklı şekilde bir seçim yapacağını düşünmektedir.”

Alexander’ın görüşünü dikkate aldığımızda, bu vakada 1. Araştırmacı, hayvanlarla insanların ahlaki statülerinin eşit olmadığına ilişkin hatalı inancı sebebiyle saygısız bir biçimde eylemektedir. Bu doğrultuda da hayvanların ve insanların ahlaki statülerinin eşit olmadığına, insanların daha yüksek bir ahlaki statüde olduklarına inanan ve bu inancına dayalı olarak hayvanlara zarar veren 1. Araştırmacının, hayvanlarla insanların ahlaki durumlarının eşit olduklarına inanan 2. Araştırmacıdan farklı olarak, hayvanlara karşı saygısız bir biçimde muamele ettiği belirtilmektedir. Her iki araştırmacının hayvanlara verdikleri zararın sonuçları aynı olduğundan ve 1. Araştırmacıda saygısızlık unsuru olduğundan bu araştırmacının eyleminin ikincisinden daha yanlış olduğu iddia edilmektedir. Halbuki sezgilerimiz bize bunun tersini söylemektedir; iki araştırma faaliyetini yanlış olmaları açısından karşılaştırmamız gerekirse hayvanlarla insanların ahlaki statülerini doğru bir biçimde değerlendirmesine rağmen yine de hayvanlara zarar vermekten kaçınmayan 2. Araştırmacının eyleminin ahlaken daha yanlış olduğunu⁴²¹.

Amerika Birleşik Devletleri’nde okulların, kiliselerin, trenlerin, otobüslerin, yüzme havuzlarının, tuvaletlerin, parkların, telefon kulübelerinin vb. yerlerin sadece siyahların ya da sadece beyazların kullanabileceği şekilde ayrıldığı dönemi ele aldığımızda Alexander’ın görüşleri, bu tür ayrımların neden yanlış olduğunu anlamamıza yardımcı olabilmektedir. Bu tür düzenlemeler saygısızdır ve bundan ötürü de yanlıştır. Bu düzenlemelerin gerekliliğine ilişkin olarak örneğin siyah erkeklerin beyaz kadınlar için tehdit oldukları çünkü siyah erkeklerle beyaz kadınların birlikte havuzda olmaları halinde siyah erkeklerin beyaz kadınlara dokunmak isteyebilecekleri ya da onları gözleriyle süzüp inceleyebilecekleri ileri

⁴²¹ Lippert-Rasmussen, “Respect and Discrimination”, s. 321-322; Lippert-Rasmussen, “The Badness of Discrimination”, s. 183-184.

sürülmekteydi. Benzer şekilde siyah kadınların da beyaz erkekler için tehdit oluşturacaklarına inanılmaktaydı. Şöyle ki azgın ya da iffetsiz olabildiklerine inanılan siyah kadınların yüzme giysileri ile beyaz erkekleri baştan çıkarabileceklerine inanılmaktaydı. Ayrıca siyahların, beyazlardan daha kirli oldukları ve bulaşıcı hastalık yayabilecekleri, onların varlığıyla suyun kirlenebileceği iddia edilmekteydi. Alexander'ın düşüncelerini takip ettiğimizde bu tür kanunların, siyah Amerikalılarla beyaz Amerikalıların ahlaki olarak eşit olmadıklarına dair hatalı bir inançla motive edildiklerinden ötürü yanlış oldukları sonucuna ulaşılabilir⁴²².

Verilen her iki örnekte de failin hatalı inançlarını eylemine dayanak yapması ile ilgili değerlendirmeleri mevcuttur. Ancak her zaman için inançları motive eden olguların yanlış olduğu iddia edilemez. Bazı ayrımcılık örneklerinde ayrımcılık faillerinin eylemlerinin dayanağını bazı insanların diğerlerinden daha değerli olduklarına yönelik bir inancın oluşturmadığı anlaşılmaktadır. Özellikle istatistiki ayrımcılık vakalarında karşı karşıya kalınabilen kimi durumlarda işverenin ayrımcılık yasağı normlarına aykırı ve etik dışı davrandığı kabul edilebilirse de dar bir açıdan konuya yaklaşıldığında, irrasyonel bir şekilde davrandığı iddia edilmez. Nitekim ayrımcılık faili olan işverenin kendi işletme çıkarlarını düşündüğü, bir bakıma rasyonel biçimde hareket ettiği bile ifade edilebilir. Zira günümüzde hala çocuklarla ve ailenin bakıma ihtiyaç duyan bireyleriyle ilgilenmesi gereken kişinin kadınlar olduğuna yönelik tutumlar, onların ücretli bir çalışma ortamından uzak kalmalarına yol açabilmektedir. Öyleyse bu tür vakaların kimisinde failin karar verme sürecinde, mağdurun değerine ilişkin hatalı inançlarının tetikleyici unsur olmadığı anlaşılmaktadır⁴²³.

Şimdi de Alexander'ın, kendi görüşü başta olmak üzere saygısızlık temelli görüşlere dair itirazlarını inceleyelim ve bunun için (İ)'nin Muzaffer'i, Hakan'ı veya Zeynep'i değil de Murat'ı işe kabul etmesini tekrar ele alalım. Alexander, 1992

⁴²² Erin Beeghly, "Discrimination and Disrespect", **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**; Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, Routledge, 2017, ss. 83-96, s. 84-85.

⁴²³ Beeghly, "Discrimination and Disrespect", s. 88. Alexander, istatistiki ayrımcılığın saygısız zihinsel durumlardan kaynaklanmadığını ama yine de bu tür ayrımcılığın, istenmeyen toplumsal sonuçları nedeniyle, yanlış olduğunu düşünmektedir. Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?", s. 170-173.

tarihli makalesindeki görüşlerini değiştirerek sonuçsalıcı bakış açısını daha verimli bulduğunu belirtmişse de⁴²⁴ konuya ilişkin en yakın tarihli çalışmasında artık ayrımcılığın yanlışlığını açıklamaya çalışan hiçbir teorinin, sonuçsalıcı görüş de dahil olmak üzere, kendisini tatmin etmediğini açıklamıştır⁴²⁵. Bu doğrultudaki görüşünü ve nedenlerini açıkladığı yakın tarihli makalesinde (İ)'nin tercihlerine yöneltilebilecek çeşitli eleştirileri ele almıştır. İlk olarak 1992 tarihli makalesinde yer verdiği “bir kişi yanlış olarak daha az ahlâki değere sahipmiş gibi değerlendirildiğinde ve buna uygun bir biçimde muamele gördüğünde, bu muamele, sonuçlarının ağırlığına bakılmaksızın ahlâki olarak yanlıştır”⁴²⁶ görüşünü artık savunmadığını, zira bazı istinalar dışında, bir eylemin izin verilebilirliğinin failin zihinsel durumuna bağlı olmadığını belirtmektedir:

“Bir eylemin başka türlü nesnel olarak izin verilebilir olması durumunda, failin bu eylemi gerçekleştirmedeki tutumu, eylemi izin verilmez hale getirmez. Bir bombayı patlamak üzereyken bir teröriste ateş eden kişinin eylemi, bombayı patlatma teşebbüsünde bulunanın terörist olduğunu bilmiyor olsa bile, izin verilebilirdir. Fail, mağdurun statüsünden ve amacından habersiz olsa da, mağdurun terörist olduğunu bilen üçüncü bir taraf faille yardım edebilir. Fail, teröristin vurulmasından dolayı suçlu olabilir; kanuna aykırı bir eylem yapmaya kalkışmaktadır. Ancak onun suçlu olduğu gerçeği, eylemini yanlış yapmaz. Belki de, burada ilgili olmayan bazı istisnalar dışında, bir eylemin izin verilebilirliği failin zihinsel durumuna bağlı değildir. Failin zihinsel durumu onun kusurlu karakterini ve çoğu kez suçluluğunu, haksızlığını ortaya çıkarabilir ancak eylemin izin verilebilirliğinin veya izin verilemezliğinin temelini oluşturan şey, eylemin nesnel etkileridir”⁴²⁷.

İşveren örneğine geri dönersek, failin tercihleri iki temelde kınanabilir. İlki, (İ)'nin söz konusu tercihinin, kendi refahını arttıramayabileceği, hatta refahını azaltabileceğidir. Bu görüşe göre, (İ)'nin eylemlerinden zarar gören Zeynep değil, (İ)'dir. Zeynep'in işe kabul edilmemiş olması ikincil, yan zarardır. Eğer Zeynep istihdam edilmiş olsaydı, bu durum Murat'ı etkileyecekti. Fakat odakta ne Zeynep ne

⁴²⁴ Alexander, “Book Review of Hellman, Deborah, and Moreau, Sophia, eds. Philosophical Foundations of Discrimination Law”, s. 873.

⁴²⁵ Larry Alexander, “Is Wrongful Discrimination Really Wrong?”, **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper No. 17-257, 2016, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2909277>, 04 Nisan 2017.

⁴²⁶ Alexander, “What Makes Wrongful Discrimination Wrong?”, s. 159.

⁴²⁷ Alexander, “Is Wrongful Discrimination Really Wrong?”, 3.

Murat ne de Muzaffer vardır; odakta (İ) bulunmaktadır. Ek olarak (İ)'ninki gibi eylemleri kınarken ele aldığımız temeller (İ)'nin refahına değil, Zeynep'in durumuna ilişkindir. İkinci itiraz ise ne (İ)'nin ne de Zeynep'in refahına dairdir. Önemli olan bağnazlığa dayalı tercihlerin kökünün kazınmasının toplumsal faydasıdır. Çünkü belirli tercihler, toplumun bedenindeki kanserli hücreler gibidir. Toplumun içerisinde gün geçtikçe büyürler ve eğer bunlar ahlaken kınanır yahut bir kısmı hiç değilse hukukun merceğine girerlerse daha mutlu, daha huzurlu ve daha adil bir toplumun oluşacağı umudu beslenir. Fakat bu görüşün de ayrımcılık mağduru Zeynep'e ikincil bir şekilde odaklandığı, esas endişenin daha genel olduğu, toplumun bütününe yönelik bir kaygıyı barındırdığı anlaşılmaktadır⁴²⁸.

Görülmektedir ki, (İ)'nin eylemlerine odaklanması, dikkatleri bizim ilgisimizin merkezi olan Zeynep'ten, yani (İ)'nin tercihlerinin onun üzerindeki etkisinden, uzaklaştırmaktadır. Yine de toplum eğer sadece (İ), Zeynep ve Murat'tan oluşsaydı da ilgili durumda çoğu kişinin (İ)'nin ayrımcı eylemlerini kınayacakları gerçeğini değiştirmeyecektir⁴²⁹.

Artık failin tutumları ile ayrımcı eylemin yanlışlığı arasında zorunlu bir bağ olmadığına inanan Alexander buna gerekçe olarak da failin ayrımcı eylemde bulunmasa dahi kadınlara karşı, siyahlara karşı, engellilere karşı ayrımcı tutumlarının devam edebildiğini gösterir. Kişinin önyargıları, ayrımcı eylem biçiminde tezahür etmese de onda bulunmaya devam etmektedir. Ortaya konan ayrımcı eylemler, yalnızca failin bu tutumuna ilişkin kanıt oluşturmaya yardımcı olmaktadır⁴³⁰.

B. İnsanlara Birey Olarak Muamele Edilmemesine Dayalı Saygısızlık Görüşü

1. Görüşün Temel Tezleri

Ayrımcılığı yanlış yapan şeyin ne olduğu sorusuna cevap arayan diğer bir kişi de Benjamin Eidelson'dur. "*Ayrımcılık ve Saygısızlık*" (*Discrimination and*

⁴²⁸ Alexander, "Is Wrongful Discrimination Really Wrong?", s. 4.

⁴²⁹ Alexander, "Is Wrongful Discrimination Really Wrong?", s. 5.

⁴³⁰ Alexander, "Is Wrongful Discrimination Really Wrong?", s. 5.

Disrespect) başlıklı eserinde Eidelson, bazı ayrımcılık örneklerinde ayrımcılığın yanlış olmasının sebebinin saygısızlık olduğuna işaret etmiştir. Ancak saygı, çeşitli biçimlerde ele alınabildiğinden Eidelson'un yaklaşımının, Stephan Darwall tarafından yapılan saygı tanımından yola çıktığı belirtilmelidir.

Eidelson'a göre ayrımcılık eylemleri, ayrımcılığa uğrayanlara, onlara kişi olarak gösterilmesi gereken saygıyı göstermediğinde yanlıştır. Bundan ötürü de ayrımcılık bazen neden olduğu bir şey yüzünden değil, kendisinin nasıl meydana geldiğine bağlı olarak ortaya koyduğu şey sebebiyle ahlaki olarak itiraz edilebilirdir⁴³¹.

Daha önce yer verildiği üzere ayrımcılık ile saygısızlık arasında ilişki kuran çeşitli düşünürler bulunmaktadır. Örneğin, yukarıda görüşlerine yer verilen Larry Alexander, failin, eyleminden olumsuz etkilenen kişinin daha aşağı bir değeri olduğuna ilişkin bir inanca dayalı gerçekleştirdiği muamelesinin saygısızlık olduğunu belirtmekte iken aşağıda görüşlerine başvurulacak olan diğer bir isim, Deborah Hellman, eylemin konvansiyonel anlamını dikkate almaktadır. Ancak Eidelson, bu görüşlerin hiçbirinin ayrımcılığın yanlışlığını açıklama hususunda başarılı olamadığını belirtmektedir. Nitekim Ona göre, Alexander'ın savunduğu görüş, olası etkilerinden bağımsız olarak, bilinçsiz ya da doğru istatistiki inançlara dayanan ayrımcılıklar da dahil olmak üzere, olumlu faktörlerin yokluğunda meydana gelen ayrımcılıklarda neyin yanlış olduğunu açıklayamamaktadır. Saygısızlıkla bağlantısı olabilecek olan bir başka görüş ise failinin zihninde olup bitenlere, onun inançlarına yer vermekten kaçınır ve saygısızlığı, eylemin konvansiyonel anlamında ele alır. Fakat bir eylemin konvansiyonel anlamı, başlı başına herhangi bir içsel öneme sahip görünmediğinden burada da bir sorun olduğu değerlendirilmesinde bulunmaktadır⁴³².

Eidelson'un saygısızlık görüşü, birinin kişi olma durumuna saygı

⁴³¹ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 73. Eidelson, (haksız) ayrımcılığın, saygısızlığın karşılığı olmasından veya bazı durumlarda zararlı sonuçlarından ötürü yanlış olduğunu düşünmektedir. Zararlı sonuçlarından ötürü yanlış olan ayrımcılık türüne örnek olarak istatistiki ayrımcılık gösterilebilir. İstatistiki ayrımcılık örneği olan ırksal profillemeye ise Eidelson'un çalışmasında önemli bir yer tutmaktadır. Bkz. Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 173-222.

⁴³² Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 74.

gösterilmesi üzerinden şekillenir. Bu tür bir saygı ise kişinin, bir insan olarak sahip olduğu çeşitli normatif vurguyu dikkate almakta ve diğerlerinin eylemlerini buna uygun olarak düzenlemeleri yönünde olumlu bir yükümlülük getirmektedir. Burada önemli olan, failin eyleminin toplumsal anlamından ziyade failin bu eylem üzerinde nasıl teemmül ettiği. Ancak bu teemmülün ahlaken kusurlu olarak kabul edilmesinin ardında alçaltıcı inançlar ya da düşmanlık içeren etkenler yer almazlar. Bu teemmülün ardında, birey olmanın, kasten ya da ihmalen, tanınmaması bulunur. Bireyliğin tanınmasına dair bu yoksunluğun, saygısızlık ve ayrımcılık arasındaki ilişkiyi biçimlendirdiği ifade edilmektedir⁴³³.

İnsanlar farklı nedenlerden ötürü birbirlerine karşı (ve birbirleri lehine) ayrımcılık yapıyorlar. Birisine karşı onun çıkarlarının bir başkasınınkinden daha aşağı değerde olduğu değerlendirmesinde bulunarak ayrımcılık yapabileceğiniz gibi şu veya bu sebepten iletişim kurmadığınız kişiye karşı da ayrımcılık yaptığınız dile getirilebilir. Hatta bir grup insan hakkındaki daha genel inançlarınıza dayanarak da bir kişi hakkında değerlendirmelerde bulunabilirsiniz. Bu örneklerdeki yapısal farklılıklara rağmen her birinde potansiyel olarak ahlaki bir sorun olduğu düşünülebilir. Bu düşünüşün kaynağında saygısızlığın yer aldığı çünkü bazen farklı bakımlardan olsa da, farklı ayrımcılık türlerinin kişiye, insan olarak gösterilmesi gereken saygıyı göstermediği iddiası yer almaktadır⁴³⁴.

Saygının ve dolayısıyla saygısızlığın türleri vardır. Önceki kısımlarda yer verdiğimiz saygı türleri arasından Eidelson, Stephen Darwall'ın tanınma saygısını merkeze alarak teorisini oluşturur. Hatırlanacağı üzere tanınma saygısı, birinin teemmüllerinde ilgili şeyin bazı özelliklerine yeterli, uygun önemi verme ve buna göre hareket etmek eğilimidir⁴³⁵. Eidelson'a göre insanların ayrımcılığın paradigmatik örneklerinde tipik olarak yapamadıkları da budur; diğerlerine tanınma saygısı göstermemek.

Eidelson'un kişilere tanınma saygısı gösterilmemesi ile neyi kastettiğini açıklamaya çalışalım. Onun düşüncesine göre bu tür teorik bir yaklaşımın, ahlaki

⁴³³ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 74-75.

⁴³⁴ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 75.

⁴³⁵ Darwall, "Two Kinds of Respect", s. 38.

düşünce de sağlam bir dayanağı vardır: Bir failin eylemi değerlendirilirken, genellikle, eyleminin etkili olduğu tutumlar önemsenir. Aynı cinsiyetten kimselerin evlenmelerinin yasaklanması adına yapılan bir referandumu düşünelim. Eğer referandumda aynı cinsiyetten evliliğin yasaklanması için oy veriyorsanız bu eyleminizin arkasındaki saik önem taşımaktadır. Eşcinsellerden nefret ettiğiniz, onları hor gördüğünüz için oyunuzu yasaklansından yana kullanmanız ile bu tür evlilikler ve çocukların psikolojik açıdan iyi olmaları arasında bir bağlantı olduğuna dair sahip olduğunuz inanç dolayısıyla oyunuzu yasaklanmasından yana kullanmanız arasında fark olduğu ifade edilmektedir. Bu fark, yalnızca karakterinizin ahlaki açıdan değerlendirilmesiyle değil, aynı zamanda yaptıklarınızın değerlendirilmesi açısından da önem arz etmektedir. Referandumda, eşcinsellere duyduğunuz tiksinti sebebiyle aynı cinsiyetten kimselerin evlenmelerinin yasaklanması yönünde oy kullandıysanız yanlış davranmışsınızdır ancak çocukların refahı için duyduğunuz endişeleri dikkate aldıysanızsanız eyleminizin daha az zarar verici olduğu ileri sürülmektedir. Verilen örnekte tekil olarak kötü olan şey, eşcinsellere duyduğunuz tiksintiden ötürü oyunuzu yasaklamadan yana kullanmanızdır⁴³⁶. Öyleyse tanınma saygısı duymak, bir tutum olarak da anlaşılabilir; bizlere tıpkı aşk ve antipatide olduğu gibi etrafıca düşünmemiz ve kişiye ilişkin olarak belirli bir biçimde davranmamız için nedenler verir. Tanınma saygısının dikkate alınmadığı durumlar ise saygısızlık olarak değerlendirilir⁴³⁷.

Eidelson'a göre kişilere saygı göstermek veya saygısızlık göstermek, belirli eylemleri gerçekleştirirken önem verilecek hususları -bu hususların neler olduğu ise insan olmanın ne olduğuna ilişkin ahlaki teoriye dayanır- dikkate alan ya da dikkate almayan zihinsel durumlardır. Ancak düşünür, böylesi bir ahlaki teorinin merkezinde özellikle iki noktanın odakta olması gerektiğine inanır. Bunlardan ilki, insanların eşit bir biçimde kendilerinden değerli olduklarıdır. Evet, herkes belirli derecelerde iyi ve kötü karakter özelliklerine sahip olabilir ama insan olarak herkesin eşit bir biçimde sahip olduğu bir değer vardır. Diğeri ise özerklik yani kişinin kendini yönetmesi, kendi hayatını kendisinin gerçekleştirmesidir. Dolayısıyla kişilere saygı gösterilmesi,

⁴³⁶ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 77.

⁴³⁷ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 78.

onların otonomilerine ve eşit bir biçimde değerli olduklarının kabulüne uygun muamele edilmesini gerektirir; kişinin sahip olduğu bu özelliklerinin tanınmaması ona karşı saygısızlık yapıldığı anlamına gelir⁴³⁸.

Bu görüş açısından bir kişiye karşı saygısızlıkta bulunmak, o kişinin bazı ahlaki yönlerinin normatif önemini dikkate almamaktır. Kişi, aşına olmadığı ve geçerli normlarını bilmediği bir kültürde, el sıkma ya da sıkma eylemlerinin ne anlama geldiğini bilmediğinden söz konusu eylemleri gerçekleştirmiş olabilir. Bundan ötürü söz konusu eylemleri saygısızlık ifadesi olarak yorumlanmamalıdır. Bir eylemin saygısız olup olmadığı kültüre, söz konusu kültürdeki konvansiyonlara bağlı olmamalıdır⁴³⁹.

Eidelson, sahip oldukları eşit ahlaki değerden dolayı kişilere saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmekteyse de bununla kastedilenin ne olduğu yani tanınma saygısının başlıca iki özelliğinin; kişinin ahlaki değerinin ve özerkliğinin yakından incelenmesi gerekmektedir. İşe, ahlaki değer eşitliğinden başlayalım ve bunu Eidelson'ın kullandığı bir örnek üzerinden açıklamaya çalışalım⁴⁴⁰: Terfi için çalışanlarından birisini seçecek olan Adam, Arap kökenli Fatima yerine beyaz olan Christopher'ı tercih etmeyi düşünmektedir. Seçiminde Fatima'nın arap kökenli olması etkili olmuştur. Dolayısıyla ilgili seçimin ahlaken yanlış olduğu çünkü Adam'ın kararını verme şeklinin Fatima'ya karşı saygısızlık içerdiği ortadadır. Adam, kararını alırken Fatima hakkındaki önemli bir özelliği hesaba katmadığından tercih yöntemi Fatima'ya karşı saygısızdır. Adam, Fatima'nın menfaatlerini hesaba katmaksızın sadece arap kökenli insanların beyazlardan daha değersiz oldukları düşüncesini baz alarak seçimini yapmışsa bu eylemi, Fatima'nın da diğer kişilerin sahip olduğuna inanılan ahlaki değere sahip olduğu gerçeğini göz ardı etmesi sebebiyle saygısızdır. Bu kararı ile Adam, Fatima'nın da bütün insanların sahip olduğu değer taşıyıcısı olduğu gerçeğini açıkça reddetmiştir.

⁴³⁸ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 79-80.

⁴³⁹ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 86. Buna karşılık Deborah Hellman'ın, saygısızlığın belirlenmesi hususunda eylemlerin toplumsal anlamlarına da yer verilmesini de gerektiğini belirten görüşüne bir sonraki başlıkta değinilmiştir.

⁴⁴⁰ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 96.

Bu husus, bir yönüyle Yahudilerin parazit, Tutsilerin hamamböceği ya da aborjinlerin yabani oldukları iddiasıyla soykırıma varan eylemlerde bulunmanın da ifadesidir. Ancak farklı boyutlarda da bu tür eylemlerin gerçekleştirilmesi mümkündür; kişilerin içsel değerlerinin bütünüyle yok sayılmaksızın sadece daha az değerli olduklarının ileri sürüldüğü durumlarda olduğu gibi. Bu tür inançlar, bağnazlığın en aşırı türleridir. Bu tarz saygısızlık, ayrımcılığın muhataplarının, farklı ahlaki değere sahip ya da daha aşağı konumda olan kişilermiş gibi değerlendirilmesine yol açmıştır. Halbuki böylesi çıkarımlar hatalıdır; kişiye, herhangi bir değer hiyerarşisinde daha aşağı bir konuma yerleştirilmeksizin de kişi olmasından mütevellit, kendisine gösterilmesi gereken saygı gösterilmeyebilir⁴⁴¹.

İşte inanç temelli saygısızlık görüşlerinde yer alan bu tarz sıkıntıların aşılması için Eidelson menfaat tezini (interest thesis) ileri sürer. Bu tezin ana fikri, kişinin eşit değerine saygı göstermek için diğer insanlarla beraber onun menfaatlerine de, bu menfaatleri dikkate almamak için iyi sebeplerin yokluğu durumunda, eşit şekilde değer verilmesi gerektiğidir. Tez, insanların ahlaki değerleriyle ilgili doğru ve yanlış inançlardan ziyade, onların menfaatlerine verilen ağırlığa odaklanan eşit değere saygı duyma anlayışının dikkate alınmasını önerir⁴⁴². Gözden kaçırılmaması gereken şey, ayrımcılığın, eğer ayrımcılığa uğrayanların kişiliğine karşı saygısızsa özünde yanlış olduğu ve bu tür saygısızlığın önemli bir çeşidinin, kişinin menfaatlerinin ya da refahının nedensiz yere tanınmamış olmasından kaynaklandığıdır⁴⁴³.

Ayrımcılıkla ilgili popüler söylemde menfaat tezinin aslında kullanıldığı ileri sürülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde siyah erkeklerin ölümlerine karıştıkları düşünülen güvenlik görevlilerinin ve bazı sivil vatandaşların suçsuz bulunmaları neticesinde birçok kişi, yaşananları protesto etmek için örgütlendiklerinde “Siyahların Yaşamları Önemlidir” (Black Lives Matter) sloganı altında birleşmişlerdir. Slogan ile siyahların yaşamlarının çok az önemi varmış gibi davranılmasına karşı çıkıldığı ve insanların ahlaki değerleriyle ilgili olarak doğru ya

⁴⁴¹ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 96.

⁴⁴² Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 97.

⁴⁴³ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 101.

da yanlış inançlara üstünlük tanınmasından ziyade, onların menfaatlerine verilen ağırlığa odaklanan eşit değere saygı anlayışına önem verilmesi gerektiğinin vurgulandığı ileri sürülmektedir⁴⁴⁴.

Eidelson, Fatima'ya yönelik saygısızlığın ardında, salt onun menfaatlerinin önemslenmemesinin değil, bunun hiçbir iyi sebep olmaksızın yapılmasının yattığını ileri sürer⁴⁴⁵. Harry Frankfurt'un da belirttiği gibi aslında birine saygı duymamak, onun doğasının veya durumunun bir yönünün önemini göz ardı etmek meselesidir ve saygı eksikliği de kişi hakkındaki önemli bazı olgularla ilgilenilmemesi veya bunların uygun bir şekilde dikkate alınmamasıdır. Kısacası, kişiyle aslında olduğu haliyle ilgilenilmemesidir⁴⁴⁶. Bu açıklama, terfi örneğinde Adam'ın muamelesinin neden saygısızlık olduğunu da anlamamıza yardımcı olur. Adam'ın kararı, Fatima'nın Christopher'dan daha değersiz olmamasına rağmen öyle olduğu düşüncesinden beslenmiştir.

Peki Larry Alexander'ın saygısızlık temelli ayrımcılık görüşü ile Benjamin Eidelson'un görüşündeki hangi hususların benzerlikler ve farklılıklar taşıdığı söylenebilir? İlk olarak, ikisi de insan merkezlidir. Dolayısıyla insanların teemmüllerinde, evcil hayvanların yerine ineklerin menfaatlerine daha fazla önem verdikleri durumlarla ilgilenmemektedir. Ek olarak, hatırlanacağı üzere Alexander, 1992 tarihli makalesinde failin inançlarını merkeze almıştı. Eidelson ise teemmülü merkeze alır. Bundan ötürü de Eidelson'da saygısız olan bir eylem, Alexander'da saygısız olmayabilir. Diyelim ki kadınların ve erkeklerin eşit ahlaki değere sahip olduklarına inanıyorum. Ancak yine de örtük önyargılarım var ve devamlı bir biçimde erkeklerin menfaatlerini kadınlarınkinden daha yukarıda tutuyorum. Bu durumda, erkeklerin menfaatlerine bilinçsiz bir şekilde daha fazla önem vererek Eidelson'a göre saygısızca davranmış olurum ancak inanç temelli görüş aynı değerlendirmede bulunmaz⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 97.

⁴⁴⁵ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 98.

⁴⁴⁶ Frankfurt, "Equality and Respect", s. 153.

⁴⁴⁷ Lippert-Rasmussen, "Respect and Discrimination", s. 324.

Bir diğerk husus da özerkliğe (/otonomiye)⁴⁴⁸ dairdir. Eidelson'ın görüşünde özerklik, özel bir yere sahiptir. Kişinin otonomisinin tanınmaması saygısızlığın göstergelerinden bir tanesidir. Metro girişinde görev yapan bir güvenlik görevlisini ele alalım. Bu güvenlik görevlisi işe gitmek üzere o metro durağını kullanan benim ve arkadaşımın eşit ahlaki değere sahip olduğumuza inanmakla beraber sıklıkla geçişlerde daha koyu tenli ve sakallı olan arkadaşımın sırt çantasını dedektörle taramasına rağmen benim sırt çantamı taramamaktadır. Görevlinin bu eyleminin ardında, arkadaşımın fiziksel özelliklerine yakın kişilerin suça karışma oranlarının yüksek olduğunu gösteren istatistikler yer alıyor olsun. Bu çalışmalara istinaden görevli, beni ve arkadaşımı ele almakta ve benim kurallara bağlı bir kişi olmama karşılık arkadaşımın öyle olmadığı varsayımında bulunmaktadır. Öyleyse bu örnekte Alexander'ın teorisine göre güvenlik görevlisinin arkadaşıma saygısızca muamele ettiği ifade edilemezken Eidelson'ın teorisi doğrultusunda yapılanın saygısızlık olduğu sonucuna ulaşıldığı çünkü görevlinin özerk bireyler olduğumuzu göz ardı ettiği ifade edilebilir⁴⁴⁹.

Ayrımcılığa ilişkin en tanınık örneklerden bir tanesi, kişilerin refahlarına ilişkin farklı endişelerin duyulmasıdır. Bu örneklerde, bazı kişiler, diğerlerinden daha az dikkate alınırlar. Farklı ilgilerin gösterilmesi, kişilerin eşit değerde olduklarını göz ardı ettiğinden ayrımcılığa uğrayanlara karşı saygısızlık yapıldığı biçiminde yorumlanabilir. Bu anlamdaki eşit değer, kişiliğin bir özelliğidir ve bu özelliğin göz ardı edilmesi, bir anlamda, birisini kişi olarak değerlendirmemektir. Ancak kişiye

⁴⁴⁸ İngilizce *autonomy*, Fransızca *autonomie* ve Almanca *autonomie* sözcükleri Türkçe'deki özerklik/otonomi sözcüğüne karşılık gelmektedir. Sözcük, "özerk durum, güç veya öz yönetim" anlamına gelmekle birlikte Yunanca "bağımsızlık" anlamına gelen *autonomia* sözcüğü de "kendim, ben" anlamına gelen *autos* ve kanun anlamı taşıyan *nomos*'un birleşimi olan *autonomos* sözcüğü ile ilişkilidir. "autonomy", **Online Etymology Dictionary**, (Çevrimiçi), <https://www.etymonline.com/search?q=autonomy>, 13 Ağustos 2019. Özerklik felsefe sözlüğünde ise şu şekilde tanımlanmıştır: "... 1. Politik anlamda, bağımsızlık; kendi kendini yönetme; özyönetim. 2. Ahlakta, kişinin, kendi kendisini belirlemesinden, yönlendirmesinden, yönetmesinden oluşan ve her türlü dış baskı ve zorlamadan bağımsızlıkla belirlenen hali; bir insanın kendi kendisini belirleme gücü; kendisini tabi olduğu bir ahlak yasasının koyucusu olarak görebilmesi yeteneği. Özerklik kavramı, Kant'ın ahlak felsefesinin en temel kavramlarının başında gelir. Özerklik, ona göre, ahlaki özne dış etkilerden bağımsız olarak, bir ahlak yasasına duyulan saygıyla, ahlaki bir tarzda eylemeye karar verdiği zaman söz konusu olur. ...insanın nasıl olup da aynı anda bir ahlak yasasına tabi olur, ahlaklılığın gereklerini yerine getirirken, bir yandan da özgürlüğünü, insan olma onuru ve yüceliğini koruyabileceğini göstermek için kullanmıştır. ..." Cevizci, "özerklik", **Paradigma Felsefe Sözlüğü**, 665.

⁴⁴⁹ Lippert-Rasmussen, "Respect and Discrimination", s. 325.

insan olarak saygı göstermekteki başarısızlık, sadece onun kişiliğinin özelliklerinden biri olan eşit değerine saygı göstermemekten ibaret değildir. İnsanlar aynı zamanda ve ahlaken önemli bir ölçüde özerk bireylerdir. Bu nedenle bazı durumlarda bazı ayrımcılık örnekleri mağdurun özerk bir varlık olduğunu yadsıdığı için yanlıştır⁴⁵⁰. Eidelson’a göre bir kişinin değerinin tanındığının anlaşılabilmesi için ona gerçekten değer verilmesi gerekir. Benzer şekilde kişinin menfaatlerinin de tanınması gerekmektedir. Kişinin menfaatlerinin tanınmaması ise o kişiye karşı saygısızlık olarak değerlendirilir. Burada iki hususa ağırlık verilmektedir; kişilerin kendinden değerli oldukları ve eşit şekilde öyle olduklarına ve hayatlarının üzerinde bir öz denetim kabiliyetine yani özerkliğe sahip olduklarına.

Özerklik ile kastedileni açıklamadan önce özerklikle uyumsuz olan genellemeden bahsetmek kavramın anlaşılması için gereklidir. Genelleme, bazı kişilerin, kişiler olarak eşit değere sahip olduklarının göz ardı edilmesidir. Zira bir sınıfa ait olmanın bazı özelliklere sahip olmanın öngörüsü olduğuna dair bir inanç ile hareket edilmektedir. Bazı insanları daha az değerli varlıklar olarak kabul etmek, meşru olarak daha az ilgi gösterilmesini gerektirecek başka özelliklere de sahip olduklarına inanmayı doğal hale getirebileceği ve bundan ötürü genellemelere dayalı bir şekilde ayrımcılık yapılmasının sakıncalı olduğu ileri sürülebilir⁴⁵¹.

David Miller’in kadınların çalışmasına dair yaptığı açıklamalar incelediğinde, genellemelere dair sorunlu yanlar bir nebze olsun netleşebilir. Kadınların, çocuk sahibi olduklarında performansları düşebilecek bir grup oluşturdukları düşüncesinden hareketle bir işyeri sahibinin, kadın başvurusunun işi daha az hak ettiğine karar vermesi doğru değildir. Çocuk sahibi olma kararından dolayı kadın çalışanın daha düşük bir seviyede performans gösterebileceğinin ele alınması veya performansının

⁴⁵⁰ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 127-128.

⁴⁵¹ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 130. Genelleme sözcüğünün anlamı sözlükte şu şekilde açıklanmaktadır. “1. Genel olarak, nesnelerin, olayların ya da fenomenlerin bütün bir sınıfı için geçerli olan bir yargı oluşturma ya da karar verme işlemi. 2. Daha özel olarak da, çok sayıda nesnede varolan ortak karakter ya da özelliklerden hareketle, bu karakteristikleri tek bir kavram altında toplama imkânı veren mantıksal işlem. 3. Sınırlı sayıda bireyde gözlemlenmiş olanı söz konusu bireylerin de içinde yer aldıkları bütün bir sınıfa yayma süreci, onun sınıfın tüm üyeleri için geçerli olduğunu öne sürme tavrı. 4. Bir sınıfa, başka bir sınıf için geçerli olduğu gözlemlenen şeyi, iki sınıf arasındaki kimi benzerliklere dayanarak yayma, teşmil etme işlemi. 5. Bu tür işlemlerin, yani başta tümevarımsal olmak üzere, analogi v.b.g., türünden akıl yürütmenin sonucu olan genel kavram, fikir veya kavrayış.” Cevizci, “genelleme”, **Paradigma Felsefe Sözlüğü**, s. 376.

düşük olabileceği varsayımının dikkate alınarak buna uygun bir pozisyonda istihdam edilmesinin düşünülmesi, bu kişiye birey olarak saygılı davranmamak ve potansiyel olarak ona adaletsizlik yapmak olarak değerlendirilebilir⁴⁵².

Öyleyse kişinin, genellemelerin pençesinden kurtarılması ve onun birey olduğu gerçeğinin anlaşılması önemlidir. Bunun için de birey olmanın ne demek olduğunun belirlenmesi gerektiğinden birey ile kastedilenin ne olduğunu anlamaya çalışalım. Ayrı varlıklar olmanın yanı sıra kişiler birinden diğerine önemli şekillerde değişkenlik gösterme anlamında bireydirler. Ancak bazı nesneler böyle değildir. Üretim hattından çıkan her otomobil, metafizik açıdan bir singleton olsa da, hepsi birbirinin kopyası olabilir. Kopyaları olmayan şeye gelince; o, sadece tekil olma anlamında değil, aynı zamanda benzersiz olma anlamında da bir bireydir. Bu fikir, bir birey olmaya yakın görünmekle birlikte ilgili özgünlüğe neden olan benzerliğin veya farkın boyutlarını açıklamadığından eksiktir. İnsanları benzersiz kılan özerklikleridir. İnsanlar, özerk olduklarından kendi seçimlerinin, eylemlerinin sahipleri ya da yaratıcıları konumundadırlar. Bu özellik, önemli bir biçimde, diğer nesnelerin olmadığı şekilde, insanları benzersiz varlıklar yapar. Benim seçimlerimin bana ait olması, sizin seçimlerinizin de size ait olması, insanların ortak olarak sahip oldukları bir niteliktir. Ve bu özellik yani özerklik, insanları birbirinden ayıran yöndür⁴⁵³. Bundan ötürü özerklik, büyük ölçüde, kendini belirleme meselesi olarak anlaşılmaktadır; kişiyi kümülatif olarak insan yapan, kendine ait seçimlerle kendisini yönetme kabiliyetinin adıdır⁴⁵⁴.

Kişinin kendi başına düşünebilme, seçimler yapabilme, kendisi ile ilgili kararlar verebilme, verdiği kararlar doğrultusunda eylemde bulunabilmesidir özerklik. Bizi diğerlerinden ayıran yönlerimizden biri olan özerklik, kişinin kendi yaşamını oluşturmastır. Raz'ın deyişiyle özerklik:

“bir kendini yaratım fikridir. ...Özerk kişi, kendi yaşamının kısmi yaratıcısıdır. Kişisel özerklik ideali de bir yere kadar kendi kaderlerini kontrol eden, onu yaşamları boyunca birbirini izleyen kararlarla biçimlendiren insanların görüşüdür. ... Özerklik,

⁴⁵² Miller, **Principles of Social Justice**, s. 168-169.

⁴⁵³ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 137-138.

⁴⁵⁴ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 139.

zorlanmış tercihler yaşamına karşıdır. Tercihsiz bir yaşamla, ya da kişinin seçme hacmini asla kullanmadan yaşamda sürüklenip gitmeyle tezat oluşturur. Açıkça, özerk bir yaşam belli derecede kişiyi kendisinin farkında olmak zorunda bırakan bir yaşamdır.⁴⁵⁵

Bu noktada kişisel özerklik ve ahlaki özerklik arasındaki farka da değinmek yerinde olacaktır. Raz bu farkı şöyle açıklamıştır⁴⁵⁶:

“Bireysel iyiliğin özel bir düşüncesi olan kişisel özerklik, çok dolaylı bir şekilde tek alakalı ahlaki özerklik kavramıyla karıştırılmamalı. İkinci kavram, ahlakın kendi- kabul edilen ilkelerden oluşan Kantçı düşünceden doğar. ...Diğer tüm uyarlamalarda olmasa bile Kant'ta, insanların mantıklı olarak yasalaştırabileceği ve herkes için aynı olan bir dizi ilkelere izin verdiğinden yaratım kendisini sıfıra indirgemıştır. Hiç kimse basitçe mantıksız olarak ve onları kabul etmeyi reddederek onların kuralından kaçamaz. Aksine kişisel özerklik, kişilerin kendi yaşamlarını seçmesi özgürlüğü ile ilgili bir doktrindir.⁴⁵⁷”

Raz'da özerklik düşüncesi ile özerk bir yaşam arasında önemli bir bağ vardır:

“Özerklik düşüncesi, özerk bir yaşamın düşüncesidir. ... Özerklik koşulları karmaşıktır ve üç ayrı bileşenden oluşur: uygun zihinsel yetenekler, yeterli seçenek çeşidi ve bağımsızlık. Eğer bir kişi kendi yaşamının yapıcısı ya da yaratıcı olacaksa, o halde yeterli düzeyde karmaşık türde niyetler şekillendirecek ve onların yapılmasını planlayacak zihinsel yeteneklere sahip olmak zorundadır. Bunlar en alt düzeyde akılcılığı, hedeflerini gerçekleştirmek için gerekli araçları idrak edebilme yeteneğini, eylemleri planlamak için gerekli zihinsel işlevleri vs. içerir. Bir kişinin özerk bir yaşam sürebilmesi için, bu yetenekleri nasıl bir yaşama sahip olunacağına dair kullanması gerekir. Başka bir deyişle, arasından seçebileceği yeterli seçeneklerin mevcut olması gerekir. Son olarak, tercihi, başkaları tarafından baskı ve yönlendirmeden özgür olmalı, kendisi de bağımsız olmalıdır. Tüm üç koşul da zihinsel yetenekler, seçeneklerin yeterliliği ve bağımsızlık dereceye imkân

⁴⁵⁵ Joseph Raz, **Özgürlük Ahlakı**, Çev. Gürkan Özturan, Sakarya, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2016, s. 329-331.

⁴⁵⁶ Raz, **Özgürlük Ahlakı**, s. 330, dipnot 2.

⁴⁵⁷ Gerald Dworkin'in analizinde ise ahlaki özerklik, bir kişinin “kendi ahlaki ilkeleri” nin olup olmamasıyla ilgilidir. Kişisel özerklik ise, aksine, daha genel bir kapsamdadır ve Raz'ın ifade ettiği gibi, “temelde insanların kendi yaşamlarını seçme özgürlüğü” ile ilgilidir. Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 139.

tanır. Hem birincil hem ikincil anlamlarıyla özerklik bir derecelendirme meselesidir. Bir kişinin yaşamı, daha fazla ya da daha az özerk olabilir. ...⁴⁵⁸”

O halde özerkliğin dikkate alınmaması ve herkesin aynıymışçasına ele alınması hatalı bir yaklaşımdır ve her bir insan tekinin biricikliğinin görülmesinin önünde engel oluşturduğundan bu tür muameleler saygısız olarak kabul edilmektedirler.

2. Görüşe Yöneltilen Eleştiriler

Eidelson’un teorisinde iki bileşenin önemli rol oynadığı görülmektedir; kişinin kendisinin amaç olması ve özerklik. Fail, kişinin belirtilen özelliklerinden herhangi birine uygun ağırlığı vermediğinde o kişiye karşı saygısızlık etmiş olur. İnsanlara, insan olarak saygı göstermek için onlara, değerli özerk varlıklar olarak, birbirleriyle eşit değerdeki varlıklar olarak, muamele edilmesi gerekir. Buna göre ilk bileşenin yani amaç olma bileşeninin hem karşılaştırmalı olan hem de karşılaştırmalı olmayan bir içeriğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Karşılaştırmalı değildir; çünkü fail teemmül ederken her bireyi ayrı ayrı amaç olarak değerlendirmelidir. Karşılaştırmayı da içerir; çünkü herkes eşit bir biçimde amaç olarak ele alınır. Bununla birlikte aynı şey özerklik bileşeninde karşımıza çıkmamaktadır. Eidelson özerkliği yalnızca karşılaştırmalı olmayan bir biçimde kurgulamıştır. Bunun ise biraz düşündürücü olduğu ileri sürülmektedir. Bu itirazı açıklamaya çalışalım. Hem Y’ye hem de Z’ye özerk bireyler olarak muamele edildiğini ve hem Y’nin hem de Z’nin kendilerinin de özerk bireyler olarak kendilerini iyi bir şekilde temsil ettiklerini ve failin, her iki bireyin kendilerini temsil ediş biçimlerine belirli bir ağırlığı verdiği bir durumu ele

⁴⁵⁸ Raz, **Özgürlük Ahlakı**, s.332. Seçeneklerin yeterli olmasının önemi Raz’ın şu sözlerinde açıkça ortaya koymaktadır: “İşimiz ya da arkadaşlarımızı tercih etmede hiç etkimizin olmaması katlanılmazdır. Ama mesela ne zaman banyo yapıp ne zaman saçımızı tarayacağımız gibi ufak tefek şeylere de karar veremememiz de eşit derecede kabul edilemezdir. Yeterli tercih gerekliliğinin bu yönü, kontrolümüzün yaşamamızın her alanına yayılabildiğini güvence altına almak için gereklidir. Bu, kişinin kendi yaşamının yaratıcısı olması fikrinde gereklidir.

Yeterlilikle ilgili bir başka düşünce, mevcut seçeneklerin çeşitliliğiyle alakalıdır. Açıkça, sayı değil çeşit önemlidir. Yüzlerce birbirinin aynı olan ve aynı konumlandırılmış ev arasından tercih yapmak tercih değildir; mesela şehirde bir daire ve müstakil ev arasında bir tercihle karşılaştırıldığında. İnsan türünün genetik olarak desteklediği bazı kapasiteler, onların kullanımı için doğuştan dürtülerle gelir. ... Özerk olmak ve özerk bir yaşama sahip olmak için, bir kişi, insanların, yapmak için doğuştan gelen dürtülere sahip olduğu tüm kapasitelerini, aynı zamanda hiçbirinin gelişmesinin azaltmadan yürüttüğü faaliyetlerin tamamını yaşam boyu sürdürmesini sağlayacak seçeneklere sahip olmalıdır.” Raz, **Özgürlük Ahlakı**, s. 334.

alalım. Fakat Z'nin kendini temsil edişine ilişkin kanıtlara, Y'ninkinden daha fazla ağırlık veren fail, bundan ötürü Z'nin belli bir suç kategorisinde fazlasıyla yer alan bir grubun üyesi olmasına rağmen, yasalara uygun davranan bir vatandaş olduğuna ve herhangi bir cezai harekette bulunmadığına sonucuna varır. Halbuki fail, Y hakkında benzer çıkarımlarda bulunmak için daha fazla kanıt gereksinim duymaktadır. Bu tarz bir muamelenin de esasen Y'ye karşı saygısızlık olduğu ve dolayısıyla özerkliğin karşılaştırmalı olmayan bir biçimde kurgulanmasının sorunlu olduğu ifade edilmektedir⁴⁵⁹.

Kasper Lippert-Rasmussen, Eidelson'un görüşüne ilişkin diğer bir sorunlu noktanın, Larry Alexander'ın görüşünün savunmasız kaldığı, hayvanlar üzerinde deney yapan araştırmacılar örneği özelinde belirginleştiğini ileri sürmektedir. Hatırlanacağı üzere bu örnekte Lippert-Rasmussen, hayvanlar üzerinde insanlar yararına deney yapan iki araştırmacıyı ele almaktadır. İlk araştırmacı, eşitlikçi olmayan araştırmacı diyelim, hayvanların insanlardan daha düşük ahlaki değeri olduğuna inanmaktadır. İkinci araştırmacı ise, eşitlikçi araştırmacı diyelim, hayvanlarla insanların eşit ahlaki değerleri olduğuna inanmaktadır. Her iki araştırmacı da sahip oldukları bu inanışlar çerçevesinde araştırmalarını sürdürmektedirler. Lippert-Rasmussen, Alexander'ın savunduğu gibi, ayrımcılığın basit bir biçimde ahlaki statüye ilişkin doğru olmayan yargıyı yansıttığı için kötü olamayacağını, eğer öyle olsaydı, doğru olmayan yargının yani eşitlikçi olmayan araştırmacının yargısının eylemi daha kötü yapması gerekirken sezgilerimizin bize hayvanlarla insanların ahlaki değerleri eşit ise, bunu bildiği halde bu doğrultuda eylemde bulunmayan eşitlikçi olan araştırmacının eyleminin daha kötü olduğunu söyler. Bu sebeple de Alexander'ın görüşünün bu örnekte yanlış olanın ne olduğunu açıklamakta zorlandığını iddia eder⁴⁶⁰.

Peki Eidelson'un görüşünün de Lippert-Rasmussen'in örneğinde yanlış olanın ne olduğunu açıklamakta zorlandığı söylenebilir mi? Eidelson, menfaat tezinin eşitlikçi araştırmacının eyleminin, ele aldığı varlıkların değerini eksik değerlendirse de, neyin saygısız olduğunu açıklayabileceğini ancak eşitlikçi olan ve

⁴⁵⁹ Lippert-Rasmussen, "Respect and Discrimination", s. 325-326.

⁴⁶⁰ Lippert-Rasmussen, "Respect and Discrimination", s. 315-323.

eşitlikçi olmayan araştırmacıların teemmüllerinde hayvanların menfaatlerine vermeleri gerekenden çok daha az ağırlık verdiklerinin de bir sorun oluşturduğunun farkındadır. Eidelson, bu sorunu aşmak ve Lippert-Rasmussen'in eleştirilerinden korunmak için yanlış tanımanın dereceleri ya da türleri denebilecek olan kavramlar arasında ayırım yapılması gerektiğini belirtir⁴⁶¹.

Bu ayrıma göre bazen eş anlamlı gibi kullanılsalar da saygısızlık (disrespect) ve hor görme (contempt) aslında tam olarak aynı anlama karşılık gelecek biçimde kullanılmamalıdır. Bu, saygı ve saygısızlığın kullanımlarıyla daha net bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Saygı ve saygısızlığın, bir anlamda, birlikte kapsayıcı olduğu yani bazı durumlarda bir şeye saygı göstermeyerek saygısızlık yapmış olunabilirse de saygısızlık ile yakından ilgili olsa da hor görme bu özelliği paylaşmıyor gibi görünüyor. Hor görme, bir şeye saygı göstermeyi reddetmekle, o şeye bir çeşit karşı koymakla, ona meydan okumakla ilgilidir. Bu yönüyle hor görme, bir şeye saygı duyma sebeplerini görmek ama yine de bunun kabul etmemektir. Aslında çoğu tipik ırkçının, beğendikleri kişilerin değeri ya da ahlaki statüleri hakkında yanlış inançlara sahip olduklarını düşünmek bir anlamda iyimser bir yaklaşım olarak da değerlendirilebilir. Evet, bazı örneklerde, örneğin Amerika kıtasına ilk kez giden beyaz insanların, belki de, eşit değere sahip olmalarına rağmen fenotipik olarak onlar için yeni olan insanları tanımakta başarısız olmalarının arkasında yanlış inançları bulunmaktaydı. Ancak çoğu ırkçı vakada söz konusu olan ırkçıların hoşlanmadıkları kişilerin eşit kişiliklerini kavramamaları değil, onların eşit kişiliklerini inkar etmeleri, reddetmeleridir. İki uç vaka, bunun açık örneği olarak değerlendirilebilir: Ruanda'da soykırımı gerçekleştirenlerin hatası, Tutsileri hamam böceklerinin eşdeğerleriymişlercesine ele almak değildi, Tutsilere sanki hamam böcekleriymişcesine muamele etmeyi seçmeleriydi. Benzer şekilde Naziler de kendilerini, mağdurlarında saygı duyulacak herhangi bir şey olmadığına ikna ederek, mağdurlarının da ahlaki statüye sahip insanlar olduklarını reddetmişlerdir⁴⁶².

Eidelson insanların değerlerinin tanınmaması ile onların değerini tanımayı reddetmek veya bundan kaçınmak arasında bir fark olduğunu ve insanların, insan

⁴⁶¹ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 101-107.

⁴⁶² Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 105.

olmaları sebebiyle sahip oldukları değerin reddedilmesinin, onların sahip oldukları bu değerin tanınmaması ile kıyaslandığında daha kötü olduğunu savunur. Bundan dolayı da teorisinin, eşitlikçi olmayan araştırmacının eyleminin eşitlikçi olan araştırmacının eyleminden daha kötü olduğu sonucunu ortaya çıkarmadığını düşünmektedir. Ona göre eşitlikçi olmayan araştırmacı, hayvanların değerini yanlış değerlendirmekte ama hayvanları hor görmemektedir. Buna karşılık eşitlikçi araştırmacının eylemi, eşitlikçi olmayan araştırmacının eyleminden daha kötü olabilir çünkü onun eyleminin, hayvanların ahlaki durumunu dikkate almayı reddetmesi sebebiyle eşitlikçi olmayan araştırmacının eyleminin aksine, hor gören bir yönü olabilir. Menfaat tezinin ve sıradan saygısızlık ile hor görme arasındaki farkın, kendi saygısızlık temelli ayrımcılık görüşünün Alexander'ın saygısızlık temelli ayrımcılık görüşünden daha güçlü olmasının nedeni olduğunu ileri süren Eidelson, bu sebeple kendi teorisinin Lippert-Rasmussen'in eleştirilerine göğüs gerebileceğine inanmaktadır⁴⁶³.

Lippert-Rasmussen ise teorisini güçlendirmek için hor görme kavramını kullanan Eidelson'un teorisinin hor görme kavramını, üç temel varsayıma dayandırarak ele aldığı çıkarımında bulunur. Bunlar; daha büyük saygısızlığın ahlaki olarak daha yanlış olduğudur, ceteris paribus; hor gören saygısızlığın hor görmeyen saygısızlıktan daha saygısız olduğudur, ceteris paribus ve son olarak eşitlikçi araştırmacının eyleminin hor gören saygısızlık olmasına karşılık eşitlikçi olmayan araştırmacının eyleminin hor görmeyen saygısızlık içerdiğidir. Ancak bu varsayımların her birinin farklı sorunlar barındırdığı ileri sürülmektedir⁴⁶⁴. Öncelikle saygısızlığın çeşitli derecelerde bulunduğu ve daha büyük saygısızlığın daha büyük yanlışlığa neden olduğu iddiasını ele alalım. Bu iddianın kabul edilmesi halinde neden ahlaki değere ilişkin olarak da benzer bir gerekçelendirme yolunun takip edilmediğinin de açıklanması gerektiği fakat teoride buna yer verilmediği belirtilmektedir. İkinci varsayımda ise yani hor gören saygısızlığın hor görmeyen saygısızlıktan daha saygısız olduğu, bu varsayımın ise hor görmenin olağan anlamının hor görmeyen saygısızlıktan daha saygısız olmasına rağmen Eidelson'un

⁴⁶³ Eidelson, **Discrimination and Disrespect**, s. 103-107

⁴⁶⁴ Lippert-Rasmussen, "Respect and Discrimination", s. 327.

görüşünde yer verildiği şekliyle hor görmenin gerçekten daha saygısız olup olmadığının açık olmadığı belirtilmektedir. Eidelson'un işaret ettiğine göre hor görme, hor gördüğünüz bireyin ahlaki statüsünün tanınmasını içerir. Bu yönüyle hor gören saygısızlığın hor görmeyen saygısızlıktan daha iyi olduğu söylenebilir zira hor gören saygısızlık, bir anlamda hor görülen nesnenin tanınması anlamını da barındırmaktadır. Şu örnek belki anlatılmak isteneni daha açık hale getirebilir; kölelerin alt insan olduklarına inanan bir köle sahibi mi daha kötüdür yoksa kölelerin de kendisiyle ahlaki açıdan eşit olduklarına inanan ama onların insan eşitliğini “kasten reddeden” köle sahibi mi? Cevap, kölelerin de kendisiyle eşit ahlaki statüde olduğunu kabul eden köle sahibini işaret eder⁴⁶⁵.

Bu yoruma göre, hor görmenin, genellikle failin hor gördüğü kişiye yönelik kötünietini ya da açık düşmanlığını içerdiği yanıtı verilebilir. Benzer şekilde, Eidelson'un görüşünde de hor görmenin, failin teemmüllerinde hor görmeyen ayrımcılık vakalarının içerdiğinden daha büyük kusuru barındırıyor gibidir; hor görmeyen saygısız kişiden farklı olarak hor gören kişi, teemmüllerindeki çelişki üzerine düşünmeye isteklidir. Bu ise üçüncü varsayımın incelenmesini gerektirir. Çünkü Lippert-Rasmussen, hayvanlar üzerinde deneyler yapan araştırmacılar örneğinde araştırmacının deney objelerine yönelik herhangi bir düşmanlık beslemesini şart koşmamıştır. Ama hor görmenin kötüniet ve düşmanlık içerdiğinin kabulü, hor görmeyen saygısızlığın düşmanlık içermeyeceği anlamına gelmemektedir. Hor görmeyen saygısızlık da düşmanlık içerebilir. Bundan dolayı hor gören saygısızlığın hor görmeyen saygısızlıktan daha kötü olup olmadığının test edilmesi için her iki araştırmacının da deney objelerine yönelik kötünietleri olmadığı belirtilmelidir. Benzer bir noktanın, epistemik hatalar için de geçerli olduğu savunulmaktadır. Buna göre eğer eşitlikçi araştırmacı, bir noktada, durumun ne olduğunu bildiğine tam olarak inanmadığı için epistemik olarak suçlu ise, o halde, benzer bir şekilde, eşitlikçi olmayan araştırmacının da aynı derecede epistemik olarak kusurlu olduğu belirtilmelidir; örnekte, eldeki kanıtlardan hayvanlarla

⁴⁶⁵ Lippert-Rasmussen, “Respect and Discrimination”, s. 327.

insanların aynı değere sahip oldukları sonucunu çıkaramadığı için⁴⁶⁶.

Andrea Sangiovanni de Eidelson'un saygısızlık temelli görüşünün kapsamlı bir çalışma olmasına rağmen, bazı noktaları yeterince aydınlatamadığını açıklamakta ve Eidelson'un değindiği bazı hususları eleştirmektedir. İlk eleştirisi Eidelson'un terfi örneğine dairdir. Hatırlanacağı üzere bu örnekte Adam, Arap kökenli olduğu için Fatima'yı terfi ettirmemekte, Onun yerine Christopher'ı tercih etmektedir. Çünkü ırklarından ötürü arap kökenlilerin refahları ile daha az ilgilenmektedir. Halbuki Eidelson ırkın bu konuda hiçbir ilgisi olmaması gerektiğini savunur. Ona göre Adam'ın kararı, ilgisi olmayan bir durumun hesaba katılmasıdır. Bu, saygısız bir eylemdir ve bundan ötürü de yanlıştır. Sangiovanni ise Eidelson'un yaptığı bu normatif çıkarımın kişinin eşit değeri ile ilgisi olmadığını belirtir. Eidelson ırkın insanlara farklı davranmak için iyi bir sebep olmadığı düşüncesini temel almakta ama neden bu düşüncüyü tercih ettiğini de yeterince açıklamamaktadır. Dolayısıyla Sangiovanni, Eidelson'un teorisinde ırkın neden ve aslında ne zaman yapılan tercihlerde ilgisiz bir rol oynadığının -mesela üniversitelerin ırklara ilişkin kotaları yahut özel önlem programları göz önüne alındığında belirli özelliklere sahip olmak bu şekilde yorumlanmayabiliyor- aydınlatılmadığı eleştirisini yöneltir. Eidelson'un verdiği bu örneğin, insanlar arasında ırklarına göre farklılık gözetmenin ne zaman ve neden onların eşit ahlaki değerlerine saygısızlık olarak ele alındığını söylemediğinin altını çizer. Ayrıca Eidelson'un aksi için iyi bir sebep olmadıkça kişilerin menfaatlerine eşit bir biçimde ağırlık verilmesi gerektiğine ilişkin savının da yeterli olmadığını ifade eder. Çünkü Sangiovanni'ye göre bu aslında "ilgili sebepler"e dair bağımsız görüşün sorumluluğunu gündeme getirmektedir⁴⁶⁷.

Sangiovanni saygı temelli görüşe ilişkin bir diğer itirazını da İngiliz hükümetinin çalışma yaşamına ilişkin aldığı bir karar üzerinden şekillendirir. Bu kararda İngiltere hükümeti, çalışma içi faydalara ilişkin İngilizlerin sahip olduğu haklara, AB göçmenlerinin ilk 4 yılki oturumlarına erişimlerini kısıtlayıcı düzenlemeler yapmaya çalışmıştır. Bu düzenleme Eidelson'un görüşleri

⁴⁶⁶ Lippert-Rasmussen, "Respect and Discrimination", s. 327-328.

⁴⁶⁷ Andrea Sangiovanni, **Humanity without Dignity: Moral Equality, Respect, and Human Rights**, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2017, s. 130.

doğrultusunda akıllara, çalışma içi faydalara erişimlerinin kısıtlanmasının, yeni AB göçmenlerinin insanlar olarak sahip oldukları saygı ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorusunu getirebilir. Sangiovanni, Eidelson'ın muhtemelen bu soruna, yeni AB göçmenlerinin menfaatlerini gözardı etmek için iyi bir neden olmadıkça AB göçmenlerinin menfaatleri ile Britanyalıların menfaatlerine eşit ağırlık verilmesi halinde bu tür muamelenin uygun olduğu cevabını vereceğini iddia eder. Böylesi bir yanıtın ise AB göçmenlerinin menfaatlerinin farklı bir biçimde ele alınması için haklı bir gerekçenin olup olmadığı ve eşit ahlaki değer ilkesinin bu hususun belirlenmesi noktasında nasıl bir işlevi olabileceği sorularını yanıtsız bırakmış olacağı için yetersiz kaldığı eleştirisini yöneltir⁴⁶⁸.

C. Alçaltıcı Anlama Dayalı Saygısızlık Görüşü

1. Görüşün Temel Tezleri

Bu kısımda Deborah Hellman tarafından savunulan ve failin eyleminin nesnel anlamını ön plana çıkaran görüş incelenecektir⁴⁶⁹. Nesnel anlam, sizin niyetiniz ne olursa olsun, eylemleriniz aracılığıyla nesnel olarak anlamı belirlenmiş bir şeyi ifade edebileceğinize işaret eder. Diyelim ki ayak tabanını göstermenin saygısızlık ve kaba bir hareket olarak değerlendirildiği bir ülkede tatilinizi geçirmektesiniz. Yabancıları olduğunuz bu şehri tanımak için uzun saatler boyunca yürüdünüz ve artık akşam olduğunda dinlenmek için oturduğunuz kafede içeceğinizi yudumlarken ayaklarınızı biraz olsun havaya kaldırarak rahatlamaya çalışıyorsunuz. Eyleminizin söz konusu ülkede ne anlama geldiği hakkında hiçbir fikriniz de yok. Siz sadece yorgunluğunuzu azaltmanın derdindesiniz. Öyle olsa bile eyleminiz ile kafedeki diğer kişileri rahatsız ettiğiniz ifade edilebilir mi? Bazı durumlarda amacınız, başkalarına karşı saygısızlık etmek, onlara yönelik saldırganca bir eylem

⁴⁶⁸ Sangiovanni, **Humanity without Dignity: Moral Equality, Respect, and Human Rights**, s. 130-131.

⁴⁶⁹ Hellman aslında, ayrımcılığın neden yanlış olduğuna dair en temel açıklamanın insanların ahlaki eşitliği ile ilişkili olması olduğunu düşündüğünden teorisinin saygı değil, eşitlik odaklı olduğunu belirtmektedir. Ancak saygı ve eşitliğin onun görüşünde birbirleri ile ilişkili kavramlar olmasından ötürü, zira birine saygısız davranmak, ona diğer insanlardan daha az eşit olduğunu gösterecek bir şekilde muamele etmektir, ben onun görüşünü saygı odaklı bir teori olarak sunuyorum. Benzer yönde bkz. Beeghly, "Discrimination and Disrespect".

içinde bulunmak olmasa da ilgili kültür çevresinde eyleminizin nesnel anlamı sizin eylemlerinizin taşıdığını düşündüğümüz anlamdan farklı bir biçimde değerlendirilebilir. Buradan çıkan sonuç ise eyleminizin nesnel anlamı ile eyleminizin öznel temsilinin birbirlerinden ayrılabilirdir⁴⁷⁰.

Nesnel anlama dayalı görüş, ayrımcılığın yanlışlığını eylemlerin ifade ettiği anlamlarda temellendirmektedir. Örneğin siyahların daha değersiz olduklarına işaret eden toplumsal ayırma, haklılandırılması mümkün olmayan ayrımcılıktır. Bu yaklaşım, özellikle, evliliğin karşı cinsiyetle gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin sınırlamalara yöneltilen eleştirilerin anlaşılması açısından da elverişlidir. Çünkü bazı devletlerde, aynı cinsiyetten birlikteliklerdeki kişiler ile farklı cinsiyetteki birlikteliklerdeki kişilere aynı haklar ve sorumluluklar sağlanmasına rağmen ilkinin evlilik kurumunun bir parçası olmasına izin verilmeyip ikincisi açısından bu izin olağan görülmektedir. Bu farklılıktan ötürü de devletin aynı cinsiyetten kişiyle birlikteliği olanlara sanki daha aşağıdalarımışçasına bir mesaj verdiği savunusunda bulunmaktadır. Ayrımcılığı eylemin ifade ettiği anlam çerçevesinde tartışan anlam temelli görüşlere göre, evliliği ayrı cinsiyetteki kişilerin birlikteliği olarak tanıyan ve aynı cinsiyetteki kişilerin evlenmesini sınırlayan kanunlar, bu tür kanunların ifade ettiği anlamdan ötürü, söz konusu yasaktan etkilenenler açısından ayrımcılık teşkil etmektedir⁴⁷¹.

Anlaşılmaktadır ki nesnel anlama dayalı görüşler, dikkati ayrımcılık failinin zihinsel durumuna ya da niyetine yöneltmeksizin sadece eylemin nesnel anlamına verir. Nesnel anlama dayalı görüşler, sadece belirli sözcüklerin anlam belirttiklerini iddia etmez. Konuşma dışı eylemlerin de anlamları olduğunu savunur. Bu sebeple önemli olan tek başına sözcüklerin kendisi değildir; sözcüklerin anlamıdır. Hatta sadece sözcüklere değil, anlam içeren diğer nesnelere ve eylemlere de dikkatimizi vermemiz gerekmektedir. Örneğin failin hakaret anlamını taşıyan bir el hareketini yapması yahut hakaret anlamı taşıyan bir eylemde bulunması da nesnel anlama dayalı teori açısından yeterlidir.

⁴⁷⁰ Glasgow, “The Meaning and Wrongness of Discrimination”, s. 120-121.

⁴⁷¹ Hellman, “Review of Kasper Lippert-Rasmussen, Born Free and Equal?: A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination” .

Ayrımcılığın yanlışlığını ortaya çıkarmak bakımından ne failin zihinsel durumunu öne çıkaran görüşlerin ne de kişinin kendisinin kontrol edemediği özelliklerin yeterli olduğunu savunan Hellman'a göre, insanlar arasında ayrımlar yapıp onlara farklı biçimde muamele edildiğinde ayrımcılığın meydana geldiği ifade ediliyorsa da her türlü farklı muamele haksız olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca belirli özelliklere sahip olma temelinde insanlar arasında ayrımcılık yapmanın özü gereği yanlış olmadığı da ortadadır. Dolayısıyla Hellman her türlü ayırım yapmanın haksız ve izin verilemez olduğunu iddia etmez⁴⁷². Aksine bazı durumlarda ayrımlar yapmanın gerekli ve izin verilebilir olduğunu düşünür. Başka bir deyişle, kimi eylemler ahlaki olarak yanlış olabilirler ve ayrımcı eylemler olarak kabul edilebilirler ancak bu eylemler, haklılandırılmayan ayrımcılığa örnek teşkil etmezler. Bu noktada hangi tür muamelelerin ayrımcılık olarak kabul edileceğinin tespiti önemlidir .

Hellman kendisinin kabul ettiği temel bir ahlaki ilkeye dayanarak neden bazı tür ayrımcılığın ahlaken yanlış olduğu sorusunu yanıtlar. Temel ilke, tüm insanların eşit ahlaki değere sahip olduklarıdır. Bu ilke iki alt ilkedен oluşur; birbirimize saygılı bir biçimde muamele etmemizi gerektiren bir değer ya da içkin bir onurun olduğu ve herkesin sahip olduğu bu değer ya da içkin onurun, sahip olunan diğer özelliklere bağlı olarak değişmediğinin kabulü⁴⁷³. Herkesin içkin onurunun olduğunu ve bundan ötürü birbirlerine saygılı bir biçimde muamele etmesi gerektiği ilkesi, bu anlamda başkalarının ona nasıl muamele edebileceğine dair ahlaki sınırlamalar getirir. İkinci alt ilke ise kişilerin farklı özellikler taşımalarına rağmen her bir kimsenin ahlaki açıdan diğerleriyle eşit değerde olduklarına vurgu yapar; bazı insanların daha akıllı, daha yetenekli, daha varlıklı vb. olmaları, onların daha yüksek ahlaki değerleri olduğu anlamına gelecek şekilde yorumlanamaz. Kişilerin içsel değerlerinin olması bir derecelendirme meselesi olarak kavranamaz. Neticede, tüm insanlar ahlaki açıdan eşit derecede önemli ve aynı derecede eşit ilgiye

⁴⁷² Hellman, failin veya politikanın, A kişisine X özelliğine sahip olması ya da olmaması nedeniyle B kişisinden farklı bir şekilde muamele etmesi halinde eylemin ya da politikanın doğrudan ayrımcılık oluşturduğunu savunur. Ayrıca bir politikanın, bir grup insanı başkalarına kıyasla belirli bir özelliğe sahip oldukları için, söz konusu özelliğe sahip olduklarından dolayı onlar üzerinde farklı bir etkiye sahip olmasının da dolaylı ayrımcılık olduğunu ifade eder. Hellman, "Discrimination and Social Meaning", s. 98.

⁴⁷³ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 6.

ve saygıya değerlidirler⁴⁷⁴. Hellman'ın teorisinin temelini gömülü olduğu husus da burasıdır; herkesin eşit derecede ilgiye ve saygıya değer oldukları. İnsanların onur sahibi olmaları, birbirlerine saygıyla davranmalarını gerekli kılar. Aksi tutumlar yani insanlar arasında bu husus gözetilmeden ayrımların yapılması, onların eşit ahlaki değere sahip oluşlarının ihlali olarak değerlendirilir.

İnsanlar arasında ayrımlar yapmaya başlandığında, bu durumun sonucu olarak, onlara farklı şekilde muamele edilmesi söz konusu olur. Bu takdirde eylem, izin verilebilir bulunabileceği gibi sınıflandırmaya dayalı endişelerin altında yatan ahlaki kaygılar ile ilgili olmayan nedenlerden dolayı izin verilebilir bulunmayabilir de. Eylemin izin verilebilir bulunmamasının bir diğer sebebi ise kişilerin eşit ahlaki değere sahip oldukları ilkesine aykırı olmasıdır⁴⁷⁵. Elbette kurumlar ve kişiler herkese her koşulda eşit bir biçimde muamele edemez ya da bütün uygulamaların herkes için aynı koşulları taşıması beklenemez. Hatta bu rasyonel de olmaz. Örneğin herkesin, hangi yaşta olursa olsun, araç kullanmasına izin verilmesi ya da sadece 1 kişi için açılmış olan bir pozisyona 10 kişinin alınması pek pratik ve makul görünmemektedir. Bu da bizi, eylemlerin ve uygulamaların, ne zaman farklı özelliklere sahip olanlara eşitler olarak muamele edilmesine aykırı bir hal aldığını araştırmaya yöneltmektedir. Hellman, muamelenin ya da uygulamanın alçaltıcı olması halinde ayrımcılık görünümüne ulaştığını savunur⁴⁷⁶. Ona göre belirli özelliklere dayanarak farklılık gözetmek, kişileri alçaltan bir işlev görerek genel ya da belirli bağlamlarda, hatalı bir şekilde kişinin ahlaki değerinin inkârı anlamına gelebilir.

Hellman bir kişiyi alçaltmayı, ona bir başkasından daha az değerliymişçesine muamele edilmesi olarak tanımlar. Burada dikkati çeken husus, kendisine karşı alçaltıcı muamelede bulunulan ayrımcılık mağduruna yöneltilmiş olan muamelenin, bir başka kişiye yöneltilmiş olan muamele ile mukayese edilmesidir. Zira Hellman çalışmasının çeşitli yerlerinde alçaltmanın karşılaştırmalı

⁴⁷⁴ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 6.

⁴⁷⁵ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 18.

⁴⁷⁶ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 29; Hellman, "Discrimination and Social Meaning", s. 102.

bir kavram olduğuna işaret etmektedir⁴⁷⁷.

Şimdi Hellman'ın fikirlerini biraz daha yakından inceleyelim. Öncelikle Hellman, ayrımcılığın kişileri alçalttıklarında yanlış olduğunu ileri sürmektedir. Bir kişiyi alçaltmak ise ona daha az değerliymişçesine, tam olarak insan (fully human) değilmişçesine veya eşit ahlaki değeri yokmuşçasına muamele etmektir⁴⁷⁸. Alçaltmak, sadece hakaret etmek değildir; aynı zamanda birini daha aşağı bir yere koymak, küçük düşürmek ve aşağılamaktır⁴⁷⁹. Bu yönüyle ayrımcılığın ahlaken yanlışlığını alçaltıcı olmasına dayandırmak, ifade edici/(açıklayıcı) boyuta karşılık gelmektedir⁴⁸⁰.

Gerçekleştirilen kimi eylemlerin, ilgili kişileri alçaltıcı, küçük düşürücü olması bu tür muamelelerin neden ayrımcılık olarak ele alındığı sorusunu gündeme getirir. Hellman'ın bu soruya cevabı hazırdır: “Alçaltmak yanlıştır çünkü insanların eşit ahlaki değere sahip oldukları gerçeği onlara bu şekilde muamele etmememizi gerektirir. Bu türden muamelede bulunmak zarara sebep olmasa dahi birbirimize daha önemsiz varlıklarmışçasına muamele etmememiz gerekir⁴⁸¹”.

Alçaltmak, en basit anlamıyla kişinin değerinin azaltılmasıdır. Kişiye karşı gerçekleştirilen muamelenin alçaltıcı olmasının, ilgili kişinin değerinin düşüklüğüne, daha az saygıyı hak ettiğine yönelik bir mesajı ifade ettiği yorumunda bulunulabilirse de Hellman, sadece söz konusu ifade edici unsurun yeterli olmadığına ısrar eder.

⁴⁷⁷ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 33, 48; Ayrımcılığa ilişkin olarak yapılan eşitlik temelli ayrımcılık ve özgürlük temelli ayrımcılık ayrımlarının aslında belirsiz olduğunu belirten Hellman, bu tür ayrımlar yerine karşılaştırmalı ya da karşılaştırmalı olmayan şekilde ayrımlara gidilebileceğini ileri sürmekte ve kendisinin de savunduğu eşitlik temelli ayrımcılık görüşlerinin karşılaştırmalı olduğunu belirtmektedir: “Bir kanun ya da politika, insanlara eşitler olarak veya eşit ilgi ve saygı göstererek muamele edemeyip haksız bir biçimde ayrımcılık yaparsa önemli olan, yasanın ya da politikanın insanlara diğerlerine olduğu gibi eşitçe muamele etmesidir. Bir kanunun, insanlara eşitler olarak veya eşitçe muamele edip etmediğine ilişkin vurgu, söz konusu analiz için karşılaştırmalı bir boyutu gerektirmektedir.” Deborah Hellman, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman and Sophia Moreau, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 51-70, s. 54. Bu görüşe yönelik eleştiri için bkz. Sophia Moreau, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman and Sophia Moreau, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 71-86, s. 72-76.

⁴⁷⁸ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 35.

⁴⁷⁹ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 29.

⁴⁸⁰ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 35; Hellman, “Discrimination and Social Meaning”, s. 102.

⁴⁸¹ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 30.

Tek başına alçaltıcı bir biçimde muamele edilmesi yetersizdir; aynı zamanda diğerinin ikincil bir konuma itilmesi, önemsizleştirilmesi de gerekir. Zira küçümsemek, birini daha aşağı bir yere koymak, küçük düşürmek anlamlarını da içeren alçaltmak, yalnızca diğerinin eşit insanlığına yönelik bir saygısızlığın ifadesi değildir; alçaltmak aynı zamanda onun daha değersiz, daha önemsiz olduğuna ilişkin bir mesajın da ifadesidir⁴⁸². Bu unsur olmadığı takdirde, saygısızlıkla özdeşleştirilebilecek kimi muamelelerin bile mağdur üzerinde üstünlük kurulmasına, onun kendisini ikincil bir konumda hissetmesine yol açmadığını dile getirir⁴⁸³. Dolayısıyla Hellman'ın, alçaltmayı basit bir ifade edicilik ekseninde ele almadığı, daha özel bir anlamda kullandığı anlaşılmaktadır.

Alçaltmak, sadece diğerine eşit saygı gösterilmemesinin ifadesi olan bir saygısızlığın karşılığı olarak küçümsemek, küçük düşürmek ile ilgili değildir; güç boyutu olarak adlandırılan ikinci bir öge daha içerir. Bu boyutta, ikili ilişkinin taraflarından alçaltıcı eylemde bulunan yani diğerini daha aşağı bir yere koyan taraf, fail, alçaltılan taraftan daha güçlüdür; diğeri üzerinde bir etkiye sahiptir. Bu, bir güç ilişkisidir ve güç, ilişkide bulunulan diğeri kişiyi alçaltacak bir eylemde bulunabilme kapasitesine karşılık gelmektedir⁴⁸⁴.

Failin ayrımcılıktan etkilenen kişiden daha yüksek bir konumda olması ya da aralarında belirli bir derecede de olsa güç ilişkisi olması, bu görüşün ayırt edici yönlerindendir. Öyle ki kişinin, kendisiyle eşit konumda olan, aralarında herhangi bir hiyerarşinin yahut birbirlerini etkileme kapasitesinin olmadığı diğerini, diğeri unsurların da varlığı halinde, alçaltma olanağının olmadığı belirtilmektedir. Örneğin eşit statüdeki kişilerden biri, diğerine orta parmağını gösterirse veya onun suratına tükürürse bu eylem nedeniyle suratına tükürülen, kendisine orta parmak gösterilen kişi, eylemi gerçekleştiren kişiye kızmış ve bu eylemden ötürü incinmiş olabilir.

⁴⁸² Ancak Hellman alçaltmak ile daha önemsiz konuma getirmenin birbirine eşdeğer olmadığını; alçaltmanın tabi kılmaya yol açabileceğini fakat bunun tekrarlanan küçültücü eylemler sebebiyle doğabilen etkiler olduğunu, bu etkilerin olmayabileceğini de belirtir. Bundan ötürü de kişi herhangi bir özel durumda, insanlar arasında ayırım yapan bir politika ile alçaltıldığında, ahlaki bir iddiayı ileri sürmek için, kendisini alçaltılmış hissetmese de muamelenin alçaltıcı olduğu kabul edilmektedir. Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 30

⁴⁸³ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 35.

⁴⁸⁴ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 35,36, 57; Hellman, "Discrimination and Social Meaning", s. 103.

Fakat söz konusu ilişkide tarafların birbirlerini etkileme gücü bakımından eşitsiz bir durum bulunmadığından kişilerin birbirlerine karşı alçaltıcı, küçültücü bir eylemde bulundukları ileri sürülemez⁴⁸⁵.

İşverenin çalışanına “bana raporu getir” demesi örneğini ele alalım. İşverenin bu talebi çalışan açısından bir emirdir. Çalışanın işverene aynı şeyi söylemesi ise işverenine emir vermek istediği ya da kaba biri olduğu şeklinde yorumlanabilirse de söyleminin işvereni tarafından emir olarak anlaşılmayacağı nettir. Çalışan, bu ifadesiyle işverenine emir verememiştir çünkü emir vermek belirli bir otoriteye sahip olmayı gerektirmektedir. Alçaltmak, bu yönüyle emir vermek gibidir. Failin, eylemlerinden etkilenenlerin toplumsal konumlarını alçaltabilme gücünün olması gerekir⁴⁸⁶. Bundan dolayı işveren, çalışanını alçaltabilir ama çalışan, eğer işle ilgili herhangi bir bağlantıya veya güce sahip değilse işverenini alçaltamaz.

Bu görüşte, eylemin ya da politikanın alçaltıcı olduğu iddiasında, failin diğeri üzerinde gerçek bir gücünün bulunması gerekmektedir. Örneğin meslektaşına veya işverenime tükürdüğümde, tükürmenin kültürümüzdeki konvansiyonel karşılığı ele alındığında, onlara karşı saygısızca davrandığım açıktır ama meslektaşımı ya da işverenimi alçaltmamışımdır. Halbuki sokakta yaşaya bir kişiye tükürdüğümde onu alçaltmış olurum. Buradaki tükürme eylemi alçaltıcıdır. Çünkü tükürmenin konvansiyonel saygısızlığı ifade eden bir yönü vardır. Benim statüm ile evsiz kişinin statüsü arasındaki fark yani onu küçük düşürebilme potansiyelim ona yönelik saygısızlığımın ifadesidir⁴⁸⁷. Kısacası, Hellman’a göre herkes bu alçaltıcı güce sahip değildir ya da bu konumda bulunmamaktadır. İlgili statüde olabilmek için yeterli bir güç, hiyerarşik ya da kurumsal bir ilişki gereklidir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 35.

