

**^H2000/43, 2000/78, 2006/54 SAYILI
AB DİREKTİFLERİ ÇERÇEVESİNDE
İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIKLA MÜCADELE VE
TÜRKİYE’DEKİ UYGULAMALAR**

Dr. A. Eda MANAV*

GİRİŞ

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik, gerek ulusal gerek uluslararası hukuk düzenlemeleri ile hukukun her alanında uygulama alanı bulan, modern hukukun en temel ilkelerinden biridir. Toplumda çok farklı dilde konuşan, farklı dine, inanca, dünya görüşüne sahip olan, farklı cinste, farklı cinsel yönelimleri olan pek çok kişi bulunmaktadır. Bu farklılıklar da doğal olarak eşitsizlikleri getirmektedir. Hayatın her alanında var olan eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ve bu bağlamda ayrımcılıkla mücadele etmek, ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlali sonucunda mağdur olan kişilerin haklarını korumak devletin temel görevlerinden birini oluşturmaktadır.

Ayrımcılık yasağı hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, iş hukukunda da oldukça önem arz eden ve ele alınması gereken bir konudur. Çalışma konumuz Avrupa Birliği bakımından da oldukça önem verilen bir konu olup, 2012 Türkiye İlerleme Raporunda da ayrımcılık konusuna pek çok hususta değinilmiştir. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun kurulmasına ilişkin mevzuatın henüz kabul edilmemiş olması ilerleme raporunda eleştiri konusu yapılmıştır.

Ayrımcılıkla ilgili pek çok Avrupa Birliği Direktifi bulunmaktadır. Çalışmamızda bu konuda en önemli sayılabilecek “İrk ve etnik kökene

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi

bakılmaksızın kişilere eşit muamelede bulunulması ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktif” (2000/43)¹, “İstihdam ve iş konusunda eşit muamele için bir genel çerçeve oluşturulmasına ilişkin direktif” (2000/78)² ve “İstihdam ve meslek sahibi olma konularında erkek ile kadınlara eşit fırsatlar tanınması ve eşit muamelede bulunulması ilkelerinin uygulanmasına dair direktif” (2006/54)³, esas alınmış ve Avrupa Birliği müktesebatında bu direktiflerin Türk iş hukuku mevzuatına yansması ve Türkiye’deki uygulamalar incelenmiştir.

Çalışmamızda öncelikle ayrımcılık kavramı ve ayrımcılık çeşitleri açıklandıktan sonra, gerek Avrupa Birliği direktifleri gerek Türk iş hukuku mevzuatı çerçevesinde tek tek ayrımcılık nedenleri incelenmiştir. Ayrımcılık yasağının ihlali halinde uygulanacak hukuki, idari ve cezai yaptırımlar anlatıldıktan sonra, ayrımcılık yasaklarının etkin bir şekilde uygulanabilmesi için önem arz eden ispat sorunu üzerinde durularak çalışma sonlandırılmıştır.

I. AYRIMCILIK KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Ayrımcılık kavramı, sözlük anlamı itibariyle bir kimsenin herhangi bir kişisel özelliği nedeniyle mağdur edilmesidir. Diğer bir ifade ile, bir kimseye sahip olduğu bireysel bir özelliği nedeniyle diğer kimselerden farklı davranılması, bu farklı davranış nedeniyle mağdur edilmesi anlamına gelmektedir⁴. Ayrımcılık durumu haklı bir neden olmaksızın eşit olanlara eşit davranılması gerektiği halde farklı, farklı olanlara ise farklı davranılması gerektiği halde eşit davranılması halinde ortaya çıkmaktadır⁵.

¹ Direktifin Türkçe metni için bkz. www.ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/.../tablo2000-43.doc.

² Direktifin Türkçe metni için bkz. www.ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/.../tablo2000-78.doc.

³ Direktifin Türkçe metni için bkz. www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/.../direktifler/13-2006-54.doc.

⁴ Gaye Burcu **Yıldız**, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 69; Melek Onaran **Yüksel**, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s. 38.

⁵ Gözde **Kaya**, Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı, 2012, s. 17. (www.abgs.gov.tr/files/pub/gozde_kaya/_doktora_tezi.pdf). Ayrıca bkz. **Yüksel**, s. 95

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin temeli dürüstlük kuralı, hakkaniyet ilkesi, ahlak kuralı, anayasal eşitlik ilkesi gibi farklı kavram ve kuralara dayanılarak açıklanmaya çalışılmaktadır⁶. Türk hukukunda eşit davranma borcunun ve ayrımcılık yasağının temeli AY. m.10 da belirtilen eşitlik ilkesidir⁷.

Ayrımcılık yasağı uluslararası sözleşmelerde kavramsal olarak tanımlanmamakla birlikte, çoğu uluslararası sözleşme ayrımcılığı yasaklamıştır. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m.2), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m.2), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.14), Birleşmiş Milletler Şartı, Her Tür Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi bu sözleşmelere örnek gösterilebilir⁸.

Ayrımcılık genellikle insanların diğerlerine göre eşit olmayan durumda veya dezavantajlı durumda bulunması ile ortaya çıkan bir olgudur. Bu durumda kalanlar kadınlar, engelliler, yaşlılar, çocuklar ya da cinsel yönelime sahip olan insanlar olabilir. Bu grupların hepsi ayrımcılıktan zarar görebilir. Eşit muamele veya ayrımcılık yapmama yasalarının amacı, bu durumu düzeltmek ve önlemektir. Bu bağlamda ayrımcılığı yasaklayan kurallar, bazı özellikleri ve tercihleri nedeniyle olumsuz davranışlara muhatap olan kişileri koruyan normlardır⁹.

⁶ Can **Tuncay**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 32 vd.; Hamdi **Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı**, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012, s. 658; Kübra Doğan **Yenisey**, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s. 64.

⁷ **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 659; **Tuncay**, s. 108; Fevzi **Demir**, İş Hukuku ve Yargılaması, 6. Baskı, İzmir 2011, s. 159 ; **Yüksel**, s. 82; **Yenisey**, Eşitlik İlkesi, s. 66; Kübra Doğan **Yenisey**, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, Legal İHSGHD., 7, 2005, s. 976.

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kadriye **Bakırcı**, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012, s. 59-60; Kadriye **Bakırcı**, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağının İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Ankara 2012, s. 18-22.

⁹ **Yenisey**, “Eşit Davranma, s. 976-977; Sarper **Süzek**, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 471.

B. TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi işverenin eşit davranma borcunu düzenlemiştir. Eşit davranma borcu, işverenin haklı neden olmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, haksız ayrımcılık yapmaması, ancak haklı nedenlerin bulunması halinde aynı durumda olanlara farklı davranması yükümlülüğünü içerir¹⁰. Bu bağlamda eşit davranma ilkesi işçiler arasında keyfi olmaksızın hakkaniyete ve objektif esaslara uygun ayrımların yapılmasını gerektirebilir. Diğer bir ifade ile dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi görüş, din, felsefî düşünce ve inanç gibi sebeplerle mutlak olarak ayırım yapılması yasaklanmış iken; çalışanların ihtisas, tahsil, tecrübe vb. özellikleri dikkate alınarak farklı davranılması ayırım yasağının ihlali olarak kabul edilemez¹¹.

İş K.m.5/1 de genel anlamda; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır. Aynı hükmün 2.fıkrasında sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık yapılması, 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. 5. maddenin 2. fıkrasında getirilen sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık, Kanunun 12. maddesinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri, 13. maddesinde kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri bakımından daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. İş Kanunundaki bu ayrımcılık halleri dışında Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K.m.25 (eski Sendikalar Kanunu m. 31) ile sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık, 5378 s. Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu m. 14 ile de özürllük nedeniyle yapılan ayrımcılık yasaklanmıştır. TCK. m.122 de de ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir.

¹⁰ **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 654; Emine Tuncay **Senyen-Kaplan**, Türk İş Hukuku İle Uluslararası Sözleşmeler ve Mukayeseli İş Hukuku Açısından Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999, s. 39.

¹¹ **Senyen-Kaplan**, s. 39.

Anayasa ve İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinde ayrımcılık sebebi olarak yaşlılık, özürllülük, cinsel yönelim yer almamasına karşın, 2000/78 sayılı AB Direktifi din ve dünya görüşünün yanı sıra yaşlılık, özürllülük ve cinsel yönelim nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bu çerçevede kişilerin işe alımında, işin devamında ve iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yapılması halinde somut olayın özelliğine göre ayırım yasağının ihlal edildiği söylenebilir¹².

C. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK

Avrupa Birliği'nin oluşum sürecinde ilk etapta ayrımcılık ve ayrımcılıkla mücadele konusu Birlik gündeminin konusunu oluşturmamaktaydı. Bu konuda ilk düzenleme 1957 tarihli Roma Andlaşmasının 119. maddesi ile getirilmiş, kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret prensibi uygulanmaya başlanmıştır. 1990 lı yılların başına kadar ayrımcılıkla mücadele, Avrupa Birliği'nin çalışma alanı dışında tutulmuştur. Ancak günümüzde ayrımcılığın önlenmesi Avrupa Birliği hukukunun temel prensiplerinden birini oluşturmaktadır¹³. Bu bağlamda milliyet, cinsiyet, kısmi ve tam süreli çalışma, ırk ve etnik köken, din ve inanç, yaş, cinsel yönelim ayrımcılık türleri olarak kabul edilmiştir¹⁴.

AB hukukunun ayrımcılık yasaklarına ilişkin asıl kaynağı Avrupa Topluluğu anlaşmalarıdır. AB hukuku öncelikle kurucu andlaşmalardan oluşur. İkincil düzeyde kaynakları tüzükler, direktifler ve kararlardır. Üçüncü olarak da Avrupa Adalet Divanı (ABAD) kararları gelmektedir. AB hukukunda ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik kavramlarının şekillenmesinde Adalet Divanı kararları çok önemli bir yere sahiptir¹⁵.

2.10.1957 tarihinde imzalanan Amsterdam Anlaşması ile kadın-erkek eşitliğine ilişkin Avrupa Topluluğu Anlaşmasının (ATA) 141. maddesine iki yeni fıkra eklenmiştir. Ayrıca, maddenin uygulama alanı eşit işe eşit ücrete

¹² **Süzek**, s. 482.

¹³ Ulaş **Karan**, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, Ankara 2009, s. 32-33.

¹⁴ Evelyn **Ellis**, EU-Anti Discrimination Law, New York 2005, s. 20.

¹⁵ **Ellis**, s. 17-18; İdil Işıl **Gül/Ulaş Karan**, Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2011, s. 33; **Bakırcı**, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 121.

ek olarak, eş değerde işe eşit ücreti de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. ATA'nın 141.maddesine eklenen üçüncü fıkra ile Konseye eşit ve eş değerde işe eşit ücret ilkesi dahil olmak üzere, kadın erkek için işe ve mesleğe ilişkin konularda fırsat eşitliğinin ve eşit davranma ilkesinin uygulanması amacıyla ortak karar usulü uyarınca önlem alma yetkisi tanınmış, Antlaşma'nın 141. maddesine eklenen son fıkra ile de olumlu ayrımcılık kurumu düzenlenmiştir¹⁶.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın "Ayrımcılık Yapmama" başlıklı 21. maddesine göre, "*Cinsiyet, ırk, renk, etnik ve sosyal köken , genetik özellikler, dil, din ya da inanç, siyasi ya da herhangi bir başka görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, servet, doğum, özürlülük, yaş ya da cinsel yönelime dayanan her türlü ayrımcılık yasaktır.*" "Kadın ve Erkek Arasında Eşitlik" başlıklı 23. maddeye göre de, "*Kadın ve erkek arasındaki eşitlik, istihdam, çalışma ve ücretleri de kapsayacak şekilde her alanda sağlanmalıdır. Eşitlik ilkesi, eksik temsil edilen cinsiyet lehine olan tedbirlerin muhafazasını veya kabul edilmesini engellemez.*" Avrupa Toplulukları Andlaşması'nın 13. maddesine göre, "*Konsey, bu Andlaşma'nın diğer hükümlerine dokunmaksızın ve Topluluk hakkında kendisine devredilen yetki sınırları içinde kalmak koşuluyla, Komisyon'dan gelen bir teklif üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı mücadele etmek üzere uygun tedbirleri almak amacıyla oybirliği ile hareket edebilir.*"¹⁷.

Avrupa Birliği Hukukunda ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin pek çok direktif olmakla birlikte, çalışmamızda üç temel direktif esas alınmıştır. Bu bağlamda 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Direktifler 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. 2000/78 ve 2006/54 sayılı direktifler gerçek kişileri ayrımcılığa karşı korurken, 2000/43 sayılı Irk

¹⁶ Kaya, s. 81; Yıldız, s. 44.

¹⁷ Bkz. Karan, s. 33.

Ayrımcılığı Direktifi hem gerçek hem tüzel kişiliğe sahip organizasyonları ayrımcılığa karşı korumaktadır¹⁸.

Görüldüğü üzere, Avrupa Birliği hukukunda başlangıçta ayrımcılık sadece kadın ve erkeklerde eşit işe eşit ücret ve vatandaşlık temelli iken, daha sonra yapılan düzenlemelerle cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim ve vatandaşlık olarak ayrımcılık yasaklarının kapsamı genişletilmiştir¹⁹.

II. AYRIMCILIK ÇEŞİTLERİ

A. DOĞRUDAN AYRIMCILIK

Doğrudan ayrımcılık, bir yasal düzenlemenin, idari bir işlemin ya da sözleşme hükmünün ayırım yasaklarına dayalı olarak açıkça farklı uygulama getirmesi, işverenin ayırım yasağı olarak değerlendirilen bir ölçüte dayalı olarak bir kişi ya da gruba dil, din, etnik köken, cinsel yönelim, engellilik vb. sebeplerle farklı işlem yapması anlamına gelmektedir²⁰. Bir başka ifade ile doğrudan ayrımcılık, bir kişiye yönelik farklı davranışın doğrudan doğruya bu kişinin bir gruba mensup olması nedeniyle gerçekleşmesi ve söz konusu bireyin, bu gruba mensup olması nedeniyle, karşılaştırılabilir durumdaki bir başka kişiye göre daha az lehte muamele görmesidir²¹. Bu bağlamda doğrudan ayrımcılıktan söz edebilmek için, öncelikle aynı veya benzer konumda olan kişi ya da gruba farklı muamelenin tespiti gerekmektedir. Bu durum ortaya konulduktan sonra farklı davranışı meşru kılan bir amacın olup olmadığının değerlendirilmesi şarttır²².

