

## Türkiye’de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar\*

### A Research on the Positive Discrimination Policies For Women in Turkey: The Concept, Practice and Perceptions in the Society

Yrd. Doç. Dr. Kasım Akbaş - Yrd. Doç. Dr. İlker Gökhan Şen

#### Öz

Bu çalışmada, pozitif ayrımcılık olgusuna dair kavramsal ve teorik bir inceleme ve bu kavramın kadınlar özelinde Türkiye’deki uygulanması ile konunun siyasi elitler ve toplumsal düzeydeki algısının araştırılması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, çalışma dört ayrı yöntemsel aşamadan meydana gelmektedir. İlk aşama literatür incelemesi, ikinci aşama mevzuat taraması, üçüncü aşama nitel görüşmeler ve dördüncü aşama nicel tekniğin uygulanmasından oluşmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Pozitif Ayrımcılık, Olumlu Eylem, Eşitlik, Sosyal Devlet

#### Abstract

This study aims at a conceptual and theoretical analysis of the concept of positive discrimination, its application in Turkey and its perception on elite level and among the Turkish society. To this end, the study includes four separate methodologically different sections. The first section is dedicated to a literature survey. The second section consists of an overall review of the legal measures that may be associated with the positive discrimination. The third section is left for the qualitative study whereas in the fourth section there are the findings of the quantitative method.

**Keywords:** Positive Discrimination, Affirmative Action, Equality, Social State

#### Giriş

Temelde bir insan hakları meselesi olan kadın erkek eşitliğinin hukuki, toplumsal, siyasal ve ekonomik katılım düzeyinde tam anlamıyla sağlanması demokrasi ve sürdürülebilir kalkınmanın temel gereksinimlerinden birisidir. Kadınların toplumsal ve ekonomik koşullarında yapılacak her türlü iyileştirme bu nedenle temel öneme sahiptir. Nitekim Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin Giriş kısmında “Bir ülkenin tam ve eksiksiz kalkınması, dünyada refahın ve barışın elde edilmesi [için], kadınların erkeklerle eşit şartlarda her alanda azami katkılarına” gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan her türlü ayırım, mahrumiyet veya kısıtlamanın ortadan kaldırılması gerekir.

İnsan hakları kavramının çağdaş hukuk ve siyaset retoriğindeki tartışmasız egemenliği, kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmaları gereğinin itiraz götürmez bir biçimde kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu eşitlik, kadınların siyasal, toplumsal, kültürel ve ekonomik hayata katılımını sağlayacak tüm haklardan erkeklerle eşit şekilde yararlanmaları gerektiği düşüncesini içerir. Bu yaklaşım, uluslararası insan hakları belgelerinde, uluslararası sözleşmelerde ve ulusal mevzuatta yer almasına rağmen, kadınlar için hâlâ yaşamın başlıca alanlarını kapsayan eğitim,

Yrd. Doç. Dr. Kasım Akbaş, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, [kakbas@anadolu.edu.tr](mailto:kakbas@anadolu.edu.tr)

Yrd. Doç. Dr. İlker Gökhan Şen, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, [igsen@anadolu.edu.tr](mailto:igsen@anadolu.edu.tr)

\* Bu makale AÜSBD hakem değerlendirme sürecinden geçmiştir. Bu çalışma Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü tarafından ‘Türk hukukunda kadına yönelik pozitif ayrımcılık düzenlemelerinin belirlenmesi ve bu düzenlemelerin uygulamadaki etkinliğinin saptanması’ başlıklı proje olarak desteklenmiştir.

iş yaşamı ve ekonomi, siyaset ve bürokratik karar alma mekanizmalarına katılım açısından gerçek bir eşitliğinin sağlanamadığı görülmektedir.

Dünya Ekonomik Forumu’nun Cinsler Arası Uçurum raporuna göre, Türkiye 135 ülke arasında geçen sene-ye göre iki sıra gerileyerek 124’üncü sıraya düşmüştür. Yine Avrupa ve Orta Asya bölgesinde Türkiye’nin kadınların ekonomik katılım ve fırsat eşitliği açısından sonuncu sırada olduğu görülmektedir.<sup>1</sup>

Siyasal karar alma süreçlerine kadınların katılımı demokrasinin en önemli unsurlarından biridir. Ne var ki, Türkiye’de siyasi yaşamda ve karar alma mekanizmalarında toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlandığını ileri sürmek oldukça zordur. “Türkiye’de siyaset anlayışı, lider ağırlıklı parti yapılanması, adaylık süreçleri, siyasi yaşamın işleyişi ve örgütlenmesi, kadınların siyasi partiler içinde güçlü bir baskı grubu olarak örgütlenememeleri, kadınların siyasi rollerinin ve katılımlarının büyük ölçüde seçmenlikle sınırlı kalmasına neden olmaktadır.”<sup>2</sup> Bu eksikliklerin ve sakıncaların giderilmesi için alınacak hiç bir önlemin demokrasiye aykırı olmadığını aksine onu güçlendirme yönünde önemli araçlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kadınların politik karar alma süreçlerinde yeterince temsil edilememesi, demokrasi kalitesini düşürmesinin yanında, özünde bir insan hakkı olan devlet yönetimine katılma noktasında da, cinsler arası uçurumun temelini teşkil etmektedir. Bir başka deyişle, kadınların siyasi karar alma mekanizmalarına etkin ve eşit katılımı demokrasi ve insan hakları açısından meşru bir talep iken, kadının toplumsal statüsünün geliştirilmesi açısından da belirleyici öneme sahiptir.

Kadınların ekonomik yaşam içindeki faal katılımı da toplumsal gelişme açısından temel öneme sahiptir. Öte yandan bu bağlamda salt istihdam konusuna odaklanmak yanıltıcı olabilir. Özellikle belirli bir alanda kadınların daha çok çalışıyor oluşu onlara pozitif ayrımcılık uygulandığı anlamına gelmez. Aksine bu durum, kadın erkek eşitliğine aykırılığın bir yansıması olarak bile düşünülebilir. Kadın-erkek işi ayrımı kadınların belli sektörlerde yoğunlaşmasına neden olmuştur. Kadın işgücünün en çok istihdam edildiği faaliyetler “kadınlar için uygun alanlar olarak” toplumsal kabul gören alanlardır. Bunlar tarım

ve tekstil gibi emek-yoğun sektörlerdir. Bundan başka düşük ücret kadın istihdamının en temel sorunlarından birisidir. Örneğin 2007 yılında hazırlanan bir rapora göre, kadın erkek arasındaki ücret farkı %46 civarındadır ki, bu, kadınların aynı iş için erkeklere oranla neredeyse yarı fiyatına çalıştığı anlamına gelmektedir. Sigortasız çalıştırma, fazla mesai ücreti verilmeksizin fazla çalıştırma, yıllık izin kullandırmama, servis-yemek gibi ek imkanların sunulmaması, kreş ve emzirme odası gibi kadın çalışanlara yönelik tesislerin sağlanmaması da kadın istihdamında karşılaşılan ortak sorunlardandır.<sup>3</sup>

Bu açıklamalardan şu sonuç çıkabilir: Türkiye’nin demokrasi, insan hakları ve insani gelişmişlik sorunları ile birlikte ve bunlarla doğrudan bağlantılı olarak ciddi bir “kadın sorunu” bulunmaktadır. Bu sorun ekonomi, eğitim, iş yaşamı ve siyaset gibi toplumsal hayatın tüm noktalarında ciddi bir kadın-erkek eşitsizliği şeklinde gözlemlenmektedir. Bu çalışmanın konusunu toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanabilmesine yönelik olarak son yıllarda git gide daha sıklıkla dillendirilen pozitif ayrımcılık olgusu teşkil etmektedir. Bu çerçevede ilk sorulması gereken sorudur: “Pozitif ayrımcılık nedir?” Bu sorunun yanıtını kavramla yakın ilişki içinde olan eşitlik ve sosyal devlet ilkeleriyle bir arada düşünmek gerekir. İşte çalışmanın literatür incelemesinde ilk olarak bu konuya değinilecek ve karşılaştırmalı hukuk kısmında da farklı hukuk sistemleri tarafından ön görülen pozitif ayrımcılık uygulamaları ele alınacaktır.

Bu çalışmanın çıkış noktasını oluşturan hipotez, kendi dünya görüşünü, kadın meselesi de dahil olmak üzere muhafazakâr olarak betimleyen siyasi çoğunluğun kadınlar lehine pozitif ayrımcılık uygulamalarına ilişkin olarak da muhafazakâr bir tutum sergileyeceğidir. Buna karşın, kadınlar lehine pozitif ayrımcılık uygulamalarının anayasal temellerinin bu dönemde atılmış olması da çalışmayı daha ilginç bir hale getirmektedir. Çalışmanın nitel görüşme kısmı siyasi elitler düzeyindeki tutum, söylem ve davranışları bu çerçevede çözümlenmeyi amaçlamaktadır. Yine nicel görüşme ile Eskişehir örneği ele alınarak işveren düzeyinde konuya olan yaklaşım ele alınacaktır.

## Yöntem

Araştırmada pozitif ayrımcılık kavramının karşılaştırmalı anayasa hukuku ve uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde nasıl tanımlanabileceği, 2004 ve 2010 anayasa değişiklikleri ile Türk hukukuna anaya-

1 World Economic Forum, (2012), s. 24 ve 340.

2 T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, (2008), s. 47.

3 Kadın Emegi ve İstihdamı Girişimi Platformu, (2012), s. 12.

sal düzeyde giren bu kavramın mevzuata ne oranda yansdığı ve etkin bir uygulama sağlanıp sağlanmadığı sorularına yanıt aranmaktadır.

Bu kapsamda, çalışmada dört ayrı yöntemsel aşama bulunmaktadır. İlk aşama literatür incelemesi, ikinci aşama mevzuat taraması, üçüncü aşama nitel görüşmeler ve dördüncü aşama nicel tekniğin uygulanmasıdır.

*Literatür incelemesi* aşamasında, öncelikle pozitif ayrımcılık kavramına ilişkin literatür ele alınmıştır. Pozitif ayrımcılığın farklı kavramsal kullanımlarına ilişkin bir değerlendirme yapıldıktan sonra, kavrama benzer diğer kavramsal kullanımlarla farkına dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Öte yandan literatürde pozitif ayrımcılık adıyla anılan uygulamaların da aşamalı olarak değerlendirildiği anlaşılmış; “yumuşak” ya da “zayıf” pozitif ayrımcılık ile “sert” ya da “güçlü” pozitif ayrımcılık uygulamalarının üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Ayrıca pozitif ayrımcılığı savunan ve bu ayrımcılığa karşı olan görüşlere yer verilmiştir.

Çalışmanın literatür incelemesi aşaması uluslararası ve karşılaştırmalı hukuku da kapsamaktadır. Bu kapsamda, temel uluslararası metinlerin yanı sıra ABD, Fransa, Norveç, Polonya, Macaristan, Almanya, İsveç, Güney Afrika, Hindistan gibi ülkelerdeki çeşitli pozitif ayrımcılık uygulamaları, buna ilişkin hukuksal düzenlemeler ve yargısal kararlar örnekler olarak sunulmuştur.

*Mevzuat taraması* aşaması, pozitif ayrımcılığın anayasal sisteme ilk dahil olduğu 22.05.2004 tarihinden raporun yazımına kadarki süre içerisinde yasa, tüzük vb. gibi herhangi bir normatif düzeyde pozitif ayrımcılığa ilişkin düzenleme yapıp yapılmadığının Resmi Gazete üzerinden taranmasını içermektedir. Bu bağlamda yaklaşık üç bin adet Resmi Gazete taranmış ve pozitif ayrımcılığa ilişkin olabileceği düşünülen düzenlemeler belirlenmiş, ardından söz konusu düzenlemeler daha ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

*Nitel görüşme* aşaması, pozitif ayrımcılığa ilişkin düzenlemelerin aktör ve muhatapları olduğu düşünülen kişilerle derinlemesine görüşmelerin yapılmasını içermektedir. Bu amaçla öncelikle kısmen temsil kuvvetleri de göz önüne alınarak bir görüşmeciler havuzu oluşturulmuş, ardından bu havuzda öncelikli olarak belirlenen görüşmecilerden randevu talebinde bulunulmuştur. Bu aşamada literatür incelemesinden ve mevzuat taramasından elde edilen çıktılar çerçevesinde ve görüşmecilerin kurumlarının özellikleri

de dikkate alınarak görüşme soruları hazırlanmıştır. Sonuç olarak 15 ilâ 45 dakika arasında değişen ve ses kaydının alındığı yedi görüşme yapılmış, bu görüşmeler kâğıda aktarılmış ve değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Görüşmeciler siyasi aktörler, bürokratlar ve kadın örgütlerinden seçilmiştir. Öte yandan hedeflenen on beş görüşmeciye ulaşılamadığı düşünülerek, ayrıca, pozitif ayrımcılığa ilişkin anayasa değişikliği öncesindeki TBMM görüşmeleri tutanakları incelenmiş ve siyasi aktörlerin pozitif ayrımcılık düzenlemelerine yönelik tutumları bununla desteklenmiştir.

*Nicel tekniğin uygulanması* aşamasında ise, bu kez özel sektördeki işverenlerin özellikle kadın istihdamına yönelik pozitif ayrımcılık önlemleri karşısındaki tutumları belirlenmeye çalışılmıştır. Bu amaçla, ekte sunulan anket hazırlanmış ve anketörler aracılığıyla Eskişehir Organize Sanayi (OSB) bölgesinde yer alan Eskişehir Sanayi Odası (ESO) üyelerine uygulanmıştır. ESO'nun 21 ayrı sektörde faaliyet gösteren 529 üyesi bulunmaktadır. 100 üyeye ulaşmak hedeflenmiş, OSB'de merkezi bulunan yaklaşık 150-200 üyeye görüşülmüş ve 87 dönüt alınmış; 86 anket analize dahil edilmiştir. Ankete verilen yanıtlar SPSS'e aktararak veri haline getirilmiş ve ki-kare, Kruskal-Wallis, Mann-Whitney U testleri esas alınarak analize tabi tutulmuştur.

