T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA VE TÜRK İŞ HUKUKUNDA EŞİT İŞLEM İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Sıla TURABİ

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Ali Gümrah TOKER

İZMİR - 2019

TEZ ONAY SAYFASI

YEMİN METNİ

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk İş Hukukunda Eşit işlem İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı" adlı çalışmanın, tarafımdan akademik kurallara ve etik kurallara uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

...../...../2019

Sıla TURABİ

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk İş Hukukunda Eşit İşlem İlkesi ve Ayrımcılık yasağı

Sıla TURABİ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Avrupa Birliği Hukuku Programı

Toplumların oluşmasından itibaren tüm dünya üzerinde en çok tartışılan ilke eşitlik olmuştur. Çağımızda ise artık tartışma boyutu bitip hemen hemen tüm dünya devletlerince varlığı kabul edilmiş bir ilke olan eşitlik ilkesi yine detam anlamıyla hiçbir zaman gerçekleştirilememiştir.

Eşitlik ilkesi iş hukuku alanında karşımıza eşit işlem ilkesi olarak çıkmaktadır. İşverenin işçisine karşı olan pek çok borcundan biri de işçilerine eşit muamele etme yani eşit işlem borcudur. Eşit işlem ilkesi işverene işçileri arasında haksız sebeplerle farklı davranmamayı yüklemekte ve ayrımcılığı yasaklamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda dahi yer alan çalışma hakkının etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi işçinin çalıştığı ortamda huzurlu olmasına bağlıdır. Bu ortamın sağlanması da her şeyden önce işverenin işçisine insan onuruna yakışır davranışlarda bulunmasıyla ve tüm işçilerinin eşit fırsatlardan yararlanmasına imkan sağlamasıyla mümkündür. Sadece kendi ülkemizde değil Avrupa Birliği ülkelerinde ve hatta hemen hemen tüm dünyada her geçen gün pek çok işçi ayrımcı davranışların mağduru olmaktadır. İstatiksel verilere göre kendisini en çok cinsiyet alanında gösteren bu ayrımcı davranışlar, din, dil, ırk, vb sebeplerle de ortaya çıkmaktadır. Bu ayrımcı davranışların engellenmesi için yalnızca devletlerin iç hukuklarında değil uluslararası hukukta da pek çok kanun çıkarılmakta ve sözleşme yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik, Ayrımcılık Yasağı, Eşit İşlem İlkesi.

ABSTRACT

Master's Thesis

Priciple of Equaty treatment and prohibition of discrimination in the law of European Union and Turkish labour law

Sıla TURABİ

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

European Union Law Program

Since the formation of societies, equality has been the most debated principle all over the world. When we come to our age, the principle of equality, which has been accepted by almost all the world states, has never been properly realized.

The principle of equality emerges as the principle of equal treatment in the field of labor law. One of the many debts of the employer to the employee is the equal treatment. The principle of equal treatment imposes on the employer not to behave differently among workers for unjustified reasons and prohibits discrimination.

Even in our Constitution, the realization of the right to work effectively depends on the peacefulness of the worker. The establishment of this peaceful environment is, above all, possible by the employer's behaving in accordance with human dignity to the employee and enabling all workers to benefit from equal opportunities.Not only in our own country, in the European Union countries and even in almost all countries of the world every day is that many workers are victims of discriminatory behavior. According to thestatistical data, these discriminatory behaviors, which show themselves in the field of gender most, also occur due to reasons such as religion, language, race, wand so on. To prevent all these discriminatory behaviors, many laws are enacted and concluded not only in the domestic laws of the states but also in international law.

Keywords: Equality, Non-discrimination, Equal Treatment Policy

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA VE TÜRK İŞ HUKUKUNDA EŞİT İŞLEM İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI ii
YEMİN METNİ iii
ÖZET iv
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER viii
KISALTMALAR xv

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
EŞİTLİK VE AYRIMCILIK KAVRAMLARI

I. EŞİTLİK KAVRAMI 2
A. Eşitlik Kavramının Doğuşu ve Gelişimi 2
B. Eşitlik İlkesinin Felsefi Gelişimi 3
C. Eşitlik Hakkında Farklı Yaklaşımlar 4
1. Şekli Eşitlik 5
2. Sayısal Eşitlik 6
3. Maddi Eşitlik 6
D. Eşitlik Hakkı 7
II. AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMI 9
A. Ayrımcılık Yasağının Tanımı 9
B. Ayrımcılık Çeşitleri 10
1. Doğrudan Ayrımcılık 10
2. Dolaylı Ayrımcılık 11
3. Negatif ve Pozitif Ayrımcılık 13
III. EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI ARASINDAKİ İLİŞKİ 14
IV. TÜRK ANAYASALARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI 15

A. 1924 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler 15
B. 1961 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler 15
C. 1982 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler 16

İKİNCİ BÖLÜM
BİRİNCİ KISIM
TÜRK HUKUKUNDA İŞVERENİN EŞİT İŞLEM YAPMA BORCU

I. İŞ HUKUKUNDA EŞİT İŞLEM İLKESİ 18
A. Eşit İşlem İlkesinin Anayasal Dayanağı 20
B. Yasal Dayanağı 22
1. 1475 Sayılı Eski İş Kanunu Döneminde 22
2. 4857 Sayılı İş Kanunu Döneminde 22
3. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 24
II. EŞİT İŞLEM İLKESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI 28
A. İşyeri Açısından Birlik 28
B. İşyerinde İşçi Topluluğunun Bulunması 31
C. Kolektif Bir Uygulama Olması 31
D. Zamanda Birlik 33
E. İş İlişkisinin Kurulmuş Olması 33
III. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN İÇERİĞİ 35
IV. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULAMA ALANLARI 36
A. İş İlişkisinin Kurulması Sırasında 36
B. İşin Yürütümü Sırasında 38
C. İş İlişkisinin Sona Erdirilmesinde 40
1. Eşit Davranma Borcunun Fesihte Uygulanmayacağını Savunan Görüş 40
2. Eşit Davranma Borcunun Fesihte Uygulanacağını Savunan Görüş 41
V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TÜRÜ BAKIMINDAN EŞİT DAVRANMA BORCU 45
A. Tam ve Kısmi Süreli Çalışan İşçiler Bakımından 45
B. Belirli ve Belirsiz Süreli Çalışan İşçiler Bakımından 47

İKİNCİ KISIM
TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK TÜRLERİ

I. CİNSİYETE DAYANAN AYRIMCILIK 49
A. Cinsiyet Ayrımcılığının Nedenleri 49
1. Toplumun Kadın ve Erkeğe Yüklediği Rollerin Farklı Olması 49
2. Kadının Erkeğe Göre Güçsüz Olarak Görülmesi 50
3. Kız Çocuklarının Eğitime Devam Etme Oranının Düşük Olması 51
B. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Türleri 53
1. Doğrudan Ayrımcılık 53
2. Dolaylı Ayrımcılık 54
3. Olumlu (Pozitif) Ayrımcılık 55
C. Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı 57
1. İş Sözleşmesi Yapılmasında Ayrımcılık 58
2. İş Sözleşmesinin Uygulanmasında Ayrımcılık 63
3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Ayrımcılık 66
D. Cinsel Taciz 68
1. Cinsel Tacizin Çeşitleri 70
2. İş Kanunu Kapsamında Cinsel Taciz 71
3. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Cinsel Taciz 74
E. Cinsel Tercih 75
F. Cinsel Ayrımcılık Yasağının İstisnaları 76
1. Kadın İşçilerin Çalışmasının Yasaklandığı İşler 76
2. İşin Özelliği Gereği Belli Bir Cinsiyetin Yürütebilecek Olması 77
3. Olumlu Önlemler 78
a) Evlendikten Sonra İş Sözleşmesini Fesheden Kadın İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı 78
b) Emziren Kadın İşçilerin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler 80
c) Çocuklu Kadın İşçilerin Korunmasına Yönelik Oda ve Yurt Açma Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemeler 81
d) Hamilelik Döneminde Kadın İşçilerin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler 82

II. PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) 82
A. Psikolojik Tacizin Unsurları 83
B. Psikolojik Tacizin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu ve Eşit İşlem Yapma Borcuna Aykırılığı 84
C. Psikolojik Taciz ve Ayrımcılık Tazminatı 85
III. DİN, İNANÇ, FELSEFİ DÜŞÜNCE, SİYASAL GÖRÜŞ VE DÜNYA GÖRÜŞÜ SEBEPLERİYLE 88
A. Din ve İnanç 88
B. Din ve İnanç Özgürlüğünün İstisnasını Oluşturabilecek Durumlar 88
C. Felsefi Düşünce, Siyasal Görüş ve Dünya Görüşü Sebepleriyle 89
VI. IRK VE ETNİK KÖKEN SEBEBİYLE 90
V. YAŞ SEBEBİYLE 91
A. Genel Olarak Yaş Sebebiyle Ayrımcılık 91
B. Yaşın İş Sözleşmesini Kendiliğinden Sona Erdirmemesi 92
C. Yaş Sebebiyle Ayrımcılığın İstisnasını Oluşturabilecek Durumlar 93
D. Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı ve Genç İşçiler 94

ÜÇÜNCÜ KISIM
EŞİT İŞLEM BORCUNA AYKIRILIĞINİSPATI VE YAPTIRIMLARI

I. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIK İDDİALARINDA İSPAT YÜKÜ 95
A. Tam İspat- Yaklaşık İspat-İspat Kolaylıkları 96
B. Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın İspatlanması Bakımından İspat Yükünün Hafifletilmesi 97
II. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIK YASAĞININ İHLALİ DURUMUNDA UYGULANAN YAPTIRIMLAR 99
A. Ayrımcılık Tazminatı 99
1. Genel Olarak Ayrımcılık Tazminatı 99
2. Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi 101
a) Ayrımcılık Tazminatı ve Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki 101

b) Ayrımcılık Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı Arasındaki İlişki 103
c) Ayrımcılık Tazminatı ve Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki 104
B. İdari Yaptırımlar 105
C. Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Yasağı İle İlgili Düzenlemeler 105
1. Ayrımcılık Suçu 105
2. Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçu 106

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRİNCİ KISIM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA EŞİTLİK VEAYRIMCILIK YASAĞI

I. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ 108
II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN KAYNAKLARI 109
III.AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞININ DAYANAKLARI 111
A. Birincil Kaynaklarda Eşitlik ve Ayrımcılık 111
1. Roma Antlaşması 111
2. Maastricht Sözleşmesi 113
3. Amsterdam Antlaşması 114
4. Lizbon Sözleşmesi 115
5. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 115
B. İkincil Kaynaklar Kapsamında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları ve Avrupa Birliği Direktifleri Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı 116
1. Avrupa Birliği Hukuku Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı 116
a) Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına Yönelik Üye Devlet Mevzuatının Uyumlaştırılmasına İlişkin 75/117/CEE sayılı Konsey Direktifi 116
b) Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı ile İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınmasına ilişkin 92/85/EEC Sayılı Direktif 117

c) İşe Girişte, Formasyonda, Terfide ve Çalışma Koşullarında Kadın Ve Erkeklere Eşit Davranma İlkesine İlişkin 76/207/CEE Sayılı Konsey Direktifi ve 76/207 sayılı Direktifi Değiştiren 2002/73 Sayılı Konsey Direktifi 120
d) Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeklere Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 79/7/CEE sayılı Konsey Direktifi 121
e) Mesleki Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Kadın ve Erkeklere Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 86/378/CEE sayılı Konsey Direktif ve 86/378/EEC sayılı Direktifi Değiştiren 96/97/EC sayılı Direktif 122
f) Cinsiyet Temeline Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yüküne İlişkin 97/80/CE sayılı Konsey Direktifi 122
g) Kısmi Zamanlı Çalışmaya İlişkin 97/81/CE Sayılı Konsey Direktifi 123
h) Eşit Davranma İlkesinin Irka ve Etnik Kökene Dayalı Ayrım Yapılmaksızın Uygulanmasına İlişkin 2000/43/CE sayılı Direktifi 124
i) Eşit Davranma İlkesine Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/CE sayılı Konsey Direktifi 126
j) İş ve İstihdam Alanında Kadın-Erkek Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkelerine İlişkin 2006/54/CE sayılı direktif 129
k) İşçilerin Topluluk İçinde Serbest Dolaşımlarını Düzenleyen 1612/68 sayılı Topluluk Tüzüğü 131
2. Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Ayrımcılık 131
3. Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık Yasağı Denetimi Yapan Diğer Kurumlar 132
IV. AB DİREKTİFLERİ VE ATAD KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI 134
V. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK TÜRLERİ 138
A. Cinsiyete Dayanan Ayrımcılık 138
B. Dini İnanç, Felsefi Ve Siyasal Düşünceye Dayanan Ayrımcılık 143

C. Irk Ve Etnik Kökene Dayanan Ayrımcılık 144
D. Yaş Nedeniyle Ayrımcılık 146

İKİNCİ KISIM
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK İLE İLGİLİ DİĞER ÖNEMLİ BELGELER

I. AYRIMCILIK HAKKINDA AVRUPA BİRLİĞİ VE ÜYE DEVLETLERİN TARAF OLDUĞU DİĞER ÖNEMLİ ANTLAŞMALAR 148
A. Birleşmiş Milletler Belgeleri 148
1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 148
2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi 149
3. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) 150
B. Avrupa Konseyi Belgeleri 152
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 152
2. Avrupa Sosyal Şartı 154
C. Uluslar Arası Çalışma Örgütü Belgeleri 156
1. Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesine İlişkin 100 sayılı Sözleşme 157
2. Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı Sözleşme 157
3.Ailevi Sorumlulukları Bulunan Çalışanlara İlişkin 156 sayılı Sözleşme 158
4. Hizmet İlişkisine Son Verilmesine İlişkin 158 sayılı Sözleşme 159
5. Analığın Korunmasına İlişkin Sözleşme 159
II. AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ BAZI DEVLETLERİN ANAYASALARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI 160

SONUÇ 163
KAYNAKÇA 171

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
age.	Adı geçen eser
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
bknz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CEDAW	(Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women): Kadınlara Karsı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme
E.	Esas
EU	Avrupa Birliği
E.T	Erişim tarihi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
ILO	(International Labour Organization) Uluslararası Çalışma Örgütü
İşK.	İş Kanunu
K.	Karar
s.	Sayfa
ss.	Sayfa Sayısı
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
T.İ.H.E.K.K	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
UÇÖ	Uluslararası Çalışma Örgütü
vb.	ve benzeri
vs.	ve saire
yy.	yüzyıl

GİRİŞ

Hayatın ve hukukun her alanında olduğu gibi İş Hukuku alanında da eşitliğin sağlanması ve sürdürülmesi oldukça önemlidir. İşverenin işçisine karşı olan temel borçlarından birisi de işyerinde tüm işçilerine karşı eşit işlem yapma borcudur. İşbu borç 4857 Sayılı İş Kanunu Eşit Davranma İlkesi başlıklı 5. maddesinde düzenlenmektedir[1].

İş hukuku alanında bu borcun iki görünüş şekli bulunmaktadır. Bunlardan birincisi işverenin işçilerin din, dil, ırk, dil, cinsiyet vb kişisel özellikleri bakımından ayrımcılık yapmamasıdır. İkinci görünüş şekli ise benzer durumda olan işçilere benzer davranışlarda bulunmasıdır. İşverenin işçilerine karşı olan bu borcu bazı istisnai haller dışında iş sözleşmesinin kurulması ile başlamakta ve iş sözleşmesinin sona ermesine kadar devam etmektedir.

Toplam üç bölümden oluşan işbu çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak eşitlik ilkesinin tarihsel ve felsefi gelişimi ile ayrımcılık yasağı incelenecek olup aralarındaki ilişkiye değinilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünün birinci kısmında iş hukukundaki eşitlik ilkesinin görünüş şekli olan işverenin eşit işlem borcu doğumundan sona ermesine kadar hangi koşullarda uygulanacağı ve ikinci bölümün ikinci kısmında cinsiyet ayrımcılığı başta ve ağırlıklı olmak üzere iş hukukunda sıkça karşılaşılan ayrımcılık türleri ve ayrımcılık yasağı istisnaları incelenecektir. Cinsiyet ayrımcılığına ağırlık verilmesinin sebebi özellikle ülkemizde kadınların halen çalışma hayatında ikinci planda olduğuna ilişkin baskın bir görünüşün bulunması nedeniyle karşımıza en sık çıkan ayrımcılık türünün kadınlara karşı yapılan cinsiyet ayrımcılığı olmasıdır. İkinci bölümün üçüncü kısmında ise bu ayrımcılık yasağının ihlali durumunda yasağın ihlal edildiğinin ispatı ve aykırılığın hukuki cezai ve idari yaptırımları üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın üçüncü ve son kısmında ise eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağının Avrupa Birliği Hukukundaki dayanak sözleşmeleri ve direktifler üzerinde olarak durularak birlik hukukundaki ayrımcılık yasağı ve türleri incelenecektir.

[1]R.G.,10.06.2003, Sayı:25134

BİRİNCİ BÖLÜM
EŞİTLİK VE AYRIMCILIK KAVRAMLARI

I.EŞİTLİK KAVRAMI

A. Eşitlik Kavramının Doğuşu ve Gelişimi

İnsanların geçim kaynağının avcılık ve toplayıcılık olduğu ilkel çağlarda henüz sınıflaşma oluşmadığı için insanlar zaten birbirlerine benzer koşullarda yaşamlarını sürdürmüşlerdir. Bu sebeple bu ilkel çağlarda eşitlik kavramı pek fazla tartışılan bir kavram olmamıştır[2]. Ancak uygarlıkların gelişmesiyle birlikte toplumlarda tabakalar ve sınıflar oluşmaya başlamıştır. Bu gelişmeler sonrasında tüm toplumların en çok tartıştığı konulardan birisi eşitlik kavramı olmuştur. Ancak bütün toplumlarca tartışılan bir kavram olmakla birlikte eşitliğin halen tam bir tanımı bulunmamaktadır.

Tarihsel geçmişine bakıldığında, kanun önünde eşitliğin doğuşu XVIII. yy.'a dayanmaktadır. Buna göre kanun önünde ayrıcalıklı bir kişi veya zümre olamazdı. Hiç kimseye dil, din, ırk, cinsiyet, servet, sosyal durum gibi farklılıklar sebebiyle kanun önünde özel ayrıcalık tanınamaz, değişik uygulama yapılamazdı. Eşitlik kavramının halklar arasında yayılması ve halkın soylulara göre kötü durumda olması Fransız İhtilali'ne ortam hazırlamıştır. Eşitlik ilkesi hukuk alanına ise ilk kez 1789 tarihli Fransız İhtilali'nden sonra Fransız İnsan ve Yurttaş Haklan Beyannamesi'nin 1. Maddesi ile girmiştir, ilgili madde; "İnsanlar hukuken hür ve eşit doğarlar ve hür ve eşit olmakta devam ederler, sosyal farklılıklar ancak ortak faydaya istinat edebilir." şeklindedir[3]. Bu tarihten itibaren eşitlik ilkesi hem uluslararası metinlere, hem de anayasa metinlerine girmiştir. 1945 yılında Birleşmiş Milletler Antlaşması eşitliğin sağlanmasını dünya barışının zorunlu koşulları arasında yer aldığını belirtmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. maddesinde de "eşitlik" ilkesine yer verilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi evrensel bir belge niteliği taşıması sebebiyle oldukça önemlidir. Her ne kadar bu bildirgeden önce

[2]Merih Öden,**Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.49
[3] Ulaş Karan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.35

başka bildirgelerde de yer almışsa da BM tarafından ilan edilen bu bildirgede eşitlikten bahsedilmesiyle birlikte evrenselliği ilan edilmiştir.

Günümüzdeki eşitlik anlayışı yerleşene kadar eşitlik zamana ve mekana göre farklı şekillerde kabul edilen bir ilke olmuştur. İlk toplumlarda kadınların erkeklere göre özellikle fiziksel özellikleri sebebiyle savunmasız olmaları sebebiyle erkekler kadınlara göre üstün kabul edilmiş, yine benzer şekilde kölelerin daha düşük bir zeka seviyesinde olduğu kabul edildiği için köle olmayan insanlar kölelere göre üstün kabul edilmiş ve bu durumlar eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünülmemiş, tabiata da uygun kabul edilmiştir.Değer yargıları değiştikçe eşitlik anlayışı da değişiklilere uğramıştır. Günümüzde halen eşit olan ve olmayan grupların tespiti önem arz eden bir konu olmaktadır[4].

Günümüzdeki hukuk hangi kişilerin eşit olarak kabul edileceklerini ve buna bağlı olarak hangi haklardan yararlanacaklarını belirlemektedir. Bu belirlemeyi yaparken de yukarıda değindiğimiz gibi değişen değer yargılarını dikkate almakta yani kesin sınırlar çizmemektedir. Zaman içerisinde değişen değer yargıları hukuk düzeninin belirlediği eşitlik statüsünü değiştirebileceği göz önünde tutularak, hukuk kuralları da bu dinamik yapıya uygun olarak oluşturulmaya çalıştırılmaktadır.

B. Eşitlik İlkesinin Felsefi Gelişimi

Felsefi geçmişine değinmek gerekirse Platon ve Aristo'nun eşitlik hakkında oldukça önemli görüşleri bulunmaktadır. Platon'a göre varlığı idealar ve nesneler olarak ikiye ayrılmış olup, nesneler dünyasında hiçbir şey birbirinin aynısı olup birbirine eşit olamayacağı için göre eşitlik ancak idealar dünyasında mümkündür[5].Eşitlikle ilgili Batı dünyasında kabul gören görüş Aristo'nun Platon'a da atıf yaptığı benzer olan şeylere benzer muamele farklı olan şeylere farklı muameleyi esas alan görüşüne dayanmaktadır[6].

---

[4]Karan, s.36

[5] Ertuğrul Yuvalı, İşçinin **Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012s.8

[6]Kadriye Bakırcı, Uluslararası **Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012s.15

Arito ve Platon dışında John Locke Toplum Sözleşmesi Teorisi'nde eşitlikten bahsetmiş ve toplum sözleşmesi ile kişilerin vazgeçilmez ve devredilmez hak ve hürriyetleri ve eşitliği korumak yükümlülüğünü devlete yüklemiştir. Rousseuo'nun fikirleri bir nevi Fransız Devrimi'ne ortam hazırlamış olup Rousseuo İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı adlı kitabında yine eşitlikten bahsetmiştir. Bu kitaba göre insanlar doğada iken eşit olmakla birlikte özel mülkiyetin oluşmaya başlaması ile birlikte insanlar arasındaki eşitsizlikler başlamıştır[7].

Eşitlik kavramı ilk başta birden çok şeyin olmasına bağlıdır. Bir şeyin eşit olup olmadığını söyleyebilmek için onun başka bir şey ile kıyaslanması gerekmektedir. Ancak buradaki temel sorun benzer ya da farklılıkların neye göre belirleneceğidir. Evrende var olan hiçbir şey diğerinin aynısı olmayacağına göre burada bahsedilen kavramın özdeşlik olmaması gerekmektedir. Özdeşlik her şeyin her bakımdan aynı olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla Aristo'nun bahsettiği benzerliğin benzer durumda olma ya da durumun karşılaştırılmaya elverişli olması şeklinde anlaşılması ve yorumlanması gerekmektedir[8]. Haklı bir neden bulunmadıkça da benzer durumdaki kişilere farklı davranılmamalıdır. Ancak benzer durumda olma kriterinin dahi tam olarak nasıl yorumlanacağı bilinmediğinden Aristo'nun eşitlik anlayışı eleştirilmiş ve eşitlik sınıflandırmaları çeşitlendirilmesi gerekmiştir.

C. Eşitlik Hakkında Farklı Yaklaşımlar

Eşitliğin düşüncesi oluşmaya başladıktan sonra birçok farklı eşitlik kavramı ortaya çıkmıştır. İnsanlar genel olarak eşitliği kabul etmiş olsalar da eşitliğin nasıl olması gerektiği hakkında tam olarak anlaşamamışlardır. Bir düşünceye göre eşitlik herkese aynı hakların dağıtılmasıyla mümkünken diğer bir düşünceye göre yalnızca benzer durumda olanlara aynı hakların dağıtılması eşitlik olarak görülmüştür. Bu sebeple aşağıda öncelikle felsefi alanda ortaya çıkmış olan eşitlik kavramlarına değinilecektir.

[7] Fazıl Altınordu, **AİHS'ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk İş Hukukunda Gelişimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.5-7
[8] Bakırcı, s.16

1. Şekli Eşitlik

Şekli eşitlik aslen Aristo'nun eşitlik anlayışına dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak da benzer durumda bulunanlara benzer muamele edilmelidir[9].Şekli eşitlik bazı yazarlarca mutlak eşitlik başlığı altında da değerlendirilmektedir[10]. Bu eşitlik anlayışına göre makul farkların bulunması durumunda farklı işlemler yapılabilmektedir. Bu durumda eşitsizlikten bahsedilemeyecektir. Ancak şekli eşitliğin uygulanabilmesi için insanların benzerliklerinin ve farklılıklarının önceden belirlenebilir olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile eşitliğin tespit edilebilmesi için birbirinin birebir aynısı insanların olması gerekmektedir. Ancak insanları kesin bir şekilde birbirinin aynısı yapacak ya da ayıracak ölçütler bulunmamaktadır. İnsanların benzer olması varsayım olarak mümkünken fiilen bu durum mümkün olmamaktadır. Bu durumun sebebi insanların yalnızca durumları bakımından birbirlerinden farklı olmayıp tercihleri ve değerleri bakımından da farklı olmasıdır. İnsanlar belirli özellikleri bakımından benzer olabilirlerse de tümüyle benzer olmaları mümkün olmadığından şekli eşitlik yeterli bir kavram olarak görülmemektedir. Şekli eşitliğin yeterli olabilmesi için tüm insanların her açıdan aynı olması gerekirdi[11].

Kaldı ki birçok açıdan mevcut olan farklılıkların görmezden gelinerek yalnızca benzerlik ile ilgilenen şekli eşitlik bazı durumlarda eşitliğin sağlanması konusunda da yetersiz kalmakta ve hatta eşitsizliği arttırmaktadır. Yüksel'e göre "Hamilelere hamile olmayanlara, engellilere engelli olmayanlara nazaran farklı davranılması şekli eşitlik anlayışına uygundur. Şekli eşitlik anlayışı emsal bir erkek işçiye nazaran daha düşük değerde iş yapan kadın işçiye daha düşük ücret ödenmesine izin vermektedir. Oysa bu durumlar, eşitliği sağlamadığı gibi eşitsizliği arttırmaktadır." [12]. Bu durumda her zaman karşılaştırma yapılacak bir kişi bulunamadığından kişilerin kendi özellikleri yok sayılmaktadır.

Eşit durumda olanlara eşit davranılması farklı durumda olanlara ise farklı muamele edilebileceğini savunan şekli eşitlik anlayışı aslında karşı çıkılması pek

[9]Canan Ünal, **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.29
[10] Kemal Gözler, **"Anayasa Hukukuna Giriş"**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s.213
[11] Bakırcı, s.10; Öden, s.26
[12] Ünal, s.31

mümkün olmayan bir eşitliği savunmaktadır ancak şekli eşitlik kişiyi baz alan bir eşitlik anlayışı olduğu için toplumsal olarak dezavantajlı olan grupların sorunlarına çözüm getirememektedir[13].

Kısaca özetlemek gerekirse şekli eşitlik ilkesi bir kuralın içeriği ile ilgilenmemekte yalnızca kuralın uygulanışı bakımından eşitliği savunmaktadır. Yani şekli eşitlik anlayışı bir kuralın içerdiği kapsam bakımından hangi durumlarda eşitlik ilkesine uygun olduğu sorusuna çözüm getirmemektedir[14].Bu sebeple de eşitlik kavramı açısından yeterli bulunmamaktadır.

2. Sayısal Eşitlik

Sayısal eşitlikten anlaşılması gereken herkese her açıdan eşit davranılması gerektiği yani nicelik olarak aynılıktır[15]. Bu da şu anlama gelmektedir ki yararlar ya da yükümlülükler toplumda herkese eşit olarak paylaştırılmalıdır. Ancak sayısal eşitlik de bazı durumlarda eşitlikten çok eşitsizlik yaratabilmektedir. Toplumda sağlanan tüm imkanların herkese eşit olarak dağıtılması halinde bu imkanlardan zaten halihazırda yararlananlar ve yararlanmayanlar arasında bir eşitsizlik oluşacaktır. Bu imkanlardan yararlanan daha çok yararlanmaya devam edecek, öncesinde yararlanmayan kişiler ise halen diğerleriyle aynı seviyede yararlanmayacaktır.Bu durumun sonucu olarak da eşit bir düzen kurmak mümkün olmayacaktır. Sayısal eşitlikte ana kural herkese birbirinin aynısı gibi davranmak olsa da pratik hayatta bu mümkün görülmediği için hatta nerdeyse imkansız olduğu ortada olduğundan bu eşitlik anlayışı da yetersiz kalmaktadır.

3. Maddi Eşitlik

Maddi eşitlik, şekli eşitliğe getirilen eleştiriler sonucunda ortaya atılmış bir eşitlik ilkesini oluşturmaktadır. Maddi eşitlik adalet teorisinden hareketle mevcut

[13] Karan, s.41
[14] Öden, s.29; Yuvalı, s.10
[15] Yuvalı, s.11

eşitsizlikleri gidermeyi amaçlamaktadır. Maddi eşitlik de bazı yazarlar tarafından nispi eşitlik başlığı altında incelenmektedir[16].

Maddi eşitlik anlayışı, şekli eşitlikte olduğu gibi insanlar arasındaki aynılıktan yola çıkmamakta yani insanların kendi özelliklerini yok saymamaktadır. Yani özdeşliği değil farklılığı ön planda tutmaktadır[17].Maddi eşitlik anlayışında kişilerin farklılıkları sebebiyle pozitif yükümlülükler gündeme gelmekte ve farklılıkların oluşturduğu eşitsizlikler önlenmeye çalışılmaktadır.

Normatif eşitlik ise temelinde sayısal eşitliğe benzemekle birlikte, sayısal eşitlik ilkesinden ayrılmanın ne zaman gerekli olacağı sorusuyla ilgilenmektedir[18]. Normatif eşitlikte sayısal eşitlikte olduğu gibi her zaman her şey sayısal olarak eşit dağıtılmamalıdır; bunun aksine eşitliği sağlamak için bazı işlem farklılıklarının bulunması gerekmektedir. Burada bahsedilen aslında göreli ve nispi bir eşitlik anlayışıdır. Bunun sonucu olarak insanlar arasındaki farklılıklar dikkate alınmaktadır. Yani eşit durumda olanlara eşit işlem yapılırken eşit durumda olmayanlara farklılıkları ölçüsünde farklı davranılmaktadır[19].

D. Eşitlik Hakkı

Hukuki olarak eşitlik kavramının anlamı en kısa ifadesi ile herkesin dil, din, ırk, cinsiyet, servet vs ayrımlar gözetmeksizin kanun önünde eşit olmasıdır. Ancak burada bahsedilen kanun önünde herkesin eşitliği ifadesinin, bir gerçeklik yargısı değil bütün insanlara eşit değer verildiğini açıklayan bir yargı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Sahip oldukları sosyal ve fizyolojik özellikleri sebebiyle bir insanın diğeri ile her bakımdan eşit olmasının mümkün olmadığı ortadadır. Yani insanlara ilişkin eşitlik ilkesi tüm insanları eşit görmek yerine bütün insanlara eşit işlem ve muamele yapılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır[20].

Hukuki açıdan eşitlik hakkından bahsederken hukuk önünde eşitlikve hukuken eşit koruma ilkelerinden bahsetmemiz gerekmektedir. Hukuk önünde eşitlik hukuk kurallarının uygulanırken keyfi davranılmasını yasaklamakta ve bu sebeple

[16] Gözler, s.213
[17] Karan, s.44
[18] Öden, s.33; Yuvalı, s.11
[19] Ünal, s.32; Karan, s.45; Gözler, s.213
[20] Öden, s.22

daha çok kanunların uygulamasıyla ilgilidir. Bu durum aslında bir bakıma şekli eşitlik anlayışının görünüş şeklidir. Önemli olan hukuk kurallarının eşitliği sağlayıp sağlamaması değil, hukuk kurallarının uygulanışının herkese eşit olmasını amaçlamaktadır. Kanun önünde eşitlik ile toplumdaki tüm kişilerin ortak bir hukuka tabi olması ve aynı zamanda da bütün bu kişilerin ortak hukuk kurallarına uymaları gerektiği anlamı çıkarılmakta ve ayrıca kimsenin hukuk ve kanunlardan üstün olmadığı anlaşılmaktadır[21]. Ancak burada hukuk kurallarının eşit davranılmasına odaklanıldığı için kuralda belirtilen hususların eşit uygulanmasından kaynaklı eşitsiz durumların ortaya çıkması göz ardı edilmiştir. Örneğin bu ilke kişilerin eşit bir biçimde yargı önünde haklarını arayabiliyor olması ile ilgilenmektedir. Görünüş olarak herkesin yargı önünde eşit olarak hakkını arayabilmektedir. Fakat daha detaylı bakıldığından yargı harçları, hukuken uzman bir destek almanın gerekliliği vb durumlar düşünüldüğünde bu eşitlik anlayışının adaleti sağlamadığı ilk bakışta anlaşılmaktadır.

Hukuken eşit koruma ise maddi eşitlik anlayışında olduğu gibi farklılıkları kabul ederek bu farklılıkların yarattığı eşitsizlikleri en aza indirgemeye sağlamaya çalışmakta yani kuralların içeriği ile ilgilenmektedir[22]. Burada kuralın, kuraldan etkilenen kişiler üzerindeki etkisi de araştırılmaktadır. Alınması gereken özel önlemler ise eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemektedir[23]. Eşit koruma ilkesi hukuk önünde eşitlik gibi yalnızca kuralların uygulanmasıyla değil aynı zamanda kuralların içerikleri ile de ilgilenmektedir. Öden'e göre; "Başka bir anlatımla kanunların eşit korunması, daima kanunların ancak adil ve eşit olmaları koşuluyla meşru ve geçerli sayılmalarını emreden maddi bir anayasal ilke olarak kabul edilmektedir." şeklinde açıklamıştır[24].

Kısaca ifade etmemiz gerekirse eşitlik ilkesi, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlik, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Maddi hukuki eşitlik ise benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve

[21] Öden, s.136-137
[22] Ünal, s.36
[23] Karan, sf:56
[24] Öden, s.141

sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. Bu anlamda, sadece kanunların içeriklerinin de araştırılması gerekir.

Hukukun herkes için eşit olarak sağlanabilmesi için gerekli olan hakkaniyet ve adalet kavramları da eşitlik ilkesi ile doğrudan ilişkili kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ve genel olarak birbirlerinden ayırt edilmesi zor kavramlardır. Ancak adalet ve hakkaniyet kavramları aslında birbirinden farklı kavramlardır. Yıldız'a göre "Adalet, doğrudan doğruya kurallara, ilkelere hakim olması gereken en yüksek temel ve moral düşünceyi ifade eder; herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkanlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler görmesini emreder… Buna karşılık, hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle saptanmasının doğuracağı düşünülen sakıncaları ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hallerde etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden kurallar bütünüdür." şeklinde ifade edilmiş ve bu iki kavram arasındaki farkın ne olduğu ortaya konulmuştur[25].

II. AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMI

A. Ayrımcılık Yasağının Tanımı

Ayrımcılık yasağı hemen hemen tüm devletlerin anayasalarında ve uluslararası sözleşmelerde geçen bir kavram olsa da ortaklaşa bir tanımı bulunmamaktadır. Uluslararası hukukta ilk kez İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer almıştır. Beyannamede de ayrımcılık kavramının tam olarak tanımı yapılmamasına rağmen tanınmış olan haklardan herhangi bir ayrım güdülmeden herkesin yararlanabileceği ifade edilmiştir.

Hukukumuzda da ayrımcılığa ilişkin tam bir tanım yapılmamakla birlikte tanım içtihatlarla ortaya çıkmıştır[26]. Anayasa Mahkemesi'ne göre ayrımcılık yasağı

[25]Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.33; Yuvalı, s.12

[26] Anayasa Mahkemesi, **Tuğba Arslan Kararı**, B. No: 2014/256, Karar Tarihi:25.06.2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256?BasvuruAdi=TU%C4%9EBA+ARSLAN&KararTarihiBaslangic=06%2F06%2F2014 , (22.06.2019): Anayasa'da ayrımcılık yasağının bir tanımı yapılmadığı gibi her somut olay için geçerli olabilecek standartlarda bir tanım yapılması da mümkün değildir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesini Bu şekilde tanımlamıştır: "Anayasa"nın 10.

kısaca nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlanmış, tercih yapılamayacak kişisel özellikler sebebiyle fırsatlar sunulması ya da fırsatlardan mahrum bırakılmasının reddi gerektiği ifade edilmiştir[27].

Kelime anlamı olarak farklı davranma hali olan ayrımcılık kavramı genel olarak bir kimseye sahip olduğu ya da olmadığı nitelikleri sebebiyle diğerlerinden farklı davranılması ve bu davranış sebebiyle de kişinin mağdur edilmesi olarak tanımlanmıştır. Ayrımcılık yapılması pozitif ayrımcılık hariç tutulursa her zaman olumsuz bir anlam taşımaktadır[28]. Ayrımcılık yasağı ile hedeflenen de aynı durumdaki kişilere aynı davranışlarda bulunmak farklı durumlardaki kişilere de mümkün olduğunca eşit davranmaktır[29].

B. Ayrımcılık Çeşitleri

1. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık türlerinin en çok karşımıza çıkan halidir. Bir kişi veya topluluğun benzer durumda oldukları kişi veya topluluklara nazaran hak ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmasını zorlaştıran davranış şekilleri olarak karşımıza çıkmaktadır[30]. Mağdur edilen kişi ya da topluluklar dinleri, dilleri, etnik kökenler, cinsiyetleri gibi sahip oldukları ve değiştiremeyecekleri özellikleri

---

maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez." (Bkz. AYM, E.2009/47, K.2011/51, K.T. 17/3/2011);
Kazancı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas No:2009/9-485, Karar No:2009/598, 23.12.2009, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2009-9-485.htm&kw=`2009/598`#fm(22.06.2019) :İşverence işe almada eşit davranma borcu, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrım yapmamayı ifade eder. Başka bir ifadeyle, işe başvuranlar arasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapılması yasaklanmıştır;

[27] Karan, s.78

[28] Yuvalı, s.84-85, Ünal, s.38-39

[29] Elçin Yemişken, **Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.19

[30] Nurten Öztürk, **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.11, Yuvalı s.87

sebebiyle ayrımcı davranışlara maruz kalmaktadırlar. Kısaca ifade etmek gerekirse kişilerin ırk,din,dil vb sebeplerden biri ile doğrudan ilgili olarak daha olumsuz ve farklı muameleye maruz kalmasıdır. Örnek olarak bir işe belirli bir yaşın altındaki kişilerin başvurmamasına yönelik iş ilanları verilebilir.

Doğrudan ayrımcılıktan bahsedebilmek için kişiler arasında farklı bir tarafın içinde bulunduğu zorlaştırıcı bir davranış şekli olmalı ve bu davranış şeklinin temelinde yatan sebep de kişinin sahip olduğu özellikleri olmalıdır.

Kişilere karşı doğrudan ayrımcılık yapılmasının temelinde bazı önyargılar bulunabilmektedir. Bu önyargı bir işi belirli bir cinsiyetin daha iyi yapacağı, hamile kadınların sık hastalanacağı ve savunmasız olacağı şeklinde önyargılardır. Bu sebeplerle belirli bazı özellikleri taşıyan gruplar yetersiz olacakları düşüncesiyle dışlanmaktadırlar.

Şekli eşitlik anlayışını temel almakta olan doğrudan ayrımcılık karşılaştırma yapılacak birinin bulunmasındaki zorluk nedeniyle eleştirilmektedir. Gerçekten de kadın çalışanın hamileliği sebebiyle işine son verildiği bir durumda karşılaştırma yapılabilecek bir karşı cins bulunması mümkün değildir[31].

Türk Hukukunda doğrudan ayrımcılığa ilişkin bir tanım ilk kez 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu [32] (TİHEKK) kapsamında yapılmıştır. İlgili kanun doğrudan ayrımcılığı aşağıda incelenecek olan Avrupa Birliği(AB) hukukuna da uygun olarak bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını ve bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen ve zorlaştıran her türlü farklı muamele olarak tanımlamıştır[33].

2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık şekli eşitlik anlayışı ile ilgili olarak yapılan eleştiriler sonucu ortaya çıkmıştır. Doğrudan ayrımcılık ile açık biçimde yapılan ayrımcılıklar yasaklanmaktadır. Ancak kapalı yapılan ayrımcılıklar engellenememektedir. İşte dolaylı ayrımcılık bu kapalı ayrımcılıkların da yasaklanması amacını taşımaktadır.

[31] Karan, s.207
[32] R.G., 20.04.2016, Sayı:29690
[33] Yemişken, s.24

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasındaki fark en sade şekli ile doğrudan ayrımcılığın farklı muameleyi yasaklaması, dolaylı ayrımcılığın ise sonucunda ayrımcılığın oluştuğu aynı muamelenin de yasaklanmasıdır[34]. Örneğin doğrudan ayrımcılık yasağı yalnızca işe yalnızca erkek adayların alınmasını yasaklarken, dolaylı ayrımcılık yasağı işe giriş şartının 180 cm boy olmasını da yasaklamaktadır. Görüldüğü üzere 180 cm boy şartında doğrudan bir ayrımcılık bulunmamaktadır, fakat aşağıda da değinileceği üzere böyle bir şartın varlığı sonucunda kadınların ayrımcılığa uğraması kuvvetle muhtemeldir. Türkiye Cumhuriyeti verilerine göre kadınların boy ortalaması 163 cm olup, 180 cm koşulu çok az kadın tarafından yerine getirilebilecektir[35].

Dolaylı ayrımcılıkta görünüşte doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi bir ayrımcılık saiki söz konusu değildir. Görünüşte tarafsız olan bir hüküm uygulama aşamasında bazı kişi ya da topluluklar bakımından dezavantajlı sonuçlar doğurmaktadır[36]. Başlangıçta ayrımcılık saiki olmayan bu ayrımcılık türünde ayrımcılığa sebep olan kişinin bu ayrımcılığı kasten yapıp yapmamasının da bir önemi bulunmamaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta önemli olan o hükmün yarattığı sonuçların ayrımcılık oluşturması yani kişilere karşı aynı muamelelerin etkileridir. Dolaylı ayrımcılık bir bakıma maddi eşitlik anlayışının ayrımcılık yasağı bakımından görünüşünü oluşturmaktadır.

Dolaylı ayrımcılık da doğrudan ayrımcılık gibi ilk kez 6701 s. TİHEKK kapsamında tanımlanmıştır. İlgili kanunun 2. maddesine göre dolaylı ayrımcılık bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulması olarak tanımlanmıştır[37].

Dolaylı ayrımcılık Yargıtay içtihatları ile de tanımlanmış olup, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararda[38]İş Kanunu bakımından doğrudan ve

[34] Karan, s.210
[35] Cumhuriyet, İşte Türkiye'deki Ortalama Kadın ve Erkek Boyu, 11.10.2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/saglik/864030/iste_Turkiye_deki_ortalama_erkek_ve_kadin_boyu.html , (22.06.2019)
[36] Öztürk, s.13
[37] Yemişken, s.27
[38] Kazancı, Yargıtay 7.HD, 2015/35713 E, 2016/2659 K, 11.02.2016, http://www.kazanci.com/k-ho2/ibb/files/dsp.php?fn=7hd-2015-35713.htm&kw=`2016/2659`#fm, (29.09.2019)

dolaylı ayrımcılık kavramlarının tanımlarının yapılmadığı, ölçüt olarak Avrupa Birliğinin 2000/48/EC, 2000/78/EC,2006/54/EC sayılı direktiflerindeki tanımlara göre bir işçinin yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden dolayı, örneğin cinsiyeti, gebeliği veya ırkı, dili nedeniyle bir başka işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe, bir davranışın muhatap olmasını doğrudan ayrımcılık; görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmayan işveren kararının, davranışının ya da işleminin bir cinse mensup kişileri diğer cinse mensup kişilere göre daha olumsuz bir duruma sokması halini dolaylı ayrımcılık olduğunu belirtmiştir.Aşağıdaki konu başlıklarında inceleneceği üzere ilgili direktiflere görede dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız bir hüküm, yansız kriterler ya da uygulamanın; bir ırksal veya etnik kökenden kimseyi, diğer kişilerle karşılaştırıldığında özel bir avantajsız konuma getirdiği durumlarda, bu yansız hüküm, yansız kıstaslar veya uygulama; meşru bir amaç ile nesnel olarak haklılık kazanmamışsa ve söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve zaruri değilse, oluşan ayrımcılık türü olarak tanımlanmıştır[39].

3. Negatif ve Pozitif Ayrımcılık

Negatif ve pozitif ayrımcılık kavramları birbirleriyle oldukça bağlantılı kavramlardır. Kişilerin sahip olmadığı ya da sahip olmakla birlikte ortalamanın altında kalan özellikleri sebebiyle eşitsiz davranılması negatif ayrımcılık oluştururken, negatif ayrımcılığın yaratmış olduğu sonuçların ortadan kaldırılması ve fırsat eşitliği sağlanması için yapılan ayrımcılık pozitif ayrımcılığı oluşturmaktadır. Pozitif ayrımcılık öncesinde mağdur olan bir gurubun mağduriyetinin giderilmesi amacıyla yapılan ayrımcılıkları ifade etmektedir. Bu sebeple toplum içerisinde dezavantajlı olan kişilerin çıkarlarını korumak ve iyileştirmek amacıyla yapılan ayrımcılıklar ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmamaktadır[40].

[39] Eda Manav, **"AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiyede'ki Uygulamalar"**, http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz15ozel/1ishukuku/26-edamanav.pdf, s.745, (30.09.2019), (Ayrımcılıkla Mücadele)
[40] Öztürk, s.16

III. EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı kavramlarının birbiriyle oldukça ilişkili olan iki kavram olduğu ortadadır. Ancak doktrinde tartışmalı olan konu, bu iki kavramın içeriğinin aynı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre bu kavramlar birbirlerinin olumlu ve olumsuz şekilleri olup birbirlerinin zıt anlamlarıdır. Yani ayrımcılık yapılmaması eşitliği sağlamaktadır. Eşitlik ilkesine uygun davranılması da ayrımcılık yapılmadığını göstermektedir[41].

Buna karşın doktrindeki diğer görüşe göre ise[42] ayrımcılık yapılmaması tek başına eşitliği sağlamamaktadır. Eşitlik ilkesinin hem olumlu hem de olumsuz anlamı bulunmaktadır. Eşitliğin sağlanması için yalnızca olumsuz önlemler yanı sıra pozitif ayrımcılık dediğimiz olumlu önlemlerin de alınması gerekmektedir. Pozitif ayrımcılık aşağıda değinileceği üzere eşitlik ilkesine zedelememekte bunun aksine eşitsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla eşitliğin sağlanması için tek başına ayrımcılık yasağı yeterli değildir. Bu sebeple de ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin içerik olarak birbirlerini tam olarak karşıladıklarını söylemek yerine ayrımcılık yasağının kendisine göre daha geniş kapsamlı olan eşitlik ilkesinin gerçekleşmesini sağlayan ve aynı zamanda eşitlik ilkesini güvence altına alan bir kavram olduğunu söylemek daha makul görünmektedir.

Doktrindeki farklı görüşlere rağmen ayrımcılık yasağı eşitliğe ulaşmanın önemli yollarından biri olarak tanımlanmalı ve ayrıca ayrımcılık yasağı neyin eşit olması neye eşit davranılması gerektiğini gösteren bir ilke olarak düşünülmelidir[43]. Ayrımcılık yasağı doktrinde ileri sürülen ikinci görüşçe de belirtildiği üzere elbette eşitlik ilkesini sağlamakta tek başına yeterli olmamakla birlikte büyük ölçüde eşitlik ilkesinin zıt anlamını oluşturmakta olup, ayrımcılık yapılmaması durumunda eşitlik ilkesinin büyük oranda sağlanmış olacağını düşünmekteyiz.

---

[41] Ünal, s.50; Öztürk, s.20; Bakırcı, s.23

[42] Mustafa Kılıçoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı", **Legal İş Hukuku Dergisi**, Sayı:36, Cilt:9, 2012, s.41

[43] Karan, s.70

IV. TÜRK ANAYASALARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

A. 1924 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasası olan 1924 Anayasasında eşitlik temel bir ilke olarak yer almıştır. Anayasa'nın 69. maddesi; "Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır."[44]şeklindedir. Ancak bu anayasa ile tanınan haklar bir güvence altında olmadığından eşitliğin koruma altında bir ilke olduğundan bahsedilememektedir.

B. 1961 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler

Getirdiği en önemli yenilik Anayasa Mahkemesinin kurulması ve kanunların anayasa uygunluğunun denetimi olan 1961 Anayasası temel hak ve özgürlüklere de 1924 Anayasasına göre daha geniş yer vermiştir.

Anayasanın 12. maddesi; "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." [45] şeklinde olup ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Maddenin konuluş amacı düşünüldüğünde buradaki sayılan ayrımcılık türlerinin tahdidi olmayacağı sonucu çıkartılmaktadır[46].

1961 Anayasası ile birlikte daha önde değinildiği gibi kanunların anayasaya uygunluk denetimi getirildiği için ayrımcılık yasağının da yalnızca kanunda yer alan bir düzenleme olmadığını aynı zamanda koruma altında olduğunu söylenebilmektedir.

---

[44]1924 Anayasasının tam metnine ulaşmak için bkz.,Türkiye Büyük Millet Meclisi, 1924 Anayasası, https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm (08.06.2019)

[45]1961 Anayasasının tam metnine ulaşmak için bkz.,Türkiye Büyük Millet Meclisi, 1961 Anayasası, https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm (09.06.2019)

[46] Altınordu, s.67

C. 1982 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler

1982 Anayasasından sonra kanunlarda da ayrımcılık yasağı konusunda pek çok düzenleme yapılmıştır. 1982 Anayasasının 10. maddesi; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (…) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." şeklindedir. Eşitlik ilkesi anayasamızda düzenlenmiş olan yer gereği devlet yönetimine egemen bağımsız bir ilke olarak değerlendirilmektedir[47].

Anayasa ilgili maddesi metninden de anlaşılacağı üzere 1982 Anayasası ayrımcılık yasağı ve eşitliği 1924 Anayasası ve 1961 Anayasası'na göre daha detaylı olarak düzenleyen anayasamız olma özelliği göstermektedir. Örneğin 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında 1961 Anayasasından farklı olarak burada ayrımcılık nedenleri sayıldıktan sonra "ve benzeri sebepler" ibaresi kullanılmıştır. Yukarıda maddenin özüne bakıldığında 1961 Anayasası için de sayımın tahdidi olamayacağı sonucuna varmıştık, ancak 1982 Anayasası bu tartışmaların önüne geçmek amacıyla ve benzeri ifadesini de kullanmıştır. Ayrıca 1961 Anayasasında eşitlik ilkesi temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenirken 1982 Anayasasında genel esaslar kısmında düzenlenmiş olması ilkenin daha geniş olarak düzenlendiği gibi aynı zamanda daha çok önem verildiğini de göstermektedir[48].1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasasında da kanunların anayasaya uygunluk denetimi bulunduğundan ayrımcılık yasağının bu anayasa bakımından da koruma altında olduğunu söylemek ve hatta ilkenin1924 anayasasında yer alsa da anayasaya uygunluk denetimi yalnızca

[47] Gözler, s.212

[48] Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum**, Sayı:11, 2006, s.48

1961 ve 1982 anayasalarında olduğu için esas korumanın bu iki anayasada olduğunu söylemek mümkündür[49].

1982 Anayasası'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında genel olarak ayrımcılık yasağından bahsedilmiş 2004 yılında yapılan değişiklik ile anayasamıza giren daha sonraki fıkrasında ise kadın-erkek eşitliği ayrıca vurgulanmıştır. Bu durumun sebebi cinsiyet ayrımcılığının en fazla karşılaşılan ayrımcılık türü olmasıdır. Ayrıca bu fıkra cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili bölümde inceleneceği üzere yapılacak pozitif ayrımcılığında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını vurgulamaktadır. Buradaki amaç yalnızca eşitsiz durumda bulunan gruplar arasında dengeli bir eşitliğin sağlanmasıdır.

[49]İnceoğlu, s.47

İKİNCİ BÖLÜM
BİRİNCİ KISIM
TÜRK HUKUKUNDA İŞVERENİN EŞİT İŞLEM YAPMA BORCU

I. İŞ HUKUKUNDA EŞİT İŞLEM İLKESİ

İş sözleşmesi niteliği gereği iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. İşçinin nasıl iş görme, sadakat vb borçları var ise işverenin de işçisine karşı borçları bulunmaktadır[50]. Eşit davranma borcu işverenin işçisine karşı borçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. İşverenin diğer borçları ise ücret ödeme, işçiyi gözetme, araç ve malzeme sağlama, işçinin yapmış olduğu giderleri ödeme, buluş yapan işçiye bedel ödeme vb borçlardır. İşbu çalışmanın konusunu işverenin eşit işlem borcu oluşturduğu için aşağıda yalnızca eşit işlem borcu incelenecektir.

Eşitlik ilkesi yukarıda daha önce de bahsedildiği üzere, temelinde benzer durumda olanlara eşit davranılması ve benzer durumda bulunmayanlara farklı davranılmasını gerektiren genel eşitlik ilkesinin iş hukukundaki eşit davranma ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.Çalışma hayatında karşımıza çıkan eşit işlem yapma ilkesi özel hukuk kapsamında bulunmamaktadır. Özel hukuk bakımından sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişilerin birbirlerine eşit davranma yükümlülükleri bulunmamaktadır[51]. Bu sebeple işçinin korunması kapsamında eşit işlem ilkesi özel bir anlam taşımaktadır[52].

İş hukukunda bulunan eşit davranma ilkesinin temelinde hayatını işvereninden aldığı ücret ile idame ettiren işçinin işverenine olan ekonomik bağımlılığı sebebiyle korunması düşüncesi yatmaktadır[53].İşçi ekonomik olarak olduğu kadar talimatlar bakımından da işverenine bağlıdır. İşçinin bu bağımlılığı hukuki olarak korunmaz ise işveren tarafından kötüniyetli olarak kullanılmaya açıktır. İşini kaybetmek istemeyen işçinin de işverenine karşı söz hakkı bulunmayacağından işçi bakımından adil sonuçların ortaya çıkmayacağı açıktır.

---

[50] Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul, 2012, s.494

[51] Hande Bahar Aykaç, "Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, (Ed. Prof. Dr. Tankut Centel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.49

[52] Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.168

[53] Yuvalı, s.33; Aykaç, s.50

İşçiyi korumak ve yaşanabilecek adil olmayan uygulamaların önlenmesi için işverenin eşit işlem borcu oluşturulmuş ve hukukenkoruma altına alınmıştır. Eşit davranma ilkesinin bu işçiyi koruma özelliğine doktrinde eşit davranma ilkesinin koruyucu işlevi denilmektedir[54]. Ayrıca eşit davranma ilkesinin bir diğer işlevi de düzen sağlama işlevi olarak adlandırılmaktadır. Benzer oldukları kişiler ile eşit koşullarda çalışan işçiler daha huzurlu bir çalışma ortamına sahip olmaktadırlar. Aksi takdirde benzer oldukları işçilere oranla kendilerine kötü davranıldığını düşünen işçilerin adalet duygusu zedelenmekte ve işyerinde düzen kurulamamaktadır[55].

