



KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI

İŞ İLİŞKİLERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

SERAY POYRAZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, OCAK, 2022



Seray Poyraz

Yüksek Lisans Tezi

2022

İŞ İLİŞKİLERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

SERAY POYRAZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk (Tezli) Yüksek Lisans Programı'nda yüksek lisans derecesi için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İstanbul, Ocak, 2022

ONAY

SERAY POYRAZ tarafından hazırlanan **İŞ İLİŞKİLERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI** başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğretim Üyesi Deniz UGAN ÇATALKAYA
Danışman
Kadir Has Üniversitesi

.....

Prof. Dr. Ali GÜZEL
Kadir Has Üniversitesi

.....

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA
Marmara Üniversitesi

.....

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

(Unvanı, Adı ve Soyadı)

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

Onay Tarihi:

ARAŞTIRMA ETİĞİ VE YAYIN YÖNTEMLERİ BİLDİRİMİ

Ben, SERAY POYRAZ;

- Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde belirttiğimi;
- Bu Yüksek Lisans Tezinin başka bir eğitim kurumunda bir derece veya diplomaya sunulan veya kabul edilen herhangi bir materyal içermediğini;
- "Yükseköğretim Kurulu Etik Davranış İlkeleri" uyarınca hazırlanan "Kadir Has Üniversitesi Akademik Etik İlkeleri"ni takip ettiğimi onaylıyorum.

Buna ek olarak, bu çalışma ile ilgili ortaya çıkabilecek herhangi bir usulsüzlük iddiasının, üniversite mevzuatına uygun olarak disiplin işlemi ile sonuçlanacağını kabul ediyorum.

Öğrencinin Adı Soyadı

Tarih ve İmza (.....)

TEŞEKKÜR

Öncelikle tezimle ilgili her türlü konuda değerli desteğini ve bilgisini benden hiçbir zaman esirgemeyen, bana yol gösteren ve ışık tutan, bizler gibi yolun başındaki kadın hukukçulara başarıları ile örnek olan tez danışmanım Dr. Öğretim Üyesi Deniz Ugan Çatalkaya'ya, değerli yorumları ve görüşleri ile tezimi zenginleştiren Prof. Dr. Ali Güzel'e, lisans ve yüksek lisans eğitimim boyunca desteğini hiçbir zaman esirgemeyen, değerli yorumları ve görüşleri ile tezimi zenginleştiren Prof. Dr. Ercüment Özkaraça'ya teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Aynı zamanda bu zorlu tez sürecinde her zaman yanımda olan, maddi ve manevi destekleri ile beni ayakta tutan aileme, sevdiklerime ve değerli meslektaşlarıma teşekkürlerimi bir borç bilirim.

İŞ İLİŞİKİLERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

ÖZET

Eşitlik ilkesinden ayrı düşünölemeyen ayrımcılık yasağı, insan onurunun dokunulmazlığını korumaya yönelik ve eşitlik ilkesini somutlaştıran bir niteliğe sahiptir. Çalışma hayatında ayrımcılıkla mücadele için ulusal ve uluslararası hukuk bağlamında getirilen çeşitli düzenlemeler işçinin zayıf tarafını oluşturduğu iş ilişkileri için oldukça önemlidir. Çalışmamızda ayrımcılık yasağının genel çerçevesi ile birlikte işverenin eşit davranma borcu ile olan bağlantısı, ayrımcılık yasağının iş ilişkilerinin farklı aşamalarındaki varlığı incelenmiş, iş hukuku bağlamında ayrımcılık yasağının denetim ve yaptırım mekanizmalarına değinilmiş ve mevcut düzenlemelerin bir eleştirisi yapılmıştır. Çalışmamızın neticesinde mevcut düzenlemelerdeki eksikliklerin giderilmesi ve düzenlemelerin geliştirilmesi yönünde çeşitli öneriler getirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: İş ilişkisi, ayrımcılık yasağı, eşit davranma borcu, ayrımcılık tazminatı

THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT RELATIONS

ABSTRACT

The prohibition of discrimination, which cannot be thought of separately from the principle of equality, has a quality that aims to protect the inviolability of human dignity and embodies the principle of equality. Various regulations that have been made in national and international law to combat discrimination in working life carry significant importance for employment relations where the employee is the weak side. In our study, the general framework of the prohibition of discrimination, its existence in different stages of employment relation, and its connection with the obligation of equal treatment have been examined. In the context of labour law, the control and sanction mechanisms of the prohibition of discrimination have been mentioned, and the existing regulations have been criticized. As a result of our study, various suggestions have been made to eliminate the deficiencies in the existing regulations and to improve them.

Keywords: employment relations, the prohibition of discrimination, equal treatment, compensation discrimination

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	iv
ÖZET..	vi
ABSTRACT	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	4
KAVRAMSAL YÖNÜ VE POZİTİF DAYANAKLARIYLA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK.....	4
I.KAVRAMSAL ÇERÇEVEDE EŞİTLİK VE AYRIMCILIK.....	4
A.GENEL OLARAK EŞİTLİK KAVRAMI	4
1.Eşitlik Kavramına Felsefi Yaklaşım.....	5
2.Eşitlik İlkesinin Farklı Ayrımlarla Açıklanması	7
3.Eşitlik İlkesinin Görünüm Biçimleri	9
a.Kanun (hukuk) önünde eşitlik ilkesi	11
b.Hukuken eşit korunma ve eşit haklara sahip olma ilkesi	12
c.Eşit davranma ilkesi	12
d.Eşit ve eşit değerde işe eşit ücret ilkesi	13
e.Fırsat eşitliği	15
B. GENEL OLARAK AYRIMCILIK KAVRAMI	17
1.Ayrımcılık Kavramının Tanımı.....	18
2.Ayrımcılık Türleri.....	19
a.Doğrudan ayrımcılık	19
b.Dolaylı ayrımcılık	20
c.Dolayısıyla ayrımcılık	22
d.Çoklu temelli ayrımcılık.....	22
e.Ayrımcılık talimatı.....	23
f.Mağdurlaştırma.....	24
g.Taciz	24
h.Olumlu (pozitif) ayrımcılık.....	27
i.Makul uyumlaştırma	28
C. KAVRAMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ	29

II. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMLARINA DAİR NORMATİF DAYANAKLAR	32
A. ULUSLARARASI VE ULUSALÜSTÜ NORMLAR	32
1.Genel Olarak	32
2.Birleşmiş Milletler Belgeleri.....	34
3.ILO Sözleşmeleri	37
4.Avrupa Konseyi Sözleşmeleri	41
a.Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	41
b.İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.....	42
c.İstanbul Sözleşmesi	44
5.Avrupa Birliği Hukuku Kaynakları.....	45
B. ULUSAL NORMLAR	51
1.Anayasal Normlar	52
2.Yasal Düzenlemeler	55
a.İş Kanunu'nda eşit davranma ilkesi	55
b.Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda sendikal ayırım yasağı ve eşitlik.....	61
c. 5378 sayılı Kanun'da engellilik kriterine bağlı ayırım yasağı	62
d.Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu kapsamında eşitlik ve ayırım yasağı.....	63
e.Ceza Hukuku düzenlemeleri.....	66
III.İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİ	66
A. İŞ İLİŞKİSİNİN ÖZGÜN YAPISI	66
B. İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU	73
1.Eşit Davranma Borcunun Kademelenmesi	74
2.Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu	76
a.Dar anlamda eşit davranma borcunun niteliği	77
b.Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları	79
3.Ayırım Yapmama Borcu	83
a.Mutlak ve nispi ayırım yasakları ayırımı	84
b.Dar anlamda eşit davranma borcundan farklılaşan yönler	86
BÖLÜM 2	90
AYRIMCILIK YASAĞININ KAPSAMI VE İŞ İLİŞKİLERİNDE UYGULANMASI	90
I.AYRIMCILIK YASAĞI	90

A. AYRIMCILIK YASAĞININ KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI	90
B. AYRIMCILIK YASAĞININ KONU BAKIMINDAN KAPSAMI	92
C. AYRIMCILIK YASAĞI KAPSAMINDA SAYILAN KRİTERLER	94
1.Genel Olarak	94
2.Cinsiyet Sebebiyle Ayrımcılık	96
a. Genel olarak	96
b. Normatif düzenlemeler	99
c. Cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık	102
d. Cinsiyete Dayalı Dolaylı Ayrımcılık	104
e. Pozitif ayrımcılık ve olumlu (özel) önlemler	107
f. Ücrette cinsiyet eşitliği	110
g. Cinsel taciz	116
i.Cinsel taciz kavramı	116
ii.İşverenin sorumluluğu ile başvurulabilecek hukuki yollar	120
iii.Cinsel taciz suçu	123
h. Cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına getirilen istisnalar	124
i.Biyolojik nedenler	124
ii.İşin niteliği	128
iii.Yasaklanan işler	130
3. Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı	131
a. Kavramsal çerçeve	131
b. Cinsel yönelim temelli ayrımcılık	133
4. Psikolojik Taciz	141
a. Psikolojik taciz kavramı ve unsurları	141
b. Ayrımcılık yasağı kapsamında psikolojik taciz.....	144
5. Din, İnanç, Felsefi ve Siyasi Görüş ile Dünya Görüşü Sebebiyle Ayrımcılık	149
a. Din ve inanç temelli ayrımcılık yasağı	149
i.Türk hukuku	149
ii.Yabancı hukuk	151
b. Felsefi düşünce, siyasal görüş ve dünya görüşü temelli ayrımcılık yasağı	152
i.Türk hukuku	153
ii.Yabancı hukuk	155

6. Yaş Sebebiyle Ayrımcılık.....	156
a. Genel olarak yaş sebebiyle ayrımcılık yasağı	156
b. Yaş sebebiyle ayrımcılık yasağına getirilen istisnalar	158
7.İrk, Etnik Köken, Ulusal Köken ve Dil Sebebiyle Ayrımcılık	161
a. İrk ve etnik köken kavramı.....	161
b. İrk ve Etnik Köken Temelli Ayrımcılık Yasağı	161
c. Ulusal köken (yabancılık) sebebiyle ayrımcılık yasağı.....	163
d. Dil temelli ayrımcılık yasağı.....	164
8.Engellilik Sebebiyle Ayrımcılık	164
a. Engellilik tanımına dair düzenlemeler.....	164
b. Engellilik temelli ayrımcılık yasağı	166
i.Türk Hukuku	166
ii.Yabancı hukuk.....	168
c. Makul uyumlaştırma (reasonable accommodation).....	170
i.Kavram ve yükümlülük	170
ii.Makul uyumlaştırma kapsamındaki düzenlemeler.....	173
9.İş Sözleşmesinin Türüne Göre Ayrım Yasağı	174
a. Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında ayırım .	175
b. Kısmi ve tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında ayırım	178
10.Sendikal Sebeplerle Ayrım Yasağı	180
11.Diğer Sebepler	182
a. Medeni hal ve ailevi durum.....	183
b. Kıdem	184
c. Sağlık durumu.....	184
d. Genetik	185
D. AYRIMCILIK YASAĞININ SINIRLARI.....	187
1.Genel Olarak	187
2.Farklı Uygulamayı Haklılaştıran Sebepler	191
a. Mesleki gereklilik hali.....	191
b. Dini ve manevi kurumlar, dini sembol ve kıyafetler	193
c. Yabancılık durumu	197
E. İŞ İLİŞKİSİNİN FARKLI AŞAMALARINDA İŞVERENİN AYRIM YAPMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	199
1.İş İlişkisinin Kurulması Sırasında Ayrımcılık Yasağı.....	200

a. Genel olarak	200
b. İş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık yasağının uygulanmasına ilişkin yaklaşımlar	201
c. İş ilişkisinin kurulması aşamasında ortaya çıkabilecek ayrımcılık halleri	209
i. Ayrımcı iş ilanları	209
ii. Sözleşme görüşmeleri ve aday işçiye sorulabilecek soruların sınırı	211
2. İş İlişkisinin Devamı Sırasında Ayrımcılık Yasağı	216
a. Genel olarak	216
b. İşin Yürütümünde İşverenin Ayrımcı Davranma ve Eşit Davranma Yükümlülüğü	218
c. Ücret, sosyal yardım ve diğer ücret ekleri	220
3. İş İlişkisinin Sona Ermesinde Ayrımcılık Yasağı	223
a. Fesihle ayrımcılık yasağı	223
i. Din, inanç, siyasi ve dünyevi görüş sebebiyle fesihle ayrımcılık	224
ii. Engellilik sebebiyle ayrımcı fesih	226
iii. Yaş ve emeklilik sebebiyle iş sözleşmesinin feshi	227
iv. Cinsiyet ve cinsel yönelim sebebiyle iş sözleşmesinin feshi	230
v. Sendikal sebeplerle iş sözleşmesinin feshi	234
vi. Diğer temellere dayalı ayrımcı fesih	236
b. Fesihle dar anlamda eşit davranma borcunun varlığı	238
BÖLÜM 3	241
AYRIMCILIK YASAĞINDA DENETİM, İSPAT VE YAPTIRIM	241
I. AYRIMCILIK YASAĞINDA DENETİM MEKANİZMALARI	241
A. BM PARİS İLKELERİ	242
B. TBMM KOMİSYONLARI	243
C. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU	244
1. Kurumun Kuruluşu ve Amacı	244
2. Kurumun Görev Alanı	245
3. TİHEK Kanunu Kapsamında Ayrımcılık Yasağı	246
4. Kuruma Başvuru Usulü ve Karar Mekanizması	249
II. AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRILIĞIN TESPİTİ VE İSPATINDA GENEL ÇERÇEVENİN BELİRLENMESİ	254
A. AYRIMCILIKIN TESPİTİ	254
B. AYRIMCILIK YASAĞININ İHLALİNDE İSPAT YÜKÜ	258

1.İspat Hukukuna Genel Bir Bakış	258
2.İş İlişkilerinde Ayrımcılık Yasağının İhlalinin İspatı.....	261
III.AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI.....	264
A. CEZAI YAPTIRIM	264
B. İDARİ YAPTIRIM	267
C. HUKUKİ YAPTIRIM	269
1.Hükümsüzlük	270
2.Borçlar Kanunu Uyarınca Maddi ve Manevi Tazminat	271
3.Ayrımcılık Tazminatı.....	272
a. Genel olarak ayrımcılık tazminatı, tazminatın hesaplanması ve hukuki değerlendirme.....	272
b. Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık halinde ayrımcılık tazminatı sorunu	277
c. Ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlar ile ilişkisi, birlikte talep edilebilme sorunu	280
4.Sendikal Temelli Ayrımcılık Neticesinde Sendikal Tazminat	284
5.Yoksun Bırakılan Hakların Talebi ve Diğer Talepler	286
D. İŞ İLİŞKİSİNİN AŞAMALARINA GÖRE YAPTIRIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	289
1.İş İlişkisinin Kurulmasında Ayrımcılık Tazminatı.....	289
2.İş İlişkisi Devam Ederken Ayrımcılık Tazminatı	293
3.İş İlişkisinin Sona Ermesinde Ayrımcılık Tazminatı.....	294
E. FESHİN SONUÇLARI VE GEÇERLİLİĞİ YÖNÜNDEN İŞÇİNİN İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLUP OLMAMASI SORUNU	295
SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELERİMİZ	298
KAYNAKÇA.....	304

KISALTMALAR LİSTESİ

ASŞ	Avrupa Sosyal Şartı
AB	Avrupa Birliği
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CEDAW	The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
dn.	dipnot
E.	Esas
ECHR	European Court of Human Rights
EJC	European Court of Justice
ET.	Erişim Tarihi
EÜSBED	Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
f.	fıkra
GGASŞ	Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ILO	Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organisation)
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İSGHD	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
K.	Karar
m.	Madde
No.	Numara
p.	paragraf
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
STİSK	Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
TİHEK	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TÜHİS	Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
TÜİK	Türkiye İstatistik Kurumu
V.	Volume
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
vs.	ve sair
Y.	Yargıtay
Y.	Yıl

GİRİŞ

“Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler.”¹

Eşitlik, Antik çağlardan bu yana üzerine düşünülmüş ve tartışılmış bir kavram olup, insan haklarının özgürlük ve insan onuru ile birlikte temellerini oluşturur. İnsanların eşitliği, tarihsel süreç boyunca evrensel bir nitelik kazanmış, hem ulusal hem de uluslararası kaynaklarda temel bir ilke olarak yerini almıştır. İnsanların sadece insan olmaları sebebiyle temel hak ve özgürlüklere sahip olması, sahip olunan hak ve özgürlüklerden eşit bir şekilde faydalanabilmesi, eşit korumaya sahip olması ve kanun önünde eşit sayılmaları, eşitliğin sağladığı temel güvencelerdir. Eşitlik ilkesinin getirdiği bir diğer güvence ise kişilerin ayrımcı muameleye maruz kalmamasını sağlayan ayrımcılık yasağıdır. Eşitlik kavramı ile yakın bağlantı içinde olan ayrımcılık, kısaca insanların sahip olduğu çeşitli nitelik ve özellikleri sebebiyle diğer insanlardan farklı bir muameleye maruz kalmasını ifade eder. Ayrımcı muamele eşitliğe aykırı olduğu kadar, insan olmanın getirdiği ve dokunulmaz bir değer olan insan onuruna da aykırılık teşkil etmektedir.