## Bulgular ve Yorum

### Literatür İncelemesi ve Karşılaştırmalı Hukuk

#### Tanım

Pozitif ayrımcılık, bir toplumda dezavantajlı konumdaki insan gruplarının lehine geliştirilen politika, strateji, yöntem ve uygulamaların bütününe verilen isimdir. Pozitif ayrımcılık uygulamaları adı geçen dezavantajlı kişilerin iş ve eğitim yaşamında ayrıcalıklı muamele görmeleri amacıyla yönelir. Literatür ve uygulamada pozitif ayrımcılık kavramının yanı sıra; Yapıcı eylem (“*affirmative action*”) tersine ayrımcılık, tercihli muamele, gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bu çerçevede kadınlar başta olmak üzere, dini, etnik ve ırksal azınlıklar pozitif ayrımcılık uygulamalarına tabi olan gruplara örnek olarak gösterilebilir.<sup>4</sup>

Çeşitli pozitif ayrımcılık uygulamaları, alınan önlemlerin dezavantajlı gruplara sağladığı yarara-ımtiyaza (ya da başka bir deyişle dezavantajlı olmayan grupların uğradığı ayrımanın şiddetine göre) beş başlık

4 Robertson, (1993), s. 7; Fullinwider, (2011); Kellough, (2006), s. 3.

altında incelenebilir.<sup>5</sup> Bunlardan ilki olan kota uygulamaları, bir iş veya eğitim kurumundaki açık pozisyonların belirli bir kısmının dezavantajlı gruplara ayrılmasını kapsar. Bu durumda dezavantajlı gruba dahil olmayan kişiler, bu kotaya ayrılan pozisyonlara başvuramayacaktır. İkinci olarak işe veya eğitim kurumlarına alımlarda tercihli (öncelikli) alım söz konusu olduğunda bir pozisyon herkesin başvurusuna açık olmakla birlikte dezavantajlı bir kişinin başvurusu halinde ona öncelik tanınacaktır. Üçüncü sırada ise belirli eğitim veya mesleki sektörlerde kurumların belirli bir süre içinde kadın-erkek sayılarını oranlarını belirli bir sayıya getirme hedefinin belirlenmesi ya da (daha hafif bir önlem olarak) belirli bir kurumda kadın-erkek oranının düzenli olarak belirlenmesi ve kaydının tutulmasını öngören programlar yer almaktadır. Dört ve beşinci gruplardaki uygulamaları, aslında bu çalışmanın bağlamında ele alınan pozitif ayrımcılık kavramına dahil etmek oldukça zordur. ABD özelinde baktığımızda bu uygulamaları daha çok liberal eşitlik ve ayrımcılık yasağı anlayışı ile pozitif ayrımcılık arasındaki ara durakta konumlandırmak mümkündür.<sup>6</sup> Bunlardan dördüncü grupta, çeşitli kuruluşlara dezavantajlı gruplara iş veya eğitim kurumlarına başvurmaları için teşvik etmeleri yükümlülüğü getirilmektedir. Bu bağlamda ilgili kurumların yükümlülüğü; iş veya okul ilanları verirken olabildiğince kişiye ulaşmak, ve dezavantajlı gruplara başvurmaları için teşvik etmelerinden ibarettir. Son olarak beşinci grupta ise ayrımcılık yasağı sayılmaktadır. Bu grupta, çalışanlar arasında ayrımcı ve önyargılı davranışları engellemeye yönelik; çeşitli eğitim programları, bilgilendirme notları, ve işyerinde cinsel tacizi önlemeye yönelik önlemler gibi çeşitli uygulamalar yer almaktadır. Bu açıklamalar, pozitif ayrımcılık olgusunun kavramsal açıdan ilişki içinde olduğu eşitlik ve sosyal devlet ilkeleri ile bağlantı ve farklılıklarının açıklanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

### **Pozitif Ayrımcılık ve Eşitlik**

Hukuk teorisinde pozitif ayrımcılık olgusu eşitlik ilkesinin bir istisnası olarak ortaya çıkmaktadır. Yine aynı doğrultuda, ayrımcılık yasağı da eşitlik ilkesi ile aynı bağlamda kullanılan bir diğer kavramdır. Kısaca pozitif ayrımcılık; eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelere ayrılmanın meşru bir çerçevesini çizer. Bir açıdan bakıldığında pozitif ayrımcılık eşitliğin özel bir görünümü olarak da kabul edilebilir. Her durumda bu başlık altında öncelikle eşitlik kavramına dair

kısa bir hatırlatma yapmak gerekir.

Aslında, ahlak, siyaset ve hukuk teorisinin en temel unsurlarından birisini teşkil eden eşitlik kavramının anlam ve kapsamına dair kesin ve tüketici bir tanım yapmak zordur.<sup>7</sup> Kavramın eski çağlardan beri siyaset literatüründe yer aldığı kolaylıkla gözlemlenebilir. Tarihsel süreçte günün ihtiyaçları ve belirli tarih ve coğrafyada hakim olan siyasi kültür eşitlik kavramının farklı anlamlarda yorumlanmasına yol açmıştır. Başka bir deyişle, “[t]oplu gelişmenin bir ürünü olarak, farklı toplumsal sınıflar(ın), eşitlik kavramına, tümüyle farklı içerikler yüklediğini söylemek mümkündür.<sup>8</sup> Gerçekten de Antik Yunan’da ‘vatan daşlar arasındaki eşitliği’ savunan Aristo, kimi insanların doğaları gereği köle oldukları önermesini savunmakta bir sakınca görmemiştir. Modern çağlara gelindiğinde Thomas Hobbes, John Locke ve Jean-Jacques Rousseau gibi düşünürler özgürlük ve eşitliği siyasi iktidarın meşruluğunu tesis eden toplumsal sözleşmeden önce var olması gereken iki temel olgu olduğunu tespit etmişlerdir.<sup>9</sup> Öte yandan Amerikan ve Fransız devrimlerinin de düşünsel altyapısını oluşturan bu tür eşitlik anlayışı, eşitliği kanun önünde eşitlikle sınırlı tutması siyasi, ekonomik ve toplumsal eşitsizliklere bir çare sunmadığı için eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin ana kaynağını teşkil eden olarak sosyalist eşitlik anlayışı ise, tüm toplum üyelerinin yetenek ve gereksinimlerine göre kamusal kaynaklara katkı sunma ve onlardan bir ücret alma hakkını savunur.<sup>10</sup>

Bu noktadan itibaren kavrama ilişkin ileri sürülen tanımlama çabalarına bir göz atmak gerekirse; eşitlik, esasen ‘aynı hak, ayrıcalık ve masuniyetten faydalanma ve (bunun karşısında) aynı görev ve sorumluluklara tabi olma’ hali olarak tanımlanabilir.<sup>11</sup> Ellis, eşitliğin çeşitli konum(eğitim, iş, politika) ve olanaklara ulaşma noktasında insanların eşit muamale görme hakkını doğurduğunu savunmaktadır.<sup>12</sup> Turner’a göre eşitlik kavramının dört tipinden bahsetmek mümkündür: “Birincisi, varlıksal eşitlik ya da kişiler arasındaki özsel eşitliktir. İkinci olarak, istenen amaçlara ulaşmadaki fırsat eşitliği gelir. Üçüncüsü şartlarda eşitliktir, söz konusu toplumsal grupların yaşam koşullarının eşit kılınmasına çalışıldığı yerde ortaya çıkar. Dördüncüsü de sonuçlarda eşitliktir.”<sup>13</sup>

7 Bix, (2004), s.61.

8 Timuroğlu, (2007), s. 167.

9 Chemerinsky (1999), s. 263.

10 Timuroğlu, (2007), s. 169.

11 Black, (1990), s. 536.

12 Ellis, (2008), s. 402

13 Turner, (1997), s. 34.

5 Oppenheimer, (1995), ss. 926-932; ayrıca bkz: Kellough (2006); Goldman, (1976), s. 182.

6 Sowell, (2004), s. 123.

Eşitlik konusunu Türk Anayasa Hukuku özelinde inceleyen Özbudun'un aktardığı şekliyle eşitlik ilkesinin "şekli hukuki eşitlik" ve "maddi hukuki eşitlik" olmak üzere iki boyutu vardır. Şekli hukuki eşitlik denildiğinde, kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani yöneldiği tüm bireylere eşit bir biçimde uygulanması anlaşılmalıdır. 1982 Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan, hiç bir kişiye, aileye veya zümreye "imtiyaz" tanınmaz ifadesi, eşitliğin bu boyutuna işaret etmektedir. Bunun karşısında maddi hukuki eşitlik denildiğinde "aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu" anlaşılmalıdır. Bu nedenle somut bir olayda eşitlik ilkesine aykırı hareket edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için, anayasa-ya uygunluk denetiminde kanunların genel ve soyut nitelik taşıyıp taşımalarının yanında içeriklerinin de meşruluk temeline sahip olması gerekir.<sup>14</sup>

Eşitlik ilkesi ile çoğunlukla eş anlamlı olarak başvuru- rulan *ayrımcılık yasağı* kavramının şekli eşitlik kavramını karşılamaya yönelik bir anlamda kullanıldığını söylemek mümkündür. Çünkü burada bireylere karşı belirli bir koşul ve ortamda ayrımcılık yapılmamasına vurgu yapılmakta ve cinsiyet, din ve ırk gibi unsurlar dikkate alınmaksızın herkesin eşit olduğu varsayımının altı çizilmektedir. Bu çerçeveden bakıldığında ayrımcılık yasağı ile ifadesini bulan şekli eşitlik yaklaşımı, bireylerin, mensup olduğu toplumsal tabaka ile içinde bulunduğu ekonomik koşullar dikkate alınmaksızın, kanun önünde eşit<sup>15</sup> oldukları veya kanunların eşit koruma öngörmesini vurgulamaktadır.

Gül ve Karan'a göre maddi eşitlik, mevcut eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için "olumlu ayrımcılık" (pozitif ayrımcılık) uygulaması gereken aktif bir kamusal gücün varlığına işaret eder. Burada kişi ya da grupların farklılıklarının dikkate alınması ve onları toplumsal ve ekonomik açıdan dezavantajlı konumlarından kurtaracak bir takım özel önlemler alınmasının gerektiği hatırlatılmaktadır.<sup>16</sup> Yine aynı doğrultuda "Olumlu ayrımcılık, ayrımcılığa karşı geliştirilen ve bundan zarar görenlerin durumlarını iyileştirmeye yönelik çeşitli tercihli davranış programlarını içermektedir. Tersine ayrımcılık olarak da adlandırılan bu kavram

bünyesinde, ayrımcılık kurbanı kişi ve/veya grupların toplumsal uyuma, daha eşit fırsatların yaratılmasına ve geçmişteki hataların giderilmesine yönelik önlemler yer almaktadır."<sup>17</sup>

Özetle salt şekli eşitlik kavramı, 'bütün insanlar her yönden benzer ve eşit (olmadığı için) kişilerin yararlar ve yükümlülüklerde eşitliğini sağlamak için yeterli' değildir.<sup>18</sup> Bu çerçevede maddi eşitlik kavramı; bir taraftan farklı koşullar altındaki bireylere içinde buldukları koşullardan dolayı farklı muamelede bulunulmasının meşru olduğunu kabul ederken diğer taraftan da dezavantajlı konumdaki kişilere yönelik alınması gereken özel önlemleri hatırlatarak pozitif ayrımcılık kurum ve uygulamalarının teorik çekirdeğini ve ilk çıkış noktasını oluşturmaktadır.

### **Pozitif Ayrımcılık ve Sosyal Devlet**

Yirminci yüzyıl Batı demokrasilerinin bir ürünü olan sosyal devlet anlayışı, toplumsal barış ve toplumsal adaletin gerçekleştirilebilmesi için devlet iktidarının toplumsal ve ekonomik hayata müdahale edebilmesini meşru ve zorunlu gören yaklaşımın bir sonucudur. Sosyal devlet kavramı "sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü devlet olarak tanımlanabilir."<sup>19</sup> Bu amaçları gerçekleştirebilmek için, sosyal devletin pozitif ayrımcılık ile bağlantılı ve/veya onunla karıştırılması mümkün olan hukuki yöntem ve önlemlerini iki ana başlıkta incelemek mümkündür. Bunlardan ilki "herkese insan haysiyetine yakışır asgari bir hayat düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler"dir. Bu başlık altındaki farklı uygulamalar "[h]erkese çalışma imkanının sağlanması, çalışan herkese insanca yaşayabilmesini mümkün kılacak adaletli bir ücret ödenmesi ve çalışmayacak durumda olanların da çeşitli sosyal güvenlik tedbirleri ile korunması" şeklinde listelenebilir. Yine aynı çerçevede "[s]osyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gereken" bireylere yönelik alınacak özel önlemler ile bunlara sağlanan ekonomik ve sosyal avantajlar sosyal devlet bağlamında düşünülmelidir.<sup>20</sup> Örneğin 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası şu düzenlemelere yer vermektedir (md. 61):

Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri

14 Özbudun, (2010), s. 151.

15 Curzon, (2002), s.156.

16 "Uygulamada, 'pozitif ayrımcılık', 'olumlu ayrımcılık', 'olumlu edim', 'olumlu önlem', 'olumlu eylem' gibi farklı şekillerde kullanılan ifadeler büyük oranda benzer anlam taşımaktadır." Gül ve Karan, (2011), ss. 5-7.

17 Miller, Coleman vd'den aktaran Yücel (2012).

18 Öden, (2003), s. 26.

19 Özbudun, (2010), s. 135.

20 Özbudun, (2010), ss. 136-147.

alır. Yaşlılar, Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.

Yine benzer bir şekilde Anayasanın 50. maddesine göre;

Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacıyla burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar.

İkinci olarak vergi adaletinden bahsetmek gerekir. Yine 1982 Anayasası’na göre “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır” (md. 73).

Bu noktada şu konuyu önemle hatırlatmak gerekir: Toplumda zayıf konumda olduğu düşünülen (özürlü, hasta) grupları korumaya yönelik sosyal devlet önlemlerini dar anlamda pozitif ayrımcılıktan ayırmak gerekir. Bu bağlamda Harvey ve Rostant, “pozitif eylem” ile “pozitif ayrımcılık” arasındaki farka dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda pozitif eylem, toplumdaki zayıf ve korunmaya muhtaç kişi ve gruplara yönelik koruma önlemleri olarak anlaşılırken, pozitif ayrımcılık denildiğinde geçmişte ayrımcılığa maruz kalan grupların bu ayrımcılık nedeniyle bu gün buldukları sosyo-ekonomik açıdan dezavantajlı konumlarına vurgu yapılmaktadır.<sup>21</sup> Robertson da benzer biçimde pozitif ayrımcılığın amacının geçmişteki devlet politikaları veya toplumsal önyargılar nedeniyle dezavantajlı konumda olan gruplara imtiyazlı muamele edilmeleri olduğuna işaret etmektedir. Bu bağlamda “pozitif eylem” kavramını pozitif ayrımcılığın “daha yumuşak” veya “daha zayıf” bir versiyonunu karşılamak için kullanıldığını söylemek de mümkündür.<sup>22</sup> Aşağıda görüleceği gibi Birleşik Krallık, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde pozitif ayrımcılıktan ziyade “pozitif eylem” uygulamaları benimsenmiştir.

Vergi adaleti ile bağlantılı kimi uygulamalar da pozitif ayrımcılık ile karıştırılabilecek niteliktedir. Başka bir deyişle, ekonomik açıdan dezavantajlı konumda olan kimi bireylere yönelik mali sorumluluk ve yüküm-

lülüklerde sağlanan ayrıcalıkları dar anlamda pozitif ayrımcılıktan ayırmak gerekmektedir. Bu konuya dolaylı da olsa ışık tutan Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir karar ve gerekçesi hatırlatılabilir.<sup>23</sup> Kararda 31/5/2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 2008 yılında değişik 93. Maddesi, Anayasanın 2. maddesi ile eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz konusu olmuştur. Anılan hükme göre;

sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. (Ek cümle 18.2.2009-5838/38 md.) Bu fıkra göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir.

Mahkeme kararında bu kararı eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Çünkü Mahkeme’ye göre “İtiraz konusu kurullarla öngörülen haciz yasağı Anayasa’nın 2., 5. ve 60. maddelerinin Devlete verdiği pozitif yükümlülüğün bir gereğidir.” Bu kararda görüldüğü şekliyle Mahkeme kararında pozitif ayrımcılık düzenlemesine atıfta bulunmamış ve adı geçen kanun hükmüyle sigorta hak ve sahiplerine tanınan kimi ekonomik ayrıcalıkların sosyal devlet ilkesinin bir gereği olduğu kararına varmıştır.

### **Leh ve Aleyhteki Görüşler**

Pozitif ayrımcılık kurumunun meşruluğuna ilişkin ilk dayanak, “Adalet adına pozitif ayrımcılık: denkleştiricilik ve telafi edicilik savı”dır.<sup>24</sup> Bu çerçevede pozitif ayrımcılık uygulamalarını savunan çevrelerde, bu aracın eşitliklilikle mücadelenin zorunlu bir bileşeni olduğu düşüncesi hakimdir. Buna göre, pozitif ayrımcılık ırk, etnik menşee veya cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadelenin bir aracı olarak ortaya çıktığından, en azından en başta, bu mücadelenin meşruluğu gerekçesine dayanmaktadır. Çağdaş bir toplumda farklı ırklar arasındaki adaletsizlikle mücadelenin gerekliliği tartışmasızdır. Buradan da, azınlıklara ya da kadınlara yönelik ayrımcılığın üstesinden gelme çabalarının adaletin bir gereği olduğu sonucuna varılabilir. Bu, aslında şimdiki ve geçmiş eşitsizliklerle etkin bir mücadelenin varlığını gerektiren denkleştirici adalete ilişkin bir argümandır ve sosyal devlet retoriği ile or-

21 Harvey ve Rostant, (2008), ss.913-916.

22 Robertson, (1993), s. 7.

23 6/1/2011 tarih E. 2009/19, K. 2011/4 sayılı karar.

