

■ Av. Arzu Hazer GÜNGÖR ■

CİNSİYET EŞİTLİĞİNİN ANAYASAL TEMELİ ve YORUMU

(İsviçre ve Türkiye Anayasaları Bakımından Karşılaştırmalı Bir Çalışma)

CONSTITUTIONAL BASIS AND INTERPRETATION OF GENDER EQUALITY
(A Comparative Study in Terms of Constitutions of Turkey and Switzerland)

ÖZET

Eşitlik çok uzun zamandır tartışılan bir konu olsa da fiili eşitliğin sağlanması konusunda önümüzde aşılması gereken uzun yollar olduğu bir gerçek. Konu cinsiyet eşitliği olunca kalıplaşmış toplumsal cinsiyet yargıları ve kanıksanmış dolaylı ayrımcılık işimizi daha da güçleştiriyor. Bunun için cinsiyet eşitliğinin hukuksal yorumunda birtakım metodlara ve kriterlere ihtiyaç duymaktayız. Farklı ülkelerin bu konuya nasıl yaklaştığının değerlendirilmesi için, bu ülkelerin anayasaları ile yüksek mahkemelerin kararlarına bakmak verimli bir yöntem. Bu çalışmada Türkiye ve İsviçre’de cinsiyet eşitliğine nasıl bakıldığı hususu şekli eşitlik ve maddi eşitlik temel başlıkları altında inceleniyor. Maddi eşitliğin değerlendirme kriterleri olan aynılık/farklılık yaklaşımı ile dezavantaj yaklaşımı ise fiili eşitliğin sağlanması konusunda oynadıkları roller bağlamında ele alınıyor. Bu değerlendirmelerde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararları ile İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi kararlarından yararlanılıyor. Cinsiyet eşitliğinin fiili olarak sağlanması için en verimli yöntem nedir sorusunu sorup yanıtlamaya çalışan bu çalışma, mevcut yaklaşımları değerlendirirken yeni bakış açıları geliştirmenin de yollarını arıyor.

Anahtar Kelimeler: Kadın, Cinsiyet eşitliği, İsviçre Anayasası, Maddi eşitlik, Şekli eşitlik.

ABSTRACT

Although the concept of gender equality has been a topic of discussion for a long time, it is the fact that there is a long way to go in achieving actual equality. When the topic of discussion is gender inequality, the accepted indirect discrimination and gender stereotypes complicate our work even more difficult. Therefore, we need some methods and criteria in the legal interpretation of sex equality. It is an efficient method to look at the Constitutions and decisions of constitutional courts and supreme courts to evaluate how different countries are approaching this issue. This academic work scrutinized gender equality in Turkey and Switzerland under the title of formal equality and substantive equality. The similarity/ difference approaching and disadvantage approaching that the evaluation criteria of substantive equality are discussed in the terms of their roles in the context of achieving actual equality. These have been benefited from Switzerland Supreme Court’s and Turkish Constitutional Court’s judgements. This academic work tries to respond this question “What is the most efficient method to get actual equality?” and also evaluates these opinions trying to reach new ways of improvement of existing assessment.

Keywords: Woman, Gender equality, constitution of Switzerland, formal equality, substantive equality.

Makale Geliş Tarihi: 09.09.2020 Kabul Tarihi: 20.04.2021
İzmir Barosu / hazerarzu@gmail.com

GİRİŞ

Eşitliğin temeli, insan onuruna dayanır. Eşitlik, hiç kimsenin bir diğ erinin kölesi olamayacağına, insanların eş değ erde varlıklar olduklarına işaret eder. Eşitlik, çağ dönümlerinin ismi olmuş, 18. Yüzyılın sonlarından itibaren farklı coğrafyalarda uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda düzenlenmiştir. Yine de dilden düşmeyen ve bir türlü ulaşılamayan bir hedef olarak varlığını devam ettirmektedir.

Cinsiyet eşitliği ise kadınların ve erkeklerin haklarda ve ödevlerde, yarırlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlar da ve hizmetlerde eşit olmaları anlamına gelir. Cinsiyet eşitliği öğ retide daha çok erkeklerin ve kadınların farklılıkları üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır. Cinsiyet kavramı doğrudan içinde yetiştiğimiz toplum tarafından oluşturulurken ve kadınlarla erkeklerin farklılıkları ile şekillen dirilirken -böylelikle toplumsal cinsiyet kavramı oluşur- eşitliğin koşulu olarak aynılığı kabul ettiğimizde “cinsiyet eşitliği” kavramı anlamını yitirmektedir. Çünkü eşitsizin eşitliğinden bahsetmek mümkün olmamaktadır. Tam da bu noktada eşitliği toplumsal cinsiyet hiyerarşisinden bağımsız düşünmemiz mümkün değildir.

Eşitlik ilkesinin yazılı metinlere aktarılması 18. Yüzyılın sonlarına dayandırıl sa da uzun bir zaman boyunca kadınlar “herkes” kavramına dahil olamamışlardır. Evlenmeleriyle birlikte medeni olarak ölü sayılmış, daha fazla çalışıp daha az ücrete hak kazanmış, kimi meslekleri yapabilme konusunda yetenekleri olup olmadığı sorgulanmış, çocuk bakımından ve ev idaresinden sorumlu görülmüş, uymak zorunda oldukları yasaları belirleme hakkından mahrum bırakılmışlardır.

Ancak cinsiyet eşitliği konusunda yakın dönemde kısa zamanda çok yol alınmış, kadınların ve erkeklerin eşit oldukları hususu anayasal güvenceye kavuşturulmuş, kadınların aynı işi yaptıkları erkeklerle aynı ücreti alacakları düzenlenmiş, “Kadının yeri evidir.” şeklinde özetlenebilecek, kadını yalnızca özel alanın öznesi olarak gören zihniyet pek çok uluslararası hukuk belgesinde yasaklanmış, uymak zorunda oldukları kanunları en azından erkekler kadar belirleme hakkı elde edilmiştir.

Türkiye’de 1934 yılında 1924 Anayasası’nda yapılan değişiklik ile kadınların seçme ve seçilme hakkı anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. İsviçre’de ise kadınların seçme seçilme hakkını elde etmesi 1971 gibi oldukça geç bir tarihe tekabül eder. Türkiye’de kadın erkek eşitliğinin anayasada düzenlenmesi 2004 yılında gerçekleşirken İsviçre 1981 yılında kadın erkek eşitliği ilkesini anayasasında düzenlemiştir. Ayrıca 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi, 1907 tarihli İsviçre Eski Federal Medeni Kanunu’nda önemli bir değişiklik yapılmaksızın aynen kabul edilmesiyle oluşturulmuştur. Günümüzde yapılan araştırmaların sonucunda oluşturulan kadın erkek eşitliği raporlarında Türkiye listenin sonlarına doğru kendisine yer bulurken İsviçre listenin başına yakın bir konumda bulunuyor. Bu durum, cinsiyet eşitsizliğinin ekonomik sosyal temellerini yok saymadan, her iki ülkenin cinsiyet eşitliğine bakışında birtakım farklılıklar içerdiği izlenimi uyandırmaktadır.

Tam da bu noktada, İsviçre ile Türkiye’nin cinsiyet eşitliğinin anayasal güvenceye kavuşturulması ve yorumlanması bakımından ne gibi benzerlik ve farklılıkları taşıdığı hususu çalışmanın konusunu oluşturmuştur. Bu çalışma aynı zamanda, cinsiyet eşitliği ilkesini yorumlayan yaklaşımları ortaya koyarak kadınlarla erkeklerin fiili eşitliğinin sağlanabilmesi için mevcutları içinden en elverişli yaklaşımın hangisi olduğunu ortaya koyma amacı da taşımaktadır.

Çalışmanın konusunun ortaya konulması ve anlaşılır kılınması için öncelikle içerisinde pek çok farklı yorum ve yaklaşımı barındıran eşitlik ve ayrımcılık kavramları açıklanarak birbirleri ile ilişkileri ortaya konulacaktır. Eşitlik kavramı, bu konudaki iki bilinen yaklaşım olan maddi ve şekli eşitlik kavramları çerçevesinde açıklanacak olup, maddi eşitliğin içerisinde değerlendirilen “aynılık/ farklılık kriteri” ile “dezavantaj kriteri” ayrıca önem arz etmektedir. Çünkü bu iki yaklaşım günümüzde anayasal cinsiyet eşitliğinin yorumlanmasında kullanılan iki kriterdir. İkinci olarak cinsiyet eşitliği ilkesinin Türkiye’nin ve İsviçre’nin anayasalarında düzenleniş süreci tarihsel olarak açıklanacaktır. Bu bölümde aynı zamanda cinsiyet eşitliği ilkesinin anayasada düzenlenme yeri ve düzenleniş şekli bakımından ne gibi bir anlam içerdiği değerlendirilecektir.

Üçüncü olarak ise cinsiyet eşitliğinin anayasal yorumu İsviçre ve Türkiye bakımından benzer konulardaki yargı kararları ile açıklanmaya çalışılacaktır. Eşitlik ilkesinin anayasal yorumunu yapan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin yetkilerinin farklı olması sebebiyle İsviçre Anayasası bakımından cinsiyet eşitliğinin değerlendirildiği bölümde "genel olarak" başlığı altında İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nden kısaca bahsedilmiştir. Bu bölümdeki kararlar, toplumsal cinsiyetin oluşturduğu toplumsal iş bölümü neticesinde kamusal alandan kadının dışlanması bir yansıması olan eşit değerdeki işe eşit olmayan ücretlendirme ve kadının evlenmeyle birlikte medeni olarak neredeyse ölü sayıldığı zamanlardan kalma evlenme nedeniyle kendi soyadını tek başına kullanamamasına ilişkin kararlardır. Kararların konuları seçilirken her iki ülke arasında bir karşılaştırma sunabilmek için benzer konuları içermeleri tercih edilmiştir. Buna ek olarak, aynı konuda mahkemenin görüş değiştirmesi durumunda mahkemenin her iki görüşüne de çalışmada yer verilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararları incelenirken bu kararların eşitlik anlayışının hangi yaklaşımı dikkate alınarak verilmiş oldukları değerlendirilmiş, cinsiyet eşitliğinin fiili olarak sağlanması için hangi yaklaşımın daha elverişli olduğu hususu söz konusu yargı kararlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

I. Eşitlik ve Ayrımcılık Kavramları

A. Eşitlik Kavramı

1. Genel Olarak

Eşitlik, kavram itibarıyla oldukça kolay anlaşılır, pek çok kişinin ilk bakışta aynı şekilde tanımlayabildiği bir kavramdır. Ancak derinliği, çok yönlülüğü ve toplumsal yorumlanmasıyla değerlendirildiğinde karşımıza kavramın tanımı üzerindeki uzlaşının azalması sonucu çıkar.

Eşitlik ifadesinin sözlükteki ilk anlamı “İki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik¹” olarak belirtilmiştir. İkinci anlamı ise “Bedsel, ruhsal başlıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayırım bulunmaması durumu²” olarak açıklanmıştır. Bir kavramı yine kendisini kullanarak açıklama ya da zıddını kullanarak açıklama durumu, açıklanmaya çalışılan kavramın zorluğuna işaret eder. Eşitlik kavramının ilk anlamı açıklanırken kendisi ile açıklanmış, ikinci anlamı açıklanırken zıddından yola çıkmıştır. Bu durum, eşitlik kavramının zor açıklanan kavramlardan biri olması şeklinde yorumlanabilir.

Eşitlik kavramı farklı yorumlamalarla açıklanmaktadır. Bunlardan en yaygınları maddi ve şekli eşitlik yorumlarıdır. Maddi ve şekli eşitlik yorumları da kendi içinde farklı yaklaşımlarla ele alınmaktadır. Bu anlamda maddi eşitlik anlayışının farklılıkları dikkate alan yaklaşımı ile dezavantaj durumunu dikkate alan yaklaşımı olduğunu söylemek mümkündür³.

Buna ek olarak eşitlik ile ayrımcılık yasağı birbiriyle ilişkili iki kavramdır. Kimi zaman birbirleri yerine kullanıldıkları da olur. Ancak bu ilişkinin kullanım bağlamı ile değerlendirilmesi gerekir.

Hukuksal anlamda eşitlik bir ilke olarak, eşitlik ilkesi olarak karşımıza çıkar. İlkeler, hukuk kurallarından farklı olarak daha geniş uygulama alanı içerir⁴. İlkelerin belirli ve kesin çizgileri olmasından bahsedemsek de genel olarak çizgi çizme gibi bir işlevlerinin olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda düzenlenişi bir tarafa, eşitlik ilkesinin anlamlandırılması ve yorumlanması oldukça önem arz eder.

¹ TDK, (e.t. 08.09.2020) http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb43756ba7225.71458207

² TDK, (e.t. 08.09.2020) http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb43756ba7225.71458207

³ Tijen DÜNDAR SEZER, “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, İzmir Barosu Dergisi, Cilt:3, Sayı:16, 2009, s. 133.

⁴ Sevtap METİN, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2003, C.61, S.1-2, s. 60.