Eşit işlem ilkesi işverenin keyfi işlemler ile ayrımcı faaliyetlerde bulunmasını sınırlamaktadır. Çalışan gruplarından birine sağlanan imkanların (terfi, ilerleme, prim vb) diğer çalışan grubuna da sağlanması gerekir[56]. Bu çalışan grupları kadın-erkek şeklinde olabileceği gibi, genç-yaşlı şeklinde de olabilmektedir. Ancak buradan çıkartılacak anlam mutlak eşitlik değildir. Bahsedilen eşitlik nispi[57] bir eşitlik olup, aynı veya benzer durumda olan işçiler bakımından geçerli olmalıdır[58]. Kaldı ki işçiler arasında mutlak bir eşitlik yürütülmesi eşit davranma borcuna hizmet etmeyeceği gibi aynı zamanda bu borca da aykırılık oluşturur, bunun nedeni işçiler arasında farklı davranılmasını gerektirecek sebeplerin de olmasıdır.Eşit olamayan kişilere mutlak bir eşitlik sağlanması da hukuka ve eşitlik ilkesine aykırı olacaktır[59]. Eşit işlemden anlaşılması gereken haklı nedenler olmadıkça işçilere farklı davranılmamasıdır[60]. Yargıtay görüşleri de bu doğrultuda olup işçiler arasında mutlak bir eşitliğin hukuka aykırı olacağını belirtmektedir[61].Haklı nedenlerin varlığı

---

[54] Yıldız, s.61
[55] Yıldız, s.61
[56] E. Tuncay Senyen-Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s.240, (İş Hukuku)
[57] Aykaç, s.52
[58] Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.443
[59] Aykaç, s.63; Veli Karagöz, **İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı**, https://dergipark.org.tr/tr/-download/article-file/68494, 2014, s.60, (01.10.2019)
[60] Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.640,
[61] Kazancı, Yargıtay 9.HD 2011/33127 E, 2013/25090 K, 07.10.2013, http://www.kazanci.com/-kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2011-33127.htm&kw=`2013/25090#fm, "İşverenin işçileri arasında mutlak bir eşitlik uygulaması zorunda olduğu yönündeki anlayış eşit davranma borcunun anlamı dışında kaldığı gibi bu borca aykırılık oluşturur." ; Yargıtay 9. HD 2016/32575 E, 2019/15142 K, 09.07.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd201632575.htm&kw=E%C5%9E%C4%B0T+DAVRANMA+BORCU+MUTLAK+E%C5%9E%C4%B0TL%C4%B0K#fm, "..eşitlik ilkesini düzenleyen 5. Maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir…işverence işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi halinde yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan bahsedilemez", (01.10.2019)

halinde işçilere farklı davranılması mümkünolup[62], haklı nedenlerin neler olduğu ise her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Örneğin işçinin performansı ya da kıdemi somut bir olay özelinde haklı neden oluşturabilecektir[63]. İş hukukunda amaçlanan eşitlik anlayışı benzer durumda olanlara farklı işlem yapılmaması yani nispi eşitliğin sağlanmasıdır. Bunu örneklendirmemiz gerekirse bir işyerinde çalışan bütün işçilere aynı ücret ya da prim verilmesi bu işverenden beklenemez ancak belirli özellikler bakımından benzer durumdaki işçilere farklı ücret ya da prim veriyor olmak eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Eşit davranma ilkesi işveren ve işçi birlikte düşünüldüğünde işçi açısından daha faydalı bir ilke olarak görünmektedir. Ve özetle eşitlik ilkesi işçilerden birinin ya da bir kısmının diğerleri karşısında kötü duruma düşürülmesine engel olmaktadır[64].

A. Eşit İşlem İlkesinin Anayasal Dayanağı

Cumhuriyet döneminden itibaren anayasalarımıza bakıldığından aslında 1924 anayasasından itibaren anayasada eşitlikten bahsedildiği görülmektedir. Ancak 1924 anayasasında kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi kabul edilmiş durumda değildir. Bu sebeple Öden'e göre "1924 Anayasasında kanun önünde eşitlik ilkesi, herkesin eşit olarak bağlı bulunduğu Cumhuriyet hukuk düzeninde daha çok kanunların idare makamları ve mahkemeler tarafından herkese eşit veya aynı, yani tarafsız şekilde uygulanmasını gerektiren şekli ve usuli bir ilkedir. Anayasa hukukumuzda eşitlik ilkesinin gerçek bir anayasal ilke kimliğini kazanmasının yolu 1961 Anayasası ile açılmıştır."[65]. Gerçekten de 1961 Anayasasından itibaren kanunların Anayasaya uygunluğu kabul edilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 10. maddesi eşitlik ilkesini düzenlemektedir. İlgili madde hükmü uyarınca :

---

[62] İpek Demir Göksu, **Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s.10

[63] Barnard, Catherina, **ECEmployment Law**, 3. Ed, 2006, USA, s.362; Erdem Özdemir, "Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet"**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Sayı:5, 2005, s.259; Kübra Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, **Çalışma ve Toplum**, Sayı:11, 2006, s.67

[64] Rabia Sever, " İşverenin Eşit Davranma Borcu",**İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Cilt:9, Sayı:34, 2012, s.43

[65] Öden, s.144

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”[66]. Ayrıca burada cinsiyet, ırk, dil vb gibi ayrım nedenleri sayıldıktan sonra benzeri ifadesinin kullanılmış olması ayrım yasaklarının sınırlı sayıda sayılmadığını da göstermektedir[67]. Anayasa ilgili maddesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayrım yapılmasını önlemektir.

Anayasa’nın bu maddesi ile ilgili olarak dar anlamda eşit davranma borcu ve geniş anlamda eşit davranma borcu kavramları ortaya çıkmaktadır. Dar anlamda eşit davranma borcu yalnızca cinsiyet, ırk, renk,inanç, mezhep gibi kişinin insan olmasından kaynaklı değiştirmesi istenmeyecek ve beklenemeyecek ayrımcılık hallerini kapsaması olarak kabul görmüştür. Genel anlamda eşit davranma borcu ise benzer durumda olan kişilere farklı işlem yapılmamasını da öngören bir borç olduğunu savunmaktadır. İlgili maddeden hükmün koruma alanının hangisi olduğu tam olarak anlaşılmamakla birlikte Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu örnek gösterilebilecek bir kararda[68]eşit işlem ilkesini aynı ve benzer durumdaki bireylere haklı bir sebep olmadıkça farklı şekilde davranılmasını engelleme amacı taşıyan bir ilke olarak tanımlamıştır. Bu sebeple Anayasadaki eşitlik ilkesinin de genel olarak eşitlik olarak yorumlanabileceği söylenebilmektedir[69].Anayasanın 10. maddesi tüm hukuk düzenimizi ilgilendiren bir hüküm olup hem dar anlamda hem genel anlamda

[66]R.G.,09.11.1982, Sayı:17863
[67] Öden, s.147, Yuvalı, s.40
[68]Anayasa Mahkemesi, Şahin Karaman Kararı, B. No:2012/1205, 08.05.2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1205?BasvuruAdi=%C5%9EAH%C4%B0N+KARAMAN , (22.06.2019): Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda hangi temele dayalı olarak ayrımcılığa maruz kaldığının gösterilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle ayırımcılık 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. ayırımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir.
[69] Yuvalı, s.42; Süzek, 2019, s.441

eşit davranma borcunu düzenlemektedir[70]. Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında vermiş olduğu kararlarla birlikte değerlendirildiğinde anayasa hükmünün sadece ayrımcılık yasaklarını kapsar nitelikte olduğu değil aynı zamanda benzer durumda olanlara farklı işlem yapılmasını da yasaklar bir hüküm olduğu yönündeki baskın görüşün daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

B. Yasal Dayanağı

1. 1475 Sayılı Eski İş Kanunu Döneminde

1475 Sayılı İş Kanunu[71] döneminde İş Kanunundaki eşit davranma borcu yalnızca ücret bakımından düzenlenmiş durumdaydı. 1475 s. Eski İş Kanunu'un 26. maddesinin 4. fıkrasına göre "bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimlerde çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmeleri ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz". Hüküm fıkrasından da anlaşılacağı üzere 1475 s. İş Kanunu'nda genel bir eşit davranma yükümlülüğü getirilmemiş yalnızca cinsiyete dayalı farklılıklar sebebiyle farklı ücret verilemeyeceği düzenlenmiş ve ücret ayırımı yasaklanmış durumdadır.

2. 4857 Sayılı İş Kanunu Döneminde

4857 s. İşK, 1475 s. İş Kanunu'nun aksine iş hukukundaki eşit davranma borcunu ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. AncakAnayasanın normlar hiyerarşisi ile ilgili 11. maddesi gereği 4857 s. İşK 5. maddesinin kabulünden önce dahi Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi işçi ve işveren arasında uygulama alanı bulmaktaydı[72]. 4857 s. İşk'nuneşit davranma ilkesi başlıklı 5. maddesine göre "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler

[70] Sever, s.38; Yıldız, s.64
[71] R.G., 01.09.1971, Sayı:13943
[72] Doğan Yenisey, s.66

olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.". Madde başlığı eşit davranma ilkesi olsa da maddede aslında ayrımcılık yasağı düzenlenmiş durumdadır. Eşit davranma başlıklı maddenin sadece ikinci fıkrasında işverenin esaslı sebepler bulunmadıkça iş sözleşmesin türüne göre farklı işlem yapılamayacağı belirtilmiştir[73]. Eşit davranma ilkesi başlığındaki hükümden işverenin işçisinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi beklenemeyecek kişisel özellikleri sebebiyle ayrımcılık yapamayacağı düzenlenmiş durumdadır. Ancak madde hükmü temelinde kişisel özellikler sebebiyle ayrımcılık barındırmayan fakat aynı vasfa sahip işçiler arasında farklılığa sebep olan uygulamalar bakımından çözüm getirmemektedir. Örneğin aynı vasıfta işçilerin bir kısmına sürekli olarak fazla çalışma yaptırılıp ek gelir imkanı tanınırken diğerlerine bu imkanın tanınmaması ya da aynı vasıfta işçilerden bir kısmının eğitimlere gönderilirken diğerlerinin gönderilmemesi durumları bir ayrımcılıktan ileri gelmeyip yalnızca aynı vasıftaki işçiler bakımından farklılık yaratabilecek uygulamalardır.

Burada önem arz eden konu işverenin eşit davranma borcunun kapsamının yalnızca ayrımcılık yapma yasağından mı oluştuğu yoksa aynı durumda olan kişilerin temelinde herhangi bir ayrımcılık gütmese de farklı uygulamalara maruz bırakılmalarının da yasağın kapsamında olup olmadığıdır.

Bu noktada doktrindeki bir görüşe göre[74]4857 s. İşK 5. maddesinde ayrım yasağı dışında kalan eşitlik borcunun düzenlendiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Bunun nedenini ise madde hükmünde herkes kanun önünde eşittir yahut hiçbir kimseye imtiyaz tanınamaz vb ifadelerin kullanılmamış olmasıdır. Diğer

[73] Yıldız, s.63

[74]Süzek, s.399; Aykaç, s.52; Mesut Gülmez, **"İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler"**, Çalışma ve Toplum, Sayı:25, 2010, s.221, (Aykırı Düşünceler); Seçkin Nazlı, **"İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler"**, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/316340, s.573, (01.10.2019)

görüşe[75] göre ise iş hukukundaki eşitlik ilkesini hem ayrımcılık yapma yasağı hem de aynı ve benzer durumda olan işçilere eşit davranılması yükümlülüğü içeren iki taraflı bir ilke olarak anlaşılması gerektiğini düşünmektedir. Ancak bu ikinci görüşü savunan yazarlar kanunumuzun bu hali ile eşit işlem ilkesi başlıklı maddesinde yalnızca ayrımcılık yasağını düzenlediğini de belirtmektedir. İş Kanunun ilgili maddesi her ne kadar yalnızca ayrımcılık yasağını düzenlemiş olsa da yukarıda değindiğimiz anayasa hükmünde olduğu gibi İş Kanunu hükmünün de yalnızca ayrımcılık yasakları değil, aynı zamanda benzer durumda olanlara farklı davranılmaması yükümlülüğünü de içerdiğini düşünmekteyiz. İlgili kanun maddesinden her ne kadar yasak sadece ayrımcılık hallerini kapsar şekilde anlaşılsa da yargı içtihatları da maddenin genel anlamda eşitlik borcunu kapsadığı şekilde gelişmiştir[76].

Benzer durumda olan işçilere benzer davranılması yükümlülüğü anlamı direk İş Kanunundan çıkartılamamaktadır. Ancak anayasal eşitlik ilkesi hukuk düzeninin tamamında geçerli bir ilke olup, iş hukukunda da geçerli olan genel bir ilke niteliği taşımalıdır[77]. Bu sebeple bu ifadenin dayanağını İş Kanunu değil Anayasanın 10. Maddesi oluşturmaktadır[78]. Kaldı ki zaten Anayasanın 11. maddesinde eşit işlem yapma borcunun kişiler arasındaki ilişkilerde de bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir.

3. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu

Eşit işlem ilkesi ile ilgili olarak en yakın tarihli çalışma 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu olmuştur. Bu kanunla ayrımcılık içeren tüm davranışlara karşı tek bir çatı altında tek koldan ve daha güçlü bir şekilde mücadele edilmesi amaçlanmıştır[79]. Kanunun amacı 1. maddesinde; "bu kanunun amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve

[75] Yıldız, s.64
[76] Melda Sur, "İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:37, 2017, s.36
[77] Sever, s.40; Süzek, 2019, s.442
[78] Sever, s.40
[79] F. Burcu Savaş Kutsal, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, (Ed. Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Araş. Gör Seda ErgüneşEmrağ),Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.268; Yemişken, s.98

hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir" şeklinde belirtilmiştir.

Kanun kapsamında herhangi bir şekilde çalışan olmak yeterli olup, çalışanın İş Kanunu kapsamında işçi olması gerekmemektedir[80]. Kanunun iş ilişkilerini ilgilendiren maddesi 6. madde olup ilgili maddenin birinci fıkrası; "İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz." şeklindedir.

Kanunun 3. maddesinde ayrımcılık sebepleri Anayasa ve 4857 s. İşK'nundaki ayrımcılık sebeplerini kapsar ve aynı zamanda yenileri eklenerek sayılmıştır[81]. Bu maddeye göre ayrımcılık sebepleri cinsiyet,ırk, renk, dil, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş şeklindedir. Kanunun ayrımcılık sebepleri için ve benzeri ifadesini kullanmayarak genişletmiş olması önemli bir gelişmedir.

Kanun kapsamında kendisine ayrımcılığa dayalı davranışta bulunulduğunu iddia eden herkes ücretsiz olarak Kuruma başvuru yapabilmektedir. Kuruma başvuru herhangi bir süreye tabi tutulmadığı gibi kuruma yapılan başvurular kanunun 17. maddesi gereği dava açma süresini durdurmaktadır. Kanımızca kuruma yapılan başvurunun dava açma süresini durdurması isabetlidir, aksi halde kurum inceleme yapıp kararını verene kadar geçen sürede dava açma süresinin sonlanması başvurucu açısından hak kaybına sebebiyet verebilecektir[82]. Kuruma başvuru ihtiyari olup kanunda dava açmadan önce kuruma başvuru yapılması dava şartı olarak

[80]Sur,s.37
[81] Süzek, 2019, s.460
[82] Arzu Arslan Ertürk, "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarısı Taslağında Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:27, İstanbul, 2012, s.52

gösterilmemektedir. Kanunun başvuru süresine ilişkin olarak getirmiş olduğu tek hüküm başvurucunun öncelikle işlemin düzeltilmesi talebinde bulunmasıdır. Başvuru yapabilmek için bu talebin reddedilmiş ya da otuz gün içerisinde cevaplanmamış olması gerekmektedir. Ancak telafisi mümkün olmayan zararların bulunması durumunda bu şart aranmaksızın başvurular kurumca kabul edilebilmektedir[83]. Burada önem arz eden nokta talebin sözde olarak kabul edildiğine ilişkin dönüş yapılması ancak aslında başvurucunun talebinin yerine getirilmemesi halidir. Kanununda bu ihtimale ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte başvurucunun bu şekilde bir davranışla karşılaşması halinde tekrar talepte bulunmak yerine direkt olarak kuruma başvuru yapabilmesinin daha uygun olduğunu düşünmekteyiz[84].Kurum başvuruları en geç üç ay içinde sonuçlandırmaktadır. Bu süre de başkan tarafından yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç ay daha uzatılabilmektedir.

Kurumun önemli yetkilerinden biri uzlaştırma yetkisidir. Uzlaştırma alternatif çözüm yollarından biri olup artık tarafların alternatif çözüm yollarını kullanmasına teşvik edilmesinin sebebi hem mahkemelerin iş yükünün çok fazla olması[85] hem de işçi-işveren uyuşmazlıklarının diğer uyuşmazlıklara göre biraz daha şahsi sebeplerden kaynaklanabilmesi ve bu durumun tarafları dava yolunda daha çok yıpratmasıdır. Uzlaşma görüşmeleri sırasında ortaya çıkan beyanlar ileride soruşturma ve kovuşturma makamlarında delil olarak kullanılamaz. Uzlaştırmadan sonuç alınmayan başvurular hakkında ise Kurul karar vermektedir.Ayrıca kurulun suç fiili tespit etmesi durumunda suç duyurusunda bulunma yetkisi bulunmaktadır[86].

Kanunun 19. maddesinde Kurumun inceleme yetkisi düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca kurum inceleme, araştırma, ziyaret, rapor hazırlama gibi görevleri yerine getirmektedir. Ve bu sebeple kurum gerçek ve tüzel kişilerden ilgili belgeleri istemeye, yazılı ve sözlü bilgi almaya, başvuruyu ilgili çalışma ortamında ziyaret edip bu ortamda araştırma yapmaya yetkilidir. Ayrıca teknik bilgi gerektiren

[83] Süzek, 2019, s.462
[84]Savaş Kutsal, s.273, Süzek, 2019, s.463
[85] Fatma Başterzi, "**Eşitlik Kurumu, Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli"**, TİSK Akademi, C: 2, S: 3, 2007/1, s. 142.
[86] Emine Cin Karagöz, **"Kadın Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri**", Yasama Dergisi, Sayı:32, Ankara, 2016, s.28, Süzek, 2019, s.464

konularda ücreti kurum bütçesinden ödenerek bilirkişi incelemesi yaptırılabilmekte, gerek duyulduğunda tanık dinleyebilmektedir.

Kanunun 21. maddesinde ispat yükü düzenlenmiş olup, ispatı zaten zor olan ayrımcılık davranışları için tam ispat aranmaması isabetli ve olumlu bir adım olmuştur[87]. İddia edenin kuvvetli karine oluşturması halinde ispat yükü karşı tarafa geçecektir. Ancak ispat yükünün sağladığı kolaylık yalnızca bu Kurum kararları için geçerli olup olayın yargıya taşınması durumunda aynı ispat şartlarının uygulanması söz konusu değildir[88].

Yukarıda anlatıldığı üzere Kurulun işleyişi her ne kadar bir yargı organı gibi olsa da kurul bir yargı mercii olmayıp tarafları bağlayan yaptırımlar içeren kararlar verememektedir. Kurula ilgili kanun ile yalnızca idari para cezası verme yetkisi tanınmıştır. Kurul ihlalin ağırlığına göre 1.000 TL ile 15.000 TL arasında bir para cezası uygulayabilecektir. Kurul kararları gerekçeli olarak kurulun internet sitesinde de yayınlanmaktadır. Mağdurun kurul kararlarından sonra yargı yoluna gitmesi halinde açılmış olan davada kurul kararları bilirkişi raporu olarak değerlendirilebilir[89].

Kanun üçüncü fıkrasında cinsiyet ayrımcılığını da özel olarak düzenlemiş olup, hamilelik ya da doğum izni sebebi ile kadın çalışanlara ayrımcılık yapılamayacağını belirtmektedir. İlgili hüküm ile kadının iş hayatında karşılaşmakta olduğu zorlukların önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Kanunun 4857 s. İşK'na göre getirmiş olduğu bir farklılık ise İş Kanunu bakımından eşit işlem ilkesi iş ilişkisinin kurulmasından sonra gündeme gelmekteyken 6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ikinci fıkrasına göre iş ilanı sürecinden başlayarak başvuru, seçim kriterleri, işe alım, çalışma ve çalışmanın sona ermesi gibi iş akdinin her aşamasında eşit davranmakla yükümlü olup ayrımcılık yasaklanmaktadır. Ayrıca ilgili fıkra tahdidi bir sayım yapmamış olup ve benzeri hususlar ifadesine yer vermektedir.

Kanunun 7. maddesinde ise ayrımcılığın ileri sürülemeyeceği haller ve istisnaları düzenlenmiştir. Kanunun ilgili maddesinin fıkraları bazı yazarlarca uygun bulunmamaktadır. 7. maddenin birinci fıkrasının b bendi uyarınca sadece belirli bir

[87]Cin Karagöz,s.27
[88]Savaş Kutsal, s.277
[89] Arslan Ertürk, s.53

cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlarda ayrımcılık iddiasında bulunulamayacağı düzenlenmiştir. Bu bendkötüye kullanılmaya ve olabildiğince geniş yorumlanmaya müsait olup kanunun işlevini yerine getirmesini güçleştirmesi düşünülmektedir[90].

Yine Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının d bendi din hizmeti çalışanlarına ilişkin olup bir dine ait kurumda sadece o dine mensup kişilerin çalışmasını düzenlemekte olup aksinin ayrımcılık sayılmayacağını düzenlemektedir. Bu istisnanın getirilmiş olmasının ayrımcılık olduğu düşünülmektedir. Nitekim bir dine ait kurumda yapılacak istihdamda yalnızca o dinin kural ve özelliklerine aykırı istihdam yapılamayacağının belirtilmiş olmasının daha makul ve ilgili kanunun lafzına daha uygun olduğu savunulmaktadır[91].

II. EŞİT İŞLEM İLKESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

Eşit işlem yapma borcunun işverene yüklenebilir olmasının bazı koşulları bulunmaktadır.

A. İşyeri Açısından Birlik

İşyeri açısından birlik denildiğinde öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre işveren yalnızca yer olarak aynı yerde çalışan işçilere karşı böyle bir yükümlülük altındadır, aksi durum istisna teşkil etmektedir[92].Diğer görüşe göre ise[93] bu yükümlülüğün sadece yer açısından dar olarak uygulanması bir takım adil olmayan durumlara sebep olmaktadır. Bu sebeple işyeri açısından birlikten anlaşılması gereken yalnızca yer bakımından aynı işyerinde çalışmak değil yapılacak işin ve çalışma şartlarının benzerliği olarak anlaşılması gerekmektedir[94]. Örneğin bir bankanın pek çok şubesi bulunmaktadır. Yalnızca yer bakımından aynı yerde çalışma

[90] Zehra Odyakmaz- Bayram Keskin- Yusuf Deniz**, "6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme"**, TC Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:7, 2016, s.754

[91]Odyakmaz-Keskin-Deniz, s.755

[92]Yuvalı, s.48; Aykaç, s.64; Karagöz, s.61

[93] Yıldız, s.180

[94] Yemişken, s.116, Sevil Doğan, "Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.3, S.9, Ankara, Nisan 2012, s.183-184

koşulu uygulanır yapılan iş ve çalışma koşulları dikkate alınmadan tüm şubelerde aynı ya da benzer işi yapan işçilere farklı ücret öderse burada eşit işlem ilkesine uygun işlem yapıldığından bahsedilemez. Ya da aynı işyerinde çalışıp birbirinden çok farklı çalışma koşulları bulunan işçiler açısından düşünürsek bu işçilerin sadece işyeri düzeyinde yer olarak aynı işyerinde çalışmaları sebebiyle birbirleriyle aynı haklara sahip olması da başka bir eşitsizlik yaratmış olacaktır.

Bu sebeplerle işyeri açısından birlik koşulunun yer açısından aynı yerde çalışmak şeklinde anlaşılması değil daha geniş kapsamlı olarak anlaşılması ve aynı işverene bağlı olan fakat farklı işyerleri açısından birbirine benzer işler yapan işçiler açısından da eşit işlem yapma yükümlülüğü yarattığını söylemek daha adil olacaktır.

Doktrindeki ikinci görüşe göreişveren kendisine bağlı benzer işler yapan fakat farklı işyerlerinde çalışan işçiler sanki aynı işyerinde çalışıyormuş gibi eşit işlem yapma borcu altındadır[95]. İlk görüşekatılan yazarlara göre ise kural aynı işyerinde çalışmak olmakla birlikte istisnaenaynı işletmeye dahil değişik işyerleri arasında işverenin eşit davranma borcu olabilmektedir[96]. Kısacası bu görüş aynı işverene ait farklı işyerleri açısından eşit davranma borcunu ancak istisna olarak kabul etmiştir. Aynı zamanda buradaki işyerlerinin de birbirine çok yakın mesafede olması da gerekmektedir.

Aynı işyerinde çalışmayı kural kabul edenilk görüşün aksine eşit işlem yapma borcunun işyeri düzeyini aştığını ve zaten Türk Hukukunda da eşit işlem yapma borcunun sadece işyeri düzeyinde anlaşılmasına dayanak olacak bir hüküm olmadığını ifade eden ikinci görüş karşılaştırıldığında kanaatimizce de iş hayatında eşitliğin sağlanması ve huzurlu bir çalışma ortamı kurulması için ikinci görüşün daha elverişli bir nitelik taşıdığını düşünmekteyiz.

İşyeri ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer konu işverenin yeni bir işyeri devraldığı durumda devir alınan işçilerin akıbetinin nasıl olacağıdır. Devir alınan işçiler işverenin hali hazırdaki işçilerinin yararlandığı haklardan yararlanmıyorlar ya da daha düşük bir ücret ile çalışıyorlarsa bu işçilerin artık yeni işverenlerinden eşit işlem ilkesine uygun davranmasını talep ederek işverenin diğer işçileri ile aynı haklardan yararlanmalarının mümkün olup olmayacağı konusu gündeme gelmektedir. İşyerinin devrine 4857 s. İşK 6. maddesinde ayrıntılı olarak

[95] Yıldız, s.181
[96] Yuvalı, s.49

yer verilmiş olup devrin hukuki sonuçları bu madde ile anlatılmıştır. İlgili maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları şu şekildedir: "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.". Devralan işveren yıllık izin ücreti, ihbar tazminatı vb haklardan sorumlu olduğu gibi bu iş sözleşmesinden kaynaklı tüm hak ve borçlardan sorumlu olması gerekmektedir. Bu sebeple işçiyi gözetim borcu ve işverenin eşit davranma borcunun da işverenin sorumlu olduğu bu borçlardan biri olduğunu söylememiz de sakınca bulunmamaktadır[97]. Yani işletmeyi devir alan işveren artık devraldığı işçiler bakımından da eşit işlem yapma borcunun borçlusu durumuna gelmektedir[98].

İş hukukundaki eşit işlem ilkesinin amacı da yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere işçiler arasında keyfi uygulamaların önüne geçmektir. Eşit işlem ilkesinin sadece işyeri seviyesiyle sınırlı değil aynı zamanda aynı işverenin farklı işletmelerinde benzer işi yapan ve benzer nitelikteki işçileri için de geçerli olması gerektiğini düşünürsek devir alınan işçiler içinde uygulanması gereken bir ilke olduğunu söyleyebiliriz. Bu varılan sonuca bağlı olarak da örneğin işveren kendi işçilerine prim öderken devir aldığı işyerinde prim sistemi olmaması sebebiyle devir alınan işçilere prim ödemesi yapmaması eşit işlem ilkesine uygun olmaz. İşveren artık eşit işlem yapma borcu sebebiyle devir alarak kendi işçisi haline gelen işçilerine de aynı niteliklere sahip olmaları koşuluyla prim ödeme borcu altındadır. İş kanunun devir ile ilgili olan altıncı maddesi devir alınan işçileri korumayı amaçlamaktadır. Bu madde devir alınan işçilerin durumlarının iyileştirilmesine engel bir madde olarak yorumlanmamalıdır[99].

[97] Yıldız, s.183
[98] Yemişken, s.117; Doğan, s.184
[99] Yıldız, s.185

B. İşyerinde İşçi Topluluğunun Bulunması

Ayrımcılık yasağının ihlali işyerinde tek işçi bulunması halinde dahi mümkünken [100] eşit davranma ilkesinde aykırılıktan bahsedebilmek için sahip oldukları imkanlar ve maruz kaldıkları uygulamaların karşılaştırılabilmesi adına birden fazla işçinin bulunması gerekmektedir [101]. Aynı zamanda da bu kişilerin işverenin işçisi konumunda bulunması yani İş Kanunu bakımından işçi konumunda olması gerekmektedir. Aksi takdirde çalışan kişilerden birinin memur, diğerinin işçi olması durumunda yapılan karşılaştırma sağlıklı olmayacaktır.

C. Kolektif Bir Uygulama Olması

İşverenin bütün işçilerine tamamıyla aynı hakları sağlaması sözleşme özgürlüğü kapsamında işverenden beklenemez. İşverenin kolektif bir uygulamada bulunmaksızın bazı işçilerinin şartlarını iyileştirmesi her zaman diğer işçilerin şartlarını kötüleştirmesi olarak yorumlanamaz. Bu sebeple işverenin bireysel nitelikte yapmış olduğu bazı işlemler eşit işlem ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır[102]. Ancak bu istisna kapsamına girebilmesi için bireysel işlem dahi olsa işverenin haklı sebeplerinin bulunması gerekmektedir [103] . İşveren bu işlemini haklı hale getirebiliyorsa artık diğer işçiler eşit davranma ilkesinin uygulanmadığını iddia edemeyeceklerdir. İşveren yaptığı işlemi haklılaştıramıyorsa bireysel nitelikli işlem bile olsa eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabilecektir[104].Diğer görüşe göre ise tam olarak bu görüşü savunmamakta olup haklılaştırılabilir işlemden bahsetmeksizin münferit nitelikli işlemler açısından eşit davranma borcu doğmayacağını belirtilmiştir[105].

---

[100] Karagöz, s.61; Yuvalı, s.186
[101] Yıldız, s.185; Yuvalı, s.50; Sever,s.44
[102] Sever, s.45; Yıldız, s.186
[103] Yemişken, s.121
[104] Yıldız, s.187
[105] Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal s.650 "Münferit nitelikteki işlem ve uygulamaları açısından işverenin eşit davranma borcu doğmaz. Sözgelimi, bir veya birkaç işçiye ikramiye verilmemesi, ikramiye kolektif bir uygulama olduğundan, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabilecekken çalışkan bir işçinin işveren tarafından ödüllendirilmesi, münferit bir uygulama olduğundan, bu borca aykırılık teşkil etmeyecektir."; Aykaç, s.66 " …çalışkan bir işçinin ödüllendirilmesi gibi bireysel uygulamalar eşit davranma borcu kapsamında diğer işçiler bakımından talep hakkı doğmayacaktır."

İşverenin sözleşme özgürlüğü kapsamında bütün işçilerine eşit ücret ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır. Liberal bir sistem gereği olarak işçilerin objektif ve sübjektif niteliklerine göre farklı ücret kararlaştırılabileceği görüşü hakimdir[106]. İşçilerin performansı, kıdemi gibi faktörler göz önünde bulundurularak bazı işçiler lehine farklı ücret kararlaştırılması mümkündür. Ancak burada önem arz eden nokta işverenin bunu keyfi olarak yapmamasıdır. İşveren haklı sebepler kapsamında bireysel olarak bazı işçilerini daha iyi konuma getirebilecektir ve bu durum diğer işçilerin durumlarının kötüleştirilmesi olarak yorumlanamayacaktır [107] .Ancak işverenin hiçbir haklı gerekçesi olmaksızın sadece kendisine yakın bulduğu birkaç işçisine fazla oranda zam uygulaması bu işçilerin durumunu iyileştirecek olupbu işçilere eş değer olarak çalışandiğer işçilerin durumunu ise bu işçilere nazaran kötüleştirecektir. Aynı zam oranının uygulanmaması eşit işlem ilkesine aykırılık oluştururken, bu zam oranını performansa ya da kıdeme göre haklılaştırabilmesi durumunda artık eşit işlem ilkesine aykırılıktan bahsedilemez. Yargıtay görüşü de bu doğrultuda olup Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda[108] kıdemin ücret tespitinde kıdemin belirleyici unsur olmasının ayrımcılık tespit etmediği belirtilmiştir.

Kısacası bireysel olarak bazı işçilerin durumunun diğerlerine nazaran iyileştirilmesi mümkün olup, bir işçinin kendisinin bu işçilere nazaran kötü duruma düşürüldüğü iddiasının bulunması üzerine bu işçilerin yaptıkları iş ve sahip oldukları nitelikler karşılaştırılarak durumun eşit işlem borcuna aykırılık oluşturup oluşturmayacağı belirlenmelidir[109]. Burada belirtilmesi gereken bir başka nokta da burada iş ilişkisinden kaynaklı haklardan bahsedilmekte olduğudur[110], işverenin bebeği doğan çalışanına aralarındaki kişisel ilişki sebebiyle altın takması yahut yardım yapması eşit davranma ilkesi kapsamında değerlendirilmemelidir.

---

[106] Yuvalı, s.52

[107] Nazlı, s.575

[108] Kazancı, 2010/39684 E, 2011/14489 K, 12.05.2011, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp-.php?fn=9hd-2010-39684.htm&kw=`2010/39684`#fm, "işçilere verilecek ücret tespitinde kıdemin belirleyici unsur olarak kullanılmasını engelleyen yasal bir engel bulunmadığından sırf bu sebeple işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği gerekçesine dayanılması da hatalı olup, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.", (01.10.2019)

[109] Yıldız, s.188

[110] Aykaç, s.66

D. Zamanda Birlik

Eşit işlem borcuna aykırı davranılıp davranılmadığının belirlenmesi için incelenmesi gereken bir diğer husus karşılaştırılacak durumların aynı zaman dilimi içerisinde meydana gelmiş olmasıdır[111].Yani bu durum göz önüne alındığında işçinin hak talep edebilmesi için olguların aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ancak bu aynı zaman dilimi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususu tam olarak belirlenebilmiş değildir. Bu zaman diliminin aynı hafta aynı ay gibi kısa bir dönemi kapsıyor olması şeklindeki dar bir düşüncenin adil sonuçlar vermeyeceği aşikardır. İşyerinde karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının benzer ya da aynı şekilde devam ettiği süre içinde gerçekleşen uygulamaların aynı zaman dilimi içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir[112].

Özetle bu konuda karşılaştırma yapılırken geçmişteki bir uygulama bugün gerçekleşen bir olgu için ölçüt kabul edilmemelidir. Ancak öğretideki görüşe göre aynı çalışma koşulları geçmişten günümüze aynı şekilde devam ediyor ise bu koşulların da araştırılması gerekmektedir. İşverenin sahip olduğu imkanlar, ekonomik koşullar vb etmenler aynı şekilde devam ediyorsa artık işçi çalışma koşulları aynı olduğu için geçmiş zamandaki bir olguya göre de hak talep edebilecektir. Ancak geçen süre zarfında iç ya da dış etmenler sonucunda koşullar değişmişse ve bu koşulların değişmesi hukuken de geçerli kabul edilebiliyorsa artık işverenin eşit davranma yükümlülüğü bulunmayacaktır.

E. İş İlişkisinin Kurulmuş Olması

Eşit davranma borcu ayrımcılık yasağından farklı olarak bazı istisnaları dışında kural olarak iş ilişkisi kurulduktan sonra doğmaktadır[113]. Bu durumun sebebi 4857 s. İşk'nun eşit davranma ilkesi başlıklı 5. maddesinde iş ilişkisinin devamı süresince ibaresinin kullanılmış olmasıdır. Bu sebeple işçinin işvereni ile aralarında

[111] Yuvalı, s.56
[112] Yıldız, s.190; Karagöz, s.62-63
[113] Süzek, 2019, s.444; Yuvalı, s.169

iş ilişkisi kurulmadan önceki dönemdeki uygulamalara ilişkin hak talep etme imkanı bulunmamaktadır[114].

Ancak iş ilişkisinin kurulmuş olması kuralının bazı istisnaları da bulunmaktadır. Bunlardan biri 2821 s. Sendikalar Kanununda[115] sayılmış olup diğeri de 4857 s. İşk'nun yine 5. maddesinin 3. fıkrasıdır. İş Kanunu ilgili fıkrasına göre"İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.". İş Kanunu fıkrasında iş sözleşmesinin yapılmasında dahi cinsiyet ve gebelik nedeniyle işçiye farklı işlem yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple bu fıkra hükmün istisnasını oluşturmaktadır.

İş ilişkisi sırasında işverenin eşit davranma borcu iş ilişkisinden doğan haklar ve uygulamaları kapsamaktadır. İş ilişkisinden kaynaklı durumlar dışında örneğin işverenin bir işçisini çok sevdiği için ona bir hediye alması durumunda diğer işçilerin eşit davranma ilkesi gereğince kendilerine de aynı hediyenin alınmasını isteme hakları bulunmamaktadır.

İşverenin eşit davranma borcundan bahsederken değinilmesi gereken bir başka durum asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işverenin eşit davranma borcuna tabi olup olmayacağıdır.4857 s. İşK 2. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmıştır. Maddenin ilgili fıkrasına göre bu ilişkinin tanımı şu şekildedir; "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.".Asıl işverenin ve alt işverenin hali hazırda kendi işçileri bulunmakta olup, her işverenin kendi işçileri ile yapmış olduğu bir sözleşme vardır. Asıl işveren alt işverenin işçileri ile sözleşme yapmış durumda olmadığından alt işverenin işçilerine karşı işveren niteliği taşımamaktadır[116].Bunun sonucu olarak da alt işverenin işçileri, kendi işverenleri olmayan asıl işverenden eşit davranma borcuna uygun davranmasını talep

[114] Yuvalı, s.55, Aykaç, s.67
[115]R.G., 07.05.1983, Sayı.18040
[116] Süzek, s.153

edemeyeceklerdir. Ancak bu durum yalnızca asıl işveren-alt işveren ilişkisinin yasalara uygun olarak kurulmuş olduğu asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde geçerlidir. Son yıllarda ülkemizde çok fazla sayıda muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulur duruma gelmiştir. Bu durumun temel sebebi de işverenin bazı yükümlülüklerden (toplu iş sözleşmesinin kullanılmasının önüne geçmek, düşük ücretli işçi çalıştırmak, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerden kaçınmak vb) kaçmaya çalışmasıdır. Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması durumunda 4857 s. İşK 2. maddesi 8. fıkrası gereğince alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi gibi işlem görmeleri gerekecektir. En başından itibaren asıl işverenin işçisi gibi işlem görecek olan alt işveren işçileri debu durumda eşit davranma borcuna dayalı haklarını da talep edebileceklerdir[117]. Alt işveren işçisinin asıl işverenin emsal bir çalışanından haklı bir sebep olmaksızın daha az ücret alması yahut sosyal haklardan daha az yararlandırılmaması halinde de bu talebi halinde işçiye bu haklarının geriye dönük olarak ödenmesi gerekecektir[118].

III. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN İÇERİĞİ

Eşit davranma borcunun işverene yapmama borcu yükleyen bir işlevi bulunmaktayken aynı zamanda yapma işlevi yükleyen bir yanı da bulunmaktadır. İşverenin yapmama borcu haklı sebepleri olmadıkça işçiler arasında farklı uygulamalarda bulunamayacağı anlamına gelmekteyken yapma borcu da eşit durumda bulunan işçilere eşit davranma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir[119].

Anayasa ve İş Kanunu'nda ırk, dil,renk,cinsiyet, siyasal düşünce, inanç, din vb konularda açıkça düzenleme bulunmaktadır. Bu kriterler mutlak ayrım yasaklarını oluşturduğundan işverenin bu konuda insiyatif kullanma hakkı dahi bulunmamaktadır. Aynı şekilde yukarıda da değindiğimiz 4857 s. İşK 5. maddesi 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle işe almadan iş ilişkisinin sonlanmasına dek ayrım yapılamayacağı öngörüldüğünden cinsiyet ve gebelik hakkında özel düzenleme bulunmakta olduğundan bu düzenlemede mutlak ayrım yasağını oluşturmakta olup, işverenin inisiyatifine bağlı değildir. Hatta bu ayrım yasaklarının

[117] Yıldız, s.193
[118] Nazlı, s.584
[119] Sever, s.48

uygulanabilmesi ortada karşılaştırma yapılabilecek bir başka işçinin bulunup bulunmamasına dahi bağlı değildir.

Yasal düzenlemede özel olarak düzenlenmiş bulunan ayrım yasakları dışında kalan benzer işçiler arasında farklı işlem yapılmaması yasağı ise nispi nitelikte bir ayrım yasağıdır. İşveren uygulamasını haklı kılacak bir sebebi bulunduğunda orantılılık ilkesine uygun olarak işçileri arasında farklı uygulamalar yapabilecektir.4857 s. İşk'nun 12. ve 13. maddelerinde de açıkça ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça düzenlemiş olup bu düzenleme orantılılık ilkesine uygunluk şeklinde yorumlanmaktadır[120].

İşverenin yapma borcu kapsamındaki benzer işçilerine eşit işlem yapma borcunun ise sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mutlak olarak anlaşılmıyor olması gerekmektedir. İşveren diğer işçileri kötü duruma düşürmeksizin bazı işçilerine haklılaştırabildiği ölçüde daha iyi imkanlar sunabilirse diğer işçiler yukarıda da değindiğimiz üzere eşit davranma borcuna aykırılık iddiasında bulunamayacaklardır.

IV. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULAMA ALANLARI

Eşit davranma ilkesi genel olarak işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim hakkının sınırlarını oluşturmaktadır. Eşit davranma borcunu iş ilişkisinin kurulması sırasında (sınırlı durumlarda), işin yürütümünde ve iş ilişkisinin sona ermesinde eşit işlem borcu olarak ayırmamız mümkündür.

A. İş İlişkisinin Kurulması Sırasında

Yukarıda izah edildiği gibi işverenin iş ilişkisinin kurulduğu sırada kural olarak eşit davranma borcu bulunmamaktadır[121]. İşverenin eşit işlem borcu kural olarak iş akdinin kurulmasından sonra başlamaktadır. Mutlak ayrım yasaklarının bulunduğu durumlarda istisna olarak iş ilişkisinin kurulması sırasında da bu borcun borçlusu durumunda olacaktır.

İş ilişkisinin kurulması sırasında mutlak ayrımcılık yasağı içeren istisna düzenlemeler Anayasa 10. maddesi,4857 s. İşK 5. maddesi, 5378 s. Engelliler

[120] Yıldız, s.178
[121] Süzek, 2019, s.444; Yuvalı, s.170

Hakkında Kanun 14. maddesi [122] ve2821 s. Sendikalar Kanunu 31. maddesi kapsamında güvence altına alınmıştır.

4857 s. İşK 5. maddesinin 3. fıkrasında iş sözleşmesinin yapılması ibaresi bulunmakta olup, cinsiyet ve gebelik ile ilgili olarak işçiye işe alınması sırasında da eşit işlem uygulanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. İlgili maddenin ilgili fıkrası; "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz." şeklindedir. Bu sebeple İş Kanunu'nun ilgili fıkrası işe alınma sırasında eşit işlem yükümlülüğü bulunmaması kuralının istisnasını oluşturduğunun da üzerinde daha önce durmuştuk.

2821 s. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi 1. fıkrasında da bu husus; "İşçilerin işe alınmaları,belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz." şeklinde açıkça ifade edilmiş olduğundan yine iş ilişkisinin kurulması sırasında işverenin eşit işlem borcu bulunmaması kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

5378 s. Engelliler Hakkında Kanun'un 14. maddesinin 2.fıkrası da açıkça işe alım sırasında işverenin eşit işlem borcuna uygun işlem yapması gerektiğini düzenlemiş olup madde hükmü; "İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz." şeklindedir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz kanunlarda mutlak ayrım yasağı iş ilişkisinin kurulması kapsamında da özel olarak düzenlenmiş olup işverenin belirli işçi toplulukları için işe alım sırasında da bu borca uygun davranması gerekmektedir. Bu istisnalar dışındaki durumlar için ise işverenin eşit davranma borcu iş ilişkisinin kurulmasıyla doğmakta ve iş ilişkisinin kurulması sırasında böyle bir borcu bulunmamaktadır.

[122]R.G., 07.07.2005, Sayı:25868

B. İşin Yürütümü Sırasında

İşverenin işin yürütümü sırasında yani iş ilişkisinin kurulmasından sonraki eşit davranma borcu; ücret, yapılan işin dağıtımı, çalışma zamanlarının dağıtımı, işçilerin yükseltilmesi, disiplin kurallarının uygulanması gibi alanlarda kendisini göstermektedir. İş akdinin devamı süresince de işveren işçilerine tüm bu hususlar bakımından eşit davranma borcu altındadır.

Yapılan işlemi haklı kılan sebepler var ise işçilere farklı işlemler yapılması işin yürütümü sırasında da eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Örneğin işveren işçilerin bazı özelliklerini göz önünde bulundurarak işçiler arasında bazı gruplamalar yapabilir ancak bu grupların oluşturulmasında keyfi davranmamalıdır [123] . Kural olarak işçilere verilecek ikramiyenin de önemli sorumluluk taşıyan işleri yapmakla görevli olan işçilere verilmesini, ya da belirli bir kıdem üzerindeki işçilere verilmesini uygun bulabilir. Dikkat edilmesi gereken husus bu işçi gruplarının oluşturulmasında keyfi davranamayacağı gibi oluşturduğu gruplar içerisindeki işçilere de haklı sebepleri bulunmadıkça farklı davranamayacağıdır[124].

Somut bir örnek üzerinden gidersek işveren işçinin ücretini ya da zam oranlarını belirlerken eşit davranma borcu altındadır. Haklı sebepler bulunmaktaysa bazı işçilerine daha fazla zam yapması mümkündür. Ancak zam oranının belirlenmesinde işçilerin ırk, renk, din, cinsiyet gibi faktörleri etkiliyse ayrımcılık yapmış olacaktır. Haklı sebeplere örnek olarak ise işverenin performans değerlendirmesine göre işçisine ücret zammı yapması gösterilebilir. Ancak burada önem arz eden husus bu ücret zammının keyfilikten uzak olması gerektiğidir. İşverenin keyfilikten uzak olmak için de objektif olmasının yanısıra işçilere karşı saydam davranması gerekmektedir[125].Ücret zammının işyerinde ancak bu koşullarda yapılması halinde işvereninsözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak işverenin zam yaptığı işçiler ve diğerleri arasında bir ayrımcılık sebebi bulunmamakla birlikte objektif olarak da haklılaştırılamamışsa eşit davranma borcuna aykırı davranılmış olunacaktır [126] . Ayrıca ücret ile ilgili olarak İş

[123] Süzek, 2019, s.447
[124] Süzek, s.479
[125]E.Özdemir, s.252-263
[126] Yıldız, s.212

Kanunu'nda mutlak bir ayrım yasağına yer verilmiştir. 4857 s. İşk'nun 5. maddesi ilgili fıkralarında "Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz." hükümleri yer almaktadır.

Yargıtay kararları ışığında da işverenin aynı işi yapan işçilerden birine daha fazla zam vermesinin sebebinin haklılaştırılmaması eşit işlem borcuna aykırılık oluşturmaktadır[127].

Eşit davranma ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı hakkında en sık karşımıza çıkan örnek işçilerin yaptığı fazla mesaiye ilişkindir. Bu durum işyerinde fazla mesai yaparak ek kazanç elde etmek isteyen çok sayıda işçinin bulunması durumunda işverenin herkese eşit davranmayarak bazı işçilerine sıklıkla fazla mesai yaptırıp diğerlerine yaptırmaması durumunda karşımıza çıkabileceği gibi tam tersine yapılan işe nazaran yeterli kazancı sağlamayan işçiler arasında kimsenin fazla mesai yapmak istememesi durumunda işverenin sıklıkla aynı kişileri fazla mesaiye bırakıyor olması şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. Her iki durumda da işverenin sıklıkla aynı kişilere fazla mesai yaptırıyor olması diğer işçiler için daha kötü bir duruma sebep olacağından bu işçilerin işverenden bu haklarını talep edebilmeleri mümkündür. İşverence borca uygun davranmak için yapılması gereken ise işçiler arasında adil bir sıralama oluşturarak fazla mesai sürecini yönetmek olacaktır.

Aynı şekilde işin dağıtımına ilişkin olarak da zahmetli tüm işlerin aynı işçi ya da işçi grubuna yaptırılması yahut daha çok kazanç getiren işlerin sürekli olarak aynı işçi ya da işçi grubuna yaptırılması da eşit davranma borcunu ihlal edici bir nitelik taşımaktadır. İşverence işin dağıtımı yapılırken işçiler arasında adil bir dağılım yapılması gerekmektedir[128].

İşin yürütümü sırasındaki eşit davranma borcunun istisnasını ise 2821 s. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi oluşturmaktadır. İlgili maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında "İşveren,bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde,

[127] Kazancı, Yargıtay 22HD, 2014/36577 E, 2016/7923 K, 15.03.2016, http://www.kazanci.com/kho-2/ibb/files/dsp.php?fn=22hd-2014-36577.htm&kw=`2016/7923#fm, (29.09.2019)
[128] Yuvalı, s.62

sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır" ifadesi kullanılmış olup, sendika üyesi olanlar ve olmayanlar arasında ayrım yapılması yasaklanmış olsa da ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin konularda ayrım yapılabileceği ifade edilmiştir.

C. İş İlişkisinin Sona Erdirilmesinde

İş akdinin sona ermesi sırasında eşit işlem ilkesine uygun davranma borcunun bulunup bulunmadığı hususu öğretide tartışmalı bir konudur. Ayrım yasakları söz konusu olduğunda eşit davranma borcuna uygun davranılıp davranılmaması gerektiği hakkında bir tereddüt bulunmamaktadır. Anayasa ve 4857 s. İşK kapsamında belirtilen ayrımcılık sebeplerinden biri nedeniyle iş akdinin feshedilmesi eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturacağı düzenlenmiş durumdadır [129] . Ayrım yasakları dışında ise eşit işlem ilkesine uyulup uyulmayacağı hakkında tartışmalı olan hususları ve bu konularda ileri sürülen görüşleri ayrı başlıklar halinde inceleyeceğiz.

1. Eşit Davranma Borcunun Fesihte Uygulanmayacağını Savunan Görüş

Eşit davranma ilkesinin fesihte uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili tartışma ayrım yasakları dışında bu borcun bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bazı yazarlar iş akdinin feshinde ayrım yasakları dışında bu borca uygun davranma borcunun bulunmadığından bahsetmektedir[130]. Bu görüşe destekleyen yazarlara göre işverenin fesih hakkını kötüye kullanması hali dışında istediği işçinin sözleşmesini feshetme hakkı bulunmasıdır. Ayrıca haklı sebeple fesih oluşturan eylemin birçok işçi tarafından gerçekleşmesi halinde dahi işverenin bu işçilerden kimini affetmesi yahut bazılarının iş akdini kendi gerekçeleri sebebiyle feshetmezken diğerlerini feshetmesi konularında da serbestisi bulunmaktadır[131].Yine bu görüşü destekleyen yazarların

[129] Süzek, 2019, s.450
[130]Senyen-Kaplan, s.240, (İş Hukuku)
[131] Süzek, s.481; Yıldız, s.249

dayandığı diğer nokta işverenin fesih yoluna giderken bir çok etkenin etkili olabilmesidir ve bu sebeple işçiler arasında ayrım yapılması gerekebilmektedir[132].

2. Eşit Davranma Borcunun Fesihte Uygulanacağını Savunan Görüş

Öğretideki diğer görüşe göre iseişverenin iş sözleşmesinin feshi aşamasında da eşit işlem borcuna uygun davranması gerekmektedir[133]. İşveren işçilerin iş akitlerini gerekli görülen durumların gerçekleşmesi sonucunda 4857 s. İşK 18. maddesine dayanarak veya aynı kanunun 25. maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak sonlandırabilmektedir. Bu maddelerdeki bulunan fesih sebeplerini işçilerden biri tek başına gerçekleştirmiş olacağı gibi aynı fesih sebeplerini aynı olaya bağlı olarak birden fazla işçi de gerçekleştirmiş olabilir. Burada söz konusu husus işverenin eşit işlem ilkesine uygun olarak davranabilmesi için nasıl bir yol izleyeceğidir. Eşit davranma ilkesine uygun davranabilmek adına hepsinin iş akdine son vermesinin gerekip gerekmediğidir. İş akitlerinin hepsinin sonlandırılmaması durumunda da iş akdi feshedilecek kişiler arasında da bu feshin ayrım yaratacak şekilde kullanılmaması gerekmektedir. Eşitlik ilkesinin zedelenmemesi için olayların birbiri ile kıyaslanabilir nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin bir avukatın işvereninin sırlarını açık etmesi sebebi ile iş sözleşmesinin feshedilmesi ile işyerinin temizlik elemanının benzer eylemde bulunması aynı nitelikte olmayan eylemler olup kıyaslanabilir durumda olmayacaktır[134].

Konu Yargıtay kararları ışığında incelendiğinde Yargıtay'ın konu hakkında vermiş olduğu kararlarında eğiliminin fesihte de eşit işlem ilkesine uyulması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır. Şöyle ki Yargıtay vermiş olduğu bir kararda[135] iş akdi sık sık rapor aldığı için sonlandırılan bir işçi,diğer işçilerin iş akdinin rapor almaları sebebiyle sonlandırılmadığını yalnızca kendinin iş akdinin sonlandırıldığını bu durumun eşitlik ilkesine uygun olmadığını savunmuştur. Yargıtay yapmış olduğu incelemede diğer rapor alan kişilerin raporlarının bu denli sık ve uzun olmadığını bu sebeple feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir.Yargıtay vermiş olduğu bir

[132]Sur, s.42
[133] Yıldız, s.257
[134] Aykaç, s.83
[135] Kazancı, Yargıtay 22.HD, 2011/1041 E, 2011/3192 K, 21.10.2011, http://www.kazanci.com/k-ho2/ibb/files/dsp.php?fn=22hd-2011-1041.htm&kw=`2011/1041#fm, (29.09.2019)

başka kararında yapılan tespite göre ilk olarak tartışmayı başlatanın işyerindeki diğer işçi olduğu ve bu işçinin iş akdinin feshedilmediği anlaşılmış ve bu husus Yargıtay tarafından eşit işlem ilkesine aykırı bulunmuştur[136].

Çoğunlukta olan görüşe göre işveren burada yapacağı seçimi hakkaniyete uygun olarak yapmış ise artık eşit işlem ilkesine aykırı davrandığından bahsedilemeyecektir[137].İşyerinin çıkarlarının da düşünülmesi gerektiğinden işveren iş akdinin feshedileceği işçilerin seçimini yaparken ayrımcılık yapmadığı sürece eşit işlem ilkesine aykırı davranmamış olacağını düşünmekteyiz.