24 Kelleough, (2006), s. 76.

tak özellikler gösterir. Bu çerçevede pozitif ayrımcılık yanlıları ayrımcılığın üstesinden gelinmiş, azınlıkların ve kadınların erkek çoğunlukla aynı fırsat eşitliğine sahip olabildiği bir toplumsal yapıyı oluşturabilmek için, bu gruplara yönelmiş ayrımcılığa karşı etkin bir mücadelelenin varlığına ihtiyaç duyulduğunu ileri sürmektedirler. Bu düşünceye göre, fırsatların yeniden dağılımı esastır. Bu nedenle, geçmişte ya da şu anda dışlanmış olanların toplumsal yaşantının her alanına dahil edilmeleri gerekir. Tarih boyunca adalete aykırı bir şekilde uygulanagelen ayrımcılık, azınlıkların ve kadınların ulaşabileceği olanakları öylesine sınırlamıştır ki pek çok kişi yalnızca ayrımcılığın ortadan kaldırılarak mevcut fırsatların eşit dağıtılmasının yeterli olmayacağını, o ana kadarki kayıplar için bir tür telafinin de adaletin gereği olduğunu ileri sürmektedir.

Bu durum, iki koşucunun yarıştığı ancak koşucuların birinin sırtında ağır bir yükü taşımak zorunda olduğu yarışa benzetilmektedir. Yarış başladıktan ve üzerinde yük olmayan yarışçının büyük bir farkla öne geçtikten sonra üzerine yük bindirilmiş yarışçıya bakıp “uğradığın adaletsizliğin farkına vardım, şimdi üzerindeki yükü bir tarafa bırakabilirsin” demesinin yarışı eşit hale getirdiği söylenemez. Önceki adaletsizlik için bir telafinin sağlanması gerekir. Buna benzer bir benzetme ABD’de pozitif ayrımcılık politikalarının öncülerinden Başkan Johnson tarafından dile getirilmiştir: “Yıllarca zincirlere vurulmuş birini alıp özgürleştirdikten sonra onu bir yarış çizgisine getirip ‘diğerleriyle serbestçe rekabet edebilirsin’ diyerek tamamen adil olduğunuzu gururla söyleyemezsiniz.”<sup>25</sup>

Pozitif ayrımcılığı savunanların dayandığı bir diğer argüman grubu, “faydacı savlar: çeşitliliğin değeri” başlığı altında özetlenebilir.<sup>26</sup> Burada, farklı etnik, dini ve cinsel kimliklerin oluşturduğu çeşitlilik ve zenginliğin toplumların ilerlemesinde sağlayacağı avantajlara vurgu yapılmaktadır. Söz gelimi, bir işyerinde, farklı işçilerin işe alındığı bir örgütlenme içerisinde, sonuçta, farklı hayat görüşü ve bakış açılarına sahip olan iş yerinin örgütsel yapısına farklı açılardan katkı sağlayacak kişiler olacaktır. Bu durum ırksal, etnik ve cinsiyet kimliklerinin, farklı değer ve perspektiflere yol açan farklı sosyalleşme deneyimlerine sahip olmalarının doğal bir sonucudur.

Başka bir deyişle faydacı çeşitlilik argümanı, toplumsal adaletin sağlanması yanında, dezavantajlı grupların entegrasyonu sayesinde herkesin iyiliğine

olacak toplumsal zenginlik ve çeşitliliğe işaret eder. Aynı doğrultuda örneğin etnik, ırksal ve cinsel kimlik açısından çeşitlilik gösteren yüksek öğrenim kurumlarında her bir öğrencinin edindiği eğitim( ve aslında deneyimin) kalitesini yükselteceği rahatlıkla ileri sürülebilir. Pozitif ayrımcılık yanlılarına göre, toplumun istihdam ve eğitim katmanlarında entegrasyon sağlandıkça, temel demokratik değerler de gelişmektedir. Demokrasi yalnızca siyasal süreçlerde değil, toplumun her alanında katılım ve kapsayıcılık gerektirmektedir. Demokrasi her bir bireyin ve görüşlerinin değerli olduğu kabulünü içerir. Bu bakış açısına göre, pozitif ayrımcılık da dahil olmak üzere, kapsayıcılığı artırmaya yönelik olan her türlü çaba aynı zamanda demokratik bir kültürün inşasına da hizmet edecektir. Bu nedenle, azınlık, etnik ve ırksal gruplarla kadınları dezavantajlı kılan engellemelerin kaldırılmasının demokratik bir sivil toplumun geliştirilmesinde hayati olduğunu ileri sürmek mümkündür. Devlet bürokrasisi bağlamında, entegrasyon ve kapsayıcılıkla güçlendirilmiş demokratik değerler özellikle önemlidir. Kamusal işgücü açısından ayrımcılıkla mücadele ve entegrasyonun sağlanması çabaları özel sektör için de bir örnek oluşturacaktır.<sup>27</sup>

Pozitif ayrımcılık uygulamalarının aleyhindeki görüşlere gelince ilk olarak bu uygulamaların eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülmektedir. Özellikle tercihli alım gibi radikal pozitif ayrımcılık uygulamalarına karşı ileri sürülen en yaygın karşıt görüş bu tür politikaların, toplumun temel biriminin birey olduğu ve adaletin renk (genellikle cinsiyet) körü olması gerektiği şeklindeki yaygın –ki bu tartışmaların ABD menşeli olduğu da hatırlanmalıdır- liberal eşitlikçi görüşe aykırı olduğudur. Diğer bir deyişle, gruplar değil, bireyler değerlendirilmeli ve onlar hakkındaki hükümler liyakat esasına göre verilmelidir.<sup>28</sup>

Pozitif ayrımcılık karşısındaki ikinci iddia ise bu uygulamaların “genellikle yanlış insanlara fayda sağladığıdır.”<sup>29</sup> Buradaki tartışma özünde, pozitif ayrımcılık uygulamalarıyla doldurulan çeşitli istihdam konumlarının “yanlış” bireyler tarafından işgal edildiğine ilişkindir. Sorunun iki boyutu vardır. Birincisi, pozitif ayrımcılığa dayalı tercihten yararlanan kişi, edindiği pozisyona ihtiyaç duymuyor olabilir. Bu iddiaya göre, bir kişinin sırf azınlık veya kadın diye dezavantajlı olacağı kesin değildir. Öte yandan pozitif ayrımcılık yanlıları, bu iddianın pozitif ayrımcılığın

25 Kellough, (2006), s. 77 -78

26 Kellough, (2006), s. 78.

27 Kellough, (2006), ss. 79-80.

28 Kellough, (2006), s. 83.

29 Kellough, (2006), s. 85.

maksadının yanlış yorumlanmasının sonucu olduğunu vurgulamaktadır. Pozitif ayrımcılık, bu politikadan faydalanan tek bir bireyi değil, ayrımcılığa maruz kalan gruba yardımcı olmayı hedeflemektedir. Keza, tercihli alım gibi uygulamalar belli bir bireyin seçilmesini sağlamaya yönelik olarak tasarlanmamıştır. Aksine bu tür uygulamalar, eğitim ve/veya istihdam sağlayan kurumların daha evvelden azınlıkları ve kadınları dezavantajlı kılan davranış örüntülerini değiştirmeye yönelik bir mekanizma olarak biçimlendirilmiştir.<sup>30</sup>

Tercihli alım uygulamalarının “yanlış” kişiye avantaj sağlayacağı ikinci durum, eleştirenlerin hevesle ileri sürdükleri üzere, daha düşük nitelikli bir azınlık mensubu veya kadının, daha yüksek nitelikli bir baskın etnik grup mensubu erkeğin yerine işe alındığında ortaya çıkacaktır. Buna göre, iş pozisyonlarının yalnızca en nitelikli olanlar tarafından doldurulması gerektiği, oysa pozitif ayrımcılık nedeniyle bunun olamayacağı ve böylece etkililik ve üretkenlik anlamında örgütsel bir zararın ortaya çıkacağı ya da daha az yetenekli öğrencilerin üniversitelerde öğrenim hakkına sahip olacakları savunulmaktadır. Bu nedenle pozitif ayrımcılık gerek iş gerekse eğitim yaşamında kalitenin düşmesine yol açacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamaları özetlemek gerekirse, Pozitif ayrımcılığı savunanlar, geçmişte yapılan hataların düzeltilmesi fikrine dayanmaktadırlar. Bu şekilde bireysel olaylardaki bir adaletsizlik makro düzeydeki hakkaniyeti sağlamaya yöneldiği için meşru görülebilecektir. Cinsiyet ayrımcılığının yerleşik olduğu toplumlarda, kadınlar lehine uygulanacak pozitif ayrımcılık uygulaması toplumsal adaletin sağlanması için tek çaredir.

Karşıt görüşü savunanlar ise, geçmişte yapılan hataların şimdiki nesle ödetilmesinin adil olmadığını ileri sürmektedir. Özellikle etnik ve dini açıdan bölünmüş toplumlarda azınlıklara verilen ayrıcalıklar çoğunluk nezdinde haksızlık hissi yaratmaktadır. Bu da toplumsal barışın bozulmasına neden olabilir. Son olarak iş ve eğitim alanında hak etmeyen kişilere yer verilmesinin bu alanlardaki kalitenin düşmesine yol açacağı iddia edilmektedir.<sup>31</sup>

30 Kellough, (2006), ss. 86-88.

31 Ayrica bkz, Fullinwider, (2011).

## Hukuki Çerçeve

### Uluslararası Hukuk

Uluslararası hukuk kaynaklarına bakıldığında kadınlar lehine pozitif ayrımcılık düzenlemeleriyle sıklıkla karşılaşmak mümkündür. Örneğin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nin 4. maddesinde, “Kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için Taraf Devletlerce alınacak geçici ve özel önlemlerin” eşitliğe aykırı olmadığı düzenlenmektedir. Benzer bir biçimde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 23. maddesinde “İstihdam, çalışma ve ücret de dahil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır.” ifadesi yer almaktadır.

### Karşılaştırmalı Hukuk

Pozitif ayrımcılık uygulamalarına dair öğretici bir hukuki argüman 1971 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Federal Yüksek Mahkeme’nin vermiş olduğu *Griggs v. Duke Power Co.* kararından okunabilir<sup>32</sup>: “Görünürde tarafsız olan usul, uygulama ve testler, daha önceleri gerçekleşen ayrımcı uygulamaların yarattığı statüko etkisini donduruyor ise orada eşitlikten söz edilemez.” ABD bu anlayış çerçevesinde pozitif ayrımcılık uygulamaları açısından önemli gelişmelere sahne olmuştur. ABD’de pozitif ayrımcılığa yönelik ilk adım, Başkan John F. Kennedy’nin 6 Mart 1961 tarihli 10925 sayılı başkanlık kararnamesi ile atılmıştır. Bu kararname ile kamuya memuriyet alımlarında işe başvuran herkesin ırk, dini inanç ten rengi veya etnik kökenlerine bakılmaksızın eşit muamelede bulunulması için yapıcı eylemde (“*affirmative action*”) bulunulması istenmiştir. Bu kararnameyi, Başkan Lyndon B. Johnson’un 1965 yılında çıkardığı 11246 sayılı kararnamesi takip etmiştir. Bu kararname ile, her bir devlet dairesinde eşit istihdam fırsatlarının pozitif eylem ve sürdürülebilir programlar yoluyla tam anlamıyla gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Pozitif ayrımcılığın kadınlara teşmil edilmesi 1967 yılında 11246 sayılı kararnamede yapılan değişiklikle gerçekleştirilmiştir. Adı geçen değişiklikte pozitif ayrımcılık uygulamalarına ırk, renk, din ve etnik grup yanına cinsiyet unsuru da eklenmiştir. Bu şekliyle kadınlardan -özellikle akademide- yeterince ve tam anlamıyla faydalanabilmesi için gerekli önlemlerin alınması emredilmiştir.

32 Karar metni için bkz.:<http://finduslaw.com/griggs-v-duke-power-co-1971-401-us-424-91-sct-849>. Erişim Tarihi: 01.01.2013

Kadınlar lehine pozitif ayrımcılık uygulamaları Avrupa ülkelerinde de sıklıkla gözlenmektedir. Gerçekten de Avrupa'nın geneline dair ilk gözlem, pozitif ayrımcılık uygulamalarının ırk ve etnik kökene dayalı olmaktan ziyade cinsiyete bağlı bir biçimde yani kadınlar lehine gerçekleşmekte olduğudur. Özellikle İskandinav ülkeleri bu tür düzenlemelerde başı çekmektedir. Örneğin Norveç Limited Şirketler Kanunu şirket yönetim kurulunda kadın ve erkeklerin en az %40'ar oranlarında temsil edilmesi gerektiğini düzenlemektedir (md. 6-11a). Yine Norveç'te siyasi partiler, -tam bir mutabakatla- seçimlerde aday listesinin "önemli bir yüzdesinin" kadın olacağı hususunda anlaşmışlardır. İsveç'te 1991 yılında yürürlüğe giren Eşit Fırsatlar Kanunu ise kadın erkek arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanmasının gerektiği hallerde, daha düşük nitelikli olmasına rağmen kadınlara öncelik tanınmasına izin vermektedir.<sup>33</sup>

Benzer gözlemi Fransa için de yapmak mümkündür. Bu çerçevede, belki de en çok göze çarpan gelişim, 6 haziran 2000 tarih ve 2000-493 sayılı Kadın ve Erkeklerle Seçimlere Katılma ve Seçimle Geline Kamusal Görevlerine Girişte Eşitlik Sağlamaya Yönelik Kanun'un yürürlüğe girmesidir. Bu kanun siyasi partilere, parlamento seçimlerinde milletvekili adaylarının en az yarısını kadınlar arasından gösterme zorunluluğu başta olmak üzere, kadınların siyasi yaşamdaki etkinliğini arttırmaya yönelik çeşitli yasal düzenlemeler içermektedir.<sup>34</sup>

Harvey ve Rostant, Birleşik Krallık'taki şu uygulamaları pozitif eylem (pozitif ayrımcılığın zayıf versiyonu) olarak tanımlamaktadır: 1995 tarihli Engelli Ayrımcılık Kanunu işverenlere özürsüz çalışanlarının çalışma hayatını kolaylaştıracak fiziksel koşulların düzeltilmesi gibi önlemleri alma yükümlülüğü getirmektedir. Bundan başka yine bir diğer kanun işverenlere dezavantajlı gruplara başvuruları için özendirici iş ilanları vermesi olanağını sağlamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta bu yasaların işverenlere böyle bir ilan verme mecburiyeti yüklenmediği gibi, bir ilana dayanarak başvuran dezavantajlı grupları iş alma yükümlülüğü de getirmemesidir. Kısaca adı geçen kanun işverenlere yönelik getirilen bir tavsiye niteliğindedir. Kadınlar özeline bakıldığında da İngiliz pozitif eylem uygulamaları diğer ülkelerdeki sosyal

devlet uygulamalarından büyük farklılık göstermektedir: İşverenlere yönelik düzenli sağlık kontrolü yapma ile ücretli hamilelik ve annelik izni verme zorunluluğu bu tür uygulamalara örnek gösterilebilir.<sup>35</sup>

Öte yandan yine İngiltere'de kamu kurumlarına yönelik getirilen bir takım yükümlülüklerin, bu temenni niteliğindeki düzenlemelerin bir adım ilerisine gittiği gözlenmektedir. Bu çerçevede çeşitli yasa ve düzenleyici işlemler kamu kurumlarına, görevlerini yerine getirdikleri alanlarda ayrımcılığı yok etmek ve eşitliği teşvik etme görevi yüklemekte ve bu doğrultuda hükümet programları oluşturmaktadır. Yine bu bağlamda daha somut bir uygulama Kuzey İrlanda'da gözlemlenmektedir. Burada Protestan ve Katolikler arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla, Kuzey İrlanda Eşitlik Komisyonu kurulmuştur. Bölgedeki işverenlerin bu komisyona kaydolmaları zorunlu tutulmuş ve mevcut işçilerinin (etnik) niteliğine dair yıllık rapor sunmaları mecburiyeti getirilmiştir. İşverenlerin iki etnik grubun iş yaşamında eşit bir şekilde yer almaları ve temsil edilebilmeleri için Eşitlik Komisyonu'nun işverenlere ilettiği önlemleri yerine getirme zorunluluğu bulunmaktadır.

Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde yukarıda kavram başlığı altında bahsi geçen pozitif eylem tipi anayasal önlemlere rastlanırken gerçek anlamda pozitif ayrımcılığa ilişkin açık bir anayasa hükmü yer almamaktadır. Bu çerçevede şu örnekler sayılabilir: Çocuk ve küçüklerin iş yerinde korunması ve onlara mesleki eğitim almalarında kolaylık sağlanması (Çek Cumhuriyeti Temel Hak ve Özgürlükler Şartı, madde 29), kadınların iş yerinde korunması (Ukrayna Anayasası, madde 24), hamile kadınlara yönelik sağlanan özel koruma yöntemleri (Macaristan Anayasası, madde 66), annelere yönelik koruma yöntemleri (Bulgaristan Anayasası, madde 47). Sadurski'ye göre bu düzenlemeler, pozitif ayrımcılık yapma yetkisi verecek bir biçimde kaleme alınmamıştır. Çünkü pozitif ayrımcılık yukarıdaki sosyal devlet uygulamalarından farklı olarak dezavantajlı olan bir gruba "bilinçli bir şekilde tercihli muamelede bulunulmasını öngören uygulamalar" içerir.<sup>36</sup> Aynı doğrultuda, ekonomik açıdan düşük gelir grubunda olan sosyal grupların, diğer gruplara nazaran mali yükümlülüklerde kimi ayrıcalıklara sahip olmaları tipik bir pozitif ayrımcılık olarak tanımlanmamaktadır.<sup>37</sup>

33 Bhagwat, (2009), s.114

34 Mossuz-Lavau, (2001); Kanun metni için bkz: (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629480&dateTexte=vig>). Erişim Tarihi: 01.05.2012

35 Harvey ve Rostant, (2008), s. 914.

36 Sadurski, (2005) s.204. Vurgu bize ait.

37 Fullinwider, (2011).

Sadurski’ye göre “komünizm sonrası Doğu ve Orta Avrupa’da ‘anti feminizm’ gözle görülür bir biçimde hissedilmektedir”. Kadınlar buralarda tarih boyunca çeşitli açılardan ayrımcılığa maruz kalmışlardır. Bu tür ayrımcılık en çok da iş yaşamında kendisini göstermektedir. Örneğin yüksek yönetim kademelerinde kadınların sayısı erkeklere oranla oldukça düşüktür. Yine aynı işi yapan kadınların erkeklere göre daha az ücret aldığı ileri sürülmektedir. Polonya’da kadınlar erkeklerin maaşının % 75’i Çek Cumhuriyeti’nde % 70’i kadar ücret almaktadır. Buna ek olarak kadınlar işe alınırken hamilelik testi istenmek gibi incitici ve ayrımcı muamelelere maruz kalmışlardır.<sup>38</sup>

Bu bağlamda kadınlar aleyhine ayrımcılık yaratan bir dizi kanun 1991 yılından itibaren Polonya Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiş; Mahkeme ilgili kanunları iptal ettiği kararlarında dolaylı olarak pozitif ayrımcılığın meşruluk temellerini de atan bir içtihat oluşturmuştur. Söz konusu kanunlar, çeşitli mesleklerdeki kadınların zorunlu emeklilik yaşlarını erkeklere göre beş yıl daha erken olacak şekilde düzenlemekteydi. Anayasa Mahkemesi ilgili kanunların anayasaya uygun olduğunu savunan Polonya Yüksek Mahkemesi’nin benimsediği emeklilik haklarına erken ulaşmalarından bahisle, kadınlar için ön görülen erken zorunlu emeklilik yaşının, kadınlar lehine bir düzenleme olduğu görüşüne katılmamıştır.<sup>39</sup>

Polonya Anayasa Mahkemesi’ne göre, eşitlik ilkesinden sapan uygulamalar kadın ve erkekler arasındaki sosyal eşitliği sağlamak amacına yöneliyorsa meşru görülebilir. Kadın ve erkekler; kadınların erkeklerle aynı konuma sahip olmalarını sağlayacak olan sosyal adalet ilkesine dayanılarak farklı yasal statüye tabi tutulabilir. Kısaca Mahkeme, pozitif ayrımcılık uygulamalarının anayasal açıdan meşruluğunu hiç şüpheye yer vermeyecek bir şekilde ifade etmiştir. Gerçekten de Mahkeme’ye göre “Sosyal gerçeklikte kural olarak kadınların erkeklere nazaran daha zayıf bir konumda olduğu düşünüldüğünde, kadınlar lehine geliştirilen bir takım uygulamalar, anayasal açıdan meşru görülebilir. Çünkü bu tür araçlar kadın erkek eşitliğini *de facto* sağlamaktadır”. Hatta Anayasa Mahkemesi bu konuda bir adım daha ileri giderek kadınlar lehine mali tazmin ayrıcalıklarını sağlayacak yasal düzenlemeleri gerçekleştirmenin yasama organının bir görevi olduğunu ileri sürmüştür. Öte yandan aynı ayrıcalıklar erkekler lehine düşünülemez. Çünkü “gü-

nümüz Polonya’sında erkeklerin toplum içinde daha zayıf bir grubun mensubu olduğunu ileri sürmek mümkün değildir Anayasa Mahkemesi bu gerekçelere dayanarak, kadınlar lehine erken emekliliğe dair mali hakların daha erken verilmesinin bedelinin erkeklere göre daha genç yaşta zorunlu emekli edilerek iş yaşamından çekilmek zorunda bırakılmak suretiyle ödetilmesini anayasaya aykırı bulmuştur.<sup>40</sup>

Macaristan Anayasa Mahkemesi ise zorunlu askerlik hizmetinin sadece erkekler için ön gören kanunu eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Çünkü Mahkeme’ye göre kadınların askerlik hizmetinden muaf tutulmaları bir nevi “pozitif ayrımcılık”tır.<sup>41</sup> Macaristan Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu başka bir kararında pozitif ayrımcılığı meşru gösterecek şu ifadelerle yer vermektedir: “Ayrımcılığın yasaklanmış olması sosyal eşitliğin sağlanmasına yönelik gerçekleştirilen kimi ayrımcılık uygulamalarının yasaklandığı anlamına gelmez”.

Avrupa Birliği hukuku kadınlar lehine pozitif ayrımcılık uygulamalarına izin vermekle birlikte bu yönde açık bir yetkilendirmede bulunmamaktadır. Konuyla ilgili eskiden beri yürürlükte olan yasal düzenlemeler iş yaşamında kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olagelmıştır. AB hukuku ulusal düzeyde, kadınların iş bulma ve mesleki kariyerlerinde ilerleme noktasında avantaj sağlayıcı önlemler alınmasına izin vermektedir. Bu tür düzenlemeler, “uygulamada tam eşitliği” ve kadın-erkek fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik yöntemler olarak ele alınmaktadır.<sup>42</sup>

Bu tür düzenlemelere rağmen Almanya ve İsveç’te okul ve üniversitelere girişte ve kimi devlet kadrolarına atanmada kadınlar lehine geliştirilen kota uygulamaları dava konusu olmuştur. Bu davalarda Avrupa Adalet Divanı, kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık uygulamalarının “katı bir şekilde” uygulanmadığı sürece AB hukukuna uygun olduğu kararına varmıştır.<sup>43</sup> Benzer bir şekilde *Norveç Oslo Üniversitesi*’nde bazı akademik kadroların münhasıran kadınlara tahsis edilmesi, EFTA Mahkemesi önünde dava konusu olmuştur.<sup>44</sup> Bu davada EFTA Mahkemesi söz konusu uygulamanın EFTA sözleşmesinin “kadın erkek eşitliği ile ilgili hükmünü ihlal ettiği kararına varmıştır. Kararda cinsiyete bağlı tercihli uygulamaların temelde eşitlik ilkesine aykırı olmadığı belirtilmiş

40 Sadurski (2005), s. 201.

41 Sadurski (2005), s. 201.

42 Harvey ve Rostant, (2008), s. 916.

43 Harvey ve Rostant, (2008), s. 917.

44 EFTA Surveillance Authority v. Norway (2003) 1 C.M.L.R 23.

38 Sadurski, (2005), ss. 199-200.

39 Sadurski, (2005), ss. 199-200.

ama Norveç'teki programın katılımının erkek başvurularını adı geçen iş için tamamen devre dışı bırakmasının kabul edilemez olduğu kararına varılmıştır. EFTA Mahkemesi bu kota uygulamalarına olan karşıt tutumu ile kota uygulamalarını eşitlik ilkesine aykırı bulan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kararları ile benzerlik göstermektedir.<sup>45</sup>

Güney Afrika'ya bakıldığında eşitliğe ilişkin anayasal düzenleme (Güney Afrika Anayasası Md. 9) herkesin kanun önünde eşit olduğunu hatırlattıktan sonra ikinci fıkrada pozitif ayrımcılık kurumunun anayasal temelini atmaktadır: "Eşitlik bütün hak ve özgürlüklerden tam ve eşit bir şekilde faydalanabilmek anlamına gelir. Eşitliğin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, adil olmayan ayrımcılıklara maruz kaldıkları için dezavantajlı durumda olan insanları veya insan gruplarını korumak ve onları geliştirmek için yasal ve diğer önlemler alınabilir". Bununla bağlantılı olarak 9. maddenin 5. fıkrası da "adil" bir amaca yönelmesi şartıyla ayrımcılık uygulamalarına izin vermektedir.

Güney Afrika pozitif ayrımcılık uygulamaları, toplumların tarihsel hatalarını telafi edici önlemler olmasına vurgu yapılan önemli örneklerdendir ("*Restitutory Measures*"). Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Yargıci Ackermann'a göre pozitif ayrımcılık uygulamaları Anayasa'nın eşitlik ilkesinden bir sapma veya onu ihlal eden uygulamalar değildir. Bu çerçevede örneğin 1998 tarihli *Employment Equity Act*, elli ve daha fazla sayıda işçi çalıştıran iş yerlerinde siyahlar, kadınlar ve özürülülerin "hakkaniyete uygun bir biçimde" temsil edilmelerini mecbur tutmaktadır. Bu tür uygulamalar, Ackermann'ın yorumladığı şekliyle, "tersine ayrımcılık" veya "pozitif ayrımcılık" olarak bile adlandırılmamalıdır. Bunlar, eşitlik ilkesinin korunabilmesi için anayasal sistemin ayrılmaz bir parçasıdır. Başka bir deyişle Anayasa'nın 9. maddesinin 1 ve 2. fıkraları birbirlerini tamamlayıcı düzenlemelerdir ve (Anayasa md. 9/2'ye atıfla) "bütün haklardan tam ve eşit olarak faydalanılması"nın gerçekleştirilmesi için eşit öneme sahiptirler. Kısaca Ackermann'a göre, 9. maddenin aksi bir biçimde yorumlanması Anayasa'nın temelini teşkil eden eşitlik ilkesine ve onun ruhundan kaynaklanan sosyal adalet amaçlarına aykırılık teşkil edecektir. Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 9. maddesinin 1 ve 2. fıkraları karşılıklı olarak birbirini desteklemektedir; biri olmadan diğeri düşünülemez.<sup>46</sup> Bu açıklamalardan, Güney

Afrika'da pozitif ayrımcılık bağlamında kota gibi en radikal örneklerin bile eşitlik ilkesi çerçevesinde meşru görülebileceği anlaşılmaktadır.

Benzer biçimde Hindistan Anayasası, kamu sektöründe ve eğitimde "toplumun geri kalmış sınıfları" lehine kota sistemi uygulanmasına izin vermektedir. Hint örneğindeki pozitif ayrımcılık, geleneksel kastaşmanın toplumda yarattığı eşitsizliği gidermeye yöneliktir. Hindistan Yüksek Mahkemesi 1951 yılında verdiği bir kararında, eski "*untouchables*" (kast sisteminin de dışında kalan toplumsal düzeydeki en alt tabaka) lehine geliştirilen tercihli istihdam programlarını anayasaya aykırı bulmuştur. Bunun üzerine Hint Anayasası'na (md. 16/4) bu doğrultuda açık bir hükmün getirilmesi gereği doğmuştur. Adı geçen düzenleme şu şekildedir: "Bu maddedeki düzenleme, kimi atama ve kadroların devletin gözünde kamu hizmetlerinde yeterince temsil edilmediği düşünülen geri kalmış sınıfların kullanımına ayrılmasını engelleyecek bir şekilde yorumlanamaz".

#### **Türkiye'nin Kadın-Erkek Eşitliği Sorunu ve Pozitif Ayrımcılığın İlk Adımları**

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı şekliyle, pozitif ayrımcılığa ilişkin tartışmalar iş ve eğitim yaşamında dezavantajlı konumdaki bireyler lehine ayrıcalık tanınmasının eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı hususu etrafında düğümlenmektedir. ABD başta olmak üzere bir çok ülke, amaçsal bir yorum geliştirmiş, kadınları iş ve eğitim yaşamında kayıran bir takım yasal düzenlemeleri anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Bu çerçevede yukarıda belirtildiği gibi, Türk Anayasa Hukuku doktrininde şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki tip eşitlikten bahsetmek mümkündür.

Şekli eşitlik kavramı kendine has özellikler gösteren insan gruplarına farklı bir biçimde muamele etme fikrini dışlarken, maddi anlamda eşitlik ise bu tür bir uygulamaya izin verir niteliktedir. Şu da ifade edilmeli ki, Anayasa Mahkemesi de maddi anlamda eşitlik ilkesini benimsemektedir.<sup>47</sup> Buna rağmen doktrinde 1982 Anayasasının şekli eşitliği öngördüğünü savunan karşıt görüşler de bulunmaktadır.<sup>48</sup> Bu durum karşısında pozitif ayrımcılığın hukuksal temellerinin sağlam olması arzu ediliyorsa, bu doğrultuda anayasada *expressis verbis* bir düzenlemenin yer alması en makul çözüm gibi görünmektedir. Türkiyede de bu yöntem benimsenmiştir.

45 Bhagwat, (2009), ss.114-115.

46 Bhagwat, (2009), s.106.

47 Özbudun, (2010), s.151.

48 Gözler, (2011), s.99.

1982 Anayasası’nın eşitliğe ilişkin 10. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Anayasa’nın 10. maddesinde 22.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunla yapılan değişiklikle şu fıkra eklenmiştir: “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür”. Görüldüğü üzere bu düzenleme, oldukça temkinli ve çekingen bir dille yazılmıştır. Bu çerçevede kadınların sosyo-ekonomik durumlarının iyileştirilmesi yönünde önemli bir anlayış dönüşümünün gerçekleştiği ileri sürülse de, adı geçen anayasal düzenlemenin muğlak dili, pozitif ayrımcılığın 1982 Anayasasına “budanarak girdiği” şeklindeki eleştirilerin hedefi olmuştur.<sup>49</sup>

2004 Anayasa değişikliği sürecinde Cumhuriyet Halk Partisi’nin(CHP) teklife getirdiği önergesi şu şekildedir.<sup>50</sup>: “Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Devlet, cinsler arası eşitliğin fiilen yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla alınacak geçici özel önlemler ve yapılacak düzenlemeler ayırım ve imtiyaz sayılmaz.” CHP milletvekili Güldal Okuducu bu değişikliğin gerekçelerini şu sözlerle açıklamıştır.