Tarih boyunca insanlığın ırk, din, inanış, düşünce, cinsiyet gibi birçok sebeple ayrımcılıkla mücadele ettiği; ayrımcılığı yasaklayan normatif düzenlemelere, çağdaş toplum ve hukuk düzeninin daha bilinçli, insan hak ve özgürlüklerine daha saygılı bir konuma gelmiş olmasına karşın bu mücadelenin günümüzde de her alanda devam ettiği bir gerçektir. Bu alanlardan biri de iş ilişkileridir. Nitekim işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişki, işçinin gerek ekonomik gerekse kişisel olarak işverene bağımlı olması karşısında, tipik özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak kendi içinde bir güç dengesizliği barındırmaktadır. İşçi daha en başında ilişkinin karşı tarafı olan işverenle eşit bir konumda yer almayı, maddi ve manevi bütünlüğünün, kişilik ve onurunun işveren karşısında korunmasına ihtiyaç duymaktadır.

¹ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, md.1. 10.12.1948 tarihinde BM tarafından kabul edilmiş, Türkiye tarafından 6.4.1949 tarihinde onaylanarak RG. T.27.5.1949, S.16200 ile yayımlanmıştır.

Açıkladığımız sebeplerle eşitlik ilkesi, iş hukukunun kendine özgü bu yapısında özel bir anlam kazanmakta, işçinin korunması amacıyla işverenin yönetim yetkisini kısıtlayan bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Eşitlikten ayrı düşünülemez olan, eşitliği somutlaştıran ve eşitlikle ortak amaca hizmet eden ayrımcılık yasağı da işverenin keyfi davranışlarına karşı işçinin onurunun ve kişilik haklarının korunmasında bir araç görevi görmektedir.

Ancak ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesi ile bağlantılı olduğu kadar, sahip olduğu nitelik itibarıyla eşitlikten farklılaşmaktadır. Bu nitelik farklılığını, eşitlik ilkesi ve bu ilkenin iş hukukundaki yansıması olan eşit davranma borcunda görmek mümkündür. Eşit davranma borcu işverene, hem aynı veya benzer konumdaki işçileri arasında keyfi olarak farklı muamelede bulunmama hem de işçileri arasında ayırım yapmama yükümlülüğü yüklemektedir. İçerisinde katmanlı bir yapı barındıran bu ilke, iki farklı yükümlülüğü birden kapsamaktadır.

Bireylerin sadece sahip olduğu kişisel özellik ve nitelikler sebebiyle dezavantajlı bir konuma getirilmesine karşı olan ayrımcılık yasağı insan hakları hukuku ile bağlantılı olduğu kadar, iş hukukunun da önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu çalışmamızın amacı da mevzuatımızdaki düzenlemeler ile uluslararası düzenlemeler karşısında iş ilişkisinin farklı aşamalarında ayırım temellerine dayalı ayrımcılık yasaklarını ele alarak, çalışma yaşamında ayrımcılıkla mücadele konusuna bir ışık tutmaktır.

Bu çalışmamızda, yukarıda belirtmiş olduğumuz katmanlı yapıdan hareketle sadece ayrımcılık yasağı İş Hukuku bağlamında açıklanmaya çalışılacak, dar anlamda eşit davranma borcu ile arasındaki farklılıklar ortaya konacak, ardından ayrımcılık yasağının iş ilişkilerinin farklı aşamalarındaki görünüşleri teorik ve pratik çerçevede ele alınacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde hem eşitlik hem de ayrımcılık kavramsal olarak açıklanacak, ulusal ve uluslararası düzlemde eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına ilişkin mevcut düzenlemelere değinilecek, eşitlik ilkesinin katmanlı yapısı çerçevesinde hukuki nitelik farklılığına karşın eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı kavramlarının birbirleri yerine kullanılmasına dair tespitlerimize yer verilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ayrımcılık yasağının içeriği detaylı olarak ele alınarak farklı ayrımcılık temelleri ile birlikte, ayrımcı muameleyi haklılaştırabilecek bazı istisnalara yer verilerek ayrımcılık yasağının genel çerçevesi tamamlanacaktır. Ayrıca ikinci bölümde ayrımcılık yasağı, iş ilişkisinin kurulmasından önceki aşamada, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesi aşamalarında ayrı ayrı ele alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

Son olarak üçüncü bölümde, ayrımcılık yasağına ilişkin denetim mekanizmalarına, ayrımcılığın tespiti ve ispatı meselelerine ve ayrımcılık yasağının ihlali halinde başvurulabilecek ve uygulanabilecek hukuki, cezai ve idari yaptırımlara yer verilerek, yine iş ilişkisinin farklı aşamalarına göre yaptırımın hukuki niteliği ayrı ayrı ele alınacaktır.

Çalışmamızın sonucunda ayrımcılık sorununun sadece insan hakları ve özgürlükler hukukunu, kısacası kamu hukukunu değil, aynı zamanda iş hukukunu da ilgilendiren ve işçinin korunmasını gerektiren mühim bir sorun olduğu açıklanmış olacaktır.

Ayrımcılık yasağına dair iş hukukunu ilgilendiren düzenlemelerdeki eksikliklerin tespiti ile bu eksikliklerin giderilmesi ve düzenlemelerin geliştirilmesi yönündeki değerlendirme ve görüşlerimize yer verilerek çalışmamız tamamlanacaktır.

Çalışmamızda dar anlamda eşit davranma borcu detaylıca incelenmemekle birlikte tamamen dışlanmamış, çalışma bütünlüğü gözetilerek ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olduğu ölçüde bu konuya değinilmekle yetinilmiştir.

Çalışmamız hazırlanırken ise kılavuza uygun olarak Oscola atıf sisteminden faydalanılmıştır.

BÖLÜM 1

KAVRAMSAL YÖNÜ VE POZİTİF DAYANAKLARIYLA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVED EŞİTLİK VE AYRIMCILIK

A. GENEL OLARAK EŞİTLİK KAVRAMI

Sözlük anlamı itibarıyla eşitlik, “iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavilik, müsavat, muadelet”, “kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu”, “bedensel, ruhsal başlıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayırım bulunmaması durumu” şeklinde tanımlanmaktadır².

Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik, “herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin gereklilik” olarak ifade edilmiştir³.

Adalet ve hakkaniyet düşüncesini içinde barındıran⁴ ve hukuk devletinin de bir parçası olan⁵ eşitlik ilkesi, uluslararası ve ulusal düzlemde tanınan, bireyler arasında hak ve özgürlükler bakımından herhangi bir ayırım gözetilmemesinde, var olan ayrımların ortadan kaldırılmasında ve hukukun her alanında hakim olan temel ve genel bir ilkedir⁶.

² TDK, Eşitlik, (<https://sozluk.gov.tr/>), (ET: 2.6.2021).

³ AYM, Aziz Turhan Kararı, Başvuru No. 2012/1269, T.8.5.2014, p.38 (AYM Kararlar Bilgi Bankası) (ET:2.6.2021).

⁴ Bkz. A Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (Fakülteler Matbaası 1982) 8, 10, 34 vd. ; A Can Tuncay, *Hukuksal Etik Dersleri* (3rd edn, Beta 2017) 102; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (21st edn, Beta 2021) 468; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat and Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (34th edn, Beta 2021) 454; Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* (Yetkin Yayınları 2008) 60; E. Tuncay Senyen Kaplan, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, (2017) (Özel Sayı) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 225, 236.

⁵ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi* (Yetkin Yayınları 2003) 146; Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı” (2006) (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 45, 45,47,60; AYM, E.1991/34, K.1991/34, T.8.10.1991 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:2.6.2021).

⁶ Öden (n 5) 126, 132; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 137; Süzek (n 4) 468-469, 452-453; Mesut Gülmez, *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye (Belediye İş Sendikası 2009) 4-5*; Deniz Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (Beta 2019) 141; Hande Bahar Aykaç, “Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlanması” in Tankut Centel (ed), *İş*

Eşitlik ve daha sonra ele alacağımız ve eşitlik ilkesi ile *aynı temelden gelen* ayrımcılık yasağı, insanların *insanlık sıfat ve onurunda eşitliğine* dayanan bir değer yargısı olarak ifade edilmektedir⁷.

1. Eşitlik Kavramına Felsefi Yaklaşım

Ahlak, siyaset ve hukuk felsefesinin çekirdeği olarak varsayabileceğimiz eşitlik, ahlaki ve politik yönden hakların ve malların dağıtımının ve genel olarak demokratik yönetim biçiminin gerekçelendirilmesinin önemli bir parçası olarak görülmektedir⁸.

Bu anlamda eşitlik, birçok disiplinin incelediği önemli kavramlardan biri olup, tarihte Antikçağdan bu yana çeşitli düşünür ve bilim dalları tarafından tartışılmış, farklı kavramsal yaklaşım ve teorilerle (*hukuki eşitlik, siyasi eşitlik, cinsiyet eşitliği gibi*) açıklanmaya çalışılmıştır. Eşitlik ilkesinin gelişimini inceleyen *Fredman*'a göre bir ideal olarak eşitlik, nispeten modern bir yapıya sahip olup, klasik ve ortaçağ toplumları, eşitlik ilkesi üzerine kurulmamıştır. Toplum bu dönemlerde, bireyin bir insan olarak doğuştan gelen değerlere göre değil, doğum veya statünün getirdiği birtakım yetkiler ve görevler çerçevesinde hiyerarşik bir yapı göstermektedir⁹.

Platon eşitliğin idealar dünyasında olduğunu, ancak değişen, bozulan varlıkların oluşturduğu nesnelere dünyasında ise eşitliğin var olamayacağını ifade etmektedir¹⁰. *Aristoteles*'e göre ise eşitlik adaletin bir koşuludur¹¹. Yöneten ve yönetilen arası ilişkilerde eşitlik vardır ancak, bu eşitlik tam bir eşitlik değildir. Zira *Aristoteles*'in, asil

Hukukunda Genç Yaklaşımlar II (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2016) 47; Eda Manav, "AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar" (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 731, 732; AYM, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No.2014/256, T.25.6.2014, p.107 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:2.6.2021).

⁷ Öden (n 5) 23; Alaeddin Şenel, *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1970) 253-254.

⁸ Nicholas Mark Smith, *Basic Equality and Discrimination, Reconciling Theory and Law* (Ashgate Publishing Limited 2011) 1.

⁹ Sandra Fredman, *Discrimination Law* (2nd edn, Oxford University Press 2011) ibid.4 vd.

¹⁰ ŞENEL (n 7) 409-410, 423 vd.

¹¹ Aristotle, *A Treatise On Government* (Çevirmen A.M. William Ellis), (J M Dent & Sons Ltd & In New York By E P Dutton & Co 1928) Book III, Chapter XII (Erişim: <https://www.gutenberg.org>), (ET:20.9.2021); Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı" (2006) 4 (11) Çalışma ve Toplum Dergisi 63, 63; Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (2021) 2 (69) Çalışma ve Toplum Dergisi 859, 860.

vatandaşlar arasında bir eşitlik olmakla birlikte, toplumsal statü bakımından bir yandan da eşitsizlik (*vatandaş olanlar ile olmayanlar bakımından eşitsizlikçi bir toplum düzeni*) olduğunu¹², yönetenlerin doğal bir zorunluluk olarak yönetilenlerden üstün olduğunu ifade ettiği¹³ ve demokratik devlet biçiminin bir özelliği olarak özgürlük ve eşitliği savunurken, bir yandan da köleliğin doğallığına da karşı çıkmayarak bir anlamda sınırlı bir eşitlik¹⁴ anlayışından bahsettiği söylenebilir.

İnsan hakları öğretisi ile birlikte çağdaş eşitlik düşüncesinin, doğal hukuk ve toplum sözleşmesi teorileri ile temelleri atılmıştır¹⁵. *John Locke*, toplum sözleşmesi teorisinde bütün insanların doğal düzende hür ve eşit yaşadığını, devletin bireylerin hak ve özgürlükleriyle birlikte eşitliği de koruma yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir¹⁶. *Rousseau* da insanların hür ve eşit olduğunu, doğuştan vazgeçilmez ve devredilmez hak ve özgürlüklere sahip olduğunu savunmakta; eşitsizliklerin önüne geçmenin eşitlikçi ve özgür bir toplumsal sözleşme düzeni ile mümkün olacağını ifade etmektedir¹⁷.

Locke ve Rousseau'nun yukarıda yer verdiğimiz görüşleri, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'ne zemin hazırlamıştır¹⁸. Nitekim insan hakları doktrini bakımından eşitlik kavramı, 18.-19. yüzyıllarda doğmuştur¹⁹. 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi tüm insanların eşit yaratıldığını kabul ederken, *eşitlik, özgürlük, kardeşlik* felsefesine sahip Fransız Devrimi sonrasında, 1789 tarihli

¹² Şenel (n 7) 431,444; Fazıl Altınordu, *AİHS'ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukundaki Gelişimi* (Adalet Yayınevi 2012) 5.

¹³ Şenel (n 7) 426.

¹⁴ Şenel (n 7) 547; İnceoğlu, "Eşitlik ve Ayrımcılık" (n 5) 46; Şennur Ağırbaşı, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine* (Seçkin Yayıncılık 2009) 25; Mustafa Kılıçoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı" (2012) 9 (36) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 37, 39.

¹⁵ Öden (n 5) 66; Altınordu (n 12) 10.

¹⁶ Altınordu (n 12) 6; Mehmet Beyhan Seçkin, "Eşitlik Kavramları ve John Locke İle Jean-Jacques Rousseau'nun Siyasal Kuramlarında Eşitlik Anlayışı" (2016) (38) The Journal of Academic Social Science 392, 397-398. Detaylı bilgi için bkz. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, (5th edn., Filiz Kitapevi 2018) 158.

¹⁷ Seçkin, "Eşitlik Kavramı" (n 16) 399-400. Ayrıca bkz. Salim Işık, "J. J. Rousseau ve Egemenlik Anlayışı Üzerine", (2017) 8 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 79-98.; Jean-Jacques Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma*, (Çevirmen Rasih Nuri İleri, Say Yayınları 1986).