Toplu eylemler sebebiyle yapılan fesihlerde ise Yargıtay'ın farklı görüşleri bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararında toplu eyleme katılarak iş akdi feshedilen işçilerden bir kısmı ile sonrasında tekrar iş akdi kurmuştur. Kendisiyle iş akdi kurulmayan işçi bakımından ise işverenin affetme özgürlüğü çerçevesinde konu eşitlik ilkesine aykırı bulunmamıştır[138]. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairenin vermiş olduğu bir kararda ise 30 kişinin katıldığı bir eylemde yalnızca 4 işçinin iş akdinin feshedilmesi eşit işlem ilkesine aykırı bulunmuştur[139]. Toplu eylemler açısından Yargıtay'ın farklı görüşleri bulunmakla birlikte çok sayıda işçinin katıldığı eylemlerde işletme gerekleri gözetilerek hareket edilmesinin, ayrımcılık yapılmaması koşulu ile hangi işçilerin çıkartılacağı yahut hangi işçilerin affedileceği ile ilgili hususların işverene bırakılması öğretide doğru bulunmaktadır[140]. Bu hususa göre hareket edilmesi görüşümüzde de isabetli olacaktır.

İşverenin özellikle ekonomik veişletmesel sebeplerle yaptığı fesihlerde işçilerin feshinde keyfi davranmaması gerekmektedir. Bu fesihleri yaparken bazı kriterler belirlenmişse de bu kriterlerine uymakla kriterlerine uyarken de ayrımcılık yapmamakla yükümlüdür.[141]İşletmesel sebeplerle fesih yoluna giden işverenin adalet ve hakkaniyete uygun davranması gerekmektedir. Örneğin işyerinde küçülmeye

[136] Kazancı, Yargıtay 9.HD, 2010/50084 E, 2013/8211 K, 07.03.2013, http://www.kazanci.com/k-ho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2010-50084.htm&kw=`2013/8211`#fm, (29.09.2019)
[137] Aykaç, 84, Süzek, 2019, s.452
[138] Kazancı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2009/9-485 E, 2009/598 K, 23.12.2009, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2009-9-485.htm&kw=`2009/598`#fm, 29.09.2019
[139] Kazancı, Yargıtay 9.HD, 2005/11204 E, 2005/14365 K, 25.04.2005, http://www.kazanci.com/k-ho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2005-11204.htm&kw=`2005/14365`#fm, (29.09.2019)
[140]Sur, s.49
[141] Sur, s.43

gitmesi sebebiyle işçi çıkartacak işverenin yeni başlamış bir işçiyi değil de emekliliğine hak kazanmasına kısa bir süre kalan işçinin iş akdini feshetmesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir[142].

İşverenin işletmesel ya da haklı/geçerli fesihlerde, yaptığı feshi haklılaştırabildiği durumlarda ise farklı işlem yapması mümkündür. Burada durumu haklılaştıracak pek çok faktör bulunabilmektedir. İşletmede o işçiye daha fazla ihtiyaç bulunması, daha az disiplin cezasına sahip olması, işyerinde çok uzun zamandır çalışan işçinin çok fazla bilgiye sahip olmasından dolayı yerine birinin yetiştirilmesinin kolay olmaması haklılık sebeplerinden bazılarıdır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığından bahsedilemeyecektir[143].

İş akdinin feshinde hakkaniyete uygun davranılması gerektiğinden bahsetmişken burada sosyal seçim ölçütüne değinmemiz gerekmektedir. Sosyal seçim ölçütüne ilişkin olarak hukukumuzda bir yasal dayanak bulunmamakla birlikte sosyal seçim ölçütü daha çok yargı kararlarında da kullanılmaktadır. Sosyal seçim özellikle işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, iş akdi feshedilecek işçilerin belirli kriterler esas alınarak seçilmesi gerektiğini ifade etmektedir[144]. Yargı kararlarında görülen sosyal seçim kriterleri işçinin verimi, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evlilik, genç olma şeklindedir[145].

İşverenin eşit davranma borcunu ihlal eder nitelikte bir seçim yaptığı iddia ediliyorsa işverenin seçiminde haklı sebepleri bulunduğunu yani seçimi keyfi olarak gerçekleştirmediğini ispatlayabiliyor olması gerekmektedir. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda[146] işverenin iki işçisi tartışmıştır. Olay sırasında tartışmayı başlatan ve diğerini darp eden işçinin daha az kıdemi bulunmakla birlikte çalıştırılmaya devam edilmiş ancak dokuz yıllık kıdemi bulunan ve diğer işçiye sataştığı kabul edilemeyen işçinin iş akdi sonlandırılmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından yapılan incelemede kıdemi daha fazla olan ve iş akdi sonlandırılan

[142]Süzek,2019, s.453
[143] Süzek, 2019, s.454; Aykaç, s.85-86
[144] Yıldız, s.243
[145] Kazancı, Y.9.HD,2006/4878 E, 2006/8253 K, 03.04.2006, http://www.kazanci.com/kho2/i-bb/files/dsp.php?fn=9hd-2006-4878.htm&kw=%602006/8253%60#fm , (21.06.2019)
[146] Kazancı, Y.9.HD, 2004/8413 E, 2004/24957 K, 04.11.2004, http://www.kazanci.com/-kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2004-8413.htm&kw=%602004/24957%60#fm , (21.06.2019)

işçinin diğer işçiye sataştığı kanıtlanamadığından ve aynı zamanda işverenin kıdemi daha fazla olan işçiyi işten çıkartmak istemesinin nedeninin kıdem tazminatından kaçmak olarak yorumlanmasından dolayı işverenin işlemi eşit davranma ilkesi aykırı bulunmuştur.

İşverenin iş akdinin feshi sırasındaki eşit davranma ilkesine uygun davranma borcu aynı davranışları gerçekleştiren tüm işçilerin iş akitlerinin feshi şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada yukarıdaki Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere işçilerin kusuruna, kıdemine vb özelliklerine bakılarak eşit davranma borcuna uygun davranılıp davranılmadığı tespit edilmelidir.

İş akdinin feshinde eşit davranma borcu açısından bir diğer tartışma da bu borcun deneme süresi bulunan işçiler açısından bulunup bulunmadığıdır.4857 s. İşK 9. maddesi uyarınca işçi ve işveren arasında deneme süresi kararlaştırılabilir. Deneme süresi mahiyeti gereğince işverenin işçinin niteliklerinin çalışacağı pozisyon için yeterli olup olmadığını anlayabilmesi aynı şekilde işçinin de çalışacağı işyerinin kendisine uygun olup olmadığını anlayabilmesi için taraflara verilmiş bir süredir[147]. İş akdi taraflar arasında kişisel ilişkiler kurmakta olup, tarafların birbirlerini ve işi tanımaları için bu süreye ihtiyaç duymaları gayet olağandır[148]. Deneme süresi her iş akdinde mutlaka bulunmamakla birlikte taraflar bu süreyi koyup koymamakta serbesttir.

Deneme süresi bozucu şart olarak kabul görmüş durumda olup bunun sonucu olarak kararlaştırılmış olduğu hallerde dahi iş akdi kurulmuş durumdadır. İş akdinin kurulmuş olması sebebiyle taraflar birbirlerine karşı yükümlülüklerini yerine getirmeye başlamaktadır[149]. Deneme süresinin iş akdine etkisi ise bu süre içerisinde tarafların iş sözleşmesini her an sonlandırabilme imkanlarının bulunmasıdır. Taraflar deneme süresi içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin iş akdini tazminatsız olarak feshedebilirler. Hatta deneme süresi her iki taraf için de olumlu geçmişse dahi taraflardan biri sebep göstermeksizin bu yetkiye sahiptir[150].

Deneme süresini içeren iş akdinin kurulmasıyla işçi iş görme edimi, işveren ücret ödeme gibi edimlerini ifa etmek zorundadır. İşçi bu süre içerisinde de sigortalı

[147] Süzek, s.269
[148] Süzek, 2019, s.253
[149] Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.439; Süzek, s.271
[150] Süzek, 2019, s.255

kapsamındadır. İşçinin hesaplanacak olan kıdeminde dahi deneme süresi de hesaplamaya dahil edilmektedir. Deneme süresi içerisinde sebep göstermeksizin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi özelliği dışında deneme süreli iş akdinin deneme süresi olmayan iş akitlerinden farklı olmadığını; bu sebeple de tarafların birbirlerine karşı iş ilişkisinden kaynaklı diğer tüm borçlar altına girdiğini söyleyebiliriz.

İşverenin eşit davranma borcu da iş ilişkisinin kurulmasıyla başlayan bir borç olup deneme süresi olsun olmasın iş akdinin kurulduğu andan itibaren işverenin uygun davranması ve farklı işlemde bulunmaması gerekmektedir[151]. Bu sebeple işveren aynı anda aldığı ve deneme süresi kararlaştırdığı iki personel arasında keyfi olarak fesih işlemi yapamayacaktır. Her ne kadar deneme süresi işverene sebep göstermeksizin iş akdinin feshi imkanı veriyorsa da işverenin davranışı eşit işlem ilkesine uygun ve haklılaştırılabilir olmalıdır.

V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TÜRÜ BAKIMINDAN EŞİT DAVRANMA BORCU

4857 s. İşk'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında iş sözleşmesinin türü bakımından farklı işlem yapılamayacağı ifade edilmiş olup, ilgili fıkra; "İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz" şeklindedir. Bu fıkradan açıkça anlaşılacağı işçiler arasında iş türü sebebiyle farklı işlem yapılması açıkça yasaklanmıştır. Burada işçiler arasında farklı işlem yapılıp yapılmadığı belirlenirken emsal bir işçiye ihtiyaç duyulmaktadır. Emsal işçi aynı veya benzer bir işte tam süreli çalışan yahut belirsiz süreli çalışan işçilerdir. Aynı işyeri içerisinde emsal bir çalışan yoksa aynı iş kolunda farklı bir işyerinde çalışmakta olan işçiler de emsal işçi niteliği taşıyabilecektir.

A. Tam ve Kısmi Süreli Çalışan İşçiler Bakımından

İş sözleşmesinin türü bakımından farklı uygulamaya maruz kalabilecek işçi gruplarından ilki tam süreli çalışanlar karşısında kısmi süreli çalışan işçilerdir. Kısmi

[151] Yıldız, s.262

süreli iş akitleri atipik iş akitlerinin bir örneği olarak karşımıza çıkmasıdır[152]. 4857 s. İşK'nun 13. maddesinin 1. fıkrasına göre: "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir."

Kısmi süreli çalışan işçileri işyeri ve iş sahipleri ile tam süreli çalışan işçilere nazaran daha az bağlantıda oldukları için kendilerinin tam süreli işçilere nazaran ayrımcı nitelikte farklı uygulamalara tutulmaları olasıdır. Kısmi süreli iş akitleri de genel olarak ev işlerine ve sorumluluklarına da vakit ayırmanın daha mümkün olduğu iş akitlerinden olduğundan kadınlar tarafından daha çok tercih edilmekte olup[153], yapılan farklı işlemler sadece eşit davranma ilkesine aykırı davranış değil dolaylı ayrımcılık yasağının da ihlali niteliği taşıyabilmektedir.İşin özüne bakılırsa sözleşme türüyle yapılan ayrımcılıkların önüne geçilmesiyle cinsiyete dayanan ayrımcılığın da bir nebze önüne geçilmiş olacaktır. Burada yatan amaç kadınlara karşı yapılan ayrımcı davranışların engellenmesidir[154].

Kısmi süreli iş akitleri kanundaki tanımından da görüleceği üzere tam süreli iş akitlerinden yalnızca çalışma süresi bakımından ayrılmaktadır[155]. Çalışma süresinin ne kadar olacağı hakkında İş Kanunu'nda bir hüküm bulunmamakla birlikte İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'ne[156] göre " İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır." Bu hüküm sebebiyle de haftalık çalışma saati 40 saat olan bir iş yerinde 36 saat çalışma yapan bir işçinin kısmi çalışma yaptığından bahsedilemeyecek olup en azından 40 saatin üçte ikisinden az olan 30 saat altındaki çalışmanın kısmi süreli çalışma olduğu söylenebilecektir.

4857 s. İşK 5. maddesi ve ayrıca 13. maddesinde kısmi süreli çalışanlar ile tam süreli çalışanlar arasında ayrımı haklı kılan sebepler olmadıkça farklı işlem yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. 4857 s. İşK 13. maddesi 2. fıkrası;"Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir

[152] Süzek, 2019, s.258
[153] Süzek, 2019, s.258
[154] Doğan Yenisey, s.65
[155] Süzek, s.276
[156]R.G., 06.04.2004, Sayı:25425

menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir." şeklindedir. Fıkrada belirtilen emsal işçi kavramı ile ne kast edildiği de bir sonraki fıkrada açıklanmış olup 13. maddenin 3. fıkrası; "işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır" denilmektedir.

Mahiyeti gereği tam süreli çalışan işçiler ve kısmi süreli çalışan işçilerin çalışma koşullarının birbirinin aynı olması mümkün değildir[157]. Ancak işverenin tam süreli çalışanlara sağladığı imkanları orantılı olarak kısmi çalışan işçilere de sağlaması gerekmektedir. Bu özellikle prim ve ücret hakları açısından uygulanmakta olup işverenin oranlanabilir tüm menfaatleri açısından da uygulanması gerekmektedir. Örneğin işverenin haftalık 45 saat çalışan işçisi sağladığı yıllık 600 TL giyecek yardımı alıyor ise haftada 15 saat çalışan kısmi süreli işçisinin de yıllık 200 TL olarak giyecek yardımı alması gerekmektedir. Ancak işverenin işçilerine sağladığı bölünemez ve oranlanamaz imkanları bakımından ise ilgili madde fıkrası uygulama alanı bulamayacaktır. Örneğin işverenin sabah saatleri işçilerin işe gelmesi için sağlamış olduğu servis imkanından öğleden sonra işe gelen kısmi süreli işçinin faydalanamaması eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır[158].

B. Belirli ve Belirsiz Süreli Çalışan İşçiler Bakımından

Tam ve kısmi süreli işçiler arasında haklı sebepler bulunmadıkça farklı işlem yapılmayacağına ilişkin hükmün benzeri belirli ve belirsiz süreli işçiler açısından da bulunmaktadır.4857 s. İşK 12. maddesinin ilk fıkrasında "Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz" hükmü bulunmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı 4857 İş Kanunu 11. maddesinin ilk fıkrasında; "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında

[157] Yıldız, s.231
[158] Yuvalı, s.77

yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir." şeklinde yapılmıştır. Kanun fıkrasından da anlaşılacağı üzere bir sözleşmenin yalnızca süre belirlenmesi sebebiyle belirli süreli iş sözleşmesi sayılması mümkün değildir. Sözleşmenin belirli süreli sayılabilmesi için objektif koşullar da barındırması gerekmektedir. Bu objektif koşullar niteliği gereği belirli süreli olan işler, belirli bir işin tamamlanması, belirli bir olgunun ortaya çıkması şeklinde olabilecektir[159]. Örnek olarak doğum iznine ayrılan işçi yerine sadece onun olmadığı dönem için alınan bir işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli olduğunu söylememiz mümkündür.

Belirli süreli ve belirsiz süreli iş akdi ile çalışan işçiler arasındaki tek fark sözleşme sona ermelerinin belirli olup olmamasıdır. Bu sebeple bu işçiler arasında haklı sebepler olmadıkça aynı tam ve kısmi süreli işçilerde olduğu gibi farklı işlem yapılamayacaktır. Belirsiz süreli işçiye tanınan haklardan çalıştıkları süre ile orantılı olarak belirsiz süreli işçilerin de yararlanması gerekmektedir. 4857 s. İşK 12. maddesi 2. fıkrasında bu husus "Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır." şeklinde ifade edilmiştir. Burada yalnızca paraya ve ücrete ilişkin haklarda farklı işlem yapılamayacağından bahsedilmişse de bu hükmü diğer çalışma koşullarını da kapsayacak şekilde yorumlamamız gerekmektedir[160].

Haklı koşuların bulunduğu durumlarda farklı işlem yapılabileceğinin de kabulü gereklidir. Kimi haklardan yararlanmak için farklı kıdem süreleri öngörülmüş ise bu durumun objektif haklı sebep oluşturacağı kabul edilmelidir[161].Örneğin işyerinde ikramiyeye hak kazanmak için çalışma süresinin en az 3 yıl olması gerekiyorsa işyerinde yalnızca 1 yıl süre ile belirli süreli alışmış olan işçiye ikramiye ödenmemesi eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturmayacak ve bu işçi de çalıştığı süre ile orantılı olarak kendisine ikramiye ödenmesini isteyemeyecektir. Ancak işverenin

[159]Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.376
[160] Süzek, s.264
[161]Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.658

de bu kuralı koyarken hukuka uygun davranmış olması gerekmektedir. Eğer işverenin bu kuralı koyarken belirli süreli çalışanların tamamlaması mümkün olmadığı bir kıdem yılını şartını getirmişse ve amacı da belirli süreli çalışanların bu haktan yararlanmasının önüne geçmek ise artık eşit davranma ilkesine uygun davranıldığından bahsedilemeyecektir[162].

İKİNCİ KISIM
TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK TÜRLERİ

I. CİNSİYETE DAYANAN AYRIMCILIK

En yaygın ayrımcılık türü olan cinsiyete dayanan ayrımcılık konusunun öneminden dolayı 4857 s. İşK'nun eşit davranma borcu başlıklı maddesinde de cinsiyete dayanan ayrımcılık yapılamayacağından özel olarak bahsedilmiştir. Konunun özelliği ve yaygınlığı sebebiyle çalışmamızın bu kısmında cinsel ayrımcılığın iş ilişkisinin her aşamasına nasıl yansıdığını inceleyeceğiz.

Sadece ülkemizde değil tüm dünyada çağlardan beri süregelen ve tartışılan cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye cinsiyeti ya da cinsiyeti nedeniyle sahip olduğu/olmadığı özellikleri nedeniyle farklı davranılması anlamına gelmektedir. Kısacası cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan kişi, bu ayrımcılığa belirli bir cinsiyet grubunun mensubu olmasından dolayı maruz kalmaktadır[163].

A. Cinsiyet Ayrımcılığının Nedenleri

1. Toplumun Kadın ve Erkeğe Yüklediği Rollerin Farklı Olması

Cinsiyet kavramı biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet olarak ikiye ayrılır. Biyolojik cinsiyet kadınların kadın olmaları sebebiyle erkeklerin de erkek olmaları sebebiyle sahip oldukları fizyolojik özelliklerini ifade ederken toplumsal cinsiyet

[162] Yıldız, s.228
[163]MelekOnaran-Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 39.

kavramı daha çok toplumun kadın ve erkeğe toplumda biçmiş olduğu değerleri ifade eder.

Cinsiyete dayalı toplumsal ayrımcılık aslında en başta aile içerisinde başlamaktadır. Kız ve erkek çocukları yetiştirilirken dahi toplumun onlara yüklediği roller çok farklı olarak yetiştirilmektedir. Toplumun kız çocuklarına biçtiği ve yüklediği rol bu kız çocuklarının ileride eğitim ve çalışma hayatlarına yön vermelerini engellemektedir. İlk toplumlardan günümüze kadar kadın ve erkeğe biçilen roller hemen hemen tüm toplumlarda kalıplaşmış durumadır [164] .Örneğin toplumlarda çocukla ilgilenme görevi her zaman annenin olmuştur. Bu durumun sonucu olarak da kadının diğer görevleri sebebiyle çalışma hayatında bir adım geride kalmıştır. Toplumdaki kadın erkek iş bölümündeki bu kalıplaşmanın sebebi de antropologlara göre insanlığın ilk çağlarına dayanmaktadır. İlk çağlarda erkek dışarıda avlanırken k, erkeğe göre fiziksel olarak daha güçsüz olan kadının görevi daha çok erkeğin ve çocuklarının bakımını üstlenmek şeklinde olmuştur[165].

Günümüzde kadına biçilmiş olan rol halen daha çok ev hayatını çekip çevirme, çocukların bakımını üstlenmesi iken erkeğe biçilmiş olan rol ise evin ihtiyaçlarını karşılaması, karısı ve çocukları için para kazanmasıdır. Çalışma hayatında kadına erkeğe verilen ücretten daha az ücret verilmesinin sebebi dahi toplumun yarattığı bu algı olduğunu düşünülmektedir.

2. Kadının Erkeğe Göre Güçsüz Olarak Görülmesi

Erkeklerin yaratılış gereği kadınlara göre fiziksel olarak daha kaslı, daha uzun ve daha çevik yapıda görünmeleri sonucu kadın ilk çağlardan itibaren erkeğin himayesine girmesi gerektiği düşünülmüştür. Bu basmakalıp düşüncenin yerleşmesiyle birlikte kadın ileriki çağlarda da güçsüz olarak görülmeye devam etmiş ve bu durum iş hayatında kadın işi erkek işi kavramlarını ortaya çıkarmıştır.

Bu düşüncenin yerleşmiş olması nedeniyle kadınlar çalıştıkları durumda dahi çalışma hayatında geri planda kalmaktave bu durumda erkeklere görece daha düşük

[164] Yemişken, s.21

[165] Aksu Bora, **"Toplumsal Cinsiyete Dayanan Ayrımcılık"**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyoloji ve Eğitim Çalışmaları Birimi (Seçbir), http://secbir.org/images/haber/2011/01/15-aksu-bora.pdf, s.4-5,(08.10.2019)

ücretler almalarına neden olmaktadır[166]. Bu düşüncenin ortadan kaldırılması kadının çalışma hayatındaki yeri için oldukça önem arz etmektedir. İşverenler nezdinde güçlü bulunan erkek daha çok istihdam edilip daha yüksek ücret ile çalıştırılırken kadın güçsüz olması sebebiyle istenmemektedir.

Ancak bu konu hakkında altının çizilmesi gereken nokta hukukumuzda anayasamızın dahi bu anlayışı tamamlıyor olduğudur. Şöyle ki; Anayasanın 50. Maddesinde çalışma şartları ve dinlenme hakları başlıklı maddenin ilk iki fıkrası "Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar." şeklindedir. Maddenin lafzından çalışma hayatında bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar ile birlikte değerlendirildiği anlamı çıkarılmaktadır [167] .Hali hazırda zaten kadınlar hakkında yerleşmiş olan düşünce de dikkate alınırsa madde bu hali ile kadının işgücünün ikincil nitelikte bir işgücü olduğu yönündeki basmakalıp düşünceyi destekler niteliktedir[168].

İlgili madde konuluş amacı bakımından bambaşka bir amaca hizmet etmeye çalışsa dahi kanunun lafzında kadın çocuklar ve bedeni/ruhi yetersizliği olan kişilerle aynı kategoride tutulmaktadır. Kadının iş hayatında güçsüz ve ikincil planda olduğu algısını toplum zihniyetinde değiştirebilmek ifadelerin de düzeltilmesi gerekmektedir.

3. Kız Çocuklarının Eğitime Devam Etme Oranının Düşük Olması

Ülkemizde erkek ve kız çocuklarının ilköğretimde okullulaşma sayılarına bakıldığında erkeklerden farklı olarak yaklaşık 600,000 kız çocuğunun okula gitmediği görülmektedir.Kız çocuklarının yeterli eğitimi alamıyor olması da kadınlara karşı yapılan ayrımcılığın temelini oluşturmaktadır[169].

Kız çocuklarının okula gönderilmeme nedenlerinin bazıları;

---

[166] Yıldız, s.95

[167] Kadriye Bakırcı, **"İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler"**, Kadın Araştırmaları Dergisi, Sayı:10, 2012, s.4 (İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik)

[168]Yıldız, s.95

[169] Ülker Gürkan, **Türkiye'de Kadının Toplumsal ve Hukuki Statüsü, Hukukta Kadın Sempozyumu**, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü yayını, Ankara, 30 Eylül – 1 Ekim 1999, 2000,s.38

- Kültürel yapı içinde din anlayışı (kız çocuklarının okumaması gerektiğini anlayışı),
- Kız çocuklarının küçük yaşta nişanlanması ve evlendirilmesi,
- Öğrencilerin gerçek yaşı ile nüfus kayıtlarındaki yaşının birbirini tutmaması,
- Geleneksel anlayış gereği bazı ailelerin kız çocuklarının bedenen gelişmiş olmaları nedeniyle 6, 7 ve 8. sınıflara devamsızlık yapmaları,
- Ailede kız çocuklarına, anneye yardımcı gözü ile bakılması, bu çocukların 10-11 yaşlarından sonra okuldan alınması,
- Ailede nüfus fazlalığından dolayı çocuklara gerekli ilginin, değerin verilmemiş olması ve özellikle kız çocukların geleceği ile ilgili kaygı duyulmaması,
- Ekonomik zorluklar nedeniyle çocukların çalıştırılması, Taşımalı merkezlere kız öğrencilerin servisle gönderilmek istenmemesi,
- Nikahsız yaşayan ailelerin sayısının fazla olması, bu ailelerin doğan çocuklarını nüfusa kaydettirmemeleri[170],şeklindedir.

İleride yetişkin birer kadın olarak iş hayatına atılabilecek kız çocuklarının okula gönderilmemesi de bu çocukların yeterli eğitimi alamaması ve çalışma özgürlüğünü en başından ellerinden alınmasına sebep olmaktadır.

İş hayatında bazı işlerin kadınlara uygun bulunmaması anlayışı sebebiyle kadınların erkeklere göre iş bulabileceği sektör daha kısıtlıdır. Eğitim düzeyi düşük ya da yeterli bulunmayan kadınların zaten kısıtlı olan çalışma alanı daha da daralmaktadır. Tüm bu sebeplerle kadınlar erkeklere göre daha kötü koşullarda çalışmak zorunda kalmakta, kötü koşullarda çalışmak istemeyen kadınlar da işten ayrılmaktadır[171]. Birbirine zincirleme olarak bağlı olan bu etkenler sonucunda da Türkiye dünyada kadının iş gücüne katılma oranının (yüzde 24,6) en düşük olduğu ülkelerden biri halindedir[172].

Kız çocuklarının eğitimlerine devam edememesi sadece toplumumuzda değil diğer birçok toplumun (özellikle az gelişmiş toplumların) ciddi bir sorunu olmaya devam etmektedir. Kız çocuklarının okula gönderilmemesinin her topluma göre çok

[170] Ecem Çağıl Çiftçi, **Kızlar Okulda Güzel**, https://kizlarokula.weebly.com/k305z-ccedilocuklar305n305n-egitimi-hakk305nda.html (19.06.2019)
[171] Bakırcı, s.7, (İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik),
[172] Bora, s.8

çeşitli nedenleri olabilmektedir. Örneğin Hindistan'da2018 yılında çekilen Period isimli bir belgeselde kız çocukları regl olmaya başladıktan sonra reglin sonucu oluşan kanama ile baş edemedikleri için okulu bıraktıkları gözler önüne serilmiştir.

B. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Türleri

1. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, açıkça belli bir cinsiyetten olmayı öngören ve bu cinsten olmayanların objektif açıdan haklılık göstermeyen farklı uygulamalara maruz bırakıldıkları bir cinsiyet ayrımcılığıdır[173]. Kısaca bir iş ilişkinin her aşamasında kişiye yalnızca cinsiyeti sebebiyle yapılan farklı muamele olarak açıklanabilmektedir[174]. Bütün işçilere prim dağıtılırken sebebi olmaksızın kadın işçiye prim verilmemesi, hamile kalması sebebiyle kadın işçinin iş akdinin feshedilmesi kadınlara yönelik doğrudan cinsiyet ayrımcılığına örnek olabilecek türde ayrımcılıklardır[175].Doğrudan cinsiyet ayrımcılığında önem arz eden husus ayrımcılığın kadın ya da erkeğin o cinse mensup olması sebebiyle sahip olduğu (kadınlar için) emzirme, hamile kalma gibi sebepler ile yapılıyor ve kişinin mağdur ediliyor olmasıdır.

4857 s. İşK 5. maddesinde işverenin gebelik veya cinsiyet nedeniyle iş sözleşmesinin kurulmasında ve devamında yani tamamında ayrımcılık yapamayacağını düzenlemiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere 6701 s. TİEHKK'ya kadar doğrudan ayrımcılığın tanımı hukukumuzda yapılmış durumda değildi. AB'ye uyum sürecimiz kapsamında 6701 s.TİEHKK ile birlikte doğrudan ayrımcılığın tanımının hukukumuza girmesi olumlu bir adım olmuştur.

---

[173]E. Tuncay Senyen Kaplan, **"İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı",TBB Dergisi**, 2017, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1722 , (15.06.2019),s.240

[174] Ece Bilir, **"Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı"**, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s.78

[175] Eda Manav Özdemir, "İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması"**, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, (Ed. Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Araş. Gör. Seda ErgüneşEmrağ), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.137

2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılıkta ise, kullanılan kriter görünüş itibari ile her iki cinse de uygulanabilir olsa da, kriterin uygulanması sonucunda belli cinsiyete mensup olanlar diğer cinse nazaran haklı bir sebep olmaksızın önemli ölçüde hak kaybına uğramaktadır[176].

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı en çok rastlanan cinsiyet ayrımcılığı türüdür. Bu ayrımcılık türünde her ilk etapta her iki cins için de eşitlik var gibi görünse de kadın ya da erkek açısından ciddi manada hak kaybı yaşanmaktadır. Örneğin işyerine alınacak elemanlar için 1.80 cm boy şartı aranması, görünüşte herhangi bir ayrımcı niteliğe dayanmayan, hem kadınlar için hem de erkekler tarafından yerine getirilebilecek bir koşul olarak görünebilir. Ancak kadın erkek fizyolojik özellikleri düşünüldüğünde söz konusu şartın kadınlar tarafından yerine getirilebilmesi erkeklere oranla çok daha zor olduğu ortadadır[177]. Fizyolojik özellikler sebebiyle erkekler kadınlara oranla daha uzun boylu olduğundan görünüşte herhangi bir ayrım gözetmese de başvuru şartının kadın adayları hak kaybına uğrattığı izahtan varestedir.

Bir başka örnek olarak da kıdeme dayalı bir prim sisteminin dolaylı ayrımcılık yaratma imkanı bulunmasıdır. Kadınların meslek hayatı erkeklere göre daha fazla kesintiye uğramakta olup, kıdem koşulunun erkeklere tarafından kadınlara nazaran daha kolay sağlanabileceği ortadadır. Bu sebeple başlangıçta ayrımcılık gütmeyen bir uygulama yarattığı sonuçlar bakımından dolaydı ayrımcılık kapsamına alınması mümkündür.

Doğrudan ayrımcılık koymuş olduğu kural ve ölçütlerle ayrımcılığa sebep olurken, dolaylı ayrımcılıkta konulan kuralın yarattığı sonuç ayrımcılığa sebep olmaktadır. Cinsiyete dayalı olarak dolaylı ya da doğrudan ayrımcılık yapılıp yapılmadığı tespiti için sorulması gereken soru ayrımcılığa maruz kalan kişinin karşı cinsiyet mensubu olması durumunda aynı davranışa uğrayıp uğramayacağıdır. Kişinin karşı cinsin mensubu olması durumunda ayrımcı davranışlara maruz kalmayacağı kabul ediliyorsa ayrımcılık yapıldığının kabulü gerekecektir. Her

[176]Senyen Kaplan, s.240
[177] Yıldız, s.79

durumda karşılaştırılacak bir kişi ise bulunamayabilmektedir, bu durumda karşılaştırılacak kişi varsayımsal olarak düşünülmelidir.

3. Olumlu (Pozitif) Ayrımcılık

Olumlu (pozitif) ayrımcılık dediğimiz ayrımcılık türü ise, belli alanlarda az temsil edilen gruplara yani geçmişten bu yana haklı sebebe dayanmaksızın farklı uygulamalara maruz kalmış olan cinsiyet grubuna fırsat eşitliğini sağlayabilmek için olumlu anlamda bazı ayrımcılıklar yapılmasını sağlayan program veya politikalardır[178].

Bu ayrımcılık türünde de bir grup lehine avantaj sağlanmaktadır ancak avantaj sağlanan grup diğer grup ile eşit durumda değildir. Lehine avantaj sağlanan grup ve diğer grup arasındaki eşitlik önceki dönemlerde çeşitli sebeplerle zaten bozulmuş olduğu için amaç aralarında denkleştirme yapılmasıdır. Pozitif ayrımcılık yalnızca kadınlar lehine yapılmamaktadır, toplumda çeşitli adaletsizliklere maruz kalan diğer gruplar için de pozitif ayrımcılık yapılması mümkündür.

Olumlu ayrımcılıkta tartışılan konu bir grup lehine yapılan ayrımcılığın eşitlik ilkesini zedeleyip zedelemediğidir. Bilindiği üzere hukukumuzda eşitlik ilkesinin dayanağı Anayasa'nın 10. maddesidir. İlgili madde hükmüne göre "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olamaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." Ancak, 07.05.2004 tarihinde Anayasada yapılan bir değişiklik ile Anayasa 10. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen pozitif ayrımcılık ile ilgili düzenleme getirilmiştir. Buna göre "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak

[178] Yıldız, s.83

yorumlanamaz [179] . Aynı şekilde "Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz". Anayasaya getirilen ek fıkradan da açıkça anlaşılacağı üzere belirli gruplar lehine alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Yine maddeden anlaşılacağı üzere eşitliğin sağlanması hususunda direkt olarak devlete görev yüklenmektedir. Devlet bu olumlu ayrımcılık içeren uygulamalara yer vermekle yükümlü ve zorunludur[180].

Belirtmek gerekir ki Anayasa'da 10'uncu maddesindeki ek düzenlemeler olmasa bile Türkiye'nin taraf olduğu Kadınlara Karşı her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin (CEDAW) Geçici özel önlemler başlığını taşıyan 4'üncü maddesi taraf devletlerin kadınerkek eşitliğini fiilen hızlı bir şekilde gerçekleştirmeleri için tedbirler almalarının ayrımcılık olarak nitelendirilmeyeceğini belirtmektedir. Bu kapsamda "devletler kadınların eğitim, ekonomi, siyaset ve iş hayatına uyumu için pozitif eylem, tercihli muamele veya kota sistemi gibi geçici önlemler" alabilir ve hatta almak zorundadır[181].

Hukukumuzda kadınlar lehine yapılan pozitif ayrımcılığa örnek vermemiz gerekirse kadın işçinin evlendikten sonra iş sözleşmesini bir yıl içerisinde feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağına ilişkin İş Kanunu hükmünü ya da işyerlerinin kadın işçi çalıştırma kotalarını gösterebiliriz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir diğer konu bu pozitif ayrımcılığın belli sayıda kadın istihdam etmek için pozisyon için gerekli nitelikleri taşımayan kadınların işe alınarak nitelikli erkeklerin dışlanması anlamına gelmediğidir [182] . Olumlu ayrımcılık yapılırken yalnızca benzer nitelikte olan adaylar arasında kadın adaylara öncelik verilmelidir. Benzer nitelikte olmayan kadınlara öncelik verilmesi ise olumlu ayrımcılığın

[179] Manav Özdemir, s.143
[180] Doğan yenisey, s.72
[181] Şahyar Akdemir, Duru, "Ayrımcılığın İnsan Hakları Boyutu ve Pozitif Ayrımcılık", **İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi**, Cilt:3, Sayı:4, 2014, s. 899; Anayasa'nın 10'uncu maddesinin CEDAW ışığında yorumlanması gerekir.
[182] Türkoğlu Üstün, Kamile, Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler, **TBB Dergisi,** 2017, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1717 , (15.06.2019),S.109

mahiyetine aykırı olacak olup kadın-erkek arasındaki dengeyi eşitlemek yerine erkekler aleyhine ayrımcılık yaratmış olacaktır[183].

Genel anlamda eşitliğin sağlanabilmesi için olumlu ayrımcılığa önem verilmesi oldukça gereklidir[184]. İş hukukunda kadınlar erkeklere göre daha zayıf konumda olması sebebiyle yukarıda sayılan kadınlar lehine olumlu ayrımcılıkların arttırılması gerekmektedir. Kadınlar aleyhine bozulan eşitlik ancak bu şekilde dengelenebilecek ve kadınlar lehine tersine çevrilebilecektir[185]. Kadınlar lehine getirilebilecek olumlu ayrımcılığa örnek olarak kadın çalışan kotası gösterilebilir. İşverenlere belirli bir sayıda kadın işçi çalıştırma kotası getirilmesi kadınların iş hayatına girmesini çok yüksek oranda etkileyebilecek bir faktör olacaktır. Ancak kotanın getirilmesi dahi ne yazık ki yalnızca geçici bir çözüm olacaktır. Engelli işçiler için kota uygulaması bulunmakla birlikte ülkemizde halen engelli kota açığı bulunmaktadır bu durum uygulamanın istenilen sonuca ulaşmaktan uzak olduğunu göstermektedir[186]. Bu durumun sebebini ise birçok işveren kotayı dikkate almayıp idari para cezası ödeme yolunu seçmektedir.

C. Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı

4857 s. İşK'nun ilgili hükümleri uyarınca işe almada cinsiyet nedeniyle ayrım yasağı getirildiği gibi işin devamı süresince de ücret ve çalışma koşullarında ve iş akdinin sona ermesinde bir ayrım yapılmayacaktır. Bu yasağın istisnasını aşağıdaki bölümlerde inceleneceği için burada anlatılmayacak olan biyolojik ve işin niteliğine ilişkin nedenler oluşturacaktır. Bu istisnalar dışında işçinin cinsiyeti dolayısıyla mevzuattaki bazı koruyucu hükümlerin uygulanmasının örneğin hamilelik nedeniyle daha hafif işlerde çalıştırılmasının (4857 s. İş K., m: 74/4) veya süt izni verilmesinin

[183] Devrim Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık"**, Dokuz Eylül Üniversitesi Kurumsal Akademik Açık Arşivi, http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/handle/20.500.12397/2124, 23.09.2019, s.383, (23.09.2019)
[184] Manav Özdemir, s.142-143
[185]Dilvin Bulut- Duygu Kızıldağ, **"Cinsiyet Ayrımcılığı ve Kadın İnsan Hakları Yöneticilerinin Kariyer leri Üzerinde Etkileri"**, Yönetim ve Araştırmaları Dergisi, Cilt:15, Sayı:2, Bandırma, 2017, s.85
[186] Yemişken, s.32

(4857 s. İş K., m:74/son) daha düşük ücret ödenmesinin haklı gerekçesini oluşturmayacağı öngörülmüştür(4857 s. İş K., 5/5)[187].

1. İş Sözleşmesi Yapılmasında Ayrımcılık

Eşit işlem borcunun iş sözleşmesi kurulmadan önce gerçekleştirilen eylemleri kapsayıp kapsamayacağı tam olarak anlaşılamamakla birlikte eşit işlem borcunu düzenleyen 4857 s. İşK'nun 5. maddesinin lafzına bakıldığında iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. 4857 s. İşK 5. maddesinin 1. fıkrası;"İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz." şeklinde, yine ilgili kanunun 5. maddesinin 6. fıkrası; "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 s. Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır." şeklindedir. Kanunun lafzına bakıldığında anlaşılan işverenin eşit işlem yapması borcunun taraflar arasında sözleşme kurulduktan sonra doğmuş olacağıdır. Belirtilen 4857 s. İşK 5/1 ve 5/6 hükümlerinin "işe almada" ayrım yapma yasağının bulunmadığı görüşünü desteklediği söylenebilir[188].

6098 s. TBK'ndan[189] kaynaklı sözleşme serbestisi ilkesi de düşünüldüğünde işverenin sözleşme özgürlüğü kapsamında dilediği işçi ile iş sözleşmesi kurabilme özgürlüğü bulunmaktadır. Buna karşılık iş mevzuatımızda bazı alanlarda işverenin işe almada ayrım yapma yasağını açıkça düzenleyen yani işverenin sözleşme serbestisini mutlak olarak sınırlayan kurallar yer almıştır[190]. Bunlardan ilki, işe almada cinsiyet nedeniyle ayrım yapılması yasağıdır. 4857 s. İşKn 5. maddesinin 3. fıkrasında işverenin "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça… iş sözleşmesi yapılmasında… cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem" yapamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle örneğin işveren işin niteliği haklı göstermedikçe sırf hamileliği nedeniyle işçi ile iş

[187] Süzek, s.480
[188] Süzek, s.476
[189] R.G., 04.02.2011, Sayı:27836
[190] Bilir, s.90-91

akdi yapmaktan kaçınamaz[191]. Bu fıkradan anlaşılması gereken genel olarak eşit işlem borcunun sözleşme kurulduktan sonra doğduğu, işe almada ise yasağın istisna olmasıdır.

İşe almada ayrımcılık yasağının istisnaları bulunmaktaysa da kanunun 6. fıkrasında ayrımcılık tazminatının yalnızca iş ilişkisi ve iş ilişkisinin sona ermesi sırasında hak edileceği vurgulanmıştır. Bu durumdan işe alım aşamasında cinsiyet ya da gebelik sebebi ile ayrımcılık yapılması yasak olsa da yapılan ayrımcılığın yaptırıma bağlanmadığı anlaşılmaktadır. Bu evrede yapılan ayrımcılık sebebi ile pek tabii sözleşme öncesi (culpa in contrahendo) sorumluluğuna gidilebilecekse de bu durumda zararın oluşması koşulu aranmaktadır[192], ayrımcılık tazminatında ise aşağıda bahsedileceği üzere zararın oluşması koşulu bulunmamaktadır. Görüşümüzce İş Kanuna eklenecek bir madde ile işe alım aşamasında yapılmış olan ayrımcılık da yaptırıma bağlanmalıdır.

İş sözleşmesi kurulmasından önce yapılan ayrımcılık nedeniyle işçinin 4 aylık ücrete hak kazanamayacaksa da tazminat bakımından genel hükümlere gidilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca 5237 s. Türk Ceza Kanunu'nda[193] konuya ilişkin düzenleme ve yaptırım getirmiştir. 5237 s. TCK 122. maddesi; "(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklindedir.

İşe alınma sırasında yaşanan ayrımcılık sebebiyle her ne kadar genel hükümlere başvurup tazminat talebinde bulunulabilse ve Türk Ceza Kanunu kapsamında da failin cezalandırılması istenebilse de ne yazık ki İş Kanunu kapsamında ayrımcılık tazminatı talep edilemeyecektir. İşe alınması sırasında ayrımcılığın kabul edilmemesinin temelini ise işverenin sözleşme özgürlüğü oluşturmaktadır. Anayasanın çalışma ve sözleşme hürriyeti başlıklı 48. maddesi herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğunu

[191] Süzek, s.477
[192] Bilir, s.93
[193] R.G., 12.10.2004, Sayı:25611

belirtmektedir.Ancak İş Hukukunun işçileri koruyucu işlevi düşünüldüğünde eşit davranma ilkesinin sözleşme özgürlüğünün üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Bu sebeple de işverenin seçimini yaparken cinsiyet ayrımı yasağına uygun davranması gerekmektedir[194].

İşverenin sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu izahtan varestedir ancak işverenin bu sözleşme özgürlüğünü kullanırken yapmış olduğu ayrımcılığın adayın çalışma özgürlüğünü kısıtlanması olarak da düşünülmesi mümkündür. Kanımızca burada yapılması gereken sözleşme kurulmadan önce ayrımcılığa uğramış olan adayın da ayrımcılık tazminatına başvurabilmesi ve sözleşme öncesinde ayrımcılık yapıldığına kendi başvurduğu pozisyona kendi niteliklerinin uygun olmasına rağmen sadece belirli bazı özellikleri sebepleriyle kabul edilmemesine rağmen kendisinden nitelik olarak daha aşağıda birinin işe alındığını kanıtlaması halinde emsal çalışan işçilerin ücretleri üzerinden bu tazminata hak kazanması daha adil olacaktır. Ek bir fıkra getirilerek henüz iş sözleşmesi kurulmamış kişi için hükmedilecek ayrımcılık maaşının dört maaş olarak değil örneğin iki ya da üç maaş tutarında belirlenebileceği hakkında özel bir düzenlemede getirilebilir. Bu düzenleme ile sözleşme kurulması öncesinde de bu tazminata hükmedilebileceğinin ve hatta işçisi dahi olmayan birine tazminat ödeyeceğinin bilincinde olan işveren için caydırıcı nitelik taşıyabilecektir.

İş sözleşmesi öncesi ayrımcılık kapsamına iş duyuruları ve iş görüşmeleri sırasında sorulan sorular da girmektedir. Şöyle ki işyerinde işçi alınmasına ilişkin ilanlarda sadece erkeklerin alınacağı veya belirli bir cinsin alınacağı izlenimini yaratan iş ilanları ve iş görüşmelerinde yöneltilen sorular doğrudan ve dolaylı ayrımcılık niteliği taşıyabilir[195]. Bu husus yukarıda bahsedilen TCK kapsamında suç da oluşturmaktadır. Örneğin yapılacak iş ağır yük kaldırmaya ilişkin bir iş ya da gece çalışması işi olsa da iş ilanında kadın ya da erkek için ilan verilmesi yerine yalnızca yapılacak iş belirtilmesi ve başvurup başvurmama özgürlüğünün işçi adaylarına bırakılması daha uygun olacaktır[196].

İş görüşmelerinde adaylara pek çok soru sorulmaktadır. İşverenin işe alacağı işçiye soru sorma hakkı bulunmakta olduğu gibi adayın da bu sorulara doğru cevap

---

[194]Manav Özdemir, s.146

[195] Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Briliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye – İş Sendikası Yayınları, Ankara, 2008

[196]GüntherLöschnigg/ Alpay Hekimler, **Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya Hukukunun Temel Esasları**, Ankara, Efil Yayınevi, 2011, s.198

verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğüne aykırı davranması ve işvereni kendisi hakkında esaslı noktalarda yanıltması işverene haklı fesih imkanı dahi vermektedir. Ancak adaya sorulacak sorulan işyeri ve işle ilgisi bulunması gerekmektedir. İşveren sadece işyeri ile veya yapılacak işin ifası için gerekli olan sualleri sorabilir ve bu soruların sınırını 4721 s. Medeni Kanun[197] 2. maddesindeki dürüstlük kuralı oluşturmalıdır[198]. İşçi ise sadece başvurduğu pozisyondaki iş görme ediminin ifasını engelleyecek durumları işverene bildirmekle yükümlüdür. Bunun dışındaki sorulara cevap verme bakımından bir zorunluluğu bulunmamaktadır[199].İşçinin bu sorulara cevap verme zorunluluğu bulunmadığı gibi sorulan soruların işin niteliğini aşması halinde işçinin vereceği cevapların gerçeği yansıtmaması halinde dahi işçinin iş sözleşmesi 4857 s. İşK 25/II hükmü kapsamında feshedilemeyecektir[200].

4857 s. İşK 25. maddesinin II. bendinin a alt bendine göre " İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarında n biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması" haklı fesih nedenidir. İş Kanunu maddesinde bahsi geçen işverenin yanıltılması hususunun sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında gerçekleşmiş olmalıdır. İş akdi kurulurken güvenlik görevlisi olarak işe alınacak personelin sabıkasını gizlemesi esaslı nedenlerde yanıltma sayılabilirken bilgisayar başı bir pozisyonda çalışacak bir kadın personelin hamile olduğunu saklaması bu kapsamda esaslı nokta sayılmayacağı için haklı nedenle fesih sebebi de oluşturmayacaktır[201].

İş görüşmesi esnasında sorulan hamilelik sorusu ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken en önemli nokta ise kadın işçinin henüz hamile olduğunu bilmemesi durumudur. İşin niteliğinin gerektirmediği durumlarda kadının bu soruya cevap vermemesinin, hatta gerçeğe uygun cevap vermemesinin dahi yaptırımı olmayacağını belirtmiştik. Ancak işin niteliğinin kadının hamile olamamasını gerektirdiği bir durumda kadın işçi hamile olduğunu bilmeyerek bu soruya hamile

[197]R.G., 08.12.2001, Sayı:24607
[198] Bilir, s.94; Demir Göksu, s.89
[199] Öner Eyrenci, **İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak M. Yayınevi İstanbul, 1991,s.249
[200] Demir Göksu, s.89; Bilir, s.95
[201] Süzek, 2019, s.668

olmadığı şeklinde yanıt verirse bu durumda işçinin esaslı unsurlarda işvereni yanıltması değil ancak işverenin 6098 s. Türk Borçlar Kanunu[202] kapsamında hataya düşmesi söz konusu olacaktır. Burada önem arz eden husus da bu hatanın 6098 s. TBK madde 30 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. 6098 s. TBK. maddesine göre "sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşme ile bağlı olmaz.". Doktrinde hatanın saik hatası kabul edilip sözleşmenin feshine gidilmeyeceğini çünkü hamileliğin geçici ve biyolojik bir durum olduğunu sırf bu sebeple sözleşmenin feshedilmesinin cinsiyet ayrımcılığı oluşturacağının savunan bir görüş bulunmaktadır[203]. Bir diğer görüşe[204] göre isebu durumda somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesi gerekmekte olup yapılan iş akdinin kısa bir süre için yapılmış olduğu durumlarda işçinin bu iş akdinin ciddi bir kısmını hamile olarak geçirecek ise esaslı hata olduğunu ve bu sebeple sözleşmenin feshedilebileceği savunulmaktadır.

Özetle kadın işçiye sorulan kısa gelecekte evlilik planı olup olmadığı, hamile olup olmadığı yahut hamile kalma düşüncesi olup olmadığı soruları işle ilgisi bulunmadığı gibi açıkça ayrımcılık oluşturmaktadır[205].Şöyle ki kadın işçinin görüşme yaptığı iş mankenlik ise hamile olup olmaması iş ile ilgili sayılabilecektir. Ancak bunun dışında örneğin sekreter pozisyonu için yapılan görüşmede işçinin hamileliği işi yapışını etkileyecek bir engel oluşturmayacaktır. İşverenin bu soruları sormaktaki tek amacı iş ilişkisinin kurulmasından sonra oluşabilecek değişiklikler bakımından kendi ekonomik çıkarlarını korumak istemesidir[206].Kadın adaya hamile olup olmadığı şeklinde sual sorulması ülkemiz tarafından da onaylanan "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin"[207] 11. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Kaldı kiişin niteliği, böyle bir soru sorulmasını gerektiriyorsa, adayın gerçeğe uygun cevap verme mecburiyeti bulunmaktadır. Aksi durum, Anayasanın 20. .maddesinde güvence altına alınan "özel hayatın gizliliği" ilkesine de

[202]R.G., 04.02.2011, Sayı:27836
[203]Onaran-Yüksel, s.162
[204] Bilir, s.97-98
[205] Bilir, s.94-95; Yıldız, s.199
[206] Cengiz İştar (Urhanoğlu), "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", Kamu-İş, **İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Cilt:10, Sayı:4, 2009, s.27
[207]Sözleşme metni için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf ,(22.06.2019)

aykırılık oluşturacaktır. Ancak doktrindeki diğer görüş ise[208]işverenin hamile olan kadın işçiye karşıperiyodik muayene için aldığı izinler, doğum öncesi ve doğum sonrası izinleri, emzirme izni gibi pek çok sorumluluğu olduğu bu sebeple bunu bilmesi gerektiği şeklindedir. Yani kadın işçiye karşı hamile olup olmadığı sorusunun sorulmasını gerekli görmekte olan bu görüş kadın işçinin de doğru cevap vermesi gerektiğini savunmaktadır.

Bu sorulara maruz kalan kişiler konuyu şikayet ederek yargıya taşımadığı için konu emsal karar bulmanın da zor olduğu bir konudur. Ancak kadın olmanın doğurganlık vb sebepleriyle zaten iş bulma sürecinin erkeklere göre zor olduğu düşünüldüğünde burada düşünülmesi gereken işveren menfaati değil kadın işçi menfaati olmalı ve hamilelik sorusu yalnızca işin niteliği gerektirdiği durumlarda sorulabilecek bir soru olmalıdır şeklinde bir düşüncenin daha adil olacağı kanaatindeyiz.

2. İş Sözleşmesinin Uygulanmasında Ayrımcılık

Farklı işlem yasağına ilişkin olarak getirilen düzenlemeye göre, işverenin iş sözleşmesinin yapılmasında olduğu gibi, uygulanmasında, şartların oluşturulmasında, ve sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan ve dolaylı olarak farklı işlem yapması eşit işlem yapma borcuna aykırı olur[209].

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin başlamasından sonra yani uygulanması sırasında da kadın işçilerin cinsiyetleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kalmaları mümkündür. Kadın işçilere karşı bu ayrımcılık ücrette, işin belirlenmesinde ve dağıtımında, çalışma koşullarında, mesleki olarak ilerlemelerinde onları erkek işçilere görece daha kötü duruma getirecek şekilde ortaya çıkabilmektedir[210].

Kadınlara karşı yapılan ayrımcılık türleri arasında en çok rastlananlardan biri mesleki yükselme esnasında yaşanmaktadır. Kadınlar çalıştıkları işlerde genellikle mesleki yükselme bakımından ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Benzer nitelikle

[208] Ali Nazım Sözer, **"Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları"**, Adalet Dergisi, Kasım-Aralık, Cilt:73, Sayı:6, 1982, s.1051, (Hamilelik)
[209]Senyen Kaplan, s.247
[210] Onaran-Yüksel, s.175

bulunan kadın ve erkek işçiler arasında objektif nedenlere dayanılmaksızın genellikle daha çok erkekler terfi ettirilir.

İşçinin bulunduğu iş yerinde terfi edebilmesi için genellikle göz önünde bulundurulan iki temel ölçüt bulunmaktadır. Bunlardan ilki işçinin mesleki anlamında kendisini ne kadar geliştirdiğini, mesleki yeterliliğini kapsayan likayat faktörü diğeri ise işçinin kıdemidir[211]. İşçilerin terfisi genellikle bu iki ölçüte göre yapılmaktadır. Fakat kadın ve erkek işçilerin biyolojileri ve aile sorumlulukları düşünüldüğünde kadın işçiler iş hayatına sıklıkla doğum vb konularla ilgili olarak sık sık ara vermek zorunda kalmaktadırlar. Bu sebeple erkek işçilere nazaran daha az kıdeme sahip oldukları ortadadır. Terfide kıdem ölçütünün kıstas alınması kadın işçiler bakımından ilk etapta ayrımcılık amacı gütmese de yarattığı sonuç bakımından dolaylı bir ayrımcılık yaratmaktadır[212]. Ancak işletme gereklilikleri yahut pozisyon meslekte yükselmede kıdemi gerekli kılıyor olabilir. Bu durumda artık objektif bir neden olduğundan ayrımcılıktan bahsedilemeyeceğini de belirtmemiz gerekmektedir. Kıdem sebebiyle dolaylı ayrımcılığa dayanılabilmek için mesleki yükselmede kıdem dışında çalışkanlık ya da dikkat gibi diğer faktörlerin de önemi bulunması gerekmektedir[213].

İşveren kendi yönetim hakkı kapsamında eşit durumda olan işçilerden istediğini terfi ettirme hakkına pek tabii sahiptir. Ancak bunu yaparken doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılık yaratmamaya özen göstermelidir.