Bu önerme, bugün burada vücut bulmazsa, eğer, toplumun yarısının yaşadığı o derin adaletsizliği ortadan kaldıracak bir yaklaşımı biz sergileyemeysek, yarınlarda, Parlamentomuzda kadınların siyasal temsilini sağlayacak olan yasal düzenlemeler söz konusu olduğunda bir yığın tartışma, bir yığın keyfiyet ve sonu hayır, cevabı hayır olan değerlendirmelerle karşı karşıya kalacağız. CEDAW Anlaşmasına göre, iç hukukumuzda, kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğunu geçirmek zorundayız. Bu yetmiyor; buna, kadın ve erkek arasındaki eşitliği fiilen yaşama geçirmek görevini devlete veren bir hükmün de eklenmesi gerekiyor. Bu da yeterli değil; bunların arkasından, iç hukukumuzda bu bağlamda alınacak geçici özel önlemlerin ayrımcılık veya imtiyaz sayılmayacağına ilişkin bir hükmün yer alması gerekiyor. Hani burada bu gerekler?! Getirilen düzenlemede, Avrupa Birliği’nin ve CEDAW Anlaşmasının bizden beklediği gereklerin sadece bir kısmı gerçekleştirilmiş; ya diğerleri; bir bilmece halinde ortaya konulmuş.

Öte yandan adı geçen anayasa değişikliğinin gerekçesi düzenlemenin sahip olduğu belirsizliği bir ölçüde giderir niteliktedir. Gerekçede Avrupa Birliği Temel

Haklar Şartı’nın yukarıda geçen maddesine atıfta bulunulmuş, “yeterli ölçüde temsil edilmeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı” belirtilmiştir.

Pozitif ayrımcılık ilkesi, 2010 Anayasa değişikliğiyle güçlendirilmiş ve kapsamı genişletilmiştir. Anayasa’nın cinsler arası eşitliğe ilişkin ikinci fıkrasına “bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” cümlesi eklenerek, kadınlar lehine pozitif ayrımcılık kuralı güçlendirilmiş; “çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” yolunda bir fıkranın eklenmesi suretiyle de pozitif ayrımcılık ilkesinin kapsamı genişletilmiştir.

Acaba Anayasa Mahkemesi’nin (AYM), kadın-erkek eşitliğine olan yaklaşımı ne şekildedir? Bu açıdan ilk bakışta Mahkeme’nin ikircikli bir tavır sergilediği söylenebilir. Özellikle 1961 Anayasası dönemindeki kararlara bakıldığında bu tavır rahatlıkla gözlenebilmektedir. Örneğin Mahkeme, 1631 Sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu’nda yer alan yer alan “kadınların aleni duruşmada bulunmalarının yasaklanmasına” (md. 165/1) ilişkin düzenlemeyi oybirliği ile iptal etmiştir. Ne var ki bu olumlu gelişimin ardından 1967 yılında verilen bir dizi karar Mahkeme’nin cinsel özgürlük açısından kadın-erkek eşitliği konusunda ürkek bir sessizlik içinde kalmış olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu süreçte Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) zina suçunu düzenleyen 440 ve 441. maddeleri tartışılmış ve kadın ve erkeğin zina suçunu işlemiş sayılabilmesi için farklı kriterlere tabi tutulmasının eşitliğe aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşler karşısında TCK’nin 440. maddesinde düzenlenen “karının zinasına” ilişkin olarak karar veren AYM, bu kararında karı ve kocanın zinasına ilişkin farklılık arz eden hukuki düzenlemeleri incelemekten kaçınmış ve 441. maddenin, 440. maddeye ilişkin olarak iptal talebinde bulunan mahkemenin uygulayacağı norm olmadığına karar vererek, “kocanın zinasına” ilişkin bir karar vermemiştir. Mahkeme, kısa bir süre sonra vermiş olduğu ikinci kararında ise bu iki maddenin hukuki nitelikleri açısından farklı suç tiplerini düzenlediğini ileri sürerek bunları eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılmasını yerinde bulmamıştır. Bu iki karara bakıldığında Mahkeme’nin bir nevi kendi kendini sınırlama (“*judicial self-restraint*”) tavrı göstererek toplumsal açıdan tabu olarak nitelendirilebilecek kadın

49 İsmet Berkan “Affirmative Action” Radikal, 30.04.2004 <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalYazar&ArticleID=709400&Yazar=ISMET-BERKAN&CategoryID=97>

50 TBMM tutanakları, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 83. Birleşim, 4 Mayıs 2004.

ve erkeğin cinsel özgürlüğü meselesi ve bunun sınırları konusunda sessiz kalmayı yeğlediğini söylemek mümkündür.<sup>51</sup>

Mahkeme, aynı dönemde tartışmalı bir karara daha imza atmıştır. Mahkeme bu kararında 788 sayılı Memurların Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan "Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilebilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur" düzenlemesini eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Görüldüğü gibi Mahkeme kadınların kamuda çalışabilmeleri için ayrıca bir kanun çıkarılması gerektiğini eşitliğe aykırı bir uygulama olarak görmemiştir.<sup>52</sup> Oysa madde metninde yer alan "caiz" ifadesi bile tek başına bir ayrımcılık göstergesidir. Bundan başka madde hükmü, kadınların memuriyete girmesinin istisnai bir durum olduğu izlenimini uyandırmaktadır.<sup>53</sup>

1982 Anayasası dönemine baktığımızda, 2005 yılında verilen bir karar (daha doğrusu karar gerekçesi) oldukça dikkat çekicidir. İlgili olayda 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan "...kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi..." halinde kıdem tazminatı almasına olanak tanıyan düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülmüştür. İlk başta kadınlar lehine pozitif ayrımcılık içeren bir uygulamaya olanak verebilmesi açısından meşru görünen bu düzenlemenin-arka planı düşünüldüğünde-toplumsal cinsiyet açısından kadınları ikinci plana yerleştiren bir felsefi örüntünün parçası olduğu görülecektir. Bu bağlamda itiraz mahkemesinin görüşleri aydınlatıcı olabilir:<sup>54</sup>

*Her ne kadar, toplumsal yapımızdan ve kız ve erkek çocuklarının yetiştirilmesindeki eski ve yanlış geleneklere bağlı aile içi ve dışı eğitim sistemindeki çarpıklıklardan ve buna bağlı olarak Türk ailesinin henüz mevcudiyetini koruyan geleneksel yapısından ötürü; evlilik içerisinde, erkek eşin kadın eşine karşı baskın olması ve uygulamada, yasalar ile getirilmeye çalışılan eşitliğin sağlanamamış olması sebebi ile erkeğin kadın üzerindeki baskısının devam ettiği bir gerçek ise de; yasa koyucunun ve uygulanan yasaların temel alması gereken esasların, mevcut yanlış*

*uygulamalar olmayıp, olması gereken, doğru, hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine uygun düzenlemeler olması; yani toplumdaki yanlış uygulamaların yasalara yön vermesinin değil, yasalar ile getirilen hukuka uygun kuralların topluma yön vermesi gerektiği; aksi halde toplumdaki yanlışlık ve eksikliklerin giderilmesinin mümkün olmadığı da bir gerçektir. Yine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile evli kadın ve evli erkeğin çalışması eşit koşullara kavuşturulduğu halde; kadın işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazandığı halde, erkek işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanamamasının, erkek işçi ile kadın işçi arasında eşitsizlik yaratmakta olup, bu durum hem 4857 sayılı Yasanın Eşit Davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesi ile çelişki yarattığı gibi; hem de Anayasamızın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine, aykırıdır.*

Bu görüşlere katılmayan Anayasa Mahkemesi, adı geçen yasal düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Mahkeme'ye göre;

*Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.*

Bu ifadelerden de anlaşıldığı üzere eleştiriye açık olan nokta, Mahkeme'nin kararından ziyade karar gerekçesinde kadınlara toplum yaşamında biçtiği role ilişkindir. Yoksa kadın işçilere evlenmeleri halinde kendi istekleriyle işten ayrılmaları durumunda tazminata hak kazanmalarına olanak sağlayan ve bu şekliyle erkek işçilere oranla ayrıcalıklı bir konum sağlayan bu düzenleme salt pozitif ayrımcılık bağlamında düşünüldüğünde meşru kabul edilebilir. Ancak, yine de Mahkeme'nin benimsediği şekliyle bu düzenlemedeki meşruiyet temelini kadını iş hayatından eve döndürmeye yönelik bir teşvik aracı olarak biçimlenmesi kadın erkek eşitliği açısından en problematik noktayı teşkil etmektedir. Nitekim Fulya Kantarcıoğlu ve Zehra Ayla Perктаş'ın karşıoy yazıları bu görüşü destekler niteliktedir:

51 İlgili kararlar için bkz. (E.S:1966/30, K.S: 1967/9, K.T.: 2.3.1967, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi S.5: s. 87-89; E.: 1968/13, K.: 1968/56, K.T.: 28.11.1968, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi S.6: s. 287-289) Ayrıca, Bkz: Öden, (2003), ss. 328-330.

52 Öden, (2003), s.325-326.

53 Yücel, (2012)

54 E.S 2006/156; K.S 2008/125; Karar Günü 19.6.2008 R.G. Tarih-Sayı :26.11.2008-27066

*Bu kural kuşkusuz, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların uygulamaya geçirilmesi bakımından erkeğe göre daha geride bulunan kadının aradaki mesafeyi kapatabilmesi için getirilmiş olup, erkeğin hak kaybına uğramasının Anayasal dayanağı olarak değerlendirilemez. Pozitif ayrımcılık kadının, cinsiyeti nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacıyla yöneliktir. Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadını erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa’nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa’nın 10. maddesine aykırılık oluşturur.*

Anayasa Mahkemesi’nin 2010 yılında vermiş olduğu bir diğer kararında da pozitif ayrımcılık tartışma konusu olmuştur.<sup>55</sup> Mahkeme bu kararda altmış yaşının altındaki kadınlara altı ay veya daha az süreli hapis cezalarını konutlarında çekebilmesine olanak sağlayan kanun hükmünü Anayasa’ya aykırı görmemiştir. Bundan başka Mahkeme söz konusu yasal düzenlemenin Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesiyle ilgili olmadığı kararına varmıştır. Ne var ki itiraz konusu kanun hükmü, altı aydan az hapis cezalarına mahkum olanların cezalarını konutlarında çekebilmeleri için erkekler açısından en az altmış beş yaş şartı öngörmüşken kadınlar için böyle bir sınırlama öngörmemiştir. Dolayısıyla kararda, konunun eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılığın meşru sınırları içinde dahil olup olmadığının tartışılması beklenmektedir. Bu nedenle, düzenlemenin eşitlik ilkesi ile ilgili olmadığından bahisle 10. maddedeki pozitif ayrımcılık noktasında tartışılmamış olması bu konuda açıklık getirebilecek bir içtihat oluşturmak için gerekli olan önemli bir fırsatın kaçırılması sonucunu doğurmuştur. Öte yandan Fulya Kantarcıoğlu ve Celal Mümtaz Akıncı karşı oy yazılarında şu ifadelere yer vermiştir.

*Pozitif ayrımcılık ise kadınlara cinsiyet farklılığına karşın, erkeklerle aynı haklardan yararlanmayı talep etme hakkı vermekte, başka bir anlatımla haklardan yararlanma konusunda onları erkeklerle aynı konuma getirmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, pozitif ayrımcılığın, kadınlar yönünden erkeklerle aynı haklardan yararlanmalarının sağlanmasına yönelik olduğu, onlar için bir imtiyaza dönüşmemesi gerektiği göz ardı edilerek, pozitif ayrımcılık gerekçesiyle erkeklerin kadınlarla eşit haklardan yararlanmalarının engellenmesi Anayasa’nın 10. maddesine aykırılık oluşturur. Açıklanan nedenlerle kadın hükümlülere tanınan bir hakkın aralarında suç tipi ve hukuki durumları bakımından fark bulunmayan erkek hükümlülere de tanınmaması, cinsiyete dayalı ayrımcılık yarattığından itiraz konusu ibarenin, Anayasa’nın 10. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.*

Bu ifadelerden anlaşıldığı kadarıyla bir gün bu azınlık görüşünün benimsemesi halinde, bu çalışmada bahis konusu edilen -kota veya tercihli alım gibi- pozitif ayrımcılığın güçlü versiyonları veya radikal önlemler söz konusu olduğunda, Anayasa Mahkemesi’nin bu tür önlem ve düzenlemeleri Anayasa’ya aykırı bulması muhtemeldir. Çünkü gerek kota gerekse tercihli alım uygulamalarının kadınlar için bir “imtiyaz” olarak nitelendirileceği açıktır.

### **Mevzuat Taraması**

Yukarıda yöntem bahsinde de ifade edildiği üzere, pozitif ayrımcılığın anayasal sisteme ilk dahil olduğu 22.05.2004 tarihinden bu çalışmanın yazılmasına kadarki süre içerisinde yasa, tüzük vb. gibi herhangi bir normatif düzeyde pozitif ayrımcılığa ilişkin düzenleme yapıp yapılmadığı Resmi Gazete üzerinden taranmıştır. Bu bağlamda yaklaşık üç bin adet Resmi Gazete taranmış ve pozitif ayrımcılığa ilişkin olabileceği düşünülen düzenlemeler belirlenmiş, ardından söz konusu düzenlemeler daha ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bu tarama sonucunda öncelikle 82 ayrı düzenleme dikkat çekmektedir. Ne var ki bu düzenlemeler daha ayrıntılı bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda dört farklı kategori karşımıza çıkmaktadır. Birinci kategori aslında kadın haklarına ilişkin özel bir hüküm içermemektedir. İkinci kategori devlet teşkilatı içerisindeki çeşitli kurumlara ilişkin düzenlemelerdir. Söz gelimi Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü’nün yasası bu dönemde çıkmıştır. Keza TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu bir yasa ile kurulmuştur. Dolayısıyla kadına ilişkin bir düzenleme olmakla birlikte aslında devlet teşkilatlan-

55 E.S : 2005/86 K.S: 2010/111 K.G : 8.12.2011.

masının herhangi bir başka kurumuna ilişkin düzenlemelerden farklı değildir. Üçüncü kategori –ki hayli çok sayıda bulunduğu söylenmelidir-, üniversitelerde kurulan kadın sorunları araştırma ve uygulama merkezleridir. Bu dönemde, benzer nitelikte 37 merkez kurulduğu görülmektedir. Hemen ifade etmek gerekir ki, bu merkezlerin yönetmelikleri incelendiğinde yönetimlerinde ya da herhangi bir organlarında kadına yönelik pozitif ayrımcılık yapılacağına ilişkin hiç bir hükmün yer almadığı anlaşılmaktadır. Dördüncü kategori ise pozitif ayrımcılığı andırabilecek nitelikteki düzenlemelerdir. Bunlar doğrudan kadın haklarına ilişkin hükümler içermektedir. Ne var ki daha yakından değerlendirildiğinde, esasen pozitif ayrımcılık diye nitelendirilebilecek tek bir düzenleme olduğu söylenebilir. Zira bu kategorideki düzenlemeler, ya bu çalışmada pozitif ayrımcılıktan özenle ayrılmaya çalışılan sosyal hakları içermektedir (örneğin emzirme, süt izinleri gibi) ya kadın haklarının uygulanmasını direktif eden Başbakanlık genelgeleridir. Ya da yine yukarıda ele alınan Anayasa Mahkemesi kararlarıdır.

Pozitif ayrımcılık anlamına gelebilecek tek düzenleme ise resmi ve özel kadın konukevleri yönetmeliğinde yapılan bir değişiklikten ibarettir. 31.07.2009 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan iki ayrı yönetmelik değişikliğinde “Kuruluşta; bir yönetici, bir sosyal çalışmacı veya bir psikolog, ihtiyaca göre; çocuk gelişimcisi, avukat, tabip, hemşire, çocuk eğiticisi ile genel idare, yardımcı ve teknik hizmetler sınıfından ve **tercihen kadın olmak üzere** personel çalıştırılır.” denilmektedir. Buradaki “tercihen kadın” ifadesi, literatürde pozitif ayrımcılık olarak saptanan önlemlere benzer bir nitelik göstermektedir.