Doğrudan ayrımcılık tanımları 2000/43 (m.2/2, a), 2000/78 (m.2/2, a) ve 2006/54 (m.2/1, a) sayılı direktiflerde yer almaktadır. Her üç direktifin ortak noktası doğrudan ayrımcılık tanımında benzer bir durumda daha olumsuz davranışa muhatap olma olgusudur. Ayrımcılığın tespiti için ayrımcılığa

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karan**, s. 38.

¹⁹ **Gül/Karan**, s. 33; **Ellis**, s. 1; **Bakırcı**, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 27.

²⁰ **Yıldız**, s. 73; **Gül/Karan**, s. 9. Ayrıca bkz. European Union Agency for Fundamental Rights-Council of Europe, **Handbook on European non-discrimination law**, 2010, s. 21-22.

²¹ **Bakırcı**, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 249; **Bakırcı**, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 39-40.

²² **Gül/Karan**, s. 9.

uğradığını iddia eden kişinin karşılaştırılabileceği mevcut bir diğer kişinin olması gerekmemektedir. Ayrımcılığa uğradığını ileri süren kişinin, benzer bir durumda farazi birinin daha farklı işlem göreceğini ortaya koyması yeterlidir²³.

Örneğin, bütün işçilere yapılan ücret zammından, hiçbir haklı neden olmaksızın siyahi bir işçinin yararlandırılmaması doğrudan ayrımcı davranış olarak değerlendirilebilir. İşverenin mesleki yükselmede faydalı olacak ya da terfi olanağı sağlayacak bir eğitim programına katılma koşulu olarak erkek olmayı şart koşması da çalışan kadın ve erkek işçiler arasında doğrudan ayrımcılık yapıldığını gösterir²⁴. İstihdam edilen kadın ve erkek çalışanlar arasında salt cinsiyete bağlı olarak ücret farklılıkları yaratılması, aynı suçtan dolayı farklı ırka mensup kişilere farklı cezalar verilmesi, kişilerin etnik kökenini veyahut inancını aşağılayıcı sıfatların kullanılması, salt engelli olduğu için bir kimsenin işten çıkarılması da bu kapsamda ayrımcılığa örnek olarak gösterilebilir²⁵.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı vermiş olduğu bir kararında, “İtalyan Hukuku’nda evlat edinilme tarihinde altı yaşından küçük olan ve evlat edinilen çocuğun aileye katılmasını takip eden ilk üç ay içinde ebeveynlere tanınan zorunlu ve ücretli izin hakkının sadece kadın işçilere tanınıp, erkek işçilere tanınmamasının cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturduğu iddiasını incelediği davada, ulusal mevzuatın ayrımcılık yaratır nitelikte olmadığına” hükmetmiştir²⁶.

B. DOLAYLI AYRIMCILIK

Dolaylı ayrımcılık, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak aslında bazı kişi ya da gruplara diğerlerinden farklı olanaklar

²³ Yıldız, s. 75.

²⁴ Yuvalı, s. 87; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 654.

²⁵ Yuvalı, s. 87.

²⁶ “Divan, İtalyan hükümetinin, ulusal hukukta bu düzenleme yapılırken, evlat edinilen küçük çocuğun aileye katılma koşullarının, mümkün olduğunca yeni doğan bir bebeğin aileye katılma koşullarına eşdeğer olması amacıyla hareket edildiği yönündeki savunmasını haklı bulmuştur”. Case 163/82, Commission of the European Communities v Italian Republic, [1983], ECR 3273, bkz. Kaya, s. 108, dn.424.

sağlarken, diğer bazı kişi ya da grupları da olumsuz etkileyen yasal düzenleme, uygulama ve tedbirlerdir²⁷. Dolaylı ayrımcılığın unsurları işveren tarafından görünüşte hem erkekler hem de kadınlar tarafından gerçekleştirilmesi mümkün bir koşulun ileri sürülmesi veya her iki cins için de görünüşte objektif bir uygulamanın yapılması, bu tarafsız görünen uygulamadan bazı kişi ya da grupların olumsuz şekilde etkilenmesi, söz konusu düzenleme veya uygulamanın objektif haklı nedenlere dayanmaması olarak sayılabilir²⁸.

Dolaylı ayrımcılık kavramı Kadın ve Erkekler, İstihdama Kabul, Mesleki Eğitim ve Yükselme İle Çalışma Şartlarında Eşit Muamele Yapılmasına İlişkin 76/207 sayılı direktifte dolaylı cinsiyet ayrımcılığı olarak yer almış, ancak bir tanımlama yapılmamıştır. 2000/43 ve 2000/78 sayılı direktiflerde dolaylı ayrımcılık tanımı yapılmıştır. 2000/43 sayılı direktife göre, “görünüşte tarafsız (*neutral/nötr*) bir hüküm, yansız (*neutral/nötr*) kriterler veya uygulamanın; bir irksal veya etnik kökenden kimseyi, diğer kişilerle karşılaştırıldığında özel bir avantajlı 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, dolaylı ayrımcılığın zuhur ettiği anlaşılır.” Bu direktifte yer alan bakış açısı 2000/78 ve 2006/54 sayılı direktifler için de geçerlidir.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı uygulamada en çok cinsiyete dayalı olarak görülmektedir. Mesela işyerine alınacak elemanlar için asgari 1.80 cm. boy şartı aranması görünüşte herhangi bir ayrımcı niteliğe dayanmayan, hem kadınlar hem de erkekler tarafından yerine getirilebilecek bir koşul olarak görülebilir. Ancak söz konusu boy şartının kadınlar tarafından yerine getirilebilmesi erkeklerle oranla çok daha zordur. İşveren bu şartı işletme gerekleri ile objektif olarak haklı kılamıyorsa bu durum dolaylı cinsiyet ayrımı oluşturan bir uygulama olarak kabul edilir²⁹. Bir başka örnek vermek gerekirse

²⁷ Gül/Karan, s. 10; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 654.

²⁸ Yüksel, s. 113 vd.; Yıldız, s. 78; Gül/Karan, s. 10; *Handbook on European non-discrimination law*, s. 29-30; Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 299; Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 42.

²⁹ Yıldız, s. 79; Gül/Karan, s. 10, ayrıca bkz. Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 303. *Yüksel*, doğrudan cinsiyet ayrımcılığını açık ve örtülü ayrımcılık şeklinde ikiye ayırmıştır. Örneğin koruma görevlisi olarak işe alınacak en az 90 kg. ağırlığında 1.90

kıdeme dayalı bir uygulama da dolaylı ayrımcılık yaratabilir. Kadınların mesleki hayatları pek çok nedenle kesintiye uğramaktadır. Kadınlar genellikle ailevi yükümlülükleri arttığı zaman çalışma hayatlarına ara vermektedir. Çalışma yaşamında erkekler kadınlara oranla daha az kesinti yaşamaktadır. Bu durum da erkeklerin kıdem süresine dayanan şartı daha kolay gerçekleştirebilmelerini sağlamaktadır. Ülkemizde çalışma hayatı erkekler için genellikle sadece askerlik hizmeti nedeniyle kesintiye uğrarken, kadınlar için çocuk doğumu, çocuğun bakımı, aile fertlerinden bakıma muhtaç duruma düşen birinin varlığı durumları çalışma hayatını kesintiye uğratabilmekte ve kimi zaman bu durumlar dolaylı ayrımcılığa neden olabilmektedir³⁰. Diğer bir ifade ile, bu ve benzeri nedenlerle çalışma hayatına ara vermek zorunda kalan kadınlar tekrar çalışmaya başladıklarında yükselme ya da zam oranlarının belirlenmesi gibi konularda işyeri kıdeminin esas alınması, kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturmaktadır³¹.

Bir işyerinde ağırlıklı olarak kadınlardan oluşan kısmi süreli çalışanların daha düşük ücret alması, kısmi süreli çalışanların çoğunluğunun kadın olması da dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilebilir³². ATAD'ın kararına konu olan bir olayda, işverenin kısmi süreli çalışanlara farklı ücret ödemesini haklı gerekçelere dayandıramaması ve cinsiyete dayalı ayrımcılık maksadının olmadığını ispatlayamaması halinde kadın işçiler aleyhine dolaylı ayrımcılıktan söz edileceği belirtilmiştir³³.

ATAD'ın kararına konu bir başka olayda, işverence getirilen *kısmi süreli çalışanların işyeri emeklilik sigortasından yararlanabilmeleri için*

uzunlukta ve bıyıklı olma koşullarının getirilmesi, o işverenin üstü örtülü olarak erkek çalışan istediğinin göstergesidir. Nitekim kadınların nadiren gerçekleştirebileceği belli ayırıcı özellik ve nitelikler gerektiren koşullar getirilmesi doğrudan cinsiyet ayrımcılığı yapılmak istendiğini gösterir. Bkz. **Yüksel**, s. 97.

³⁰ **Yüksel**, s. 148; **Yıldız**, s. 81.

³¹ **Yıldız**, s. 82.

³² Günther **Löschnigg**/Alpay **Hekimler**, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2011, s. 196; **Yüksel**, s. 132-133.

³³ Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, [1981] ECR 911, para.15. Bkz. **Kaya**, s. 109-110, dn.429. Ayrıca bkz. **Bakırcı**, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 308, dn.238 deki kararlar.

öngörülen yirmi yıllık çalışma süresinin en az on beş yılının tam süreli çalışma ile geçirilmiş olması koşulunun, çoğunluğunu kadınların oluşturduğu kısmi süreli çalışanlar aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturduğu iddia edilmiştir. Adalet Divanı, işverenin bu yöndeki politikasını cinsiyete dayanan objektif ve haklı nedenlerle gerekçelendirmesi halinde, söz konusu durumun ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmiştir³⁴. Bu bağlamda ayrımcılık yapılmasını gerektiren haklı ve makul sebeplerin olmaması, kısmi süreli çalışan kadın işçilere dolaylı ayrımcılık yapıldığını gösterecektir. ABAD dolaylı ayrımcılık yapılmadığının ileri sürülebilmesi için objektif haklı nedenler gösterilmesi gerektiğini kabul etmektedir³⁵.

C. DOLAYISIYLA AYRIMCILIK

Dolayısıyla ayrımcılık, bir kişinin aslında kendisiyle ilgili olmayan, bağlantılı olduğu bir başka kişinin özelliği nedeniyle ayrımcılığa maruz kalması anlamına gelmektedir³⁶. Kişi söz konusu ayrımcı davranış ile doğrudan ayrımcılığa uğramakla birlikte, ayrımcılık nedeni kişinin doğrudan kendisi ile ilgili olmadığı için bu durumda dolayısıyla ayrımcılıktan söz edilir.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın, engelli oğlu olan çalışanın, çocuğuna bakabilmek için daha esnek çalışma saatleri talep etmesi ve bunun sonucunda taciz edilerek, işten ayrılmaya zorlanmasına ilişkin uyuşmazlıkta verdiği karara göre, kendisi engelli olmasa dahi, bakmakla yükümlü olduğu engelli bir çocuğu olan davacıya bu sebebe bağlı olarak işyerindeki emsal çalışanlara göre daha az lehte davranılması, doğrudan ayrımcılığın oluştuğunun kabulünü gerektirir³⁷. Bu bağlamda dolayısıyla ayrımcılık aslında doğrudan ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilebilir.

³⁴ Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, para. 31. Bkz. **Kaya**, s. 110, dn.435.

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bakırcı**, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 404 vd.; **Bakırcı**, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 53 vd.

³⁶ **Gül/Karan**, s. 10.

³⁷ “Somut olayda davacı Coleman, engelli bir çocuğun ebeveyni olup, hizmet sözleşmesine engelli çocuğuna bakma yükümlülüğü nedeniyle son verildiği ve bunun 2000/78 sayılı Yönerge hükümlerine aykırılık oluşturduğu iddiasında bulunmuştur. Divan, somut

D. POZİTİF (OLUMLU) AYRIMCILIK

Pozitif (olumlu) ayrımcılık, belli alanlarda az temsil edilen gruplara, fırsat eşitliğini sağlayabilmek için olumlu anlamda bazı ayrımcılıklar yapılmasını sağlayan program veya politikalarlardır. Burada belirli bir grup lehine ayrımcılık yapılmaktadır. Diğer bir ifade ile, pozitif ayrımcılık, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağında olduğu gibi yasak olan eylem yapıldığı zaman zarar gören mağdurun bireysel zararının karşılanması temeline dayanmamaktadır. Nitekim burada temel amaç zarar doğmadan zararı önlemektir³⁸.