⁴⁸⁶ Hellman, “Discrimination and Social Meaning”, s. 103.

⁴⁸⁷ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 35.

⁴⁸⁸ Çocuğuna salak diyen ve bununla da yetinmeyip onun hiçbir şeyde iyi olmadığını dile getiren bir anneyi düşünmemizi isteyen Hellman, bu sözleri ile annenin çocuğuna hem alçaltıcı hem de saygısız bir şekilde muamele ettiğinin ifade edilebileceğini fakat çocuğa aynı sözleri, çocuğun sınıf arkadaşının sarf etmesi durumunda, bu sözlerin çocuğa yönelik saygısızlık olarak yorumlanabileceğini belirtmekle birlikte sınıfta çocuklar arasında bir hiyerarşi olmadığı sürece bu ifadenin alçaltıcı özelliğinin olmadığını savunur. Ayrımcılık örnekleri olmasalar da bu örnekler Hellman’ın görüşündeki alçaltmak ile kastedilenin ne olduğunun netleştirilmesi adına yararlıdır. Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 36.

Hellman alçaltma ile saygısızlık arasındaki ilişki sebebiyle alçaltmanın, kısmen konvansiyonel olduğunu belirtir. Nitekim saygı ifadesi olarak odaya girildiğinde şapkanın çıkarılması, yemek daveti için teşekkür notu yazılması, konuşurken hitap edilen kişinin gözlerinin içine bakılması; saygısızlık örneği olarak ise birine hareket çekilmesi ya da tükürülmesi, konuşurken diğerine yukarıdan bakılması ele alınabilir. Alçaltmak, kısmen saygısızlığı ifade etmektir ve saygısızlığın belirli bir kültürde nasıl ifade edildiğine ilişkin konvansiyonlara bağlıdır. Alçaltmak saygısızlığın, diğerinin eşit insanlığına saygısızlığın, ifade edilmesidir⁴⁸⁹. Fakat saygısız eylemlerin tümü alçaltıcı olmadıklarından saygısızlık tek başına yeterli bir koşul olarak ele alınmamalıdır. Saygısızlığın alçaltıcı olabilmesi, başka birinin eşit ahlaki değerine yönelik olarak gerçekleştirilmesine ve güç ilişkisinin varlığına bağlıdır⁴⁹⁰.

Değinilmesi gereken diğer bir nokta bağlama dairdir. Alçaltıcı eylem, aynı zamanda eylemin bağlamı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Eylemin taşıdığı saygısızlık unsuru, geçmiş ve güncel sosyokültürel kaynaklarla bağlantılıdır⁴⁹¹. Bir eylemin ya da politikanın toplumsal anlamını belirlemek için o politikanın ya da eylemin iletmek istediği mesaja bakılması gerekir. Bu mesajın ne olduğunun belirlenmesi içinse eylemin veya politikanın daha geniş bir toplumsal, kültürel, politik ve ekonomik arka planda ifade ettiği anlamlar değerlendirilmelidir. Eylemlerin konvansiyonel anlamlarının yorumlanması önemlidir⁴⁹².

⁴⁸⁹ Erin Beeghly de Hellman'ın görüşündeki bu unsurun yani ayrımcı muamele ile iletmek istenen konvansiyonel anlamın, yüzme alanlarını siyahların ve beyazların kullanımı için ayıran kanunların saygısız olmasının bir nedeni olarak görür. Buna gerekçe olarak da Jim Crow kanunları uyarınca ABD'de yüzme alanlarının sadece beyazlar ya da sadece siyahlar şeklinde ayrılmasının, kamusal alanlarda siyah Amerikalıların beyaz Amerikalılarla eşit bir şekilde yaşamaya hakkı olmadığı ve siyah Amerikalıların beyaz Amerikalılardan aşağı, değersiz olduğu mesajını iletmesini örnek gösterir. Beeghly, "Discrimination and Disrespect", s. 86.

⁴⁹⁰ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 36.

⁴⁹¹ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 29, 38.

⁴⁹² Buna ilişkin olarak Anderson ve Pildes'in bir tutumun ifade edilmesine ilişkin açıklamaları aydınlatıcı olabilir: "Kişiye karşı bir tutum; algılamak, duyguların olması, düşünmek ve o kişiye yönelik bir şekilde eylemek için karmaşık bir dizi eğilimdir. ... Eylem yoluyla bir tutumu ifade etmek, tutumun bize verdiği nedenlerle hareket etmektir." Elizabeth S Anderson, Richard H. Pildes, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 148, Year 2000, ss.1503–1575, s. 1509-1510. Değer verdiğiniz bir kişiyi, örneğin annenizi, eşinizi, çocuğunuzu hastanede ziyaret etmeniz ona karşı hissettiğiniz sevginin, bağlılığın, değer bir ifadesi olmanın yanı sıra eyleminizin belirli bir sosyokültürel temelde belirli bir toplumsal anlamının

Öyleyse bir eylemin ne zaman alçaltıcı olduğunun ve eşitlik normunu ihlal ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Hellman, bu konuyu bir örnek üzerinden açıklığa kavuşturmaya çalışır. Örnek, insanlar arasında ırk veya cinsiyet temelli ayrımcılık yapmak ile soyisimlerinin ilk harflerine göre ayrımcılık yapmak arasındaki farkın nasıl açıklanabileceğini değerlendirir. Bir okulun yönetiminin soyisimlerinin ilk harfleri A-M ile başlayan öğrencilerin sınıfın sol tarafında, soyisimlerinin ilk harfleri N-Z ile başlayanların ise sınıfın sağ tarafında oturmalarını istemesi ne anlama gelir? Burada yöneten-yönetilen/müdür-öğrenci ilişkisi yani bir güç ilişkisi mevcut olmakla birlikte müdürün talebinin öğrencileri değersizleştirdiği, alçalttığı söylenemez. Çünkü kişilerin, soyisimlerinin ilk harflerine göre ayrıştırılmaları toplumda herhangi bir özel anlam barındırmamaktadır. Ancak bu okulun geçmiş yıllardaki uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, öğrencileri soyisimlerinin ilk harfine göre ayrıştırmaya dayalı uygulamanın, belirli bir grup açısından olumsuz bir anlamının olması halinde, uygulama daha farklı bir şekilde yorumlanmaya açık hale gelebilecektir⁴⁹³.

Örneği biraz değiştirerek oturma düzeninin öğrencilerin soyisimlerinin ilk harfine göre değil de ırklarına göre şekillendirildiğini yani beyaz öğrencilerin sağda,

olmasına karşılık gelir. Söz konusu görüşe göre, tutumlar yalnızca inançlarla sınırlı değildir; arzuları, duyguları, türlü biçimlerde harekete geçme veya tepki gösterme eğilimlerini de kapsamaktadır. İfade etme ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir başka husus da ifade kavramının nedensellik ile karıştırılmaması gerektiğidir. İfade edici ilişki, zihinsel bir durum ile onu ifade eden arasındaki ilişki değildir. Zihinsel durumu ifade eden her şey zihinden kaynaklanmayabilir. Şöyle ki müzisyenler kendilerini üzgün, hüzünlü hissetmedikleri hallerde dahi hüzünlü parçalar icra edebilirler. Çünkü icra ettikleri eserin onların üzüntülerini yansıtmaya gerek yoktur; müziğin, eserin kendisinin o duyguyu vermesi, müzikte o hüznün hissedilmesi yeterlidir. Benzer şekilde belirli koşullarda bir ülkedeki kanun koyucular söz gelişi belirli bir etnik ya da dini gruba yönelik kişisel olarak herhangi bir olumsuz duygu beslemeseler bile, seçmenlerinin bu gruplara yönelik olumsuz tutumlarını bildiklerinden sırf seçmenlerini memnun etmek gayesiyle, onların özgürlüklerine kısıtlamalar getiren kanuni düzenlemeler yapabilirler. Anderson, Pildes, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, s. 1508,1511.

⁴⁹³ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 32. Okul yönetimi soyisimlerinin ilk harfine göre öğrencilerin oturma düzenlerini belirleyerek gelişigüzel, keyfi bir ölçüt aracılığıyla işini kolaylaştırmak istemiş olabilir. Bu oturma düzeni ile soyismi A-M ile başlayanlara ya da N-Z ile başlayanlara herhangi bir saygısızlıkta bulunmak niyetinde de olmayabilir. Benzer şekilde bu görüşe göre öğrencilerin kabulü esnasında toplumdaki belirli grupların temsili için özel önlem programı benimsemiş bir okul, söz konusu düzenleme aleyhine olanların daha düşük bir ahlaki değere sahip oldukları mesajını iletmez. Buradaki niteleme benzer şekilde kendine özgü ayrımcılık çeşidi ile örneğin işverenin kepçe kulak olanları istihdam etmek istememesi ile dinleri, ırkları dolayısıyla tarihsel olarak damgalanmaya ve kötü muameleye maruz kalanların benzer biçimde değerlendirilemeyeceklerine; ilkinin daha düşük ahlaki değere sahipmiş gibi ele alınamayacağına işaret eder.

siyah öğrencilerin ise sol tarafta oturmaya zorlandığını ve bu oturma düzenin herhangi bir eğitsel gaye ile gerçekleştirilmediği bir durumu ele alalım. Müdür, bu düzenlemeyi ırkçı bir saikle gerçekleştirmiş olabileceği gibi herhangi bir ayrımcılık saiki taşımaksızın öylesine de buyurmuş olabilir. İlgili oturma düzeni öğrencileri dezavantajlı bir konuma da sokmuyor olabilir, hatta belki sınıfın fiziksel koşulları itibariyle sol tarafta oturmak daha avantajlı bile sayılabilir. Ancak bu tür bir düzenlemenin tarihsel ve toplumsal koşullar göz önünde bulundurulduğunda, özellikle Amerikan toplumu açısından, siyah öğrenciler üzerinde olumsuz bir etki doğuracağının su götürür yeri yoktur⁴⁹⁴.

Herhangi bir niteliğe sahip olunmasını gerektirmeyen bir iş için tek kişilik boş bir kadronun olduğu başka bir durumu inceleyelim. Söz konusu kadro için 6198 kişinin başvuruda bulunması sebebiyle işverenin, adayların sayısını azaltarak seçimi kolaylaştırmak amacıyla, tamamen keyfi bir şekilde soyisimlerinin ilk harfi A ile başlayanlarıelediğini farz edelim. Bu şekildeki bir eleme-seçim ölçütünün yardımıyla soyisimlerinin ilk harfi A olanlardan oluşan başvurululara karşı ne saygısızlık edildiği ne de bu eylemin tarihsel açıdan sosyo-kültürel bir anlamın yansıması olduğu söylenebilir. Yapılan, seçimin kolaylaştırılması adına keyfi bir ölçütün belirlenmesidir. Belki bu ölçütün tuhaf, irrasyonel olduğu ileri sürülebilir, ancak soyisimlerinin ilk harfi A olanların herhangi bir şekilde rencide edildiği ileri sürülemeyecektir. Buna karşılık kadın olduğunuz için başvurunuzun reddedilmesi halinde söz konusu seçim ölçütünün tuhaf olduğu düşünülmez; ilgili ölçütün diğer koşulların da elverişli olması halinde, ayrımcılık örneği olduğu ifade edilebilir. Zira burada kadının eşit varlığı reddedilmektedir⁴⁹⁵.

Soyisimlerinin ilk harfi A olanların reddi ile kadınların reddinin aynı kefeye konamayacağı aşikardır. Soyisimlerinin ilk harfi A olanlara yönelik dezavantajlı muameleye ilişkin geçmiş deneyimlerin olduğu iddia edilemezken kadınlar için aynı

⁴⁹⁴ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 26.

⁴⁹⁵ Zonguldak Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü'nün 1 temizlik görevlisi alımı için kadro açtığını duyurduğu ilan üzerine iş için 6 bin 198 kişi başvuruda bulunmuştur. Müdürlük en az ilkokul menuzu olma şartı bulunan kadro için noter huzurunda kura çekerek asil ve yedek adayları belirlemiştir. Bu tür bir seçimin örneğimizdekinden daha makul olduğu ileri sürülebilir. İlgili haber için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2019/02/28/1-kisilik-ise-6198-basvuru/>, 20 Mayıs 2019.

şey söylenemez. Kadınlar geçmişte olduğu gibi günümüzde de dezavantajlı konumdadırlar; genelde daha düşük sosyoekonomik koşullara sahiptirler. Kadınların çalışma yaşamına katılımları ya da katılım sağlasalar bile erkeklere kıyasla aldıkları ücret hala düşüktür. Ev içinde, işyerinde ya da kamusal alanda şiddet (ekonomik, psikolojik vb.) mağduru olma olasılıkları yüksektir. Ek olarak politik alandaki temsilleri de hala yetersiz bir orandadır ve sorunludur. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde kadınların ilgili pozisyon için dışarıda bırakılmalarının yani iş başvurularının reddedilmesinin alçaltıcı olmasına rağmen soyisimlerinin ilk harfi A olanların dışarıda bırakılmalarının alçaltıcı olmadığı iddiasının yerinde olduğu söylenebilir.

Eylem ve kültür ile bağlantının kurulması, eylem vasıtasıyla verilmek istenen mesajın anlaşılması açısından gereklidir. Örneğin Nelson Mandela'nın hükümlü olarak bulunduğu Güney Afrika'daki Robben Adası'nda siyah hükümlülere şort, beyaz ve renkli⁴⁹⁶ hükümlülere ise uzun pantolon giyme zorunluluğunun getirilmesi siyah hükümlülere çocuk muamelesi yapıldığı, onların küçümsendiği anlamı taşımaktadır. Hem bu bağlam hem de sınıflandırmanın belirli bir güç etkileşiminin sonucu gerçekleştirilmesi uygulamanın siyah hükümlüler için alçaltıcı anlamını ortaya koymaktadır⁴⁹⁷. Toplumsal anlamlar, ayrımcılık failinin tutumlarından bağımsız olarak ele alınırlar ve toplumsal sözleşmelerin bir sonucu olarak eylemlerin ve politikaların içinde yer alabilirler. Politikanın ifade ettiği anlam belirli bir zamanda, belirli bir kültürde, o politikanın nesnel olarak en iyi yorumuna karşılık gelir⁴⁹⁸. Dolayısıyla siyah hükümlülerin diğer hükümlülerden ayrı bir biçimde değerlendirilmeleri ve onlara şort giymeleri şartının getirilmesi ilgili hükmün siyah hükümlüler açısından avantajlı bir yaklaşım olarak değerlendirilmesini engeller.

İnsanlar arasında belirli koşullara dayalı olarak yapılan ayrımların anlamlarının anlaşılması ise her zaman Mandela'nın yaşadıklarındaki kadar belirgin

⁴⁹⁶ Güney Afrika'da Apartheid rejiminin yürürlükte olduğu dönemde Siyahlar ve beyaz Avrupalılar dışındaki ırk gruplarını tanımlamak için kullanılan kategoriye verilen isim. Bu kategoriye örnek olarak Japonlar, Hindistanlılar verilebilir.

⁴⁹⁷ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 27-28.

⁴⁹⁸ Hellman, "Discrimination and Social Meaning", s. 100.

olmayabilir. Bazı bağlamalarda söz konusu anlamlar pek de açık bir şekilde ortaya konmamıştır. Hellman'ın verdiği bir başka örnek, zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenleme, bu tür bir durumu yansıtmaktadır. Zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemeler ele alındığında bu düzenlemelerin, düzenlenme amaçlarına ve anlamlarına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülebilir. Bu düzenlemelerin, belirli bir yaşa ulaşmış kişilere yönelik alçaltıcı bir anlam taşıdıkları akla gelebileceği gibi gençlerin işsiz kalmalarının önüne geçmek ve onlara istihdam yaratmak için belirli düzenlemelerin yapılması zorunluluğundan kaynaklandığı ifade edilebilir. Anlama dayalı görüşler, zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemelerin belirli yaş grubundaki kişilere yönelik alçaltıcı bir anlam taşıyıp taşımadıkları sorusuna şipşak bir cevap vermenin makul olmadığını, bu soruya kuramsal olarak cevap verilemeyeceğini savunur. Konuyu açıklağa kavuşturmak için bir çırpıda cevap vermek yerine ilgili topluma bakılmalıdır. Bu toplumun yaşlılara yönelik genel tutumu, emekliler için emekli maaşı sağlayıp sağlamadığı, toplumda gençlerin iş bulmakta zorluk çekip çekmedikleri vs. incelenmelidir. Ancak sorunun belirli bir bağlamda ele alınması dahi düzenlemenin anlamı üzerinde uzlaşmaya varılmasını sağlamayabilir. Bu nedenle söz konusu kanunun nesnel anlamının açık olmadığı belirtilebilir. Zira bazen bir eylemin ya da politikanın nesnel anlamının ne olduğu konusunda doğru bir cevaba ulaşılabılırken bazen de ulaşılamayabilir⁴⁹⁹.

Hellman ayrımcılığı, güce sahip olan failin etkileşimde bulunduğu karşı tarafı alçaltmasının bir ifadesi olarak tanımlamakla beraber yapılan ayrımların, sınıflandırmaların alçaltıcı olmasının eylemin ya da uygulamaların sonuçlarına ya da etkilerine dayalı olmadığını ekler. Bundan ötürü ayrımcılığa uğrayan kişinin kendini küçük düşürülmüş, alçaltılmış, damgalanmış hissedip hissetmediği önem arz etmemektedir. Çünkü bu görüşte ayrımcılığın neden olduğu zararlara değil, eylemin yanlışlığındaki ahlaki izin verilemezliğe odaklanılır. Alçaltıcı muamele sebebiyle herhangi bir zararın ortaya çıkmaması eylemin alçaltıcı karakterini silmez. Gücü elinde bulunduran failin eylemlerinden mağdur olan kişi, bu eylemlere rağmen kendisini alçaltılmış hissetmese ve toplumsal konumunda herhangi bir değersizleşme olmasa bile ilgili eylemin alçaltıcı olduğu kabul edilir ve ayrımcılık olarak

⁴⁹⁹ Hellman, "Discrimination and Social Meaning", s. 101.

değerlendirilir. Kısacası muamelenin ilgili toplumda alçaltıcı olarak kabul edilen eylemlere karşılık gelip gelmediği önem arz ettiğinden kişinin kendisini alçaltılmış hissetmemesi ya da onun toplumdaki konumunun söz konusu eylemden etkilenmemiş olması, muamelenin ayrımcılık olarak değerlendirilmesini engellemez⁵⁰⁰.

Hellman'ın üzerinde durduğu bir diğer nokta ise failin eyleminin görünür olmasa dahi, aşağılama anlamını içermesi sebebiyle ayrımcılık olarak kabul edilebileceğidir. Örneğin, aslında kadınları istihdam etmek istemeyen bir işveren, açık olan pozisyona, erkekleri istihdam etmeye ilişkin isteğini kimseyle paylaşmaksızın, erkek başvurucuyu istihdam ettiğinde eylemi vasıtasıyla kadınları alçaltmış olur. Hiç kimsenin bu karar verme ölçütünden haberi olmasa dahi, işverenin bu gizli eyleminin anlamının kadınlar için aşağılayıcı (denigration) olması yeterlidir. Mühim olan, eylemin muhatapları üzerindeki aşağılayıcı olma kapasitesidir⁵⁰¹.

Politikaların ve eylemlerin alçaltıcı olma kapasitelerine odaklanılması bazen failin içsel zihinsel durumunu ilgili hale getirebilmektedir. Dışarıdan bir bakış, failin kararını etkileyen faktörlerin anlaşılmasına engel olabilir; işverenin açık olan pozisyona erkek işçi istihdam etmek istediği ve bu ölçütünü açık etmediği, üst paragrafta yer verilen, örnekteki gibi. Bu gibi durumlarda ayrımcılığın kanıtlanmasının hiç de kolay olmadığı açıktır. Ancak Hellman'ın görüşü failin zihinsel durumunu dikkate almamakta; failin niyetini ne olduğunun yani karar verme sürecinde ırk, cinsiyet, yaş, engellilik vb. özelliklerin etkili olup olmadığının incelenmesini gerektirmemektedir. Fail, insanlar arasında belirli özelliklere sahip olup olmamalarına göre ayrımlarda bulunduğunda bu ayrımları istemeden ya da bilinçsiz bir şekilde yapmış olsa da, ilgili özellik ya da özellikler temelinde ayrımcılık yaptığı kabul edilir.

⁵⁰⁰ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 8; Hellman, "Discrimination and Social Meaning", s. 104. Ayrıca Hellman etkileriyle tanımlanmadığından alçaltmanın damgalamaktan farklı olduğunu belirtir: "Sınıflandırma ile üretilen etkiyi (sosyal ya da psikolojik) vurgulamak yerine bazen ifade ettiği şey yüzünün sınıflandırmanın yanlış olduğunu iddia ediyorum-etkilenen kişi veya kişilerin alçaltıcı, damgalanmış ya da küçük düşmüş hissetmelerine bakılmaksızın." Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 27.

⁵⁰¹ Hellman, "Discrimination and Social Meaning", s. 104-105.

Bu görüşte ayrımcılığı gündeme getiren failin niyeti değil, onun eylemidir. Failin içsel zihinsel durumuna odaklanması ile niyetlerine odaklanması çoğuklukla karıştırılır, ama bu ikisi bir kefedeyi değerlendirilmemelidirler. Bazen bazı zihinsel durumların eylemlerin gerçekleştirilmesinde ilgili olabilecekleri kabul edilse dahi bütün zihinsel durumların eylemlerle ilgili oldukları ileri sürülemez. Bu vesileyle anlam temelli bu görüşün, failin içsel zihinsel durumu ile niyeti arasında farkın bulunduğuna değindiği ve failin niyetlerinin önemini reddettiği yinelenmelidir⁵⁰². Hellman bu hususu şu şekilde açıklamıştır: “... Bir insanın yaptığı ile amaçladığı sık sık birbirinden ayrılır. Bazen niyetler gerçekleşmez. Bir yazar komik bir hikaye yazmaya niyetlenir ama bu, hikayenin aslında komik olduğu anlamına gelmez. Diğer zamanlarda, yapmaya niyetlenmediğimiz şeyleri yaparız. Niyetim size zarar vermek olmasa da size zarar verebilirim. Bir fail, insanlar arasında bazı özelliklerin bulunması ya da bulunmaması temelinde ayırım yaparsa bunu kasıtlı olarak ya da bilinçsiz olarak yapsa da, bu özellik temelinde ayrımcılık yapar. Ayrımcılık niyet ile değil, eylem ile belirlenir⁵⁰³.”

2. Görüşe Yöneltilen Eleştiriler

Hellman’ın ayrımcılığın yanlışlığını alçaltıcı olmasına dayandırarak açıklamaya çalışmasının etkileyici olmasına rağmen kimi sorunlu yanları barındırdığı ve pek de tatmin edici olmadığı ileri sürülmektedir. Bu kısımda söz konusu eleştirilere yer verilmiştir.

İlk olarak, Hellman’ın görüşünde esaslı noktayı teşkil eden alçaltmanın, insanların eşit ahlaki değere sahipliklerine zarar verdiği, onlara “tam olarak insan” (fully human) gibi muamele edilmediği anlamını taşıdığı savı değerlendirilecektir. Her ne kadar çalışmasında kişilerin eşit ahlaki değere sahip olduğu iddiasının önemli bir rol oynadığı açık olsa da Hellman’ın çalışmasında hangi anlamda eşit ahlaki değerimizin olduğu ve neden eşit değerimiz olduğu sorularının cevaplarını vermediği görülmektedir. Bunun sebebi hangi politikaların, eylemlerin, uygulamaların kişilerin

⁵⁰² Hellman, “Discrimination and Social Meaning”, s. 105.

⁵⁰³ Hellman, “Discrimination and Social Meaning”, s. 105.

eşit ahlaki değere sahiplikleri ile çeliştiğini sezgisel olarak bilmemiz gerektiğini düşünmesi ve dolayısıyla bu kavramları açıklama ihtiyacı duymaması olabilir. Fakat bu varsayımın bazı vakalarda nasıl bir rol üstleneceğinin pek de açık olmadığı iddia edilmektedir. Eidelson'un görüşüne yönelik itirazlarda yer verilen Avrupa Birliği göçmenlerinin çalışma içi faydalardan yararlanmalarının kısıtlanmasına ilişkin İngiliz hükümetinin politikası Hellman'ın görüşleri açısından değerlendirildiğinde ortaya nasıl bir sonuç çıkmaktadır? İngiliz işçilerin çalışma içi faydara ulaşmalarına olanak tanıyan ama ilk 4 yıllık ikamet sürelerinde olan Avrupa Birliği göçmeni işçilerin benzer olanaklarından yararlanmasına izin vermeyen bir politikanın alçaltıcı olduğunun nasıl belirleneceği ve bu politikanın toplumsal anlamının Avrupa Birliği göçmenlerinin bu bağlamda "daha az saygıya ve ilgiye layık" oldukları mesajını mı verdiği sorularına Helman'ın açıklamaları çerçevesinde tatmin edici bir cevap verilmesinin zor olduğu belirtilmektedir. Neticede politika yapıcılarının ilgili politika vasıtasıyla Avrupa Birliği göçmenlerini karşılaştırmalı bir dezavantaja sokmayı amaçladıkları açıktır. Öyleyse soruların tatmin edici cevapları için neden insanların eşit ahlaki değere sahip olduklarının ve insanların eşit ahlaki değerine saygı duymamızı gerektiren şeylerin neler olduğunun açıklanması gerekmektedir. Halbuki Hellman bu soruları yanıtsız bırakmaktadır⁵⁰⁴.

Hellman'ın alçaltıcı muamele ile anlatmak istediği, bireye "tam olarak insan" gibi muamele edilmediği ve dolayısıyla kişilere, insan türünün üyeleri değilmişlercesine muamele edildiği olabileceği gibi sanki onlara değerli varlıklar değilmişlercesine muamele edildiği de olabilir. Muhtemelen esas olarak dikkat çekilmek istenen husus, birine karşı eşit ahlaki değere sahip değilmişcesine muamele edilmesidir. Eğer öyle ise hiyerarşi, güç unsuru bir yana bırakıldığında, Hellman'ın görüşünün de tıpkı Larry Alexander'ın görüşü gibi bazı kişilere daha düşük ahlaki konumdalarmışçasına muamele edilmesine odaklandığı ve bu açıdan iki görüş arasında benzerlik olduğu düşünülebilir. Ancak söz konusu görüşler arasında ciddi bir ayrım vardır; Alexander'ın görüşünün temelinde failin inançları bulunmasına karşılık Hellman'ın odağında farklı muamelenin nesnel anlamı yer alır. Bu iki görüş,

⁵⁰⁴ Sangiovanni, **Humanity without Dignity: Moral Equality, Respect, and Human Rights**, s. 130-131.

farklı durumlara işaret etmektedir. Alexander'a göre fail, itiraz edilebilir olan, hoş olmayan bir zihinsel duruma sahip olmasına rağmen diğer kişiye karşı herhangi bir alçaltıcı nesnel anlamı olmayan bir şekilde eylemde bulunabilirken Hellman için failin, zararsız zihinsel durumuna karşılık hoş olmayan nesnel anlama sahip bir eylem icra etmesi mümkün olabilmektedir⁵⁰⁵.

Alçaltıcı mesaj ile kastedilen, failin ya da politikaların muhatabı olan kişilerin diğerleri ile eşit değere sahip olmadıkları, statülerinin düşük olduğu olabilir. Ancak bu yorumun da sorunlu yanları olduğu da söylenebilir. Örneğin barlarda, restaurantlarda ya da otel resepsiyonlarında çalışan kadın çalışanlardan vücutlarını saracak şekilde dar ve kısa eteklerle dekolte bluzlar giymeleri ve makyaj yapmaları istenirken erkek çalışanlardan makyaj yapmaları ya da vücutlarını saracak kıyafetler giymeleri istenmemektedir. Bu tür kıyafet kodlarının kadına ve erkeğe biçilen toplumsal cinsiyet rollerini pekiştirerek kadınları adeta metalaştırdığı ve kadın çalışanlar için alçaltıcı olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu tür düzenlemelerin kadınlar için alçaltıcı oldukları kabul edilebilirse de onların tam olarak insan olmadıkları yahut erkeklerle eşit ahlaki değere sahip olmadıklarını içerecek şekilde bir mesaj verdikleri yorumunun çıkarılıp çıkarılamayacağı pek açık değildir⁵⁰⁶.

Ayrımcılık oluşturan eylemlerin alçaltıcı oldukları için yanlış oldukları savunusu bütün ayrımcılık türlerinin alçaltıcı mesaj iletip iletmedikleri sorusunu gündeme getirir. Cevabın bütün ayrımcılık türlerinin böyle bir mesaj iletmediği

⁵⁰⁵ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 134. Ancak Hellman, önceki sayfalarda yer verildiği üzere, görüşünün failin zihinsel durumunu dikkate almadığını belirtmektedir.

⁵⁰⁶ Bu tür kıyafet kodlarının esasında kadınları da tek tipleştirdiği ve onlara nasıl görünmeleri gerektiğine ilişkin bir mesaj verdiği ve doğrudan ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu kodlar, aynı zamanda zayıf olmayan kadınlar, engelli kadınlar, hamile kadınlar açısından da problemli yönler barındırmaktadır. Bundan ötürü bu tarz tipleştirmelerin de söz konusu kalıplara uymayan kadınlara yönelik mesajlar taşıyıp taşımadığı da incelenebilir. Sophia Moreau, "Discrimination and Subordination", **Oxford Studies in Political Philosophy**, Vol. 5, Ed. David Sobel, Peter Vallentyne, Steven Wall, Oxford, Oxford University Press, 2019, ss. 117-146, s. 121, 123. Benzer şekilde daha önce verilen bir örneği, aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesini yasaklayan kanunları ele alalım. Bu yasaklar aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin daha aşağı değerde birliktelikler olduğunu ifade ediyorsa da, bu tür birlikteliği olan kişilerin daha düşük ahlaki değere sahip kişiler olduklarını ifade ettiği ileri sürülemez. Dolayısıyla Hellman'ın kendisi de ifade edilenin içeriğinin bir kişinin ahlaken daha düşüklüğünü gerektirmemesi durumunda tartışılmaz bir ahlaki ilkeye dayanmasının söz konusu olmadığını ve Kasper Lippert-Rasmussen'in eleştirisinin makul olduğunu belirtmektedir. Hellman, "Review of Kasper Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal?: A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*".

yönünde olması halinde Hellman'ın görüşünün yani ayrımcılığın alçaltıcı olduğu için yanlış olduğu savunusunun kısmen doğru olduğu belirtilebilir. Aslında bazı ayrımcılık türlerinin tek başına kişiyi alçaltıcı bir anlam taşıdığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Örneğin işle ilgili dil testleri göçmenler açısından dezavantajlı, adaletsiz olabilir ve dolaylı ayrımcılık oluşturabilir ama bu testler aracılığıyla göçmenlerin alçaltıldığı söylenemez⁵⁰⁷. Hellman'ın kendisi de bu tür uygulamaların farklı haksız muameleler olarak ele alınabileceklerini ifade etmektedir:

“... insanlar arasında rasyonel olmayan ve keyfi ayrımlar yapmak, tek başına insanları ahlaki eşitler olarak ele almak açısından başarısız değildir. Bu durum, bu ayrımlardan etkilenen kişi için kötü şanstır ama bundan fazlası değil. Bazen kurumlar ya da ajanlar kendi görevlerinden kaynaklanan özel yükümlülüklerle sahiptirler veya insanları ayırmak için belirli ölçütleri kullanmalarını gerektiren rolleri vardır. Bu normlara uyulmaması yanlıştır ama haksız ayrımcılıktaki yanlışlık gibi değil.⁵⁰⁸”

Eğer her ayrımcılık eyleminin alçaltıcı olduğu ve diğer kişiye yönelik olarak diğerleriyle eşit değilmiş, onlardan daha aşağıdaymış mesajını ilettiği kabul edilemiyorsa Hellman'ın görüşünün ayrımcılığı yanlış yapan şeyin ne olduğu sorusunun cevabı olmak bakımından tek başına yeterli olmayacağı söylenebilir. Bundan ötürü bu görüşün ayrımcılığın yanlışlığına ilişkin genel bir görüş olarak ele alınmasının doğru olmayacağı ve bunun yerine bazı ayrımcılık vakalarının yanlışlığını açıklamak için kullanılabilecek olan kısmi bir görüş biçimde değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmektedir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 137. Fakat Lippert-Rasmussen'in, Hellman'ın görüşünün bütün ayrımcılık durumlarında uygulanamayacağı iddiasını kanıtlamak için verdiği örneğin de esasen bazı sıkıntılı yönleri olduğunu ileri süren Glasgow, dil testlerinin işle ilgili olması durumunda neden adaletsizlik yarattığının pek de açık olmadığı düşüncesidir. Derslerdeki eğitim dilinin Fransızca olması halinde dersi verecek öğretim üyesinin Fransızca bilmesi koşulunun getirilmesinin adaletsizlik olarak değerlendirilemeyeceğini ileri süren ve bu takdirde Lippert-Rasmussen'in örneğinin pek de karşı örnek olarak değerlendirilemeyeceğini belirten Glasgow eğer bir adaletsizlik varsa, örneğin Fransızcanın üniversitenin bulunduğu ülkenin milletine haksız bir biçimde dayatılan bir sömürge dili olması halinde, ilgili yerde tahakküm, dışlama veya dolaylı ayrımcılık gibi saygısız ve aşağılayıcı bir yön bulunabileceğini savunur. Glasgow, “The Meaning and Wrongness of Discrimination”, s. 124.

⁵⁰⁸ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 137.

⁵⁰⁹ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 137. Bu noktada görüşünde bazı düzeltmeler yapması, bazı noktaları geliştirmesi, netleştirmesi gerektiği eleştirilerini dikkate alan Hellman'ın da artık görüşünün bütün ayrımcılık örneklerinin yanlışlığını gerekçelendirdiği savının pek de doğru

Dikkat çekilebilecek diğer bir husus da eylemlerin değerlendirilirken alçaltıcılığı az olan eylem ya da alçaltıcılığı çok olan eylem olarak ortaya konulabilecekleridir. Örneğin aile içindeki politik sohbetlerde yetişkin aile üyelerinin görüşlerinin dikkate alınmasına karşılık çocukların görüşlerini paylaşımlarına izin dahi verilmemesi ile görüşlerini paylaşımlarına izin verilip görüşlerine pek de itibar edilmemesi arasında bir fark olduğu söylenebilir. İlk durumun, ikincisine kıyasla yetişkin olmayan aile üyeleri açısından daha alçaltıcı bir eyleme tekabül ettiği belirtilebilir. Her iki eylem de ailenin genç üyelerine yönelik alçaltıcı eylemler olarak değerlendirilebilirler ama bu eylemlerin onların eşit ahlaki değerlerini reddettiği şeklinde bir çıkarımda bulunulamaz. Sonuç olarak kişiler eşit ahlaki değere ilişkin sahiplikleri inkâr edilmeksizin de bu basit anlamıyla alçaltılabilirler. Bu şekilde ele alındığında ayrımcılık, ayrımcılığa uğrayanların eşit ahlaki değerlerinin yadsınması olarak okunmayacaktır. Böylesi bir yorumun ise Hellman'ın görüşü ile paralellik arz etmediği açıktır⁵¹⁰.

Hatırlanacağı üzere Hellman alçaltma ile saygısızlık arasında da bir ilişki olduğunu ve alçaltmanın, saygısızlığı (diğerinin eşit insanlığına saygısızlığın ifadesi olduğu için güçlü bir şekilde) ifade ettiğine yer vermiştir. Ancak Hellman'ın saygısızlık ile neyi kastettiği pek açık değildir. Her ne kadar saygı ifadesi olarak odaya girildiğinde şapkanın çıkarılması, yemek daveti için teşekkür notu yazılması, konuşurken kendisiyle konuşulan kişinin gözlerinin içine bakılması ve saygısızlık ifadesi olarak birine el hareketi çekilmesine, tükürülmesine, konuşurken konuşulan kişiye yukarıdan bakılması gibi davranışları örnek gösterse de bu örneklerden saygının yahut saygısızlığın ne olduğuna dair net bir anlamın çıkarılamayacağı ve bunun da ilgili görüşteki açıklardan bir tanesi olduğu belirtilebilir.

olmadığını kabul ettiği ve bazı ayrımcılıkların alçaltıcı oldukları için yanlış oldukları, bazılarının ise başka nedenlerden ötürü yanlış olabilecekleri düşüncesine ulaştığı belirtilmelidir. Hellman, "Discrimination and Social Meaning", s. 106.

⁵¹⁰ Lippert-Rasmussen, **Born Free and Equal?**, s. 135. Ancak bu eleştirinin, gençlerin politik görüşlerinin görmezden gelinmesinin alçaltıcı olduğunun, kendisinin de sorunlu olduğu ileri sürülmektedir. Bu itiraza göre, bu örnekte söz konusu olan, gençlerin dikkate alınmaması değildir; onların bilgisizliklerinin dikkate alınmamasıdır ve bu durumda nesnel olarak alçaltıcı bir yön bulunmamaktadır. Elbette, olgun bir gence kulak verilmelidir. Genç olduğu için onun dikkate alınmaması, yanlış bir biçimde onun ahlaki statüsünün düşük olduğu biçimde yorumlandığında sorun ortaya çıkmaktadır. Glawgow, "The Meaning and Wrongness of Discrimination", s. 123.

Kişinin alçaltılmasına ve bağlama verilen önem, toplumsal boyuta dikkati çekmektedir. Güç boyutu ve toplumsal anlam boyutu arasındaki ilişkinin, bireysel boyuta yani tek tek taraflara çok fazla önem verdiği, diğer etkenleri bir nebze arka plana ittiği eleştirisi getirilmektedir. Şöyle ki Hellman'ın sınıf arkadaşını aşağılayan çocuk veya patronunu aşağılayan çalışan örnekleri incelendiğinde aslında bu eylemlerin diğerleri üzerinde üstünlük kurma, onları ikincil konuma itme mesajlarını verebileceği ve onlar açısından alçaltıcı olabileceği düşünülebilir. Buna karşılık Hellman alçaltıcı bir anlam için ilişkideki taraflardan daha güçlü, daha üstün bir konumda yer alanın diğerine yönelik bir eylemde bulunması gerektiğini şart koşmaktadır. Ancak bu yaklaşım, her iki toplumsal alandaki yani hem işyerindeki hem de okuldaki, diğer koşulları yadsıyormuş gibi görünmektedir. Eğer o bölgede tanınan ve hem ekonomik hem de toplumsal anlamda güçlü olan ailelerden birinin mensubu olan öğrenci, Roman olan diğer öğrenciye “pis çingen” derse bu Roman öğrenciyi diğer öğrenciler nezdinde küçük düşürmenin yanı sıra Romanlara yönelik kalıpyargıların pekiştirilmesine de katkı sağlayabilir. Burada esas olan, failin yani alçaltıcı eylemde bulunanın, bireysel olarak mağdur üzerinde bir gücünün olup olmadığı değildir; mağdurun ve failin üyesi oldukları grupların birbirleri ile olan hiyerarşik ilişkisi ve mağdurun üyesi olduğu grubun ilgili toplumdaki düşük konumudur. Eğer mağdurun dahil olduğu grup, failin üyesi olduğu gruba göre, tarihsel ve sosyokültürel koşullar göz önünde bulundurulduğunda, ezilen bir grup ise bu grubun üyesi olan kişinin ikincil konuma itildiğinden bahsedilebilir. Bu nedenle bir kişinin davranışının bir başkasını küçümseyip küçümsemediğini değerlendirmek için sadece bu iki kişinin birbirlerine göre olan konumları değil, aynı zamanda bu kişilerin üyesi oldukları toplumsal grupların birbirleriyle olan ilişkileri de incelenmelidir. Bu bilgiler ışığında örnekteki Roman öğrencinin diğer öğrenci tarafından her ne kadar her ikisi de öğrenci konumunda olsalar da ikincilleştirildiği ve alçaltıcı bir muameleye maruz bırakıldığı ifade edilebilir⁵¹¹.

Hellman'ın alçaltıcı sözü veya muameleyi hem aşağılama hem de aşağılamayı daha etkili hale getiren bir unsur olarak güç çerçevesinde ele alması da eleştirilmektedir. Şöyle ki kişinin maddi olarak etkileme gücü olmasa bile bir

⁵¹¹ Moreau, “Discrimination and Subordination”, s. 124.

başkasını alçaltmasının, aşağılamasının ya da küçük düşürmesinin ahlaki olarak yanlış olduğu savunulmaktadır. Bu düşünceye göre hiç kimse daha yüksek bir statüde olması dolayısıyla kendisinden alt statüde olan bir kimseyi aşağılamamalı, ona yönelik alçaltıcı bir muamelede bulunmamalıdır çünkü toplumda daha güçlü statüde olanlar da onlarla benzer konumda olmayan başkalarına saygı duymalıdır. Dolayısıyla güç unsuruna ayrıca yer verilmesine gerek olmadığı, ahlakın sadece daha aşağı bir konuma itilenler için değil, herkes için eşit saygıyı gerektirdiği eleştirisi de yöneltilmektedir⁵¹².

Ayrımcılığa uğrayanların tarihsel olarak dışlanan bir grubun üyesi olmaları gerektiği unsuruna yöneltilen bir başka eleştiri ise Hellman'ın bir süreliğine şehirde olmayacağınızdan ilgili dönem zarfında evinizi kiraya verme işlemini ele aldığı örnek üzerinedir. Bu örnekte evinizi eşyaları ile birlikte kiraya vereceğinizden kimlerin kiracı olacağına özel bir ihtimam göstermektesiniz. Evinizi bekar, genç kişilere kiraya vermek yerine özellikle bir aileye kiraya vermeyi tercih edebilirsiniz yani cinsiyet, yaş ve aile durumları temelinde bir takım ölçütleriniz vardır. Hellman'a göre bu durumda evinizi üniversiteden yeni mezun olmuş genç erkeklerle kiralamak istememeniz ayrımcılık teşkil etmez. Zira evini bir kereye mahsus kiraya veren kişi ile profesyonel bir biçimde bu işi yapanların durumları arasında farklılık vardır. Hellman her iki durumu karşılaştırarak ilkinin alçaltma gücünün olmamasına karşılık sonrakinin alçaltma gücünün olduğu değerlendirmesinde bulunur. Ayrıca üniversiteden yeni mezun erkek kiracıların eğlenmek isteyebilecekleri ve dolayısıyla eşyalara yeterli özeni göstermeyeceklerine ilişkin bir çıkarımın, genç erkeklerden oluşmuş gruplara yönelik alçaltıcı eylem olarak ele alınamayacağını iddia eder. Bu

⁵¹² Whitley Kaufman, Vol. 20, No. 1 (January, 2010), ss. 24-28, (Çevrimiçi) <http://www.lawcourts.org/LPBR/reviews/hellman0110.htm>, 05 Ocak 2019. Kadın çalışanlardan vücutlarını saran ve dekoltesi olan kıyafetler giymelerini şart koşan ancak benzer şartı erkek çalışanlar için düzenlemeyen işyerlerindeki bu kıyafet kodlarının, kadın çalışanların seksi görünüşleri ile erkek müşterilerini memnun etmeleri gerektiğini ve onların daha aşağı statüde oldukları mesajını iletmesinin yanı sıra kadın çalışanlar ve erkek çalışanlar arasındaki güç dengesini de etkilediği belirtilmektedir. Şöyle ki dar kıyafetler ve yüksek topuklu ayakkabılar giymeleri kadın çalışanların hareket kabiliyetlerini de güçleştirmekte böylece erkek çalışanlara ve erkek müşterilere karşı güçlerini azaltmaktadır. Ek olarak kadınlar, erkeklerle kıyasla kendilerini gösterme konusunda daha az yetkiye sahiptirler. Fakat bu kadınların daha aşağı konumda oldukları mesajını iletmesinden değil, onlara erkek meslektaşlarına sunulan seçimin tanınmamış olmasından kaynaklanır. Ayrıca bu tür kodların, kadınların nasıl giyinmeleri gerektiğine dair bir anlayış sunduğu ve bu şekilde giyinen kadınlar ile giyinmeyen kadınlar arasında bir hiyerarşi yarattığının da altı çizilmektedir. Moreau, "Discrimination and Subordination", s. 25.

muamelenin, genç erkeklere yönelik olarak onların eşit olmayan ahlaki değere sahip oldukları mesajını içermediğini düşünür ve dolayısıyla onların toplumda aşağı, ikincil konumdaki bir grup olarak ele alınamayacaklarını savunur. Ancak söz konusu muamelenin genç erkeklere yöneltilmiş bir hakaret olarak değerlendirilebileceğini de ekler⁵¹³.

Juliana Bidadanure ise verilen örneğin ayrımcılık oluşturmadığı iddiasının daha detaylı bir şekilde ele alınması gerektiğini ifade eder. Örneğin sadece genç erkekler özelinde değil, genel olarak gençler ölçeğinde değerlendirildiğinde, gençlerin tarihsel süreçte herhangi bir baskı görmedikleri, sıkıntı çekmediklerine dayanarak ayrımcılık mağduru olamayacakları ifadesinin, çeşitli kurumlarda yaygın bir biçimde var olan ve görünüşte problemsiz olan klişelerin gençlerin erişebilecekleri fırsatlar üzerindeki etkileri dikkate alındığında, sorunlu olduğunu ileri sürer. Hellman'ın gençlerin hak ettikleri asgari seviyeyi elde edememelerinin adaletsiz bulunabileceğini ama her türlü adaletsizliğin alçaltıcı ve dolayısıyla ayrımcılık olmadığı savunusunu garip bulduğunu paylaşan Bidadanure, gençlerin önemli sosyal haklardan, politik temsilden, kurumlardan uygun bir gerekçelendirme olmaksızın yoksun bırakılmaları biçiminde tezahür eden ayrımcılık örneklerinin alçaltıcı olduğunu iddia eder⁵¹⁴.

Ayrıca bu görüşte neden bir kereye mahsus ya da seyrek şekilde gerçekleştirilen vakaların alçaltma gücüne sahip olmadıklarının yeterince netleştirilmediği ileri sürülebilir. Gerçi Hellman, örneğin özel kulüplerin ya da küçük işletmelerin toplumsal güçlerinin, kamu gücünü kullanan kurumlara veya kişilere göre daha az olduğunu ve bu bakımdan kamu gücünü kullananların politikalarının ve eylemlerinin, daha aşağılayıcı olduğu için onların alçaltma gücünün olduğunu belirtir. Benzer bir görüşün ırk veya din temelinde gerçekleştirilen eş seçimleri için de kullanılabileceği düşüncesindeki Hellman, bireylerin eş seçiminde etkili olabilen bu tür özelliklerin, genellikle bir başkasının toplumsal statüsünü düşürmek için gerekli olan toplumsal güçten yoksun olması sebebiyle kişilerin, bu eylemleri ile

⁵¹³ Hellman, **When Is Discrimination Wrong?**, s. 36-37.

⁵¹⁴ Juliana Bidadanure, "Discrimination and Age", **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, 2017, ss. 243-253, s. 251-252.

haksız ayrımcılığa neden olmaları ihtimalinin daha düşük olduğunu belirtir. İşin niteliği gereği olan durumlar hariç olmak üzere, iş başvurusunda bulunanlar arasından beyaz başvuruçuları tercih eden işverenin eylemi ile siyahlar yerine beyazlar ile arkadaşlık etmeyi tercih eden bir bireyin tercihlerini karşılaştırdığımızda, karşımıza çıkan tablo şu şekilde yorumlanabilir: Her ne kadar bireylerin de eylemleri ile ayrımcılık yapabilecekleri kabul edilmiş olsa da bu örnek özelinde işverenlerin çoğu bireyden gerçek anlamda daha fazla güce sahip oldukları ve kişilerin istihdam edilmemeleri ile arkadaşlıklarının reddedilmesi kıyaslandığında, istihdam edilmemelerinden daha fazla bir şekilde etkilendikleri, bu nedenle de işverenlerin eylemlerinin çoğu zaman bireylerin eylemlerinden daha alçaltıcı olma potansiyeline sahip oldukları serdedilir. Bu noktadan hareketle de daha fazla toplumsal güce sahip bireylerin ve kurumların, özellikle de toplumsal güce sahip olmayan bireylerden, daha fazla ayrımcılık yapma fırsatına sahip oldukları belirtilmektedir⁵¹⁵.

V. DEĞERLENDİRME, İNSAN ONURU VE SAYGI

A. Değer Sorunu Olarak Ayrımcılık

İnsan varlıkta, diğer canlılara nazaran, özel bir yere sahiptir. Ona bu özel yeri sağlayan şey ise “onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve bu etkinliklerin ürünleri olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir⁵¹⁶.” İnsanın bu yapısal özelliklerini korumak, yani kişilerde insanın olanaklarını geliştirmek hem insan türünün davası, insan olan herkesin ödevi hem de bu türün üyesi olan herkesin hakkıdır. Dolayısıyla bu olanakların geliştirilmesi onun için de sağlanmalıdır⁵¹⁷. Bu olanakların gerçekleşebilmesi ise bazı koşulların sağlanmasına ve söz konusu bu koşulların korunmasına bağlıdır. Ancak kimi durumlarda bu koşullar korunamaz ve bu koşulların korumadığı durumlarda, insan haklarının ihlal edildiği kabul edilir. Ayrımcılık da insanların bu koşullarının korunamadığı durumlardandır. Ayrımcılık ile ayrımcılığa uğrayan kişilerin, insana

⁵¹⁵ Hellman, “Discrimination and Social Meaning”, s. 103-104.

⁵¹⁶ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, 2.

⁵¹⁷ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, 2.

özgü olanaklarını gerçekleştirebilecekleri koşullar engellenmektedir.

Çoğunlukla siyasal bir sorun olarak irdelenen ayrımcılık, sebep olduğu sorunlardan dolayı mücadele edilmesi, karşı konulması gereken siyasal bir tutum veya davranış olarak kavranmaktadır. Bu yönüyle de siyasal ve toplumsal araştırmaların süjesi olarak değerlendirilmektedir⁵¹⁸. Sorunun bu yönünün ele alınması doğru olmakla birlikte ayrımcılığın başka bir boyutunun daha olduğu gözden kaçırılmamalıdır; ayrımcılık, ezbere yapılan bir değerlendirmenin sonucu olduğundan aynı zamanda etik bir sorundur:

“(Ayrımcılık) Bir şeylerin olması gerektiği gibi olmadığının, olması ya da yapılması gerekene uygun olmayan bir durumun veya işlemin söz konusu olduğunun dile getirilmesidir. Söz konusu durumu ya da eylemi -işlemi- ayrımcılık olarak değerlendiren kişi, bu durumun ya da işlemin “olması gerektiği” gibi olmaktan uzak olduğuna, bu nedenle etik olarak sorunlu olduğuna işaret etmektedir. Ayrımcılıktan söz etmeyi olanaklı kılsanıza değere, ayrımcılığa konu olan şeyin değerine ilişkin bir kabuldür. Daha açık bir ifadeyle, ayrımcılık konusu olan şeyin aynı türden şeylerle aynı değere sahip olduğu, aralarında bir değer farkının olmadığı, bu nedenle farklı muamele görmesinin bir haksızlık olduğu düşünülmektedir.”⁵¹⁹

Şurası açıktır ki ilişki kurduğumuz insanlara yönelik tutumlarımız, yaşadığımız olaylara ve durumlara dair aldığımız kararlar ve söz konusu davranışlarımız, bütün bu süreçler hakkındaki değerlendirmelerimize dayanır. İlgili tutum, karar ve davranışlarımız aynı zamanda yaşamımız için oluşturmaya gayret ettiğimiz yönü, insanı ve kendimizi nasıl değerlendirdiğimize bağlı olan yönü, gösterir⁵²⁰. Ayrımcılık da temelde etik bir sorun olmakla birlikte bir yönüyle de değer sorunuyla ilgilidir. Ayrımcılık değer sorunuyla da ilgilidir çünkü etik bakımdan sorunlu yahut etik olmayan bazı değerlendirmeler neticesinde ortaya çıkan bir sorundur⁵²¹.

Kişinin, başka kişileri, olayları ve durumları; kendisini ve genellikle tek tek

⁵¹⁸ Harun Tepe, 'Pratik Etik' Etiğin Pratik Sorunları, Ankara, BilgesSu, 2016, s. 185.

⁵¹⁹ Tepe, 'Pratik Etik' Etiğin Pratik Sorunları, s. 187.

⁵²⁰ Kuçuradi, İnsan ve Değerleri, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2010, s. 5.

⁵²¹ Tepe, 'Pratik Etik' Etiğin Pratik Sorunları, s. 187.

şeyleri değerlendirmesi, insanın var olma şartı ve bunu türlü biçimlerde gerçekleştirebilir. Kişinin, seyirci olarak değil, kendi yaşamında yaptığı bu değerlendirmeler; değerlendirilenin değerine uygun, değerlendirenin değerlendirilenle olan özel ilişkilerine göre ve geçerlilikte olan genel değer yargılarına göre yapılabilmekte ve yapılmaktadır. Bundan ötürü değerlendirme, değerlendirilenin bir yapı özelliği olan ve bu noktada kendinde taşıdığı değeri görme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi bazen değerlendirilene değer atfetme, bazı koşullarda da ona değer biçme olarak kendini göstermektedir⁵²². Aslında kendisine sahip olduğu kimliklerle, örneğin etnik yahut dinsel kimliğiyle, tanımlayan ve bu kimlik ya da kimliklerin ötesine geçmeyen ve kendini bunlarla sınırlayan kişinin diğer insanları da bu çerçevede değerlendirmesi ve onları ‘öteki’ ya da ‘yabancı’ olarak ele alması, kendisiyle ortak, benzer olabilecek yönleri dikkate almaması yadırganacak bir husus değildir çünkü ancak kendisindeki insan olmanın farkına varmış olan kişiler, başkalarındaki insan olmayı fark edip buna göre eyleyebilirler⁵²³.

Ayrımcılık yapan kişiye gelince, bu kişi bir değerlendirme hatası yapmakta ve bu değerlendirmesine bağlı olarak da yanlış bir eylem gerçekleştirmektedir. Bu kişi, değerlendirmesinde, değerlendirilenin konuyla doğrudan ilgisi olmayan unsurlarını odağa yerleştirmekte yahut bu unsurların değerlendirmesine etki etmesinde sakınca görmemektedir⁵²⁴. Peki, her insan ilişkisinde var olan bu değerlendirme nedir, farklı değerlendirme türlerinin farkında olmak neden önemlidir? Bu hususta Kuçuradi’ye kulak verelim:

“... insan yaşamının bütün ifadelerinde görülen bir etkinlik olarak değerlendirme, bir şeyi değeri bakımından seyirci olarak yargılamak, ona hazır bir ölçüye veya değerlendirilenin dışında olan başka bir şeye göre değer biçmek ya da bir nitelik yüklemek değildir. Değerlendirmek, değerlendirilenin kendi alanı içinde özel durumunu görmek ve göstermektir. Bu bakımdan değerlendirme, herşeyden önce bir bilgi sorunudur; değerlendirilen şey bakımında bir bilgi problemidir; doğru ve yanlış değerlendirmeler yapılır. Doğru değerlendirmeler “obje”lerinin değerinin bilgisini sağlayan değerlendirmelerdir. Ama kişinin yaşamında değerlendirme bir bilgi problem olduğu kadar,

⁵²² Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, s. 7.

⁵²³ Tepe, 'Pratik Etik' *Etiğin Pratik Sorunları*, s.190-191.

⁵²⁴ Tepe, 'Pratik Etik' *Etiğin Pratik Sorunları*, s. 187.

değerlendiren bakımından bir insan problemidir: çünkü yaptığı her değerlendirmede kişi, bir bütün olarak vardır ve her defasında birçok kişi değerleri, dolayısıyla değerlendiren kişinin değeri söz konusudur.⁵²⁵

Görülmektedir ki değerlendirme, insana özgü bilgisel bir etkinliktir ve bu etkinlik ile değerlendirilenin değerinin bilgisine ulaşılması amaçlanmaktadır. Değerlendirme konusu ise bir eylem, bir sanat eseri olabileceği gibi bir mahkeme kararı, bir anlaşma maddesi de olabilir. Önemli olan değerlendirme konusunun insan ürünü olmasıdır, insan ürünü olan her şey değerlendirme konusu yapılabilir. Ancak yapılan her değerlendirme, daha önce işaret edildiği üzere, aynı biçimde gerçekleştirilmemektedir. Yapılan değerlendirmede bazen değerlendirilenin değerinin fark edilmesi ve buna göre davranılması mümkün olmakta iken bazen değerlendirilene değer atfedilmektedir. Bazı durumlarda ise ayrımcılık yapan kişi, değerlendirene değer biçmektedir. Dolayısıyla bu değerlendirme çeşitlerinin ne anlama geldikleri ve aralarında ne tür farkların olduğunun anlaşılması önem arz etmektedir.

Bir bilgi sorunu olan değerlendirme, üç aşamadan oluşmaktadır. Değerlendirmenin ilk aşamasında, değerlendiren kişinin, ilişkide bulunduğu diğer kişinin eylemini ya da tutumunu “anlama”sı gerekmektedir. Anlama, değerlendirmenin ilk aşamasıdır. İkinci aşamada ise değerlendiren, söz konusu ilişkideki ilgili eylemi ya da tutumu sebeplerine ve niçinlerine birleştirerek diğer kişinin o eylemde bulunmasının ya da o tutum içinde olmasının sebeplerini ve niçinlerini idrak eder. Bu sayede ilgili eylemin, o belirli koşullarda neleri sağladığı yahut nelere sebep olduğu görülebilir. Son aşamada ise eylemin insanın değeriyle ilgisinin kurulması, o eylemin değerliliğinin insan için ne anlama geldiğinin belirlenmesi söz konusudur. Böylece o eylemle insanın değerinin korunmasının veya harcanmasının nasıl gerçekleştiği görülür.⁵²⁶

İnsanlar, değerlendirmeleri amacına uygun bir biçimde gerçekleştirebildikleri gibi amacına uygun olmayan bir biçimde ve bu sebepten

⁵²⁵ Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri**, s. 14-15.

⁵²⁶ Kuçuradi, **Etik**, 4. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2007, s. 16-17.

nesnesine götürmeyen bir şekilde de gerçekleştirebilirler. Bu tür değerlendirmeler, doğru değerlendirme ve yanlış değerlendirme olarak adlandırılmaktadır. Halbuki yaşamda eylemlerin değerlendirilmesi çoğunlukla bu tür doğru ve yanlış değerlendirmeler olarak gerçekleştirilmemektedir; değerlendirmeler genelde ezbere bir biçimde yapılmaktadır. Bu ezbere değerlendirmeler ise “değer biçme”ler ve “değer atfetme”ler olarak karşımıza çıkmaktadır⁵²⁷. Bu değerlendirme türlerinde, bir şeyin değerinin arandığı yer, o şeyin kendisi değildir; o şeyin değeri, değerlendiren ile ilişkisinde, değerlendirene sağladıklarında aranır. Zaten bir eylemi doğru değerlendirmek ve buna bağlı olarak da eylemin değeri ile tür olarak insan arasındaki ilgiyi kurabilmek kolay değildir. Bu tür bir ilginin kurulabilmesi için insanı, insan olarak görebilmek gerekir. Halbuki insanın, önce insan olarak görülmediği durumlarda, örneğin onun, bir grubun, dinsel bir grubun ya da bir dünya görüşü ile ilgili bir grubun veya ırksal bir grubun üyesi olarak görülmesi halinde, doğru tarzda bir değerlendirmenin yapılması mümkün değildir⁵²⁸.

Bilindiği üzere insan, biyolojik ve psikolojik yönleri olan bir canlıdır. Bundan ötürü de biyo-psişik ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak ve kendi tekil varlığına göre değerlendirmeler yapmaktadır. Bu tür değerlendirmelerin yanlış olduğu söylenemez. Ancak insanın sadece biyo-psişik ihtiyaçları doğrultusunda değerlendirmeler yaptığı, diğer başka türden değerlendirmeleri yapamadığı noktada ise bir sorun ortaya çıkar. İşte bu tür biyo-psişik ihtiyaçların şekillendirdiği değerlendirmeye “değer atfetme” denir⁵²⁹. Kuçuradi bir ezbere değerlendirme yöntemi olarak “değer atfetme”yi şu şekilde açıklar:

“Bir eyleme değer atfetme, değerlendirenin o eylemi, kendisiyle rastlantısal özel ilgisinden –kendi özel koşullarıyla ilgisinden- dolayı değerli-değersiz (iyi-kötü) sayması olarak karşımıza çıkar.

Bu, bir eylemin, onu değerlendirenle ilgili sonuçları açısından değerlendirilmesidir: eylemin değerlendirene sağladığı yarar ya da yol açtığı zarar, eylemin değeri olarak eyleme

⁵²⁷ Kuçuradi, **Etik**, s. 18.

⁵²⁸ Abdullah Kaygı, “Değerlendirme Sorunu ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları (Konferans, Panel ve Sempozyumlar)**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006, ss. 47-79, s. 64.

⁵²⁹ Kaygı, “Değerlendirme Sorunu ve İnsan Hakları”, s. 56-58.

atfedilir.

Kişi ile ilişkisinde bir eyleme değer atfetme doğru değerlendirme ile karşılaştırıldığında, değer atfetmede olan bitenin şu olduğunu görürüz: değerlendirmedeki ilk adım atlanarak, yani eylemin nedenlerine bakılmaksızın, o eylemin değerlendiren için rastlantı sonucu doğurduğu yarar ya da zarar, yani eylemin bir dolaylı etkisi, değerlilik ölçüsü olarak kullanılıyor, bir özel değer yargısında bulunuluyor, sonra da bu özel değer yargısı eylemin özelliği olarak - “değeri” olarak- eyleme atfediliyor.

Böylece, bir eyleme değer atfetme, eylemden kopuk, ezbere bir değerlendirme oluyor; yani bir eylemin kendisi bakımından rastlantsal etkilerinden bir tanesinin sonucu olarak değerlendirenin yaşadığı bir değerlilik ya da değersizlik yaşantısını o eyleme değeri olarak yansıtılması oluyor.⁵³⁰”

Değer atfetmede esas olanın değerlendirilene özgü nitelikler olmaktan ziyade, değer atfeden kişinin değer yargıları olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple değerlendirilene atfedilen değerler, değer atfeden kişiye bağlıdır; değer atfeden kişiye bağlı olarak değişmekte, değer atfedene bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Ancak değer atfetmenin her zaman için değer harcayan sonuçları gündeme getirmeyeceği, bununla birlikte ezbere değerlendirmeye götürebilecekleri, değerlendirilenin değerinin görmek açısından yararlı olmayacağı da unutulmamalıdır.

Diğer bir değerlendirme türü ise değer biçmedir. Değer yargılarına bağlı olarak yapılan değer biçmede, çoğunlukla, değerlendirilen şeyin kendi değerini göstermek yerine onun ezbere bir şekilde değerlendirmesi söz konusu olur⁵³¹. Değer yargıları, bu “hazır” yargılara sahip kişilerin eylemlerine etkili bir şekilde yön verirler. Zira değer yargıları bir defa benimsenmekle, kişiler artık onların dayandığı veya kaynaklandığı inançları benimsemiyor olsalar dahi, yine de değer yargıları onların eylemleri üzerindeki etkilerini sürdürürler. Kaynağı değer yargıları olan inançları artık taşımayan insanlar, farkında olmasalar bile, bu değer yargılarına göre

⁵³⁰ Kuçuradi, **Etik**, s. 18.

⁵³¹ Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri**, s. 28.

değerlendirme yapmaya devam ederler⁵³².

Değer yargıları, yüklemeleri zamandan zamana, toplumdan topluma farklı nitelendirilen – iyi-kötü, güzel-çirkin, faydalı-zararlı, doğru-yanlış, günah-sevap – yargılardır⁵³³. Bundan ötürü de ahlakın, kişiler arası ilişkilerde geçerli, örneğin bir grupta, belirli bir dönemde ya da genel olarak, geçerli olan, geçerli olması arzulanan, türlü değer yargıları sistemlerini içerdiği ifade edilebilir. Bazı toplumlarda doğal ve hoş karşılanan, takdir edilen bazı davranışların bazı toplumlarda yadırganması, hoş görülmemesi ve hatta cezalandırılması, değer yargılarının tüm toplumlar için geçerli olmadığının, toplumdan topluma farklılaştığının göstergesidir.

Değer biçmede esas olan, değerlendirilen şeyin kendi değerinin gösterilmesi olmadığından geçerli ilkeleri kurallar, normlar, standartlar, ölçüler, modalar bakımından onu nitelendirmek anlaşılır⁵³⁴. Bu tür bir değerlendirmeye ise ekseriyetle bağnaz kişiler başvurmaktadır: “Kişi ile kişi ilişkisinde bu değerlendirme tarzı genellikle bağnaz kişilerin –yobazların- değerlendirme tarzıdır; gruplarının davranış belirliyen değer yargılarının değerler sayarak onlara en üstün **–değeri–** atfeden, dolayısıyla onları korumak ihtiyacını duyan ve grup üyeliklerini en “değerli” özellikleri sayarak, en üstün “değeri” ona atfedenler de rastlanan değerlendirme tarzıdır.”⁵³⁵

Bütün bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde; değer biçmede, değerlendirenin, değerlendirmesini hazır bulunan kimi yargıları veya düşünce kalıplarını değerlendirilene uygulayarak elde ettiği anlaşılmaktadır. Değerlendirilenin sahip olduğu, ona has nitelikler gözetilmeksizin, hazır bulunan kalıpların kullanılması suretiyle değerlendirmede bulunmaktadır. Tepe’nin ifadesiyle, “Şeyin değerini saptama yerine, kendi kafasındaki değer yargısını duruma ya da kişiye –eyleme vb.- uygulamaktadır. Değerlendirilenin kendi özelliklerine gözler kapatılarak, hazır değer yargısı, -genellikle iyi kötü gibi nitelemelerle yapılan-

⁵³² Kaygı, “Değerlendirme Sorunu ve İnsan Hakları”, s. 54.

⁵³³ Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri**, s. 27-28.

⁵³⁴ Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri**, s. 28.

⁵³⁵ Kuçuradi, **Etik**, s. 19.

değer yargısı bu duruma ya da eyleme uygulanarak onun değeri belirlenmektedir.⁵³⁶” Şahyar Akdemir bu hususu güzel bir biçimde örneklendirmiştir:

“... birçok kişi Çingenelerin gürültücü, disiplinsiz, parasız ve hırsız olduklarını, güvenilir insanlar olmadıklarını düşünmektedir. Bir değerlendirme ölçütü olarak bu yargı kolaylıkla ayrımcılığa sebep olabilir. Bu düşünceye göre bir Çingene iş verilemez çünkü işe zamanında gelmeyebilir ya da iş yerinde hırsızlık yapabilir. Aynı şekilde Çingenelere ev de verilmez çünkü günübürlük yaptığı işlerden düzenli bir gelir elde edemez ve evin kirasını ödeyemez ya da çok gürültü yapar ve etrafını rahatsız eder.⁵³⁷” Bu örneklerden de anlaşılabileceği gibi “Çingeneler hırsızdır” yargısına göre eylemde bulunarak, Çingene bir kimseye iş vermeyen bir işveren ya da “Çingeneler pistir” yargısına göre eylemde bulunan ve Çingene bir kimseyle komşu olmak istemeyen bir ev sahibi değer biçme etkinliğine göre eylemde bulunmaktadır. Değerlendirmede bulunan, değerlendirilenin kendi özelliklerine gözlerini kapamakta ve hazır değer yargılarına göre değerlendirme yapmaktadır.

Ortaya konulduğu üzere değer biçme ile değer atfetme farklı değerlendirme türleridir: “... değer biçmede, kendisine değer biçilen şey sadece kausal olarak gözönündedir; değer atfetmede ise, kendisine değer atfedilen şey, değer atfedenle olan özel ve dolaylı bir ilgisi yüzünden “değerli” görülmektedir. Bu bakımdan, bir şeye değer atfetmek ile bir şeye değer biçmek arasındaki ilgi; değeri söz konusu edilen şeyin, kendi dışında olan bir nedenden dolayı değerli veya değersiz görülmesindendir; farkları, ilkinin geçerli değer yargılarına göre yapılması, diğerrinin ise yapana bağlı olmasıdır. Gerek değer atfetme, gerekse değer biçme değerlendirileni değil, olsa olsa değerlendireni ele verir.⁵³⁸” Bundan dolayı değer atfetmede, değer subjektivizminin olduğu açıktır. Değer atfeden kişinin değişmesi, atfedilen değerlerin de değişebileceği anlamına gelmektedir; atfedilen değerler, değer atfedene göre değişkenlik gösterir. Değer biçmede ise değerlendiren kişilerin değerlendirme biçimlerindeki subjektivizm söz konusu olabilir.

⁵³⁶ Tepe, 'Pratik Etik' Etiğin Pratik Sorunları, 188.

⁵³⁷ Duru Şahyar Akdemir, Ayrımcılıkla Mücadele: Çingenelere Yönelik Ayrımcılık Kapsamında Pozitif Ayrımcılık Uygulamalarına Eleştirel Bir Yaklaşım, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 13.

⁵³⁸ Kuçuradi, İnsan ve Değerleri, s. 30.

Sonuç olarak hem biyo-psişik ihtiyaçlardan doğan değer atfetme hem de değer yargılarından kaynaklanan değer biçme, doğru değerlendirmeler olarak kabul edilmezler. Çünkü bir şeyi doğru değerlendirmek için değerlendirilenin bilgisine sahip olmak gerekir. Ayrıca değerlendirmenin nesnesi de bilgi olmalıdır. Kuçuradi'nin yer verilen görüşlerinde belirtildiği üzere, her ne kadar bir şeyin değeri, onu değerlendirmek suretiyle ortaya konulabilirse de bu değerlendirme, söz konusu olan değerlendirileni seyirci olarak yargılamak ve ona 'değer biçmek' ya da 'değer atfetmek' biçiminde gerçekleştirilmemelidir. Değerlendirmek, bir bilgi problem olduğundan değerlendirilenin kendi alanı içindeki özel konumunun da ve gösterilmesi gerekmektedir.

Bu noktada Çotuksöken'in ayrımcılığın dayandığı varlıksal ve bilgisel koşullara ilişkin tespitleri de yol göstericidir:

“Ayrımcılık; ayrımlar (farklar) temeli üzerinde yükselen ayrımlara, bölmelere dayanmaktadır. Birey, sahip olduğu bir takım değiştirilebilir/değişebilir özellikleriyle, nitelikleriyle öteki bireylerden ayrıdır, farklıdır; başka bir deyişle tekildir, biriciktir. Bu tekilik, biriciklik içinde de belki Eskiçağ filozoflarının üzerinde durduğu gibi açıklanamazdır, bilinemezdir. Bilme edimi büyük ölçüde ayrımlara, farklara yönelik olarak işleyen düşünme biçimimiz, varolanları sahip olunduğu düşünülen ayrımlara göre bölme, ayrımlama eğilimindedir. İşte bu ayrımlama, bölme, sınıflama ediminde ölçü kaçırıldığında; başka bir deyişle kolaya kaçıldığında, ayrımlama edimi kolaylıkla ve hızla ayrımcılığa dönüşebilmektedir. Tam da bu noktada kültürelliği büyük ölçüde içinde taşıyan ya da kültürel oluşun denetiminde olan içselleştirilmiş değerler dizgesi, ayrımlamaları zaman zaman sıkı bir biçimde belirlemektedir. Daha somut bir örnek vermek gerekirse birinin, bir kişinin sahip olduğu bir özellik o kişide sabitleştirilmekte; benzerliklere aynı zamanda önem veren ve benzerlikler doğrultusunda varolanları bir araya getirmeye yatkın olan düşünme/bilme süreçleri kolaylıkla bölmeler yapmaktadır. Tek kişide bile ne ölçüde, ne kadar olduğu tam olarak bilinmeyen herhangi bir nitelik, değişmez bir öz olarak algılanmakta hem o kişiyi hem de benzerlikler kurma yoluyla bireyler/kişiler topluluğuna özelleştirilmiş belli bir nitelik açısından bakma bir alışkanlık haline getirilmektedir. Sözlü ve yazılı kültürün büyük ölçüde denetiminde olan bu tür yaklaşımların değiştirilebilir/değişebilir nitelikleri/özellikleri sabit bir öz olarak algılanması, bununla da kalmayıp temel bir davranış doğrultusu olarak içselleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan

özcülük ayrımcılığın varlıksal, bilgisel temelini oluşturmaktadır. ... Olup bitene daha doğrudan, önyargısız, kimi kültürel ölçülerden uzak bakıldığında, elde edilecek sonuç da (bilgi) kendisine yönelineni upuygun bir biçimde yansıtmaya bile, büyük ölçüde doğru bir biçimde yansıtabilir. Özne (bilen varlık) nasıl bir tutum belirlemeli ki bu sonucu elde edebilsin: Bu noktada öznenin, nesneye yöneliminde, kendisi ile kendi kavramları, değerleri kısacası kültürel yapısı arasına bir mesafe, uzaklık koyması gerekmektedir. İşte araya bu uzaklık konul(a)madığı takdirde, çeşitli biçimlerde ve farklı ölçütlerle kimi zaman ister istemez yapılan öbeklendirmeler, ayrımcılıklar için fırsat oluşturabilir.⁵³⁹”

Tüm bu açıklamalar ise bizi başka bir soruyu daha aydınlatmaya mecbur kılar. Bu da değerın ne olduğu sorusudur. İktisattan etiğe geçmiş bir terim olarak ‘değer’in iktisattaki anlamı, etikte kullanılan anlamından farklıdır. Bu fark şu şekilde ifade edilmiştir:

“... İktisadın bir kavramı olarak değer, ancak “biçilen değer”le, yani özel değer yargılarıyla şeylere biçilen “değer”le bir paralellik gösterir.

İktisadın bir terimi olarak ‘değer’ insan emeğinin ürünüyle, nesnelerle ve parayla ilgilidir; “kullanım ve değış-tokuş değeri” anlamlarında kullanılır. Bir nesnenin –ve bu nesnenin bir mal olması veya bir mal sayılması şarttır- ‘kullanım değeri’nden, onun “maddi” bir ihtiyacı karşılaması bakımından faydası kastedilir; ‘değış-tokuş değeri’nden ise onun satın alabileceğı başka şeyler, - para olgusunu da hesaba katarsak- fiyatı anlaşılır.⁵⁴⁰”

‘İnsanın değeri’ ise insanın, insan olmayan her şeyle yani cins olarak insanın diğerk varlıklarla ilişkisindeki özel duruma karşılık gelir. Bu özel durum, ‘insanın varlıktaki özel yeri’dir yani kişilerin insanlararası ilişkilerde sahip olduğu haklardır. Söz konusu hakların bir kısmı “insan hakları” olarak çeşitli anayasalarda ve uluslararası belgede düzenlenmiştir. Temelleri insanın değerinde bulunan bu haklara, “insan hakları”na, günümüzde her insanın doğuştan sahip olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴¹

Her insanla ilgili bazı gerekleri dile getiren insan hakları, insanı diğerk

⁵³⁹ Betül Çotuksöken, **İnsan Hakları ve Felsefe**, 2.Basım, İstanbul, Papatya Yayıncılık Eğitim, 2012, s. 160-161.

⁵⁴⁰ Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri**, s. 38-39.

⁵⁴¹ Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri**, s. 40.

canlılardan ayıran ve insana özgü olan olanakların, - insana özgü etkilikler ve bu etkinliklerin ürünleri- kişilerde korunması istemleri, esasen kişilerin, sırf insan oldukları için korunması anlamına gelir. Kısaca, insanın değerini tanıma ve koruma istemleridir. Bu ise kim olduğuna bakılmaksızın, insan haklarının o kişi için de korunmasının gerekçesidir. Buradaki tek koşul, insan olmaktır. Söz konusu kişi, başkasının bir insan hakkını çiğnemiş olsa dahi kendisinin sahip olduğu insan hakları, onu korumaya devam etmektedir⁵⁴².

Ayrımcılık yapıldığı durumlarda ise insanın, insan olarak görülmediği açıktır. Ayrımcılık örneklerinde ayrımcılık yapan kişi bir değerlendirme hatası yapmaktadır. Değerlendiren yani ayrımcılık yapan kişi ilgili değerlendirme hatası sebebiyle de yanlış bir eylemi gerçekleştirmektedir⁵⁴³. Buna örnek olarak, aynı inanca veya etnik kökene sahip kimselerin bu inanca ya da etnik kökene sahip olmayanlara nazaran üstün olduğuna inanan kişiler gösterilebilir. Başka ırkın ya da milletin mensubu olan insanların kendi mensubu olduğu ırktan yahut millettten daha aşağı bir konumda olduğunu düşünen kişi, belirli bir karar verme durumunda ırkı veya milleti ön planda tutacak ve kendi ırkından ya da etnik kökeninden olan kişiye yönelik olumlu bir tutum sergileyecektir. İlgili duruma veya işe en uygun kişiyi seçmek gibi bir eylemde bulunmayacaktır. Bu tür bir kişinin özellikle iş ilişkilerinde belirleyici olan diğer insanlara dair sahip olduğu değer yargısıdır. Doğru değerlendirmesinin önünde engel teşkil eden bu değer yargısı, bir karar verme veya seçim yapma konumunda bulunan kişinin, çoğunlukla, hata yapmasına sebep olacaktır⁵⁴⁴. Çünkü “değer yargılarına dayanan, değerlendirilen şeyin özelliklerine gözlerini kapayan bir değerlendirme, kaçınılmaz bir biçimde yanlış bir değerlendirme, bu değerlendirmeye dayalı eylem ise yanlış bir eylem olacaktır. Sonuçta, o işe ya da duruma daha uygun olan kişinin seçilmemesine, söz konusu işin de gereği gibi yapılmasına engel olunmuş olacak, seçilmeyen kişi açısından da bir haksızlığa yol açacaktır.”⁵⁴⁵

Toplum içinde, toplumsallaşmış ilişkiler içinde ve/veya kurumsallaşmış,

⁵⁴² Kuçuradi, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, s. 1-2.

⁵⁴³ Tepe, *'Pratik Etik' Etiğin Pratik Sorunları*, s. 187.

⁵⁴⁴ Tepe, *'Pratik Etik' Etiğin Pratik Sorunları*, s. 188.

⁵⁴⁵ Tepe, *'Pratik Etik' Etiğin Pratik Sorunları*, s. 188.

hukuksal statü kazanmış toplum içinde yer alan birey, eylemin de taşıyıcısıdır aynı zamanda. Bunun anlamı, hakların korunmasında genel çerçeveyi belirleyenin kamusal/toplumsal yapı olmasına rağmen eyleyenin birey olduğudur. Bundan ötürü bireyin tüm davranışlarının toplumla ve kamuyla ilgisi göz önüne alındığında, davranışlarının aynı zamanda, hukuk düzeninde de etkili olduğu aşikardır. Hukuk düzeni ise hakların korunmasında önemli bir yere sahiptir. Toplumdaki ilişkiler bütünüünün etiğin temel alındığı hukuksal bir çerçeve içinde biçimlendirilmesi, hakların korunması açısından önemlidir. Ancak etiğin ön planda tutulması, etiği temel alan bir şekilde hakların korunması her zaman mümkün olmamaktadır. Hakların etik baz alınarak hukukun şemsiyesi altına toplan(a)madığı durumlarda ayrımcılık belirginleşmektedir⁵⁴⁶.

Görülmektedir ki karşılaştıkları kişilere önyargılar ve ezbere değer yargıları ile yaklaşıp onlarla kendisi arasında ben/biz ve öteki/ötekiler ayrımı yapan, diğerlerini ezbere değerlendirenler, bu değerlendirmelerinin doğal sonucu olarak değer çığneyebilmekte, ayrımcılık yapabilmektedirler. Bunun engellenmesi içinse diğerlerindeki “insan” görülmeli ve buna uygun eylemde bulunulmalıdır. Fakat söz konusu eylemlerde bulunurken insanın değerinin farkındalığı ile hareket edilmesi gerektiğinden bu değere işaret eden insan onurunun da irdelenmesi gerekmektedir.

B. İnsan Onuru

Farklı biçimlerde, görünümünde de olsa bütün toplumlarda eşitsizlikler süregittiğinden eşitliğe ilişkin yeni yaklaşımların geliştirilmesi için çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalarda göze çarpan unsur ise eşitliğe ve ayrımcılık yasağına ilişkin yaklaşımlarda gerek normların kendileriyle gerekse yargı organlarının uygulamalarıyla şekli bir halden maddi bir kavrama doğru gerçekleşen evrilmedir⁵⁴⁷. Bu gelişmenin ortaya çıkmasında, şekli eşitlik anlayışındaki sınırlamalara ilişkin olarak mahkemelerin, politika yapıcıların ve teorisyenlerin eşitlik kavramına daha

⁵⁴⁶ Çotuksöken, **İnsan Hakları ve Felsefe**, s. 159-160.