<https://dergipark.org.tr/pub/iuhfm/issue/9080/113286> (e.t. 08.09.2020)

2. Şekli Eşitlik

Şekli eşitlik, kişilerin özel durumları dikkate alınmaksızın hukukun herkese eşit olarak uygulanması anlamına gelir. Şekli eşitlik, hukuksal eşitlik⁵, kanun önünde eşitlik veya mutlak eşitlik⁶ olarak da adlandırılır. Şekli eşitlik ilkesi, doğrudan insan onuru kavramı ile ilişkili olup, tüm insanların statü eşitliğine işaret eder. Köleliği, aşağılamayı ve ayrımcılığı yasaklar⁷.

Şekli eşitlik anlayışı, devletin bireylere aynı mesafede yaklaşması, keyfi ölçütlere göre birilerini diğerlerine karşı kayırmaması başka bir ifadeyle kanunların genel olması anlamına gelir⁸. Öden'e göre 1982 Anayasasında kanunların genel olmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanun önünde eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinin bir sonucu olarak kanunların genel olması gerektiğini söylemek mümkündür⁹. Bu bağlamda kanunların genel olması sonucu herkes için nesnel hukuki durumlar yaratması, aynı zamanda şekli eşitlik ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkar¹⁰.

Aristoteles'in felsefesinde kendisini gösteren adalet ve eşitlik gereğince benzer olanlara benzer şekilde davranmanın gerektiği fikri, eşitlik ilkesine işaret etmektedir¹¹. Bu anlayışa göre herkes verili durumda eşittir ve bu sebeple herkese eşit muamele gösterilmesi durumunda mevcut durum korunacak, dolayısıyla eşitlik devam ettirilmiş olacaktır¹².

⁵ TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, s. 223.

⁶ GÖZLER, s. 99.

⁷ Şennur AĞIRBAŞLI, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 27.

⁸ İdil Işıl GÜL, Ulaş KARAN, Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, Editörler: Burcu Yeşiladalı, Gökçeçişek Ayata, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 5-6.

⁹ Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 162-163.

¹⁰ ÖDEN, s. 163.

¹¹ Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN, Sarah WITTKOPP, The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Oxford University Press, 2013, s. 53.

¹² GÜL, KARAN, s. 6.

Genel eşitlik ilkesi, ortaya çıkışı itibariyle egemen olan sınıfın üstünlüğüne bir başkaldırı niteliği taşımakta olup “tüm insanların eşit olduklarını” iddia etmekteydi¹³. Ancak o dönemde dahi kadınların medeni birer varlık olarak şeklen bile olsa eşitlikten yararlanamadıkları bilinmektedir¹⁴. Kaldı ki şekli eşitlik ilkesi aradan geçen iki yüzyıllık zamanın ardından bile kadınlarla erkeklere eşit bir dünya sunamamıştır¹⁵. “Bütün sosyal sınıflar içinde kadınlar, erkeklere oranla dezavantajlıdır¹⁶.” Verili durumda kadınlarla erkeklerin arasında güç ilişkisine ve hiyerarşiye dayanan ve kadınların aleyhine olan eşitsiz bir ilişki bulunmaktadır.

Şekli eşitlik, kadınların ve erkeklerin içinde buldukları farklı toplumsal durumları gözetmeksizin nötr olma iddiası ile desteklenmesi gerekeni desteklemeyerek esasen toplumsal avantajlıyı korur. Dünder Sezer’in kadınların çalışma hayatına ilişkin vermiş olduğu örnekte¹⁷ olduğu gibi gece geç saatlere vardiya konulması, gerekli önlemlerin alınmadığı hallerde kadınlara yönelik şiddet riskini artırır. Böylece, geç saatteki vardiyalara katılamayan kadınlarla bu vardiyalara katılabilen erkeklerin, çalışma hakkından eşit olarak yararlanamayacağını söylemek mümkündür. Şekli eşitlik ilkesi verili durumda kadınlarla erkeklerin eşit olduğunu savunduğu için, örnekte anlatılmış olan eşitsiz ilişkiyi anlamlandırma bakımından elverişsizdir ve cinsiyet körü olması sebebiyle dezavantajlı durumda olan kadınların aleyhine işler. Bu ilkeye göre, mevzuatta ayrımcı bir düzenleme bulunmadıkça şekli eşitlik ilkesine göre devletin devam eden ayrımcılığın ortadan kaldırılması için bir yü-

¹³ Zafer GÖREN, “Genel Eşitlik İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 3, s. 3281.

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373753> (e.t. 08.09.2020)

¹⁴ Kate MILLETT, Cinsel Politika, Çev. Seçkin Selvi, Payel Yayınevi, İstanbul 2011, s.116.

İngiltere’de Evli Kadınların Mülkiyet Hakkı Yasası ilk olarak 1856 yılında ortaya atılmış, 1870’te yasallaşmıştır. Millett’a göre bu düzenlemenin öncesinde kadınlar, evlenmeyle birlikte bir çeşit medeni haklar alanında ölü kabul edilme durumu ile karşı karşıya kalmaktadır.

¹⁵ Fatmagül BEKTAY, “Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye”, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları, No:7, 2004, s.6.

¹⁶ GÖREN, Genel Eşitlik İlkesi, s. 3281.

¹⁷ Tijen DÜNDAR SEZER, İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 25-26.

kümlülüğü bulunmayacaktır¹⁸. Bu durumda ise kadın ve erkek arasındaki eşitliğin sağlanmasından ziyade eşitsizliğin pekiştirilmesi ve yeniden üretilmesi söz konusu olacaktır.

Şekli eşitlik anlayışı, fiili eşitliği sağlama konusundaki yetersizliğinin yanında, toplumun baskın gruplarının özelliklerine göre oluşturulan kurallara, toplumsal güç ilişkisinde aşağıda olan, kuralların tasarımında bir şekilde söz sahibi olamamış grupları uymaya zorlar¹⁹. Şekli eşitlik ilkesinin tüm bu tartışmalı noktaları eleştirilerek kadın ve erkekler arasında fiili eşitliğe giden yol için öneriler geliştirilmiştir. Bu öneri, maddi eşitlik anlayışına tekabül etmektedir.

3. Maddi Eşitlik

a. Genel Olarak

Şekli eşitlik anlayışına göre kişilerin özelliklerinin hiçbir şekilde değerlendirilmeye alınması söz konusu değilken, maddi eşitlik anlayışında kişiler arasındaki farklılıklar ve öznel koşullar göz önünde bulundurularak verili durumdaki eşitsizliklerin giderilmesi için birtakım girişimlerin gerçekleştirilmesi gündeme gelir²⁰.

Şekli eşitlik anlayışının verili durumdaki cinsiyet eşitsizliğini gidermekten uzak olduğu ve hatta bu eşitsizliği yeniden ürettiği yönündeki eleştirilerle, zaman içinde öğretici ve yargı içtihatları ile maddi eşitlik anlayışı geliştirilmiştir²¹.

Maddi eşitlik anlayışına göre, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorum-

¹⁸ Meysa BAYKAL, "1982 Anayasası'nda Kadının Yeri", Kadın Kamusal Alan ve Hukuk, Editör: Ülker Yükselbaba, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 144-145.

¹⁹ GÜL, KARAN, s. 6.

²⁰ GÜL, KARAN, s. 7.

²¹ DÜNDAR SEZER, "Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi", s. 137.

luluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşitliğin bulunması gerekir²². Bu anlamda eşitliğin bulunmadığı durumlarda “eşitleme” ihtiyacı gündeme gelecektir.

Şekli eşitlik anlayışını temel aldığımızda kadınlarla erkeklerin kanun önünde eşit olmasını bir başka ifadeyle hukuki eşitliğin varlığını eşitliğin gerçekleştirilmesi için yeterli görürüz. Buna karşın maddi eşitlik anlayışını temel aldığımızda kadınların toplumsal yaşantıda cinsiyetleri sebebiyle sistematik olarak eşitsizliğe uğraması durumunda ilgili hukuki düzenlemeyi bu eşitsizliğin giderilmesine elverişli bir şekilde düzeltmek gerekecektir.²³

Şekli eşitlik anlayışında kişilerin öznel durumları dikkate alınmadığından doğrudan kanunların genel olması yeterli görülmektedir. Maddi eşitlik anlayışında ise kişilerin öznel durumları gözetildiğinden kanunların içeriği önem taşımaktadır. Bu noktada maddi eşitlik anlayışının kanunların genel olması ile olan ilişkisinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öden’e göre²⁴, kanunların herkes için aynı olması, herkese eşit mesafede olan hükümler içermesi olanaksızdır. Çünkü kanunlar soyut formüller değil, aksine sosyal hayatın dizaynı için başvuru araçlarıdır. Bu anlamda her kanunun düzenlemiş olduğu sosyal ilişkiye ilişkin kurallar koyması ve dolayısıyla bu sosyal ilişkiyi yaşayan kişilere yönelmesi kaçınılmazdır. “Böylece kanun yapma veya kanun şeklinde kural yapma, hemen daima kişilerin veya durumların bazı özellikler yönünden benzerlikleri ve/veya farklılıklarına dayanan sınıflandırmaları gerektirir²⁵.”

Maddi eşitlik anlayışı bağlamında, cinsiyetler arasında bir eşitlik sağlanabilmesi için gerçekleştirilecek müdahalenin nasıl bir yöntemle dayanması gerektiği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır²⁶. Kimi yazarlara göre maddi eşitliğin sonuçların eşitliğinden, fiili eşitlikten ayrı

²² TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, s. 225.

²³ BAYKAL, s. 146.

²⁴ ÖDEN, s. 187.

²⁵ ÖDEN, s. 187.

²⁶ DÜNDAR SEZER, “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, s. 137.

düşünülmesi söz konusu olamaz²⁷. Ancak uygulamaya baktığımızda bundan çok daha farklı bir bakış açısı geliştirilmiş olduğu görülmektedir. Diğer ilkeler gibi eşitlik ilkesinin yorumunda da yargıçlar oldukça önemlidir. Dworkin'e göre, kurallardan ziyade hukuk ilkeleri hukuk sisteminin merkezinde bulunur ve mahkemenin hükmünü yeni bir temel üzerine kurarak çığır açtığı durumlarda karar ilkelere dayandırılarak gerekçelendirilir²⁸. Bu, aynı zamanda ilkelerin genellikleri nedeniyle yargıçların takdir yetkilerini mutlak olarak içermeleri anlamına gelmektedir²⁹. Bu bağlamda eşitlik ilkesi yapısı itibarıyla kadınların ve erkeklerin fiili eşitliğinin sağlanması için geliştirilmeye uygunluk taşır.

a. Aynılık/ Farklılık (Haklı Sebep) Kriteri ile Değerlendirme

Farklı olanlara farklı davranılmasını mümkün kılan maddi eşitlik anlayışı bir kez kabul edildiğinde, söz konusu farklı davranışın belirli bir nedene bağlanabilir olması beklenir. Uygulamada bu farklı davranışı açıklamak için iki temel yaklaşım ile kriter geliştirilmiştir. Bunlardan bir tanesi farklılıkları dikkate alan haklı sebep kriteri, diğeri ise inceleme konusu düzenlemenin belirli bir grupta dezavantaja neden olup olmadığını ya da dezavantajı sürdürüp sürdürmediğini dikkate alan dezavantaj kriteridir³⁰.

Farklılıkları dikkate alan yaklaşım, eşitliğin sağlanabilmesi için kimi durumlarda aynı olanlara farklı davranılması gerekebileceği düşüncesini içerdiğinden, eşitlikten ayrılmak için haklı sebeplerin varlığını arar.

²⁷ Bu konudaki görüş için bkz. D. Çiğdem SEVER, "Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri", *Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları içinde*, (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2013), s.39-40. https://www.academia.edu/6382972/Anayasa_MAHkemesinin_Cinsiyet_E%C5%9Fitli%C4%9Fi_Yakla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1na_Bir_Ele%C5%9Ftiri_Toplumsal_Cinsiyet_ve_Yans%C4%B1malar%C4%B1_i%C3%A7inde (08.09.2020)

"Şekli-maddi eşitlik ayrımı dendiğinde, şekli anlamda hukuk normları önünde eşit olmak şekli eşitlik için yeterliyken maddi eşitlik içeriğe ilişkin bir betimlemeyi gerektirir ve bu bakımdan fiili (eylemli) eşitlikten tamamen bağımsız düşünülemez."

²⁸ METİN, s.65.

²⁹ SEVER, s. 6.

³⁰ DÜNDAR SEZER, "Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi", s. 138.

Haklı sebep oldukça muğlak bir kavram olup, açıklanmaya muhtaçtır. Bu değerlendirme ile yapılan, eşitsiz davranışı meşru kılmak olunca, haklı sebeplerin toplumdaki eşitsizliklerden negatif olarak etkilenen kadınların aleyhine yorumlanması kaçınılmaz olmuştur.

Anayasa Mahkemesi, farklı durumda olanlara farklı davranılabileceğini belirttiği ve bunu genel eşitlik ilkesinin bir istisnası olarak yorumladığı³¹ bir kararında eşitlik ilkesinin anlamını açıklarken bu ilkenin hukuksal eşitlik anlamında kullanıldığını ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını önlemek amacı güttüğünü ifade etmiştir. Ancak buna ek olarak, kanun önünde eşitlik ilkesinin herkesin her yönden aynı kuralara bağlı tutulacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir. Ardından durum ve koşullardaki öznelliğe göre kimi kişiler için değişik kuralların düzenlenebileceğini ifade etmiştir³². Öğretideki pek çok görüşe göre Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu maddi eşitlik anlayışının geliştirdiği haklı sebep kriterine dayanmaktadır³³. Gören'e göre, "Bu kararlarından, İsviçre Federal Mahkemesi ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin de genel eşitlik ilkesiyle nispi eşitliğin amaçlandığını kabul ettiği anlaşılmaktadır³⁴."