Avrupa Topluluğu Anlaşması m.141/1 de “*eşit davranma ilkesinin, erkekler ve kadınlar arasında eşitliğin çalışma yaşamında tam olarak sağlanması için, mesleki faaliyetlerin daha az temsil olunan cinsiyet lehine sürdürülmesi, mesleki kariyerlerindeki kayıpların engellenmesi ya da bunların giderilmesinin kolaylaştırılması amacıyla üye devletler tarafından belirli yararlar sağlayan önlemlerin alınmasını ya da bunların korunmasını engellemeyeceği*” düzenlenmiştir.³⁹

2006/54 sayılı direktifin 3. maddesinde, olumlu ayrımcılık başlığı altında üye devletlerin, çalışma yaşamında kadın erkek eşitliği ilkesinin tam olarak uygulanabilmesinin sağlanması için ATA md.141 kapsamında birtakım önlemler alabilecekleri ya da bunları sürdürebilecekleri ifade edilmiştir. 2000/43 (m.5) ve 2000/78 (m.7) sayılı direktiflerde olumlu eylem ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır

Pozitif ayrımcılıkta ayrımcılık yaratan durum, eşitlik ilkesini zedelememektedir. Nitekim lehine ayrımcılık yapılan kimseler daha önceki aşama-

olayda Yönerge’de belirtilen ayırım sebepleri temelinde ayrımcılık iddiasında bulunabilmek için ilgili sebeplerin kişinin kendinde gerçekleşmesi zorunluluğu bulunup bulunmadığını incelemiştir. Dava konusu esasen, Yönerge’nin kişisel olarak kapsamını ilgilendirmektedir. Divan kararda, 2000/78 sayılı Yönerge’nin eşit davranma ilkesine ilişkin hükümlerinin geniş yorumlanması gerektiğine ve Yönerge’nin korumasının sadece kendileri engelli olan kişileri kapsamadığına hükmetmiştir.” Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, [2008] ECR I-5603, para. 56; Pilgerstorfer and Forshaw, s. 389. Bkz. Kaya, s. 186, dn.769.

³⁸ Yuvalı, s. 91.

³⁹ Kaya, s. 115.

larda belli nedenlerden dolayı ayrımcılığa maruz kalmış ve diğer bireylerle aralarında olması gereken eşitlik bozulmuştur. Dolayısıyla pozitif ayrımcılıkta temel amaç bazı kimseleri sanki maruz kaldıkları ayrımcılık hiç mevcut olmamışçasına diğer bireyler veya gruplarla eşit hale getirmektedir. Bu tür ayrımcılık uygulamaları ceza hukuku anlamında da ayrımcılık suçunu oluşturmaz⁴⁰.

Çalışma hayatında kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanması, iş yaşamında daha az temsil edilen cinsiyetin teşvik edilmesi ve mesleki kariyerlerinin gelişmesinde birtakım kolaylaştırıcı imkanlar getirilmesi yönünde uygulamalar yapılmasını gerektirir. Bu bağlamda çalışma hayatında kadınların önünü daha fazla açabilmek açısından belirli pozisyonlar için kadın kotası getirilmesi de olumlu bir ayrımcılıktır⁴¹.

AY.m. 10 da 5.7.2010 da yapılan değişiklikle belirli gruplara pozitif ayrımcılık yapılması hususu anayasal teminata kavuşmuştur. Söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre, “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” 3. fıkraya göre, “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” Bu çerçevede çocuklara, yaşlılara, özürlülere ve gazi ve şehit yakınlarına yapılacak pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülemez.

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre, “itiraz konusu kuralda, kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteği ile hizmet akdini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmektedir. Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konularındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğinden, kadın

⁴⁰ Yıldız, s. 83-84.

⁴¹ Löschnigg/Hekimler, s. 198-199.

çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 41. ve 50. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."⁴²⁻⁴³.

⁴² Oyçokluğu ile alınan bu karara karşı oy yazısı yazılmıştır. "Anayasa'nın 41. maddesinde de belirtildiği gibi aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucu evlilik birliğinin kurulması sonucu işten ayrılmayı, kıdem tazminatına hak kazanma için geçerli bir neden olarak görüyorsa, evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamaz. Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayırımın gerekçesi olamaz. Bu kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayrımcılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır. Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınlara erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur. Belirtilen nedenlerle itiraz konusu Kural'ın iptali gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına karşıyız." (AYM. 19.6.2008, 2006/156, 2008/125)

⁴³ Bakırcı'ya göre, Anayasa Mahkemesi kararı sonuç olarak doğru olmakla birlikte, gerekçe kısmı Türkiye'nin de onaylamış olduğu Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne aykırıdır. Nitekim kadınlar ve erkekler arasında geleneksel değer yargıları çerçevesinde bir farklılık yaratılamaz. Aile yükümlülüklerinin sadece kadına ait olması biçiminde bir gerekçe kabul edilemez. Çocuk bakım hizmetlerinin sağlanması, çocuğun yetiştirilmesi ve gelişiminin sağlanmasında kadın ve erkeğin yükümlülükleri ortaktır. Bkz. **Bakırcı**, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 158-159.

III. AYRIMCILIK NEDENLERİ

A. CİNSİYET

Cinsiyet, kişiye ait biyolojik özelliklerdir. Bu bağlamda kadın-erkek ya da çift cinsiyetlilik cinsiyet grupları olarak ifade edilebilir⁴⁴. Cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye salt cinsiyeti ya da cinsiyetine özgü bir niteliği (analık, hamilelik) dolayısıyla diğer cinsiyet grubuna mensup olan bir kişiye göre keyfi davranılması ve kişinin bu sebeple mağdur edilmesidir⁴⁵. Diğer bir ifade ile cinsiyet ayrımcılığı, kişinin sırf cinsiyeti nedeniyle işe alımda, iş ilişkisinin devamında, mesleki eğitim, mesleki ilerleme, ücretlendirme konularında, iş sözleşmesinin feshinde mağdur edilmesi veya bu kişiye diğer çalışanlara göre farklı koşullar uygulanması anlamına gelmektedir⁴⁶.

Kadın-erkek arasında cinsiyet ayrımcılığını engellemek Avrupa Birliği Hukukunun da temel görevlerinden biridir. Sosyal bakımdan ilerleme sağlanması ve hayat ve çalışma koşullarının iyileştirilebilmesi ve geliştirilebilmesi bakımından da cinsiyet ayrımcılığının önüne geçilmesi önem arz etmektedir⁴⁷. Bu bağlamda 2006/54 sayılı Direktifte de, Topluluk hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kadın erkek eşitliği gösterilip, bu eşitliği sağlamanın Avrupa Birliğinin ödevi ve amacı olduğunun altı çizilmiştir. Direktifin 3. maddesinde, üye devletlerin çalışma hayatında kadın ve erkekler arasında gerçek anlamda eşitliği hayata geçirmek amacıyla tedbirler alıp, bu yöndeki tedbirleri sürdürebileceği özel olarak düzenlenmiştir.

Türk hukukunda da Anayasa'nın 10. maddesinde 2004 yılında yapılan bir değişiklikle devlet, kadınlar ve erkekler arasındaki eşitliğin hayata geçmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde devlet, olumlu ayrımcılık niteliği taşıyan düzenlemeler getirip, uygulamalara yer verebilecektir.

⁴⁴ Monika **Schlachter**, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2008, s. 231; Rüdiger **Linck** (Günter Schaub/Ulrich Koch/Hinrich Vogelsang), Arbeitsrechts-Handbuch, München 2007, s. 226.

⁴⁵ **Yüksel**, s. 96.

⁴⁶ **Yüksel**, s. 99.

⁴⁷ **Handbook on European non-discrimination law**, s. 90.

Günümüzde kadın-erkek eşitliğinin sağlanması önemli bir konu olup, bu konuda pek çok yasal düzenleme bulunmasına ve pek çok proje yapılmasına karşın, 2012 Türkiye İlerleme Raporunda kadın erkek fırsat eşitliği alanında az ilerleme kaydedildiği, İş Kanununun, iş sözleşmesinden önce gerçekleşen durumlara uygulanmadığı, bu durumun da, işe alımlarda ayrımcılık riskini artırdığı, kadın istihdam oranının beklenenin altında olduğu, çalışma hayatı ile aile hayatı arasındaki dengeyi iyileştirmeye yönelik tedbirlerin tam olarak mevcut olmadığı, eşit iş için eşit ücret ilkesinin, iş hukuku kapsamına girmeyen sektörler de dâhil olmak üzere tam olarak uygulanmasının hızlandırılması gerektiği konularında eleştiriler getirilmiştir⁴⁸.

Uygulamaya baktığımızda, bir işveren açık bir iş ilanı verirken iş ilanını sadece erkeklere ya da kadınlara yönelik olarak verirse ayrımcı davranıştan söz edilecektir. Örneğin ağır işlerin ifa edileceği bir iş ilanı yapılacak olsa da, bu işte istihdam edilecek kişilerin erkek ya da kadın olarak sınırlandırılmaması gerekmektedir. Burada belirleyici unsur işe başvuracak olan kişilerin fiziksel özellikleri olmalıdır. Mesela 20 kg. ağırlığında yük taşınması işi veya 50 kg dan ağır makine parçalarının yerinin değiştirilmesi işi veya gece çalışması vb. işlerde dahi cinsiyet belirtmeden iş ilanı verilmesi gerekmektedir⁴⁹.

Açık olan bir iş ilanının cinsiyete yönelik olarak verilebilmesi için, yapılacak işin ifasının da belirli bir cinsiyette olmayı gerektirmesi gerekmektedir⁵⁰. Bir işin niteliğinin belirli bir cinse münhasır olması ya da o işi yapmanın diğer cinsten beklenemeyeceği durumlarda cinsiyet nedeniyle kadın ve erkek çalışanlar arasında ayrımı haklı kılan zorunlu nedenler olabilir. Kadın giysilerinin tanıtılacağı bir defilede kadın mankenlerle çalışılması, kadın mahkumların gardiyanlığı, kreş öğretmenliği, epilasyon ve pedikür işleri zorunlu nedene örnek gösterilebilir⁵¹.

Uygulamada hamilelik ve doğum, cinsel taciz ve cinsel yönelim cinsiyete bağlı ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir.

⁴⁸ http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf.

⁴⁹ **Löschnigg/Hekimler**, s. 198.

⁵⁰ **Löschnigg/Hekimler**, s. 197.

⁵¹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 667-668; **Demir**, s. 159.

1. Hamilelik ve Doğum

Kadın işçilerin hamilelik ve analık dönemlerinde korunmaları, genel olarak işverenin eşit davranma borcu ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı kapsamında incelenmesi gereken bir konudur. 4857 sayılı İş Kanunu m.5/III' e göre; *“İşveren, biyolojik veya isin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan ve dolaylı farklı işlem yapamaz.”*

Uygulamada ayrımcılığa dayalı birçok örneğin hamilelik ve annelik izniyle ilgili olduğunu görmekteyiz. Çalışma hayatında hamileliği nedeniyle işten çıkarılan pek çok işçi olduğu, işverenin hamile kalabilecek genç bir kadını, kadının ileride kullanabileceği izinler dolayısıyla işe almak istemediği, kadınlara işe alınmadan önce hamile olup olmadıkları, gelecek beş yılda hamile kalmayı düşünüp düşünmediklerinin sorulduğu, hamile kalmayacaklarına dair söz istendiği, hamileliği nedeniyle iş sözleşmelerine son verilen pek çok işçi olduğu, kadın çalışanın, annelik izninden sonra işe döndüğünde kendi masasının elinden alındığı pek çok olayın olduğunu görmekteyiz.

Hukukumuzda iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin eşit işlem yapma borcuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmayıp, Anayasa'nın 10. ve 70. maddelerinde kamu hizmetlerine girme bakımından kadın ve erkek eşitliği belirtilmiştir. Bu husus ayrıca Türkiye'nin onayladığı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 sayılı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde de vurgulanmaktadır (m.11/b).

İşverenin iş başvurularında diğer bir ifade ile, sözleşme öncesi görüşmelerde, işçi adayına hamile olup olmadığı veya hamile kalmayı düşünüp düşünmediğini sorması uygulamada sıklıkla rastlanılan bir durumdur. Bu tür sorular ile işverenler, iş ilişkisinin kurulmasından kısa bir süre sonra doğabilecek ekonomik külfetleri veya çalışma şartlarında bu nedenle oluşabilecek değişiklikleri tahmin etme amacını gütmektedir⁵².

⁵² İştar (Urhanoglu) **Cengiz**, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yıl: 2009, Cilt: 10, Sayı: 4, s. 27; **Yüksel**, s. 156-157.

İş hukuku öğretisinde, işveren tarafından kadın işçiye yöneltilen hamileliğe ilişkin soruların cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide bazı yazarlar, işin niteliği gerektirsin veya gerektirmesin, hamileliğin işveren bakımından zorunlu bir külfet yaratacağı düşüncesi ile işverenin bu durumu bilmekte haklı bir menfaatinin bulunması sebebiyle, işverenin işçiye hamilelikle ilgili soru yöneltebileceğini kabul etmektedirler⁵³. Buna karşın öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, yapılacak işin niteliği kadın işçiye bu tarz bir soru yöneltilmesini haklı kılyorsa, sorunun doğru yanıtlanması gerekir. Aksi halde bu tür bir sorunun Anayasa m.20' de teminat altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesini zedeleyeceği kabul edilmelidir⁵⁴. Örneğin kadın iç çamaşırı ya da mayolarının tanıtılacağı bir iş için mayo mankeni olarak işe alınacak işçi adayına hamile olup olmadığı yönünde soru yöneltebilir⁵⁵. Aynı doğrultuda diğer bir görüşe göre de, kadın işçinin kural olarak işyeri veya işyerinde görülen işle ilgisi bulunmayan hamilelikle ilgili soruları cevaplandırmakla yükümlü olmadığı, ancak üstlendiği işi hamileliği nedeniyle yerine getiremeyecekse ya da söz konusu işin niteliği hamilelikle bağdaşmıyorsa bu tarz soruları cevaplandırmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir⁵⁶.

Kanaatimizce, kural olarak kadın işçiye hamile olup olmadığı ya da hamile kalmayı düşünüp düşünmediğine ilişkin olarak yöneltilen soru kişilik haklarıyla bağdaşmamaktadır. Ancak yapılacak işin niteliği çalışanın hamile olmamasını gerektiriyorsa, diğer bir ifade ile sorunun sorulmasını gerektiren objektif bir sebep var ise, işverenin bu tarz bir soruyu sorması ve istihdam edeceği adaydan soruya doğru cevap vermesini beklemesi haklı olarak görülmelidir.

⁵³ Ali Nazım **Sözer**, "Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları", Adalet Dergisi, Kasım-Aralık 1982, C.73, S. 6, s. 1051; Ercan **Akyığıt**, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s. 44.

⁵⁴ Savaş **Taşkent**, İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul 1982, s. 179-180; Öner **Eyrenci**, "İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar", Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 249; **Yüksel**, s. 157-158.