⁵⁴⁷ Evadre Grant, “Dignity and Equality”, **Human Rights Law Review**, Vol. 7, No. 2, 2007, ss. 299-332, s. 300.

sağlam bir öz aramaya duydukları ihtiyaç önemli rol oynamıştır⁵⁴⁸. Bu aşamada da gündeme insan onuru kavramı gelmiştir. Örneğin mahkemeler, Kanada ve Güney Afrika anayasalarında önemli yer tutan maddi eşitlik anlayışının biçimlendirmeye çalışırken, insan onuru kavramını ön plana çıkarmaktadırlar. Fakat eşitliğin tanımlanmasında ve ayrımcılığın tespitinde insan onurunun rolünün evrensel olarak onaylandığı söylenemez; insan onurunun belirsiz olduğu ya da fazla bireysel olduğu ve maddi eşitliğin gerçekleştirilmesi için yeterli olmadığı yönündeki eleştiriler dikkat çekmektedir⁵⁴⁹. Yine de insan onurunun, özgürlüğün temeli ve eşitliğin ölçütü olduğu vurgulanmaktadır⁵⁵⁰.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde, geldiği yer olarak Fransızca “honneur” sözcüğü gösterilen onur “1. İnsanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis, 2) Başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar” olarak tanımlanmıştır⁵⁵¹. Akarsu’nun felsefe sözlüğündeki tanım ise şöyledir: “İnsanın duyan, düşünen ve özgür bir varlık olarak taşıdığı değer, insan olarak insanın değeri // Kant’a göre onurlu bir varlık olması dolayısıyla insan hiçbir zaman araç olarak kullanılmamalıdır.”⁵⁵²

Onur sözcüğünün İngilizce karşılığı olan *dignity* (Almancada *würde*, Fransızcada *dignité*) sözcüğü Latince değerli anlamındaki *dignus*’un, bu değere layık anlamına gelen *dignitas* halini alması; *dignitas* sözcüğünün de Fransızcadaki *digneté* sözcüğüne kaynaklık etmesi ve *digneté* sözcüğünün de *dignité* formuna bürünmesiyle oluşmuştur. Bu bağlamda İngilizcedeki *dignity* sözcüğünün *dignité* sözcüğünden etkilendiği ifade edilmektedir⁵⁵³.

Belirtilmelidir ki *dignitas* şeref, itibar, namus gibi kavramlarla kullanılmakta ve özellikle soylu bir sınıf olan *patricius*ların halka takdimlerinde

⁵⁴⁸ Fredman, **Discrimination Law**, s. 19.

⁵⁴⁹ Grant, “Dignity and Equality”, s. 300-301.

⁵⁵⁰ Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 222.

⁵⁵¹ **Güncel Türkçe Sözlük**, “onur”, (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, 11 Aralık 2020.

⁵⁵² Akarsu, “onur”, **Felsefe Sözlüğü**, s. 137.

⁵⁵³ Jack Donnelly, “Human Dignity and Human Rights”, **Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UD, Protecting Dignity: Agenda for Human Rights**, June 2009, s. 10, (Çevrimiçi) <https://www.legal-tools.org/doc/e80bda/pdf/>, 20 Şubat 2018; Kuru, “Tarihsel Süreçte İnsan Onuruna Kısa Bir Bakış”, s. 181

önemli bir yer tutmaktaydı. Dolayısıyla İngilizce ve Fransızca bir kavram olarak sadece belirli bir sınıfa özgü idi ve eşitsizliği belirtmek üzere kullanılmaktaydı. Kavramın bugünkü anlamına en yakın haliyle, tüm insanları kapsayacak biçimde, kullanılmasının ise son 200-300 yıl içinde, Rönesans ve Aydınlanma çağı ile birlikte, mümkün olduğu belirtilmektedir⁵⁵⁴.

İnsan onurunun dikkate alınması, korunması istemi sıklıkla dile getirilen bir talep olsa da kavramdan anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunda bir uzlaşma olmadığı, bu sebeple başka sözcüklerle karıştırıldığı görülmektedir. Örneğin onur, şeref, gurur, kavramları birbirlerinin yerine geçebilecek şekilde kullanılmakta, hatta sözlüklerde dahi bu fark gözetilmeksizin tanımlamalar yapılabilmektedir. Dolayısıyla bu sözcüklerin birbirleri ile ilişkili olmalarına rağmen farklı anlamlara sahip olduklarının farkında olunması önem arz etmektedir.

Kuçuradi şerefın (honor) ve onurun (dignity) aynı olmadıklarına dikkatimizi çeker ve şerefın “kişinin değerine yahut farz edilen değerine gösterilen saygı⁵⁵⁵”ya karşılık geldiğini belirtir. Bu değer, kişinin etik özelliklerinden, kişinin erdemlerinden oluşmakta olup gösterilen saygının nesnel bir ifadesi olabileceği gibi bu değerın, bir kişinin davranışlarının bir kültürde geçerli değer yargılarında bulunduğu da farz edilebilir⁵⁵⁶. Bundan ötürü insanın yapısına ilişkin bir bilgidir

⁵⁵⁴ Donnelly, “Human Dignity and Human Rights”, s. 10. Onur kavramının Batı düşüncesinde ilginç bir geçmişi olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre genellikle din ile ilişkilendirilen onur kavramının izlerine esasen Hristiyan ve Yahudi yazıtlarında rastlamak zordur. Onur sözcüğünün Yahudi dilindeki karşılığı olabilecek *gedula* kelimesine yahudi yazıtlarında nadiren rastlandığı ve buradaki anlamın da karakterin yüceliği ya da kişisel saygınlık anlamında kullanıldığı belirtilmektedir. Hristiyanlıkta ise yunan *σεμνότης* (*semnotēs*) kelimesinin ingilizcedeki *dignity* sözcüğünü ifade edebileceği, ancak sözcüğe Hristiyan yazıtlarında üç kere yer verildiği ve esas olarak “ciddiyet” kelimesine karşılık olarak kullanılmasının daha doğru olacağı, onurun karşılığı olarak kullanılabilecek *ἀξιοπρεπεία* (*aksioprepeia*) ya ise Yeni Ahit’te yer verilmediği ileri sürülmektedir. Orta Çağ’ın etkili isimlerinden Thomas Aquinas ise *Summa Theologiae* adlı eserinde *dignitas* kelimesini ve benzerlerini, bir şeyin yaratılış zincirindeki yerine uygunluğunun değeri ile bağdaştırarak kullanmış ve bu doğrultuda bitkilerin kayalardan, meleklerin insanlardan daha fazla onuru olduğunu iddia etmiştir. Aristoteles ise etiğe dair yazılarında *aksioprepeia*’ya yer vermezken Nikomakhos’a Etik eserinde *semnotēs* kelimesini 3 kere kullanmıştır. Eudemian Etiği adlı eserde ise *semnotēs*, bugünkü onur sözcüğüne karşılık gelen anlamdan oldukça farklıdır. Romalı Stoacı düşünürlerden Cicero’nun ve Seneca’nın ise onuru, kişinin ünü ya da itibarı ile ilişkilendirdikleri anlaşılmaktadır. Rönesanslı düşünür Pico della Mirandola ise dikkatleri insan onuru ile insan özgürlüğü arasındaki ilişkiye yöneltmiştir. Daniel P. Sulmasy, “Human Dignity and Human Worth”, **Perspectives on Human Dignity: A Conversation**, Ed. Jeff Malpas, Norelle Lickiss, Dordrecht, The Netherlands, Springer, 2007, s. 10-11.

⁵⁵⁵ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 73.

⁵⁵⁶ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 73.

oluşan insan onuru ile bir kişinin değerine veya farz edilen değerine gösterilen saygı olarak şerefın içeriğinin farklı olduğuna; yapıp ettiklerimizle insan onurunu korumanın bizlere bağılı olmasına rağmen şereflendirilmenin başkalarına bağılı olduğuna dikkat edilmelidir⁵⁵⁷.

Peki, kişinin sadece insan olması dolayısıyla sahip olduğu kabul edilen insan onuru nasıl tanımlanabilir? Daha önce yer anlatıldığı üzere, insan haklarına dair uluslararası belgelerde insan onuruna mutlaka yer verilmesine karşılık kavrama ilişkin herhangi bir tanım yapılmamaktadır. Bununla beraber insanın değerinden yola çıkarak bir tarif yapılması mümkündür. Lakin ilkin, insanın değeri ile kastedilen açıklanmalıdır:

“‘İnsanın değeri’ derken, bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yerini anlıyorum. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve bu etkinliklerin ürünleri olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere e k özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar ‘insanın değerini’ ya da ‘onurunu’ oluşturur. Böylece, insanın bu yapısal özelliklerini korumak, yani kişilerde insanın olanaklarını geliştirmek, insan türünün davası, insan olan herkesin ödevi oluyor. Diğer yandan, bu türün üyesi olan her tekin h a k k ı oluyor: bu olanakların geliştirilmesi onun i ç i n de sağlanmalı.⁵⁵⁸”

Bu bağlamda insan onurunun insanın değeri ile ilişkisi ise şu şekilde kurulmaktadır:

“‘İnsan onuru’ (human dignity) dediğimiz, i n s a n ı n bu değerinin farkındalığına işaret ediyor. Her insanı, insanın bu yapısal olanaklarını gerçekleştirebilecek şekilde

⁵⁵⁷ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 74. Benzer şekilde gurur da sanki onurla eş anlamlıymış gibi kullanılmaktadır. Oysa onur ile gurur farklı anlamlara sahiptir: “*Kişi açısından bakıldığında onur, kişilerin insan olarak sahip oldukları değerın öznal karşılığı- yani kişinin bu değere ilişkin bilgisi ve ona ancak kişinin kendisinin zarar verebileceğinin bilincidir. Buna karşılık gurur, kişinin kendisiyle ilişkisinde duyduğu bir duygudur ve ona doğrudan veya dolaylı olarak kendi imgesine uygun davranıldığı zaman yaşadığı bir duygu. Bundan dolayı yukarıda sözünü ettiğim bilince sahip bir kişiye, onu aşağılamak niyetiyle muamele edildiği zaman, o kişi kendini aşağılanmış duyuyabilir; buna karşılık bu bilince sahip olmayan bir kişi, hak ettiği, ancak kendi imgesine aykırı bir muamele gördüğü zaman gururunu kırmak duyabilir.*” Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 74.

⁵⁵⁸ Kuçuradi, “Felsefe ve İnsan Hakları”, s. 73.

muamele görmeye layık kılan da, bu değerdir. İnsan onuru, insanın nesnel değerinin öznel karşılığıdır ve tür olarak insanın değerinin felsefi/antropolojik bilgisinden, yani insan türünün belirli yapısal özellikleri ile olanaklarının ve bunlardan kaynaklanan ve ona evrendeki yerini sağlayan tarihteki başarılarının bilgisinden oluşur. Bu bilgi, ona sahip olanlar için, doğal ve rastlantısal özellikleri ne olursa olsun başka insanlara, hatta bu değer farkında olmayanlara da, bu değere uygun muamele etmeyi gerekli kılıyor. Bir kişinin, her şeyden önce bir insan olduğunun bilincine varmasını, tek ortak kimliğimiz olan insan kimliğimizin farkına varmasını sağlayan da, bu bilgidir.⁵⁵⁹”

Kuçuradi’nin bu açıklamaları dolayısıyla insan onurunun, insanın değerinin bilgisinin farkındalığına işaret ettiği ve eylemlerimizde bu değere uygunluğu göz önünde bulundurmamız gerektiği tespitinde bulunulabilir. Bu husus ise insan hakları ile insanın değeri arasındaki ilgi münasebetiyle de dikkat değerlidir. Zira daha önce ifade edildiği üzere, insan haklarının temellerinde insanın değeri bulunmaktadır⁵⁶⁰.

İnsan onuru, üzerinde sıkça tartışılan, kendisine sıkça atıf yapılan bir kavramdır ve gerek felsefe gerek ilahiyat gerekse hukukta önemli bir role sahiptir. Ancak kavramın, özellikle insan hakları söyleminde, bugünkü anlamındaki kullanımının izleri için II. Dünya Savaşı’na ve Savaş’ın yıkıcı sonuçlarına bakılmalıdır. Şöyle ki, insan onurunun, insana içkin olduğunun kabulünün, hukuki metinlerde ancak yirminci yüzyılın başlarından itibaren çeşitli anayasalar aracılığıyla kendisine yer bulabildiği görülmekteyse de esas olarak, II. Dünya Savaşı sonrasında düzenlenen uluslararası ve ulusal belgelerde insan onurunun önemli bir rol üstlendiği görülmektedir⁵⁶¹. Evet, insan onuru, 19. yüzyılda köleliğin yasaklanması gibi uluslararası insan hakları hukukundaki birçok gelişmenin temelinde yer almıştır ama günümüzdeki kullanım halini almasında II. Dünya Savaşı’nın insanlığa yaşattığı

⁵⁵⁹ Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, s. 72-73.

⁵⁶⁰ Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri**, s. 40.

⁵⁶¹ Christopher McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No.4, ss. 655-724, s. 663-664. Bu anayasalara örnek olarak 1917 tarihli Meksika, 1919 tarihli Weimar Almanyası, 1919 tarihli Finlandiya, 1933 tarihli Portekiz, 1937 tarihli İrlanda ve 1940 tarihli Küba anayasaları verilebilir. Ayrıca onurun tarihsel süreç içerisindeki görünüşleri incelendiğinde, farklı dönemlerde farklı tanımlara karşılık gelecek biçimde kullanıldığı görülmektedir. Ancak kavramın, bu tarihsel kesitlerdeki herhangi bir kullanımı üzerinde bir görüş birliğinin olmadığına dikkat çekilerek, hukuk alanına yansıyan biçimdeki kullanımında, herkesin saygı duyulması gereken bir onura sahip olduğu hususunun birleştirici bir kabul olduğu ifade edilmektedir. McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, s. 723-724.

zulüm, insanlarda sebep olduğu korku, yıkım ve soykırım etkili olmuştur⁵⁶².

II. Dünya Savaşı sonrası Birleşmiş Milletler nezdinde düzenlenen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ni incelediğimizde ise özgür olan, onur ve haklar bakımından eşit doğan insanların ayrıca akıl ve vicdan sahibi oldukları ve birbirlerine kardeşlik anlayışı ile davranmalarının gerektiğinin düzenlendiği görülmektedir⁵⁶³. Bu tür bir anlatımın ise Kant'ın bütün insanların sahip olduğunu ileri sürdüğü "akıl ve vicdan" aracılığıyla birbirlerine karşı davranışlarını düzenleyebilecekleri düşüncesini yansıttığından, insan onurunun ne devletin tanınmasına ne de dinsel onaylamaya ihtiyaç duymadığı ileri sürülmektedir⁵⁶⁴. Bildiri, kabul edilmesini takiben, özellikle hukuk alanında, gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde, etkisini göstermiş ve insan onuru, eşitlik ve ayrımcılık yasağı kavramlarına Bildiri'yi takiben düzenlenen hemen her anayasada ve insan haklarına ilişkin belgede yer verilmiştir⁵⁶⁵.

⁵⁶² Grant, "Dignity and Equality", s. 302.

⁵⁶³ Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, md. 1.

⁵⁶⁴ Grant, "Dignity and Equality", s. 305. Bu noktada insan onurunun günümüzdeki anlamına kavuşmasında etkili olduğu savunulan Immanuel Kant'a yer verilmesi gerekmektedir. Kant, insanın onuruna ilişkin olarak şöyle söyler: "İnsan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu veya bu isteme biçimi için kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır; ve gerek kendine gerekse başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinde hep aynı zamanda amaç olarak görülmelidir... Varoluşları bizim istememize değil de, doğaya dayanan varlıkların, akıl sahibi olmayan varlıklar olunca, yine de araç olarak ancak göreceli bir değeri vardır, bu yüzden onlara şeyler denir; oysa akıl sahibi varlıklara kişiler denir, çünkü onların doğal yapısı bile, onların kendilerini amaçlar olarak, yani sırf araç olarak kullanılamayacak şeyler olarak gösterir, böylece de her türlü kişisel tercihi sınırlar (ve bir saygı konusudur). Bunlar, eylemimizin etkisi olarak varoluşları bizim için değeri olan sırf öznel amaçlar değildir; nesnel amaçlardır, yani kendi başına varoluşlarının kendisinin amaç olduğu şeylerdir...". Immanuel Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. İoanna Kuçuradi, 4. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2009, s. 45-46.

⁵⁶⁵ Grant, "Dignity and Equality", s. 300. Evrensel Bildiri'yi takiben düzenlenen ve insan haklarının korunmasını amaçlayan belgeler farklı konuları odaklarına alarak düzenlemelerde bulunmuşlarsa da, ortak noktalarının insan onuru korumak ve ayrımcılık yapılmasını yasaklamak olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin 20.11.1963 tarihinde ilan edilen Birleşmiş Milletler Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi md.1'de "İnsanlar arasında ırk, renk ya da etnik köken temelinde ayrımcılık yapılması, insan onuruna karşı işlenen bir suçtur" hükmü yer almaktadır. Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi'nin 2. maddesinde ise insan onuruna karşı işlenen suç ifadesi kullanılmıştır. Buna göre; "İşkence ya da zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza oluşturan bir tasarruf, insan onuruna karşı işlenen bir suçtur ve Birleşmiş Milletler Şartı amaçlarının reddi ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisinde ilan edilene insan haklarının ve temel özgürlüklerinin bir inkârı olarak mahkûm edilecektir". 25.11.1981 tarihli Birleşmiş Milletler Dini Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi md. 3'te de insanların arasında din ya da inanca dayanan ayrımcılığın insan onuruna yönelik bir hakaret oluşturacağı belirtilmiştir. İlgili düzenlemeler için bkz. Birleşmiş Milletler Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi, (Çevrimiçi) <http://www.un-documents.net/a18r1904.htm>, 03 Nisan 2018; Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz

İnsan onuru, uluslararası düzenlemelerde temel bir unsur olmanın yanı sıra başta anayasalar olmak üzere ulusal düzenlemelerde ve yargı kararlarında da yer almaktadır. Öyle ki, insan onurunu eşitlik ilkesinin merkezine konumlandıran Kanada Yüksek Mahkemesi'ne göre Kanada'da eşitlik; toplumdaki belirli kişilere ikinci sınıf vatandaş muamelesi yapan, onları küçük gören veya onları herhangi bir geçerli sebep olmaksızın daha yeteneksiz gören kanuni ayrımlara tahammül edilmemesi, buna aykırı düzenlemelerin temel insan onuruna saldırı anlamına gelmesidir. Benzer şekilde Güney Afrika Anayasası'nda da, anayasa tarafından tanınan bir hakka ilişkin yapılacak sınırlamanın makul olması ve insan onuru, otonomisi ve özgürlüğünü temel alan açık ve demokratik bir toplumda temellendirilebilir olması gerektiği çünkü Güney Afrika devletinin, insan onurunun ve eşitliğinin gerçekleştirilmesi ve insan haklarının ve özgürlüklerinin geliştirilmesi değerleri üzerine inşa edildiği belirtilmektedir⁵⁶⁶. Alman Anayasası da 1. maddesinde, insanın onurunun dokunulmaz olduğuna ve tüm devlet erkinin ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlü olduğuna yer vermiştir⁵⁶⁷. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda da insan onurunun ihlal edilemeyeceği ve insan onuruna saygı gösterilerek korunması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁶⁸.

Görülmektedir ki 1940'lı yıllardan bu yana insan onurun, insan hakları hukuku belgelerindeki kullanımı artmış ve özellikle uluslararası düzeyde, insan

Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi, (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx>, 03 Nisan 2018; Birleşmiş Milletler Dini Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm>, 03 Nisan 2018. Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da bütün insanların özgür ve onur ve haklarda eşit doğduklarına yer veren ilk belgenin Evrensel Bildiri olmasıdır. 02.05.1948 tarihinde ilan edilen Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nin başlangıç kısmında da bütün insanların özgür ve onurda ve haklarda eşit şekilde doğdukları ifadesi yer almaktadır. Bildiri için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic2.american%20declaration.htm>, 03 Nisan 2018.

⁵⁶⁶ Fredman, **Discrimination Law**, s. 227.

⁵⁶⁷ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, md. 1, (Çevrimiçi), <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, 18 Nisan 2018. Anayasa'nın hazırlanış dönemi dikkate alındığında, Evrensel Bildiri ile benzer dönemde ve bağlamlarda hazırlandığı yani tarihsel ve felsefi etkiler bağlamında Evrensel Bildiri ile bağlantılı olduğu görülmektedir. Aynı zamanda bu anayasa, insan haklarının yorumlanmasında insan onuru kavramına yer verilmesi tartışmalarında Güney Afrika Cumhuriyeti ile de benzerlikler barındırmaktadır. Her iki anayasa da zalimane ve insanlık dışı rejimlerin mirası üzerinden şekillenmiş ve insan onuru kavramıyla olumsuz tablonun dönüştürülmesi amaçlanmıştır. Grant, "Dignity and Equality", s. 306.

⁵⁶⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, (Charter of Fundamental Rights of the European Union), md. 1, (Çevrimiçi) http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, 18 Nisan 2018.

haklarına ilişkin, hem genel hem de özel, sözleşmelerin daimi bir unsuru haline gelmiştir. Bu gelişmenin arkasında, insan haklarının, insanın doğasında var olan insan onurundan kaynaklandığı düşüncesinin egemenliği etkilidir. Öyle ki onurun, haklara saygı duyulmasının sebebi olduğu ve tür olarak insanın sahip olduğu değer dolayısıyla saygı duyulması gereken hakları olduğu ileri sürülmektedir⁵⁶⁹.

Kimi zaman soyut ve belirsiz olduğu ileri sürülen onur, ayrımcılık yasağı ve eşitlik söz konusu olduğunda ihtiyaç duyulan bir kavram olarak işlevsel olabilmektedir. Örneğin açıkça bir karşılaştırılmanın olmadığı, eşit olanlara eşitçe muamele edilmesinde olduğu gibi, şekli eşitlik taleplerinin ispatlanmasının imkânsız olduğu durumlarda önemli bir rol üstlenmektedir. Özellikle cinsel taciz gibi cinsiyetle alakalı örneklerde, tacizcinin erkeklere de aynı şekilde muamele edip etmeyeceği cevaplandırılması hiç de kolay olmayan bir sorudur. Fakat maddi eşitlik anlayışına göre, cinsel taciz, kadının onuruna duyulması gereken saygı ile bağdaşmadığından yasaktır⁵⁷⁰. Avrupa Birliği kanunlarında da taciz kavramı insan onuru ile bağlantılı olacak şekilde tanımlanmıştır. Örneğin istihdam ve meslek konularında erkeklere ve kadınlara eşit fırsatlar ve eşit muamele ilkesine dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC sayılı Direktifi'nde taciz; "bir kişinin onurunu zedelemek ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratmak amacıyla veya etkisiyle bir kişinin cinsiyeti ile ilgili istenmeyen bir davranışın gerçekleştirildiği durumlar"; cinsel taciz ise "bir kişinin onurunu zedelemek ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratmak amacıyla veya etkisiyle ve istenmeyen sözlü, sözlü olmayan yahut fiziksel her türlü cinsel içerikli davranış" olarak tanımlanmıştır⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Sulmasy, "Human Dignity and Human Worth", s. 16. Sulmasy ayrıca onurun, otonomiye saygı yahut eşitlik olarak anlaşılmasının doğru olmadığı zira onurun her iki kavramında temelini oluşturduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda onur, "Neden insanların özerkliğine saygı göstermeliyim?" ve "Neden insanlara eşit bir biçimde muamele edilmelidir?" sorularının karşılığıdır. Dolayısıyla da onurun, haklarla eş anlamlı olmadığı, hakların temeli olduğu belirtilmektedir. Sulmasy, "Human Dignity and Human Worth", s. 10.

⁵⁷⁰ Fredman, **Discrimination Law**, s. 22.

⁵⁷¹ İstihdam ve meslek konularında erkeklere ve kadınlara eşit fırsatlar ve eşit muamele ilkesinin uygulanmasına dair 5 Temmuz 2006 tarihli 2006/54/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Bundan sonra 2006/54/EC sayılı Direktif olarak kullanılacaktır), md. 1/(c) ve 1/(d), (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0054>, 19 Nisan 2018.

İnsan onurunun gerek ulusal gerek bölgesel gerekse uluslararası hukuktaki merkezi önemine karşılık kavramın tanımlanmasındaki zorluğun, yorum farklılıklarını da ortaya çıkarabildiği ileri sürülmekte ve bu zorluğa örnek olarak *Mandela v. Hugo* kararı gösterilmektedir. Davaya konu olan olay, Güney Afrika Cumhuriyeti Devlet Başkanı Nelson Mandela'nın gençlere, engelli bireylere ve 12 yaşından küçük çocukları olan ve şiddete karışmamış tüm kadın mahkûmlara tanıdığı affa ilişkindir. Zira kadın mahkûmların aksine, 12 yaşından küçük çocukları olan ve şiddete karışmamış erkek mahkûmlar affın kapsamına dâhil edilmemişlerdir. Davacı olan erkek mahkûm, affın geçerli olduğu tarihte kendisinin de 12 yaşından küçük bir çocuğu olduğunu ve eşinin ölmesi sebebiyle tek ebeveyn olmasından bahisle sadece kadın mahkûmların affına yer veren Başkanlık Kanunu'nun cinsiyet ayrımcılığına yol açtığını ileri sürmektedir. Mahkeme, önüne gelen davayı oy çokluğu ile reddetmiştir. Yargıç Goldstone J, sözkonusu kanunun çıkarılma gayesine atıfta bulunarak kanunun kapsamı dolayısıyla bazı mahkûmlara avantaj sağlamasına karşılık diğer mahkûmların haklarını sınırlandırmadığını ve ilgili kanunun babaların kendi özel durumlarına istinaden başkana şahsen başvurarak af istemelerine engel olmadığını belirtmektedir. Ayrıca babaları annelere tanınan bir fırsattan yoksun bırakmış olsa da, kanunun, temelde bu yoksun kalmadan ötürü babaların onurlarına veya eşit değere sahip oldukları anlayışına bir zarar vermediği belirtilmiştir. Karşı görüşteki yargıçlardan Kriegler J. ise çıkarılan affın, dayanağında sadece annelerin çocuk bakımı ile yükümlü oldukları varsayımının bulunduğunu ve bundan ötürü kadınların onuruna yönelik bir saldırı teşkil ettiğini savunmuştur⁵⁷².

İnsan onuru kavramına devletin yüklediği anlam ile bireysel özgürlüğün ve otonominin çatışabileceği durumların da kavramın uygulanmasında yaşanan zorluklardan olduğu ileri sürülmektedir. Bireyin, devletin kabul ettiği bireysel onur anlayışına aykırı davranışlarda bulunmayı seçmesi halinde de sorun ortaya çıkabilmektedir⁵⁷³. Buna örnek verilen ve cüce fırlatma denen oyunda yarışmacılar, yani müşteriler, özel giysiler giyen cüceyi, hava yatağına doğru mümkün olduğunca

⁵⁷²Fredman, **Discrimination Law**, s. 23. İlgili karar için bkz. Constitutional Court Of South Africa, *President of the Republic of South Africa and Another v. John Phillip Peter Hugo* (CCT11/96) [1997] ZACC 4; 1997 (6) BCLR 708; 1997 (4) SA 1, 18 April 1997.

⁵⁷³ Fredman, **Discrimination Law**, s. 24.

uzağa fırlatmakta ve cüceyi en uzağa fırlatmayı başaran müşteri oyunu kazanmaktadır. Fırlatılan cüce giymiş olduğu özel kıyafetler dolayısıyla düştüğünde zarar görmemektedir. Ayrıca cüce bu oyundan para kazanmaktadır. Oyunun oynandığı Morsang-Sur Orges ve Aix-en-Provence belediyeleri ise bu tür bir eğlenceyi insan onuruna aykırılık taşıdığı gerekçesiyle yasaklamışlardır. Yasağın ardından konu ilk olarak yerel mahkemenin daha sonra da Fransız Danıştay'ının, Conseil d'Etat, önüne gelmiştir. Hükümet Komiseri bir cücenin top gibi fırlatılmasının onu bir eşya statüsüne indirgediğinden bahisle cücenin onurunun ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak oyunun yapımcısı şirket, cücenin özel koruyucu kıyafeti sayesinde düştüğünde zarar görmediğini, cücenin can güvenliğinin sağlanması yönündeki tüm tedbirlerin alındığını ifade etmiştir. Başvurucu Manuel Wackenheim isimli cüce ise bu oyuna katılmanın kendi isteği olduğunu, bu yasaktan ötürü sadece maddi imkânlardan değil, ünlü olma olasılığından da yoksun bırakıldığını ileri sürerek yasağın kaldırılmasını talep etmiştir. Bu doğrultuda araştırılması gereken, tüm sağlık ve güvenlik koşulları yerine getirilmiş olsa dahi kişinin onurunu zedelediğinden bahisle oyunun yasaklanıp yasaklanamayacağı ve yasaklanması halinde söz konusu yasağın, kişinin otonomisinin ihlali anlamına gelip gelmediğidir. Fransız Danıştay, fiziksel bir engelden muzdarip olan kişilerin fırlatılmalarını içeren temsillerin kişinin küçük düşürülmesi ve insan onurunun zedelenmesi anlamına geldiğinden yasaklanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁷⁴. Fakat

⁵⁷⁴ David Feldman, "Human Dignity as a Legal Value-Part I", **Public Law**, Winter, 1999, ss. 682-702, s. 701. Fransız Danıştay'ın Başvurucu Manuel Wackenheim aleyhine verdiği kararın ardından Wackenheim söz konusu olayı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'ne götürmüştür. Wackenheim Komite'deki başvurusunda da yaptığı işin yasaklanmasının hayatını olumsuz yönde etkilediğini ve kararın onurunu ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Zira söz konusu yasak sebebiyle özgürlük, çalışma, özel hayata saygı, uygun şekilde yaşama standardı hakkının zedeleniğini, ayrımcılığa uğradığını ileri sürmüştür. Fransa'da cücelerin çalışabileceği işlerin mevcut olmadığını da belirten başvuru sahibi, insan onurunun iş sahibi olunmasıyla da ilişkili olduğunu iddia etmiştir. Komite ise söz konusu yasağın sadece cücelere yasaklanmasının Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesi uyarınca ayrımcılık teşkil edip etmediğine dair yaptığı inceleme esnasında, dava konusu olayda cüce olanlar ile olmayanlar arasındaki farklı muamelenin makul ve nesnel sebeplere dayandığını ve ilgili farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmadığını izah etmiştir. Ayrıca Komite, söz konusu fırlatma eyleminin fiziksel özellikleri münasebetiyle cüceleri içermesinden ötürü yasağın onlara yönelik olmasının olağan karşılanması gerektiği ve insan onurunu korumak adına getirilen bu yasağın, Sözleşme'nin amaçları ile de uyumlu olduğu yönünde karar vermiştir. İHK, "Manuel Wackenheim v. Fransa", (No. 854/1999), Selected Decisions of The Human Rights Committee Under The Optional Protocol: Seventy-fifth to eighty-fourth sessions (July 2002-July 2005), Vol. 8, United Nations, 2007, s. 110-114, (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8en.pdf>, 26 Mart 2017.

kararın ardından kamu otoritelerinin ve mahkemelerin, insan onurunu korumak gayesiyle, kişilerin iştigal edecekleri meslekleri sınırlandırmalarının mümkün kılınarak, söz konusu kurumların hangi unsurların insan onurunu zedeleyeceğine kendi değerleri ışığında değerlendirmelerde bulunmalarına olanak tanındığı ve bireylerin kişisel otonomisine ve seçme özgürlüğüne karışabilmesinin yolunun açıldığı eleştirilerinin de gündeme geldiği belirtilmelidir⁵⁷⁵.

İyi bir yaşamın neleri içerdiği ve birbiriyle yarışan iyi yaşam kavramları arasında seçim yapılması gerektiğinde, yargıçların onur ve onurla bağlantılı olabilecek otonomiye nasıl ele alacakları ve kararlarında neleri öne çıkaracaklarına karar vermelerinin pek de kolay bir iş olmadığı anlaşılmaktadır. Fransız mahkemelerinin cüce fırlatma oyununa benzer bir gerekçelendirme Güney Afrika yargı organı tarafından da verilmiştir. Mahkeme'ye göre insan vücudu metalaştırılacak bir şey olmamasına rağmen fahişeliğin doğası vücudun metalaştırılmasını gerektirir. Seks işçiliği, fahişelerin insan onurunu azaltmakta, yaptıkları işin niteliği gereği, Anayasa'nın insan vücuduna içkin olarak gördüğü saygının değerini düşürmektedir⁵⁷⁶.

Günümüz insan hakları hukukunun yüklediği rol nedeniyle artık, insan onuru, insan haklarına ilişkin normlar türetilirken dikkate alınmakta ve insan onurunu koruyacak düzenlemeler yapılmaktadır. Fakat uygulamada, çoğu zaman, buna aykırı biçimde davranılmaktadır. Bununla birlikte kavramın uygulamadaki çeşitli konumlandırılışlarının bazı tartışmalara da sebep olduğu görülmektedir. Bu tartışmaların bir çırpıda bitmesini beklemek pek mümkün görünmediğinden insana içkin olduğu kabul edilen insan onurunun, eşitliğin gerçekleştirilmesindeki öneminin tanınması ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerde bu hususun da dikkate alınması faydalı olacaktır. Aksi takdirde, insanın onurunu dikkate almaksızın, etik

⁵⁷⁵ Feldman, "Human Dignity as a Legal Value-Part I", s. 702; Hepple, "The Aims of Equality Law", s. 11.

⁵⁷⁶ Constitutional Court Of South Africa, *S v Jordan and Others* (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae (CCT31/01) [2002] ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117, 9 October 2002, (Çevrimiçi), <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/22.html>, para. 74. Söz konusu karar ve çoğunluk yargıçlarının gerekçesinin, kadınlara yönelik ayrımcılık çerçevesinde hararetli tartışmalara neden olduğu da belirtilmelidir. Ancak bu tartışmalara, konumuz açısından önem arz etmediklerinden, yer verilmemiştir.

bilgiden yoksun bir biçimde oluşturulacak olan normların, değer yargılarına dayanma ve insan haklarını çiğneme tehlikesi ortaya çıkacak, ayrımcılıklar gündeme gelecektir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUN GEREĞİ OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

I. AYRIMCILIK YASAĞI

A. Hukuki Belgelerde Ayrımcılık Yasağı

Her ne kadar sosyal bir problem olarak önceki dönemlerde de var olsa da ayrımcılığın hukuk literatüründe yaygın bir biçimde kullanımını nispeten yenidir. Buna rağmen gerek uluslararası gerek bölgesel gerekse ulusal sistemlerde ayrımcılık yasağına ilişkin pek çok sözleşme ve belge mevcuttur. Zaten ayrımcılıkla mücadelenin etkili olabilmesi için hem uluslararası hukukun hem de ulusal hukukun himayesi ihtiyaçtan ziyade bir nevi zorunluluktur. Zorunluluktur, çünkü ayrımcılığın kendisi bir insan hakkı ihlali olmakla birlikte aynı zamanda insan haklarını yaratan temel değerlere bir saldırıdır. İnsan haklarının devamı için bu saldırıya karşı bir koruma mekanizması geliştirilmesi önemlidir.

Ayrımcılık bir hukuk mücadelesini gerektirdiğinden normatif yapıların düzenlenmesini, değiştirilmesini de mecbur kılmaktadır. Bu sebeple normatif düzenlemelerin incelemesi mühimdir. Fakat işbu çalışmanın kapsamı ayrımcılıkla ilgili tüm uluslararası, bölgesel ve ulusal nitelikteki düzenlemelerin incelenmesi olmadığından ve böylesi bir incelemenin ayrı bir tez konusu olması hasebiyle uluslararası nitelikte, Birleşmiş Milletler nezdindeki ayrımcılık yasağına ve, düzenledikleri sözleşmeler kapsamında, ayrımcılık tanımına yer veren sözleşmeler ile Avrupa Konseyi'nin İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi ve (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı ele alınacaktır. Bölgesel düzlemde ise ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan Hakları Şartı'na yer verilmiştir. Türk hukukunda ayrımcılığın tanımına yer verilip verilmediği ise ilkin ulusal düzlemde normatif düzenlemenin en üst basamağında yer alan anayasa bağlamında ele alınmıştır. Ek olarak, Türk Ceza Kanunu ve İş Kanunu'ndaki bazı düzenlemelerle ayrımcılığın düzenlendiği en kapsamlı kanun olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

Kanunu'na ve engelliler bakımından da olsa bir ayrımcılık tanımına yer veren Engelliler Hakkındaki Kanun'a çalışmada yer verilmiştir

1. İnsan Haklarına Dair Uluslararası ve Bölgesel Nitelikli Belgelerde Ayrımcılık Yasağı

İnsan haklarına dair uluslararası ve bölgesel nitelikli sözleşmeler incelendiğinde, üzerinde uzlaşmaya varılmış bir ayrımcılık tanımının bulunmadığı görülmektedir. Bazı sözleşmelerde, düzenlendikleri konu dâhilinde, ayrımcılık tanımına yer verilmişse de ilgili belgelerde, esas olarak hangi temellerin ayrımcılık kapsamında ele alınacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, sözleşmelerde ayrımcılık tanımına yer verilmeyip belirli eylemlerin, belirli temellerde ayrımcılık oluşturacağı ve ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirileceğine de yer verilebilmektedir. Ancak söz konusu sözleşmeler incelenmeden önce, Birleşmiş Milletler nezdinde oluşturulan belgeler arasında insan hakları açısından temel olduğu kabul edilen ve tüm halklar ve uluslar için erişilecek ortak ülküleri belirleyen Evrensel Bildiri'ye değinilecektir.

Evrensel Bildiri, kendisinden sonra kabul edilen insan haklarına dair çoğu belgede aydınlatıcı bir role sahiptir. Ancak böylesi özel bir misyonu olan Bildiri'de ayrımcılık tanımlanmamıştır. Eşitlik kısmında da ifade edildiği üzere belgede; bütün insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğdukları (md.1); herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum veya başka statüler gibi herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin Bildiri'de düzenlenen bütün haklara ve özgürlüklere sahip olduğuna ve bir kimsenin uyruğu olduğu ülke ya da topraklar ister bağımsız olsun, isterse vesayet altında, kendi kendini yönetemeyen yahut egemenliği üzerinde başka bir sınırlama bulunuyor olsun, bu kişi hakkında uyruğu olduğu ülkenin veya toprakların siyasal, hukuksal ya da uluslararası statüsü temelinde hiçbir farklılık gözetilmeyeceğine (md.2) yer verilmiştir⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ Evrensel Bildiri'de yer verilen hiçbir hakkın tanımlanmadığı belirtilmelidir. Ayrıca 2. maddede “ayrımcılık” (discrimination) yerine “fark gözetilmeksizin” (without distinction) ifadesine yer

a. Ayrımcılık Yasağına Yer Veren Ama Ayrımcılığı Tanımlamayan Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca onaylanan 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'ye göre taraf devletler, Sözleşme hükümlerini uygularken ırk, din veya geldikleri ülke bakımından ayırım yapmayacaklardır (md.3)

578

Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi⁵⁷⁹ (Bundan sonra MSHS olarak kullanılacaktır) md. 2/1'de Evrensel Bildiri'dekine benzer şekilde ayrımcılığın yasaklandığı temeller belirtilmiştir. Maddeye göre taraf devletler, Sözleşme kapsamındaki hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statü gibi her hangi bir türde farklılık gözetmeksizin, kendi ülkesinde bulunan ve yargı yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder. Md. 3'te, Sözleşme'nin tarafı devletlerin, Sözleşme'de düzenlenen bütün medeni ve siyasal haklardan yararlanmada erkeklere ve kadınlara eşit hak temin edecekleri düzenlenmiştir. Md. 4'te ise taraf devletlerin, ulusun yaşamını tehdit eden ve varlığı

verilmiştir. Bildiri'nin 7. ve 23. maddelerinde ise özel olarak "ayrımcılık" kullanılmıştır. 7. maddede herkesin hukuk/kanun önünde eşit olduğuna ve herkesin herhangi bir ayrımcılık olmaksızın kanun tarafından eşit olarak korunma hakkına sahip olduğuna; herkesin Bildiri'yi ihlal eden herhangi bir ayrımcılığa ve bu tür bir ayrımcılığa yönelik herhangi bir kısırtmaya karşı eşit biçimde korunma hakkına sahip olduğuna yer verilmiştir. Md. 23/2'de de herkesin herhangi bir ayrımcılık olmaksızın eşit iş için eşit ücrete hak sahibi olduğu belirtilmiştir. Ek olarak ayrımcılık yasağı ve/veya eşitlik, Bildiri'nin çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir; örnek olarak köleliği ve köle ticaretini yasaklayan 4. madde, herkesin, haklar ve yükümlülükler ve kendisine karşı herhangi bir suç isnadının karar bağlanmasında tam bir eşitlik ile, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahip olduğunu belirten 10. madde, ırk, uyruklu ya da din bakımından herhangi bir sınırlama olmaksızın evlenme ve bir aile kurma hakkına sahipliğini düzenleyen 16. madde, herkesin kamu hizmetlerine eşit biçimde girme hakkına sahip olduğunu ifade eden 21. madde, eşit işe eşit ücrete ilişkin 23. madde ve yüksek öğretimin yeterlilik esas alınarak herkese eşit şekilde açık olacağını belirten 26. madde verilebilir. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 86.

⁵⁷⁸ Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (Convention Relating to the Status of Refugees), (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/refugees.pdf>, 18 Nisan 2018.

⁵⁷⁹ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (International Covenant on Civil and Political Rights), Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, 03 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/Uluslararası Sistemler**, ss. 95-146.

resmen ilan edilmiş olan kamusal tehlike durumu ortaya çıktığı zaman, kesin biçimde durumun gerektirdiği ölçüde olarak, ve bu tür önlemlerin uluslararası hukuk çerçevesindeki diğer yükümlülüklerini gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı nitelikte olmaması ve bilhassa ırk, renk, cinsiyet, dil, din, sosyal köken temelinde ayrımcılık yapılmaması kaydıyla, Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerinden sapma teşkil eden önlemleri alabilecekleri belirtilmiştir (md.4/1). Ayrıca her türlü savaş propagandasının kanun ile yasaklanacağını belirten md. 20’de ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti kışkırtan herhangi bir ulusal, ırksal ya da dinsel nefret savunuculuğunun da kanunla yasaklanacağı; md. 24’te her çocuğun ırk, renk, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet ya da doğum gibi bakımlardan herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma önlemlerinin ailesi, toplum ve Devlet tarafından alınması hakkına sahip olduğu yer almaktadır. Md. 26’da herkesin kanun önünde eşit olduğu ve herhangi bir ayrımcılık gözetilmeksizin kanunun eşit şekilde koruması hakkına sahip olduğu ve bu bağlamda, kanunun herhangi bir ayrımcılığı yasaklayacağı ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü gibi herhangi bir temeldeki ayrımcılığa karşı tüm kişilerin etkili ve eşit biçimde korunmasını güvence altına alacağı ifade edilmiştir. Etnik, din ve dil temelinde azınlıkların haklarının korunması gereği ise md. 27’de ele alınmış ve etnik, dinsel yahut dilsel azınlıkların bulunduğu Devletlerin, bu azınlıklara mensup kişileri, kendi gruplarının diğer mensuplarıyla birlikte toplu olarak, kendi kültürlerinden yararlanmak, kendi dinlerinin gereklerini yerine getirmek ve uygulamak ya da kendi dillerini kullanmak hakkından yoksun bırakamayacaklarına değinilmiştir.

Görüldüğü üzere MSHS’de ayrımcılığın tanımına yer verilmemiştir. Her ne kadar Sözleşme’de ayrımcılık tanımlanmamışsa da Sözleşme’deki maddelerin nasıl yorumlanması gerektiğine ve ayrımcılığa dair bir tanım Sözleşme’nin taraf devletler tarafından uygulanmasını izleyen İnsan Hakları Komitesi tarafından yapılmıştır. Komite tarafından 1989 yılında kabul edilen ve “Ayrımcılık Yapılmaması” başlığını taşıyan 18 No’lu Genel Yorum’da; kanun önünde eşitlik ve kanun tarafından eşit şekilde korunma ile birlikte ayrımcılık yapmamanın, insan haklarının korunmasına

dair temel ve genel prensip olduğu kabul belirtilmektedir (para. 1). Komite Genel Yorumda, IAOKKS ile KKAOKS’de yer verilen tanımlar ışığında MSHS’de kullanıldığı şekliyle ayrımcılığı tanımlamıştır:

“ayırma, dışlama, kısıtlama yahut ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da diğer görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka statüler gibi herhangi bir temele dayanan ve bütün kişiler bakımından eşitlik temelinde olarak, bütün hakların ve özgürlüklerin tanınmasını, bunlardan faydalanılmasını engellenmesi ya da tanınmasının ve kullanılmasının sınırlandırılması.”⁵⁸⁰

Bununla birlikte Komite, her farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmediği hususuna da dikkat çekmiştir. Komite’ye göre farklı muamelenin dayandığı ölçütler makul, objektif ve ulaşılmak istenen sonuç Sözleşme çerçevesinde meşru olduğu müddetçe farklı muamele ayrımcılık teşkil etmeyecektir (para. 13)⁵⁸¹.

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde⁵⁸² ise Sözleşmeye taraf devletlerin, Sözleşme’de düzenlenen hakları, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal yahut sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başka statüler gibi herhangi bir türde ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı (md. 2/2) ve Sözleşme’de düzenlenen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmada erkeklere ve kadınlara eşit hak temin etmeyi taahhüt ettikleri (md. 3) açıklanmıştır. İlaveten taraf devletlerin, nesep ve diğer

⁵⁸⁰ İHK, Genel Yorum No. 18 (General Comment No. 18: Non-discrimination), para. 7, (Çevrimiçi), http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6622&Lang=en, 20 Nisan 2018.

⁵⁸¹ Komite ayrıca, Sözleşme’nin 2. maddesinin ayrımcılığa karşı korunacak hakların Sözleşme’de düzenlenen haklarla sınırlanmasına karşılık 26. maddede bu tür sınırlamalara yer verilmediğine dikkat çekmekte ve bu maddenin, 2. maddede yer verilen güvenceleri tekrarlamının yanı sıra bağımsız bir hakka da yer verdiğine işaret etmektedir. Komite’nin yorumuna göre 26. madde hukuk kurallarında yer alan ve ek olarak kamu otoritelerince düzenlenen ve korunan her alandaki ayrımcılığı önleme gayesini taşıdığından Taraf Devletlerin kanuni düzenlemeleri 26. maddedeki gerekliliklere uymalı ve ayrımcılık bir niteliği haiz olmamalıdır (para. 12). Bunun anlamı, bu maddedeki ayrımcılık yasağının uygulanmasının yalnızca Sözleşme’de yer alan hakların korunması ile sınırlı olmadığıdır.

⁵⁸² Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, 03 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/Uluslararası Sistemler**, ss. 21-50. Sözleşme ayrıca taraf devletlerin, herkese adil ve elverişli çalışma şartları sağlaması yükümlülüğü çerçevesinde eşit işe eşit ücret, kadınlara sağlanan çalışma şartlarının erkeklerinkinden daha düşük seviyede olmaması, işyerinde terfi şartlarının herkes için eşit olmasını sağlamaları gerektiğini de belirtmiştir (md.7).

koşullara bağlı gerekçelerle hiçbir ayrımcılık yapılmaksızın bütün çocuklar ve gençler yararına olarak özel koruma ve yardım önlemlerini almaları gerektiğine ilişkin hususları tanıyacakları (md. 10/3) düzenlenmiştir. Sözleşme ayrıca taraf devletleri gerekli düzenlemeleri yaparak kadınların eğitim, çalışma hayatı, yargı süreçleri, aile yaşamı ve siyasi yaşama eşit katılımını güvence altına alması için yükümlü kılmaktadır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde ise taraf devletlerin çocuğun ya da anne-babasının yahut kanuni vasisinin ırkı, rengi, cinsiyeti, dili, dini, siyasal yahut diğer görüşü, ulusal, etnik ya da sosyal kökeni, mülkiyeti, engellilik durumu, doğumu yahut başkaca statüleri her ne olursa olsun hiçbir ayrımcılığa tabi tutmaksızın, kendi yargı yetki alanında bulunan her bir çocuğun, Sözleşmede düzenlenen haklarına saygı gösterecekleri ve çocukların bu haklarını güvence altına alacakları belirtilmiştir (md. 2/1). Çocuğun anne-babasının, kanuni vasilerinin yahut aile üyelerinin statüleri, faaliyetleri, ifade ettikleri görüşleri ya da inançlarından ötürü, çocuğun her biçimdeki ayrımcılığa maruz bırakılmaktan yahut cezalandırılmaktan korunmasını temin edecek uygun bütün önlemlerin alınacağı (md. 2/2) da düzenlenmiştir⁵⁸³.

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme⁵⁸⁴, de de göçmen işçi ve ailelerine karşı hangi temellerde ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmektedir (md.1/1). Madde, Sözleşme hükümlerinin belirtilen durumlar istisna olmak üzere, cinsiyet, ırk, renk, dil, din veya inanç, siyasal

⁵⁸³ Çocuk Hakları Sözleşmesi (Convention on the Rights of the Child), Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, 03 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/Uluslararası Sistemler**, ss. 593-627. Sözleşmede ayrıca taraf devletlerin çocuğun çocuğun eğitiminin; anlayış, barış, hoşgörü, cinsiyetler arası eşitlik, ve tüm halklar, etnik, ulusal ve dinsel gruplar ve yerli halk kökenli kişiler arasında dostluk ruhu içinde, özgür bir toplumda sorumluluk sahibi bir insan olarak yaşamaya hazırlanması (md. 29/d) ve çocuğun kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılması hakkına saygı gösterilmesi ve bu hakkın geliştirilmesi amacıyla kültürel, sanatsal, eğlendirici ve boş zamanı değerlendirici faaliyetler için uygun ve eşit fırsatların sağlanmasını teşvik edeceklerine (md. 31/2) yer verilmiştir. Türkiye, Sözleşme'nin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama ve uygulamaya hakkını saklı tuttuğunu belirttiğine yer verilmelidir.

⁵⁸⁴ Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesi (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families), (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw.pdf>, 18 Nisan 2018.

veya diğer görüş, milli, etnik veya sosyal köken, vatandaşlık, yaş, ekonomik durum, mülkiyet, medeni hal, doğum veya diğer statüler açısından hiçbir farklılık gözetilmeksizin, tüm göçmen işçilere ve ailelerine uygulanacağını düzenlemiştir. Sözleşme'nin haklarla ilgili ayrımcılık yasağına yer veren 2. kısmındaki tek madde olan 7. maddesinde de insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler uyarınca, taraf devletlerin kendi ülkeleri içinde yaşayan yahut kanuni yetki alanına giren tüm göçmen işçilere ve aile fertlerine cinsiyet, ırk, renk, dil, din veya inanç, siyasal veya diğer görüşler, millî, etnik veya sosyal köken, vatandaşlık, yaş, ekonomik durum, mülkiyet, medenî durum, doğum veya diğer statüler gibi nedenlerle hiçbir ayrımcılık yapmaksızın Sözleşmede öngörülen haklara saygı göstermeyi ve uygulamayı taahhüt ettikleri belirtilmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin 13., 43., 45. ve 54. maddelerinde de eşit muamele ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

b. Ayrımcılık Yasağına Yer Veren Ama Ayrımcılığı Tanımlamayan Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ve Bölgesel Nitelikteki Sözleşmeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesindeki tanım şu şekildedir:

“Bu Sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır.”⁵⁸⁵

Bu maddeye göre ayrımcılık, Sözleşme’de tanınan, yani Sözleşme kapsamındaki, hak ve özgürlüklerden yararlanılması ile sınırlandırılmıştır. Bundan ötürü AIHM önüne getirilen şikâyetin dayandığı olayların Sözleşme’deki haklardan

⁵⁸⁵ Sözleşme'nin 14. maddesinin Fransızca ve İngilizce versiyonları farklı biçimlerde düzenlenmiştir. Bu husus Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol No. 12'nin Açıklayıcı Raporu'nda da ifade edilmiştir. Buna göre farklılık metinlerde kullanılan ifadelerden kaynaklanmaktadır. İngilizce metinde güvence altına alınan haklardan bahsedilirken “without discrimination” şeklinde bir kullanım söz konusu olmasına rağmen Fransızca metinde “sans distinction” biçiminde bir kullanım mevcuttur. Bu ikinci kullanımın ilkesel olarak daha geniş bir yorum imkanı sunduğu çünkü “distinction (ayrım)” ile muamele ya da kuralların uygulanmasındaki muamele farklılığının mutlaka bir “ayrımcılık” olmayacağını çağrıştırdığı ifade edilmiştir. AIHM ise 14. madde ile yasaklananın her tür ayrımı değil, “keyfi ayrım” olarak her tür “ayrımcılığın” yasaklandığı tespitinde bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol No. 12'nin Açıklayıcı Raporu, para. 18.

en azından birinin kapsamına girmesi gerekmekte, aksi halde 14. madde uygulanamamaktadır. Ancak ayrımcılık yasağı sadece Sözleşme’de yer verilen haklar ve özgürlükler ile sınırlı olduğundan, yasağın kapsamının genişletilmesi adına 2000 yılında Sözleşme’ye 12. No.lu Protokol eklenmiştir⁵⁸⁶. Protokol devletlere, kendi ülkelerinde bulunan herkese hiçbir ayırım yapmaksızın tüm işlerde eşitliği sağlama yükümlülüğü getirmiştir. Ancak ayrımcılığın ne olduğu sorusu yine yanıtızsız bırakılmıştır. Bu Protokolün genel ayrımcılık yasağı başlığını taşıyan 1. maddesi şöyledir:

“1. Hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. 2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.”

Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler açısından insan haklarının tanınmasını zorunlu kılan bir diğer sözleşme olan (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’ndaki⁵⁸⁷ hüküm ise şöyledir: “Bu Şartta düzenlenen haklardan yararlanma, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal bağ (“national extrication”) ya da toplumsal/(sosyal) köken, sağlık, bir ulusal azınlığa mensup olma, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır” (Bölüm V, md. E). Ayrıca eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, örgütlenme ve çalışma hakkını düzenleyen maddelerde de eşitliğe vurgu yapılarak sosyal hakların sağlanması konusunda da taraf devletler ayrımcılık yasağı ile bağlı kılınmıştır. Fakat

⁵⁸⁶ 04.11.2000 tarihinde Roma’da imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi Protokol No. 12 (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ise Türkiye tarafından 18.04.2001 tarihinde imzalanmasına rağmen henüz onaylanmamıştır. Bundan ötürü Protokol ile getirilen düzenleme, Türkiye için henüz yürürlükte olmadığından ayrımcılık yasağı ile düzenlemeler Türkiye açısından 14. madde kapsamında ele alınmaktadır. Protokol’ün İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P12_ETS177E_ENG.pdf, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – I. Cilt/Bölgesel Sistemler**, ss. 191-194.

⁵⁸⁷ (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı (European Social Charter (Revised)), Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf93>, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – I. Cilt/Bölgesel Sistemler**, ss. 349-389.

farklı muamelenin, objektif ve makul bir gerekçeye dayanması halinde ayrımcılık sayılmayacağı vurgulanmıştır.

Bölgesel düzeyde Avrupa Birliği, ayrımcılığın önlenmesine ilişkin kanunlarda da önemli bir itici güç olmuştur. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran orijinal antlaşma (1957) istihdam bağlamında cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan bir hüküm içermektedir. Aslında Ortak Pazar anlayışı üzerine kurulan Antlaşma, başlangıçta sosyal hakların korunmasını, Topluluktan ziyade, üye devletlerin sorunu olarak ele alınmaktaysa da eşit ücret kanununa sahip Fransa'nın, Topluluk'un diğer devletlerinin kadınlara daha az ücret vermelerinin rekabet açısından olumsuz etkilerinin olacağına ilişkin itirazlarına karşılık olarak Antlaşma'nın 119. maddesinde istihdam özelinde cinsiyet temelinde ayrımcılık yasaklanmıştır⁵⁸⁸.

Avrupa Birliği sınırları içindeki bireylerin haklarının tanımlanması gayesiyle 2000 yılında kabul edilen ve 2009 yılında Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile Avrupa Birliği kurumları ve hükümetleri için bağlayıcı bir nitelik kazanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ayrımcılık yasağı başlıklı 21. maddesinde ise “cinsiyet, ırk, renk, etnik ya da toplumsal köken, genetik özellikler, dil, din yahut inanç, siyasi veya diğer her türlü görüş, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel yönelime gibi herhangi bir temele dayanan her türlü ayrımcılık yasaktır” ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca Şart'ın çeşitli maddelerinde farklı konulara ilişkin eşit muameleye ve ayrımcılık yasağına yer verilmiştir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Fredman, **Discrimination Law**, s. 42. Bununla birlikte 1970'lerin ortalarında Avrupa'daki kadınların dikkat çeken kampanyalarına kadar, her üye devletin ilk aşama boyunca, aynı iş için kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi ilkesinin uygulanmasını temin edeceklerini ve sonrasında da bu uygulamayı sürdüreceklerine yer veren Antlaşma'nın 119. maddesi kullanılmadı. 1976 yılına gelindiğinde ise ABAD, Belçikalı hava hostesi Gabrielle Defrenne'nin açtığı dava ile üye devletlerin söz konusu hükme ulusal mevzuatta yer vermemiş olsalar bile, 119. maddenin kullanılabilmesine hükmetti. Mahkeme'nin kararında AB'nin sosyal amaçlarının ekonomik amaçları ile aynı olduğunu belirtmesi de ayrıca dikkate değerdir. İlgili karar için bkz. ABAD, *Defrenne v. Sabena*, 43/75, ECR 455, 08.04.1976, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61975CJ0043&from=EN>, 19 Nisan 2018.

⁵⁸⁹ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, md. 21.

Ayrımcılık yasağı 1969 yılında kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi⁵⁹⁰’nde de haklara saygı gösterme başlıklı 1. maddede düzenlenmiştir. Maddede taraf devletlerin, Sözleşme’de tanınan haklara ve özgürlüklere saygı göstermek ve kendi yargı yetkilerine tabi tüm kişilerin, söz konusu hakları ve özgürlükleri, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, ekonomik statü, doğum ya da herhangi bir başka sosyal koşul gerekçeleriyle hiçbir ayrımcılık yapılmaksızın, özgürce ve tam olarak kullanabilmelerini temin etmek hususunda uzlaştıkları kayıt altına alınmıştır. Ek olarak, aileye ilişkin hakların düzenlendiği md. 17’de, kanun önünde eşitliğe ve kanunla eşit korunmaya yer veren md. 24’te ve güvencelerin askıya alınmasına ilişkin md. 27’de de ayrımcılığa dair hükümler bulunmaktadır.

Afrika İnsan Hakları Şartı⁵⁹¹ da başlangıç kısmından itibaren çeşitli maddelerinde ayrımcılık yasağını düzenlemiştir. Örneğin başlangıç kısmında Sözleşme’nin tarafları olan Afrika Birliği üyesi Afrika devletlerinin ırk, etnik grup, renk, cinsiyet, din, din ya da siyasi görüş temelindekiler olmak üzere her biçimiyle ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını üstlenen halkların bulunduğu Afrika’nın bütünüyle özgürleştirilmesini gerçekleştirmekle ödevli olduklarının bilincinde oldukları ifade edilmiştir. Her bireyin, Şartta tanına ve güvence altına alınan haklardan ve özgürlüklerden, ırk, etnik grup, renk, cinsiyet, din ya da siyasal herhangi bir başka görüş, ulusal yahut sosyal köken, sevet, doğum yahut başka statü gibi herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin, faydalanmaya hak sahibi oldukları ise md. 2’de; hukuk önünde eşitlik ve hukuktan eşit olarak korunma ise md. 3’te düzenlenmiştir. Md. 28’de de her bireyin, ayrımcılık yapmaksızın diğer bireylere saygı göstermek ve onlara karşı anlayışlı olmak, ve onlarla, karşılıklı saygı ve hoşgörüyü geliştirmeyi, korumayı ve pekiştirmeyi amaçlayan ilişkiler sürdürmekle

⁵⁹⁰ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights), Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/Bölgesel Sistemler**, ss. 729-761.

⁵⁹¹ Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartı (Afrikan Charter on Human and Peoples’ Rights), Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – I. Cilt/Bölgesel Sistemler**, ss. 967-987.

ödevli olduklarına değinilmiştir. Md. 18 ise devletlerin kadınlara karşı ayrımcılığın her biçiminin ortadan kaldırılmasını ve uluslararası bildirilerde ve sözleşmelerde düzenlendiği haliyle kadın ve çocuk haklarının korunmasını temin edecekleri düzenlenmiştir.

c. Ayrımcılık Tanımına Yer Veren Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

Ayrımcılığın tanımına yer veren Birleşmiş Milletler sözleşmeleri ise sırasıyla; İstihdam ve Meslek Bağlamında Ayrımcılığa İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ/ILO) Sözleşmesi (111 No.lu Sözleşme), Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme (EAKS), Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (IAOKKS), Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (KKAOKS) ve Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi (EKHS)'dir. Ancak belirtilmelidir ki bu sözleşmelerdeki tanımlar, sözleşmelerin düzenlendikleri alanlarla bağlantılı olarak yapılmıştır.

İş ve meslek yaşamındaki ayrımcılığın ortadan kaldırılması maksadıyla UÇÖ tarafından 1958 tarihinde “Ayrımcılık Sözleşmesi”⁵⁹² kabul edilmiştir. Sözleşme, ayrımcılık kavramını ırk ile ilişki kurmaksızın kullanması nedeniyle önem arz etmektedir. Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda istihdam veya meslekte ayrımcılık 1. maddede şu şekilde tanımlanmıştır:

“a) ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal ya da sosyal köken temelinde yapılan ve istihdam ya da meslekte fırsat yahut muamele eşitliğini ortadan kaldıran ya da zedeleme etkisi olan herhangi bir farklılık gözetme, dışlama yahut öncelik tanıma/(tercihte bulunma); b) ilgili Üye tarafından, varsa temsilci niteliğini haiz işveren ve işçi örgütleriyle ve diğer uygun mercilerle istişarede bulunulduktan sonra belirlenebilecek olup, istihdam ya

⁵⁹² İstihdam ve Meslek Bağlamında Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme (Sözleşme No. 111) (Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation-Convention No. 111) Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://un-act.org/publication/view/ilo-convention-no-111-convention-concerning-discrimination-in-respect-of-employment-and-occupation-1958>, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/ Uluslararası Sistemler**, ss. 299-308.

da meslekte fırsat veya da muamele eşitliğini ortadan kaldırma veya zedeleme etkisi olan türdeki farklılık gözetme, dışlama ya da öncelik tanıma/(tercihte bulunma).⁵⁹³”

UNESCO tarafından hazırlanan EAKS’de ise Sözleşme’nin amaçları dikkate alınarak yapılan ayrımcılık tanımı şöyledir:

“ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da sosyal köken, ekonomik durum ya da doğum temeline dayalı olarak, eğitimde muamele eşitliğini ortadan kaldırmak ya da zayıflatmak ve özellikle de: (a) Herhangi bir kişiyi ya da kişiler grubunu, herhangi bir türde yahut düzeyde eğitim görmekten yoksun bırakmak; (b) Herhangi bir kişiyi ya da kişiler grubunu, aşağı/(düşük) standartlı/(vasıflı) eğitimle sınırlamak; (c) Bu Sözleşme Madde 2 hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kişiler ya da kişi grupları için ayrı eğitim sistemlerini ya da kurumlarını tesis yahut muhafaza etmek; ya da (d) Herhangi bir kişiye ya da kişiler grubuna, kişi onuru/(haysiyeti) ile bağdaşmayan koşullar uygulamak, amacını taşıyan yahut etkisini/(sonucunu) doğuran, herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama ya da öncelik tanıma/(tercihte bulunma).⁵⁹⁴”

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 21.12.1965 tarihinde kabul edilen ve 04.01.1969 tarihinde yürürlüğe giren IAOKS’de ise ırk ayrımcılığının;

“siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel alanda ya da kamusal yaşamının her hangi bir başka alanında, eşitlik temelinde olarak (“on equal footing”), insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kaldırmak yahut zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran (ve) ırk, renk, soy ya da ulusal yahut etnik kökene dayanan herhangi bir farklılık gözetme (“distinction”), dışlama,

⁵⁹³ Maddenin devamında belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir farklılık gözetmenin, dışlama yahut öncelik tanımanın ayrımcılık sayılmayacağına yer verilmiştir. Ayrıca Sözleşme’nin 2. ve 5. maddelerinde de ayrımcılık ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca 111 No.lu Sözleşme’den önce kabul edilen 100 No.lu Sözleşme ile de kadın ve erkek işçiler arasında aynı veya eşdeğer nitelikteki işe eşit ücret verilmesinin temin edilerek kadınlara karşı gerçekleştirilen önemli bir ayrımcılığın sona erdirilmesi amaçlanmıştır.

⁵⁹⁴ Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme (Convention against Discrimination in Education), Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/ Uluslararası Sistemler**, ss. 309-319. Unesco tarafından 14/12/1960 tarihinde Paris’te Kabul edilen Sözleşme Türkiye tarafından henüz imzalanmamıştır.

kısıtlama yahut öncelik tanıma/(tercihte bulunma) (“preference”)” anlamına geldiği belirtilmiştir⁵⁹⁵.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 18.12.1979 tarihinde kabul edilen ve 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe giren KKAOKS’de tanımlandığı haliyle kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı ise:

“kadınların, medeni durumları her ne olursa olsun, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ya da herhangi başka bir alandaki insan haklarının ve temel özgürlüklerinin, erkekler ve kadınlar arasında eşitlik temelinde olarak, kadınlara tanınmasını, kadınlar tarafından bunlardan yararlanılmasını ya da kullanılmasını zayıflatma/(azaltma) yahut hükümsüz kılma etkisini doğuran ya da bu amaca yönelik, cinsiyete dayalı herhangi bir farklılık gözetme, dışlama ya da kısıtlama”dır⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Uluslararası Sözleşmesi’nin (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx>, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/ Uluslararası Sistemler**, ss. 345-367.

⁵⁹⁶ Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nin (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>, 18 Nisan 2018. Bu çalışmada Sözleşmenin Türkçe çevirisi için şu kaynaktan yararlanılmıştır: Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/ Uluslararası Sistemler**, ss. 489-514. Sözleşme, kadınlara karşı her biçimiyle ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını amaçladığından, bu amacın gerçekleştirilmesi için atılması gereken adımlara, bu amaçla uyumlu olmayan durumlara yer vermiştir. Sözleşme’de kadın erkek arasındaki eşitliğin sağlanması için yapılması gerekenlerin sıralandığı belirtilebilir. Maddi eşitliğin sağlanması, Sözleşme’deki temel amaçlardandır. Bu doğrultuda, örneğin md. 2’de kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için taraf devletlerin hukuki olarak gerekli tedbirleri alma yükümlülükleri sayılmıştır: “Taraf devletler kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini/(türünü) kınarlar; uygun bütün araçları/(yolları) kullanmak suretiyle ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması politikası takip etmeyi kabul ederler ve, bu amaçla, aşağıdaki hususları taahhüt ederler: a) Erkeklerin ve kadınların eşitliği ilkesini kendi ulusal anayasalarına veya diğer ilgili mevzuata, henüz dahil etmemişler ise, yerleştirmeyi ve yasayla ve diğer uygun yollarla, bu ilkenin uygulamada gerçekleşmesini temin etmeyi; b) Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı yasaklayan ve gerekli/(uygun) yasal ve diğer önlemleri, gerekli olduğu takdirde yaptırımlar dahil olmak üzere, almayı; c) Kadınların haklarını erkeklerle eşit olarak yasal korumasını tesis etmeyi ve yetkili ulusal yargı yerleri ve diğer kamu kurumları aracılığıyla, herhangi bir ayrımcı eyleme/(tasarrufa) karşı kadınların etkili bir biçimde korunmasını temin etmeyi; d) Kadınlara karşı ayrımcı nitelikte herhangi bir eylemden/(tasarruftan) ve uygulamadan kaçınmayı ve kamu makamlarının ve kuruluşlarının bu yükümlülüğe uygun olarak tasarrufta bulunmalarını temin etmeyi; e) Herhangi bir kişi, örgüt ya da kuruluş/(işletme) tarafından kadınlara karşı ayrımcılığı/(ayrımcılık yapılmasını) ortadan kaldırmak üzere gerekli/(uygun) bütün önlemleri almayı; f) Kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasaları, düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek ya da kaldırmak/(ilga etmek) üzere, mevzuat dahil, gerekli /(uygun) bütün önlemleri almayı; g) Kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden bütün ulusal ceza hükümlerini kaldırmayı.” Bu maddeden de anlaşıldığı üzere Sözleşme, kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için taraf devletlere birtakım yükümlülükler getirmektedir.

2006 tarihinde kabul edilen EKHS’nde ise Sözleşme’nin amaçları bakımından engelliliğe dayalı ayrımcılık şu şekilde düzenlenmiştir:

“siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya herhangi başka bir alanda insan haklarının ve temel özgürlüklerin, tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında, tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını zayıflatmak ya da ortadan kaldırmak gayesini taşıyan veya etkisini doğuran engellilik temelindeki herhangi bir farklılık gözetme, dışlama yahut kısıtlama anlamına gelir. Makul uyumlaştırmaların (/düzenlemelerin) yapılmaması dahil olmak üzere her türlü ayrımcılığı kapsar.”⁵⁹⁷,

Yasaklanması gereken bir muameleye, uygulamaya, düzenlemeye karşılık gelecek şekilde olumsuz bir manada kullanılan ayrımcılık⁵⁹⁸, hukuk alanında belli türdeki eylemler, işlemler açısından değerlendirilmekte ve hukukça korunan kişi ya da gruplara yönelik haklı kılınamayan fark gözetme, hukuka aykırı bir muamelenin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bundan ötürü yukarıda yer verilen uluslararası sözleşmelerdeki tanımların aynı zamanda normatif düzlemde yapılan ayrımcılık yasağı tanımları olduğu da ifade edilebilir. Ayrıca günümüzde ayrımcılık yasağının, eşitliğin sağlanmasındaki en önemli unsurlardan biri olması nedeniyle, söz konusu yasağın ardında eşitlik idealinin güvence altına alınması amacının yattığına da işaret edilmektedir⁵⁹⁹.

Fakat kadınlarla erkekler arasındaki eşitliğin sağlanması için yapılması gerekenler, sadece 2. maddede sıralananlar ile sınırlı değildir. Sözleşme’nin özellikle ilk 16 maddesi (ilk 4 bölüm) bu açıdan önem arz etmektedir. Zira Sözleşme’nin 5. Bölümü “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin kurulması, işleyişi, görevleri hakkında olup 6. bölümde usule ilişkin hususlara yer verilmiştir.

⁵⁹⁷ EKHS md. 2/3.

⁵⁹⁸ Evelyn Ellis, Philippa Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford, Oxford University Press, 2nd edition, 2014, s. 2. İnsan hakları hukuku bağlamında ayrımcılığa ilişkin Karan tarafından yapılan tanım ise şu şekildedir: “Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarının eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakların kullanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacını taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayrımcılık temeline dayanan, herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da bir başkasına yönelik ayrımcılık yapılması talimatı veya örneğin engellilik veya din veya inanç temelinde herhangi bir kişinin ya da kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirleri almaması.” Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 77.

⁵⁹⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 69.

2. Türk Hukukundaki Genel Çerçeve

Hukuk normları arasında bir kademelenme bulunmaktadır. “Normlar Hiyerarşisi” adı altında uygulanan bu kademelenmeye göre, hukuk kuralları belirli bir hiyerarşi içerisinde birbirlerine uyumlu bir şekilde yapılandırılmıştır. Alt basamaktaki bir hukuk normu, üst basamaktaki hukuk normuna aykırı bir şekilde düzenlenemez. Türk hukuku açısından da hiyerarşinin en üst basamağında anayasa bulunmaktadır ve diğer normlar, düzenlemeler anayasaya uygun olmak zorundadırlar. İlgili kademeli yapı gereğince ayrımcılık yasağının Türk hukukundaki durumunun incelenmesi esas olarak anayasa ekseninde gerçekleştirilmiştir⁶⁰⁰. Ancak ayrımcılık tanımına yer veren tek ulusal sözleşme olması nedeniyle Engelliler Hakkında Kanun ve ayrımcılık tanımına yer vermemekle birlikte Türk hukukundaki ayrımcılıkla ilgili en kapsamlı kanuni düzenleme olması hasebiyle Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (Bundan sonra TİHEK Kanunu olarak da kullanılacaktır) da ele alınmıştır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu ve İş Kanunu’ndaki bazı düzenlemelere de örnek olmaları için yer verilmiştir.

Türk anayasa hukuku açısından değerlendirildiğinde eşitlik ilkesinin 1876, 1924, 1961 ve 1982 tarihli anayasalarda düzenlendiği görülmektedir. Fakat Anayasaya uygunluk denetiminin 1961 ve 1982 tarihli anayasalarda bulunması sebebiyle esas güvencenin 1961 tarihli Anayasa ile getirildiği belirtilmektedir⁶⁰¹. 1982 tarihli Anayasa’da ise eşitlik ilkesi 10. maddede düzenlenmiştir. Maddede kanun/hukuk önünde eşitlik için hangi temellerde ayrım gözetilmeyeceğine yer

⁶⁰⁰ Anayasa’nın 90. maddesine 2004 yılında 5170 sayılı kanun ile eklenen son fıkra çerçevesinde, milletlerarası andlaşmalar ve kanunlar arasındaki ilişki açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Buna göre Anayasa md. 90/5 şu şekilde düzenlenmiştir: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.2709&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch>, 01 Eylül 2020.

⁶⁰¹ Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, ss. 45-61, s. 47.

verilmiştir. Fakat bu düzenlemenin ayrımcılık yasağını da içerdği ileri sürülmektedir⁶⁰². Madde şu şekildedir:

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

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.⁶⁰³”

⁶⁰² Anayasa’nın 10. maddesindeki düzenleme esas olarak hukuk önünde eşitliğe ilişkindir. Maddedeki “ayırım” ifadesinin ayrımcılığa değil, *distinction* kelimesine denk geldiği ve farklılık sözcüğünün karşılığı olduğu belirtilmekte ve bundan ötürü maddenin temelde ayrımcılık yasağını düzenlemediği, maddenin yorumu aracılığıyla ayrımcılık yasağını içerdğinin kabul edildiği ifade edilmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 127. Ayrıca bkz. Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, s.233-234. 10. maddeye ilişkin olarak İdil Işıl Gül tarafından yapılan tespit ise maddenin içeriğine ışık tutması bakımından dikkate değerdir: “Anayasa’nın 10. maddesinin ilk paragrafına bakıldığında, kağıt üzerinde, varsayımsal bir eşitlik anlayışının kaleme alındığı görülecektir. 2004 yılında eklenen ikinci paragrafında, sadece kadın-erkek eşitliği konusunda varsayımsal eşitlikten öteye gidilmiş ve devlete bu eşitliği yaşama geçirmek üzere önlem alma yükümlülüğü getirilmiştir. 2010 yılında eklenen son paragrafa göre ise, bir yükümlülüğten ziyade, takdir yetkisi kaleme alınmıştır. Buna göre devlet, engellilerin haklardan tam ve eşit yararlanmasını sağlamak amacıyla önlemler alırsa (ki almayabilir), bunlar eşitlik ilkesine (ve bu yönüyle hukuka) aykırı sayılmayacaktır. Türkiye’de birçok engelli örgütü, bu hükmü, devlete engelliler için özel önlemler alma yükümlülüğü getirdiği yönünde yorumlamaktadır. Oysa, bu paragrafın söylediği, devletin bu tür önlemler almasının hukuken izin verilebilir olduğudur. Eğer, devlete bir yükümlülük yüklenmek istenseydi, kadın-erkek eşitliğine ilişkin ikinci paragraftaki gibi güçlü ve kesin bir dil kullanılırdı. Son olarak, Anayasa’nın 10. maddesinin, farklı anadilleri olan, farklı din ve inançlara sahip, farklı etnik kökenden bireylerin eşitliğini yaşama geçirmeye yönelik devlete hiçbir yükümlülük yüklenmediği, hatta buna izin verilmediği söylenebilir. Bu çerçevede örneğin Türkiye’deki Romanların parlamentoda temsilini güvence altına almak üzere bir kota düzenlemesi yapılırsa, bunun anayasal bir dayanağı olmadığından, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilecektir. Ama söz konusu kota kadın kotası olursa, bunun anayasal bir dayanağı olduğundan, kota düzenlemesi Anayasa’ya uygun olacaktır.” İdil Işıl Gül, “Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, ss. 267-276, s. 274-275.

Madde 10'daki düzenlemeye ek olarak Anayasa'nın çeşitli maddelerinde farklı konularla ilgili ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler mevcuttur. Örneğin 68. maddede siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, 70. maddede ise kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yasaklanmıştır. Fakat gerek 10. maddede gerekse diğer maddelerde ayrımcılığın tanımlanmadığı görülmektedir.

2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan bir suç tipini, "ayırıcılık" suçunu, düzenlemiştir⁶⁰⁴. Ancak 2014 yılında 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶⁰⁵un 15. maddesi ile köklü denebilecek bir değişiklik yapılarak 122. maddenin yeni halini alması sağlanmıştır. Artık "nefret ve ayrımcılık" başlığını taşıyan maddenin birinci fıkrası şöyledir: "(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya

⁶⁰³ 1982 Anayasası'nın 10. maddesi ile 1961 Anayasası'nın 12. maddesi arasında benzerlik bulunmaktadır. Şöyle ki 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrasına benzer bir düzenleme 1961 Anayasasının 12. maddesinde bulunmaktadır. Bu iki düzenleme arasındaki tek fark "ve benzeri sebeplerle" ifadesinin 12. maddede yer almamasıdır. İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", s. 48.

⁶⁰⁴ Ayrımcılık başlıklı 122. maddenin ilk hali şu şekildedir: "(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan, b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden, c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir." TBMM Genel Kurulunda kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>, 18 Ağustos 2020. Kanun 2004 yılında yürürlüğe girdiği zaman maddenin düzenlenişi bu şekildeydi. 1.7.2005 tarihli 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 41. maddesi ile 1. fıkraya "dil, ırk, renk, cinsiyet," ibaresinden sonra gelmek üzere "özürlülük," ibaresi eklenmiştir. (Çevrimiçi)

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050707-2.htm>, 18 Ağustos 2020.

⁶⁰⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, 18 Ağustos 2020. Değişikliğin gerekçesinin açıklaması şöyle yapılmıştır: "Madde başlığında yapılan değişiklikle, ayrımcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayrımcılık olduğuna vurgu yapılmıştır. Ayrımcılık suçunun tanımlandığı maddede değişiklik yapılarak ayrımcılık sebepleri ile Kanunun özellikle 3'üncü maddesinde yer verilen sebepler arasında ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Keza bu değişiklikle, ayrımcılığın dayandığı sebepler tadadî ve tahdidi olarak belirlenmiştir. Çeşitli kanunlardaki suç tanımlarında yer verilen "gibi" ibaresi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak verdiği iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler göz önünde bulundurularak madde metninde ayrımcılık nedenleri bağlamında yer verilen "ve benzeri sebeplerle" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu suretle söz konusu suç, ancak doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır. Yapılan bu değişiklikle, söz konusu suçu oluşturan seçimlik hareketler, tekrarlara yer vermeyecek, birbirleriyle uyumlu olabilecek ve kıyasa yol açmayacak şekilde, yeniden sayılmıştır."

mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu düzenleme ise çeşitli açılardan sorunludur. Evet, suçun cezasının miktarının arttırılması olumludur ama suçun nefret saiki ile işlenebileceği hususunun yani suçun kanunda sayılan farklılıklara duyulan nefret ile işlendiğinin ispatı pek kolay değildir. Söz konusu nefretin varlığı ispat edilemediği takdirde de ceza verilmesi mümkün olmamaktadır. Ayrıca sayılan farklılık nedenlerinin de sınırlı olması, cinsel yönelim ya da etnik köken gibi bazı temellere yer verilmemesinin de bir eksiklik olduğu ifade edilebilir.

Ayrımcılığın tanımına yer vermeyen bir başka kanun olan 4857 sayılı İş Kanunu⁶⁰⁶ ise işçiyi işveren karşısında korumak maksadıyla eşit davranma ilkesi başlığı altında 5. maddede işverenin eşit davranma borcunu düzenlemiştir:

“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

⁶⁰⁶ 4857 sayılı İş Kanunu, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>, 18 Ağustos 2020.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.⁶⁰⁷”

Türk hukukunda ayrımcılığa ilişkin tek tanımlama, Engelliler Hakkında Kanun⁶⁰⁸, da yer almaktadır. Söz konusu kanunda ise ayrımcılık engellilik temelinde tanımlanmıştır. Kanun’un 3. maddesinde yer verilen engelliliğe dayalı ayrımcılık tanımı ise şöyledir:

“Siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama.”

Bu tanım akıllara yukarıda yer verilen EKHS’deki engelliliğe dayalı ayrımcılık tanımını getirmektedir. Kanun’daki ayrımcılık tanımının Sözleşme ile

⁶⁰⁷ Yargıtay eşit davranma ilkesine ilişkin bir kararında, eşit davranma ilkesi olarak da adlandırılan yükümlülüğün işverene işyerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak zorunluluğu getirdiğini ifade ettikten sonra işverenin, iş akdinin kurulması, ücret ve çalışma koşullarında, sözleşmenin sona ermesinde farklı işlem yapamayacağına yer vermiştir. Kararda aynı durumdaki işçilere objektif ve farklı davranmayı haklı kılacak nedenler bulunmadıkça eşit davranmak zorunda olduğu yani aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratılmaması gerektiği açıklanmıştır. Akabinde eşit davranma ilkesinin tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklediği ve bu bakımdan işverenin yönetim hakkının sınırlandırıldığı belirtilmiştir. Bunun anlamı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi ayırım yapılmasının yasaklanmasıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı, Esas No. 2015/28698, Karar No. 2018/22722, Karar Tarihi, 10.12.2018. Yargıtay’a göre ilkenin amacı, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tâbi tutulmasının önlenmesidir. Gözden kaçırılmaması gereken nokta ise eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerli olması ve işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında, farklı davranma serbestisinin söz konusu olmasıdır. İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edilebilmesi içinse işveren ile işçiler arasında iş akdinin kurulmuş olması gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve subjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunması da bir diğer koşuldur.