³¹ Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararda aynı olana farklı davranma durumunu genel eşitlik ilkesinin istisnası olarak gördüğüne ilişkin görüş için bkz. Ece GÖZTEPE, "Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2015, C.54, S.2, s. 109. <https://dergipark.org.tr/pub/ausbf/issue/3222/44861> (e.t. 08.09.2020)

³² AYM, E.2013/23, K.2013/123, 31.10.2013.

"Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kuralara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz"

³³ Sibel İNCEOĞLU, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelelenmesi", Anayasa Yargısı, 2001, C.17, S.1, s.50. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52001/678098> (e.t. 08.09.2020) DÜDAR SEZER, s. 140; GÖREN, Genel Eşitlik İlkesi, s. 3282; TAHMAZOĞLU UZELTÜR, s. 226; SEVER, s. 7.

³⁴ GÖREN, Genel Eşitlik İlkesi, s. 3282.

Anayasa Mahkemesi'nin haklı sebep kriterine göre değerlendirilmede bulunduğu pek çok kararı mevcuttur. Bu kararlardan birinde şu şekilde bir açıklamada bulunmuştur: "Haklı neden" veya "kamu yararı"nın anlaşılabilir, amaçla ilgili, ölçülü ve adaletli olması gerekir. Getirilen düzenleme, herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır."³⁵ Bu değerlendirmeden anlaşılacağı üzere "kamu yararı" da farklı davranışın gerekçesi olarak karşımıza çıkabilmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi sonraki tarihli kararlarında bu ölçütleri kullanma yönündeki tercihten vazgeçmiştir³⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmeleri, verili durumdaki kadınlarla erkeklerin "farklılığı" temeline dayanır. Esasen mahkemenin farklılık olarak ifade ettiği şey, çoğunlukla toplumsal cinsiyet rolleri sebebiyle oluşan eşitsizlik durumudur. Cinsiyetler arasındaki ilişkiyi aynılık ve farklılık kriterleri ile değerlendirmek, toplumsal cinsiyetin ürettiği cinsiyetler arası eşitsiz ilişkinin varlığını gizler³⁷. Çünkü mevcut durumda görmüş olduğumuz "farklılıklar" çoğunlukla toplumsal güç ilişkilerinin bir sonucudur. Bu farklılıkları haklı nedenler olarak kabul etmek ise, bizi olsa olsa toplumsal cinsiyetin yarattığı eşitsiz cinsiyet ilişkilerini meşrulaştırmaya götürür. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde bu durum daha net olarak anlaşılacaktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, Anayasa Mahkemesi, kadınların evlilik sebebiyle işten ayrılması durumunda kıdem tazminatı almaya hak kazanacağına ilişkin düzenlemenin, kadının aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım bakımından erkeklerden farklı olduğu ve bunun toplumsal bir gerçeklik olduğu gerekçeleriyle anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu örnekte de görüleceği üzere "farklılık" kimi zaman toplumsal cinsiyete dayandırılır ve söz konusu karar ise bu eşitsizliğin meşrulaştırılması anlamına gelir. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin kararla-

³⁵ AYM, E. 1991/ 13- K. 1992/10, 19.02.1992.

³⁶ SEVER, s. 7.

³⁷ Catharine A. MACKINNON, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Çev. Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, Metis Yayınları, İstanbul 2003, s. 250-251.

rında uyguladığı haklı neden kriterinin genel olarak kadınların aleyhine bir yorumlamaya neden olduğu söylenebilir³⁸.

“Bu bağlamda özellikle dünyada yaygın olarak uygulanan aynılık/farklılık (similarity/ difference) testinin çoğu kez kadınlar aleyhine sonlandırıldığı, haklı ve haksız ayrımlar arasında çizginin nerede olduğunun belirlenmesinin her seferinde farklı yorumlara ve farklı sonuçlara yol açtığı ileri sürülerek kadın erkek eşitliğine ilişkin meselelerde yeni teoriler ileri sürülmekte ve bazı mahkemelerde bu teoriler olumlu sonuçlar vermektedir.”³⁹

c. Dezavantaj Kriteri ile Değerlendirme

Maddi eşitlik anlayışının aynılık/farklılık değerlendirmesinin “haklı neden” engeline takılarak sıklıkla kadınlar aleyhine yorumlanması, cinsiyet eşitliği için farklı yaklaşımlar geliştirme ihtiyacı doğurmuştur.

Bu ihtiyacın bir sonucu olarak öğretilen ve geliştirilen yaklaşım, eşitsizliğin tespiti bakımından dezavantaj kriteri ile değerlendirme yapmaktır. Dezavantaj kriteri 1989 yılından itibaren Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından uygulanmaktadır⁴⁰.

Dezavantaj kriteri, aynılık/farklılık kriterine yönelen eleştirilerin üzerinde şekillendiğinde öncelikle aynılık/farklılık kriterine getirilen eleştirilerin değerlendirilmesinde fayda görmektedir.

³⁸ Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ, “1982 Anayasasında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Kadın”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl.84, S.1, Ocak 2019, s.76
<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/1982-anayasasin20198516611100.pdf> (e.t. 08.09.2020)

³⁹ K. E. MAHONEY, “Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts”, in: (ed. J. Cook), Human Rights of Women National and International Perspectives, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania-1994, s.442 aktaran DÜNDAR SEZER, “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, s. 140.

⁴⁰ Kanada Yüksek Mahkemesi'nin cinsiyetler arası ücret eşitliği talebini içeren bir başvuruya ilişkin vermiş olduğu 10 Mayıs 2018 tarihli dezavantaj kriteri ile değerlendirme yaptığı QUEBEC (A.G.) v. APTS kararı için bkz. <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2018/2018scc17/2018scc17.html?searchUrlHash=AAAAAAAAAAEoFNjaGVkdWwllEldG8gdGhllENhbmFkYSBBY3QgMTk4MiAoVUspLCAxOTgyLCBjIDExLzCBzIDEIAAAAAQATLzMDI4LWN1cnJlbnQtMSMxNQE> (e.t. 08.09.2020)

Aynılık/farklılık değerlendirmesinin kadınların aleyhine yorumlanmasının birtakım toplumsal nedenleri vardır. Bu değerlendirme aslında arka planında ayrımcılığa maruz kalanın, kalmayana benzeyip benzemediği sorusunun yanıtını arar. Kadınların toplumsal cinsiyet hiyerarşisi sebebiyle daha fazla ayrımcılığa maruz kaldığı düşünüldüğünde, normun erkekler üzerinden şekillenmiş olması gibi bir sorunla karşı karşıya kalınır. Erkekler farklı olarak nitelenmezler⁴¹, çünkü norm erkek olmak, erkek gibi olmaktır.

İkinci sorun ise aynılığın, eşitliğin bir koşulu olarak sunulması durumudur. Halbuki farklılık denilen şey, farklılaştırılmış olmaktan başka bir anlam ifade etmez. Farklılaştırma durumu, toplumsal cinsiyet kuralları marifetiyle gerçekleştirilir ve bu farklılaştırmanın sonucu olarak farklılık oluşur. Dolayısıyla söz konusu kriter nihai olarak, toplumsal cinsiyet hiyerarşisinde tabi olunan ve tabi olanın verili durumdaki eşitsiz ilişkisini sürdürmek anlamına gelecektir.

Mahoney, aynılık/farklılık yaklaşımı modelinin, eşitliği bir erkek standardı olarak kullandığını ve kadınları erkeklerin kopyaları haline getirdiğini ifade etmektedir. Bunun bir sonucu olarak kadınlar ya erkeklerle aynı olduklarını ve aynı davranılması gerektiğini, ya farklı olduklarını ama aynı davranılması gerektiğini ya da farklı olduklarını ve özel yaklaşım sergilenmesi gerektiğini öne sürmeye zorlanırlar⁴². Ancak ayrımcılığın en zararlı şekli olan sistematik ayrımcılığın ve verili durumun eşitsizliğinin aynılık/farklılık yaklaşımıyla ele alınarak anlaşılması mümkün değildir. Hatta bu yaklaşımın kullanılması sistematik dezavantajı görünmez kılar⁴³.

⁴¹ MACKINNON, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, s. 249-251.

“Erkekler farklı olarak nitelenmezle, çünkü onlar ne paspastrı ne de kadın.”

“Kadınlara karşı eşit tutum iddiasının temelini erkeklerle olan görgül benzerlik oluşturur.”

⁴² Rebecca COOK, *Women’s International Human Rights Law: The Way Forward*, s. 239.

<https://www.jstor.org/stable/762538>

<https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/87812/3/Women%27s%20International%20Human.pdf> (e.t. 08.09.2020)

⁴³ COOK, 240.

Aynılık/farklılık yaklaşımı toplumsal cinsiyet hiyerarşisini görmezden gelir. Bu sebeple cinsiyetler arasında eşitliği sağlamaya elverişli bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaz. Cinsiyet eşitliğine ilişkin karşılaşılan hukuksal bir problemin çözülmesi için toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda kullanılan dezavantaj kriteri ile değerlendirmede neyin ayrımcılık olduğunun belirlenmesinde dezavantaj testi kullanılır.

Kadınların, toplumsal önyargılar nedeniyle dezavantajlı durumlarının sürdürülmeye devam edildiği bir kez kabul edildiğinde, aynılık/farklılık durumundan ziyade güçsüzlük, dışlanma ve dezavantaj kriterlerine göre inceleme yapılması gerekecektir. Aynılık/farklılık yaklaşımının aksine dezavantaj yaklaşımının kabulü, kadınlara yönelik sistematik sömürünün ve yoksun bırakılma durumunun toplumsal cinsel hiyerarşisindeki yerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirlemek için, yargıçların kadınların gerçek dünyada buldukları yere bakmaları gerekecektir⁴⁴.

Dezavantaj yaklaşımında, söz konusu farklı davranışın kadınların toplumsal cinsiyet hiyerarşisindeki konumundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ya da bu konumu pekiştirip pekiştirmediği hususu araştırılır. Kadınların toplumsal cinsiyet hiyerarşisindeki konumları nedeniyle gerçekleşen ya da bu konumu meşrulaştıran her farklı davranış eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Günümüzde dezavantaj yaklaşımı kimi ülkelerin yargı organlarında kullanılmaktadır. Aynı zamanda bu yaklaşım, CEDAW gibi kadınlara yönelik uluslararası sözleşmelerin temel bakış açısı ile örtüşmektedir.

B. Ayrımcılık Kavramı

Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin bütünleyicisi olarak görülür⁴⁵. Çoğunlukla birbirlerinin yerine kullanılan bu ifadeler, bir kâğıdın iki yüzü

⁴⁴ COOK, s.240.

⁴⁵ Ayşe ÖZKAN DUVAN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C.14, S. 2, s.18. <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2017/12/gsuhfd-2017-2-361.pdf> (e.t. 08.09.2020)

gibidir. Eşitlik ilkesi bir değer pozitif yönüne işaret ederken ayrımcılık yasağı aynı değer negatif yönüne işaret eder⁴⁶. Bir benzetmeyle açıklamak gerekirse eşitlik ilkesi “doğruyu söyle” derken ayrımcılık yasağı “yalan söyleme” der. Anayasa Mahkemesi⁴⁷ de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁴⁸ de eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkiyi bu şekilde görmektedir. Esasen ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesinin ilişkisinin belirlenmesi bu kavramlara yüklenen anlam ile doğrudan ilişkilidir.

Ayrımcılık, her zaman yasal düzenlemenin kendisinden kaynaklanmaz. Kimi zaman yasal düzenlemelerin nötr olarak düzenlenmiş olması, açıkça bir ayrımcılık içermese de toplumda dezavantajlı durumda olan kadınların o düzenlemeden yararlanamamasına neden olabilir. Bu durumda düzenleme açıkça ayrımcılık içermese de uygulamada cinsiyet temelli ayrımcılık yapılması söz konusu olabilir. Bu nedenle ayrımcılık kavramı açıklanırken öğretide doğrudan ayrımcılığın yanında dolaylı ayrımcılıktan da bahsedilir.

Doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer durumda oldukları hukukça tanınmış kişilere “geçerli bir sebep”, “meşru bir neden” olmaksızın haklarda veya yükümlülüklerde farklı davranılmasıdır⁴⁹. Bu anlamda doğrudan ayrımcılık yasağı aynı olanlara aynı davranılmasını öngörür ve farklı davranılmasını yasaklar⁵⁰. Kadınlara yönelik doğrudan ayrımcılık,

⁴⁶ B. G. RAMCHARAN, Equality and Nondiscrimination, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights, Henkin, Louis (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 252 aktaran Ulaş KARAN, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, Anayasa Yargısı, 2015, C.31, S.1, s.237.

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52018/678337> (e.t. 08.09.2020)

⁴⁷ AYM, Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25.06.2014 kararında eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlar olduğunu şu şekilde ifade etmiştir:

“Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir.” Prg 107

⁴⁸ ÖZKAN DUVAN, s.18.

⁴⁹ KARAN, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, s. 237.