⁵⁵ **Yüksel**, s. 158.

⁵⁶ **Cengiz**, s. 28.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 1991 yılında verdiği bir kararında, hamilelik nedeniyle kadın işçinin işe alınmamasını ayrımcılık olarak kabul etmiştir⁵⁷. Nitekim kadın işçi iş görüşmesi sırasında işverene hamile olduğunu söylemek zorunda değildir. Eğer kadın işçinin bu tarz bir konuda işvereni haberdar etme yükümlülüğü kabul edilecek olursa, Gebe İşçilerin Korunmasına İlişkin 92/85 sayılı Direktifin 10. maddesi ile getirilen işten çıkarma yasağına ilişkin güvencenin bir anlamı kalmayacaktır⁵⁸.

Yargıtay'ın bir kararına göre, “Davacı işçi, davalıya ait işyerinde yönetici pozisyonunda çalışmakta iken, 28.2.2006 tarihinde doğum, süt izni, ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin kullandığını, 1.3.2007 tarihinde işe başladığını, daha önce çalıştığı pozisyonun dolu olması sebebiyle iş değişikliği teklifinde bulunulduğunu, ancak yöneticilik kadrosu haricindeki görevleri reddettiğini, işverenin yöneticilik dışındaki bir pozisyonda görevlendirdiğini, alt bir görev olması nedeni ile kabul etmediğini bildirmesi üzerine istifa etmesi için baskıya maruz kaldığını, bu baskılara dayanamayarak iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca feshetmek zorunda kaldığını, ancak bu istifanın zorunlu bir istifa olduğunu belirterek işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı işveren, iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Davacı kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası kullandığı yasal izinlerden dolayı ortaya çıkan iş gücü açığının yeni bir işçiyi izin süresine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak yahut işyeri personellerinden birini geçici olarak görevlendirmek suretiyle doldurulması mümkündür. Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kullanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir. Mevcut maddi ve hukuki olgulara göre iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.”⁵⁹.

⁵⁷ In Case C-177/88; Cengiz, s. 29, dn.32.

⁵⁸ In Case C-109/00; Cengiz, s. 29, dn.33.

⁵⁹ Yarg. 9. HD., 23.6.2008, E. 2007/41015, K.2008/17093 (kişisel arşiv).

2. Cinsel Taciz

a. İş Kanununda Cinsel Taciz

Cinsel taciz, cinsel anlam taşıyan veya cinselliğe dayanan, vücudun seksüel bölgesine yönelik olarak yapılan ve istenmeyen davranışlar olarak tanımlanabilir⁶⁰. İşyerinde cinsel taciz, çalışma ortamını bozan, bu tarz davranışlara maruz kalan kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığını, moralini, performansını olumsuz etkileyen bir olgudur⁶¹. Cinsel taciz fiilleri sözlü sarkıntılık, ahlaksız teklifler, porno film veya fotoğraf gösterimi, menfaat vaadi veya menfaat kaybı tehdidi altındaki yakınlaşmalar, fiili cinsel tecavüzler ya da zor kullanmalar şeklinde görülebilir⁶². Cinsel taciz kadının istihdama katılımını olumsuz etkileyerek, kadınların taciz korkusuyla işe girmekten korkmasına veya bu tarz nedenler ile işten çıkarılmasına ya da kendi istekleriyle işten ayrılmalarına veya meslekte yükselme olanaklarının ortadan kalkmasına sebep olabilir⁶³.

Cinsiyet nedeniyle doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilen cinsel tacizin tanımının ve hangi davranışların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğinin tespiti önem taşımaktadır. İşyerinde cinsel taciz, dokunma ve okşamayı da içine alan istenmeyen cinsel yaklaşımlardır⁶⁴. Türk hukuku açısından yasal bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte işyerinde cinsel taciz, mağdurun uluslararası ve ulusal düzeyde koruma altına alınmış olan kişilik haklarını ihlal eden çalışma hak ve özgürlüğüne aykırılık oluşturan AY.m.10 da hükme bağlanan eşitlik ilkesine aykırılık yaratan bir durumdur. Ceza hukuku açısından cinsel taciz ise birey veya bireylerin cinselliklerine yönelik sözlü veya yazılı, vücuda temas içermeyen rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareket anlamına gelir⁶⁵.

Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde cinsel taciz de cinsiyet nedeniyle ayrımcılık olarak değerlendiril-

⁶⁰ **Süzek**, s. 422; **Yıldız**, s. 100. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kadriye **Bakırcı**, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000, s. 109; **Löschnigg/Hekimler**, s. 197.

⁶¹ **Yüksel**, s. 262.

⁶² **Senyen-Kaplan**, s. 165; **Linck**, s. 232.

⁶³ **Yüksel**, s. 262.

⁶⁴ **Yıldız**, s. 100.

⁶⁵ **Yıldız**, s. 103.

miştir. Bir işveren taciz eylemi hakkında bilgi sahibi olmasına rağmen bilinçli olarak herhangi bir önlem almaz ise taciz eylemine maruz kalan işçiye karşı ayrımcılık yapıldığından söz edilir⁶⁶. 2000/43 ve 2000/78 sayılı direktiflerde olduğu gibi, 2006/54 sayılı Direktif de cinsel tacizi, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın ve ayrıca cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir türü olarak düzenlemiştir.

İşyerinde cinsel taciz doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır. Örneğin işveren işyerinde çalışan tüm kadın işçilere tacizde bulunduğu, işverenin doğrudan cinsiyet ayrımcılığı yaptığından söz edilir. Ancak işveren işyerindeki kadın işçilerden bir ya da birkaçına cinsel tacizde bulunuyor ve bu kadın işçilerin söz konusu tacize boyun eğmeleri karşılığında daha fazla ücret, daha kolay çalışma koşulları ya da terfi olanakları sağlıyorsa bu durum tacize uğrayanlar açısından doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, aynı veya benzer işi yapan ancak bu kişilere oranla daha olumsuz koşullara sahip olan diğer çalışanlar açısından eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturabilir⁶⁷.

İş K.m.24/II-b çerçevesinde işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması, İş K.m.24/II-d çerçevesinde işçinin işyerindeki diğer işçiler ya da üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması ve bunu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını verir.

İş K.m.25/II-c çerçevesinde işveren tacizci işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşyerinde cinsel tacize uğrayan bir işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği gibi, TBK.m.106 ve 408. madde hükümlerine dayalı olarak iş görmekten kaçınabilir, maddi ve manevi tazminat (TBK.m.49, 54, 56, 58) talep edebilir, tespit ve tecavüze son verilmesi davalarını açabilir.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu m.417 de “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlığı altında cinsel taciz olgusuna açıkça yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli

⁶⁶ Löschnigg/Hekimler, s. 197.

⁶⁷ Yıldız, s. 105.

önlemleri almakla yükümlüdür.” Bu düzenleme ile işveren, işçiyi gerek işveren vekillerinin gerek diğer işçilerin ve işyerine gelecek üçüncü kişilerin yapabilecekleri cinsel tacizlere karşı korumakla yükümlü tutulmuştur. İşverenin gözetme borcu kapsamında kabul edilen bu yükümlülüğün yasal bir düzenlemeye kavuşturulması yerinde olmuştur.

Yargıtay’ın bir kararına göre, *“Taraflar arasındaki uyuşmazlık davalı işveren tarafından iş akdinin haklı olarak feshedilip feshedilmediği nokta- larında toplanmaktadır... Taraflarca dosyaya sunulan deliller birlikte değerlendirildiğinde: olayın akabinde görgü tanığı durumunda olan Nurcan Kasap’ın gerek davalı işveren tarafından yapılan idari soruşturmada, gerekse duruşmadaki ifadesi birbirini tamamlar ve doğrular durumdadır. Bu tanık beyanında her ne kadar olayın doğrudan görgü tanığı olmasa da, “...temizlik görevlisi Hatice’nin ağladığı, kendisine sorduğunda davacı işçinin kendisine arkadan sarıldığını ve öpmeye çalıştığını, kendisinin de onu itip yukarı çıktığını, bu nedenle ağladığını söylediğini..” beyan etmiştir. Öte yandan davacı işçi idari soruşturmadaki beyanında “..acele ile telefona koşarken elini kendisine çarptığını..kendisine terbiyesiz gibi birkaç laf söyle- yerek odadan çıktığını.....” söylemiştir. Olayın gelişimi dikkate alındığında, davacı işçinin haklı feshe konu olan davranışı işlemiş olduğu dosya kapsa- mına göre somut delillerle ispat edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.”⁶⁸.*

Yargıtay’ın bir başka kararına göre, *“Taraflarca dosyaya sunulan deliller birlikte değerlendirildiğinde, davacı işçinin aynı işyerinde çalışan bayan işçiyi işyeri telefonu ile gece vakitlerinde defalarca aradığı anlaşıl- maktadır. Bu durum davacının da kabulindedir. Aramaların iş icabı olduğu, sevkiyat nedeni ile aradığı yolunda getirilen açıklamalar ise, aranan bayan işçinin işyerindeki konumu ve görevi dikkate alındığında inandırıcı değildir. Davacı işçinin, bu davranışı doğruluk ve bağlılığa uymamaktadır. Böyle olunca yukarıda sözü edilen kanun hükümleri uyarınca iş akdinin davalı işveren tarafından haklı olarak feshedildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi yönünde hüküm kurul- malıdır.”⁶⁹.*

⁶⁸ Yarg. 9. HD., 11.2.2009, 2007/36469, K.2009/2201 (kişisel arşiv).

⁶⁹ Yarg. 9. HD., 1.7.2008, E.2007/22753, K.2008/18639 (kişisel arşiv). Yargıtay’ın bir diğer kararına göre, *“Dosya içeriğine göre, 05.11.2006 tarihinde şirket yetkililerinin mağazayı ziyareti sırasında davacı ile bayan çalışan N. İ. arasında küfürleşme ve kavg*

b. Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz

TCK m.105 de cinsel taciz suçu düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, “(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında,

olayı yaşandığına dair tutanak tutulmuştur. Tutanak üzerine olaya karışan davacı ile bayan işçinin savunması istenmiş, davacı savunma vermemiş, bayan işçi ise, “işe girdiği tarihten bu yana davacı işçinin kendisini rahatsız ettiğini kendisini, işten çıkarmakla tehdit etmesi nedeni ile ses çıkarmadığını, 05.11.2006 günü depoda yemek pişirirken davacı işçinin arkadan gelip poposunu sıktığını ve göğüslerini çıkarmaya çalıştığını, bağırdığını, davacı işçinin ağzını eli ile kapatmaya çalışıp, boğazını sıktığını, dövüldüğünü, kendisini korumaya çalıştığını beyan etmiştir. Olay C. Savcılığına intikal etmiş, davacı işçi hazırlık aşamasında, sarkıntılığı kabul etmediğini, diğer işçinin kendisine hakaret ettiğini savunmuştur. C. Başsavcılığınca davacı hakkında müşteki sanık sıfatı ile diğer bayan işçiye karşı cinsel taciz suçunu işlemesi, bayan işçi hakkında da davacı işçiye karşı hakaret ve sair tehdit suçlaması ile Milas Sulh Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır. Milas Sulh Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonunda 29.11.2007 gün ve 56-1088 sayılı ilam ile davacı işçi hakkında cinsel taciz suçunun işlendiğine dair müştekinin soyut iddiasından başkaca delil elde edilemediği gerekçesi ile davacı işçinin beraatına, bayan işçi hakkında açılan hakaret ve tehdit suçlarından şikayetten vazgeçilmesi nedeni ile kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir. Ceza mahkemesi dosyası içinde, hazırlık soruşturması sırasında bayan işçinin alınan adli raporunda “yüzünde, sol kol arkasında hematoma ve sıyrıklar olduğu, basit bir müessir fiile maruz kaldığı” belirtilmiştir. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı işçinin cinsel taciz suçundan, delil yetersizliğinden beraatına dair ceza mahkemesi kararının, hukuk hakimini bağlayıcı yanı bulunmamaktadır. Cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır. Nitekim olay tutanağını düzenleyen tanıklar, davacı ve diğer bayan işçiye tartışırken ve karşılıklı birbirlerine hakaret ederken gördüklerini, daha öncesini bilmediklerini belirtmişlerdir. Bu tartışma ve hakaret olayının herhangi bir neden olmadan çıkması hayatın olağan akışına aykırıdır. Olayın mağduru diğer bayan işçi, depoda yemek pişirme sırasında davacı işçinin kendisine arkadan sarılması üzerine bağırdığını, ancak davacının kendisini tuttuğunu ve boğazını sıktığını beyan etmiştir. Bayan işçinin bu beyanını, hazırlık aşamasında alınan ancak gerek Sulh Ceza Mahkemesince gerekse hukuk mahkemesince değerlendirilmeyen, “yüzünde ve kolunda sıyrık ve hematoma mevcuttur, basit etkili eyleme maruz kalmıştır” ibarelerini içeren adli rapor doğrulamaktadır. O halde somut uyumsuzlukta, davacı işçinin bayan işçiye hem cinsel tacizde, hem de etkili eyleme bulunmak sureti ile sataşmada bulunduğu, bu sataşmasını tanıklar geldiğinde de devam ettirdiği sabittir. Davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini feshetmesi haklı nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.” Bkz.Yarg. 9. HD. 12.10.2009, E. 2009/115, K. 2009/26672 (kişisel arşiv).

mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur. (2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkra 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.”