Aşağıda mevzuat taraması sonucunda dikkat çekici olarak görülen bazı düzenlemeler bir liste halinde sunulmaktadır:

- 14 Temmuz 2004 tarih 25522 sayılı Resmi Gazete’de Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayımlanmıştır. Buna göre gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçilere ilişkin alınması gereken çeşitli önlemler düzenlenmiştir.
- 09 Ağustos 2004 tarih ve 25548 sayılı Resmi Gazete’de Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından

yayımlanmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesine göre “Kadın işçiler her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz”. 8. maddeye göre “Kadın işçinin kocası da işin postalar halinde yürütüldüğü aynı veya ayrı bir işyerinde çalışıyor ise, kadın işçinin isteği üzerine, gece çalıştırılması, kocasının çalıştığı gece postasına rastlamayacak şekilde düzenlenir”. 9. maddeye göre “Kadın işçiler, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın işçiler ise doğum tarihinden başlamak üzere altı ay süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar. Emziren kadın işçilerde bu süre, ana ve çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyeri hekimi, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, Hükümet veya belediye doktoru raporuyla belgelenmesi halinde, bir yıla kadar uzatılır”.

- 06 Kasım 2004 tarih ve 25635 sayılı Resmi Gazete’de Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun yayımlanmıştır.
- 26 Mayıs 2005 tarih 25826 sayılı Resmi Gazete’de Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Bir Meclis Araştırması Komisyonu Kurulmasına İlişkin Karar yayımlanmıştır.
- 04 Temmuz 2006 tarih 26218 sayılı Resmi Gazete’de Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler ile İlgili 2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır.
- 26 Mayıs 2008 tarih ve 26887 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 20. maddesi ile 4447 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici 7. madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 7- 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınlardan; bu maddenin yürürlük tarihinden önceki altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olması şartıyla, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık dönemde

işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için; 506 sayılı Kanununun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin;

Birinci yıl için yüzde yüzü,  
İkinci yıl için yüzde sekseni,  
Üçüncü yıl için yüzde altmışı,  
Dördüncü yıl için yüzde kırkı,  
Beşinci yıl için yüzde yirmisi,  
İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır”.

- 24 Mart 2009 tarih ve 27179 sayılı Resmi Gazete’de Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu yayımlanmış ve bu adla TBMM’de bir komisyon kurulmuştur. Madde 2/2’ye göre “Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu üyeleri belirlenirken kadın milletvekilleri ile insan hakları konusunda uzman milletvekillerine öncelik tanınır”.
- 31 Temmuz 2009 tarih ve 27305 sayılı Resmi Gazete’de Özel Hukuk Tüzel Kişileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılan Kadın Konukevleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna Bağlı Kadın Konukevleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanmıştır. Yönetmeliklerde “Kuruluştaki; bir yönetici, bir sosyal çalışmacı veya bir psikolog, ihtiyaca göre; çocuk gelişimcisi, avukat, tabip, hemşire, çocuk eğitici ile genel idare, yardımcı ve teknik hizmetler sınıfından ve tercihen kadın olmak üzere personel çalıştırılır” ve “Kadın konukevlerinde ihtiyaca göre; müdür, sosyal çalışmacı, psikolog, çocuk gelişimci, hemşire, genel idare, teknik hizmetler ve yardımcı hizmetler sınıfından, tercihen kadın personel istihdam edilir” ifadelerine yer verilmiştir.
- 25 Mayıs 2010 tarih ve 27591 sayılı Resmi Gazete’de Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması ile İlgili 2010/14 Sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır. Genelgede sunulmuştur.

- 30 Kasım 2010 tarih ve 27771 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Tunus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kadının, Ailenin ve Çocukların Statülerinin Geliştirilmesi Üzerine İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun yayımlanmıştır.
- 14 Eylül 2011 tarih 28054 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Tunus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kadının, Ailenin ve Çocukların Statülerinin Geliştirilmesi Üzerine İşbirliği Protokolünün Onaylanması Hakkında Karar yayımlanmıştır.
- 29 Kasım 2011 tarih 28127 sayılı Resmi Gazete’de Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun yayımlanmıştır.
- 08 Mart 2012 tarih 28227 sayılı Mükerrer Resmi Gazete’de Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin Onaylanması Hakkında Karar yayımlanmıştır.
- 20 Mart 2012 tarih ve 28239 sayılı Resmi Gazete’de Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yayımlanmıştır.

Burada anılan düzenlemelerin üçü dışında hiç biri pozitif ayrımcılık önlemlerini içermemektedir. Yalnızca kadın konukevlerine ilişkin yönetmelikler ile Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu üyelerinin belirlenmesinde “tercihli alım”la kadınlara öncelik verileceği düzenlenmiştir. Diğer düzenlemeler çalışmanın literatür bölümünde ifade edilen gerekçelerle, sosyal devlet uygulamaları olarak kabul edilmelidir.

### Nitel Görüşme Bulguları

Çalışma kapsamında, yöntem bölümünde ifade edildiği üzere, yedi katılımcı ile 15 ilâ 45 dakika arasında süren görüşmeler yapılmıştır. Katılımcılar, siyasal aktörler, bürokratlar ve kadın örgütleri temsilcileri arasından belirlenmiştir. Görüşülen siyasal aktörler ile bürokratların kadın sorunlarının çözümü noktasında en yetkili makamlarda bulduklarını, keza buldukları kurum ya da kuruluşların görüşlerini temsil yeterlikleri bulunduğu ifade edilebilir. Görüşmelerde, raporda katılımcıların adlarının ve kurumlarının anılmayacağı kendilerine hatırlatıldığından burada katılımcılara yalnızca G1, G2, G3, G4, G5, G6 ve G7 şeklinde yer verilecektir.

- Görüşmelerin analizi sonucunda şu hususların altı çizilmesi gereği ortaya çıkmaktadır:
- Görüşmeciler kadının Türkiye'deki konumunun farkında, buna ilişkin raporlardan haberdardır.
- Genel olarak klâsik sosyal devlet uygulamaları pozitif ayrımcılığa örnek olarak sunulmaktadır.
- Görüşmecilerin pozitif ayrımcılığın güçlü ya da radikal türlerine karşı çekingen ya da muhafazakar bir tutum sergiledikleri görülmüştür.
- İçinde "kadın" geçen hemen her toplumsal soruna yönelik çözüm pozitif ayrımcılık olarak görülmektedir.
- Pozitif ayrımcılık sorunu ele alınırken, genel olarak istihdam alanı düşünülmektedir.
- Anayasa hukukundaki şekli eşitlik-maddi eşitlik ayrımı arasındaki farkın gözetilmediği gözlemlenmiştir.

**Öncelikle ifade edilmelidir ki, görüşmecilerimizin hemen hepsi, kadının Türkiye'deki konumunun farkında, buna ilişkin raporlardan haberdardır.**

*G2:* UNDP'nin her sene çıkardığı bir *Human Development* raporu var ona baktınız mı? Bir de onun *Gender Development* endeksi vardır... Öğretim üyeleri çok, akademik hayatta kadın öğretim üyeleri... Hatta AB'nin en yükseği ama mesela dekan-rektör yok. Hatta bölüm başkanı bile yok... Bakanlar, müsteşarlar... Türkiye'yi erkekler yönetiyor.

*G3:* Kısaca, özel sektörde karar alma mekanizmalarında kadınların konumu iyi ama kamuda sorun var. Üniversitede de kadın akademisyenlerin sayısı yüksek ama yönetici konumunda rektör, dekan rektör yardımcısı olan kadın sayısı çok az.

*G4:* Türkiye'de bugüne kadar iki ile kadın vali atanmıştır. İkisi de sahilidir ama Karadeniz sahili değildir bunlar. Kimse gidip de Sinop'a kadın vali atamıyor. Trabzon'a atamıyor. Burada bile naif bir tutum sergileniyor... Kadın sayısı çok fazla olan siyasi partiler var. Televizyonu 24 saat takip edin bu kadınlardan hiç çıkıp konuşmasını göreceksiniz? Hiç çıkmaz ve

konuşmazlar çıkarılmaz ve konuşturulmazlar... Türkiye'deki okul kitaplarına bakın: Anneler temizlik yapar, ütü yapar. Baba gazete okur. Oğlan çocuk oynayacak oynar, kız çocuk sofrayı kaldırır. Dört kişilik aile fotoğrafı budur... Dünya Ekonomik Forumu'nun son açıklaması var bir hafta on gün önce. Türkiye bu sene 124'e düştü. Geçen yıla göre de düştü. O rapora bakarsanız eğer, 2006'da Türkiye nerede: 105... Bu sene 2012 Eylül sonu itibarıyla 124.

*G6:* Türkiye'de gerek muhafazakar zihniyet gerekse dini ön yargıların giderek siyasi bir güce kavuşmasıyla birlikte aynı zamanda bütün bu süreci terste etkileyen politikaların da aynı hükümet aracılığıyla gündeme sokulduğu uygulandığı kuvvetle tavsiye edildiği bir dönemde meydana geliyor. Dolayısıyla anayasadan doğan kuvvet kadınlar için bizzat hükümetin sosyal politikaları kültürel yönelişleri, din siyaset ilişkilerini din lehine bükmesiyle de frenleniyor. Örneğin kadının çalışması için eşinin izninin olması zorunluluğu yasa hükmü olmaktan çıkıyor ama kadınların çalışmamasının caiz olduğuna dair bir düşünce daha bir dolaşımda... Ev kadını ana kimliği iyi eş kimliği kadının öz vasıfları olarak ortaya çıkıyor. Düşünün bu değişikliklerin olduğu zamanda kadın adının geçtiği bakanlığın adı değişti. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı oldu. Dolayısıyla birbirini çelen uygulamaları var hükümetin. Bu çelişki de bence kısmen şuradan kaynaklanıyor. Daha çok kadın hareketini duymaya el veren uluslararası ve iç siyasi ortam karardıkça bu ses işitilmez hale geliyor... Bu açıdan bakıldığında ben idarede kamu işletmelerinde, yerel yönetimlerde genel olarak pozitif ayrımcılık yapılmadığını gözlemliyorum. Özel sektörde yapılıyor mu? Kimi mesleklerde tersine negatif ayrımcılık yapılıyor yani tekstilde daha çok kadın çalıştırılıyor ki hem daha ucuz hem daha becerikli... Dolayısıyla daha iyi vasıflı iş gücünü daha ucuza almak için dolayısıyla negatif ayrımcılık yapılabilir... Çok güçlü bir direnç var. Bu dirençler, o kadar güçlü değildi bundan yirmi sene önce. Şimdi gelişmeleri görerek, bunun yarattığı yeni tehlikeleri görerek bu heteroseksist ve muhafazakar dünya yeni önlemler alıyor.

*G7:* Ayıplarınızı kim biliyor? Bütün dünya biliyor. 2012 şeyine baktınız değil mi? Ekonomi forumu açıkladı. Toplumsal cinsiyet uçurumu, adı tam böyle. Cinsiyet uçurumu raporu diyor. 136'dan 124'üncü sıradasınız. Korkmuşlar mıdır?

**Nitel görüşmelerdeki katılımcıların genel olarak klâsik sosyal devlet uygulamalarını pozitif ayrımcılığa örnek olarak sundukları görülmüştür. Yukarıda literatür incelemesinde de ifade edildiği üzere toplumda zayıf konumda bulunan (özürlü, hasta) grupları korumaya yönelik sosyal devlet önlemlerini dar anlamda pozitif ayrımcılıktan ayırmak gerekir. Buna rağmen görüşmeciler sıklıkla sosyal devlete ilişkin uygulamaları pozitif ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler şeklinde dile getirmişlerdir.**

**G1:** Anayasadaki pozitif ayrımcılık düzenlemesinin en somut örneğini kadın çalıştıran işyerlerinde kadın çalışanın sigorta priminin devlet tarafından ödenmesinde görüyoruz. (Soru: Yeni anayasal düzenleme olmasaydı bu yapılamaz mıydı?) Yapılamazdı çünkü eşit işe eşit ücret işte herkese eşit muamele görecektir, dolayısıyla bu tür uygulama mümkün olmayacaktı. Şimdi bir de istihdam dışından bir örnek vereyim. Kooperatifçilik konusunda... Kadın kooperatiflerinin kurulmasını da kolaylaştıracağız bir kanun hazırlıyoruz. Daha kolay ve işletmesini sadece kadınların yaptığı bir kooperatifçilik modeli çalışıyoruz. Bunu yapabilmemizin dayanağı da Anayasanın 10'uncu maddesi...

**G1:** Sadece istihdam alanında değil eğitim alanında da....Bakın kız çocuklarına daha çok burs veriliyor. Burs kız çocuklarının okullaşması için... Bu önlemlerle kız çocukları da erkek çocukları da yüzde yüz seviyesine geldi. Başka şeyler de yapıldı; ana kız okula haydi kızlar okula kampanyalarla desteklendi, bir yandan da mali olarak kızlar desteklendi.

**G2:** Yani sosyal devletin bir parçası tabii ki... Sosyal devlet ile pozitif ayrımcılığı bence ayıramazsınız. (Soru: Örneğin Boğaziçi'ne girmek için erkeklerden 300 puan istensin, kadınlardan 200 puan istensin; olur mu?) Yok olmaz niye öyle olsun ki? Çünkü öyle bir şey yok. Orada bir ayrımcılık yok ki, onlara da daha farklı bir şey tanınsın.

**G4:** Yani bir kadının tuvalet ihtiyacı bile çalışma ortamında erkekten daha farklı bir ihtiyaç... Bu bile göz ardı ediliyor. Şimdi siz bir çalışanın, en insani en fizyolojik ihtiyacını bile gidermediğiniz bir toplumda 10. maddeye isterseniz bu eşitlik haklarına karşı değildir yazın, isterseniz altını kalın kalemle çiziyorum deyin ne dersiniz deyin....

Öte yandan görüşmeciler arasında kadına yönelik pozitif ayrımcılığın himayeye muhtaç kesimlerle aynı maddede düzenlenmesine ısrarla karşı çıkan da olmuştur.

**GZ:** Gelelim referandum yasası addedilen maddeye. Şimdi bence o madde, dünyanın en tehlikeli, en kötü ve en tuzak maddesi, neden? Eşitlik kaldı adı, altına neler konuldu? Malul gaziler, yaşlılar, çocuklar, himayeye muhtaç ne kadar kesim varsa onun altına yerleştirildi. Sonra da çıkıldı dendi ki, işte eşitliği sağladık, bu madde -tabii onlar geçici özel önlem demiyor- neyse, olumlu ayrımcılığın yazılmasının önünü açmıştır. Şiddetle reddediyorum, bir hukukçu olarak, o yazımı bir tuzak, bir tehlike ve en önemlisi eşitliği saf dışı bırakan, kadını da korunmaya muhtaç kesimin altına oturtan bir madde olduğunu iddia ediyorum her yerde. Neden? Ben çok hatırlıyorum, çok da yakinen takip ettiğim için söylüyorum, referandum sırasında bütün partiler şey yaptılar, broşürler, kitapçıklar, bilmem neler dağıtıyorlar. AKP kitapçık hazırladı. İşte methediyor, şu madde şunu getirdi, bu madde bunu getirdi diye, hani olumlu ayrımcılık pozitif ayrımcılık diyoruz ya.. koca koca levhalar yaptılar billboardlara.. Sayfayı çeviriyorsunuz, üç beş madde geçiyor, sonuncu maddeye gelip çeviriyorsunuz, şöyle diyor: korunmaya muhtaç kesim diyor, 1. Kadınlar 2. Çocuklar 3. Yaşlılar 4. Engelliler 5. Malul gaziler.. bitti!

**Görüşmecilerin –istisnalar dışında- kota veya tercihli alım gibi pozitif ayrımcılığın güçlü ya da radikal türlerine karşı çekingen ya da muhafazakar bir tutum sergiledikleri görülmüştür. Buna ilişkin en çok dillendirilen gerekçe Türk toplumunun buna hazır olmadığı ya da bunun bu toplumda sürdürülemeyeceğine ilişkindir.**

**G3:** Ama komisyon toplantılarında şu da dile getiriliyor. Kota koymak, işvereni caydıracaktır deniliyor. Mesela toplantılarda şu da dile getirildi, “%30 şuraya buraya kota koyun”. 50 kişinin üzerine çalıştığı yerlerde kreş açılmak zorunlu kılınca işveren 49'da bırakıyor çalışan sayısını. Ne oluyor kadın istihdam edecekse bile, kadınlara karşı şey yapıyor istemiyor, vazgeçiyor. Kota diye bir sistem koymak kadınlar aleyhine olur... Tamam anladım yani Anayasanın 10. maddesi bence o düzeyi yükseltti tabii ama ona daha hazır değiliz.