⁵⁰ GÜL, KARAN, s. 13.

cinsiyet ve toplumsal cinsiyet temelli farklılıklara dayanan, açıkça gerçekleştirilen farklı davranışlar anlamına gelir⁵¹.

Dolaylı ayrımcılık ise, nötr gibi görünen, herkes için ortak bir kural belirleyen, ancak taraflara gerçekte olan uzaklığının farklı olması sebebiyle bir grupta diğerine göre dezavantaj yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirlerdir⁵². Kadınlara yönelik dolaylı ayrımcılık, kadın ve erkeklerle olan ilişkisi bağlamında nötr gibi görünen bir hukuksal kural, tedbir ya da düzenlemenin, uygulamada kadınlar üzerinde ayrımcı etkilerinin bulunması anlamına gelir⁵³. Dolaylı ayrımcılık görünüşte açık bir ayrımcılık yapıyor gibi görünmese de kadınlar ve erkekler arasındaki ayrımcı ve eşitlikçi güç ilişkisi modelini yeniden üretir⁵⁴.

Şekli eşitlik anlayışının bir yansıması niteliğinde olan doğrudan ayrımcılığa göre, bir muamelenin ayrımcı olarak nitelenmesi için, öncelikle inceleme konusu durumların karşılaştırılabilir olması gerekir. Karşılaştırılabilir olmayan, birbirinden farklı olan durumlara farklı davranılması ayrımcılık olarak nitelendirilemez⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi kararlarında bu görüşe paralel olarak, ayrımcılık iddiasının kabul edilebilir olması için başvurusunun kendisiyle benzer durumda olanlara kendisinden farklı bir muamele yapılmış olması ve bu farklı müdahalenin meşru bir nedeninin bulunmaksızın gerçekleşmiş olması koşulları aranır. Anayasa Mahkemesi, Sıdika Şeker Başvurusun-

⁵¹ FREEMAN, CHINKIN, WITTKOPP, s. 65.

⁵² GÜL, KARAN, s. 15.

⁵³ FREEMAN, CHINKIN, WITTKOPP, s. 65.

⁵⁴ FREEMAN, CHINKIN, WITTKOPP, s. 65.

⁵⁵ Claudio ZANGHI, "Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, (24-25 Ekim 2003), TBB Yay.:97, Ankara-2006, s. 215.

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihs-294.pdf>

Zanghi bu fikrini açıklarken Belçikalı bir avukatın gerçekleştirmiş olduğu bir başvurudan bahseder. Avukat başvurusunda, diğer mesleklerde böyle bir yükümlülük yokken hem Belçika sisteminde hem de başka devletlerde avukatların yasayla belirlenen hallerde, ücretsiz yasal yardımda bulunma yükümlülüğüne ayrımcılık teşkil ettiği iddiasıyla itiraz etmiştir. Mahkeme ise, 23.11.1983 tarihli Van Der Mussele kararı ile farklı mesleklerin durumlarının karşılaştırılabilir nitelikte olmadığını ve dolayısıyla her mesleğe göre farklılaşmış bir muamelenin, ayrımcılık sorunu doğurmayacağını belirterek başvuruyu reddetmiştir.

da bu durumu açıklamak için şu ifadeler yer vermiştir: “Ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir⁵⁶.”

Anayasa Mahkemesi’nin ayrımcılık kavramını doğrudan ayrımcılık şeklinde yorumlama konusunda eğilim taşıdığına ilişkin bir diğer husus, kadınların hangi görevlerde istihdam edileceklerinin kanunla belirlenerek kamu hizmetine alınacaklarını düzenleyen 788 sayılı kanunun 6. Maddesinin anayasaya aykırılığının denetimine ilişkin vermiş olduğu kararda ortaya çıkmaktadır. AYM, kadınların kamu hizmetine girmesinin kanunla belirleneceğine ilişkin kararında, “kadınlara karşı ayırım kavramını kadınlara karşı ayrımcı bir anlayışı da içerecek şekilde geniş anlamda değil, kadınları açıkça birtakım haklardan yoksun bırakmak anlamında dar yorumlamıştır.⁵⁷” Nötr bir düzenleme gibi görünen bu hüküm, kamu hizmetinin erkeklere özel bir görev olduğu, kadınların bu haktan yararlanmaları için ek düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu anlamına gelmektedir. Bu bağlamda kadınların yerinin aile, hane, ev, bir başka ifade ile özel alan, erkeklerin yerinin ise kamusal alan olduğu görüşünü içeren toplumsal cinsiyet rollerinin bir yansıması niteliği taşır. Aynı zamanda söz konusu cinsiyet eşitliğine aykırı bakış açısını pekiştirip yenden üretir ve dolaylı ayrımcılık yaşağına aykırılık taşır. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün ayrımcılık yaşağına aykırı olmadığını, kadınlarla erkeklerin kamu hizmetine alınmasına aynı mesafede olduğunu, kaldı ki kadınların biyolojik özelliklerinden dolayı kimi durumlarda kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesi için tercih edilmeyebileceğini ifade etmiştir⁵⁸.

⁵⁶ AYM, Sıdka Şeker, B. No: 2013/1948, 23.01.2014, prg 59.

⁵⁷ ÖDEN, s. 325-326.

⁵⁸ AYM, E. 1963/143, K. 1963/167, 25.10.1963.

II. Cinsiyet Eşitliğinin Anayasal-Tarihsel Değişimi

A. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Bakımından

1924 Anayasası 69. maddesi ayırım yapılmaksızın her Türk'ün kanunlar önünde eşit olduğunu düzenler. Bu düzenleme ile eşitlik ilkesi sadece kâğıt üzerinde varlığını oluşturmuştur⁵⁹. Bu şekilde Anayasa'da, kanun önünde eşitlik düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci cümlesi ise eski düzenin getirdiği ayrımcılıkları yasaklayıp, farklı bir ayrımcılık da yaratılamayacağını belirtir⁶⁰. Her ne kadar ilgili madde ile kanun önünde eşitlik düzenlenmiş olsa da cinsiyet eşitliğinin açık olarak tanımlanması söz konusu değildir. Hatta 1934 yılında yapılan değişiklikten önceki metninde kadınların seçme ve seçilme hakkı bulunmamaktadır⁶¹.

Eşitlik ilkesi, 1961 Anayasasında, "eşitlik" kenar başlıklı 12. maddede, "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz." şeklinde düzenlenmiştir. Bu anayasada eşitlik ilkesi, "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı İkinci Kısımın "Genel Hükümler" başlıklı birinci bölümünde düzenlenmiştir. Ancak yine de öğretilerde hem bir hak olarak hem de hukuk düzenine hâkim bir ilke olarak ifade edilmiştir. Buna ek olarak Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu öngören 1961 Anayasası'nın, kanunların eşitlik ilkesine uygun olup olmadığının incelenmesini öngördüğünden cinsiyet eşitliği bakımından güvence sağladığı söylenmektedir⁶².

⁵⁹ Gülçin EROKSAL ÜLGER, "Türk Anayasalarında Kadın Hakları ve Uygulamalarıyla İlgili Bir Değerlendirme", Yasama Dergisi, 2015, S. 31, s.31.

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yasamadergisi/issue/54469/741406> (e.t. 08.09.2020)

⁶⁰ ÖDEN, s. 112-113.

⁶¹ Mesut GÜLMEZ, "Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler", Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, (25-26 Ekim 2011, Kocaeli), Bildiriler III, İstanbul, 2011, s.56.

<https://studylibtr.com/doc/1132953/bildiriler---sosyal-haklar> (08.09.2020)

⁶² DÜNDAR SEZER, "Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi", s. 145.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sisteminin 1961 Anayasası ile kabulü⁶³ ve bir Anayasa Mahkemesi kurulmasının öngörülmesiyle birlikte eşitlik ilkesinin düzenlenişindeki yasama organının inisiyatifinin çizgileri Anayasa Mahkemesi tarafından çizilmeye başlanmıştır. Kapanı'ye göre 1961 Anayasası ile kurulan güvenceler sistemi içinde Anayasa Mahkemesi'ne özel bir önem atfedilmiş, Anayasa Mahkemesi "hürriyetlerin bekçisi ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin koruyucusu olarak" düşünülmüştür⁶⁴. Ancak toplumun yarısını oluşturan kadınlar, tıpkı eşitlik ilkesinden yakın bir tarihe kadar hatırı sayılır bir etki göremedikleri gibi, Anayasa Mahkemesi de cinsiyet eşitliği konusunda kadınların aleyhine sayılabilecek pek çok karar vermiştir.

1982 Anayasasında eşitlik ilkesi, "Kanun Önünde Eşitlik" başlığı taşıyan 10. maddede düzenlenmiştir⁶⁵. "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlığını taşıyan 2. maddenin altında düzenlenmemiş olması, değiştirilemez hükümlerin sahip olduğu korumaya sahip olmadığı anlamına geldiği şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁶. Bu düzenleme, açıkça kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna ilişkin bir hüküm içermez. Ancak kişilerin cinsiyeti dolayısıyla ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Kadın erkek eşitliğinin açıkça Anayasa'da yer alması 2004 yılına denk gelir. Cinsiyeti nedeniyle ayrımcılık yapılmaksızın herkesin kanun önünde eşit olduğunu ifade eden genel eşitlik ilkesi, kadınların ve erkeklerin eşitliği için yeterli olmamış, pek çok kadın örgütünün ve bağımsız

⁶³ GÖZLER, s. 40.

⁶⁴ Münci KAPANI, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara 1993, s. 126-127.

⁶⁵ Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleeri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

⁶⁶ Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Dağıtım, 9. Baskı, Bursa 2010, s. 97.

kadınların ortak çabaları ile 2004 yılında 1982 Anayasası'nın 10. maddesine "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür." ifadesi eklenmiştir. Bu ifade ile kadın ve erkeklerin eşitliğine ilişkin ilk kez açık Anayasal bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme, eşitliğin yaşama geçmesi hususunda devlete yükümlülükler yükler. Söz konusu düzenleme, cinsiyet eşitliği konusunda devletin sadece eşitliğe aykırı davranmaktan kaçınma yükümlülüğü değil, aynı zamanda eşitliğin sağlanması için pozitif yükümlülükleri olduğu anlamına gelmektedir.

1982 Anayasasında düzenlenen eşitlik ilkesi sınırları net olmayan soyut bir ilke olarak görülmektedir. Ancak 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleri ile maddeye eklenen cümleler Anayasal eşitlik ilkesinin sınırlarını çizmiştir⁶⁷. Yine de her bir düzenlemenin bu ilkeye uygun olup olmadığının tespiti bakımından yoruma muhtaçtır. Bu ilkenin anlamlandırılması yine yargı kararlarıyla olmuştur.

2010 yılında 10. maddeye "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." ifadesi eklenmiştir. Söz konusu düzenleme ile 1982 Anayasası'nın metninin, cinsiyet eşitliği konusunda sadece şekli eşitliği değil, aynı zamanda maddi eşitliği de öngördüğünü söylemek mümkündür. Ayrıca ilgili düzenleme eşitliğin sağlanması için devletlere birtakım pozitif yükümlülükler yüklemekte ve eşitliğin sağlanması için gerçekleştirilen pozitif ayrımcılığı meşru ve olumlu görmektedir.

2010 Anayasa değişikliğiyle birlikte 1982 Anayasası cinsiyet eşitliği anlamında pek çok eşitlik anlayışını birlikte düzenlemiş olup, eşitlikle benzer anlamlar içeren ifadeleri bünyesinde barındırmıştır.

⁶⁷ 2004 ve 2010 yıllarında 1982 Anayasası'nın eşitliği düzenleyen 10. Maddesine eklenen cümleler şu şekildedir:

"(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özür-lüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." Böylece düzenlemenin sadece şekli eşitlik değil, aynı zamanda maddi eşitliği de içerdiği, pozitif ayrımcılığı desteklediği ve bu bağlamda devlete yükümlülükler yüklediği belirginlik kazanmıştır.

Eşitlik ilkesini, anayasal ifadesi bakımından hukuk devletine ait bir ilke olarak niteleyen bir görüş bulunduğu gibi⁶⁸ düzenlendiği yer itibarıyla devlet yönetimine ilişkin bağımsız bir temel ilke olarak niteleyen görüş de bulunmaktadır⁶⁹. Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devletine de aykırılık oluşturduğunu belirterek, eşitlik ilkesinin hukuk devletinin kapsamı dahilinde bulunduğunu ifade etmektedir⁷⁰. Bu değerlendirmede 1961 Anayasasının güçlü bir hukuk devleti anlayışına karşın zayıf bir eşitlik ilkesi bakışı olmasının etkili olduğu söylenmektedir⁷¹. Bunun dışında eşitlik ilkesinin devlet yönetimine egemen olan ilkelere denmesinin yanında bir temel hak olduğu düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesini aynı zamanda bir hak olarak kabul etmektedir⁷².