Görüldüğü gibi, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak karşı cinsel tacizde bulunulması cinsel taciz suçunun nitelikli halini oluşturmakta ve ceza yarı oranında artırılmaktadır. Ancak istatistiklere bakıldığı zaman işyerinde cinsel taciz suçlarının yargıya gerçekte olduğu oranda yansımadağı görülmektedir. Bunun sebebi de çalışma hayatında, cinsel tacize uğrayan çalışanların, ki bu kişiler daha ziyade kadınlardır, işlerini kaybetme, toplum tarafından dışlanma korkusuyla, genelde şikayette bulunmamalarıdır

3. Cinsel Yönelim (Cinsel Tercih-Cinsel Eğilim)

2006/54 sayılı direktifin uygulanmasında cinsel yönelime dayalı ayrımcılık da koruma altına alınmıştır. Avrupa Birliğindeki gelişmeler incelendiğinde Adalet Divanının bu konuda vermiş olduğu kararlar çerçevesinde cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren kişilerin yani transeksüellerin maruz kaldığı ayrımcılık cinsel yönelime dayalı değil, cinsiyete dayalı ayrımcılıktır. Bu çerçevede cinsel yönelim kavramı homoseksüelliği, biseksüelliği ve heteroseksüelliği kapsamaktadır⁷⁰. 2000/78 sayılı direktifin 2. maddesinde cinsel yönelime dayalı olarak doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Avrupa Adalet Divanının bir kararına konu olan olayda, erkek olarak doğan Richard cinsiyet değiştirmiştir. İngiltere’de emeklilik aylığına hak kazanabilme yaşı kadınlar için 60 iken, erkekler için 65 tir. Richard 60 yaşında emeklilik aylığı için başvuruda bulunmuş, yasal olarak erkek olarak

⁷⁰ **Handbook on European non-discrimination law**, s. 97; **Schlachter**, s. 233; **Linck**, s. 227.

gözüktüğü için ancak 65 yaşına ulaşınca bu aylığa hak kazanabileceği gerekçesi ile bu talebi reddedilmiştir. Adalet Divanı bu durumu cinsiyet değişikliğine dayalı ayrımcı davranış olarak kabul etmiş ve 79/7 sayılı Direktifin 4. maddesine aykırı bulmuştur⁷¹.

Türk hukuku açısından konuya bakıldığında AY.m.20 ye göre işçinin cinsel yaşamının, evlilik hayatının, eşi ile birlikte yaşayıp yaşamadığının ya da gönül ilişkilerinin işvereni ilgilendirmediği kabul edilmelidir. İşçinin cinsel yaşamı, özel yaşamının önemli bir kısmını ve gizli alanını oluşturmaktadır. Bu nedenle de işverenin bir işçiyi işe alması, iş ilişkisini devam ettirmesi ya da iş ilişkisini sona erdirmesinde işçinin cinsel eğilimi etkili olmamalıdır⁷². İş K.m.5 te açıkça cinsel yönelimden söz edilemese de, hükümde yer alan benzeri nedenler ibaresinin özürsüzlük, yaşlılık ve cinsel yönelimi kapsadığı kabul edilmelidir. Bu bağlamda cinsel yönelimler konusunda yapılan ayrımcılık cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilmektedir⁷³. Her ne kadar 2000/78 sayılı direktifteki caydırıcı önlemlerin İş K.m.5 ile karşılandığı ileri sürülse de, ayrımcılık tazminatının AB direktiflerinin olmasını amaçladığı caydırıcı ve etkili bir yaptırım olmaktan uzak olduğu düşünülmektedir⁷⁴.

Yargıtay 9. HD. de işyerindeki gönül ilişkilerinin iş düzenini etkilemediği sürece işvereni ilgilendirmediğini, bu nedene dayalı olarak yapılan fesihlerin haksız olduğunu, bu nedenle işçiye kıdem ve ihbar tazminatları ödenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁷⁵.

İşçinin ister heteroseksüel ister eşcinsel olsun, özel hayatını işyerine olumsuzluk yaratacak şekilde yansıtmaması, işyerindeki çalışma ortamını bozacak derecede iş yaşamı ile özel yaşam arasındaki çizgiyi ortadan kaldırmaması gereklidir. Örneğin heteroseksüel bir kadın işçinin işyerinde sürekli olarak eşi ya da erkek arkadaşı ile herkesin duyabileceği şekilde

⁷¹ Case C-423/04, 2006-ECR I-3585, 27.4.2006, **Handbook on European non-discrimination law**, s. 93, dn.174.

⁷² **Yuvalı**, s. 128.

⁷³ **Yuvalı**, s. 131.

⁷⁴ **Yıldız**, s. 125.

⁷⁵ Yarg. 9.HD., 25.12.1997, E.1997/18665, K.1997/22471; Yarg. 9. HD., 14.12.1998, E.1998/16734, K.1998/18088 (kişisel arşiv).

kavga etmesi, bir erkek işçinin evlilik dışı ilişkisi nedeniyle eşi ile yaşadığı problemlerin işyerinde de herkesin gözü önünde devam ettirmesi, eşcinsel bir çalışanın hayatını paylaştığı kişi ile işyerinde tartışması durumlarından hiçbiri cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağı kapsamında hukukten korunamazlar. Anılan davranışları hangi cinsel tercihten olursa olsun gerçekleştiren kişi hakkında işveren yasal haklarını kullanabilir⁷⁶.

Sonuç olarak cinsel yönelimlerin ve farklılıkların işin yürütümünü, çalışma düzenini ve barışı bozmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Kanaatimizce cinsel yönelimi suç sayan kanuna aykırı bir hüküm bulunmadığı ve cinsel yönelim işçinin kendi özel yaşamına ilişkin bir tercih olduğu için, bu durum işyeri düzenini olumsuz etkilemediği, işverene ve işyerine zarar vermediği sürece iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmaz. Örneğin işyerinde çalışan başka işçiler homoseksüel olan bu işçiye sataşıyor ve işyeri düzenini bozuyorsa, bu işçinin homoseksüelliği değil, diğer işçilerin sataşması, sataşmada bulunan işçilerin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturur. Nitekim işçinin özel yaşamındaki tercihi veya davranışları işyeri düzenini etkilemediği sürece geçerli şekilde sözleşmenin feshine neden olmaz.

Yargıtay'ın bir kararına göre, “*Davalı tanıklarının birbirlerini doğrulayan ifadelerinden davacının eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alınan otomobil parası bahane edilerek küfürlü tartışmaların geçtiği anlaşılmaktadır. Şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yanında dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş veriminin olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmelidir. İşyerinde cinsel taciz ile başlayan ilişkinin partneri tarafından sonlandırılmasının istenilmesi üzerine otomobil borcu bahane edilerek karşılıklı hakaret içeren sataşmaya dönmesi sonucu davacının diğer işçisiyle birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi, işvereni davacıya karşı bir komplo kurduğu yolundaki iddiaya değer verilmesine engel teşkil etmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle 1475 sayılı İş Kanununun 17/II. maddesine uygun fesih sonucu davacı ihbar ve*

⁷⁶ Yıldız, s. 123.

kıdem tazminatına hak kazanamayacağından mahkemece davanın reddi yerine kabulü hatalıdır.”⁷⁷.

B. DİNİ İNANÇ, FELSEFİ VE SİYASAL DÜŞÜNCE

2000/78 sayılı direktif çerçevesinde diğer bir ayrımcılık sebebi din ve inançtır. Bu direktif çerçevesinde yapılacak işin niteliği göz önünde tutulduğunda belli bir dine ya da inanca mensup olmak objektif olarak gerekiyorsa, bu taktirde yapılan farklı uygulama ayrımcılık olarak değerlendirilemez. Örneğin bir camide, kilisede çalışacak, burada yürütülen dini hizmeti ifa edecek kişilerin o dine mensup olmasını ya da o dünya görüşünü benimsemesini aramak, çevre koruma konusunda faaliyet gösterecek bir kuruluşun istihdam edeceği kişilerin çevreci olmasını şart olarak aramak ayrımcılık olarak nitelendirilemez⁷⁸.

Ülkemiz açısından din ve inanç özgürlüğü AY. m.24 ile güvence altına alınmıştır. İş K.m.5 de din ve mezhep temelinde ayrımcılığı yasaklamıştır. İş K.m.18 çerçevesinde de dini inanış hiçbir surette iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturamaz. TCK.m.122 anlamında da bu ayrımcılık suç oluşturur⁷⁹.

İşçinin Anayasa m.25 ile güvence altına alınan düşünceyi açıklama özgürlüğü çerçevesinde politik içerikli görüş açıklaması sözleşmesinin feshi için neden oluşturamaz. Ancak Yargıtay'ın bir kararına göre, bir kamu kuruluşunda çalışan davacı, davalıya ait işyerinde çalışırken devlete karşı suç işleyen X örgütüne üye olduğu gerekçesi suçlanmış, işçi bu ilişkiyi doğrulamış ve davacı ile ilgili belgeler örgüt binasında bulunmuştur. Davacı işçinin bu eylemleri nedeniyle işten çıkarılması geçerli bir fesih olarak kabul edilir⁸⁰.

⁷⁷ Yarg. 9.HD., E.2005/654, K..2005/30275 (kişisel arşiv).

⁷⁸ Yıldız, s. 131; Löschnigg/Hekimler, s. 198.

⁷⁹ Örneğin firıncı A, ben X dinine mensup olanlara ekmek satmıyorum demek suretiyle X dinine mensup kişileri söz konusu hizmetten mahrum ederse bu suçun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.4, Ankara 2009, s. 3036.

⁸⁰ Yarg. 9. HD., 26.1.2005, E.2004/33501, K.2005/1542 (kişisel arşiv).

Kanaatimizce, işveren aynı siyasi ya da dini düşüncelere sahip olanları işyerinde çalıştırmak istiyor olsa dahi, işe almış olduğu bir işçiyi farklı düşünceleri ya da inancı nedeniyle işten çıkaramaz. İşveren o işçinin politik ya da dini düşüncelerinde yanıldığını ya da aldatıldığını veya işçinin sonradan fikrini değiştirdiğini ileri süremez. Nitekim Anayasa hükümleri çerçevesinde işçinin politik ya da dini düşüncelerini açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸¹. Kişinin siyasi ya da dini düşüncelerini açıklamama özgürlüğü olması sebebiyle, işçinin bu konuda beyanda bulunmaması, hakkın kötüye kullanılması oluşturmaz. Ayrıca bu sebeple sözleşmenin feshi, İş K.m.5 anlamında ayrımcılık yasağına da aykırılık oluşturur. Bu nedenle işçinin siyasi ya da dini bakımdan farklı düşünce yapısına sahip olması, işverene veya işyerine zarar vermediği sürece fesih için geçerli neden oluşturmaz. Ancak örneğin işçi işverenden farklı bir ideolojiye sahip ve işverenin aleyhine, kendi siyasi düşüncesinin taraftarları lehine hareket ediyor, açıklamaması gereken sırları açıklıyor, işverenin benimsemiş olduğu fikirlere zarar verici davranışlarda bulunuyor, yani sadakat borcunu ihlal ediyorsa, bu sebeple sözleşmesi feshedilebilir. Nitekim bu durumda söz konusu sebep, sözleşmenin feshi için haklı sebep oluşturur.

C. IRK VE ETNİK KÖKEN

Avrupa Birliğinde ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık 2000/43 sayılı direktif ile yasaklanmıştır. (m.2-3-4-5) Direktifin amacı üye devletlerde eşit davranma ilkesini geçerli kılmak amacıyla ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılıkla mücadele etmektir.

Direktifin 3. Bölümü eşit davranma ile ilgili organlar kurulmasını düzenlemiştir. 13. maddeye göre, “Üye Devletler; ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık yapılmaksızın bütün insanlara eşit muamele edilmesini yerleştirip geliştirecek kimi organ veya organları görevli kılar.” Bu bağlamda, Eşitlik Kurumu oluşturularak ayrımcılıkla mücadele ve eşit davranma ilkesinin hayata geçirilmesi gerekmektedir.

Türkiye’de Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı hakkında çalışmalar devam etmekte olup, 2012 Türkiye ilerleme raporunda

⁸¹ Anayasa’nın 25. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.”

bu husus eleştiri konusu yapılmıştır. “Kapsamlı bir ayrımcılıkla mücadele mevzuatı bakımından, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun kurulmasına ilişkin mevzuat da dâhil olmak üzere, hâlâ eksikler bulunmamaktadır. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun kurulmasına ilişkin kanun tasarısı Meclise sunulmuştur. İlgili Meclis Komisyonu, cinsel kimlik veya cinsel eğilime dayalı ayrımcılıkla ilgili atıfları çıkartmak amacıyla tasarıyı değiştirmiştir. Mevcut yasal çerçeve AB müktesebatı ile uyumlu değildir. Etnik, dini, cinsel ve diğer kimlikler temelinde kişilere karşı ayrımcılık mevcuttur.”⁸²

Avrupa Birliği hukukunda dil, renk, menşee açıkça ayrımcılığa karşı korunma sebepleri arasında sayılmamasına karşın, bu özellikler ırk ve etnik köken kapsamında korunmaktadır. Nitekim dil, renk ve menşee ırk ve etnik kökenin uzantısıdır⁸³.

Etnik köken ve ırk birbirleri ile bağlantılı kavramlardır. ırk insanların biyolojik sınıflandırması, deri, renk, yüz özellikleri ile ilgili bir kavram iken, etnik köken ortak milliyet, iman, ortak dil, kültür ve gelenek ile ilgili bir kavramdır⁸⁴.

Yabancı olmakla ırksal ayırım farklı şeyleri ifade etmektedir. Nitekim yabancılık, yaşadığı ülkenin vatandaşı olmayan kişileri ifade etmekte olup, her ülke yabancılarla ilgili mevzuatını, kamusal haklar, ikamet, işe alınma ve çalışma koşulları vb. konularda kendi vatandaşlarından farklı düzenleyebilir⁸⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin bir kararına konu olan olayda, Avusturya’da çalışmış olan bir Türk vatandaşının işsizlik yardımı talebi Avusturya vatandaşı olmaması sebebiyle reddedilmiştir. AİHM, bu kişinin sürekli olarak burada ikamet eden kimse olması, vergilendirme vasıtasıyla sosyal güvenlik sistemine katkı sağlaması, başvuranın durumunun Avusturya vatandaşlarına çok yakın olması nedeniyle söz konusu Türk

⁸² http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf.

⁸³ **Handbook on European non-discrimination law**, s. 105.