⁶⁰⁸ Engelliler Hakkında Kanun, md. 4/A.

uyumlu olduğu görülmektedir. Kanun'un Ayrımcılık başlıklı 4/A maddesinde ise doğrudan ve dolaylı ayrımcılık dâhil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklandığı ama eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirlerin alınacağı ve engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik alınacak özel tedbirlerin ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanun'da ayrıca engelliliğe dayalı ayrımcılık yapılamayacağı, engellilere yönelik politikaların temel esasının ayrımcılıkla mücadele olduğu belirtilmiş (md.4/b); işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamayacağı (md. 14/2) ve herhangi bir gerekçe ile eğitim almaları engellenemeyecek olan engellilerin, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, yaşadıkları çevrede bütünleştirilmiş ortamlarda, eşitlik temelinde, hayat boyu eğitim imkânından ayrımcılık yapılmaksızın yararlandırılacakları vurgulanmıştır (md. 15/1).

Türk hukuku açısından ayrımcılığın tanımlanması için en uygun zemin Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu olmakla birlikte Türk hukukundaki ayrımcılıkla ilgili bu en kapsamlı kanuni düzenlemede ne yazık ki ayrımcılığın ne olduğuna dair bir tanım yapılmamıştır. Bunun yerine ayrımcılık biçimleri tanımlanmış ve ayrımcılık yasağının kapsamı düzenlenmiştir⁶⁰⁹. Kanunda her ne kadar ayrımcılığın tanımına yer verilmemişse de ayrımcılıkla mücadele başlıklı ikinci bölümde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı başlığı altında, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır:

“(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin

⁶⁰⁹ TİHEK Kanunu, (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf>, 18 Ağustos 2020.

sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (4) Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.⁶¹⁰

Kısacası “İnsan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesi⁶¹¹” amacını güden bu kanunda ayrımcılığın ne olduğu sorusunun yanıtsız bırakılarak sadece hangi temellerde yasaklandığının ifade edilmesi yolunun tercih edildiği görülmektedir.

B. Ayrımcılık Yasağının Kapsamı

Ayrımcılıkla ilgili düzenlemelerin bir ikilemi barındırdığı belirtilmektedir. Bu düzenlemeler, genellikle ayrımcılığın istenmeyen bir durumu ortaya çıkardığı kabulünden hareketle yasak olarak ele alınmakta ve bu doğrultuda işlemler yapılmaktadır. Buna göre ayrımcılık yasağı, kişilerin, bireysel niteliklerine göre değerlendirilmelerini söyler. Aksi bir durum ortaya çıkarsa, yani bireylere grup üyeliklerine bağlı olarak ya da ilgisiz kabul edilen özelliklerine dayalı olarak muamele edilirse, ayrımcılık yapılmaması kuralının ihlal edildiği kabul edilir. Bununla birlikte yapılan her ayırımın ayrımcılık oluşturmadığı da açıktır. Hükümetler de insanları çeşitli gruplara ayırır ve bu tür gruplandırmaların meşru olduğu kabul edilir. Ancak sorun, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen, meşru olmayan ayrımcılığın yasaklanması için çerçevenin belirlenmesi esnasında ortaya çıkar⁶¹².

⁶¹⁰ TİHEK Kanunu, md. 3.

⁶¹¹ TİHEK Kanunu, md. 1.

⁶¹² Fredman, **Discrimination Law**, s. 109.

Öyleyse hangi özelliklerin ayrımcılığa karşı korunacağına karar verilmesi gerekmektedir. Günümüzde herkes kişilerin kadın olmaları nedeniyle ayrımcılığa uğramalarının kabul edilemez olduğunu ifade eder ya da sadece ırkından ötürü ayrımcılığa maruz kalmasının yanlış olduğunda hemfikirdir ama bu fikir birliğine ulaşmak dahi uzun mücadeleleri gerektirmiştir. Hatta bunca mücadele ve tartışmaya rağmen hala bu temellerde ayrımcılık yapılmadığını söylemek mümkün değildir. Peki başka hangi temellerde ayrımcılık yapılmaması gerektiği üzerinde uzlaşa olduğu söylenebilir? Kimseye dini veya inancı nedeniyle de ayrımcı muamelede bulunulmaması gerektiği üzerinde de uzlaşa olduğu söylenebilir. Son yıllarda engellilik temelinin de ayrımcılık yasağının kapsamına alınması gerektiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bazı düzenlemelerde ise cinsel yönelim, yaş, mülkiyet, toplumsal köken gibi temellere de yer verildiği görülmektedir. Bu noktada, hangi temellerin belirleneceği, hangi kişilerin gerçekleşen farklı muameleden dolayı sorumluluğuna gidilebileceği ve bu temellerin belirlenmesinin eşitliğin sağlanmasındaki rolünün nasıl açıklanabileceği önemlidir.

Ayrımcılığın yasaklandığı temeller, bu temellere ilişkin yasakların hangi alanlarda geçerli olduğu sorusunu da gündeme getirir. Ayrımcılık yasağına yer veren düzenlemeler, hangi temellerin yasaklandığını belirtmekle birlikte bu yasağın hangi alanlarda uygulanacağını da göstermelidir. Bundan ötürü ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamına da değinilmesini gerektirmektedir. Yasaklanan fark gözetme, yaşamın her alanında mı geçerli midir yoksa belirli konularla, örn. eğitim, istihdam, barınma vb., sınırlı mıdır? Bu kısımda bu sorulara verilen yanıtların neler olduğunu incelenecektir.

1. Ayrımcılığa Karşı Korunan Kişi Bakımından Ayrımcılık Yasağının Kapsamı

a. Simetrik Nitelikteki - Asimetrik Nitelikteki Düzenlemeler

Farklı muamelenin kanunların koruması altına alınmayıp yasak olarak ele alındığı durumlarda, hangi grupların korunacağını tespit edilmesi önemlidir. Soru, cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı korunanların sadece kadınlar mı olduğu, erkeklerin

de bu korumadan yararlanıp yararlanamayacakları ekseninde şekillenmektedir. Eğer sorunun cevabı cinsiyet temelli ayrımcılıkların sadece kadınlara karşı gerçekleştirilebileceği ise söz konusu yasak kapsamında korunan grubun sadece kadınlar olduğu kabul edilmektedir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler çoğunlukla simetrik (symmetric) bir niteliğe sahiptir; ayrımcılık temeli ile ilgili olan tüm grupları veya durumları korumaktadır. Böylece cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı korunan, sadece kadınlar değildir; erkekler de korunan grup olarak ele alınırlar. Buna karşılık asimetrik (asymmetric) bir niteliğe sahip olan düzenlemelerde, korunan temel olarak sadece bir grup belirlenmiştir. Bunun anlamı, yasaklanan ayrımcılığın yalnızca belirli bir gruba ya da durumla ilişkilendirilmiş olmasıdır⁶¹³. Örneğin sadece engelli olanları koruma altına alan veya sadece kadınları koruma altına alan düzenlemeler asimetriktir.

Belirli bir muamelenin, örneğin cinsiyet temelinde, ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı, ayrımcılığa dair benimsenen yaklaşıma yani ayrımcılığın simetrik mi yoksa asimetrik bir biçimde mi ele alındığına bağlıdır. Eğer toplumdaki belirli grupların üyelerinin yapısal olarak dezavantajlı bir konumda olduğu dikkate alınarak korunacak grup belirlenmişse asimetrik bir yaklaşımın tercih edildiği ortaya çıkar⁶¹⁴. Bu yaklaşım, şekli eşitlik anlayışından maddi eşitlik anlayışına doğru yaşanan evrimin arkasındaki sebeplerle birlikte değerlendirilmelidir. Eşitliğin fiilen sağlanması için toplumsal gerçeklik, toplumsal yapılarda sorunlu kabul edilen yönler de dikkate alınmalıdır. Bu anlayış ise toplumda kadınların cinsiyet ayrımcılığından, siyahların ise ırk ayrımcılığından olumsuz bir şekilde etkilenen kesim olduğunu vurgulamaktadır⁶¹⁵.

Asimetrik yaklaşım, ayrımcılık yasağı düzenlemeleri ile ilk olarak yapısal olarak dezavantajlı konumda olan grupların korunmasının amaçlandığını gösterir ve bu tür kanuni düzenlemelerin daha etkili olmalarını gerektirir⁶¹⁶. Bunun anlamı,

⁶¹³ Christa Tobler, **Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law** (Bundan sonra **Indirect Discrimination** olarak kullanılacaktır), Antwerp, Oxford, Intersentia, 2005, s. 52.

⁶¹⁴ Oostland, **Non-discrimination and Equality of Women**, s. 33.

⁶¹⁵ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 108.

⁶¹⁶ Tobler, **Indirect Discrimination**, s. 53; Oostland, **Non-discrimination and Equality of Women**, s. 33. Ayrıca bu yaklaşım özel önlemlerin, toplumdaki baskın olmayan grupların yapısal dezavantaj sebebiyle yaşadıkları ayrımcılıklarla başa çıkmak için neden meşru bir araç olduğunu da açıklamakta kullanılmaktadır. Oostland, **Non-discrimination and Equality of Women**, s. 34.

dezavantajlı grup için eşit muamelenin yeterli olmadığı ve eşitliğin sağlanabilmesi için farklıların gözetilerek bu farklılıklara göre farklı muamelenin yapılmasının sağlanmasına yönelik önlemler alınması gerektiğidir⁶¹⁷.

Simetrik nitelikteki düzenlemelere örnek olarak karşımıza ırk veya etnik köken, yaş ve cinsel yönelim temelleri çıkmaktadır. Bu düzenlemelerde aslında büyük ölçüde ayrımcılığa uğrayan ve ayrımcılık mağduru olarak adlandırılabilen kişiler siyahlar, yaşlılar (çocuklar ve gençler) ile lezbiyen, gey, biseksüel, transgender veya interseks kimliğine sahip olanlardır fakat bu gruplara üyelik ile ilgili bir ifadeye yer verilmemişse de anlaşılması gereken, bu grupların dışında kalan grupların da ayrımcılık mağduru olabilecekleridir. Bu nedenle cinsel yönelim açısından konuyu ele aldığımızda karşımıza şöyle bir tablo çıkabilmektedir: Hukuki düzenlemelerde açıkça lezbiyen, gey, biseksüel ifadesi kullanılmamakta, onun yerine heteroseksüelliği de içine alacak biçimde cinsel yönelim ifadesine yer verilmektedir. Bu sayede heteroseksüelliğin normal, diğer kimliklerin ise anormal olduğu şeklinde bir algı yaratılmasının da önüne geçilmeye çalışılmaktadır⁶¹⁸.

Benzer bir yaklaşım yaş ile ilgili olarak da karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar özellikle yaş temelindeki ayrımcılığa ilişkin uluslararası bir anlaşma mevcut değilse de ayrımcılık temellerinin belirlenmesinde açık-uçlu yaklaşımın benimsendiği düzenlemelerde yaş temelli ayrımcılığın, ayrımcılığın kişi bakımından kapsamında yer aldığı açıktır. Yaş temelli ayrımcılık denilince ilk olarak akla yaşlılık hali geliyor olsa da çocukluk yahut genç olma hallerine de koruma sağlandığı belirtilmelidir. Düzenlemede açıkça belirli bir yaş grubuna gönderme yapılmayıp yalnızca “yaş” ifadesine yer verilmişse simetrik bir yaklaşımın, belirli bir yaş grubunun ön planda tutulması söz konusu olduğunda ise, örneğin 30 yaş ve üzeri, asimetric bir yaklaşımın takip edildiği anlaşılmaktadır⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Yalnızca bir grup için koruma öngören asimetric düzenlemelerin öne çıkan örnekleri KKAOKS ve EKHS’dir. İlk sözleşme olan KKAOKS md. 1’de bu durum açıkça belirtilmiş ve Sözleşme kapsamında odağa konumlandırılanın cinsiyet temelli ayrımcılık değil, kadınlara yönelik ayrımcılık olduğunun altı çizilmiştir. EKHS’de ise temel motif engelli olma durumudur. Engellilik temelinde ayrımcılık açısından kişinin engelli olmaması durumu dikkate alınmaz, odakta kişinin engelli olma durumu vardır. Bundan ötürü de engelli olmayanların engellilik temelinde ayrımcılığa uğradıklarını ileri sürmeleri mümkün değildir.

⁶¹⁸ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 110.

⁶¹⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 110-111.

Belirtildiği üzere simetrik veya asimetrik yaklaşım tercihinin, aslında toplumda sistematik bir biçimde dezavantaja uğrayan grupların üyelerinin korunmasının hedeflenip hedeflenmediğine ya da baskın grubun üyelerinin de dezavantajlı grupların üyeleri gibi korunması gerektiğine inanılıp inanılmadığına göre belirlenmektedir. Bu tercihlerden ilki yani asimetrik yaklaşımın seçilmesi, ikinci ise simetrik yaklaşımın seçilmesi ile sonuçlanacaktır⁶²⁰.

Hukuki düzenlemelerin ise hem simetrik hem de asimetrik nitelikte oldukları görülmektedir. Evet, ayrımcılığa ilişkin bazı düzenlemelerde, örneğin kadınların yaşadıkları ayrımcılıkların asimetrik olması yani tek yönlü olması sebebiyle, sadece kadınları kapsayacak biçimde düzenlemeler yapılabildiği gibi dezavantajlı grupların ihtiyaçlarının, özel durumlarının da göz önünde bulundurulduğu ancak yine de hem dezavantajlı hem de baskın grupları kapsayacak biçimde yani her iki grubun da dahil edildiği simetrik nitelikteki düzenlemeler de yapılmaktadır.

b. Ayrımcılık Temellerinin Belirlenmesi

Ayrımcılık yasağının kimleri koruması altına aldığıın tespiti için kullanılan kavram ‘temel’dir⁶²¹. Bu yolla özellikle, teknik olarak ‘temel’ olarak adlandırılan, belirli özelliklerle tanımlanan kişi grupları korunmuş olur. Ayrımcılık çoğunlukla belirli temeller belirlenerek, bu temeller çerçevesinde, yasaklanmıştır. Hangi temellerde gerçekleştirilen ayrımların kabul edilemez bulunup yasaklanacağı önemli bir sorudur ve genellikle ayrımcılık kanunlarının içinde yer aldığı siyasi ve sosyal bağlamlarla büyük ölçüde şekillenmektedir. Nitekim bu gelişme ABD’de ırkla başlamıştır. Irk temelli ayrımcılıkların yasaklanması zamanla diğer alanlara da genişletilmiştir. AB’de ise milliyet ve cinsiyet önem arz etmiş, bu temellerin korunmasına öncelik verilmiştir; cinsel yönelim, engellilik, yaş, din ve inançla

⁶²⁰ Oostland, **Non-discrimination and Equality of Women**, s. 34.

⁶²¹ Temel ile esasen kimlerin ayrımcılığa karşı korunacağı yani hangi grupların ayrımcılığa karşı koruma şemsiyesinden yararlanacağı belirlendiğinden temel ile kastedilenin ‘korunan temel’ olarak ifade edilmesi de mümkündür. Bu sebeple korunan temelin “bir bireyin farklı muamele ya da belli bir hakkın kullanımıyla ilişkili olarak ele alınmaması gereken bir özelliği” olduğu belirtilmektedir. **Handbook on European Non-Discrimination Law**, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018 edition, s. 161.

birlikte ırkın koruma listesine alınması 2000 yılına kadar mümkün olmamıştır. Savaş sonrası formüle edildiğinden AİHS'te yer verilen temellerin listesi ise savaşla birlikte oluşmaya başlayan tablonun ihtiyaçlarını yansıtmaktadır. Bundan ötürü de doğum, siyasi görüş ve mülkiyet gibi özellikleri içerir ama engelliliği veya cinsel yönelimi içermez⁶²².

Birleşmiş Milletler Şartı'nın sadece ırka, cinsiyete, dile ve dine yer vermesine rağmen Evrensel Bildiri'nin hazırlayıcıları, sadece ırka yer verilmesini yeterli görmeyerek renk temelinde de, ve ayrıca cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka statülere dayanarak da, ayrımcılık yapılamayacağını belirtmişlerdir. Dört temel ile başlayan listenin giderek genişletildiği anlaşılmaktadır⁶²³. Listelere eklenen temellerin zamanla çoğalması, bu temellerin belirlenmesine dair sistematik bir ölçütün belirlenmediğini göstermektedir. Geçmişte edinilen tecrübeler ışığında yeni ayrımcılık temellerinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bundan ötürü bugün için geçerli olan kimi temellerin de belki on yıllar sonra yerlerini yeni temellere bırakması veya mevcut temellere yeni temellerin eklenmesi mümkündür⁶²⁴.

Anayasal veya yasama araçlarının korunan ayrımcılık temellerini iki şekilde formüle ettikleri görülmektedir. Bunlardan ilki, ayrıntılı bir temeller listesinin hazırlanmasını gerektirir. Temellerin bu şekilde düzenlenmesi yani kapsamlı bir biçimde hangi temellerin korunacağını öngörülmesi nedeniyle yargıçlar temellerin belirlenmesinde takdir hakkı kullanamazlar. Temeller sınırlıdır ve yalnızca kanunda

⁶²² Fredman, **Discrimination Law**, s. 110.

⁶²³ Karl Josef Partsch, "Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination", **The International Dimensions of Human Rights**, Ed. Karel Vasak, Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982, s. 72. Daha modern eşitlik garantilerinin ise daha önceki yıllarda öngörülemeyen yeni temellere de yer verdikleri görülmektedir. Örneğin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı genetik özellikleri de listeye eklemiştir.

⁶²⁴ Partsch, "Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination", s. 73. Korunan temeller, birkaç farklı kaynak arasındaki yaratıcı gerilimin etkileşimi ile belirlenmektedir. Bu kaynaklar anayasal belgeler, kanunlar, yargısal yorumlar ve uluslararası veya bölgesel belgelerden oluşur. Yargı kararları, azınlıktaki grupların korunması için yasamanın eyleme geçmesinde tetikleyici bir rol üstlenebilir. Benzer bir etki, uluslararası mekanizmalar ve ulusal mekanizmalar arasında da gerçekleşebilir ve uluslararası mekanizmalar, ulusal mekanizmaları etkileyebilirler. Farklı kaynaklar arasındaki bu dinamik etkileşimin çoğunluktan korunacak azınlıkların ihtiyaçları ile yargının demokratik eksiklikleri arasındaki gerilimin giderilmesi için bir yol olduğu savunulmaktadır. Fredman, **Discrimination Law**, s. 111.

veya anayasada yahut uluslararası ya da bölgesel nitelikteki belgelerde değişiklik yapılması suretiyle temeller kaldırılabilen veya çoğaltılabilmektedir. AB ayrımcılıkla mücadele mevzuatı bu türe örnek olarak verilebilir. Bir diğer model ise geniş, açık uçlu bir yaklaşımın benimsenmesidir. Bu yaklaşım ile temellerin belirlenmesinde yargıçlara önemli bir görev düşmektedir. Bu takdirde herkes hukuk önünde eşit olduğundan bu eşitliği, meşru bir gerekçe olmaksızın, zedeleyen, zayıflatan veya ortadan kaldırmayı amaçlayan durumların yaşanmaması için yargı organları devreye girmektedir. ABD Anayasası'nda da bu tür bir düzenleme mevcuttur. Bu iki uç arasında, ayrımcılık temellerinin bir listesini belirten ancak 'diğer statü gibi', 'başka statüler gibi', 'benzeri temellerde' gibi ifadeler eklenerek listenin yer verilen temellerle sınırlı olmadığını belirten başka bir yaklaşım daha bulunmaktadır. Bu ise Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Kanada Haklar Şartı'nda ifadesini bulan yaklaşımdır⁶²⁵. Dolayısıyla korunan temellerin belirlenmesine ilişkin üç yaklaşımdan bahsedilebilirse de ikinci ve üçüncü modellerin birbirlerine daha yakın olmaları ve ilk modelin daha bağımsız bir özellik taşıması sebebiyle konu ikili bir yaklaşımla ele alınacaktır⁶²⁶.

Yasama organının etkili olduğu sınırlı modelde, ayrımcılığın yasaklandığı temellerde yargı organının insiyatif kullanımı sınırlıdır. Bu modelde hangi temellerde ayrımcılığın yasaklanacağını belirleyen yasama organıdır. Temellerin genişletilmesi ancak, mevzuatın, ilgili düzenlemenin değiştirilmesiyle mümkün olabilmektedir. Ancak buradan mahkemelerin korunan temellerle ilgili insiyatif kullanamadıkları sonucuna ulaşılmamalıdır⁶²⁷. Toplumda marjinalleştirilen gruplar, ayrımcılığa uğradıklarının kabulü adına söz konusu temellerin yeniden şekillendirilmesi için mahkemeleri ikna etmeye çalışırlar. Böylece ayrımcılık temellerinin sınırlandırıldığı

⁶²⁵ Fredman, **Discrimination Law**, s. 112. Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı (Canadian Charter of Rights and Freedoms) için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/how-rights-protected/guide-canadian-charter-rights-freedoms.html>, 30 Ekim 2016.

⁶²⁶ Temellerin belirlenmesinde üçlü yaklaşımı benimseyen Fredman, bu doğrultuda oluşturulan listelerin *an exhaustive list*, *an open-textured model* ve *non-exhaustive list* şeklinde adlandırılabilceğini belirtmiştir. Bkz. Fredman, **Discrimination Law**, ss. 112-130. Bayefsky ise bu listeleri *open-ended* ve *self-contained* modeller olarak adlandırmakta ve ikiye ayırmaktadır. Bkz. Anne F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", **Human Rights Law Journal**, Vol. 11, No. 1-2, 1990, ss. 1-34, s. 5-8.

⁶²⁷ Fredman, **Discrimination Law**, s. 113.

yani korunan temellerin tek tek belirtildiği düzenlemelerin korunmasından yararlanabilmek için bazı grupların ayrımcılığa ilişkin savlarını ilgili temellerden birinin altında dile getirdikleri görülmektedir. Örneğin cinsiyet korunuyor ama cinsel yönelim korunmuyorsa, bu grupların üyeleri cinsiyet temelinde ayrımcılığına maruz kaldıkları konusunda mahkemeleri ikna etmeye çalışırlar. Benzer şekilde etnik köken korunan bir temel olarak düzenlenmiş ancak din korunan temelleri arasında bulunmuyorsa dini grup mensupları korunma taleplerini etnik köken temelinde dile getirirler⁶²⁸.

İkinci model ise hangi temellerin korunacağını tek tek belirtmek yerine, yani kapsamlı bir liste hazırlamak yerine, hangi muamelelerin ayrımcılık oluşturacağına dair bir liste oluşturmaksızın buna ilişkin karar verme yetkisini tamamen yargıya bırakmaktadır. Böylece bir anlamda anayasal eşitlik garantisi odakta tutulmakta ve buna uygun olarak mahkemenin karar vermesi beklenmektedir. Herhangi bir ayrımcılık temelini tanımlanmadığı bu tür bir yaklaşım ABD Anayasası'na Ek XIV. Değişiklikte bulunmaktadır. Bu maddede, özetle, devletin kendi yargı yetkisi dahilindeki herkese hukuken eşit koruma sağlayacağı düzenlenmiştir. İlgili maddede hangi temellerde yapılan ayrımların ayrımcılık olarak ele alınacağı belirtilmemiştir. Burada karar verici mekanizma yargıdır⁶²⁹. Yargı organları, yasamanın ya da diğer kurumların yaptıkları sınıflandırmaları nasıl inceleyeceklerine kendileri karar verdiğinden ABD Yüksek Mahkemesi (US

⁶²⁸ Fredman, **Discrimination Law**, s. 113. Ayrımcılık temellerinin sınırlı bir biçimde ele alındığı Birleşmiş Milletler Şartı'ndaki düzenlemeye benzer şekilde EAKS'de de sınırlı yaklaşım benimsenmiştir. Bunlara ek olarak IAOKS'de, KKAOKS'de ve EKHS'de de ayrımcılık temellerinin sınırlı olduğu görülmektedir. Avrupa Birliği hukukunda durum nedir diye incelediğimizde ise sınırlı bir yaklaşım doğrultusunda yapılmış olan düzenlemelerle karşılaşmaktadır. Örneğin, AB üyesi ülkeler için hukuken bağlayıcı olan AB'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 19. maddesinde (Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma, md. 13) cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim temelinde korumanın gerçekleştirileceğine yer verilmiştir. Ancak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AB'deki genel düzenlemenin aksine, açık uçlu bir yaklaşım benimseyen bir belge olması hasebiyle diğer düzenlemelerden ayrılmaktadır. Şart'ın ilgili maddesi şu şekildedir: "cinsiyet, ırk, renk, etnik ya da toplumsal köken, genetik özellikler, dil, din yahut inanç, siyasi veya diğer her türlü görüş, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel yönelime gibi herhangi bir temele dayanan her türlü ayrımcılık yasaktır" (md. 21). Avrupa ayrımcılık yasağı direktifleri de birbirinden farklı ama belirlenmiş temellerde farklı muameleyi yasaklar. Bu direktifler, cinsiyet (Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Direktifi, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Direktifi), cinsel yönelim, engellilik, yaş veya din veya inanç (İstihdamda Eşitlik Direktifi), ırk veya etnik kökeni (Irk Eşitliği Direktifi) kapsayan, sabit ve sınırlı olarak nitelendirilen korunan hukuki menfaatler listesini içerir.

⁶²⁹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 118.

Supreme Court) korunan grupların belirlenmesinde tüm sorumluluğu üstlenmiş durumdadır⁶³⁰.

Açık uçlu model içerisinde ele aldığımız ve yargıya karar verme yetkisi tanıyan ama tüm sorumluluğu yargı organlarına vermeyen diğer modelde ise temeller sıralanmış olmakla birlikte listeyi uygun olduğunda genişletmek için yargıçlara inisiyatif veren, sınırlı olmayan bir liste söz konusudur⁶³¹. Kısacası düzenlemede belirli ayrımcılık temelleri sayılmakta ancak liste bu temeller ile sınırlandırılmamakta, yargıya içtihatları ile bu listeyi genişletebilme yetkisi verilmektedir. Sınırlı açık uçlu olarak adlandırılabilir bu modelde hiçbir ayrımcılık temelini belirtmediği ve tüm sorumluluğu yargı organına bırakan yaklaşımdan farklı bir yol izlenmekte ve temellerin belirlenmesinde tüm inisiyatif yargıya bırakılmamaktadır. Yargı organları belirli temeller ile sınırlandırılmıştır. Düzenlemelerde açıkça sayılan ayrımcılık temelleri yargı organının dikkate almak zorunda oldukları temellerdir. Sınırlı olmayan liste, mahkemelerin değişen koşullara cevaben korunan temelleri 'güncellemelerini' mümkün kılmaktadır. Bu husus, AİHS'nin 14. maddesi incelendiğinde görülebilir. 14. maddedeki gerekçelerin listesinde mülkiyet, doğum ve ulusal bir azınlık ile ilişki nedeniyle ayrımcılık yasaklanmış olsa da günümüz toplumlarının ilgilendikleri ve korunması gerektiğine inandığı engellilik, cinsel yönelim veya yaştan söz edilmemektedir. Bununla birlikte, 14. maddenin sınırlı olmayan niteliği, AİHM'nin bu boşlukları doldurmasını mümkün kılmaktadır⁶³². Böylece AİHM, AİHS'teki 'cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmayacağını belirten 'diğer statüler' kategorisi aracılığıyla ayrımcılık yasağı direktifleriyle açıkça yasak edilen diğer temelleri de, yani engellilik, yaş ve cinsel yönelimin de korunması gerektiğine karar verebilmektedir⁶³³.

Korunan temeller listesinin önemi göz önüne alındığında, yargıçların ve kanun koyucuların, son yıllarda, korunan temellerin listesini genişletmek için

⁶³⁰ Fredman, **Discrimination Law**, s. 118.

⁶³¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 125.

⁶³² Fredman, **Discrimination Law**, s. 125.

⁶³³ **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 161.

büyüyen ve genellikle de başarı ile sonuçlan taleplerle, korunan temeller listesindekilere “benzer” olarak değerlendirilmek üzere fiziksel görünüm, kilo ve genetik kimlik gibi, karşılaşmaları şaşırtıcı değildir. Bu iddiaları çözüme kavuşturmak amacıyla bazı ölçütlerin geliştirilmesi için yoğun çaba harcanmaktadır. Bu çabalarda, yargı organlarının açık uçlu temellere ilişkin yaptıkları katkılar oldukça önemlidir. Hangi adayın bu listede yer alabileceğini belirlemek için yargıçlar iki kümülatif koşulun karşılanıp karşılanmadığını incelemektedirler. Bunlar; insanlar arasında önemli bir avantaj farkı yaratan bir temel olması ve bunun değişmez ya da temel bir seçim olmasıdır⁶³⁴.

Mahkemelerin korunan özelliği seçmek için tek test olarak değişmezliğe dayanmaları ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır. Mahkemelerin değişmezlik aracılığıyla, fiziksel temellerin, yani ırk ve cinsiyet gibi doğa tarafından belirlenen özelliklerin, korunması yönünde yanlı bir tutum sergiledikleri savunulmuştur. Daha kolay gizlenebilen ve değiştirilebilmesi olası olan (bu durum tartışılabilir) dini durum, dilsel kimlik, medeni durum ve cinsel yönelim gibi fiziki olmayan veya sosyal olan temeller ise daha olumsuz muamele görür. Halbuki herkesin rahatlıkla ulaşılacağı bir ilaçla ırkın değiştirilebilir hale gelmesi durumunda ırkın hala korunup korunmayacağı ya da hamileliğin kadının kontrolünde bir durum olarak varsayılması

⁶³⁴ Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 50. Korunan temeller, insanları aralarındaki avantaj farklarına göre gruplara ayırır. Korunan gruplar, örneğin kadınların erkeklerden daha dezavantajlı koşullara sahip oldukları olgusundan hareketle değerlendirilmektedir. Ancak söz konusu dezavantajın yalnızca ekonomik bir dezavantaj olarak değerlendirilmesi, gerçek durumu tam olarak yansıtmayacağından mahkemelerin genellikle daha karmaşık durumları da hesaba kattıkları ve dezavantajı çok yönlü bir biçimde değerlendirdikleri görülmektedir. Bu doğrultuda mahkemeler dezavantaja sosyo-kültürel, politik ve maddi boyutları da kapsayan bir bakış açısıyla yaklaşmışlardır. Bu önemlidir çünkü örneğin ırksal azınlıkların varlıklı üyeleri maddi dezavantajın üstesinden gelebilseler bile muhtemelen kurtulması daha zor olabilen politik ve sosyo-kültürel dezavantajlarla karşılaşabilmektedirler. Ancak grupların maruz kaldıkları dezavantaj, üyelerinin maruz kaldıkları dezavantajların basit bir toplamı değildir. Politik dezavantajda olduğu üzere bazı dezavantaj türleri gruplar için anlamlı olabilmekteyken bazı dezavantaj türleri, özellikle de maddi dezavantaj, grubun bütün üyelerini etkilemese de bir grubu bir bütün olarak etkileyebilmektedir. Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 51-52. Yargıçların üzerinde durdukları ikinci koşul, aday temelin değişmez ya da temel bir seçime ilişkin olması gerektiğidir. Bu şartlar hep birlikte temelin normatif olarak ilgisiz olduğu talebini oluşturmaktadır. Bunun anlamı, söz konusu temellere sahip olunmasının, kişinin yaşamındaki başarılarını etkilememesi gerektiğidir. Bir özelliğin değişmezliği, özellikle ırksal sınıflandırmaları içeren durumlarda, en sık kullanılan gerekçe olmuştur. Ancak mahkemeler 'değiştirilemezliği' sadece değiştirilemeyen özellikler bağlamında değil, aynı zamanda ilk edinimi, o özelliğin sahibi tarafından yapılan bir seçime dayanmayanları da içerecek şekilde geniş yorumlamaktadırlar. Irka ek olarak değişmezliğe dayalı nedenlerle korunan özellikler arasında cinsiyet, ebeveynlerin medeni durumu, küçük çocukların ikamet yeri ve vatandaşlık sayılmıştır. Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 57.

sebebiyle değişmezlik testinin hamileliğin de korunan temellerden biri olarak görülmesinin reddine imkan tanıyabileceği eleştirileri göz ardı edilmemelidir⁶³⁵.

Söz konusu eleştirilere karşı mahkemeler, değişebilirliğin ‘katı’ ve ‘etkili’ olmak üzere iki yönü olduğu savunusunda bulunmuşlardır. Değişmezlik ile kastedilen, katı bir biçimde kişilerin üyesi oldukları grupların özelliklerini fiziksel olarak değiştirememeleri ya da maskeleyememeleri değildir. Kişilerin bir özelliği değiştirmek için büyük zorluk çekmeleri yeterlidir⁶³⁶. Bu ölçütün kabulü ise temel seçim ve etkili değişebilirlik arasındaki bağın açığa çıkması sebebiyle önemlidir. Yargıçlar, üzerinde hâlihazırda etkili bir şekilde kontrol sahibi olmadığımız özellikleri korurken temel seçime bağlı özelliklerin korunmasının, ayrı bir kategoride değerlendirilmekten ziyade, aynı yelpaze boyunca uzandığını dikkate alırlar. Örneğin medeni statü gibi din ve vatandaşlık ile ilgili statüler de seçim meselesi olarak ele alınabilirler ama bu seçimlerle ilgili olarak kanuni korumadan yararlanamamak söz konusu olmamalıdır⁶³⁷.

2. Konu Bakımından Ayrımcılık Yasağının Kapsamı

Bir kişinin karşılaştığı muamelenin, kişinin etnik kökeni, dini veya cinsiyeti gibi, ilgisiz ve etkisiz bir nitelik taşımasına rağmen belirleyici bir unsur olarak kullanılmaması için birey ve birey gruplarının korunması ayrımcılık yasağının amacıdır ve bu amaç, çeşitli uluslararası sözleşmelerin ya ayrımcılığı yasaklamaya adanmış biçimde düzenlenmesi ile ya da genel kapsamlı bir insan hakları sözleşmelerinin içerisinde bu ayrımcılığı yasaklayan hükümlere yer verilmesi ile kendisini göstermektedir. Örneğin EKHS, engelliliği ön plana çıkarıp bu temele dayalı ayrımcılığı önlemeye çalışırken, bazı sözleşmelerde iş veya meslek, eğitim, barınma gibi belli bir alanda ayrımcılığın önlenmesi gündeme gelmektedir⁶³⁸.

Ayrımcılığın, kişi bakımından kapsamda olduğu gibi, konu bakımından değerlendirilmesinde de açık uçlu ve sınırlı yaklaşım başlıklarının kullanıldığı

⁶³⁵ Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, s. 58.

⁶³⁶ Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, s. 59.

⁶³⁷ Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, s. 59-60.

⁶³⁸ Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s.169.

görülmektedir. Açık uçlu yaklaşımda, ayrımcılık yasağı konu bakımından geniş bir kapsamda ele alınmaktadır. Bu tür bir düzenlemeye, ayrımcılık yasağına konu bakımından kapsamlı bir şekilde yer veren MSHS örnek verilebilir. Zira Sözleşme, şu veya bu ayrımcılık temelinde değil herhangi bir temelde hukuken tanınmış tüm haklar bağlamında ayrımcılık yapılmasının yasak olduğunu belirtmektedir. Sözleşme'nin ayrımcılık yasağına yer veren 26. maddesinin yalnızca MSHS'deki haklarla sınırlı bir ayrımcılık yasağını öngörmediği, bağımsız bir hak olduğu kabul edilmektedir⁶³⁹. Buna karşılık IAOKS, KKAOKS ve EKHS kişi bakımından kapsamlarının sınırlı olması sebebiyle, daha dar bir kapsamda açık uçlu bir yaklaşım sergilemektedirler. Şöyle ki, KKAOKS ele alındığında Sözleşme'nin 1. maddesinde kadınlara karşı ayrımcılığın *“ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ya da herhangi bir başka alandaki insan haklarının ve temel özgürlükleri”* çerçevesinde yasaklandığı ifade edilmiştir. Benzer bir çerçeve ile EKHS'nde de bulunmaktadır⁶⁴⁰. Bu sözleşmelerde ayrımcılık aslında hayatın tek bir alanında değil, pek çok alanında yasaklanmış olsa da MSHS'deki kadar geniş kapsamlı bir düzenleme de söz konusu değildir.

Sınırlı yaklaşımda ise sınırlı sayıda hak ve özgürlükler bakımından ayrımcılık yasaklanmaktadır. Sadece eğitim alanında ya da istihdam alanında ayrımcılığın yasaklanmış olması konu bakımından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmesi anlamına gelir. Bu tarz bir düzenlemelere örnek olarak, UÇÖ'nün 111 No.lu Sözleşmesi, EAKS, AB hukukunun kaynaklarından olan 2000/78/EC sayılı Direktif verilebilir. Adı sayılan düzenlemelerden 111 No.lu Sözleşme sadece istihdam ve meslek alanında, EAKS eğitim alanında, 2000/78/EC sayılı Direktif ise istihdam alanında ayrımcılığı yasaklamıştır.

⁶³⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 170-171. Bu noktada Sözleşme'de ayrımcılık ile ilgili olarak hem md. 2'de hem de md. 26'da düzenlemenin yapıldığı ama md. 2'nin Sözleşme'de yer alan bir madde, hak ile bağlantıyı zorunlu kıldığı ve bağlı bir hak olduğu belirtilmesine karşılık md. 26'nın tamamlayıcı nitelikte olmayan, bağımsız niteliği haiz bir madde olduğu belirtilmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 170-172.

⁶⁴⁰ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 174-175.

II. AYRIMCILIK TÜRLERİ

A. Doğrudan Ayrımcılık

1. Doğrudan Ayrımcılık Kavramı

Doğrudan ayrımcılık (“direct discrimination”, “disparate treatment”, “de jure discrimination”, “overt discrimination”) yalın olarak, yasaklanan ayrımcılık temellerinden birine mensup kişi ya da kişilere haksız olarak farklı bir biçimde, olumsuz yahut daha olumsuz muamele edilmesidir⁶⁴¹. Bir kişi veya grubun, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden birinden ötürü herhangi bir politika, mevzuat veya mahkeme kararı yoluyla daha dezavantajlı hale getirilmesidir. Bu muameleler, bir restorana ya da dükkana kabul edilmeme, daha düşük emekli maaşı yahut daha az ücret alma; sözlü istismara ya da şiddete uğrama, daha ileri veya daha erken bir emeklilik yaşının uygulanması, belirli bir mesleğe kabul edilmeme, miras haklarından mahrum bırakılma, genel eğitim sisteminden dışlanma; sınır dışı edilme, dini semboller taşımaya izin verilmemesi, sosyal güvenlik ödemelerinden mahrum bırakılma yahut bunların iptal edilmesi biçiminde tezahür edebilir⁶⁴².

Doğrudan ayrımcılıkta söz konusu olan, bir kişiye, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden herhangi birisiyle, karşılaştırılabilir benzer durumlardakilere edilen, edilmiş olan veya edileceğinden daha olumsuz davranmaktır. Ayrıca bu korunan gruba mensup kişi ya da kişilere objektif ve makul bir sebep olmaksızın ya da gözetilen amaçla yapılan muamele arasında orantılılık, makulluk ilişkisi bulunmaksızın farklı muamelede bulunulmasıdır⁶⁴³.

⁶⁴¹ Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 69.

⁶⁴² **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 44. Bir sosyal tesisin kullanımının yabancılara kapatılması, bir marketten müslüman olmayanların alışveriş yapamayacaklarının belirtilmesi, kadınların iş başvurusunda bulunamayacaklarına yer verilmesi, bir kafenin mültecilere servis yapmaması yahut 60 yaş ve üzerindeki kişilerin giremeyeceklerini belirten tabelalar, yazılar doğrudan ayrımcılığın en bariz görünümleridir.

⁶⁴³ Bir tanıma göre ise doğrudan ayrımcılık, “ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden birine dayanarak, bir kişi veya kişi grubunun insan hak ve özgürlüklerinden, aynı veya benzer konumda olduğu diğer kişilerle eşit bir şekilde yararlanmasını ve bunları kullanmasını engelleme ya da zorlaştırma niyet veya etkisine sahip olan her türlü farkı, dışlamayı, sınırlamayı ya da tercihi belirttiği”ne işaret etmekte ve kavramın temelinde, aynı veya benzer konumdaki diğer kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz sonuçlar yaratan veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı muameleler bulunmaktadır. İdil Işıl Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 201.

Ayrımcılığın tipik görünümünü olan doğrudan ayrımcılıkta, bir kişiye veya gruba cinsiyeti, etnik kökeni, dini gibi korunan temellerden biri nedeniyle, diğer kişilere kıyasla farklı ve olumsuz bir davranışta bulunmaktadır. Bir kişinin etnik kökeni yüzünden otelde konaklamasına izin verilmemesi, bir çocuğun engelli olduğu için okula kaydedilmemesi, kişinin cinsiyeti nedeniyle iş başvurusunun reddedilmesi doğrudan ayrımcılık örnekleridir. Görülmektedir ki doğrudan ayrımcılık kavramı, benzerlerin benzer şekilde ele alınması gerektiğini ifade eden temel ilkeye, şekli eşitliğe, dayanmaktadır. Benzerlere benzer şekilde davranılması gerektiği ilkesine bağlılığı nedeniyle de, şekli eşitliğin zayıf yönlerinden kaynaklanan sorunların benzerleri doğrudan ayrımcılık kavramında da ortaya çıkmaktadır⁶⁴⁴.

Doğrudan ayrımcılık, muamele ile ilgilidir; bu muamele, bir eylemin yapılması, yapılmaması ya da ihmali yoluyla gerçekleşebilir. Başka bir deyişle, doğrudan ayrımcılıkta eylem odaklıdır. İkinci olarak, muamele, korunan bir özellik "temelinde" (veya "dayalı", "ilgili bir nedenden dolayı", "temelli") olmalıdır. Korunan temel ile söz konusu muamele arasında biraz olsun nedensel bir bağlantı gereklidir. Bu bağlantının nesnel bir standart mı yoksa öznel bir standart mı olduğu konusunda ise farklı görüşler vardır. ABD’de mahkemeler, bu bağlantının ancak ayrımcı bir saik, amaç yahut niyetin kanıtlanması halinde olduğu görüşündedir. Bu öznel yaklaşım, nedensellik koşulunun karşılanıp karşılanmadığını tespit etmek için failin zihinsel durumunu araştırır⁶⁴⁵. Ancak ayrımcılık davalarına aslında daha basit bir formül ile de yaklaşmanın mümkün olabildiği anlaşılmaktadır. Bu formül, bir soru üzerinde temellenir; kişi farklı bir cinsiyetten, farklı bir ırktan, farklı bir yaşta olsaydı veya diğer korunan hukuki menfaatlerin herhangi biri kapsamında farklı bir statüde olsaydı daha olumsuz bir muamele görür müydü?⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 166.

⁶⁴⁵ Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 69-70.

⁶⁴⁶ **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 49-50; Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 70. Bu soru failin niyeti, amacı, kastı gibi kavramların ortaya çıkardığı karmaşık sorulardan kaçınmak için türetilmiştir. Kısacası şikayetçinin ilgili özelliğe sahip olmaması durumunda, örneğin kadın ya da erkek olmak, aynı muameleyi görüp görmeyeceğinin değerlendirilmesi yapılmaktadır. Ayrımcılığı yapanın niyetinden ya da saikinden uzaklaşarak korunan bir temelin içeriğinin nesnel bir tespiti Kanada ve Birleşik Krallık’ta uygulanmaya başlanmıştır. Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 70.

Doğrudan ayrımcılığın üçüncü yönü, karşılaştırmayla ilgilidir⁶⁴⁷. Doğrudan ayrımcılık vakalarında, ayrımcılığa uğradığı şikayetinde bulunan kişi, benzer konumdaki gerçek ya da varsayımsal karşılaştırma öznese kıyasla maruz kaldığı daha olumsuz muameleyi veya dezavantajı göstermek zorundadır. Karşılaştırmalı bir kavram oluşu, varsayımsal ya da gerçek bir karşılaştırma öznese duyulan gereksinim, doğrudan ayrımcılığın en sorunlu yönlerindendir⁶⁴⁸. Örneğin ‘düşük’ ücretle ilgili şikâyet, ücretin aynı işveren tarafından benzer bir görevin yapılması için istihdam edilen başka bir kimsenin ücretinden daha düşük olduğu gösterilmedikçe, bir ayrımcılık iddiası değildir. O halde, bir ‘karşılaştırılan’ yani benzer durumda olan bir kişi gerekmektedir. Bu kişiyle diğeri arasındaki başlıca fark ise ‘korunan temel’den kaynaklanmalıdır⁶⁴⁹.

Karşılaştırılacak kişinin bulunması çoğunlukla zor değildir. Mahkemeler genellikle bu hususu rahatça çözebilmektedirler, tıpkı AİHM tarafından ele alınan *Luczak v. Polonya*⁶⁵⁰ davası özelinde olduğu gibi. Dava, Polonya’da ikamet eden ve çalışan bir Fransız çiftçinin, özellikle Polonyalı çiftçileri desteklemek için kurulmuş olan özel bir sosyal güvenlik rejimine girmesine, sistemin sadece vatandaşlar için olduğu ve vatandaş olmayanların sistemde yer alamayacakları gerekçe gösterilerek, izin verilmediğinden bahisle yaptığı şikayete ilişkindir. AİHM, başvurucunun kalıcı ikametgahının Polonya’da olduğu, tıpkı vatandaşlar gibi vergi ödediği ve bu yolla sosyal güvenlik sisteminin finansmanına katkıda bulunduğu ve daha önce genel sosyal güvenlik rejiminde yer almış olmasından ötürü, ilgili rejimden yararlanan Polonyalı çiftçilere benzer bir durumda olduğuna karar vermiştir.

Bununla birlikte bazı vakalarda karşılaştırılacak olanların belirlenmesinin zor olup olmadığından bağımsız olarak, bir karşılaştırılana duyulan lüzum ister erkek ister kadın ister engelli olmayan bir kişi olsun, güçlü konformist baskıları beslenmektedir. Ek olarak karşılaştırma öznesinin seçimi hangi yönlerin ilgili, hangilerinin ilgisiz olduğu konusunda bir değer yargısı gerektirmektedir ve bu değer

⁶⁴⁷ Şekli eşitlik anlayışında karşılaştırma ile ilgili ortaya konulan sorunlar, doğrudan ayrımcılık için de geçerlidir.

⁶⁴⁸ Fredman, **Discrimination Law**, s. 168.

⁶⁴⁹ **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 44-45.

⁶⁵⁰ AİHM, *Luczak v. Poland*, Application No. 77782/01, 27.11.2007.

yargıları da sorunlu olabilmektedir⁶⁵¹. Bir diğer husus da karşılaştırılacak uygun bir kişinin bulunmadığı durumlara da aittir. Hamilelik, engellilik gibi durumlar ve kişinin kesişen özelliklere sahip olması karşılaştırma öznesinin bulunmasının mümkün olmadığı durumlardır ve kavramdaki karşılaştırma unsurunun en can sıkıcı yanını gözler önüne sermektedirler. Fakat bu sınırlama aşılamaz değildir; kavramdan karşılaştırmalı olma unsurunun atılması ile aşılabılır. “Daha olumsuz” muamele yerine “olumsuz” ya da “zararlı” muamelenin aranması sorunun çözümü için elverişli olabilir. Bu çözüm, karşılaştırma öznesi arayışının nahoş olabildiği bağlamlarda takip edilen yaklaşımdır. Bunun sonucu olarak hamilelik, engellilik, taciz, mağdurlaştırma söz konusu olduğunda ayrımcılığın ispatı için “daha olumsuz” muamele yerine “olumsuz” muamelenin gerçekleştirildiğini ispatlamak mümkün olabilmektedir⁶⁵².

2. Doğrudan Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları

Doğrudan ayrımcılık Birleşmiş Milletler’in sözleşmelerinde açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Fakat önceki kısımda yer verilen ayrımcılık tanımlarındaki bazı kısımların doğrudan ayrımcılığın tanınması olarak yorumlanabileceği belirtilmektedir⁶⁵³. Örneğin IAOKS md.1’de yer alan ırksal ayrımcılık tanımındaki “amacını taşıyan” ifadesi doğrudan ayrımcılık ile ilişkilendirilmektedir.

Her ne kadar sözleşmelerde açık bir tanım yapılmamış olsa da doğrudan ayrımcılık, uluslararası sözleşmelerin organları tarafından ele alınmış ve tanımlanmıştır. EHKH’nin ayrımcılık yasağı ve eşitlik hakkındaki 6. No.lu Genel Yorumu ayrımcılık türlerini açıklamaları açısından yol göstericidir. Komite’nin doğrudan ayrımcılık tanımı şöyledir:

“Doğrudan ayrımcılık engellilerin farklı kişisel statüleri nedeniyle benzer bir durumdaki diğer kişilere göre yasaklanmış bir temel yüzünden daha olumsuz muamele gördüklerinde ortaya çıkar. Doğrudan ayrımcılık, benzer bir durumun bulunmadığı ama yasaklanmış temellere dayanan zararlı eylemler veya ihmalleri de kapsamaktadır. Ayrımcılık yapan tarafın amacı veya niyeti, ayrımcılığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi ile

⁶⁵¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 168.

⁶⁵² Fredman, **Discrimination Law**, s. 169.

⁶⁵³ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 205.

ilgili değildir. Örneğin, eğitim programlarını değiştirmemek için engelli bir çocuğu kabul etmeyi reddeden bir devlet okulu, bunu yalnızca çocuğun engelliliğinden dolayı yapıyorsa, bu doğrudan ayrımcılığa bir örnektir.⁶⁵⁴

Bu tanım aslında EKSHK'nin 20 No.lu Genel Yorum'da yapmış olduğu tanım ile örtüşmektedir. Komite tarafından doğrudan ayrımcılık şu şekilde tanımlanmıştır:

“Doğrudan ayrımcılık bir bireye yasaklanmış temellere ilişkin bir nedenle benzer bir durumda olan başka bir kişiye göre daha olumsuz bir muamele gördüğünde ortaya çıkar. Örneğin eğitim veya kültür kurumlarında istihdam ya da sendika üyeliğinin başvuru sahiplerinin veya çalışanların siyasi görüşlerine dayandığı durumlarda. Doğrudan ayrımcılık, karşılaştırılabilir benzer bir durumun bulunmadığı durumlarda (örneğin hamile bir kadının durumunda) yasaklanmış temellere dayanan zararlı eylemleri veya ihmalleri de kapsamaktadır.⁶⁵⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de ayrımcılık türleri tanımlanmamıştır. Bununla birlikte AİHM'nin verdiği kararlar, ayrımcılık türlerinin ele alınmasında rol oynamıştır. Mahkeme'nin kullandığı formülasyona göre, doğrudan ayrımcılıktan söz edilebilmesi için benzer durumlardaki kişilerin gördükleri muamelede, belirlenebilir bir özelliğe dayalı bir farklılık olması

⁶⁵⁴ EKHK, Genel Yorum No. 6, On equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26.04.2018 para. 18(a) (Çevrimiçi) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsnbHatv uFkZ%2bt93Y3D%2baa2qtJucAYDOCLUtyUf%2brfiOZckKbzS%2bBsQ%2bHx1IyvGh6ORVZnM 4LEiy7ws5V4MM8VC4khDIZJSuxotVqfulsdtPv>, 18 Mayıs 2020. Komite bu tanımı daha önce 3 No.lu Genel Yorum'da da yapmıştır: “Doğrudan ayrımcılık engelli kadınların yasaklanmış temellerle ilgili bir nedenden dolayı benzer bir durumdaki diğer kişilere göre daha olumsuz muamele gördüklerinde ortaya çıkar. Bu, aynı zamanda karşılaştırılabilir benzer bir durumun olmadığı yasaklanmış temellere dayanan zararlı eylemleri ve ihmalleri de içerir. Örnek olarak, zihinsel veya psiko-sosyal engelleri olan kadınların tanıklıklarının kanuni ehliyetleri nedeniyle mahkeme yargılamalarında reddedilmesi ve bundan ötürü şiddetin mağduru olan kadınlara dönük adaletin ve etkili çözümlerin inkâr edilmesi ile doğrudan ayrımcılık meydana gelir.” EKHK, Genel Yorum No. 3, CRPD/C/GC/3, 02.09.2016, On women and girls with disabilities, para. 17/a, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3 &Lang=en, 18 Mayıs 2020.

⁶⁵⁵ EKSHK, Genel Yorum No. 20, E/C.12/GC/20, 02.07.2009, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), para. 10 (a) (Çevrimiçi) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0 oXTdImnsJZZVQdqeXgncKnylFC%2blzJjLZGhsosnD23NsgR1Q1NNNgs2QltnHpLzG%2fBmxPjJ UVNxAedgozixcbEW9WMvnSFEiU%2fV>, 15 Mayıs 2020.

gerekmektedir⁶⁵⁶. Zaten usul olarak da AİHM'e başvuruda bulunabilmek için şikayet edilen tedbirden "doğrudan etkilenildiği" gösterilmelidir⁶⁵⁷.

AB'de ise doğrudan ayrımcılık ilk olarak, 2000/43/EC sayılı Direktif'te tanımlanmıştır. Direktif'e göre doğrudan ayrımcılık, bir kişiye ırk veya etnik köken temelinde karşılaştırılabilir bir durumda, diğer bir kişiye göre daha olumsuz muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması durumudur⁶⁵⁸. AB hukukuna göre, AİHS'nin aksine, bu tür bir ayrımcılığın mağduru olduğunu iddia eden kimliği belirlenebilir bir şikayetçi olmasa bile, doğrudan ayrımcılık meydana gelebilmektedir. Örneğin *Feryn*⁶⁵⁹ davasında ABAD, belirli bir ırka ya da etnik kökene sahip çalışanları işe almayacağını açıkça ilan eden işverenin bu tür beyanının, adayları başvuru yapmaktan alıkoyacağı ve işgücü piyasasına erişimlerini engelleyeceği gerekçesiyle, 2000/43/EC sayılı Direktif'e göre doğrudan ayrımcılık teşkil edeceği yorumunda bulunmuştur.

AB hukukunun AİHS'den ayrıldığı bir diğer nokta da, farklı muamele için nesnel ve makul bir nedenin olup olmadığı hususudur. AİHS'de hem doğrudan ayrımcılık hem de dolaylı ayrımcılık için farklı muamelenin haklılandırılabilmesi mümkün iken AB hukukunda doğrudan ayrımcılığın herhangi bir nesnel ve makul neden ileri sürülerek haklılandırılabilmesi mümkün değildir. Bunun ardında direktiflerde ayrımcılık oluşturmayan bazı farklı muamelelere yer verilmesi bulunmaktadır. AİHM ise doğrudan ve dolaylı ayrımcılık için belirlediği ortak kriterlere ek olarak "şüpheli" olarak kabul ettiği kimi ayrımcılık temelleri için nesnel ve makul bir nedene dayalı olarak ilgili muamelenin gerçekleştirildiğinin ispatlanmasını şart koşmuştur. Bu husus, doğrudan ayrımcılık gündeme geldiğinde AB hukukunun AİHM'ne nazaran daha sert bir inceleme yapısını içerdiği şeklinde bir yoruma kapı açabilirse de, hamilelik durumu saklı kalmak üzere, karşılaştırma

⁶⁵⁶ AİHM, *Biao v. Denmark*, Application No. 38590/10, 24.05.2016, para. 89; *Carson and Others v. the United Kingdom*, Application No. 42184/05, 16.03.2010; para. 61; *D.H. and Others v. the Czech Republic*, Application No. 57325/00, 13.11.2007, para. 175; *Burden v. the United Kingdom*, Application No. 13378/05, 29.04.2008, para. 60.

⁶⁵⁷ **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 43.

⁶⁵⁸ 2000/43/EC sayılı Direktif, md. 2/a. Bu tanım sonraki tarihlerde Direktiflerde de, 2000/78/EC (md. 2/a), 2002/73/EC (md.2/2) ve 2004/EC (md. 2/b) sayılı Direktifler, benimsenmiştir.

⁶⁵⁹ ABAD, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, C-54/07, 10.07.2008. Benzer bir yorum için bkz. ABAD, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C-81/12, 25.04.2013.

yapılmasına duyulan ihtiyaç bu sistemde de şekli eşitlik eşitlik anlayışının hakim olduğu yorumlarına neden olmaktadır⁶⁶⁰.

Türk hukukunda ise doğrudan ayrımcılık, ilk kez Engelliler Hakkında Kanun'da tanımlanmıştır. Bu tanıma göre doğrudan ayrımcılık, “engelliliğe dayalı ayrımcılık temeline dayanan ve engellinin hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya zorlaştıran her türlü farklı muamele” dir (md. 3(a)). Ayrıca Kanun, engelliliğe dayalı doğrudan ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır (md. 4/A).

Doğrudan ayrımcılığın tanımına yer veren bir diğer kanun TİHEK Kanunu'dur. Kanun, doğrudan ayrımcılığı ayrımcılık türleri arasında saymanın (md. 4/1(ç)) yanı sıra “bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele” nin doğrudan ayrımcılık oluşturacağını ifade etmiştir (md. 2/(d)).

İş Kanunu ise doğrudan ayrımcılığın tanımına yer vermemekle birlikte doğrudan ayrımcılığa değinmiştir. Kanun'un eşit davranma ilkesi başlıklı 5. maddesinde “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz...” (md. 5/3) ifadesi kullanılmıştır.

B. Dolaylı Ayrımcılık

1. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı

Doğrudan ayrımcılığın, yani ayrımcılığın yasaklandığı temellerden biri ekseninde bir kişiye ya da kişilere farklı muamelede bulunulması ve bu farklı muamelenin haksız olmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilir. İşverenler, iş başvurusunda bulunanları ırk, cinsiyet, din veya cinsel yönelim gerekçesiyle reddetmeleri halinde cezalandırılabilirler ve tazminat ödemeleri gerekebilir. Fakat

⁶⁶⁰ Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 206-207.

doğrudan ayrımcılık yasağına yasalarda yer verilmesi ile birlikte doğrudan ayrımcılığın yasaklandığı temellerdeki eşitsizliğin ortadan kalkacağı ve bu temellerde eşitliğin sağlanacağına yönelik umut, yasağın beklenen sonucu ortaya çıkarmadığının anlaşılması ile kırılır gibi olmuştur. Ortaya çıkan bu istenmeyen durum, başka çözümler üretilmesini gerektirmiştir. Bu koşullar, ayrımcılığın statik bir doğası olmadığının, onun değişip yeni koşullara uyum sağlayabildiğinin ve saldırı altında hemen fark edilmesi zor olabilen ve hatta bazen anlaşılmasız olan bir yapısı olduğunu da gözler önüne serer⁶⁶¹. Dolaylı ayrımcılığın gündeme geldiği yer de burasıdır; toplumdaki gelişmelere karşılık olarak farklı görünümelerde tezahür eden ayrımcılığa yönelik yeni hukuki düzenlemeler yapılmasına duyulan ihtiyaç⁶⁶².

Toplumdaki eşitsizliği gidermek için eşit muamelenin yeterli olmaması ve herkese eşit şekilde bir biçimde muamele edilmesinin eşit olmayan sonuçlara yol açtığı aşikardır. Sınavlarda alınan notlar, testlerdeki doğru cevapların yüksek olmasına göre belirlenen başarı kıstasları, iyi eğitim-öğretim olanağından yoksun okullara gitmek zorunda kalanları dışlamaktadır. Benzer biçimde tam zamanlı çalışmayı zorunlu kılan işler çocuk bakmak zorunda olan kadınların bu işlerden dışlanmasına yol açabilmektedir⁶⁶³. Bu nedenle ayrımcılığın çoğunlukla kişilere farklı muamele edilmesi ile özdeşleşen biçimi doğrudan ayrımcılık, kişilere yapılan eşit muamelenin ayrımcı etkilerinin olması ise dolaylı ayrımcılık (“indirect discrimination”, “de facto discrimination”, “disparate impact discrimination”, “adverse impact discrimination”) olarak isimlendirilmektedir⁶⁶⁴.

Dolaylı ayrımcılık basitçe, farklı durumlarda olan kişilere aynı şekilde muamele edilmesinden kaynaklanır. Buna göre, görünürde herhangi bir sorun teşkil etmeyen önlemler, uygulandıkları koşullar nedeniyle, bazı kişiler üzerinde ayrımcı

⁶⁶¹ Khatitan, “Indirect Discrimination”, s. 30.

⁶⁶² Şekli eşitlik anlayışının doğrudan ayrımcılık ile özdeşleştirilmesine karşılık maddi eşitlik anlayışı, dolaylı ayrımcılık kavramı ile özdeşleştirilmektedir. Şekli eşitliğin, eşitsizlikleri gidermeye çare olamamasının maddi eşitlik anlayışını gündeme getirmesiyle birlikte doğrudan ayrımcılığın da bazı durumlarda, ayrımcılık karşıtı kanunların amaçlarını karşılayamadığı anlaşılmıştır. Bu sorunun çözümü için de dolaylı ayrımcılık kavramı gündeme getirilmiştir. Fakat her ne kadar dolaylı ayrımcılık maddi eşitlik anlayışının hukukta yapılmasını öngördüğü düzenlemelerden bir tanesi olsa da, maddi eşitliğin yalnızca dolaylı ayrımcılığa indirgenemeyeceğinin altı çizilmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 210.

⁶⁶³ Fredman, **Discrimination Law**, s. 177.

⁶⁶⁴ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 210.

etkiye sahip olabilirler. Başka bir deyişle, bu tür uygulamalar, kurallar soyut düzeyde kabul edilebilir görünmelerine karşın somut düzeyde sorunludurlar⁶⁶⁵. Doğrudan ayrımcılığın açık yapısına karşılık, dolaylı ayrımcılıkta görünürde tarafsız olan bir kural, ölçüt ya da uygulama etkileri itibarıyla ayrımcıdır. Zorunlu askerlik uygulamalarını ele alalım. Bazı ülkelerde zorunlu askerlik uygulamaları bulunmaktadır. Ancak askerlik hizmetinin zorunlu tutulması Yehova Şahitleri için sorun teşkil etmektedir. Çünkü Yehova Şahitleri dini inançları gereği silah kullanmayı ve askere gitmeyi reddederler. Dolayısıyla genel bir zorunluluk olan askerlik hizmetinin, askerlik yapmayı reddeden Yehova Şahitleri açısından dolaylı ayrımcılık oluşturduğu kabul edilebilir⁶⁶⁶.

Ayrımcılığın yalnızca doğrudan değil, başka şekillerde de gerçekleştirilebileceği ise ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin 1971 yılında karara bağladığı *Griggs v. Duke Power Company* adlı dava ile gündeme gelmiştir⁶⁶⁷. Söz konusu davada, davalı şirket, Duke Power

⁶⁶⁵ Christa Tobler, **Limits and the Potential of the Concept of Indirect Discrimination**, European network of legal experts in the non-discrimination field, European Commission, Luxembourg, 2008, s. 8. Görünürde ayrımcı bir amacı olmayan, herkese aynı şekilde uygulanması gereken kural ya da uygulamanın gerçekte ortaya çıkardığı sonuçların, bazı kişiler için hiç de adil olmadığının anlaşılması, ayrımcılığın sadece tek bir biçimde gerçekleşebileceği yanılgısına düşülmemesi gerektiğini göstermektedir. Örneğin bir iş için asgari bir boy uzunluğu şartı kadınları, üniversiteden mezun olma şartı sosyal şartlar sebebiyle belirli bir etnik grubun çok az üyesinin üniversiteden mezun olması halinde ilgili etnik grubun üyelerini olumsuz bir biçimde etkileyebilmektedir. Bu tür uygulamalar, kurallar korunan grupların özellikle iş hayatından, eğitimden ve diğer kamusal alanlardan dışlamanın bir yolu olarak kullanılabilir.

⁶⁶⁶ Tobler, **Limits and the Potential of the Concept of Indirect Discrimination**, s. 8. Kısacası hukuki olarak dolaylı ayrımcılık, muamelenin etkileri üzerinden tanımlandığı ve yalnızca farklı muamelenin değil, aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar ortaya çıkarabildiğinin anlaşılması neticesinde gündeme gelmektedir. Buna uygun olarak da dolaylı ayrımcılığın, herkes için aynı şekilde geçerli olan ve görünüşte tarafsız olmasına rağmen bazı kişi ve gruplar için diğerlerinden farklı olarak ya da diğer gruplardan fazla olacak biçimde olumsuz etkileri gündeme getiren ve nesnel ve makul olarak kabul edilmesi mümkün olmayan kanuni düzenleme veya uygulama olduğu belirtilmektedir. Bu tanım dolayısıyla da doğrudan ayrımcılıkta söz konusu olan fark etme, dışlama, kısıtlama ya da öncelik tanıma gibi fiillerin kendisinin değil, sonuçlarının ölçüt olarak ele alındığına yer verilmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 211.

⁶⁶⁷ Hugh Collins, Tarunabh Khaitan, "Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions", **Foundations of Indirect Discrimination Law**, Ed. Hugh Collins, Tarunabh Khaitan, Oxford, Hart Publishing, 2018, s. 1; Fredman, **Discrimination Law**, s.154, 174; Tobler, **Limits and the Potential of the Concept of Indirect Discrimination**, s. 23, Tina Loenen, "Indirect Discrimination as a Vehicle for Change", *Australian Journal of Human Rights*, 2000, Vol (6)2, ss. 77-100, s. 78. Kavramın, bu davadan önceki bazı yargı kararlarındaki gelişimi hakkında bilgi için bkz. Tobler, **Indirect Discrimination: A Case Study**, s. 91-93. Karar için bkz. *US Supreme Court, Griggs v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424, 8 March 1971, (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/401/424>, 30 Mart 2020.

Company, işe girmek ya da işte yükselmek, başka bir bölüme transfer olmak için lise diplomasına sahip olma ya da uygulanan testte belirli bir puanı elde etme şartı getirmiştir. İlgili şartlar, anılan dönemin koşullarında, özellikle belirli bir ırka mensup olanları dışladığı ve dolayısıyla ırk ayrımcılığına sebep olduğu gerekçesiyle itiraz ile karşılaşmış ve söz konusu şart mahkemeye taşınmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, şirket tarafından getirilen ve özellikle siyahları orantısız bir şekilde etkileyen eğitim ölçütünün, “iş gerekliliği” (business necessity) ile gerekçelendirilemediği müddetçe 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu’nu ihlal edeceğini belirtmiştir.

Dava, görünüşte nötr olan ölçütlerin, ABD'deki siyahların dezavantajlı konumlarını sürdürmelerinin ve bu konumlarının pekiştirilmesinin nasıl gerçekleştirildiğini göstermiştir. Zira işveren Duke Power Company, 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu’nda siyahların istihdamdan dışlanmasının yasaklanması sebebiyle doğrudan ayrımcılık kapsamına girmeyecek başka bir yöntemi uygulamaya geçirmiştir. Siyah işçilerin istihdamını doğrudan engellemek yerine lise eğitimi ve bir yetenek testi şartını getirerek istihdamı veya işte yükselmeyi özellikle belirli bir grubun üyeleri açısından zorlaştırmıştır. Esasen test, tüm başvuranlara uygulanmıştır, ancak ABD’deki “ayrı ama eşit” kuralı doğrultusunda siyahların uzunca bir süre beyazlardan ayrı okullarda ve daha düşük seviyede eğitim almalarının bir neticesi olarak, şirket tarafından getirilen her iki ölçütü karşılayabilen siyahların oranı beyazlarla karşılaştırıldığında oldukça düşüktür⁶⁶⁸.

Mahkeme adına konuşan Başyargıç Burger, Medeni Haklar Kanunu’nun sadece doğrudan ayrımcılığı (overt discrimination) değil, aynı zamanda şeklen adil olan ama uygulamada ayrımcı olan uygulamaları da yasakladığını belirtmiştir. Bu yasağın ardındaki mihenk taşının ise iş gerekliliği olduğuna yer verilmiştir. Buna göre, işverenin bir grubu dışlayan istihdam uygulamasının iş performansı ile ilgili olduğunu göstermesi zorunludur. Eğer bu ilişki kurulamıyorsa, ilgili düzenleme sorunludur ve yasaklanması gerekir. Davada işveren, liseyi tamamlamanın ya da testte tatmin edici bir performans göstermenin iş için bir gereklilik olduğunu

⁶⁶⁸ Fredman, **Discrimination Law**, s. 178; Collins, Khaitan, “Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions”, s. 1.

kanıtlayamamıştır. Ek olarak ortaya konulmuştur ki, liseyi bitirmemiş ya da testlerden geçerli puanları alamamış çalışanlar işlerini başarılı bir şekilde sürdürmektedirler. Kararda ünlü Tilki ile Leylek fablını⁶⁶⁹ da atıfta bulunularak hem leyleğe hem de tilkiye aynı yemeğin verilmesinin fırsat eşitliğini sağlamayabileceğine de dikkat çekilmiş ve masaldaki tilkinin kötünîyetinin aksine farklı etki (disparate impact) veya dolaylı ayrımcılık olarak adlandırılan kavramdaki yanlış olan şeyin niyet veya güdü referans alınmaksızın da meydana gelebileceği, haklılandırılmayan kuralın ırksal azınlıklar veya kadınlar gibi korunan grupların üzerindeki olumsuz etkisinin kanıtlanmasının yeterli olduğuna değinilmiştir⁶⁷⁰.

2. Dolaylı Ayrımcılığın Görünümleri

Dolaylı ayrımcılık, durumları farklı olan kişilere, farklı şekilde muamele edilmeyip onlara da aynı şekilde muamele edilmesi ile ortaya çıkmaktadır. Kişilere aynı şekilde muamele edilmesi halinde, bu muamelenin, ilgili kişiler üzerindeki sonuçları farklı olabilmekte ve farklı özelliklere sahip bu kişiler, bu muamelelerden farklı şekillerde etkilenmektedirler. Bundan ötürü dolaylı ayrımcılık kavramının, her ne kadar çeşitli hukuk sistemlerinde kendisine farklı isimlerde yer bulmuş olsa da, üç temel unsur üzerine inşa edildiği görülmektedir. İlk olarak tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya politika yahut uygulamanın bulunması yani eşit bir muamelenin varlığı gerekmektedir. İkinci olarak ilgili eşit muamelenin farklı sonuçları vardır. Üçüncü ve sonuncu özellik ise söz konusu eşit muamele neticesinde ortaya çıkan olumsuz etkinin geçerli bir nedenin varlığı halinde kabul edilebilir bulunmasıdır. Bu takdirde muamelenin ayrımcılık teşkil ettiği söylenemez⁶⁷¹. Sonuncu unsur yani belirli bir grubun üyeleri üzerindeki orantısız bir şekilde ortaya çıkan dezavantajlı etki önemlidir. Çünkü dolaylı ayrımcılık fikrinin gelişiminde, bir eylemin, belli bir grubun üyeleri üzerinde orantısız şekilde ortaya çıkan dezavantajlı

⁶⁶⁹ Ezop'un en bilinen fabllerından biri olan Leylek ve Tilki fablında, tilki leyleği yemeğe davet eder. Daveti kabul eden leylek akşam olunca tilkinin evine gider. Çok aç olan leylek bir an önce yemeğin tadına bakmak ister. Fakat tilki, kötü bir şaka yapmak gayesiyle çorbayı düz bir tabakta servis ettiğinden kendisi çorbayı afiyetle yiyebildiği halde leylek yiyemez ve aç bir şekilde tilkinin evinden ayrılır. Başka bir akşam da leylek tilkiyi evine yemeğe davet eder. Leylek yemeği dar boğazlı bir kapta servis ettiğinden bu sefer tilki yemeği yiyemez ama leylek bir güzel karnını doyurur. Böylece leylek ile tilki yer değiştirmiş olur.

⁶⁷⁰ Collins, Khaitan, "Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions", s. 2.

⁶⁷¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 178.

etkinin sonuçları yadsınamaz. Bu dezavantajlı etkiye neden olan durum, ahlaki olarak yanlış olmanın yanı sıra makul bir gerekçesinin bulunmaması durumunda ayrımcılık karşıtı hukuk tarafından da ele alınır⁶⁷².

Bu üç unsur göz önünde bulundurulduğunda kavramın farklı biçimlerde inşa edilebileceği anlaşılmaktadır. De Schutter, dolaylı ayrımcılığın üç farklı biçimde gerçekleştiğini savunur. Ona göre, dolaylı ayrımcılığın ilk görünümünde görünüşte tarafsız olan bir kural, ölçüt veya uygulama, dezavantajı yaratan düzenlemenin makul ve objektif bir gerekçesi olmaması halinde, belirli bir gruba mensup kişileri diğer kişilere oranla özellikle dezavantajlı konuma düşürebilmektedir⁶⁷³.

Dolaylı ayrımcılığın ikinci görünümü ise genel nitelikteki bir önleme ilişkin uygulanmanın belli bir guba mensup kişileri, orantısız bir biçimde yüksek sayıdaki kişiyi, nesnel ve makul bir neden olmaksızın, diğer gruplara mensup kişilere kıyasla daha dezavantajlı duruma sokması halinde ortaya çıkar. Burada ayrımcılığın belli bir grubun mensupları üzerinde orantısız bir etki doğurması söz konusudur⁶⁷⁴. Fizik alanında profesör olarak çalışmak için 15 yıllık eğitim ve araştırma deneyimini gerektiren bir ölçütü ele alalım. Görünüşte tarafsız olan bu ölçütün tarihsel nedenlerden ötürü kadınların böylesi bir deneyime sahip olma olasılıklarının erkeklere kıyasla düşük olması sebebiyle kadınları erkeklere kıyasla orantısız bir şekilde dezavantajlı duruma soktuğu belirtilebilir. Fakat bu tür bir ölçütün amaç ile orantılı olup olmadığının da incelenmesi önemlidir. 15 yıllık bir deneyimin o disiplinde profesör olarak tatmin edici bir performans sergilenmesi ile bağlantısının ve bu bağlantının, ilgili ölçütün kadınlar üzerinde yarattığı etkiyle yani onlara verdiği zararlar, nasıl gerekçelendirildiği incelenmelidir. Elbette, dengelenme şartı kadınların orantısız bir şekilde etkilenme dereceleri ve bunun gerekçelendirilmesi gündeme geldiğinde ilgili bir hale de bürünecekse de bu tür bir ölçütün meşru bir dayanağının

⁶⁷² Altman, "Discrimination".

⁶⁷³ De Schutter, **The Prohibition of Discrimination Under European Human Rights Law**, s. 23. Bu takdirde dolaylı ayrımcılık iddiasında bulunan kişinin tarafsız kural, ölçüt ya da uygulamadan doğan ve kendisi aleyhine oluşan etkiyi ispatlaması gerekmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 211.

⁶⁷⁴ De Schutter, **The Prohibition of Discrimination Under European Human Rights Law**, s. 23.

olup olmadığına yönelik araştırmaların yapılması gereklidir⁶⁷⁵.

Dolaylı ayrımcılık üçüncü olarak, genel olarak alınan bir önlemin, nesnel ve makul bir gerekçe ortaya konulmaksızın, herkese uygulanması halinde ortaya çıkar. Dolaylı ayrımcılığın bu görünümünde dikkat edilmesi gereken, önlemin, kişilerin farklı durumlarının göz önünde bulundurulmaksızın alınması ve ilgili önlemin farklı durumdaki kişi ya da kişilere de herhangi bir istisnanın getirilmeden uygulanmasıdır. Engelli öğrencilere belirli derslerden muafiyet sağlanmaması ya da engellilerin askerlikten muaf tutulmamaları bu maddeye örnek olarak gösterilebilir⁶⁷⁶.

3. Dolaylı Ayrımcılık ile Doğrudan Ayrımcılık Arasındaki Farklar

Doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık arasında kavramsal bir düzeyde nasıl bir fark bulunduğunu açıklamak, ne yazık ki, çok da kolay değildir. Şöyle ki, çoğu kişi gerek doğrudan ayrımcılığın gerekse dolaylı ayrımcılığın yasaklanması ile amaçlananın toplumun daha eşit veya daha adil bir yer olması olduğunu düşünür ve böylece her iki kavramın birbiriyle sıkı bir biçimde ilişkili olduklarını ileri sürer⁶⁷⁷. İlk bakışta öyledir de. Tilki ile leylek fablını tekrar ele alalım. Fabl gerçekten dolaylı ayrımcılığa ilişkin bir örnek midir yoksa doğrudan ayrımcılık ile de ilişkilendirilebilir mi? Fabl, elbette dolaylı ayrımcılıkla ilgilidir. Görünüşte tarafsız olan, çorbanın hem tilkiye hem de leyleğe düz tabakta servis edilmesi, ama sonuçları açısından bir tarafı mağdur duruma düşüren, leyleğin uzun gagası sebebiyle çorbayı yemesinin mümkün olmaması, bir uygulama söz konusudur. Ancak örnek aynı zamanda bir doğrudan ayrımcılık uygulaması olarak da ele alınabilir çünkü tilki, leylek ile eğlenmek için kötünietli ve saygısız güdülerden beslenmekte ve bu amaçla leyleği yemeğe davet edip onun aç kalmasına sebep olmaktadır⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Tarunabh Khaitan, "Indirect Discrimination", **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 30-41, 32.

⁶⁷⁶ De Schutter, **The Prohibition of Discrimination Under European Human Rights Law**, s. 23. Ancak De Schutter'ın dolaylı ayrımcılık biçimi olarak kabul ettiği bu üçüncü görünümün bazı yazarlar tarafından dolaylı ayrımcılık başlığı altında ele alınmadığı yönündeki açıklama için bkz. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 212.

⁶⁷⁷ Collins, Khaitan, "Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions", s. 5.

⁶⁷⁸ Collins, Tarunabh, s. 18. Basitçe şöyle açıklanabilir; işverenlerin kadın çalışanları istihdam etmek

Dolaylı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılık arasında ayrımcılık perspektifine dair bir farklılık olduğu belirtilmektedir. Ayrımcılık perspektifi ile kastedilen, konunun ele alınış biçimidir. Doğrudan ayrımcılık, zorunlu olmamakla birlikte ama genellikle, bir işverenin bir iş için bir kadını istihdam etmeye karar vermesi gibi, bir kişinin başka bir kişiye karşı belirli bir eylemiyle ilgilidir. Buna karşılık, dolaylı ayrımcılık her zaman gruplarla ilgilidir. Dikkat edilmesi gereken husus, bir eylemin (veya kural, ölçüt, uygulama) korunan grup için bir ortak karşılaştırılan grubuna (cognate comparator group; örneğin kadınlara karşı erkekler) kıyasla orantısız bir şekilde dezavantajlı olup olmadığıdır. Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık, duruma farklı perspektiflerden yaklaştığından belirli bir vakadaki olguların doğrudan veya dolaylı ayrımcılık olarak sınıflandırılması mümkündür. Örneğin, *Griggs v. Duke Power Company* davasında, maddi unsurlarla, işverenin hem kasıtlı bir biçimde ayrımcılık yaptığının ispatı için yeterli kanıt bulunabilir hem de bir gruba yönelik olarak ayrımcılık yapıldığı, karşılaştırmalı unsurlar kullanılarak ispatlanabilir. Böylece ilk kanıtlar, doğrudan ayrımcılığın ispatında, ikinci kanıtlar ise dolaylı ayrımcılığın ispatında kullanılabilir. Dolayısıyla, bu kriterde, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasındaki fark sadece bir perspektif ve sunum meselesi olabilir; öncelik verilmesi gereken davanın bireysel dezavantaj veya grup dezavantajı iddiası üzerine inşa edilip edilmediğidir⁶⁷⁹.

Değinilmesi gereken önemli bir farklılık, doğrudan ayrımcılıkta muameleye, dolaylı ayrımcılıkta etkiye odaklanılmasıdır. Şöyle ki doğrudan ayrımcılık ile yasaklanan farklı muameledir, dolaylı ayrımcılık ise kişilerin özelliklerinin dikkate alınmaksızın aynı kuralla bağlı olmalarını inceler ve kişiler üzerinde ayrımcı etkileri

istememeleri sebebiyle iş başvurularını kabul etmemeleri halinde doğrudan ayrımcılığın, bunu doğrudan belirtmeyip ilgili pozisyon için getirilen ölçütlerin kadınların bunları sağlama imkanlarının olmaması nedeniyle reddedilmesi dolaylı ayrımcılık olarak tanımlanabilir. Ancak bazı durumlarda teorik tartışmalar daha da derinleşmekte ve durumun doğrudan mı yoksa dolaylı ayrımcılık mı oluşturduğunun belirlenmesi kolay olmayabilmektedir. **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 54. Bu yöndeki tartışmalara örnek olarak bkz. ABAD, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, 01.04.2008.