Öte yandan görüşmeci özellikle kamuda radikal pozitif ayrımcılık önlemlerinin kullanılabilceğini düşünmektedir.

**G3:** Kamuda aynı durum olmaz. Ama işte bu kota meselesi, kamuda olabilir. Anayasanın 10. maddesinin gereği olur.

**G2:** Şimdi kota çok önemli ama kota aynı zamanda bence özel sektörden tut devlet sektörüne kadar iş dünyasında da kullanılmalı. Şöyle nasıl kullanılmalı...? Hani derler ya havuçla sopa gibi... Sopadan ziyade havuçla... (Soru: Şöyle bir şey olsa, üç sene boyunca rektörler kadınlardan atansın desek, o olur mu?) Olmaz o öyle bir şey olmaz ama... Yani üç sene boyunca kadın atansın olmaz.

**G1:** Daha radikal önlemler açısından aslında dünya örneklerine baktığımızda, kota kalktığında oranlar eski haline düşebiliyor. Anlatabiliyor muyum... Türkiye şu anda pozitif ayrımcılık olarak iradesini belirledi. Bu bağlamda şu anda daha insani, daha da eşitsizliği çözmeye yönünde tekrar eşitsizliğe dönme yönünde yol açmayacak uygulamalar lazım. (Soru: Bu önlemler sakıncalı mı?) Sakıncalı değil, o da bir çözüm. Ama bunun hazmedilir ve sürdürülebilir olması, tekrar eşitsizliğe dönüşünün olmaması gerekir diye düşünüyorum.

**G5:** (Soru: Norveç'te şirket yönetimlerindeki kadın kotası Türkiye'de olsa...) Çok iyi olurdu herhalde... (Soru: Benimser misiniz peki?) [...] Genel Müdürü olarak tabi ki benimserim. Ama ülkelerin gelişmişlik seviyeleri çok önemli, demokratiklik, gelişmişlik seviyeleri çok önemli, doğru orantılı... Yavaş yavaş bu... Hani derler ya, ipek kozası gibi, kanatlarını çırpması lazım. Bir yandan yasal olarak bazı şeyleri zorlarken, bir yandan da toplumun dinamiklerini, toplumun ihtiyaçlarını da dikkate almak lazım. Çok radikal önlemler aldığımız zaman, ... kadınların da buna alıştırılması lazım. ... Bu zihniyeti yavaş yavaş aşmamız lazım.

**G4:** Dünyada bazı kurumlar şu şartı getiriyor. Diyor ki Avrupa'da büyük şirketlere önümüzdeki şu kadar yılda yöneticilerinizin içerisinde işte yüzde şu kadarı kadın olacak. Bunun bugünden yarına yaparsanız bu toplumda sıkıntı yaratır.

Ancak özellikle kadın örgütlerinin taleplerini öne çıkaran görüşmeciler bu konuda bir istisna teşkil etmektedirler.

**G7:** İstihdama kadını katmak istiyorsanız, devlet politikası olarak bunu hayata geçirmek çok mümkün: Para, kadın üstündeki yükleri almak, istihdam alanında öncelik tanımak ve hatta bazı sektörler demeyeceğim ama birçok alanda örnek olmak üzere "tercihen kadındır" sözcüğünü yazdırabilmek. Kolay, yapmak istiyorsanız... [2004 Anayasa değişikliğinden sonra] Hiçbir şey olmadı, olmadı ve biz tabi hemen arkasından, çünkü talebimiz oydu, "Bu anayasa değişikliğinden sonra derhal siyasi partiler seçim yasası değişmeli. Geçici özel önlemlerden en önemlisi ve birinci adım olan kotanın siyasi partilerde seçim yasasına girmesi sağlanmalı" dedik. Tabi ki kimsenin umurunda olmadı ve herhangi bir değişiklik de yapılmadı... Benim her konuşmamda ve her yerde anlattığım bir ifade vardır: "Siyasi iktidar yapmak kararlılığında, tam olarak yapıyor. Bu kararlılıkta değil de gösteriş için yapıyorsa, 'miş' gibi oluyor".

**G6:** Bir kere bunlar teorik olarak uygulanabilir, uygulanmalı. Uygulandığı yerleri de biliyoruz fakat Türkiye'de bunun yapılmadığını ben biliyorum. Hatta tersine hükümler var. Örneğin bir kadın mühendis inisiyatifi olmuştu. Mühendis aranıyor erkek olma şartıyla...

Keza yine Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun Meclis Genel Kurulu'ndaki görüşmeleri sırasında BDP İstanbul Milletvekili Sebahat Tuncel (TBMM Görüşme tutanaklarından aynen alındığı için özel isimlerin kullanılmasında bir sakınca görülmemiştir) anayasa değişikliği olmaksızın da bir irade ile pozitif ayrımcılığın uygulanabileceğini, hatta kotanın Anayasa değişikliğine eklenebileceğini hatırlatmaktadır: "Önümüzdeki dönem açısından da en azından Anayasada değişiklik yapılmasa da buradaki siyasi parti gruplarının kadınlara kota uygulaması, pozitif ayrımcılık uygulaması önemli. Bunun için de Anayasa yapım sürecinde özellikle, kotanın, pozitif ayrımcılığın bir hak olarak Anayasada düzenlenmesi grupların da keyfiyetini ortadan kaldıracaktır diye düşünüyorum".

**Pozitif ayrımcılığa ilişkin çok dikkat çeken bir başka husus da özellikle içinde "kadın" geçen hemen her toplumsal soruna yönelik çözümün görüşmeciler nezdinde pozitif ayrımcılıkmış gibi algılanmasıdır. Öyle ki, en temel haklardan olan yaşam hakkına, vücut bütünlüğü hakkına ilişkin bir sorun olan kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin düzenleme ve önlemler bile pozitif ayrımcılık konuşulurken gündeme getirilmektedir.**

**G3:** Hatta bakın dünyada tek bir uluslararası sözleşme var; İstanbul Sözleşmesi... Kadını şiddete karşı korumaya yönelik kanunun çok eksikliği vardı. Sürekli eleştiriliyorduk, işte şiddet gören kadınlar var ve hakim-savcılar bir şey yapamıyordu. Biz kadına yönelik şiddet raporumuzda, ki biz altı ay boyunca alanında uzmanlar, hakimler-savcılar mağdurlarla sığınma evlerine giderek hazırladık bu raporu, gördük ki bu kanun yetersiz. İstanbul sözleşmesi de o esnada imzalanınca biz de İstanbul sözleşmesini –her ne kadar kabulüyle yasa haline gelse de- mevzuat haline getirmek için 6284 sayılı şiddet yasasını çıkarttık.

**Pozitif ayrımcılık sorunu ele alınırken, genel olarak istihdam alanı düşünülmekte ve kadının ekonomik bağımsızlığına vurgu yapılmaktadır.**

**G3:** Aslında kadın istihdamı konusu çok fazla çalışılan bir konu. Bütün bakanlıklar çalışmış. Bu [...] kurulmadan önce bir araştırma yaptım. Bir çok bakanlık araştırma çalışma yapmış ama biz kadın bakış açısıyla bu istihdam konusunu nasıl yapabiliriz diye eğildik.

**G5:** Şimdi kadın istihdamının arttırılmasına yönelik olarak Avrupa Birliği'nde bu oran %59-60, biz şu anda yolun yarısında. Ne yapabilirsiniz? İşte çalışan kadın istihdamının arttırılmasına yönelik olarak 1. Esnek çalışma modellerinin uygulamaya konulması 2. Kreş okulu modellerinin desteklenmesi. Artı, maaşlarından belli bir miktarın sübvansede edilmesine yönelik, sübvansede modeliyle ilgili şu anda biz çalışıyoruz Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile birlikte. Kadının çalışma yaşamında daha etkin olması ve oranın artmasına yönelik olarak çalışmalar bizim [...]mız tarafından yürütülüyor. O zaman ne olur? Belki %60 olan Avrupa Birliği'ndeki kadının işgücüne katılma oranı, biz de aynı oranlara çekebiliriz diye düşünüyoruz. Şu anda biz yoğun olarak onun üzerinde çalışıyoruz.

**Pozitif ayrımcılık söz konusu olduğunda Anayasa hukukundaki şekli eşitlik-maddi eşitlik ayrımı arasındaki farkın gözetilmediği gözlemlenmiştir.**

**G2:** İşte [ABD'de] siyahlara olan... Güney eyaletlerinde falan eşit değil hiç. Eğitim kurumlarına alınmıyor. Bizde olmadı ki böyle ayrımcılık... Orada söylenecek olan kız çocukların okula gönderilmesinin teşvik edilmesidir. Yani işte ne bileyim ben onu da yapmaya uğraşıyorlar. Daha fazla olabilir ama sınavda erkek daha fazla not aldığı halde, kız gitsin demek olmuyor bence.

Görüşmelerimiz kapsamında olmamakla birlikte siyasal karar vericilerin pozitif ayrımcılığa ilişkin söy-

lemelerinin anlaşılmasında, bu konuda görüşmeleri kapsamına alan Genel Kurul tutanakları da burada destekleyici bir bulgu olarak sunulabilir. Bu bağlamda, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun meclis görüşmelerindeki ifadeler hayli çarpıcıdır. Görüşmelerde Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) grubu adına konuşan Kırıkkale Milletvekili Ramazan Can pozitif ayrımcılığın hangi kavramsal ve zihinsel çerçeve içerisinde düzenlendiğini ortaya koymaktadır:

*Gerçekten kadının, zulmedilen, baskı altında tutulan bir insan olarak bulunması her şeyden önce temel insan haklarına aykırıdır. Fakat kadına karşı pozitif ayrımcılık uygulayalım derken kadının aile içerisindeki statüsünü zayıflatmaya, dolayısıyla aileyi zayıflatmaya sebep olacak şeylerden de kaçınmalıyız. Unutulmamalı ki her kadın aslında bir aile bireyidir. Kadının birey olarak hakkı elbette önemlidir fakat ailenin dağılması daha önemlidir. Kadına pozitif ayrımcılık tanınması durumundaki bütün hâllerde ailenin hukukunu muhafaza etmek şartıyla bir anlam ifade eder çünkü biz eğer kadını koruyorsak insanı koruyoruz, oysa insanı korumanın birinci önceliği aileyi sağlıklı olarak muhafaza etmektir. Pozitif ayrımcılık uygulamaları boşanmayı kolaylaştıracak, ailenin çabucak dağılmasına sebep olacak uygulamalara dönüştürülmemelidir, bir denge gözetilmesi, tercih yapılması, birey olarak kadının haklarıyla birlikte ailenin hakları ve hukuku muhafaza edilmelidir diye düşünüyorum. 'Erkeğin otoritesini, egemenliğini kıralım' derken feminizme de davetiye çıkarmamak gerekir.*

Bu ifadelerin pozitif ayrımcılık kurumunu gerek anayasal düzeyde gerekse alt mevzuat ve uygulama düzeyinde getirme konumunda bulunan siyasi çoğunluğu temsil eden bir milletvekili tarafından dile getirilmesi anlamlıdır. Çünkü bu ifadeler; özü itibarıyla kadın-erkek eşitliğini her düzeyde sağlamayı amaçlayan feminist teorinin kaçınılması gereken zararlı bir olgu olarak görüldüğü düşüncesini uyandırmaktadır.

**Nicel Tekniğin Uygulanması Sonucu Elde Edilen Bulgular**

Çalışmanın son aşamasında, özellikle istihdam alanındaki karar vericilerin yani işverenlerin öncelikle kadın istihdamı ama özellikle pozitif ayrımcılık konusundaki bilgi, algı, tutum ve yaklaşımlarını ortaya çıkarmaya yönelik olarak bir anket hazırlanmış ve Eskişehir Sanayi Odası üyelerine yukarıda yöntem kısmında ifade edilen çerçevede uygulanmıştır.

Eskişehir Sanayi Odası üyelerine uygulanıp analize dahil edilen 86 ankette şu sonuçlar elde edilmiştir:

Eskişehir sanayi odası üyeleri toplam 21 sektörde faaliyet göstermektedir. Tablo 1'den görüleceği üzere ankete 19 sektörden firmanın katılımı sağlanmıştır. Bazı sektörlerde odanın genelindeki oranlara uygun katılım sağlanmışken bazı sektörlerde bunu sağlamak mümkün olmamıştır. Zira bazı sektörlerde çalışan firmaların merkezleri Organize Sanayi Bölgesi'nde yer almamaktadır. Söz gelimi maden-taşocağı sektöründe umulandan az katılım sağlanmasının gerekçesi budur.

Değerlendirmede göz önüne alınması gereken bir başka husus da bazı şirketlerin birden fazla sayıda sektörde farklı markalar altında faaliyet göstermeleri

ve bazı firmaların şubelerinin de ayrıca odaya kayıtlı bulunmasıdır. Böylece anketör bir işyerine girdiğinde aslında, odaya kayıtlı birden fazla firmaya ulaşmış olma olasılığı yüksektir. Bu durumda, firmanın faaliyetinin yoğunlaştığı alan esas alındığından, yine odanın gerçek oranlarından farklı oranlara ulaşılmış olması normaldir.

Anketler sırasında bir kaç istisna dışında, işverenlerin kendilerine ulaşma imkanı söz konusu olmamıştır. Ancak insan kaynakları müdürü ya da personelden sorumlu yetkili gibi, istihdam konusunda firmada söz sahibi olan kişilerle görüşülmüştür.

**Tablo 1. Faaliyet Gösterilen Sektör**

	Sıklık	Oran
Maden-taşocağı	1	1.2
Gıda imalat	7	8.1
Un-Unlu ürünler-yem	3	3.5
Tekstil	2	2.3
Ağaç-büro mobilyaları	2	2.3
Ev mobilyaları	4	4.7
Kağıt-mukavva-ambalaj-basım	5	5.8
Kimyasal-plastik ambalaj-kauçuk	7	8.1
Plastik	7	8.1
Cam seramik	4	4.7
Pişmiş kil	1	1.2
Ana meta	8	9.3
Metal eşya	4	4.7
Makina aksam	1	1.2
Elektrikli makina-ev aletleri	9	10.5
Elektriksiz ev gereci-ısı	4	4.7
Makina imalat	7	8.1
Motorlu taşıt aracı	4	4.7
Bina-inşaat	6	7.0
Toplam	86	100.0

Anketimize katılanların %53,5'i kadındır. Yukarıda ifade edilen gerekçe ile bu durum işverenlerin kadın olduğu anlamına gelmez. Ancak insan kaynakları ya da ilgili departmanlarda çalışan yetkililerin yarından fazlasının kadın olduğu anlamına gelir.

Ankete katılan firmaların %97,7'sinde kadın çalışan bulunmaktadır. Ancak bu çalışanların bir kısmının firmanın faaliyet gösterdiği iş alanında çalışmaktan ziyade büro işi ya da temizlik-çay ocağı vb. gibi yan işlerde istihdam edildiğini de belirtmek gerekir.

Firmaların çalışan sayısı 6 ile 600 arasında değişkenlik göstermektedir. Ankete katılan firmalarda ortalama istihdam 91 olarak gerçekleşmiştir. Kadın çalışan sayısı ise 0 ile 265 arasında değişkenlik göstermektedir. Kadın çalışan ortalaması 23 olarak gerçekleşmektedir. Bu da ortalamalar açısından %25'lik bir orana işaret etmektedir.