B. İsviçre Federal Anayasası Bakımından

İsviçre Federal Anayasasında (Bundesverfassungsgesetz) kadının erkek eşitliğine ilişkin açık bir hüküm, 14 Haziran 1981 tarihinde Anayasa'nın 4. maddesinde yapılan değişiklik ile düzenlenmiştir⁷³. İsviçre Federal Anayasasının 4. maddesinin 2. fıkrasına eklenen hükme göre "Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir, yasa onların her şeyden önce ailede, öğrenimde ve işte eşit duruma getirilmesi için gerekli önlemleri alır. Kadın ve erkek eşdeğerli iş için eşit ücret istemek hakkına sahiptir-

⁶⁸ Sultan TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, "İHAM Kararları Işığında Türkiye' de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılığın Yasağı", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, 24-25 Ekim 2003, TBB Yay.:97, Ankara-2006, s. 220.
<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihs-294.pdf> (e.t. 08.09.2020)

⁶⁹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 98.

⁷⁰ TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, s.220.

⁷¹ Selda ÇAĞLAR, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", 2012/3 Ankara Barosu Dergisi, s. 47.

⁷² AYM, Tuğba Arslan, prg 108. Bu durumu şu şekilde ifade etmiştir:
"Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir."

⁷³ Zafer GÖREN, Türk Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulanma Biçimi), 2. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:83, İzmir 1998, s. 6.

ler.” Böylece cinsiyet eşitliği talep edilebilir ve doğrudan uygulanabilir bir temel hak olarak Anayasa’da düzenlenmiştir⁷⁴.

Eş değerli işe eşit ücret talep hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi hususu tartışılmış olsa da hâkim görüş, bu talebin bireysel ve mahkeme kararı ile işverene karşı ileri sürülmesinin bir hak olarak bulunduğu yönünde olmuştur⁷⁵.

İsviçre Federal Anayasası’nda kadın ve erkeklerin eşit iş için eşit ücrete tabi olacaklarının düzenlenmesinin ardından, 24.2.1993 tarihli Kadın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı Federal Mecliste kabul edilerek kanunlaşmış ve 01.09.1996 tarihinden itibaren “Eşit Duruma Getirme Kanunu” olarak yürürlüğe girmiştir⁷⁶.

İsviçre Federal Anayasası 18 Nisan 1999 tarihinde değiştirilmiş, bu bağlamda cinsiyet eşitliği 8. Maddede düzenlenmiş, bu düzenleme ile Devlete cinsiyet eşitliğinin sadece hukuki değil, fiili eşitliği sağlama konusunda da çaba gösterme yükümlülüğü yüklenmiştir⁷⁷.

İsviçre Federal Anayasası’nın en son değişiklikleri de içerecek biçimde eşitlik başlıklı 8. maddesi şu şekildedir⁷⁸:

(1) Yasa önünde herkes eşittir.

(2) Hiç kimseye, kökeni, ırkı, cinsiyeti⁷⁹, yaşı, dili, sosyal konumu,

⁷⁴ GÖREN, s. 6.

⁷⁵ E. Tuncay Senyen KAPLAN, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, TBB Dergisi 2017 (Özel Sayı), s.248.

⁷⁶ KAPLAN,248.

⁷⁷ GÖREN, Genel Eşitlik İlkesi, s. 3289.

⁷⁸ Feride EROĞLU, Avrupa Ülkeleri Anayasalarında Toplumsal Cinsiyet ve Kadın-Erkek Eşitliği ile İlgili Düzenlemeler, Kasım 2011, s. 23.
<http://kasaum.ankara.edu.tr/files/2013/02/Avrupa-ulkelerinde-Kadin-Erkek-esitligi.pdf> (e.t. 08.09.2020)

⁷⁹ İsviçre Federal Anayasası’nın 8. Maddesinin çevirisindeki farklılıktan kaynaklı olarak maddede geçen “cinsiyet” ifadesi “toplumsal cinsiyet” olarak da belirtilmiştir. İsviçre Federal Anayasasının İngilizce çevirilerinde her ne kadar dilimize toplumsal cinsiyet olarak çevrilmiş olan “gender” ifadesine yer verilmişse de Fransızca metninde “sex” ifadesi kullanılmaktadır. Söz konusu maddede “cinsiyet” ifadesi kullanılmaksızın “toplumsal cinsiyet” ifadesinin kullanılması mümkün görünmediğinden ve asıl metninde “cinsiyet” ifadesinin kullanılması sebebiyle ilgili ifadenin “cinsiyet” olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

yaşam tarzı, dini, felsefi ya da siyasi inançları ya da bir bedensel veya zihinsel engeli nedeniyle ayrımcılık yapılamaz.

(3) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Kanun özellikle ailede, eğitim sırasında ve işyerinde, hukuk önünde ve uygulamada/pratikte eşitlik sağlar. Erkekler ve kadınların eşit değerde iş için eşit ücrete hakkı vardır.

III. Cinsiyet Eşitliğinin Anayasal Yorumu

Bu başlık altında Türkiye açısından Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, İsviçre açısından ise İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi kararları incelenecektir. Bu bölümde yer alan kararlar, kadınların kamusal hayattaki varlıklarının bir görünümü olan iş hayatındaki durumlarına ve kadınların evlenme sonrası sadece kendi soyadlarını kullanamama sorununa ilişkindir. Kararların konu itibariyle iki ülke arasında karşılaştırma yapmaya elverişli olacak şekilde benzerlik taşımalarına dikkat edilmiştir. Cinsiyet eşitsizliğinin toplumsal ilişkilerde olduğu gibi pek çok yargı kararında da farklı yönden yansıması söz konusudur. Ancak bu başlık altında İsviçre açısından yıllar içinde gelişimini de görebileceğimiz ancak Türkiye açısından toplumsal gelişmelere ayak uyduramamış yargı kararlarının seçilerek incelenmesinin, çalışmanın konusu olan cinsiyet eşitliği yaklaşımlarını daha iyi ortaya koyacağı düşüncesindeyiz. İnceleme, az sayıdaki benzer kararın gelişim seyri içinde, eleştirel bakış açısıyla, sözel yorumuna dayanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararları incelenirken bu kararların eşitlik anlayışının hangi yaklaşımı dikkate alınarak verilmiş oldukları değerlendirilmiş, cinsiyet eşitliğinin fiili olarak sağlanması için hangi yaklaşımın daha elverişli olduğu hususu söz konusu yargı kararlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

A. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Cinsiyet Eşitliği Yorumu

1. Kadının Evlilik Sebebiyle İşten Tazminat Alarak Ayrılmasına İlişkin Karar

İnceleme konusu karar⁸⁰, toplumsal cinsiyet bağlamında toplumsal iş bölümüne ilişkindir. Evlenme nedeniyle işten ayrıldığından bahisle kıdem tazminatını almak isteyen bir işçi ile işçinin bu tazminata hak kazanmadığını iddia eden işvereni arasındaki uyuşmazlığa ilişkin yargılamada İş Mahkemesi hâkimi, yargılama konusu yasa maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapmıştır.

İptali istenen madde, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi olup bu madde kıdem tazminatını düzenlemektedir. İş Kanunu'nun pek çok maddesi değiştirilmiş olsa da eski İş Kanunu'nda bulunan bu madde aynı şekilde korunmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre evlenen kadın evlenmesinden itibaren bir yıl içinde kendi arzusu ile iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İlgili maddenin gerekçesinde 743 Sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin 159. Maddesine göre kocanın izin vermemesi durumunda kadının çalışmayacak olması ve bunun da mücbir sebep teşkil ettiği belirtilmektedir. Bu madde, daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bunun yerine 4721 sayılı Medeni Kanun'un 191. maddesi, eşlerden her birinin meslek seçiminde diğerinin iznini almak zorunda olmadığını düzenler. Aynı zamanda 743 sayılı eski Medeni Kanun, kocayı evlilik birliğinin reisi ilan edip evin geçimini sağlama görevi yüklerken, kadına evin bakımı ve ev hizmetleri görevi yüklemekteydi. İkametgâhın ise her zaman kocanın ikametgâhı sayılması öngörülmekteydi. Tüm bu açıklamalar ışığında kadının elinde olmayan sebeplerle işten ayrılmasının, oldukça yüksek bir ihtimal olarak karşımıza çıktığını söyleyebiliriz.

⁸⁰ AYM, E. 2006/156, K. 2008/125, 19.06.2008.

Anayasa Mahkemesi esas incelemesinde eşitlik ilkesinin mahiyetine ilişkin olarak, “Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir.” Şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Devamla, durum ve konularındaki özelliklerin kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğini belirtmiştir. Bu ifadeler, Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik konusunda maddi eşitliğin farklılıkları dikkate alan “haklı neden” kriteri ile değerlendirme yaptığı anlamına gelmektedir. Cinsiyetler arasında durum ve koşullarda birtakım farklılıkların bulunduğu ve bu farklı davranılmasında haklı bir neden bulunuyorsa söz konusu farklı uygulamanın eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı görüşü savunulmuştur.

Mahkeme, söz konusu kararda farklılıkları “toplumsal gerçekliklere” dayandırmış, kadının aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım bakımından erkeklerden farklı olduğunu belirtmiştir. Aslında söz konusu gerekçe, her ne kadar AYM’nin kararından altı yıl önce Medeni Kanun’un kadınlara ve erkeklere evlilik birliği içinde farklı sorumluluklar yükleyen düzenlemesi kaldırılmış olsa da kadının evin bakımı ve ev hizmetlerinin yerine getirilmesinde görevli olduğu anlamına gelir. AYM’nin “toplumsal gerçeklik” dediği olgu, kadını kamusal alandan dışlayıp özel alana, eve hapseden “toplumsal cinsiyetin algısının yarattığı eşitsizliğin kendisi” olarak karşımıza çıkar.

Netice itibarıyla söz konusu kararda AYM, maddi eşitlik anlayışının farklılıkları dikkate alan yaklaşımı ile başvuru konusu olaya yaklaşmış, kadınlarla erkeklere yönelen farklı davranışların, meşru sebep bulunması nedeniyle eşitsiz sayılamayacağını ifade etmiştir. Bu karar, cinsiyete dayalı toplumsal iş bölümünün hukuksal olarak meşrulaştırılması niteliğindedir⁸¹.

⁸¹ Toplumsal iş bölümü ile toplumsal cinsiyet ilişkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Serpil SANCAR, Erkeklik: İmkânsız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, Metis Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 2013, s. 175 v.d.

Gülseven'e göre AYM bu kararlar, "kadınların aile ve ücretsiz ev emeği alanında sıkışmasına karşı çıkmayan, adeta bu tür bir kısıtlılığı teşvik eden ya da bu durumun erkek egemen toplumdan kaynaklanan temellerini hiç ele almayan, sadece ortaya çıkan zayıflık ve bağımlılıktan doğan zararı tazmin amacıyla kendini sınırlayan geleneksel korumacı tedbirleri uygulamaktadır"⁸².

2. Kadının Evlenmeden Önceki Soyadını Tek Başına Kullanabilmesine İlişkin Karar

Üç farklı aile mahkemesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin gündemine taşıdığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesi, evlenen kadınların soyadını düzenlemektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır." Başvuru⁸³, ilgili madde nedeniyle kadının evlenmekle kendi soyadını tek başına kullanamadığı, bu durumun ise eşler arasındaki (kadınla erkek arasındaki) eşitlik ilkesine, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu belirtilerek maddenin iptali istemine ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi iptal talebine ilişkin vermiş olduğu ret kararında, Anayasa'nın 10. Maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin amacının, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğunu ifade etmiştir. Buradan hareketle eşitlik ilkesinin eylemli değil hukuksal eşitlik anlamında yorumlandığını belirtmiştir.

Bu noktada mahkeme, farklılıkları dikkate alan bir yaklaşımla maddi eşitlik anlayışı ile inceleme yapacağını, "durum ve konumlardaki özellikler kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir" ifadeleri ile belli etmiştir. Ardından aynı durumdakilere aynı, farklı hu-

⁸² Ayşe Seda GÜLSEVEN, "Türk Aile Hukukunda Toplumsal Cinsiyet Rollerini", TBB Dergisi 2017 (132), s. 195.

⁸³ AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

kuksal durumların farklı kurallara bağlanmasının eşitlik ilkesini zedelemeyeceğini ifade etmiştir. Bu açıklamalarla birlikte farklı davranmanın eşitliğe aykırı sayılmaması için mahkeme “haklı sebep” ortaya koymalıdır. AYM, bu kararda haklı sebepleri kamu düzeni ve kamu yararı olarak açıklamıştır. Ancak haklı sebepleri açıklamadan önce aile kavramının önemi üzerinde vurgulu olarak durmuştur.

Mahkeme haklı sebeplerin varlığını şu şekilde ifade etmiştir: “Bu kapsamda, yasa koyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır.”

AYM, söz konusu kararla açıkça aile kurumunu kadınlardan üstün tutmuş, ona kutsallık özelliği yüklemiş ve karşısında kadının varlığını gözden çıkarılabilir bulmuştur. Buna ek olarak, kadının başvurusu durumunda önceki soyadını da kullanabilmesini kadınların kişiliklerini geliştirmeleri için “yeterli” görmüştür. Kararın gerekçesinde açıklığa kavuşmayan hususu karşı oy yazılarından biri sormakta, kamu düzeni ve nüfus kayıtlarının düzenlenmesi için neden aile soyadı kadının soyadı olarak belirlenmemektedir? İlgili kararın gerekçesi bu sorunun cevabını barındırmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında kadın ve erkeklere yönelen farklı bir davranışın bulunduğu kabulü ile bu farklı davranışın kamu düzeni ve kamu yararı gibi haklı sebepleri olduğuna ve bu sebeple iptale konu yasa maddesinin 1982 Anayasası’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin cinsiyet eşitliğine ilişkin başkaca kararları da bulunmaktadır. Konu yönünden İsviçre Federal Yüksek

Mahkemesi'nin kararları ile benzerlik taşıyan iki kararı çalışma için seçilerek incelenmiştir.

B. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin Cinsiyet Eşitliği Yorumu

1. Genel Olarak

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, İsviçre Konfederasyonu'nun anayasa hukuku alanında da yetkili olan yüksek yargı kurumudur⁸⁴. İsviçre ile Türkiye başta Medeni Kanun olmak üzere pek çok ortak kurumları içerse de kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda farklı düzenlemeler içerirler.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, soyut ya da somut norm denetimi yoluyla kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebilmekte, anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü kanunları iptal edebilmektedir. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi ise ancak federe devletler tarafından kabul edilen kanunlar ya da federal hükümet tarafından kabul edilen düzenleyici işlemlerin anayasaya aykırı olması halinde denetleme yetkisini kullanabilmektedir. 1874 yılından itibaren İsviçre Federal Anayasası'nın 190. maddesine göre; Federal Yüksek Mahkeme, federal kanunları uygulamayı reddedemez⁸⁵. Bu kurala göre İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin federal kanunlar bakımından anayasaya uygunluk denetimi yapamayacağı söylenebilir⁸⁶.

Söz konusu kuralın gerekçesi olarak, halk egemenliği öne sürülmektedir. İsviçre'de halkın parlamento tarafından kabul edilen kanunlar hakkında son sözü söyleme hakkı vardır. 50.000 yurttaşın bu yönde bir talepte bulunması halinde, Parlamento tarafından kabul edilen kanunlar

⁸⁴ Gilbert KOLLY, "Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun", Anayasa Yargısı, 2012, C.28, S.1, s. 247.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52013/678289> (e.t. 08.09.2020)

⁸⁵ KOLLY, s.248.

⁸⁶ İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin yetkileri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ramazan GÜLSÜN, "İsviçre Hükümet Sistemi", International Journal of Legal Progress, 2016, S.2, s.148.
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/260567> (e.t. 11.04.2019)

hakkında halkoylaması düzenlenir⁸⁷. Bu bağlamda halkın iradesi ile belirlendiği kanunların belirli sayıda hâkimden oluşan bir heyet tarafından iptal edilmesine izin verilmemiştir⁸⁸.

Yine de Federal kanunların anayasaya uygunluk denetiminin Federal Mahkeme tarafından sınırlı bir şekilde uygulandığını söylemek mümkündür. 2012 yılında İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi Başkanvekili Kolly, Federal Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulanacak olan kanun maddelerini mümkün oldukça Anayasa'ya uygun olarak yorumlama çabası gösterdiğini, bunun mümkün olmadığı durumlarda ise kanunun anayasaya aykırı olduğunu saptayarak yasama organını bu kanunu değiştirmeye davet ettiğini ifade etmiştir⁸⁹.

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi kararları incelendiğinde özellikle eski tarihli kararlarında eşitlik ilkesinin yorumunda maddi eşitlik anlayışını Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi gibi ayrınlık/ farklılık yaklaşımı ve haklı neden kriterleri ile ele aldığı görülmektedir. "Haklı neden" kriteri İsviçre'de de kadınların aleyhine yorumlanmış, bu yaklaşımla, toplumsal cinsiyet eşitsizliği yargı kararları ile meşrulaştırılmıştır. Ancak Federal Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında toplumsal cinsiyet rollerinin yarattığı farklılığı (farklılaştırma) haklı neden olarak kabul ettiği kararlarını eleştirmiştir⁹⁰.

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin toplumsal cinsiyet eşitsizliğini temel alan kararları mevcuttur. Bunlardan bir tanesi BGE 109 II 193, 194 numaralı 1983 tarihli karardır. Bu kararda⁹¹ Federal Mahkeme gerekçesini, küçük çocukların velayetlerinin annelerine verilmesi genel kuralını, esasen çocuk bakımını kadının görevi olarak gören toplumsal

⁸⁷ KOLLY, s. 249.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesinin, yasamanın yapmış olduğu kanunları iptal edebilmesine ilişkin yöneltilen eleştiriler için bkz. Ozan ERGÜL, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: Yargısal Aktivizm", TBB Dergisi, 2013, S.104, s.40. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1241> (e.t. 08.09.2020)

⁸⁹ KOLLY, s. 249.

⁹⁰ GÖREN, Türk Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, s. 55.

⁹¹ BGE 109 II 193, 194. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F109-II-193%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document (e.t. 08.09.2020)

düşünceye dayandırmıştır. Küçük çocukların zihinsel, fiziksel ve zihinsel gelişimleri için annelerinin özenine, sıcaklığına ve sevgisine bağımlı olduklarını, kendisine verilen emaneti üstlenebilmek için mesleki görevinden ve uygun ilerlemeden vazgeçmeye istekli olanın anne olduğunun toplumsal bir kural olduğunu vurgulamıştır. Böylece kadın ve erkeğe yönelen farklı davranışın, haklı nedeni olduğuna ilişkin vurgusunu kadınların çocuk bakma ödevi olduğuna ilişkin toplumsal eşitsiz inancıya dayandırmıştır.

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin, eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin görüşünü 1977 tarihli BGE 103 I a 517 S. 519 numaralı kararında⁹² görmek mümkündür. Bu karara göre, benzer olgusal durumlara benzer yasal muamele uygulanması ve farklı olgusal durumlara farklı yasal muamele uygulanması uygundur. Kadın ve erkeklerin eşit olduğu kabul edildiğinde farklı davranışın haklı bir sebebi olup olmadığının araştırılması gerekir. Kadınların ve erkeklerin arasındaki biyolojik farklılıkların farklı bir yasal işlem uygulanmasını haklı kıldığı belirtilmiştir. Bu değerlendirmeler ışığında İsviçre Federal Yüksek Mahkeme'sinin de maddi eşitlik anlayışının aynılık/farklılık değerlendirmesi bağlamında "haklı sebep" kriterine göre karar verdiğini söylemek mümkündür.

Ancak İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin yakın tarihli kararlarına bakıldığında, bu yaklaşımı terk ettiğini, dezavantaj yaklaşımı ile değerlendirme yaparak vermiş olduğu yakın tarihli kararları bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu durum, cinsiyet eşitliğinin hayata geçirilmesi için devletin pozitif yükümlülüğüne uygun olarak değiştirilen yasal/anayasal düzenlemeler ile de uyumludur.

⁹² BGE 103 I a 517 S. 519.

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=1999&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=103+Ia+517&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F103-IA-517%3Ade&number_of_ranks=21&aazacir=clir \(e.t. 08.09.2020\)](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=1999&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=103+Ia+517&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F103-IA-517%3Ade&number_of_ranks=21&aazacir=clir (e.t. 08.09.2020))

Ayrıca söz konusu kararda Mahkeme, eşitlik ilkesinin yatay etkisini de tartışmıştır. Bu konuda İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi önce eşitlik ilkesinin özel kişilere ileri sürülemeyeceği görüşünü bildirmişse de sonrasında bu görüşü değiştirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN, s. 248.

2. Kadın ve Erkek Arasındaki Ücret Eşitsizliğine İlişkin Karar

Kadın ve erkek arasındaki ücret eşitsizliği, toplumsal cinsiyetin ve ona bağlı cinsiyetçi iş bölümünün en belirgin örneklerindedir. Ücretin cinsiyetten bağımsız kılınması, cinsiyet eşitliği için olmazsa olmaz değerdedir. Ücretin cinsiyete bağlı olarak değişmesi durumu, kamusal/özel alan ayrımı ve kadının kamusal alandan dışlanması ile doğrudan ilişkilidir. Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin kadının evlilik sebebiyle işten ayrılması durumunda kıdem tazminatı kazanmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını belirttiği kararı ile benzerlik taşımaktadır. Her iki karar da kadının kamusal alandan dışlanması, ev hizmetlerinin ve çocuk bakımının kadının asli görevi olması düşüncesine dayanan toplumsal cinsiyet olgusuna dayanır.

Bu başlığın açıklığa kavuşturulması için İsviçre Federal Mahkemesi'nin değişen tutumuyla birlikte mevzuattaki değişikliklerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Özet olarak belirtmek gerekirse, İsviçre Anayasası'nın 1981 tarihli değişiklik ile düzenlenen halinde, erkek ve kadının eşit değerde iş için, eşit ücret talep hakları olduğu kabul edilmiştir.

“İsviçre Federal Anayasası'nın 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu ilkenin çalışma hayatında uygulanmasını gerçekleştirmek üzere 24.2.1993 tarihli Kadın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı Federal Meclislerde kabul edilerek kanunlaşmış ve 1.9.1996 tarihinden itibaren “Eşit Duruma Getirme Kanunu” (Gleichstellungsgesetz -GIG) olarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında ayrımcılık yasağının özellikle, işe başlamada, görev dağılımında, iş şartlarının tayininde, ücret, meslek ve hizmet içi eğitimde yükseltmede ve işten çıkarmada uygulanacağı öngörülmüştür⁹³.”

Bu gelişim seyri içinde İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin bakış açısı da değişmiştir. Federal Mahkeme'nin eski kararlarının bir kısmı maddi eşitlik ilkesinin aynılık/farklılık yaklaşımı ile verilmiş olup, top-

⁹³ KAPLAN, s. 247-248.

lumsal cinsiyetin yarattığı cinsiyetler arası eşitsiz durum “haklı neden” olarak değerlendirilmiştir. Bunun örneklerinden biri, kadın öğretmenlerin erkek öğretmenlerden daha az ücret almalarının, erkek öğretmenlerin aile geçindirmesi “haklı nedenine” dayanması sebebiyle eşitlik ilkesini ihlal etmediğine dair verilen karardır⁹⁴. Ancak daha sonra Federal Yüksek Mahkeme BGE 103 I a 517 S. 522 numaralı 1977 tarihli kararında⁹⁵ bu anlayışın evli olmayan ve kendi geçimini sağlayan kadınlar açısından eşitsizlik yarattığını ve bu görüşün artık geçerli olmadığını belirtmiştir.

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, ücrette cinsiyet eşitliğine ilişkin vermiş olduğu Aralık 2015 tarihli bir kararda⁹⁶, dezavantaj ve dolaylı ayrımcılık değerlendirmeleri yapmıştır. Federal Yüksek Mahkeme’nin erkeklerin ev geçindirmek zorunda olması sebebiyle ücretlerinin yüksek olmasının eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı kararından, toplumsal cinsiyetin ücret ile ilişkisini incelediği kararlara yönelen değişiminin oldukça önemli bir gelişme olduğu söylenebilir.

Federal Yüksek Mahkeme’nin ücrette cinsiyet eşitliğine ilişkin vermiş olduğu 2015 tarihli 141 II 411 numaralı karara konu olayda ilkökul öğretmeni bir kadın, ilkökul öğretmenliğinin “kadın mesleği” olarak görüldüğünü ve buna bağlı olarak diğer öğretmenlere göre daha az ücret ödendiğini, bu durumun cinsiyet eşitliğine, eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığını ifade etmiştir.

⁹⁴ GÖREN, Türk Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, s. 55.

⁹⁵ BGE 103 I a 517 S. 522. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=1999&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=103+Ia+522&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F103-IA-517%3Ade&number_of_ranks=21&aazacir=clir (08.09.2020)

⁹⁶ 141 II 411

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=5&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2019&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=Gleichstellung+der+Geschlechter&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=44&highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-II-411%3Ade&number_of_ranks=56&aazacir=clir (08.09.2020)

Bahsi geçen ücret eşitsizliğine neden olan düzenleme, bir kantonda öğretmenler de dahil olmak üzere tüm kanton çalışanlarının maaşlarının yeniden değerlendirilmesinin bir parçası olarak, çeşitli işyerlerinin değerlendirmesini yaparak geliştirilen analitik iş değerlendirme sistemine ilişkindir. Bu sistemin, cinsiyetsiz bir araç olması hedeflenmiştir. Ancak söz konusu sistem, anaokulu ve ilkökul öğretmenlerinin ücretlerinde düşüş yaşanmasına neden olmuştur.

Başvurucu ilkökul öğretmenliğinin kadın mesleği olarak görülmesi nedeniyle bu ücret eşitsizliğinin cinsiyet eşitsizliğine dayandığını ifade etmiştir. Kanton mahkemesi ise İsviçre'deki ve Aargau kantonundaki ilkökul öğretmenleri arasında kadınların oranı %70'in oldukça üstünde (İsviçre genelinde %81,5) olmasına rağmen, ilkökul öğretmenliğinin tarihsel karakteri bakımından cinsiyetsiz olarak sınıflandırılması gerektiğini ifade etmiştir. Buna karşın Federal Yüksek Mahkeme, ilkökul öğretmenliği mesleğinin "kadın mesleği" olarak değerlendirildiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Ardından Federal Yüksek Mahkeme dolaylı ayrımcılığın tanımını yapmış, kimi zaman nötr gibi görünen düzenlemelerin cinsiyetlerden birine diğerine göre daha büyük bir yük veya baskın bir dezavantaj yüklediği durumlarda dolaylı ayrımcılığın varlığından bahsedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna ek olarak kimi öznel değerlendirmelerde ücret farklılığı olabileceğini, bunun birtakım nesnel ölçütlere dayanması gerektiğini belirtmiştir. Bu nesnel ölçütler, eğitim, kıdem, nitelikler, deneyim ve performans gibi cinsiyetten bağımsız olduğu düşünülen kriterlerdir. Ücret farklılığının haklı sayılabilmesi için, işverenin uygulamanın meşru bir amaca yöneldiğini, gerçek bir ihtiyaca karşılık geldiğini ve amaç ile uygulamanın ölçülü olduğunu kanıtlaması beklenir.