⁸⁴ **Handbook on European non-discrimination law**, s. 105; **Schlachter**, s. 233; **Linck**, s. 225-226.

⁸⁵ **Yuvalı**, s. 136.

vatandaşına ayrımcılık yapıldığını kabul etmiş ve Avusturya-Türkiye arasında karşılıklı sosyal güvenlik anlaşmasının olmamasının ayrımcılığı haklı kılmadığını belirtmiştir⁸⁶.

Etnik farklılık konusunda da önemli ölçütlerden birisi ana dil meselesidir. Nitekim ana dil etnik farklılığın kriterlerinden biridir ve bu bakımdan işverenin işçileri arasında salt ana dillerine bağlı olarak ayırım yapması ırk veya etnik köken ayrımcılığı olarak değerlendirilebilir⁸⁷. Yürütülecek işin özelliği bakımından o ülkedeki dilin iyi bilinmesi gerekiyorsa, örneğin işveren edebiyat öğretmenliği için işçi alımı yapacaksa veya işin niteliği itibariyle oluşabilecek iletişim güçlüklerinin işin yürütümünü olumsuz etkilemesi durumunda o ülkedeki dili tam olarak bilen kişilerin işe alınması şart ise, o dili iyi bilmeyen bir kimsenin işe alınmaması ya da işin yürütümünde oluşan sorunlar nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesi dile ve dolayısıyla etnik kökene dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilemez⁸⁸.

Türk hukukunda ırka dayalı ayırım yasağı AY.m.10-İş K.m.5 ve TCK.m.122 ile yasaklanmıştır. İş K.m.5 de açıkça öngörülmüş olmasa da, ırka dayalı ayrımcılık yasağı etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağını da kapsamaktadır⁸⁹.

D. ÖZÜRLÜLÜK (ENGELLİLİK)

Özürlülük durumuna dayalı ayrımcılık AB mevzuatında 2000/78 sayılı direktif ile yasaklanmıştır. Bu direktif, özürlülük durumuna ilişkin olarak doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Direktifin 5. maddesine göre, “Özürlülerle ilgili olarak eşit muamele ilke-

⁸⁶ ECtHR, Gaygusuz v. Austria (No:17371/90), 16 September 1996, bkz. **Handbook on European non-discrimination, law**, s. 110, dn.218.

⁸⁷ **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 665.

⁸⁸ **Yuvalı**, s. 136-137; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 665.

⁸⁹ Örneğin X bölgesinde sadece Y ırkından olanların ya da Z şehri doğumlu olanların yolcu taşımacılığı yapabileceğini söyleyerek otobüs işletmesinin engellenmesi ya da belirli bir ırka, inanişe, renge ya da mezhebe sahip olanların yolcu otobüsüne alınmaması bu TCK.m.122 çerçevesinde bu suçun oluşuma sebep olur. Ayırım yaparak insan onuruyla bağdaşmayacak, eşit işlem görme hakkını ihlal edecek şekilde sunulan kamu hizmetinden bazı vatandaşları mahrum etmek suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 3032.

sine uygun davranabilmeyi temin edebilmek maksadıyla makul ölçüde yardımcı olunur. Demektir ki işverenler, özel bir durum gerektirdiğinde, işverene orantısız bir yük yüklediği takdirde, özürlü bir kimsenin işe girmesi, katılması veya işte ilerlemesi için veya eğitimden geçmesi için uygun önlemleri alır. Söz konusu yük, ilgili Üye Devletin özürhüner politikası çerçevesinde mevcut önlemler yeterli çare getirdiği takdirde oransız olmaz.”

Her ne kadar Direktiflerde engelliliğe dayalı ayrımcılık yasaklanmış olsa da, kimin engelli olarak söz konusu korumadan yararlanacağı uygulamada problem yaratmaktadır. Üye devletlerin iç hukuklarında bu korumanın kimleri kapsadığı konusunda engelli tanımı yapması gerekmektedir⁹⁰.

Eşit davranma ve ayrımcılık yasağı ilkeleri, eşit veya benzer durumda olanlar arasında eşit muameleyi ifade ettiği için engelli olan ve olmayan kişiler arasındaki farklılığın dikkate alınarak eşit işlem yapılması bu borcun gereğidir⁹¹.

Avrupa Adalet Divanının bir kararına konu olan olayda, hasta olan Ms. C. İspanyol işverenin yanında çalışırken zaman zaman devamsızlık yapmış ve işvereni tarafından işten çıkarılmıştır. Mahkeme söz konusu feshi İstihdamda Eşitlik Direktifine aykırı bulmuştur. İşçi hastadır ve sözleşmesi işverence tek taraflı olarak feshedilmiştir. Halbuki Direktif engelli olmayı bir koruma sebebi olarak kabul etmektedir. Mahkeme bu gerekçelerle işçinin hastalığının direktif çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususunu Adalet Divanına bırakmıştır. Divan, hastalığın Direktif çerçevesinde kabul değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir⁹². Bu bağlamda hastalık ve engellilik aynı kavramlar olmadığı için hangi eksikliklerin ya da özürlerin hangi kavram içinde değerlendirileceğinin ve ayrımcılık kapsamında kabul edileceğinin tespiti önem taşır⁹³.

Türk hukukunda Anayasa, İş Kanunu, Özürhüner Kanunu ve Türk Ceza Kanununda özürhünerlere karşı ayrımcılık yasaklanmaktadır. İşe alımlarda

⁹⁰ European Communities, Disability and non -discrimination law in the European Union, Luxemburg 2009, s. 1.

⁹¹ Yuvalı, s. 148.

⁹² Case C-13/05, Chavon Navas v. Eurest Colectividades SA, 2006, bkz. European Communities, Disability and non -discrimination law in the European Union, s. 15-17.

⁹³ Schlachter, s. 232; Linck, s. 227.

ayırıcılık yasağına ilişkin en açık ve geniş düzenlemeye ise 5378 sayılı Kanunda yer verilmiştir. Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasında “İşe alında; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde” özür-lüler aleyhine ayırıcı uygulamalarda bulunulamayacağı hükmüne yer veril-dikten sonra, 2. fıkrasında çalışan özür-lülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulama-yacağı özel olarak belirtilmiştir. 14. maddenin 2. fıkrası iş ilişkisinin devamı ve sona erdirilmesinde ayırıcılığı yasaklamaktadır. 14. maddede ayırıcılık yasaklanmasına rağmen bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak özür-lülük İş K. m. 5/1’de belirtilen “ve benzeri sebepler” arasında değerlendirilebilecek bir neden olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle iş ilişkisi sırasında ve sözleş-menin sona ermesinde engelli çalışana bu özür-lülük durumu nedeniyle ayırıcılık yapılması halinde 5. maddede belirtilen ayırıcılık tazminatı talep edilebilecektir.

Mevzuatımızda özür-lülük dolayısıyla ayırıcılık yapılamayacağına ilişkin pek çok düzenleme olmasına karşın, 2012 Türkiye İlerleme raporunda ülkemiz engellilerin korunması anlamında da birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. Engellilere yönelik pozitif ayırıcılık ilkesinin hâlâ gerektiği şekilde somut politika tedbirlerine yansıtılmadığı, uygulamada engellilerin kamu sektöründe ve özel sektörde istihdam edilebilirliğinin daha fazla desteklenmesi gerektiği, engelli kişilerin kamu sektöründeki istihdamını artırmak için çabaların devam ettiği, ancak alternatif istihdam yöntemleri ve işveren teşviklerinin yanı sıra, engellilerin kamu sektöründe ve özel sektörde istihdam edilebilirliğinin artırılması gerektiği konusunda eleştiri ve öneriler getirilmiştir⁹⁴.

Uygulamada Yargıtay verdiği kararlarında, özür-lü bir işçinin perfor-mans yetersizliği nedeniyle işten çıkarılmasına ilişkin çıkan bir uyuşmazlıkta çalışanların kendi özel durumuna göre performans değerlendirilmesi yapıl-ması gerektiğini belirtmiştir⁹⁵⁻⁹⁶.

⁹⁴ http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf.

⁹⁵ Yarg. 9.HD., 21.04.2005, E.2004/23961, K.2005/14007; Yarg. 9.HD., 2.5.2005, E.2005/12400, K.2005/15118 (kişisel arşiv).

Yargıtay'ın bir kararına göre, "Dosya içeriğine göre, 2000 yılında hafif işlerde çalıştırılmak üzere işe alınan davacı işçinin fesih tarihine kadar 568 gün, yaklaşık 6 yıllık hizmet süresinin iki yılına yakın kısmını raporlu geçirdiği ve davalı işverenin raporlu süre için davacının hizmetinden yararlanmadığı anlaşılmaktadır. Esasen bu konu uyuşmazlık dışı olup, mahkemenin de kabulindedir. Davacının sık sık rapor almasının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. İş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından beklenmemelidir. Davalı işverenin daha önceki dönemlerde, belirtilen nedenle fesih hakkının doğmasına rağmen, fesih yoluna gitmemesi ya da davacı işçiyi uyarmaması sonuca etkili değildir. İşverenin daha önce fesih hakkını kullanmaması, aleyhine yorumlanmamalıdır. Zira davacının sık sık rapor alması her yıl devam etmekte ve olumsuzluklara yol açmaktadır. Davacının iş sözleşmesinin feshedilmesi, davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığından, davanın reddi gerekir. Yazılı şekilde reddi

⁹⁶ "Kocaeli Devlet Hastanesinin 15.08.2003 tarihli raporunda, davacının %70 oranında görme özürülü olduğu ve çalışamayacağına dair rapor verildiği, davalı işyerine girdiğinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışacaklar için alınan raporda davacının ağır ve tehlikeli işlerde çalışamayacağına şerh verildiği, bu durumun işverence de bilindiği, davalı vekili beyanına göre; süreç içinde davacının rahatsızlığının ilerleyerek verilen işi yapmadığının anlaşılması üzerine iş akdinin feshedildiğinin belirtildiği, davacı hakkında davalı iddiasını doğrulayan Gelir İdaresi Başkanlığı'nun 20 Haziran 2005 tarihli Kocaeli Valiliği Defterdarlığına yazılan yazıda; davacının Merkez Sağlık Kurulunca raporu incelendiğinde çalışma gücünün %95 ini kaybettiğinin belirtildiği, mevcut raporlara göre davacının iş ve güç kaybının %95 olduğu ve çalışamayacak durumda olduğu, böyle bir rahatsızlığın davacının performansının düşük olmasına neden olacağına açık olduğu, kaldı ki metal iş kolunda ağır ve tehlikeli iş yapan işyerinde çalışmasının davacının güvenliği açısından da tehlike yaratabileceği, davalının davacının görme özürülü olduğunu bilmesi nedeniyle sözleşmeyi ılelebet devam ettirmesinin beklenemeyeceği" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içeriğinden, taraflar arasındaki iş sözleşmesi gereğince, davacı işçinin 21.04.2007 yılında işe başladığı, buna karşın davacının engelli olduğuna ilişkin rapor ve Maliye yazısının tarihlerinin sırasıyla, 15.08.2003 ve 17.06.2005 olduğu anlaşılmaktadır. Davalı taraf, davacıyı engelli olmasına rağmen işe almıştır. Engelli işçinin verimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için engellilik oranında bir performans beklenmelidir. Beklenen bu performansın altında bir çalışma yapılmışsa, bunun somut verilerle kanıtlanması gerekir. Genel ifadelerle dayanan fesih gerekçesi haksızdır. Davacı işçinin işe iadesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Bkz. Yarg. 9. HD., 25.5.2009, 2008/34233, 2009/14264 (kişisel arşiv).

*hatalıdır.*⁹⁷ Bu bağlamda her somut olayda davacının özrünün bir hastalık olup olmadığı, yapılan işi etkileyip etkilemediği, işyerinde olumsuzluklara neden olup olmadığı, feshe neden olan durumun işçinin davranışı ya da özür oranına göre performansı olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Nitekim özürlülük bir fesih sebebi olamaz iken, özürlü işçinin davranışı ya da performansı fesih için geçerli neden oluşturabilir.

E. PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBING)

İş ilişkisi içerisinde her çalışan kişiliğini, onurunu hedef alan saldırılarla karşılaşabilmektedir. Günümüzün en ilgi çeken alanlarından birini oluşturan mobbing de bu bağlamda bir ayrımcılık türüdür. Nitekim mobbing mağduru olan işçi diğer işçilerden ayrılmakta, yalnızlığa itilmekte, onurunu zedeleyici davranışlara maruz kalmakta ve bu şekilde ayrımcılığa muhatap olmaktadır⁹⁸.

Mobbing kavramı psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı verme anlamına gelmektedir. Diğer bir ifade ile mobbing, işyerinde bir işçiye yöneltilmiş, işveren veya işyerinde çalışan diğer işçilerce tekrarlanan saldırılar biçiminde uygulanan psikolojik bir terör şeklidir. Kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, onur kırıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkar⁹⁹. Bu bağlamda işyerinde psikolojik taciz, işçinin kişilik haklarına saldıran ve insan onuruyla hiçbir şekilde bağdaşmayan haksız bir eylemdir¹⁰⁰. Mobbing işveren ya da işçinin işyerindeki diğer arkadaşları tarafından gerçekleştirilebilir. Diğer bir ifade ile, kişi işvereni ya da eşit durumdaki bir çalışma arkadaşı tarafından psikolojik tacize maruz bırakılabileceği gibi kendisinden hiyerarşik olarak daha alt pozisyonda olan biri de bu davranışın sorumlusu olabilir. Bu kapsamda işyerindeki herkes, hiyerarşik konumuna bakılmaksızın, mobbing mağduru olmaya adaydır¹⁰¹. Mobbing sürecinde birey çeşitli yöntemler kullanılarak bezdirilmeye,

⁹⁷ Yarg. 9. HD., 5.2.2007, E. 2006/30171, K. 2007/2017 (kişisel arşiv).

⁹⁸ **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 644.