Cinsiyet arasında yapılan bir diğer ayrımcılık çalışma koşullarında ayrımcılıktır. İşçilerin işe başladıkları sıradaki sorumlulukları ve görev tanımları sonrasında çeşitli sebeplerle işverenin yönetim hakkı kapsamında değiştirilebilir. Ancak bu değişiklik yapılırken işverenin ayrımcılık kastının olmaması gerekmektedir. Örneğin yönetici konumunda çalışan bir kadın işçi hamile kaldıktan sonra hamileliği bahane edilerek daha vasıfsız bir pozisyonda görevlendirilemez. Kadın işçinin hamileliğinden yani dolaylı olarak cinsiyetinden kaynaklanan bir sebeple daha alt bir pozisyonda çalıştırılmak istenmesinin ayrımcılık olarak kabul edileceği ortadadır. Ya da fazla mesai uygulaması bulunan bir işyerinde kadın ya da erkek işçilerin zorla fazla mesaiye bırakılırken diğer cinse mesai yaptırılmaması da

[211] Bilir, s.102
[212] Onaran-Yüksel, s.178; Demir Göksu, s.95
[213] Bilir, s.103

aynı şekilde cinsiyete dayanan ayrımcılık olarak kabul edilecektir. Ancak burada üzerinde durulması gereken şudur; kadının ailevi sorumluluklarının erkeklere nazaran daha fazla olduğu sosyal bir gerçektir. Kadınlara ailevi sorumluluklarını yerine getirebilmesi için tanınan bir takım imtiyazlar ise ayrımcılık olarak tabir edilmemelidir. Bu imtiyazların kadına verilmemesi kadının mağduriyetine ve iş hayatında kendine yer edinememesine yol açabilecektir[214].

Bir diğer ayrımcılık türü ise ücretlendirmede ortaya çıkmaktadır. Kadın işçilere erkek işçilere nazaran daha az ücret verilmekte olup, kadın işçiler erkekler ile benzer işi yapsalar dahi durum değişmemektedir. Bu ayrımcılık türü ile sadece ülkemizde değil dünyanın bir çok ülkesinde mücadele edilmektedir. Kadın ve erkek arasında en bariz ve en sık olarak görünen ayrımcılık türü de ücretlendirmede karşımıza çıkmaktadır.

Kadın işçilere erkek işçilere nazaran daha az ücret ödenmesinin pek çok sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerin başında kadın işçilerin her meslek grubunda çalışmamaları, kadın ve erkek işçiler arasında eğitim düzeyinde farklılıklar, kadın ve erkek işçi biyolojileri arasındaki farklılıklar ve kadınlar arasında sınıfsal dayanışmanın erkeklere nazaran daha az olması ve bu sebeple haklarının peşinde olamamaları gösterilebilmektedir. Aslında tüm bu sebeplerin temelinde kadının doğurganlığı bulunmaktadır. Şöyle ki kadın doğurgan olması ve ailevi sorumluluklarının fazla olması sebebiyle bir takım meslek gruplarında görev alamamakta hatta bir takım meslek gruplarında çalışması kanunen yasaklı bulunmaktadır. Kadının doğurganlığı ve sorumlulukları sebebiyle kendini işine erkeklere nazaran daha az verebildiği ve konsantre olabildiği düşünülmekte,bu durumun sonucu olarak da toplumda sorumluluk gerektiren işlerin erkek tarafından yapılması, kadının ise daha az nitelik gerektiren işleri yapması gibi bir algı oluşmaktadır. Dolayısıyla kadınlar daha düşük ücretli işlerde çalıştırılmaktadır[215]. Kadına karşı özellikle ücret ile ilgili olarak ayrımcılığın engellenebilmesi için görüşümüzce hukuk kuralları kadar toplumsal bilinçlenme ile toplumdaki kadının daha az nitelikli işlerde çalışabileceği algısının da kırılması gerekmektedir.

Ücret bakımından yapılan ayrımcılık yalnızca doğrudan ayrımcılık olarak değil doğrudan ayrımcılık olarak da ortaya çıkabilmektedir. Dolaylı cinsiyete dayalı

[214] Onaran-Yüksel, s.182
[215] Bilir, s.103

ayrımcılık genellikle kısmi süreli çalışmalarda ortaya çıkmaktadır. Kısmi süreli çalışan işçiler aynı işi yapsalar da tam süreli işçilere nazaran daha az ücret almaktadır. Kadın erkek arasında doğrudan bir ayrımcılık amacı gütmeyen kısmi süreli çalışmayı ise ailevi sorumluluklarına daha fazla zaman ayırabilmek için kadın işçiler daha çok tercih etmekte bunun sonucu olarak da daha düşük almakta ve dolaylı cinsiyet ayrımcılığını ortaya çıkarmaktadır[216].

Benzer niteliklerde bulunan işçilere eşit değerdeki bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret ödenmemesi gerekmektedir. Bu konu uluslararası alanında da en çok üstünde durulan konulardan biridir. 4857 s. İşK 5. maddesinin 4. fıkrasında da "aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz" hükmüne yer verilmiştir. Buradaki ücret kavramı yalnızca temel ücret olarak değerlendirilmemelidir. Temel ücret dışında işçilere sağlanan ek imkanların da bu hükme dahil olduğu şeklinde yorum yapılması daha adil olacaktır.

3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Ayrımcılık

İşverenin eşit davranma borcu iş sözleşmesinin kurulmasında ve devamında olduğu gibi iş sözleşmesinin feshi aşamasında da devam etmektedir. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında yalnızca cinsiyete dayanan kriterlere yer verilemeyeceği gibi fesih aşamasında da işçi yalnızca kadın olması, hamile olması sebepleriyle işten çıkartılamayacaktır.

Ayrım yapma yasağını ihlal ederek iş akdini fesheden, örneğin işten çıkarılacak işçileri sadece kadın veya sadece hamile işçiler arasından seçen işveren duruma göre fesih hakkının kötüye kullanılması veya geçersiz fesih ya da haksız fesih yapmış sayılır[217].

Uygulamada daha çok kadın işçiler evlilik ve hamile kalmaları sebebiyle iş hayatında verimlerinin düşeceği düşünülerek ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Hatta bazı iş sözleşmelerinde evlenme yasağına ilişkin hüküm dahi bulunmaktadır. Sözleşmede bu tür bir hükmün bulunması durumunda kadın işçinin evlenmesi halinde işverenin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunacaktır. Ancak bu husus niteliği gereği kişinin irade serbestliğini etkilediği göz önüne alındığında sözleşmeye

[216] Onaran-Yüksel, s.221
[217] Süzek, s.482

konulmuş olsa dahi geçerli bir fesih olamayacaktır. Ancak kadın işçinin evlenmesinden sonra işi ile ilgili yükümlülüklerini ihlal etmesi görevini gereği gibi yerine getirmemesi, iş akışını olumsuz etkilemesi, verimsiz bir çalışma yapması gibi durumlar söz konusu ise artık işçinin sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kadının iş akdinin cinsiyeti sebebiyle sona erdirildiği iddiası söz konusu olmayacaktır. Burada işçinin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi sebebiyle kendi yetersizliğinden kaynaklı bir fesih oluşacaktır[218].

Aşağıda cinsiyet ayrımcılığı yasağının istisnaları ile ilgili bölümde olumlu önlemler arasında bahsedileceği üzere kadın işçinin evlenmesi halinde 1 yıl içerisinde iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatını alabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Her ne kadar kadın işçileri korumak amacıyla getirilmiş olsa da madde toplumda hali hazırda bulunan kadının evlenmesi ile birlikte aile hayatına ve evine daha çok vakit ayıracağı bu sebeple iş hayatından uzaklaşacağına ilişkin inancı güçlendirmektedir [219] . Görüşümüzce maddenin değiştirilerek aynı düzenlemenin erkekler için de getirilmesi evlilik sebebiyle eşlerden her ikisinin de ailevi sorumluluklardan kaynaklı bu hakka sahip olduğu yanievlilik sebebiyle ailevi sorumlulukların artmasının yalnızca kadına özgü olmadığıbilincinin topluma yerleştirilmesi açısından yararlı olabilecektir.

Kadın işçinin hamileliği durumunda da kadın işçilerin iş akdi sonlandırılmakta ve çoğu zaman mağdur edilmektedirler. Çalışan bir işçisinin hamile kalmış olması işverene kadın işçinin doktora gitmesi için izin alması, doğumdan önce ve sonra belirli sürelerle izne ayrılarak çalışmaya ara vermesi, çalışmaya devam etse dahi süt izni ya da kısmi süreli çalışma taleplerini kabul etme gibi pek çok sorumluluk yükleyecek olup işveren bu sorumluluklarla karşı karşıya kalmamak için çoğunlukla işçisi ile çalışmaya devam etmek istememekte ve kadın işçinin hamile kaldığını öğrendiği anda iş akdini sonlandırma eğilimi göstermektedirler.

4857 s. İşK 74. maddesine göre kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için süt izni verilmekte olup toplu kullanılamayan süt izni günlük 1,5 saat olarak düzenlenmiştir. Süt izninin kullanılması kadın işçinin hakkı olup iş akdi bu sebeple feshedilemez. Aynı şekilde yine ilgili kanunun 74. maddesine göre doğum

[218] Onaran-Yüksel, s.228-230
[219] Bilir, s.114

yapan kadın işçiye on altı hafta bu doğum un çoğul doğum olması halinde ise on sekiz haftadan sonra altı ay ücretsiz izin verilmektedir. Kadın işçinin bu hakkını kullanıyor olması da işveren için fesih sebebi oluşturamaz. Kadın işçinin iş akdinin bu sebeplerle feshedilmesi halinde kadın işçinin cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığını ve işverenin eşit davranma borcunu yerine getirmediğini iddia etmesi mümkündür. Ancak bu dönemlerde yapılan her fesih de eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelmeyip feshin ayrımcı olarak yapıldığının ispatı gerekmektedir. Yargıtay'ın bir kararında[220] kadın işçinin iş akdi süt iznini kullandığı dönemde feshedilmiş olup kadın işçi tarafından açılan dava açılmış ve ayrımcılık tazminatı talep edilmiştir. Mahkeme tarafından iş akdinin süt izninin kullanıldığı dönemde feshedilmesinin feshin mutlaka ayrımcı olduğu anlamı taşımayacağı, feshin başka sebepleri bulunduğu, somut olayda feshin sebebinin süt izninin kullanılması olmadığı belirtilmiştir.

Hamilelik yalnızca kadınlara özgü bir nitelik olup kadının fizyolojisiyle ilgilidir. Hamilelik sebebiyle işçinin iş akdine son verilmesi de ayrımcılık oluşturmaktadır[221]. Kadının hamileliği süresince bazı dönemlerde sıkıntılar yaşaması normal veriminin altında bir verim göstermesi hamilelik sürecinin doğal sonucudur. İşverenin de bu süreçte iş akdini cinsiyete dayalı ayrımcılık yaparak feshetmek yerine işçisine durumuna uygun çalışma şartlarını sunması gerekmektedir. Bu işçisini gözetme borcunun da doğal sonucudur.

D. Cinsel Taciz

Cinsel tacizin tam olarak bir tanımı bulunmamakla birlikte rıza olmaksızın sözle, gözle veyahut bedensel birtakım eylemlerle bireyin veya bireylerin cinselliğine, edep ve iffetlerine yönelik her türlü rahatsız edici davranış olarak tanımlanır[222].

Fransa'da yapılan bir araştırmaya göre cinsel taciz mağdurlarının daha çok kadınlar olduğu ortaya çıkmaktadır, hatta bu oranın %90 civarında olduğu

[220] Kazancı, Yargıtay 9.HD, 2014/29678, 2016/2553 K, 15.02.2016, http://www.kazanci.com/kho2/i-bb/files/dsp.php?fn=9hd-2014-29678.htm&kw=`2016/2553`#fm, 29.09.2019
[221] Bilir, s.115
[222] Yıldız, s.103

belirtilmektedir[223]. Bunun nedeni ise yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere kadınların daha zor işe girebilmesi, daha düşük ücretle çalıştırılmaları vb faktörler nedeniyle işlerini kaybetmekten daha çok korkmalarının sonucu olarak baskı altına alınmaya daha uygun olmalarıdır[224].

Cinsel taciz kanunda açıkça ayrımcılık sebepleri arasında sayılmamıştırancak 4857 s. İşK'nun ayrımcılığı düzenleyen 5. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır. Cinsel taciz her ne kadar aynı cinsiyete sahip kişiler arasında söz konusu olabileceği söylenebilirse de, yapılan araştırmalar, taciz vakıalarının büyük bir oranının kadın ve erkekler arasında ve büyük çoğunlukla kadınlara yönelik olduğunu ortaya koymaktadır[225].

Cinsel taciz kadınların kişilik haklarına ve çalışma özgürlüklerine bir saldırı oluşturması ve dolayısıyla bir cinsiyet grubunun diğerine kıyasla mağdur olması nedeniyle cinsiyet ayrımcılığı kapsamında ele alınmaktadır[226].İşyerinde cinsel taciz mağduru olan cinsiyet grubu cinsel taciz eylemlerine göz yumdukları takdirde bazı imtiyazlar tanınacak ve cinsel tacize karşı koymaları halinde bazı uygulamalardan mahrum bırakılacaktır. Bu durum dahi çalışma koşulları arasında farklı standartlar ortaya çıkacaktır. Ancak bir diğer görüşe göre[227] cinsel taciz işin yapılması ile ilgili bir ayrımcılık yaratmamaktadır bu sebeple ayrımcılık kapsamında değerlendirilmemeli işverenin cinsel taciz sebebiyle sorumluluğu işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında değerlendirilmelidir[228]. İşverenin işçisini gözetme borcu geniş kapsamlı bir borç olup, bunların başında işçisinin kişiliğini korumak gelmektedir [229] .İşçinin kişiliğinin korunmasını amaçlayan kural da Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. 6098 s. TBK'nın 417. maddesinin 1. fıkrası; "İşveren, hizmet ilişkisinde özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür" şeklindedir.

---

[223] Erdem Özdemir, **"İşyerinde Cinsel Taciz"**, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:11, 2006, İstanbul, s.8, (Cinsel Taciz)
[224] Onaran-Yüksel, s.262; Bilir, s.125
[225] Bakırcı, s.22
[226] Bakırcı, s.22
[227] Berin Ergin, **"Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar-Taciz ve Çalışma Hayatı",** Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:7, 2007, s.154-165
[228] Yıldız, s.104; Bilir, s.125
[229] Süzek, 2019, s.386

Cinsel tacizin işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında değerlendirilmesini savunan görüş hareket noktası olarak 4857 s. İşk'nun 5. maddesinin tazminat için öngördüğü üst sınırdan yola çıkmakta ve bu durumun yaratabileceği adaletsiz sonuçlardan kaçınmak için konuyu 6098 s. TBK'nın düzenlemeleri ile çözmeye çalışmaktadır. Ancak buna gerek yoktur. Cinsel tacizin 4857 s. İşK 5. maddesi kapsamında değerlendirilmesi, mağdurun bu madde uyarınca saptanacak en çok dört aylık ücret tutarındaki tazminata hak kazanması, aynı fiille uğramış olduğu maddi ve manevi zararı da aynı dava ile talep etmesine ya da ayrı bir dava konusu yapmasına engel değildir[230]. Cinsel tacizin ayrımcılık olarak kabul edilmesi ispat açısından da daha adil sonuçlar verecektir. Tazminat davalarında zararın oluşması gerektiği halde, ayrımcılık için yalnızca ayrımcılık yapılmış olması yeterlidir. Bu sebeple cinsel taciz yoluyla ayrımcılık yapıldığını ortaya koyan işçi bu tazminata hak kazanabilecektir. Bu konuda cinsel tacizin ayrımcılık olarak kabul edilmesinin işçi açısından daha olumlu sonuçlar vereceğini düşünüyoruz. Bir diğer görüş ise ilk görüş ile paralellik göstermekte olup cinsel tacizi işverenin eşit davranma borcu içerisinde değerlendirmekte ayrımcılık yasağının nitelikli hali olduğu savunmaktadır[231].

Hukukumuzda cinsel tacizin ayrımcılık sayıldığına ilişkin net bir açıklama olmaması eksiklik oluşturmakta ve doktrinde farklı görüşlere sebep olmaktadır. Her ne kadar CEDAW'ın birinci maddesi cinsel tacizin ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi için yasal dayanak oluşturuyorsa da, yapılacak bir kanun değişikliği ile İş Kanununa cinsel tacizi açıkça tanımlayan, ayrımcılık kapsamında değerlendiren ve etkili bir yaptırıma bağlayan düzenlemelerin dahil edilmesi gerekmektedir[232].

1. Cinsel Tacizin Çeşitleri

İş yerinde cinsel tacizin en geniş hali ile Amerika'da tanımlandığını yukarıda belirtmiştik. Özellikle Amerikan mahkemeleri iki tip cinsel taciz tanımlamaktadır. Buna göre ilk olarak Latince "quidproquo" denilen (buna karşılık olarak şu- rüşvet,

[230] Yıldız, s.108; Bilir, s.127
[231] K. Ahmet Sevimli, "Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması",**Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:36, 2013, s.112
[232] Yıldız, s.109

gözdağı) olarak tanımlanan cinsel taciz söz konusu olabilir. Diğeri ise "hostileworkenvironnment" denilen ve düşmanca çalışma ortamı olarak bilinen taciz tipidir. Birinci tip bir cinsel taciz işçiye bazı vaadlerde bulunularak sessiz kalması halinde ödüllendirilmektedir. Cinsel tacizin ikinci tipinde ise herhangi bir ödüllendirme olmadan yalnızca düşmanca bir çalışma ortamı şeklinde ifade edilmektedir. Yalnızca Amerikan hukukunda değil hukukumuzda da cinsel taciz yukarıda her iki tipte de görülmektedir.

2. İş Kanunu Kapsamında Cinsel Taciz

4857 s. İşK 24. ve 25. maddeleri işçinin ve işverenin haklı fesih sebeplerini saymaktadır. Bu maddelerin her ikisinin içerisinde de cinsel taciz işçi ve işveren için haklı sebeple fesih sebebi olarak sayılmıştır. Cinsel tacize uğrayan işçi fesih hakkını kullanmanın yanı sıra genel hükümler uyarınca maddi manevi tazminat davaları ile tespit ve tecavüze son verilmesi davalarını da açabilecektir[233].

Öncelikle işveren kapsamında değerlendirirsek4857 s. İşK'nun işverenin haklı nedenle derhal feshine ilişkin 25. maddesinde ahlak ve iyiniyete uymayan haller sıralanırken c bendinde cinsel taciz "İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması" şeklinde açıkça belirtilmiştir. Bu sebeple işçinin bir başka işçiye karşı cinsel tacizde bulunması halinde iş akdinin 5857 s. İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin c alt bendi uyarınca haklı feshi mümkündür. Kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte bu bendin işçinin yalnızca diğer işçiye karşı değil işverenine karşı cinsel tacizi bulunduğu hallerin de haklı sebep oluşturacağı şeklinde yorumlanması mümkün görünmektedir[234].

İşçi kapsamında haklı nedenle derhal feshi düzenleyen 4857 s. İşK24. maddesinin II. bendinde ise cinsel tacizden iki farklı alt bentte bahsedilmiştir. Bunlardan ilki b bendidir ve burada işçiye işvereni tarafından cinsel tacizde bulunulmasından bahsedilmiştir. İkinci bent ise d bendi olup burada işçiye başka işler tarafından bulunulan cinsel tacizden bahsedilmektedir. İş Kanununda iş akdinin işçi tarafından haklı nedenle derhal feshinin düzenlendiği 24. maddesinin II.

[233] Ufuk Aydın, "**İşHukukunda İşçinin Kişilik Hakları"**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2002, s.105-106
[234] Süzek, s.700

fıkrasında ahlak ve iyiniyete ilişkin haller sayılırken b bendinde "İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa" şeklinde açıkça ifade edilerek işvereni tarafından işçiye cinsel taciz uygulanması haklı nedenler arasında sayılmıştır. Burada işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi için işveren hakkında tacize ilişkin şikayette bulunmuş olması yahut işverenin eylemlerinin cezai anlamında suç oluşturmasına da gerek bulunmamaktadır. Ayrıca işverence işçiye karşı gerçekleştirilen cinsel taciz eyleminin mutlaka işyerinde gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Bu cinsel taciz eyleminin işyeri dışında gerçekleştirilmiş olması ortaya çıkan sonucu değiştirmemektedir [235]. Ayrıca aynı ayrımcılık yapmama yükümlülüğün işin yönetimini üstlenen işveren vekili için de olduğu kabul edilmelidir. Çünkü işveren vekilleri de işçilere karşı işveren gibi davranmakla yükümlüdür[236]. İş Kanununun aynı madde ve bendinin diğer bir alt bendi olan d bendinde ise işçiye bir başka işçi tarafından cinsel taciz uygulanması, işçinin bu durumu işverenine bildirmesine rağmen işverenin gerekli önlemleri almaması hali düzenlenmiştir. Burada haklı sebeple feshin altında yatan neden işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü oluşturmaktadır. Şöyle ki işverenin işçisine karşı pek çok yükümlülüğü bulunmakta olup bu yükümlülüklerinden biri de işçiyi gözetme yükümlülüğüdür. İşverenin işçisi gözetme yükümlülüğü geniş kapsamlı bir borçtur. Bu sebeple hangi hususların bu yükümlülük kapsamında değerlendirileceğini maddeler şeklinde sayılarak ortaya konulması mümkün değildir. İşverenin bu yükümlülüğünün başında işçinin kişiliğinin korunması gelmektedir. Bunun yanında da, işçinin kişiliği içerisinde yer alan yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması bu yükümlülüğün doğal sonucunu olarak ortaya çıkmaktadır[237]. İşte bu yükümlülük sebebiyle işverenin işçisini cinsel taciz karşısında da koruması ve gerekli önlemleri alması gerekmektedir. İşçinin başka bir işçi ya da üçüncü kişi tarafından cinsel tacize uğradığını söylemesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması işçiye iş akdini haklı olarak feshetme imkanı tanıyacaktır. Buradaki gerekli önlemler ise her işyerine göre değişebilecek olup önlemlerin amacı işçinin tekrar cinsel tacize uğramasını önlemeye yönelik olmalıdır.

[235] Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.484
[236] Onaran-Yüksel, s.278
[237] Süzek, s.419

İşyerinde cinsel tacizin failinin kimler olabileceği, gerçekleştirilen cinsel tacizin rüşvet/gözdağı tacizi mi yoksa düşmanca ortam yaratan taciz mi olduğuna göre değişebilmektedir. Şöyle ki düşmanca ortam yaratan cinsel taciz işçiye karşı birçok kişi tarafından gerçekleştirilebilirken, rüşvet-gözdağı tacizinde susması karşılığı işçiye bir şeyler vaad ediyor olduğu için yalnızca işçinin amiri konumunda olup ona sunabileceği bir fayda olan kişiler tarafından gerçekleştirilebilirler[238].

Cinsel taciz bakımından asıl önemli sorun cinsel tacizin mahiyeti gereği iki kişi arasında ortaya çıkmasından dolayı ispatının zor olmadır. Cinsel taciz genellikle yalnızca mağdur tarafından bilinmektedir. Bu durumda tanık anlatımlarına dayanılması çok mümkün olmamaktadır. Bu sebeple yargıya taşınan durumlarda hakimler cinsel taciz bakımından tam ispat aramamaktadırlar. Genellikle genel yaşam tecrübelerine dayanarak sonuç elde etmeye çalışmaktadırlar. Örneklendirmemiz gerekirse bir bölge müdürünün mahiyetinde sekreter olarak çalışan kadın işçiyi kendisiyle duygusal ilişkiye zorlaması, karşılık alamayınca da işten atmakla tehdit etmesi şeklinde gelişen bir olayda ilk başta işçi olaya göz yummuş sonrasında ise karşı çıkmaya başladığında istifa etmek zorunda kalmıştır. Ancak tacize uğrayan işçi işten ayrılırken durumu işyeri yönetimine bildirmiştir. Cinsel tacizi gerçekleştiren bölge müdürün iş akdi de haklı sebeple işyeri yönetimi tarafından sonlandırılmıştır. Bunun üzerine iş akdi feshedilen bölge müdürü olayı yargıya taşımış ve yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilerek davacı işçi lehine kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi kararı temyiz edilmiştir. Olay hakkında temyiz mercii Yargıtay'ın kararı[239]; "…Davacı tanıkları ise, bayan işçinin bir başka işçi ile ilişkisinin olduğunu ve bu yüzden davacıya karşı komplo kurulduğunu belirtmişlerse de, şikayet dilekçesinin içeriği ve davalı tanığı beyanına göre davacının sekreter olarak çalışan bayan işçiye karşı işyerindeki konumunu da kullanarak baskı oluşturmak suretiyle duygusal ilişkiye zorladığı anlaşılmaktadır.

Gerçekten, bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır. Davacı işçi, daha sonra bayan işçinin rızasıyla bu tür eylemlerine devam etmişse de, davacının işyerinde haiz olduğu yönetici konumu sebebiyle baskı

[238] Yıldız, s.116

[239]Kazancı , Y.9.H.D, 2004/13286 E, 2005/7706 K ,08.03.2005, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2004-13286.htm&kw=`2004/13286`#fm, (26.06.2019)

oluşturarak bu eylemlere giriştiği ve son dönemlerde bayan işçinin karşı çıkmaları üzerine işten çıkartmakla tehdit ettiği ve en nihayetinde bayan işçinin baskılar sonucu istifa ettiği ve aynı gün cinsel taciz iddialarıyla ilgili durumu davalı işverene bildirdiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda davacı ile bayan işçi arasında yaşananlar iş düzenini bozacak nitelikte olduğu gibi doğruluk ve bağlılığa da aykırı eylemler niteliğindedir. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir." şeklindedir. Yargıtay kararı tacize uğrayan işçinin anlatımlarını yeterli görmüştür. İlgili Yargıtay kararı işçiyi cinsel taciz karşısında korumaya ve ispat güçlüğünü ortadan kaldırma eğiliminde olduğu için emsal teşkil edecek nitelikte bir karar oluşturmaktadır.

3. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Cinsel Taciz

İş hayatında cinsel taciz yalnızca İş Kanunu kapsamında düzenlenmemiş aynı zamanda 5237 s. TCK'nun da düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu Cinsel Tacizi düzenleyen 105. maddesi; "Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(1) (2) (Değişik: 18/6/2014-6545/61 md.) Suçun; a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz" şeklindedir. İlgili Kanunun maddesinde cinsel taciz suçunun unsurları belirtmiş olup, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kullanılarak işlenmesi halini de suçun nitelikli halleri arasında saymıştır. Mağdurun işi bırakması durumunda kalması halinde ise cezanın arttırılacağını ifade etmektedir.

Görüleceği üzere cinsiyete dayanan ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilen cinsel taciz ceza hukuku anlamında da suç olarak kabul edilmiştir. Bu eylemlere maruz kalan kişinin ileride bahsedilecek ayrımcılık tazminatı talep etmesi ayrıca borçlar hukuku anlamında maddi ve manevi zararlarını talep etmesi ve ayrıca Türk Ceza Kanunu kapsamında suç duyurusunda bulunması önünde bir engel bulunmamaktadır.

E. Cinsel Tercih

Cinsiyete dayalı ayrımcılığa değinen mevzuat hükümlerimiz arasında açıkça cinsel tercihten bahsedilmemektedir. Ancak günümüz toplumunda cinsiyet ayrımcılığını değerlendirirken hamilelik, doğum halini, cinsel tacizi irdelediğimiz gibi cinsel tercihe dayalı ayrımcılığı da cinsel ayrımcılık kapsamında incelememiz adil olacaktır[240].

Bu ayrımcılık türünde de diğer ayrımcılık türlerinde bahsettiğimiz gibi kendilerine yalnızca cinsel tercihleri nedeniyle ayrımcılık yapılan ve dezavantajlı konumda olan bir grup bulunmaktadır.

Kişilerin cinsel tercihleri özel hayatları kapsamında olup Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan "özel hayatın gizliliği" kapsamında cinsel hayatları ve tercihleri de korunmaktadır. Öğreti de belirtildiği üzere işçinin cinsel tercihleri dokunulmaz olup işçinin cinsel kimliği işverenini ilgilendirmemeli ve bu sebeple işçiye ayrımcılık yapılmamalıdır[241].Bu konu ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir husus işçinin iş hayatın olumsuz etki etmeyen, işyerindeki düzen ve çalışma barışını bozmayan, özel hayatındaki cinsel tercihlerinin hukuken korunduğudur[242]. Örneğinin bir işyerinde mühendis olarak çalışan bir işçinin işyerindeki mesaisi bittikten sonra erkeklerle birlikte oluyor olması yahut sahneye çıkarak kadın kılığında gösteri yapıyor olması mühendislik iş tanımındaki işlerine mani olmadığı sürece işvereni ilgilendirmemeli, bu hususlar işçiye karşı ayrımcı davranışlarda bulunulmasına sebep olmamalıdır[243].

---

[240] Yıldız, s.117
[241] Erhan Birben, "İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar**,(Ed. Prof. Dr. Tankut Centel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.152
[242] Yıldız, s.122
[243] Birben, s.153

Cinsiyet ve cinsel tercih nedeniyle ayrımcılık yasağının amacı belli bir gruba mensup işçilerin yalnızca sahip oldukları ya da olmadıkları özelliklerinin iş akdinin kurulmasını ya da devamını engellemesinin önüne geçmektir. Bunu dışında iş akışını engelleyen bir durumun var olması halinde işçinin heteroseksüel ya da eşcinsel olmasının işveren nezdinde bir önemi bulunmayacaktır. Konuya örnek teşkil edebilecek bir davada davacı eşcinsel olması sebebi ile kendisine komple kurduğunu iddia etmektedir, kıdem ve ihbar tazminatı talebinin yerel mahkemece reddi üzerine karar temyiz edilmiştir. Yargıtay ise vermiş olduğu kararında [244] davacının davranışlarının iş verimini olumsuz etkilediğini ve bu durumun cinsel tercihlerini aşar bir olgu olduğunu kanaat etmiştir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda iş akdinin feshinin geçerli bulunmasının sebebi işçinin eşcinsel olması değil bu durumun iş akdini etkilemesi olmuştur. İş akdinin devamı işverenden beklenemeyecek bir noktaya gelmişse, iş akdinin kişinin cinsel sebebiyle bağlı olarak değil ancak cinsel tercihinin birlikte getirdiği iş akışını olumsuz etkileyen örneğin performans gibi sebeplerle feshigörüşümüzce de mümkün olabilecektir.

F. Cinsel Ayrımcılık Yasağının İstisnaları

Yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere yalnızca cinsiyeti sebebiyle kadınların ya da erkeklerin birbirlerine göre daha avantajlı ya da dezavantajlı konumlarının bulunması mümkün değildir. Ancak bazı objektif haklı nedenlerin bulunması durumda cinsiyet ayrımcılığı yapıldığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

1. Kadın İşçilerin Çalışmasının Yasaklandığı İşler

Hukukumuzda bulunan yasal düzenlemeler bazı iş gruplarında kadınları korumak amacıyla kadın işçilerin çalışmasını yasaklamaktadır. Bu iş gruplarında erkek işçi istihdam eden işveren ayrımcılık yasağına aykırı davranmış olmayacaktır.

[244] Kazancı, Yargıtay 9. HD, 2005/654 E, 2005/30275 K, 19.09.2005, http://www.kazanci.com/kho-2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2005-654.htm&kw=`2005/654`#fm :"Şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmelidir." (02.10.2019)

4857 s. İşK 72. maddesi uyarınca çocuklar ve kadınların yer ve sualtı işlerinde çalışması yasaktır. Yine ilgili kanun 85. maddesi uyarınca kadınların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması sınırlandırılmıştır. Bu maddeler kapsamına giren işlerde kadın işçilerin çalıştırılması yasak ya da sınırlı olması sebebiyle cinsiyet ayrımı yasağının istisnasını oluşturmaktadır.

Konulan yasaklar her ne kadar temelinde kadınları korumak amacıyla getirilmiş olsa da ilgili yasakların kadınları iş hayatında olumsuz etkilediğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki bu durumda kadınların bu işlerde çalışıp çalışmamaları kendi iradelerine bırakılmamış olup, kanunlar kadınlar adına karar vermiş durumdadır. Anayasada dahi cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmışken kanun ve yönetmeliklerin lafzından kadınların erkeklere nazaran daha güçsüz bir cinsiyet olduğu anlamı çıkmakta ve bu durum çelişki yaratmaktadır. Bunun sonucu olarak kadınlar yüksek ücretli işlerde çalışamamaktadır. Oysa ki her kadının fizyolojik ve biyolojik özellikleri birbirinden farklı olup kadınların bu işlerde çalışıp çalışmamaları konusunun kendi insiyatif ve onaylarına bırakılması daha adil olacaktır. Bakırcı da konuya teknolojik gelişmeler açısından bakmış ve konu hakkında "Teknolojik gelişmeler sonucu bedensel güç gerektiren işlerde azalma olduğundan ve teknolojik ve bilimsel gelişmeler sonucu iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinde önemli mesafeler katedildiği için, pek çok iş kadınlar için ağır ve tehlikeli olmaktan çıkmıştır. Ayrıca örneğin ara sıra ağır kaldırmayı gerektiren işler, makinalar kullanılabilecek işler, kadınlara sınırlamalar getirilmemelidir" şeklinde görüşte bulunmuştur. Bu görüşüyle çağımızda son derece gelişmiş olan teknoloji sebebiyle de kadınlar için var olan sınırlamaların kaldırılması gerektiğini savunmaktadır[245].

2. İşin Özelliği Gereği Belli Bir Cinsiyetin Yürütebilecek Olması

Bazı işler açısından çalışanın cinsiyeti iş akdinin kurulmasında esaslı unsur oluşturabilmektedir. Örneğin bir sinema filminde erkeği canlandırması gerektiren karakterde bir kadının bulunması mümkün değildir. Ya da toplumun sosyal kültürel özelliklerine yahut inançlarına göre bazı işlerin yalnız bir cinsiyet tarafından gerçekleşmesi beklenmektedir. Bu tarz işler kadınlar tarafından da erkekler

[245] Bakırcı, s.95-97

tarafından da yerine getirilmesi olağan görülse de toplum bu işi belli bir cinsin yerine getirmesini daha makul karşılamaktadır. Bu işlere örnek olarak fiziksel olarak kişinin mahremiyetini ihlal eden işler gösterilebilir. Bu sebeple işveren tarafından toplumun değer yargılarının hiçe sayılması mümkün olmadığından toplumun alışkın olduğu, kendisini rahat hissettiği cinsiyetin bu işlerde çalıştırılması cinsiyet ayrımcılığı yasağının bir başka istisnasını oluşturmaktadır. Ancak bu durumun işyerinin çıkarları bakımından haklı sebeplere dayandığı ispat edilebilir olmalıdır. Gece çalışması gereken bir iş yerinde kadın işçilerin işten çıktıktan sonra eve gitmesinin güvenlik bakımından sorun yaşayabileceği bahane edilerek erkek işçi istihdam edilmesi ise haklı sebep kapsamında değerlendirilmemelidir. Kişinin özgürce sokakta dolaşma özgürlüğü bulunmakta olup, yaşadığı toplumdan kaynaklı çevresel faktörler sebebiyle bu özgürlüğünün kısıtlanması kadının suçu değildir[246].

3. Olumlu Önlemler

Anayasada kadın erkek eşitliğinden bahseden maddeye 2010 yılında yapılan ekleme ile alınacak bazı tedbirlerin ayrımcılık oluşturmayacağı anlamını çıkarmak mümkündür. Anayasanın kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesinin 2. fıkrası "(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". şeklindedir. Aslında anayasanın burada bahsettiği tedbirler yukarıda bahsettiğimiz pozitif ayrımcılık olarak yorumlanabilecektir. Bu olumlu önlemlerin bazıları aşağıdaki gibidir;

a) Evlendikten Sonra İş Sözleşmesini Fesheden Kadın İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı

Olumlu önlem niteliğinde sayılıp cinsel ayrımcılığın istisnasını oluşturacak tedbirlerin başında yeni evlenen kadınların bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanmaları gösterilebilmektedir.

[246] Onaran-Yüksel, s.294

Evlilikten sonra sözleşmenin feshi halinde kıdem tazminatı hakkı yalnızca kadınlar için tanınmış olup erkekler açısından bulunmamaktadır. Bu hakkın yalnızca kadınlara tanınmış olmasının temelinde aslında bir bakıma 743 s. Medeni Kanun[247] yatmaktadır. İlgili kanun kadının meslek ve sanatla uğraşması kocasının iznine bağlı durumdadır. Şuan ilgili kanun yürürlükte bulunmasa da aile ve çocuklara ilişkin sorumlulukların toplumumuzda daha çok kadınlara yüklenmiş durumdadır. Bu sebeple kadının evlenmesinden sonra iş akdini feshetmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanabileceğine dair kanun hükmü geçerliliğini sürdürmektedir. 743 s. Medeni Kanun'un yürürlükten kalkmasına rağmen bu hükmün geçerliliğini sürdürmesi ise görünüş itibariyle kadınlar lehine bir olumlu örnek olarak görünmekteyse de görüşümüzce işveren tarafından kadın işçi çalıştırılmak istenmemesine sebep olmakta ve iş görüşmeleri sırasında kadın adaya evlilik planı olup olmadığına ilişkin sorulan soruları beraberinde getirmektedir. Kadının meslek ve sanatla uğraşması 743 s. Medeni Kanun'un yürürlükten kalkmasıyla kocasının iznine bağlı olmadığı için ilgili hükmün halen yürürlükte olmasına gerek olmadığını, yürürlükte kalmaya devam edecek ise de kadın erkek eşitliğinin topluma yerleştirilmesi adına aynı hakkın erkeklere de tanınmasının daha adil olacağını düşünmekteyiz.

Burada önem arz eden bir başka durum ise şudur; hukukumuzda haklı sebeple derhal fesih hakları tek tek sayılmış olup kadın işçinin evlendikten sonraki bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshedebileceği hususu haklı sebeple derhal fesih sebepleri içerisinde sayılmamıştır. Bu sebeple kadın işçinin iş evlilik sebebiyle iş akdini feshetmesi halinde süreli fesihte olduğu gibi bildirim sürelerine dikkat etmesi gerekmektedir[248].

Gerçekten de 1475 s. eski İş Kanunu 14. maddesi özel bir madde olup yalnızca evlenen kadının bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshetmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanacağını düzenlemektedir. Fesih türünün ise ne olacağından ise bahsedilmemektedir. Bu sebeple feshin haklı sebeple derhal fesih şeklinde olacağından bahisle sözleşmenin derhal feshinin mümkün olacağını söylemek mümkün görünmemektedir. 4857 s. İşK'nda da kıdem tazminatı ile ilgili hususlarda 1475 s. kanun hükümleri uygulandığından ilgili madde halen geçerlidir.

[247]R.G., 04.04.1926, Sayı:339
[248] Süzek, s.762

Ayrıca kadın işçinin bu haktan yararlanabilmesinin bazı koşulları bulunmaktadır. Öncelikle kadın işçinin evliliğini medeni kanuna uygun olarak gerçekleştirmesi gerekmektedir. Ayrıca kanunda belirtilmiş olan bir yıllık süre hak düşürücü bir süredir. Kadın işçinin yalnızca kıdem tazminatı almak için evlilik yapıp sonrasında boşanması yahut halihazırdaki evliliğinden boşanıp kıdem tazminatı almak için yeniden aynı kişi ile evlendiği durumlarda ise bu husus kanuna karşı hile olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Ancak kadın işçinin kıdem tazminatını alarak işinden ayrılmasından sonra başka bir işte çalışması halinde ise bu durum hile olarak değerlendirilmeyebilir. Kadının evlendikten sonra evliliğinin getirdiği sorumluluklara göre kendince sorumluluklarını yerine getirebileceği bir iş bulup çalışması anayasal bir hak olan çalışma özgürlüğü kapsamında mümkündür[249].

b) Emziren Kadın İşçilerin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

Emziren kadın işçilere yönelik düzenlemeler İş Kanunu yanısıra Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte[250] de bulunmaktadır.

Süt izni hem İş Kanunu hem de ilgili yönetmelikte düzenlenmiş olup kadın işçilere günde 1,5 saat izin verilmektedir. Bu izni hangi saatler arasında kullanılacağı ise işçinin iradesine bırakılmıştır. Süt izni 4857 s. İşK'nda kadın işçilere tanınmış bir hak olup, kanunun 66. maddesi uyarınca bu süre çalışma süresinden sayılmaktadır. Ayrıca doktrindeki görüşlere göre kadın işçiye bir yaşından küçük çocuğunu emzirmek için verilen bu süre mahiyeti gereği aslında yalnızca emzirmek için verilmemiş olup aynı zamanda işçinin küçük çocuğu ile ilgilenebilmesi için verilmiştir. Bu sebeple kadın işçi çocuğunu emzirmesi dahi bu izinden faydalanabileceği görüşü hakim bulunmaktadır[251]. Ancak bazı kadın işçiler bu günlük verilen 1,5 saat süt iznini birleştirerek haftalık ya da aylık kullanma talebinde bulunmaktadırlar. Bu durum ise yine mahiyeti gereği çocuğun günlük ihtiyacının

[249] Köseoğlu, Ali Cengiz, Ayça Kaya, " Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi,**Cilt:8, Sayı:29, 2011, ss. 43-81.
[250]R.G., 16.08.2013, Sayı:28737
[251]Kandemir, Murat, **" 4857 Sayılı Kanun'un Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri"**, A. Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.433

karşılanması amacıyla işçiye verilen bir hak olduğundan birleştirme şeklinde kullandırılamayacağı yönündedir[252].

c) Çocuklu Kadın İşçilerin Korunmasına Yönelik Oda ve Yurt Açma Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemeler

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılması Şartıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik uyarınca "yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukların bırakılması, bakılması ve emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur." İlgili yönetmelik uyarınca "Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür."

Bu uygulama her ne kadar olumlu önlemler arasında sayılsa da doktrinde bu durumun ayrımcılık yarattığına ilişkin görüşler bulunmaktadır[253]. Bu görüşlerin temelinde bu yurt ve odaların açılması için gereken işçi sayısı dikkate alınırken yalnızca kadın işçi sayısının dikkate alınması yatmaktadır. Bu haktan yalnızca kadınların yararlanıyor olması toplumda çocuğa bakması ve dolayısıyla ailevi sorumluluk alması gereken kişinin kadın olduğu şeklindeki görüşü destekler niteliktedir. Ayrıca işverenin bu yükümlülükten kaçmak adına işyerinde kadın işçiden çok erkek işçi almak istemesi de kadınlar açısından dezavantajlı durumlar yaratabilmektedir.

[252] Köseoğlu-Kaya, **s.** 43-81.
[253]Bakırcı, s.50

d) Hamilelik Döneminde Kadın İşçilerin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

4857 s. İşK'nun 74. maddesi hamilelik süresinde kadınların çalışmasını düzenlemektedir. İlgili madde şu şekildedir; "Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelere eklenir." Kanunun ilgili maddesinden açıkça anlaşılacağı üzere kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta çalıştırılmazlar. Kadın işçilerin bu haktan yararlanabilmeleri başkaca herhangi bir koşul aranmamaktadır. Ayrıca yine İş Kanunu ilgili maddesinin devam eden fıkrası uyarınca kadın işçiye hamilelik sürecinde periyodik kontrolleri için ücretli izin verilmesi gerekmektedir.

Yukarıda bazılarına değinmiş olduğumuz olumlu önlemler kadın işçilerin korunmasına ilişkin yapılmış düzenlemeler olup bu önlemler de cinsiyet ayrımcılığı yasağının istisnasını oluşturmaktadır.

II. PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)

Hukukumuzda diğer ismiyle mobbing olarak da adlandırılan psikolojik tacizin yeknesak bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak genel olarak işyerinde işveren ya da diğer işçiler tarafından bir işçiyi hedef alarak ve sürekli olarak uygulanan kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan, insan onuruna aykırı olarak tehdit, şiddet, kötü muamele, aşağılama gibi düşmanca davranışlar olarak tanımlanmaktadır[254]. Bu süreç kişinin saygısız/insan onuruna uygun olmayan davranışlara maruz kalması ile başlamaktadır sonrasında kişinin çalışma ortamına yabancılaşmasına, işe karşı kayıtsız ve bıkkın davranmasına sebep olup tüm bunların sonucu olarak da genellikle istifa ile sonuçlanmaktadır [255] . Ancak psikolojik tacizin unsurlarının oluşup

[254] Mustafa Ruhan Erdem, Benay Parlak, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:88, Ankara, 2010, s.263
[255]Pınar Tınaz, **İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.8

oluşmadığı hatalı değerlendirilebilmekte ve birçok işçi bakımından iş yaşamında karşılaştıkları her türlü zorluk psikolojik taciz olarak adlandırılmaktadır. Bu sebeple psikolojik tacizin eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığından bahsedilmeden önce kısaca psikolojik taciz unsurlarından bahsedilmesi gerekecektir.

A. Psikolojik Tacizin Unsurları

İş hayatında oldukça popüler bir kavram olan psikolojik taciz, kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz olarak tanımlanmaktadır. Ancak psikolojik tacizin meydana gelmiş olması için işçinin, uzun bir süre ve belli aralıklarla sistematik biçimde tekrarlanan, mağdurun karşı koymasına rağmen yapılan aşağılayıcı, küçük düşürücü ve psikolojik olarak acı veren, işteki performansı engelleyen veyahut olumsuz bir çalışma ortamına sebep olan tehdit, şiddet, aşağılama, hakaret, ayrımcılık, ağır eleştiri, taciz ve çalışma şartlarını ağırlaştırma gibi eylem, tutum ve davranışların uygulanması gerekmektedir. Bu durumda her davranışpsikolojik taciz kapsamında değerlendirilemeyecektir. Psikolojik tacizden bahsedebilmek için; bir işçinin kişilik ve sağlık haklarına kasıtlı bir saldırının olması bir başka anlatımla anılan işçinin hedef olarak belirlenmesi, anılan saldırının süreklilik arz etmesi, saldırının sistematik bir şekilde devam etmesi, işçinin kendi insiyatifi ile istifa etmesinin amaçlanması koşullarının oluşması gerekmektedir[256].

Psikolojik tacizden bahsedebilmek için yukarı sayılan koşulların varlığı arandığından bir işçinin işveren ya da başka bir işçi tarafından ağır bir şekilde ancak tek seferlik kişisel sebeplerle rencide edilmiş olması psikolojik taciz olarak değerlendirilmeyecektir. Yani geçici işyeri kabalıkları ve işyerinde meydana gelen anlık tartışmalar psikolojik taciz olarak değerlendirilmeyecektir[257].Konu hakkında Taşkın'ın görüşü de bu doğrultudadır; "Mobbingde failin kusuru kasten hareket etmesidir. Fail bilerek ve isteyerek belli bir amaçla mağdura karşı psikolojik saldırıda bulunmalıdır. Bu nedenle işyeri kabalığı,stalking ve benzeri davranışlar mobbing

[256] Erdem-Parlak, s.265
[257] Ahmet Taşkın, **İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing**, Yetkin Yayınları, Ankara,2016, s.52; Erdem-Parlak, s.263

olarak kabul edilemez. Diğer bir deyişle mobbing için failin taksirle veya başka bir kasıt ile hareket etmesi yeterli değildir. Bu yönüyle failde genel değil özel kast aranmaktadır. Bir işçi farklı nedenlerden dolayı diğer bir işçiye kaba davranıyor, onu görmezden geliyor, küçümsüyor, hakaret ediyor, selam vermiyor, işiyle ve kişiliğiyle dalga geçiyorsa bu durum kişiliğe yönelik bir saldırı olsa da mobbing olarak değerlendirilemez."[258].

B. Psikolojik Tacizin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu ve Eşit İşlem Yapma Borcuna Aykırılığı

Psikolojik taciz hem işverenin işçiye karşı pek çok borcu kapsamında değerlendirilmektedir. Bu borçlarının en başında ise işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu ve eşit davranma borcu ilkesi gelmektedir.

Gözetme borcu işçinin çalıştığı iş sebebiyle uğrayabileceği zararlara karşı işçinin korunmasını ifade etmektedir. Bu zararlar işçinin vücut bütünlüğüne yönelik zararlardan olabileceği gibi psikolojik taciz gibi işçinin psikolojisini tehdit eden zararlar da olabilmektedir. İşveren işçinin psikolojik tacize uğramaması için gerekli ortamı sağlamalı ve işçinin psikolojik tacize uğraması durumunda ise daha fazla tehdit altında kalmaması için gereken koşulları oluşturmalıdır. Yani işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında yalnızca işçisine kendisi tarafından psikolojik taciz uygulanması değil işyerinden başka bir kişi tarafından uygulanan psikolojik tacizi de engellemesi gerekmektedir[259].

Eşit davranma borcu açısında ise cinsel tacizde olduğu gibi psikolojik taciz de ayrımcılığın bir türü olarak kanunumuzda düzenlenmiş durumda değildir ancak iş ilişkisi içerisinde bir işçiye karşı sistematik ve sürekli şekilde olumsuz davranışların sergilenmesi işçiye yönelik ayrımcılık yapıldığı ve eşit davranma borcuna aykırılık yapıldığı anlamına gelmektedir[260].Psikolojik tacizin bir işçiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan davranışlar olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bu davranışlara maruz kalan işçinin diğer işçilerle kıyaslandığında eşit durumda bulunmadığı ortadadır. Bu

[258] Taşkın, s.160
[259]Selver Yıldız, İlknur Kılkış, " Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış", **Çalışma İlişkileri Dergisi**, Sayı:1, Cilt:1, 2010, s.85
[260] Taşkın, s.290

sebeple işyerinde psikolojik tacize maruz kalan işçi açısından da eşit davranma borcu ihlal edilmiş olacaktır.

C. Psikolojik Taciz ve Ayrımcılık Tazminatı

Psikolojik taciz mağdurları her ne kadar Borçlar Kanunu ve Medeni Kanundaki dava olanaklarından yararlanarak kişiliğin korunmasını talep edebileceklerse de[261] doktrinde psikolojik taciz mağdurlarının ayrımcılık tazminatı talep edip edemeyecekleri ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Birince görüşe göre[262] psikolojik taciz aynı zamanda ayrımcılık yasağını da ihlal ediyorsa ayrımcılık tazminatı talep edilebilecek fakat ayrımcılık oluşturmayıp yalnızca eşit işlem ilkesine aykırı bir davranış söz konusu ise bu tazminat talep edilemeyecektir. Öğretide bu görüşü savunan yazanlar psikolojik tacizin çok farklı amaçlarla yapılabileceğini ve bu amaçlardan hepsinin temelinde ayrımcılık saiki bulunmadığını savunmaktadırlar. Şöyle ki psikolojik taciz; işçiyi emekliliğe sevk etmek, işçinin istifa etmesini sağlamak, işçiyi ikaleye zorlamak, sendikalaşmayı önlemek, işletme içi rekabet, bir hakkın kullanımı sebebiyle, ayrımcılık sebebiyle ve sebebi olmaksızın yalnızca keyfi bir şekilde uygulanabilmektedir. Hatta ülkemizde işverenlerin en çok psikolojik taciz uygulamasının sebebi de işçinin istifasını sağlayarak kıdem ihbar tazminatı ödemekten kurtulmaya çalışmasıdır.

Ayrımcılık sebebiyle uygulanan psikolojik tacizde,psikolojik taciz uygulayan ve uygulanan arasında inanç, din, ırk, dil, cinsiyet vb farklılıklar bulunmaktadır. Psikolojik taciz uygulayan yalnızca bu sebeplerden dolayı psikolojik taciz uygulamaktadır. İşte yukarıda bahsettiğimiz ilk görüşü savunan yazarlara göre psikolojik taciz ayrımcılık sebeplerine dayalı olarak yapılıyor ise eşit davranma borcu ihlal edilmiş olacaktır. Fakat diğer sebeplerden biri için örneğin işçinin istifasını sağlamak amacıyla yapılan psikolojik taciz eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Bu görüşe göre yalnızca ayrımcılık sebebiyle psikolojik tacize uğrayan işçiler açısından ayrımcılık yasağı da ihlal edilmiş olacak[263] ve dolayısıyla

[261]Fatma Burcu Savaş, **İşyerinde Manevi Taciz**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.100-109
[262] Ünal, Canan, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi,** Cilt:10, Sayı:37, 2013, s.61
[263]Savaş Kutsal, s.266; Yıldız- Kılkış, s.88

ayrımcılık tazminatı da talep edebilecek diğer psikolojik taciz sebeplerinde bu tazminat söz konusu olmayacaktır. Ünal'a göre; " Doktrinde işyerinde psikolojik tacizin ayrımcılık yasakları kapsamında değerlendirilmesi ve açıkça ayrımcılık yasakları arasında düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır; ancak işyerinde psikolojik taciz niteliğindeki davranışın her durumda ayrımcılık oluşturmayacağı gerçeğinden hareketle bu şekilde bir düzenlemenin isabetli olmadığı." [264] kanaat edilmektedir.

Öğretide diğer görüşü savunan yazarlara göre[265] ise psikolojik tacizin hangi amaçla yapılıp yapılmadığı önem taşımaksızın psikolojik tacize maruz kalan işçinin ayrımcılık tazminatından yararlanması mümkündür.Taşkın da; " Mobbing kapsamında işveren tarafından sergilenen davranışlar; işyerinde belli bir işçiye odaklı olarak sistematik şekilde farklı ve olumsuz davranışlar olarak sergilendiğinden, işçiler arasında ayrımcılık teşkil etmekte ve işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmektedir. İş Kanunu 5. maddesi eşit davranma borcu ve buna aykırı yaptırımları düzenlemiştir." kanaatinde bulunmaktadır.

Öğretideki her iki görüş değerlendirildiğinde ırk, cinsiyet, din, dil, cinsiyet vb ayrımcı sebeplerle psikolojik tacize uğrayan işçiler bu tazminata hak kazanırken istifa sebebiyle yahut sebepsiz bir şekilde yalnızca keyfi bir şekilde psikolojik taciz mağduru olan işçilerin bu tazminata hak kazanmaması adil olmayacaktır. Şöyle ki sebebi her ne olursa olsun psikolojik tacize maruz kalan işçiler diğer işçiler ile kıyaslandığında onlara göre olumsuz şartlar ile karşı karşıyadır. Bu sebeple bu işçiler aleyhine ayrımcılık yapıldığı ortada olup onları bu haktan mahrum bırakmak görüşümüzce de adaletli değildir.

Öğretide cinsel taciz ve psikolojik tacizin ayrımcılık türü olarak İş Kanunu'nda düzenlenmemesinin eksiklik olduğu ve kanunda boşluk yarattığı tüm bu tartışmaların önüne geçilmesi için cinsel taciz ve psikolojik tacizin kanunda açıkça tanımlanması ve ayrımcılık türü olduğunun düzenlemesi gerektiği belirtilmektedir[266]. Kanımızca da bu şekilde bir hükmün kanunda ayrımcılık sebepleri arasında yer alması tüm bu tartışmaların önüne geçecek olup isabetli olacaktır.

[264] Ünal, s.61-62
[265] Yıldız, s.130
[266] Yıldız, s.130

6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ise tacizin tanımının yapılmış olması ve ayrımcılık türleri arasında sayılması olumlu bir gelişme olarak görülmektedir. Fakat kanun bu tanımı yaparken cinsel taciz ve psikolojik tacizi ayrı ayrı kavramlar olarak ele almamış taciz üst başlığı altında tanımlamıştır. Kanuna göre taciz; psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere kanunda sayılan temellerden birine dayanılarak insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan ve böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı davranış olarak tanımlanmış durumdadır.Tanıma yer vermesi olumlu bir gelişme olarak görülmekle birlikte kanunun tanım konusundaki eksikliği tam olarak gideremediği düşünülmektedir[267].