Federal Yüksek Mahkeme kararında devamlı dolaylı ayrımcılığın her zaman kolay tespit edilemediğini, bu hususun tespiti için istatistiksel veriye ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir. Buna ek olarak ilkökul öğretmenliği mesleğinin kadın mesleği olarak görüldüğü iddiasının Federal İstatistik Ofisi'nin (FSO) ülke çapındaki uzun vadeli istatistikleriyle de desteklenmekte olduğunu ifade etmiştir.

Tüm bu bilgiler ışığında artık ilkokul öğretmenliğini cinsiyetsiz bir meslek olarak değerlendirmek için yeterli neden olmadığına karar vermiştir. Bu sebeple Federal Yüksek Mahkemesi, kanton mahkemesinin ilkokul öğretmenliğinin kadın mesleği olarak görüldüğü bilgisi ile başvuru konusu olayda dolaylı ayrımcılığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelemesi için gereken koşulun bulunduğu sonucuna varmıştır.

Söz konusu karar aynılık/farklılık yaklaşımı ile ele alınmış olsa, Federal Yüksek Mahkeme her iki meslek grubunun farklı çalışma saatlerini ya da şartlarını öngördüğüne ve bu sebeple ücret farkı için haklı sebebin bulunduğuna karar verebilirdi.

Her ne kadar dolaylı ayrımcılığın varlığına dair açık bir tespit olmasa da başvuru konusu olayda Federal Yüksek Mahkeme, kadınların kadın olmaları sebebiyle sahip oldukları dezavantajlardan kaynaklanan farklı davranma durumu olup olmadığını araştırmıştır. Bu anlamda dezavantaj kriteri ile yapılan değerlendirmenin, cinsiyetler arası eşitsizliğin varlığının tespiti ile kadınlarla erkekler arasındaki fiili eşitliğin sağlanması için aynılık/farklılık yaklaşımına göre daha elverişli olduğunu söylemek mümkündür.

3. Kadının Evlenmeden Önceki Soyadını Tek Başına Kullanabilmesine İlişkin Karar

Kadınların evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmelerine ilişkin tartışmalar, İsviçre’de Türkiye’den biraz farkı gelişmiştir. Türkiye’de daha çok yargı kararları ile tartışılan bu problem, İsviçre’de kanun değişiklikleri ile gündeme getirilmiştir. Bu durumda her iki devletin anayasa mahkemelerinin yetkilerinin sınırları ile ülkedeki halkın demokratik taleplerinin siyasi otorite tarafından dikkate alınma oranı arasındaki farkların etkili olduğu söylenebilir.

İlk düzenleniş şekliyle İsviçre Medeni Kanunu’nda aile soyadı kocanın soyadı olarak kabul ediliyor ve evlenen kadının, erkeğin soyadını alacağı öngörülüyordu. Bir başka ifadeyle emredici nitelikte olan

bu hüküm kadının evlenmekle birlikte kişiliğine sıkı sıkıya bağlı hakkı olan isim hakkından vazgeçmesini şart koşmaktaydı. Bu anlamda 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile benzerlik taşımaktadır. Farkı ise aynı Kanun'un 30. maddesinde düzenlenen haklı sebeple isim değişikliğini öngören hükümdür. Buna göre evlenen kadının erkek eşin soyadını alacağına ilişkin hüküm 1983 yılında değiştirilmiş, kadının evlendirme me-muruna gerçekleştireceği beyanla erkek eşin soyadının yanında kendi soyadını/evlenmeden önceki soyadını da ekletebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile yine eşitlik sağlanamamış, kadınların evlenmeden önceki soyadlarını tek başına taşıyabilmeleri imkansızlığını korumuştur. Ayrıca aile adının kadın eşin soyadı olarak seçilmesi durumunda erkeğin evlenmeden önceki soyadını koruma hakkı bulunmamaktadır.

1998 yılında haklı sebeple isim değiştirmeyi düzenleyen mad-denin değişikliği yürürlüğe girmiş, böylece tarafların “dikkate değer bir sebep” göstermeleri durumunda kadın eşin soyadını aile adı olarak kul-lanabilmeleri mümkün kılınmıştır⁹⁷.

Tüm bu düzenlemelerin sonucunda aile adının, kadın eşin soyadı olarak seçilmesi durumunda erkek eşin evlenmeden önceki soyadını kullanamaması sorunu ortaya çıkmıştır. Erkeklerin aile adının yanında evlenmeden önceki soyadlarını kullanamıyor, kadınların kullanabiliyor olmalarının aile adının, erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarına göre dizaynı konusunda gizli bir teşvik niteliği taşıdığı söylenebilir. Nitekim AİHM, 1994 tarihli bir kararında⁹⁸ bu durumun AİHS'in 8. ve 14. mad-delerinin ihlali niteliğini taşıdığını belirtmiştir. Bunun üzerine aynı yıl Nüfus İşleri Yönetmeliği değiştirilerek, bu durumda erkeğe de aynı hak

⁹⁷ M. Beşir ACABEY, “Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s.500-501.
<http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/13-BESIR-ACABEY.pdf> (08.09.2020)

Saibe OKTAY ÖZDEMİR, “Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, C.22, S.3, s.2020-2021.
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/372909> (08.09.2020)

⁹⁸ Burghartz v. İsviçre, 16213/90, 22.02. 1994.

tanınmış; fakat bu yönde değişiklik öngören bir yasa teklifi, 2001 yılında Meclis Komisyonunda reddedilmiştir⁹⁹.

Tarafların kendi soyadlarını ayrı ayrı taşımalarına izin verilmemesi nedeniyle yaşanan bir sorun, çözüm için yargıya taşınmışsa da İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi tarafların ayrı ayrı kendi soyadlarını taşımasının kanuna aykırı olduğunu belirterek bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruda AİHM, 2010 yılında verdiği Losonci Rose ve Rose v. İsviçre kararında, soyadına ilişkin düzenlemeyi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. ve 8. maddelerine aykırı bulmuştur¹⁰⁰.

Tüm bu gelişmelerin ardından¹⁰¹ “1 Ocak 2013'te yürürlüğe giren ve cinsiyet eşitliğini benimseyen yasa değişikliği ile, evlendikten sonra tarafların bekârlık soyadını koruyacağı kuralı benimsenmiş ve yasada taraflara eşlerden birinin soyadını “ortak aile soyadı” olarak belirlemek konusunda, bir seçim hakkı tanınmıştır¹⁰².”

Boşanma durumunda ise, İsviçre Eski Medeni Kanunu'nun 119. maddesine göre boşanmaların eşlerin soyadı üzerinde bir değişikliğe sebebiyet vermeyeceği düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeye göre, eşler evlenme ile kazandıkları soyadları boşanmayla korumaya devam eder. Evlenmeyle soyadı değişen eş, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde nüfus memuruna başvurarak evlenmeden önceki soyadını kullanmaya devam etmek istediğini bildirebilirdi. İsviçre Medeni

⁹⁹ ACABEY, s. 501.

¹⁰⁰ Losonci Rose and Rose v. Switzerland, 664/06, 09.11.2010.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2264/06%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CLIN%22%5D,%22itemid%22:%5B%22002-734%22%5D%7D> (08.09.2020)

¹⁰¹ Aile adında birlik ilkesinin İsviçre tarafından terkedilme sürecindeki etkenler için bkz. Serap HELVACI, Gediz KOCABAŞ, “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 21, S. 2, s. 626-627.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/27556/289904> (08.09.2020)

¹⁰² Bahar ÖCAL APAYDIN, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 6, S. 2, s. 434.
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/208353> (08.09.2020)

Kanunu'nun 01.01.2013 yürürlük tarihli değişikliği ile bu madde önemli ölçüde korunmuş, sadece eşin nüfus memurluğuna yapacağı başvuru için geçerli olan 1 yıllık süre şartı kaldırılmıştır¹⁰³.

Nihai olarak kadın erkek eşitliğine uygun olarak tarafların soyadının evlilik sırasında da korunacağına ilişkin düzenleme öncesinde İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'ne ilgili düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin başvurular yapılmıştır. Mahkeme'nin bu konudaki tavır değişikliğini anlayabilmek açısından biri AİHM'in Losonci Rose ve Rose v. İsviçre kararından önce, diğeri sonra olmak üzere İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin Iris Rose ve Laszlo Losonci'nin başvuruları konusunda vermiş olduğu iki karar incelenecektir.

Birinci karar AİHM'in kararından öncedir. Evlilik hazırlık sürecinde olan, İsviçre'de yaşayan İsviçre-Fransız çifte vatandaşı Iris Rose ve Macaristan'da yaşayan Laszlo Losonci, 17 Eylül 2003 tarihinde, evlendikten sonra da ayrı ayrı kendi soyadlarını kullanmak istediklerini bir dilekçeyle gerekli makamlara bildirmişlerdir. Bu dilekçe, talebin kanuna uygun olmaması gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine çift evlenmiş, geçici bir çözüm ile aile adı olarak kadının soyadını (Rose) belirlemişlerdir. Bunun üzerine Laszlo Losonci kendi soyadını kullanabilmek için Federal Mahkeme'ye başvurmuştur¹⁰⁴. Federal Mahkeme, 24 Mayıs 2005 tarihinde verdiği kararda, kanunlara göre asıl olanın erkeğin soyadının aile adı olması, istisna olanın ise kadının soyadı olması durumunu, kadının soyadının aile adı olarak belirlenebilmesi için haklı sebep öne sürülmesinin gerekli olduğu gibi hususları hiçbir şekilde değerlendirmemiştir. Bunun yerine tıpkı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa

¹⁰³ Serkan AYAN, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 4, 2012, s. 53.
http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_4_2.pdf (08.09.2020)

¹⁰⁴ SA.4/2005
https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=5A.4%2F2005&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F24-05-2005-SA-4-2005&number_of_ranks=2 (08.09.2020)

Mahkemesi'nin benzer konuda verdiği karar gibi aile birliğinin öneminden bahsetmiş ve aile birliğinin sağlanması için ortak soyad kullanılmasının öneminden bahsetmiştir. Buna ek olarak söz konusu mevzuatın eşitlik ilkesine aykırı olmadığından, netice itibarıyla her iki cinsin soyadının da aile adı olarak belirlenmesinin kanunen mümkün olduğundan bahsetmiştir.

Söz konusu karar ile Federal Mahkeme'nin hala dezavantaj yaklaşımı ile eşitlik ilkesini yorumlamadığını söylemek mümkündür. Zira söz konusu düzenlemenin kadınların toplumdaki dezavantajlı durumlarından kaynaklandığı (aile adının erkeğin adı olmasının asıl olması durumu) ve bu dezavantajı devam ettirdiğini (kadınların soyadının aile adı olması için haklı neden ileri sürme zorunluluğu) tespit etmek mümkünken Federal Mahkeme, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Ardından taraflar AİHM'e başvurmuşlardır. Hükümet ortak bir soyadı kullanımının aile birliğinin sağlanması için meşru bir amaca dayandığını iddia etmişse de AİHM bu iddiayı inandırıcı bulmamış, başvuru konusu olayda cinsiyetler arası farklı muamelenin meşru ve zorlayıcı bir nedenden yoksun olduğunu belirtmiştir¹⁰⁵.

İkinci karar, AİHM'in ihlal kararının ardından aynı başvuruçuların yeniden değerlendirme talebiyle İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'ne başvurması neticesinde 2011 yılında verilmiştir¹⁰⁶. Söz konusu kararda Federal Mahkeme, AİHM kararını açıklamış, İsviçre Hukukunda evlenmeye bağlı soyad değişiminde kadının ya da erkeğin İsviçre vatandaşı olup olmamasına göre farklı düzenlemelerin bulunduğunu ve bu farklı düzenlemenin ayrımcılığa neden olduğunu, erkek eşin yabancı olması durumunda soyadının evlilikten etkilenmeyeceğini ama kadın eşin

¹⁰⁵ Losonci Rose and Rose v. Switzerland, 664/06, 09.11.2010.

¹⁰⁶ 2011 SF_4

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=BGer+5F_4%2F2011&rank=1&azaclar=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F08-09-2011-SF_4-2011&number_of_ranks=126 (08.09.2020)

soyadını korumak için Medeni Kanun'un 30. maddesi kapsamında ad değişikliği talebinde bulunmak zorunda kalacağını, bu eşitliksiz temelli davranışın yasal anlamda Sözleşme'ye uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşmeye uygun yorumlandığında ise hem kadın hem de erkek eş aile adını belirleyebilmelidirler. Buradan hareketle erkek eşin aile adı olarak önceki ismini ("Losonci") saklayabileceği sonucuna ulaşıldığı ifade etmiştir. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi birkaç sene önce aile birliğinin sağlanması için getirilen bir düzenleme olarak hiçbir şekilde cinsiyet eşitliğine aykırı olmadığını ifade ettiği maddenin, AİHM kararının ardından eşitsiz bir düzenleme olduğunu kabul ederek, başvurucunun soyadını kullanmasına izin vermiştir.