¹⁸ Seçkin, "Eşitlik Kavramı" (n 16) 400-401.

¹⁹ Melek Onaran Yüksel, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği* (Beta 2000) 16. Bu dönemde eşitlik ilkesinin kağıt üzerinde kaldığına ilişkin bkz. İnceoğlu, "Eşitlik ve Ayrımcılık" (n 5) 47.

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de insanların haklar yönünden özgür ve eşit doğup yaşadığına yer vermiştir²⁰. Pozitif hukukta evrensel olarak kabul edilmiş ortak bir eşitlik tanımı bulunmama ile birlikte, hukuk alanında eşitlik kavramının İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile ortaya çıktığı ve hukuk önünde eşitliğin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde de açıkça belirtildiği görülmektedir²¹. Sosyal ve ekonomik yönden eşitlik anlayışı ise ilerleyen dönemlerde sosyalizm ve Marksizm ile birlikte ortaya çıkmıştır²².

Yukarıda açıkladığımız gibi, toplumların özellikleri ve değerleri çerçevesinde -Eski Yunanda eşitliğin vatandaşlar arası eşitlik, bilgiler arası eşitlik şeklinde ele alınması; Ortaçağ döneminde tanrı önündeki eşitlik anlayışı, Fransız Devrimi sonrası ortaya çıkan yasa önünde eşitlik anlayışı, Sanayi Devrimi sonrasında gelişen fırsat eşitliği anlayışı gibi²³- farklı eşitlik anlayışları getirilmiş, toplumsal gelişmeler ve değişimler neticesinde eşitlik taleplerinin bir bakıma niteliği de değişmiştir.

2. Eşitlik İlkesinin Farklı Ayrımlarla Açıklanması

Eşitlik kavramı, *şekli eşitlik* ve *maddi eşitlik* olarak ikili bir ayrım kapsamında açıklanmaya çalışılmıştır. Şekli eşitlik anlayışı, herkesin eşit olduğu varsayımıyla hareket ederek eşit durumda olanların eşit muamele görmesini ve ayrımcılık yapılmadığı sürece mevcut durumun korunmasını eşitliğin varlığı için yeterli sayan bir eşitlik anlayışı olarak tanımlanmaktadır²⁴. Maddi eşitlik anlayışı ise, eşitlik ile aynılık kavramlarının farklı olduğunu, şekli eşitliğin gerçek anlamda eşitliği sağlayamadığını, kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıkların da göz önünde bulundurulması ve

²⁰ Öden (n 5) 68-71; Seçkin, "Eşitlik Kavramı" (n 16) 394.

²¹ Ağırbaşı (n 14) 26; Kılıçoğlu, "Ayrımcılık Yasağı" (n 14) 40; Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2017) 35, 53; Tuğba Bayraktar, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık Üzerine Kavramsal Bir İnceleme" (2016) 1 (2) KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 105.

²² Ağırbaşı (n 14) 27; Kılıçoğlu, "Ayrımcılık Yasağı" (n 14) 40.

²³ İnceoğlu, "Eşitlik ve Ayrımcılık" (n 5) 25; Ağırbaşı (n 14) 37.

²⁴ İdil Işıl Gül and Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram Hukuk İzleme ve Belgeleme* (Burcu Yeşiladalı and Gökçeçişek Ayata eds, 1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2011) 6. Ayrıca bkz. Öden (n 5) 162; Karan (n 21) 84; Yıldız (n 4) 32; Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları" (2002) 6 (4) Kamu- İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi (Yargıç Dr. Aydın Özkul' a Armağan) 31, 40-41.

eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için birtakım önlemler alınması gerekliliğini ifade etmektedir²⁵.

Çok yönlü olan eşitlik kavramı, *hukuki eşitlik* ve *gerçek eşitlik* ayrımıyla ele alındığında da farklılaşmaktadır. Nitekim hukuki eşitlik ile benzerlik temel alınarak, aynı veya benzer durumdaki kişilere benzer muamele yapılmasının; gerçek eşitlik ile farklı durumdaki kişilere farklı muamele yapılmasının temel alındığı ifade edilebilir²⁶.

Hukuki eşitlik, şekli ve maddi eşitlik anlayışları çerçevesinde ele alındığında; *şekli hukuki eşitlik*, bireylerin insan olmaları dolayısıyla sahip olduğu haklardan eşit yararlanmalarını, eşit nitelikte ve konumda olanlara eşit muamele edilmesini, genel ve soyut nitelikteki kanunların kapsadığı kişilere eşit uygulanmasını; *maddi hukuki eşitlik* ise eşitliğin fiilen sağlanması için düzenlemelerin uygulanmasında kişilere etkilerinin de göz önünde bulundurulması, haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını ifade etmektedir²⁷.

Yukarıda yer verdiğimiz sınıflandırmalar ışında, şekli eşitlik anlayışının farklılıkları dikkate alınmaması, dolayısıyla bazı grupların dezavantajlarının giderilmesi, eşitliğin önündeki engellerin kaldırılması gibi sebeplerle maddi eşitlik anlayışına duyulan ihtiyaç, temel hak ve özgürlüklerin savunulması için ayrımcılık yasağı, fırsat eşitliği gibi çözümlerin üretilmesine etki etmiştir^{28,29}.

²⁵ Gül and Karan (n 24) 7; Karan (n 21) s.63.

²⁶ Ağırbaşı (n 14) 36; Kılıçoğlu, "Ayrımcılık Yasağı" (n 14) 41; Yıldız (n 4) 32; İnceoğlu, "Eşitlik ve Ayrımcılık" (n 5) 49.

²⁷ Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler" (2012) 1 (10) Kadın Araştırmaları Dergisi 1, 2; Karan (n 21) 38; Onaran Yüksel (n 19) 87; Seçkin, "Eşitlik Kavramı" (n 16) 394; Bayraktar, "Pozitif Ayrımcılık" (n 21) 107; AYM, Kırklareli İnfaz Hakimliği Başvuru Kararı, E.2017/124, K.2018/9, T.14.2.2018, RG. 9.3.2018/30355. AYM bir kararında bu kavramlara bir açıklık getirmiş ve "*Şekli Hukuki Eşitlik: Kanunların genel ve soyut nitelik taşıması yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanması, 2. Maddi Hukuki Eşitlik: Şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu*" olarak hukuki eşitlik ilkesini bir sınıflandırma yaparak ele almıştır, AYM, E.2017/124, K.2018/9, T.14.2.2018 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:23.9.2021).

²⁸ Ağırbaşı (n 14) 37; Bakırcı, "İstihdam" (n 27) 2, Karan (n 21) 84 vd.; Canan Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 31-32. Ayrıca bkz. Fredman (n 9) 256 vd.

²⁹ Fredman şekli eşitlik anlayışının problematik noktalarına değindikten sonra, maddi eşitlik çerçevesinde eşitliğin birbiriyle örtüşen dört amacı takip eden çok boyutlu bir kavram olarak görülmesi gerektiğini savunmuş; eşitliğin yeniden dağıtımını, onur ve değere saygıyı teşvik bakımından tanıma boyutunu,

Görüleceği üzere, mutlak bir eşitlik söz konusu olmayıp, insanların içinde buldukları durumları, özellikleri, ihtiyaçları gibi hususlarda farklılıklar mevcuttur³⁰. Nitekim *mutlak eşitlik*, bireylere özellikleri, yetenekleri ve ihtiyaçları göz önünde tutulmadan eşit muamele yapılması; *nispi eşitlik* ise bireylere farklılıkları da dikkate alınarak farklı muamele yapılması olarak açıklanmaktadır³¹.

3. Eşitlik İlkesinin Görünüm Biçimleri

Eşitlik ilkesi hakkaniyet, adalet ve aynı zamanda özgürlük kavramlarına değinilmeden tam olarak anlaşılamayacaktır. Özgürlük, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlığı³²; kısıtlama, zorlama veya bir şarta bağlı olmaksızın düşünmeyi ve davranmayı ifade eder³³. Hukuki eşitlik, bireylerin eşitliğini ifade etmekte olup, özgür insanlar kanun önünde eşit olabilir; başka bir deyişle özgürlük olmadan eşitlik talebi mümkün olmamaktadır³⁴. Eşitlik ilkesi özgürlüğün gelişiminde ve ilerletilmesinde de önemli olup, özgürlükler ve hukuksal güvenlik, keyfiliğin ve ayrımların en aza indirildiği bir toplum yapısında daha iyi korunabilecektir³⁵. Özgürlük, eşitlik ve haysiyet (*insan olmaktan kaynaklanan değer*) kavramları birlikte insan haklarının

eşitliğin farklılığı barındıran ve yapısal değişimi sağlamayı hedefleyen dönüştürücü boyutunu, hem sosyal hem de politik olarak topluma tam katılımı kolaylaştıran katılımcı boyutunu barındırması gerektiğini ifade etmiştir, Fredman (n 9) 25 vd. *Hepple* tarafından da maddi eşitlik kavramı incelenirken, sonuçlarda eşitlik, fırsat eşitliği, bireyin onuru ve değeri (*dignity*) yaklaşımları ele alınmıştır, Bob Hepple, "Equality and Empowerment for Decent Work" (2001) 140 (1) *International Labour Review* 5, 7 vd.

³⁰ İnceoğlu, "Eşitlik ve Ayrımcılık" (n 5) 50; Ağırbaşı (n 14) s.36; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 120.

³¹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 120; Zafer Gören "Genel Eşitlik İlkesi (Common Principle of Equality)" (2016) 22 (3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3279, 3282.

³² İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1 - İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş* (7th edn, 2013) 12.

³³ Bayraktar, "Pozitif Ayrımcılık" (n 21) 99.

³⁴ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku* (n 32) 15; Pir Ali Kaya, *Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi* (Dora Yayınevi 2009) 20; Pir Ali Kaya, *Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış* (4th edn, Umuttepe Yayınları 2020) 13.

³⁵ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku* (n 32) 16.

temelini kurmakta, ayrıca eşitlik, haysiyetin ve onurun korunmasında³⁶ temel bir ölçü oluşturmaktadır³⁷.

Eşitlik ilkesinin ve bununla birlikte eşitlik ilkesinin iş hukukundaki yansıması kabul edilen eşit davranma borcunun temeli ve hukuki niteliği konusunda ise öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bu doğrultuda eşitlik ilkesinin adalet³⁸, işverenin işçiyi gözetme borcu³⁹, dürüstlük kuralı⁴⁰ ve hakkaniyet⁴¹ gibi temellere dayandığı kabul edilmektedir.

Hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen eşitlik ilkesi, nihai anlamda adaletin gerçekleşmesine hizmet etmektedir⁴². Kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan eşitlik ilkesi, bireysel bakımdan temel bir hak olup⁴³, aynı zamanda ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri doğrultusunda devlet organlarını ve idari makamları da bağlayan, devlet yönetimine egemen temel bir ilke niteliği taşımaktadır⁴⁴.

³⁶ Gülmez (n 6) 5 vd. *Hepple* tarafından, maddi eşitliğe dair bir diğer yaklaşımın, insan onur ve haysiyetinin değerlerine dayandığını, iş hukuku alanında da bu yaklaşımın ILO tarafından ifade edilen “*Emek bir meta (mal) değildir*” fikrine yansıdığı belirtilmektedir, *Hepple* (n 29) 9. Benzer yönde bir inceleme için bkz. *Fredman* (n 9) 22 vd.

³⁷ *Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku* (n 32) 20, 21, dn. 41; *Kaya, Eşitlik İlkesi* (n 34) 15.

³⁸ Bkz. *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 8, 10, 34 vd., 107; *Tuncay, Hukuksal Etik* (n 4) 102; *Süzek* (n 4) 468, 452; *Yıldız* (n 4) 60; *Kaya, Eşitlik İlkesi* (n 34) 6; *Kaya, Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 10; *Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin Yayıncılık 2002) 98; *Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı”* (n 16) 236; *Ugan Çatalkaya* (n 6) 141.

³⁹ Bu görüşler ve eleştirilerine ilişkin bkz. *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 47 vd.; *Ertürk* (n 38) 96; *Yıldız* (n 4) s.65.

⁴⁰ *Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık”* (n 11) 64, 67; *Kübra Doğan Yenisey, “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”* (2006) (2) *Sicil İş Hukuku Dergisi* 60, 61; *Ertürk* (n 38) 98; *Kaya, Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 6, 17-18. *Tuncay* ise eşit davranma ilkesinin sadece dürüstlük kuralına dayanarak açıklanamayacağını, her iki ilkenin de genel bir hukuk kuralı olması dolayısıyla bu kuraldan hareket edilerek eşit davranma ilkesinin çıkarılamayacağını ifade etmektedir, *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 47.

⁴¹ *Süzek* (n 4) 468,452; *Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan and Esra Baskan, İş Hukuku* (10th edn, Beta 2020) 162; *Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca* (n 4) 454; *Kaya, Eşitlik İlkesi* (n 34) 3, 50; *Ertürk* (n 38) 98; *Nuri Çelik, “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu”* (2006) 1 (4) *Sicil İş Hukuku Dergisi* 5, 5; *Fevzi Demir, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasası Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”* (2014) 11 (41) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 15, ibid.16; *Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık”* (n 11) 64; *Doğan Yenisey, “Feshte Eşit Davranma Borcu”* (n 40) 61; *Ugan Çatalkaya* (n 6) 141. *Hakkaniyet eleştirisi için bkz. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 58 vd.

⁴² *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 107; *Yıldız* (n 4) 60.

⁴³ *Bülent Tanör and Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku* (19th edn, Beta 2019) 130; *Öden* (n 5) 132-133; *Gülmez* (n 6) 4-5; *Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”* (2010) (2) *Çalışma ve Toplum Dergisi* 217, 222, 234; *Süzek* (n 4) 469,453; *Ugan Çatalkaya* (n 6) 155 vd.

⁴⁴ *Tanör and Yüzbaşıoğlu* (n 43) 130; *Süzek* (n 4) 469, 453; *Bayraktar, “Pozitif Ayrımcılık”* (n 21) s.107.

Eşitlik ilkesinin açıklanmasında, kanun önünde eşitlik, kanunların eşit koruması, eşit haklardan faydalanma ve ayırım yapmama gibi formüllerden faydalanılmakta olup, bu ilkelere bir kısmının açıklaması aşağıda yapılacaktır⁴⁵.

a. Kanun (hukuk) önünde eşitlik ilkesi

Kanun önünde eşitlik ilkesi, herkes için geçerli ve tarafsız olarak kabul edilen hukuk normlarının uygulanmasında eşitliği amaçlamakta olup⁴⁶, tüm bireylere sadece yaşadıkları için dokunulmaz olan onuru da temin eder⁴⁷.

AYM, kanun önünde eşitlik ilkesini “...herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır” şeklinde ifade etmiştir⁴⁸. Bir başka kararında kanun önünde eşitlik ilkesini yorumlarken “Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir.” Değerlendirmesi ile maddi hukuki eşitliğe de yer vermiştir⁴⁹.

Kanun önünde eşitlik ilkesi, ilkeden yararlananlar açısından bir hak teşkil ederken, diğer bir yönüyle de devlet organları ve idari makamlar tarafından gözetilmesi gereken, devlet organlarının veya idarenin eylem ve işlemlerinde ortaya çıkabilecek farklı muameleler karşısında bireyleri korumayı hedefleyen bir ilke niteliğindedir⁵⁰.