6701 s. TİHEKK'nunuzlaştıma yetkisinden ve ihlal oluştuğuna karar vermesi halinde idari yaptırıma karar vereceğinden ayrıca konusu suç teşkil eden eylemler bakımından suç duyurusunda bulunabileceğinden yukarıda bahsetmiştik. Psikolojik taciz 5237 s. TCK kapsamında suç olarak düzenlenmemiştir, ancak psikolojik taciz teşkil eden eylemler içerisinde ceza hukukunda suç teşkil eden fiiller bulunabilmekte[268] ve kurumun suç duyurusunda bulunma yetkisi de bu açıdan önem taşımaktadır. Türk Ceza Kanunu tarafından suç sayılan suçlardan olan hakaret ve sövme (TCK, m.125), cinsel taciz (TCK, m.105), İntihara Yönlendirme (TCK, m.84) , Eziyet (TCK, m.96), Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma (TCK, m.123)suçları psikolojik taciz içerisinde yer alması muhtemel suçlardır. Kişinin uzun süre psikolojik taciz altında kalması, yalnızlık, çaresizlik hissetmesi sonucu intihar kararı vermesi durumunda failin hareketleri azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme kapsamında değerlendirilebilirse intihara yönlendirme suçu oluşması muhtemeldir[269]. Eziyet suçu ise kişinin insan onuru ile bağdaşmayan bedensel veya ruhsal acıçekmesine, aşağılanmasına sebep olacak davranışların varlığı ile işlenen bir suç tipidir[270]. Psikolojik taciz de genel tanımında ifade edildiği üzere kişiye insan onuru ile bağdaşmayacak davranışlarda bulunulması şeklinde işlenmektedir. Bu sebeple psikolojik taciz sırasında diğer unsurları bulunmakta ise eziyet suçu da oluşması muhtemel suçlardan bir tanesidir.Psikolojik taciz mağdurları

[267]Savaş Kutsal, s.281
[268] Ahmet Taşkın, "İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, Sayı:44, İstanbul, 2015, s.236; Erdem-Parlak, s.272
[269] Erdem-Parlak, s.272
[270] Erdem-Parlak, s.275

bu süreci yaşarlarken genellikle odak noktaları işleri olduğu için, psikolojik olarak yıprandıkları için veya işlerini kaybetme korkusunun daha da artması sebebiyle kendilerine karşı işlenen bu suçları fark edememekte/önemsememektedir. Bu sebeple kuruma bu konuda bir yetki verilmiş olması görüşümüzce oldukça yerinde olmuştur.

III. DİN, İNANÇ, FELSEFİ DÜŞÜNCE, SİYASAL GÖRÜŞ VE DÜNYA GÖRÜŞÜ SEBEPLERİYLE

A. Din ve İnanç

Din ve inanç özgürlüğü Anayasa ve 4857 s. İşK'nda koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın 24. maddesinde Din ve Vicdan Hürriyeti başlıklı maddesinin ilk fıkrasında herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu belirtilmiş yine 4857 s. İşK 5. maddesinin ilk fıkrasında da iş ilişkisinde din ve mezhep sebeplerine dayalı ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir. Ancak bu özgürlüğün iş ilişkisinin yürütümünü engelleyecek şekilde kullanılmaması gerekmektedir.

Hastanede çalışan bir doktorun inancının diğerlerinden farklı olması sebebiyle nasıl ona karşı bir ayrımcılık yapılamayacak ise doktorun da kendi inancına göre kürtaj yapılmasının doğru olmaması sebebiyle kürtajdan kaçınmaması gerekmektedir. En sık karşılaşılan örneklerden bir başkası olarak işçinin Cuma günleri mesaiyi bırakarak cuma namazı için camiye gitmek istemesi din ve inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez[271].

B. Din ve İnanç Özgürlüğünün İstisnasını Oluşturabilecek Durumlar

Dini sembol ve kıyafet sınırlamaları da iş ilişkileri açısından sorun olabilmektedir. Özellikle şirketler kurum imajları ya da sağlık sebepleriyle dini sembol taşıyan kıyafet ve sembollere müdahale edebilmekte ve bu durum işçiler açısından ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. İşletmenin çıkarları göz önünde bulundurulduğunda işverenlerinher kesime hitap etmesi gerektiği düşünülürse işverenin bu yöndeki kısıtlaması ölçüyü aşmadığı sürece makul görünebilecek ve

[271] Yıldız, s.131

haklı sebep kabul edilebilecektir. Yukarıda da bahsedildiği gibi haklı sebeplerin bulunduğu durumlar ayrımcılık yasağının istisnalarını oluşturacaktır.

Bir işe alımda belli bir dine mensup olan kişilerin tercih edilmesi, iş ilişkisi süresince yalnızca belli bir dine mensup kişilerin terfi ettirilmesi ya da belli bir dine mensup kişilerin iş akitlerinin feshedilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı ortadadır. Bir diğer istisna olarak da cami ya da sinagogta çalışan bir işçinin işe alımı sırasında belirli bir dine mensup olan kişilerin işe alınması eşit işlem borcuna aykırılık oluşturamayacak ve bu yasağın istisnasını oluşturacaktır[272].

C. Felsefi Düşünce, Siyasal Görüş ve Dünya Görüşü Sebepleriyle

Anayasa'nın Düşünce ve Kanaat Hürriyeti başlıklı 25. maddesinde herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu belirtilmiştir. 4857 s. İşK 5. maddesinde de siyasal düşünce ve felsefi inanç bakımından ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

İşçi genellikle iş seçimini yaparken dünya görüşü siyasal düşünce ve felsefi düşüncesine paralel işleri tercih etmektedir. Bu sebeple diğer ayrımcılık türlerine göre bu ayrımcılık türü karşımıza daha az çıkmaktadır. Ancak işçi yine de kendisinden farklı dünya görüşüne ya da siyasal görüşe sahip bir işverenle çalışmak durumunda kalabilir. Örneğin belediye seçimlerinin yenilenmesinden sonra değişen belediye başkanın hali hazırdaki belediye işçilerinden kendi görüşlerinde olmayanları işten çıkartarak hemen akabinde kendi siyasal görüşünde olan işçileri işe alması ayrımcılık oluşturacaktır.

İşçilerin görüşleri sebebiyle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır, ayrımcılığa maruz kalan işçi tazminatını talep edebilecektir. Fakat burada da din ve inanç özgürlüğünde olduğu gibi sınırların iyi belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin işçi editörü olduğu bir gazetede kendisinin aksi görüşte siyasal görüşleri olan bir parti lehine yazı yayınlamayı reddedemez. İşçinin bu durumda bu işe başvururken az çok işi bildiği ve kendisinin siyasal görüşüne aykırı bir yazıyı yayınlaması ihtimali de olduğunu bildiği varsayılmaktadır. Bu nedenle işçi eğer iş sözleşmesi yapılması aşamasında da siyasal görüşü sebebiyle bu minvalde yazıları yayınlamayacağını biliyor ancak işverene bu durumdan bahsetmiyor ise işçinin iş akdi haklı sebeple

[272] Yuvalı, s.160

feshedilmesi söz konusu olabilecektir [273] .Ve bu durumda işçinin ayrımcılık yapıldığından bahsetmesi de mümkün değildir.

VI. IRK VE ETNİK KÖKEN SEBEBİYLE

Irk ve etnik köken kavramları genellikle bir arada kullanılmakla birlikte aslında birbirlerinden oldukça farklı kavramlardır. Irk kişilerin ortak fiziksel ve genetik özelliklere sahip olmalarından dolayı oluşturdukları grubu ifade etmektedir. Burada kişilerin saç rengi, ten rengi, kan grubu gibi özellikleri nedeniyle oluşturdukları gruplar söz konusudur. Etnik köken ise daha çok kişilerin sosyal ve kültürel özellikleri ile ilgili olarak oluşturdukları grupları ifade etmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." ibaresine yer verilmiş olup, İş Kanunu 5. Maddesi de ırka dayalı ayrım yapılamayacağı açıkça yasaklanmıştır. Hem Anayasa'nın 10. maddesinde hem de4857 s. İşK 5. maddesinde yalnızca ırk sebebiyle ayrım yapılmayacağı belirtilmişse de her iki kanun hükmünde de kullanılmış olan benzeri sebeplerle ayrım yapılmayacağı ifadesi öğretide etnik kökeni de kapsadığı kabul görmüştür[274].Ancak yine yasağın sınırları tespit edilirken dikkatli davranılmalıdır. Örneğin yabancıların çalışma koşulları ülke vatandaşlarından farklı olması yabancılara ırk ayrımcılığı yapıldığı anlamına gelmemektedir. Irk ayrımcılığı bakımından dil de çok sık tartışılan konulardan birini oluşturmaktadır. İşçiye anadilinin diğerlerinden farklı olması sebebiyle ayrım yapılamaz ancak iletişimin önemli olduğu ya da bu dilin başkasına öğretilmesini gerektirecek pozisyonlarda ana dilin tercih sebebi olması ayrımcılık olarak yorumlanamaz[275].

[273] Yuvalı, s.161; Eğer işçi sözleşme yapıldığı sırada kendi siyasi, dini veya herhangi bir manevi inancı nedeniyle sözleşmede öngörülen edimi yerine getirmeyeceğini veya eksik olarak yerine getireceğini işverenden gizlemişse, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini düşünüyoruz. Nitekim İş Kanunumuzun 25. Maddesinin II. Bendinin a fıkrasında "İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler ve sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması" işveren bakımından haklı nedenle fesih sebebi olarak sayılmıştır.

[274] Yuvalı, s.138; Yıldız, s.139; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.651

[275] Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.652

V. YAŞ SEBEBİYLE

A. Genel Olarak Yaş Sebebiyle Ayrımcılık

Ayrımcılık güden davranışların sebebinin kişinin yaşı olması halinde yaşa dayalı ayrımcılık söz konusu olmaktadır. Hukukumuzda ayrımcılık sebepleri sayılırken Anayasada da İş Kanunu'nda da örnekleme yoluna gidilmiş ancak yaş ayrımcılık sebepleri arasında sayılmamıştır. Ancak ayrımcılık sebepleri sayıldıktan sonra benzeri sebepler ifadesi kullanılmıştır. Bu sebeple yaşa dayalı ayrımcılık da bu benzeri sebepler içerisinde değerlendirilmektedir [276] . Fakat doktrinde yaş ayrımcılığının da kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği savunulmaktadır[277]. Yaşın ayrımcılık sebebi olarak sayılması gerektiğini savunan görüşün temel sebebi yaşın diğer ayrımcılık türlerinden farklı olmasıdır. Şöyle ki ırk,din,dil,cinsiyet ayrımcılığında belirli gruplar aleyhine gerçekleşen ayrımcı davranışlar bulunmaktadır. Oysa ki yaş sebebiyle ayrımcı davranışın mağduru olma potansiyeli yaşı ilerleyen herkes için vardır. Ancak her ayrımcılık türünde olduğu gibi burada da ayrımcılık olup olmadığına ilişkin kıyaslama yapılması durumunda kıyaslanacak kişi belirlenmesinde zorluk yaşanmaktadır. Ünal'a göre bu tespit yapılırken sorulması gereken sorular; "(A) yaşındaki çalışan (B) yaşında olsaydı farklı davranılacak mıydı? Ya da (A) yaşındaki çalışan (B) yaşında olsaydı olumsuz etki ile karşılaşacak mıydı?"[278]şeklinde olmalıdır.

20.04.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6701 s. TİHEKK ise yaş ayrımcılığını açıkça düzenlemiştir. İlgili kanunun 3. maddesinde kanun kapsamında ayrımcılığın yasak olduğu ve ayrımcılık çeşitleri sayılırken yaş ayrımcılığından da bahsedilmiştir.İlgili madde cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş sebebiyle ayrımcılığı yasaklamıştır. Yaşın açıkça ayrımcılık sebebi olarak sayılması hukukumuz açısından önemli bir gelişme olarak sayılmaktadır.

---

[276]Canan Ünal, **"Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi"**, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, (Ed. Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Araş. Gör. Seda ErgüneşEmrağ), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 316, (Yaş ve Emeklilik)
[277] Yıldız, s.156; Yuvalı s.153; Ünal, s.42
[278] Ünal, s.143

B. Yaşın İş Sözleşmesini Kendiliğinden Sona Erdirmemesi

Yaşa dayalı olarak yapılan ayrımcı davranışlar genellikle belirli bir yaşa gelmiş ve hatta yaşlılık aylığına hak kazanmış kimselere karşı uygulanan ayrımcı nitelik taşıyan davranışlardır. Hukukumuzda aşağıda bahsedileceği üzere Birlik Hukukunun aksine İş Kanuna tabii olarak çalışan işçiler re'sen emekli edilememektedir. Bu sebeple kişiler yalnızca belirli bir yaşa geldiği ve yaşlılık aylığına hak kazandıkları için sözleşmeleri sonlandırılamaz[279]. Doktrinde toplu iş sözleşmeleri ve işyeri yönetmelikleri ile belirli bir yaşa ulaşanların iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmesi de kabul edilmemiştir.Bu konuda doktrinde neredeyse görüş birliği olduğu söylenebilmektedir[280].

Ünal'a göre böyle bir kayıt konulmuş olmasının bir geçerliliği olmayacak ve fark yaratmayacaktır. Belirli bir yaşa gelindiğinde iş ilişkisinin sonlanacağına ilişkin sözleşmeye konulan bir kayıt sözleşmeyi belirli bir iş sözleşmesi haline getirmiş olacak bu durum İş Kanunu'na da aykırılık oluşturacaktır[281]. Ancak aksini savunan görüşler de bulunmaktadır.[282] Bu görüşe göre sözleşmeye bu şekilde bir madde konulması hem işçinin hem de işverenin geleceğini planlayabilme imkanı getirmektedir. Bu durum işçi için avantajlı olduğu kadar işveren için de avantaj yaratmaktadır. Şöyle ki bu kaydın konulması halinde işveren de işçisinin ne zaman emekli olacağını bildiği için planlamasını ona göre yapacak ve yerine ikame edeceği kişiyi ona göre eğitmiş ve pozisyona hazırlamış olacaktır. Ancak önemli olan husus bu kayıtların işçinin onayı dahilinde alınmış olması ve işçi aleyhine olmaması gerektiğidir. Örneğin asgari emeklilik yaşı ile uyumlu olmayan kayıtların geçerli kabul edilmemesi gerekmektedir.

Hukukumuzda yaş ayrımcılığını ilk kez düzenlemiş olan 6701 s. TİHEKK kapsamında değerlendirildiğinde de yaşın sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirdiğini söylememiz mümkün olmayacaktır. Nitekim istisnalar sayılırken bu durumdan bahsedilmemiştir.

---

[279] Yıldız, s.154
[280] Ünal, (Yaş ve Emeklilik), s.345
[281] Ünal: s.332
[282] Yuvalı, s.156

C. Yaş Sebebiyle Ayrımcılığın İstisnasını Oluşturabilecek Durumlar

Tüm ayrımcılık sebeplerinde olduğu gibi yaş sebebiyle ayrımcılıkta da haklı sebeplerin bulunması durumu yaş ayrımcılığının istisnasını oluşturabilmektedir. Yaşın kendiliğinden sözleşmeyi sona erdiren bir fesih sebebi olmadığından yukarıda bahsetmiştik. Ancak işçide yaptığı iş ile ilgili olan bir fiziksel yeterliliğin yaşı sebebiyle azalması durumunda bu işçinin iş akdinin sonlandırılması artık yaş sebebiyle ayrımcılık sebepleri içerisinde değerlendirilemeyecektir.6701 s. TİHEKK kapsamında mesleki gereklilik sebebiyle farklı işlemin haklı kılınması yaş da dahil tüm ayrımcılık sebepleri için düzenlenmiş durumdadır. Yine 6701 s. TİHEKK 7. maddesinin ilgili bendi, "istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele" nin ayrımcılık oluşturmayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin bir itfaiye görevlisinin yangınla mücadele faaliyetini yürütebilmesi için solunum yeterliliğine kas dayanıklılığına sahip olması gerekmektedir. Belirli bir yaşın üstünde bu yeterliliklerin doğal olarak yitirileceği düşünüldüğünde bir itfaiye işçisinin iş sözleşmesinin yetersizliği nedeniyle sona erdirilmesi yaş ayrımcılığının istisnasını oluşturabilecek niteliktedir. Burada önem arz edecek durum yaş sebebiyle farklı işlem yapılması durumunda kişinin yaşı sebebiyle sahip olduğu ya da artık sahip olmadığı özelliğinin yapılan işin niteliği ve yapılış şekli bakımından belirleyici olup olmamasıdır[283].

İstisna oluşturabilecek bir başka durum işletmenin hitap ettiği müşteri istekleri sebebiyle de gerçekleşebilmektedir. İşletmenin ayakta kalabilmesi için işletmesel çıkarlarının da göz önünde bulundurulması gerekirse bu durumun da haklı sebep oluşturup yaş ayrımcılığının istisnasını oluşturabileceği söylenebilmektedir. Örnek olarak işi bir dans gösterisi gerçekleştirmek olan işçiyi bu kapsamda değerlendirebiliriz. Şöyle ki gösteriyi izlemeye gelmiş olan kitlenin görsel daha sağlam vücutlu kişileri izlemek istemesi müşteri talebini oluşturmuş olacak olup fizyolojik olarak buna daha uygun olan daha genç yaşta kişinin tercih edilebilir olması da bu duruma örnek oluşturacaktır. Ancak burada bir kasiyer ya da satış temsilcisi için müşteri istekleri sebebiyle gençlerin tercih ediliyor olması bu

[283] Ünal, s.192

kapsamda değerlendirilemeyecektir. Müşteri beklentisi sebebiyle işlemin haklı kılınması müşterinin beklentisini yalnızca ilgili yaş grubu tarafından yerine getirilebilen durumlarda haklı sebepler arasında sayılabilecek niteliktedir[284].

Tüm ayrımcılık türlerinde geçerli olacağı üzere pozitif ayrımcılık da yaş ayrımcılığının istisnasını oluşturmaktadır. 6701 s. TİHEKK kapsamında da tüm ayrımcılık türleri için pozitif ayrımcılığın, ayrımcılığın istisnası olduğu belirtilmiştir.İşe alımda ve işe son verilme aşamasında hali hazırda dezavantajlı gruba bu dejavantajını gidermeye yönelik ayrıcılık yapılması ayrımcılık sayılmayacaktır. Bu durum ilgili kanun maddesi ile yasal dayanağa da kavuşmuştur.

D. Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı ve Genç İşçiler

Yaşa dayalı ayrımcılık içeren davranışların mağduru genellikle yaşı emekliliğe yakın ve yaşlılık aylığına hak kazanmış işçiler olmaktadır. Ancak yaşa dayalı ayrımcılığın yalnızca bu kişilere karşı yapılan ayrımcılık olarak algılanmaması gerekmektedir[285]. Ortada haklı bir neden yok ise genç işçilere karşı da sözleşmenin kurulması, devamı ve sona ermesi sırasında ayrımcılık yapılamayacaktır. Genç işçiler de özellikle ücret ve ücret zammı bakımından yaş ayrımcılığına maruz kalmaktadırlar.

Burada ücret ile kast ettiğimiz prim, ikramiye ve diğer ödemeleri de içeren genel bir ücrettir. Ve işveren işin yürütümü sırasında ayrımcılık yapmama borcu altında olduğundan ücret konusunda ayrımcılık yasağı altındadır. Doktrinde bu yasağın mutlak olmadığı bazı haklı nedenlerin varlığı durumunda bazı işçilerin daha fazla ücret alacağı ya da ücret zammı alabileceği işverenin sözleşme serbestisi hakkı kapsamında savunulmakta olup yukarıda da açıklanmıştır. Ancak doktrindeki haklı sebepler arasında performans, kıdem ve yaş da bulunmaktadır. Ücretin belirlenmesinde yaş faktörünün etkili olması da özellikle genç işçilere karşı yaş ayrımcılığına sebep olabilmektedir. Toplumda yaşın arttıkça mesleki yeterliliğin de arttığına ilişkin bir görüş hakimdir. Bu bazı durumlarda doğru olabileceği gibi bazı durumlarda ise gerçeği yansıtmamaktadır. Şöyle ki belirli bir iş yerinde 40 yaşına

[284] Schleusener, Aino, Jens Suckowund Burkhard Voigt, AGG: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Köln, Luchterhand-Verlag 2017, s.67
[285] Yıldız, s.161

kadar çalışmış bir kişinin 50 yaşında iş tanımının değiştirilmesi durumunda aslında kişinin yaşı genç bir işçiye görece fazla olsa da mesleki olarak yeterli durumda olmayabilecektir. Ya da 50 yaşındaki işçinin yaptığı işin 20 yaşındaki bir işçinin yaptığı işe göre daha az mesleki deneyim gerektirdiği iş tipleri mevcuttur. Bu sebeple yaşın ücret ve ücret zammı belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılması her zaman adil sonuçlar vermeyecek ve hatta genç işçiler bakımından ayrımcılığa sebep olabilecek niteliktedir.

Hukukumuzda genç işçilere karşı 2014 tarihinde yürürlüğe giren yönetmelik öncesi asgari ücret yönetmeliği ile de ayrımcılık yapılmıştır. İlgili yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrası; "Ücret en geç iki yılda bir olmak üzere işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı belirlenir." şeklindedir. İlgili yönetmelik fıkrası asgari ücretin belirlenmesindeki tek faktörün 16 yaşını doldurmak olması sebebiyle doktrinde çokça eleştirilmiştir. Ve bu ayrım 19 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe giren Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile kaldırılmıştır.

ÜÇÜNCÜ KISIM
EŞİT İŞLEM BORCUNA AYKIRILIĞIN İSPATI VE YAPTIRIMLARI

I. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIK İDDİALARINDA İSPAT YÜKÜ

1475 s. İş Kanunu döneminde ayrımcılık iddiası kötüniyet iddiası çerçevesinde değerlendirilmekte olup bu iddiada bulunan kişinin iddiasını ispatlaması gerekmekteydi ve bu durum da zaten ispatı oldukça zor olan ayrımcı nitelikteki davranışlar konusunda işçilerin mağduriyet yaşamasına sebebiyet vermekteydi[286].4857 s. İşK döneminde ise işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığının ispat yükü 4857 s. İşK 5. maddesinin son fıkrasından anlaşılacağı üzere yine işçi üzerindedir. İlgili madde fıkrası; "20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde

[286] Doğan Yenisey, s.74

gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur." şeklindedir. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığının ispat yükü işçiye düşmekle birlikte burada ispat yükü bazı durumlarda yer değiştirerek işçi lehine hafifletilmiştir, bu yükün hafifletilmesi de modern iş hukukumuz açısından görüşümüzce de uygun olmuştur. Bu sebeple ispat yükünü ve eşit davranma borcuna aykırı davranıldığındaki hafifletilmiş ispatı daha detaylı inceleyebilmek adına ispat hukuku açısından kısaca bilgi vermemiz gerekmektedir.

A. Tam İspat- Yaklaşık İspat-İspat Kolaylıkları

İspat hukuku bakımından ispatın türü bakımından birçok ayrım yapılmakla birlikte genel olarak tam ispat ve yaklaşık ispat kavramları üzerinde durulmaktadır. Tam ispat ve yaklaşık ispat arasındaki temel fark ise bütün delillerin incelenip incelenmediği noktasında toplanmaktadır[287]. Tam ispat esasa ilişkin olarak yargılama aşamasında tüm delillerin değerlendirilmesi ve bunun sonucunda hakimde oluşacak kanaati ifade etmektedir. Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için hakimde tam kanaatin oluşması ve bu konuda makul bir şüphenin bulunmaması gerekmektedir.

Yaklaşık ispatta ise ispat edilmek istenen olayın gerçek olma ihtimali gerçek olmama ihtimalinden daha fazla olmalıdır[288]. Yaklaşık ispat genel olarak esası etkilemeyen ara kararlarda, hakimin acele karar vermesi gereken hallerde yahut tam ispatın mümkün olmadığı durumlarda kullanılan ispat türüdür. Yaklaşık ispata tabi olan uyuşmazlıklarda her delilin incelenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Yaklaşık ispatın arandığı hallere örnek olarak ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir örnek olarak verilebilir. Ancak hukukumuzda genel ispat ölçüsü tam ispat olup, yaklaşık ispat kanunda açıkça veya dolaylı olarak imkan tanınan haller dışında kullanılamaz[289].

Karar verilmesi için tam ispatın gerektiği bazı davalarda ise çeşitli ispat zorlukları sebebiyle hakimde tam kanaat oluşturulamamaktadır. İşte ispatın

---

[287] Hakan Albayrak, Ertuğrul Yuvalı, **"İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi",** İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt:9, Sayı:34, 2012, s.78

[288] Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları**, Ankara, 2011, s.455

[289] Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s.456

hafifletilmesi ile bu zorlukların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Çeşitli ispat zorluklarının bulunduğu davalara örnek olarak iş hukuku bakımından işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğinin ispatlanması, tıp hukuku bakımından doktorun sorumluluğunun ispatlanmasını gösterebiliriz. İspat kolaylıklarından yararlanılan durumlarda artık asıl dava konusu olayla ilgili deliller değil de komşu olayların varlığına dayalı deliller değerlendirilerek hakim tarafından sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır[290]. Asıl olaya ilişkin ispat zorlukları bulunması sebebiyle iddiasını ispat edememe tehlikesi ile karşı karşıya olan kişi komşu delillerden yararlanmakta veispatın hafifletilmesi ya da ispat kolaylığı denilmektedir. İspat kolaylıklarından yararlanılması sonucu olarak ise ispat yükü yer değiştirmektedir.

B. Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın İspatlanması Bakımından İspat Yükünün Hafifletilmesi

İş Kanunu'na göre işverenin eşit davranma borcuna uygun davranmadığının ispat yükü işçi üzerinde olmakla birlikte İş Kanunu'na göre iki durumda ispat yükü yer değiştirir ve eşit davranma borcuna uygun davrandığını işverenin ispatlaması gerekir.

Bunlardan ilki 4857 s. İşK 5. maddesinin ispat yükünü işçi üzerinde bırakmakla birlikte, işçinin iddiasını dolaylı yoldan yani komşu vakıalara dayanarak ispatlanması ve hakimde kanaat oluşturması halinde ispat yükü işverene geçeceğini ifade etmesidir. Yani işçi lehine ispatı hafifletmektedir.İş Kanunu'nda ihlalin ihtimalinin güçlü bir biçimde ortaya konulması ibaresi bulunmaktadır. Bu ibareden anlaşılan iddianın yalın olmaması ancak hakimde tam kanaatten daha azını yaratmasının da yeterli olduğudur. Ancak burada karıştırılmaması gereken durum işçinin ispatı yaklaşık ispat değil yine esasa ilişkin uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak tam ispattır. Çeşitli zorluklar sebebiyle yalnızca tam ispatın kolaylaştırılmış hali olduğunun söylenmesi daha uygun olacaktır.

İşçi eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı yönünde hakimde genel bir kanaat oluşturmak için ise somut ve objektif vakıalar ortaya koymalıdır. Örneğin işçi işyerinde terfi ettirilen tüm işçilerin belirli bir dinden ya da cinsiyetten olduğuna

[290] Albayrak-Yuvalı, s.81

ilişkin emarelere dayanması ile eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı iddiasını güçlü bir şekilde ortaya koymuş olacaktır. Başka bir örnek olarak rakip belediye başkanını destekleyen işçinin seçim akabinde işinin ya da işyerinin değiştirilmesi de borca aykırı davranıldığını kuvvetli bir şekilde ortaya koymuş olacaktır[291]. İşçinin bu güçlü emareleri ortaya koymasından sonra ise bu durumda artık işveren yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu borca aykırı hareket etmediğini ispatla yükümlü olacaktır[292].

İspat yükünün yer değiştireceği ikinci durum ise; eşit davranma borcuna aykırılık iddiası iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 s. İşK 20. maddede belirtildiği gibi sebep gösterilmeksizin veya geçerli sebep olmaksızın feshedildiği durumlarda aynı zamanda işçinin iş sözleşmesinin feshinde eşit işlem ilkesine aykırılık iddiası bulunmaktaysa İş Kanunu 20. maddesi uyarınca feshin hukuken geçerli olduğunun ispat yükü işverenin üzerinde olmasıdır[293].Yani iş sözleşmesini fesheden işveren bu feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispatla yükümlüdür. İşçi iş sözleşmesinin feshinin nedeninin işverenin iddiasından farklı olduğunu iddia ediyorsa işçi de iddiasını ispatla yükümlüdür. İşte işçinin bu farklı iddiasının eşit davranma borcuna aykırılık olması durumunda bu iddiasını 4857. S. İş Kanunu madde 5 kapsamında yani ispat kolaylıklarından faydalanarak ispat edebilecektir. Yani güçlü emareleri ortaya koyması durumunda ispat yükü yine işverene geçmiş olacaktır[294].

Özellikle cinsel taciz ile ilgili olan ayrımcılık iddialarında ispat konusu daha fazla önem arz etmektedir. Cinsel taciz tamamen iki kişi arasında geçmekte olup ispatı diğer ayrımcılık çeşitlerine göre de oldukça zordur.[295] Cinsel tacizin söz konusu olduğu iddialarda da Yargıtay daha çok hayatın olağan akışı kriterini dikkate almaktadır[296].

---

[291] Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.661
[292]Eyrenci-Taşkent- Ulucan, s.171; Süzek, 2019, s.459
[293] Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal,s.661
[294] Albayrak-Yuvalı, s.93
[295]Manav Özdemir, s.93; Sevimli, s.124
[296] Kazancı, Yargıtay 9.HD, 2008/37500 E, 2010/31544 K, 04.11.2010, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd200837500.htm&kw=cinsel+taciz+i%C5%9F%C3%A7i+iffet#fm, :“ davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı bir biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına da aykırıdır.”, (29.09.2019)

Çeşitli sebeplerle ispatı oldukça zor olan eşit davranma borcuna aykırılığın ispatının bu şekilde hafifletilmesinin adil olduğu görüşünceyiz. Aksi halde işçinin iddiasını ispatı çok mümkün olmadığından bu tarz davranışlara maruz kalan işçilerin mağduriyetinin giderilmesi olanaklı görünmemektedir.

II. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIK YASAĞININ İHLALİ DURUMUNDA UYGULANAN YAPTIRIMLAR

A. Ayrımcılık Tazminatı

1. Genel Olarak Ayrımcılık Tazminatı

İş ilişkisi sırasında ya da iş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma borcunun ihlali ile karşı karşıya kalan işçi işvereninden tazminat talebinde bulunabilmektedir, bu tazminata ayrımcılık tazminatı ya da kısa ismiyle ayrım tazminatı da denilmektedir. 4857 s. İşK 5. maddesi 6. fıkrası; "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 s. Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklıdır." şeklindedir. Kanun ifadesinden de anlaşılacağı üzere tazminat talep edilebilmesi için ayrımcı bir davranışın gerçekleşmesi yeterli olup, ayrıca işçinin zarara uğraması gerekmemektedir[297]. Ayrımcılık tazminatı bu açıdan diğer tazminat türlerinden ayrılmaktadır.

Tazminat miktarı maktu olmayıp, olayın gerçekleşme şekline ve türüne göre değişebilmekte ve işçinin işi, ünvanı, kıdemi gibi faktörler değerlendirilerek hakim tarafından takdir edilmektedir[298]. Ancak işçinin dört aya kadar ücreti tutarı ile sınırlandırılmış durumdadır. Bu sınırlandırma ise öğretide eleştirilmektedir. Eleştiride bulunan yazarlara göre üst sınırın kaldırılmasında ilk ve en önemli nedenin ayrımcılığın engellenmesi, yaptırımın caydırıcı olmasının sağlanmasıdır[299]. Bu görüşe göre tazminatın da hakim tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten

[297] Aykaç, s.115; Süzek,2019, s.455; Nazlı, s.578
[298] Aykaç, 116; Süzek,2019, s.455; Yuvalı, s.223; Yıldız, s.32
[299] Yıldız, s.330

de işçinin ücretinin ekleri olan ikramiye, prim gibi haklarını kapsamayıp yalnızca asıl ücret[300] üzerinden hesaplanan ayrımcılık tazminatı bu haliyle caydırıcı bir özellik göstermemektedir. Kaldı ki üst sınırın kaldırılması AB ile ayrımcılık konusundaki mevzuatımızın uyumlaştırılması için de önemlidir[301]. Zira AB'nin direktiflerinde ayrımcılık ile ilgili tazminatlar kapsamında bir üst sınır bulunmamaktadır[302].

Ayrımcılık tazminatı bakımından üzerinde durulması gereken nokta, ayrımcılık tazminatının yalnızca ayrımcılık yapıldığı durumlarda mı talep edilebileceği yoksa temelinde bir ayrımcılık gütmese de benzer durumdaki işçiler arasında işverence keyfi işlem yapılarak eşit işlem ilkesine aykırı davranıldığı durumlarda da tazminatın talep edilip edilemeyeceğidir. İş Kanunu'nun yazım şeklinden ayrımcılık tazminatının yalnızda ayrımcılık durumlarında talep edilebileceği diğer farklı muamele durumlarında bu tazminatın talep edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Öğretideki görüşe göre ise ayrımcılık tazminatı, sadece4857 s. İşK'nun 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilen nedenlere dayalı olarak yapılan ayrımcılıklarda değil, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı işlemlerinde de talep edilebilmektedir[303].Tazminata kanunun lafzından çıkan şekilde yalnızca ayrımcılık hallerindekarar verilmesi durumunda yalnızca genel anlamda eşit işlem yapma borcuna aykırı davranılmasının hiçbir yaptırımı olmayacak ve bu durumda bu borç yalnızca kağıt üzerinde kalmaya mahkum olacaktır. Yani ayrımcılık ya da kötü niyet oluşturmayan ancak genel olarak eşitliğe aykırı keyfi uygulamalar yaptırımsız kalmış olacaktır. Bu sebeple tam bir eşit işlem ilkesinin varlığından bahsedebilmek için ayrımcılık tazminatının sadece ayrımcılık hallerinde değil genel olarak eşit işlem borcunun ihlali halinde de talep edilmesi görüşümüzce de eşitliği gerçekleştirmek için daha makul bir seçenektir.

İş Kanunu ilgili maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatına ilişkin iş ilişkisi ve sona ermesi ifadeleri kullanıldığı için işe almada ayrım yapılması halinde işçi yalnızca genel hükümlere dayanarak culpa in contrahendo uyarınca zararını tazmin edebilecektir[304].

[300]Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s.171; Aykaç, s.115
[301] Doğan Yenisey, s.77
[302] Yuvalı, s.224, Yıldız, s.330
[303] Yıldız, s.329
[304] Süzek, 2019, s.455; Karagöz, s.63

12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun [305] 15. maddesiyle 4857 s. İşK'na eklenen madde uyarınca eşit davranma borcuna aykırılıktan kaynaklanan ayrımcılık tazminatının zamanaşımı on yıldan beş yıla indirilmiştir. Bu madde eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle iş akdinin feshini ilgilendirmekte olup, iş akdinin feshedilmeyip devam ettirilmesi durumunda ise işçi yine 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. İki durum çelişki yaratmakta olup, karışıklığa sebebiyet verilmemesi için yeknesak bir düzenleme yapılmasının sağlıklı olacağını düşünmekteyiz.

2. Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi

İşverence yapılmış olan ayrımcı davranış sonucunda işçi çoğu durumda ayrımcılık tazminatının yanı sıra kötüniyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı ve sendikal tazminata da hak kazanabilecek koşullara sahiptir. Ancak ayrımcılık tazminatı her durumda bu diğer tazminatlarla aynı anlamı ifade etmemektedir. Ayrımcılık tazminatının bazı tazminatlar açısından birlikte talep edilmesi mümkünken bazı tazminatlar ile birlikte talep edilmesi mümkün olmamakta, bazı tazminatlar ile birlikte talep edilip edilemeyeceği ise öğretide tartışmalıdır.

a) Ayrımcılık Tazminatı ve Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki

İki tazminat arasındaki ilişkiyi açıklamadan önce kötüniyet tazminatından kısaca bahsetmemiz gerekmektedir. Kötüniyet tazminatı iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin iş akitlerinin işveren tarafından kötüniyetli olarak sonlandırılması halinde ihbar sürelerinin üç katı tutarındaki talep ettikleri tazminattır. Kötüniyet tazminatında da ayrımcılık tazminatında olduğu gibi zararın oluşması aranmamaktadır. Ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatı sıklıkla karıştırılmakta ya da birbirleriyle aynı işlevi gördükleri düşünülmektedir. Ancak ayrımcılık yaratan her davranış esasen kötüniyetli olsa da kötüniyetli her davranış ayrımcılık oluşturmayabilir[306].

[305] R.G., 25.10.2017, Sayı:30221
[306] Yuvalı, s.225; Yıldız, s.331,

Öğretide ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatının birlikte talep edilip edilmeyeceği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre işverenin aynı davranış sebebiyle iki farklı tazminata mahkum edilmesi adil olmayacaktır ve bu sebeple iki tazminatın aynı anda talep edilemeyeceği savunulmaktadır[307]. Diğer görüşe göre[308] ise kötüniyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatı aynı anda talep edilebilir. İkisinin aynı anda talep edilebileceği görüşünü savunan yazarların bu görüşe sahip olmasındaki temel neden İş Kanunu'nda ayrımcılık tazminatı ile ilgili hükümde sadece 2821 s. Sendikalar Kanunu 31. maddesinin saklı tutulmasıdır. Bu hükmün karşıt kavramından kötüniyet tazminatının saklı tutulmadığı anlamı çıkarılmaktadır. Dolayısıyla ayrımcılık tazminatının yanında kötüniyet tazminatının da talep edilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Ayrım yasaklarının ihlal edilmesi sebebiyle ayrımcılık tazminatı talep edileceği, ancak kanunda kötüniyetin yaptırımı da ayrımcılıktan farklı olarak ayrıca belirlendiğinden hem kötüniyet hem de ayrımcılık tazminatı talep edilmesinin mümkün olduğu öğretide savunulmaktadır[309]. Yıldız da iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceği görüşünün adaletsizliğe yol açacağını belirtmiştir. Şöyle ki kıdemi fazla olan işçi kötüniyet tazminatını talep etmesi halinde yüksek bir tazminat alacak ancak ayrımcılık tazminatına dayanması halinde diğerine nazaran oldukça düşük bir tazminat almış olacaktır. Yıldız bu durumu şu şekilde örneklendirmiştir; " işveren aleyhine tanıklık yapmış olan işçilerden sadece kadınları, belli bir yaşın üstündekileri ya da belli bir dini inanca sahip olanlar işten çıkartılmışsa bu durumda hem kötüniyet hem de ayrımcı nitelik taşıyan fesih yapılmıştır. Bu kadar ağır bir ihlalde işçinin sadece tek bir tazminat alabileceğinin savunulması, görüşümüze göre ayrımcılığın önlenmesi amacına ters olduğu gibi hukuki dayanaktan da yoksundur."[310].

Ayrıca iş hukuku öğretisinde açık olmayan mevzuat hükümleri yorumlanırken işçi lehine yorum yöntemine başvurulması gerektiği genel olarak kabul görmüş durumdadır[311]. İşçinin her iki tazminatı da talep etmesinin lehine

[307] Nuri Çelik, "İşçilerin İşten Çıkartılmasında İhbar ve Kıdem Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2007, Sayı.14, s. 485-496,
[308] Süzek, 2019, s.456
[309] Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.662
[310] Yıldız, s.334; Süzek, 2019, s.457
[311] Süzek, s.22

olduğu ortadadır, bu sebeple de tereddüt halinde bu yöntem gereği de iki tazminatın birlikte talep edilebilmesi gerekmektedir.

b) Ayrımcılık Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı Arasındaki İlişki

Kötüniyet tazminatında olduğu gibi iş güvencesi tazminatı açısından da bu tazminatın ayrımcılık tazminatı ile birlikte talep edilemeyeceği, işverenin aynı davranıştan ötürü birden fazla tazminata mahkum edilmesinin adil olmayacağına ilişkin görüşler bulunmaktadır.

İş güvencesi tazminatının amacı feshin geçersizliğinin yargı kararlarıyla tespit edilmiş olmasına rağmen işe başlatılmayan işçinin talep edebileceği bir tazminattır. Yani geçersiz feshin neden olduğu hukuka aykırı durum işçinin işe iade edilmesi yoluyla değil tazminatının ödenmesiyle ortadan kaldırılmaktadır. Ayrımcılık tazminatının amacı ise işverenin yapmış olduğu ayrım yasağını ihlal eden davranışın yaptırıma bağlanmasıdır. Bu durumda her iki tazminata ilişkin normlar çok farklı iki ayrı eylemi düzenlemektedir[312].Amaçları itibariyle bu kadar farklı olan iki tazminatın aynı anda talep edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır[313]. Kaldı ki işe iade kararı sonucu işçi işe başlatılmış olsa dahi işverenin ayrımcı davranışıyla sebep olmuş olduğu ayrımcılık tazminatının işçiye ödenmesi gerekmektedir[314]. Örnek olarak cinsiyeti sebebiyle iş akdi sonlandırılan bir işçinin işe iade davası sonucunda işe iade kararı verildiği ve işe başlatıldığını düşünürsek işveren işçisine artık bir iş güvencesi tazminatı ödemesi yapmayacaktır. Ancak işçi cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle de tazminat talep etmiş ve kabul edilmiş ise işçi aynı işverenin yanında tekrar çalışmaya başlamış olsa dahi bu tazminatı ödemesi gerekmektedir.

Ayrıca kötüniyet tazminatında olduğu gibi burada da İş Kanunu'nda ayrımcılık tazminatı ile ilgili hükümde sadece 2821 s. Sendikalar Kanunu 31. maddesinin saklı tutulduğunu fakat iş güvencesi tazminatına ilişkin herhangi bir sınırlandırma yapılmadığını söylememiz mümkündür.

[312] Doğan Yenisey, s.79
[313] Süzek, s.490; Süzek, 2019, s.457
[314] Yıldız, s.336

c) Ayrımcılık Tazminatı ve Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki

İş Kanunu'nda eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımı düzenlenirken 2821 s. Sendikalar Kanunu 31. maddesi hükümleri saklı tutulmuştur. 4857 s. İşK 5. maddesi ilgili fıkrası şu şekildedir ; "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 s. Sendikalar Kanunu 31. maddesi hükümleri saklıdır." İş Kanununda ayrı tutulan 2821 s. Sendikalar Kanunu 31. maddesi 3. fıkrası: "İşveren,bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz."; 5. fıkrası: "İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde,işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar." ; Aynı maddenin yine 6. fıkrası: "İşverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise,4857 s. İşK'nun 18, 19, 20, ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanunu'nun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz." şeklindedir.

Kanun hükümlerinden açıkça anlaşılacağı üzere işverenin davranışı sendikal nedene dayalı bir ayrım oluşturmaktaysa artık ayrımcılık tazminatından değil sendikal tazminattan bahsedilecektir[315]. Bu sebeple sendikal tazminatın ayrım tazminatı, kötüniyet tazminatı ve iş güvencesi tazminatlarıyla ilişkisinden bahsedilemeyecektir.

[315] Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, s.664

B. İdari Yaptırımlar

4857 s. İşK 99. maddesinin ilgili bendinde; "5 inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası para cezası verilir" hükmü bulunmaktadır. Ayrımcılık tazminatının caydırıcı olmaması sebebiyle arttırılması gerektiği yönündeki eleştirimizi idari para cezası bakımından da yinelemekteyiz. Para cezası bu hali ile caydırıcı olma özelliğinden uzakta olup yapılacak bir değişiklik ile arttırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

C. Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Yasağı İle İlgili Düzenlemeler

1. Ayrımcılık Suçu

5237 s. TCK açısından ayrımcılık suçu Türk Ceza Kanunu 122. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 s. TCK 122. maddesi d bendine göre: "Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasını engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için failin kasıtlı hareket etmiş olması gerekmektedir, bu suç taksirle işlenemez[316]. İlgili suçun faili ve mağduru herkes olabilmektedir. Mağdur yukarıda sayılı özellikleri taşıyan kimsedir. Suç seçimlik harekete tabi olup bunlardan herhangi birinin fail tarafından bilerek ve isteyerek işlenmesi sonucu oluşabilecektir. Bu seçimlik hareketlerden bir tanesi de yukarıda belirtildiği gibi bir kimsenin işe alınmasında ya da alınmamasında ayrımcılık yapılmasıdır. Suç ayrımcılık yapılarak keyfi şekilde sadece belli özelliklere sahip kişilerin işe alınması şeklinde oluşabileceği gibi bir takım özelliklere sahip olan kişilerin işe alınmaması şeklide de oluşması muhtemeldir.Hükmün amacı adaylar arasındaki keyfi ayrımcılığın önlenmesidir.Bu suçun tanımı yapılırken sınırlayıcı bir anlatımın söz konusu olduğunu da belirtmemiz gerekmektedir. 2014 yılında yapılan

[316] Yıldız, s.344, Yuvalı, s.223

değişiklikle suçun kapsamı daraltılmış ve ayrımcılığın suç teşkil etmesi için nefret nedenine dayanması gerektiği vurgulanmıştır[317].

Ayrımcılık suçu yukarıda bahsedildiği gibi İş Kanunu açısından da bir idari yaptırıma bağlanmıştır. Yapılan ayrımcılık hem idari yaptırım gerektirmekte hem de 5237 s. TCK açısından bu suçu oluşturmakta ise artık Kabahatler Kanunu 15. maddesinin 3. fıkrasındaki [318] düzenlemeler gereğince faile idari yaptırım uygulanmayıp, yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanacaktır[319]. Ancak ne yazık ki suçun mağdur üzerinde yaratacağı etki göz önünde bulundurulduğunda yaptırım yeterli ve caydırıcı bulunmamaktadır.

2. Cinsel Tacizve Cinsel Saldırı Suçu

5237 s. TCK bakımından ayrı iki suç olan Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı suçları iş hukuku bakımından cinsel taciz kapsamında incelenmiştir. İş hukuku bakımından ayrımcılık olarak değerlendirilmekte olan cinsel taciz Türk Ceza Kanunu bakımından da yaptırıma tabi tutulmaktadır.

5237 s. TCK 105. maddesi Cinsel Taciz suçunu ele almaktadır ve bu maddeye göre; "Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.". Aynı maddenin 2. fıkrasının c bendine göre bu suçun aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi durumunda suçun cezası arttırılmaktadır. Suçun 5237 s. TCK kapsamında cezaya sebep olması için bu suçun özel kast ile yani cinsel duyguların tatmini amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Cinsel taciz suçundan bahsedebilmek için suçun vücuda temas şeklinde gerçekleşmemesi gerekmektedir. Vücuda temas şeklinde gerçekleşmesi durumunda farklı bir suç olan cinsel saldırı suçundan bahsedilecektir. Cinsel Saldırı Suçu ise 5237 s. TCK' nın 102. maddesinde düzenlenmiş olup, 102. maddenin ilk fıkrası; "Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi,

[317]Sur, s.35
[318]R.G.,31.03.2005, Sayı: 25772, Madde 15/3 : "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."
[319] Yıldız, s.344

mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklindedir.Bu suç da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak gerçekleşmesi durumunda ceza arttırılmaktadır. Yani işyerinde cinsel taciz ya da cinsel saldırı mağduru olan işçi bakımından failin alacağı cezanın miktarı arttırılmaktadır.

İş hukukunda yalnızca cinsel tacizden bahsedilmiş olup, cinsel tacizi geniş olarak yorumlamak gerekmektedir. Cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu yukarıda incelenmişti. Cinsel taciz ayrımcılık oluştururken cinsel saldırının da ayrımcılık oluşturacağı izahtan varestedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
BİRİNCİ KISIM
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

I. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

Avrupa Birliği 1993 yılında Avrupa Birliği Antlaşması ile kurulmuştur, diğer adı ile Maasrticht antlaşması olarak da bilinmektedir[320]. Türkiye 14 Nisan 1987 yılında birliğe tam üyelik başvurusunda bulunmuş ve 1999 yılında AB üyeliği için aday ülke statüsünü almıştır. Türkiye halen AB üyesi bir ülke olmamakla birlikte uyum süreci gereğince AB hukukunu yakından takip etmektedir.

Avrupa Birliği Hukuku ulusüstü bir özelliğe sahiptir. AB Hukukunun bu özelliği gereği üye devletler kendi egemenlik haklarından kaynaklı bazı yetkilerini birlik hukukuna devretmektedirler. Birlik hukuku üye devletlerin hukuklarından bağımsız ve ayrı bir hukuktur. Birlik hukuku hiyerarşik olarak üye devletlerin hukuklarından üstün gelmekte ve bu sebeple iki hukuk arasında bir çatışma çıktığında öncelikle birlik hukuku uygulama alanı bulmaktadır[321]. Bu durum birlik hukukunun ulusüstü özelliğinin bir başka sonucu olup Avrupa Birliği Hukukunun üstünlüğü ilkesi olarak adlandırılmaktadır[322].Birlik hukuku ile çatışan üye devlet hukukunun uygulanmaması ise bu hukukun tamamen ortadan kaldırılması anlamı taşımamakta olup yalnızca ilgili olay kapsamında uygulama bulmayacağı anlamı taşımaktadır[323]. Birlik hukuku bağlayıcı olmak ile birlikte üye devletlerin hukukunu ortadan kaldırmamaktadır. Üye devletlerin birlik hukuku kurallarına uymaması durumunda ise AB Komisyonu'nun ilgili üye devleti savunma yapmaya çağırma ve sonrasında görmüş olduğu lüzum üzerine Avrupa Adalet Divanı'nda dava açma

---

[320] Ünsal, s.76

[321] Ahmet M. Güneş, "**Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.2, 2009, (Çevrimiçi), http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/3-8/1501/16564.pdf, (29.09.2019)

[322] Ahmet M. Güneş, **"Avrupa Birliği Hukukuna Giriş"**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, sf:137 (AB Hukukuna Giriş)

[323] Aydın, M. Sabir, **"Siyasi ve Hukuki Birlik Olarak Avrupa Birliği**", Asil Yayınevi, Ankara, 20088, s:292

yetkisi bulunmaktadır[324]. Açılan bu davaya ihlal davası adı verilmektedir. İhlal davaları birlik hukukunun üye devletlerce birlik hukukunun gereği gibi uygulanmasını sağlamakta en etkili hukuki yoldur[325]. İhlal davaları üye devletlerin birlik hukukundan kaynaklı bir kuralı gereği gibi ya da hiç uygulamaması sonucu açılan bir dava olup, kişilere karşı ikame edilemez. Açılan dava sonucunda üye devletin birlik hukukundan kaynaklı olarak yapması gerekenleri yapmadığının tespit edilmesi durumunda Adalet Divanı ihlalin giderilmesi için üye devletin uygulamadığı birlik kuralının uygulanmasına, iç hukuka aktarılmasına ve bu ihlal sebebiyle zarara uğrayan kişiler varsa zarara uğrayan kişilere tazminat ödenmesine karar verebilmektedir.

II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Avrupa Birliği Hukuku kaynaklarının kendi içerisinde üçe ayrıldığını söylememiz mümkündür. Kaynakların ilki birincil kaynaklar diye adlandırdığımız kurucu antlaşmalar, kurucu antlaşmaları değiştiren antlaşmalar ve bunlara ilişkin protokellerden oluşmaktadır. İkincil kaynakları ise birlik kurumlarının yapmış olduğu tüzükler, direktifler ve görüşler oluşturmaktadır. Bunlar dışında son olarak ise Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları da birlik hukukunun önemli sayılabilecek kaynakları arasında yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki ikincil kaynaklar daha çok içtihatlar gereği oluşmakta olup hukuken birincil kaynaklara uyumlu olmak zorundadır.

Kurucu Antlaşmalar Birlik Hukukunun düzenini oluşturma özelliğine sahip olan antlaşmalardır. Amsterdam Antlaşması, Maastricht Antlaşması, Avrupa Tek Senedi gibi antlaşmalar kurucu antlaşmalara örnek verilebilmektedir. Kurucu antlaşmalar dışında, bu kurucu antlaşmaları değiştiren ya da tadil eden protokoller ve Birlik Hukukuna katılım antlaşmaları da kurucu antlaşmalara dahil edilmektedir. Kurucu Antlaşmalar üye devletlerin bir kısım egemenlik yetkilerinden vazgeçerek bunları birlik hukukuna devretmesi ile oluşmaktadır. Kurucu antlaşmalar üye

[324] Ensari Yücel, **"Uluslar arası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi"**, Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s.119
[325] Güneş, (AB Hukukuna Giriş), s.171

devletler tarafından herhangi başka bir yasaya ya da onaya gerek duymaksızın bağlayıcı niteliktedirler.

Avrupa Birliği Hukukunda kurallar, kurucu antlaşmalar dışında daha çok direktifler ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları ile oluşmaktadır. Bunun sebebi kurucu antlaşmalarda bir konu genel hatlarıyla düzenlenirken direktiflerin genellikle bir sorunun çözümlenebilmesi için çıkartılması ve aynı zamanda uygulanma yönetiminin üye devletlere bırakılmış olmasıdır. Direktiflerin temel amacı da üye devletlerin hukuk sistemlerinin birbirleriyle ve birlik hukuku ile uygun hale getirilebilmektir[326]. Direktifler Avrupa Birliği Antlaşması'nın 249. Maddesinde düzenlenmiştir. Kurucu antlaşmalar üye devletlerce onaylandıktan sonra etki doğururken direktiflerin hüküm doğurabilmesi için üye devletlerin iç hukukuna aktarılması gerekmektedir. Bu sebeple direktiflerin iki aşamalı bir yasama işlemi olduğunu söylemek mümkündür. Birlik hukukunda direktifleri AB komisyonu ve AB Parlamentosu birlikte çıkartabileceği gibi tek başına AB komisyonu tarafından da çıkartılabilmektedir. Birlik hukuku çıkartmış olduğu direktifler ile ulaşmak istenilen hedefi belirlerken bu hedefe nasıl ulaşılacağı yani direktifin uygulama yönteminin nasıl olacağı üye devletlere bırakılmış durumdadır[327]. Ancak bu tam bir serbesti olarak anlaşılmamalıdır. Direktiflerin belirli bir süre içerisinde ve direktifin hedeflediği amaca uygun bir şekilde üye devletin hukukuna aktarılması gerekir, bu süre genellikle direktifte belirtilmektedir. Direktiflerin üye devletlerin hukukuna eksik, hatalı uyarlanması ya da hiç uyarlanmaması durumunda üye devlete karşı ihlal davası açılabilmektedir[328]. Direktifin belirtilen sürede ya da hedefi gerçekleştirmeye uygun bir şekilde iç hukuka aktarılamaması halinde ise mazeret kabul edilmemektedir[329].Direktifler tüm üye devletler için çıkartılabileceği gibi yalnızca bazı devletler açısından da çıkartılabilmektedir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ise birlik hukuku ile içtihatlar yaratmaktadır. Direktifler ve divan kararları birbirine uyumlu olup divanın içtihat değişikliklerinin

---

[326]Güneş, s.284

[327] Açıklamalarla Avrupa Birliği, **"Avrupa Birliği Nasıl Çalışır",** https://ec.europa.eu/cyprus/sites/cyprus/files/je0115325trc.pdf, s.7, (19.09.2019)

[328]Ahmet M Güneş,"**Avrupa Birliği Hukukunda Yargısal Korunma**", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 43-44 (Mart-Nisan 2008), s.22, (Yargısal Koruma)

[329] Fisahn, Andreas / Mushoff, Tobias, **"Vorwirkungundunmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien"**, EuR 2005, s. 222

yeni direktifler oluşturulmasına, yeni direktiflerin de divanın farklı içtihatlar yaratmasına neden olduğunu söylemek mümkündür.