⁹⁹ **Süzek**, s. 422; **Fuat Bayram**, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, *Legal İHSGHD.*, 14, 2007, s. 553; **Yıldız**, s. 126.

¹⁰⁰ **Yuvalı**, s. 115.

¹⁰¹ **Yıldız**, s. 125.

sistemli olarak tekrarlanan davranışlarla yok sayılmaya çalışılmaktadır. Örneğin kişi hakkında çeşitli söylentiler çıkarılarak işyerinde kulaktan kulağa yayılmakta, birey sürekli olarak gözlendiğini, yaptığı her işin, kahve ve çay molalarının, telefon görüşmelerinin, işe geliş gidiş saatlerinin takip edildiğini hissetmekte, yeteneğinin çok altında işlere verilmekte ya da kişinin dış görünüşü veya giyimiyle alay edilmektedir. Bu davranışların hepsinin bir arada olması şart değildir. Bunlardan biri ya da birkaçının var olması işçinin mobbing mağduru olarak değerlendirilmesi için yeterlidir¹⁰². Mobbingte işçiye zarar verilmesi veya işyeri ortamı işçi için katlanılamaz hale getirilerek işçinin kendi iradesi ile işten ayrılmasının sağlanması amaçlanmaktadır¹⁰³. Yapılan araştırmalarda yaş ve cinsiyet faktörlerinin mobbing mağduru olma üzerindeki etkileri üzerinde durulmuş ve kadınların erkeklerden daha fazla oranda, daha yaşlı olanların da gençlerden daha fazla oranda mobbinge maruz kaldıkları tespit edilmiştir¹⁰⁴.

Mobbing hem işverenin gözetme borcu hem iyi niyet kuralı hem de eşit işlem yapma borcu doğrultusunda değerlendirilmesi gereken bir olgudur. Gözetme borcu, işçinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması için gerekli her türlü önlemi almayı gerektirir. İşveren İş K.m.77 uyarınca işçiye korumak için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Psikolojik taciz, işçinin manevî şahsiyetine karşı gerçekleştirilen, insan onuruyla bağdaşmayan ve bireyin saygınlığını rencide eden eylemler olduğuna göre, işverenin gözetme borcu bu hususta gerekli önlemleri almasını da gerektirir¹⁰⁵.

Yeni Türk Borçlar Kanunu ile bu konu yasal düzenlemeye kavuşmuştur. TBK.m.417 e göre, “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*

Günümüzde sıklıkla karşılaşılan mobbing, yargı kararlarının da konusu olmuştur. Yargıtay’ın bir kararına göre, “*Somut olayda davacı işçi dövül-*

¹⁰² Yıldız, s. 126.

¹⁰³ Bayram, s. 553; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 644.

¹⁰⁴ Yıldız, s. 127.

¹⁰⁵ Yıldız, s. 129.

müş, rapor sonrası işe geldiğinde huzursuz edilmiştir. Davacının dövülmesinden sonra işyerinde huzursuz edildiği, davacı tanığı ve olayların tipik akışı göstermektedir. İşçi psikolojik taciz sonucunda istifa etmiştir. Bu konuda yeterli emare bulunmaktadır. Kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken reddi bozmayı gerektirmiştir”¹⁰⁶.

Yargıtay’ın bir başka kararına göre, “Davacı işçi 07.09.2005 günlü dilekçe ile davalı işyerinden ayrıldığını bildirmiş ve 30.09.2005 tarihli ibraname ile kanuni hak ve alacaklarını aldığını belirterek işvereni ibra etmiştir. Davacının işyerinden ayrılmasından sonra davacı ile davalı işveren yetkilileri arasında davacı işçinin işyerinden ayrılma nedenlerini analiz etmek için hazırlanan 03.10.2005 tarihli işten ayrılışformunda davacı, davalı işyerinden ayrılma nedeni olarak sağlık nedeni ile istifa ve çalışma ortamına uyumsuzluk olarak belirtmiş yine aynı belgenin arka kısmına”ortamdaki aşırı huzursuzluk ve dolayısıyla sağlığımın bozulması nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kaldım.” ibaresi yazılmıştır. İşten ayrılma belgesi, doktor raporu ve davacı tanığının beyanlarından işyerinde davacı üzerinde psikolojik baskı (mobbing) oluşturulduğu, davacının işten çıkışbelgesinde bu yönde beyanının alındığı anlaşılmaktadır. Davacının istifa dilekçesinin gerçek istifa iradesi ile imzalanmadığı psikolojik baskı (mobbing) yolu ile istifaya zorlandığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesini feshi haklı olup dava konusu kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı olmuştur”¹⁰⁷.

Yargıtay’ın bir diğer kararına göre, “Davacının davalı işyerinde uzun süredir müdür statüsünde çalıştığı, son dönemlerde işyerinde yeniden yapılanma olup yerine yeni bir mühendisin istihdam edilerek yetkilerinin elinden alındığı bu şekilde huzursuz edildiği, işverence psikolojik tacize maruz kaldığı (mobbing) tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının işyerini terk etmesi haklı nedene dayanmaktadır.”¹⁰⁸

Bu yasal düzenlemeler ve yargı kararları çerçevesinde, işveren psikolojik taciz niteliğindeki davranışları yapamayacağı gibi, çalışanını diğer

¹⁰⁶ Yarg.9.HD., 14.3.2008, E.2008/3122, K..2008/4922 (kişisel arşiv).

¹⁰⁷ Yarg.9. HD., 1.4.2011, E.2009/8046, K.2011/9717 (kişisel arşiv).

¹⁰⁸ Yarg. 9.HD., 18.3.2010, E.2008/22535, K. 2010/7225 (kişisel arşiv).

çalışanlarına karşı her türlü psikolojik tacizden korumak, işyerinde rahat ve huzurlu bir çalışma ortamı yaratmakla yükümlüdür. İşyerinde psikolojik tacize muhatap olan işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (İş K. m.24/II-b-c). İşverence bir işçiye veya işçi grubuna psikolojik taciz niteliğinde davranışlarda bulunulması eşit davranma borcunun ihlali niteliğinde olduğu için İş K.m.5 çerçevesinde ayrımcılık tazminatı talep edebilir. Ayrıca işçi genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat davası, saldırıya son verilmesi davası, saldırı tehlikesini önleme davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası açabilir.

Türk Ceza Kanununda psikolojik taciz fiilini yaptırıma bağlayan doğrudan bir hükme rastlanmamaktadır. Ancak bu tür hareketler 117/1 de belirtilen “... hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kapsamında cezalandırılabilir.” Bu bağlamda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali halinde, mağdurun şikayeti üzerine fail 6 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

F. YAŞ

2000/78 sayılı direktifin kapsamına aldığı ayrımcılık nedenlerinden biri de yaştır. Direktifin 6. maddesine göre, “Ulusal yasalar bağlamında meşru istihdam politikası, meşru işgücü piyasası ve eğitim hedefleri gibi nesnel ve makul haklı bir gerekçeye dayanıyorsa ve amaç için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise Üye Devletler Madde 2(2) hükmüne halel getirmeksizin yaş nedeniyle yapılan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı kayırcı tedbirleri alabilir.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ “Bu türden muamele farklılıklarına aşağıdakiler örnek olabilir:

Mesleki entegrasyonları ve korunmalarını temin maksadıyla, bakımından sorumlu oldukları kimsesi olan gençler ile yaşlı işçiler için istihdam edilebilirlik ve mesleki eğitime erişim, işten çıkarma ve ücret dahil istihdam edilme ve mesleki açılardan özel koşulların getirilmesi,

İstihdam edilebilmeleri maksadıyla yaş, profesyonel deneyim ve kıdemle ilgili asgari koşullar veya istihdamla ilintili olmak üzere belli kimi avantajlar tespit edilmesi,

İşin gerektirdiği eğitim veya emekliye ayrılmasından önce makul bir süre çalıştırma gerekçesiyle azami yaş koşulu tespit edilmesi,

2000/78 sayılı direktifte öngörülen yaşa dayalı ayrımcılık hem yaşlı hem genç işçileri koruma altına almaktadır. Bu anlamda ortada haklı bir sebep bulunmadıkça çalışma koşullarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde yaş ölçütünün esas alınarak genç işçiler aleyhine işlem yapılması yaşa dayalı ayrımcılık kabul edilmelidir¹¹⁰.

Türk hukukunda yaşa dayalı ayrımcılığın İş K.m.5 uyarınca “benzeri sebepler” kavramı çerçevesinde yasaklandığı kabul edilmelidir. İşçilerin yaşları nedeniyle ayrımcılığa uğramaları genellikle fesih konusunda olmaktadır. Hukuk sistemimizde işçiler için resen emeklilik öngörülmemiştir. Yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından işin, işyerinin veya işletmenin gereklerinden kaynaklanan feshi, işyeri iç yönetmeliklerine belli bir yaşa gelindiğinde iş sözleşmesinin kendiliğinden feshedileceğine ilişkin kayıtlar konması ya da toplu iş sözleşmelerine toplu işçi çıkarmalarda uyulacak sıra belirlenirken öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış kişilerin seçileceğine ilişkin kurallar koyulduğu görülmektedir. Her ne kadar işverenin yaş dolayısıyla çalışanları arasında ayrımcılık yapması yasak olsa da, istihdam politikası, işgücü piyasasının düzenlenmesi, mesleki eğitim vb. gibi birtakım objektif nedenlerin olması halinde işçilere farklı davranmak ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmez¹¹¹.

Kanaatimizce, sadece işçinin belli bir yaşa gelmiş olması nedeniyle, verimsiz olmayan işçilerin işten çıkarılması hem Anayasanın eşitlik ilkesini hem İş K.m.5’te düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal eder. Bununla birlikte 2000/78 sayılı Avrupa Birliği Direktifine göre de, işçiler arasında yaş bakımından ayrımcılık yapılamaz. Buna karşın pilot, güvenlik görevlisi, model, sporcu gibi bazı meslek grupları için, bu işlerin yaşa bağlı olması gibi objektif nedenlerle yaş sınırına ilişkin olarak kayıt konulması mümkün olabilir¹¹².

2. Madde 2. Fıkrasına hâlel getirmeksizin Üye Devletler, mesleki sosyal güvenlik sistemleriyle ilgili olarak, bu tür sistemlere bağlı çalışanlar, çalışan grupları ya da kategoriler için farklı yaş tespit edilmesi dahil, başvuruda bulunabilme veya emeklilik ya da özürlü yardımına hak kazanma yaşı belirleyebilir ve bu sistemler bağlamında aktüeryal hesaplamalar için yaş kriteri getirebilir ve cinsiyet temelinde ayrımı yol açmadığı sürece bu tedbirler yaş temelinde ayrımcılık teşkil etmez.”

¹¹⁰ Yuvalı, s. 157-158; Yıldız, s. 161.

¹¹¹ Löschnigg/Hekimler, s. 198. Ayrıca bkz. Linek, s. 237.

¹¹² Süzek, s. 589.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda işçinin emekliliğe hak kazanmış olmasını iş sözleşmesinin feshi için tek başına geçerli neden kabul etmemekle birlikte, işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi ve işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işten çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabii tutulmasını geçerli neden kabul etmektedir¹¹³.

Türk hukuku açısından genç işçilere karşı yapılan ayrımcılığın en somut örneği Asgari Ücret Yönetmeliğinin 7. maddesidir. Bu hükme göre asgari ücret, en geç iki yılda bir olmak üzere işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı belirlenir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrası saklı kalmak şartıyla, asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamaz. Yönetmeliğin 5. maddesi sadece yaşa dayalı farklı uygulama yapılmasını istisna tutmuş, diğer ayırım yasaklarına dayalı olarak farklı işlem yapılamayacağını hükme bağlamıştır.

G. SENDİKAL NEDENLER

Sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık, işçilerin işe alımları aşamasından başlayıp, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde söz konusu olan bir yasak olarak kabul edilir¹¹⁴. Sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı gerek İş K.m.5 gerek Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K.m.25 ile yasaklanmıştır. İş K.m.5/6 ya göre, “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.” Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K.m.25 te de işçilerin işe alınırken ya da iş ilişkisinin devamında sendika üyeliği nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı, aynı şekilde sendikal nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği düzenlenmiştir. Sendikal nedenlerle ayrımcılığın yaptırımını da işçinin bir

¹¹³ Bkz. Yuvalı, s. 154-155, dn.638-639.

¹¹⁴ Yıldız, s. 149; Yuvalı, s. 81.

yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat olarak belirlenmiştir¹¹⁵.

H. MAĞDURLAŞTIRMA

Mağdurlaştırma, eşitlik ilkesine uyulmasını talep eden veya ilgili mevzuatlarda yasaklanan davranışlara karşı şikayette bulunan kişilerin söz konusu şikayet nedeniyle maruz kaldıkları her türlü olumsuz tutum ve davranış, farklı muamele olarak tanımlanabilir¹¹⁶. Mağdurlaştırma konusu 2000/43-2000/78-2006/54 sayılı AB direktiflerinde düzenlenmiştir¹¹⁷.

¹¹⁵ “(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.”

¹¹⁶ **Gül/Karan**, s. 14.

¹¹⁷ 2000/43 sayılı Direktifin 9. maddesine göre, “Üye Devletler; eşit muamele ilkesine uyulmasını icra mevkiine koymayı amaçlayan şikayet veya davalara tepki sonucu bireyleri, olumsuz bir muameleye maruz kalmaktan veya olumsuz bir akıbeta uğramaktan koruyacak gerekli önlemleri ulusal hukuk sistemlerine koyarlar.” 2000/78 sayılı Direktifin 11. maddesine göre, “Üye Devletler ulusal hukuk sistemlerinde, işletme içinden yapılan şikayetler veya eşit muamele ilkesine uyulmasına matuf yasal işlemlere işverenin bir tepki olarak işten çıkarma ve sair aleyhte muamelesine karşı, çalışanları

İş K.m.18 e göre, “*Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak*” iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmaz. Bu bağlamda işçinin işvereni Çalışma Bakanlığına şikayeti ya da işveren aleyhine tanıklık yapması da sözleşmenin feshi için geçerli neden oluşturmaz. Söz konusu düzenleme ile, işçinin birtakım haklarını kullanması sonucu mağdur edilmesinin önüne geçilmiştir. Örneğin işçi evini işverene kiraya vermiş, işveren kira bedelini ödememiş ve bunun üzerine işçi işveren aleyhine dava açmışsa veya işveren ile işyerinde çalışan diğer bir işçi arasında uyuşmazlık çıkmış ve işçi işveren aleyhine tanıklık yapmışsa, işveren bu olgulara dayanarak işçinin sözleşmesini feshedemez. İşçinin yasal bir greve katılması veya ücretinin eksik ödenmesi gerekçesiyle dava açması nedeniyle sözleşmesinin feshedilememesi de bu duruma örnek gösterilebilir.