⁴⁵ Öden, eşitlik ilkesinin açıklanmasında en sık kullanılan formülleri kanun önünde eşitlik, kanunların eşit koruması, eşit haklar ve ayırım yapmama olarak ifade etmiştir. Nitekim 1982 Anayasası madde 10 ile eşitlik güvencesinin kanun önünde eşitlik, ayırım yasağı, imtiyaz tanıma yasağı, temel hak ve hürriyetlerden eşit yararlanma şeklinde dört formülle açıklandığını belirtmektedir, Öden (n 5) 127-131.

⁴⁶ Karan (n 21) 54.

⁴⁷ Ağırbaşı (n 14) 23.

⁴⁸ AYM, E.1976/3, K.1976/23, T.13.4.1976 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:23.9.2021). Ayrıca bkz. Gören, “Genel Eşitlik İlkesi” (n 31) 3281.

⁴⁹ AYM, E.1985/11, K.1986/29, T.11.12.1986; AYM, E.2017/124, K.2018/9, T.14.2.2018, RG. 9.3.2018/30355 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:23.9.2021).

⁵⁰ Öden (n 5) 133; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 219-220; Karan (n 21) 53. Kanun önünde eşitlik konusunda ayrıca bkz. Fredman (n 9) 8 vd.

b. Hukuken eşit korunma ve eşit haklara sahip olma ilkesi

Hukuken eşit korunma, hukukun hem içeriği hem de uygulanmasına yönelik olup, farklılıkların mevcudiyetini kabul eder⁵¹. Eşit haklara sahip olma ilkesi de, eşit durumda olanların eşit haklara sahip olmasını ifade etmektedir. Ancak bu ilke ile sadece hukuki eşitlik değil, aynı zamanda farklılıkların da dikkate alınarak makul, dengeli bir eşitliğin hedeflenmesi söz konusudur, biçimsel anlamda eşit konumda bulunma ile yetinilmez⁵². Bu hak bir talep hakkı olup, hak sahiplerine kendileri ile aynı durumda olanlarla aynı muamele yapılmasını; hukuksal durumu aynı olan kişilere aynı kuralların uygulanmasını, ayrıcalık veya imtiyaz tanınmamasını talep etme hakkını sağlar⁵³.

c. Eşit davranma ilkesi

Eşitlik ilkesinin daha çok kamu hukuku üzerinden geliştiği ve tartışıldığı, anayasa hukukunda yasaların çıkarılmasında ve uygulanmasında bireylerin eşit olarak ele alınması; idare hukukunda kamu hizmetlerinde objektif ve eşit muamele yapılması gibi temel ilkelerden biri olarak yansıdığı ifade edilmektedir⁵⁴. Eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü ise eşit davranma ilkesidir (yükümlülüğüdür)⁵⁵. Eşit davranma ya da eşit muamele veya eşit işlem ilkesi olarak da ifade edilebilen bu ilke⁵⁶, aynı veya benzer durumdaki kişilere aynı biçimde davranılması; farklı durumlardaki kişilere ise farklı işlemin yapılması, haklı ve objektif neden olmadıkça kişiler arası farklı muamele

⁵¹ Karan (n 21) 55-56.

⁵² Onaran Yüksel (n 19) 30-31.

⁵³ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 9,10; Kaya, *Eşitlik İlkesi* (n 34) 6-7; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 49.

⁵⁴ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 2.

⁵⁵ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 5, 9; Süzek (n 4) 468-470,452-454; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı and Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (4th edn, Lykeion Yayınları 2020), 211; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 162; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 454; Ulaş Baysal, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması" (2010) (25) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 60, 61; Devrim Ulucan, 'Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık' (2014) 15 (Özel Sayı) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 369, 373; Ugan Çatalkaya (n 6) 169. Bu başlıkta ilke ile ifade edilen hususlar üzerinde kısaca durulmakta ve ilke, sonraki bölümlere bir ön hazırlık mahiyetinde ele alınmaktadır.

⁵⁶ Kullanılacak kavramla ilgili görüş ve tartışmalar yönünden bkz. Ertürk (n 38) 96.

yapılmaması olarak kısaca ifade edilebilir⁵⁷. Eşit davranma ilkesinin temelinde eşitlik ilkesi yer almaktadır⁵⁸. Bu itibarla iş hukuku alanında eşitlik ilkesi, işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğü (işverenin eşit davranma borcu) olarak özel ve önemli bir anlam kazanmaktadır⁵⁹.

d. Eşit ve eşit değerde işe eşit ücret ilkesi

Belirtmek gerekir ki ücrette eşitlik, özellikle kadın ve erkek işçiler arasında yaratılan eşitsizlik ve ayrımcılık karşısında gündeme gelerek önem kazanan bir ilkedir. Bu çerçevede eşit iş ve eşit değerde iş için eşit ücret uygulanması, eşitlik ilkesinin bir gereği olup, aynı zamanda temel bir insan hakkıdır.

Eşit iş ile ifade edilen, işin aynı sayılabilecek ölçüde benzer veya eşit çalışma koşulları taşıması, beceri, sorumluluk gibi nitelikleri gerektirmesi; görülen işler farklı olsa dahi niteliği gereği aynı sayılabilecek ölçüde benzer ya da eşit olmasıdır. Eşit iş, zamanla daha geniş bir anlam ve kapsama sahip olan eşit değerde iş kavramıyla ele alınmaya başlanmıştır. Eşit değerde iş, aynı nitelikte olmasa dahi farklı işlerin işletme veya işyeri içindeki değerinin eşit kabul edilmesini ifade etmekte ve içerik olarak karşılaştırılabilir işleri de kapsamına almaktadır⁶⁰.

⁵⁷ Öden (n 5) 190; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 5, 7, 121; A Can Tuncay, "Çalışma İlişkilerinde İrk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık" in Süleyman Başterzi (ed), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2011), 726; Kenan Tunçomağ and Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (9. Baskı, Beta 2018) 145; Ertürk (n 38) 96; Süzek (n 4) 469; Sarper Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu" (2008) 3 (12) Sicil İş Hukuku Dergisi 24, 27-31; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 211; Yıldız (n 4) 57, 65-66; Fatih Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır" (2005) (8) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1623, 1626-1627; Aykaç, "Fesihle Eşit Davranma" (n 6) 61; Ugan Çatalkaya (n 6) 170; Ugan Çatalkaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 861.

⁵⁸ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 108 vd.; Tuncay, "İrk ve Etnik Köken" (n 57) 755; Süzek (n 4) 468 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Başkan (n 41) 162; Ertürk (n 38) 98-99; Yıldız (n 4) 65, 353; Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi" (2005) 2 (7) Legal İSGHD 974, 975; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 64; Şükran Ertürk and İlke Gürsel, "İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi" in Süleyman Başterzi (ed), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2011), 425; Ulucan, "Pozitif Ayrımcılık" (n 55) 373; Uşan "Eşit Davranma" (n 57) 1626.

⁵⁹ Eşit davranma borcunun işverenin borçlarından biri olarak ele alınmasının, ilkenin temelinde bir insan hakkı olduğunun göz ardı edilebilmesine yol açtığı eleştirisi için ayrıca bkz. Gülmez, "Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik" (n 43) 239 vd.

⁶⁰ Onaran Yüksel (n 19) 193 vd.; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 54; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 134; Yıldız (n 4) 219 vd.; Gözde Kaya, "Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet

Bu ilke gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuatta düzenlenerek koruma kapsamına alınmıştır. Nitekim ücrette adaletin sağlanması bakımından da ücrette eşitlik önem arz etmektedir. Mevzuatımızda sosyal adalet ilkesinin yansıması olan Anayasa madde 55, ücrette adalete ilişkin olarak eşit işe eşit ücret için önlem alınması görevini düzenlemiştir⁶¹. Aynı şekilde İş Kanunu⁶² madde 5 ile de kadın ve erkek işçiler arasında ücret yönünden ayırım yapılmaması ve eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Aynı şekilde 100 sayılı ILO Sözleşmesi⁶³, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliğinin sağlanmasına ilişkin olarak taraf devletler için birtakım yükümlülükler getirmektedir. Eşit ve eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, AB hukukunda da öneme sahip bir ilkedir. Gerek kurucu belgeler, gerek direktifler gerekse de Adalet Divanı karar ve değerlendirmeleriyle ortaya konan bu ilke, genel olarak cinsiyet temelinde ele alınarak, farklı ücret uygulanması ve ücretin belirlenmesinde cinsiyet ayrımı yasağı getirilmiştir⁶⁴. AB İşleyişi Hakkında Anlaşma (Lizbon Anlaşması) madde 157 (Amsterdam Anlaşması madde 141, Roma Anlaşması madde 119) üye devletlerin, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlayacağını hüküm altına almıştır⁶⁵. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 17.3.2021 tarihinde yapılan güncel bir beyanatta, istihdamda ücret ve fırsat eşitsizlikleriyle mücadele amacıyla eşit değerde iş için kadın ve erkek arasında eşit ücret hakkı, ücret ayrımcılığında mağdurlar için etkili çözüm yollarına erişim, ücrette

Ayrımcılığı" (Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı, Yayımlanmış Doktora Tezi, 2010) 149.

⁶¹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 191 vd.; Ertürk (n 38) 106. Anayasa, Kanun No.2709, Kabul Tarihi:18.10.1982, RG. 9.11.1982/17863 (Mükerrer). "Ücrette adalet sağlanması", m.55: " (1)Ücret emeğin karşılığıdır. (2) Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. (3) Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur."

⁶² İş Kanunu, Kanun No.4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG. 10.6.2003/25134.

⁶³ ILO tarafından 1951 yılında kabul edilen Sözleşme, Türkiye tarafından 13.12.1966 tarihinde 810 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, ilgili Sözleşme onaylanarak RG. T.13.6.1967, S.12620 ile yayımlanmıştır.

⁶⁴ Evelyn Ellis and Phlipa Watson, *EU Anti Discrimination Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012) 180 vd.; Gonca Aydınöz, 'Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı' (2009) (3) Çalışma ve Toplum Dergisi 163, 166.

⁶⁵ AB Genel Sekreterliği, AB Antlaşması ve AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ankara, 2011, (<https://www.ab.gov.tr>), (ET:26.9.2021).

şeffaflığı teşvik, eşitlik kurumlarının sürdürülmesi gibi birtakım noktalara da vurgu yapılmıştır⁶⁶.

e. Fırsat eşitliği

İnsanların eşit haklara olduğu kadar aynı zamanda eşit olanaklara da sahip olma hakkı vardır. Sosyal devletin⁶⁷ bir gereği olarak, kişilerin insan gibi yaşayabilmeleri için kağıt üzerinde öngörülen hak ve özgürlüklerin haricinde, gerekli maddi gereksinimlerin karşılanması, imkanı olmayan kesimlerin korunması görevi sosyal adalet temelli eşitlik düşüncesinin bir gereğidir⁶⁸.

Fırsat eşitliği ile anlatılmak istenen, değerlerin kazanılmasında, kaynakların dağıtımında kişilere imtiyaz tanınmaması ve şartların objektif uygulanması⁶⁹, diğer gruplara göre daha dezavantajlı olan grupların haklarının daha lehe bir biçimde düzenlenmesi, önlem alınması, eşit fırsatlar sunularak eşitsizliğin önüne geçilmesidir⁷⁰. Adil rekabetin sağlanması için bireylerin liyakat, yetenek ve becerileri doğrultusunda ödüllendirilmesi, eşit şanslara sahip olunmasıdır⁷¹. Nitekim *Fredman* fırsat eşitliği kavramıyla birlikte, ayrımcılık ve dezavantajlar nedeniyle etkilenen grupların diğerleriyle eşit şartlarda rekabet edebilecek durumda olmadığını kabul edilmesiyle eşit muamelenin ötesine geçildiğini ifade etmektedir⁷². Belirtmek gerekir ki fırsat eşitliği, eşit sonuçlardan ziyade, eşit fırsatların sunulmasına yöneliktir⁷³.

Toplumsal hayatta kadın ve erkekler arasındaki eşitsizlik ve kadınların toplumsal hayata eşit koşullarda başlayamıyor olması⁷⁴, haklı olarak eşitlik taleplerini gündeme

⁶⁶ Açıklama için bkz. <https://www.coe.int/en/web/portal/-/committee-of-ministers-declaration-on-equal-pay-and-opportunities-for-women-and-men>, ET:26.9.2021.

⁶⁷ Sosyal devlet ilkesi için bkz. Tanör and Yüzbaşıoğlu (n 43) 112-113.

⁶⁸ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 41.

⁶⁹ Hayrettin Eren, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu* (Adalet Yayınevi 2016), 88.

⁷⁰ Karan (n 21) 51-52; Bakırcı, "İstihdam" (n 27) 3; Kaya, *Eşitlik İlkesi* (n 34) 53; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 66 vd.

⁷¹ Manuella Tomei, "Çalışma Hayatında Ayrımcılık ve Eşitlik: Kavramsal Bir Değerlendirme", *Sendikal Notlar* (2004), 66.

⁷² Fredman (n 9) 18, 242.

⁷³ Ünal (n 28) 34. Ayrıca bkz. Fredman (n 9) 18 vd.

⁷⁴ Örneğin kadınların üst düzey yönetici olma ve karar mekanizmalarına katılma oranları oldukça düşüktür ("Şirketlerde üst düzey ve orta kademe yönetici pozisyonundaki kadın oranı 2017 yılında

getirmiştir. Kadınların toplumsal yaşamda mücadele etmek zorunda bırakıldığı bu eşitsizliğin giderilmesinde, pozitif ayrımcılık, yukarıda açıkladığımız fırsat eşitliği gibi kurumlarla destekleyici politikaların uygulanması gerekliliği inkar edilemez. Özellikle AB hukukunda, istihdamda fırsat eşitliği politikaları bu yönüyle ayrı bir öneme sahiptir. AB'nin kuruluşu bakımından ilk zamanlarda kadın - erkek arasında yukarıda değinmiş olduğumuz eşit işe eşit ücret ilkesi bir temel hak olmaktan ziyade, daha çok ekonomik bir amaç güdülerek, adil bir rekabet ortamı sağlanması yönüyle ele alınmıştır. Ancak zamanla, sadece ekonomik bir bütünleşmenin değil, yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve sosyal amaçlar öne çıkmaya başlamıştır⁷⁵. Bu açıdan bakıldığında, Amsterdam Anlaşması madde 141, eşit işe eşit ücret ilkesini, eşit değerde iş kapsamıyla ele almış, aynı zamanda fırsat eşitliğinin sağlanması için üyelere önlem alma yetkisi tanımış bulunmaktadır. Amsterdam Anlaşması ile cinsiyetten bağımsız olarak fırsat eşitliğine yeni ve güçlü bir vurgu yapılmış ve bu anlayış, Lizbon Anlaşması'nda da sürdürülmüştür. Birliğin kabul ettiği Avrupa İstihdam Stratejisi içinde, kadın ve erkeğe istihdamda fırsat eşitliğinin sağlanması da önemli konulardan biri olarak yer almış bulunmaktadır⁷⁶.

Bu itibarla, önemli düzenlemelerden biri olan 2006/54/EC sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair AB Direktifi, temelde çalışma hayatında kadın - erkek arasındaki eşitliğin sağlanması amacıyla daha dezavantajlı konumda olan kadın işçilerin çalışma hayatlarını koruyacak ve kariyerlerini ilerletebilmelerini sağlayacak, önlerindeki engellerin

%17,3", TÜİK İstatistiklerle Kadın 2018, (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2018-30707#:~:text=Y%C3%B6netici%20pozisyonundaki%20kad%C4%B1n%20oran%C4%B1%20%17,y%C4%B1%20%17%2C3%20oldu>), (ET:7.6.2021).