Nihayetinde 2013 yılında yürürlüğe giren, tarafların soyadlarının evlenme nedeniyle değişmeyeceğini düzenleyen hüküm ile söz konusu problemin çözümü konusunda tartışma gereksinimi kalmamıştır.

SONUÇ

Günümüzde Türkiye'de ve İsviçre'de cinsiyet eşitliği ilkesi anayasal güvenceye kavuşmuş durumdadır. 1981 yılında İsviçre Federal Anayasası'nda ve 2004 tarihinde 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda gerçekleştirilen değişikliklerle birlikte her iki anayasada da kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduklarını açıkça belirtilmiştir.

Eşitlik, soyut ve tanımlı zor bir kavramdır. Bu sebeple eşitlik ilkesinin yorumu bakımından farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bunlardan en çok kullanılanlar maddi ve şekli eşitlik kavramlarıdır. Şekli eşitlik, ayırım gözetmeksizin herkese aynı mesafede olmayı gerektirir. Buna hukuksal eşitlik veya kanun önünde eşitlik de denir. Kanunların genel olması bunun bir sonucudur. Bu eşitlik anlayışı verili durumda herkesin eşit olduğunu varsaydıgından eşitsiz cinsiyet ilişkisinde dezavantajlı olan kadınların durumlarını iyileştirmek bir yana mevcut dezavantaj durumunu pekiştirmiştir. Buna bir çözüm olarak maddi eşitlik anlayışı geliştirilmiştir. Maddi eşitlik anlayışı, kişilerin öznel durumlarını dikkate alır. Farklı

durumda olanlara durumun gerektirdiğinde farklı davranılabileceğini ifade eder. Bu kez de hangi durumlardaki farklı davranma halinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı tartışması gündeme gelir.

Bu sorunun çözümü için iki ayrı kriter geliştirilmiştir. Bunlardan birincisi aynılık/farklılık kriteri, diğeri ise dezavantaj kriteridir. Aynılık/farklılık kriteri koşulların gerektirmesi durumunda farklı davranılabileceğini ve bu farklı davranışın “haklı nedene” dayanması gerektiğini ifade eder. Dezavantaj kriteri ise söz konusu farklı davranışın kadınların toplumsal hayattaki dezavantajlı durumundan kaynaklanıp kaynaklanmadığına, ya da bu dezavantajlı durumu devam ettirip ettirmediğine bakar. Anayasa Mahkemesi’nin değerlendirmesi aynılık/ farklılık yaklaşımına dayanır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nin de eski tarihli kararları incelendiğinde aynılık/ farklılık kriteri ile değerlendirme yapmış olduğu görülmektedir.

Aynılık/ farklılık kriteri, çoğunlukla kadınlarla erkeklerin temelde farklı olduğu varsayımına dayanır. Ancak bu kriter, kadınlarla erkeklerin toplumsal cinsiyet marifetiyle farklılaştırılmış oldukları hususunu değerlendirmez. Bu yüzden de toplumsal cinsiyet hiyerarşisi nedeniyle kadın ve erkekte oluşan farklılıklar, farklı davranış için haklı sebep olarak düşülmüştür.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına bakıldığında cinsiyet eşitliği konusunda daha çok aynılık/farklılık yaklaşımı ile değerlendirme yaptığı görülmektedir. Bu yaklaşım, verili durumdaki eşitsizliği gören bir yerde dursa da bu eşitsizliğin yapısını anlamaktan uzaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında haklı neden olarak görülen kamu düzenine, cinsiyet eşitliğinin feda edildiğini söylememiz de mümkündür.

Dezavantaj yaklaşımı ise toplumsal cinsiyet hiyerarşisini reddetmez. Kadınların ve erkeklerin bu güç ilişkisi nedeniyle farklılaştırıldıklarının bilinci ile farklı davranışın bu ilişkinin bir sonucu olarak ortaya çıkıp çıkmadığını araştırır. Bu ilişkinin bir sonucu olarak ortaya çıkan

farklı davranışların eşitlik ilkesine aykırı olduğunu değerlendirir. Bu bakımdan kadın ve erkeklerin arasındaki eşitsiz durumun anlaşılması ve giderilmesi için elverişli bir kriterdir.

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin yakın tarihli kararlarına bakıldığında dolaylı ayrımcılık ve dezavantaj değerlendirmesi yaptığı görülmektedir. Dolaylı ayrımcılık, nötr gibi görünen, herkes için ortak bir kural belirleyen, ancak taraflara gerçekte olan uzaklığının farklı olması sebebiyle bir grupta diğerine göre dezavantaj yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirlerin neden olduğu ayrımcılık biçimidir. İlk bakışta anlaşılması ve tespiti zordur. Bu sebeple yargı tarafından değerlendirilirken birtakım destekleyici unsurlara ihtiyaç duyulur. Bu bakımdan İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin, toplumsal cinsiyet kalıpları ve cinsiyetçi iş bölümü ile ilgili vermiş olduğu bir kararda, başvuru konusu olaya ya da duruma ilişkin yasal araştırmalara dayandığı olmuştur.

Kadın ve erkeklerin fiili eşitliğinin sağlanması için, cinsiyet eşitliğini öngören anayasal düzenlemelerin kadın erkek eşitliği lehine yorumlanması gerekmektedir. Bu yorumlamanın nasıl yapılacağına ilişkin geliştirilen kriterlerden dezavantaj kriteri, mevcut kriterler arasından en verimli olarak görülmektedir. Ancak yine de bu alanın eleştiriye ve gelişmeye açık olduğu, fiili eşitliğin sağlanabilmesi için anayasal cinsiyet eşitliğinin yorumuna ilişkin yeni kriterlerin üretilebileceği göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

ACABEY, M. Beşir; “Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017, Özel Sayı, C. 19, ss. 493-512.

<http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/13-BESIR-ACABEY.pdf> (08.09.2020)

AĞIRBAŞLI, Şennur; Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

AYAN, Serkan; “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, S.4, C. XVI, ss. 19-90.

http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_4_2.pdf (08.09.2020)

BAYKAL, Meysa; “1982 Anayasası’nda Kadının Yeri”, Kadın Kamusal Alan ve Hukuk, Editör: Ülker Yükselbaba, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017.

BEKTAY, Fatmagül; “Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye”, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları, 2004, No:7.

COOK, Rebecca; Women’s International Human Rights Law: The Way Forward, s. 239.

<https://www.jstor.org/stable/762538>

(e.t.08.09.2020)

ÇAĞLAR, Selda; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, S.3, ss. 43-86.

DÜNDAR SEZER, Tijen; “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, İzmir Barosu Dergisi, 2009, S.16, Cilt:3, ss.120-192

DÜNDAR SEZER, Tijen; İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

ERGÜL, Ozan; “Berraklaştırmamayan Bir Kavram: Yargısal Aktivism”, TBB Dergisi, 2013, S.104, ss. 37-54.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1241> (e.t. 08.09.2020)

EROĞLU, Feride; Avrupa Ülkeleri Anayasalarında Toplumsal Cinsiyet ve Kadın-Erkek Eşitliği ile İlgili Düzenlemeler, Kasım 2011.
<http://kasaum.ankara.edu.tr/files/2013/02/Avrupa-ulkelerinde-Kadin-Erkek-esitligi.pdf> (e.t. 08.09.2020)

EROKSAL ÜLGER, Gülçin; “Türk Anayasalarında Kadın Hakları ve Uygulamalarıyla İlgili Bir Değerlendirme”, Yasama Dergisi, 2015, S. 31, ss. 24- 45.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yasamadergisi/issue/54469/741406> (e.t. 08.09.2020)

EVRAN TOPUZKANAMIŞ, Şafak; “1982 Anayasasında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Kadın””, İzmir Barosu Dergisi, 2019, C.84, S.1, ss.47-82.
<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/1982-anayasasin20198516611100.pdf> (e.t. 08.09.2020)

FREEMAN, Marsha A.; CHINKIN, Christine; WITTKOPP, Sarah; The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Oxford University Press, 2013.

GÜLSEVEN, Ayşe Seda; “Türk Aile Hukukunda Toplumsal Cinsiyet Roller”, TBB Dergisi, 2017, S.132, ss. 183- 230.

GÜLSÜN, Ramazan; “İsviçre Hükümet Sistemi”, International Journal of Legal Progress, 2016, S.2, ss. 127- 153.
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/260567> (e.t. 11.04.2019)

GÖREN, Zafer; Genel Eşitlik İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 3, ss. 3279-3301. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373753> (e.t. 08.09.2020)

GÖREN, Zafer; Türk Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulanma Biçimi), 2. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:83, İzmir 1998.

GÖZLER, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Dağıtım, 9. Baskı, Bursa 2010.

GÖZTEPE, Ece; “Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2015, C.54, S.2, ss. 101-131. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3222/44861> (e.t. 08.09.2020)

GÜL, İdil Işıl; KARAN, Ulaş; Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, Editörler: Burcu Yeşiladalı, Gökçeçiçek Ayata, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

GÜLMEZ, Mesut; “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, (25-26 Ekim 2011, Kocaeli), Bildiriler III, İstanbul, 2011, ss. 51-84 <https://studylibtr.com/doc/1132953/bildiriler---sosyal-haklar> (08.09.2020)

İNCEOĞLU, Sibel; “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Davaya ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, 2001, C.17, S.1, ss. 41-70. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52001/678098> (e.t. 08.09.2020)

HELVACI, Serap; KOCABAŞ, Gediz; “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, Marmara Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 21, S. 2, ss. 615-644.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/27556/289904>
(08.09.2020)

KAPANİ, Münci; Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara 1993.

KAPLAN, E. Tuncay Senyen; “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, TBB Dergisi, 2017, C.30 S.133, ss.225-268.

KARAN, Ulaş; Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, Anayasa Yargısı, 2015, C.31, S.1, ss.235-306.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52018/678337>
(e.t. 08.09.2020)

KOLLY, Gilbert; “Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun”, Anayasa Yargısı, 2012, C.28, S.1, ss. 247- 254.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52013/678289>
(e.t. 08.09.2020)

METİN, Sevtap; “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2003, C.61, S.1-2, ss. 35-83.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9080/113286> (e.t. 08.09.2020)

MACKINNON, Catharine A.; Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, Çev. Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, Metis Yayınları, İstanbul 2003.

MAHONEY, K. E.; “Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts”, in: (ed. J. Cook), Human Rights of Women National and International Perspectives, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania-1994.

MILLETT, Kate; Cinsel Politika, Çev. Seçkin Selvi, Payel Yayınevi, İstanbul 2011.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe; “Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu’nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, C.22, S.3, ss. 2017-2032.
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/372909> (08.09.2020)

ÖCAL APAYDIN, Bahar; “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 6, S. 2, ss. 425- 457.
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/208353> (08.09.2020)

ÖDEN, Merih; Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

ÖZKAN DUVAN, Ayşe; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasası, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C.14, S. 2, ss. 17-80.
<http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2017/12/gsuhfd-2017-2-361.pdf> (e.t. 08.09.2020)

RAMCHARAN, B. G.; Equality and Nondiscrimination, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights, Henkin, Louis (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981.

SANCAR, Serpil; Erkeklik: İmkânsız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, Metis Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 2013.

SEVER, D. Çiğdem; “Anayasa Mahkemesi’nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri”, Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları içinde, (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2013), ss.34-50.

https://www.academia.edu/6382972/Anayasa_MAhkemesinin_Cinsiyet_EC5%9Fitli% C4%9Fi_Yakla% C5%9F% C4%B1m% C4%B1na_Bir_Ele% C5%9Ftiri_Toplumsal_Cinsiyet_ve_Yans% C4%B1malar% C4%B1_i% C3%A7inde (08.09.2020)

TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, Sultan; “İHAM Kararları Işığında Türkiye’ de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılığın Yasağı”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, 24-25 Ekim 2003, TBB Yay.:97, Ankara-2006, ss. 220-263.

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihs-294.pdf> (e.t. 08.09.2020)

TDK, (e.t. 08.09.2020)

http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb43756ba7225.71458207

ZANGHI, Claudio; “Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, (24-25 Ekim 2003), TBB Yay.:97, Ankara-2006, ss. 211-219.

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihs-294.pdf> (e.t. 08.09.2020)

YARGI KARARLARI

AIHM, Burghartz v. İsviçre, 16213/90, 22.02. 1994.

AIHM, Losonci Rose and Rose v. Switzerland, 664/06, 09.11.2010.

AYM, Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25.06.2014.

AYM, Sıdıka Şeker, B. No: 2013/1948, 23.01.2014.

AYM, E.2013/23, K.2013/123, 31.10.2013.

AYM, E. 1991/ 13- K. 1992/10, 19.02.1992.

AYM, E. 1963/143, K. 1963/167, 25.10.1963.

AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

AYM, E. 2006/156, K. 2008/125, 19.06.2008.

BGE, 109 II 193, 194. BGE 103 I a 517 S. 519.

BGE 103 I a 517 S. 522. 5A.4/2005

2011 5F_4 141 II 411