III.AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞININ DAYANAKLARI

Eşit davranma ilkesinin, eşitlik ilkesinin Türk Hukuku'ndaki görünüş özellikli bir görünüş şekli olduğundan bahsetmiştik. Avrupa Birliği Hukukun'da eşit davranma ve ayrımcılık yasağı Türk Hukukunda olduğu gibi ayrı ilkeler olarak değil genel bir ilke olarak incelenmiştir. Bu sebeple biz de ikili bir ayrıma gitmek yerine eşitlik ve ayrımcılık yasağını aynı başlık altında inceleyeceğiz.

Ayrımcılık ile mücadele içeren ilk Avrupa Birliği antlaşması Amsterdam antlaşmasıdır. Antlaşma ayrımcılık çeşitleri ile mücadelede AB'ye bir zemin hazırlamaktadır.Amsterdam antlaşması ayrımcılığı ele almak ile birlikte bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu sebeple yeterli bulunmamış ve komisyonun direktif teklifleri vermeye başlamasına sebep olmuştur. Bu direktif teklifleri ırk ve etnik kökene dayanan ayrımcılık ve yaş,engellilik din temellerine dayanan ayrımcılık ile ilgili olup aşağıda incelenecek olan 2000/78/CE ve 2000/43/CE sayılı direktiflerin ortaya çıkartmıştır.

A. Birincil Kaynaklarda Eşitlik ve Ayrımcılık

1. Roma Antlaşması

Roma Antlaşması, 25 Mart 1957 tarihinde Fransa, Batı Almanya, İtalya, Benelüks ülkeleri Belçika, Hollanda ve Lüksemburg başbakanları ve dışişleri bakanları arasında Roma'da imzalanmıştır[330].Roma Antlaşması Avrupa Birliği'nin yürüttüğü politika ve aldığı kararların hala temeli oluşturmaktadır.

Roma antlaşmasıyla birlikte Avrupa Ekonomi Topluluğu kurulmuştur. Bu sebeple Roma antlaşması ilgili topluluğun kurucu antlaşması olarak da anılmaktadır. Roma Antlaşmasının ikinci maddesinde Avrupa Ekonomi Topluluğu'nun amacı;

[330] Yemişken, s.80

ortak bir pazarın kurulması ve Üye Devletlerin ekonomik politikalarının giderek yaklaştırılması yoluyla Topluluğun bütünü içinde ekonomik faaliyetlerin uyumlu bir şekilde geliştirilmesi, sürekli ve dengeli bir büyüme, daha fazla istikrar, yaşam standardının hızla yükselmesi ve Topluluğun bir araya getirdiği Devletler arasında daha sıkı ilişkilerin kurulmasının sağlanması olduğu açıklanmıştır.Antlaşmanın 3. maddesinde ise bu amaçların sağlanabilmesi için topluluğun göstereceği faaliyetler arasında üye devletler arasında kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili engellerin ortadan kaldırılması gerekliliği ve yine işçilerin istihdam imkanlarının iyileştirilmesi ve yaşam standartlarının yükseltilmesi için Avrupa Sosyal Fonu'nun kurulmasının gerektiği belirtilmiştir.

Belirtilen faaliyetler kapsamında Roma Antlaşması'nın Kişilerin, Hizmetlerin ve Sermayenin Serbest Dolaşımı başlıklı üçüncü başlığı altında antlaşmasının 48. maddesinin ilk fıkrasında topluluk içerisinde işçilerin serbest dolaşımı düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında ise serbest dolaşımın üye devlet işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda, uyrukluk esasına dayalı her türlü ayrımcılığı kaldırması gerektiğini belirtmiştir. İlgili maddenin üçüncü fıkrası ise serbest dolaşımın sınırlarını belirlemekte olup, serbest dolaşımın istisnalarını kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı oluşturmaktadır. Antlaşmanın 48. maddesi ile serbest dolaşımın genel kapsamı belirlenmiş olup, kişilerin vatandaşlığına ilişkin yapılan ayrımcılığın önüne geçilmesi amaçlanmıştır[331]. Serbest dolaşım günümüzde Avrupa Birliği için oldukça önemli olup, üye devlet vatandaşlarının diğer üye devletlere herhangi bir sınırlama olmaksızın serbestçe girmesi, ikamet etmesi, işe başvurması ve mesleğini yapabilmesi tüm bunları yaparken de bulunduğu ülkenin vatandaşları ile eşit haklara sahip olması ve ayrımcılığa uğramaması anlamına gelmektedir.

Roma Antlaşması'nın 119. maddesinde aynı işte çalışan kadın ver erkek işçilere eşit ücret ödeneceği ifade edilmektedir. Bu ifade Avrupa Birliği mevzuatındaki cinsiyetçi eşitlik hakkındaki ilk düzenlemeyi oluşturmaktadır. Ancak sözü geçen maddenin konuluş amacı şuan olan kadın erkek eşitliği düşüncesinden farklı olduğundan madde başlangıçta daha dar yorumlanmış ve maddeye verilmesi gereken değer verilmemiştir. Şöyle ki sözleşmenin 119. Maddesinin konuluş amacını

[331] Uluç Çağatay,"Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerin Durumu", https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/289374, s.6, (10.10.2019)

kadın-erkek eşitliğini uygulayan üye ülkeler ve bu ilkeyi kabul etmeyen ülke işyerlerindeki rekabeti önlemek için konulmuştur[332]. Bu sebeple ilgili hüküm en başta yalnızca aynı işte çalışan kadın ve erkekleri konu almıştır.

Avrupa Birliği 10.02.1975 tarihinde bu maddenin açıklanması amacıyla 117 sayılı Ücrette Eşitlik Yönergesini kabul etmiştir. Bu yönerge sonucunda eşit iş kavramı eşit değer verilen işler olarak anlaşılmaya başlanmış olup böylece madde daha geniş yorumlanmıştır[333].

2 Ekim 1997 tarihinde Roma Antlaşmasında değişiklikler yapan Amsterdam Antlaşması kabul edilmiştir. Bu antlaşma ile 119. maddenin içeriği biraz değiştirilmiş ve 141. Madde olmuştur. Yönergede olduğu gibi eşit işe eşit ücret değil eşit değerde işe eşit ücret ilkesi kabul edilmiştir[334].

2. Maastricht Sözleşmesi

Maastircht Sözleşmesi 10 Aralık 1991 tarihinde düzenlenen konferansta yeni bir Avrupa Toplulukları Antlaşması yapılmasına karar verilmesi üzerine 2 Şubat 1992'de imzalanmıştır[335]. Bu sözleşmenin birlik hukuku için önemi Avrupa Topluluğunun bugünkü adı olan Avrupa Birliği adını almış olmasıdır.

Maastricht Sözleşmesi ile Roma Sözleşmesinin bazı maddelerinde değişiklik yapılmış ve üye devletler arasında sosyal ve ekonomik bütünlüğün sağlanması amaç edinilmiştir. Bu kapsamda Sosyal Politika Protokolü kabul edilmiştir. Bunun sonucunda da sözleşmeye kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliğinin sağlanması gerektiği, işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi gerektiği maddeleri eklenmiştir. Roma Antlaşması ile eşit işe eşit ücret prensibi sonucu atılan kadın erkek eşitliğinin temelleri, Maastricht Sözleşmesi ile geliştirilmiştir[336].

---

[332]Barnard, s.298
[333] Yıldız, s.44
[334]Senyen Kaplan, s.233
[335] Türkiye Büyük Millet Meclisi, Maastirhct Sözleşmesi, https://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/-AB/Maastricht_Anla%C5%9Fmasi.pdf,
[336] Yemişken, s.81

3. Amsterdam Antlaşması

Amsterdam Antlaşması ile kadın erkek eşitliğinin sağlanması topluluğun temel görevlerinden biri olarak belirlenmiş ve cinsiyette anayol yaklaşımı getirilmiştir [337]. Bu yaklaşım tüm AB kurumları bakımından cinsiyet eşitliği sorununun, istihdam, eğitim, öğretim, gençlik, vb. gibi tüm politika alanlarında ve Avrupa düzeyinde ya da ulusal veya yerel düzeyde olsun, her faaliyet düzeyinde dikkate alınmasını sağlamayı hedef edinmekte olup, Avrupa Birliğinde cinsiyette anayol yaklaşımı olarak bilinmektedir. Asıl amaç fırsat eşitliğini birlik bünyesinde öncelik haline getirmektir. Kısacası anayol yaklaşımı tüm konularda ayrımcılığın engellenmesi ve kadın erkek arasındaki tam eşitliği hedeflemektedir. Anayol yaklaşımı ilk kez 1997 yılında Amsterdam Antlaşması ile ATA'ya değişiklik olarak getirilmiş ve AB birincil hukukunda düzenlenmiş bir stratejidir. Cinsiyette anayol yaklaşımı AB'nin eşitsizliğin işgücü piyasası dışında ortaya çıktığı alanlarda da faaliyette bulunmaktadır. Bu sebeple önemli bir gelişme olarak değerlendirilmektedir [338]. Cinsiyette anayol yaklaşımın üye devletler bakımından kabul edilmesi ilgili alanlarda yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Bu kapsamda üye devletlerin bazıları cinsiyette anayol yaklaşımını düzenleyen yeni fırsat eşitliği kanunları oluşturmuşlardır[339].

Ayrıca antlaşmanın getirdiği en önemli yeniliklerden birini istihdam başlığı oluşturmaktadır, istihdam ile özellikle kadın erkek bakımından fırsat eşitliği yaratılması amaçlanmaktadır. Bu stratejiye de Avrupa İstihdam Stratejisi adı verilmiştir. Üye devletler de kendi stratejilerini bu istihdam stratejisine göre belirlemek ile yükümlü tutulmuştur[340].

AB Hukukunda genel ayrımcılık yasağı Amsterdam antlaşması ile düzenlenmiştir. Daha önceleri daha sınırlı konularda ayrımcılığı yasaklayan AB hukuku Avrupa Topluluğu antlaşması ile yeni ayrımcılık sebeplerini de yasaklamış

---

[337]CatherineBarnard, "The United Kingdom, the 'SocialChapter' andthe Amsterdam Treaty", **Industrial Law Journal**, Vol.26, Sept. 1997, s. 276. (SocialChapter)

[338]Lombardo, Emanuelaand Petra Meier,
"Framing Gender Equality in the European Union Political Discourse", **Social Politics: International Studies in Gender**, **State & Society**, Oxford University Press, Volume 15, Number 1, Spring 2008, ss. 101-129.

[339]Gözde Kaya, **"Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı"**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, s.92-93

[340]Rıdvan Karluk, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, BETA Basım A.Ş. İstanbul, 2005, s. 378.

ve ayrımcılığın kapsamı genişlemiştir. Irk ve etnik köken, din/inanç, özürlülük, cinsel tercih gibi ayrımcılıklar da yasak kapsamına girmiştir.

4. Lizbon Sözleşmesi

Lizbon Sözleşmesi Avrupa Topluluğu Sözleşmesini, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Sözleşme olarak değiştirmiştir.

Lizbon sözleşmesinde ayrımcılık ile ilgili olarak cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanç, engellilik, yaş, cinsel tercih ayrımcılık türleri olarak sayılmış ve birliğe ayrımcılık ile mücadele edilmesi yükümlülüğü yüklenmiştir.

5. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

7 Aralık 2000 tarihinde imzalanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın temel amacı temel hakların korunması ve güvence altına alınmasıdır.

Şartın 20. maddesinde öncelikle genel olarak eşitlik düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre herkes kanun önünde eşit kabul edilmiştir. Şartın 21. Maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmekte olup, bu yasağa göre cinsiyet, ırk, renk etnik veya sosyal köken, kalıtımsal özellikler, dil, din, inanç, siyasi, yaş, cinsel eğilim gibi sebeplerle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Görüleceği üzere ayrımcılık yasağının kapsamının oldukça geniş tutulmuş olması şartın önemli özelliklerinden birini oluşturmaktadır.

Şartın 23. maddesinde ise kadın-erkek eşitliği ayrıca düzenlenmiş durumdadır. İlgili madde uyarınca erkek ve kadın arasındaki eşitliğin, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere her alanda sağlanması gerekmektedir. İlgili maddenin devamında ise eşitlik ilkesinin pozitif ayrımcılığı engellemeyeceği de düzenlenmiştir. Şartın kabul edilmesiyle kadın-erkek eşitliği hem istihdam, hem ücret hem de çalışma ortamı açısından yeniden düzenlenmiştir[341].

[341] Yemişken, s.83

B. İkincil Kaynaklar Kapsamında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları ve Avrupa Birliği Direktifleri Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı

1. Avrupa Birliği Hukuku Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı

Avrupa Birliği Hukukunda birçok konu direktifler ile düzenlenmekte olup direktifler AB hukuku açısından önem arz etmektedir. Direktif üye devletlerin belirli bir hedefe ulaşmak için bu direktifi kabul etmiş olan üye devletler açısından bağlayıcılığı olan yasa anlamına gelmektedir. Direktiflerin hüküm ifade edebilmeleri için ise üye devlet hukukuna aktarılması gerekmektedir. Direktifler koyulan hedefle ilgili olarak sonuçta ulaşılmak istenen amacı belirtmekte olup, bu amaca nasıl ulaşılacağı hususunu üye devletler belirlemektedir[342].

Avrupa Birliği Topluluk Direktifleri genel olarak bağlayıcı olup, direktiflerin uygulanması komisyonca denetlenmekte ve uygulanmadığının tespiti durumunda Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na başvuru yapılabilmektedir. Avrupa Birliği Hukukunda ayrımcılık ile ilgili olarak pek çok direktif bulunmaktadır. Bu direktiflerden çalışmamız bakımından önemi olduğu düşünülenler aşağıda incelenecektir.

a) Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına Yönelik Üye Devlet Mevzuatının Uyumlaştırılmasına İlişkin 75/117/CEE sayılı Konsey Direktifi

1975 yılında çıkartılan 75/117/CEE sayılı ilgili konsey direktifi[343],kurucu Antlaşmanın 141. Maddesinin hayata geçirilmesi amacıyla düzenlenmiştir. Bu direktif uyarınca eşit yapılmakta olan işe eşit ücret uygulanması öngörülmektedir. Direktif oldukça sınırlı bir alanı düzenlemekte olup, temel amacı cinsiyete dayalı farklı ücret uygulamasının önüne geçilmesidir[344].

---

[342] Açıklamalarla Avrupa Birliği, **"Avrupa Birliği Nasıl Çalışır",**https://ec.europa.eu/cyprus/sites/cyprus/files/je0115325trc.pdf, s.7, (19.09.2019)

[343] Eur-Lex, Directive 75/117/CE, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31975L0117, 07.09.19

[344] Gonca Aydınöz, **"Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı"**, Çalışma ve Toplum, Sayı:22, 2009, s. 165; Aybike Elif

Aslında ATA'nın 141. maddesinde eşit ücrete ilişkin bir madde bulunmaktadır. Bu maddenin uygulanmasını etkinleştirecek bir mekanizma bulunmaması bu hükmün ikincil hukukta yeniden düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Direktifin 2. Maddesinde de bu hususa vurgu yapılarak eşit işe eşit ücret ilkesinin yeteri kadar uygulanmadığı ve bu sebeple üye devletlerin mağdur olanların haklarını arayabilecekleri yargı güvencesi sağlaması gerektiği belirtilmiştir.

Bu yönergenin kabul edilmesiyle birlikte eşit ücrete ilişkin olarak üye devletler bakımından yeknesak bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır[345]. Direktifin uygulama alanı bulması için karşı cinsten emsal bir çalışan işçinin bulunması, bu işçilerin birbirleriyle aynı ya da benzer bir iş kolunda çalışması ve birbirleriyle eşit veya eşit oranda bir iş yapmaları gerekmektedir[346]. Eşit iş kavramıyla anlatılmak istenen bir işyerinde aynı veya benzer nitelikte yapılan işlerdir, bu işlerin benzer olması yeterli olup aynı anda yapılması da gerekmemektedir[347]. Eşit işe farklı ücret iddiasının varlığı durumunda bunun cinsiyetten kaynaklandığının ispat edilmesi gerekecektir.

Konuya Türk Hukuku açısından bakıldığında eşit ücret ilkesinin yasal dayanağını Anayasa'nın 10. maddesi ile 4857 s.İşK 5. maddesi oluşturmaktadır. 4857 s. İşK 5. Maddesi ilgili fıkrasına göre aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret ödenemeyeceği düzenlenmektedir. İlgili düzenleme bu hali ile 75/117 sayılı direktif ile uyumludur.

b) Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı ile İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınmasına ilişkin 92/85/EEC Sayılı Direktif

92/85/EEC sayılı direktif[348] kadınları sağlık açısından daha hassas oldukları hamilelik ve loğusalık dönemlerinde korumak amacıyla getirilmiştir. Direktif işyerine işçileri koruma ve bulunan risklere göre önlem alma yükümlülüğü

Bolcan,**"Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın",** Çalışma ve Toplum, Sayı:24, 2010, s.258

[345]EvelynEllis,"**EU Anti-DiscriminationLaw"**, Oxford UniversityPress, New York,2005, s.188

[346] Yücel, s.146; Ellis, s.190

[347]Barnard, s.348

[348] Eur-lex, **Directive 92/85/EEC**, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%-3A31992L0085, (10.09.2019)

getirmektedir. Direktif bütün kadınlar için değil yalnızca hamile ve loğusa kadınların korunması amacıyla getirilmiştir. Hamile ve loğusa kadınların karşılaşabilecekleri tehlikeler gruplar halinde sayılmıştır. İlk grupta kadın ve loğusa işçilerin karşılaşabilecekleri merdiven gibi fiziksel engeller bulunmaktadır. İkinci grupta çalışanların maruz kalabilecekleri şok, stres, radyasyon gibi faktörler bulunmaktadır. Üçüncü grupta ise genetik olarak bebeğe aktarılma riski olan biyolojik ve kimyasal maddeler yer almaktadır. İşverenin çalışma ortamında hamile ya da loğusa bir işçinin işyerinde sağlığını riske atan yukarıdaki gruplardan birine ait bir tehlike bulunmakta yahut emzirme ile ilgili bir zorluk bulunmakta ise işverenin işçisinin bu tür risklerden uzak kalmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda çalışma koşullarını ve/veya çalışma saatlerini geçici olarak değiştirilmeli; eğer bu mümkün değilse işçiyi başka bir işe nakledilmeli; eğer bu da mümkün değilse işçiye makul bir süre kadar izin verilmelidir.

Bunun yanı sıra hamilelik yahut loğusalık dönemindeki işçilerin gece çalışması gibi daha zor çalışmaları için gerekli önlemler işveren tarafından alınacaktır. İlgili gruptaki kadın işçilerin gece çalışmasının sakıncalı olduğu sağlık kurumundan belgelenmesi durumunda ise bu işçiler gece çalışmasına zorlanmayacaktır. Kadın işçilerin erkeklerden farklı olarak gece çalışmasına zorlanmaması durumuna yalnızca sağlıkları için risk teşkil eden durumlar mevcut ise başvurabilecekleri bir yöntemdir ve bu sebeple bu durum eşitlik ilkesi ile de çelişmemektedir[349]. Gebe ve loğusa kadınların sağlıklarını tehlikeye atacak bir durum olmaması halinde ise gece çalışması AB hukuku kapsamında mümkün olup aksi durum eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmektedir[350].

Divan da vermiş olduğu pek çok kararda kadın işçilerin hamileliği sebebi ile iş sözleşmelerinin sonlandırılmasını doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirmiştir. Örnek olarak Divanın C-177/88 sayılı kararında[351] işçinin başvurduğu işin

[349]Foubert, s.114

[350] Jeffrey Kenner, "**EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and Beyond"**, Hart Publishing, North America, 2003, s.159

[351] Eur Lex, "**Case C 177/88, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrumvoor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR I-3941",** https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0177, (29.09.2019)

kriterlerine uygun olmasına rağmen yalnızca hamile olması sebebiyle işe alınmaması doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir[352].

Ayrımcı davranışlarda genel olarak Türk Hukukunda olduğu gibi Birlik hukukunda da emsal kişiye göre daha az lehte davranış kriteri aranırken hamilelik ile cinsiyet ayrımcılığında ise erkek kişilerin hamile kılması mümkün olmadığı için emsal bir kişiye dahi ihtiyaç bulunmamaktadır[353].

Gebe ve Loğusa işçilere ilişkin olarak Türk Mevzuatında da İş Kanunu'nda yapılmış olan değişiklik ile Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair yeni yönetmelik[354] çıkartılmıştır. İlgili yönetmeliğin kabulü ile birlikte gebe ve loğusalar bakımından AB hukuku ile paralel bir uygulama sağlanmıştır. AB Hukukunda 92/85 sayılı direktifte de Türk Hukukunda 4857 Sayılı İş Kanunu 77. maddesi ve Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Daire Yönetmelikte de hamile ve loğusa kadınlar için tehlikeli olabilecek işlerin tespit edilmiş ve bu işlerde çalışacak kadınlar için önlemler belirlenmiştir. 92/85 sayılı direktif ayrıca hamile ve yeni doğum yapan kadınların sağlık raporuna bağlı olarak gece işlerinde çalıştırılamayacağını, mümkün olan gündüz işlerine alınması gerektiğini belirtmiş olup Türk Hukukunda da buna benzer bir düzenleme Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik[355]'te düzenlenmiş olup kadın işçilerin gebe oldukları dönemde ve emziren kadınların emzirme dönemlerinde gece postalarında çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. İlgili yönetmeliklerin kabulü ile birlikte mevzuatımız AB direktiflerine uyumlu hale gelmiştir.

[352]Ellis, s.228
[353] Kaya, s.216
[354]R.G., 16.08.2013, Sayı:28737
[355]R.G., 24.07.2013, Sayı:28717

c) İşe Girişte, Formasyonda, Terfide ve Çalışma Koşullarında Kadın Ve Erkeklere Eşit Davranma İlkesine İlişkin 76/207/CEE Sayılı Konsey Direktifi ve 76/207 sayılı Direktifi Değiştiren 2002/73 Sayılı Konsey Direktifi

1976 yılında çıkarılan 76/207/EEC15 sayılı direktifte [356] eşit muamele, cinsiyete dayalı olarak medeni durum ve aile durumundan kaynaklı ayrımcılık yapılmaması olarak tanımlanmaktadır. Direktife göre seçim için kullanılan kriterler dahil olmak üzere iş ilişkisinin tamamında, çalışma alanı hangi alan olursa olsun tüm pozisyonda yükselmede cinsiyete dayalı ayrımcılığın bulunmamasını amaçlamakta kadınlara ve erkeklere eşit şartların garanti edilmesini sağlamaya çalışmaktadır.

2002 yılında, 76/207/EEC sayılı direktifi değiştirmiştir. Bu değişiklik yapılmasının amaçlarından biri taciz kavramının ayrımcılık türlerinin bir çeşidi olarak düzenlenmek istenmesidir. 2002/73 sayılı yeni direktifte eskisinden farklı olarak doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz kavramlarının tanımları yer almıştır.

2002/73 sayılı direktifte kadın erkek eşitliğinin sağlanması direktifin hem hedefi hem de yükümlülüğü olarak ifade edilmiştir. 2002/73 sayılı direktif 76/207 sayılı direktifin bazı maddelerini tamamen değiştirmiştir. Bu değişikliklerden biri de doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz kavramlarının yansı sıra eşit davranma ilkesini tanımlamış olmasıdır. İlgili maddeye göre eşit davranma ilkesi cinsiyete dayalı sebeplerle özellikle ailevi ve medeni durum sebebiyle doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılmayacağı olarak tanımlanmıştır.

Direktif; doğrudan ayrımcılığı bir kimsenin cinsiyetine dayalı olarak görmekte olduğu ya da görebileceği muameleden daha aşağı şartlarda bir muameleye tabi tutulması; dolaylı ayrımcılığı görünüşte tarafsız olan hükmün, kriter ya da uygulamanın bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında daha dezavantajlı duruma getirmesi; cinsel tacizi bir kimsenin cinsiyetine dayalı olarak onurunu çiğnemeyi amaçlayan ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ve incitici bir ortam yaratan istenmeyen cinsel içerikli hareket olarak

[356] EUR-lex, Direktive 76/207/EEC, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%-3A31976L0207, 07.09.2019

tanımlanmaktadır[357]. Direktif cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması için talimat verilmesini de ayrımcılık kapsamında değerlendirmektedir.

Direktif ayrımcılıkla ilgili olarak bazı istisnalar öngörmüştür. Bu istisnalar; bazı mesleki faaliyetlerin ya da icrasının gerektirdiği durumlar, kadınların hamilelik ve analık dönemlerinde hassasiyetleri sebebiyle korunması gereken durumlar ve olumlu ayrımcılıklar şeklindedir[358].

d) Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeklere Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 79/7/CEE sayılı Konsey Direktifi

79/7/EEC sayılı direktif[359] kadın erkek arasındaki eşitliğin sosyal güvenlik alanında da uygulanması amacıyla getirilmiştir. Direktif sınırlı bir alanı düzenlemekte olup, hastalık, işten çıkarma, emeklilik, malullük gibi konuları düzenlemekte ve bu alanda kadın-erkek arasında eşitliğin sağlanmaya çalışılmasından ibarettir.

Direktifin 4. maddesinde eşit davranma ilkesinden anlaşılması gereken açıklanmış olup, eşit muamele "doğrudan veya dolaylı olarak, özellikle medeni veya aile durumuna, özellikle de endişe konusu olarak atıfta bulunarak, cinsiyet temelinde hiçbir ayrımcılık yapılmayacağı anlamına gelir" şeklinde ifade edilmiştir.

Direktifin 5. maddesinde ise üye devletler eşit muamele ilkesine aykırı yasa, yönetmelik ve diğer düzenlemelerini kaldırmak ile yükümlü tutulmuştur.

---

[357] Bolcan, s. 259

[358] PetraFoubert, **The Legal Protection of thePregnant Worker in the European Community-Sex Equality, Thoughts of Socialand Economic Policyand Comparative Leapstothe United States of America**, KluwerLaw International, TheHague, 2002. Sf:97

[359] EUR-Lex, Directive 79/7/CE, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-%3A31979L0007, 10.09.2019

e) Mesleki Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Kadın ve Erkeklere Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 86/378/CEE sayılı Konsey Direktif ve 86/378/EEC sayılı Direktifi Değiştiren 96/97/EC sayılı Direktif

86/378/CEE sayılı direktif [360] mesleki sosyal güvenlik programlarında kadınlara ve erkeklere eşit muamele prensibinin yürürlüğe konulması hakkındaki direktif yasaya dayanmayan mesleki sosyal güvenlik sistemlerinde de eşit muamele uygulanmasını öngörmektedir. Üye devletlerin zorunlu sosyal güvenlik planlarında ilgili direktif uygulanmaktadır. 86/378 sayılı direktif ATAD'ın vermiş olduğu bir karar [361] ışığında 96/97 sayılı direktif ile değiştirilmiştir. Direktifin amacı üye devletlerin sosyal güvenlik planlarında kadın ve erkeklere eşit davranılmasının sağlanmasıdır.

f) Cinsiyet Temeline Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yüküne İlişkin 97/80/CE sayılı Konsey Direktifi

AB hukukunda ayrımcılığın ispatı hususu önem arz eden bir konu oluşturmaktadır. İspatı zor olan ayrımcılık konusunda ayrımcılık iddiasında lehine ispat kuralları yaratılmıştır. Bu ispat kuralları ATAD içtihatları yaratılmış durumdadır[362]. Daha sonradan ise 97/80/CE sayılı direktif[363] ile yasal bir temele sahip olmuştur. Direktifin amacı ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişilerin bu iddialarını hukuken ileri sürebilmeleri için gerekli önlemleri almaktır. Direktif yalnızca cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık halleri için getirilmiş olup bu direktif yalnızca cinsiyet temeline dayalı ayrımcılıklar için var olan kuralları

---

[360] Eur-Lex, Directive 86/3787EEC, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0378, 10.09.2019

[361] Eur-Lex, **"Case 262/88 Douglas HarveyBarber v. GuardianRoyal Exchange Assurance Group[1990] ECRI1889",**https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0262, (10.09.2019)

[362] Aydınöz, s.169

[363] Eur-lex, **Directive 97/80/CE**, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-%3A31997L0080, (10.09.2019)

düzenlemektedir. Direktif eşit muamelenin ihlal edildiğini ispat yükümlülüğünün davalıya ait olduğunu kabul etmektedir[364].

Türk Hukuku bakımından da 4857 s. İşK 5. maddesi gereği işçinin ihlalin varlığını güçlü bir biçimde ortaya koyması halinde ispat yükünün yer değiştireceğinden ve eşit davranma ilkesine aykırı davranmadığını işverenin ispat etmesi gerekeceğinden daha önce belirtmiştik. Türk Hukuku ve Birlik Hukuku bu konu bakımından birbirine uyumlu olup, her ikisi açısından da işçi açısından hafifletilmiş ispat yükünün varlığından bahsetmek mümkündür

Direktifin yürürlüğe girmesinden önce ise ayrımcılık faaliyetinin ihlaline ilişkin ispat yükü davacıya bırakılmış durumdadır. Davacı işçinin ise bu iddiasını ispatlamak için kullanabileceği delillerinin hemen hepsi işveren nezdinde olan belgeler olması sebebiyle işçilerin direktifin kabul edilmesinden önce bu iddiasını ispatlayabilmesi oldukça düşük bir ihtimal olmaktan öteye gidememiştir[365].

Divanın vermiş olduğu bir kararda da[366] ayrımcılık iddiasına bulunan işçi tarafından işyerindeki kadın işçilerin erkek işçilere göre daha düşük ücret aldıklarının ortaya konulması halinde ispat yükünün işverende olacağı hususu belirtilmiştir[367].

g) Kısmi Zamanlı Çalışmaya İlişkin 97/81/CE Sayılı Konsey Direktifi

97/81/CE sayılı direktif[368] kısmi çalışanlara ilişkin ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. İlgili direktife göre yarı zamanlı çalışma haftalık ya da ortalama bir yıldaki çalışma süresi boyunca karşılaştırılabilir bir tam zamanlı çalışana göre normal olmayan bir çalışma olarak tanımlanmaktadır. Direktifte karşılaştırma yapılacak tam zamanlı çalışan bulunmaması durumunda genel uygulamaya uygun davranılabileceği belirtilmiştir. Direktifin asıl amacı, çoğunluğunu kadınların oluşturduğu[369] kısmi süreli çalışanlara yapılan ayrımcılığı önlemektir[370]. Direktife

[364] Bolcan, s.263, Chrystalla A. Ellina, " **PromotingWomen'sRights, ThePolitics of Gender in theEuropeanUnion"**, Routledge, London, 2003, s.52
[365] Ellina, s.52
[366] Eur-Lex, **"Case 109/88 Handels- ogKontorfunktionærernesForbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss, ECR [1989] 03199",**https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0109, 29.09.2019
[367] Kaya,s.249
[368] EUR-Lex, Directive 97/81/CE, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:319-97L0081, 10.09.2019
[369] Ensari, 154

göre kısmi çalışan işçiler tam zamanlı çalışan işçilere göre daha az elverişli koşullarda çalışamazlar.

Günümüzde iş kolları çeşitlilik kazanmış olmakla birlikte yer ve zaman konularında atipik çalışma şekilleri ortaya çıkmıştır. Esnek çalışma koşullarına uygun olduğu için en çok karşılaşılan çalışma da kısmi süreli çalışma olmuştur[371]. Esnek çalışma saatlerine de aile ve ev sorumluluklarına da bağlı olarak da daha fazla ihtiyaç duyan kadın çalışanlar olup, kısmi süreli çalışma kadınlar tarafından daha fazla tercih edilmektedir. Daha çok kadınların kısmi süreli çalışması sebebiyle de direktif örtülü olarak cinsiyet ayrımcılığını düzenlemektedir. ATAD kararlarına en çok konu olan ayrımcılık cinsiyet ayrımcılığı olmakla birlikte, yukarıda anlatıldığı üzere temeli zaten cinsiyet ayrımcılığına dayanan kısmi süreli çalışanlara ilişkin ayrımcılık dadivanın karşısına gelmektedir. Divan vermiş olduğu örnek bir kararında[372] kısmi süreli çalışmanın kadınlar için dolaylı ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir.

Türk İş Hukuku açısından kısmi çalışanlara ilişkin düzenlemeyi daha önceki bölümlerde incelemiştik. 4857 s. İşK 5. maddesindeki düzenleme gereği tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye ayrımcılık yapılamayacağı açıkça düzenlemektedir. Yine Türk Hukuku bakımından da kısmi çalışanlara yapılan ayrımcı davranışlarının mağdurunun kadınlar olduğunu ve bu durumun dolaylı cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul görmektedir. Bu sebeplerle Türk İş Hukuku'nun bu direktif açısından Birlik Hukuku'na uyumlu olduğunu söylememiz mümkündür.

h) Eşit Davranma İlkesinin Irka ve Etnik Kökene Dayalı Ayrım Yapılmaksızın Uygulanmasına İlişkin 2000/43/CE sayılı Direktifi

Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi ile ilgili2000/43/CE sayılı direktif[373]ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığın Avrupa Birliğinin temel amaçlarına ulaşmasına zarar verdiğini belirtmektedir. Bu türe

---

[370]Ellina, s.52

[371]Ayşe Ünal, "AB'de Belirli Süreli Çalışma",**Kamu-İş Dergisi**, Cilt:8, Sayı:1, 2005, s.75.

[372]Eur-Lex, ErikaSteinicke v BundesanstaltfürArbeit, 2003, ECR 9027, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CC0077, (08.10.2019)

[373] Eur-lex, Directive 2000/43/CE https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3-A32000L0043, 10.09.2019

dayanan ayrımcılık ile mücadele edilmesi için ayrımcı davranışlara maruz kalan kişiler için yasal koruma sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Direktifin amacı 1. maddesinde ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık ile mücadele etmek için üye devletlerde eşit muamele ilkesini yürürlüğe koymak şeklinde ifade edilmiştir. Direktif hem doğrudan ayrımcılık hem dolaylı ayrımcılığa yer vermiş olup, bu iki ayrımcılık dışında taciz ve ayrımcılık talimatını da ayrımcılık olarak tanımlaması bakımından önemlidir.

Direktifin 2. maddesinin 3. fıkrasında taciz "Bir kişinin saygınlığını ihlal etmek ve korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı bir şey yaratmak amacıyla ırkçı veya etnik kökene ilişkin istenmeyen bir davranış yapıldığında, 1. paragrafın anlamı dahilinde ayrımcılık olarak kabul edilir. küçük düşürücü veya rahatsız edici çevre. Bu bağlamda, taciz kavramı, Üye Devletlerin ulusal yasalarına ve uygulamalarına uygun olarak tanımlanabilir" şeklinde, yine aynı maddenin 4. Fıkrasında ayrımcılık talimatı "Irk veya etnik kökene dayanan kişilere karşı ayrımcılık yapılması talimatının 1. fıkra anlamında ayrımcılık olduğu kabul edilir." şeklinde ayrımcılık türleri arasında değerlendirilmiştir.

Direktif yalnızca iş ilişkisi değil aynı zamanda eğitim, sosyal imkanlar, sağlık gibi konular da dahil olmak üzere pek çok alanda ırk ve etnik köken ile ilgili genel ayrımcılık ile de mücadele etmek amacıyla düzenlenmiştir. Avrupa Birliğinde aslen ırkların farklılıkları tanımlanmamaktadır, ilgili direktifin adının ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık şeklinde olması bu ırka dayalı teorilerin kabul edildiğini değil bu teorilerle mücadele edildiğini göstermektedir[374]. Direktif hem kamu alanında hem de özel alanda işe giriş ve devamında ücret, mesleki eğitim, mesleki yükselme, iş ilişkisin sonlanması aşamalarında da ırk ve etnik kökene ilişkin ayrımcılık yapılmayacağını düzenlemektedir.

Direktifin 4. maddesinde meşru bir amaç için ve orantılı olmak şartıyla belirli ırk ya da etnik kökene dayanan belirli bir özelliğin mesleğin belirleyici bir şartı olması durumunda yapılan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı belirtilmiştir.

[374]Hülya Tekin, **"Avrupa Birliği ve Türkiye Örneğinde Ayrımcılıkla Mücadele"**, AB Uzmanlık Tezi, TC. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, Şubat 2008, s.7

Direktifin 5. maddesinde dezavantajlı gruplar için eşit şartların oluşturulabilmesi için pozitif ayrımcılık yapılması gerekliliği belirtilmiştir.

Direktifin kapsadığı alan Türk Hukuku bakımından Anayasa'nın 10. Maddesinde, 4857 s. İşK. 5. maddesinde ve 5237 s. TCK 122. maddelerinde düzenlenmiş ve ırka dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu açıdan Birlik Hukuku ile uyumlu olduğumuz söylenebilirse de etnik kökenin ilgili kanun maddelerinde açıkça bulunmuyor olması eleştirilmektedir [375] . Türk Hukukunda etnik köken ancak kanunlardaki "ve benzeri" ifadesi içerisine dahil edilebilmektedir. AB ile uyum süreci kapsamında etnik köken kavramının da kanun maddelerinde açıkça ifade edilmesinin olumlu bir gelişme olacağını düşünmekteyiz. İş Kanunu açısından bu eleştirimiz olmakla birlikte 6701 s. T.İ.H.E.K.K. 3. maddesi kapsamında etnik köken ayrımcılık yasakları içerisinde sayılmış olup, bu durumunun AB ile uyum açısından önemli bir gelişme olduğunu belirtmekteyiz.

i) Eşit Davranma İlkesine Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/CE sayılı Konsey Direktifi

İstihdam ve Meslekte Eşit Muamele hakkında 2000/78/CE sayılı direktif[376], daha önceki direktifler ile düzenlenmemiş konuları ele aldığı için önemlidir. Direktifin amacı 1. maddesinde "Üye Devletlerde eşitlik ilkesini yürürlüğe koymak amacıyla, istihdam ve meslek ile ilgili olarak din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla mücadele için genel bir çerçeve oluşturmaktır" şeklinde ifade edilmiştir. İlgili direktif din inanç, cinsel yönelim, yaş ve engelliğe ilişkin ayrımcılık hallerini ilk kez düzenlemiş bir direktiftir. Günümüz Türk Anayasası ve İş Kanunu'nda dahi bu terimler henüz açık bir ifade ile yer almamaktadır (6701 s. T.İ.H.E.K.K kapsamına yeni ayrımcılık türleri eklenmekle birlikte cinsel yönelim bunlardan biri değildir.) Direktifin 2. maddesinde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ile birlikte taciz ve ayrımcılık talimatı ve mağdurlaştırma ayrımcılık türleri arasında sayılmıştır.

[375] Yıldız, s.139

[376]Eur-lex, Directive 2000/78/CE, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32-000L0078, 29.09.2019

İlgili direktif hem kamu sektöründe hem de özel sektörde gerçek ve tüzel kişilerin ayrımcılık uygulamalarını yasaklamaktadır. Bir şahsa ait işletme, özel sektörde yer alan büyük bir şirket, belediye ya da bakanlık veya bir kamu kuruluşu direktiflerde belirtilen alanlarda ayrımcılığa karşı korunmaktadır.

Direktifte eşit davranma ilkesi, bu direktifte ayrımcılık olarak sayılan türlerden biri sebebiyle kişiye doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcı nitelikte bir davranışta bulunulmaması şeklinde tanımlanmıştır. Taciz kavramı da tanımlanmış olup direktifte sayılan ayrımcılık türlerinde biri sebebiyle kişiye düşmanca, aşağılayıcı, onur kırıcı bir şekilde davranılması tanımı yapılmıştır. Tacizin ayrımcılık sebeplerinden biri olduğu belirtilmiştir. Direktifte ayrımcılık yapılması için talimat verilmesi de yine ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir.

Direktifin kapsamı oldukça geniş tutulmuş olup işe girişten başlayarak, mesleki yükselme, mesleki eğitim ve işten çıkartılmaya kadar olan bölümde uygulama alanı bulmaktadır.

İlgili direktif içeriğinde açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte verilmiş olan bir ATAD kararı[377] ile birlikte düşünüldüğünde sayılan ayrımcılık sebeplerinin yalnızca kişinin kendisinde olması gerekmemektedir. Kişi ayrımcılık sebeplerini kendisinde taşıyan bir başka kişi ile arasındaki bağı sebebiyle de ayrımcılığa uğradığını iddia edebilmektedir. İlgili kararda bir kadın işçi engelli bir çocuğa sahip olduğunu ve iş akdinin engelli çocuğuna bakma yükümlülüğü sebebiyle sona erdirildiğini iddia etmektedir. Divanın vermiş olduğu karara göre ayrımcılık türü olan engel durumunun kişinin kendisinde gerçekleşmesi 2000/78 sayılı direktife dayanılmasına engel teşkil etmemektedir. Divan kararına göre işyerinde engelli çocuğuna bakma yükümlülüğü sebebiyle kadın işçiye diğerlerine göre daha az lehe davranılamaz bu davranışlara maruz kalan kadın işçiye yapılan da doğrudan sayılmıştır.

2000/78/EC sayılı direktifin amaçlarında biri herkes için eşit fırsatların garanti altına alınması olup, istihdamda da eşitliğin sağlanmasıdır. Direktif özürlüler bakımından uygun ortamın oluşturulmasını amaçlamakta olup, özürlü kişilere yapılan ayrımcı davranışların engellenmesini de hedeflemektedir.

[377] Eur-Lex, "Case C-303/06, S. Coleman v. AttridgeLawand Steve Law, [2008] ECR I-5603, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0303", (29.09.2019)

Direktifte yaş ayrımcılığı da yasaklanmış olup yaş sebebiyle yapılan hem gençlere hem yaşlılara yönelik ayrımcılığın engellenmesi amaçlanmıştır. Ancak direktifte bazı istisnalara yer verilmiştir.Bu istisnalar bazı mesleki faaliyetlerin zorunlu kıldığı durumlarolumlu ayrımcılık, engellilere ilişkin özel hükümler ve yaşa dayalı farklı işlemler şeklindedir. Ancak farklı işlem ile ulaşılmak istenen amaç haklı ve orantılılık ilkesine uygun olmalıdır[378]. Yaşa dayalı ayrımcılık belirli meslek dalları açısından AB hukukunda haklı görülebilmektedir[379].Direktifin 6. maddesinin 2. fıkrasında yaşa dayalı yapılan farklı davranışların da makul olarak haklı kılınması durumunda ayrımcılık oluşturmayacağı belirtilmiştir. Buna örnek olarak bir pozisyon için belirli bir kıdem aranması örnek olarak verilebilmektedir. Ancak bu uygulamaların ayrımcılılıksa iki gütmemesi gerekmektedir[380].

Direktif engelli kişiler için de özel bir hüküm öngörmüştür. Bu hükme göre işverenlere engelli kişilerin işe alınması işte ilerlemesi ile ilgili bir yükümlülük yüklenmiş durumdadır. Bu sebeple işe alımda engelli işçinin pozisyona öncelikli olarak kabul edilmesi ayrımcılık içermeyecektir.

Direktifin 4. maddesine göre kilise ve dini kurumlar istihdam edeceği kişilerde farklı işlem yapabilmektedir. Bu kurumlarda yapılacak faaliyetin doğal gereği olarak kurumların değerleri dikkate alınması gerekmektedir. Kurumlar açısından kişinin dini inancı meşru bir sebep olarak sayılabilmektir. Bu sebeple kurumların istihdam ettiği personelleri bu kriterlere göre seçmeleri ayrımcılık sayılmayacaktır[381].

Direktifte mağdurlaştırmadan da bahsedilmiş olup, direktifin 11. maddesinde mağdurlaştırmaya ilişkin çalışanları korumak için gereken tedbirlerin ulusal hukuk sistemlerine dahil edileceği belirtilmiştir. Mağdurlaştırma kavramı Türk Hukuku'nda sık geçen bir kavram olmayıp, görüşümüzce bu konu hukukumuz açısından bir eksiklik oluşturmaktadır. İlgili direktifte ise mağdurlaştırmanın ayrımcılık türlerinden biri olarak sayılması yerinde olmuştur. Mağdurlaştırma işverenin ayrımcı davranışlarına karşı çıkan, yasal yollardan hakkını arayan işçisine ve ona destek olan

---

[378] Yücel, s.136
[379] Tekin, s.9
[380] Ali Nazım Sözer, **"AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler"**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, Sayı:2, s.188
[381] Yücel, s.138

diğer kişilere gösterdiği olumsuz bir tepki olarak tanımlanabilmektedir[382]. Örnek olarak bir işçinin işverene karşı açmış olduğu davada işveren aleyhine tanıklık yapan işçinin çalışma koşullarının kötüleştirmesini verebiliriz. Bu durumda tanıklık yapan kişiye ırk, etnik köken, cinsiyet vb sebeplerle ayrımcı bir davranış yapılmamakta olmakla birlikte mağdurlaştırma sebebiyle ayrımcılık yapılmaktadır. Mağdurlaştırmanın Türk İş Kanunu kapsamında da tanımının yapılmasının gerektiğini düşünmekteyiz.

j) İş ve İstihdam Alanında Kadın-Erkek Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkelerine İlişkin 2006/54/CE sayılı direktif

2006/54/CEE sayılı direktif[383] topluluğun diğer direktiflerine göre en yeni tarihli olanıdır. Topluluğun diğer direktifleri ATAD içtihatları ile birlikte bazı değişikliğe uğramış olup, ilgili direktiflere çok büyük yenilikler getirmeksizin derleyerek hepsinin uyarlaması olarak meydana gelmiştir[384]. Direktifin değinmiş olduğu en önemli husus gebelik ve analık hallerinde pozitif ayrımcılığın yapılması gerekliliğinin vurgulanmış olmasıdır. Cinsel tacize ilişkin eylemlerin ayrımcılık kapsamına gireceği bu direktifte yinelenmiştir.

Direktifin amacı 1. maddesinde istihdam ve meslek konularında kadınlara ve fırsat eşit fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamak olarak belirtilmiştir. Direktifin 2. maddesinde daha önceki direktiflerde de tanımları yapılan doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık ve tacizin tanımları yapılmış bunlara ek olarak ise cinsel tacizin tanımı da direktifte yapılmış olup, ayrımcılık türleri içerisine dahil edilmiştir. Direktife göre cinsel taciz "özellikle yıldırıcı, haysiyet kırıcı, aşağılayıcı ve saldırgan bir ortam yaratarak kişinin onurunu çiğneme amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde arzu edilmeyen sözler veya cinsel fiziksel davranışların ortaya çıkmasıdır" şeklinde tanımlanmıştır[385]. Direktifin 3. maddesinde üye devletlere eşitliğin sağlanabilmesi amacıyla dezavantajlı gruplar lehine pozitif ayrımcılık yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

---

[382] Yücel, s.156
[383] Eur-Lex, Directive 2006/54/CEE, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CE-LEX%3A32006L0054, (10.09.2019)
[384] Aydınöz, s.170
[385] Yücel, s.158

Direktifin 4. maddesinde aynı değerdeki iş için eşit üye devletlere eşit ücret yükümlülüğü getirilmiş, 5. maddesinde sosyal güvenlik programlarında cinsiyete dayanan her türlü doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasaklanmıştır. Direktifin 14. maddesinde istihdam, mesleki eğitim, terfi ve çalışma koşulları bakımından ayrımcılık yasağı ifade edilmiştir.

Direktifin 19. maddesinde ispat yüküne değinilmiş olup, daha önce bahsedilmiş olan 97/80 sayılı yönergeye değişiklik getirilmemiştir. Eşit davranma ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin ispat yükü cevap veren üzerinde bırakılmıştır. 97/80 sayılı direktifi incelerken bahsetmiş olduğumuz üzere Türk Hukuku bakımından ispata ilişkin mevzuat birbiri ile uyumludur.

Direktifin 15. maddesinde kadın işçinin doğum izninden dönüşü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre doğum iznine sahip olan bir kadın, doğum izninin bitiminden sonra, işine geri dönme veya kendisine daha az elverişli olmayan şartlar ve koşullar konusunda eşdeğer bir görevde çalışacak olup bu süre zarfında çalışma koşullarında herhangi bir iyileştirmeden faydalanma hakkına sahip olacaktır. Türk Hukuku kapsamında 6701 s. T.İ.H.E.K.K'nın 3. maddesinde doğuma ilişkin ayrımcılığın açıkça yasaklanmış olması ilgili direktif bakımından olumlu bir gelişme olarak görmekteyiz. Bu maddedeki doğumun kapsamının doğum öncesi ve sonrasını kapsadığını ve bu sebeple doğumdan sonra kadın işçiye yapılacak ayrımcılığı da ele aldığını düşünmekteyiz. Yine 4857 s. İşk'nun 74. maddesi doğum izni ve süt iznini düzenlemektedir, Kadın işçinin iş akdinin bu sebeplerle feshedilmesi halinde kadın işçinin cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığını ve işverenin eşit davranma borcunu yerine getirmediğini iddia etmesinin mümkün olduğundan daha önce bahsetmiştik. Bu bağlamda hukukumuzda kadın işçinin doğum yapması haline ilişkin düzenlemeler olmakla birlikte, ilgili direktifin 15. maddesinde olduğu gibi doğum izni dönüşü bakımından da açık bir hükmün getirilmesinin yerinde olacağını ve kadın işçinin kendisini güvende hissetmesine sebep olacağını düşünmekteyiz.

k) İşçilerin Topluluk İçinde Serbest Dolaşımlarını Düzenleyen 1612/68 sayılı Topluluk Tüzüğü

Topluluk üyesi devlet vatandaşlarının bir başka üye devlette serbest dolaşımı ve istihdamı Birlik Hukukunda birincil kaynaklarda düzenlendiği gibi ikincil kaynaklarda da düzenlenmiştir. 1612/68 sayılı tüzükte serbest dolaşıma ilişkin hükümler detaylı bir şekilde ortaya konulmuş aynı zamanda ayrımcı faaliyetler de yasaklanmıştır.

1612/68 sayılı tüzüğün ikinci maddesi uyarınca işçiler bir başka üye devlette çalışmaktayken o devlet vatandaşları ile aynı önceliğe sahip olacaklardır. Tüzüğün dördüncü maddesi uyarınca devletler bir şirkette istihdam edilen yabancı işçi sayısı ve oranının kısıtlanması gibi ayrımcı uygulamalara gidemeyecektir. Tüzüğün beşinci maddesi işçinin vatandaşı olduğu ülkeden farklı bir ülkede iş araması durumunda bu ülkenin istihdam ofislerinin kendi vatandaşları iş ararken verdikleri desteği diğer devlet vatandaşının iş araması halinde de vermesi gerektiğini düzenlemektedir.

2. Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Ayrımcılık

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması ile 1952 yılında oluşturulmuştur. Avrupa Birliği Adalet Divanı, AB'nin yargı organıdır. Adalet divanı ve genel mahkemeler olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Divanın amacı AB hukukunun yorumlanması ve herkese aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır.Birlik hukuku kurucu antlaşmalar ile hedeflerini ortaya koymaktadır, bu hedeflere ulaşılması ise üye devletlerin bu hedeflere ne kadar uyum sağladığı ile doğru orantılıdır. Avrupa Birliği Adalet Divanı üye devletlerin bu kurallara uyumunu denetlemektedir[386].

Avrupa Birliği Adalet Divanı; divan, mahkeme ve uzman mahkemelerden oluşmakta olup, birlik hukukunu yorumlama yetkisine sahiptir. Bu yetkisini kullanarak tam yargı davaları ve hukuka aykırılık davalarına bakmaktadır. Birlik hukukundan kaynaklı birinci ve ikinci hukuk kuralları kaynaklı uyuşmazlıklar Avrupa Adalet Divanı tarafından çözülmektedir. Bu uyuşmazlıkların çözümünde ise

[386] Güneş,(AB Hukukuna Giriş), s.92

birlik hukuku kurallarını uygulamaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı hukuku uygulayıp yaptığı yorumlar ve hukuk boşlukları sebebiyle hukuk yaratırken içtihat oluşturmakta ve bu içtihatlar da Avrupa Birliği Hukukunun en önemli kaynakları haline gelmektedir[387].

Ayrımcılığa uğradığını iddia eden edenler hak arama yolu olarak Avrupa Birliği Adalet Divanına başvuru yapabilmektedir. Ayrımcılık içeren yaş, ırk ve etnik köken, yaş, cinsiyet, cinsel yönelime dayalı davranışlar direktifler ile yasaklanmıştır. Ancak bu davranışların kapsamlarının neler olduğu genel olarak ATAD kararları ile oluşturulmuş durumdadır. Örneğin 2000/78/EC sayılı direktif özürlülüğe dayalı ayrımcılığı yasaklamıştır. Ancak özürlülüğün kapsamının ne olduğunun tanımı direktif ile yapılmamıştır. C-13/05 sayılı kararına[388] göre hastalık ve özürlülük eş anlamlı kavramlar değildir. İlgili Navas davasında hastalık sebebiyle bir fesih söz konusu olup bu durum özürlülük sebebiyle ayrımcılık kapsamına sokulamamaktadır.ATAD'a göre özürlülük fiziksel, zihinsel veya psikolojik eksikliklerden kaynaklanan ve mesleki yaşama kişinin katılımını engelleyen sınırlamalar olarak kabul edilmektedir[389].

3. Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık Yasağı Denetimi Yapan Diğer Kurumlar

Avrupa Birliğinin en önemli ve asli organlarından biri olan Avrupa Birliği Komisyonu ulusüstü bir özelliğe sahip olup üye devletler tarafından gönderilen üyelerden oluşmaktadır[390]. Komisyon Avrupa Birliği'nin yürütme görevini yerine

[387] Güneş, (ABHukukuna Giriş), s.102; Yücel, s.164

[388] Eur-Lex, Case C-13/05 SoniaChacónNavas v EurestColectividadesSA (2006) ECR I-6467, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0013, 29.09.2019; .ATAD'ın C-13/05 sayılı 11 Temmuz 2006 tarihli Sonia Chacón Navas kararına konu olan olayda, hastalığının uzun sürmesi sebebiyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin, 2000/78/CE sayılı Direktif kapsamında ve engelli olma sebebine dayanarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki iddiası söz konusudur. ATAD, 2000/78/CE sayılı Direktif ile ayrımcılık yasağının düzenlendiği hallerin sınırlı olarak sayıldığına ve uzun süren hastalık halinin engellilikten tamamen farklı içerik taşıyıp Direktif uyarınca öngörülmemiş olduğuna ve bu kapsamda somut olaya kıyas yoluyla 2000/78/CE sayılı Direktif'in uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bunun yanında Divan, uzun süren hastalık sebebiyle uğranılan ayrımcılığın, Topluluk hukukunun bir parçası olan hukukun genel prensiplerinden eşitlik ilkesi uyarınca yasak olduğuna karar vermiştir.