⁷⁵ Ellis and Watson (n 64) 23 vd.; Fredman (n 9) 35 vd.; Gül and Karan (n 24) 72. Ayrıca bkz. Joined Cases C-270/97 and C-271/97 *Deutsche Post AG v Elisabeth Sievers*, ve *Brunhilde Schrage*, [2000] I-933.

⁷⁶ AB tarafından yürütülen cinsiyette anayol yaklaşımı ve fırsat eşitliğine dair politikalar hakkında bkz. Kaya, *Cinsiyet Ayrımcılığı* (n 60)81; Yıldız (n 4) 91 vd.; Ertan Beceren and A. Murat Kasalak, "Avrupa Birliği İstihdam Stratejisi ve Üye Ülke Stratejilerinin 10 Hedef Kapsamında İstihdama Yönelik Uygulamaları", (2010) 2 (2) *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 49, 50-51.

kaldırılmasında belli önlemleri öngören veya avantajlar sağlayacak düzenlemeler yapılması hususunda birtakım yükümlülükler getirmiş bulunmaktadır⁷⁷.

B. GENEL OLARAK AYRIMCILIK KAVRAMI

Eşitlik kavramı çerçevesinde yapmış olduğumuz yukarıdaki tüm bu açıklamalar, eşitlik ile kavramsal bağlantısı oldukça kuvvetli olan ayrımcılık kavramını da beraberinde getirmektedir. Gerçekten, hukuki eşitliğin gelişiminde önem taşıyan kanun önünde eşitlik süreci, eşitliğin tam anlamıyla sağlanmasında tek başına yetersiz kalmış; özellikle çalışma hayatında, ev hayatında ve sokakta kadınlar ve azınlık gruplara mensup kişilerin ayrımcılığa maruz kalmaya devam ettiği, aynı işte kadın ve erkeklerin ücretleri arasında uçurumlar olduğu, farklı ırka mensup kişilerin ön yargılar ve dışlanma ile mücadele etmek zorunda kaldığı görülmüştür. Bu çerçevede, eşitsizliğe ve ayrımcılığa dair ayrımcılık karşıtı yasal düzenlemelerin gerektiği bir sürece girilmiştir. Ayrımcılığın yasaklanması kapsamında yapılan düzenlemeler sonrasındaki süreç, ayrımcılıkla mücadelede sadece yasaklamaların değil, aynı zamanda pozitif yükümlülüklerin, eşitliğin sağlanmasında etkili bir mücadele için farklı kurum ve kavramların devreye girdiği bir süreçle devam etmiştir⁷⁸. Bu anlamda hukuki açıdan eşitliğin, insan hakları düzenlemelerinde ayrımcılık karşıtı hükümler bakımından önemli bir rol oynadığını söylemek mümkündür⁷⁹.

Bu itibarla, ayrımcılık kavramının genel hatlarıyla ele alınması isabetli olacaktır. Zira aşağıda detaylı olarak yer vereceğimiz üzere eşitlik ve ayrımcılık, her ne kadar farklı niteliklere sahip olsalar da birbiri ile ayrı düşünülemeyen, birbirini tamamlayan ve

⁷⁷ Kadın ve erkekler arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanmasında diğer AB Direktifleri; 75/117/EEC sayılı kadın ve erkek çalışanlara eşit ücret prensibinin uygulanmasına ilişkin Direktif, 76/207/EEC sayılı işe alınma, mesleki eğitim, terfi ve çalışma şartlarında kadın ve erkeklere eşit muamele prensibinin uygulanması hakkındaki Direktif ve bu direktifi değiştiren 2002/73/EEC sayılı Direktif, 97/80/EC sayılı cinsiyete dayalı ayrımcılıkta ispat yükümlülüğü hakkındaki Direktif şeklinde sayılabilir. 2006/54/EC Sayılı Direktif ise, 75/117/EEC, 76/207/EEC, 97/80/EC sayılı Direktiflerin tek bir metinde bir araya getirilerek söz konusu hükümlerin yeniden düzenlenmesine ilişkindir. Direktifler hakkında detaylı bilgi için bkz. Gülmez (n 6) 366 vd.; Aybike Elif Bolcan, “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”, (2010) 1 (24) Çalışma ve Toplum Dergisi 253, 253-276.

⁷⁸ Fredman (n 9) 6-7.

⁷⁹ Smith (n 8) 1.

birbirleri ile bağlantılı olarak ulusal ve uluslararası normlarla düzenlemeye kavuşan iki kavramdır.

1. Ayrımcılık Kavramının Tanımı

İngilizce “*discrimination*”, farklı muamele (*different treatment*) olarak ifade edilen ayrımcılık, kişilere veya sosyal gruplara, kendilerine atfedilen özellikleri nedeniyle (ten rengi, cinsiyeti ve cinselliği gibi) farklı muamele yapılması olarak açıklanmaktadır⁸⁰. TDK ise *ayırıcı olma durumu* şeklindeki tanımlama ile yetinmiştir⁸¹.

Ayrımcılık bir kararın alınmasında, bir işlemin yapılmasında veya bir kuralın düzenlenmesinde ya da uygulanmasında haksız bir ayırım yapılması nedeniyle, bir kişinin veya grubun hak ve özgürlüklerinden başkalarıyla eşit koşullarda yararlanamaması şeklinde ortaya çıkar⁸². Bu çerçevede ayrımcılık, bir kişinin bir gruba mensup olması veya sahip olduğu, değiştiremeyeceği veyahut değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği ya da istenemeyeceği bir özelliği ya da niteliği sebebi ile farklı bir muamele görmesi ve mağdur edilmesidir⁸³. Bu bakımından ayrımcılığın dayandığı özellik ve nitelikler, ayrımcılık temeli olarak da ifade edilmektedir⁸⁴.

Öğretide *Karan*, ayrımcılıkla ilgili olarak detaylı ve geniş kapsamlı bir tanımlamada bulunmuş olup, bu çerçevede ayrımcılık kavramı şu şekilde ifade edilebilir:

Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarının eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakların kullanılmasını ortadan kaldırmak, zayıflatmak amacını taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayırım temeline dayanan, herhangi bir fark gözetme,

⁸⁰ Cambridge Dictionary (<https://dictionary.cambridge.org>); Britannica (<https://www.britannica.com>), (ET:9.6.2021).

⁸¹ TDK, Ayrımcılık (<https://sozluk.gov.tr/>), (ET:20.9.2021).

⁸² Gülmez (n 6) 12-23, 36-43, 127 vd.; Yıldız (n 4) 69; Amnesty International (Uluslararası Af Örgütü), Ayrımcılık tanımı (<https://www.amnesty.org/en/what-we-do/discrimination/>), (ET:9.6.2021).

⁸³ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) s.123 vd.; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 725; Onaran Yüksel (n 19) 38; Yıldız (n 4) 69, 88; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 732; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 56. Ayrımcılık tanımı yapılırken keyfi olarak eşit durumda olanlara eşit davranmama, farklı durumda olanlara eşit davranma vb. söylemlere de yer verilmekte olup, ayrımcılık kavramının farklılığı ve kavramın açık ve net bir şekilde ortaya konması adına bu yöndeki ifadelerin, kavramsal bir çelişki ve karışıklığa sebep olduğu yönündeki açıklamalarımız ve görüşümüz için bkz. 1.Bölüm, I, C, s.29 vd.

⁸⁴ Ünal (n 28)39.

*dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da bir başkasına yönelik ayrımcılık yapılması talimatı veya... dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirlerin alınmaması*⁸⁵.

Ayrımcılık yasaklarının, ayrımcılık temelinde farklı işlemi yasakladığı, bireyleri ırkları, cinsiyetleri, yaşları vb. nedenlerle belirli haklardan mahrum kalmaktan koruyucu niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir⁸⁶. Ayrımcılık yasakları bakımından uluslararası ve ulusal mevzuat incelendiğinde genel ve ortak bir tanım bulunmadığı görülmektedir. AB tarafından, ayrımcılık yasağının (*The Principle of Non Discrimination*) bireylere veya birey gruplarına yalnızca cinsiyetleri, ırkları veya etnik kökenleri, dinleri veya inançları, engellilikleri, yaşları veya cinsel yönelimleri gibi belirli bir özellik nedeniyle daha az olumlu muamele edilmemesi gerektiği anlamına geldiğine dair bir tanımlamada bulunularak ayrımcılık yasağı ilkesinin genel hatları ortaya konmuştur⁸⁷.

2. Ayrımcılık Türleri

a. Doğrudan ayrımcılık

Şekli eşitlik anlayışının bir yansıması olarak görülen doğrudan ayrımcılık⁸⁸, ayrımcılığın yasaklandığı kıstaslardan birine doğrudan dayalı olarak aynı veya benzer konumdaki kişilerden biri veya bir kısmı yönünden daha olumsuz sonuçlara yol açan veya bu ihtimali doğuran haksız farklı muamele şeklinde ifade edilebilecek olup, norm düzeyinde bir grubun kapsama alınmaması ya da açıkça dışlanması şeklinde de ortaya çıkabilir⁸⁹. İş ilişkileri açısından baktığımızda, işverenin ayrımcılık yasakları arasında sayılan bir ölçüte dayalı olarak bir işçisine veya işçi grubuna açıkça farklı işlem yapması doğrudan ayrımcılık oluşturacaktır.

⁸⁵ Karan (n 21) 77.

⁸⁶ Elisa Holmes, "Anti-Discrimination Rights Without Equality" (2005) 68 (2) Modern Law Review 175, 175, 182-183.

⁸⁷ EUR-Lex, Summaries of EU Legislation, Glossary of Summaries, The Principle Of Non-Discrimination. Ayrıca bkz. Gülmez (n 6) 22 vd. Uluslararası metinlerde yer alan farklı ayrımcılık tanımlarının detayları ise dayanaklar kapsamında incelenecek olup, bkz. 1. Bölüm, II, A, s.32 vd.

⁸⁸ Gül and Karan (n 24) 13. Ayrıca doğrudan ayrımcılığın şekli eşitliği esas alıyor olması ve bu sebeple göreliliği hakkında bkz. Fredman (n 9) 9.

⁸⁹ Karan (n 21) 203; Yıldız (n 4) 73; Gül and Karan (n 24) 9; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 71; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 737.

Türk hukukunda doğrudan ayrımcılığın tanımı Engelli Hakları Kanunu⁹⁰ ile yapılarak doğrudan ayrımcılık, engellilik temeline dayalı olarak bir tanım yapılmıştır (madde 3). Daha sonrasında, yürürlüğe giren TİHEK Kanunu⁹¹ ile diğer ayrımcılık temellerini de kapsayan bir tanıma kavuşmuştur⁹². AB hukukunda ise, ayrımcılık temellerini esas alan direktiflerin ilişkili olduğu konular yönünden doğrudan ayrımcılığın yasaklandığı görülmektedir. Bu direktiflere göre, doğrudan ayrımcılık, bir kimsenin direktifin konu edildiği ayrımcılık sebeplerine dayanarak daha elverişsiz bir davranışa maruz bırakılması halidir (2000/43 m.2/2, (a); 2000/78, m.2/2, (a); 2006/54, m.2/1, (a))⁹³. Doğrudan ayrımcılık tanımlarına yer veren direktiflerde “*benzer bir durumda daha olumsuz davranışa muhatap olma olgusu*” çerçevesinde tanımlama yapılmıştır⁹⁴. İHAM kararlarında da benzer bir tanımlamada bulunulmakta, doğrudan ayrımcılık “*belirlenebilir bir özellik veya statüye dayalı olarak kıyaslanabilir ve görece benzer kişiler arasında farklı işlemde bulunulması*” olarak ifade edilmektedir⁹⁵.

Doğrudan ayrımcılığa ilişkin olarak, geçmişte siyahi bir bireyin üniversitelere öğrenci olarak kabul edilmemesi⁹⁶ ya da işe alma ya da işten çıkarmada işçinin hamile olmasına göre karar verilmesi⁹⁷ örnek verilebilir.

b. Dolaylı ayrımcılık

Kişilerin eşit durumda olmayanlar arasında herhangi bir sınıflandırma yapılmaksızın aynı kurala tabi olmaları (*örneğin oy vermek için okuma yazma zorunluluğu*⁹⁸), diğer bir

⁹⁰ Engelliler Hakkında Kanun, Kanun No.5378, Kabul Tarihi:1.7.2005, RG. 7.7.2005/25868.

⁹¹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun No.6701, Kabul Tarihi:6.4.2016, RG. 20.4.2016/29690.

⁹² TİHEK Kanunu, m.2/1, (d). TİHEK Kanunu ile yapılan tanımlamalara dair detaylı bilgi için bkz. 1. Bölüm, II, B, (2), (d), s.59.

⁹³ Gül and Karan (n 24) 14; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 737; Ugan Çatalkaya (n 6) 155; Aydınöz, “Ayrımcılık” (n 64) 174. 2000/43 sayılı Irk Eşitliği direktifinin 2/2 (a) maddesine göre “*Bir kimse ırk veya etnik köken temelinde benzer bir durumda başka bir kimsenin gördüğü, görmüş olduğu veya göreceği muameleye kıyasla daha zararına bir muamele görürse doğrudan ayrımcılık olduğu kabul edilir*”; AB Temel Haklar Ajansı Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı* (2010), 22.

⁹⁴ Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 737. Ayrıca bkz. Ellis and Watson (n 64) 145.

⁹⁵ Ünal (n 28) 109; Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 22 vd. Ayrıca bkz. *Carson ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No.42184/05 (İHAM, 6.3.2010), p.61; *Burden v. Birleşik Krallık*, Başvuru No.13378/05, (İHAM, 29.4.2008), p.60.

⁹⁶ Gül and Karan (n 24) 14.

⁹⁷ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 71.

ifadeyle bu kişilere aynı muamelede bulunulması, eşitsizliğe yol açabilir. Dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan genel nitelikli bir önlem, uygulama, kural ya da işlemin belirli bir kişi veya grubu diğer kişi ya da gruplara göre daha dezavantajlı duruma getirmesi, daha olumsuz etkilemesi olarak ifade edilebilir⁹⁹.

Şekli eşitlik esasına dayalı doğrudan ayrımcılık yasağının yukarıda belirttiğimiz üzere eşitsizliği kaldırmada yeterli olmaması ve eşitsiz sonuçlara yol açması, dolaylı ayrımcılık kurumunu gündeme getirmiştir. Bu itibarla, dolaylı ayrımcılık maddi eşitliğin bir yansıması olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Türk hukukunda dolaylı ayrımcılık ile ilgili, Engelli Hakları Kanunu'nda engellilik temelli olarak tanım yapıldığı (madde 3), TİHEK Kanunu'nda ise yine diğer ayrımcılık temellerini de içeren bir dolaylı ayrımcılık tanımı yapıldığı görülmektedir (madde 2/1). AB hukuku bakımından ise dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkmasında Adalet Divanı kararları büyük rol oynamıştır¹⁰¹. Dolaylı ayrımcılık tanımına da ilk defa 97/80/EC sayılı Direktifte yer verilmiştir. AB direktiflerine bakıldığında dolaylı ayrımcılığın, görünüşte tarafsız olan bir kuralın, işlemin veya uygulamanın direktifin düzenlediği konular bağlamında koruma kapsamına alınan bir kişi veya grup için daha dezavantajlı sonuçlar doğurması veya doğurma ihtimalinin bulunması olarak ifade edildiği görülmektedir (2000/43 m.2/2 (b), 2000/78, m.2/2 (b), 2006/54, m.2/1 (b))¹⁰². Dolaylı ayrımcılık bakımından karşılaştırma yapılacak bir grup kişinin belirlenmesi, bu karşılaştırılan grubun daha avantajlı muamele gördüğünün iddia edilebilmesi önem kazanmaktadır¹⁰³.