Ankette mevcut istihdam teşvikine ilişkin iki soru sorulmuştur. Bunlardan ilki firmaların teşvikten haberdar olup olmadıklarına; ikincisi ise teşvikin yeterince

özendirici olup olmadığına ilişkindir. Katılımcılar %60,5 oranında teşvikten haberdar olduklarını ifade etmişlerse de, teşvikin özendirici olduğunu söyleyenlerin oranı yalnızca %16,3’tür. Öte yandan teşvikin özendirici olup olmadığı konusunda fikir bildirmeyen %65,1’lik bir grup da bulunmaktadır. Dolayısıyla her

ne kadar teşvikten haberdar olma oranı yüksek gibi görünüyorsa da, teşvikin ayrıntıları konusunda bilgi sahibi olanların sayısının az olduğu anlaşılmaktadır.

Ardından çeşitli teşvik türleri sayılmak suretiyle katılımcıların anılan teşviki özendirici bulup bulmadıklarını 1’den 5’e kadar derecelendirmeleri istenmiştir.

**Tablo 2. Teşvik Türlerinin Özendiriciliğine İlişkin Derecelendirme**

	N	Ortalama
Kadın çalışanın maaşının devlet tarafından ödenmesi	86	4.24
Vergi indirimi uygulanması	86	4.07
Hibe verilmesi	86	4.03
Kredi olanağı tanınması	86	3.60
İhalede önkoşul olması	86	2.98

Tablo 2’den takip edilebileceği üzere kadın çalışanların maaşlarının devlet tarafından ödenmesi şeklinde bir teşvik 5 üzerinden 4,24 ile en yüksek ortalama sahiptir. Firmaların kamu ihalelerine katılabilmeleri için belli sayıda kadın çalıştırma zorunluluğu getirilmesi ise en az özendirici yöntem gibi görünmektedir. İhaleye katılıma ilişkin bu sonuçta iki nedenin etken olduğu düşünülmektedir. Birincisi diğerlerinin aksine kadın çalışan sayısının ihale önkoşulu olması ödül tarafı ağır basan bir yöntem değil, aksine kaynakla-

ra erişimi zorlaştırıcı bir tür “ceza”dır ve katılımcılar sezgisel de olsa bunun farkındadırlar. İkincisi, katılımcıların büyük bir kısmının zaten kamu ihalelerine katılmamasıdır. Dolayısıyla bunu bir teşvik olarak algılamamaktadırlar.

Katılımcıların kadın istihdamına yönelik eğilimlerini belirlemek üzere çeşitli ifadeler verilmiş ve bu ifadelere katılım düzeylerini 1’den 5’e kadar derecelendirmeleri istenmiştir. Ortaya çıkan sonuç toplu şekilde şu şekildedir:

**Tablo 3. Kadın İstihdamına İlişkin Tutum**

	N	Ortalama
Kadın kotası zorunlu olsun.	86	3.73
Kadınlar kayıtdışı çalışmaya uygun.	86	2.48
Kadınlar disiplinli.	86	3.56
İşimiz kadın istihdamına uygun değil.	86	3.03
Kadınlar daha düşük ücretlere razı.	86	3.03
Gebelik ve evlilikte işi bırakırlar.	86	2.76
Kadın kotasından kaçınıyorum.	86	2.08
Kadınların çalışmasını doğru bulmuyorum.	86	1.27

Katılımcıların kadın istihdamına ilişkin olumsuz bir tutuma sahip olmadıkları “Kadınların çalışmasını doğru bulmuyorum” seçeneğinin ortalamasının 1,27 olmasından anlaşılmaktadır. Keza kadın kotasının zorunlu olması da ortalama 3,73 gibi yüksek sayılabilecek bir değere ulaşmış, kadın kotasından kaçına-

cağını ifade edenlerin ortalaması 2,08’de kalmıştır. Şunu da ifade etmek gerekir ki, kadın kotası zorunlu olsun sorusuna verilen yanıtlar katılımcının cinsiyetine göre anlamlı bir farklılık göstermektedir. Kadın katılımcıların bu konuda daha duyarlı olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır.

Öte yandan diğer ifadelere katılımın yüksekliği bu tutuma yol açan etkenlerin, yalnızca kadın-erkek eşitliği konusunda pozitif bir yaklaşımın sonucu olmayabileceğini izlenimini uyandırmaktadır. Zira literatürde işverenlerin kadın istihdamına olumlu yaklaşmasının nedenleri arasında kadınların daha düşük ücretlerle, zaman zaman kayıtdışı olarak ve daha disiplinli ya da sabırlı çalışmaları sayılmaktadır.<sup>56</sup> Nitekim araştırmamızda bu ifadelere katılım oranı yüksek gerçekleşmiştir. Ayrıca yapılan işin niteliğinin kadın istihdamına uygun olmadığını ifade edenlerin ortalaması da 3,03 olarak gerçekleşmiştir. Bu da kadın işi-erkek işi ayrımının geçerliliğini koruduğunu göstermektedir. Nitekim ki-kare testi sonucunda da, “faaliyet gösterilen sektör” ile “işimiz kadın istihdamına uygun değil” işaretlemeleri arasında anlamlı bir ilişki bulunmuştur. Keza “faaliyet gösterilen sektör” ile “firmadaki kadın çalışan sayısı” arasında da anlamlı bir ilişki bulunmuştur.

Benzer bir değerlendirmeye “kadın kotası zorunlu olsun” ile “işimiz kadın istihdamına uygun değil” sorularına verilen yanıtlar aracılığıyla da ulaşmak mümkündür. Bu iki ifadeye verilen yanıtlar arasında negatif yönlü bir korelasyon söz konusudur. Buna göre, faaliyet gösterilen sektörün kadın istihdamına uygun olmadığı yönündeki ifadeye katılım arttıkça, kadın kotasının zorunlu olmasına ilişkin ifadeye katılım azalmaktadır.

Dolayısıyla kadın istihdamı ile sektör arasında bir ilişki olduğu açıktır. Dolayısıyla kadın istihdamına yönelik her türlü önlemin sektörel farklar göz önünde bulundurularak alınması gerektiği de açıktır.

## Sonuç

Bu çalışmanın sonucuna ulaşırken ilk dikkat edilmesi gereken dar anlamda pozitif ayrımcılık yani pozitif ayrımcılığın güçlü versiyonları veya radikal önlemler ile geniş anlamda pozitif ayrımcılık yani pozitif ayrımcılığın zayıf versiyonlarını birbirinden ayırt etmenin gerekliliğidir. Zira bize göre bu ikinci tür uygulamalar daha çok sosyal devletin dezavantajlı grupları koruma çerçevesinde yükümlü olduğu “olumlu edim yükümünün” bir parçasını teşkil etmektedir.

Öte yandan, gerçekten de dar anlamda pozitif ayrımcılık ile sosyal devlet uygulamalarını ayırt edebilecek objektif kriterlerden söz edebilir miyiz? Bu soruya kesin bir yanıt verememekle birlikte, dört farklı kriter çerçevesinde yaklaşılabilirliğini ileri sürüyoruz.

İlk olarak dar anlamda pozitif ayrımcılıktan bahsedebilmek için bir uygulamanın kadın-erkek eşitliğini kadınlar lehine bozup bozmadığına ve kadınlara imtiyaz sağlayıp sağlamadığına bakmak gerekir. Hiç şüphesiz bu kriterin kadınların geçmişte uğradığı ayrımcılık ile mevcut dezavantajlı konumundan dolayı erkeklerden intikam alınması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Öte yandan klasik sosyal devlet ile dar anlamda pozitif ayrımcılık uygulamaları arasındaki sınırın belirlenmesinde bu kriter önem arz etmektedir. Çünkü ilk durumda devletin, güçsüz konumda bulunanlara kendi ekonomik imkanları ölçüsünde yaptığı yardımlara vurgu yapılmaktadır. Kadınlara yönelik vergi muafiyetleri, düşük faizli kredi ve/veya hibeler, sadece kız öğrencilere yönelik eğitim bursları gibi uygulamalar da devletin herkese asgari hayat seviyesine yaraşır olanaklar sağlaması ile ifadesini bulan ekonomik açıdan dezavantajlı gruplara yönelik gerçekleştirdiği olumlu edim yükümünün bir parçasını teşkil edecektir. Kısacası bunlar eşitlik ilkesinden bir sapma değil sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir.

Burada dar anlamda pozitif ayrımcılığa ilişkin ikinci kriter gündeme gelir. Bu da, pozitif ayrımcılık olduğu iddia edilen somut uygulamanın hedef kitlenin ekonomik açıdan korunmasına vurgu yapıp yapmadığına ilişkindir. Bu yönde sorulacak bir soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, somut uygulamanın pozitif ayrımcılıktan çok sosyal devlet önlemine yaklaştığı söylenmelidir. Öte yandan iş, okul ya da karar alma mekanizmasındaki bir konuma alımda kadın olmanın öncelik sağlaması (veya bu çerçevedeki kota uygulamaları) ya da kadınlara erkeklere göre aynı iş için daha fazla ücret ödenmesi gibi örnekler pozitif ayrımcılık olmasaydı ancak eşitlik ilkesi bağlamında tartışılabilir önlemler olduğundan dar anlamda pozitif ayrımcılık uygulamalarına daha yakın önlemlerdir. Bu nedenle sosyal devlet ve sosyal adalet retoriği ile meşruiyet çerçevesi kurulan kimi olumlu edimlerin dar anlamdaki pozitif ayrımcılıktan ayrılması gerekir.

Üçüncü olarak -örneğin kızların okullaşma oranlarının arttırılmasına yönelik çabalarda görüldüğü gibi- çeşitli kısa vadeli proje bazlı girişimleri de dar anlamda pozitif ayrımcılık kavramına tabi etmeden önce yeniden değerlendirmek gerekmektedir. Aslında belirli bir alanda kadınının görünürlüğünü arttırmaya yönelik önlemler, rahatlıkla pozitif ayrımcılık olarak görülebilir. Öte yandan bu durum ancak uzun erimli ve bütünlükçü planlar ile mümkündür.

56 Dedeoğlu, (2012), .s.14 ve 16.

Son olarak bir uygulamanın gerçekleştirilmesinde kadınların koruma altındaki gruplar olması yerine toplumsal cinsiyet eşitliği kavramına vurgu yapılması temel önemdedir. Her ne kadar, ilk bakışta bu konudaki tercihin sadece bir düşünsel arka plan olacağı ve pratikteki uygulama ve sonucu etkilemeyeceği ileri sürülebilse de, toplumsal cinsiyet eşitliği kavramına yapılacak vurgu, bir taraftan yapılacak önlemlerin sürdürülme kararlılığını arttıracak diğer yandan uygulamada daha radikal pozitif ayrımcılık uygulamaları için meşru söylem ve mantık çerçevesini sağlayacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamaları kısaca özetlemek gerekirse, 1982 Anayasası’nın 2010 yılında değişen 10. maddesinin son hali -Anayasa Mahkemesi’nin olası sınırlandırıcı tavrı bir tarafa bırakılırsa- kadınların siyaset, ekonomi ve karar alma mekanizmalarındaki eksik temsilini gidermeye yönelik olarak kota, tercihli ve öncelikli alım gibi radikal uygulamalara izin verir niteliktedir. Öte yandan, siyasi elitler düzeyinde gösterildiği üzere, bu tür uygulamalara karşı takınılan temkinli yaklaşım, uygulayıcılar ve kadın hakları savunucuları açısından cesaret kırıcı niteliktedir.

Şu da itiraz edilmelidir ki, bu durum, dünyadaki genel eğilimden farklı değildir. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması açısından mesafe kat etmiş olduğu düşünülen ABD ve Avrupada dahi kota benzeri radikal önlemler, eşitlik ilkesine aykırı görülebilmektedir. Öte yandan Güney Afrika örneğinde olduğu gibi tarihsel açıdan ayrımcı politika ve rejimlerin yaygın bir ortak toplumsal bilinçle sona erdirilmesiyle görülen katarsis, en radikal pozitif ayrımcılık uygulamalarının bile toplumsal açıdan kabulüne olanak sağlamaktadır.

Türkiye’nin kadın-erkek eşitliği açısından böyle bir tarihsel dönüm noktası yaşaması yakın zamanda ihtimal dahilinde olmadığına göre bu bağlamda getirilecek tavsiyeler iki başlık altında özetlenebilir. İlk olarak dar anlamda pozitif ayrımcılık seçenekleri ve bunların gereklilik ve meşruluğu hakkında her düzeyde toplumsal farkındalığın sağlanması gelmektedir. Bu da pozitif ayrımcılık ve eşitlik hakkında bütünlükçü, doğru ve objektif bir halk eğitiminin gerekliliğine işaret etmektedir. İkinci olarak ise, sosyal devlet ile en radikal pozitif ayrımcılık skalasında toplumsal açıdan sürdürülebilirliği en makul olan tercihli alım ile belirli kurumlarda kadın sayılarının arttırılmasına yönelik kararlı politika yönelimleri düşünülmelidir.

## Kaynakça

- Bhagwat, Ashutosh. “Affirmative Action and Benign Discrimination”, *Global Perspectives on Constitutional Law* içinde, Ed.: Vikram David Amar ve Mark V. Tushnet. New York: Oxford University Press, 2009.
- Bix, Brian H. *A Dictionary of Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Black, M.A. Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 6. St.Paul: West Publishing C.O., 1990.
- Chemerinsky, Erwin. «Equality.» *The Philosophy of Law an Encyclopedia* içinde, düzenleyen Christopher Berry Gray, 262-265. New York, London: Garland Publishing Inc., 1999.
- Curzon, L.B. *Dictionary of Law*. 6. Essex: Pearson Education Ltd., 2002.
- Ellis, Evelyn. «The New Oxford Companion to Law.» Düzenleyen Peter Cane ve Joanne Conaghan, 402-404. Oxford University Press, 2008.
- Fullinwider, Robert, “Affirmative Action”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2011 Edition, Ed.: Edward N. Zalta.
- Goldman, Alan, 1976. “Affirmative Action”, *Philosophy & Public Affairs*, 5 (Winter): 178–195.
- Gül İdil Işıl ve Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*. Editörler: Burcu Yeşiladalı -Gökçeçişek Ayata. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Kadın Emeği ve İstihdamı Girişimi Platformu. “Genelgenin Ardından İstihdamda Kadının Durumu Araştırması”, 2012.
- Harvey, Tamara ve Philip Rostant. “Positive Action-Positive Discrimination”, *The New Oxford Companion to Law* içinde, Ed.: Peter Cane ve Joanne Conaghan, Oxford: Oxford University Press, 2008: 913-916.
- Kellough, J. Edward. *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice*. Washington: Georgetown University Press, 2006.

- Lawson, Edward. *Encyclopedia of Human Rights II*. Washington D.C.: Taylor&Francis, 1996.
- Mossuz-Lavau, Janine. *La parité hommes/femmes en politique*, 2001. <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/la-france/institutions-vie-politique/etat-et-citoyens/colonne-droite-4027/sur-ce-theme-4029/article/la-parite-hommes-femmes-en> (05/10/2012 tarihinde erişilmiştir).
- Oppenheimer, David Benjamin, "Understanding Affirmative Action" *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 23: 921-993.
- Öden, Merih. *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2003.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.
- Robertson, David. *The Penguin dictionary of politics*. London: Penguin Books, 1993.
- Sadurski, Wojciech. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-communist States of Central and Eastern Europe*. Netherlands: Springer, 2005.
- Sowell, Thomas. *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*. New Haven, USA: Yale University Press, 2004.
- Timuroğlu, Vecihi. *İnsan Hakları Sözlüğü*. Ankara: Özkan Matbaacılık ve Gazetecilik Ltd., 2007.
- T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü. "Türkiyede Kadının Durumu", Nisan 2008.
- T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü. "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013", 2008.
- Warren, Mary Anne, "Secondary Sexism and Quota Hiring", *Philosophy & Public Affairs*, 6: 240-261, 1977
- World Economic Forum. "The Global Gender Gap Report", 2012.
- Yücel Bülent, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesinin Yorumlanması ve Cinsiyet Ayrımcılığına Yargısal Bakış" *Kamu Hukukçuları Platformu "Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması"* başlıklı toplantıda sunulan yayımlanmamış bildiri, 2012.