⁶⁷⁹ Collins, Khaitan, “Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions”, s. 19. Bu husus önemlidir zira kişiye yönelik farklı muamelelerin gündeme gelmesi ile bir gruba yönelik ayrımcı etki ve sonuç doğuran aynı muamelelerin söz konusu olması farklı ispat rejimlerini öngörmektedir. Doğrudan ayrımcılığın kişi odaklı, dolaylı ayrımcılığın ise grup odaklı olması ilkinde kişiye özel bir ispat rejimine, ikincisinde ise grup temelli bir ispat rejime kapı açmaktadır. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 210.

olan aynı muameleyi yasaklar. Ayrıca normun ya da uygulamanın içeriğine de dikkat eden dolaylı ayrımcılığa karşılık doğrudan ayrımcılık, bir normun yahut uygulamanın, normun ya da uygulamanın içeriği ile ilgilenmeksizin, ayrımcılık mağduruna, karşılaştırma öznesine aynı şekilde uygulanmasına ilişkindir⁶⁸⁰.

Doğrudan ayrımcılık ile ve dolaylı ayrımcılık arasındaki yasal çerçevedeki en önemli farklılıklardan bir diğeri ise davalının ilgili eylemi hakkındadır. Bu farklılığa göre dolaylı ayrımcılık, genel olarak, davalıya ilgili eyleminin gerekçesini sunarak üzerine atılı suçlamayı reddetme fırsatını vermektedir. Dolayısıyla davalının söz konusu uygulamasını, eylemini makul bir gerekçe ileri sürerek savunması mümkündür. Bunun ise iki kavram arasındaki önemli farklardan biri olarak değerlendirildiği görülmektedir. Çoğu yasal sistemin doğrudan ayrımcılık örneklerini haklı çıkarmayı veya ona yönelik istisnalar bulmayı daha da zorlaştırmasına rağmen dolaylı ayrımcılıkta böyle bir durum gündeme gelmemektedir. Özellikle, ‘iş gerekliliği’ testi veya orantılılık testi, genel olarak doğrudan ayrımcılık iddiaları için geçerli kabul edilmemektedir. Doğrudan ayrımcılık iddialarında gerekçeler ve muafiyetler normalde katı bir biçimde sınırlıdır veya bazı durumlarda bu tür savunmalar tamamen reddedilir⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası**, s. 210.

⁶⁸¹ Collins, Khaitan, “Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions”, s. 22. Dolaylı ve doğrudan ayrımcılık arasındaki bu fark, işverenlerin işyerinde başörtüsü takılmasını yasaklayan düzenlemeleri üzerinden açıklanabilir. Yasak açıkça başörtüsü veya daha tarafsız bir biçimde herhangi bir şekilde başı örtmeye (head-covering) atıfta bulunabilir. İşverenin çalışanlarının başlarını örtmelerini yasaklayan kuralının, din temelinde doğrudan ayrımcılık kapsamına girdiğinin tespit edilmesi halinde, işverenin bu kuralı haklı çıkarma şansı neredeyse yoktur. Bu konudaki temel istisna, yani yasağın doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesini önleyebilecek olan istisna, söz konusu kuralın mesleki bir gereklilik olduğunun ispatlanmasıdır. Bu takdirde ilgili kuralın mesleki bir gereklilik ile bağlantısının kurulması zorunludur. Başörtüsünün güvenlik için tehlike oluşturabileceği ihtimali bir kenara bırakıldığında, işverenlerin genellikle müşterilerinin tepkileri sebebiyle böyle bir kuralı koyduklarını beyan etmeleri, onları doğrudan ayrımcılık ile suçlanmaktan alıkoymayacaktır. Çünkü işveren tarafından öne sürülen, müşterilerinin başörtülü olmayan çalışanlarla muhatap olmayı tercih ettikleri argümanının, mesleki bir gereklilik olarak ele alınamayacağı ileri sürülmektedir. Buna karşılık bu vaka dolaylı ayrımcılık örneği olarak analiz edildiği takdirde, işverene kendini savunmak için başka imkanlar sunabilmektedir. İşveren, herhangi bir şekilde başı örtmeyi yasaklayan kuralının, herhangi bir dini hedef almadığını zira bu kural ile amaçlanan, tarafsız bir imaj oluşturulmasına katkı sağlanması olduğunu ve yasağın ilgili amaca ulaşmak için orantılı bir yol olduğunu savunma imkanına sahip olabilmektedir. Bundan ötürü dolaylı ayrımcılık kavramı aracılığıyla davalılara, iş kurallarını veya uygulamalarını savunma hususunda esneklik sağlandığı ifade edilebilmektedir. Collins, Khaitan, “Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions”, s. 22.

Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık arasındaki diğer bir farklılık da her iki kavrama bağlanan hukuki çözümlerde kendisini gösterir. Bu iki ayrımcılık türü için birbirinden farklı çözümler üretilmiştir. Doğrudan ayrımcılık yapıldığının kanıtlanması halinde ayrımcılık yasağına uyulmadığı için finansal tazminatın ödenmesi söz konusu olabilirken dolaylı ayrımcılık yapıldığının tespit edilmesi halinde, görünüşte tarafsız olan kuralın, ölçütün veya uygulamanın terk edilmesine yönelik yaptırımlar gündeme gelmektedir⁶⁸².

4. Dolaylı Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları

Dolaylı ayrımcılık kavramı, ABD yargı kararında ortaya konulduktan sonra sadece kaynak ülkesinin yargı kararlarında yer almakla yetinmemiş; AB'nin ve dolayısıyla üye devletlerin, Avustralya'nın, Hong Kong'un, Güney Afrika'nın ve diğer birçok ülkenin kanunlarında ve yargı kararlarında yer almıştır⁶⁸³.

Dolaylı ayrımcılığın uluslararası sözleşmelerde kendisine nasıl yer bulduğu incelendiğinde ise kavramın herhangi bir tanımı yapılmaksızın sözleşmelerde yer aldığı görülmektedir. 111 No.lu UÇÖ Sözleşmesi'ndeki "zedeleme etkisi" ile EAKS, IAKS, KKAOKS ve EKHS'de yer verilen "etkisini doğuran" ifadeleri sebebiyle ilgili sözleşmelerin dolaylı ayrımcılığı, açıkça değilse bile dolaylı olarak, ayrımcılık

⁶⁸² Collins, Khaitan, "Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions", s. 23. Dolaylı ayrımcılık vakalarında mahkeme, ek olarak, işverenin meşru amacı veya işleminin orantılı kabul edilebilmesi için hangi kural, ölçüt veya uygulamanın daha uygun olduğu konusunda öneride bulunabilir. Bu tür bir çözüm, işverenin korunan bir gruba yönelik olarak adil fırsatlar sağlayan bir kural, ölçüt veya uygulamayı dikkate almasını talep ederek azınlık grubu lehine özel önlemler uygulanması bulunulması gerektiği hükmüne göz kırpmaktadır. Özel önlemler ile dolaylı ayrımcılık arasındaki bu bağlantı sebebiyle de örneğin kural, ölçüt veya uygulamanın mevcut alternatifler doğrultusunda nasıl gerekçelendirilebileceği ve engelliler için makul uyumlaştırma önlemlerine ilişkin yükümlülüklerin tespiti ön plana çıkmaktadır. Collins, Khaitan, "Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions", s. 23-24.

⁶⁸³ Khaitan, "Indirect Discrimination", s. 31; Collins, Khaitan, "Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions", s. 2. Fakat kavramın esasen ilk kez, günümüzdeki görünümünde olmasa da, BM'nin kurulmasından önce, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın Daimi Görüşlerinde ortaya çıktığı belirtilmektedir. Gerçi kavramın bu belgelerde açık bir biçimde kullanılmayıp hukuk içinde eşitlik (equality in law) ve fiilen eşitlik (equality in fact) kavramları ekseninde ele alındığı belirtilmektedir. Fiilen eşitlik ile dolaylı eşitlik kavramlarının birbirlerine karşılık gelecek biçimde kullanılmayacakları açıksa da bu gelişmelerin kavramın ortaya çıkışının habercisi olduğu ileri sürülmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 212; Tobler, **Indirect Discrimination: A Case Study**, s. 89-91.

türü olarak ele aldıkları savunulmaktadır⁶⁸⁴. Bu sözleşmelerde “ortadan kaldırma”, “amaç”, “zayıflatma” ifadeleriyle “etki” ifadesi arasında “veya” bağlacının kullanıldığına dikkat çekilmekte ve bunun öncelik-sonralık gibi bir ilişki durumuna ya da tek bir ayrımcılık durumuna gönderme yapılması anlamına gelmeyip ayrımcılığın her iki durumda da gerçekleşebileceğini vurguladığına işaret edilmektedir⁶⁸⁵. Örneğin IAOKS’de hatırlanacağı üzere ırk ayrımcılığının tanımında yer verilen “etkisini doğuran” ifadesinin önemli olduğu zira dolaylı ayrımcılığın “etki-temelli” bir ayrımcılık çeşidi olması nedeniyle, açıkça belirtilmemiş olsa da sözleşmenin yalnızca doğrudan değil, dolaylı ayrımcılığı da içerdiği ileri sürülmektedir⁶⁸⁶. IAOKS’nde yer verilen “Her Taraf Devlet, hükümet politikaları ile ulusal ve yerel düzeydeki politikaları gözden geçirmek ve her nerede olursa olsun, ırk ayrımcılığı yaratma ya da sürdürme etkisine sahip kanunlarını ve düzenlemelerini değiştirmek, kaldırmak yahut hükümsüz kılmak üzere etkili önlemler alacaktır” (md. 2/1-c) hükmü dolayısıyla ayrımcı etki yaratan yani diğer bir deyişle dolaylı ayrımcılığa sebep olan kanuni düzenlemeler de yasaklanmıştır. Yer verilen diğer sözleşmelerde bulunmayan bu ifade sebebiyle de söz konusu sözleşmede dolaylı ayrımcılığın tanınmış olduğu belirtilmektedir⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 213. KKAOKS bir yana bırakıldığında EKHS dışındaki sözleşmelerin günümüz açısından eski tarihli oldukları kabul edilebilecek olan sözleşmeler olmaları nedeniyle bu durumun şaşırtıcı olmadığı fakat nispeten güncel sayılabilecek bir sözleşme olan EKHS’de dolaylı ayrımcılık tanımlanmamış olmasının makul bir yaklaşım olmadığı ileri sürülmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 213. EKHK 6. No.lu Genel Yorum md. 18/(b)’de dolaylı ayrımcılık şu şekilde tanımlanmıştır: “Dolaylı ayrımcılık kanunların, politikaların veya uygulamaların ilk bakışta tarafsız gözükmesi ancak engelli bir birey üzerinde orantısız bir biçimde olumsuz bir etkiye sahip olması anlamına gelmektedir. Bu, aslında erişilebilir görünen bir fırsatın, bazı kişileri, durumlarının bu fırsattan faydalanmasına izin vermemesinden ötürü dışladığında ortaya çıkar. Örneğin, bir okul Kolay-Okunabilen formatta kitaplar sağlamıyorsa, zihinsel engelli bireylere karşı, teknik olarak okula gitmelerine izin verilse de aslında başka bir okula gitmeleri gerekecektir, dolaylı olarak ayrımcılık yapmış olur. Benzer bir şekilde, sınırlı hareket kabiliyetine sahip bir adayın asansörsüz bir binada ikinci kattaki bir ofiste iş görüşmesi varsa, görüşmeye girmesine izin verilmesine rağmen, bu durum, onu eşit olmayan bir duruma düşürür.”

⁶⁸⁵ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 213.

⁶⁸⁶ Tobler, **Limits and the Potential of the Concept of Indirect Discrimination**, s. 12. Hatırlanacağı üzere IAOKS’nde ırk ayrımcılığı “...insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kaldırmak yahut zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran ve ırk, renk, soy ya da ulusal yahut etnik kökene dayanan herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama yahut (veya/ya da) öncelik tanıma/(tercihte bulunma)” olarak tanımlanmıştır.

⁶⁸⁷ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 214.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise, gerek md. 14'te gerekse 12 No.lu Protokol'de, tanımı yapılmaksızın ayrımcılığın yasak olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla AİHM içtihatları yoluyla dolaylı ayrımcılığın tanınması gerekmiştir. Fakat Mahkeme uzun bir süre boyunca dolaylı ayrımcılık konusuna temkinli yaklaşmıştır. Bununla birlikte Mahkeme'nin ayrımcılığın etki temelli bir şekilde de oluşabileceğinin farkında olduğu görülmektedir ⁶⁸⁸. Bu yöndeki ilk karar sayılabilecek olan *Marckx v. Belgium*⁶⁸⁹ davasında Mahkeme, dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmamış ancak farklı muamelenin gerekçesinin nesnel ve makul olup olmadığının araştırmasını yapmıştır⁶⁹⁰. *D.H. and Others v. Czech Republic*⁶⁹¹ davası ise Roman çocuklara yönelik önyargıları barındıran bir uygulamaya ilişkindir. Davanın konusu Roman çocukların genel eğitim veren okullardan özel okullara aktarılmasına olanak veren bir dizi zeka ve uygunluk testinin, Roman çocuklara karşı ayrımcılık oluşturduğu iddiasıdır. Roman çocuklar, ilgili testlerden yeterli puanı alamamaları nedeniyle öğrenme güçlükleri olduğu ileri sürülerek zihinsel engelli olan ya da farklı öğrenme zorlukları yaşayan öğrenciler için tasarlanan özel okullara yerleştirilmek istenmişlerdir. Aslında özel okullara yerleştirilmek istenen bütün öğrenciler için zeka ve uygunluk testi yapılmaktadır, bu açıdan ırk ya da etnik köken itibarıyla çocuklar arasında bir farklılık gözetilmemektedir. Fakat uygulamada, testin tasarlanması Roman çocukların çok büyük oranda genel eğitim sisteminin dışında kalmalarına yol açmaktaydı. Mahkeme, ilgili testin nesnel ve makul bir gerekçeyle yapıldığının ortaya konulamadığını ve belirli bir grup üzerinde orantısız şekilde önyargılı etkilere sahip olan genel bir politkanın yahut tedbirin, her

⁶⁸⁸ Tobler, **Limits and the Potential of the Concept of Indirect Discrimination**, s. 14.

⁶⁸⁹ AİHM, *Marckx v. Belgium*, Application No. 6833/74, 13.06.1979.

⁶⁹⁰ *Hoogendijk v. The Netherlands* davasında ise Mahkeme, dolaylı ayrımcılık kavramına açıkça yer vermiş ve belirli bir kuralın, tarafsız şekilde formüle edilmiş olsa bile, resmi istatistikler ışığında, belirli bir grubun üyelerini, dava konusu olayda kadınlar erkeklere kıyasla daha olumsuz bir şekilde etkilenmektedirler, daha olumsuz bir biçimde etkilemesi halinde bu farklılığın, nesnel faktörlerle açıklanması gerektiğini ve buna ilişkin ispatın davalı tarafa ait olduğunu; nesnel bir gerekçenin yokluğunun ise ayrımcılık yapıldığı anlamına geleceğini ifade etmiştir. AİHM, *Hoogendijk v. The Netherlands*, Application No. 58641/00, 27.06.2000. Bu kararın Mahkeme'nin dolaylı ayrımcılığı ele aldığı ilk gerçek karar olduğunu savunanlar bulunmakla birlikte *Thlimmenos v. Greece* (AİHM, *Thlimmenos v. Greece*, Application No. 34369/97, 06.04.2000) kararının da dolaylı ayrımcılık açısından değerlendirildiği görüşleri de mevcuttur. Tobler, **Limits and the Potential of the Concept of Indirect Discrimination**, s. 13-14. *Thlimmenos v. Greece* kararının makul uyumlaştırma açısından değerlendirilmesine ise makul uyumlaştırma başlığı altında yer verilmiştir.

⁶⁹¹ AİHM, *D.H. and Others v. Czech Republic*, Application no. 57325/00, 13.11.2007.

ne kadar o grup hedef alınmış olmasa da, ayrımcı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Avrupa Sosyal Şartı ve (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nda ise dolaylı ayrımcılık tanımlanmamış, Sözleşme'nin ayrımcılık yasağı başlıklı E maddesinde, açık uçlu bir yaklaşımın ürünü olarak hangi temellerde ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir. Buna karşılık Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, şikayetlere dair yaptığı incelemeler neticesinde, doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılığın da ilgili madde kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Komite'ye göre E maddesinin dayanağı olan eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni şu şekilde açıklamıştır:

“ (şekli eşitlik) yalnızca aynı durumdaki tüm insanlara eşit muamele edilmesi gerektiğini değil, aynı zamanda farklı durumlardaki kişilere farklı muamele edilmesi gerektiğini de ima etmektedir. Taraflar, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, durumları farklı olan kişilere farklı muamelede bulunmadıklarında Şart'a saygı göstermemiş olurlar. Diğer bir deyişle, gerçek ve etkili eşitliği sağlamak için demokratik bir toplumdaki insan farklılığına sadece olumlu bakılmamalı, aynı zamanda basiretle yanıt verilmelidir. Bu bağlamda, Komite, Madde E'nin yalnızca doğrudan ayrımcılığı değil, aynı zamanda her türlü dolaylı ayrımcılığı da yasakladığını düşünmektedir. Bu tür dolaylı ayrımcılık, ilgili tüm farklılıkların uygun ve olumlu bir şekilde hesaba katılmaması veya herkese açık olan hakların ve kolektif avantajların gerçekten herkes tarafından erişilebilir olmasını sağlamak için yeterli adımların atılmaması nedeniyle ortaya çıkabilir.⁶⁹²”

Üye devletlerin hukuklarına etki etmesi sebebiyle AB'nin dolaylı ayrımcılık kavramının gelişmesinde ve uygulanmasında üstlendiği rol şüphesiz önemlidir. Ayrımcılık yasağına yer veren hükümler, Avrupa Topluluğu'nun kuruluşuna kadar uzanırken, dolaylı ayrımcılığın tanımı ilk olarak 15 Aralık 1997 tarihli 97/80/ EC sayılı Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair Konsey Direktifi'nde ortaya konulmuştur. 1997 tarihli direktif cinsiyet temelinde dolaylı

⁶⁹² **DIGEST OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS**, December 2018, s. 232, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>, 10 Nisan 2020. Komite'nin dolaylı ayrımcılığa değindiği kararlara örnek olması bakımından bkz. *Association internationale Autisme-Europe (AIAE) v. France*, Complaint No. 13/2000, decision on the merits of 4 November 2003; *European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy*, Complaint No. 27/2004, Decision on the merits of 7 December 2005.

ayrımcılığı yasaklamıştır. Bu husus Direktif’te şöyle düzenlenmiştir: “görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama bir cinsiyete mensup kişiyi ciddi oranda dezavantajlı bir duruma sokuyorsa ve bu husus, uygun, gerekli ve cinsiyetle ilgisiz nesnel faktörlerle haklı kılınamazsa dolaylı ayrımcılık ortaya çıkacaktır”. 2000 yılında kabul edilen iki direktif de, eşit istihdam muamelesi için genel bir çerçeve oluşturan 2000/78/EC sayılı Direktif ve eşit muamele ilkesini uygulayan 2000/43/EC sayılı Direktif, bu tanıımı pekiştirmiştir. Bununla birlikte söz konusu Direktiflerin farklı unsurları olduğuna değinilmelidir. Ayrıca 2000 yılında düzenlenen Direktifler, sadece cinsiyet temelinde değil, diğer temellere de atıfta bulunarak, daha geniş bir çerçevede düzenlenmişlerdir. Örneğin 2000/43/EC sayılı Direktif, görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın bir ırk veya etnik kökene mensup kişilere, başka kişiler ile karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratması ile ilgili düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın meşru bir nedenin bulunmaması ve başvuru araçlarının söz konusu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olmaması halinde dolaylı ayrımcılığın oluşacağını belirtmiştir⁶⁹³.

Görülmektedir ki 2000 yılında kabul edilen Direktiflerde korunan gruplar daha kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Sadece cinsiyet değil, ırk ya da etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim de artık ayrımcılık yasağının kapsamında korunan alanlardır. Bu Direktiflerdeki dolaylı ayrımcılık tanımına daha sonraki yıllarda çeşitli konuları düzenlemek için çıkarılan 2002/73/EC, 2004/113/EC, 2006/54/EC ve 2010/41/EU sayılı direktiflerde de yer verilmiştir.

Dolaylı ayrımcılık kavramı ABAD kararlarında da yer almaktadır. Örneğin *Isabel Elbal Moreno v. Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social*⁶⁹⁴ davasında 18 yıl boyunca haftada 4 saat yarı zamanlı olarak çalışmış olan şikayetçi, emekli aylığına hak kazanabilmesi için en az 100 yıl

⁶⁹³ 2000/43/EC sayılı Direktif, md. 2(b). 2000/78/EC sayılı Direktif md. 2(b) ‘de ise görünüşte tarafsız bir düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın, belirli bir din veya inanç, engeli, yaşa veya cinsel yönelime sahip olan kişileri, başka kişiler ile karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratması ve ilgili düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın meşru bir nedeninin bulunmaması ve başvuru araçlarının söz konusu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olmaması halinde dolaylı ayrımcılık oluşacağını düzenlenmiştir.

⁶⁹⁴ ABAD, *Isabel Elbal Moreno v. Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social*, C-385/11, 22.11.2012.

çalışması gerektiğini ama bunun dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Sosyal güvenlik kanunundaki hüküm gereği yarı zamanlı çalışanların, tam zamanlı çalışanlara göre daha uzun bir süre katkı payı ödemek zorunda olmaları makul olmakla birlikte ilgili kuralın uzun süre yarı zamanlı çalışan işçileri dezavantajlı konumu düşürdüğü açıktır. Uygulamada, bu tür hükümler, yarı zamanlı çalışan işçilerin emekli aylığına hak kazanmaları mümkün olmadığından onları sosyal güvenlik sisteminden dışlamaktadır. Bu noktada bu hükümden etkilenenlerin kimlerden oluştuğu da önem arz etmektedir. Nitekim İspanya’da yarı zamanlı çalışanların %80’ni kadınlardan oluştuğundan bu hükümden etkilenenlerin esas olarak kadınlar olduğu açığa çıkmaktadır. Öyleyse, bu hükmün dolaylı ayrımcılığa neden olduğu ifade edilebilir⁶⁹⁵.

Türk hukuk sistemi içinde ise dolaylı ayrımcılık kavramının tanımına yer veren ilk düzenleme tıpkı doğrudan ayrımcılık kavramında olduğu gibi, Engelliler Hakkında Kanun’dur. 2014 yılında yapılan değişiklik ile Kanun’un 3. maddesine tanımlar kısmı eklenmiştir. Bu maddede dolaylı ayrımcılığın “Görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını” ifade edeceği belirtilmiştir. Dolaylı ayrımcılığın açıkça tanımlandığı diğer kanun ise TİHEK Kanunu’dur. Kanun’un 4. maddesinde ayrımcılık türleri arasında dolaylı ayrımcılık da sayılmış, 2. maddede dolaylı ayrımcılık “Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulması” biçiminde izah edilmiştir. Her iki kanundaki dolaylı ayrımcılığa ilişkin hükümlerin birbirlerine benzediği görülmektedir. Her iki maddede de görünüşte ayrımcı olmayan eylem, işlem ve uygulamaların, kişileri hak ve özgürlüklerden yararlanmaları noktasında nesnel bir şekilde haklılaştırılamayan dezavantajlı konuma sokmalarının dolaylı ayrımcılık oluşturacağına işaret edilmiştir.

⁶⁹⁵ Benzer konudaki bir başka karar için bkz. ABAD, *Hilde Schönheit v Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker v Land Hessen*, Joined Cases C-4/02 and C-5/02, 23.10.2003.

C. Çoklu Ayrımcılık

1. Çoklu Ayrımcılık Kavramı

Evrensel Bildiri de dahil olmak üzere insan haklarına dair pek çok belgede herkesin kanun/(hukuk) önünde eşit olduğuna ve ayrımcılığa karşı korunma hakkına sahip olduğuna yer verilmiştir. Bu tür bir eşitlik evrensel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. İnsan haklarına dair çoğu belgede de ya ırk, etnik köken, cinsiyet, engellilik gibi çeşitli ayrımcılık temellerine ya da bu temellerden sadece bir tanesine odaklanılmaktadır. Daha önce verildiği üzere ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde bu husus, ayrımcılık temellerinin tek tek neler olduğunun sayılması ve çoğunlukla “diğer statüler” şeklindeki bir ifade ile bu kapsamının sınırlı olmadığını belirtilmesi suretiyle açıklanmaktadır. Temel fikir, büyük ölçüde, belirtilmemiş olmasına rağmen, insanların her seferinde tek bir temelde ayrımcılığa maruz kalabileceğidir⁶⁹⁶.

Mevcut ayrımcılık yasağı düzenlemeleri, grup kimliğine odaklanmıştır. Böylece her bireyin tek ve sınırları iyi belirlenmiş bir kimlik grubuna ait olduğu varsayımında bulunmakta ve bireylerin kendilerini farklı açılardan tanımladıklarını görmezden gelmektedir. Ancak gerçekte, kişilerin cinsiyete, etnik kökene, cinsel yönelime, dine veya yaşa bağlı çok sayıda kesişen kimliğe sahip oldukları ortadadır. Kesişen kimlikler sorunu sebebiyle de kişilerin tek bir temelde değil, birden çok temelde ayrımcılığa uğraması söz konusu olabildiğinden, artık ayrımcılığın tek bir temelde gündeme gelebileceği gibi, birden fazla temelde de ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Çünkü insanlar, çeşit çeşittir ve onların tek bir şekilde kategorize edilmeleri mümkün değildir⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ Timo Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to Fore** (Bundan sonra **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination** olarak kullanılacaktır), Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, s. 2, (Çevrimiçi) <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf>, 22 Ocak 2020, 2002.

⁶⁹⁷ Gay Moon, “Multiple Discrimination: Justice for the Whole Person,” **Roma Rights: Journal of the European Roma Rights Centre**, Number. 2, 2009, ss. 5-10, s. 5, (Çevrimiçi) http://www.errc.org/en-research-and-advocacy-roma-details.php?article_id=3564, 22 Ocak 2020; Fredman, **Discrimination Law**, s. 139; Gerards, “Discrimination Grounds”, s. 170.

Kesişen kimliklere sahip olunması, yaşam deneyimleri açısından zenginleştirici bir unsur olarak olumlu şekilde yorumlanabilirse de, birden fazla dezavantajlı gruba mensup olanlar açısından, dezavantajlarını yoğunlaştıran bir durumla karşı karşıya kalmaları anlamına da gelmektedir. Örneğin etnik kökeninden dolayı ayrımcılığa uğrayan bir kişi, cinsiyeti, cinsel yönelimi, dini veya inancı, yaşı veya engelliliği nedeniyle de ayrımcılık mağduru olabilmekte ve uğradığı bu ayrımcılık, kümülatif bir dezavantajın ortaya çıkması ile sonuçlanabilmektedir. Bundan ötürü etnik azınlıktaki kadınlar, yaşlı kadınlar, siyah kadınlar ve engelli kadınlar AB'ye üye devletlerdeki en dezavantajlı gruplar arasındadır. Benzer şekilde etnik azınlıkların eşcinsel üyeleri, engelli siyah insanlar, genç etnik azınlık üyeleri veya yaşlı engelli kişiler de çoklu temelde ayrımcılığa maruz kalırlar⁶⁹⁸.

Ayrımcılık karşıtı düzenlemeler uzunca bir süre tek bir temelde karşı karşıya kalınan ayrımcılığı ele almıştır. Buna bağlı olarak da, örneğin cinsiyet, engellilik, ırk ya da etnik köken birbirlerinden farklı konular olarak değerlendirilmiş ve onların, birbirlerinden bağımsız, tekil sorunlar olduklarından hareket edilmiştir. Dolayısıyla her bir farklı özelliğin birbirlerini etkileyebilecekleri hususu reddedilmiştir. Aslında bunda, ırkçılık karşıtı hareket ve feminist hareket gibi, ayrımcılık karşıtı hareketlerin birbirlerine mesafeli yaklaşımlarının ve ortak bir menfaatleri olmadığına yönelik inançlarının etkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu hareketler, kendilerini diğer hareketlerden izole ettikleri takdirde daha anlaşılır bir pozisyona erişebileceklerini ummuşlardır⁶⁹⁹. Bununla birlikte gruplar ve bu tür hareketler arasında bir mesafe olduğunun kabulü özcü anlayışın benimsenmesine katkı sunabilir. Ancak özcülük, kimlik grupları içindeki farklılıkların üzerini örtmeye çalıştığından eleştirilerin hedefindedir. Örneğin kadınların deneyimlerinin evrensel

⁶⁹⁸ Sandra Fredman, **Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law** (Bundan sonra **Intersectional Discrimination** olarak kullanılacaktır), Brussels, European Commission, 2016, s. 27, (Çevrimiçi) <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d73a9221-b7c3-40f6-8414-8a48a2157a2f>, 23 Aralık 2018; Fredman, **Discrimination Law**, s. 139. Bir kadın başörtüsü taktığı için iş başvurusu reddedilebilir ya da bir erkek etnik kökeni veya eşcinsel olması nedeniyle tacize uğrayabilir yahut sırt ağrıları olan yaşlı bir işçi sürekli nitelikte bir iş bulmakta zorluk yaşayabilir. Bu tür vakalar, birden fazla temele dayalı olan ayrımcılık örneklerine yani çoklu ayrımcılık olarak adlandırılan ayrımcılık türüne karşılık gelir. Gerards, "Discrimination Grounds", s. 171. Türkiye'de yaşayan ama Suriyeli olan engelli, lezbiyen bir kadını düşündüğümüzde de bu kadının sahip olduğu farklı temellerle ilgili olarak ayrımcılığa uğrayabileceği açıktır.

⁶⁹⁹ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 19.

olduğu yani tüm kadınların bu kadınlar grubunun üyesi olduğunun kabulü aynı deneyimleri, ortak ilgileri paylaştıklarının kabulündeki aksayan yönlerin görülmesini engelleyebilir. Beyaz orta sınıf kadınların, kendi deneyimlerinin evrensel olduğu iddialarının, siyah kadınlar tarafından eleştirilmesinin gerekçelerinden biri de budur⁷⁰⁰.

Çeşitli ayrımcılık türlerinin birbirlerini etkilemesi sebebiyle ayrımcılığın birden fazla temelde gerçekleşmesi durumları farklı isimlendirmeleri ortaya çıkarmıştır. Kişinin çeşitli temellerde maruz kaldığı ayrımcılıkları anlatmak için başvurulan ifadelerin “çoklu ayrımcılık”, “çoklu dezavantajlar”, “kümülatif ayrımcılık”, “kesişimsel ayrımcılık”, “bileşik ayrımcılık”, “çok boyutlu ayrımcılık”, “çifte ayrımcılık” olduğu görülmektedir⁷⁰¹. Bu kavram çokluğunun yani hukuki sistemlerde ve öğretilerde tek bir yerleşik terminolojinin olmamasının belirsizliğe yol açtığı, esasen birbirinden farklı anlamlara sahip olan kavramların birbirlerinin yerine kullanıldığına dikkat çekilmektedir⁷⁰². Sonuç olarak birkaç farklı duruma dikkat çeken ve birden fazla temelde gerçekleşen ayrımcılığa işaret etmek için “çoklu ayrımcılık” kavramı insan hakları hukukunda⁷⁰³ ve AB mekanizmaları içinde⁷⁰⁴ kullanılmakta iken öğretilerde daha çok “kesişimsel ayrımcılık” ön plana çıkmaktadır⁷⁰⁵. Ancak çoklu ayrımcılık kavramının bir tür şemsiye kavram olduğu ve

⁷⁰⁰ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 19; Fredman, **Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law**, s. 30. Sonuç olarak, günümüzde, kişilerin sahip oldukları kimliklerin çok temelli olduğunun kabulü, özcü anlayışın reddi ve güç ilişkilerinin yapısı nedeniyle ayrımcılığın “tek eksenli çerçeve” olarak adlandırılan kanuni durumlardan vazgeçilmesini ve ayrımcılığın “çok temelli” bir şekilde gerçekleştiğinin benimsenmesini gerektirmektedir. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası**, s. 231.

⁷⁰¹ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 10; Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 27; Dagmar Schiek, “Multiple Discrimination in EU Law - Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? Executive Summary”, **Multiple Discrimination in EU Law - Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?** (Bundan sonra “Multiple Discrimination in EU Law” olarak kullanılacaktır), Ed. Susanne Burri, Dagmar Schiek, Brussels, European Commission, 2009, ss. 1-26, s. 3.

⁷⁰² Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 27; Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 10.

⁷⁰³ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 10.

⁷⁰⁴ Schiek, “Multiple Discrimination in EU Law”, s. 4. Gerek uluslararası gerekse ulustüstü mekanizmalarda çoklu ayrımcılığın yaygın bir biçimde kullanılıyor olmasının ardında “tarafsız” olduğuyündeki yorumlar bulunmaktadır. bkz. Schiek, “Multiple Discrimination in EU Law”, s. 4.

⁷⁰⁵ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 10. Söz konusu tartışmada yol gösterici olması için terimlerin ortaya çıktığı bağlamların değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Şöyle ki, ‘kesişimsellik’ ile belirli bir tarih, entelektüel miras ve ortaya çıkış bağlamı gözetilmektedir. Kesişimselliğin siyah feminizm ve eleştirel ırk çalışmaları içindeki konumu, ABD

çoklu temelde ortaya çıkan sıralı (sequential), katma (additive)/bileşik (compound) ve kesişimsel (intersectional) ayrımcılık türlerini de kapsadığı ileri sürülmektedir⁷⁰⁶.

2. Çoklu Ayrımcılığın Türleri⁷⁰⁷

a. Sıralı Çoklu Ayrımcılık

Sıralı çoklu ayrımcılık (sequential multiple discrimination), bir kişinin çeşitli temellerde ama farklı zamanlarda karşı karşıya kaldığı, ancak her defasında sadece bir temelde meydana gelen ayrımcılığı anlatır. Diğer bir deyişle farklı gerekçelere bağlı olarak farklı zamanlarda farklı ayrımcılık vakalarının meydana gelmesi söz konusudur⁷⁰⁸. Örneğin azınlıktaki bir gruba mensup engelli bir kadın, etnik kökeni nedeniyle ayrımcılığa uğrayabileceği gibi başka bir durum söz konusu olduğunda engeli dolayısıyla ayrımcılık mağduru olabilir⁷⁰⁹. Engelli bir kadın

medeni haklar hareketine bir yanıt olarak işlevi ve siyah kadınların kölelik bağlamındaki baskıya göndermede bulunduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla ‘kesişimsellik’, sorunun ABD’deki tartışmalarda ortaya çıktığı addir. Buna karşılık çoklu ayrımcılık terimi daha çok uluslararası alanda ortaya çıkmış ve uluslararası belgelerdeki görünümü müteakip AB hukukunda kendine yer bulmuştur. Raphaële Xenidis, “Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law Towards Redressing Complex Inequality?”, **EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender**, Ed. Uladzislau Belavusau, Kristin Henrard, Oxford; Portland, Hart Publishing, 2018, ss. 41–74, s. 5,7. Ek olarak bu noktada hem uluslararası hem de Avrupa düzeyinde dilsel bir değişimin gündemde olduğunun belirtilmesi yanlış olmayacaktır. Örneğin bu konuda hazırlanan ilk çalışmalardan **Tackling Multiple Discrimination: Practices, Policies and Laws**’da çoklu ayrımcılık terimi ile kavram ifade edilmeye çalışılmıştır. Son yıllarda ise kesişimsel ayrımcılığın daha yaygın bir biçimde kullanıldığı ve ön plana çıktığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. Ben Smith, “Intersectional Discrimination and Substantive Equality: A Comparative and Theoretical Perspective”, **The Equal Rights Review**, Vol. 16, 2016, ss. 73-101; Fredman, **Intersectional Discrimination**; Ivona Truscan, Joanna Bourke-Martignoni, “International Human Rights Law and Intersectional Discrimination”, **The Equal Rights Review**, Vol. 16, 2016, ss. 103-131. Birleşmiş Milletler düzeyinde de çoklu ayrımcılığın düzenlendiği belgelerde ya da Komitelerin kararlarında da bu çoklu kullanım söz konusudur. Örneğin KKAOKK başlarda çifte ayrımcılık kavramını kullanmayı tercih etmiş olmasına rağmen son yıllarda çoklu ayrımcılık ve kesişen ayrımcılık kavramlarını kullanmaya başlamıştır. Bu kapsamda Komite, 25 No.lu Genel Yorum’da çoklu ayrımcılığı kullanırken 28 No.lu Genel Yorum’da kesişimselliği kullanmıştır.

⁷⁰⁶ Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 21–22; Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 27–28, Schiek, “Multiple Discrimination in EU Law”, s. 4.

⁷⁰⁷ Çalışmada çoklu ayrımcılığın türlerinin isimlendirilmesinde Fredman’ın kullandığı sınıflandırma takip edilecektir. Başka teorisyenler sınıflandırmayı farklı şekillerde yapmaktadırlar. Örneğin Makkonen sıralı çoklu ayrımcılık yerine çoklu ayrımcılık (multiple discrimination), katma çoklu ayrımcılık yerine bileşik ayrımcılık (compound discrimination) başlıklarını tercih etmiştir. Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 10-11.

⁷⁰⁸ Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 27; Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 10.

⁷⁰⁹ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 10. Benzer şekilde yaşlı bir çalışan, işyerinde ilk olarak ırkçı saiklerle tacize uğrayabilir, daha sonra kalıpyargılara dayanılarak

cinsiyeti dolayısıyla terfi ettirilmeyip yerine erkek bir çalışan terfi ettirildiğinde, cinsiyet ayrımcılığı gündeme gelebilir. Tekerlekli sandalyesi nedeniyle bir restoranda yemek yemesinin engellendiğinde başka bir durumda ise engelliliğe bağlı olarak ayrımcılığa uğramış olur⁷¹⁰. Aynı kadın, yaşı nedeniyle sağlık hizmetlerine erişimde de ayrımcı muameleyle karşılaşabilir. Böylelikle bir kişi özelinde, farklı durumların söz konusu olabildiği ve kişinin farklı zamanlarda farklı ayrımcılık türlerinden etkilenebildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar kişinin karşı karşıya kaldığı durumlar farklı olsa da, ilgili tüm durumlar, kişinin dışlanmasına katkıda bulunabilmektedirler.

b. Katma Çoklu Ayrımcılık⁷¹¹

Katma çoklu ayrımcılıkta (additive multiple discrimination) ise kişi, her ayrımcı uygulamalardan etkilenmesine neden olabilecek farklı özelliklere sahiptir⁷¹². Buna göre kişi, aynı anda iki veya daha fazla temelde ayrımcılığa maruz kalmakta ve temellerden biri, diğer ayrımcılık temeline “ilave bir yük” getirmektedir. Diğer bir deyişle, kişiye karşı bir temelde gerçekleştirilen ayrımcılık, diğer bir temele dayalı olarak gerçekleşen ayrımcılığa katkıda bulunmaktadır⁷¹³. Kısacası, bir dizi özelliğe sahip olmanız, ayrımcılığa uğrama ihtimalinizi arttırmaktadır. Bu ayrımcılık türüne iş başvurusu yaşı, dil hakimiyeti, uyruğu gibi çeşitli faktörler nedeniyle reddedilen bir kişi örnek verilebilir⁷¹⁴.

yaşa dayalı ayrımcılığın mağduru olup terfi etmesi engellenebilir. Xenidis, “Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law Towards Redressing Complex Inequality?”, s. 7.

⁷¹⁰ Erica Howard, “Multiple Discrimination in Law”, Think Equal, Symposium on Multiple Discrimination, National Commission for the Promotion of Equality (NCPE), Malta, 2011, (Çevrimiçi)

https://ncpe.gov.mt/en/Documents/Projects_and_Specific_Initiatives/Think_Equal/paper_eric_howard.pdf, 01 Haziran 2020, s. 2.

⁷¹¹ Çoklu ayrımcılığın bu türü katma ayrımcılık (additive discrimination), katma çoklu ayrımcılık (additive multiple discrimination), bileşik ayrımcılık (compound discrimination) ya da kümülatif ayrımcılık (cumulative discrimination) olarak ifade edilmektedir. Örnek olarak bkz. Schiek, “Multiple Discrimination in EU Law”, s. 3; Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 27; Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 10; Moon, “Multiple Discrimination: Justice for the Whole Person”, s. 7.

⁷¹² Hannett Sarah, “Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 1, 2003, ss. 65–86, s. 68.

⁷¹³ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 11;

⁷¹⁴ Örnek olarak gösterilebilecek olan *Perera v. Civil Service Commission* kararında işveren, istihdam etmek istediği çalışanda aradığı bazı ölçütlere yer vermiştir. Bay Perera da işverenin potansiyel çalışanlar için çok sayıda şartları içeren söz konusu işe başvurmuş ancak başvurusunun reddedilmesinde İngiltere’deki iş deneyimi, İngilizceye olan hakimiyetinin yetersiz bulunması,

Çoklu ayrımcılığın bu görünümünde, kişi sahip olduğu farklı özellikleri nedeniyle ayrımcılığın gerçekleştiğini iddia edilebilir. Örneğin lezbiyen biri tacize uğradığında cinsiyet temelinde ayrımcılığa maruz kaldığını göstermek için kendini erkeklerle, cinsel yönelim ayrımcılığına maruz kaldığını göstermek içinse heteroseksüellerle karşılaştırabilir. Mağdur, her bir ayrımcılık temelini ayrı ayrı kanıtlama imkanına sahip olduğundan bu tür bir ayrımcılığın “katma” bir şekilde ortaya çıktığı söylenebilir⁷¹⁵. Çoklu ayrımcılığın bu türünde, farklı temellerin ayrımcılığın oluşmasındaki payının hala ayırt edilebilmesi ve her bir ayrımcılık temelini ayrı ayrı ispatlanabilmesi söz konusudur.

c. Kesişen Ayrımcılık

Çoklu ayrımcılığın son görünümü kesişimsel ayrımcılık (intersectional discrimination) olarak adlandırılmaktadır. Burada gündeme gelen iki veya daha fazla temelin eklenmesi değildir; bundan niteliksel olarak daha farklı bir durum söz konusudur⁷¹⁶. Evet, yine birden çok temel vardır ve kişi bu temeller nedeniyle ayrımcılığa uğramaktadır ancak bu sefer ayrımcılık, farklı zamanlarda meydana gelmemektedir. Ayrıca söz konusu temeller birbirlerinden ayrılamayacak, kopamayacak şekilde iç içe geçmiş bulunduğundan bu temellerin ayrı ayrı analiz edilmeleri mümkün değildir⁷¹⁷. Hem sıralı çoklu ayrımcılık hem de katma ayrımcılıkta iki veya daha fazla temelin bir arada bulunmasına işaret eden durumlar mevcutsa da ilgili temellerin birbirleriyle iç içe geçtikleri, ayrıştırılmalarının

uyruğu ve yaşı gibi faktörler etkili olmuştur. Bay Perera’nın karşılayamadığı her bir şart ile birlikte işe kabul edilme olasılığı azalmıştır. Moon, “Multiple Discrimination: Justice for the Whole Person,” s. 7, Howard, “Multiple Discrimination in Law”, s. 3. Bu kişinin söz konusu işi alma şansı her bir ölçütün yokluğunda daha da azalmaktadır; sadece bir faktöre sahip olmaması işe kabul edilme olasılığını biraz düşürecekken iki veya daha fazla ölçütü karşılayamaması, işe kabul edilme şansını yok etmiştir denebilir. Polis teşkilatında çalışmak için asgari bir yükseklik ve yazılı testten başarılı olma şartının arandığı örneği ele alalım. Bu yükseklik şartı, kadın başvurucuları orantısız bir şekilde etkileyebilecektir. Yazılı test şartı da farklı etnik kökene sahip başvurucuları orantısız bir biçimde etkileyebilecektir. Bundan ötürü farklı etnik kökene sahip kadın başvuru çiftte bir dezavantaj yaşayacak ve hem etnik kökeni hem de cinsiyeti sebebiyle ayrımcılığa uğramış olacaktır. Gerards, “Discrimination Grounds”, s. 171

⁷¹⁵ Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 27.

⁷¹⁶ Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 27.

⁷¹⁷ Moon, Multiple Discrimination: Justice for the Whole Person”, s. 7; Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 11.

mümkün olmadığı söylenemez⁷¹⁸. Bundan ötürü de mağdur, hukuki yollara başvurduğunda ayrımcılık temellerini ayrı ayrı gündeme getirebilmekte, tek bir temel ekseninde ayrımcılığa uğradığının kanıtlanması yeterli görülmektedir. Ancak konu, kesişen ayrımcılık vakaları olduğunda, hukuk çözüm üretmekte yetersiz kalabilmektedir⁷¹⁹.

Günümüzde kadın çalışmaları, kültürel çalışmalar, sosyoloji ve ekonomi gibi çeşitli alanlarda da kullanılabilen bir terim olan kesişimsellik⁷²⁰ ilk olarak hukukçu Kimberle Williams Crenshaw'un 1989'de yayınlanan makalesinde ortaya konulmuştur⁷²¹. Crenshaw'a göre ayrımcılık sokaklardaki kavşaklar gibidir. Hem gidişin ve gelişin olduğu bir dörtyol kesişimini ele alalım. Bu kavşakta bir kaza meydana geldiğinde, bu kaza herhangi bir yönden gelen araçtan kaynaklanabileceği gibi bazı durumlarda bütün yönlerden gelen araçlardan da kaynaklanabilir. Benzer bir durum siyah kadın özelinde de karşımıza çıkmaktadır. Siyah kadın kesişimselliği sebebiyle zarar gördüğünde, verilen zarar cinsiyet ayrımcılığından veya ırk ayrımcılığından kaynaklanabilir⁷²². Ancak her yönden gelen araçların sebebiyet verdiği kazadaki hasarın daha fazla olması örneğindeki gibi kesişimsel ayrımcılıktan kaynaklanan zarar daha ciddi bir boyutta karşımıza çıkmaktadır. Çünkü siyah kadınların ne siyah erkeklerle ne de beyaz kadınlarla mukayese edilmeleri esasen

⁷¹⁸ Moon, Multiple Discrimination: Justice for the Whole Person", s. 7.

⁷¹⁹ Bir kişi hem ırkı hem de cinsiyeti nedeniyle işe alınmadığında da kesişimsel ayrımcılığın ortaya çıktığı belirtilebilir. Nitekim kişinin hem siyah hem de kadın olduğu için işe alınmaması buna örnek gösterilebilir. Siyah kadının yaşadıkları ne beyaz kadınlarınkiyle ne de siyah erkeklerinkiyle aynıdır. Siyah kadınlar hem beyaz kadınlar hem de siyah erkekler ile bazı ortak deneyimleri paylaşırlar, ancak aynı zamanda önemli açılardan da farklılık gösterirler. "Siyah" kadınlar hakkında genelleme yapmak da doğru değildir zira yaşanan kültürel çevreye bağlı olarak her "siyah" kadının da aynı şeyleri tecrübe etmediği anlaşılmaktadır. Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 28. Örneğin azınlıktaki bir gruba mensup kadınlar, aynı grubun erkek üyeleri tarafından tecrübe edilmeyen belirli türde önyargılarla ve kalıpyargılarla karşı karşıya kalabilir, ayrımcılığa uğrayabilirler. Benzer şekilde engelli bir kadın, diğer kadınların ya da engelli erkeklerin maruz kalmadığı muamelelere maruz kalabilmekte; örneğin zorla kısırlaştırılabilmektedir. Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 11.

⁷²⁰ Schiek, "Multiple Discrimination in EU Law", s. 4.

⁷²¹ Kimberlee Williams Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", **University of Chicago Legal Forum**, Vol. 1989, Iss. 1, Article 8, ss. 139-167. Crenshaw makalesinde, mevzuatın sadece tek bir temelde gerçekleşen ayrımcılığa odaklanarak kişilerin esas deneyimlerine yer vermediğini savunur. Ona göre siyah kadınların deneyimleri, ırk ve cinsiyetin birbiriyle etkileşime girdiği türlü yollarla şekillenmektedir ve bu durum kesişimselliğe işaret etmektedir.

⁷²² Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", s. 149.

mümkün değildir. Siyah kadınların bazen beyaz kadınların bazen de siyah erkeklerin deneyimlerine çok benzeyen deneyimleri yaşadıkları doğru olsa da, çoğu zaman çifte (double) çoklu ayrımcılık yaşarlar; ırk ve cinsiyet temelli ayrımcılık uygulamalarının bileşik etkilerinden kaynaklanan. Fakat bazen uğradıkları ayrımcılıklar, ırk ve cinsiyet ayrımcılığının toplamı olarak tezahür etmez; siyah kadınlar olarak ayrımcılığın mağduru olurlar⁷²³. Kısacası kesişimsellik ırksal, sınıfsal ve cinsel tahakkümün iç içeliğini gözler önüne serer⁷²⁴.

⁷²³ Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", s. 149. Crenshaw cinsiyet ve ırk ayrımcılığın kesişimindeki siyah kadınların yaşadıkları ayrımcılığı *DeGraffenreid v. General Motors* (1977), *Moore v. Hughes Helicopter* (1983) ve *Payne v. Travenol* (1982) davaları üzerinden incelemiştir. Örnek olmasına adına *DeGraffenreid v. General Motors* adlı davadan kısaca bahsetmek gerekirse; davanın konusunu 1964 tarihli ABD Medeni Haklar Kanunu'nun 7. Başlığına (İlgili hüküm 25'in üstünde çalışan istihdam eden bütün işletmelerde ırk ayrımcılığını yasaklayarak; işe alım süreci, tazminat ve ırk ayrımcılığı şikayetlerinin incelenmesi için Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu kurulduğunu ilan eder) rağmen General Motors adlı şirketin ayrımcılık yaptığı iddiası oluşturur. Davacı olan siyah kadınlar, General Motors'un 1964'ten önce siyah kadınları işe almadığını, 1970'ten sonra işe alınan siyah kadınların da bir sonraki resesyon sırasında kıdeme göre alınan bir işten çıkarma kararı dolayısıyla işten çıkarıldıklarını ve bunun siyah kadınlara karşı ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmektedirler Ancak Mahkeme, siyah kadınların ayrımcılığa karşı korunması gereken özel bir sınıf olmadığını belirtmiştir. Bu sebeple iddiayı ilk olarak cinsiyet ayrımcılığı bağlamında ele almış ve 1964 tarihli kanun öncesinde şirkette siyah kadınların çalışmadıklarını, buna karşılık beyaz kadınların çalıştıklarını teyit etmiştir. Şirkette beyaz kadınların çalışmaya devam ettiklerine de yer vermiş ve cinsiyet ayrımcılığının yapılmadığına kararına varmıştır. Mahkeme ikinci incelemeyi ise ırk ayrımcılığı ekseninde yapmıştır ve davacıların mevcut iddialarını güçlendirirerek şirkete karşı yeniden dava açabileceklerini belirtmiştir. Davacılar ise Mahkeme'nin bu yorumuna iddialarının merkezini sadece ırk ayrımcılığına uğradıkları iddiasının değil, siyah kadınlar oldukları için ırk ve cinsiyet ayrımcılığına uğradıklarını ifade ederek karşı çıkmışlardır. Buna rağmen Mahkeme, Kanun'un korunması gereken sınıfların bir araya getirilerek yeni bir azınlık sınıfı meydana getirilmesini amaçlamadığını, böyle bir sınıfın yaratılmasının Pandora'nın kutusunun açılması anlamına geleceği yorumunda bulunmuştur. Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", s. 141-142.

⁷²⁴ Siyah kadının karşılaştığı ayrımcılığın sadece kadın olmak temelinde yani cinsiyetçilikle ya da sadece siyah olmak temelinde yani ırkla ilişkilendirilerek açıklanmasının, bu kadınların karşılaştıkları güçlüklerin anlaşılmasında yetersiz kaldığı, cinsiyetçiliğin ve ırkçılığın kesişiminin ele alınmasının zorunlu olduğu görüşü kesişimsel ayrımcılık kavramının ortaya çıkmasının nedenidir. Gerek sıralı çoklu ayrımcılık gerekse katma çoklu ayrımcılık gündeme geldiğinde her ayrımcılık belirtisi tek bir temel özelinde de ele alınabilmektedir. Zaten hukukun çoğunlukla yaptığı da budur ama "sinerjik" bir doğaya sahip olan kesişimsel ayrımcılık vakalarında, bu tür bir yola başvurmak pek de mümkün olamamaktadır. Çünkü siyah kadının, ayrımcılığa uğradığının ispatı esnasında bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Mesela, beyaz kadınlara erkeklerden daha olumsuz bir şekilde muamele edilmediğinden cinsiyet ayrımcılığı, siyah erkeklerle de beyazlardan daha olumsuz muamele edilmediğinden ırk ayrımcılığı vardır denilemeyecektir. Ayrımcılık hukukunun tek bir temel ekseninde analizi, iki temelin kesişim noktasında bulunanları görmezden gelmektedir. İki temelin kesişim noktasında bulunanların görünmezliğindeki sorun, temellere dayalı kategorilendirmelerin, daha ayrıcalıklı olanlara odaklanmasından kaynaklanmaktadır. Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 28. Kesişimsel yaklaşımda, bireysel ayrımcılık temellerini ve belirli grupları incelemek yerine topluma ve toplumdaki güç ilişkilerine de odaklanılabilir. Çünkü iktidar ilişkileri

Siyah kadın hakları hareketinin, siyah kadınların yaşadığı özgül dışlanmanın ve çoklu ayrımcılığa yol açan eş zamanlı ve iç içe geçmiş olan durumların dikkate alınması için yaptıkları çabaları neticesinde günümüzde sadece siyah kadınların değil, başka birçok temeli bünyesinde barındıran kişilerin de bu özelliklerinin dikkate alınmasını gündeme getirmiştir. Kısacası kesişimsel çoklu ayrımcılıktaki temel fikir olan mağdurun dezavantajının cinsiyet, ırk, sınıf, cinsel yönelim, din, engellilik vb., tek bir sosyal kimlik ya da grup üyeliği çerçevesinde ele alınmayıp çoklu bir zeminde incelenmesi gerektiği iddiası artık hukuk sistemlerinin de gündemindedir. Kişilerin çoklu temelde ayrımcılığa uğrayabildikleri ve ayrımcılık nedeniyle yaşadıkları dezavantajın, kesişen kimlikleri nedeniyle daha fazla olabileceği gerçeği, her vakanın kendine özgü şartları çerçevesinde incelenmesini zorunlu kılmaktadır⁷²⁵. Etnik azınlığa mensup eşcinsel bir kadının kesişimsel ayrımcılıktan kaynaklanan dezavantajına benzer bir dezavantajı yaşlı engelli kişilerin ve azınlık durumundaki etnik bir grubun genç üyelerinin de yaşayabileceği, dolayısıyla birçok kişinin kesişimsel ayrımcılık mağduru olabileceği ifade edilebilir.

3. Çoklu Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları

Çoklu ayrımcılığın uluslararası hukukta giderek daha fazla önemsendiği ve daha fazla belgede yer aldığı açıktır. Fakat kavramın gerek uluslararası gerek bölgesel gerekse ulusal düzenlemelerde kendine yer edinmesi nispeten yakın bir dönemde gerçekleşmiştir⁷²⁶. Bu noktada EKHS önem arz etmektedir. Sözleşme'nin

çeşitli düzeylerde yani hem dikey olarak hem çapraz olarak hem de katmanlı bir biçimde farklı grupları etkileyen bir olgu olarak ele alınabilir. Bu sebeple Fredman kesişimselliğe, kişilerin kimlikleri yerine güç ilişkileri yoluyla bakılması gerektiğini belirtir. Örneğin beyaz kadın ile beyaz erkek arasında patriyarki söz konusu iken beyaz kadın ile siyah kadın arasında ırksal bir hiyerarşi bulunmaktadır. Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 33-34.

⁷²⁵ Bir sürücü kursunda öğretmen olarak çalışmak için başvuruda bulunan yaşlı bir kadının başvurusunun, kurs yönetiminin, öğretmen olarak yaşlı kadınları istihdam etmek istememesi nedeniyle reddedilmesi örneği de kesişen ayrımcılık temelinde gündeme getirilebilir. Çünkü kursta genç kadınlar, genç ve yaşlı erkekler çalışabilmektedir. Kurs yönetimi, kadınları istihdam ettiğini belirterek cinsiyete dayalı ayrımcılık, yaşlı erkekleri istihdam ettiğini belirterek yaşa dayalı ayrımcılık yapmadığını ileri sürerek kendisini savunabilir. Bu sebeple iş başvurusunda bulunan yaşlı kadının tek bir ayrımcılık temelinde ayrımcılığa uğradığını beyan etmesi sonuç doğurmayacaktır; her iki temelin birlikteliğinden kaynaklanan bir ayrımcılık iddiasında bulunması gerekmektedir. Çünkü gerçekleşen ayrımcılığın tek bir temelde veya her temelde ayrı ayrı gerçekleştiği iddiası, olayın tam olarak anlaşılmasını engellemektedir. Howard, "Multiple Discrimination in Law", s. 3.

⁷²⁶ Birleşmiş Milletler nezdinde çoklu ayrımcılığın ele alınması gereken bir konu olduğunu ortaya koyan ilk rapor Dördüncü Dünya Kadın Konferansı sonrasında kabul edilen Pekin Bildirisi'dir. 2001

başlangıç kısmında ve çeşitli maddelerinde kavramın kullanıldığı görülmektedir. Başlangıç kısmının “p” paragrafında engelli kişilerin ırk, ten rengi, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da diğer görüş, ulusal, etnik veya sosyal köken, mülkiyet, doğum, yaş veya başka bir statü bakımından çoklu temelde ya da ağırlaştırılmış ayrımcılığa maruz kaldıkları belirtilmişti. Sözleşme’nin 6. maddesinde ise özellikle engelli kadınların ve engelli çocukların çoklu ayrımcılığı deneyimlediklerine yer verilerek onların insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit koşullarda yararlanmalarını sağlamak için Sözleşme’ye taraf olan devletlerin gerekli tedbirleri almaları gerektiği belirtilmektedir.

BM bünyesindeki sözleşmelerin büyük bir kısmında, daha önce değinildiği gibi, açık uçlu bir yaklaşım benimsenmiştir. EİHB md.2’deki yaklaşımı sürdüren bu sözleşmelerden örneğin MSHS ve ESKHS ırk, ten rengi, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından ayrımcılık yapılamayacağına yer verilmiştir⁷²⁷. Sözleşmelerdeki ayrımcılık yasağı hükümlerinin yeni ortaya çıkabilecek ya da dikkate alınabilecek olan eşitsizlik ve baskı türlerini göz önünde bulundurarak potansiyel kategorilere de yer vermek amacıyla açık uçlu yaklaşımı içermesi, insan haklarının korunması amacını güden bu sözleşmelerin, çoklu ayrımcılık olgusunun kabulüne olanak tanınması şeklinde yorumlanmaktadır⁷²⁸. Ancak açık uçlu bu yaklaşıma rağmen, çoklu olarak gerçekleşen ayrımcılık vakaları uzunca bir süre görmezden gelinmiştir. Çünkü anlaşma organlarının çoğu, eşitsizliğe tekil ya da ayrı bir olgu olarak yaklaşmış ve ayrımcılık karşıtı kanunların çoklu ayrımcılık durumlarını hesaba katacak şekilde yeniden değerlendirilmesi gerektiği hususuna gereken dikkati vermemişlerdir. Son yıllarda IAOKK, KKAOKK, ÇHK, İHK, MSHSK gibi birçok sözleşme organının bu

yılında ise Birleşmiş Milletler nezdinde düzenlenen Dünya Irkçılık, Irka dayalı Ayrımcılık, Yabancı Düşmanlığı ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Konferansı’nda Durban Bildirisi ve Eylem Planı kabul edilmiştir. Bildiri’nin 2. maddesinde ırkçılık, ırk ayrımcılığı, yabancı düşmanlığı ve ilgili hoşgörüsüzlüğün, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, sosyal köken, mülk, doğum veya diğer statü gibi diğer ilgili temellere dayanarak ırk, soy, ulusal ya da etnik köken temelinde meydana geldiğinin ve mağdurların çoklu veya ağırlaştırılmış ayrımcılık biçimlerine maruz kalabildiklerine yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler Durban Bildirisi, (Çevrimiçi) https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf , 12 Mayıs 2020.

⁷²⁷ MSHS md. 2(1) ve ESKHS md .2(2).

⁷²⁸ Truscan, Bourke-Martignon, “International Human Rights Law and Intersectional Discrimination”, s. 109

tutumdan vazgeçmeleri ile bu yaklaşımın değiştiği ve adı geçen Komitelerin tavsiye kararlarında, yorumlarında çoklu ayrımcılıktan bahsetmeye başladıkları görülmektedir. Bu değişimin ardında ise ayrımcılık yasağı hükümlerini tek-eksenli yaklaşımla ve özcülük ekseninde ele alan formülleştirmelere karşı koyma ihtiyacının bulunduğu belirtilmektedir⁷²⁹.

Yukarıda yer verilen Komitelerden İHK, MSHS'nin ulusal düzeydeki uygulamasını takip etmekte ve ülkelerin Sözleşme'yi uygulamaları için teşvik edici bir pozisyonda bulunmaktadır. Bu doğrultuda MSHS md. 2 ve md. 26 göz önünde bulundurulduğunda, Sözleşme'de açık uçlu yaklaşımın benimsenmesinden ötürü akla İHK'nin düzenlediği belgelerde de çoklu ayrımcılığa sıklıkla yer vermiş olabileceği gelse de Komite'nin bu konuda pek de iyi bir performans sergilediği söylenemez. Komite, ancak 2000 yılında yayınladığı 28 No.lu Genel Yorum'da çoklu ayrımcılığa yer vermiştir⁷³⁰. Komite, Sözleşme'nin erkeklerin ve kadınların eşit haklara sahip olmasına yer veren 3. maddesine ilişkin Yorum'da kadınların haklardan eşit bir biçimde faydalanamamalarının ardında geleneksel, tarihsel, kültürel ve dini eğilimlerin bulunduğu yer vermiştir⁷³¹. Burada her ne kadar çoklu ayrımcılıktan bahsedilmese de kadınların haklardan yararlanmamalarında grup içi dezavantajın ve ayrımcılığın etkili olduğunun belirtilmesi önemlidir⁷³². Yine de Komite'nin uzunca

⁷²⁹ Truscan, Bourke-Martignon, "International Human Rights Law and Intersectional Discrimination", s. 110.

⁷³⁰ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 37. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 28, Article 3, The equality of rights between men and women, 29.03.2000, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_21_Rev-1_Add-10_6619_E.pdf, 12 Mayıs 2020.

⁷³¹ İHK, Genel Yorum No. 28, para. 5.

⁷³² Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 38. Komite benzer şekilde iç çatışma ya da silahlı çatışma hallerinde de toplumun risk altında bulunan kesimini kadınların oluşturduğu ve bu hallerde cinsiyete dayalı şiddetten korunmaları gerektiğine yer vererek aslında kadınlara yönelik ayrımcılıkların hangi durumlarda ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. (İHK, Genel Yorum No. 28, para. 8). Belgenin çoklu ayrımcılıkla ilgili ilişkilendirilebilecek asıl kısmında ise kadınlara karşı ayrımcılığın genel olarak ırk, renk, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi diğer temellerdeki ayrımcılıkla iç içe geçebildiğine yer verilmiştir. Bu nedenle devletlerin kadınları etkileyen diğer temellerdeki ayrımcılıkları da ele almaları ve ayrımcılığı ortadan kaldıracak tedbirlere ilişkin bilgiler vermeleri gerektiği ifade edilmiştir. (İHK, Genel Yorum No. 28, para. 30). Bu paragrafta açık bir biçimde çoklu ayrımcılığa ilişkin bir tanım veya ifadeye yer verilmemiştir. Fakat kadınlara karşı ayrımcılığın diğer temellerdeki ayrımcılıklarla iç içe geçebildiğine yer verilmesi çoklu ayrımcılığın (kesişimsel çoklu ayrımcılık) tanımlanması olarak yorumlanabilir. Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 37-38.

bir süre sadece belirli ayrımcılık temelleri için çoklu ayrımcılığı ele aldığı ve kavramdan yeterince yararlanmadığı ileri sürülmüştür⁷³³. Son dönemde ise Komite'nin bu tutumundan kısmen de olsa vazgeçmiş olduğu söylenebilir. Nitekim yaşam hakkına dair 36 No.lu Genel Yorum'da, yaşam hakkı için hukuki korumaların tüm kişiler için eşit olarak uygulanmasının ve çoklu ve kesişimsel ayrımcılık türleri de dahil olmak üzere her tür ayrımcılığa karşı etkili güvencelerin sağlanması gerektiği ve kadınlara ve kızlara yönelik gerçekleştirilen kadın cinayetlerinin (femicide) de yaşam hakkına yönelik ciddi bir saldırı biçimi olduğu belirtilmiştir⁷³⁴. Görülmektedir ki Komite, bu yorumunda kişilerin her türlü ayrımcılık türlerinden korunmalarından bahsetmekle kalmamış, açık olarak çoklu ayrımcılık ve kesişimsel ayrımcılık türlerinin de ayrımcılık türlerinden olduğuna yer vermiştir.

IAOKK'nin Genel Tavsiyeleri incelendiğinde ise Komite'nin ırk ayrımcılığının diğer ayrımcılık türleri ile birleşebileceğini 1995 tarihinden itibaren kabul ettiği görülmektedir⁷³⁵. Komite 19 No'lu Genel Tavsiye'de, pek çok şehirde yerleşim düzeninin gruplar arasındaki gelir farklılıklarıyla şekillendiğine dikkat çekmiş ve kimi durumlarda ırk, renk, köken ve ulusal veya etnik köken bunda etkili olabildiğini belirtmiştir. Komite'ye göre söz konusu durum, bu kişilerin damgalanmalarına ve ırksal temellerin diğer temellerle birleştiği bir tür ayrımcılığın mağduru olmalarına sebebiyet vermektedir⁷³⁶. Komite, ilerleyen yıllarda yayınladığı çeşitli Tavsiyelerinde de ırk ayrımcılığının özellikle kadınlar üzerindeki etkilerinin aynı olmadığına dikkat çekerek farklı çoklu ayrımcılık biçimlerinin nasıl meydana gelebileceğinden örnekler göstermiştir⁷³⁷. Örneğin Komite 32 No.lu Genel

⁷³³ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 39.

⁷³⁴ İHK, Genel Yorum No. 36, Article 6 (right to life), C/GC/36, 03.09.2019, para. 61, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fGC%2fGC%2f36&Lang=en, 12 Mayıs 2020.

⁷³⁵ Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 39.

⁷³⁶ IAOKK, Genel Tavsiye No. 19, (Racial segregation and apartheid), A/50/18, 18.08.1995, para 3, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7491&Lang=en, 12 Mayıs 2020.

⁷³⁷ Bkz. IAOKK, Genel Tavsiye No 25, (Gender Related Dimensions of Racial Discrimination), 20.03.2000, A/55/18, annex V para. 1 ve 5, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7497&Lang=en, 12 Mayıs 2020; IAOKK, Genel Tavsiye No. 27, Discrimination Against Roma, 16.08.2000, A/55/18, annex V, para. 22 ve 34, (Çevrimiçi)

Tavsiye’de, ayrımcılık temellerinin uygulamada “kesişimsellik” kavramıyla genişletildiğini belirtmiş, toplumsal cinsiyet ve din gibi belirli bir temeldeki ayrımcılığın, Sözleşme’nin 1. maddesinde yer verilen diğer temel ya da temellerdeki ayrımcılıkla birlikte meydana gelebilecek durumları da içerdiği yorumunda bulunmuştur⁷³⁸. Komite’nin kimi zaman çoklu ayrımcılık ve kesişimsellik kavramlarına yer vermekle birlikte kavramı genellikle ırk ve cinsiyet ekseninde ele aldığı ve diğer ayrımcılık temellerini pek de gündeme getirmediği ileri sürülmektedir⁷³⁹.

KKAOKK ise çoklu ayrımcılık kavramına Genel Tavsiyelerinde sürekli olarak yer vermektedir. Örneğin Komite 18 No.lu Genel Tavsiye’de engelli kadınların özel koşulları sebebiyle çifte ayrımcılık yaşadıklarını ve engelli kadınların hayatın her alanına katılmaları için özel tedbirlerin alınmasının gerekli olduğunu açıklamıştır⁷⁴⁰. 28 No.lu Genel Tavsiye’de ise kesişimsellik kavramının, KKAOKS

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7499&Lang=en, 12 Mayıs 2020.

⁷³⁸ IAOKK, Genel Tavsiye No 32, (The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination), CERD/C/GC/32, 24.09.2009, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f32&Lang=en, para. 7, 12 Mayıs 2020. 34 No.lu Genel Tavsiye’de ise Afrika kökenli kadınların çoğunlukla çoklu ayrımcılık mağduru olduklarının dikkate alınması istenmiştir. IAOKK, Genel Tavsiye No 34, Racial discrimination against people of African descent, CERD/ C/GC/34 3.10.2011, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f34&Lang=en, para. 23, 12 Mayıs 2020.

⁷³⁹ Makonnen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination**, s. 40.

⁷⁴⁰ KKAOKK, Genel Tavsiye No. 18 (Disabled women), A/46/38, 04.01.1991, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4729_E.pdf, 14 Mayıs 2020. Komite 24 No.lu Genel Tavsiye’de ise kadınlarla erkekler arasındaki biyolojik farklılıkların sağlık sorunları açısından da farklılıklar doğurabildiğinden dezavantajlı ve korunmasız gruplara mensup olan kadınlarla, göçmen kadınlar, mülteci ve zorla yerinden edilmiş kadınlar, kız çocukları ve yaşlı kadınlar, seks işçisi olarak çalışan kadınlar ve fiziksel ya da zihinsel engelli kadınlar için sağlık gereksinimleri ve sağlık haklarının sağlanmasında özel bir ilginin gösterilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. KKAOKK, Genel Tavsiye No. 24 (Article 12 of the Convention) (women and health), A/54/38, 02.02.1999, para. 6, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4738&Lang=en, 14 Mayıs 2020. Genel Tavsiye’de ayrıca belirli gruplara mensup kadınların karşılaştıkları kadın sünneti ve diğer zararlı geleneksel sağlık uygulamalarının ölüm ve sakat kalma riskine yol açtığına (para. 12(b) ve para.18) ve tüm engelli kadınların, özellikle de zihinsel engelli kadınların sağlık hizmetlerine erişimde zorluklar yaşadıklarına ve devletlerin bu durumdaki engelli kadınların ihtiyaçlarına uygun gerekli tedbirleri almaları gerektiğine yer verilmiştir (para. 25). Komite 25 No.lu Genel Tavsiye’de ise belirli kadın gruplarının, kadın olmaları sebebiyle ayrımcılığa uğrayabileceklerine, ek olarak ırk, etnik veya dini kimlikler, engellilik, yaş, sınıf, kast veya diğer nedenlerden ötürü de ayrımcılığın çeşitli biçimlerinden etkilenebileceklerine değinmiştir. Bu tür

md. 2 kapsamında, devletlerin asıl yükümlülüklerinin anlaşılması açısından temel bir kavram olduğuna değinilmiştir. Ayrıca kadınların cinsiyet ve toplumsal cinsiyet temelinde yaşadıkları ayrımcılığın, ırk, etnik köken, din ya da inanç, sağlık, statü, yaş, sınıf, kast ve cinsel yönelim ile cinsiyet kimliği gibi diğer faktörlerle ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğuna yer verilmiş ve devletlerin bu tür kesişen ayrımcılık türlerini ve bu tür ayrımcılıkların kadınlar üzerindeki bileşik etkilerini hukukten tanımları ve yasaklamaları gerektiği vurgulanmıştır⁷⁴¹. Görülmektedir ki Komite, başlarda “çifte ayrımcılık” şeklindeki bir kullanımdan yana tutum sergilerken 28 No.lu Genel Tavsiye ile farklı ayrımcılık temelleri arasında “girift” bir bağlantı olduğunun da farkındalığı ile hareket etmektedir. Ortaya çıkan durum şudur; farklı temellerin üst üste yığılması ayrımcılığın katma bir şekilde gerçekleşebileceği ve bu sayede görece kolay bir şekilde tanımlanabileceği anlayışı yerini kesişimsel vakaların tamamen yeni bir ayrımcılık şeklini ortaya çıkarabileceğine bırakmıştır. Komite, son dönemdeki bazı Genel Tavsiyelerinde de kesişimsellik ifadesini kullanmaya devam etmiştir. Komite’nin bu kararının arkasında, bazı kesişimsel ayrımcılık vakalarında, kadınlar arasındaki farklılıkların, erkekler ve kadınlar arasındaki farklılardan daha belirleyici olabildiğinin ve dolayısıyla erkek bir

ayrımcılık vakaları ise bu gibi kadın gruplarını erkeklere oranla farklı derecelerde ve farklı şekillerde etkileyebilmektedir. Dolayısıyla devletlerin, kadınlara karşı gerçekleşen bu çoklu ayrımcılık biçimlerini ve ayrımcılığın kadınlar üzerindeki olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için geçici özel önlemler almaları gerekebileceğini belirtilmiştir. KKAOKK, Genel Tavsiye No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (Temporary special measures), parag. 12, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf, 14 Mayıs 2020. KKAOKK’nin göçmenlik statüsü, vatansızlık ve yaş da dahil olmak üzere bazı bağlamlarda kadınların karşılaştıkları belirli sorunlarla ilgili olarak da Genel Tavsiyeler yayınladığına ve bu özel bağlamların tek boyutlu olmadığına da dikkat çekilmektedir. Fredman, **Intersectional Discrimination**, s. 35. Örneğin Komite, 27 No.lu Genel Tavsiye’de yaşlı kadınların yaşadıkları ayrımcılığın, genellikle cinsiyet, etnik köken, engellilik, yoksulluk, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği, göçmenlik statüsü, medeni durum, okuryazar olma ve diğer nedenlerle birleşen çok boyutlu bir yapısı olduğuna işaret etmektedir. Bkz. KKAOKK, Genel Tavsiye No. 27 (on older women and protection of their human rights), CEDAW/C/GC/27, 16.12.2010, para. 31, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/53/PDF/G1047253.pdf?OpenElement>, 14 Mayıs 2020.

⁷⁴¹ KKAOKK, Genel Tavsiye No. 28 (on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), CEDAW/C/cgc/28, 16.12.2010, para. 18, (çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement>, 14 Mayıs 2020. Söz konusu Genel Tavsiye’de Komite ayrıca devletlerin, yetkisi dahilindeki vatandaş olmayanları, göçmenleri, mültecileri, sığınmacıları ve vatansız kadınları da kapsayacak şekilde, hak sahibi olarak tanıması gerektiğini ve çeşitli kesişimsel ayrımcılık biçimlerinden etkilenen en marjinal grupların içindeki kadınların vurgulanmasının icap ettiğini belirtmiştir (para. 26).

karşılaştırılanın bazı durumlarda yetersiz kalabildiğinin açık olmasının bulunduğu ileri sürülmektedir⁷⁴².

ESKHK ise Genel Yorumlarında, özellikle kadınlar ekseninde, çoklu ayrımcılığa yer vermiştir. Örneğin 5 No.lu Genel Yorumda Komite, engelli kadınların çifte ayrımcılığa maruz kaldıklarına ama bu durumun çoğunlukla görmezden gelindiğine dikkat çekmiştir⁷⁴³. Bir başka Genel Yorum'da ise Komite, pek çok kadının cinsiyetin, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya etnik kimlik, engel durumu, medeni hal, mültecilik, göçmenlik vb. herhangi bir statü kesişmesi sebebiyle bileşik bir dezavantajlı olma durumuyla neticelenen farklı ayrımcılık türlerini tecrübe ettiğine yer vermiştir⁷⁴⁴. Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı hakkındaki Genel Yorum'unda da Komite, belirli gruplara mensup olan kişilerin cinsel ve üreme sağlığı bağlamında kesişimsel ayrımcılıktan orantısız bir biçimde etkilendiklerine yer vermiştir. Komite'nin belirlediği üzere bu gruplar, belirtilenlerle sınırlı olmamak kaydıyla, yoksul kadınlar, engelli kişiler, göçmenler, yerli veya diğer etnik azınlıklar, ergenler, lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel ve intersex kişiler ile HIV/AIDS ile yaşayan kişilerden oluşmaktadır ve bu kişilerin çoklu ayrımcılığa uğrama olasılıkları daha yüksektir⁷⁴⁵. 2020 yılında yayınladığı Genel Yorum'da ise Komite, erkekler ve

⁷⁴² Truscan, Bourke-Martignon, "International Human Rights Law and Intersectional Discrimination", s. 124-125. Söz konusu Genel Tavsiyelere örnek olarak Bkz. Truscan, Bourke-Martignon, "International Human Rights Law and Intersectional Discrimination", s. 125.

⁷⁴³ ESKHK, Genel Yorum No. 5 (Persons with disabilities), 09.12.1994, para, 19 (Çevrimiçi), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4760&Lang=en, 15 Mayıs 2020.

⁷⁴⁴ ESKHK, Genel Yorum No. 16, (The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights) (art. 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), August 2005, E/C.12/2005/411, para 5, (Çevrimiçi) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJpdX7m2Tx5L7detnk4aL8Sk%2bOCLoaHsUFVMh6SviNU92S8cbmriTaya9N9pSBR%2b0tHiI%2fLewK1gfET938Og3y>, 15 Mayıs 2020. Komite 20 No.lu Genel Yorum'da ise çoklu ayrımcılık başlığı altında bazı kişilerin ya da kişi gruplarının, etnik veya dini bir azınlığa mensup kadınlar örneğinde olduğu gibi, yasaklanan birden fazla temelde ayrımcılıkla karşılaşabileceklerini ifade ederek bu tür kümülatif ayrımcılığın bireyler üzerinde, kendine özgü ve özel bir etkisinin olduğunu, bundan ötürü de bu tür ayrımcılığın özellikle dikkate alınarak düzeltilmesi gerektiğine yer vermiştir. ESKHK, Genel Yorum No. 20, para. 17. Ek olarak Komite bu Genel Yorum'da, örneğin bir sosyal hizmete erişimin engellendiği durumların engellilik ve cinsiyet gibi yasaklanan iki ayrımcılık temelini kesişmesinin gündeme geldiği durumlarda da gerçekleşebileceğini belirtmiştir (para. 27).

⁷⁴⁵ ESKHK, Genel Yorum No. 22, (On the right to sexual and reproductive health), (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22, 02.05.2016, para.

kadınlar arasında bilime eşit bir şekilde erişilememesinin çifte ayrımcılık anlamına geleceğini ifade ederek engelli kadınların çoklu ayrımcılığa maruz kaldıklarına yer vermiştir⁷⁴⁶. Görülmektedir ki Komite, farklı isimler altında da olsa çoklu ayrımcılığa Yorumlarında yer vermekte ve bu durumların yaratacağı sorunlara dikkat çekmektedir.

CHK, Sözleşme hükümlerini de göz önünde bulundurarak, çoklu ayrımcılığa engelli çocuklar ve kız çocukları özelinde yer vermiştir. Örneğin 9 No.lu Genel Yorum'da, CHS'nin engelliğe özel olarak yer veren ilk Sözleşme olduğu hatırlatılarak, birçok durumda çoklu ayrımcılık türlerinin belirli etmenlerin bir araya gelmesi ile birlikte, yerli halklara mensup engelli kız çocukları, kırsal alanda yaşayan engelli çocuklar gibi, belirli gruplara mensup olan çocukların durumlarını daha da güçsüzleştirdiği vurgulanmıştır⁷⁴⁷. Daha yakın tarihli Sokak Ortamındaki Çocuklara ilişkin Genel Yorum'da ise Komite, çocukların cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik durumu, ırk, etnik köken, yerel statü, göçmenlik durumu ve diğer azınlık statülerine dayalı olarak çoklu ve kesişimsel ayrımcılık türleriyle karşı karşıya kalabileceklerine işaret etmiştir⁷⁴⁸.

EKKH ise ayrımcılık yasağı ve eşitlik hakkında 2018 yılında yayınladığı Genel Yorum'da pek çok ulusal kanunun ve politikanın, engellilerin dışlanmaları ve toplumdan uzaklaştırılmaları ile ayrımcılık ve şiddete maruz bırakılmalarının devam

30, (Çevrimiçi)
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TLM%2bP3HJPzxjHySkUoHMAvD%2fpyfcp3YlZg,> 15 Mayıs 2020.

⁷⁴⁶ ESKHK, Genel Yorum No. 25, (On science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)), E/C.12/GC/25, 30.04.2020, para 30 ve para 35, (Çevrimiçi)
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQdxONLLLJiul8wRmVtr5Kxx73i0Uz0k13FeZiqChAWHKFuBqp%2b4RaxfUzqSAfyZYAR%2fq7sqC7AHRa48PPRRALHB,> 15 Mayıs 2020.

⁷⁴⁷ CHK, Genel Yorum No. 9 (The rights of children with disabilities), 2006, CRC/C/GC/9, 27.02.2007, para. 8 (Çevrimiçi)
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vHrn2YtdG04ZjHSiu4mMCNKxeV7PxOOmQZL5v2IpgSJyXYy3ETTtUI65KMAgOvcRYyPXQKoIa4QlaTvSVKFUBC0,> 16 Mayıs 2020.