[389] Tekin, s.23

[390] Yücel, s.162

getiren organıdır[391]. Komisyonun görevleri arasında kurucu antlaşmaları korumak, tavsiyede bulunup görüş bildirmek ve Birlik Hukukundaki ihlalleri tespit etmek bulunmaktadır[392]. Komisyon bu görevlerinin gereği olarak üye devletlerin Birlik Hukukundan kaynaklı olarak yükümlülüklerinin ihlali durumunu gözetmektedir. Yükümlülüklerin ihlali halinde ise Adalet Divanı önünde üye devlet aleyhine ihlal davası açmaktadır[393]. Bu durum AB hukukundaki ayrımcılık yasağına ilişkin direktifler kapsamında da geçerli olup, üye devletlerin direktiflerden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda komisyon tarafından Adalet Divanında dava açılıp, üye devlet için yaptırım talep edilebilmektedir.

Avrupa Birliği'nin ana organlarından diğeri olan Avrupa Parlamentosu'nun yasamaya ilişkin, bütçeye ilişkin, denetime ilişkin önemli yetkileri bulunmaktadır. Avrupa Parlamentosunun denetim konusundaki yetkilerinden biri de dilekçe hakkı bağlamındaki yetkileridir[394]. AB vatandaşları kendilerini etkileyen ve birlik hukukunun faaliyet alanında buluna bir konuya ilişkin olarak parlamentoya şikayet başvurusunda bulunabilmektedir Parlamento da bu başvuru üzerine gerekli araştırmayı yaparak uyuşmazlık henüz yargıya taşınmamışsa bir çözüm yoluna gidebilmektedir[395]. Bu sebeple birlik hukukunun antlaşma ya da direktiflerinden kaynaklı ayrımcılık ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu ise AB vatandaşları olayı yargıya taşımadan önce konu hakkında bireysel olarak Parlamentoya başvuru yapabilmektedir

Avrupa Birliği'nde üye devlet temsilcileri insan haklarının geliştirilmesi ve korunması amacıyla gerekli verilen toplanması için yardımcı bir kurum niteliğindeki Temel Haklar Ajansı'nın kurulmasına karar vermiştir. Amacı üye devletlere topluluk kurallarının uygulanmasında temel haklara saygı gösterilmesini sağlamak, bu konuda üye devletlere yardımcı olmak ve teşvik etmek aynı zamanda bu konuya ilişkin bilimsel veriler hazırlamak olan Temel Haklar Ajansı 1 Mart 2007'de fiilen göreve başlamıştır[396]. Kurumun görevleri arasında ayrımcılık ile mücadele de bulunmakta

[391] Güneş, (AB Hukukuna Giriş), s.64
[392] Güneş, (AB Hukukuna Giriş), s.71
[393]Yücel,s.163
[394] Güneş, (AB Hukukuna Giriş), s.89
[395] Yücel, s.164
[396] Yüksel Metin, Abdullah Uz, "**Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı"**, http://www.ayk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/MET%C4%B0NY%C3%BCksel-UZ-Abdullah-AVRUPA-B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0-TEMEL-HAKLAR-AJANSI.pdf, s.1029, (5.10.2019)

olup cinsiyet, ırk renk, dil, din ve benzeri özelliklere sahip kişiler arasında yapılan ayrımcılık ve ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele etmek ve ayrımcı davranışların mağdurlarına tazminat ödenmesine ilişkin çalışmalar yapılması en önemli görevleri arasında sayılmaktadır[397].

IV. AB DİREKTİFLERİ VE ATAD KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI

AB Hukukunda ayrımcılık ile ilgili pek çok direktif düzenlenmiş ve konu hakkında çokça çalışma yapılmıştır. Bu direktifler içerisinde en önem arz edenler ise hem tarih bakımından daha yeni sayılabilecek olması bu sebeple ATAD kararlarının değişmesiyle birlikte gelişmelere daha fazla ayak uydurması hem de içeriği bakımından Türk İş Hukuku'nda daha fazla önem arz edecek olan Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamelede Bulunulması İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 2000/43/CE sayılı direktif, İstihdam ve İş Koşullarında Eşit Muamele İçin Bir Genel Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/CE sayılı direktif ve İş ve İstihdam Alanında Kadın-Erkek Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkelerine İlişkin 2006/54/CE sayılı direktif olmuştur.

AB Hukuku bakımından ayrımcılık ilk kez Roma Antlaşması ile birlikte antlaşmanın 119. Maddesi ile düzenlenmiştir. İlgili madde gereği kadın-erkek arasında eşit ücret uygulanmaya başlanmıştır. Günümüzde ise ayrımcılık AB hukukunun temelini oluşturan bir ideoloji haline gelmiştir.AB Hukukunda ayrımcılık ile ilgili asıl kaynak topluluğun kurucu antlaşmaları olmuştur devamında ise bunu topluluk direktifleri ve Avrupa Adalet Divanı Kararları izlemiştir. AB Hukukunda ayrımcılıkla mücadelenin bugünkü halini almasında ve topluluğun temel prensibi halini almasında en etkili faktör direktifleri de şekillendirmiş olanATAD kararları olmuştur[398].

Doğrudan ayrımcılık kavramı 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı direktiflerde benzer bir durumda olan benzer birine göre daha olumsuz bir muameleye maruz kalmak şeklinde tanımlanmıştır. Belli bir cinse ya da belli bir din

[397] Yücel, s.166
[398]Ellis,s.20

inanca ya da belli bir dünya görüşüne bağlı önyargılar nedeniyle bu topluluk mensuplarına yapılan ayrımcı uygulamalar doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır.

Dolaylı ayrımcılık ise yukarıda da bahsedildiği gibi aslında en çok karşılaşılan ayrımcılık türüdür. 2000/43 sayılı direktife göre dolaylı ayrımcılık en özet hali ile görünüşte tarafsız bir hükmün ya da uygulamanın; ırk, etnik köken, cinsiyet vb durumları sebebiyle başkasıyla karşılaştırıldığında avantajsız konuma getiriyorsa dolaylı ayrımcılık yapılmaktadır. 2000/78 ve 2006/54 sayılı direktiflerin de dolaylı ayrımcılık değerlendirmesi 2000/43 sayılı direktife paralel olmuştur. Dolaylı ayrımcılık kavramının tanımında ATAD içtihatları da açıklayıcı olmuştur. Divan daha eski kararlarında [399] dolaylı ayrımcılık yapılıp yapılmadığını değerlendirirken ayrımcılık kastı bulunup bulunmadığı üzerinde durmuşken sonrasında içtihat değişikliğine gitmiş ve sonraki kararlarında [400] ayrımcılık kastı aramaksızın uygulama sonucu ortaya çıkan durumun ayrımcı bir uygulama yaratıp yaratmadığı üzerinde durmuştur.ATAD'ın dolaylı ayrımcılığa ilişkin yine emsal teşkil edebilecek bir başka kararında kadın erkek arasında görünüşte ayrım yapılmaksızın, çalışanlar arasında performansa dayalı ödüllendirme sistemi bulunmaktadır. Bu durumda işin icrası gereğince erkek çalışanlar ev ve aile sorumluluklarının daha az olması sebebiyle işyerinde daha esnek saatlerle çalışabiliyor oldukları için ödüllendirmeden daha fazla yararlanmışlardır. Divan vermiş olduğu kararında[401]durumun ortaya çıkardığı sonucun kadın işçiler aleyhine olduğunu tespit etmiştir.

Türk Hukukunda olduğu gibi AB hukukunda da bir iş yerinde kısmi süreli çalışanların çoğunun kadın olması ve tam süreli çalışanlara göre daha düşük ücret almaları dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir [402] .ATAD'ınyukarıda bahsedilmiş olan Jenkis v. Kingsgate kararında düşük ücret ödemesinin sebebini ve aynı zamanda kadınlara yönelik cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmadığını ispat edememesi hallerinde eyleminin dolaylı ayrımcılık oluşturacağından söz

[399] Eur-Lex, Case-96/80 Jenkins v. Kingsgate (1981) ECR 911, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61980CJ0096, 29.09.2019

[400]Eur-Lex, Case 170/84 Bilka – Kaufhaus GmbH v Karin Webervon HartzInfo Curia (1986) ECR 1607, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170, 29.09.2019

[401] Eur-Lex, Case 109/88 Handels- ogKontorfunktionærernesForbund I Danmark v DanskArbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss (1989) ECR 3199, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0109, 29.09.2019

[402]Löschnigg/ Hekimer, s.196

edilmektedir. AB hukukunda aslında doğrudan ayrımcılığın farklı bir görünüş şekli olan dolayısıyla ayrımcılık kavramı da yer edinmiş durumdadır. Bu kavram aslında kişinin kendisinden kaynaklanan bir sebeple olmamakla birlikte başkasından kaynaklanan bir sebeple uğradığı ayrımcılığı ifade etmektedir. ATAD'ın konuya ilişkin yukarıda bahsedilmiş olan Bilka-Kaufhaus kararında engelli çocuğuna bakma yükümlülüğü bulunan kadın işçinin çocuğuna bakabilmesi için daha uygun saatler talebinin karşılanmaması ve sonrasında işten ayrılmaya zorlanması durumunu doğrudan ayrımcılık olarak kabul edilmiştir.

Pozitif ayrımcılık ise AB Hukuku kapsamında ilk kez Avrupa Topluluğu Antlaşması ile düzenlenmiştir. ATA 141. Maddesinde üye devletlerin kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanması için dejavantajlı olan gurup lehine bazı önlemleri alması gerektiği vurgulanmıştır. Devamında 2006/54 sayılı direktif de pozitif ayrımcılığı yeniden düzenlemiştir. Pozitif ayrımcılığın Türk Hukukunda olduğu gibi AB hukukunda da eşitliği bozan bir ayrımcılık türü olduğu düşünülmemektedir. Çalışma hayatında kadın-erkek arasında eşitliğin tam anlamıyla sağlanabilmesi için halihazırda iş hayatında daha az aktif olan kadın lehine ayrıcalıklar getirilmesi gerekmektedir. Örneğin belirli bir pozisyon için kadın kotası getirilmesi ve işverenin bu sayı altında kadının çalıştırmaması yükümlülüğü altında bırakılması pozitif bir ayrımcılık olarak görülmektedir[403].

İlgili direktiflerce taciz kavramının da tanımı yapılmış olup bir kişiye karşı küçük düşürücü, düşmanca ve kişinin onurunu kırıcı davranışların direktiflerde sayılan cinsel yönelim, ırk ve etnik köken ya da yaş vb bağlı olarak yapılması hali taciz olarak kabul edilmiş ve ayrımcılık türlerinden biri olarak değerlendirilmiştir.

2000/78/EC ve 2000/43/EC sayılı direktifler kapsamında bir kimseye ayrımcılık yapılması yönündeki bir talimat da ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir.

2000/78/CE sayılı direktifin önemli istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalardan ilki üye devletlerin özürlülüğe ve yaşa bağlı ayrımcılıkla ilgili olarak silahlı kuvvetlerde 2000/78/CE sayılı direktifin uygulanma yükümlülüğün bulunmamasıdır. Diğeri ise ilgili direktifin kamu tarafından yapılan herhangi bir ödemede uygulanmamasıdır. Bir diğer istisna ise kişinin dini ya da inancının çalışacağı

[403]Löschnigg/Hekimer, s.198-199

kurumun değerleri açısından haklı bir sebep oluşturuyorsa üye devletlerin bu durum özelinde direktifi uygulamayabilecek olmasıdır.

Direktifler hukuki çözüm yolları ile ilgili olarak da düzenlemelere yer vermiştir. Üye devletlerin direktifler ışığında belirtilen yükümlülüklerini yerlerine getirmeyerek eşit işlem ilkesini uygulamamaları durumunda haksızlığa uğradığını ileri süren kişilerin adli makamlara başvuru yapabilme imkanları bulunmaktadır.

Direktifler ile kabul edilen Türk hukukunda da kısmen uygulama alanı bulan en önemli düzenlemelerden biri ispata ilişkindir. Yukarıda Türk hukukunda işçinin kuvvetli ve komşu emarelerle ayrımcılığa uğradığını göstermesi durumunda işverenin artık ayrımcılık yapmadığını ispat etmesi gerektiğini belirtmiştik. Birlik Hukukunda da ispat yükümlülüğü olarak adlandırılan bu hükme göre mağdur durumunda olan bireylerin kendilerine ayrımcılık yağıldığına ilişkin yetkili makama ciddi emareler sunmaları durumunda artık şikayet edilen kişi eşit işlem ilkesine aykırı davranmadığı ispat ile yükümlüdür[404]. 2006/45 sayılı direktifin 19. maddesi üye devletlerin ulusal adli sistemlerine uygun şekilde kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması sebebiyle yanlış davranıldığını düşünen kişilerin yetkili makama veya mahkemeye doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğine ilişkin esaslar ortaya koyduklarında eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemlerin alınmasını gerektiğini belirtmektedir. Amaç mağdur kişilerin bu iddialarını ispatlamakta karşılaştıkları güçlüklerin önüne geçilmesidir. Türk Hukuku bu bakımdan AB hukuku düzenlemelerine paralel bir düzenleme benimsemiştir.

Direktifler ile eşit işleme aykırılık durumunda yaptırımların genel çerçevesini belirlemiş olup içeriğini üye devletlere bırakmıştır. Bu yaptırımlar mağdura yapılacak tazminat şeklinde olabileceği gibi mağduriyeti giderici farklı yaptırımların da olabileceği şeklinde yorumlanmaktadır. Ancak tazminat ödemesi şeklindeki yaptırımların caydırıcı ve orantılı olması gerektiğini belirtmiş ve bir üst sınırlama getirmemiştir[405].Oysa ki Türk Hukukunda yukarıda da belirtildiği üzere işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranması durumunda mağdura ödenecek tazminata İş Kanunu ile bir üst sınır getirilmiştir. Bu sebeple Türk Hukuku yaptırımlarının

[404] Yıldız, s.298
[405] Tekin, s.18

caydırıcı olmadığı için eleştirildiğinden bahsetmiştik. Türk Hukuku'nda bulunan yaptırımlar bu hali ile AB hukuku ile de uyumlu görünmemektedir.

V.AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK TÜRLERİ

A. Cinsiyete Dayanan Ayrımcılık

AB hukukunda da Türk Hukukuna benzer ayrımcılık türleri ele alınmaktadır. Bu ayrımcılık türlerinin içerisinde en fazla karşılan ise Türk Hukukunda olduğu gibi AB hukukunda da cinsiyete dayanan ayrımcılık olup AB hukukunda da kadınların iş hayatına dahil edilmesi birliğin en önemli konularından biridir [406] .Cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi de bu sebeple AB Hukukunun temel prensiplerinden biridir[407]. AB hukukunda da toplumsal cinsiyet yaklaşımı da cinsler arasındaki biyolojik, kültürel ve sosyal farklılıkları göz önünde bulundurarak kadın erkeğe eşit fırsat sunulmasını amaçlamaktadır[408].

Ayrımcılık konusu birlik hukukunda ilk başlarda bugünü önemini taşımayan bir konu olmuştur. Zaman içerisinde ise konuya ilişkin ilk düzenleme yukarıda da bahsedilen topluluğun kurucu antlaşmasına Roma antlaşması ile birlikte 119. Madde de kadın erkek arasında eşit işe eşit ücret maddesi eklenmesiyle yapılmıştır. Ancak bu madde de güdülen amaç sosyal anlamda bir eşitlik değil, kadın erkek arasında adil bir rekabet ortamının yaratılması sebebiyle getirilmiş bir hüküm olarak yorumlanmıştır. Daha sonraları konunun öneminin giderek artması ile birlikte yine yukarıda bahsedilmiş olan 75/117 sayılı Kadın ve Erkekler için Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının uyumlulaştırılmasına yönelik direktif ile 76/207 sayılı İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklere Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine ilişkin direktif düzenlenmiştir. Konunun önemi ATAD kararlarına da

---

406 Bahar Konuk, **"Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi"**, https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/20-Bahar-KONUK.pdf, s.1726, (30.09.2019)

407 Manav, s.745, (Ayrımcılıkla Mücadele)

408 AllisonWoodward, "**European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of TransformativePolicy"**, Review of PolicyResearch, Vol. 20 No.1, March 2003, s.66

yansımış ve divanın en önemli kararlarından biri olan C-149/77 sayılı kararında[409] temel insan haklarına saygının topluluk hukukunun prensiplerinden biri olduğu, cinsiyet temeline dayanan ayrımcılığın bertaraf edilmesinin de temel hakların bir parçası olduğu hususu vurgulanmıştır. Yine ATAD'ın C-381/99 sayılı bir başka kararında[410] işçilere yalnızca cinsiyetleri sebebiyle farklı bir ücret ödenemeyeceği hususu vurgulanmıştır.

1999 yılında kabul edilen Amsterdam Antlaşması da kadın erkek eşitliği konulu pek çok düzenleme yapmıştır. Bu antlaşma ile kadın erkek eşitliğinin sağlanması topluluğun hedeflerinden biri olarak sayılmıştır. Ayrıca Amsterdam antlaşması ile[411]ATA'ya getirilen en önemli değişiklik istihdam bölümü olmuştur. Üye devletler de istihdam politikalarını bu ATA'da yer alan istihdam politikasına göre düzenlemekle yüküm tutulmuş olup fırsat eşitliği ile ilgili önemli bir adım atılmıştır.

2006 tarihinde ise kadın-erkek eşitliği konulu direktifler tek bir direktif altında toplanmış ve 2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliğinin uygulanmasına ilişkin direktif düzenlenmiştir. 2006/54 sayılı direktif de bu hususun AB Hukukununtemellerinden biri olduğuna değinmektedir. İlgili direktifin 3. maddesinde bu eşitliğin hayata geçirilmesi için tedbirler alınması gerektiği yani pozitif ayrımcılık yapılmasının da gerekliliği belirtilmektedir. Verilen iş ilanlarının cinsiyet içermemesi gerekmektedir. Yine Türk İş Hukuku bölümünde bahsedildiği gibi her kadın fizyolojik olarak birbiri ile aynı değildir. Bu sebeple bir kadının fizyolojik özellikleri sebebiyle çalışamayacağı ağır bir işte başka bir kadının çalışması pek tabii mümkündür. Bu sebeple ilanların yalnızca erkek ya da kadın için verilmemesi gelen başvurular arasından işin niteliklerine uygun olanlarının tercih edilmesi gerekmektedir[412]. Bu durumun istisnasını ancak yapılacak bir işin belli bir cins tarafından yapılmasının

[409]Eur-Lex, Case-149/77 GabrielleDefrenne v Sociétéanonyme belge de navigationaérienneSabena (1978) ECR 1365, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61977CJ0149, 30.09.2019

[410]Eur-Lex, Case-381/99 SusannaBrunnhofer v Bank der österreichischenPostsparkasse AG. (2001) ECR 4961, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61999CJ0381, (30.09.2019)

[411] Ertan Beceren, A. Murat Kasalak, "Avrupa Birliği İstihdam Stratejisi ve Üye Ülke Stratejilerinin 10 Hedef Kapsamında İstihdama Yönelik Uygulamaları", **Ekonomi Bilimleri Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, 2010, s. 50

[412]Löschnigg/Hekimer, s.198

zorunlu olduğu durumlar oluşturulmalıdır. Örneğin kadın mayoları için çekilecek bir reklam filminde erkek bir aday için başvuru alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Hukukumuzda ve AB Hukukunda cinsiyete dayalı ayrımcılığın mağdurları en çok hamile olan işçiler olmaktadır. Kadın işçinin hamilelik sebebi ile işe alınmaması yahut iş görüşmesi sırasında hamile olup olmadığı hakkında soru yönetilmesi de Türk Hukuku'nda ayrımcı kabul edilen bir davranış olduğu gibi AB Hukukunda daayrımcı bir davranış türü olarak kabul edilmektedir.76/207 sayılı direktif ile kişinin medeni hali ve aile durumu hakkında sorular sorulması yasaklanmıştır. Bu nedenle kadın işçiye hamile olup olmadığı, çocuklarının bulunup bulunmadığı, çalışma saatleri sırasında çocuklarla kimin ilgileneceği gibi sorular sorulamaz Nitekim hamileliğin işine engel olması durumu dışında kadının yalnızca hamileliği sebebiyle çalışma hakkının elinden alınmaması gerekmektedir. ATAD'ınyukarıda bahsedilen hamilelik ilgili C-177/88 sayılı kararında da kadın işe alınmama sebebinin hamileliği olması durumunu ayrımcılık olarak kabul ettiği görülmektedir. Yine ATAD'ın bir başka kararında[413]hamileliğin hiç bir biçimde bir kadının işten çıkartılabilmesine imkan veren patolojik bir durum veya tıbbi nedenlerden kaynaklanan bir devamsızlık haline indirgenemediği belirtilmiştir. Bu nedenle olumsuz veya aleyhte tutumun hamilelik veya buna bağlı bir nedenden kaynaklandığı tespit edildiği takdirde başka herhangi bir kıyasa gerek kalmaksızın ayrımcılık yapıldığı sonucuna varılmıştır. Kaldı ki aksi yönde bir görüş Gebe İşçilerin Korunmasına ilişkin 92/85 sayılı direktife de aykırılık içerecektir. Daha önce bahsedildiği üzere işverenin gebe işçisinin bulunması durumunda gebe işçisinin risksiz bir şekilde iş görmeye devam edebilmesi için gerekli önemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır.

ABHukukunda iş ilişkisinde Cinsel taciz cinsiyete dayalı bir ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. Bir işçinin iş ilişkisi içerisinde tacize maruz kalması durumunda işverenin önlem almaması ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir[414]. Bu kapsamda amacı üye devletlerin tarafından işe alınacak, işte yükseltilecek, mesleki eğitim alacak işçiler bakımından eşit koşulların uygulanması ve fırsat eşitliği olan 2006/54 sayılı yönergede cinsel taciz ve cinsel tacizi reddeden işçiye daha az lehe

[413]Eur-Lex, Case-32/93, CaroleLouiseWebb - EMOAir Cargo (UK) Ltd. (1994) ECR 3567,https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0032, (30.09.2019)
[414]Löschnigg/Hekimer, s.197

davranılması ayrımcılık kapsamına alınmıştır[415]. Gerçekten de2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı direktiflerde cinsel taciz doğrudan ve cinsiyete dayanan ayrımcılığın türü olarak düzenlenmiştir.2002 yılında, 76/207/EEC sayılı direktifin değiştirilmiş olduğundan ve 2002/73/EEC sayılı yeni direktifte eskisinden farklı olarak doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz kavramlarının tanımları yer aldığından da yukarıda bahsetmiştik. Bu direktifin değiştirilmesinin amacı da cinsel tacizin çok yaygın hale gelmesi ve tanımlarının yapılarak cinsel tacizin artık yalnızca doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın bir türü değil başlı başına ve ayrıca bir ayrımcılık çeşidi olarak değerlendirilmesi gerektiğidir[416]. Yönergenin gerekçesinin de işyerinde taciz ve cinsel taciz ile mücadele ve konu ile ilgili önlemlerin alınması olduğu belirtilmiştir. Cinsel taciz bakımından önem arz eden bir diğer husus ise hangi davranışın cinsel taciz sayılıp hangi davranışın sayılmayacağı hususu olmuştur. Kültürel bakımından birbirinden çok farklı olan üye devletlerden biri için cinsel taciz niteliği taşıyan bir davranış diğeri için taşımayabilecektir. Bu sebeple üye devletlerin cinsel taciz oluşup oluşmadığı hakkındaki değerlendirmelerini kendi sosyal ve kültürel toplumlarını dikkate alarak yapmaları gerekmektedir[417].

2002/73 sayılı direktif cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması için talimat verilmesini de ayrımcılık olarak değerlendirmekte, ancak talimatın kapsamı hakkında tam bir açıklık bulunmamaktadır. Teşvik edici davranışlarda bulunmak talimat şeklinde yorumlanabilecek olup talimatların nasıl olacağı mahkeme içtihatları ile anlaşılması gereken bir hususdur[418].

Hukukumuzda ise iş ilişkisinde cinsel taciz İş Kanunu bakımından ayrımcılık türü olarak düzenlenmemiş olup işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde ele alınmaktadır.4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. ve 25. Maddelerinde yukarıda da bahsedildiği üzere cinsel taciz iş akdinin feshinde geçerli bir neden olarak değerlendirilmiştir. Madde 24'e göre işçi işyerinde işvereni tarafından cinsel tacize

---

[415] Konuk, s.1732; Yücel, s.176

[416] Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 31, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf, (30.09.2019)

[417] M. James Owens, M. GlennGomes, F. James Morgan, **"SexualHarrassment in theEuropeanUnion: TheDawning Of a New Era"**, SAM Advanced Management Journal, Vol. 69 No. 1, Winter 2004, s. 5

[418] Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, **"Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı"**, s. 33, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf, (30.09.2019)

uğruyor ya da bir başkası tarafından uğramakla birlikte işvereni gerekli önlemleri almıyor ise haklı sebeple iş akdini derhal feshedebilmektedir. Aynı şekilde işveren de madde 25 kapsamında işçisinin bir başka işçiyi cinsel olarak taciz etmesi durumunda iş akdini derhal feshedebilecektir. AB'ye uyum sürecimiz düşünüldüğünde ise cinsel tacizin taraflara yalnızca fesih hakkı vermesi görüşümüzce yetersiz görünmektedir. İş Kanunu kapsamında cinsel tacizin tanımı yapılması, cinsel tacizin bir ayrımcılık türü olarak düzenlenmesi ve alınması gereken önlemlerin İş Kanunu'nda sayılmasının uyum sürecimiz kapsamında daha sağlıklı olacağını düşünmekteyiz.

2006/54 sayılı direktif ile cinsel yönelime dayanan ayrımcılık da yasaklanmaktadır. 2000/78 sayılı direktif ile de cinsel yönelime dayalı olarak ayrımcılık içeren davranışların doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yaratacağı açıkça düzenlenmiştir. Hukukumuzda bu konu da açıkça ayrımcılık türü olarak sayılmamış olup konu yoruma açık olarak gözükmektedir. Görüşümüzce cinsel taciz ve cinsel yönelime dayanan ayrımcılığın da AB hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da açıkça düzenlenmesi daha sağlıklı sonuçlar ortaya çıkartacaktır.

AB hukukunda cinsiyete dayanan ayrımcılık uygulamalarının önemli bir bölümü kısmi süreli çalışma nedeniyle oluştuğu tespit edilmiştir[419]. Bazı meslek dallarına kabulde kıdemin arandığı hallerde kısmi süreli çalışanların daha dezavantajlı bir konumda bulunmaları sebebiyle açılan davalarda ayrımcılığa sebep olan uygulamalar işçilerin mesleki yeteneklerine dayandırılmaya çalışılmışsa da bu uygulamada yüksek oranda kadın işçinin etkilenmesi nedeniyle gösterilen haklılık nedenlerini kabul edilmemiş ve 76/207 sayılı direktife aykırılık oluşturduğuna karar verilmiştir[420].

[419] Kübra Doğan Yenisey, **"Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları"**, https://www.google.com/search?q=kad%C4%B1n+erkek+e%C5%9Fitli%C4%9Fi+bak%C4%B1m%C4%B1ndan+t%C3%BCrk+i%C5%9F+hukukunun+avrupa+birli%C4%9Fi+hukuku+ile+olas%C4%B1+uyum+sorunlar%C4%B1&rlz=1C1_____enTR473&oq=kad%C4%B1n+erkek+e%C5%9Fitli%C4%9Fi+bak%C4%B1m%C4%B1ndan+t%C3%BCrk+i%C5%9F+hukukunun+avrupa+birli%C4%9Fi+hukuku+ile+olas%C4%B1+uyum+sorunlar%C4%B1&aqs=chrome..69i57.31672j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8, Kamu-İş, Cilt:6, 2002, s.27, (30.09.2019), (Uyum Sorunları)

[420] Eur-Lex, Case C-100/95,BrigitteKording - Senatör fürFinanzen, (1997), ECR 5289, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0100, (30.09.2019)

B. Dini İnanç, Felsefi ve Siyasal Düşünceye Dayanan Ayrımcılık

2000/78 sayılı direktife göre ayrımcılık çeşitlerinden biri din ve inançtır. Belirli bir dine mensup olmak ya da belirli bir dünya görüşüne sahip olmak o işi ifa etmenin vazgeçilmez unsuru yani objektif gereği ise bu durum ayrımcılığın istisnasını oluşturabilecektir[421]. Ancak bunun dışında bir çalışana ya da adaya yalnızca dini inancı yahut dünya ve felsefesi görüşü nedeniyle ayrımcılık yapılması ilgili direktif ile yasaklanmıştır. Dini ayrımcılık kişinin mensup olduğu dine ilişkin olarak yapılabildiği gibi, kişinin o dinin mensubu olamamasına rağmen, dine mensup sanıldığı için de yapılabilmektedir[422].

Kişinin yalnızca müslüman ya da yahudi olmasından kaynaklı uğradığı daha az lehe muamelenin doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirildiği gibi, kişinin dini inanışı sebebiyle örneğin namaz kılması ya da kiliseye gitmesi sebebiyle uğradığı ayrımcı davranışlar da doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir. İşverenin dini görüşü sebebi ile başka bir dine mensup kadınla evli olmanın dinen yasak olması halinde işçisinin başka dine mensup bir kadınla evli olduğu için iş sözleşmesini sonlandırması durumunda, işverenin bu eylemi de doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir[423]. Din ve inanç ayrımcılığı dolaylı ayrımcılık olarak da birlik hukukunda sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Örneğin işyerinde birden fazla gün tatil günü olarak ayarlanabiliyorken Pazar günleri işçilerin izin kullanılmasına izin verilmemesi durumunda bu durumdan en çok Hristiyan işçiler olumsuz etkilenecek olup dolaylı bir ayrımcılığın varlığından bahsedilebilecektir[424].

ATAD kararları da direktiflere uygun şekilde din ve inanç sebebiyle ayrımcılığı yasaklamaktadır. Divanın vermiş olduğu örnek bir kararda[425] Belçika'da yaşayan ve başörtüsü takan bir kadın dini inançlarını gösterir kıyafet giymenin yasak olması sebebiyle işten çıkartılmıştır. Divan vermiş olduğu kararda belirli bir dine ya da inanca sahip kişiler için özel olarak dezavantajlı bir durum yaratıyorsa, böyle bir

[421] Löschnigg/Hekimer, s.198
[422] Yücel, s.198
[423] Yücel, s.198
[424] Yücel, s.199
[425] Eur-Lex, Case-157/15, SamiraAchbita, 2017, DigitalReports, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0157, (30.09.2019)

yasağın ayrımcılık oluşturabileceğini belirtmiştir. Yasağın haklı gösterilebilmesi için ölçülü olması gerekmektedir.

Divan'a göre, bir işverenin dini, felsefik ve dünya görüşü taşımayan tarafsız bir imajyaratmak istemesi onun işyeri kurma özgürlüğünün bir parçasıdır. Ancak bu yasağın ölçülü ve haklı olabilmesi için yasağın kapsamının müşterilerle iletişime geçen çalışanlara ilişkin olması gerekmektedir. Bu durumda da çalışanı işten çıkarmak yerine, onun müşterilerle yüz yüze iletişime geçmesini gerektirmeyecek bir pozisyona alınmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmeleri gerekecektir.

Yine divanın vermiş olduğu benzer konulu bir başka kararda[426] ise Fransa'da bir müşteri başörtüsü ile çalışan bir kadını şikayet etmiş olup bunun üzerine kadın işçinin iş akdi sonlandırılmıştır. Divana göre mesleğin özelliği gerçek ve belirleyici bir zorunluluk ise, AB üyesi devletler bu hususlara ilişkin farklı muameleleri ayrımcılık olarak kabul etmeyebilirler. Ancak, din ve inançla ilgili olarak az sayıda gerçek ve belirleyici bir zorunluluk söz konusu olabilmektedir. Konunun öznel değil, sadece nesnel değerlendirilmesi gerekmektedir. Divan'a göre, işverenin belli bir müşterinin isteklerini dikkate alarak hareket etmesi nesnel değil, öznel bir değerlendirmedir. Bu sebeple, ilgili direktif kapsamında değerlendirildiğinde bu konu haklı sebep içerisine sokulamamaktadır.

C. Irk ve Etnik Kökene Dayanan Ayrımcılık

Irka dayalı ayrımcılık yapılmaması üye devletlerin birbirinden farklı ırklar barındırıyor olması sebebi ile AB hukuku açısından oldukça önemlidir. Ayrımcılık yasağı AB Hukukun'da ilk kez Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinde düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi genel olarak eşitliği düzenlemekte olup, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada ırk nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağını belirtmektedir.

AB hukukunda ırk ve etnik kökene dayanan ayrımcılık ile ilgili en geniş yasak ise 2000/43 sayılı direktif ile düzenlenmiştir. İlgili direktifin 13. Maddesi üye

[426]Eur-Lex, Case-188/15, Asma BougnaouiandAssociation de défensedesdroits de l'homme (ADDH) v MicropoleSA, 2017, Digital Reports, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0188, (30.09.2019)

devletlere ırk ve etnik kökene dayanan ayrımcılığın önlenmesi için bazı organlar oluşturulmasına ilişkin yükümlülükler de yüklemektedir. Bu şekilde eşitliğin hayata geçirilmesi amaçlanmaktadır. Direktif AB'nin ırk ayrımcılığı ile ilgili mücadelede en güçlü araçlarından biri olup AB sınırları içerisindeki herkesi kapsamaktadır[427].

Irk ayrımcılığına ilişkin bir başka düzenlemeye Avrupa Sosyal Şartında da yer verilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı'nda diğer belgelerden farklı olarak pozitif ayrımcılık da düzenlenmiştir.

AB hukukunda açıkça sayılan ayrımcılık türleri arasında yalnızca ırk ve etnik köken bulunmaktadır. Dil ve renk açıkça ifade edilmemiş olsa da ırk ve etnik kökenin uzantısı olup yasağın bu kavramları da kapsadığı düşünülmektedir[428].

Irk ayrımcılığına ilişkin davalar genellikle AİHM'de görülmektedir[429]. Örnek oluşturabilecek bir dava olan Aziz-Kıbrıs davasında Aziz-Kıbrıs davasında, başvurucu Kıbrıs Türkü olması nedeniyle oy verme hakkından mahrum bırakılmasını şikayet konusu yapmıştır.Kıbrıs mevzuatına göreise , Kıbrıs Türkleri ve Kıbrıs Rumları parlamento seçimlerinde sadece kendi etnik toplumlarından adaylar için oy vermektedir. Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'ı işgal etmesinden sonra ise, Türk toplumunun büyük çoğunluğu bölgeyi terk etmiş ve parlamentoya katılımları askıya alınmıştır. Dolayısıyla, Kıbrıs Türkü olan davacının oy verebileceği etnik kökeninden bir aday bulunmamaktadır. Hükümet, davacının oy verebileceği aday olmaması gerekçesi ile oy kullanmasına izin vermemiştir. AİHM ise, seçim kurallarıyla Kıbrıs Türk toplumu arasındaki bağlantı, hükümetin yeni durum karşısında seçim kurallarında değişiklik yapmamasıyla birlikte, etnik köken temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturduğunu kanaat etmiştir[430].

Yasağın istisnasını ise belli bir ırk ya da etnik kökene sahip olmanın o işin temel unsuru olduğu durumlar oluşturabilecektir. Bu durumda artık ayrımcılık eyleminden bahsedilemeyecektir. Direktif üye devletlerin farklı davranmayı haklı

---

[427] Yıldız, s.137

[428] Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, **"Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı"**, s. 105, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf, (30.09.2019)

[429] Gizem Yılmaz, **"AB Hukuku Düzleminde Irk Ayrımı ve Ayrımcılık Yasağı",** s.16, 2014, https://www.academia.edu/9994610/AB_HUKUKU_D%C3%9CZLEM%C4%B0NDE_IRK_AYRIMI_ve_AYRIMCILIK_YASA%C4%9EI, (30.09.2019)

[430] Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, **"Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı",** s. 27, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf, (30.09.2019)

kılan sebepleri varsa bu davranışın mümkün olduğundan bahsetmektedir. Ancak üye devletlerin farklı davranışında orantılı olması gerekmektedir[431].

Direktifte etnik kökeninin tam olarak neyi kast ettiği anlaşılmamakla birlikte etnik köken kavramı ortak bir dili kullanan, ortak bir edebiyata sahip olan, ortak bir coğrafi kökenden gelen kişiler olarak yorumlanmaktadır[432].

D. Yaş Nedeniyle Ayrımcılık

AB Hukukunda yaş nedeniyle ayrımcılığa 2000/78 sayılı direktif ile değinilmiştir. İlgili direktifte bir yaş tanımı yapılmamış olup, direktif hem genç yaştaki işçileri hem de ileriki yaştaki işçileri koruma altına almayı amaçlamaktadır. İlgili direktif kapsamında yaşa dayalı ayrımcılık yapılamaz. Ancak direktifin altıncı maddesinin yorumundan üye devletlerin farklı yaklaşımlarını haklılaştırabilmeleri durumunda ayrımcı olmayan farklı davranışların hukuka uygun olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır[433].

Yaş bakımından ayrımcılığı haklı kılabilecek sebepler diğer ayrımcılık türlerine göre daha özellikli olduğu kabul edilmektedir[434]. Direktife göre farklı işlemin ayrımcılık oluşturmamasının iki temel haklı nedeni vardır bunlar işin niteliğinin bunu gerekli kılması ve pozitif ayrımcılıktır. Bu istisnalardaki amaçlara ulaşılabilmesi için de izlenen yöntem ve uygulamanın gerekli olması gerekmekte olup, yapılan farklı davranış olmadan istenilen amaca ulaşılamıyor olması gerekmektedir[435].Örneğin ATAD tarafından verilmiş olan kararda[436] iş akdi feshedilen bir işçinin ihbar tazminatına 25 yaşından önceki çalışmaları dahil edilmemiştir. Davacı ise tazminatına 25 yaş altındaki çalışma süresinin de dahil edilmesini savunmaktadır. Divan tarafından 25 yaş altındaki çalışmanın ihbara dahil edilmemesi topluluk hukukuna aykırı bulunmuştur. Çünkü bu husus yukarıda bahsedilen yaş istisnaları ile ulaşılmak istenen amaçlardan biri olarak görülmemiştir.

---

[431] Barnard, s.413-414
[432] Barnard, s.386-387
[433] Yıldız, s.154
[434] Peter Hantel, **"Europaisches Arbeitsrecht mit zahlreichen Beispielsfallenaus der Rechtsprechungdes Eugh"**, Berlin, Heidelberg, Springer, 2016, s.132
[435] Yıldız, s.154
[436] Eur-Lex, Case-555/07, Seda Kücükdeveci v SwedexGmbH&Co, 2010, ECR 365, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0555, (05.10.2019)

ATAD kararlarında bu istisnaların yorumlanmasında dar yorum yapılması gerektiğine dikkat çekilmektedir[437]. Birlik hukukunda pilotluk, polislik, itfaiyecilik gibi meslekler genellikle bu istisnalar kapsamında değerlendirilmektedir. Bu mesleklerde fiziki gücün mesleğin gereği olması sebebiyle yaşın burada dikkate alınması gerekmektedir[438]. Yaşın istisna olarak değerlendirilmesinin diğer sebebini ise kamu düzeni ve toplum güvenliği oluşturmaktadır. Birlik hukukunda değerlendirme bu şekilde yapılmakla birlikte ATAD kararlarında pilotlar bakımından iş sözleşmesinin sonlandırılmasında yaş faktörünü haklı kılan sebepler arasında değerlendirilmediği kararları da bulunmaktadır. ATAD'ın vermiş olduğu bir karara göre[439] mesleki sebeplerin gerekli kılması sebebi pilotlar bakımından haklı sebep olarak değerlendirilmemiştir. Mahkemeye göre pilotların yetenek ve fiziksel kapasiteleri bakımından yaptıkları iş düşünüldüğünde yaş sebebiyle erken işten çıkartılmaları kamu güvenliği açısından gerekli bulunmamıştır. Ancak divan kararlarında [440] örneğin itfaiyeciler bakımından mesleki gereklilik olarak kabul edilmiş ve haklı sebep sayılmıştır. Divanın pilotlar bakımından vermiş olduğu bazı aksine kararlar bulunsa da birlik hukukunda polis, itfaiyeci, polis, otobüs şoförü gibi meslekler genellikle yaş ayrımcılığının istisnası kapsamında değerlendirilmiştir. Bu meslek mensupları kendi iradeleri emeklilik olmasa da mesleklerinin önemli bir kısmı fiziki güç gerektirdiği için iradeleri dışında erken emekli edilebilecekleri görüşümüzce de uygundur. Bu durumun temel sebebini ise üçüncü kişilerin güvenliği yaklaşımı oluşturmaktadır. İlgili kişilerde yaş sebebiyle fiziki güç kaybı sonucu ortaya çıkabilecek mesleki yetersizliğin kamu güvenliğini de tehlikeye atabileceği düşünüldüğünde savunulmakta olan görüşün haklı olduğunu düşünmekteyiz.

Birlik Hukukunda, Türk Hukukunun aksine toplu iş sözleşmesinde bulunması halinde iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin hükmün birlik hukukunca uygun bulunma ihtimali bulunmaktadır. Divan zorunlu emekli yaşı ile ilgili olarak vermiş

[437] Ünal, (Yaş ve Emeklilik), s.319

[438] JobstHubertusBauer, Steffen Krieger, "**Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz"**, München, Beck, 2015, s.8

[439] Eur-Lex, Case-447/09, ReinhardPriggeandOthers v Deutsche Lufthansa AG., 2011, ECR 8003, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0447, (30.09.2019)

[440] Eur-Lex, Case -229/08, ColinWolf v Stadt Frankfurt am Main, 2010, ECR 1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0229,(30.09.2019)

olduğu bir kararında[441] bu durumun yaşa ilişkin bir ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmiştir. Divan kararına göre emekli edilip makul bir tazminata da hak kazanacak işçi bakımından bu uygulama ölçülülük ilkesine uygun bulunmuştur.

İKİNCİ KISIM
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK İLE İLGİLİ DİĞERÖNEMLİ BELGELER

I. AYRIMCILIK HAKKINDA AVRUPA BİRLİĞİ VE ÜYE DEVLETLERİN TARAF OLDUĞU DİĞER ÖNEMLİ ANTLAŞMALAR

A. Birleşmiş Milletler Belgeleri

1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 1948 yılında kabul edilmiş olup, tüm insanlara eşit haklar tanıyan bir belge niteliğindedir. Bildirgenin 1. Maddesi'nde; "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar." ifadesi, 2. maddesi'nde; "Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayrım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir." ifadesi yer almaktadır.

Bildirgenin 23. maddesinde çalışma hayatı ile ilgili olarak eşitlik ilkesine değinilmiş ve "Herkesin, herhangi bir ayrım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır." hükmüne yer verilmiştir.

Bildirgenin hukuki açıdan bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır[442]. Ancak bildirgede eşitliğin çok vurgulanması sebebiyle uluslararası hukukun referansı olmaktadır[443]. Bildirgede yer alan maddeler, genel olarak insanlara nasıl davranılması gerektiğini dile getirmektedir. Bütün insanların haklar ve sahip olduğu

[441] Eur-Lex, Case-411/05, FélixPalacios de la Villa v CortefielServiciosSA, 2007, ECR 8531, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0411, (05.10.2019)
[442] Senyen Kaplan, s.227
[443] Pir Ali Kaya, **AvrupaBirliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Nobel Yayınları, Bursa, 2009, s. 25

onur bakımından eşit doğduklarını kabul etmektedir. Bildirgeye taraf olup imza atmış devletler, insansal etkinliklerin gerçekleştirilmesinin ve böylece insan olmanın koşullarını sağlamanın yolunu açmış olmaktadır. Bildirgeye taraf olan devletler insan haklarını korumanın sözünü vermiş olmaktadır. Daha adil bir dünya ortamı insanların korunan haklarıyla gerçek kılınmaktadır. Bu yüzden İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi bugüne kadar üzerinde en fazla devletin uzlaştığı bir belge niteliğindedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine ek olarak hazırlanan sözleşme niteliğindeki Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi düzenlenmiştir. Sözleşmenin 2. maddesinde, herkesin yasa önünde eşit olduğu ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit biçimde korunma hakkına sahip olduğu husus belirtilmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine ek olarak kabul edilen bir diğer belgedir. Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda cinsiyet eşitliği yer almaktadır. Buradaki düzenleme; "Bu Sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede öne sürülen tüm ekonomik, toplumsal ve kültürel haklardan erkeklerle kadınların eşit olarak yararlanma hakkını tanır" şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından da 6 Nisan 1949 tarihinde Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilmiş ve 27 Mayıs 1949 tarihinde Resmi Gazete de yayınlanmıştır[444].

2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Sözleşme 1966 yılında imzalanmış olup, 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından da 2000 yılında imzalanmıştır. İlgili sözleşme çalışma hakkı, adil yargılanma hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı gibi bir çok temel hakkı düzenlemektedir[445].

İlgili sözleşmenin 2. maddesine göre taraf devletler sözleşmede düzenlenen hakları ırk, cinsiyet, din, dil, ırk, toplumsal ve etnik köken gibi ayrımlar yapmadan herkes bakımından uygulamakla yükümlüdür. Sözleşme de cinsiyet ayrımcılığı

[444] Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf , (22.06.2019)
[445] İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/-2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf, , (26.09.2019)

ayrıca vurgulanmış olup sözleşmenin üçüncü maddesi " Bu sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt eder" şeklindedir.

Sözleşmenin 7. maddesinde adil çalışma hakkı düzenlenmektedir. İlgili maddeye göre çalışma hakkı hiçbir sebeple kimseye yapılmaksızın uygulanmalıdır. Çalışanların işinde ilerlemesinde kıdemden başka ölçüye tabi tutulmayacağı belirtilmiştir. Kadın erkek eşitliği bu madde kapsamında da ayrıca vurgulanmıştır. Maddenin ilgili fıkrası "adil ücretler ve eşit işlere, hiçbir ayrım yapılmaksızın eşit ödeme, özellikle kadınlara, kendilerine sunulan çalışma koşularının erkeklerin koşullarından daha aşağı olamayacağı ve aynı iş için aynı ücreti alacakları konusunda güvence verilmesi" ne ilişkindir.

Sözleşmenin 10. maddesi kadınlar ile ilgili olarak sosyal güvenlik açısından özel bir hüküm öngörmektedir[446]. İlgili madde kadın işçilere doğumdan önce ve doğumdan sonra özel bir koruma sağlayarak ücretli izin hakkı vermektedir.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sözleşmesi, iş hayatında kadın erkek eşitliğini özellikle vurgulamış olması bakımından önemli bir sözleşmedir.

3. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Millet Genel Kurulunca 1979'da kabul edilmiş ve 19 Ocak 1986'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Birleşmiş Milletler belgesi niteliğindedir. BM'ye yalnızca devletler üye olabildiğinden aslen Avrupa Birliği, Birlemiş Milletlere üye değildir. Ancak BM üyelerine bakıldığında, AB üyesi devletlerin BM'e de üye oldukları görülmektedir [447] . Bu sebeple CEDAW'ın da bu başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, kadınların haklarını düzenleyen bir sözleşme değildir. Bu amaçla oluşturulmuş bir sözleşme, kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olmadığı

[446] Yemişken, s.57
[447]United Nations, **MemberStates**, https://www.un.org/en/member-states/index.html,(17.06.2019)

anlayışını kabul etmiş olurdu. Bu sebeple CEDAW, yalnızca kadınların sahip olduğu haklarının hayata geçirilmesi durumunda karşılaşılan ayrımcılık biçimlerini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

CEDAW'ın kabul edilmesiyle birlikte cinsiyet ayrımcılığı esas anlamda ilk kez ele alınmıştır. CEDAW, "kadınların insan hakları bildirgesi" olarak da ifade edilmektedir[448].

CEDAW kadınların haklarını daha fazla koruma düşüncesinden yola çıkılarak hazırlanmıştır [449] . CEDAW'ın hazırlanmasının sebepleri arasında o güne dek kadınların haklarının korunmasına yönelik pek çok sözleşme hazırlanmasına rağmen uygulamada cinsiyet ayrımcılığının devam etmesi, kadının toplumdaki yerinin halen evin sorumluluklarının yerine getirilmesi ve çocukların yetiştirilmesi olarak görülmesi önemli bir faktör olmuştur. CEDAW'ın gerekçesinde işte kadının bu rolünün, erkeğin rolü ile birbirine yaklaştırılması yani rollerin paylaştırılması düşüncesiyatmaktadır.

Sözleşmenin ilk maddesinde ayrımcılığın tanımı yapılmış olup CEDAW'a göre ayrımcılık; "Kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı Bu Sözleşmenin amacı bakımından "kadınlara karşı ayrımcılık" terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayrım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir." şeklindedir. Bu tanımdan sözleşmenin yalnızca doğrudan ayrımcılığı değil dolaylı ayrımcılığı da yasakladığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki ilgili madde metninde "..hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran.." ifadesi yer almaktadır. Yani davranış doğrudan ayrımcılık amacı gütmese de sonucunda kadınlara karşı ayrımcı bir nitelik taşıyor ise bu davranış da ayrımcılık kabul edilmiş olup, devletlere geniş anlamda bir ayrımcılık yasağı konulmuştur.

CEDAW'ın çalışma hakkı başlıklı 11. Maddesinde kadının çalışma hakkı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İlgili maddenin 1. Fıkrasının c ve d bentleri;

[448]BihterinDinçkol, "Kadın – Erkek Eşitliği için Pozitif Ayrımcılık", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4, Sayı:8, Güz:2005/2, s.108
[449]Dinçkol,s.108

"Mesleğini ve işini serbestçe seçme hakkı, meslekte ilerleme hakkı, iş güvenliğine sahip olma ve hizmet karşılığı imkanlardan ve menfaatlerden yararlanma hakkı ile, çıraklık eğitimi, ileri düzeyde mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi gibi mesleki eğitim ve yenileme eğitimi alma hakkı; d) Tazminatlar da dahil eşit ücret alma, ve eşit değerde yapılan işe karşı eşit muamele görme ile birlikte işin niteliğinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkı" şeklinde olup eşit değerde işe karşı eşit ücret ilkesi burada da yerini almıştır. 11. Maddenin 2. Fıkrasının a bendinde ise kadına karşı hamilelik ve annelik sebepleriyle kadına karşı yapılacak ayrımcılığı yasaklamıştır. İlgili bent; "Hamilelik veya annelik izni sebebiyle işe son verilmesini ve medeni duruma dayanılarak işten çıkarma şeklinde ayrımcılık yapılmasını cezaya tabi tutarak yasaklar" şeklindedir.

B. Avrupa Konseyi Belgeleri

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

4 Kasım 1950'de imzalanan ve 3 Eylül 1953'de yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi niteliği gereği İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre daha dar kapsamlı bir sözleşmedir. Sözleşme de daha çok medeni ve siyasal haklar düzenlenmiştir. Ancak sözleşmeyi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre farklı kılan özellik sözleşmeyi kabul eden devletlere sözleşmedeki maddelerin uygulanması bakımından yasal zorunluluklar getiriyor olmasıdır[450]. AİHS'nin düzenlenme amacı da bu yaptırımlardır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi uluslararası hukuki bir antlaşma niteliğini haiz bir belge değildir, ancak uluslararası bir sözleşme niteliğinde olan AİHS'nin kaynağını teşkil etmiştir.

AB Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi birbirleri ile oldukça yakın ilişkilidir. AB'nin tüm üyeleri AİHS kabul etmiş ve onaylamışlardır. Sözleşmenin özellikle 14. Maddesi ve bazı diğer maddelerinde doğrudan ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir.

Sözleşmenin İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü başlıklı 1. maddesi; " Yüksek sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu

[450] Kaya, s.31

sözleşmede açıklanan hak ve özgürlükleri tanır" şeklindedir. Sözleşmenin işbu ilk maddesinin önemi sözleşmenin diğer maddelerini dolayısıyla ayrımcılık yasağını konu alan 14. maddesini de koruma altına almasıdır. Bu sebeple ilk madde de sözleşmenin ayrımcılık yasağıyla ilgili maddeleri arasında değerlendirilebilmektedir.

Sözleşmenin Adil Yargılanma Hakkı başlıklı 6. maddesi; "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir… Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır." şeklindedir. Bu madde ile suçluluğu yasal olarak sabit olmayan kişilerin hak mahrumiyeti ile karşılaşmayacakları güvence altına alınmıştır. Ayrıca ilgili maddeden adil yargılanma hakkından herkesin faydalanabileceği anlaşıldığından ilgili maddenin de adil yargılanma hakkı kapsamında kimseye ayrımcı muamele edilemeyeceği ortaya konulmuştur[451].

Sözleşmenin 14. maddesi; "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır" şeklindedir. Bu madde ile hak ve özgürlüklerden yararlanılırken insanların çeşitli sebeplerle ayrımcılığa maruz bırakılması yasaklanmıştır.

Ancak AİHS'nın 14. maddesindeki ayrımcılık yasağı diğer sözleşmelere görece sınırlı bir yasaktır. Şöyle ki bu yasak ulusal anayasalarda yer alan genel bir ilke olmayıp yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişilere tanınan hak ve özgürlükleri kapsamaktadır[452]. Bu sebeple de sözleşme ile tanınmamış olan fakat hukukta yer alan hak ve özgürlükten yararlanırken ayrımcılık mağduru kimse AİHM'e başvuramaz. Fakat daha sonra çıkarılan 12 Numaralı Ek Protokol ile genel bir ayrımcılık yasağı getirilerek iç hukukta tanınan hak ve özgürlükler de bu kapsama dahil edilmiştir.12 Numaralı Ek Protokol ile yasağınkapsamını genişletmiştir. Ek 12 No'lu protokolde; " Tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle

[451] Altınordu, s.21
[452] Altınordu, s.23

hazırlanmıştır. Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, alınacak tedbirlerin objektif ve makul bir gerekçeye dayanması şartıyla taraf devletleri tam ve etkin bir eşitlik sağlamak üzere tedbir almaktan alıkoymadığı" belirtilmiş olup, sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerinin yanı sıra ulusal hukukta tanınan tüm hak ve özgürlükler de bu kapsama alınmıştır[453].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı Kanun ile onaylanmıştır.

2. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı sosyal haklar bakımından eşitlik hususunun en çok vurgulandığı belgelerden birisidir. Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde eksik bırakılmış olan hususları düzenlemektedir [454] .Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sosyal haklara ilişkin olarak bütünleyicisi sayılabilmektedir[455].

Sosyal şart temelinde çalışanlara koruma getirmektedir. Sözleşmeye göre herkesin, özgürce ve kendi isteği doğrultusunda seçeceği bir işte çalışma ve yaşamını idame ettirme fırsatı bulunmakta olup, tüm çalışanların adil çalışma koşullarına sahip olması gerekmektedir.

Sözleşmenin çalışma şartlarında eşitlik ile ilgili önemli maddeleri bulunmaktadır. Sözleşmenin 4. Maddesinin 3. Fıkrası kadın ve erkeklerin eşit iş yapmaları durumunda eşit ücrete hak kazanacakları hususunu belirtmektedir.

Sözleşmenin 8.maddesi çalışan kadınların annelik durumunu düzenlemekte ve kadınlara doğumdan önce ve doğumdan sonra izin verilmesine ilişkindir. İlgili maddeye göre kadın işçilere doğumdan önce ve doğumdan sonra toplamda en az 14 hafta izin kullandırılması gerekmektedir. Sözleşmenin önem arz eden hususlarından birisi de kadın işçinin hamileliği sebebiyle işten çıkartılmasının yasadışı olacağına

---

[453] Ensari Yücel, **"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku",** 2015, https://dergipark.org.tr/download/article-file/229880, (15.06.2019),s.63, (Direktiflerde Ayrımcılık Yasağı)

[454] Mesut Gülmez, **"Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?"**, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2007/1, s. 31, (http://www.calismatoplum.org/sayi12/Gulmez2.pdf),(28.09.2019)

[455] Melda Sur, **"İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları"**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:66, 1995, İzmir, s.69, (Uluslararası Kaynaklar)

ilişkin düzenlemesi bulunmasıdır [456] . Kadın işçi işverenine hamile olduğu bildiriminde bulunduktan sonra ve doğum iznine ayrılacağı dönemde kadın işçiye fesih bildiriminde bulunulması hukuka aykırıdır[457].