Yargıtay’ın bir kararına göre de, “... davacının davalı işveren hakkında icra takibinde bulunması üzerine çalışma koşullarının değiştirilmek istendiği, davacının bu değişikliği kabul etmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden bulunmadığı kabul edilmelidir.”¹¹⁸

IV. AYRIMCILIK YASAĞININ AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI VE İSPAT SORUNU

A. YAPTIRIMLAR

1. Hukuki Yaptırımlar

İş K.m.5/6 ya göre, “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi dört aya kadar ücreti tutarındaki

koruyacak gerekli önlemleri alır.” 2006/54 sayılı Direktifin 24.maddesine göre, “Üye Devletler, ulusal kanunlar ve/veya uygulamaların öngördüğü işçi temsilcisi olan kişiler de dahil, çalışanları, eşit muamele ilkesinin uygulamaya sokulmasını amaçlamak üzere işletme içinde yapılan bir şikayete ya da başlatılan herhangi bir hukuki sürece tepki olarak işveren tarafından işten çıkartılmaya ya da diğer olumsuz davranışlara karşı korumak için gerekli önlemleri ulusal yasal sistemlerinde yürürlüğe sokacaklardır.”

¹¹⁸ Yarg. 9. HD., 3.3.2008, E.2007/26223, K.2008/3035; Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 18, 2008/3, s. 333-335.

uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.” İşveren, iş ilişkisinin devamı süresince dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlere dayalı olarak iş akdini feshederse, işçiler yoksun kaldığı hakların yanı sıra dört aya kadar ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatını da talep edebilecektir. Ayrımcılık tazminatının miktarının dört aya kadar ücret ile sınırlı tutulması, Avrupa Birliği normlarına aykırı olması dolayısıyla öğretide eleştirilmektedir¹¹⁹.

Ayrımcılığa maruz kalan işçi genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat davası, saldırıya son verilmesi davası, saldırı tehlikesini önleme davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası açabilir.

İş sözleşmesi devam ederken ayrımcı davranışlara muhatap olan işçi, İş K.m.24/II-f den yararlanarak çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir.

İşveren eşit davranma borcuna aykırı davranarak işçinin iş sözleşmesini feshederse, işçi, feshin haksız ya da geçersiz olmasına göre ayrımcılık tazminatı dışında, ayrımcılık yasağına aykırı olarak yapılan feshin hukuki sonuçlarından yararlanır¹²⁰.

İş K.m.18 de ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir. İş K.m.18’de sayılan sebepler doğrultusunda eşit işlem ilkesine aykırı bir şekilde yapılan fesih, geçersiz kabul edilir. Böyle bir durumda kanaatimizce, işçi geçersiz fesih dolayısıyla işe iade ve işe iadenin gerçekleşmemesi halinde iş güvencesi tazminatı talep eder. Bununla birlikte, işçi, işverenin eşit davranma borcunu ihlal etmiş olması dolayısıyla İş K.m.5 çerçevesinde ayrımcılık tazminatı da talep edebilir. Nitekim hem ayrımcılık hem de feshin geçersizliği Kanunun farklı hükümleriyle yaptırıma bağlanmıştır. Bu nedenle geçersiz feshe dayalı işten çıkarma sebebiyle ayrı, ayrımcılık yasağının ihlali nedeniyle ayrı tazminata hükmedilir. Örneğin, işyerinde çalışan siyahi bir işçiyi sadece ırkı dolayısıyla herhangi bir sebebe dayanmadan işten çıkaran işvereni ve işyerinde çalışan işçilerden herhangi birinin sözleşmesini geçerli

¹¹⁹ Yıldız, s. 328-330; Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 77.

¹²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 487, 492.

sebebe göstermek suretiyle fesheden, ancak göstermiş olduğu geçerli sebebi ispatlayamayan bir başka işvereni ele aldığımız zaman, her iki işverenin işçisi de feshin geçerli sebebe dayanmadığı iddiasıyla dava açar, davayı kazanır, işe başlatılmak üzere işverene başvurur, ancak işe başlatılmazsa, söz konusu iki işverene de feshin geçersizliği nedeniyle aynı yaptırımın uygulanması, diğer bir ifade ile, geçerli sebebi ispatlayamayan işveren gibi siyahi bir işçiyi geçerli neden göstermeden işten çıkaran işverenin de sadece iş güvencesi tazminatı yaptırımına maruz bırakılması, hem işten çıkarılan işçiler hem işverenler bakımından hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Nitekim siyahi işçiyi işten çıkaran işveren, bu işçinin sözleşmesini geçersiz feshettiği gibi, aynı zamanda eşit davranma borcunu da ihlal etmiştir. Bu nedenle söz konusu işveren, geçersiz fesihle işten çıkardığı işçisini işe başlatmaması sebebiyle İş K.m.21 çerçevesinde iş güvencesi tazminatı, eşit işlem ilkesini ihlal etmesi nedeniyle de İş K.m.5 çerçevesinde ayrımcılık tazminatı ödemelidir.

2. İdari Yaptırımlar

İş K.m.99 a göre, kanunun 5. maddesine aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası verilir. Kabahatler K.m.15/1 e göre, “Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.” Kabahatler K.m.3 e göre, “(1) Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.” Kabahatler K.m. 27/1 e göre, “ İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.”

3. Cezai Yaptırımlar

Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir. Ayrımcılık suçu işverenin bir kişiyi TCK.m.122 de belirtilen sebeplere dayalı olarak işe alması ya da almaması halinde ortaya çıkar. Söz konusu maddeye göre, “*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılarak ... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan ... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*” Bu bağlamda eşitliğe aykırı davranış kanunda düzenlenen ve benzeri sebeplerle iş ve çalışma hakkının, kamu hizmetlerinden yararlanmanın engellenmesi şeklinde gerçekleştiğinde ceza hukuku anlamında suç oluşur. Bu suç kasten işlenebilir. Bu nedenle suçun faili eylemini kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep ve benzeri sebeplerle gerçekleştirmektedir. Suçun soruşturması resen gerçekleştirilir.

İş hukuku alanında ayrımcılık olarak kabul edilen bir diğer suç da cinsel tacizdir. TCK.m.105 e göre, “(1) *Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur. (2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, 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.*”

Gerek TCK.m.122 gerek 105 ile ayrımcılığa ilişkin cezai yaptırımlar öngörülmüş olmakla birlikte, uygulamada istatistiki olarak bakıldığında uyuşmazlık konusu yapılan ya da yargıya yansıyan suç oranının çok az olduğu görülmektedir¹²¹.

B. İSPAT SORUNU

2006/54 sayılı Direktifin 19. maddesine göre, “*Üye devletler, ulusal adli sistemlerine uygun şekilde, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulan-*

¹²¹ İstatistikler için bkz. www.tuik.gov.tr.

maması suretiyle yanlış davranıldığını düşünen kişiler bir mahkemeye veya başka bir yetkili makama doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğini ortaya koyabilecek esaslar sunduklarında, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alırlar.”

Hukuk yargılamasında iddia edenin iddiasını ispat yükümlülüğü olmasına karşın, ayrımcılık yasağında ispat yükü davacıdan davalıya aktarılmıştır. Ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin ayrımcılıkla ilgili iddialarını görünüşte ortaya koyması yeterlidir. Bu durumda ispat yükü yer değiştirerek, ayrımcı muameleyi gerçekleştirdiği iddia edilen kişi söz konusu davranışın ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispat edecektir. Amaç davacıların iddialarını ispatlamakta karşılaştıkları güçlüklerin önüne geçmektir¹²².

Ayrımcılık yasaklarının etkin şekilde uygulanabilmesi için ispat yükünün tespiti önemlidir. İş K.m.5/son a göre, “20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.” Her ne kadar ispat yükü işçiye yüklenmiş olsa da, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispatla yükümlüdür. Bu haliyle söz konusu hüküm Avrupa Birliği düzenlemelerine uygun gözükmektedir.

Örneğin rakip belediye başkan adayını destekleyen bir işçinin seçimin akabinde işinin veya işyerinin değiştirilmesi ihlal ihtimalini güçlendiren bir durum olarak gösterilebilir. Benzer şekilde bir kadın işçinin kendisiyle aynı veya eşit değerde bir işte çalışan erkekten az ücret aldığını ortaya koyması durumunda, eşit davranma borcunun ihlal edilmediğini artık işveren ispat edecektir¹²³.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da sendikal nedenle ayrımcılık halinde ispat yükü düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun 25. maddesinin 6. fıkrasına göre, “İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği

¹²² Gül/Karan, s. 14-15.

¹²³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 675.

iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.” 7. fıkraya göre, “Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.”

SONUÇ

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin temeli dürüstlük kuralı, hakkaniyet ilkesi, ahlak kuralı, anayasal eşitlik ilkesi gibi farklı kavram ve kurallara dayanılarak açıklanmaya çalışılmaktadır ve Türk hukukunda eşit davranma borcunun ve ayrımcılık yasağının temeli AY. m.10 da belirtilen eşitlik ilkesidir. Günümüzde ayrımcılığın önlenmesi Avrupa Birliği hukukunun temel prensiplerinden birini oluşturmaktadır. Avrupa Birliği Hukukunda ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin pek çok direktif olmakla birlikte, çalışmamızda üç temel direktif esas alınmıştır. Bu bağlamda 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Direktifler hem kamu sektöründe hem de özel sektörde gerçek ve tüzel kişilerin ayrımcılık uygulamalarını yasaklamaktadır. Gerek söz konusu direktifler gerek ulusal düzenlemelerimiz çerçevesinde cinsiyet, bu bağlamda hamilelik ve doğum, cinsel taciz, cinsel yönelim, ırk ve etnik köken, din ve inanç, felsefi ve siyasi düşünce, engellilik, mobbing, yaş, sendikal nedenler ayrımcılık türleri olarak kabul edilmiştir.

İşveren, iş ilişkisinin devamı süresince dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlere dayalı olarak iş akdini feshederse, işçiler yoksun kaldığı hakların yanı sıra dört aya kadar ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatını da talep edebilecektir. İş sözleşmesi devam ederken ayrımcı davranışlara muhatap olan işçi, İş K.m.24/II-f den yararlanarak çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir.

Gerek TCK.m.122 gerek 105 ile ayrımcılığa ilişkin cezai yaptırımlar öngörülmesiyle birlikte, uygulamada istatistikî olarak bakıldığında

uyuşmazlık konusu yapılan ya da yargıya yansıyan suç oranının çok az olduğu görülmektedir.

Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ispat yükü İş K.m.5 çerçevesinde işçiye yüklenmiş olmasına karşın, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispatla yükümlüdür. Bu haliyle söz konusu hüküm Avrupa Birliği düzenlemelerine uygun gözükmemektedir.

Belirttiğimiz bilgiler ışığında, gerek İş K.m.5 ile işverenin genel anlamda eşit davranma borcu düzenlemesi gerek esnek çalışma biçimleri kapsamında ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler ile eşit davranma ilkesinin uygulamaya geçirilmesi suretiyle ayrımcılık yasağı ilkesine ilişkin ILO normlarının ve Avrupa Birliği direktiflerinin ulusal mevzuatımıza yansıdığı görülmektedir.

Kaynakça

- Akyiğit**, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.4, Ankara 2009.
- Bakırcı**, Kadriye, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000.
- Bakırcı**, Kadriye, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012 (Cinsiyet Ayrımcılığı).
- Bakırcı**, Kadriye, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağının İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Ankara 2012 (Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı).
- Bayram**, Fuat, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Legal İHSGHD., 14, 2007.
- Cengiz**, İftar (Urhanoglu), “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yıl: 2009, Cilt: 10, Sayı: 4.
- Demir**, Fevzi, İş Hukuku ve Yargılaması, 6. Baskı, İzmir 2011.
- Ellis**, Evelyn, EU-Anti Discrimination Law, New York 2005.
- European Union Agency for Fundamental Rights-Council of Europe, **Handbook on European non-discrimination law**, 2010.
- European Communities, Disability and non -discrimination law in the European Union, Luxemburg 2009.
- Eyrenci**, Öner, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.249.
- Gül**, İdil Işıl/**Karan**, Ulaş, Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2011.

- Karan**, Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, Ankara 2009.
- Kaya**, Gözde, Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı, 2012, (www.abgs.gov.tr/files/pub/gozde_kaya/_doktora_tezi.pdf)
- Linck**, Rüdiger, (Günter Schaub/Ulrich Koch/Hinrich Vogelsang), Arbeitsrechts-Handbuch, München 2007.
- Loschnigg**, Güntherg/**Hekimler**, Alpay, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2011.
- Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 2012.
- Schlachter**, Monika, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2008.
- Senyen-Kaplan**, Emine Tuncay, Türk İş Hukuku ile Uluslararası Sözleşmeler ve Mukayeseli İş Hukuku Açısından Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999.
- Sözer**, Ali Nazım, "Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları", Adalet Dergisi, Kasım-Aralık 1982, C.73, S.6.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2012.
- Taşkent**, Savaş, İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul 1982.
- Tuncay**, Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- Yenisey**, Kübra Doğan, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4.
- Yenisey**, Kübra Doğan, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi" Legal İHSGHD., 7, 2005.
- Yıldız**, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.
- Yüksel**, Melek Onaran, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.