⁹⁸ Karan (n 21) 210-211.

⁹⁹ Karan (n 21) 211; Gül and Karan (n 24) 15; Yıldız (n 4) 75; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 738; Ugan Çatalkaya (n 6) 160; Gizem Kaçan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı*, (On İki Levha Yayıncılık 2020) 37; Hepple, "Equality" (n 29) 7; Holmes, "Anti-Discrimination" (n 86) 183-184.

¹⁰⁰ Holmes, "Anti-Discrimination" (n 86) 183; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 70-71.

¹⁰¹ Ellis and Watson (n 64) 148. Adalet Divanı tarafından bu konuda inceleme yapılan ilk karar *Jenkins* davası olup, bu konuda karar incelemeleri için ayrıca bkz. Ellis and Watson (n 64) 148 vd.

¹⁰² Gül and Karan (n 24) 15; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 739; Ugan Çatalkaya (n 6) 155; Ünal (n 28) 121; Aydınöz, "Ayrımcılık" (n 64) 175. 2000/43 sayılı Irk Eşitliği Direktifinin 2/2 (b) maddesine göre "Tarafsız gibi görünen bir düzenleme, ölçüt veya uygulama belli bir ırktan veya etnik kökenden olan kişileri başkalarına kıyasla belirli bir dezavantaj içine sokuyorsa dolaylı ayrımcılık meydana geldiği kabul edilecektir"; Avrupa Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 29.

¹⁰³ Ellis and Watson (n 64) 152.

Doğrudan ayrımcılık farklı muameleyi esas alırken, dolaylı ayrımcılıkta yasaklananın aynı muamele olduğunu görmekteyiz. Bu kapsamda dolaylı ayrımcılık, farklı olarak eylemin etkileri üzerinde durmaktadır. Örnek vermek gerekirse, bazı mesleklerde işe alımda boy sınırı getirilmesi¹⁰⁴, görünüşte ayrımcı bir uygulama gibi görünmese de bu uygulamanın bazı gruplar (örneğin kadınlar) bakımından dezavantaj getireceği açıktır.

c. Dolayısıyla ayrımcılık

Bir kişinin kendisi ile ilgili bir temelde olmayıp, bağlantılı olduğu bir kişinin özelliği yani bir anlamda bir başkası ile olan bağlantısı sebebiyle ayrımcı muameleye uğraması, dolayısıyla ayrımcılık olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁵. Burada ayrımcılık sebebi kişinin kendisi ile doğrudan ilgili değildir, kişinin sahip olduğu bir özellik veya nitelik sebebiyle bir ayrımcılıktan bahsedilmez. Örneğin, beyaz bir bireyin siyah bir birey ile evli olması sonucunda maruz kaldığı ayrımcı muamele, dolayısıyla ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁰⁶. Dolayısıyla ayrımcılığın, aynı zamanda doğrudan ayrımcılığın bir türü olduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁷. AB hukukunda gündeme gelen bu ayrımcılık türüne dair hukukumuzda açık bir düzenlemeye ise rastlanılamamış olup, dolayısıyla ayrımcılığa dair düzenleme eksikliğinin giderilmesi gerekmektedir.

d. Çoklu temelli ayrımcılık

Çoklu temelli ayrımcılık, bir kimsenin farklı kriterlere dayalı olarak veya bir olayda birden çok temelde ayrımcılığa uğraması olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁸. Türk hukukunda eşitlik ve ayrımcılık düzenlemelerine bakıldığında, bu ayırım türünün yalnızca engellilik

¹⁰⁴ Gül and Karan (n 24) 16; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 71.

¹⁰⁵ Gül and Karan (n 24) 10; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 23; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 741; Ünal (n 28) 128.

¹⁰⁶ Gül and Karan (n 24) 17; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 23; Adalet Divanı bir kararında, engelli oğlu olan bir babanın esnek çalışma saatlerine dair talebinin kabul edilmemesi üzere işten çıkmaya zorlanması ve sürekli taciz edilmesi, iş sözleşmesine engelli çocuğuna bakma yükümlülüğü nedeniyle son verilmesi sonucu ayrımcılık yapıldığı yönünde karar verilmiştir, Case 303/06, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, [2008], ECR I-5615, p.56; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 741-742, dn. 37. Değerlendirme için ayrıca bkz. Kaya, *Cinsiyet Ayrımcılığı* (n 60) 186, dn.769.

¹⁰⁷ Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 741; Ünal (n 28) 128.

¹⁰⁸ Gül and Karan (n 24) 21; Karan (n 21) 228 vd., 307 vd.; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 23; Ellis and Watson (n 64) 156.

ve cinsiyet temeli ile sınırlı olarak ve “çok yönlü” ifadesi ile ele alındığı görülmektedir¹⁰⁹. Ancak mevzuatımızda TİHEK Kanunu ile birlikte çoklu temelli ayrımcılık, ilk kez farklı ayrımcılık temellerini kapsayacak bir düzenlemeye ve tanıma kavuşmuştur. Kanun, “çoklu ayrımcılık” ifadesini tercih etmiş bulunmaktadır (madde 2/1, (ç), madde 4/1, (c))¹¹⁰. AB hukukunda ise bu ayrımcılık biçimi, 2000/43/EC sayılı ve 2000/78/EC sayılı AB Direktifleri ile ele alınmış, özellikle kadınların çoklu ayrımcılık sebebiyle daha çok mağdur olduğu ifade edilmiştir (Giriş madde 14, Giriş, madde 3). Örnek olarak eşcinsel bir siyahi bireyin hem cinsel yönelimi hem de siyahi olması sebebiyle ayrımcılığa uğraması verilebilir.

e. Ayrımcılık talimatı

Ayrımcılık talimatı, gelecekte ayrımcılık doğuracak bir davranışı ifade eder¹¹¹. Hukukumuzda ilk defa TİHEK Kanunu kapsamında bir düzenlemeye kavuşmuştur (madde 2/1, (b)). AB düzenlemelerinde de bu kavrama dair bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak ırka ve etnik sebeplere dayalı ayrımcılığa ilişkin 2000/43/EC sayılı AB Direktifi¹¹², 2. maddesinde ırk veya etnik kökene dayalı olarak kişilere karşı ayrımcılığa yönelik bir talimatın ayrımcılık kabul edileceğini düzenlemiştir. Yine istihdam ve çalışma konularında eşitliği düzenleyen 2000/78/EC sayılı AB Direktifi¹¹³ 2. maddesinde, istihdam ve meslekle ilgili olarak din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelime dayalı ayrımcılık kapsamına giren bir sebeple kişilere karşı ayrımcılık yapılması yönündeki talimatın ayrımcılık kabul edileceğini düzenlemiştir. Bu bakımdan, örneğin bir işverenin, bir iş kurumuna siyahi veya Müslüman adayları göndermemesini söylemesi durumunda, ayrımcı bir talimat söz konusu olmaktadır¹¹⁴.

¹⁰⁹ Karan (n 21) 307.

¹¹⁰ Ancak düzenlemenin lafzı yönünden çoklu ayrımcılığın çeşitlerini kapsamaması yönüyle de eleştiriler mevcut olup, bu konuda bkz. Ünal (n 28) 139.

¹¹¹ Karan (n 21) 277 vd., 316 vd.; Ünal (n 28) 136.

¹¹² Council Directive (EC) 2000/43 of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.7.2000 (“İrk ve etnik kökene bakılmaksızın kişilere eşit muamelede bulunulması ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktif”).

¹¹³ Council Directive (EC) 2000/78 of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000 (“İstihdam ve iş konusunda eşit muamele için bir genel çerçeve oluşturulmasına ilişkin direktif”).

¹¹⁴ Ellis and Watson (n 64) 176.

f. Mağdurlaştırma

Bir kimsenin ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle veya bir başkasına ayrımcılık yapılması sebebiyle şikayette bulunması veya şikayette bulunamı desteklemesi neticesinde maruz kaldığı ayrımcı muamele, mağdurlaştırma (*victimisation*) olarak ifade edilmektedir¹¹⁵.

Hukukumuzda ilk olarak TİHEK Kanunu ile mağdurlaşma düzenlenmiş ve ayrımcılık kapsamında sayılmıştır. AB hukuku incelendiğinde, 2000/78/EC sayılı Direktif mağdurlaştırmaya ilişkin olarak, işletme içinden yapılan şikayetlere ilişkin veya eşit davranma ilkesine uyulmasını sağlamayı amaçlayan yasal bir işleme karşı işverenin, çalışanları işten çıkarmasına veya diğer olumsuz muamelelerine karşı işçilerin korunması amacıyla üye devletlerin kendi ulusal mevzuatlarında gerekli önlemleri almasını öngörmektedir. 2000/43/EC sayılı Direktif de mağdurlaştırmaya ilişkin olarak benzer bir düzenlemeye yer vermiştir.

g. Taciz

Taciz, ayrımcı bir muamele olmakla birlikte, insan onuruna yönelik ayrımcılığın özel bir türü olarak kabul edilmektedir. AB hukukunda, 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktifler ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim gibi sebeplerden birine dayanılarak, kişinin onurunu zedelemek; düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratmak amacıyla veya bu etkiyle istenmeyen bir fiilin gerçekleşmesini taciz (*harrasment*) kapsamında değerlendirmektedir¹¹⁶. Bu kapsamda çalışma yaşamında, direktiflerde düzenlenen ayırım kriterlerine dayalı olarak uygulanan bir psikolojik ya da cinsel tacizin önüne geçilmesi amaçlanmış durumdadır¹¹⁷.

¹¹⁵ Karan (n 21) 282; Kaya, Eşitlik ve Ayrımcılık (n 34) 24; Ellis and Watson (n 64) 314-315.

¹¹⁶ Gül and Karan (n 24) 18. AB düzenlemelerine ek olarak, psikolojik tacize ilişkin diğer uluslararası düzenlemeler hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Hande Heper, "Uluslararası Düzenlemeler Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizle Mücadele: Avrupa Ülke Örnekleri ve Türkiye İçin Öneriler", (2016) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan) 427, 432 vd.

¹¹⁷ Ellis and Watson (n 64) 175 vd., 297.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (“GGASS”) da onurlu çalışma hakkı başlığında taraf devletleri “*Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri alma*” ile yükümlü kılmıştır (madde 26/1). Görüleceği üzere Şart kapsamında taciz, çalışanların onurlu çalışma hakkını ihlal eden bir olgu olup, herhangi bir ayrımcılık temeline dayanmasa da hukuka aykırılık ve onurlu çalışma hakkına bir saldırı teşkil etmektedir. Bu yönüyle AB hukukundaki düzenlemeden farklılaşmaktadır. Zira AB hukukunda yukarıda belirttiğimiz üzere, ayrımcılık temellerinden birini barındıran bir taciz olgusundan bahsedilmektedir. Türk hukuku ise GGASS doğrultusunda bir yaklaşım benimsemiş durumdadır. Nitekim taciz olgusu bakımından ayrımcılık kriterlerine dayanmayan bir taciz de yaptırımsız kalmamakta, bu yönüyle kapsamlı bir koruma getirilmiş durumdadır. Mevcut düzenlemelerimiz bakımından taciz, aynı zamanda kişinin değiştirmesinin olanaklı olmadığı ya da değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği bir özelliği nedeniyle (ayrım kriterlerinden birine dayanarak) gerçekleştiriliyorsa, ayrımcılık sayılarak ayırım yasağına ilişkin yaptırımlar da devreye girecektir¹¹⁸.

Taciz kavramı, psikolojik taciz (mobbing) ve cinsel taciz olarak iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Hukukumuzda TBK¹¹⁹ madde 417 düzenlemesi cinsel ve psikolojik tacizi düzenlemekle birlikte bir tanıma yer vermemiştir. İş Kanunu’na bakıldığında ise cinsel taciz iş sözleşmesinin feshi yönünden ele alınarak düzenlenmiş ve ancak yine bir tanıma yer verilmemiştir. Bu konuda TİHEK Kanunu tarafından bir düzenleme yapılarak taciz kavramı, cinsel ve psikolojik taciz yönüyle birlikte ele alınmıştır (m.2/1, (j)).

Öncelikle taciz kavramını psikolojik boyutuyla ele aldığımızda, farklı isimlendirme ve tanımlamalar olduğunu görmekteyiz¹²⁰. Mobbing kavramını ilk kez kullanan *Leymann*’a göre mobbing, “*İşyerinde sistematik bir şekilde bir kişi veya birden fazla kişi tarafından*

¹¹⁸ Ayrımcılık yasağı kapsamında psikolojik tacize dair açıklamalarımız için bkz. 2. Bölüm, II, C, (4), (b), s.127 vd.

¹¹⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun No.6098, Kabul Tarihi:11.1.2011, RG. 4.2.2011/27836.

¹²⁰ Detaylı açıklamalarımıza ilerleyen bölümlerde yer verileceğinden, bu bölümde öğretimizdeki bazı tanımlamalara yer verilmekle yetinilecektir. Bu sebeple detaylı açıklamalarımız için bkz. 2. Bölüm, II, C, (4), (a), s.125 vd.

ağırlıklı olarak çaresiz ve savunmasız bir halde olan bir kişiye karşı düşmanca ve etik dışı olan davranışlar” şeklinde ifade edilmiştir¹²¹.

Öğretimizde ise psikolojik taciz, *Tınaz ve Bayram* tarafından, işyerinde bir işçiye yöneltilen işveren veya diğer çalışanlar tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan, kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, aşağılayıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkan bir çeşit psikolojik terör olarak ifade edilmiştir¹²². *Güzel/Ertan* tarafından “*bir topluluk içinde (işyeri, işletme, kamu kurumu) aynı yazgıyı paylaşan iki insandan birinin diğerine uyguladığı psikolojik şiddet ya da psikolojik terör*” olarak tanımlanmıştır¹²³. *Süzek* ise psikolojik tacizi “*işçinin manevi kişiliğine karşı işveren, işveren vekili veya diğer işçiler tarafından gerçekleştirilen, süreklilik göstererek sistematik hale gelen, kötü muamele, aşağılama, dışlama vb. biçimde ortaya çıkan, onur kırıcı, küçültücü, yıldırıcı bezdirici, kaygı verici, genellikle işçinin istifasını sağlama amacı taşıyan davranışlar*”¹²⁴ şeklinde tanımlamıştır. Görüleceği gibi tanımlama bakımından bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Ancak daha sonra inceleyeceğimiz üzere, işyerinde psikolojik taciz bakımından belirli hususların gerçekleşmesi aranmaktadır. Tanımlamalardan yola çıkıldığında işyerinde psikolojik taciz, işçinin kişiliğine ve insan onuruna yönelik bir saldırı niteliğindedir.

Cinsel taciz ise rıza olmaksızın bireyin veya bireylerin cinselliklerine yönelik, sözlü, yazılı, gözle veyahut bedensel eylemlerle gerçekleşebilen ve temas içermeyen cinsel amaçlı her türlü rahatsız edici davranış olarak ifade edilebilir¹²⁵. AB hukuku düzenlemelerinde cinsel taciz, cinsiyet nedeniyle ayırimcılık kapsamında değerlendirilmiştir; 2002/73/EC sayılı Direktif madde 2¹²⁶ ve 2006/54 sayılı Direktif

¹²¹ Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work" (1996) 5 (2) European Journal of Work and Organizational Psychology 165, 168; B. Buğra Palabıyık, *Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı* (Seçkin 2018), 18.

¹²² Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, (3rd edn, Beta 2011), s.8; Fuat Bayram, "Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)" (2007) (14) Legal İSGHD 551, 552.

¹²³ Ali Güzel and Emre Ertan, "İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bir Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk", (2007) (14) Legal İSGHD 510, 511.