⁷⁴⁸ CHK, Genel Yorum No. 21, (On children in street situations), CRC/C/GC/21, 21.06.2017, para. 26, (Çevrimiçi)
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vEfsFWjOdIKsIb9tVif2Lw3bJZ6aysl1yrgxbwtvU3h5wuf0CV5aKla03pvDcq%2bUedS97nOxmLZF%2bfcuCUwMZpo,> 16 Mayıs 2020.

etmesine neden olduğunu belirtmekte ve bu kanunların ve politikaların çoğunlukla çoklu ve kesişen ayrımcılığı tanımadıklarına işaret etmektedir. Komite'ye göre ayrımcılık, engellilik ya da cinsiyet gibi tek bir özellikte ya da çoklu ve/veya kesişen özelliklerde ortaya çıkabilir. “Kesişen ayrımcılık” ise engelli ya da engellilikle ilişkili bir bireyin engellilikle birlikte renk, cinsiyet, dil, din, etnik köken, toplumsal cinsiyet ya da diğer statülere bağlı olarak ayrımcılığa maruz kalması durumunda ortaya çıkar. Kesişen ayrımcılık, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık, makul uyumlaştırma yapılmaması ya da taciz şeklinde görülebilir. Örneğin, erişilemez bir format sebebiyle genel sağlıkla ilgili bilgilere erişimin tanınmaması engellilik temelinde tüm bireyleri etkilerken, görme engelli bir kadının aile planlaması hizmetlerine erişiminin tanınmaması, engelliliğinin ve cinsiyetinin kesişiminden ötürü onun bu haklarını sınırlamaktadır. Birçok durumda, bu temelleri ayırmak zordur. Taraf Devletler, engellilere yönelik çoklu ve kesişen ayrımcılığı ele almalıdır. Komite'ye göre “çoklu ayrımcılık”, bir kimsenin ayrımcılığın bileşik veya daha ağır bir şekliyle iki ya da daha fazla temelde ayrımcılık yaşayabileceği bir durumdur. Kesişen ayrımcılık, çeşitli nedenlerin aynı anda ve birbirinden ayrılmaz şekilde etkileşime girdiği, bundan ötürü de kişileri kendine özgü dezavantaj ve ayrımcılık türlerine maruz bıraktığı bir durumu ifade etmektedir⁷⁴⁹. Engelli Kişilerin

⁷⁴⁹ EKHK, Genel Yorum No. 6, (On equality and non-discrimination), CRPD/C/GC/6, 26.04.2018 para. 19, (Çevrimiçi) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsnbHatv uFkZ%2bt93Y3D%2baa2qtJucAYDOCLUtyUf%2brfiOZckKbzS%2bBsQ%2bHx1IyvGh6ORVZnM 4LEiy7ws5V4MM8VC4khDIZJSuxotVqfulsdtPv>, 18 Mayıs 2020. Komite ayrıca “her temelde ayrımcılığa” karşı korumanın, tüm olası ayrımcılık temellerinin ve bunların kesişimlerinin dikkate alınması gerektiği anlamına geldiğini ve ayrımcılık temellerinin bu sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte engellilik, sağlık durumu, hastalığa karşı genetik veya diğer yatkınlıklar, ırk, renk, akrabalık, cinsiyet, hamilelik ve analık/babalık, medeni, ailevi ya da kariyer durumu, toplumsal cinsiyet ifadesi, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal, etnik, yerel veya toplumsal köken, göçmen, mülteci veya iltica durumu, ulusal bir azınlığa mensup olmak, ekonomik veya mülkiyet durumu, doğum ve yaş ya da bu temellerden herhangi biriyle ilişkili olan herhangi bir temelin veya özelliğin kombinasyonunu içerdiğini vurgulamıştır (para. 21). Komite daha eski tarihli engelli kadınlar ve kız çocukları üzerine yayınladığı 3 No.lu Genel Yorum'da da engelli kadınların ve kız çocuklarının hayatın pek çok alanında, örneğin eğitimde fırsat eşitliği, ekonomik olanaklar, sosyal etkileşim ve adalet, hukuk önünde eşit tanınma, siyasete katılabilme ve örneğin cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili hizmetleri de içerecek şekilde sağlık hizmetleri ve nerede, kiminle yaşamak istediklerine dair çeşitli bağlamlarda kendi hayatlarını kontrol edebilmelerine yönelik engellerle karşılaştıklarını belirterek, bu engellerin kişiler açısından çoklu ve kesişen ayrımcılığa sebep olduklarını ifade etmiştir. EKHK, Genel Yorum No. 3, para. 2. Komite bu Yorum'da ayrıca engellilerle ilgili uluslararası ve ulusal kanunların ve politikaların engelli kadınları ve kız çocuklarını ihmal edilmesi ve engelliğin önemsenmeyip görmezden gelinmesi engelli ve kız çocuklarına karşı çoklu ve kesişimsel ayrımcılık biçimlerini kalıcı hale getirdiğine yer vermiştir (para 3). Bu doğrultuda Komite, çoklu ayrımcılığı, bir kişinin iki ya da

Hakları Sözleşmesi'nin en yeni insan hakları sözleşmesi olması Engelli Kişilerin Hakları Komitesi'nin Yorumlarında etkili olmakta ve Komite insan hakları konusundaki gelişmelere uygun olarak görüşlerini beyan etmektedir. Bu doğrultuda Komite'nin insan hakları hukuku alanında çoklu ayrımcılık sorununun ele alınması açısından önemli bir rolü olduğu da söylenebilir.

AİHS'te ise ayrımcılık hem Sözleşme'nin 14. maddesinde hem de 12 No'lu Protokol'de çok sayıda temelde yasaklanmıştır. Esasen Sözleşme, açık uçlu bir yaklaşım sergilemesi sebebiyle açıkça belirtilmeyen temelleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme, teorik olarak birden fazla temelde ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunulmasını mümkün kılmaktadır. Düzenleme bu şekilde olmasına rağmen çoklu veya kesişimsel ayrımcılık ifadeleri AİHM tarafından kullanılmamaktadır. Örneğin *N.B. v. Slovakia* davasında⁷⁵⁰ Roman bir kadın, devlet hastanesinde zorla sterilizasyon operasyonuna maruz bırakıldığından hem ırk/etnik köken hem de cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. Mahkeme, çoklu ayrımcılığa açıkça atıfta bulunmamış ama “*kadınların önceden bilgilendirme yapılmaksızın sterilizasyon uygulamasının çeşitli etnik gruplara mensup hassas durumdaki bireyleri etkilediğini*”⁷⁵¹ belirtmiş ve Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme'nin daha yakın tarihli vakalarda ise örtük de olsa çoklu ayrımcılığı tanıdığı anlaşılmaktadır. *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* kararı⁷⁵² bu açıdan önemli olarak addedilebilir. Davanın konusu, jinekolojik bir ameliyat esnasında tıbbi ihmale maruz kalan kadın başvuranın açtığı davada kazandığı tazminat miktarlarını temyiz esnasında azaltan Yüksek İdare Mahkemesi'nin verdiği karardır. Zira Yüksek İdare Mahkemesi, tazminat miktarını düşürürken, başvuranın elli yaşında ve iki çocuk annesi olduğunu vurgulamış ve artık cinselliğin onun için, daha genç yaştaki bir kadına kıyasla, o kadar da önemli olmadığı varsayımında bulunmuştur. AİHM, Yüksek İdare

daha fazla temelde ayrımcılığı deneyimlediği ve bileşik ya da daha ağır bir şekilde ayrımcılığa neden olan durumlar; kesişen ayrımcılığı da birden çok ayrımcılık temellerinin aynı anda birbirinden ayıramayacak şekilde kesiştiği durumlar olarak tanımlamıştır (para 4).

⁷⁵⁰ AİHM, *N.B. v. Slovakia*, Application No. 29518/10, 12.06.2012. Benzer bir karar için bkz. AİHM, *V.C. v. Slovakia*, Application No. 18968/07, 8 November 2011.

⁷⁵¹ AİHM, *N. B. v. Slovakia*, para. 121.

⁷⁵² AİHM, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, Application No. 17484/15, 25 July 2017.

Mahkemesi'nin gerekçesinin hatalı olduğuna değinmiş ve başvuranın yaşının ve cinsiyetinin Mahkeme'nin nihai kararında belirleyici faktörler olduğunu, bu temellere dayanarak muamelede farklılık yaratıldığını tespit ederek AİHS md.8 ve md.14'ün ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM bu kararında da açık bir biçimde çoklu ayrımcılık ifadesine yer vermemiştir fakat başvuranın uğradığı ayrımcılığın yaşından ve cinsiyetinden kaynaklandığını vurgulamıştır⁷⁵³.

AB hukukunda ise ayrımcılıkla ilgili Direktifler sabit kategorileri barındırmaktadır. Direktiflerde cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelim temel alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Ancak AB mevzuatında çoklu ayrımcılığı yasaklayan açık ve bağlayıcı bir mevzuat yoktur⁷⁵⁴. Direktiflerin ırk ve etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim ve cinsiyet ayrımcılığı olmak üzere farklı şekillerde biçimlendirilmeleri çoklu ayrımcılık iddialarında bulunanların birden fazla direktife atıfta bulunmalarını gündeme getirebilmektedir. ABAD ise çoklu temelde gerçekleşebilecek olan vakalara ilişkin Direktiflerde düzenleme bulunmadığından, önüne gelen az sayıdaki çoklu ayrımcılık iddialarını tek temelli (single-axis) bir yaklaşım çerçevesinde değerlendirmektedir. Divan, bazı davalarda karmaşık eşitsizlik ilişkilerini ele almakla birlikte tek bir temele dayalı olarak sonuca varmaktadır. Çünkü belirli grupların yaşadığı özel ayrımcılık durumlarını yansıtacak yeni temeller yaratmanın kendi yetki alanında bulunmadığını ileri sürmektedir. Buna karşılık Divan'ın yeni bir altgrup yaratmaksızın Direktiflerde yer verilen grupları birleştirebileceği ama her

⁷⁵³ Mahkeme'nin çoklu temelde gerçekleşen ayrımcılık durumlarına ilişkin ele aldığı diğer davalar için bkz. **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 61.

⁷⁵⁴ Avrupa Birliği'nde çoklu ayrımcılık kavramına doğrudan yer verilmemekle birlikte Avrupa Komisyonu gibi organlar çoklu ayrımcılığın bir sorun olduğunun farkındadır. Öyle ki Komisyon, soruna dikkat çekmek ve önemini ortaya koyabilmek adına *GendeRace* isimli bir pojenin yürütülmesini ve **Tackling Multiple Discrimination: Practices, policies and laws** adlı raporun hazırlanmasını sağlamıştır. Buna karşılık Direktiflerde çoklu ayrımcılık olgusu ele alınmamıştır. Gerçi, gerek Irk Eşitliği Direktifi'nin gerekse İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin başlangıç bölümünde, Avrupa Topluluğu'nun, ırk ya da etnik kökene bakılmaksızın eşit muamele ilkesini uygularken, Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 3(2) maddesi uyarınca eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı ve özellikle çoğunlukla kadınlar çoklu ayrımcılığın mağduru olduklarından, kadınlar ve erkek arasındaki eşitliğin teşvik edilmesinin amaçlanması gerektiği vurgulanmıştır (2000/43/EC sayılı Direktif, Başlangıç, para. 14 ve 2000/78/EC sayılı Direktif, Başlangıç, para 9.). Buna karşılık söz konusu Direktiflerin maddelerinde çoklu ayrımcılığa değinilmemiştir. Direktiflerin bağlayıcı olmayan başlangıç kısımlarının haricinde çoklu ayrımcılığa yer vermeleri, üye ülkeler açısından bu konuda bir düzenleme yapma yükümlülüğü bulunmadığına işaret etmektedir. Ayrıca 2004/113/EC sayılı Direktif ve 2006/78/EC sayılı Direktiflerde bu konuda bir düzenleme bulunmadığı belirtilmelidir.

direktifin kapsamının farklı olması nedeniyle bu yöntemin de sınırlamayla karşılaacağı belirtilmektedir⁷⁵⁵.

Türk hukukunda çoklu ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler nasıldır diye incelediğimizde karşımıza ilk olarak Engelliler Hakkında Kanun çıkar. Kanunun Genel Esaslar başlıklı 4. maddesinde kanun kapsamında bulunan hizmetlerin yerine getirilmesinde “Engeli olan kadın ve kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmaları önlenerek hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının sağlanması esastır” ifadesi yer almaktadır (md. 4(h)). Bu bentte engelli olan kadınların ve kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa uğramalarının önlenmesinin gerektiği düzenlenmiştir. Buradaki çok yönlü ayrımcılık ifadesinin, çoklu ayrımcılığa karşılık gelecek şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Düzenlemenin sadece engellilik ve cinsiyet temelinde konuyu gündeme getirdiği vurgulanmalıdır. Bu sorun TİHEK Kanunu aracılığıyla çözüme kavuşturulmuştur. Çoklu ayrımcılık TİHEK Kanunu md. 4 (c)’de ayrımcılık türleri arasında gösterilmiş, md. 2 (ç)’de ise “Ayrımcı uygulamanın birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkili olması durumu” olarak ifade edilmiştir.

D. Makul Uyumlaştırma Yapılmaması

1. Makul Uyumlaştırma Kavramı

Eşitlik anlayışı ile ilgili olan makul uyumlaştırma/(düzenleme) (reasonable accommodation), bazı kişilerin sahip oldukları, engellilik, cinsiyet, yaş, ırk, etnik köken veya dil gibi bazı özellikleri nedeniyle topluma eşit ve tam olarak katılmalarının mümkün olmadığına yönelik bir gözlemle ilgilidir. Zira bu kişiler, söz konusu özellikleri nedeniyle konvansiyonel bir biçimde bir işi yerine getirmek ya da belirli alanlara ulaşmak konusunda engellerle karşılaşmaktadırlar. Bu engellerin

⁷⁵⁵ **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 62-63. ABAD’ın *David L. Parris v. Trinity College Dublin and Others*, (C-443/15 European Union (EU): C:2016:897) , *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebes- trijding v. G4S Secure Solutions (NV)*, C-157/15 EU: C:2017:203) ve *Asma Bougnaoui and ADDH v. Micropole SA*, (C-188/15 EU: C:2017:204) kararlarını kesişimsellik açısından değerlendiren bir çalışma için bkz. Dagmar Schiek, “On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU)”, **International Journal of Discrimination and the Law**, 2018, Vol. 18(2-3), ss. 82–103.

ardında ise toplumun, çoğunlukta bulunan kişilerin sahip oldukları özelliklerine göre, onların ihtiyaçları temelinde örgütlenmesi bulunmaktadır. Toplumun bu şekilde örgütlenmesi nedeniyle de bu örgütlenmenin üzerine kurulu olduğu özelliklerden farklı özelliklere sahip olanların istihdam, hizmet veya diğer faaliyetlere erişimleri mümkün olamamaktadır. Bunun anlamı, aslında herkese açık olması gereken bir istihdam veya hizmet sunumundan, sahip oldukları özellikler ile fiziksel, sosyal veya normatif ortam arasındaki olumsuz etkileşim nedeniyle, bazı kişilerin yoksun kalmalarıdır⁷⁵⁶.

Yalın bir biçimde, kişilerin durumlarına ve ihtiyaçlarına dayalı olarak, kişilerin, istihdama ve hizmetlere eşit şekilde erişimleri için sahip olmaları gereken destek ve ayarlamalar anlamına gelen makul uyumlaştırma kavramının iki bölüme ayrıldığı ifade edilebilir. İlk olarak bir uyumlaştırma, uyarlama söz konusudur. Fakat belirtilmelidir ki “uyumlaştırma” (accommodation) yerine farklı ülkelerde farklı ifadeler kullanılmaktadır. Örneğin Birleşik Krallık’ta “ayarlama” (adjustment), Finlandiya’da “adım” (step), Fransa’da ve İrlanda’da “uygun önlem” (appropriate measures) uyumlaştırma yerine kullanılmaktadır. Ancak kullanılan farklı ifadelerin özünde bir farklılaşmaya yol açmadığı ve bütün bu ifadelerin aynı anlamı taşıdığı belirtilmektedir⁷⁵⁷. Farklı ülkelerde farklı şekilde ifade edilen uyumlaştırma, normal prosedürlerin, yöntemlerin ve altyapının uyarlanması gereğine işaret eder. Uyumlaştırma/uyarlama, ilgili kişilerin bir hakka veya mal ya da hizmete etkili şekilde erişmelerine, örneğin istihdama erişimleri, katılmaları veya ilerlemeleri için gerekli olan tedbirlere, olanak tanınmalıdır. Hangi tür bir uyumlaştırmanın gerekli olduğunun değerlendirmesi, kişinin durumunun titiz bir şekilde ele alınmasını gerektirir. Benzer şekilde ilgili kişinin istihdam edildiği yerin veya işin koşullarının da dikkate alınması önem arz eder. Bunun anlamı, uyumlaştırmanın yapılması söz konusu olduğunda her durumu dikkate alan tedbirlerin önceden bilinip buna göre düzenlemeler yapılmasının ve dolayısıyla kanunlarca uygun ve gerekli tedbirlerin kesin bir listesinin hazırlanmasının her zaman mümkün olmamasıdır. Kanunlar bu

⁷⁵⁶ Emmanuelle Bribosia, Isabelle Rorive, **Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?**, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, Supervised by Lisa Waddington, Luxembourg, European Commission, 2013, s. 8.

⁷⁵⁷ Lisa Waddington, Anna Lawson, **Disability and Non Discrimination Law in the European Union**, Luxembourg, European Union, 2009, s. 26.

noktada ancak uyumlaştırma türlerini örnek olarak gösteren genel nitelikte açıklayıcı bir liste hazırlayarak ne tür düzenlemeler yapılabileceği hususunda aydınlatıcı bir rol oynayabilirler⁷⁵⁸.

Makul uyumlaştırma ile ikinci olarak, uyumlaştırmanın makul olması gerektiğini belirtilmektedir. Fakat “makul” dan anlaşılması gerekenin ne olduğu ve makul uyumlaştırma kavramı içerisindeki rolü biraz sorundur⁷⁵⁹. Bu noktada makul uyumlaştırmanın, örneğin işle ilgili konularda, hem işveren hem de çalışan açısından ele alınabileceği ifade edilebilir. İşverenin çalışan için düzenleme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır ancak bu yükümlülüğü makul olmalı, işverene orantısız bir yük (disproportional burden) yüklememelidir⁷⁶⁰. Çalışan açısından durum ele alındığında ise, onun kendi durumuna uygun bir uyumlaştırmanın yapılması talebini gündeme getirir. Bu ise işverenlere önceden hazırlanmış sınırlı bir listenin sunulması ile giderilemeyecek bir husustur, talepte bulunan her bir çalışanın ihtiyaçlarının ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektirmektedir.

İnsan haklarından eşit bir şekilde faydalanılmasında sadece önyargıların yıkılmasına yönelik çalışmaların yapılması yeterli olmamakta, bu önyargıların yöneltildiği kişilerin topluma dahil olabilmeleri için karşılaştıkları fiziksel, idari, kanuni ya da başkaca engellerin de kaldırılması gerekmektedir. Söz konusu kişilerin karşılaştıkları bu engellerin kaldırılması noktasında ise gündeme makul uyumlaştırma yapılması gelmektedir. Makul uyumlaştırma, yükümlülük altında olan kişilerin, ki bu kişiler işverenler, kamu makamları, malları veya hizmetleri sunanlar olabilir, politikalarını, uygulamalarını ve tesislerini ilgili kişilerin karşılaşacakları engelleri kaldırmak için makul adımlar atarak ayarlamalarda bulunmalarıdır⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ Waddington, Lawson, **Disability and Non Discrimination Law in the European Union**, s. 25.

⁷⁵⁹ Waddington, Lawson, **Disability and Non Discrimination Law in the European Union**, s. 26.

⁷⁶⁰ Bu sebeple makul uyumlaştırmanın, yükümlülük sahibine orantısız veya aşırı bir yük getirmemesi halinde mümkün olduğu yani makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünün her koşulda, ne olursa olsun, gerçekleştirilmesi gereken bir yükümlülük olmadığı ve makul uyumlaştırmanın yükümlülük sahibi üzerinde orantısız ya da aşırı bir yük oluşturmaması halinde yerine getirilmemesinin ayrımcılık teşkil etmeyeceği ortaya çıkmaktadır.

⁷⁶¹ Anna Lawson, “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and European Disability Law: A Catalyst for Cohesion?” , **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**, Ed. Oddny Mjoll Arnardottir, Gerard Quinn, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, ss. 81-109, s. 93. İdil Işıl Gül ise fiziksel engelliler ekseninde yaptığı çalışmada makul uyumlaştırmanın erişilebilirlik ile ilişkili olduğunu ve

Örneğin engelli kişilerin toplumsal yaşama katılımlarının sağlanması için gerekli olan düzenlemelerin ilgili yükümlülüğün taşıyıcıları tarafından yerine getirilmesi makul uyumlaştırmanın bir gereğidir⁷⁶².

Makul uyumlaştırma, herkese eşit muameleye odaklanan ve insanların sahip oldukları farklılıklara gözlerini kapayan şekli eşitlik anlayışına, bu farklılıkların dikkate alınmasını sağladığı için bir anlamda meydana okumaktadır⁷⁶³. Makul uyumlaştırma yapılması yükümlülüğünün maddi eşitliğe doğru bir ilerlemeyi ise birkaç şekilde temsil ettiği görülmektedir. İlki, söz konusu eşitliğin asimetrik olmasıdır. Makul uyumlaştırma farklı ya da daha uygun bir muamele aracılığıyla

engellilerin insan hak ve özgürlüklerinden yararlanma bakımından fırsat eşitliğini sağlamak için erişilebilirlik kurumunu tamamlayan bir araç olduğunu belirtir. Buna göre tamamlayıcılık, bu iki kurumun yani makul uyumlaştırma ile erişilebilirlik kurumlarının birbirlerini tamamlayan bir niteliğe sahip olduğu anlamını taşır ve biri olmadan diğerrinin amaca ulaşmasında yetersizlik söz konusu olur. Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, s. 268. Her ne kadar birbirlerini tamamlayıcı kavramlar olsalar da, EKHK'nın Genel Yorum'da da belirttiği üzere, erişilebilirlik ve makul uyumlaştırma arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, erişilebilirliğe ilişkin yükümlülüklerin gruplarla ilgili olduğu, makul uyumlaştırmanın ise kişilerle ilgili olduğu belirtilmelidir. İkincisi erişilebilirlik *ex ante* bir yükümlülüktür. Dolayısıyla kişilerin herhangi bir talepte bulunmaları gerekmemektedir. Makul uyumlaştırma ise *ex nunc* bir yükümlülüktür yani kişilerin kendi durumlarına uygun uyumlaştırmalar yapılmasını ilgililerden talep etmesi gerekmektedir. Sonuncu ve önemli bir diğer fark ise erişilebilirlikte, erişilebilirliği yerine getirmekle yükümlü olanların bu yükümlülüğü yerine getirmeleri *koşulsuz* bir yükümlülüktür; makul uyumlaştırmanın sağlanması ise uygulamanın aşırı yük oluşturmaması halinde gündeme gelebilmektedir. Ayrıca makul uyumlaştırma, kişinin onur, özerklik ve tercihlerini dikkate alarak ayrımcılık yasağının veya eşitliğin sağlanması anlamında bireysel adaletin sağlanmasını amaçlamaktadır. Bundan ötürü de, nadir görülen bir engeli olan kişi, herhangi bir erişilebilirlik standardı kapsamında olmayan bir uyumlaştırmanın yapılmasını talep edebilmektedir. EKHK, Genel Yorum No. 2, (Article 9: Accessibility), CRPD/C/GC/2, 02.05.2014, para. 25 ve 26, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/13/PDF/G1403313.pdf?OpenElement>, 17 Haziran 2020.

⁷⁶² Makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğü, kişilerin farklılıklarının dikkate alınması ve belirli kurallar, standartlar, politikalar, işyeri kültürlerinde veya fiziksel ortamlarda değişiklik yapılması anlamına gelir. Örneğin hijyen gerekçesiyle hayvanların girmelerinin yasak olduğu mağazalara veya restoranlara rehber köpeklerin girmelerine izin verilmesi ya da güvenlik nedeniyle belirli kıyafet kodlarının uygulandığı laboratuvar gibi çalışma yerlerinde yanmaz kumaşlardan yapılmış başörtülerinin veya türbanın takılmasına izin verilmesi uygulamaları makul uyumlaştırma düzenlemeleriyle ilgilidir. Çünkü kişilerin belirli özelliklerine uygun düzenlemeler yapılmaksızın gerçek eşitliğin ve sosyal içermenin sağlanabilmesi mümkün değildir. Bribosia, Rorive, **Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?**, s. 8.

⁷⁶³ Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere şekli eşitlik anlayışında mal veya hizmetlere erişimde kişinin mensubu olduğu grubun özelliklerinin önem arz etmemesi ve herkese benzer şekilde muamele edilmesinin eşitliğin sağlanması için yeterli olacağı görüşü ön plandadır. Bu yaklaşım, tarafsız olmak adına insanların farklılıklarını görmezden gelmeye ve toplumdaki azınlıkların haklardan yararlanmaları ve onların sosyal katılımını engelleyen sosyal engellere yönelik düzenlemeler yapmaya ihtiyaç duymaz. Halbuki bazen eşitliğin sağlanabilmesi için kişilerin sahip olduğu özelliklere, onların farklılıklarına uygun düzenlemelerin yapılması eşitliğin sağlanması için zorunludur.

kişilerin farklılıkları nedeniyle karşılaştıkları dezavantajı gidermeyi amaçlar. İkincisi, etkilenenlerin katılımını kolaylaştırmak için çevreyi değiştirmeye odaklanmasıdır. Engellilik bağlamında, bu durum, engelli olmayan kişilere göre düzenlenmiş bir ortamın engelleyici etkisini vurgulayarak ortamın engellilerin de faydalanabileceği şekilde uyarlanmasını destekler. Üçüncüsü ise makul uyumlaştırma yükümlülüğünün, pozitif bir yükümlülüğün yerine getirilmesini gerektirmesidir. Buna göre sadece tarafsız kuralların veya uygulamaların gündeme gelmesi yeterli olmamakta, aynı zamanda belirli yardımların sağlanması için de çalışmalar yapılmalıdır. Örneğin sağlık hizmetlerinden yararlanma söz konusu olduğunda işitme engelli insanlar için işaret dili tercümanlarının sağlanması yoluyla ilgili kişilerin hizmetten etkili bir şekilde yararlanmalarının sağlanması gerekmektedir⁷⁶⁴. Makul uyumlaştırma aracılığıyla dezavantajlı kişilerin ve grupların baskın normlara, düzenlemelere uyum sağlamaları yerine, gerekli uyumlaştırmalar aracılığıyla bu normlara, düzenlemelere herkesin katılımının kolaylaştırılması istenmektedir⁷⁶⁵. EKHK'ye göre makul uyumlaştırma, işyerindeki bilgisayar sistemlerinin ayarlanması⁷⁶⁶, tramvay duraklarında yolculara tramvayın gidiş-geliş yönlerinin ve mevcut durağın adının iletilmesi için ses sistemlerinin kurulması⁷⁶⁷, sağlık hizmetleri ortamında değişiklikler yaparak engelli kadınların mamografi çekilmelerinin sağlanması⁷⁶⁸, jüri üyesine işaret dili tercümanının sağlanması⁷⁶⁹ gibi farklı şekillerde yapılabilir.

⁷⁶⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 215-217.

⁷⁶⁵ Kısacası makul uyumlaştırma kavramı eşitlik ilkesinin gelişiminde önemli bir fikri ifade etmektedir. Bu fikir, belirli gruplara mensup kişilerin istihdam veya hizmetlere erişmelerinin mümkün olmamasının, bu kişilerin özelliklerinden ziyade onların durumları göz önünde bulundurulmadan tasarlanan ortamlardan da kaynaklandığı ve buna ilişkin çözümlerin üretilmesi gerektiğidir. Bu da dikkatlerin, bir istihdam fırsatından veya bir hizmetten faydalanması engellenen kişinin özellikleri yerine ilgili fırsatlara ya da hizmetlere erişimleri engelleyen koşullara çekilmesini gerektirir. Makul uyumlaştırma, eşit fırsatları garanti ederek ve herkesin özelliklerinin farklı olabileceğini göz önünde bulundurarak topluma tam olarak katılmalarını sağlamak için ilgili bağlamın uyarlanmasını amaçlamaktadır. Bribosia, Rorive, **Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?**, s. 66.

⁷⁶⁶ EKHK, *Marie-Louise Jungelin v Sweden*, Communication No. 5/2011; CRPD/C/12/D/5/2011, 14 November 2014.

⁷⁶⁷ EKHK, *F v Austria*, Communication No. 21/2014, CRPD/C/14/D/21/2014, 21 August 2015.

⁷⁶⁸ EKHK, Genel Yorum No 3, (on women and girls with disabilities), CRPD/C/GC/3, 25 November 2016 para. 17(d) (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en, 18 Haziran 2020.

Makul uyumlaştırma söz konusu olduğunda, uyumlaştırmalara ilişkin farklı yaklaşımların takip edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin işverenler, istihdam ile ilgili bir konu gündemde olduğunda aşırı maliyete yol açan ve uygun olmayan düzenlemeler yapmaktan kaçınabilir. Bu ilk yaklaşımda, yapılması gereken uyumlaştırmalar işyerinin faaliyetlerini aşırı derecede değiştirecek ve iş yerinin güvenliğinde sorunlara yol açacaksa, söz konusu uyumlaştırmalar makul olmadıkları için yapılmayabilirler. Burada incelenecek olan husus, ilgili düzenlemeler sonucunda işverenlerin orantısız bir yük ile karşılaşp karşılaşmadıklarıdır. Bunu tespit edebilmek için de şirketin, örgütün büyüklüğü, finansal durumu, iş güvenliği vs. gibi hususlar değerlendirilmektedir⁷⁷⁰. Ancak başka bir yaklaşım ise önemli olanın “makul uyumlaştırma”nın değil “etkili uyumlaştırmalar”ın yapılması olduğunu ileri sürer. Burada uyumlaştırma yapılması beklenen kişilerin ya da konuların ihtiyaçları doğrultusunda harekete geçilmesi ön plana çıkar. Bu yaklaşım, işverenin uyumlaştırma yapmak zorunda olup olmadığını belirlemek için, iki aşamalı bir testin uygulanmasını gerektirir. Bu testte ilk olarak, uyumlaştırmının uygunluğu ve elverişliliği araştırılır. Örneğin düzenlemenin engelli kişinin ilgili işi yapmasına imkan verip vermediği ve o işin yapılmasının önkoşulu olup olmadığı incelenir. Eğer bu sorulara verilen yanıtlar olumlu ise ikinci aşamaya geçilir. Bu aşamada da işverenin yükünün orantılı olup olmadığının değerlendirmesi yapılır⁷⁷¹.

Makul uyumlaştırmının yükümlülük sahibine orantısız veya aşırı bir yük getirmemesi önemlidir. Zira makul uyumlaştırma ile amaçlanan hem yükümlülük sahibinin hem de ilgili kişinin haklarının dengelenmesidir. Bu sebeple makul bir uyumlaştırmının yapılp yapılmadığının belirlenmesi için gerçekleştirilen

⁷⁶⁹ EKKH, *Gemma Beasley v. Australia*, Communication No. 11/2013, CRPD/C/15/D/11/2013, 25 May 2016.

⁷⁷⁰ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 252. EKKH de makul uyumlaştırma için vaka temelli bir yaklaşımın gerektiğini ve bu noktada finansal maliyetlerin, kamusal yardımları da içeren mevcut kaynakların, uyumlaştırma yapmakla yükümlü olan tarafın büyüklüğünün, yapılması gerekenlerin kurum ya da kuruluş üzerindeki etkisinin, üçüncü taraflara sağlanan faydaların, diğer kişiler üzerindeki olumsuz etkilerin ve makul sağlık ve güvenlik gereksinimlerinin dikkate alınması gereken potansiyel faktörler olduğunu vurgulamaktadır. EKKH, Genel Yorum No. (6 On equality and non-discrimination), CRPD/C/GC/6, 26 April 2018, (Çevrimiçi) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsnbHatv uFkZ%2bt93Y3D%2baa2qtJucAYDOCLUtyUf%2brfiOZckKbzS%2bBsQ%2bHx1IyvGh6ORVZnM4LEiy7ws5V4MM8VC4khDIZJSuxotVqfulsdtPv>, 14 Haziran 2020.

⁷⁷¹ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 252.

ayarlamaların ilgili yani “gerekli” ve “uygun” olup olmadıklarının ya da söz konusu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamada etkili olup olmadıklarının değerlendirilmesi önemlidir⁷⁷². Bu noktada gerekli terimi ile kastedilen, yapılacak uyumlaştırmanın gerçek bir ihtiyaca karşılık gelmesi, uygun terimi ile kastedilen ise mevcut durumlar altında elverişli olmasıdır. Zira makul uyumlaştırmanın hukuken ya da uygulamada “uygulanabilir” olması gerekmektedir. Eğer bir uyumlaştırma hukuken veya maddi olarak imkansızsa uygulanamaz⁷⁷³.

2. Makul Uyumlaştırma Yapma Yükümlülüğünün Ele Alındığı Temeller

Hukuki bir kavram olarak makul uyumlaştırma, kendine ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde⁷⁷⁴, kısa bir süre sonra da Kanada hukukunda gündeme gelmiştir. Hem ABD’de hem de Kanada’da kavram ilk olarak din ve inanç temelinde ayrımcılığa karşı bir koruma mekanizması olarak ortaya çıkmıştır. Daha sonra diğer ayrımcılık nedenleri, örneğin ABD’de öncelikle kamu sektöründe, 1990 yılındaki

⁷⁷² EKHK, Genel Yorum No. 6, para. 26/c.

⁷⁷³ EKHK, Genel Yorum No. 6, para. 26/b. Makul bir uyumlaştırmanın yükümlülük sahibine orantısız veya aşırı bir yük getirip getirmediğinin belirlenmesinde uyumlaştırmanın yapılması için kullanılan araçlar ile söz konusu hakkın kullanılmasını ifade eden amaç arasındaki orantılı ilişkinin değerlendirilmesi yapılmaktadır. EKHK, Genel Yorum No. 6, para. 26/d. Görülmektedir ki uyumlaştırma yapılması işveren için katlanılması güç finansal maliyetleri ortaya çıkarabilir veya işin ciddi bir şekilde aksaması gibi sıkıntıların doğmasına neden olabilir. Makul uyumlandırmada temel olan, örneğin istihdam alanındaki bir husus söz konusu olduğunda, çalışanın ve işverenin karşılıklı anlayışla uyumlaştırmanın yapılması için çaba harcamalarıdır. Örneğin fiziksel engelli bir çalışanın çok katlı ve asansörü olmayan bir işyerinde evrak getirip götürme işini yerine getirebilmesi için işverenin asansör kurmasını talep etmesi işveren açısından büyük bir zorluk teşkil edebilir. Bunun yerine engelli kişinin başka bir pozisyona alınması veya rahatlıkla ulaşabileceği fiziksel mekanlarda bu görevi yerine getirmesi ve ek başka işlerle de meşgul olması yönünde bir düzenleme yapılabilir.

⁷⁷⁴ Makul uyumlaştırma ifadesi, kanunlarda yer almadan önce *Minersville School Dist v. Gobitis US* davasında, karara muhalefet şerhi koyan Yargıç Stone tarafından kullanılmıştır. Bkz. Refia Kaya, “Reasonable Accommodation for Age”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* XXXIII No.1 February 2020, ss. 115-143, s. 117. Söz konusu dava, Yehova şahitleri mensubu olan ve zorunlu eğitim yaşındaki öğrencilerin, gittikleri okulda zorunlu olarak her gün gerçekleştirilen ulusal bayrağın selamlanması uygulamasını reddetmeleri üzerine okuldan atılmalarına dairdir. Yargıç Stone hariç, davayı inceleyen Yüksek Mahkeme yargıçları okul yönetiminin kararının uygulanması yönünde karar vermişlerdir. Ancak Yargıç Stone, ABD Anayasası uyarınca hükümetin menfaatleri ile özgürlüğe ilişkin konular arasında uyumsuzluk olduğunda ve hükümetin işlevlerinin yerine getirilmesinin belirli anayasal kısıtlamalarla çelişmesi halinde, mümkün olduğu ölçüde, her ikisinin de esaslarının korunarak, aralarında makul bir uyumlaştırmanın yapılabileceğine işaret etmiş ve bu tür bir uyumlaştırmanın makul bir şekilde mümkün olup olmadığının belirlenmesinin de mahkemelerin görevi olduğunu belirtmiştir. Söz konusu karar için bkz. *Minersville School Dist v. Gobitis US*, (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/310/586>, 15 Haziran 2020.

Americans with Disabilities Act ile özel sektörü de kapsayacak biçimde engellilik temelinde, gündeme gelmiştir. Kanada’da etnik köken, yaş, aile durumu, cinsiyet, hamilelik gibi nedenler de dikkate alınmaktadır. AB’de ise makul uyumlaştırma yükümlülüğü ilk kez İstihdamda Eşitlik Direktifi’nde sadece engellilik temelinde ve istihdam alanında ortaya konulmuştur⁷⁷⁵.

Ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler grup temelli bir yapıda bulunmakta ve örneğin cinsiyet, ırk gibi özelliklerin istihdam veya diğer alanlarda ilgili bulunmaması gerektiğini şart koşturmakta, yalnızca belirli durumlarda, örneğin *bona fide* mesleki yeterlilik durumlarında, farklı ya da eşit olmayan muameleye izin vermektedir. Bu sayede ilgili özellik göz ardı edilmiş olur. Fakat kişinin uyumlaştırma gereksiniminin görmezden gelinmesi, bazı durumlarda fırsat eşitliğinden mahrum bırakılması anlamına gelir. Herkese benzer şekilde muamele edilmesinde ısrar edilmesi dezavantajlı koşulların oluşmasına yol açabilir⁷⁷⁶. Özellikle engellilik söz konusu olduğunda her engellilik durumunun aynı olmadığı ve her kişinin farklı gereksinimleri olduğuna dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla engelli kişiler için makul uyumlaştırmanın yapılarak bireysel farklılıkların gözetilmesini gerektirmektedir. Büyük oranda ilgili gruba mensup kişilerin paylaştıkları ortak özellikleri yansıtan ayrımcılık temellerinin ise mevzubahis olan engellilik olduğunda mümkün olmadığı görülmektedir. Zira engelli olmak durumu, tüm engellilerin paylaştığı ortak bir durum olsa da farklı engellik halleri, aynı ya da benzer gereksinimlere ihtiyaç duyulması anlamına gelmez. Bu da, makul uyumlaştırma yükümlülüğünün söz konusu farklılıklar gözetilerek yapılmasını gerektirir. Elbette belirli özellikler için genel düzenlemeler, örneğin görme engellilere yönelik olarak sesli uyarılar konulması, ortopedik engelliler için çeşitli alanlara asansör ve rampa yerleştirilmesi, yapılabilir. Önemli olan, engelli kişinin, belirli hizmetlere, etkinliklere erişiminin

⁷⁷⁵ Bribosia, Rorive, **Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?**, s. 9. Her ne kadar makul uyumlaştırma yapılmamasının ayrımcılık olarak değerlendirildiği ilk alan din ve inanç olsa da bu yükümlülüğünün öne çıktığı alanın büyük ölçüde, engellilerin koşullarının iyileştirilmesi yönünde adımların atılması olduğu görülmektedir. Engelli bir kişi, engeli sebebiyle fiziksel ya da sosyal çevresinde etkileşimde sıkıntılar yaşayabilir, belirli bir işi veya faaliyeti geleneksel biçimde yerine getiremeyebilir. Kişinin engeli, engeli olmayan diğer kişilerin yararlandığı bir işten veya bir fırsattan yararlanmasını engelleyebilir. Ancak makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünün getirilmesi ile engelli kişilerin de söz konusu fırsatlardan yararlanmaları amaçlanmaktadır.

⁷⁷⁶ Wadding, **Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?**, s. 187.

başkaları yardım etmeksizin bağımsız bir şekilde gerçekleştirebileceği ölçüde etkili olmasıdır⁷⁷⁷.

Din veya inanç temelinde de makul uyumlaştırma yapılması yükümlülüğü söz konusu olabilir. Örneğin işverenin, hac ziyaretine gitmek isteyen ama yeterli yıllık izin süresi olmayan çalışanın, bu yıl daha az izin kullanıp kalan izin süresinin gelecek yılki izin süresine eklenmesi talebine olumlu yaklaşması makul uyumlaştırmaya örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanı sıra çalışanların ibadet zamanları dikkate alınarak çalışma günlerinin veya saatlerinin düzenlenmesi, örneğin cumartesi ya da pazar günü çalışılmaması, kıyafet kodlarının farklı inançlar dikkate alınarak hazırlanması da dini inançlara ilişkin uyumlaştırmalar söz konusu olduğunda gündeme gelebilmektedir. Ancak özellikle çalışanların olağan davranış kurallarından farklı bir takım talepleri olduğunda, bu tür uyumlaştırmaların yapılması, tartışmaların yaşanmasının da nedenlerindendir; kadın çalışanın erkek çalışanın elini sıkmak istememesi ya da nikah memurunun aynı cinsiyete mensup kişilerin evliliklerinde görevlendirilmek istememesi örneklerinde olduğu gibi. Bu tarz talepleri olan kişilere yönelik makul uyumlaştırma yapıldığında diğer çalışanlara karşı ayrımcılık yapıldığı iddiaları gündeme gelebilmektedir⁷⁷⁸. Ayrıca engellilere yönelik makul uyumlaştırma yapılması hususunun bireysel düzlemde gündeme gelmesine rağmen dini inanç söz konusu olduğunda odak noktası bireyden ziyade grup olmakta ve örneğin dini inançlar ya da kültürel kısıtlamalar, cinsiyet eşitliği veya cinsel yönelimle ilgili bir takım zorluklar yaşanmasına sebep olabilmektedir. Makul uyumlaştırmaların din alanında uygulanması ayrıca çağdaş demokrasiler için

⁷⁷⁷ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 254-255. Özellikle istihdam alanında gündeme gelen makul uyumlaştırma yükümlülüğünün engelliler söz konusu olduğunda çalışma alanlarının, kullanılan araç-gereçlerin vs. hususların engelli kişinin durumuna uygun olarak uyarlanmasını gündeme getirecekse de makul uyumlaştırmaların sadece engellilik temelinde ve bireysel bir düzlemde ele alınacağı düşünülmemelidir. Makul uyumlaştırma yapılmadığında ayrımcılık yapıldığı iddiaları farklı ayrımcılık temellerinde de gündeme gelebilecektir. Örneğin işverenin, hamileliğinin ilk dönemlerinde olduğundan sabahları bulantısı olan kadın bir çalışanı için, sabahları trafik yoğun ve toplu taşıma araçları kalabalık olduğundan, geçici süreliğine, sabahları birkaç saatliğine evden çalışıp işe daha geç bir saatte gelmesine yönelik ayarlamalarda bulunmasını kapsadığı ifade edilebilir. İşverenin bu tür olanakları çalışanın sağlamaması makul uyumlaştırma yükümlülüğünün reddi anlamına gelebilecektir. Kadın çalışanlar için hamilelik sırasında ya da doğumdan sonra çocukla ilgilenilecek başka kişi/kişilerin bulunmaması durumunda çocuğunun okula gidiş ya da dönüş saatlerine uygun düzenlemelerin yapılmaması da makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünden imtina edildiği şeklinde yorumlanabilir.

⁷⁷⁸ Wadding, **Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?**, s. 191.

temel bir soruya da, devletlerin dini çeşitliliğine nasıl temas edeceğine, değinmektedir⁷⁷⁹. Bu tür konular iseçetrefilli tartışmaların yaşanmasına yol açmaktadırlar⁷⁸⁰.

Ayrımcılık yasağından kaynaklanan makul uyumlaştırma yapılması yükümlülüğü, günümüzde birçok devlet tarafından düzenlenmiştir. Fakat kavramın sınırlarının çizilmesi ve uygulandığı alanlar, her hukuki düzende farklıdır. Dolayısıyla makul uyumlaştırma yapmanın hangi alanlarda ve hangi temellerde hukuki bir zorunluluk oluşturduğunun belirlenmesinde, her sistem kendi yol haritasını çizmektedir. Nitekim Kanada, diğer ülkelerin aksine, makul uyumlaştırma yapılmasını istihdam alanında ve engellilik veya din ile sınırlandırılmasını yeterli görmeyerek ilaveten eğitim alanında da etnik köken, yaş⁷⁸¹, cinsiyet gibi temellerde de bu yükümlülüğün yerine getirilmesini düzenlemiştir. Zira Kanada hukukunda maddi eşitlik anlayışı önemli bir rol oynamaktadır. Avrupa Birliği ise üye devletlerin sadece istihdam bağlamında engelli bireyler lehine açık bir uyumlaştırma yükümlülüğünü güvence altına almıştır; Birliğe üye çok az sayıdaki devlette ise engelliliğin ötesinde makul bir uyumlaştırma yapılması yükümlülüğüne yer verilmiştir⁷⁸².

⁷⁷⁹ Bribosia, Rorive, **Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?**, s. 66.

⁷⁸⁰ Belirli dini gereklilikler ve genel kamu güvenliği ile ilgili olduğu iddia edilen kanunlar arasındaki dengenin nasıl sağlanacağına verilen cevaplar, tartışmaları da beraberinde getirebilmektedir. Örneğin Rastafarianların dini uygulamalarına uyum sağlanması adına esrar yasağına bir istisna sağlanabilir mi ya da türban takan Sihler motorsiklette kask takma zorunluluğundan muaf tutulabilirler mi? Bu tür sorular başka sorulara da kapı aralamaktadır; bedensel ceza yasağının, dinlerinin çocuklarını bu şekilde disipline etmelerini söylediğini savunan Hristiyanlar için nasıl ayarlanabileceği ya da bir öğretmenin sınıf içindeki öğretme faaliyetini etkilemesi halinde taktığı peçe ile ilgili nasıl bir düzenlemenin yapılabileceği gibi. Mahkemeler, genellikle başkalarının etkilendiği bu tür vakalarda istisnalara yer verilmesi konusunda isteksiz davranmaktadırlar. Fredman, **Discrimination Law**, s. 220. Din ve inanç temelli makul uyumlaştırma yükümlülüğü ile ilgili çalışmalara olarak bkz. Oscar Pérez de la Fuente, "Reasonable Accommodation Based On Religious Beliefs or Practices. A Comparative Perspective Between the American, Canadian and European Approaches"; **The Age of Human Rights Journal**, 10, June 2018, ss. 85-118; Katayoun Alidadi, "Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?", **European Law Review**, 2012, Vol. 37; I. 6, ss. 693-715; Kristin Henrard, "Duties of Reasonable Accommodation in Relation to religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality", **Erasmus Law Review**, Vol. 5, I. 1, 2012, ss. 59-77.

⁷⁸¹ Yaş temelinde makul uyumlaştırma yapılmasına ilişkin bir çalışma için bkz. Kaya, "Reasonable Accommodation for Age".

⁷⁸² Bribosia, Rorive, **Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?**, s. 66. Bununla birlikte ABD'deki ve Kanada'daki uygulamalar, makul uyumlaştırmanın geniş bir ölçekte

3. Makul Uyumlaştırmanın Hukuki Kaynakları

Makul uyumlaştırma yapılması maddi eşitliğin gerçekleştirilmesi açısından önemlidir. Bu nedenle makul uyumlaştırmanın eşitliğin bir istisnası ya da ihlali olarak değerlendirilmesi ve örneğin engellilik temelinde ilgili kişiler için farklı düzenlemelerin yapılmasının eşitliğin ihlali olduğunun ileri sürülmesi gerçek eşitliğin sağlanması çabalarının göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. Halbuki son yıllarda şekli eşitlik anlayışının ötesine geçilmesi çabaları göze çarpmaktadır. İlgili çabalar, yaşlı ve genç insanların, dini ve ırksal azınlıkların, kadınların ve diğer dezavantajlı grupların insan haklarından tam olarak yararlanabilmeleri için makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünün hukuken de tanınması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

EKHS'den önce BM bünyesindeki herhangi bir sözleşmede makul uyumlaştırma kavramına yer verilmemiştir. Sözleşme, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklamaklamanın ötesine geçip aynı zamanda engelli bireylerin insan haklarını kullanabilmeleri için makul uyumlaştırma yapılması gerektiğini açıkça kabul eden ilk insan hakları sözleşmesi olması açısından önemlidir. Sözleşme'de makul uyumlaştırma "...engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, orantısız veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri ifade eder" şeklinde düzenlenmiştir⁷⁸³. Buna ek olarak Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde de makul uyumlaştırma yükümlülüğüne yer verilmiştir. Örneğin Sözleşme'de taraf devletlerin eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılmasına yönelik gerekli tüm adımları atacakları (md.5/3), eğitim hakkı ile ilgili

uygulanmasının ortaya çıkarabileceği zorlukları da göstermektedir. Bu tür sıkıntılar, makul uyumlaştırma yükümlülüğüne ilişkin sınırların hassas bir biçimde çizilmesi gerektiğini, aksi takdirde özellikle talep edilen uyumlaştırmanın cinsiyet eşitliği gibi diğer haklarla uyumu gündeme geldiğinde çatışmaların yaşanmasına sebebiyet vereceğini göstermektedir. Ek olarak uyumlaştırmaların genel olarak uygulanan bir kuralın istisnası haline gelmesi durumunda şekli eşitlik ilkesi ve kanunların herkese eşit olarak uygulanması ilkesi ile çatışmalar ortaya çıkabilir. Son olarak iddia edilen dini kuralın varlığı anlaşmazlıkların kaynağı olarak ortaya çıkabilir ki bu da başlı başına farklı tartışmaları gündeme getirebilir. Bribosia, Rorive, **Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?**, s. 68.

⁷⁸³ EKHS md. 2.

olarak da taraf devletlerin engellilerin eğitim hakkını tanıyacaklarına ve bu hakkın fırsat eşitliği temelinde ve ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması için eğitim sisteminin bütünleştirici bir şekilde her seviyede engellileri içine almasını ve ömür boyu öğrenim imkanı sağlayacaklarına yer verilmiş; bunun için de engelli kişilerin ihtiyaçlarına göre makul düzenlemeler yapılması gerektiği ortaya konulmuştur (md. 24). Ancak esas olarak makul uyumlaştırmaların yapılmasının bir yükümlülük olması ve bunun yerine getirilmemesi halinin ayrımcılık olarak kabul edilmesi büyük önem arz etmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesinde bu durum açıkça ortaya konulmuştur⁷⁸⁴.

EKKH de Genel Yorumlarında makul uyumlaştırma kavramına sıkça başvurmuştur. Örneğin 5 No.lu Genel Yorum'da⁷⁸⁵ Komite, engellilere yönelik de jure ve de facto ayrımcılıkların uzun bir geçmişe sahip olduklarını ve çeşitli biçimlerde meydana geldiklerini belirtmiş, Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tanınmasını, bunlardan faydalanılmasını ya da bunların yerine getirilmesini etkisiz kılacak veya zayıflatacak şekilde, bir engelleme olarak yapılan engellilik temelindeki herhangi bir fark gözetme, dışlama, kısıtlama ya da öncelik tanıma veya makul bir uyumlaştırmadan yapılmamasını engellilere yönelik ayrımcılık olarak tanımlamıştır⁷⁸⁶.

Komite, gerekli gördüğü hallerde kavramın Sözleşme'de kullanılan diğer kavramlarla ilişkisini de açıklamaktadır⁷⁸⁷. Bu husus EKHS'nin 5. maddesini

⁷⁸⁴ EKHS md. 2'ye göre siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü fark gözetme, dışlama veya kısıtlama engelliğe dayalı ayrımcılıktır ve engelliliğe dayalı ayrımcılık, makul uyumlaştırmaların gerçekleştirilmemesi dahil her türlü ayrımcılığı kapsamaktadır. Sözleşme'nin engellilik temelindeki ayrımcılığa ilişkin bu tanımı, ESKHSK'nin 5 No.lu Genel Yorumu'nun 15. paragrafındaki engelliğe dayalı ayrımcılık tanım ile de örtüşmektedir. Ayrıca Sözleşme'nin 13., 14., ve 27. maddelerinde yani engellilerin adalete erişimleriyle, kişi özgürlükleri ve güvenlikleriyle ve istihdam edilmeleriyle ilgili olarak makul uyumlaştırma yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Makul uyumlaştırmadan, istihdamın yanı sıra adalete erişim, kişi özgürlükleri ve güvenlikleri, eğitim alanında da gündeme getirilmesi dikkate değer bir gelişmedir.

⁷⁸⁵ EKKH, Genel Yorum No. 5 (Persons with disabilities), 09.12.1994, para. 15, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4760&Lang=en, 14.06.2020.

⁷⁸⁶ EKKH, Genel Yorum No. 5, para. 15.

⁷⁸⁷ Makul uyumlaştırma ile ilişkili oldukları ancak makul uyumlaştırma ile karıştırılmamaları istenen konulara örnek olarak erişilebilirlik (Genel Yorum No. 2, para. 25–26 ve Genel Yorum No. 6, para. 24); adalete erişim bağlamında yapılan usuli düzenlemeler (Genel Yorum No. 6, para. 25 (d)); bağımsız yaşayabilme ve topluma dahil olma ya da hukuki ehliyetin kullanılması desteği altında

açıklığa kavuşturmaya çalışan ayrımcılık yasağı ve eşitlik hakkındaki 6 No.lu Genel Yorum'da da ortaya konulmaktadır. Bu belgede Komite, önceki Genel Yorumlardakine benzer şekilde makul uyumlaştırma ile diğer kavramlar arasındaki ilişkilere değinmiş, makul uyumlaştırma yapılması gereken durumlara yer vermiştir⁷⁸⁸. Ancak Komite'nin makul uyumlaştırma kavramını daha açık bir hale getirmeye çalıştığı da anlaşılmaktadır. Buna uygun olarak Komite şu tespitlerde bulunmuştur:

“Makul uyumlaştırma, engellilik bağlamında ayrımcılık yasağının derhal geçerli olan yükümlülüklerinin esas bölümüdür. Makul uyumlaştırma örnekleri arasında mevcut tesislerin ve bilgilerin engelli kişiler tarafından erişilebilir hale getirilmesi, ekipmanların değiştirilmesi, etkinliklerin yeniden düzenlenmesi, işin yeniden zamanlanması, eğitim programı malzemelerinin ve öğretim stratejilerinin ayarlanması, tıbbi prosedürlerin ayarlanması ya da orantısız veya aşırı bir yük olmaksızın personeli desteklemek için erişim sağlanması sayılabilir.”⁷⁸⁹

Komite ayrıca Sözleşme'nin 2. ve 5. maddeleri doğrultusunda makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünün iki kurucu kısma ayrılabilceğini ifade

kişisel asistanlar gibi destekler (Genel Yorum No. 6, para. 25(c)) gösterilebilir. Bu bağlamda Komite'nin değindiği diğer bir husus da özel önlemlere dairdir. Komite, makul uyumlaştırmanın “destekleyici edim önlemleri” dahil olmak üzere “özel önlemler” ile karıştırılmaması gerektiğini belirtmekte ve her iki kavramın da de facto eşitliği sağlamayı amaçladıklarını fakat makul uyumlaştırmanın bir ayrımcılık yapmama yükümlülüğü olmasına karşılık özel önlemlerin engelli kişilerin haklarını kullanırken karşılaştıkları tarihsel ve/veya sistematik dışlanmaya yönelik olarak diğerlerine göre tercihi bir muameleye tutulması anlamına geldiği yorumunda bulunmuştur. Özel sektörde istihdam edilen engelli kadınların sayısının düşük olması sebebiyle oluşturulan geçici tedbirler ve yükseköğretimde engelli öğrenci sayısını arttıracak destek programları özel önlemlere örnek olarak gösterilebilir. (Genel Yorum No. 6, para. 25(c)).

⁷⁸⁸ örnek olarak bkz. EHKH Genel Yorum No. 2.

⁷⁸⁹ EHKH, Genel Yorum No. 6, para. 23. Komite bu Genel Yorumda, makul uyumlaştırmanın zorunlu olmamakla birlikte, genellikle erişim isteyen kişi veya bir kişi ya da bir grup insanın ilgili temsilcileri tarafından talep edildiğini de açıklamıştır. Makul uyumlaştırma için başvuru sahibi (/sahipleri) ile müzakere edilmesi gerekmektedir ve belirli durumlarda, yapılan makul uyumlaştırmanın kolektif ya da kamu yararı vardır; diğer durumlarda ise yapılan makul uyumlandırmadan sadece başvuru sahibi(/sahipleri) yararlanacaktır. Bununla birlikte makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünün uyumlaştırma talebinin alındığı andan itibaren geçerli olan bireyselleştirilmiş bir reaktif yükümlülük olduğunu ama makul uyumlaştırmanın, yükümlülük sahibinin engelli kişiyle diyaloga girmesini gerektiren durumları da içerdiğine yer vermiştir. Makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünün, engelli kişinin bir düzenleme talebinde bulunduğu ya da ilgili yükümlülük sahibinin söz konusu kişinin bir engeli olduğunun gerçekten farkında olduğunun kanıtlandığı hususlarla da sınırlı olmadığının belirtilmesi önemlidir. Komite son olarak, makul uyumlaştırma yükümlülüğünün, potansiyel yükümlülük sahibinin söz konusu kişinin haklarını kullanmasının önündeki engelleri kaldırmak için düzenlemeye gereksinim duyabileceği bir engelinin olduğunu fark etmesi gereken durumlarda da uygulanması gerektiğine işaret etmiştir (para. 24/b).

etmiştir. Bu kurucu kısımlardan ilki, engelli bir kişinin belirli bir durumda haklarından faydalanabilmesi veya haklarını kullanabilmesi için ihtiyaç duyduğu gerekli ve uygun bir değişiklik ve ayarlama ile makul bir uyumlaştırmanın yapılması için pozitif bir kanuni zorunluluk getirmektedir. Yükümlülüğün ikinci kısmı ise gerekli olan düzenlemelerin yükümlülük sahibi üzerinde orantısız veya aşırı bir yük getirmemesini güvence altına almaktadır⁷⁹⁰. Bu hususlar ise şu şekilde açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır:

“(a) “Makul uyumlaştırma” tek bir terimdir ve “makul” bir istisna ibaresi şeklinde yanlış anlaşılmamalıdır; “makullük” kavramı, yükümlülük için ayrı bir niteleyici ya da değiştirici olarak etki etmemelidir. Bu, uyumlaştırma maliyetlerinin veya kaynakların kullanılabilirliğinin değerlendirilebileceği bir araç değildir - bu, “orantısız veya aşırı yük” değerlendirmesinin yapıldığı durumlarda sonraki bir aşamada gerçekleşir. Daha ziyade, bir uyumlaştırmanın makullüğü, engelli kişi için ilgililiği, uygunluğu ve etkinliği açısından bir kaynaktır. Bundan ötürü bir uyumlaştırma, yapıldığı amaca (veya amaçlara) ulaşırsa ve engelli bir kişinin gereksinimlerini karşılayacak uygun hale getirildiyse makuldür; (b) “Orantısız veya aşırı yük”, makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünün sınırını belirleyen tek bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Her iki terim de aynı fıkreye atıf yapıldığı sürece eşanlamlı olarak düşünülmelidir: makul uyumlaştırma talebinin düzenleme yapan taraf üzerinde olası aşırı veya gereksiz bir yük oluşturmaması sınırıyla kısıtlanması gerekir.”⁷⁹¹

Komite’nin 6 no.lu Genel Yorumu’nun insan hakları hukuku alanında eşitlik ve ayrımcılık yapmama konusunda kapsamlı bir çalışma olduğu ortadadır. Belgenin önemi, EKHS kapsamındaki genel eşitlik, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, çoklu ayrımcılık, taciz ve makul uyumlaştırma yapılması gibi kavramların normatif içeriğini de geliştirmesinden kaynaklanmaktadır. Belge, eşitlik ve ayrımcılık yapmama konusunda uluslararası hukukun ulaştığı üst noktaya işaret ettiğinden etkili bir belge konumdadır⁷⁹².

⁷⁹⁰ EKHK, Genel Yorum No. 6, para. 25.

⁷⁹¹ EKHK, Genel Yorum No. 6, para. 25 (a),(b).

⁷⁹² EKHK Genel Yorumlardaki tespitlerine ek olarak verdiği kararlarda da makul uyumlaştırma açısından değerlendirmelerde bulunmaktadır. Örneğin *Beasley v. Avustralya* kararında Komite, işitme engelli kişiye jüri görevini yerine getirebilmesi için Avustralya işaret dili (Auslan) tercümanı sağlanmamasının makul uyumlaştırma yükümlülüğünün ihlali olduğu tespitinde bulunmuştur. İlgili kararında Komite, Gemma Beasley’in jüri görevini yerine getirebilmek için kendisine tercüman

AİHS ise makul uyumlaştırma yapmamanın ayrımcılık oluşturacağına dair bir hükme yer vermemiştir. Bununla birlikte AİHM, çoğu zaman kavramı adını belirtmeksizin kullanmıştır. Mahkeme'nin önceleri örtülü, de olsa değindiği kavrama son dönemlerde ise açık bir biçimde yer verdiği görülmektedir. Bu gelişimin en önemli basamağını *Thlimmenos v. Yunanistan* kararı oluşturmaktadır⁷⁹³. İlgili kararında Mahkeme, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın durumları farklı olan kişilere farklı muamelede bulunulmamasını yani farklı durumda bulunan kişilere sanki diğerleri ile aynı durumdaymışcasına muamele edilmesinin Sözleşme'nin 14. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Zira Mahkeme, davalı devleti davaya konu olan kanunda yapması gereken istisnai düzenlemeleri yapmadığından sorumlu bulunduğunu belirtmiştir. Söz konusu kararda makul uyumlaştırma kavramı geçmemesine rağmen kararın makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğü kapsamında bir okumasının yapılabileceği ileri sürülmektedir⁷⁹⁴.

AİHM'nin karara bağladığı *Çam v. Türkiye*⁷⁹⁵ davası ise engelli öğrencilerin zorunlu olmayan eğitim alanına dahil edilmeleri ve onlar için de eşitliğin sağlanması yönünde adım atılması gerektiğini belirtmesinden ötürü önemlidir⁷⁹⁶. Bu davada, görme engeli olan kişinin Konservatuar giriş sınavlarında başarılı olmasına rağmen

sağlanması talebinin, tercümanın jüri odasına alınması durumunda gizlilik ilkesinin ihlal edileceği gerekçesiyle reddedilmesinin, taraf devletin makul uyumlaştırma yapmak için gerekli olan özeni göstermemesinden kaynaklandığına dikkat çekmiş ve Gemma Beasley'e iletişim kurabilmesi için Auslan işaret dili tercümanının sağlanmamış olmasının EKHS md. 5'in ihlali olduğu sonucuna ulaşmıştır. EKHK, *Beasley v. Avustralya*. Communication No. 11/2013, CRPD/C/15/D/11/2013, 25 May 2016. Komite'ye göre, uyumlaştırmanın makul veya orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde, taraf devletler takdir yetkisine sahip olmakla birlikte bu takdir yetkisini kullanırken nesnel ve derinlemesine bir değerlendirmede bulunmalı ve bir sonuca varmadan önce ilgili tüm hususları gözetmelidirler. Bu çerçevede, dava konusu olayda, jüri müzakerelerinin gizliliğinin sağlanmasının önemi yadsınmamakta ancak taraf devletin, örneğin işaret dili tercümanına yemin ettirilmesi gibi, hem jüri müzakeresinin gizliliğini hem de başvuran bakımından eşit muamele ilkesini güvence altına alabilecek tedbirlere başvurulması yönünde adım atmadığı açıktır. Bu bilgiler ışığında Komite'ye göre taraf devlet, başvuranın işaret dili tercümanı sağlanmasına veya simultane yazı ile iletişimin desteklenmesine ilişkin talebini gerekli özeni gösterip ayrıntılı bir şekilde değerlendirmeksizin reddetmiştir.

⁷⁹³ AİHM, *Thlimmenos v. Greece*, Application no. 34369/97, 6 April 2000.

⁷⁹⁴ Bribosia, Rorive, **Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?**, s. 24.

⁷⁹⁵ AİHM, *Çam v. Turkey*, Application No. 51500/08, 23.02.2016, para. 65-67.

⁷⁹⁶ AİHS md. 14'te engellilik durumu açıkça ayrımcılık temelleri arasında belirtilmemiştir ama Mahkeme, maddenin açık uçlu bir yaklaşımda düzenlenmiş olması nedeniyle engelli olma durumunu da içerdiğini *Glor v. İsviçre* kararında belirtmiştir. (*Glor v. Switzerland*, Application no. 13444/04, 30.04.2009, para. 80). Mahkeme bu kararda engellilerin ayrımcı muameleden korunmaya duydukları ihtiyacın gerek Avrupa ve gerekse dünya çapında kabul edildiğine işaret etmiştir (para. 53).

üniversiteye kaydının yapılmamasının, Sözleşme'deki eğitim hakkı ile ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar verilmiştir. Mahkeme'ye göre, engellilik temelinde yapılan ayrımcılık, engellilerin eğitime erişmelerini kolaylaştırmak için makul bir uyumlaştırmanın yapılmasının reddedilmesini de, kararda EKHS md. 2'deki makul uyumlaştırma tanımına da değinilmiştir, kapsamaktadır. Kararda dikkat çeken husus, başvuranın makul uyumlaştırma yapılması talebinin reddedildiğine dair bir iddiada bulunmamış olmasına rağmen taraf devletin makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediğinin araştırılmasıdır. Mahkeme, devletlerin makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğüne ilişkin takdir hakları bulunmakla birlikte bu takdir yetkisinin kullanımında özenli davranılması gerektiğini vurgulayarak makul uyumlaştırma yapmamanın ayrımcılığın bir türü olduğunu belirtmiştir. Bu açıdan Mahkeme'nin EKHS ile AİHS arasında kuvvetlenerek gelişen bir bağ oluşturduğu ileri sürülebilir. Nitekim Mahkeme, bu davadaki tutumunu *Enver Şahin v. Türkiye*⁷⁹⁷ kararında da sürdürmüş, engelli öğrencilerle diğer öğrencilerin eşit koşullarda eğitim hakkından faydalanmaları gerektiğini ve bu doğrultuda taraf devletlerin, engelli öğrencilere, yükümlülük sahibine orantısız veya aşırı bir yük getirmeyen, alternatif çözümler sunmaları gerektiğini kabul etmiştir. Bu kararlar ışığında Mahkeme'nin engellilik temelinde eğitim alanında makul uyumlaştırmalar yapılması hususunda taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirdiği söylenebilir.

ASS ve (GG)ASS'nda da makul uyumlaştırma yükümlülüğü açıkça düzenlenmemiştir. Ancak (GG)ASS md. 15'te engellilere ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bu maddede engellilerin toplum yaşamında bağımsız olma, toplumsal bütünleşme ve toplumsal yaşama katılma hakkına sahip olduklarına yer

⁷⁹⁷ AİHM, *Enver Şahin v. Turkey*, Application no. 23065/12, 30.01.2018. Bu davada başvuran, üniversite eğitimine başladıktan sonra geçirdiği kaza neticesinde felç kalmış ve fakülte yönetiminden, çalışmalarına devam edebilmek için, üniversite binalarının uyarlanmasını talep etmiştir. Talebinin reddedilmesi sonucunda da bir süre eğitimine ara vermek zorunda kalmıştır. Mahkeme, yerel makamların, engellilerin eğitim kurumlarına erişimlerinin sağlanması için yapılacaklarla ilgili fonların tahsisi ve kullanılmasını belirlemek bakımından geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını ve bu takdir yetkisinin AİHS'teki değerlendirilmesinin, uluslararası hukukun ilgili belgelerindeki koşullar gözönünde bulundurularak, özellikle de EKHS'de yer verilen makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğü ışığında, okunması gerektiğini yinelemiştir. Mahkeme üniversitenin, engelli öğrencinin, engelli olmayan öğrencilerle mümkün olduğu nispette, çalışmalarını sürdürebilmesi için orantısız veya aşırı bir yük getirmeksizin alternatif çözümlerin sunulmasında başarısız olduğunu tespit etmiş ve eğitim hakkıyla birlikte ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kararına varmıştır (para. 67-69).

verilmiştir. Engellilerin toplum yaşamında bağımsız olma, toplumsal bütünleşme ve toplumsal yaşama katılma haklarını etkin bir biçimde kullanabilmeleri için de taraf devletlerin bir takım hususları dikkate almaları gerektiği belirtilmiştir. Örneğin olağan çalışma ortamında engellilerin istihdam edilmeleri ve bu istihdamın sürdürülmesi ve çalışma koşullarının onların gereksinimlerine uygun uyarlaması, veya engelliliğin niteliği sebebiyle bu tür uyarlamaların mümkün olmadığı durumlarda, engelliğin niteliğine uygun güvenli bir istihdam şeklinin yaratılması veya işverenlerin engelli kişileri bu tür önlemler yoluyla istihdam için teşvik etmeyi taahhüt ettiklerine yer verilmiştir⁷⁹⁸.

AB hukukunda makul uyumlaştırma yükümlülüğünün yerini incelediğimizde ise kavrama ilişkin düzenlemenin sadece engellilik temelinde ve istihdam alanında tanındığı görülmektedir. 2000/78/EC sayılı Direktif, ayrımcılık kavramı başlıklı 2. maddesinde doğrudan ayrımcılığı, dolaylı ayrımcılığı, tacizi ve ayrımcılık talimatını ayrımcılık türleri olarak tanımlamasına rağmen makul uyumlaştırma yükümlülüğüne yer vermemiştir. Makul uyumlaştırma yükümlülüğü ilk olarak Direktif'in 5. maddesinde engelli kişiler için makul uyumlaştırma başlığı altında düzenlenmiştir. Madde ile amaçlanan engelli kişilere eşit muamele ilkesinin güvence altına alınmasıdır; makul uyumlaştırmanın bu ilkeyi güvenceleyeceğine inanılmaktadır. Bu doğrultuda işverenler, belirli bir durumda ihtiyaç duyulması halinde, engelli bir kişinin istihdama erişimini, katılımını veya işte ilerlemesini ya da eğitim almasını, işverene orantısız bir yük getirmediği sürece, sağlamalıdır. Bu yük, ilgili üye devletin engellilik politikası kapsamında var olan tedbirler tarafından yeterince telafi edilmesi halinde orantısız sayılmayacaktır⁷⁹⁹. 5. maddenin yanı sıra

⁷⁹⁸ (GG)AŞŞ, md. 15/3'te de taraf devletlerin, teknik nitelikte yardımları da kapsayan, iletişim ve hareket engellerinin üstesinden gelmeyi ve ulaşım, barınma, kültürel etkinlikler ve boş zaman kullanımını sağlamayı hedefleyen önlemler yoluyla engellilerin toplumla tam olarak bütünleşmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını teşvik etmeyi taahhüt ettikleri düzenlenmiştir.

⁷⁹⁹ Direktif'in başlangıç kısmındaki 21. paragrafta ise yapılacak uyumlaştırmanın orantısız bir yük getirip getirmediğinin belirlenmesi için dikkate alınacak hususlar düzenlenmiştir. Orantısız yük testi olarak ifade edilebilecek olan bu düzenlemeye göre, makul uyumlaştırma yapılması için alınacak tedbirlerde, gerekli olan mali masrafların ve diğer masrafların, kuruluşun ölçeği ve mali kaynakları ya da kamu kaynakları veya başka herhangi bir destek alma olasılığının özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca Direktif md. 2/b-ii uyarınca işveren veya Direktif'in yükümlülük doğurduğu herhangi bir kişi ya da kuruluşun ulusal mevzuat uyarınca, belirli bir maluliyeti olan kişiler açısından, söz konusu hüküm, ölçüt ya da uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajların ortadan kaldırılması için md. 5'te belirtilen ilkelere uygun düşen tedbirlerin alınması zorunluluğunun makul

Direktif'in Başlangıç bölümünün 20. paragrafında da uygun tedbirlerin sağlanması gerektiği belirtilmiş ve uygun tedbirlerin neler olabileceğine ilişkin kapsamlı olmayan bir liste sunulmuştur. İlgili maddede tesislerin ve ekipmanların, çalışma zamanlarının, görevlerin dağılımlarının uyumlaştırılması ya da eğitim veya entegrasyon için kaynakların sağlanması makul uyumlaştırma örnekleri olarak gösterilmiştir.

Direktif, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklamış ama engelliğin tanımını yapmamıştır. Dolayısıyla Direktif'e göre kimlerin engelliğe dayalı ayrımcılığa karşı korunduğu sorusunun cevabını, AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerinin vermesi gerekmektedir. Ulusal mahkemeler de Direktifle ilgili açıklığa kavuşturulması istedikleri hususları ABAD'a götürebilmektedirler. Böylece ABAD incelemesi için başvuruda bulunan davalar üzerinden engelliliği tanımlamıştır. Divan'ın *Sonia Chacon Navas v. Eurest Colectividades SA*⁸⁰⁰ davasındaki tespitine göre engellilik ile hastalık arasında farklılık vardır ve engellilik kavramı fiziksel, zihinsel ya da psikolojik yetersizliklerden kaynaklanan sınırlamalar ve ilgili kişinin profesyonel yaşama katılımını engelleyen sınırlamalar olarak anlaşılmalıdır. Direktifte engellilik kavramı kullanılmıştır ve engellilik durumu, hastalık durumundan farklı olduğundan ikisine aynı muamele yapılamayacağı açıklanmıştır. Hastalıktan kaynaklı sınırlamanın engellilik kapsamına dahil edilebilmesi için uzunca bir süredir devam ediyor olması gerekmektedir. Divan daha yakın tarihli bir kararında ise engellilik kavramının, bir profesyonel etkinliğin yerine getirilmesinin olanaksızlığı olarak değil, bir etkinliğin yerine getirilmesini engelleyen şey olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiş ve çalışma durumu part-time çalışmaya imkan veriyor olsa dahi, bu

uyumlaştırma kavramının dolaylı ayrımcılık kavramı ile ilişkisinin belirtilmesi açısından önemli olduğu zira görüşte tarafsız bir düzenlemenin, ölçütün veya uygulamanın, makul uyumlaştırmanın sağlanması şartıyla korunabileceği ileri sürülmekte; ilgili düzenleme, ölçüt ya da uygulamanın korunduğu ama makul uyumlaştırma yapılmasının gündeme gelmediği hallerde ise dolaylı ayrımcılığın oluşacağına işaret edilmektedir. Ellis, Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, s. 407. Direktif'in 17. maddesinde ise engelli kişiler için makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, Direktif'in ilgili işin temel işlevlerini yerine getirmeye veya ilgili eğitimleri almaya yetkili, yetenekli ve uygun olmayan bir kişinin işe alınmasını, terfi ettirilmesini, istihdamının devam ettirilmesini veya eğitimini gerektirmeyeceğine değinmiştir.

⁸⁰⁰ ABAD, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, Case C-13/05, 11.07.2006. Söz konusu kararın ayrıntılı bir değerlendirilmesi için bkz. Lisa Waddington, "Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006", **Common Market Law Review**, V. 44, I. 2, 2007, ss. 487-499.

engellinin sağlık durumunun, engellilik kavramı kapsamında ele alınabileceği değerlendirilmesinde bulunmuştur. Zira Divan’a göre engellilik kavramı, ilgili kişinin profesyonel yaşama tam ve etkili bir şekilde katılımını engelleyen ve uzun dönem süren bir sınırlamaya karşılık gelmekte ve bu husus yalnızca doğuştan mevcut olanları değil, bir hastalıktan kaynaklananları da içermektedir⁸⁰¹. Karar, işverenlerin, engelliliği nedeniyle uzun süre çalışamayan bir çalışana yönelik olarak makul uyumlaştırma olanağı sağlama ve böylece kişiyi işyerine yeniden entegre etme olasılığını göz ardı ederek işten çıkarma kararı vermelerinin önünde engel oluşturduğundan önemlidir.

Türk hukukunda makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğüne dair ilk düzenleme ise Engelliler Hakkında Kanun’da bulunmaktadır. Kanun’un 3. maddesinde makul uyumlaştırmanın tanımına yer verilmiştir. Bu maddede kullanılan terim ise “makul düzenleme”dir ve “Engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler” olarak tanımlanmıştır. Ayrımcılık yasağı başlıklı 4/A maddesinde ise “Eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirler alınır.” ifadesine yer verilmiştir. Md. 14 ise istihdam başlığını taşımaktadır ve “Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve engellilerin çalıştığı iş yerlerinde makul düzenlemelerin, bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar

⁸⁰¹ ABAD, *HK Danmark v. Dansk almennyttigt Boligselskab and HK Danmark, v. Dansk Arbejdsgiverforening*, Joined Cases C-335/11 and C-337/11, 11.04.2013, para. 47. Divan’ın bu ifadesinden bazı durumlarda hastalığın da engellilik kavramı içerisinde ele alınabileceği anlaşılmaktadır. Bu davada Divan ayrıca makul uyumlaştırmadan engelli kişilerin çalışma hayatına diğer çalışanlarla eşit bir biçimde tam ve etkin katılımlarını mani olan çeşitli engellerin anlaşılması gerektiğini belirtmiş ve gerek EKHS’nin gerekse Direktif başlangıç bölümünün 20. paragrafının sadece maddi değil, kurumsal tedbirleri de öngördüğü ve çalışma süresi ile çalışmaya ilişkin ritmin veya hızının anlaşılması gerektiğine ve çalışma saatlerinin azaltılmasının da çalışanın istihdama katılmaya devam etmesini mümkün kılan Direktif’in 5. maddesindeki makul uyumlaştırma tedbiri olarak değerlendirilebileceğine işaret etmiştir (para. 55). Ancak temel yargılama koşullarında, uyumlaştırma tedbiri olarak çalışma saatlerinin azaltılmasının işveren üzerinde orantısız bir yük oluşturup oluşturmadığının değerlendirmesinin ulusal mahkeme tarafından yapılacağı belirtilmiştir (para. 64).

ile işverenler tarafından yapılması zorunludur.” şeklinde düzenlenmiştir. Engellilerin eğitim alanındaki imkanlarına yer veren md. 15’te ise “Hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim alması engellenemez. Engelliler, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, yaşadıkları çevrede bütünleştirilmiş ortamlarda, eşitlik temelinde, hayat boyu eğitim imkânından ayrımcılık yapılmaksızın yararlandırılır.” ifadesi kullanılmıştır. Maddede açıkça makul uyumlaştırma ifadesine yer verilmediği ama engelli kişilerin durumlarının ve farklılıklarının dikkate alınarak buna uygun düzenlemeler yapılmasını gerektirdiği, aksi bir uygulamanın ise ayrımcılık oluşturacağı yorumunda bulunmaktadır⁸⁰².

TİHEK Kanunu md. 4’te ise makul düzenleme yapılmaması ayrımcılık türleri arasında sayılmış ve 2. maddede makul düzenleme “Engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkânlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler” olarak tanımlanmıştır.

E. Bağlantılı Ayrımcılık

1. Bağlantılı Ayrımcılık Kavramı

Nispeten yakın bir zamana kadarki genel görüş, yalnızca ayrımcılık yasağı ile koruma altına özelliklere sahip olanların ayrımcılığa uğradıklarını iddia edebilecekleri yönündeydi. Bununla birlikte, kişinin kendi özellikleri özelinde değil de bir başka kişinin özelliklerine dayalı olarak ayrımcılığa uğradığı iddiasında bulunup bulunamayacağı da artık tartışılmaya başlanmıştır. Örneğin kişi, belirli bir etnik gruba mensup bir kişi ile gittiği için restorana kabul edilmediğinde ya da bir çalışan LGBT kişilerin haklarının tanınması için yürütülen kampanyalara destek verdiği için olumsuz muamele ile karşılaştığında ayrımcılığa uğrayıp uğramadığının

⁸⁰² Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, s. 270.

da belirlenmesi gerekmektedir⁸⁰³. Bu noktada devreye bağlantılı ayrımcılık (/dolayısıyla ayrımcılık) (discrimination by association) kavramı girmektedir.

Bağlantılı ayrımcılık, bir kişinin kendi özellikleri ya da sahip olduğu sanılan özellikleri sebebiyle değil, ayrımcılık temellerinden birine sahip olan kişi ile bağlantısı hasebiyle ayrımcılığa uğramasıdır⁸⁰⁴. Burada da farklı muamele söz konusudur fakat bu farklı muamele, ayrımcılığa uğraya kişinin korunan özelliklerden birine sahip olmasından değil, korunan özelliği olan biriyle ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Böylece diğeri ile olan ilişkisi dolayısıyla kişiye karşı ayrımcılık gerçekleştirilmektedir. Bunun anlamı ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamının genişlemesidir. Zira sadece ırk, cinsiyet, engellilik gibi korunan bir özelliğe sahip olan kişinin korunması yeterli görülmemekte, korunan bir özelliğe sahip olmayan kişinin de bu özelliğe sahip olanlarla ilişkisi yüzünden ayrımcılığa uğramalarının önüne geçilmesine çalışılmaktadır⁸⁰⁵.

Bağlantılı ayrımcılığa örnek olarak, oğlu eşcinsel olduğu için çalışma arkadaşları tarafından taciz edilen bir baba, sevgilisi siyah olduğu olduğu için ev kiralama isteği reddedilen beyaz bir kadın; çalışanlara sağlık sigortası yapılan şirkete, ailesinin bir üyesi engelli olduğundan işe alınması halinde şirketin ödemesi gereken sağlık sigortası priminin daha yüksek olacağı sebebiyle, iş başvurusu reddedilen kişi; yaşlı annesiyle yaşayan bir çalışanın annesinin ilerleyen yaşından ötürü ona bakmak için önceden ayarlanmamış bir şekilde izin almak isteyebileceği düşüncesiyle işten çıkarılması halleri gösterilebilir⁸⁰⁶.