1988 yılında Sosyal Şart'a yapılan eleştiriler sonucu eksik görülen hususlarda önemli bazı hükümler getirilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı Ek Protokolü'nde, tüm çalışanların, cinsiyete dayalı ayrım gözetmeksizin, istihdam ve meslek konusunda fırsat ve işlem eşitliğine ve her yaşlı kişinin sosyal korunmaya hakkı olduğu vurgulanmıştır. Protokolün cinsiyet ayrımı yapılmayacağına ilişkin maddesi; "Cinsiyete dayalı ayrım gözetmeksizin istihdam ve meslek konusunda fırsat ve işlem eşitliği hakkının fiilen kullanımını sağlamak amacıyla taraflar bu hakkı tanımayı ve onun aşağıdaki alanlarda uygulanmasını sağlamak ya da geliştirmek üzere uygun önlemleri almayı taahhüt ederler" şeklindedir. İlgili sözleşmeye göre cinsiyete dayalı ayrımın istihdamın her aşamasında yasaklanmıştır[458].

Yaşlıların korunmasına yönelik maddesi ise; "yaşlı kişilerin sosyal korunma hakkının fiilen kullanımını sağlamak üzere taraflar,gerek doğrudan doğruya, gerekse kamusal veya özel örgütlerle işbirliği yaparak özellikle yaşlı kişilere mümkün olabilen en uzun sürece toplum yaşamına tam olarak katılabilmelerini; onların düzgün bir yaşam sürdürmelerini ve kamusal, sosyal ve kültürel yaşama etkin biçimde katılmalarını mümkün kılacak yeterli kaynaklar yoluyla; yaşlı kişiler yararına mevcut hizmet ve kolaylıklar ile bunlardan yararlanma olanakları konusunda bilgilendirme yoluyla mümkün kılar" şeklindedir.Ek protokolde yaşlılığın da ele alınması önemli bir gelişme olarak değerlendirilmektedir. Yaşlılığın şarta eklenmesiyle şart yalnızca çalışanlarla sınırlı olmaktan çıkmış durumdadır[459].

1996 yılında ise, Avrupa Sosyal Şartı kabul edildiği tarihten itibaren ortaya çıkan değişiklikler neticesinde güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı olarak değişmiştir[460]. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, şartı ve 1988 yılındaki ek protokolü birlikte kapsamaktadır. Bu kapsamda bazı maddeler tadil edilmiş, yeni maddeler eklenmiştir. Ancak bazı maddelerde de hiçbir değişiklik yapılmadan yeni şarta eklenmiş durumdadır. Ek protokolde yer alan çalışma

[456] Yemişken, s.77
[457] Bilir, s.49
[458] Bilir, s.50
[459] Sur, (Uluslararası Kaynaklar), 87
[460] Yıldız, s.46

yaşamındaki cinsiyetler arasındaki fırsat ve işlem eşitliği de değişiklik yapılmayan maddeler arasında olup, yeni şartın temel maddeleri arasına katılmıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı ile tüm çalışanların istihdama ilişkin tüm konularda cinsiyet ayrımı yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkına, onurlu çalışma hakkına ayrıca ailevi sorumlulukları olmak ile birlikte hiçbir ayrımcılığa maruz kalmaksızın çalışma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı kapsamında iki yeni madde düzenlenmiş olup, bunlardan biri geçerli sebep olmaksızın işçinin iş akdinin sonlandırılmasına ilişkin yasak, diğeri ise geçerli neden olmadan iş akdi sonlandırılan işçilere uygun bir tazminat ödenmesine ilişkindir.

Taraf devletler sözleşmeye ilişkin düzenlemeleri yapmakla ve yapmış oldukları düzenlemelere ilişkin raporlama yapmakla yükümlü tutulmuşlardır. Belirtmek gerekir ki Türkiye düzenlemeleri tam olarak uygulayamaması sebebi ile eleştirilmektedir. Komisyonca ülkemiz bakımından yapılan en önemli eleştiri ayrımcılık tazminatının 4 aylık ücret ile sınırlı tutuluyor olmasıdır[461].

C. Uluslar Arası Çalışma Örgütü Belgeleri

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) I. Dünya savaşı sonrası dönemde kurulmuş olan çalışma hayatını düzenleyen ve insan onuruna uygun çalışma şartlarının oluşturulmasını ve aynı zamanda bu çalışmalarının taraf devletlerin iç hukukuna da uygulanmasını hedefleyen bir örgüttür[462]. Örgüt iş hayatında kadınları erkeklere göre dezavantajlı olduğunun farkında olup, kadın işçilerin ve özellikle doğum yapan kadın işçilerin korunması ve kadın erkek arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanması konusunda önemli düzenlemeler yapmıştır[463].

Uluslararası çalışma örgütü ev hayatındaki sorumlulukların kadın kadar erkeğe de ait olması gerektiği yönünde görüş sahibi olması nedeniyle kadının korunmasına ilişkin düzenlemelerini yaparken kadın-erkeğin biyolojik olarak farklı bulunduğu konular olan gebelik ve doğum gibi konularda düzenleme yapmıştır.

---

[461] Bilir, s.50-51
[462] Yemişken, s.65
[463] Demet Tüzankan, **"Kadın İş Gücüne Yönelik ILO Sözleşmeleri ve Uygulanırlığı; Mevzuatlar Açısından Türkiye-İtalya Karşılaştırılması",** Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S.12, Kastamonu, 2016, s.312

Örgüte göre kadın işçilerin iş hayatında korunması yalnızca gebelik ve doğum sürecindeki riskler sebebiyle sağlığı açısından gereklidir[464].

1. Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesine İlişkin 100 sayılı Sözleşme

100 sayılı sözleşme ILO tarafından 1951 yılında kabul edilmiş olup, Türkiye tarafından da 13 Aralık 1966 yılında 810 sayılı kanun ile kabul edilmiştir[465]. 100 sayılı sözleşmenin 1. Maddesinde ücretin cinsiyete göre belirlenemeyeceği belirlenmiş durumdadır. İlgili maddede bahsedilen ücret dar anlamda ele alınmamış olup parasal olarak sağlanan bütün yardımlar ücret kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Sözleşmenin 2. Maddesinde kadın ve erkekler arasında eşit değerde işe eşit ücret verilmesi kuralının tüm çalışanlar için uygulanması ve sözleşmeye taraf devletlerin işverenleri teşviki ile yeknesak bir uygulama haline getirilmesi gerektiği hususu belirtilmiştir.

2. Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı Sözleşme

111 sayılı sözleşme ILO tarafından 1958 tarihinde kabul edilmiş olup, Türkiye tarafından ise 1966 yılında kabul edilmiştir[466]. Sözleşme işçi, memur, sözleşmeli personel kısacası bir işveren nezdinde istihdam edilen herkesi kapsamaktadır[467].

Sözleşme ayrımcılığın tanımını detaylı olarak yapmış olması ve pozitif ayrımcılığa değinmiş olması bakımından önem arz etmektedir. Sözleşmenin 1. Maddesinde ayrımcılığın tanımı yapılmış olup, "ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan

[464] Bilir, s.33
[465] Sözleşme metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler-/kadin_istihdami/ilo_belgeleri/sozlesmeler/100.pdf, 05.10.2019)
[466] Sözleşme metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler-111%20NOLU%20AYRIMCILIK%20(%C4%B0%C5%9E%20VE%20MESLEK)%20S%C3%96ZLE%C5%9EMES%C4%B0.pdf, (05.10.2019)
[467] Gülmez, s.132

her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma" olarak tanımlamıştır[468].Sözleşmenin ikinci fıkrası ise yapılacak işin özelliklerine göre yapılacak farklı uygulamaların ayrımcılık sayılmayacağını ifade etmektedir.

Sözleşme yalnızca çalışma hayatını değil, çalışma hayatı öncesindeki mesleki eğitim sürecini de kapsamaktadır. Eğitimde yapılan bir ayrımcı uygulama bu durum zaten kendiliğinden çalışma hayatında fırsat eşitliğini ortadan kaldıran bir husus olarak karşımıza çıkacaktır. Bu sebeple sözleşmenin mesleki eğitim bakımından da ayrımcılığı yasaklıyor olması görüşümüzce yerinde olmuştur. Taraf devletler sözleşmenin 2. maddesi kapsamında fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik politikalar uygulama yükümlülüğü altındadır.

3. Ailevi Sorumlulukları Bulunan Çalışanlara İlişkin 156 sayılı Sözleşme

156 sayılı sözleşme ILO tarafından 1981 yılında kabul edilmiş olup, Türkiye henüz sözleşmeye taraf değildir. Sözleşmenin amacı ailevi sorumlulukları bulunan çalışanların iş hayatında karşılarına çıkabilecek ayrımcı nitelikteki davranışların önüne geçilmesidir.

Sözleşme ilgili maddeleri kapsamında aile sorumluluğu olan çalışanlara çalışacakları işi serbestçe seçme hakkı vermekte, işçilerin çocuk bakımı için gerekli ihtiyaçlarının sağlanması konusunda desteklenmesinin gerekliliğini belirtmekte, ailevi sorumlulukları sebebiyle işten ayrılmak zorunda kalan işçilerin geri dönmeleri hususunda gerekli tedbirlerin alınmasının sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Sözleşmenin en önemli maddesini ise 8. Madde oluşturmaktadır. İlgili sözleşmenin 8. Maddesine göre çalışanların ailevi sorumluluklarının bulunması iş akdinin feshinde geçerli bir sebep oluşturmamaktadır.

[468] Yemişken, s.67

4. Hizmet İlişkisine Son Verilmesine İlişkin 158 sayılı Sözleşme

158 sayılı sözleşme ILO tarafından 1982 yılında kabul edilmiş olup, Türkiye tarafından 9 Haziran 1994 tarihinde onaylanmıştır[469]. Ayrımcılık iş akdinin kuruluş ve yürütümü aşamasında olduğu kadar sonlandırılmasında da karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmenin 4. Maddesine göre işin sonlandırılması, işin kapasitesine, işyerinin gereklerine dayanan bir geçerli sebeple olmalıdır. Sözleşme işçinin işe girerken var olmayan hamile olması doğum iznine ayrılması gibi yahut sendikal faaliyetleri, ırk, etnik kökeni, cinsiyeti, medeni hali gibi ayrımcı sebeplerle iş sözleşmesinin feshedilmesinin engellenmesini amaçlamaktadır.

158 sayılı sözleşmenin 9. Maddesine göre geçerli nedenin varlığını ispat yükü işverene aittir. İş ilişkisinin feshinin geçerli bir nedeni olmadığını işçinin ispatlaması gerekmemektedir. Bu durum işçinin korunmasının doğal sonucu olarak karşımıza 158 sayılı sözleşme kapsamında da çıkmaktadır.

5. Analığın Korunmasına İlişkin Sözleşme

Sözleşmenin düzenlenme amacı gebelik ve doğum sürecinde kadının özel olarak korunması gerekliliği ve aynı zamanda risk taşıyan bu süreçlerde gerekli korunma sağlanırken iş hayatından geri kalmasının önüne geçilmesidir. Türkiye ilgili sözleşmeye taraf değildir.

Sözleşme ayrım gözetmeksizin tüm kadınlar için uygulanmaktadır. Kadının gebeliği ya da doğum yapmış olması sebebi ile işten çıkartılması yasaklanmıştır. İşveren gebe ya da doğum yapmış olan bir işçisini işten çıkartmışsa bu feshin sebebinin kadın işçinin gebeliği ya da doğum yapması olmadığını ispat yükümlülüğü altındadır. Sözleşmenin 8. maddesine göre kadın işçi doğum iznine ayrılmış ise bu izinden döndükten sonra çalıştığı pozisyondan daha alt bir pozisyonda çalıştırılması yasaktır. Kadın işçinin işine geri döndüğünde izne çıkmadan önceki işi ya da o işe benzer bir pozisyonda çalıştırılması gerekmektedir. Aksine bir durumun varlığı kadın işçiyi doğum iznine çıktığı için cezalandırılma anlamı taşıyabilecektir[470].

[469] Sözleşme metni için bkz.,https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_3-77301/lang--tr/index.htm, (05.10.2019)
[470] Bilir, s.43

Sözleşmenin 9. maddesi hamile işçilerin istihdam edilmesi ile ilgili olarak taraf devletlerin gerekli tedbirleri almasına ilişkindir. İlgili sözleşme uyarınca yapacağı işin sağlık olarak gerekli kılmaması haricinde kadın işçiden işe giriş esnasında hamilelik testi ya da hamile olmadığına ilişkin sağlık raporu istenemez.

II. AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ BAZI DEVLETLERİN ANAYASALARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

Günümüzde artık neredeyse tüm ülkelerce kabul edilmiş olan eşitlik ilkesine hemen hemen tüm devletlerin anayasalarında yer vermektedir. Bu ilke hukuk devletinin en önemli parçası olarak görülmektedir. Eşitlik ilkesi kişileri keyfi ve farklı muamelelere maruz kalmaktan koruyan, kişilere sadece haklı sebepler var ise farklı durumlar için farklı muamele edilmesine izin veren hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Eşitlik ilkesine ayrılığın genel olarak hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir. Yukarı da bahsedildiği gibi eşitlik ilkesi, özellikle batılı ülke anayasaları başta olmak üzere birçok anayasada yerini almış bir ilkedir.

Federal Alman anayasası "Tanrı ve insanlar karşısında sorumluluğunun bilincinde…" sözleriyle başlamakta ve "Alman milleti", "Almanya'nın birliği ve özgürlüğü" ve "dünya barışı" gibi kavramlara vurgu yapılmıştır.Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın Yasa önünde eşitlik; ayırım yasağı başlıklı üçüncü maddesi; " (1) Bütün insanlar yasa önünde eşittirler. (2) Erkek ve kadınlar eşit haklara sahiptirler. Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını özendirir ve varılan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir. (3) Cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla hiç kimse mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınamaz. Hiç kimse özür ve sakatlığından dolayı mağdur edilemez."[471]şeklindedir. Bu maddeye göre tüm insanlar yasa önünde eşit haklara sahip olmakla birlikte kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu da ayrıca vurgulanmıştır.

[471]Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Federal Alman Anayasası, http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf (01.06.209)

Fransa Anayasa'sının 2. maddesi; "Cumhuriyetin veciz ifadesi "Özgürlük, Eşitlik, Kardeşliktir"[472] şeklindedir. Eşitliğe 2. Maddesinde yer veren Fransa eşitliği aynı zamanda Cumhuriyetin de temel ilkelerinden biri kabul etmiştir.

İtalya Cumhuriyeti Anayasası'nın 3. maddesi; "Bütün vatandaşlar, cinsiyet, ırk, dil, din, siyasi görüş, kişisel ve sosyal şartlar açısından ayrım gözetmeksizin eşit sosyal derecededir ve kanun önünde eşittir."[473]şeklindedir. Aynı madde devamında da vatandaşların eşitliğinin önündeki engellerin kaldırılmasının Cumhuriyet'in görevi olduğu belirtilmiştir.

İtalya'da Fırsat Eşitliği Bakanlığı tarafından, cinsiyet, ırk, etnik köken, din, kişisel inanç, siyasi görüş gibi sebeplerle ayrımcı davranışlara maruz kalan kişilere, haklarını yasal yoldan aramaları imkânını sağlayan tasarısı hazırlanmış ve bu tasarı kapsamında ayrımcılık yapanların cezalandırılması öngörülmüştür.

İspanya Anayasa'sının Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 14. Maddesi; "İspanyollar kanunlar önünde eşittir ve hiçbir şekilde doğum, ırk, cinsiyet, din, fikir veya herhangi bir kişisel, toplumsal koşul veya durumdan dolayı ayrıma tabi tutulamazlar."[474]şeklinde ifadesi ile ayrımcılık yasağını düzenlemektedir.

İspanya, AB'nin kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin mevzuatına büyük destek sağlamıştır. "Kadınlar için Fırsat Eşitliği Planları" çerçevesinde önemli adımlar atmıştır. Bu konu hakkında Ceza Kanunu ve Medeni Kanun'da değişiklikler yapılmış, bu konu hakkında sivil toplum kuruluşlarını da desteklemiştir.

Hollanda Krallığı Anayasa'sının 1. Maddesi; "Hollanda'da bulunan herkes, eşit durumlarda eşit muamele görürler. Din, hayat görüşü, politik eğilim, ırk, cinsiyet veya her ne sebeple olursa olsun, ayrımcılığa izin verilmez." [475] şeklinde olup. Hollanda Krallığı Anayasasının ilk maddesi ile ayrımcılığın yasak olduğu belirtilmiştir.

Polonya Cumhuriyeti Anayasası 32. Maddesi ; "1. Herkes kanun önünde eşittir. Herkes kamu makamlarından eşit muamele görme hakkına sahiptir. 2. Hiç

[472] Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Fransa Anayasasıhttp://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf (01.06.2019)
[473]Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, İtalya Cumhuriyeti Anayasası, http://www.adalet.gov.tr-/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf (01.06.2019)
[474] Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, İspanya Anayasası,http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf (01.06.2019)
[475]Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Hollanda Krallığı Anayasası,http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/11-HOLLANDA%20355-384.pdf (01.06.2019)

kimse herhangi bir nedenle siyasal, sosyal ya da ekonomik yaşamda ayrımcılığa tabi tutulamaz."[476]şeklinde olup ayrımcılık yasaklanmıştır.

Belçika Anayasası'nın 10. Maddesi; "Devlette sınıf farkı bulunmamaktadır. Belçikalılar kanun önünde eşittir. Kanunun özel durumlar için öngördüğü istisnalar hariç, tek başlarına medeni ve askerlik hizmetini ifa için elverişlidirler. Kadın erkek eşitliği teminat altına alınmıştır."[477]şeklinde olup, kanun önünde eşitlik ifade edilmiş ve kadın erkek eşitliği de ayrıca vurgulanmıştır.

Avusturya Federal Anayasası'nın 7. Maddesi; "1) Tüm yurttaşlar (Avusturyalılar) kanun önünde eşittir. Hiç kimse doğum, cinsiyet, varlık, sınıf veya din sebebiyle ayrıcalıklı muamele görmez. Engeli sebebiyle hiç kimseye ayrımcılık yapılmaz. (federasyon, eyaletler ve belediyeler olarak) Cumhuriyet kendisini engelliler ve engelli olmayanların hayatın her alanında eşit muameleye tabi tutulmalarını sağlamaya adamıştır. (2) Federasyon, eyaletler ve belediyeler erkek ve kadınların gerçekten eşit olduğu fikrini paylaşmaktadır. Mevcut eşitsizliklerin giderilmesi başta olmak üzere, kadınlar ve erkekler arasındaki eşitliğin fiilen sağlanmasına dönük önlemler uygundur." [478] . Şeklinde olup ayrımcılık yasağını düzenlemekte ve aynı maddede kadın ve erkek eşitliği vurgulanmaktadır.

Görüleceği üzere eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağı değindiğimiz tüm devletlerin anayasalarında yer bulmuştur. İfade ediliş tarzı farklı olsa da amaçlanan düşünce aynı olup ayrımcı davranışların önüne geçilmesi ve tüm insanlar için eşitliğin sağlanmasıdır. Bazı anayasalarda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda olduğu kadın erkek eşitliği de ayrıca vurgulanmıştır.

[476] Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Polonya Cumhuriyeti Anayasası, http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-POLONYA%20385-438.pdf (01.06.2019)

[477] Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Belçika Anayasası,http://www.adalet.gov.tr/duyurul-ar/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/05-BEL%C3%87%C4%B0KA%2099-148.pdf (01.06.2019)

[478] Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Avusturya Federal Anayasası,http://www.adalet.gov.tr-/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/04-AVUSTURYA%201-98.pdf (01.06.2019)

SONUÇ

Türk Hukukunda eşitlik ilkesinin temelini Anayasa'nın 10. Maddesi oluşturmaktadır. Anayasa'nın söz konusu hükmü hem dil, din, ırk, cinsiyet, siyasi, düşünce, felsefi inanç, din, mezhep sebepleri ile yapılması muhtemel ayrımcı davranışları yasaklamakta hem de benzer durumda olan kişilere benzer davranılmasını gerektirmekte, ve bu kişilere ilişkin haklı sebepler olmadıkça farklı davranılmasını yasaklamaktadır.

İş Hukukundaki eşitlik ilkesinin temelini ise 4857 s. İşK'nun eşit davranma ilkesi başlıklı 5.maddesi oluşturmaktadır. Ne var ki madde başlığı eşit davranma ilkesi olsa da ilgili maddede yalnızca ayrım yasakları düzenlenmiştir. Maddenin yalnızca ayrım yasaklarını düzenliyor olması doktrinde eleştirilere sebep olmaktadır. Ancak Anayasa'nın 11. maddesinde kanunların Anayasaya aykırı olmayacağı belirtilmiş olduğundan İş Kanunun eşit işlem ilkesi başlıklı 5. maddesinin de ayrımcılık yasaklarının yanı sıra işçiler arasında haklı koşullar bulunmadıkça farklı işlem yapılamayacağı şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Ancak 4857 s. İşK maddesine ayrımcılık yasakları yanı sıra eşit işlem borcunu da düzenleyen bir fıkra getirilmesi doktrindeki tartışmaların önüne geçilebilmesini sağlayacaktır.

4857 s. İşK'nunu ayrımcılık yasağını düzenlemekle birlikte ayrımcılığın tanımını yapmamaktadır.Ayrımcılık yasaklarının bulunduğu bir kanunda ayrımcılığın tanımının bulunmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmekte ve bu durumun karışıklıklara sebep olduğunu düşünmekteyiz. AB direktiflerinde olduğu gibi Türk İş Kanunu'nda da ayrımcılığın tanımına yer verilmesinin hem karışıklıkların önüne geçilmesini sağlayacağını hem de AB uyum süreci açısından faydalı olacağını düşünmekteyiz.

AB hukuku bazı direktifleri kapsamında mağdurlaştırma da ayrımcılık türleri içerisinde sayılmış ve tanımı yapılmıştır. Türk Hukukunda mağdurlaştırmanın tanımının yer almaması ve ayrımcılık kapsamında değerlendirilmemesinin de bir eksiklik olduğunu düşünmekteyiz. Ayrımcılığa uğrayan kişiler iş akitleri devam ederken mağdurlaştırmaya maruz kalacakları sebebiyle yasal yollara başvuramamakta, başvurabilenler de yine mağdurlaştırma sebebiyle tanık bulmakta

zorlanmaktadırlar. Bu sebeple mağdurlaştırmanın da ayrımcılık kapsamına dahil edilmesinin işçilerin bu yöndeki endişesini bir nebze azaltabileceğini düşünmekteyiz.

Son dönemde iş hukukundaki ayrımcı davranışlar içerisinde cinsel taciz ve psikolojik taciz de bulunmaktadır. Ancak bu davranışların ayrım yasakları içerisinde sayılmaması da doktrindeki bir başka tartışmayı beraberinde getirmektedir. İlgili bölümlerde belirtildiği üzere bazı yazarlara göre bu davranışlar ancak ayrımcı sebeplerle yapılması durumunda ilgili davranışların mağdurları ayrımcılık tazminatına başvurabilecektir. Oysa ki işçilerin psikolojik ya da cinsel tacize maruz bırakılması durumunda bu davranışların mağduru olan işçilerin diğer işçiler ile kıyaslandığında koşullarının daha kötü olduğu ortadadır. Anayasa'da ve İş Kanunu'nda ayrım yasakları sayılırken tahdidi davranılmamış ve "vb" ifadesi kullanılmıştır. Bu sebeple bu davranış mağdurlarının da diğer ayrımcılık davranışlarının mağdurlarında olduğu gibi ayrımcılık tazminatına başvurmaları daha adil olacaktır. Bu tartışmanın önüne geçilmesi için de dönemin şartları göz önünde bulundurularak 4857 s. İşK'nun ayrımcılık türlerini düzenleyen 5. maddesine psikolojik taciz ve cinsel tacizin de ayrımcılık türü olarak eklenmesinin daha adil olacağını düşünmekteyiz.

Aynı şekilde cinsel tercih de ayrım yasakları içerisinde sayılmamakla birlikte günümüzde sıklıkla karşımıza çıkan bir ayrımcılık türüdür. Cinsel taciz ve psikolojik taciz de belirtildiği gibi cinsel tercihin de 4857 s. İşK ve Anayasadaki ayrım yasaklarındaki "vb" ifadesi kapsamında değerlendirilmesi yönündeki görüşe katılmaktayız. Ayrıca "vb" ifadesi ile yetinilmeyerek cinsel tercihin de ayrımcılık yasakları içerisinde düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

4857 s. İşK 5. maddesinde ayrımcılığın yasaklanması cinsiyet ve gebelik dışından iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte başlamaktadır. İş ilişkisinin kurulmasından önce sözleşme serbestisi gereği işverenin pozisyona en uygun işçiyi seçme hakkı bulunmaktadır. Ancak 5237 s. TCK 122. maddesinde nefret ve ayrımcılık suçunun tanımı yapılırken"bir kişinin işe alınması engelleyen" ibaresi kullanılmış olup, kanunun açık lafzından kişinin işe alınması sırasında ayrımcılık yapılmasının suç olduğu anlaşılmaktadır. Her iki madde ve ilgili Anayasa maddesi de birlikte değerlendirildiğinde iş hukukunda işe alma esnasında yapılan ayrımcılığın da yasak olması gerektiğini düşünmekteyiz. Hali hazırdaki durumda ayrımcılık

yapılarak işe alınmayan adayın hakkını aramasının önüne geçilmiş olmaktadır. Kendisine ayrımcılık yapıldığını iddia eden ve bunu ispatlayan aday henüz işçi olmasa dahi ayrımcılık yasağından yararlanabilmelidir. İş görüşmelerinde aslında aranılan pozisyona uygun olmakla birlikte ırkı, dini, dili, siyasi düşüncesi, dünya görüşü uyuşmadığı için işe alınmayan onun yerine nitelikleri çok daha yetersiz olan adayların işe alındığı pek çok örnekle karşılaşılmaktadır. Bu kişilerin de ilgili yasak korumasından yararlanabiliyor olması gerekmektedir. Yine iş ilanları da yasağın kapsamında olmayıp aynı yasağın ayrımcı nitelik taşıyan iş ilanları açısından da olmasının daha adil olacağını düşünmekteyiz.

5237 s. TCK yukarıda belirtilen maddesi kapsamında kişinin işe alınmasında ayrımcılık yapılması suç teşkil etmektedir. Ancak madde de nefret saikiyle yapılan ayrımcılığın suç teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu durumda çalışmamızda da bahsettiğimiz üzere dolaylı ayrımcılık bir ayrımcılık saiki ile yapılmadığından suç teşkil etmeyecektir. Hukukumuzda meydana gelen ayrımcılıkların doğrudan ayrımcılıktan çok dolaylı ayrımcılık olarak ortaya çıktığı düşünülürse 5237 s. TCK bu anlamda yeterli bir koruma sağlayamamaktadır. Saiki ayrımcılık olmasa da dolaylı ayrımcılık sebebiyle de pek çok kişi haksızlığa uğramaktadır. Bu sebeple Türk Ceza Kanunu'na dolaylı ayrımcılığı da kapsayan bir maddenin eklenmesinin adil olacağını düşünmekteyiz.

5237 s. TCK kapsamında psikolojik taciz bir suç teşkil etmemektedir. Psikolojik taciz ilgili bölümde belirtildiği üzere içerisinde çok fazla suç tipini barındırabilen hatta bu suç tiplerinin nitelikli halini oluşturabilen bir davranış şeklidir. Ancak mevcut düzenleme kapsamında psikolojik taciz sebebiyle ayrımcı davranışlara maruz kalan bir işçi yalnızca iş kanunu kapsamında tazminata hak kazanabilecektir. İşçinin psikolojisini ciddi bir şekilde etkileyen hatta ilerideki iş hayatına dahi tesir edebilecek bir davranış şekli olan psikolojik tacizin caydırıcılığı olabilmesi, aynı zamanda işçinin adalet duygusunun tatmin edilebilmesi için 5237 s. TCK kapsamında suç olarak düzenlemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İş Kanunu 5. Maddesine göre yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılması işe alma esnasında ayrımcılık yasağı bulunmadığı ilkesinin istisnasıdır. Fakat yine aynı maddenin 6. fıkrasında ayrımcılık tazminatı düzenlenirken ayrımcılık tazminatının iş ilişkisinde ve sona ermesinde kazanılan bir

tazminat olduğu belirtilmiştir. Bu durumda işe alım esnasında cinsiyet sebebiyle yapılan ayrımcılık yasak olmakla birlikte bir yaptırımı bulunmadığı sonucu çıkmaktadır. Bu da aynı maddenin iki farklı fıkrasındaki çelişkiye sebep olmaktadır. Bu çelişkiyi ortadan kaldırmak adına ilgili madde fıkralarının yeniden düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Özellikle ülkemizde kadınların fizyolojik özellikleri ve aile sorumlulukları düşünüldüğünde çalışma hayatında ikinci planda olduklarına ilişkin yaygın bir görüş bulunmaktadır. Tezin ilgili bölümünde de belirtildiği üzere Anayasa'nın 50. maddesinde kadınlar, küçükler ve bedeni / ruhi yetersizliği olanlar ile birlikte çalışma şartları bakımından özel olarak korunması gereken gruplar arasında sayılmıştır. Anayasadaki bu hüküm kadının çalışma hayatındaki yerinin ikinci planda olduğu yönündeki görüşü desteklediği için eleştirilmektedir. Kadın çalışma şartları bakımından korunması gereken gruplar arasında sayılması ve çalışma yasaklarına tabi olması kadına karşı yapılan ayrımcılığı arttırmakta işverenin bu sorumlulukların altına girmemek için kadından çok erkek işçi çalıştırmak istemesine sebep olmaktadır. Hükmün konuluş amacı elbette bu değildir ancak hükmün kadını tamamen bu yasakların ve özel korumanın muhatabı yapmak yerine bu korumayı ve yasakları yalnızca hamilelik ve emzirme döneminde uygulamalıdır. Çünkü hayatı boyunca hiç hamile kalmamış, çocuk sahibi olmamış kadın işçiler de bulunmaktadır. Bu durumda yalnızca kadın olmalarından kaynaklı olarak bu çalışma yasaklarına ve çalışma şartları bakımından özel korumanın muhatabı olmaları onları dezavantajlı olarak etkilemektedir.

Gebe Veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in 13. maddesi uyarınca 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde yurt kurulması zorunluluğu bulunmaktadır. Yönetmelik konuluş amacı itibari ile toplumda çocuğa annenin bakması anlayışı sebebiyle kadın çalışan sayısını esas almaktadır. Ancak bu durum işverenlerin kadın personel çalıştırmak istememesine neden olduğu gibi, toplumda da ev ve çocuk ile ilgili sorumlulukların daha çok kadınlarda olduğu yönündeki algıyı güçlendirir niteliktedir. Bu sebeple ilgili yönetmeliğin bu maddesinin değiştirilerek yurt açmak da esas alınacak sayısının yalnız kadın personel sayısına göre değil de kadın-erkek

belli bir yaşın altında çocuğu olan personel sayısı esas alınacak şekilde düzenlenmesi görüşümüzce daha uygun olacaktır.

Çalışmamızda ve sonuç kısmı içerisinde de daha önce belirtildiği üzere toplumumuzda aile ve çocuk ile ilgili sorumlulukların daha çok kadın üzerinde olduğu ve bu sebeple çocuk ve bakımı gereken yaşlılara kadının bakması gerektiği şeklinde yerleşmiş bir düşünce bulunmaktadır. Bu durum da kadının çalışma hayatından geride kalmasına neden olmaktadır. Ülkemizde daha çok kreş ve yaşlı bakım evi açılmasının da sorunun çözümüne bir nebze katkı sağlayabileceğini düşünmekteyiz. Çocuk ya da ailesinde bulunan yaşlıların bakım görevi kendi üzerinde olması sebebiyle çalışma hayatından geri kalmakta olan kadınlar, kreş ve bakım evi sayısının arttırılması ile birlikte bu yükümlülüklerinden kurtulacağından iş hayatının içerisinde daha fazla olabileceklerini düşünmekteyiz.

4857 s. İşK 5. maddesi altıncı fıkrasında ayrımcılık tazminatı düzenlenmiştir. İlgili fıkraya göre yasağa aykırılık durumunda dört aya kadar ücret tutarında uygun bir tazminat ve yoksun kalınan başkaca haklar varsa onlar da talep edilebilecektir. Ayrımcılığın önüne geçmek işveren açısından caydırıcı cezaların bulunması ile mümkündür. Ancak İş Kanunu'nda yer alan ayrımcılık tazminatı caydırıcılı bir tazminat olma özelliğinden biraz uzaktır. En fazla dört aylık ücrete kadar verilebilen ayrımcılık tazminatı kanun lafzından anlaşılacağı üzere dört aydan az bir ücret olarak da verilebilmektedir. İspatı bu denli zor olan ve aynı zamanda manevi olarak işçiyi oldukça yıpratan ayrımcılık tazminatının bu denli az olması hem işçi açısından adil bir tazminat olmaktan uzak hem de işverenin ayrımcılık fiili yapmasından çekinmesini sağlamaktan uzaktadır. Bu nedenle ilgili tazminat miktarında ciddi bir düzeltme yapılarak üst sınırının arttırılması hem işçi bakımından adalet duygusunun tatminini sağlamaya yarayacak olup hem de işveren bakımından caydırıcı olacaktır. AB birliği hukukunda tazminatın bir üst sınırı bulunmamakla birlikte bu hususun düzenlenmesi AB'ne uyum açısından da önemli bir gelişme teşkil edecektir. Ayrıca ayrımcılık yasakları dışında eşit işlem borcunun ihlal edilmesi durumunda bu tazminata hak kazanılacağının da açıkça düzenlenmesi gerektiği görüşüne de katıldığımızı belirtmek isteriz.

Ayrımcılık tazminatının üst sınırının arttırılması ya da kaldırılması yanı sıra ayrımcı faaliyet gösteren işverenlere başka yaptırımlar da getirilmesi gerekmektedir.

Şöyle ki ayrımcılık yaptığı mahkeme kararı ile kesinleşen işverenin bu kararının resmi gazetede yayınlanması ve resmi gazetede ayrımcılık yaptığı yayınlanan işverene de para cezası yahut para cezası dışında farklı idari yaptırımlar getirilmesinin (örneğin devlet teşvikinin belirli bir dönem kesilmesi vb gibi) yukarıda bahsettiğimiz caydırıcılığı tazminata göre daha çok sağlayabileceğini düşünmekteyiz.

İş sözleşmesinin işverence haklı sebeple feshedilebileceği durumların işyerindeki birden fazla işçi bakımından oluşması durumunda işverenin bu işçilerden hepsinin sözleşmesini feshetmesi gerekmediği işverenin işçilerin kıdemini, verimliliğini vb niteliklerini düşünerek işçilerden bazılarının sözleşmelerini feshederken eğer sebebini haklılaştırabiliyorsa diğerlerinin sözleşmesini feshetmemesinin eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği görüşünü paylaşmaktayız. Şöyle ki bir işyerinde on işçi açısından haklı fesih sebebi oluşmuşsa işveren fesih aşamasında işletmenin çıkarlarını da düşünmek zorundadır. Eğer on işçinin birden iş sözleşmesinin feshedilmesi işletme çıkarlarına zarar verecek ise işverenin sebeplerini haklılaştırabildiği işçilerinin sözleşmesini feshetmeme imkanı bulunmaktadır. Ancak önemli olan işverenin bunu yaparken keyfi davranmamasıdır.

Türk İş Hukuku açısından işyerindeki tüm işçilerin aynı ücrette çalışması mutlak bir kural değildir. İşveren sözleşme serbestisi gereğince işçilerine kıdem, performans, verimlilik gibi ölçütleri göz önünde bulundurarak farklı ücret ve ücret zammı kararlaştırabilir. Ancak burada önem arz eden durum aynı nitelikteki işçilere farklı ücret verilmemesi gerektiğidir. İşverenin haklı sebepleri bulunması durumunda bir işçisine diğer işçilerine nazaran daha fazla ücret vermesi eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturmayacaksa da işverenin yalnızca kendisine yakın olan işçine diğerlerine görece daha fazla ücret ödemesi eşit davranma ilkesinin ihlali niteliğini taşıyacaktır.

Doktrinde bir başka tartışma konusunu da ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlar ile birlikte talep edilip edilemeyeceği hususu oluşturmaktadır. Ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatının birlikte talep edilebileceğini savunan yazarlar olduğu talep edilmeyeceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. İş hukukunda işçi lehine yorum ilkesinin varlığı da düşünüldüğünde işçinin her iki tazminatı birlikte talep etmesi daha lehine bir sonuç yaratacağından her iki tazminatı birlikte talep etmesinin mümkün olduğu görüşüne katılmaktayız. Şöyle ki her ayrımcı fesih aynı

zamanda kötüniyetli bir fesih oluşturmaktadır. İşçinin bu tazminatlardan birine seçmeye mecbur bırakılması durumunda işçi daha fazla bir miktarda olması muhtemel kötüniyet tazminatını seçecektir. Bu durumda ayrımcılık tazminatını etkili bir özellik gösteremeyecek ve sadece iş ilişkisi devam ederken yapılacak ayrımcılıklarda kullanılan bir tazminat olarak kalacaktır. İş ilişkisinin devamı esnasında da yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi çoğu işçi işini kaybetme korkusu ile hukuki yollara başvuramadığından bu tazminat sadece kanunumuzda yer alan ve kullanımı pek mümkün olmayan bir tazminat olmaktan öteye geçemeyecektir. Tüm bu sebeplerle işçinin her iki tazminatı birden talep etmesinin daha adil olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca hem ayrımcı hem de kötüniyetle feshe maruz kalan bir işçinin yaşadıklarının bir nebze hafifletilebilmesi için her iki tazminatı da alabiliyor olması adalet duygusunun tatmin edilebilmesi için de önemlidir.

Aynı şekilde bir başka tartışma konusunu da ayrımcılık tazminatı ve iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilip edilmeyeceği hususu oluşturmaktadır. Bu iki tazminat mahiyetleri gereği birbirinden oldukça farklıdır. Birine yapılan ayrımcılığın yaptırımı olarak hükmedilmekte olup diğeri ise işe iade davasını kazanmış bir işçinin işe aide edilmemesinin yaptırımı olarak hükmedilen tazminattır. Bu sebeple her iki tazminatın birlikte talep edilmesinde bir sakınca olmadığı görüşüne katılmaktayız.

İş hukukunda genel olarak iş akdinin feshinin haklılığını ispat yükü işveren üzerinde olsa da, ayrımcılık yapıldığının ispat yükü işçi üzerindedir. İşçinin bu durumu ispat etmesi ise oldukça zordur. Birçok işçi uğramış olduğu ayrımcı fiilleri ispat edebilmek için tanık dahi bulamamaktadır. Bu sebeple işçinin ispat yükü hafifletilmiş ispat olup ihlal varlığı ihtimalini somut vakıalarla kuvvetli şekilde ortaya koyması akabinde ispat yükü yer değiştirmektedir. Ancak bu hafifletilmiş ispatın İş Hukuku bakımından nasıl olacağı hususunda ayrıntılı bir açıklama bulunmamaktadır. Bu sebeple hafifletilmiş ispatın biraz daha ayrıntılı olarak kanunlarımızda yer alması işçilerin iddialarını tam olarak ne şekilde ispat edebileceklerini bilmelerine olanak sağlayacak olması açısından önemlidir.

Ayrıca iş ilişkisi devam ederken işçiler tarafından işlerini kaybetmek korkusu ile ayrımcılık sebebi ile dava hemen hemen hiç açılmamaktadır. Davalar ancak işçi işinden ayrıldıktan yani fesihten sonra açılmakta olup bu durumda işçinin delil bulma

ihtimalini de daha da düşürmektedir. Bunun önüne geçmek açısından işçilerin iş ilişkisi devam ederken olayı yargıya değil bu mahiyette kurulmuş başka bir kurum olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna taşıması işçiler açısından daha mümkün bir yol olarak görülmektedir. İlgili kurum bu amaçla kurulmuş olmakla birlikte yeterince aktif olamamıştır. Kurumun topluma daha çok tanıtılması ve toplum bilincine daha çok yerleştirilmesi gerekmektedir. Hali hazırda çalışmakta oldukları işverenlere karşı dava açarak değil de başka çözüm yollarının bulunduğunu bilmek iş ilişkisi devam ederken ayrımcılık mağduru olan işçilerin haklarını arayabilme oranını arttıracağına inanmakta olup bu konuda çalışmalar yapılmasının gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Aksu, Bora, **"Toplumsal Cinsiyete Dayanan Ayrımcılık",** İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyoloji ve Eğitim Çalışmaları Birimi (Seçbir), http://secbir.org/images/haber/2011/01/15-aksu-bora.pdf, (08.10.2019).

Albayrak, Hakan, Ertuğrul Yuvalı, "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Cilt:9, Sayı:34, 2012, ss:73-113.

Altınordu, Fazıl, **AİHS'ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Anayasa Mahkemesi, **Şahin Karaman Kararı**, B. No:2012/1205, 08.05.2014,

https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/bb/2012/1205?basvuruadi=%c5%9eah%c4%b0n+karaman , (22.06.2019).

Anayasa Mahkemesi, **Tuğba Arslan Kararı**, B. No: 2014/256, Karar Tarihi:25.06.2014,<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256?BasvuruAdi=TU%C4%9EBA+ARSLAN&KararTarihiBaslangic=06%2F06%2F2014 , (22.06.2019).

Avrupa Birliği İletişim Genel Müdürlüğü, **"Avrupa Birliği Nasıl Çalışır",** https://ec.europa.eu/cyprus/sites/cyprus/files/je0115325trc.pdf, (30.09.2019).

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El.

Kitabı, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf, (30.09.2019)

Aydın, M. Sabir, **Siyasi ve Hukuki Birlik Olarak Avrupa Birliği**, Asil Yayınevi, Ankara, 2008.

Aydın, Ufuk,**İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2002

Aydınöz, Gonca,"Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", **Çalışma ve Toplum**, Sayı:22, 2009, ss.163-192.

Aykaç, Hande Bahar, **"**Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması",**İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, (Ed. Prof. Dr. Tankut Centel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Bakırcı, Kadriye, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", **Kadın Araştırmaları Dergisi**, Sayı:10, 2012, (İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik), ss.1-37.

Bakırcı, Kadriye, **Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Barnard, Catherina, **EC Employment Law**, 3. Ed, 2006, USA.

Barnard,Catherina "The United Kingdom, the 'SocialChapter' andthe Amsterdam Treaty",**Industrial Law Journal**, Vol.26, Sept.1997, ss. 275-282. (SocialChapter).

Başterzi, Fatma"Eşitlik Kurumu, Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli", **TİSK Akademi**, Cilt: 2, Sayı: 3, 2007.

Bauer, Jobst Hubertus, Krieger, Steffen, "**Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz"**, München, Beck, 2015.

Beceren,Ertan,A. Murat,Kasalak“Avrupa Birliği İstihdam Stratejisive Üye Ülke Stratejilerinin 10 Hedef Kapsamında İstihdama Yönelik Uygulamaları”, **Ekonomi Bilimleri Dergisi,** Cilt 2, Sayı 2, 2010.

Bilir, Ece, **“Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı”**, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

Birben, Erhan“İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”,**İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar**, (Ed. Prof. Dr. Tankut Centel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Bolcan, Aybike Elif, “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”,**Çalışma ve Toplum**, Sayı:24, 2010, ss.253-276.

Bulut, Dilvin, Duygu Kızıldağ“Cinsiyet Ayrımcılığı ve Kadın İnsan Hakları Yöneticilerinin Kariyer leri Üzerinde Etkileri”, **Yönetim ve Araştırmaları Dergisi**, Cilt:15, Sayı:2, Bandırma, 2017,ss.82-101.

Cin Karagöz, Emine,“Kadın Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, **Yasama Dergisi**, Sayı:32, Ankara, 2016,ss.21-40.

Çağatay Uluç ,**”Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerin Durumu”**, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/289374, s.6, (10.10.2019)

Çelik, Nuri,“İşçilerin İşten Çıkartılmasında İhbar ve Kıdem Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”,**İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**,Sayı:14, 2007.

Çiftçi, Ecem Çağıl, **Kızlar Okulda Güzel**, https://kizlarokula.weebly.com/k305z-ccedilocuklar305n305n-egitimi-hakk305nda.html (19.06.2019).

Dinçkol, Bihterin, "Kadın – Erkek Eşitliği için Pozitif Ayrımcılık",**İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4, Sayı:8, Güz:2005/2, ss:101-107.

Doğan Yenisey, Kübra, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum,**Sayı:11, 2006,

Doğan Yenisey, Kübra, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", https://www.google.com/search?q=kad%C4%B1n+erkek+e%C5%9Fitli%C4%9Fi+bak%C4%B1m%C4%B1ndan+t%C3%BCrk+i%C5%9F+hukukunun+avrupa+birli%C4%9Fi+hukuku+ile+olas%C4%B1+uyum+sorunlar%C4%B1&rlz=1C1_____enTR473&oq=kad%C4%B1n+erkek+e%C5%9Fitli%C4%9Fi+bak%C4%B1m%C4%B1ndan+t%C3%BCrk+i%C5%9F+hukukunun+avrupa+birli%C4%9Fi+hukuku+ile+olas%C4%B1+uyum+sorunlar%C4%B1&aqs=chrome..69i57.31672j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8, **Kamu-İş**, Cilt:6, 2002, s.27, (30.09.2019),ss.63-82 (Uyum Sorunları)

Doğan, Sevil,"Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.3, S.9, Ankara, Nisan 2012.

Ellis,Evelyn "**EU Anti-Discrimination Law"**, Oxford UniversityPress, New York,2005.

Erdem, Mustafa Ruhan, Benay Parlak, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:88, Ankara, 2010.

Ergin, Berin,"**Türk** Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar-Taciz ve Çalışma Hayatı",**Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:7, 2007

Ertürk, Arzu Arslan, "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarısı Taslağında Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:27, İstanbul, 2012.

Ertürk, Şükran, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye – İş Sendikası Yayınları, Ankara, 2008.

Eyrenci, Öner, **İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak M. Yayınevi İstanbul, 1991, ss:239-262.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **"Bireysel İş Hukuku"**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.168

Fisahn, Andreas, Mushoff, Tobias, **"Vorwirkungundunmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien"**, EuR, 2005

Foubert,Petra, "**The Legal Protection of thePregnant Worker in theEuropean Community Sex Equality, Thoughts of Socialand Economic Policy and Comparative Leapstothe United States of America"**, KluwerLaw International, The Hague, 2002.

Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.

Gülmez, Mesut,"Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?", **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2007/1, s. 31, (http://www.calismatoplum.o-rg/sayi12/Gulmez2.pdf), 28.09.2019.

Gülmez, Mesut, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", **Çalışma ve Toplum**, Sayı:25, 2010 (Aykırı Düşünceler), ss.217-266.

Güneş, Ahmet M,"Avrupa Birliği Hukukunda Yargısal Korunma", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı 43-44 (Mart-Nisan 2008),(Yargısal Koruma).

Güneş, Ahmet M., **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, (AB Hukukuna Giriş).

Güneş, Ahmet M., "Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.58, S.2, 2009, (Çevrimiçi), http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1501/16564.pdf, (29.09.2019), ss.281-319.

Gürkan, Ülker, **Türkiye'de Kadının Toplumsal ve Hukuki Statüsü, Hukukta Kadın Sempozyumu**, 30 Eylül – 1 Ekim 1999, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü yayını, Ankara, 2000.

Hantel, Peter,**"Europaisches Arbeitsrecht mit zahlreichen Beispielsfallenaus der Rechtsprechungdes Eugh"**, Berlin, Heidelberg, Springer, 2016.

İnceoğlu, Sibel,"Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı",**Çalışma ve Toplum**, Sayı:11, 2006, ss.45-62.

İştar (Urhanoğlu) Cengiz, "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi",**Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Cilt:10, Sayı:4, 2009.

Kandemir, Murat, " 4857 Sayılı Kanun'un Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri", **A. Tuncay'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss:415-444.

Kaplan, E. Tuncay Senyen, **"Bireysel İş Hukuku"**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018 (Bireysel İş Hukuku).

Kaplan, E. Tuncay Senyen, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, **TBB Dergisi**, 2017, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1722 , (15.06.2019).

Karagöz, Veli **"İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı"**, https://dergipark.org.tr/tr-/download/article-file/68494, 2012, ss.57-76, (01.10.2019)

Karan, Ulaş, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Kaya, Gözde, "**Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı",** Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010.

Kaya, Pir Ali, Avrupa **Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Nobel Yayınları, Bursa, 2009.

Kenner, Jeffrey, "**EU EmploymentLaw, From Rome to Amsterdam andBeyond"**, Hart Publishing, North America, 2003,

Kılıçoğlu, Mustafa "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı",**İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:36, Cilt:9, 2012.

Konuk, Bahar,**"Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi",** https://journal.yasar.edu.tr/wpcontent/uploads/2014/01/20-Bahar-KONUK.pdf, ss.1725-1752, (30.09.2019).

Köseoğlu, Ali Cengiz, Ayça Kaya, " Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**,Cilt:8, Sayı:29, 2011, ss. 43-81.

Lombardo, Emanuelaand Petra Meier, "Framing Gender Equality in the European Union Political Discourse", **SocialPolitics: International Studies inGender**, **State&Society**, Oxford UniversityPress, Volume 15, Number 1, Spring 2008, ss.101-129.

Löschnigg, Günther, Alpay Hekimler, "**Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya Hukukunun Temel Esasları"**, Ankara, Efil Yayınevi, 2011.

Manav Özdemir, Eda, " İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar,**(Ed. Prof Dr. Kübra Doğan Yenisey, Araş. Gör. Seda Ergüneş Emrağ. Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Manav, Eda,"AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiyede'kiUygulamalar",**Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Özel S., 2013 http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/26-edamanav.pdf, s.745, (30.09.2019), ss. 731-779(Ayrımcılıkla Mücadele).

Mollamahmutoğlu Hamdi, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Nazlı, Seçkin, **"İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler"**, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/316340, ss.571-586, (01.10.2019).

Odyakmaz Zehra, Bayram Keskin, Yusuf Deniz, **"6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme"**, Tc Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:7, 2016.

Onaran Yüksel, Melek, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

Owens, M. James, M. GlennGomes, F. James Morgan, "Sexual Harrassment in the European Union: The Dawning Of a New Era", SAM Advanced Management Journal, Vol. 69 No. 1, Winter 2004, s. 5.

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

Özdemir, Erdem ; " Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet", **Legal İSGHD**, Cilt:2, Sayı:5, 2005,ss. 252-263.

Özdemir, Erdem,"İşyerinde Cinsel Taciz", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:11, 2006, İstanbul (Cinsel Taciz), ss.83-96.

Öztürk, Nurten, **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları**, Ankara, 2011.

Savaş Kutsal,F. Burcu,"Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, (Ed. Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Araş. Gör. Seda ErgüneşEmrağ), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Savaş, Fatma Burcu, **İşyerinde Manevi Taciz**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.(Manevi Taciz).

Schleusener, Aino, JensSuckowund Burkhard Voigt, AGG: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Köln, Luchterhand-Verlag 2017.

Sever, Rabia, " İşverenin Eşit Davranma Borcu", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Cilt:9, Sayı:34, 2012, ss 33-73.

Sevimli, K. Ahmet , "Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 36, 2013.

Sözer, Ali Nazım, **"AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler"**, Sicil İş Hukuku**,** Haziran 2006, Sayı:2

Sözer, Ali Nazım, "Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları", **Adalet Dergisi**, Kasım-Aralık, Cilt:73, Sayı:6, 1982 (Hamilelik).

Sur, Melda,**"İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları"**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:66, 1995, İzmir, (Uluslar arası Kaynaklar).

Sur, Melda, **"İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı"**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:37, 2017, ss.33-51.

Süzek, Sarper, "**İş Hukuku"**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Şahyar Akdemir, Duru, "Ayrımcılığın İnsan Hakları Boyutu ve Pozitif Ayrımcılık", **İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi**, Cilt:3, Sayı:4, 2014, ss:899

Taşkın, Ahmet, **İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Taşkın, Ahmet,"İşyerindeMobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, Sayı:44, İstanbul, 2015 (Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirme).

Tekin, Hülya, **"Avrupa Birliği ve Türkiye Örneğinde Ayrımcılıkla Mücadele"**, AB Uzmanlık Tezi, TC. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, Şubat 2008.

Tınaz, Pınar, **İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Türkoğlu Üstün, Kamile, "Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** 2017, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1717 , (15.06.2019).

Tüzankan, Demet,"Kadın İş Gücüne Yönelik ILO Sözleşmeleri ve Uygulanırlığı; Mevzuatlar Açısından Türkiye-İtalya Karşılaştırılması",**Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S.12, Kastamonu, 2016.

Ulucan Devrim,**"Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık"**, Dokuz Eylül Üniversitesi Kurumsal Akademik Açık Arşivi, http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/handle/20.500.12397/2124, (23.09.2019), ss.269-383

United Nations, **MemberStates**, https://www.un.org/en/member-states/index.html , (17.06.2019).

Ünal, Ayşe, "AB'de Belirli Süreli Çalışma", **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:8, Sayı:1, 2005

Ünal, Canan, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi,** Cilt:10, Sayı:37, 2013, ss:15-75.

Ünal, Canan, **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Ünal, Canan, **"Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi"**, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, (Ed. Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Araş. Gör. Seda Ergüneş Emrağ), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017

Ünal, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, TBMM Basımevi, Ankara, 2001.

WoodwardAllison, **"European Gender Mainstreaming: Promisesand Pitfalls of Transformative Policy",**Review of PolicyResearch, Vol. 20 No.1,March 2003, s.66

Yemişken, Elçin, **Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Yıldız, Gaye Burcu, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Yıldız, Selver, İlknur Kılkış, "Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış", **Çalışma İlişkileri Dergisi**, Sayı:1, Cilt:1, 2010, ss.71-93.

Yılmaz, Gizem, "**AB Hukuku Düzleminde Irk Ayrımı ve Ayrımcılık Yasağı"** s.16, 2014, https://www.academia.edu/9994610/AB_HUKUKU_D%C3%9CZLEM%C4%B0NDE_IRK_AYRIMI_ve_AYRIMCILIK_YASA%C4%9EI, (30.09.2019).

Yuvalı, Erdoğan, İşçinin **Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Yücel, Ensari, **"Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi"**, Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

Yücel, Ensari, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku**, 2015, https://dergipark.org.tr/download/article-file/229880, (15.06.2019).

Yüksel Metin, Abdullah Uz, **"Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı"**, http://www.ayk.gov.tr/wpcontent/uploads/2015/01/MET%C4%B0NY%C3%BCksel-UZ-Abdullah-AVRUPA-B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0-TEMEL-HAKLAR-AJANSI.pdf,ss.1029-1045, (5.10.2019).