⁸⁰³ Constanța Mătușescu, “Discrimination by Association” - Between Jurisprudential Consecration at European Level and Legislative Desire in Romania. Some Considerations, (Bundan sonra “Discrimination by Association” olarak kullanılacaktır) **Supplement of Law Review**, Vol. X, 2019, ss. 114-135, s. 117.

⁸⁰⁴ Janneke Gerards, “Discrimination Grounds,” **Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law**, Ed. Dogmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell, Cornwell, Hart Publishing, 2007, ss. 33-184, s. 169.

⁸⁰⁵ Cătălina-Adriana Ivănuș, “Discrimination By Association in European Law”, **Perspectives of Business Law Journal**, Volume 2, Issue 1, November 2013, ss. 116-121, s. 117.

⁸⁰⁶ Lisa Waddington, “Protection for Family and Friends: Addressing Discrimination by Association” **European Anti-Discrimination Law Review**, No. 5, 2007, ss. 13-21, s. 14.

2. Bağlantılı Ayrımcılığın Diğer Ayrımcılık Türleri İle İlişkisi

Bağlantılı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık ile yakın bir ilişki içindedir. Zira kişi, ayrımcı muamelenin muhatabı olmakla birlikte kendi sahip olduğu bir özellikten ötürü değil, yakın bir ilişki içinde olduğu bir başka kişinin özelliğinden ötürü ayrımcılığa uğramaktadır. Örneğin dengesini, koordinasyonunu ve yüz mimiklerini kontrol etmesini engelleyen bir engeli olan kişiyle birlikte bir bara girmek isteyen kişilerin, engelli olan kişinin sarhoş olduğu düşünüldüğünden bara girmelerinin engellenmesi vakalarında bağlantılı ayrımcılığın da gündeme geldiği görülmektedir. Şöyle ki engeli nedeniyle sarhoş olarak addedilen kişiye karşı engellilik temelinde doğrudan ayrımcılık yapıldığı açıktır. Bununla birlikte diğer kişiler, engellilik temelinde ayrımcılığa uğrayan kişi ile birlikte oldukları için ayrımcılığa uğramışlardır⁸⁰⁷.

Bağlantılı ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık biçiminde de tezahür edebilir. Tarafsız bir ölçüt, kural, politika ya da uygulama kişiyi bir başkası ile bağlantısı sebebiyle dezavantajlı konuma düşürebilir, olumsuz muamele görmesine yol açabilir. Bir işyerinde, bütün çalışanlara eşit bir şekilde uygulanan yarı zamanlı çalışma yasağını ele alalım. Şirket, politikası gereği yarı zamanlı çalışmaya izin vermemektedir. Ancak şirketin bu düzenlemesi, engelli yakını ile ilgilenmek zorunda olduğundan yarı zamanlı çalışması gereken bir çalışanı olumsuz bir şekilde etkileyebilmektedir. Bir başka örneği düşünelim. Bu sefer çalıştığı işyerinde, iş yoğunluğundan ötürü izinlerin kaldırılmasından olumsuz bir biçimde etkilenen bir çalışan vardır. Aslında şirketin izinleri kaldırmasının tarafsız bir görüntüyü yansıttığı ileri sürülebilirse de Yahudi partneri ile birlikte Yahudilerce kutlanan bir bayramı

⁸⁰⁷ Gerards, “Discrimination Grounds”, s. 169-170. Bir restorana girmek isteyen kişinin Roman olmadığı halde Romanlarla birlikte olduğu için reddedilmesi ya da işverenin işyerine Müslümanların girmemesine ilişkin verdiği talimata uymayan çalışanın işten çıkarılması da bağlantılı ayrımcılık örnekleridir. Waddington, “Protection for Family and Friends: Addressing Discrimination by Association”, s. 14. Ancak işverenin, işyerine Müslümanların girmemesine ilişkin verdiği talimata uymayan çalışanın işten çıkartması örneğinde işverenin baştaki talimatı da ayrımcılık biçimlerinden birisidir ve ayrımcılık talimatı olarak adlandırılmaktadır. Bu ayrımcılık biçimine aşağıda ayrıca değinilmiştir.

kutlamak isteyen kişi açısından dolaylı ayrımcılık biçiminde bağlantılı ayrımcılığın tezahür ettiği belirtilebilir⁸⁰⁸.

3. Bağlantılı Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları

Kişinin, bir başka kişi ile kurulan bağlantısı sebebiyle ayrımcılığa uğrayabileceği BM tarafından düzenlenen sözleşmelerde açıkça bir ayrımcılık türü olarak ele alınmamıştır. Ancak genel olarak, sözleşmelerin düzenleniş biçimlerinden, belirli bir temelde ayrımcılığı yasaklamasının, esasen bağlantılı ayrımcılığı da gündeme getirebileceği görülmektedir. Örneğin EKHS md. 5'te Taraf devletlerin engelliliğe dayalı (engellilik temelinde) her türlü ayrımcılığı yasaklayacağına yer vermesinin de bu hususun bir göstergesi olduğu zira “engelliliğe dayalı” ifadesinin kişinin ayrımcılık mağduru olmak için engelli olmak zorunda olmadığı anlamına gelecek biçimde yorumlanabileceği belirtilmektedir⁸⁰⁹.

AİHM, AİHS'nin 14. maddesinin aynı zamanda bağlantılı ayrımcılığı da içerdiğini belirtmiştir⁸¹⁰. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu korunan temelin başvuran ile bir şekilde bağlantılı başka bir kişi ile ilgili olan durumları da kapsadığını tespit etmiştir. Bu yaklaşımın izleri *Guberina v. Croatia*⁸¹¹ kararında görülebilmektedir. Söz konusu davada Başvuran ağır engelli çocuğunun ihtiyaçlarına göre uyarlanmış yeni bir mülk satın almak üzere vergi muafiyeti talep etmiştir.

⁸⁰⁸ Constantina Karagiorgi, “The Concept of Discrimination by Association and its Application in the EU Member States”, **European Anti-Discrimination Law Review**; No. 18, 2014, ss. 25-36, s. 30

⁸⁰⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası**, s. 268. EKHK, engelli kadınlar ve kızlar ile ilgili olarak hazırladığı Genel Yorum'da engelli kadınlara ve kızlara karşı ayrımcılığın çeşitli biçimleri olabileceğini belirtmiş ve bunlardan birisi olarak bağlantılı ayrımcılığı göstermiştir. Komite'ye göre bağlantılı ayrımcılık, “engelli bir kişi ile bağlantıları temelinde kişilere karşı yapılan ayrımcılıktır. Genellikle, bakım sağlayan rolündeki kadınlar bağlantılı ayrımcılığı deneyimlerler. Örneğin engelli bir çocuğun annesi, çocuğu nedeniyle işe daha az bağlanacağı ya da müsait bir çalışan olmayacağından endişe eden potansiyel bir işveren tarafından ayrımcılığa uğrayabilir”. EKHK, Genel Yorum No. 3, para. 17(c). Komite 6 No.lu Genel Yorum'da ise engelliliğe dayalı ayrımcılığı tanımlayarak, kapsamın neden geniş tutulup bağlantılı ayrımcılığın da dahil edildiğini şu şekilde açıklamıştır: “Engelliliğe dayalı” ayrımcılık, şu anda engelli olan, geçmişte bir engelliği olan, ileride engelliliğe neden olacak bir eğilimi olan, engelli olduğu farz edilen ve engelli bir kişiyle bağlantılı olan kişilere karşı uygulanabilir. Sonuncusu “bağlantılı ayrımcılık” olarak da bilinmektedir. 5. maddenin geniş kapsamlı olmasının sebebi, engelliliğe bağlı tüm ayrımcı durumları ve/veya ayrımcı davranışları ortadan kaldırmak ve bunlarla mücadele etmektir”. EKHK, Genel Yorum No. 6, para. 20.

⁸¹⁰ Mahkeme'nin bu yorumunun ardında maddenin ingilizce metninde “association with” ifadesinin yer almasının bulunduğu ifade edilebilir.

⁸¹¹ AİHM, *Guberina v. Croatia*, Application No. 23682/13, 22 March 2016.

Yetkililer, oğlunun özel ihtiyaçlarını dikkate almayarak zaten yaşamak için uygun bir yere sahip olduğundan vergi muafiyeti şartlarını karşılamadığını ileri sürmüşlerdir. AİHM, Hırvatistan'ın EKHS'yi onaylayarak engelli kişilere karşı makul barınma, erişilebilirlik ve ayrımcılık yapmama gibi ilkelere uymak yükümlülüğünde olduğuna işaret etmiş ve başvuranın ailesinin çocuğunun engeli ile ilgili özel ihtiyaçlarının göz ardı edildiğinden başvuranın, çocuğunun engelliliği nedeniyle ayrımcılığa uğradığını kabul etmiştir.

AİHM, bir başka kararında da, *Škorjanec v. Croatia*⁸¹², bağlantılı ayrımcılığa ilişkin benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Davada, başvuran ve Roman kökenli partneri, Roman karşıtı hakaretlerde bulunan iki kişi tarafından saldırıya uğramışlardır. Bu saldırı ile ilgili olarak ulusal mahkeme, saldırganları, başvuranın partnerine nefret suçu unsuru ile ilişkili bedensel zarar verdikleri gerekçesiyle mahkum etmiştir. Olay esnasında ise saldırganlar, başvurana, partneri Roman olduğuna göre kendisinin de Roman olması gerektiğini söylemişler ve hakaret etmişlerdir. Ayrıca başvuran, saldırganların darbelerinden kurtulması için partnerine yardım etmeye çalıştığı sırada saldırıya uğramıştır. Ulusal makamlar ise partneriyle birlikte başvuranın değil, sadece partnerinin nefret suçu mağduru olduğu yönünde karar vermişlerdir. Ancak AİHM, yerel makamların ırkçı tutumlar ile belirli bir şiddet eylemi arasında olası bir bağlantı arama yükümlülüğünün sadece mağdurun

⁸¹² AİHM, *Škorjanec v. Croatia*, Application No. 25536/14, 28.03.2017. AİHM, *Weller v. Hungary* davasında da bağlantılı ayrımcılık ile bir değerlendirmede bulunmuş ve başvuranların bağlantılı ayrımcılığa uğradıkları yönünde karar vermiştir. Davanın konusu kısaca şöyledir: Romanyalı bir kadın Macar bir adam ile evlidir ve çiftin dört çocuğu vardır. Kadın, Macaristan vatandaşı olmadığı için, doğumdan sonra ödenen annelik yardımını talep etme hakkına sahip değildir. Kocas bu yardımı almak için uğraşmış fakat ilgili yardımın sadece annelere ödendiği belirtilerek talebini geri çevrilmiştir. AİHM, kocaya karşı (cinsiyet değil) babalık temelinde ayrımcılık yapılmış olduğunu tespit etmiştir. Zira yeni doğan çocukları yetiştirenleri desteklemek için verilen bu yardımı anneler ile bir çocuğu evlat edinenler talep etme hakkına sahipken doğal babalar bu hakka sahip değildir. Mahkeme'ye göre baba, ebeveynlik statüsü temelinde aile hayatına saygı gösterme hakkının kullanılması konusunda ayrımcılığa uğramıştır. Çocuklar ise babalarına yardımın ödenmesinin reddedilmesi nedeniyle ayrımcılığa uğradıklarını iddia etmişlerdir. AİHM bu iddiayı da kabul etmiştir. Mahkeme'nin değerlendirmesine göre babanın doğal baba olması temelinde çocuklara karşı ayrımcılık yapılmıştır. Çünkü konuya ilişkin ulusal kanunun ilgili hükümlerine göre, Macar bir anneden çocuğu olan yabancı bir baba doğum yardımı almaya hak kazanabilmekte ama davacı olan çocukların durumundakiler, yani babaları Macar ve anneleri yabancı olan başvuranların durumundakiler, bu tür bir ödenekten faydalanamamaktadırlar. Bu sebeple Mahkeme, bu başvuranların bağlantılı ayrımcılığa uğradıklarına hükmetmiştir. AİHM, *Weller v. Hungary*, Application No. 44399/05), 31 March 2009.

gerçek veya algılanan kişisel statüsü veya özelliklerine dayanan şiddet eylemleri açısından değil, mağdurun gerçek veya algılanan özel bir statüye veya korunan bir özelliğe sahip olan başka bir kişiyle gerçek veya algılanan ilişkisine veya bağlılığına dayanan şiddet eylemleri ile de ilgili olduğuna yer vermiştir. Ayrıca bazı nefret suçu mağdurlarının, belirli bir özelliğe sahip oldukları için değil, gerçekte veya varsayılan ilgili özelliğe sahip olan başka bir kişiyle olan ilişkileri nedeniyle seçildiklerini vurgulamış ve bu bağlantının, mağdurun belirli bir gruba üye olması veya belirli bir grupla ilişkilendirilmesi ya da mağdurun, örneğin kişisel bir ilişki, arkadaşlık ya da evlilik yoluyla belirli bir grubun bir üyesiyle gerçek ya da algılanan ilişkisi şeklinde de olabileceğine işaret etmiştir.

Bağlantılı ayrımcılık kavramı ne AB birincil hukukunda ne de ayrımcılık yasağı direktiflerinde de açıkça yasaklanmıştır. Örneğin AB Direktifleri, cinsiyet, ırk veya etnik, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır. Dolayısıyla bu özelliklere sahip bireylerin ayrımcılığa karşı korundukları açıktır. Yürürlükteki AB mevzuatı da ayrımcılık türleri olarak doğrudan ayrımcılığı, dolaylı ayrımcılığı, tacizi ve ayrımcılık talimatını kapsamaktadır. Bu noktada korunan bir özelliğe sahip olan bir kişiyle ilişkisi bulunan bir kişinin ayrımcılık mağduru olup olamayacağı sorusunun cevabının yine de direktiflerde yer alıp almadığı gündeme gelebilmektedir⁸¹³. Her ne kadar direktiflerde bağlantılı ayrımcılık, ayrımcılık türü olarak yer almıyorsa da direktiflerin bu ayrımcılık türünü de kapsadığı değerlendirilmesinde bulunan yazarlar da vardır⁸¹⁴. Benzer bir yorum ABAD tarafından da yapılmıştır⁸¹⁵. *S.Coleman v. Attridge Law and Steve Law*⁸¹⁶ davasında Mahkeme, 2000/78/EC sayılı Direktif'e göre, bağlantılı ayrımcılığın, engelliliğe dayalı doğrudan ayrımcılık ve taciz bağlamında ortaya çıkabileceği değerlendirmesinde bulunmuştur. Dava, bir annenin oğlunun engelli olması sebebiyle işyerinde istenmeyen muamele gördüğü iddiasına dairdir. Coleman çalıştığı firmada doğum iznine ayrılmış, iznin ardından işe başladığında ise eski bölümüne değil, başka bir bölüme yerleştirilmiştir. Halbuki bu tür uygulama doğum

⁸¹³ Ivănuş, "Discrimination By Association in European Law", s. 116.

⁸¹⁴ Mătuşescu, "Discrimination by Association", s. 118.

⁸¹⁵ Ivănuş, "Discrimination By Association in European Law", s.116.

⁸¹⁶ ABAD, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law* (Bundan sonra Coleman davası olarak kullanılacaktır), Case C-303/06, 17.07.2000.

izninden dönem diğer çalışanlara uygulanmamıştır. Ayrıca oğlunun engelli olması sebebiyle bazı günler işe geç gelme ve izin zamanının oğlunun ihtiyaçlarına göre ayarlanması yönündeki talepleri olumlu karşılanmamış ve işten çıkarılmakla tehdit edilmiştir. Bunlara ek olarak engelli bir çocuğu olması nedeniyle de işyerinde hoş olmayan, kırııcı yorumlara maruz kalmıştır. ABAD, bu vakayı değerlendirirken kadın çalışanın benzer görevlerde bulunan ve çocuklu olan meslektaşlarını emsal kişi olarak kabul etmiştir. Ardından belirlenen karşılaştırılanlara, talep etmeleri halinde, esneklik tanındığını belirlemiştir. Benzer bir yaklaşımın engelli bir çocuğu olan şikayetçiye tanınmamasının ise çocuğunun engelli olması temelinde ayrımcılık ve taciz oluşturduğuna karar vermiştir⁸¹⁷.

Coleman Davası'nda Mahkeme, doğrudan ayrımcılık ve tacize karşı korunmanın kapsamının sadece engelli olan kişi için değil, engelli biri ile ilişkili başka bir kişiyi/kişileri de içerdiğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre 2000/78/EC sayılı Direktif'in hükümlerinden, eşit muamele ilkesinin engelli olan kişilerle sınırlı olduğu sonucuna varılamaz. Çünkü direktifin amacı istihdama ve mesleğe ilişkin olarak engellilik temeline dayalı her türlü ayrımcılıkla mücadele etmektir. Ek olarak Mahkeme, eşit muamele ilkesinin İstihdamda Eşitlik Direktifi ile korunan diğer temeller için de geçerli olduğu tespitinde bulunmuştur⁸¹⁸. Fakat ABAD, Coleman davasında dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda da benzer bir korumanın sağlanıp sağlanmayacağına vermemiştir. Bu sorunun yanıtı için *Chez v. Bulgaria*⁸¹⁹ davasına kadar beklenmesi gerekmiştir. ABAD bu davada, bağlantılı ayrımcılığın dolaylı

⁸¹⁷ Direktif kapsamına bağlantılı ayrımcılığın dahil edilmesinin gerekçesi, genel olarak Hukuk Sözcüsü (Advocate General) tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: "... Doğrudan belirli bir özelliğe sahip bir kişiyi hedef almak ona karşı ayrımcılık yapmanın tek yolu değildir; bunu yapmanın başka, daha incelikli ve daha az belirgin olan yolları da vardır. Belirli bir gruba mensup olan insanların onurlarını ve özerkliklerini zayıflatmanın bir yolu onları değil ama onlarla yakından ilişkili olan ve kendisi o gruba ait olmayan üçüncü kişileri hedeflemektir. Güçlü bir eşitlik anlayışı, açıklaması daha zor, derin olan ayrımcılık biçimlerini de, onlar da şüpheli sınıflandırmalara mensup kişileri de etkilediği için, ayrımcılık yasağı mevzuatın içine dahil edilmelidir. Opinion of Advocate General Maduro delivered on 31 January 2008 in Coleman (C-303/06), para. 12. Ayrıca bkz. para. 14. ve 23.

⁸¹⁸ ABAD, *Coleman* davası para. 38. Mahkeme'nin bu çözümünün esasen Feryn kararının bir devamı olarak okunabileceği ifade edilmektedir. Söz konusu kararında Mahkeme, doğrudan ayrımcılığın varlığı için tespit edilebilir bir şikayetçinin iddiasını gerektirmediğini ve bir göçmen olduğu için bir kişiyi çalıştırmayı reddetmenin İrk Eşitliği Direktifi kapsamında ırk veya köken temelinde ayrımcılık teşkil edeceğini belirtmiş ve ayrımcılık yasağı kapsamındaki korumanın potansiyel başvuru sahipleri için de geçerli olduğunu açıklamıştır. Mătuşescu, "Discrimination by Association", s. 122.

⁸¹⁹ ABAD, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia* (Bundan döyle *Chez* davası olarak kullanılacaktır), C-83/14, 16.07.2015.

ayrımcılık söz konusu olduğunda da gerçekleşebileceğini kabul etmiştir⁸²⁰. Dava, yerleşim bölgelerine elektrik sayaçları yerleştiren Bulgar elektrik şirketinin uygulamasına dairdir. Şirket, genellikle bu sayaçları 1.7 metre yüksekliğe yerleştirmektedir. Fakat ağırlıklı olarak Roman nüfusunun bulunduğu mahallelerde sayaçlar 6-7 metre yükseklikte bulunmaktadır. Şirket, bu farklı uygulamanın gerekçesini elektrik şebekesine yapılan müdahalelerin ve kanun dışı bir şekilde gerçekleştirilen bağlantıların önlenmesi olarak izah etmiştir. Roman mahallelerinden birinde işyeri bulunan Başvuran ise elektrik sayacının konumundan ötürü fatura bilgilerinin doğruluğunu kontrol edemediğini belirtmiş ve kendisi Roman olmamasına rağmen Roman komşuları ile aynı dezavantajı yaşadığından bahisle ırk veya etnik köken sebebiyle ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla şikayetçi olmuştur. Mahkeme bu olayda açıkça bağlantılı ayrımcılık kavramına yer vermemişse de konuya ilişkin yaptığı çözümleme bu tür bir yoruma ulaşıldığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁸²¹.

Görülmektedir ki ayrımcılık yasağı günümüzde artık sadece sahip olunan bir özellik sebebiyle kişilerin bizzat uğradıkları ayrımcılık durumlarını kapsamamaktadır. Aynı zamanda ayrımcılık olayından bağlantılı bir şekilde etkilenen kişileri de koruma altına almaktadır. Bağlantılı ayrımcılığa maruz kalan kişinin, ayrımcılıktan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenen kişi/kişi grupları ile arasındaki ilişkinin ise illa güçlü bağları olan bir ilişki türü olması gerekmemektedir. Bu; aile, arkadaşlık ya da ilk kez bir iş görüşmesi için bir araya gelen kişilerin oluşturduğu iş ilişkisine dayalı bir ilişki de olabilir. Bir restoranda birlikte yemek yemek için buluşan bir grubu ele alalım. Ancak bu grubun ilgili restoranda yemek yeme talebinin, gruptakilerden birinin ten rengi dolayısıyla, restoran tarafından

⁸²⁰ ABAD, *Chez* davası, para. 56-57. Bu noktada *Coleman* davasının 2000/78/EC Direktifi ile ilgili iken *Chez* davasının 2000/43/EC Direktifini ilgilendirdiği belirtilmelidir. Ancak her iki direktifin doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık ve taciz için aynı tanımları yaptığı göz önünde bulundurulduğunda bu kapsamda verilen kararların her iki direktif için de geçerli olduğuna dikkat çekilmelidir.

⁸²¹ Mahkeme eşit muamele ilkesinden, kendileri ilgili ırkın veya etnik kökenin üyesi olmamasına rağmen yine de bu temellerden biri nedeniyle daha olumsuz muameleye veya belirli bir dezavantaja maruz kalan kişilerin de faydalanmasının amaçlandığı yorumunda bulunmuştur (para. 56). Bu davaya ilişkin olarak hukuk sözcüsünün görüşü aydınlatıcıdır. bkz. Opinion of Advocate General Kokott delivered on 12 March 2015 in *CHEZ* (C-83/14). Özellikle bkz. para. 52-61.

olumsuz karşılandığını ve onlara servis yapılması reddedildiğinde, restoranın ırkçı tutumu sadec, ten rengi sebebiyle bu muameleye maruz kalan kişi için ayrımcılık oluşturmakla kalmaz, grubun geri kalan üyeleri için de ayrımcılık, bağlantılı ayrımcılık, oluşturur. Çünkü onlar da ırkçı tutum sebebiyle restorandan hizmet alamamışlardır. Örnek, bağlantılı ayrımcılık için, söz konusu gruptaki kişilerin ilişkilerinin yakınlık derecesinin önem taşımadığını göstermektedir⁸²².

Türk hukukunun ise bağlantılı ayrımcılık konusunda sessiz kaldığı görülmektedir. Hiçbir kanunda bağlantılı ayrımcılığa ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yakın bir dönemde kabul edilen TİHEK Kanununda dahi bağlantılı ayrımcılık ne ayrımcılık türleri arasında sayılmış ne de tanımlar kısmında kavramına yer verilmiştir.

F. TACİZ

1. Taciz Kavramı

Taciz, korunan bir özellik ya da ayrımcılık temeline dayalı olarak, kişinin onurunu zedeleyen ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratma amacı ya da etkisi ile gerçekleşen ve korunan bir özellik ile ilgili istenmeyen bir davranış olarak tanımlanabilir⁸²³. Bu tanımın da ortaya koyduğu üzere taciz, ayrımcılık temellerinden biri ile gerçekleşebilmekte ve doğrudan ayrımcılıktaki gibi doğrudan bir davranışla ya da dolaylı ayrımcılıktaki gibi aynı etkiyi doğurabilecek dolaylı bir davranış ile meydana gelmektedir. Tacizi belirleyen unsur, diğer kişi üzerinde yarattığı etkidir. Kişinin verimliliğini, saygınlığı olumsuz bir biçimde etkileyecek davranışlarda bulunulması taciz olarak

⁸²² Opinion of Advocate General Kokott, para. 59. Hukuk sözcüsü, Chez davasına konu olan uygulamanın restoran örneği ile benzerlik taşıdığını düşünmektedir. Şöyle ki, Chez'in itiraz ettiği uygulama, Gizdova mahaladaki tüm kişilere karşı gerçekleştirilmektedir. Söz konusu uygulamanın o bölgede yaşayan Romanlara karşı ayrımcılık oluşturduğunun tespit edilmesi halinde, uygulamanın kolektif bir karakteri olması hasebiyle, kendileri Roman olmayanların da bağlantılı ayrımcılığa maruz kalmaları anlamına gelecektir. Nasıl ki Romanlar, ilgili şirketin aldığı önlemden kaynaklanan damgalayıcı etkiye ve ayrımcı, aşağılayıcı bir yaşam ortamına maruz kalıyorlarsa, bağlantılı ayrımcılık mağdurları da aynı duruma maruz kalmaktadırlar. Opinion of Advocate General Kokott, para. 60.

⁸²³ Dieter Schindlauer, "Using the Concept of Harassment in National Anti-discrimination Legislation as a Tool in Combating Hate Speech?" (Bundan sonra "Using the Concept of Harassment" olarak kullanılacaktır), **European Equality Law Review**, Issue 2/ 2018, ss. 78-92, s. 82.

değerlendirilebilir. Örneğin kişinin çalıştığı işyerinde, işini yapmasını engellemek maksadıyla projelerden uzak tutulması, haklarını kullanmasının engellenmesi bu tür bir tacize örnek verilebilir.

Kişiler, hayatın her alanında tacizle karşılaşabilirler. Zira taciz, çeşitli nedenlere dayalı olarak gerçekleştirilebilir; ırk, milliyet, din, siyasi görüş, sendika üyeliği, engellilik, yaş, eski hükümlü olma, fiziksel ya da dış görünüş gibi sebeplerlerin yanı sıra farklı özelliklere sahip olanlara, azınlık grupların üyelerine, kurumsal gücü olmayan kişilere karşı da ortaya çıkabilir. Bu sebeple her ne kadar ayrımcılık denildiğinde akla ilk olarak doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık gibi kavramlar geliyorsa da günümüzde tacizin de ayrımcılığın bir türü olduğu kabul edilmektedir⁸²⁴.

Çoğunlukla işyerlerinde gerçekleştirilse de taciz, belirli bir iş, hizmet ya da profesyonel ilişkinin söz konusu olabildiği diğer alanlarda da gündeme gelebilmektedir; örneğin doktor ya da öğretmen gibi taciz edilen ile tacizi gerçekleştiren arasında belirli bir hizmet yahut profesyonel ilişkinin varlığı söz konusu olduğu alanlarla da yaşanabilmektedir. Taciz, görünüşle, kıyafetle ya da kişinin sahip olduğu özelliklerine dair yapılan şakalar ya da yorumlardan oluşabilmektedir. Ancak söz konusu şakalar ya da yorumlar kişiyi utandıran, hoş olmayan, alaya alan niteliktedir. Ayrıca mağdura yönelik davranışlar düşmanca nitelik taşıyabilmekte; istenmeyen fiziksel temaslardan veya taleplerden ve fiziksel saldırı teşkil eden fiillerden oluşabilmektedir. Bir diğer önemli husus da bazı yetkililerin, örneğin polislerin, ırk, cinsiyet, engellilik gibi kimi temellerdeki davranışlarının da taciz olarak ele alınmasının mümkün olduğudur⁸²⁵.

Kısaca bir kişiye sahip olduğu bir özellik nedeniyle istenilmeyen bir davranışın gerçekleştirilmesi olarak tanımlanan tacizde öne çıkan husus, istenilmeyen bir davranışın olmasıdır. Tanımdan, bu tür davranışın doğrudan ve bireysel olarak mağduru hedef aldığı anlaşılmaktadır. Bu ölçütün öznel bir niteliği

⁸²⁴ Kadriye Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, Yasa Yayınları, İstanbul, 2000, s. 19.

⁸²⁵ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 270.

haiz olması dolayısıyla mağdurun kilit bir öneme sahip olduğu belirtilmelidir⁸²⁶. Hangi davranışın “istenmeyen” olduğuna karar verecek olan, ilgili davranıştan etkilenen kişi yani mağdurdur. Bazı davranışlar, bir kişi için tahammül edilebilir ya da kabul edilebilir ve bu sebeple taciz oluşturmazken iken başka bir kişi için istenmeyen olabilir ve diğer koşulların da bulunması halinde taciz olarak tanımlanabilmektedir⁸²⁷.

İstenmeyen ve taciz olarak adlandırılan davranışın belirli bir mağdura yöneltilmesi gerekmediğine de yer verilmektedir. Şöyle ki, bir işyerinde geçerli olan homofobik ortam yani cinsel yönelimleri farklı olan kişilere yönelik kullanılan aşağılayıcı, küçük düşürücü, onur kırıcı ifadeler, o işyerinde çalışan ve cinsel yönelimi farklı olan kişiler için ya da belirli bir dine mensup kişilere karşı aşağılayıcı, alay eden, saldırgan, hoş olmayan vb. ifadelerin kullanılması, yapılan yorumlarla antipatik bir ortamın yaratılması da söz konusu dine mensup olan çalışanlar açısından taciz oluşturabilmektedir⁸²⁸.

Yukarıda tacizin tanımında yer verilen unsurlar dikkate alındığında, taciz karşıtı kanunlar ile amaçlananın, kişinin onurunun korunması olduğu görülmektedir. İstenmeyen davranışın mağdurun onurunu zedeleme amacı ve/veya etkisine sahip olması önemlidir. Zira ayrımcılığın bir türü olarak taciz, taciz etme maksadının olup olmadığı ile değil, çoğunlukla etkileri ile anlaşılmaktadır⁸²⁹. Bu noktada, taciz teşkil eden davranışın, kişinin onurunu zedeleyen ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmasına yapılan vurgunun ise çalışma ortamına, işyerlerine işaret ettiği doğru olmakla birlikte taciz yasağının sadece işyerleri ile sınırlı olmadığı da altı çizilmelidir⁸³⁰.

Tacizden arındırılmış bir ortam veya prosedürleri sağlamakla sorumlu olanlar, tacizden kaçınması gerekenler ise sadece tek tek çalışanlar değildir;

⁸²⁶ Schindlauer, “Using the Concept of Harassment”, s. 82; Ellis, Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, s. 300.

⁸²⁷ Schindlauer, “Using the Concept of Harassment”, s. 82.

⁸²⁸ Ellis, Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, s. 300.

⁸²⁹ Schindlauer, “Using the Concept of Harassment”, s. 82; Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 79.

⁸³⁰ Schindlauer, “Using the Concept of Harassment”, s. 82.

işverenler ve hatta bir kuruluşun tamamı da tacizden sorumlu olabilir. Buradan çıkan sonuç, ayrımcılığın bu türünün sadece dikey bir biçimde yani aralarında hiyerarşik ilişki olanlar arasında değil, aynı zamanda eşit konumda olanlar arasında yani yatay bir biçimde de meydana gelebileceğidir. Böylece sadece tek tek kişiler değil, örneğin çalışanlar değil, işverenler ve hatta kuruluşlar da tacizi gerçekleştirebilir.

Ayrımcılığın özel bir türü olarak taciz aracılığıyla düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratılmakta veya mağdurun böyle bir ortama tahammül etmesi umulmaktadır. “Mobbing⁸³¹”de de bu unsurlar yer alabilmektedir. Bu sebeple taciz ile mobbing kavramının örtüşebildiği, hatta mobbing kapsamına giren davranışlar arasında ayrımcılığın da bulunduğu belirtilmektedir⁸³². Mobbing iş psikoloğu Leymann tarafından çalışma hayatında görülen uzun dönemli düşmanca ve saldırgan davranışlar olarak ifade edilmiş ve bir yahut birkaç kişi tarafından, diğer bir kişiye yönelen ve düşünce, inanç ayrılığı, kıskançlık, cinsiyet farklılığı da dahil olmak üzere çeşitli nedenlerle sistematik şekilde uygulanan her çeşit kötü muamele, şiddet, tehdit, aşağılama gibi davranışları tanımlamakta kullanılmıştır⁸³³. Tekrarlanan, devamlı, sistematik ve uzun süreli bir saldırı, bir strateji olarak mobbing, çalışanlara üstleri, astları yahut eşit düzeydeki diğer çalışanlar tarafından sistematik şekilde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama, dışlama, yıldırma gibi davranışlara karşılık gelmektedir⁸³⁴. Belirtildiği üzere taciz ile mobbing kavramı bazı durumlarda örtüşebilse de mobbing oluşturan davranışın uzun süreli, sık sık tekrarlanan, belli bir amaca yönelik sistemli bir davranış olması ile tacizden farklılaştığı belirtilmektedir⁸³⁵.

⁸³¹ Türkçe literatürde mobbing kavramının karşılığı olarak “işyerinde psikolojik taciz”, “işyerinde psikolojik-terör”, “işyerinde psikolojik-şiddet”, “işyerinde duygusal taciz”, “işyerinde moral taciz” “işyerinde manevi taciz”, psikolojik-şiddet”, “işyerinde duygusal taciz”, “işyerinde moral taciz” “işyerinde manevi taciz”, “duygusal şiddet”, “işyerinde zorbalık”, “yıldırma” ve “işyerinde yıldırıma yönelik psikolojik saldırı” sözcüklerinin kullanıldığı ve esasen kavramın yalnızca işyerindeki psikolojik tacize işaret ettiğini belirten Tınaz, eylemin, bireyi bir şekilde yıldırıp, canından bezdirip işyerinden kaçırtmak, uzaklaştırmak amacını taşıdığı göz önünde bulundurularak Türkçe karşılığının ‘yıldırkaç’ olabileceğini ileri sürmüştür. Pınar Tınaz, “Çalışma Psikolojisi Boyutlarıyla Mobbing Tanım ve Tanı”, **1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel Ve Çalıştay Bildiriler Kitabı**, Der. İsmail Akgün, Ankara, Özyurt Matbaacılık, 2014, ss. 21-35, s. 24-25.

⁸³² Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 271.

⁸³³ Tınaz, “Çalışma Psikolojisi Boyutlarıyla Mobbing Tanım ve Tanı”, s. 22-23.

⁸³⁴ Tınaz, “Çalışma Psikolojisi Boyutlarıyla Mobbing Tanım ve Tanı”, s. 25-26.

⁸³⁵ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 271.

Değinilmesi gereken bir diğer nokta da tacizcinin, tacizini haklılandırabilmesinin mümkün olmadığıdır. Bunun tek istisnası davalının, davacıyı üçüncü kişinin tacizinden koruyamadığı durumlarda, işverenin yanında çalışanların davranışlarından kanuni olarak sorumlu olduğu durumlarda, gündeme gelebilir ve bu da ancak işverenin, işyerinde tacizin gerçekleşmesini önlemek için attığı makul adımlara rağmen gerçekleştiği niispatlaması halinde mümkün olabilir⁸³⁶.

2. Tacizin Hukuki Kaynakları

Taciz, günlük hayatta tanıdık, bildik bir terim görünse de kanuni bir kavram olarak tanınmasın yeni olduğu söylenebilir. Kavram, cinsel taciz ve istihdamda ırk ayrımcılığına yönelik düzenlemelerin etkisi ile 1970'lerin ortalarında ABD'de ortaya çıkmıştır. 1980'lerin sonlarında ise AB sisteminde, cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı korunma bağlamında, tartışılmaya başlanmıştır. Tacizin yasaklanması ve kişilerin tacize karşı kanunlarla korunması ise ancak uzun bir zaman diliminin sonunda gerçekleşebilmiştir⁸³⁷.

Birleşmiş Milletler'in tacize ilişkin sağladığı güvenceler oldukça sınırlıdır. Ancak güncel gelişmeler de yok değildir. 2019 tarihli ve 190 No.lu UÇÖ Sözleşmesi bu açıdan önem arz etmektedir. Şiddet ve Taciz Sözleşmesi ve Sözleşme'ye eşlik eden 206 sayılı Şiddet ve Taciz Tavsiye Kararı'nın çalışma yaşamındaki şiddete ve tacize karşı koruma sağlaması ve bu tür davranışların değişmesi için aracı olması beklenmektedir⁸³⁸. Uruguay ve Şili, 25 Haziran 2021'de yürürlüğe girecek olan Sözleşme'yi onaylayan ilk devletlerdir. Sözleşme'de, Sözleşme'nin amaçları bakımından çalışma yaşamındaki “şiddet ve taciz”in; fiziksel, psikolojik, cinsel veya ekonomik zararı amaçlayan, bunlarla neticelenen ya da neticelenmesi muhtemel olan, bir kez gerçekleşen yahut tekrarlanan, bir takım kabul edilemez davranış ve

⁸³⁶ Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, s. 80.

⁸³⁷ Schindlauer, “Using the Concept of Harassment”, s. 82.

⁸³⁸ 190 No.lu UÇÖ Sözleşmesi (Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190), (Çevrimiçi) [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190,](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190,09) 09 Temmuz 2020; UÇÖ 206 No.lu Tavsiye Kararı, (ILO, Violence and Harassment Recommendation, 2019 (No. 206), (Çevrimiçi) [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206,](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206,09) 09 Temmuz 2020.

uygulamaları, ya da bunlarla ilgili tehditleri ifade ettiği belirtilmiş ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve tacizi de kapsadığına yer verilmiştir⁸³⁹. Sözleşme'nin kapsamı yalnızca işyerinde gerçekleşen şiddet ve taciz ile sınırlı tutulmamış; “çalışma yaşamı” ifadesi ile daha geniş bir kapsamda konunun ele alınmasına olanak sağlanmıştır.

AİHS'te ise taciz, özel olarak yasaklamamış olsa da, Sözleşme'deki belirli hakların korunması kapsamında ele alabilmektedir. Bundan ötürü, taciz etme özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının kapsamına veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezadan azade olma hakkının kapsamına girebilir. Bu fiiller ayrımcı bir neden gösterdiğinde, AİHM, ilgili maddelerin iddia edilen ihlallerini, ayrımcılığı yasaklayan 14.maddeyle bağlantılı olarak inceleyecektir⁸⁴⁰. Örneğin *Dorđević v. Hırvatistan* davasında⁸⁴¹, zihinsel ve fiziksel olarak engelli olan bir adam ve onun annesi, yaşadıkları mahalledeki çocukların taciz ve şiddetinden korunmadıkları gerekçesiyle şikayetçi olmuşlardır. AİHM, suçu işledikleri iddia edilen sanıkların çoğunun, iç hukuk uyarınca cezai olarak sorumlu tutulamayacak olan on dört yaşından küçük çocuklar olduğunu kaydetmekle birlikte yetkililerin, fiziksel ve zihinsel engeli olan bir kişiye yönelik gerçekleştirilen ciddi bir taciz durumunun yaşandığının farkında olduklarını belirterek, yetkililerin ve bu tür davranışların engellenmesi için makul önlemler almak zorunda olduklarına işaret etmiştir. Bu olayda yetkililer, sorunla mücadele etmek için çözümler üretmekte başarısız olduklarından AİHM, engelli kişi açısından AİHS md. 3'ün ihlal edildiğine, annenin şikayeti ile ilgili olarak da, bakmakta olduğu engelli oğluna yöneltilen sürekli taciz sebebiyle özel ve aile hayatının olumsuz etkilendiği kanısına varmıştır. Bundan ötürü şiddet eylemlerine gerektiği gibi müdahale etmemek ya da çocuğa (olayda annenin oğluna) yöneltilen tacizi önlemek için gerekli önlemleri almaktan kaçınan yetkililerin, özel ve aile hayatına saygı hakkını (AİHS md. 8) koruyamadıklarına karar vermiştir.

⁸³⁹ 190 No.lu UÇÖ Sözleşmesi, md. 1(a).

⁸⁴⁰ **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 67.

⁸⁴¹ AİHM, *Dorđević v. Croatia*, Application no. 41526/10, 24.07.2012.

Başlarda doğrudan ayrımcılığın belirli bir tezahürü olarak değerlendirilen taciz, artık AB ayrımcılık yasağı direktifleri kapsamında özel bir ayrımcılık türü olarak yer almaktadır. Ancak günümüzde Direktifler kapsamında tacizin ayrı bir başlık altında ele alınması, acaba kavramsal düşüncede bir değişim mi gerçekleşti sorusunu akla getirebilirse de, bu farklılaşmanın ardında kavramsal düşüncedeki bir değişimden ziyade, ayrımcı muamelenin bu zararlı şeklinin ayrıca ele alınması gereğinin bulunduğu işaret edilmektedir⁸⁴².

Taciz kavramı, etraflıca ilk kez 2000/43/EC sayılı Direktif'te ele alınmıştır. Direktif'te taciz, "bir kişinin onurunu zedeleyen ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratmak niyetiyle ya da etkisiyle ırk ve etnik kökenle ilgili istenmeyen bir davranış" olarak tanımlanmıştır (md. 2/3). Söz konusu tanım eşitlikle ilgili diğer direktiflerde de yer almaktadır⁸⁴³. Direktiflerin düzenleme alanları da dikkate alınarak; bir kimsenin onurunu zedelemek niyetiyle ya da bu etkiye yol açacak biçimde ve/veya gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak maksadıyla ya da bu etkiye sebep verecek şekilde korunan bir temelle ilgili olarak istenmeyen bir davranışın bir ayrımcılık türü olarak tacizi meydana getireceği belirtilebilir⁸⁴⁴.

Bu tanımlar, tacizi ispat etmek için bir karşılaştırılana gerek olmadığını göstermektedir. Zira tacizin aldığı sözlü, sözlü olmayan veya fiziksel biçim ya da insan onuru da ihlal eden potansiyel etkisi, tacizin özünde yanlış olduğu gerçeğini yansıtmaktadır⁸⁴⁵. Değnilmesi gereken bir diğer husus da tacizin gerçekleşip gerçekleşmediğinin nasıl belirleneceğine dairdir. AB direktiflerinde istenmeyen davranışın onur kırma amacıyla ya da onur kırıcı etkiye sebep olacak şekilde gerçekleştirilmesine yer verilmiştir. Onur kırıcı davranışın belirlenmesinde ise somut olayın ve mağdurun özellikleri dikkate alınmaktadır. AB hukuku bu noktada esnek bir yaklaşımı kabul etmekte ve tacizin gerçekleşip gerçekleşmediğinin

⁸⁴² **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 64.

⁸⁴³ Söz konusu direktifler ve ilgili maddeleri şu şekildedir; 2000/78/EC md. 2/3, 2000/73/EC md. 2, 2004/113/EC md. 2 ve 2006/54/EC md. 2/1.

⁸⁴⁴ **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 64.

⁸⁴⁵ **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 66.

belirlenmesinde mağdurun söz konusu davranışa ilişkin algısına önem vermektedir. Fakat mağdur, tacizin etkilerini fiilen hissetmese bile eğer ilgili davranışın hedefi konumundaysa tacizin varlığından söz edilebilir⁸⁴⁶.

Her ne kadar AB hukukunda ayrımcılığın yasaklandığı temellere ilişkin olarak tacizin de yasaklandığı görülmekteyse de ilgili düzenlemelerin tacizle mücadelede etkili araçlar olup olmadığının ortaya çıkması için ulusal mahkemelerin ve ABAD'ın kararlarının incelenmesini gerekmektedir. Ancak bugün için ABAD'ın tutumuna ilişkin, bu konuda önüne gelen dava olmadığı için, bir şey söylemek mümkün değildir⁸⁴⁷.

Türk hukukunda ayrımcılığın bir türü olarak taciz ise ilk kez TİHEK Kanunu'nda tanımlanmıştır. Bu kanun öncesinde taciz, ceza hukuku ya da özel hukuka ilişkin kimi konularda gündeme gelebilmekte ve ilgili hususlarda değerlendirilmekteydi. Ancak bir ayrımcılık türü olarak tacize ilişkin yasal düzenleme söz konusu değildi. TİHEK Kanunu ise tacizin ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınmasına olanak vermektedir çünkü Kanun'un 4. maddesinde taciz, ayrımcılık türlerinden birisi olarak sayılmıştır. Kanun'un 2. maddesindeki tanıma göre ise taciz "Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış"tır. Taciz kavramı açıklanırken yer verildiği üzere "işyerinde yıldırma" olarak da ifade edilen mobbing de taciz kavramı kapsamında ele alınmaktadır. Fakat TİHEK Kanunu'nda tacizin yanı sıra işyerinde yıldırma da ayrımcılık türü olarak tanınmış (md. 4) ve "Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıkırtmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler" (md. 2(g)) olarak tanımlanmıştır. Ayrıca her iki tanım da ayrımcılığın bu iki türü için sağlanan korumanın Kanunda sayılan ayrımcılık temelleri ile sınırlı olduğu

⁸⁴⁶ **Handbook on European non-discrimination Law**, s. 64.

⁸⁴⁷ Ellis, Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, s. 300. Bağlantılı ayrımcılık başlığında yer verildiği üzere ABAD, Coleman davasında tacize karşı korumanın sadece ayrımcılık temellerinden birine sahip olan kişi ile sınırlı olmadığı belirtilmiş ve çalıştığı işyerinde çocuğunun engeli dolayısıyla taciz teşkil eden istenmeyen davranışlara maruz kalan kadın çalışanın da tacize karşı korunması gerektiğini saptamıştır.

belirtilmiştir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağının kapsamının kişi bakımından sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

G. Cinsel Taciz

1. Cinsel Taciz Kavramı

Cinsel taciz, insanın olduğu her yerde görülebilmektedir. Bunun için özellikle belirli bir ilişki türüne odaklanılmasına gerek yoktur. Ailedeki bireyler arasında, komşular arasında, yolda, otobüste yani birbirini tanıyan veya tanımayan insanlar arasında gerçekleşebilmektedir. Farklı özelliklere sahip, azınlıkta olan ve kurumsal güce sahip olmayan kişilere yönelik taciz ise işyerlerinde olduğu kadar, günlük yaşantının diğer alanlarında da, örneğin eğitim alanında da sıkça meydana gelebilmektedir. Genel olarak cinselliğe, cinsiyete veya cinsel tercihe dayalı bir davranış olarak gerçekleştirilen cinsel tacize ve cinsel taciz teşkil eden davranışlarla hayatın farklı alanlarında; sokakta, üniversitede, işyerinde yani farklı mekanlarda farklı ilişki biçimlerinde, örneğin öğretmen-öğrenci; işveren-işçi; evsahibi-kiracı vb. karşı karşıya kalınması mümkündür⁸⁴⁸.

Cinsel taciz, kişinin isteği olmaksızın, cinsel içerikli tekliflere, şakalara, hakaretlere ve/veya bunları içeren, sözlü fiziksel, görsel davranışlarla karşı karşıya kalmasıdır⁸⁴⁹. Cinsel tacize cinsiyet fark etmeksizin herkes maruz kalsa da, yapılan araştırmalar cinsel tacize uğrayanların çoğunlukla kadınlar olduğunu göstermektedir⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ Z. Gönül Balkır, “Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İş Yerinde Cinsel Taciz”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, 2015, ss. 12-47, s. 17.

⁸⁴⁹ Balkır, “Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İş Yerinde Cinsel Taciz”, s. 16.

⁸⁵⁰ Cinsel tacizin, sadece çalışma alanında değil, başka alanlarla da gerçekleşebildiğini, örneğin aile içi şiddet, kadınlara yönelik şiddet biçimlerinin bir aradalığını ortaya seren, özellikle genç kadınları etkilediğini ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlandığı ülkelerde dahi insan haklarının ve kadınların temel özgürlüklerinin ihlali anlamına geldiğini gösteren bir araştırma için bkz. **Bullying and sexual harassment at the workplace, in public spaces and in political life in the EU**, European Parliament, European Union, 2018, s.11, (Çevrimiçi) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604949/IPOL_STU\(2018\)604949_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604949/IPOL_STU(2018)604949_EN.pdf), 19 Temmuz 2020.

Cinsel nitelikteki istenmeyen davranışları ifade eden cinsel taciz (sexual harassment)⁸⁵¹ terimi ilk defa 1975 yılında ABD’de kadın çalışana amiri tarafından yapılan cinsel yaklaşımları ifade etmek üzere çalışan kadınların haklarını korumak için kurulmuş olan bir enstitü tarafından kullanılmıştır⁸⁵². Konu çeşitli açılarıyla bu tarihten itibaren işlenmeye başlamıştır ve 1979 yılında Catharine Mackinnon tarafından hukuki temellerde ele alınmıştır⁸⁵³. Kısacası Amerikalı aktivistler tarafından geliştirilen kavram, 1970’lerin sonlarından itibaren Amerikan akademisi ve mahkemeleri tarafından kullanılmaya başlanmış, ardından Kanada ve Avrupa’ya sıçramıştır⁸⁵⁴.

Cinsel taciz oluşturan davranışın ise tekrarlanması, devamlılık arz etmesi gerekmez, tek bir davranış dahi cinsel taciz olarak kabul edilebilir. Ancak bazı durumlarda devam, davranışın tekrarı, önemli olabilir. İlk teklif ettiğinde reddetmesine rağmen çalışma arkadaşına ısrarla birlikte yemek yemeyi teklif etmek ya da istemediğini belirtmesine rağmen kişiye masaj yapılması da cinsel tacize örnek verilebilir⁸⁵⁵. Başlarda doğrudan ayrımcılığın bir türü olarak ele alınan cinsel taciz, yakın bir dönemde ayrı bir ayrımcılık türü olarak ele alınmıştır. Cinsel tacizin bir ayrımcılık türü olarak tanınması ise ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkin hukukun gelişmesi açısından önemlidir⁸⁵⁶. Çünkü cinsel tacizin, mağdurun onuruna ve

⁸⁵¹ Panagiota Petroglou, “Sexual harassment and harassment related to sex at work: time for a new directive building on the EU gender equality acquis” (Bundan sonra “Sexual harassment and harassment related to sex at work” olarak kullanılacaktır), **European Equality Law Review**, Issue 2/2019, Luxembourg, European Union, 2019, ss. 16-35, s. 18.

⁸⁵² Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, s. 41.

⁸⁵³ **Bullying and sexual harassment at the workplace, in public spaces and in political life in the EU.**

⁸⁵⁴ Petroglou, “Sexual harassment and harassment related to sex at work”, s. 18. Cinsel tacizin Amerikan hukukundaki seyri için bkz. Reva B. Siegel; “Introduction: A Short History of Sexual Harassment”, **Directions in Sexual Harassment Law**, Ed. Catharine A. Mackinnon, Reva B. Siegel, Yale University Press, 2004, ss. 1-40.

⁸⁵⁵ Balkır, “Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İş Yerinde Cinsel Taciz, s. 18-19.

⁸⁵⁶ Sandra Fredman, **Anti-discrimination laws and work in the developing world: A thematic overview**, 2012, s. 25, (Çevrimiçi) https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/12129/WDR2013_bp_Anti-Discrimination_Laws.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 19 Ocak 2018.

kendine saygısına karşı bir hakaret olduğu kabul edilmekte ve bu nedenle yanlış olduğu savunularak⁸⁵⁷ özel olarak ele alınmaktadır.

Cinsel tacizin genellikle kadınların kişilik haklarını ve dar kapsamda çalışma özgürlüklerini, geniş kapsamda ise insan hak ve özgürlüklerini zedelediği, bir cinsiyet grubu olarak kadınları diğer grubun mensuplarına göre daha olumsuz bir biçimde etkilemesi ve neticede mağdur etmesi hasebiyle cinsiyet ayrımcılığına yol açtığı savunulmaktadır⁸⁵⁸. Mackinnon'a göre de cinsiyet ayrımcılığı ile bağlantılı olan cinsel taciz, kadınları, erkekleri sınırlamayan bir şekilde sınırlamakta ve kadınları erkekler için herhangi bir cinsel şart olmaksızın mevcut olanaklardan mahrum bırakmakta ve ortaya kadınlar için cinsel talepleri içeren, erkekler içinse cinsel taleplerin söz konusu olmadığı iki çalışma standartını ortaya çıkarmaktadır⁸⁵⁹.

Cinsel taciz, *quo pro quo* (cinsel rüşvet/gözdağı tacizi) taciz ve düşmanca ortam yaratan taciz (hostile environment harassment) olmak üzere iki şekilde ele alınmaktadır. Cinsel tacizin ilk türü olan *quo pro quo* taciz, üst ile ast arasındaki ilişki ile sınırlıdır. Bu taciz türünde mağdura, cinsel talepleri yerine getirmesi karşılığında çalışma koşullarıyla ilgili daha olumlu muamele edilmektedir ve ast konumundaki çalışan tarafından cinsel taleplerinin yerine getirilmesi amacıyla

⁸⁵⁷ Fredman, **Anti-discrimination laws and work in the developing world: A thematic overview**, s. 25.

⁸⁵⁸ Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, s. 34. Cinsel tacize yönelik çalışmalar, genellikle çalışma hayatında ve eğitim ortamlarında gündeme gelen vakalara odaklanmaktaysa da Avrupa Birliği Temel Haklar Ajasnsı (FRA) tarafından yapılan ve kadınlara yönelik şiddeti inceleyen araştırmada, konunun daha geniş bir biçimde ele alınmasına çalışılmıştır. Araştırmanın sonucuna göre 15 yaşından itibaren cinsel tacizin herhangi bir çeşidini yaşayan mağdurların %71'i olayın failinin bir erkek olduğunu, %2'si kadın olduğunu ve %21'i de her erkek hem de kadın tacizcilere işaret etmişlerdir. Bu noktada internette gerçekleştirilen tacizlerde, failin cinsiyet kimliği bilinmemesine rağmen, bu ortamda da çoğunlukla failerin erkek olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Violence against Women: an EU-wide survey**, European Agency for Fundamental Rights (FRA), 2014, (Çevrimiçi) <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report>, 19 Temmuz 2020.

⁸⁵⁹ Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, s. 42. Özellikle işyerinde meydana gelen cinsel taciz, farklı hukuk düzenlemelerinde farklı şekillerde değerlendirilmiştir. Buna göre bazı ülkelerde, işyerinde cinsel taciz cinsiyet ayrımcılığına dayandırılmakta iken bazı ülkelerde yetkinin kötüye kullanılması olduğuna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Konuya ilişkin bir başka düzenleme şekli ise işyerinde gerçekleşen cinsel tacizin, işçinin kişilik haklarının ihlali olduğunu belirtmektedir. Bu yaklaşımların her birinin konunun farklı yönlerine dikkat çektiği ve bu sebeple doğru olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda da işyerinde cinsel taciz gerçekleşmesi halinde sadece ceza yaptırımlarının değil, tazminata ilişkin yaptırımların da gündeme geldiği ve tacizden mağdur olan çalışana iş sözleşmesini feshetme ve şikayette bulunma hakkının tanınması aracılığıyla güvence sağlanmasına çalışılmaktadır. Balkır, "Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İş Yerinde Cinsel Taciz", s. 15.

tehditte veya rüşvette bulunmaktadır⁸⁶⁰. Örneğin işçinin kariyerindeki ilerlemesi ya da işini kaybetmemesi amiri konumundaki kişinin cinsel taleplerini kabul etmesi koşuluna bağlandığında bu türde bir cinsel taciz söz konusu olur. Ancak cinsel tacizin sadece çalışma koşullarına bağlı sonuçlarla ilişkili olmadığı, düşmanca ortam yaratan taciz (hostile environment harassment) olarak adlandırılan bir biçimde de gerçekleşebileceği kabul edilmiştir. Bu tür cinsel tacizde ise istenmeyen cinsel içerikli sözler ya da davranışlar aracılığıyla çalışanda huzursuzluk yaratılmakta ve düşmanca çalışma koşulları oluşturulmaktadır. İstenmeyen cinsel temasların, dokunuşların ya da sözlerin düşmanca çalışma ortamını oluşturduğu ifade edilebilir⁸⁶¹.

Cinsel taciz, çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. En yaygın olanları; sözlü biçimde, sözlü olmayan biçimde, fiziksel olarak ve sanal ortam vasıtasıyla gerçekleştirilenlerdir. Sözlü olarak gerçekleştirilen cinsel tacize, müstehcen, saldırgan yorumların ve şakaların yapılması, laf atılması, bir kişinin, özellikle de bir kadının, fiziksel görünüşü hakkında müdahaleci, saldırgan yorumlarda bulunulması, uygunsuz randevu taleplerinde bulunulması, kişinin özel yaşamı hakkında müdahaleci, rahatsız edici soruların sorulması örnek olarak gösterilebilir. Cinsel içerikli müstehcen hareketler, uygunsuz, göz kokurtucu şekilde bakışlar ya da cinsel materyalin teşhir edilmesi ise sözsiz olmayan şekle örnektir. Fiziksel şekilde gerçekleştirilen cinsel taciz ise dik dik bakma, dokunma, sarılma, öpme ve tecavüz biçiminde ortaya çıkabilir. Ayrıca müstehcenlik içeren e-postalar ya da sms mesajları gönderilmesi, sosyal paylaşım sitelerinde gerçekleştirilen uygunsuz asımlar, kısacası elektronik ortamda verilen rahatsızlıklar da cinsel taciz olarak kabul edilmektedir⁸⁶².

⁸⁶⁰ Petroglou, “Sexual harassment and harassment related to sex at work”, s. 18; Erdem Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, ss. 83-97, s. 88.

⁸⁶¹ Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, s. 88. Cinsel tacizin bu iki türü hem AB hukuku hem de UÇÖ tarafından tanınmakta ve UÇÖ, taraf devletlere, iki tür cinsel tacizi ayrımcılık karşıtı mevzuata dahil edilmesi koşulunu getirmiştir. Fredman, **Anti-discrimination laws and work in the developing world: A thematic overview**, s. 25.

⁸⁶² Petroglou, “Sexual harassment and harassment related to sex at work”, s. 18.

2. Cinsel Tacizin Hukuki Kaynakları

Cinsel tacizle kavramı uluslararası sözleşmeler nezdinde uzunca bir süre kendisine yer bulmamıştır. Örneğin ne 1958 tarihli UÇÖ Sözleşmesi'nde ne de 1979 tarihli KKAOKS'nde kavrama yer verilmemiştir. UÇÖ ancak 1988 yılında cinsel tacizin cinsiyet temelli ayrımcılık türü olduğuna yer vermiş ve hangi davranışların cinsel taciz oluşturacağını belirtmiştir⁸⁶³. 2019 yılında ise 190 no.lu Şiddet ve Taciz Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Sözleşme'de "toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve taciz" teriminin cinsiyetlerinden veya toplumsal cinsiyetlerinden ötürü kişilere yöneltilen, ya da belirli bir cinsiyet veya toplumsal cinsiyetten olan kişileri orantısız şekilde etkileyen şiddet ve taciz anlamına geldiği ve cinsel tacizi de kapsadığı belirtilmiştir⁸⁶⁴.

KKAOKK ise 12. No.lu Genel Tavsiye'de, KKAOKS'nde açıkça yer verilmeyen cinsel tacize ilişkin olarak taraf devletlere, Komite'ye sundukları periyodik raporlarında kadınların, işyerinde cinsel tacizde dahil olmak üzere, karşılaştıkları her türden şiddet vakasıyla ilgili belirtilen türde bilgileri eklemeleri tavsiyesinde bulunmuştur⁸⁶⁵. Komite, kadınlara yönelik şiddete adanmış 19. No.lu Genel Tavsiye'de ise cinsel tacizin, fiziksel temas ve yakınlaşma gibi istenmeyen cinsel içerikli davranışları, cinsel içerikli söz ve davranışlarla pornografik ve cinsel talepleri içerebileceğini; bu tür davranışın küçük düşürücü olabileceğine ve sağlık ve güvenlik sorununa yol açabileceğine dikkat çekmiştir. Ayrıca kadınların tacize karşı çıkmaları halinde, işe alım ve terfi de dahil olmak üzere istihdamı ile ilgili olarak

⁸⁶³ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 275.

⁸⁶⁴ UÇÖ, Sözleşme No. 190, md. 1(b). Sözleşme'nin hükümlerini tamamlayıcı nitelikteki 206 No.lu Tavsiye Kararı'nın 5. maddesinde "Üyeler, ulusal hukuk, düzenleme ve politikalardaki şiddet ve tacize ilişkin hükümlerin, 100 No'lu Eşit Ücret Sözleşmesi ve 90 No'lu Tavsiye Kararı, (111 No'lu) Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi ve (111 No'lu) Tavsiye Kararı (1958) ile diğer ilgili belgeler de dahil, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün eşitlik ve ayrım gözetmeme belgelerinin dikkate alınmasını sağlamalıdır" ifadesine yer verilmiştir. Bundan ötürü Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması esnasında bu belgelerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. UÇÖ

206 No.lu Tavsiye , (Çevrimiçi)

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

19 Temmuz 2020.

⁸⁶⁵ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 275.

dezavantajlı duruma düşeceğine ya da düşmanca bir çalışma ortamının yaratılacağına inanmak için makul nedenlerinin bulunmasını ayrımcı olduğuna yer verilmiştir⁸⁶⁶.

Kadınlara yönelik şiddet ve ev içi şiddetin önlenmesi ve bunlarla mücadele hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde de cinsel taciz tanımlanmıştır. Sözleşme'nin cinsel taciz başlıklı 40. maddesi şu şekildedir: "Taraflar devletler, bir kişinin onurunu zedelemek amacıyla veya böyle bir etkiyle istenmeyen sözlü, sözlü olmayan veya fiziksel olarak cinsel nitelikte davranışta bulunmayı, bunların özellikle de gözdağı veren, düşmanca, aşağılayan, küçük düşüren veya saldırgan bir ortam yaratarak yapılmasını, cezai ve diğer yaptırımlara tabi kılmak üzere gerekli hukuki veya diğer önlemleri alacaklardır."⁸⁶⁷

AB düzenlemelerine gelindiğinde ise cinsel taciz kavramının 2002/73/EC sayılı Direktif ile ilk kez tanımlandığı görülmektedir. Direktif'teki tanıma göre cinsel taciz "bir kişinin onurunu ihlal etme amacına yönelen veya bu etkiyi doğuran, cinsel nitelikteki her türlü istenmeyen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel, özellikle gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratan davranış"tır⁸⁶⁸. Bu Direktif, işyerinde cinsel tacizi ve cinsiyete dayalı tacizi tanımlayan ilk Direktif olması ve ulusal hukuklarda da aynı tanımın ya da mağdurlar açısından daha olumlu tanımın benimsenmesi gerektiğine yer vermesi açısından önemlidir⁸⁶⁹. Direktif'te tanımlandığı şekliyle cinsel tacizin üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar; istenmeyen davranışlar, insan onuruna aykırı davranışlar ve uygun olmayan çalışma ortamıdır. Ayrıca cinsel tacizin açıkça cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak tanımlanmış olması da önemlidir⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ KKAOKK, Genel Tavsiye No. 19, para. 18.

⁸⁶⁷ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence), (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/1680462545>, 15 Temmuz 2020.

⁸⁶⁸ md. 2/2, son paragraf. Bu tanım 2004/113/EC sayılı Direktif'te (md. 2) ve 2006/54/EC sayılı Direktif'te (md. 2/1) de yer almaktadır.

⁸⁶⁹ Petroglou, "Sexual harassment and harassment related to sex at work", s. 25.

⁸⁷⁰ Ek olarak Direktiflerde yer verilen tanımın ikili bir yaklaşımı benimsediği anlaşılmaktadır. Buna göre tanımda bir kişinin onurunu ihlal etme amacına veya etkisine yer verilmesi onura ilişkin zarar yaklaşımının, cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı olarak tanınması ise ayrımcılık yasağı/cinsiyet eşitliği yaklaşımının bir görünümüdür. Petroglou, "Sexual harassment and harassment related to sex at work", s. 27.

2002/73/EC sayılı Direktif gibi 2006/54/EC sayılı Direktif de tacizin, cinsel tacizin ve kişinin bu tür bir davranışa boyun eğmeyi reddetmesine bağlı olarak daha olumsuz muamele görmesinin cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturacağına yer vermiş⁸⁷¹ ve mağdura yönelik işe almama, terfi ettirmeme, istihdam koşullarının tek taraflı olarak yeniden düzenlenmesi gibi, zararlı bir eylemle bağlantılı olup olmadıklarına bakmaksızın işyerinde cinsel tacizi ve cinsiyete dayalı tacizi yasaklamıştır⁸⁷². 2006/54/EC sayılı Direktif'te *quid pro quo* tacize ve cinsel taciz kavramına yer verilmesine rağmen örneğin 2000/43/EC sayılı Direktif'te kavrama yer verilmemesinin belirsizlik oluşturduğu ileri sürülmekte ve 2006/54/EC sayılı Direktif'teki kişinin taciz ve cinsel taciz oluşturan davranışa boyun eğmeyi reddetmesine bağlı olarak daha olumsuz muamele görmesinin ayrımcılık oluşturacağının belirtilmesi ve yine bu ifadenin 2000/43/EC sayılı Direktif'te yer almaması eleştirilmektedir. Bu sebeple 2006/54/EC sayılı Direktif'teki düzenlemenin diğer direktifler açısından da geçerli olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağı belirtilmektedir⁸⁷³. Ayrıca üye devletlerin iç hukuklarına, toplu sözleşmelere veya uygulamalara uygun olarak, istihdama erişim, mesleki eğitim ve terfi konularında işverenleri ve mesleki eğitime erişimden sorumlu kişilerin, işyerinde, taciz ve cinsel taciz gibi her türlü ayrımcılığı önlemek için etkili önlemler almaya teşvik edilmeleri gerektiği düzenlenmiştir⁸⁷⁴.

AB'nin cinsiyet eşitliğine ilişkin kanunlarının özellikle, işyerinde cinsiyet temelinde taciz ve cinsel taciz konusunda büyük ölçüde kapsamlı bir yapıya sahip olduğu söylenebilir. Nitekim ispat yükünün yer değiştirmesi, mağdurlaştırmaya karşı korunma gibi mağdur lehine olan bazı düzenlemeler normatif açısından önemli adımlardır. Bununla birlikte ABAD'ın bu konudaki yetersiz içtihatı, adalete erişim oranlarındaki sınırlar, kısmen de olsa hem kanunlarda hem de uygulamada mağdurlaştırmaya ilişkin kapsamlı bir korunmanın sağlanamadığı eleştirilerini

⁸⁷¹ AB 2006/54/EC sayılı Direktif, md. 2/2(a)

⁸⁷² Petroglou, "Sexual harassment and harassment related to sex at work", s. 27.

⁸⁷³ Ellis, Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, s. 301.

⁸⁷⁴ AB 2006/54/EC sayılı Direktif, md. 2/2(a). Fakat söz konusu düzenlemede yer verilen üye devletlerin ilgili kişileri teşvik edeceklerine ilişkin ifadenin, oldukça zayıf bir ifade olduğuna yönelik eleştiriler de yöneltilmiştir. Bkz. Ellis, Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, s. 301.

gündeme getirmektedir⁸⁷⁵. Bu eleştirilerin ise yersiz olduğu söylenemez. Çünkü özellikle işyerlerindeki cinsel taciz vakalarında mağduriyet yaşama korkusunun diğer ayrımcılık vakalarından yüksek olmasına rağmen ABAD’ın önüne gelen şikayetlerin ve konuya ilişkin kararların yetersizliği ve ulusal düzeydeki sınırlı içtihatlar, cinsel taciz vakalarında mağdurlaştırmaya dair korumanın yeterli olmadığına işaretidir.

Cinsel taciz ile ilgili olarak Türk hukukunda çeşitli kanunlarda düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat söz konusu düzenlemelerde bir ayrımcılık türü olarak cinsel tacize yer verilmemiştir. Bu konudaki tek düzenleme TİHEK Kanunu’nda bulunmaktadır. Ancak söz konusu düzenlemede cinsel taciz ayrı bir ayrımcılık türü olarak değerlendirilmemiş, taciz kapsamında ele alınmıştır. Kanun’da taciz *“Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış”* olarak tanımlanmıştır (md. 2 (j)). Yapılan tanım vasıtasıyla cinsel tacizin tacizle birlikte değerlendirilmesi yolunun seçildiği anlaşılmaktadır.

H. Mağdurlaştırma

1. Mağdurlaştırma Kavramı

Mağdurlaştırma (victimisation), bir kişinin ayrımcılığa uğradığından bahisle yaptığı şikayetin kötü davranışla karşılaşması ya da bu şikayet nedeniyle farklı muamele görmesidir. Bununla birlikte kişinin, ayrımcılık şikayeti olan bir kişiyi desteklemesi akabinde benzer muamele görmesinin de mağdurlaştırma olduğu kabul edilmektedir⁸⁷⁶. Öyle ki ayrımcılık şikayetinde bulundukları için mağduriyet yaşayanların durumlarının, ayrımcılığın kendisi kadar ciddiye alınması gereken bir sorun teşkil ettiği belirtilmiştir⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ Petroglou, “Sexual harassment and harassment related to sex at work”, s. 27.

⁸⁷⁶ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 282..

⁸⁷⁷ Lord Steyn in UK House of Lords, *Nagarajan v. London Regional Transport* (1999) 4 All ER 65’ten aktaran Herdís Kjerulf Thorgeirsdóttir, “Protection from Victimisation in the Workplace: Comparative EU-Icelandic Perspectives” (Bundan sonra “Protection from Victimisation in the

Çalışanların, ayrımcılığa uğradıklarına ilişkin yaptıkları şikayet sebebiyle terfileri engelleniyor, kendilerine referans verilmiyor, başka bir bölüme/şehre transfer talepleri reddediliyorsa mağdurlaştırma gündeme gelebilmektedir. Bu tür engellemeler, kişilerin kariyerlerinde ilerlemelerinin önündeki engeller olabilmenin yanı sıra kariyerlerini yok eden bir hale de dönüşebilir. Bir işverenin, çalışanın şikayetine veya tazminat talebine karşılık olarak misilleme yapması, çalışanın mağduriyetine neden olabilir. Örneğin rekabetçi bir çalışma ortamında, şikayette bulunan çalışan, iş arkadaşlarının tacizini de içerecek şekilde çeşitli haksız muamelelerle karşılaşabilir⁸⁷⁸. Kişinin yaşanan ayrımcılığı gündeme getirdiği takdirde sıkıntı yaşayabileceği endişesi, ayrımcılığın şikayet edilmesinin önündeki en büyük engellerdendir. Bu sebeple ayrımcılık şikayetinde bulunanların yaşadıkları mağduriyet de ayrımcılığın kendisi gibi ciddi bir şekilde değerlendirilmelidir.

Ayrımcılık olgusunun kabulü ve onunla yüzleşmek önemlidir. Ancak ayrımcılıkla mücadele ederken hakları ihlal edilenlerin karşılaştıkları engellerin de farkında olunması ve ayrımcılık mağdurunun, ayrımcılık şikayetinde bulunmaktan çekinmesinin ardında yatan çeşitli nedenlerin görülmesi önemlidir. Bu nedenlerden ilki, misilleme yapılacağı korkusudur. Halihazırda ayrımcılığa uğramış olan kişi, ayrımcılığa ilişkin şikayetin doğurabileceği sonuçlardan korktuğu için hiçbir şey yapmamayı seçebilir. Bu noktada kişinin, şikayetin sonuçlarından korkması dolayısıyla kendi kendine sansür uygulaması gündeme gelir. Böylece kişi, ‘zihinsel kölelik’ olarak adlandırılan durumu yaşar ve yaşananlar hakkında konuşmaz, konuşamaz. Çünkü çoğu çalışan, işvereni hakkında ayrımcılık şikayetinde bulunmanın, sadece mevcut işini değil, kariyerini de etkileyebileceğinin farkındadır. Kurumlar, ticari işletmeler ya da herhangi bir işveren, şikayette bulunan bir çalışanın işletme için sıkıntı yaratabileceği değerlendirmesinde bulunabilir. İşte bu gibi sebeplerle birçok çalışan, şikayette bulunmak yerine susmayı tercih etmektedir⁸⁷⁹.

Ayrımcılık mağdurunun şikayette bulunmasının önündeki ikinci engel ise damgalanmaya uğrama ve misillemeye uğrama, işten çıkarılma riskinin

Workplace” olarak kullanılacaktır), **European Equality Law Review**, Issue 1, Luxembourg, European Union, 2019, ss. 44-59, s. 44.

⁸⁷⁸ Thorgeirsdóttir, “Protection from Victimisation in the Workplace”, s. 44.

⁸⁷⁹ Thorgeirsdóttir, “Protection from Victimisation in the Workplace”, s. 45-46.

bulunmasıdır. Damgalanma ve misillemeye uğrama korkusu mağdurların tazminat talebinde bulunmaları ya da adalete erişimleri açısından engel oluşturmaktadır. Bu tür korkular genellikle çalışma arkadaşlarının ayrımcılık uygulayan tarafla hiyerarşik ve yakın ilişkiler kurduğu işyerlerinde sorun oluşturabilmektedir⁸⁸⁰.

Değinilmesi gereken diğer bir husus da işyerlerinde mağdur olan tarafın genellikle kadın çalışanlar olduğudur. Kadınlar, haksız muamelelere karşı kendilerini savunurken, bu tür durumlar için çareler ararken, erkeklere kıyasla daha sert tepkilerle karşılaşmaktadırlar. Gerek siyasette gerekse ekonomik sektörlerde kadınların daha ziyade orta seviye görevlerde bulunmaları da ayrımcılıkla mücadele etmeleri gerektiğinde meslektaşlarından daha az destek görmelerinde etkindir. Ayrıca kadınların rekabetçi olmaları, her iki cinsiyetten meslektaşları tarafından da hoş karşılanmamaktadır, halbuki erkek çalışanların bu tür özelliklere sahip olmaları aynı hoşnutsuz tutumu beraberinde getirmemektedir. Dolayısıyla da mağdur olma riskinin kadınlar için daha yüksek olduğu açığa çıkmaktadır⁸⁸¹.

Taciz dolayısıyla ya da eşit muamele ilkesinin ihlali anlamına gelen başka bir sebeple şikayetçi olan çalışanın terfi etmesinin engellenmesi ya da işten çıkarılması mağdurlaştırma denilince akla ilk gelen örneklerdir. Öğretmen-öğrenci, işveren-işçi ilişkilerinde olduğu gibi halihazırda devam eden ilişkilerin söz konusu olması halinde ayrımcılığa dair yapılan şikayetlerin veya başvuru yargısal usullerin, ilgili ilişkinin daha dezavantajlı durumunda bulunan mağdurlar için daha zorlayıcı olabildiği aşikardır. Ek olarak ayrımcılık mağdurlarının da çoğunlukla toplum içindeki dezavantajlı gruplara mensup kişiler olduğu göz önünde bulundurulduğunda taraflar arasındaki güç paylaşımının dengeye getirilmesi için mağdurların korunmasının gerekliliği yadsınamaz⁸⁸².

Mağdurlaştırmaya ilişkin korunmanın yalnızca şikayette bulunma ile ya da yargısal usullere başvurma ile sınırlı tutulması etkili bir korunmanın sağlanmaması anlamına geldiğinden yetersiz bulunmaktadır. Bundan ötürü de söz konusu korumanın dar bir kapsamda değil, geniş bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğinden

⁸⁸⁰ Thorgeirsdóttir, “Protection from Victimisation in the Workplace”, s. 46-47.

⁸⁸¹ Thorgeirsdóttir, “Protection from Victimisation in the Workplace”, s. 47-78.

⁸⁸² Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 282-283.

bahisle sadece ayrımcı muamelenin taraflarını değil, üçüncü kişilerin de bazı fiillerinin kapsama dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin tanıklıkta bulunulması, yargısal usullerde destek olunması, bilgi verilmesi, delil sağlanması, danışmanlık yapılması da mağdurlaştırma kapsamında ele alınmalıdır. Üçüncü kişiler ile ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi arasında ise herhangi bir güç ilişkisinin olması, örneğin istihdam ilişkisindeki işçi-işveren ya da eğitim hizmetindeki öğrenci-öğretmen gibi, zorunlu değildir. Sendikalar, STK'lar, barolar gibi mesleki kurum ve kuruluşlar da ilgili kapsamda ele alınmalıdırlar⁸⁸³.

Görülmektedir ki ayrımcılık yasağına dair hukuki düzenlemelerin etkili olabilmesi adına kişilerin olumsuz tepki görmemek veya olumsuz sonuçları olan durumlarla karşılaşmamak için ayrımcılık yasağını ihlal eden durumlara dair kendileri için şikayette bulunma, ayrımcılığa uğradığı şikayetinde bulunanlar için tanıklıkta bulunma, delil sağlama ve ya destek olma noktasında isteksiz olunmasının önündeki engellerin kaldırılması gerekmektedir. Bunu sağlayabilmek adına mağdurlaştırma yasaklanmalıdır.

2. Mağdurlaştırmanın Hukuki Kaynakları

Uluslararası hukukta tanımı yapılmamış olan mağdurlaştırma, AB hukukunda kendisine yer bulmuştur. Kavramın izleri sürüldüğünde karşımıza 76/207/EEC sayılı Direktif çıkmaktadır⁸⁸⁴. Direktif'in 7. maddesinde üye devletlerin, işçileri işyeri içindeki bir şikayete ya da eşit muamele ilkesine uyulmasını sağlamaya yönelik kanuni işlemlere tepki olarak işverenler tarafından işten çıkarılmalarına karşı korumak için gerekli tedbirleri alacakları ifade edilmiştir.

2000/43/EC sayılı Direktifin 9. maddesinde, 2000/78/EC sayılı Direktif'in 11. maddesinde ve 2006/54/EC sayılı Direktif'in 24. maddesinde de mağdurlaştırmaya yer verilmiştir. 2000/43/EC sayılı Direktif ile 2000/78/EC sayılı Direktif de benzer hükümleri içermektedir. Bu düzenlemelere göre üye devletler, iç

⁸⁸³ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 283.

⁸⁸⁴ 76/207/EEC, (on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions), 09.02.1976, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31976L0207&from=EN>, 06 Temmuz 2020.

hukuk sistemlerinde, eşit muamele ilkesine uyulmasını amaçlayan şikayet veya davalara tepki olarak bireyleri, herhangi olumsuz bir muameleden veya olumsuz sonuçlardan korumak için gerekli önlemleri alacaklardır. 2006/54/EC sayılı Direktif, AB müktesebatının önemli bir aracıdır ve çok sayıda mevzuatı basitleştirmek ve istihdamda cinsiyet eşitliğinin daha iyi düzenlenmesini sağlamak amacıyla 76/207/EEC sayılı Direktif de dahil olmak üzere eski direktifleri tek bir metinde bir araya getirmiştir⁸⁸⁵. Direktif'in 24. maddesi de 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerdeki düzenlemeye benzemekle birlikte biraz daha kapsamlıdır. Madde şu şekildedir: “Üye devletler, iç hukuk sistemlerinde, eşit muamele ilkesine uyumun gerçekleştirilmesi amacıyla, işletme içerisinde bir şikayete veya herhangi bir adli işleme karşı, işten çıkarma veya diğer bir olumsuz muamele ile tepki veren bir işveren karşısında, ulusal kanunlar ve/veya uygulamalarda öngörülen işçi temsilcileri de dahil olmak üzere, işçilerin korunmasını temin eden önlemleri getirirler”. Bu düzenlemeye göre mağdurlaştırmadan korunması gereken yalnızca kendisi ayrımcılığa uğrayan kişi değildir. Kendisi ayrımcılığa uğrayan kişiye ek olarak, ayrımcılık şikayetinde bulunan çalışan için tanıklık yapan, delil sağlayan vb. kişiler de mağdurlaştırmadan korunmalıdır. Ayrıca üye devletlerin bu koruma yükümlülüğü sadece işe son verilmesi hallerini değil, herhangi bir olumsuz muameleyi de kapsamaktadır. Söz konusu yükümlülük, işçileri olduğu kadar işçi temsilcilerini de kapsamaktadır⁸⁸⁶.

Mağdurlaştırmanın sadece ayrımcılık şikayetinde bulunan kişileri değil, bu tür bir şikayet dolayısıyla işten çıkarılan ya da daha olumsuz muamele ile karşılaşan çalışanları da kapsayacağını ABAD yakın tarihli bir kararında da ifade etmiştir. Kararda, kendisi mağdur olmamasına rağmen ayrımcılık şikayetinde bulunulmasında tanıklık ettiği gerekçesiyle işten çıkarılan çalışanın, 2006/54/EC sayılı Direktif'in 24. maddesinin sağladığı korumadan yararlanıp yararlanamayacağı çözüme

⁸⁸⁵ Thorgeirsdóttir, “Protection from Victimisation in the Workplace”, s. 51.

⁸⁸⁶ 2006/54/EC sayılı Direktif'in başlangıç kısmında, 32. paragrafta, da eşit muamele ilkesinin ihlali halinde sadece işçilerin değil, bu işçiyi savunan ya da onun lehine delil sağlayan çalışanın da korunması gerektiği belirtilmiştir: “Etkili hukuki koruma hakkının temel doğası göz önünde bulundurularak, eşit muamele ilkesinin ihlal edildiği iddialarına yol açan ilişkinin sona ermesinden sonra bile çalışanların bu korumadan faydalanmaya devam etmelerinin sağlanması uygundur. Bu Direktif çerçevesinde korunan bir kişiyi savunan veya onun lehine delil sağlayan bir çalışana da aynı korumadan faydalanma hakkı sağlanmalıdır.”

kavuşturulmuştur. Olaylar şu şekilde gelişmiştir; WTG Retail adlı şirketin giyim mağazalarından birinde yönetici olarak görev yapan çalışan, Tine Vandenbon, satış elemanı pozisyonu için başvuruda bulunan Jamina Hakelbracht ile görüşme yapar. Bu görüşme esnasında da başvuru 3 aylık hamile olduğunu belirtir. Vandenbon, daha sonra Jamina Hakelbracht'ı işe almak isteğini şirket yönetimine iletir. Ancak şirket, hamile olduğu için Jamina Hakelbracht'ı işe almak istemediklerini Vandenbon'a bildirir. Mağazanın yöneticisi olarak Hakelbracht ile görüşen ve Onu satış görevlisi pozisyonu için uygun bulan Vandenbon ise şirkete, hamilelik sebebiyle bir kişiyi işe almayı reddetmenin kanunlara aykırı olduğunu hatırlatır. Buna rağmen şirket, kararında ısrar eder. Akabinde Vandenbon, başvuru Hakelbracht'a hamileliği sebebiyle işe kabul edilmediğini bildirir. Bu bildirim üzerine Hakelbracht şirket aleyhine cinsiyet ayrımcılığı şikayetinde bulunur. Şirket, yapılan bu şikayet nedeniyle Vandenbon'u suçlayarak iş sözleşmesini feshetir. Vandenbon da şirket tarafından misillemeye uğradığı gerekçesiyle tazminat talebinde bulunur. ABAD'a göre mağdurlaştırmaya karşı koruma, ayrımcılık şikayetinde bulunanlara resmi olarak tanıklık edenlerle sınırlı değildir, aynı zamanda ayrımcılık şikayetinde bulunan kişiyi savunan ve destekleyen kişileri de kapsamaktadır. Buna göre, ayrımcılığa uğrayan kişiyi gayri resmi olarak destekleyen çalışanların da bu kapsamda ele alınması gerekmektedir⁸⁸⁷.

Mağdurlaştırma ile ilgili içtihat azlığı, konunun öneminin yeterince farkına varılmadığının bir göstergesi olarak yorumlanmaktadır⁸⁸⁸. Mağdurlaştırma yoluyla

⁸⁸⁷ ABAD, *Tine Vandenbon and Others v. WTG Retail BVBA*, case C404/18, 20.06.2019, para. 36. Hakelbracht'a kadar, ABAD'ın mağdurlaştırma ile ilgili içtihatları çok az sayıdadır. Divan'ın mağdurlaştırmaya ilişkin yaklaşımının temellerinin *Coote v. Granada* davasında bulunduğu belirtilebilir. Burada, daha önce hamileliği sebebiyle kendisine karşı ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla işverenine karşı dava açan ancak sonrasında işvereni ile konu hakkında anlaşmaya varan mağdur, işten çıkarılmasından sonra eski işverenin, yeni bir iş bulmasına yardımcı olacak herhangi bir referans vermemek suretiyle kendisini zor duruma düşürdüğünü belirtmiş, eski işverenin referans vermemesinin temelinde ise iş akdinin yürürlükte olduğu esnada yaşadıkları hukuki sorunun olduğunu iddia etmiştir. Mağdurun bu iddiası ise yerel mahkeme tarafından kabul görmemiştir. Buna karşılık ABAD, 76/207/EEC sayılı Direktif'in 7. maddesinin çalışanların misillemeye karşı korunmasına yönelik önlemlerin alınmasını da içerdiğini ve maddenin etkili olabilmesi için sadece iş ilişkisinin devam ettiği sırada değil, iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki süreçte ilişkin de, örneğin eski çalışanın yeni iş bulma çabalarını engelleyici tutumlarda bulunmak gibi, koruma yükümlülüğünü içerdiği yorumunda bulunmuştur. İlgili karar için bkz. ABAD, *Coote v Granada Hospitality Ltd*, Case C-185/97, 22.09.1998, para. 27.

⁸⁸⁸ Thorgeirsdóttir, "Protection from Victimisation in the Workplace", s. 58.

çalışanın susturulması amaçlanmakta ve sanki ortada herhangi bir ayrımcılık, sanki herhangi bir mağdur yokmuş gibi davranılmaktadır. Halbuki mağdurlaştırılma korkusuyla kişiler, çoğunlukla çalışanlar örneğinde karşılaştığı üzere, uğradıkları ayrımcılığı gündeme getirmeye çekinmekte ya da 3. kişiler, ayrımcılık mağduru için tanıklık yapmayı, ona delil sağlamayı reddedebilmektedirler. Bu tür durumların yaşanmaması içinse hukuki başvuru yollarının kullanılmasından doğabilecek mağduriyetlerin engellenmesi büyük önem arz etmektedir.

Mağdurlaştırma ile ilgili olarak Türk hukukundaki ilk düzenlemeye İş Kanun’da yer verilmiştir. Kanun’un feshin geçerli sebebe dayandırılması başlıklı 18. maddesi “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/2 md.) Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte maddede ayrıca fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacak olan unsurlar da sıralanmıştır. Bu unsurlardan birisi “Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.” olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla bu maddenin otuz veya otuzdan fazla işçi çalıştıran bir işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile altı aydan daha uzun bir süredir çalışanları mağdurlaştırmaya karşı koruduğu ifade edilebilir.

TİHEK Kanunu’nda mağdurlaştırmanın bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Kanun’un ayrımcılık türleri başlıklı maddesi şöyle düzenlemiştir: “Eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık teşkil eder” (md. 4/2). Her ne kadar mağdurlaştırma kavramına açıkça yer verilmemiş olsa da bu düzenleme de, mağdurlaştırmanın tanınması olarak yorumlanabilir.

I. Ayrımcılık Talimatı

1. Ayrımcılık Talimatı Kavramı

Ayrımcılık yasağı ile ilgili bir diğer kavram ayrımcılık talimatıdır (instruction to discriminate). Ayrımcılık talimatının yasaklanması, gelecekte ayrımcılığa yol açabilecek bir fiilin öncülünün yasaklanması demektir. Burada söz konusu olan ayrımcı muameleyi doğrudan gerçekleştiren kişilerin değil, ayrımcı muamelede “üçüncü taraf” oldukları kabul edilebilecek kişilerin sorumlu tutulmalarıdır⁸⁸⁹. Bir gece kulübünde işverenin, güvenlik personeline koyu tenli ziyaretçilere karşı daha dikkatli olmalarını ve üyelik kartlarını göstermelerini istemelerini bildirmesi; bir siyasi partinin bir grafik sanatçısına yabancı düşmanlığı içeren metinleri bir poster olarak tasarlaması görevini vermesi; bir işverenin çalışanın belirli bir etnik gruba mensup müşterilere yönelik sindirici muamelesine göz yumması; bir temizlik şirketinin, müşterilerinin talebi doğrultusunda, belirli evlere belirli çalışanları, örneğin başörtülü çalışanları, temizliğe göndermemesi ayrımcılık talimatına örnek olarak verilebilir⁸⁹⁰.

Talimatların çeşitli şekillerde ve farklı kanuni durumlarda mümkün olabilmesi bir takım soruların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Talimatların açık mı olması gerektiği yoksa örtük bir şekilde verilir verilemeyeceği, dile getirilen ya da yazılı olarak verilen herhangi bir talimat olmamasına rağmen belirli tür davranışların devam etmesine olanak sağlayacak şekilde sessiz kalınmasında olduğu gibi, ya da talimatların bir iş veya hizmet akdini şart koşup koşmadığı dolayısıyla geniş bir kapsamda ele alınıp alınamayacağı soruları gündeme gelmektedir⁸⁹¹. Öncelikle ayrımcılık talimatı veren kişi ile kendisine ayrımcılık talimatı verilen kişi arasında bir ast-üst ilişkisinin bulunmasının zorunlu bir unsur olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Örneğin bir okuldaki bazı veliler, okul yönetimini, belirli bir etnik gruba mensup olan öğrencilerin de okulda eğitim görmeleri halinde çocuklarının kaydını sildirecekleri veya artık okula herhangi bir

⁸⁸⁹ Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 277.

⁸⁹⁰ Irene Asscher-Vonk, “Instruction to Discriminate”, *European Gender Equality Law Review*, No. 1/2012, European Commission, ss. 4-12, s. 4.

⁸⁹¹ Asscher-Vonk, “Instruction to Discriminate”, s. 5.

bağışta bulunmayacaklarını belirtmişlerse, veliler ile okul yönetimi arasındaki ilişki, her ne kadar ast-üst ilişkisi olmasa da, okul yönetimi açısından zorlayıcı bir hal alabilmekte ve bazı velilerin ayrımcılık yapılması yönündeki talebi ayrımcılık talimatına karşılık gelebilmektedir⁸⁹².

Ayrımcılık talimatının dar anlamı, bu tür örnekler söz konusu olduğunda yetersiz kalacaktır. Öyleyse etkili bir koruma sağlanması adına “yardım”, “teşvik”, “yönlendirme”, “sebebiyet verme”, “tahrik” gibi hareketlerin de tanımın dahilinde yer almasının önemli olduğu söylenebilir⁸⁹³. Çünkü ayrımcı uygulamalarla mücadele, korunan temellerden biri sebebiyle bireylere daha olumsuz muamelede bulunulması yönündeki açık bir tercihin ya da teşvikin olduğu durumların da dikkate alınmasını gerektirmektedir⁸⁹⁴.

Ayrımcılık talimatı kanuni açıdan sadece ayrımcılık yasağının bir türü olarak değil, ceza hukuku kapsamında da çeşitli biçimlerde gündeme gelebilmektedir. Bu biçimler, bir suçun işlenmesine tahrik fiili ve iştirak kurumu ile ilişkilidirler. Bu noktada, ilkin ayrımcılık suçunu ya da ayrımcılık suçu oluşturan bir fiilin işlenmesi için tahrikte bulunulması ele alınabilir. Buna göre hangi hareketlerin suç olarak düzenlendiği ve bu düzenlemenin nasıl yapıldığı önemlidir. Çoğunlukla ırk veya etnik köken temelinde gerçekleştirilen tahrik fiillerinin, suç olarak düzenlendiği ve bu tahrik fiilinin kamuya açık, aleni olarak yapılmasının suçun unsurunu oluşturduğu belirtilmelidir. Ceza hukuku dahilinde incelenmesi gereken diğer mesele ise ayrımcılık oluşturan bir fiilin suç olarak düzenlenmesinin iştiraka ilişkin genel hükümlere başvurulmasına neden olabileceğidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise ayrımcılık oluşturan fiillerin işlenmesi ya da teşebbüs aşamasında kalması gerektiği yani ayrımcı muamelenin oluşmadan önce verilen ayrımcılık talimatının bir suç olarak ele alınmasının mümkün olmadığıdır. Ayrıca ayrımcılık talimatının da suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. İştirak kurumu dolayısıyla ayrımcılık yapılması talimatını verenler azmettiren olarak değerlendirilebilecek ve asli fail olmaları hasebiyle sorumluluklarına gidilebilecektir.

⁸⁹² Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 278.

⁸⁹³ Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 278.

⁸⁹⁴ *Handbook on European Non-Discrimination Law*, s. 67.

Ceza hukuku haricinde iş hukukunda da ayrımcılık talimatı ile ilgili birtakım hususların ele alınması gerekmektedir. Buna göre istihdam ilişkisi söz konusu ise ve işveren, çalışanlarına bazı müşterilere ve çalışanlara ayrımcılık yapılması için talimat vermişse, talimat verilen işçi ve talimatı veren işverenin sorumluluklarının dikkate alınması gerekmektedir. İstihdam ilişkisi örgüsünde işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu bulunmaktadır fakat işçinin bu borcu sınırsız değildir; işçi, işverenin ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlarına uymak zorunda değildir, ancak konusu suç teşkil eden talimatlara uyması halinde suç işlemeye yardım ya da suça iştirak gündeme gelebilir. İşveren açısından ise suç oluşturmayan haller ve özel hukuktan doğan sorumluluk kapsamında işverenin yanında çalışan kişilere ilişkin sorumluluğu bulunmaktadır⁸⁹⁵.

2. Ayrımcılık Talimatının Hukuki Kaynakları

Ayrımcılık talimatı, ayrımcılık yasağının daha kapsamlı bir şekilde korunabilmesi amacıyla Avrupa Birliği'nin direktifleri aracılığıyla hukuk literatüründeki yerini almıştır. Ancak her ne kadar ayrımcılık yasağı direktiflerinde ayrımcılık talimatı verilmesinin ayrımcılık oluşturacağı belirtilmişse de söz konusu direktiflerde ayrımcılık talimatının bir tanımına yer verilmemiştir.

Ayrımcılık talimatının ayrımcılık olarak değerlendirileceği çeşitli direktiflerde yer almaktadır. Örneğin 2000/43/EC sayılı Direktif'te ırk veya etnik kökene dayalı olarak kişilere ayrımcılık yapılması talimatının ayrımcılık olarak kabul edileceği ifade edilmiş ve yasaklanmıştır⁸⁹⁶. Benzer şekilde 2000/78/EC sayılı Direktif md.2/4'te, 2004/113 EC sayılı Direktif md.2/2'de ve 2006/54/EC sayılı Direktif md.2/2'de de ayrımcılık yapılmasına ilişkin talimatın ayrımcılık oluşturacağına yer verilmiştir. Ancak belirtildiği üzere Direktiflerde ayrımcılık talimatının tanımı yapılmamıştır. Buna karşılık ayrımcılık talimatının ortaya çıkabileceği durumların dar bir şekilde yorumlanmaması gerektiği ve korunan temellerden biri sebebiyle bireylere daha olumsuz muamelede bulunulması yönündeki açık bir tercihin ya da teşvikin olduğu durumların da tanımın kapsamına

⁸⁹⁵ Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 279.

⁸⁹⁶ 2000/43/EC sayılı Direktif, md. 2/4.

alınmasının önemli olduğuna dikkat çekilmekte ve kavramın mahkeme içtihatları yoluyla gelişebileceğine işaret edilmektedir⁸⁹⁷.

AİHS’te ise ayrımcılık talimatı özel olarak yasaklanmamıştır ama duruma göre, din (md. 9) ya da toplanma özgürlüğü (md. 11) gibi başka maddelerle bağlantılı olarak ele alınabilmektedir. AİHM, Söz konusu fiillerin ayrımcı bir neden teşkil etmesi halinde, ilgili maddelerle bağlantılı ihlal iddialarını, ayrımcılığı yasaklayan 14. madde ile bağlantılı olarak inceleyecektir. Bu duruma örnek olarak *Bączkowski ve Diğerleri v. Polonya*⁸⁹⁸ davası verebilenir. Dava konusu olayda Varşova belediye başkanı, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin olarak bilinçlendirme yürüyüşü yapmak isteyen gruplar hakkında, kendisiyle yapılan bir röportajda, yapılmak istenen yürüyüşe izin vermeyeceğini ve kişilerin cinsel yönelimlerini açığa vurarak böyle bir yürüyüş gerçekleştiremeyeceklerini ifade etmiş ve eşcinseller aleyhinde izahlarda bulunmuştur. Yürüyüşü düzenlemek isteyen grup müracaatta bulunduğu ise yürüyüş izninin verilmesi ile ilgilenen makam, göstericiler arasında çıkabilecek çatışmaların önlenmesi vb. gerekçeleri ileri sürerek yürüyüşün yapılmasına izin vermemiştir. AİHM, müracaat edilen makamların aldıkları kararda belediye başkanının vermiş olduğu demecin etkili olabileceğini ve bu nedenle de barışçıl toplanma hakkının yani AİHS’nin 11. maddesi ile birlikte 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Türk hukukunda ayrımcılık talimatına ilişkin düzenleme nasıldır diye incelediğimizde, konuyu açık bir şekilde ele alan tek bir düzenleme, TİHEK Kanunu, karşımıza çıkar. Kanun’da ayrımcılık talimatı vermenin ve bu talimatları uygulamanın ayrımcılığın bir türü olduğu belirtilmiş (md. 4/1(b)) ve “Bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatı” ayrımcılık talimatı olarak tanımlanmıştır (md. 2/1(b)). Bu kanunda ayrımcılık talimatı verilmesinin ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınacağı belirtilmişse de ceza hukuku, anayasa hukuku ve idare hukuku kapsamında değerlendirilebilecek kimi

⁸⁹⁷ *Handbook on European Non-Discrimination Law*, s. 67.

⁸⁹⁸ *Handbook on European Non-Discrimination Law*, s. 68. Karar için bkz. AİHM, *Bączkowski and Others v. Poland*, Application No. 1543/06, 03.05.2007.

hükümlerde de ayrımcılık talimatına ilişkin hususların gündeme gelebileceği gözden kaçırılmamalıdır.



SONUÇ

Ayrımcılık, ruhunuzda korkunç bir ur varmış gibi hissettiren; derinlere sinmiş, semirmiş bir sansar gibidir. Öyle derinden derinden etkiler ki sizi, özünüzden dahi düştüğünüzü hissedersiniz⁸⁹⁹. Ayrımcılık yapan kişi, sizi tanımak istemez, sizi yok sayar. Fail, bunu bazen kasten bazen farkında dahi olmaksızın yapar yani önyargılarının eylemlerine olan etkisinin farkında olmayabilir; içinde yetiştiği toplum, içinde bulunduğu çevre önyargılarını oluşturup besleyebilir. Nitekim diğer insanları bireysel var oluşlarını dikkate almaksızın grup aidiyetleri ekseninde değerlendiren önyargılar, “öteki”lerle araya mesafe koyulmasının yanı sıra ayrımcı davranışların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Aslında bir toplumsal grup hakkında, geçmiş deneyimler ışığında sahip olunan yargılar anlamında kullanılan önyargı, özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra olumsuz bir içeriğe bürünmüş ve hiyerarşik olarak güçlü konumda olanların, belirli bir özelliğe sahip bir gruba karşı makul olmayan olumsuz tutumları olarak ifade edilmeye başlanmıştır. Bu olumsuz tutumlar da söz konusu grubun üyelerine karşı eşit olmayan muamelelerin, politikaların ve uygulamaların gündeme getirilmesi ile sonuçlanabilmektedir.

Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesinin bölünmez ilkeler olduğunun kabulü, çalışmanın ilk bölümünde eşitlik ilkesinin ele alınmasını gerektirmiştir. Eşitlik ilkesi, Fransız Devrimi’nden itibaren hukuk metinlerinde kendisine yer bulmuştur. Antik Çağ’da ve Orta Çağ’da ise eşitlikten ziyade eşitsizliğin hüküm sürdüğü anlaşılmaktadır. Bu dönemlerde siyasal sistem, esas olarak eşitsiz bir yapı üzerine kurgulanmıştır. Eşitlik ile Antik Yunan’da herkesin değil, özgür olan vatandaşların arasındaki eşitliğe, Orta Çağ’da ise insanların Tanrı önünde eşit olma hallerine vurgu yapılmaktadır. Kısacası toplumsal her değişme, farklı bir eşitlik anlayışının gelişmesinde etkili olmuştur.

Eşitlik, uzun bir süre sadece şekli eşitlik olarak ele alınmış ve eşit durumdakilere eşit, farklı durumdakilere farklı muamele edilmesinin yeterli olduğu

⁸⁹⁹ Hüseyin Barış Diri’nin “*Derinden*” adlı şarkısının sözlerinden uyarlanmıştır. Şarkı için bkz. Hüseyin Barış Diri, *Derinden (Bazen Hayat Çok Kötü Gidiyor Ve Ben Onu Nasıl Anlatacağımı Bilemiyorum)*, Derinden, Gloss Musik GmbH, 2021.

savunulmuştur. Ancak eşitliğin bu şekilde ele alınmasının, eşitsiz sonuçların ortaya çıkmasını engellemediği anlaşıldığından maddi eşitlik gündeme gelmiştir. Süregiden eşitsizlikleri giderme gayesinde olan maddi eşitlik anlayışı, farklılıkları ön plana çıkartmakta bir beis görmeyip kısırdöngü haline dönmüş olan ayrımcılığı ortadan kaldırmaya odaklanmaktadır. Eşitlik anlayışındaki bu evrilme, gerçek eşitliğin sağlanması için önemli bir gelişmedir ve bu gelişmenin gerek uluslararası gerekse bölgesel ve ulusal belgelerde yansımalarının olması kayda değerdir. Ancak bu konuda atılması gereken daha nice adımların olduğunun farkındalığı ile sadece başlangıçtaki eşitliğin sağlanması yerine sonuçtaki eşitliğin sağlanmasına yönelik çalışmaların da gündeme getirilmesi önemlidir. Bununla birlikte fırsat eşitliğinin, kişilerin sınıfsal konumlarındaki eşitliği verili bir durum kabul edişi, kişiler arasındaki bu fırsat farklılıklarının göz önünde bulundurulmasını ve bu farklılıklara ilişkin ayrımcı politikaların araştırılmasını gerektirmiştir.

Önyargılardan kaynaklanan ayrımcılık, her ne kadar tarihsel olarak uzun bir süredir insan yaşamında var olsa da, esas olarak, II. Dünya Savaşı ile birlikte uluslararası hukuk belgelerinde kendisine yer bulmuştur. Köken itibariyle olumsuz bir anlama sahip değildir. Fakat hukukta olumsuz bir içeriğe sahip olduğundan, aslında sadece fark gözetmeye, nesneler arasındaki farklılaştırmaya işaret eden kavram, artık olumsuz, istenmeyen bir durumun karşılığı olarak kullanılmaktadır. Ayrımcı muameleler ile insanlar, ırkları, cinsiyetleri, dilleri, dinleri, cinsel yönelimleri, yaşları gibi özelliklerinden dolayı dışlanmakta, ayrı tutulmakta ve hatta yok sayılmaktadırlar. Ancak her farklı muamelenin, kuralın ayrımcılık oluşturmayacağı da açıktır. Bu nedenle ayrımcılığın tanımında yer alması gereken unsurların belirlenmesi önem arz etmektedir. Çalışma esnasında ilgisizlik, karşılaştırma, grup ölçütü unsurları incelenmiş olup grup ölçütünün, özellikle toplumsal açıdan belirgin bir grubun üyesi/üyeleri olunmasının, ayrımcılık tanımında esaslı bir rolünün olduğunun altı çizilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise ayrımcılığın ahlaken neden yanlış olduğu sorusuna verilen yanıtlardan, saygısızlık temelinde yapılan açıklamalar merkeze alınmış ve bu başlık altında yer verilen görüşlerin iddiaları ile bu iddialara yöneltilen

itirazlar irdelenmiştir. Ancak söz konusu görüşlerden önce, ayrımcılığın yanlışlığını, farklı kavramları temel alarak açıklamaya çalışan bazı görüşler ele alınmıştır. Örneğin ilgisizlik görüşü, kişilerin, sahip oldukları ayırt edici özellikleri nedeniyle, ayrımcı bir muameleye uğramalarının aslında söz konusu özellikler ile gördükleri muamele arasında bir bağ olmaması gerektiğinden ötürü yanlış olduğunu ileri sürerken, sorumlu tutulama görüşü, kişilerin kendi tercihleri olmayan özellikleri dolayısıyla ayrımcılığa uğramalarının yanlış olduğunu savunmaktadır. Fakat bu ve benzeri görüşlerin, ayrımcılığa özgü yanlış göstermekte başarılı olamadıkları ortaya koyulmuştur.

Saygısızlığa dayanan görüşler ise ayrımcılığın, meydana getirdiği zararlardan, faydalardan bağımsız olarak kötü olduğunu, ahlaken izin verilemez olduğunu savunurlar. İnsanların sırf insan olmalarından ötürü saygıya değer olduklarının kabulü bu görüşte önem taşımaktadır. Saygının, saygı nesnesine tekrar bakmak anlamına gelmesi, geriye dönüp bakmaya işaret etmesi aslında saygı nesnesi ile alelade bir biçimde değil, özel olarak ilgilenilmesi gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Halbuki günümüzde çoğu zaman, söz konusu olan, bu özel ilginin gösterilmesinden imtina edilmesidir.

Modern ahlaki ve hukuki tartışmalar, saygının nesnesinin insan olduğu temelinde gerçekleştirilmektedir. Bu noktada ise sözlerine kulak verilmesi gereken isim olarak Immanuel Kant karşımıza çıkmaktadır. Zira Kant'ın, tüm insanların, sırf insan olmalarından ötürü saygıya değer olduklarını belirtmesi, günümüz insan hakları anlayışının da şekillenmesinde etkili olmuştur. Kant, insanın rasyonel bir varlık olarak akıl sahibi olmakla birlikte özerk bir varlık olduğunu da vurgular ve kişilerin, kendileri için amaç olduklarının altını çizer. İşte, insanın kendinden bir amaç olması, onurlu bir varlık olması, ona saygı duyulmasının nedenidir ve bu husus, ayrımcılık ile saygı arasındaki ilişkide önemli bir rol üstlenmektedir.

Ayrımcılığı ahlaken yanlış yapan şeyin ne olduğu sorusunda, belirtildiği üzere, saygısızlık çerçevesinde konuyu ele alan görüşler öne çıkmaktadırlar. Bu görüşler; ayrımcılığın, failin zihinsel durumlarından ötürü yanlış olduğunu ya da ayrımcılık mağdurlarına birey olarak muamele edilmemesi sebebiyle yanlış olduğunu

ileri sürmektedirler. İncelenen bir diğer görüş ise failin eyleminin nesnel anlamını öne çıkarmakta ve eylemin, politikanın alçaltıcı olması ile saygısızlık arasındaki ilişkiye dikkat çekmektedir. İncelenen bu görüşlerin savunularının tek başlarına yetersiz oldukları ve yöneltilen eleştirilere karşı savunmasız oldukları görülmektedir. Evet, saygısızlık ile ayrımcılığın yanlılığı arasında güçlü bir bağ vardır ama tek tek bu görüşler, bu bağ gösteren güçlü yanıtlar olarak karşımıza çıkmamaktadırlar. Mevzubahis olan ayrımcılık olduğunda, saygının ve öz saygının önemi yadsınamaz ama bazen önyargılardan beslenen ve bazen de önyargıları besleyen ayrımcı kanunlar, politikalar, eylemler tek bir sebep ile değil, pek çok sebep ile açıklanabilmektedir. Sonuç olarak saygısızlık, ayrımcılığın neden yanlış olduğunu açıklamak hususunda güçlü ve etkili bir cevap olmakla birlikte saygısızlığa dayanan görüşlerin, savlarını daha güçlü bir biçimde oluşturmaları gerekmektedir.

Bununla birlikte aynı değere sahip kişiler arasında ezbere değerlendirmeler yapılarak, diğerinin aynı değere sahip olduğunun reddedilmesi ve farklı muameleye maruz bırakılması, ayrımcılığın bir değerlendirme sorunu olarak ele alınmasını gerektirmektedir. Bu sebeple kişinin, insanın sahip olduğu konumun farkındalığı ile hareket etmesi ve diğerlerinin de insana özgü olanaklarını gerçekleştirmelerini engelleyecek davranışlarda bulunmaması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu bölümde ayrıca, insan haklarının temeli olan ve insanın değerinin farkındalığı olarak tanımlanan insan onuru ele alınmıştır. İnsanın yapıp etmelerinde dikkate etmesi gereken hususları belirleyen insan onuru, özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından kabul edilen, hem uluslararası hem bölgesel sözleşmelerde, hem de ulusal mevzuatlarda, yargısal içtihatlarda önemli bir konumda bulunmaktadır. Ayrımcılığın, insan haklarına yönelik bir saldırı olması, insan onuruna saygı gösterilmemesi anlamına da gelmektedir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik söz konusu olduğunda kavramın, mahkemeler tarafından da odağa alındığı görülmektedir. Bu, olumlu bir husustur. Benzer bir yaklaşımın kanun koyucu tarafından da benimsenmesi ve bu farkındalık ile hukuk normlarının inşa edilmesi, ayrımcılığı ortadan kaldırmaya bile, ayrımcılığa karşı daha etkili bir koruma sağlayacaktır. Ayrımcılık yasağına ilişkin hukuk normları, içtihatları ise çalışmanın üçüncü bölümünde irdelenmiştir.

Ayrımcılık, toplumsal bir problem olarak önceki dönemlerde de var olmakla birlikte hukuk literatüründe yaygın bir biçimde kullanılması nispeten yenidir. Buna karşılık gerek uluslararası gerek bölgesel gerekse ulusal sistemlerde ayrımcılık yasağına yer veren pek çok sözleşme ve düzenleme mevcuttur. Bu belgelerden bir kısmı ayrımcılığı tanımlarken, bir kısmı ayrımcılığın yasaklandığını vurgulamakla yetinmiştir. Ancak hukukta genel olarak yasaklanan ayrımcılığın ne olduğunun ya da en azından ne olmadığına ortaya koyulması, hukuki çerçevenin çizilmesi için gereklidir. Bundan ötürü hukuki belgelerde bir tanım yapılmasına ihtiyaç vardır. Ayrıca ayrımcılık yasağının kişi ve konu bakımından kapsamı da ele alınmalı ve söz konusu kapsamlar detaylı olarak değerlendirilmelidir.

Ayrımcılık, çevremizde devamlı olarak gündeme gelen, maruz kaldığımız veya başkalarına karşı gerçekleştirdiğimiz bir durumdur. Ayrımcılık bazen açık bir şekilde bazen de örtük bir şekilde meydana gelir. Çoğu zaman kişiler, ayrımcılık yaptıklarının ya da ayrımcılığa maruz kaldıklarının farkında dahi değildirler. Bunun ardında, ayrımcılığın ne olduğunun bilinmemesi de bulunmaktadır. Bundan ötürü ayrımcılığın teşhis edilmesi, ayrımcılık sorununun görülmesi önemlidir. Ancak ayrımcılığın çeşitli biçimlerde ortaya çıktığı kabul edildiğinden ayrımcılık türlerinin neler olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Günümüzde ayrımcılığın sadece doğrudan ayrımcılık biçiminde tezahür ettiği kabul görmemekte; dolaylı ayrımcılık, çoklu ayrımcılık, makul uyumlaştırma yapılmaması, bağlantılı ayrımcılık, taciz, cinsel taciz, mağdurlaştırma ve ayrımcılık talimatı da ayrımcılığın türleri olarak tanınmaktadır. Bununla birlikte ayrımcılığın güncel türlerine kanunlarda açık bir şekilde yer verilmesi ve söz konusu ayrımcılık türlerinin tanımlanması, ayrımcılığa karşı etkili bir korumanın sağlanması açısından gereklidir. Ayrıca ayrımcılık türlerinin toplumsal gelişmelere bağlı olarak genişleyebileceği, değişebileceği gözden kaçırılmamalı ve buna uygun düzenlemeler yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abernethy, George L. **Introduction to the Idea of Equality: An Anthology**, Richmond, John Knoxx Press, 1959.
- Adorno, Theodor W. **Otoritaryen Kişilik Üzerine**, Çev. Doğan Şahiner, İstanbul, Sel Yayıncılık, 2017.
- Ağırbaşı, Şennur **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, Seçkin, Ankara, 2009.
- Akad, Mehmet, Vural Dinçkol, Bihterin, Bulut, Nihat **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2016.
- Akal, Cemal Bali, Erözden Ozan, Akbulut, Olgun, Zeybekoğlu, Emre "İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi", (Çevrimci) <http://konya.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/makaleler/8/insan-haklarinin-tarihsel-gelisimi/40>, 08 Haziran 2016.
- Akarsu, Bedia **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, 9. Baskı, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 1998.
- Akdemir, Duru Şahyar **Ayrımcılıkla Mücadele: Çingenelere Yönelik Ayrımcılık Kapsamında Pozitif Ayrımcılık Uygulamalarına Eleştirel Bir Yaklaşım**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2015.
- Akın, İlhan **Kamu Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1993.
- Alatlı, Alev **Batı'ya Yön Veren Metinler, Aydınlanma/ Burjuvazi Yüzyılı/ Bilim Çağının Zaferi 1650 - 1800**, C. III, Der. Alev Alatlı, İstanbul, Melisa Matbaacılık, 2010.
- Alidadi, Katayoun "Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?", **European Law Review**, 2012, Vol. 37; I. 6, ss. 693-715.
- Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases,

- Larry Preferences, Stereotypes and Proxies", **University of Pennsylvania Law Review**, 141, 1992, ss. 149-219.
"Book Review of Hellman, Deborah, and Moreau, Sophia, eds. Philosophical Foundations of Discrimination Law", **Ethics** 125, No.3, April 2015, ss. 873-879.
"Is Wrongful Discrimination Really Wrong?", **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper No. 17-257, 2016, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2909277>, 04 Nisan 2017.
- Allport, Gordon W. **The Nature of Prejudice**, Cambridge, MA: Addison-Wesley Publishing, 1954.
- Altman, Andrew "Discrimination", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Winter 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/discrimination/>>, 04 Mayıs 2020.
- Andaç Demirtaş, Hamide "Sosyal Kimlik Kuramı, Temel Kavram ve Varsayımlar", **İletişim Araştırmaları**, 2003; 1(1), ss. 123-144.
- Anderson, Elizabeth S., Pildes, Richard H. "Expressive Theories of Law: A General Restatement", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 148, 2000, ss. 1503-1575.
- Aral, Vecdi **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 7. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012.
Beklediğimiz ve Bizden Beklenen Adalet, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014.
Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, Çev. Saffet Babür, 2. Baskı, Ankara, BilgeSu Yayıncılık, 2009.
Politika Çev. Mete Tuncay, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1975.
- Arnardottir, Oddny Mjöll "A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?", **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Ed. Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, ss. 41-66.
- Arneson, Richard "Equality of Opportunity", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2015 Edition), Ed. Edward N. Zalta, (Çevrimiçi) URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/equality-of-opportunity/>, 06 Temmuz 2017.

- Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman and Sophia Moreau, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 87-111.
- Asscher-Vonk, Irene “Instruction to Discriminate”, **European Gender Equality Law Review**, No. 1/2012, European Commission, ss. 4-12
- Augoustinos, Martha, Walker, Iain, Donaghue, Ngaire **Social Cognition**, Sage, 3rd edition, 2014.
- Bakırcı, Kadriye **İşyerinde Cinsel Taciz**, Yasa Yayınları, İstanbul, 2000.
- Balan, Sergiu “Formal and Substantive Equality of Opportunity”, **Cogito**, Vol. IV, No. 4/December, 2012, ss. 85-95.
- Balkır, Z. Gönül “Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İş Yerinde Cinsel Taciz”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, 2015, ss. 12-47.
- Banton, Michael **Discrimination**, Buckingham, Open University Press, 1994.
- Bayesfsky, Anne F. “Defining Equality Rights”, **Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms**, Ed. Anne F. Bayefsky, Mary Eberts, Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985, ss. 1-80.
“The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990, ss. 1-34.
- Beeghly, Erin “Discrimination and Disrespect”, **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**; Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 83-96.
- Bell, Mark **Racism and Equality in the European Union**, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Bernard, Catherine, Hepple, Bob “Substantive Equality”, **The Cambridge Law Journal**, Vol. 59, Issue 3, November 2000, ss. 562-585.
- Bidadanure, Juliana **Discrimination and Age**, **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 243-253.

- Brown, Rupert **Prejudice: Its Social Psychology**, UK, Wiley-Blackwell, 2nd edition, 2010.
- Callinicos, Alex **Eşitlik**, Çev. Öncel Sencerhan, Ankara, Bilegesu Yayıncılık, 2014.
- Bernard, Catherine, Hepple, Bob “Substantive Equality”, **The Cambridge Law Journal**, Vol. 59, Issue 3, November 2000, ss. 562-585.
- Block, Walter E., Walker, Michael A. “Introduction”, **Discrimination, Affirmative Action, and Equality of Opportunity: An Economic and Social Perspective**, Ed. by. W.E. Block, M.A. Walker, Vancouver, Fraser Institute, 1982.
- Bribosia, Emmanuell, Rorive, Isabelle **Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?**, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, Supervised by Lisa Waddington, Luxembourg, European Commission, 2013.
- Cavanagh, Matt: **Against Equality of Opportunity**, New York, Oxford University Press, 2002.
- Cevizci, Ahmet **Paradigma Felsefe Sözlüğü**, Paradigma Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 1999.
- Clarke, Jessica A. “Against Immutability”, **Yale Law Journal**, 125(1), 2015, ss. 2-102, (Çevrimiçi) https://www.yalelawjournal.org/pdf/a.2.Clarke.102_soghpowr.pdf, 02 Nisan 2018.
- Clifford, Jarlath “Equality”, **The Oxford Handbook of International Human Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 420-445. Jarlath Clifford, “Equality”, **The Oxford Handbook of International Human Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 11-23.
- Collins, Hugh Hugh Collins, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, **The Modern Law Review**, Vol. 66, January 2003, ss. 16-43.
- Hugh Collins, Tarunabh Khaitan, “Indirect Discrimination: Controversies and Critical Questions”, **Foundations of Indirect Discrimination Law**, Ed. Hugh Collins, Tarunabh Khaitan, Oxford, Hart Publishing, 2018, ss. 1-30.
- Connolly, “Statutory Interpretation, Victimisation under Equality Law, and Its

- Michael “On–Off” Relationship with Contempt of Court”, *Statute Law Review*, vol. 39, No. 1, 2018, ss. 72-90, <https://doi.org/10.1093/slr/hmw044>, 01 Temmuz 2020.
- Cotter, Anne-Marie Mooney **Race Matters: An International Legal Analysis of Race Discrimination**, Burlington, VT: Ashgate, 2006,
- Çotuksöken, Betül **İnsan Hakları ve Felsefe**, İstanbul, Papatya Yayıncılık Eğitim, 2.Basım, 2012.
- Darwall, Stephan L. “Two Kinds of Respect”; *Ethics*, Vol. 88, No. 1 (Oct., 1977), ss. 36-49.
- Dillon, Robin S. “Respect”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition), Ed. Edward N. Zalta, (Çevrimiçi) <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/respect/>, 17 Mayıs 2018.
“Respect: A Philosophical Perspective”, [Gruppensdynamik und Organisationsberatung](https://www.gruppensdynamik.de/wordpress/wp-content/uploads/2018/06/Gruppensdynamik-und-Organisationsberatung-38(2)-June-2007-ss-201-212.pdf), 38(2), June 2007, ss. 201-212.
“Respect and Care: Toward Moral Integration”, *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 22, No. 1, March 1992, ss. 105-132.
- Donnelly, Jack **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995.
Human Dignity and Human Rights”, **Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR, Protecting Dignity: Agenda for Human Rights**, June 2009, s. 10, (Çevrimiçi) <https://www.legal-tools.org/doc/e80bda/pdf/>, 20 Şubat 2018.
- Duckitt, John “Reducing Prejudice: An Historical and Multi-Level Approach”, **Understanding Prejudice, Racism, and Social Conflict**, Ed by. Martha Augoustinos, Katherine J. Reynolds, London, Sage, 2001, ss. 253-272.
- Dworkin, Ronald: **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002.
- Ellis, Evelyn, Watson, Philippa Eidelson, Benjamin: **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford, Oxford University Press, 2nd edition, 2014.
Discrimination and Disrespect, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Feldman, “Human Dignity as a Legal Value-Part I”, *Public Law*, Winter,

- David 1999, ss. 682-702.
- Feinberg, Joel: Joel Feinberg, "Some Conjectures on the Concept of Respect", **Journal of Social Philosophy**, Vol. 4, 1973, ss. 1-3.
- Fishbein, Harold D. **Peer Prejudice and Discrimination: The Origins of Prejudice**, 2nd, Edition, New Jersey, USA, Lawrence Erlbaum Associates, 2002.
- Freeman, Michael **İnsan Hakları, Disiplinlerarası Bir Yaklaşım**, Çev. A. Erkan Koca, Asena Topçubaşı, Ankara, Birleşik Yayınevi, 2008.
- Frankfurt, Harry "Equality and Respect", **Social Research**, Vol. 64, No.1 (Spring 1997), The Johns Hopkins University Press, ss. 3-15.
- Fredman, Sandra **Discrimination Law**, 2nd Edition, Oxford, New York, Oxford University Press, 2011.
 "Substantive Equality Revisited", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 14, Issue 3, 1 July 2016, ss. 712-738. DOI???
 "Substantive Equality Revisited: A rejoinder to Catharine MacKinnon", **International Journal of Constitutional Law**, Volume 14, Issue 3, July 2016, ss. 747-751.
Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law, Luxembourg, European Commission, 2016, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d73a9221-b7c3-40f6-8414-8a48a2157a2f>, 23 Aralık 2018.
Anti-discrimination laws and work in the developing world: A thematic overview, 2012, s. 25, (Çevrimiçi) https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/12129/WDR2013_bp_Anti-Discrimination_Laws.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 19 Ocak 2018.
- Freeman, Michael **İnsan Hakları, Disiplinlerarası Bir Yaklaşım**, Çev. A. Erkan Koca, Asena Topçubaşı, Ankara, Birleşik Yayınevi, 2008.
- Fullinwider, Robert K. "Discrimination: Word, concept, anti-norm-some historical sketches", **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 435-446.
- Garcia, J. L. A. "Wrongful Racial Discrimination in Moral Analysis: Some Recent Accounts, an Alternative Conception, and Attempts to Extend Theoretical Models," **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Vol. 16, 2018, ss. 697-729.

- Gardner, John “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, **Proceedings of the Aristotelian Society**, Volume 118, Issue 1, 1 April 2018, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/arisoc/aoy002>, 20 Mart 2018.
- Gerards, Janneke “Discrimination Grounds”, **Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law**, Ed. Dogmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell, Cornwell, Hart Publishing, 2007, ss. 33-184.
- Gerda, Jehoel-Gijsbers, Cok, Vrooman **Explaining Social Exclusion: A theoretical model tested in the Netherlands**, The Hague, The Netherlands Institute for Social Research/scp, July 2007.
- Gemalmaz, Mehmet Semih **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
"Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında 'Özel Önlemler', 'Geçici Özel Önlemler', 'Pozitif Edim' ve 'Destekleyici Edim'", **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu'na Armağan**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, ss.105-306.
Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – I. Cilt/Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Glasgow, Joshua The Meaning and Wrongness of Discrimination, *Criminal Justice Ethics*, 2015, Vol. 34, No. 1, ss. 116–129, (Çevrimiçi) <http://dx.doi.org/10.1080/0731129X.2015.1013705>, 20 Haziran 2017.
- Goldberg, Suzanne B. “Discrimination by Comparison”, **The Yale Law Journal**, V. 120, I. 4, 2011, ss. 728-812.
- Gosepath, Stefan "Equality", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (*Spring 2011 Edition*), Ed. Edward N. Zalta, (Çevrimiçi) URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/>, 17 Nisan 2015.
- Göregenli, Melek “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, ss. 17-28.

- Göze, Ayferi **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 15 Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.
- Grant, Evadre “Dignity and Equality”, **Human Rights Law Review**, Vol. 7, No. 2, 2007, ss. 299-332.
- Gül, İdil Işıl “Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
“Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, ss. 267-276.
- Gül, İdil Işıl, Karan, Ulaş **Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuki, İzleme ve Belgeleme**, Der. Burcu Yeşil Adalı, Gökçeççek Ayata, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Güneş, İtir “Ayrımcılık”, **Felsefe Ansiklopedisi** (Cilt 1), Ed. Ahmet Cevizci, İstanbul, Etik Yayınları, 2003, ss. 773-774.
- Güriz, Adnan **Hukuk Felsefesi**, 12. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017.
- Halldenus, Lena “Dissecting Discrimination”, **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, 14, 2005, ss. 455-463.
“Discrimination and Irrelevance”, **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 108-118.
- Sarah, Hannett “Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 1, 2003, ss. 65–86.
- Harlak, Hatice **Önyargılar Psikososyal Bir İnceleme**, Ankara, Sistem Yayıncılık, 2000.
- Hart, H.L.A. **The Concept of Law**, New York, Oxford University Press, 2nd Edition, 1994.
- Heimsoeth, Heinz **Kant’ın Felsefesi**, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 5. Baskı, 2012
- Heinrichs, Bert “What Is Discrimination and When Is It Morally Wrong?”, **Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik** 12, 2007, ss. 97-114.

- Hellman, Deborah “Two Concepts of Discrimination”, **Virginia Law Review**, V.102, N.4, June 2016, ss. 895-952.
“Defending Two Concepts of Discrimination: A Reply to Simons”, **Virginia Law Review Online**, V. 102, October 2016, ss. 113-119.
When Is Discrimination Wrong?, USA, Harvard University Press, 2011
“Discrimination and Social Meaning”, **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 97-107.
Review of Kasper Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal?: A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford University Press, 2014, **Notre Dame Philosophical Review**, (Çevrimiçi) <http://ndpr.nd.edu/news/48535-born-free-and-equal-a-philosophical-inquiry-into-the-nature-of-discrimination/>, 16 Temmuz 2019.
“Equality and Unconstitutional Discrimination”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman and Sophia Moreau, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 51-70.
- Henrard, Kristin “Duties of Reasonable Accommodation in Relation to religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality”, **Erasmus Law Review**, Vol. 5, I. 1, 2012, ss. 59-77.
- Hepple, Bob “The Aims of Equality Law”, **Current Legal Problems**, V. 61, I.1, 2008, ss. 1-22.
- Hirş, Ernest: **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996.
- Hobbes, Thomas **Leviathan**, Çev. Semih Lim, 13. Baskı, İstanbul, YKY, 2014.
- Hogg, Peter W. “What is Equality? The Winding Course of Judicial Interpretation”, **Supreme Court Law Review** (2005), 29 S.C.L.R. (2d), ss. 39-62.
- Hogg, Michael A., Vaughan, Graham M. **Sosyal Psikoloji**, Çev. İbrahim Yıldız, Aydın Gelmez, 2. Baskı, Ankara, Ütopya Yayınevi, 2014.
- Howard, Erica “Multiple Discrimination in Law”, *Think Equal, Symposium on Multiple Discrimination*, National Commission for the Promotion of Equality (NCPE), Malta, 2011, (Çevrimiçi) https://ncpe.gov.mt/en/Documents/Projects_and_Specific_Initiative

[s/Think_Equal/paper_erica_howard.pdf](https://www.think-equal.org/paper_erica_howard.pdf), 01 Haziran 2020

- Huberman, Leo **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla**, Çev. Mete Tuncay, 12. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları. 2012.
- Hudson, Stephen D. “The Nature of Respect”, **Social Theory and Practice**, Vol. 6, No. 1 Spring 1980, ss. 69-90.
- Işıқтаç, Yasemin **Hukuk Felsefesi**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Ivănuş, Cătălina-Adriana “Discrimination By Association in European Law”, **Perspectives of Business Law Journal**, Volume 2, Issue 1, November 2013, ss. 116-121, s. 117.
- İnceoğlu, Sibel “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, ss. 45-61.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 11. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.
- Kağıtçıbaşı, Çiğdem, Cemalcılar, Zeynep **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar**, 16. Baskı, İstanbul, Evrim Yayınevi, 2014.
- Kant, Immanuel **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. İoanna Kuçuradi, 6. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2015.
Pratik Aklın Eleştirisi, Çev. İoanna Kuçuradi, 5. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2014.
The Metaphysics of Morals, Çev. Mary Gregor, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney, 1991.
- Kapani, Münci **Kamu Hürriyetleri**, Yenilenmiş 5. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi HFY No.392, 1976.
- Karadeniz Çelebican, Özcan **Roma Hukuku**, 17. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Karagiorgi, Constantina “The Concept of Discrimination by Association and its Application in the EU Member States”, **European Anti-Discrimination Law Review**; No. 18, 2014, ss. 25-36.
- Karan, Ulaş **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda**

Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Kaufman, Vol. 20 No. 1 (January, 2010), ss. 24-28, (Çevrimiçi)
Whitley <http://www.lawcourts.org/LPBR/reviews/hellman0110.htm>, 05
Ocak 2019.

Kaygı, “Değerlendirme Sorunu ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları**
Abdullah **(Konferans, Panel ve Sempozyumlar)**, 2. Baskı, Ankara, Ankara
Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006.

Khaitan, **A Theory of Discrimination Law**, Oxford University Press,
Tarunabh Oxford, 2016.
“Indirect Discrimination”, **The Routledge Handbook of the**
Ethics of Discrimination, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New
York, Routledge, 2017, ss. 30-41,

Knight, Carl “Describing Equality”. **Law and Philosophy**, Vol. 28, No. 4,
2009, ss. 327-365.

“Discrimination and Equality of Opportunity”, **The Routledge**
Handbook of the Ethics of Discrimination, Ed. Kasper Lippert-
Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 140-150.

Luck Egalitarianism: Equality Responsibility and Justice,
Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009.

Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, Çev. Ebru Kılıç, İstanbul,
Will İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014.

Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, 3. Baskı, Ankara,
İoanna Türkiye Felsefe Kurumu, 2007.
Etik, 4. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2007.
İnsan ve Değerleri, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2010.

Lawson, “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and
Anna European Disability Law: A Catalyst for Cohesion?”, **The UN**
Convention on the Rights of Persons with Disabilities:
European and Scandinavian Perspectives, Ed. Oddny Mjoll
Arnardottir, Gerard Quinn, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff
Publishers, 2009, ss. 81-109.

Lippert- **Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature**
Rasmussen, **of Discrimination**, New York, Oxford University Press, 2014.

Kasper “Respect and Discrimination”, **Moral Puzzles and Legal**
Perplexities: Essays on the Influence of Larry Alexander,
Cambridge University Press, ss. 317-332.

“Discrimination and Equality”, **Routledge Companion to**
Philosophy of Law, Ed. Andrei Marmor, London, Routledge,

- 2012, ss. 569-583.
 “The Badness of Discrimination”, **Ethical Theory and Moral Practice**, 9, 2006, ss. 167–185.
Luck Egalitarianism, London, Bloomsbury Academic, 2015.
- Lipson, Leslie **Siyasetin Temel Sorunları**, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2005.
- Locke, John **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ankara, Ebabil Yayınları, 2012.
- Loenen, Tina “Indirect Discrimination as a Vehicle for Change”, *Australian Journal of Human Rights*, 2000, Vol (6)2, ss. 77-100,
- MacKinnon, Catharine: “Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 3, July 2016, ss. 739–746.
 Substantive equality revisited: A rejoinder to Sandra Fredman”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 15, Issue 4, October 2017, ss. 1174–1177.
- Makkonen, Timo **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to Fore**, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2002, <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf>, 22 Ocak 2020.
- Malnes, Raino “Discrimination: Classification and Moral Assessment”, **Moral Philosophy and Politics**, 2015; 2(2), ss. 245–254.
- Mason, Andrew “Appearance, Discrimination, and Reaction Qualifications.” **The Journal of Political Philosophy**, 25(1), 2016, ss. 48–71.
- Mătușescu, Constanța “Discrimination by Association” - Between Jurisprudential Consecration at European Level and Legislative Desire in Romania. Some considerations, **Supplement of Law Review** – Vol. X, 2019, ss. 114-135.
- McCrudden, Christopher “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 4, ss. 655-724.
- McColgan, Aileen **Discrimination, Equality and the Law**, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2014.
- McKean, **Equality and Discrimination under International Law**, Oxford,

- Warwick Clarendon Press, 1985.
- Miller, David **Principles of Social Justice**, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2001.
- Monteiro, Reis **Ethics of Human Rights**, Switzerland, Springer, 2014.
- Moon Gay “Multiple discrimination: Justice for the whole person,” **Roma Rights: Journal of the European Roma Rights Centre**, Number. 2, 2009, ss. 5-10, (Çevrimiçi) http://www.errc.org/en-research-andadvocacy-roma-details.php?article_id=3564, 22 Ocak 2020.
- Moreau, Sophia “What Is Discrimination?”, **Philosophy&Public Affairs**, 32.2, 2010, ss. 143-179.
“Discrimination and Subordination”, **Oxford Studies in Political Philosophy**, Vol. 5, Ed. David Sobel, Peter Vallentyne, Steven Wall, Oxford, Oxford University Press, 2019, ss. 117-146.
“In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman, Sophia Moreau, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 71-86.
- Nathan, Christopher “What is Basic Equality?”, **Do All Persons Have Equal Moral Worth?**, Ed. Ute Steinhoff , Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Narveson, Jan **Respecting Persons in Theory and Practice**, New York, Rowman and Littlefield, 2012.
- Nickel, James W. “Discrimination”, **Routledge Encyclopaedia of Philosophy V.3.**, Ed. Edward Craig, London, Routledge, 1998, ss. 103-106.
- Nowak, Manfred **UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, 2nd edition, Kehl, Germany, Arlington, Va, N.P. Engel, 2005.
- Nussbaum, Martha **Women and Human Development: The Capabilities Approach**, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Oostland, Rolanda Carina **Non-discrimination and Equality of Women: A Comparative Analysis of the Interpretation by the UN Human Rights Committee and the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Non-discrimination and Equality of Women)**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universiteit Utrecht, 2006, (Çevrimiçi) <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/9832/index.htm?>

sequence=15, 09 Haziran 2016.

- Öden, Merih **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Özcan, Mehmet Tefrik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, Levha Yayıncılık, 2008.
- Özcan, Muttalip **İnsan Felsefesi: İnsanın Neliği Üstüne bir Soruşturma**, Ankara, Bilim ve Sanat, 2006.
- Özdemir, Erdem “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, ss. 83-97.
- Paine, Thomas **İnsan Hakları**, Çev. Mehmet Osman Dostel, 2. Baskı, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1964.
- Parekh, Bhikhu “Kimliğin Mantığı”, Çev. Suat Aksoy, **Kimlik Politikaları**, Ed. Fırat Mollaer, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2014.
- Partsch, Karl Josef: “Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination”, **The International Dimensions of Human Rights**, Ed. Karel Vasak, Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982.
- Pazarcı, Hüseyin “Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı”, **Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan**, Ankara, 1977, ss. 365-379.
- Pérez de la Fuente, Oscar “Reasonable Accommodation Based On Religious Beliefs or Practices. A Comparative Perspective Between the American, Canadian and European Approaches”; **The Age of Human Rights Journal**, 10 June 2018, ss. 85-118; (Çevrimiçi) DOI:10.17561/tahrj.n10.5, 03 Mayıs 2020.
- Petroglou, Panagiota “Sexual harassment and harassment related to sex at work: time for a new directive building on the EU gender equality acquis”, **European Equality Law Review**, Issue 2/2019, Luxembourg, European Union, 2019, ss. 16-35.
- Platon **Devlet**, Çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, 21. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2011.
- Radcliffe Richards, Janet “Discrimination”, **Proceedings of the Aristotelian Society**, Supplementary Volumes 59, 1985, ss. 53–83.

- Rawls, John **A Theory of Justice**, Revised Edition, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Raz, Joseph **Özgürlük Ahlakı**, Çev. Gürkan Özturan, Sakarya, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2016.
- Reaume, Denise “Dignity, Equality, and Comparison”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman, Sophia Moreau, New York, Oxford University Press, 2013, ss. 7-27.
- Rousseau, Jean-Jacques **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, 8. Basım, İstanbul, Adam Yayınları, 2001.
- Sandel, Michael J. **Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?**, 2. Baskı, Ankara, BigBang Yayınları, 2013.
- Sangiovanni, Andrea **Humanity without Dignity. Moral Equality, Respect, and Human Rights**, Cambridge (MA): Harvard University Press, 2017.
- Sartori, Giovanni **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Bursa, Sentez Yayıncılık, 2. Baskı, 2014.
- Schramm, Fermin Roland “Discrimination: Concept of”, **Encyclopedia of Global Ethics**, Springer, 2016, ss. 902-908.
- Schauer, Frederick **Profiles, Probabilities, and Stereotypes**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.
- Schiek, Dagmar “Multiple Discrimination in EU Law - Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? Executive Summary”, **Multiple Discrimination in EU Law - Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?**, Ed. Susanne Burri, Dagmar Schiek, Brussels, European Commission, ss. 1-26.
“On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU)”, **International Journal of Discrimination and the Law**, Vol. 18(2-3), 2018, ss. 82–103, (Çevrimiçi) <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1358229118799232>, 10 Haziran 2020.
- Schindlauer, Dieter “Using the Concept of Harassment in National Anti-discrimination Legislation as a Tool in Combating Hate Speech?”, **European Equality Law Review**, Issue 2/ 2018, ss. 78-92
- Schwarz, Andreas B. **Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt**, Çev. Türkan Rado, İstanbul, İÜ Yayınları, No. 654, 1958.

- Sen, Amartya “Equality of What?”, Ed. McMurrin, **Tanner Lectures on Human Values**, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.
Development as Freedom, New York, Knopf., 1999; Türkçesi: Özgürlükle Kalkınma, Çev. Yavuz Alagon, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2004.
- Sennett, Richard **Saygı Eşit Olmayan Bir Dünyada**, Ayrıntı, 2. baskı, İstanbul, 2014.
- Segall, Shlomi **Equality and Opportunity**, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Siegel, Reva B. “Introduction: A Short History of Sexual Harassment”, **Directions in Sexual Harassment Law**, Ed. Catharine A. Mackinnon, Reva B. Siegel, Yale University Press, 2004, ss. 1-40.
- Singer, Peter “Is Racial Discrimination Arbitrary?”, **Philosophia**, 8 (1-2), ss. 185-203.
Pratik Etik, Çev. Nedim Çatlı, İstanbul, İthaki Yayınları, 2015.
- Simons, Kenneth W. “Discrimination Is a Comparative Injustice: A Reply to Hellman”, **Virginia Law Review Online**, V. 102, October 2016, ss. 85-100, (Çevrimiçi)
https://legacy.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/Simons_Online.pdf, 27 Aralık 2017.
- Shin, Patrick “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, **Philosophical Foundations of Discrimination Law**, Ed. Deborah Hellman, Sophia Moreau, New York, Oxford University Press, 2013, ss. 163-181.
- Slavny, Adam, Parr, Tom “Harmless Discrimination”, **Legal Theory**, Volume 21, Issue 2, June 2015, ss. 100-114.
- Smith, Anne: “Equality Constitutional Adjudication in South Africa”, **African Human Rights Law Journal**, (2014) 14, ss. 609-632.
- Smith, Ben “Intersectional Discrimination and Substantive Equality: A Comparative and Theoretical Perspective”, **The Equal Rights Review**, Vol. 16, 2016, ss. 73-101.
- Smith, Nicholas Mark **Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law**, Farnham, Ashgate, 2011.

- Stephenson, Gilbert Thomas, *Race Distinctions in American Law*, New York, Association Press, 1911, (Çevrimiçi) <https://archive.org/stream/cu31924030479418?ref=ol#page/n23/mode/2up>, 20 Mayıs 2019.
- Strauss, David A. “The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Results”, **Redefining Equality**, Ed. Neal Devins, Davison M. Douglas, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998, ss. 51-64.
- Stephenson, Gilbert Thomas, *Race Distinctions in American Law*, Association Press, New York, 1911, (Çevrimiçi) <https://archive.org/stream/cu31924030479418?ref=ol#page/n23/mode/2up>, 20 Mayıs 2019.
- Sulmasy, Daniel P. “Human Dignity and Human Worth”, **Perspectives on Human Dignity: A Conversation**, Ed. Jeff Malpas, Norelle Lickiss, Dordrecht, The Netherlands, Springer, 2007
- Şahin Ceylan, Şule **H.L.A.Hart’ın Hukuk Kuramı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Şenel, Alaeddin “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, **Yavuz Abadan’a Armağan**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1969.
Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine, Ankara, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, 1970.
- Smith, Ben “Intersectional Discrimination and Substantive Equality: A Comparative and Theoretical Perspective”, **The Equal Rights Review**, Vol. 16, 2016, ss. 73-101.
- Tahiroğlu, Bülent, Erdoğan, Belgin **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- Tan, Kok-Chor “A Defense of Luck Egalitarianism”, **The Journal of Philosophy**, Vol. 105, No. 11, Nov., 2008, ss. 665-690.
- Tepe, Harun “Bir Ağaç Gibi Tek ve Hür ve Bir Orman Gibi Kardeşçesine” Yaşamak Mümkün Müdür?”, **İoanna Kuçuradi: Çağın Olayları Arasında**, Ed. Betül Çotuksöken, Gülriz Uygur, Hülya Şimga, Tarihçi Kitabevi, İstanbul, 2014, ss. 415-428.
'Pratik Etik' Etiğin Pratik Sorunları, Ankara, Bilgesu, 2016.
- Thorgeirsdóttir, Herdís “Protection from Victimisation in the Workplace: Comparative EU-Icelandic Perspectives”, **European Equality Law Review**,

- Kjerulf Issue 1, Luxembourg,: Publications Office of the European Union, 2019, ss. 44-59.
- Tobler, Christa **Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law**, Antwerp, Oxford, Intersentia, 2005.
Limits and the Potential of the Concept of Indirect Discrimination, European network of legal experts in the non-discrimination field, European Commission, Luxembourg, 2008.
- Truscan, Ivona, Bourke-Martignoni, Joanna “International Human Rights Law and Intersectional Discrimination”, **The Equal Rights Review**, Vol. 16, 2016, ss. 103-131.
- Özcan, Mehmet Tevfik **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, Levha Yayıncılık, 2008.
- Thomsen, Frej Klem: “Direct Discrimination”, **The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination**, Ed. Kasper Lippert-Rasmussen, New York, Routledge, 2017, ss. 19-29.
“Discrimination”, **Oxford Research Encyclopedia of Politics**, (Çevrimiçi) 10.1093/acrefore/9780190228637.013.202, 08 Mart 2017.
“But Some Groups Are More Equal Than Others—A Critical Review of the Group Criterion in the Concept of Discrimination”, **Social Theory and Practice**, 39(1), 2013, ss. 120–146.
- Tınaz, Pınar “Çalışma Psikolojisi Boyutlarıyla Mobbing Tanım ve Tanı”, **1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel Ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı**, Der. İsmail Akgün, Ankara, Özyurt Matbaacılık, 2014, ss. 21-35
- Turner, Bryan **Eşitlik**, Çev. Bahadır Sina Şener, Ankara, Dost Kitabevi, 2013.
- Truscan, Ivona, Bourke-Martignoni, Joanna “International Human Rights Law and Intersectional Discrimination”, **The Equal Rights Review**, Vol. 16, 2016, ss. 103-131.
- Umur, Ziya **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

- Xenidis, Raphaële "Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law Towards Redressing Complex Inequality?", **EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender**, Ed. Uladzislau Belavusau, Kristin Henrard, Oxford; Portland, Hart Publishing, 2018, ss. 41–74.
- Vallentyne, Peter "Left-Libertarianism and Private Discrimination", **San Diego Law Review**, 2007, ss. 981-994.
- Vierdag, E.W. **The Concept of Discrimination in International Law**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973.
- Waddington, Lisa, Lawson, Anna **Disability and Non Discrimination Law in the European Union**, Luxembourg, European Commission, 2009.
- Waddington, Lisa "Protection for Family and Friends: Addressing Discrimination by Association" **European Anti-Discrimination Law Review**, No. 5, 2007, ss. 13-21.
"Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006", **Common Market Law Review**, V. 44, I. 2, 2007, ss. 487-499.
- Wasserman, David "Discrimination, Concept of." **Encyclopedia of Applied Ethics**, Ed. by. R. Chadwick, San Diego, Academic Press, 1998, pp. 805–814.
- Wentholt, Klaartje "Formal and Substantive Equal Treatment: The Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality", **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, Ed. Titia Loenen; Peter R. Rodrigues, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- Wertheimer, Alan "Jobs, Qualifications, and Preferences", **Ethics**, Vol. 94, No. 1 (Oct., 1983), ss. 99-112.
- Westen, Peter "The Empty Idea of Equality", **Harvard Law Review**, Vol. 95, No. 3, January 1982.
Speaking of Equality, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- Williams Crenshaw, Kimberlee "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", **University of Chicago Legal Forum**, Vol. 1989, Iss. 1, Article 8, ss. 139-167.
- Yalçinkaya, Ayhan "Orta Çağ ve Feodalite: Bitmeyen Tartışma ve Siyasal Düşünce", **Sokrates'ten Jakobenlere Batıda Siyasal Düşünceler**, Ed.

Mehmet Ali Ağaoğulları, İstanbul, İletişim Yayınları, 4. Baskı, 2013, ss. 237-262.

“Platon’nun Bilişi”, **Sokrates’ten Jakobenlere Batıda Siyasal Düşünceler**, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, İstanbul, İletişim Yayınları, 4. Baskı, 2013, ss. 91-125.

Yelbaşı, Cengiz **Fransızca-İngilizce-Türkçe Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Sim Matbaacılık, Ekim 2014.

Young, Iris Marion **Justice and the Politics of Difference**, Princeton, Princeton University Press, 1990.

DIĞER BASILI VE İNTERNET KAYNAKLARI

Handbook on European Non-Discrimination Law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018 edition.

Bullying and sexual harassment at the workplace, in public spaces and in political life in the EU, European Parliament, European Union, 2018, s.11, (Çevrimiçi)
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604949/IPOL_STU\(2018\)604949_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604949/IPOL_STU(2018)604949_EN.pdf) , 19 Temmuz 2020.

Violence against Women: an EU-wide survey, European Agency for Fundamental Rights (FRA), 2014, (Çevrimiçi)
<https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report>
DFID, Reducing Poverty by Tackling Social Exclusion: A DFID Policy Paper, 2005, (Çevrimiçi)
<http://www2.ohchr.org/english/issues/development/docs/social-exclusion.pdf>, 10 Ocak 2018.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol No. 12’nin Açıklayıcı Raporu (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report), para. 15. Çevrimiçi,
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48>, 10 Eylül 2020.

Leaving No one Behind: The Imperative of Inclusive Development, Report on the World Social Situation 2016, United Nations Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, (Çevrimiçi)
<https://www.un.org/development/desa/dspd/report-on-the-world-social-situation-rwss-social-policy-and-development-division/rwss2016.html>, 23 Mart 2018.

DIGEST OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COMMITTEE OF

SOCIAL RIGHTS, December 2018, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>, 10 Nisan 2020.

Güncel Türkçe Sözlük, “Ayrımcılık”, (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 04 Şubat 2018.

Güncel Türkçe Sözlük, “Saygı”, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c0c3e7e34a868.91951280, 10 Mayıs 2018.

Güncel Türkçe Sözlük, “Eşitlik”, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5adee89a957db6.55364723, 19 Nisan 2016.

Güncel Türkçe Sözlük, “Eşit”, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.571603f5234d27.26491034, 19 Nisan 2016.

Güncel Türkçe Sözlük, “Onur”, (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, 11 Aralık 2020.

Oxford Dictionary of English, “Discrimination”, Oxford University Press, 3rd edition, 2010.

A Dictionary of Law, “Discrimination”, Oxford University Press, 5th edition, 2003.

Online Etymology Dictionary, “Discriminate”, (Çevrimiçi) <https://www.etymonline.com/word/discriminate>, 23 Mart 2018.

Online Etymology Dictionary, “Autonomy”, (Çevrimiçi) <https://www.etymonline.com/search?q=autonomy>, 13 Ağustos 2019.

Online Etymology Dictionary, “Streotype”, (Çevrimiçi) <https://www.etymonline.com/word/stereotype>, 20 Nisan 2018.

Online Etymology Dictionary, “Respect”, (Çevrimiçi) <https://www.etymonline.com/word/respect>, 10 Mayıs 2018.

(Çevrimiçi) <https://www.connexionfrance.com/French-news/Don-t-call-me-Manu-Macron-corrects-boy-in-crowd>, 04 Temmuz 2018.

(Çevrimiçi) <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2019/02/28/1-kisilik-ise-6198-basvuru/>, 20 Mayıs 2019.

ABAD KARARLARI

<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Defrenne v. Sabena, 43/75, ECR 455, 08.04.1976,
Isabel Elbal Moreno v. Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Case C-385/11, 22.11.2012.
Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV., C-54/07, 10.07.2008.
Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, C-267/06, 01.04.2008.
Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, C-81/12, 25.04.2013.
Hilde Schönheit v Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker v Land Hessen, Joined Cases C-4/02 and C-5/02, 23.10.2003.
S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Case C-303/06, 17.07.2000.
Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, Case C-13/05, 11 July 2006
HK Danmark v. Dansk almennyttigt Boligselskab and HK Danmark, v. Dansk Arbejdsgiverforening, Joined Cases C-335/11 and C-337/11, 11.04.2013.
Chez Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisija za zashtita ot diskriminatsia, C-83/14, 16.07.2015
Tine Vandenbon and Others v. WTG Retail BVBA, case C404/18, 20.06. 2019.
Coote v Granada Hospitality Ltd, Case C-185/97, 22.09.1998.
Opinion of Advocate General Maduro delivered on 31 January 2008 in *Coleman* (C-303/06), EU:C:2008:61.
Opinion of Advocate General Kokott delivered on 12 March 2015 in *CHEZ* (C-83/14), EU:C:2015:170.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22]})

Thlimmenos v. Greece, Application No. 34369/97, 06.04.2000.
Luczak v. Poland, Application No. 77782/01, 27.11.2007.
Marckx v. Belgium, Application No. 6833/74, 13.06.1979.
Hoogendijk v. The Netherlands, Application No. 58641/00, 27.06.2000.
Biao v. Denmark, Application No. 38590/10, 24.05.2016,
Carson and Others v. the United Kingdom, Application No. 42184/05, 16.03.2010
D.H. and Others v. the Czech Republic, Application No. 57325/00, 13.11.2007
Burden v. the United Kingdom, Application No. 13378/05, 29.04.2008,
Enver Şahin v. Turkey, Application no. 23065/12, 30.01.2018
Glor v. Switzerland, Application no. 13444/04, 30.04.2009.
Çam v. Turkey, Application No. 51500/08, 23.02.2016.
N.B. v. Slovakia, Application No. 29518/10, 12.06.2012.
V.C. v. Slovakia, Application No. 18968/07, 8 November 2011.
Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, Application No. 17484/15, 25.07.2017.
Guberina v. Croatia, Application No. 23682/13, 22.03.2016.
Škorjanec v. Croatia, Application No. 25536/14, 28.03.2017.

Weller v. Hungary, Application No. 44399/05, 31.03.2009.
Dorđević v. Croatia, Application No. 41526/10, 24.07.2012.
Bączkowski and Others v. Poland, Application No. 1543/06, 03.05.2007.

DIĞER MAHKEME KARARLARI

US Supreme Court, *Griggs v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424 , 8 March 1971, (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/401/424>, 30 Mart 2020.
US Supreme Court, *Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. Crescent City Livestock Landing and Slaughter-House Company*, 83 U.S. 36, 14 Nisan 1963, (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/83/36>, 18 Ekim 2019.
US Supreme Court, *Stauder/West Virginia*, 100 U.S. 303, 1 Mart 1880, (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/100/303>, 18 Ekim 2019.
US Supreme Court, *Plessy vs. Fergusson*, 163 U.S. 537, 18 Mayıs 1896, (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537> 08 Nisan 2018.
Constitutional Court Of South Africa, *President of the Republic of South Africa and Another v. John Phillip Peter Hugo* (CCT11/96) [1997] ZACC 4; 1997 (6) BCLR 708; 1997 (4) SA 1, 18 April 1997.
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı, 2015/28698 E., 2018/22722 K.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞME ORGANLARI'NIN KARARLARI VE TAVSİYELERİ/YORUMLARI

İnsan Hakları Komitesi

"Manuel Wackenheim v. Fransa", (No. 854/1999), Selected Decisions of The Human Rights Committee Under The Optional Protocol: Seventy-fifth to eighty-fourth sessions (July 2002-July 2005), Vol. 8, United Nations, 2007, s. 110-114, (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8en.pdf>, 26 Mart 2017.

Genel Yorum No. 18: Non-discrimination, (Çevrimiçi), http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6622&Lang=en, 20 Nisan 2018.

Genel Yorum No. 28, Article 3: The equality of rights between men and women, 29.03.2000, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_21_Rev-1_Add-10_6619_E.pdf, 12 Mayıs 2020.

Genel Yorum No. 36, Article 6: right to life, 03.09.2019, C/GC/36, para. 61, (Çevrimiçi) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f36&Lang=en, 12 Mayıs 2020.

Engelli Kişilerin Hakları Komitesi

Marie-Louise Jungelin v Sweden, Communication No. 5/2011; CRPD/C/12/D/5/2011, 14 November 2014.
F v Austria, Communication No. 21/2014, CRPD/C/14/D/21/2014, 21 August 2015.

Gemma Beasley v. Australia, Communication No. 11/2013, CRPD/C/15/D/11/2013, 25 May 2016.

Genel Yorum No. 2, Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2, 02.05.2014, para. 25 ve 26, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/13/PDF/G1403313.pdf?OpenElement>, 17 Haziran 2020.

Genel Yorum No. 3, crpd/c/gc/3, 02.09.2016, on women and girls with disabilities, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en, 18 Mayıs 2020.

Genel Yorum No. 6, On equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26.04.2018, (Çevrimiçi)

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2bt93Y3D%2baa2qtJucAYDOCLUtyUf%2brfiOZckKbzS%2bBsQ%2bHx1IyvGh6ORVZnM4LEiy7ws5V4MM8VC4khDIZJSuxotVqfulsdtPv>, 18 Mayıs 2020.

Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesi

Genel Yorum No. 5: Persons with disabilities, 09.12.1994, (Çevrimiçi), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4760&Lang=en, 15 Mayıs 2020.

Genel Yorum No. 16, The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art. 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), August 2005, E/C.12/2005/411, (Çevrimiçi) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEo vLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJpdX7m2Tx5L7detnk4aL8Sk%2bOCLoaHsUF VMh6SviNU92S8cbmrriTaya9N9pSBR%2b0tHiI%2fLewK1gfET938Og3y>, 15 Mayıs 2020.

Genel Yorum No. 20, E/C.12/GC/20, 02.07.2009, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), (Çevrimiçi) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEo vLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQdqXgncKnylFC%2blzJjLZGhsosnD23NsgR1Q 1NNngs2QltnHpLzG%2fBmxPjJUVNxAedgozixcbEW9WMvnSFEiU%2fV>, 15 Mayıs 2020.

Genel Yorum No. 22, On the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 02.05.2016, E/C.12/GC/22, (Çevrimiçi)

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEo vLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAek maOwDOWsUe7N8TLM%2bP3HJPzxjHySkUoHMavD%2fpypfcp3Ylzg>, 15 Mayıs 2020.

Genel Yorum No. 25, E/C.12/GC/25, 30.04.2020, On science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), (Çevrimiçi) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEo vLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQdxONLLLJiul8wRmVtR5Kxx73i0Uz0k13FeZiq>

ChAWHKFuBqp%2b4RaxfUzqSAfyZYAR%2fq7sqC7AHRa48PPRRALHB, 15
Mayıs 2020.

Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi

Genel Tavsiye No. 19, racial segregation and apartheid, 18.08.1995, A/50/18, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7491&Lang=en, 12 Mayıs 2020.

Genel Tavsiye No 25, Gender Related Dimensions of Racial Discrimination, 20.03.2000, A/55/18, annex V, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7497&Lang=en; 12 Mayıs 2020.

Genel Tavsiye No. 27, Discrimination Against Roma, 16.08.2000, A/55/18, annex V, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7499&Lang=en, 12 Mayıs 2020.

Genel Tavsiye No 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination, CERD/C/GC/32, 24.09.2009, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f32&Lang=en, 12 Mayıs 2020.

Genel Tavsiye No 34, Racial discrimination against people of African descent, CERD/C/GC/34 3.10.2011, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f34&Lang=en, 12 Mayıs 2020.

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi

Genel Tavsiye No. 18, Disabled women , A/46/38 , 04.01.1991, (Çevrimiçi)
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4729_E.pdf, 14 Mayıs 2020

Genel Tavsiye No. 24: Article 12 of the Convention (women and health), A/54/38, 02.02.1999, (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4738&Lang=en, 14 Mayıs 2020.

Genel Tavsiye No. 25, Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), (Çevrimiçi)

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf, 14 Mayıs 2020.

Genel Tavsiye No. 27, on older women and protection of their human rights, CEDAW/C/GC/27, 16.12.2010, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/53/PDF/G1047253.pdf?OpenElement>, 14 Mayıs 2020.

Genel Tavsiye No. 28, on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, 16.12.2010, (Çevrimiçi) [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/53/PDF/G1047253.pdf?OpenElement)

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement, 14
Mayıs 2020.

Çocuk Hakları Komitesi

Genel Yorum No. 9, The rights of children with disabilities, CRC/C/GC/9, 27.02.2007, (Çevrimiçi),
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vHrn2YtDgO4ZjHSiu4mMCNKxeV7PxOOmQZL5v2IpgSJyXYy3ETTtUI65KMAgOvcRYyPXQKoIa4QlaTvSVKFUBC0>, 16
Mayıs 2020.

Genel Yorum No. 21, On children in street situations, 21.06.2017, CRC /C/GC/21, (Çevrimiçi)
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vEfsFWjOdIKsIb9tVif2Lw3bJZ6aysl1yrgxbwvU3h5wuf0CV5aKla03pvDcq%2bUedS97nOxmLZF%2bfcCuCUwMZpo>, 16
Mayıs 2020.

Diğer Komite Kararları

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi

Association internationale Autisme-Europe (AIAE) v. France, Complaint No. 13/2000, 04.11.2003.

European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy, Complaint No. 27/2004, 07.12.2005.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER' E İLİŞKİN BELGELER

Birleşmiş Milletler Antlaşması, (Çevrimiçi)
<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>, 11 Haziran 2016.

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (Universal Declaration of Human Rights), (Çevrimiçi) <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, 11 Haziran 2016.

Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi, (Çevrimiçi)
<http://www.un-documents.net/a18r1904.htm>, 03 Nisan 2018.

Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi, (Çevrimiçi)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx>, 03
Nisan 2018.

Dini Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi, (Çevrimiçi)
<http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm>, 03 Nisan 2018.

UNESCO İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirisi, (Çevrimiçi)
<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112e.pdf>, (03 Nisan 2018).

Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi (Convention on the Rights of People with Disabilities), (Çevrimiçi)

<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>, (03 Nisan 2018).

Çocuk Hakları Sözleşmesi (Convention on the Rights of the Child), (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, 03 Nisan 2018.

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesi (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families), (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw.pdf>, 18 Nisan 2018.

İstihdam ve Meslek Bağlamında Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme (Sözleşme No. 111) (Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation-Convention No. 111), (Çevrimiçi) <http://un-act.org/publication/view/ilo-convention-no-111-convention-concerning-discrimination-in-respect-of-employment-and-occupation-1958>, 18 Nisan 2018.

Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme (Convention against Discrimination in Education), (Çevrimiçi) http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, 18 Nisan 2018.

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (Convention Relating to the Status of Refugees), md. 3, (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/refugees.pdf>, 18 Nisan 2018.

Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx>, 18 Nisan 2018.

Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>, 18 Nisan 2018.

UÇÖ 190 No.lu Sözleşmesi (Violence and Harassment Convention, 2019 (No.190)), (Çevrimiçi)

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C190, 09 Temmuz 2020.

UÇÖ 206 No.lu Tavsiye , (Violence and Harassment Recommendation, 2019 (No. 206), (Çevrimiçi)

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:R206 19 Temmuz 2020.

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, 03 Nisan 2018.

DİĞER BELGELER

İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 18 Nisan 2018.

İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi Protokol No. 12 (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and

Fundamental Freedoms), (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P12_ETS177E_ENG.pdf, 18 Nisan 2018.

(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı (European Social Charter (Revised)), (Çevrimiçi) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf93>, 18 Nisan 2018.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights), (Çevrimiçi) <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, 18 Nisan 2018.

Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartı (Afrikan Charter on Human and Peoples' Rights), (Çevrimiçi) https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf, 18 Nisan 2018.

Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, (Çevrimiçi) <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic2.american%20declaration.htm> 03 Nisan 2018.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, (Çevrimiçi), <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, 18 Nisan 2018.

"Anti-Terrorism, Crime and Security Act", (Çevrimiçi) https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/pdfs/ukpga_20010024_en.pdf, 20 Mart 2017.

Jim Crow Kanunları (Çevrimiçi) <https://socialwelfare.library.vcu.edu/eras/civil-war-reconstruction/jim-crow-laws-and-racial-segregation/>, 03 Temmuz 2018.

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence), (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/1680462545>, 15 Temmuz 2020.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of the European Union), (Çevrimiçi) http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, 18 Nisan 2018.

ABD Anayasası, XIV. Değişiklik, (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>, 06 Nisan 2018.

Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı (Canadian Charter of Rights and Freedoms), (Çevrimiçi) <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/how-rights-protected/guide-canadian-charter-rights-freedoms.html>, 30 Ekim 2016.

Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, (Çevrimiçi) http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, 03 Temmuz 2018.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.2709&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch>, 01 Eylül 2020.

4857 sayılı İş Kanunu, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>, 18 Ağustos 2020.

TBMM Genel Kurulunda kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>, 18 Ağustos 2020.

5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050707-2.htm>, 18 Ağustos 2020.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (Çevrimiçi)
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, 18 Ağustos 2020.
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, (Çevrimiçi)
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf>, 18 Ağustos 2020.
Karayolları Trafik Yönetmeliği, (Çevrimiçi)
<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.8182&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=karayolları%20trafik>, 01 Eylül 2020.
Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, (Çevrimiçi)
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5510.pdf>, 04 Şubat 2017; Ücretsiz veya İndirimli Seyahat Kartları Yönetmeliği, (Çevrimiçi), 01 Eylül 2020.