¹²⁴ Süzek (n 4) 416.

¹²⁵ Yıldız (n 4) 103.

¹²⁶ Direktif'e göre cinsel taciz, “*insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış*” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Erdem Özdemir, "İşyerinde Cinsel Taciz" (2006) (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 83, 86 vd.

madde 2 taciz ve cinsel tacizi, doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkla birlikte cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir türü olarak düzenlemiştir¹²⁷.

h. Olumlu (pozitif) ayrımcılık

Olumlu ayrımcılık, belirli alanlarda daha az temsil edilen, birtakım haklara erişemeyen veyahut kısıtlı erişebilen gruplara, fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi için eğitim, istihdam gibi alanlarda birtakım lehe düzenleme, politika veya stratejiler yaratılmasını, ayrımcılığın olumlu anlamda düzenlenmesini ifade eden bir kavramdır¹²⁸.

AB hukukunda Roma Anlaşması'nın 119. maddesi ile düzenlenen kadın ve erkek arası ücret eşitliği, Amsterdam Anlaşması madde 141 ile korunmuş ve eşit değerde işe eşit ücreti de kapsar şekilde geliştirilmiş; uygulamada kadın ve erkek arasındaki eşitliğin sağlanması için üye devletlerce daha az temsil edilen cinsiyet lehine olumlu düzenlemeler yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu anlamda AB hukukunda fırsat eşitliği, kadın ve erkek arasındaki eşitliği sağlamada ücrete ilişkin ilkeler ile başlayarak, “*eşit muamele (equal treatment)*,” “*olumlu eylem (positive action)*” ve “*olumlu ayrımcılık (positive discrimination)*” politikaları ile devam etmiştir¹²⁹.

Bu çerçevede geçici özel önlemlere de ayrı bir yer açılması gerekmektedir. Ayrımcılık yasağının *etkili hale getirilmesine ilişkin destekleyici hukuki araçlardan* biri olarak sayılabilecek geçici özel önlemler, ayrımcılık yasağının tek başına fırsat eşitliğini sağlamada yeterli olmayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bir kişinin ırk, cinsiyet, yaş gibi özellikleri sebebiyle ayrımcı muameleye maruz kalması sonucu ortaya çıkan dezavantajların giderilmesi geçici özel önlemler alınması ile hedeflenmektedir¹³⁰. Örneğin Türkiye'nin taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (CEDAW)¹³¹ madde 4, taraf devletlerin kadın ve erkek

¹²⁷ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 74; Yıldız (n 4) 102.

¹²⁸ Yıldız (n 4) 83, 86; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 25; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 742.

¹²⁹ Bihterin Dinçkol, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, (2005) 2 (Y.4) (8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 101, 111; Ellis and Watson (n 64) 176, 420 vd.

¹³⁰ Gül and Karan (n 24)26.

¹³¹ 19.12.1979 tarihinde BM tarafından kabul edilmiş, 3232 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, RG. T.14.11.1985, S.18898 ile yayımlanmıştır. Şu an için yalnızca 29. maddenin 1. fıkrasına ilişkin çekince yürürlüktedir.

eşitliğini fiilen hızlı bir şekilde gerçekleştirmeleri için özel önlemler almalarının ayrımcılık teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. 2000/43 sayılı Direktif ve 2000/78 sayılı Direktif, olumlu ayrımcılık yönünden düzenleme yapmış ve üye devletler tarafından uygulamada eşitliğin sağlanabilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını ve bunun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını öngörmüştür. 2006/54 sayılı Direktif ile de çalışma yaşamında kadın - erkek eşitliğinin sağlanması yönünde üye devletlerin önlemlere başvurabileceği hükme bağlanmıştır.

i. Makul uyumlaştırma

İşverenler, idari makamlar gibi yükümlülük altında olan kişiler tarafından gerek uygulamalarında gerek işyeri ve eklentilerinde engellerin ortadan kaldırılması için gerekli ayarlamaların yapılması; özellikle engelli kişiler açısından, bir düzenlemenin, uygulama, karar veya ölçütün sebep olduğu dezavantajların ortadan kaldırılması amacıyla gerekli ve makul tedbirlerin alınması gerekmekte olup; makul uyumlaştırmanın reddi, ayrımcılık olarak değerlendirilmelidir¹³².

AB hukukunda, 2000/78/EC sayılı AB Direktifi'nin 5. maddesinde engelliler özelinde makul uyumlaştırma ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiş ve bu kapsamda işverene, orantısız bir külfet getirmediği sürece, engelli kişilerin istihdama erişimine, katılımına veya işte ilerlemesine yönelik makul önlemleri alma yönünden bir yükümlülük getirilmiştir.

Türk hukuku bakımından, Engelliler Hakkında Kanun ile makul düzenleme kavramı tercih edilerek, “engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler” şeklinde bir tanım getirilmiştir (madde 3). Aynı şekilde TİHEK Kanunu, benzer bir tanım getirmekle birlikte, farklı olarak “mali imkanlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler” düzenlemesini içermektedir

¹³² Gül and Karan (n 24) 8, 142; Karan (n 21) 249; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 26.

(madde 2/1, (ğ))¹³³. Ayrıca Engelliler Hakkında Kanun makul uyumlaştırma yapılması için gerekli önlemlerin alınacağını düzenlemekle birlikte bu önlemlerin yerine getirilmemesi hususuna yer vermemiştir. Ancak TİHEK Kanunu farklı olarak, makul uyumlaştırmanın yapılmamasını ayrımcılık kapsamında değerlendirmiştir (madde 4).

C. KAVRAMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yukarıda hem eşitlik ilkesine (ve dolayısıyla eşit davranma borcuna) hem de ayırım yasağına dair birtakım tanımlamalara yer verilmiştir. Literatürde ve hatta ulusal ve uluslararası normlarda ayırım yasağı ve eşitlik ilkesinin birlikte ya da birbiri yerine kullanılması sıkça karşılaşılan bir durumdur¹³⁴. Eşitlik ilkesi ve ayırım yasağının farklı görüşlerce birbirlerini tamamlayan¹³⁵, iç içe giren¹³⁶, bölünmez ve bütünsel bir ilişki içinde olan ve hatta açıkça belirtilmediği durumlarda da örtülü olarak birbirini içeren¹³⁷ kavramlar olarak ele alındığı; ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesinin gerçekleşmesini sağlayan¹³⁸ bir kavram olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bir başka deyişle ayrımcılık yasakları, eşitlik ilkesinin uygulanmasını sağlayan, içini dolduran¹³⁹, eşitlik ilkesini somutlaştıran bir niteliğe sahiptir¹⁴⁰.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, aynı ilkenin olumlu ve olumsuz yönleri, *bir madalyonun iki yüzü* olarak da değerlendirilmektedir¹⁴¹. Eşitlik ilkesinin haklı bir sebep olmadıkça herkese aynı muamelede bulunulmasını ifade eden olumlu yönünden farklı olarak, yasaklanmış birtakım kriterlere dayanmadığı sürece farklı muamelede bulunulabileceğini ifade eden olumsuz yönü de bulunmakta olup, bu kapsamda eşitliğin

¹³³ Bu konuya dair detaylı açıklamalarımıza ilerleyen bölümlerde yer verileceğinden, makul uyumlaştırma kavramının hukukumuzdaki iki düzenlemesinden bahsedilmesi ile yetinilmiştir.

¹³⁴ Eleştiri için bkz. Holmes, "Anti-Discrimination" (n 86) 185.

¹³⁵ Tuncay, "İrk ve Etnik Köken" (n 57) 726.

¹³⁶ Ulucan, "Pozitif Ayrımcılık" (n 55) 375.

¹³⁷ Gülmez (n 6) 9; Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 221.

¹³⁸ Kılıçoğlu, "Ayrımcılık Yasağı" (n 14) 41.

¹³⁹ Tuncay, "İrk ve Etnik Köken" (n 57) 726;.

¹⁴⁰ Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", (2015) 31 (1) Anayasa Yargısı 235, 237; Kılıçoğlu, "Ayrımcılık Yasağı" (n 14) 41.

¹⁴¹ Gülmez (n 6) 9; Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 221. Ayrıca bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 156, dn. 193 ile belirtilen görüşler.

olumsuz anlamı ayrımcılık yapmama veyahut ayrımcılık yasağı olarak ifade edilmektedir¹⁴².

Öğretide ayrıca ayrımcılık yasaklarının geniş anlamda eşitlik ilkesi kapsamında olduğu¹⁴³, eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağı ile birlikte dar anlamda eşit davranma borcunu kapsayan çatı bir kavram olduğu¹⁴⁴ da kabul edilmektedir. Ayrımcılık yasağının inceleme konusu edildiği çalışmamızda, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü olan eşit davranma borcundan bahsedilirken, aradaki nitelik farklılığı dikkate alınarak dar anlamda eşit davranma borcu ve ayırım yapmama yükümlülüğü (ayrımcılık yasağı) birbirinden ayrı iki farklı ilke ve borç olarak ele alınacak, diğer bir ifadeyle işverenin eşit davranma borcunun kademelendirilmiş olması görüşünden¹⁴⁵ hareket edilecektir. Bu itibarla *dar anlamda eşit davranma borcu* adı altında aynı veya benzer durumdaki kişilere aynı veya benzer şekilde davranılması, işçiler arasında haklı ve objektif bir sebep olmaksızın, keyfi bir ayırım yapılmaması; *ayırım yapmama yükümlülüğü/borcu (ayrımcılık yasağı)* ile de bireylerin sahip olduğu, değiştirmelerinin mümkün olmadığı veyahut değiştirmeleri kendilerinden istenemeyecek ve beklenemeyecek özellik ve nitelikleri sebebiyle yapılan ayrımcılıklar kast edilerek inceleme yapılacaktır¹⁴⁶.

Ancak öğretilerde bu iki kavramın ve ilkenin bazen aynı şeyi anlatmak üzere bazen de birbirini yerine kullanıldığı dikkat çekmektedir. Bu noktada bu kavramlar kullanılırken

¹⁴² Kadriye Bakırcı, *Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler* (Seçkin Yayıncılık 2012), 23-24; Gülmez (n 6) 9; Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 217, 219, 221.

¹⁴³ Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 26.

¹⁴⁴ Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 65; Süzek (n 4) 469; Yıldız (n 4) 55, 65; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 426; Ünal (n 28) 54; Ugan Çatalkaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 865.

¹⁴⁵ Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 979; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 65-66; Doğan Yenisey, "Fesihle Eşit Davranma Borcu" (n 40) 60. Benzer yönde bkz. Süzek (n 4) 469 vd.; Gaye Burcu Yıldız, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" in Talat Canbolat (ed), *Prof.Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2010), 841; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 431; Ugan Çatalkaya (n 6) 172 vd.; Ünal (n 28) 54.

¹⁴⁶ Belirttiğimiz üzere eşitlik ilkesinin kademeli yapısı uyarınca dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı birbirinden ayrılmakta ve çalışmamızın esas inceleme konusunu ayrımcılık yasağı oluşturmaktadır. Ancak ayrımcılık yasağı ele alınırken, bu ilkenin hukuki niteliği ile dar anlamda eşit davranma borcundan farklılaştığı yönleri de ilerleyen sayfalarda detaylı olarak ele alınacaktır.

kavramların birbirinden ayrıştırılması gerektiği kanaatindeyiz¹⁴⁷. Öğretide *Ekmekçi/Yiğit* tarafından işverenin eşit davranma borcu açıklanırken “*eşit davranma ve ayırım yasaklarına uyma yükümlülüğü*” ifadesi kullanılmıştır¹⁴⁸. *Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan* tarafından eşit işlem yapma borcu başlığında ayırım yapmama ve işçilere eşit davranma birlikte ele alınmıştır¹⁴⁹. *Narmanlıoğlu* tarafından eşit davranma borcu, ayırım yapılmasını gerektiren makul sebeplerin yokluğunda aynı konum ve durumdakilere eşit davranma, işçiler arasında keyfi ayırım yapmama durumu olarak ifade edilmiş, keyfi ayırım yapmama yükümlülüğünün içeriğinde ise ayırım yasaklarına yer verilmiştir¹⁵⁰. *Tunçomağ/Centel* tarafından ise eşit davranma borcu birden çok kişiyi ilgilendiren durumlarda haklı olmayan veya gerçeğe dayanmayan farklılıklar yaratmamak ve eşit kişilere eşit davranmak olarak ele alınmış ve bu borcun içeriğinde haksız ayırım yasaklarına değinilmiştir¹⁵¹. *Demircioğlu/Centel/Kaplan* tarafından, eşit davranma borcunun içeriği açıklanırken eşit davranma borcu mutlak ve mutlak olmayan uygulama alanı ayırımına tabi tutulmuş, mutlak uygulama alanı bakımından haksız ayırım yasakları ifadesi ile ayrımcılık yasağının kapsamındaki kriterler ele alınmıştır¹⁵². *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal* ve *Senyen Kaplan* tarafından ise, eşit davranma borcunun, nitelik bakımından bir ayırım yapılmadan işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması, aynı durumdaki işçilerine aynı, farklı durumdaki işçilerine farklı davranması yükümlülüğü şeklinde ele alındığı görülmektedir¹⁵³.

Görüleceği gibi öğretide bazı görüşlerce açık bir kademelendirme yapılmamış olmakla birlikte, dolaylı olarak işverenin her iki borcunun, ayırım yasağının ve eşit davranma ilkesinin, varlığının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, zaman zaman eşit işlem ve ayrımcılık kavramları, işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması, keyfi ayırım

¹⁴⁷ Hukuki nitelik farklılığına dair ayrıntılı açıklamalarımız için ayrıca bkz. 1. Bölüm, III, B, (3), (b), s.79 vd.

¹⁴⁸ Ömer Ekmekçi and Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1st edn, On İki Levha, 2020), 276.

¹⁴⁹ Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 161.

¹⁵⁰ Ünal Narmanlıoğlu, *Ferdi İş İlişkileri I* (4th edn, Beta 2012), 324, 326.

¹⁵¹ Tunçomağ and Centel (n 57) 145-146.

¹⁵² Murat Demircioğlu, Tankut Centel and Hasan Ali Kaplan, *İş Hukuku* (20th edn, Beta 2019), 117 vd.

¹⁵³ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 211; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 226.

yapmama gibi ifadeler tercih edilmesi neticesinde birbirleri yerine kullanılabilir¹⁵⁴.

II. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMLARINA DAİR NORMATİF DAYANAKLAR

A. ULUSLARARASI VE ULUSALÜSTÜ NORMLAR

1. Genel Olarak

Uluslararası ve ulusalüstü antlaşmalar, iç hukukumuzun bir parçası ve dolayısıyla iş hukukunun da kaynakları arasında kabul edilmektedir. Konumuz bağlamında, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından yapılan uluslararası düzenlemeler de bu nedenle önem arz etmektedir. Özellikle Türkiye tarafından onaylanan ve iç hukukun bir parçası haline gelen düzenlemeler, ulusal mevzuattan ayrı düşünülemez. Aşağıda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında taraf olunan ve taraf olunmasa dahi önem atfedilen birtakım uluslararası ve ulusalüstü kaynaklara dair açıklamalara yer verilecek olup, öncesinde bu antlaşmaların kabul usulüne kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁵⁴ Bu konuda detaylı değerlendirme için bkz. Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 865, dn.2. Bu kavramlar Yargıtay kararlarında da zaman zaman birbiri yerine kullanılabilir. Örnek olarak bir kararında davalı işveren tarafından dolaylı ayrımcılık ve dolayısı ile eşit işlem borcuna aykırı davranılıp davranılmadığı, bu şekilde fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti istenen uyumsuzluk; müşteri temsilcisi olan davacı işçinin aynı telefon numaralarını üstü üste aradığının tespit edilerek aranılan telefonlara ulaşamamış olmasına rağmen aramaya devam edip kasti ve bilinçli olarak çalışması gereken sürelerde, çalışmadığı iddiası ile gerçekleştirilen fesih işlemidir. Ancak kararda ayrımcılık yasağından bahsedilmesine rağmen somut uyumsuzlukta ihlali söz konusu olan ayrımcılık yasağı kapsamında kriterlere dair bir değerlendirme veya açıklama yer almamaktadır, Y.7.HD. E.2015/35713, K.2016/2659, 11.2.2016, (Legalbank) (ET:26.9.2021). Bu noktada öğretide Ünal tarafından da haklı olarak ifade edildiği üzere, yapılan inceleme dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında kalmaktadır, s.55, dn.210. Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda ise eşit davranma ilkesi açıklanırken, “...işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır.” ifadesine yer verilmiştir. Ancak keyfi ayırım yapılması daha ziyade haklı ve objektif sebepler olmadıkça işçiler arasında ayırım yapılmamasını ifade eden dar anlamda eşit davranma borcunu işaret etmekte iken; ayırım yapma yasağının içeriği yasaklanan temellere dayalı bir ayırım yapılmamasına yöneliktir. Bu yönüyle kavramlar tekrar birbiri yerine kullanılmış görünmektedir, Y.9.HD. E.2016/1423, K.2019/11167, 15.5.2019 (Legalbank) (ET:26.9.2021). Yargıtay’ın ayrımcılık tazminatını da eşit işlem yapma borcuna aykırılık tazminatı, eşitsizlik tazminatı gibi terimlerle ifade ettiği ve kavramları birbiri yerine kullandığı görülmektedir. Bu konudaki detaylı açıklamalarımız için bkz. 3. Bölüm, III, C, (3), (b).

Anayasa'nın 90. maddesindeki düzenleme, yabancı devletler ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onay işlemlerini hükme bağlamaktadır¹⁵⁵. İlgili düzenleme, onaylamanın bir kanun ile uygun bulunması gereken ve gerekmeyen antlaşmalar yönünden bir ayırım içermektedir. Burada, istisna haller dışında TBMM tarafından onaylamanın uygun görüldüğüne dair bir kanun kabul edilerek, yürütme organına onaylama işlemi için yetki verilmektedir. İstisna hallerde ise uygun bulunduğu dair bir kanuna ihtiyaç olmadan, antlaşmanın yürütme organınca onaylanması söz konusu olmaktadır¹⁵⁶. Bu istisnalardan ilki, ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar olup; devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilirler. İkinci olarak, milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari antlaşmaların da uygun bulunması zorunluğu yoktur. Ancak buradaki antlaşmaların ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren bir nitelikte olması, yürürlük için yayımlanma zorunluluğunu gerektirmektedir. Ancak her iki istisna halinde de antlaşmaya taraf olma, iç hukuktaki kanunlarda bir değişiklik gerektiriyorsa, bu halde tekrar temel kural olan TBMM tarafından uygun bulunması için bir kanun çıkarılması koşuluna dönülmektedir.

Konumuz bakımından ele alındığında, eşitlik ve ayrımcılık yasağı hem temel bir hak hem de temel bir ilke niteliği taşıdığından, Türkiye tarafından onaylanan ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlere yer veren uluslararası sözleşmeler, kanun hükmünde olup, kanunlar ile çatışması durumunda bu sözleşmelerin uygulanması gerekecektir¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Bu çalışmamızın konusu dışında olması sebebiyle onaylanan uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yeri, monist ve düalist görüşler ile bu yöndeki tartışmalara değinilmeyecektir. Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Karan (n 21) 6 vd. Konunun iş hukuku boyutuna dair ayrıntılı inceleme için bkz. Mesut Gülmez, "İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa Madde 90/Son Sorunu (1936-2009)", *Prof.Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2010), 303-389; Murat Engin, "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine", (2015) 5 (2) Sosyal Güvenlik Dergisi, 303-389; Başak Arslan, "6356 Sayılı Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin 87 Sayılı ILO Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul 2020).

¹⁵⁶ Bkz. Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", (2007) (70) TBB Dergisi 187, 194 vd.

¹⁵⁷ Karan (n 21) 13; Ünal (n 28) 59.

Açıkladığımız çerçevede, çalışmamızın bu bölümündeki ilerleyen başlıklarda eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerine ilişkin uluslararası normlara, her ne kadar Türkiye AB üyesi olmadığı için AB müktesebatı ile bağlı olmasa da aday ülke statüsünün getirdiği etkiler ile eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin gelişiminde önemli rolü bulunan AB hukuku kaynaklarına değinilecektir¹⁵⁸.

2. Birleşmiş Milletler Belgeleri

Birleşmiş Milletler (“BM”) Antlaşması¹⁵⁹, Başlangıç bölümü ve birçok hükmünde insan hakları çerçevesinde (madde 1/3, 8, 13/1-(b), 55/(c), 76/(c), (d)) eşitlik ilkesine ve ırk, cinsiyet, dil ve din temellerinde ayrımcılık yasağına yer vermiştir¹⁶⁰. BM Antlaşması, ayrımcılık yasağının evrensel düzeyde bir insan hakkı olarak ele alındığı genel nitelikli bir düzenleme olma özelliğini haiz olup, aynı zamanda antlaşmasal düzeyde olması sebebiyle yükümlülükler getirmesi bakımından da önem teşkil etmektedir¹⁶¹.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (“İHEB”)¹⁶², Başlangıç kısmında eşitlik ilkesine atıf yapmış, 1. maddesi ile tüm insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğduğunu hükme bağlamıştır. 2. maddesi ile ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya herhangi bir başka ayırım gözetmeksizin herkesin İHEB ile ilan olunan hak ve özgürlüklerden faydalanacağını düzenlemiştir. Madde 7 ile kanun önünde eşitlik ve eşit korunma hakkı, madde 23 ile de çalışma hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı ve sendika hakkı düzenlenmiştir. Bildirgede yukarıda saydığımız üzere sadece kişi hakları değil sosyal haklar yönünden de düzenleme yapılmış ve ayrımcılık yasağı kapsayıcı genel bir ilke olarak ele

¹⁵⁸ Uluslararası normlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gülmez (n 6) 48 vd.; Yıldız (n 4) 34 vd.; Ugan Çatalkaya (n 6) 143 vd.; Ünal (n 28) 56 vd.

¹⁵⁹ 26.6.1945 tarihinde imzalanan Antlaşma, 24.10.1945’te yürürlüğe girmiş, Türkiye tarafından, 15.8.1945 tarihinde uygun bulunarak, 4801 sayılı Onay Kanunu ile RG. T.24.8.1945, S.6902 ile yayımlanmıştır.

¹⁶⁰ Bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 145.

¹⁶¹ Gülmez (n 6) 113.

¹⁶² 10.12.1948 tarihinde BM tarafından kabul edilmiş, Türkiye tarafından 6.4.1949 tarihinde onaylanmış, RG. T.27.5.1949, S.16200 ile yayımlanmıştır.

alınmıştır. Bu çerçevede İHEB kapsamında sayılan hak ve özgürlükler bağlamında bir eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı düzenlemesi yapıldığı görülmektedir¹⁶³.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi¹⁶⁴, sözleşme kapsamındaki haklar bakımından ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya herhangi bir başka sebeple ayrımı yasaklamıştır¹⁶⁵. Madde 3 ile birlikte bu haklardan kadın ve erkeklerin eşit yararlandırılması düzenlenmiş, madde 14 ile kanun önünde eşitliğe, adil yargılanmaya, masumiyet karinesine yer verilmiş; madde 17 ile özel hayata saygı, madde 18 ile düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, madde 22 ile sendika hakkı, madde 26 ile kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.

BM Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi¹⁶⁶, madde 2 ile sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin kullanılmasını güvence altına almak amacıyla ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya herhangi bir başka sebeple ayrımı yasaklamıştır. Madde 3 ile devletlerin kadın ve erkeklere sözleşmedeki hakların kullanılmasında eşit haklar sağlama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Çalışma hakkı madde 6 ile öngörülmüş, madde 7 ile de adil ve uygun çalışma şartları, eşit işe eşit ve adil ücret verilmesi gibi haklara yer verilmiştir¹⁶⁷.

BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme¹⁶⁸, ırk ayrımcılığı kavramının tanımını yapmış, taraf devletlerin vatandaş olan ve olmayanlar arasında yaptığı uygulama farklılıklarının ırka dayalı ayrımcılık olarak değerlendirilmeyeceğine de yer vermiştir¹⁶⁹.

¹⁶³ Yıldız (n 4) 34; Gülmez (n 6) 52. *Gülmez* ayrıca bu Bildirge ile ayrımcılık yasaklı bir eşitlik ilkesine yer verildiğini belirtmektedir, s.114.

¹⁶⁴ 16.12.1966 tarihinde BM tarafından kabul edilmiş, Türkiye tarafından 06.04.2000 tarihli 4868 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, RG. T.21.7.2003, S.25175 ile yayımlanmıştır.

¹⁶⁵ Bkz. *Gülmez* (n 6) 76-84.

¹⁶⁶ 16.12. 1966 tarihinde BM tarafından kabul edilmiş, Türkiye tarafından 15.8.2000 tarihinde imzalanarak, 4867 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, RG. T.11.8.2003, S.25196 ile yayımlanmıştır.

¹⁶⁷ Yıldız (n 4) 35; *Gülmez* (n 6) 66-76.

¹⁶⁸ 21.12.1965 tarihinde BM tarafından kabul edilmiş, Türkiye tarafından 3.4.2002 tarihinde 4750 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, RG. T.16.6.2002, S.24787 ile yayımlanmıştır.

¹⁶⁹ Bkz. *Gülmez* (n 6) 56-63.

BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), ilk maddesi ile kadına karşı ayrımcılığın tanımını yapmış, CEDAW Komitesi aracılığı ile sözleşmenin tanıdığı hakların ihlali konusunda bireylerce, gruplarca veya onların rızası ile onlar adına yapılan şikayetleri kabul etme ve inceleme yetkisini düzenlemiştir. Sözleşme, fiili eşitliğin gerçekleşmesi amacıyla yönelik önlemlere yer vermiş olup, toplumsal cinsiyet ve cinsiyet ayrımcılığının ilk kez uluslararası belgelerde yer alması yönüyle de bir örnek teşkil etmektedir¹⁷⁰. Sözleşme uyarınca taraf devletler kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan yasaları, var olan gelenek ve uygulamaları değiştirmek ya da kaldırmak yönünden yükümlü kılınmıştır. 4. madde ile olumlu ayrımcılık düzenlemesi yapılmış, kadın ve erkekler arasındaki fiili eşitliğin sağlanması için alınacak geçici tedbirlerin bir ayrımcılık olarak görülmeceği ifade edilmiş, yine annelik sebebiyle kadınlara karşı getirilen korumaların ayrımcılık teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir. İstihdam alanındaki düzenlemeler ise madde 11 ile yapılmıştır¹⁷¹.

BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme¹⁷², tüm insan hak ve temel özgürlüklerinin evrensel, bölünmez, birbiriyle bağlantılı ve karşılıklı bağımlı olma niteliği ile engelli bireylerin bu haklardan herhangi bir ayrımcılığa uğramaksızın yararlanmalarının güvence altına alınması gerekliliğini vurgulayan bir sözleşme niteliğindedir. Sözleşme engellilere yönelik ayrımcılık tanımına yer vermiş ve “*siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama*” olarak ifade etmiştir. Sözleşme ayrıca makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesini de ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Sonrasında ise makul düzenleme kavramının tanımına yer vermiştir. Bu kapsamda makul düzenleme, “*engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri*” ifade etmektedir.

¹⁷⁰ Cansu Aytaş, "4857 Sayılı İş Kanunu ve Uluslararası Sözleşmeler Işığında Eşitlik Kavramı" (2017) 16 (32) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 199, 222.

¹⁷¹ Bkz. Gülmez (n 6) 84-96.

¹⁷² BM tarafından 2006 yılında kabul edilen sözleşme, Türkiye tarafından 5825 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve onaylanmış olup, sözleşme RG. T.14.7.2009, S.27288 ile yayımlanmıştır.

Sözleşmede, daha önceki sözleşmelerde de yer verilen kanun önünde eşitlik, eşit korunma ve hukuktan eşit faydalanma hakları da tekrarlanmıştır. Fiili eşitliğin sağlanması yolunda alınacak gerekli özel tedbirler, ayrımcılık sayılmayacaktır. Sözleşme ayrıca engelli kadın ve kız çocuklarına dair üye devletler tarafından tedbir alınması gerekliliğini de vurgulamıştır¹⁷³.

Yukarıda bahsi geçen uluslararası dayanaklarda genel bir ayrımcılık tanımı yer almadığı dikkat çekmektedir¹⁷⁴. Genel itibarıyla bu sözleşmeler, kapsamına aldığı haklar yönünden birtakım güvence ve yükümlülükler getirmiş, tanımlama sadece ırk ayrımcılığı, cinsiyet ayrımcılığı ve engellilere yönelik ayrımcılık özelinde yapılmış ve bu anlamda ayrımcılık yasağı sınırlı bir şekilde ele alınmış durumdadır¹⁷⁵.

3. ILO Sözleşmeleri

Uluslararası hukukun ve iş hukukunun kaynaklarından biri de Uluslararası Çalışma Örgütü (“ILO”) tarafından kabul edilen sözleşmeler ve tavsiye kararlarıdır. Sözleşmeler, onaylayan ülkeler bakımından yükümlülük doğurmakta, tavsiyeler ise çalışma hayatına dair düzenleme ve politikalar açısından yol gösterici nitelikte kabul edilmektedir¹⁷⁶. Yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa madde 90 uyarınca, istisna olarak belirtilen haller hariç, onaylamanın bir yasayla uygun bulunması gerekmekte, ardından cumhurbaşkanı kararıyla onaylanmak¹⁷⁷ suretiyle bağlayıcılık kazanmaktadır. ILO sözleşmelerinin de bağlayıcılık kazanması için, üye devletin iç hukukunda bu sözleşmeyi onaylamış olması

¹⁷³ Bkz. Gülmez (n 6) 99-105.

¹⁷⁴ Belgeler incelendiğinde yine kullanılan terimler bakımından “eşit”, “fırsat eşitliği” “ayırım” gibi kavram çeşitliliği dikkat çekmektedir. Bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 148.

¹⁷⁵ Gülmez’e göre sözleşmelerde ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesi ile bağ kurularak ele alınmakla birlikte, eşitlik ilkesinden söz edilmeden bir ayrımcılık yasağı öngörülmesi veyahut bunun tam tersi şeklindeki pozitif düzenlemeler, açıkça belirtmese dahi belirtmediği diğer ilkeyi de örtülü olarak içermektedir, Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 224.

¹⁷⁶ Ali Güzel, “Ilo Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı”, *Ilo Normlari ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri* (Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası 1997), 6.

¹⁷⁷ RG.15.7.2018/30479, 9 No.lu Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m.2.

gerekmektedir¹⁷⁸. Sözleşmeleri onaylayan üye devletler, sözleşmelerin içerdiği kuralları iç hukukta uygulamak yükümlülüğü altındadır¹⁷⁹.

ILO, sözleşme ve tavsiye kararları ile birlikte uluslararası çalışma standartlarını ortaya koyarak taraf devletler ile birlikte bu standartların ve daha eşit ve adil bir çalışma yaşamının sağlanmasını amaçlayan bir kurumdur¹⁸⁰. ILO, Philadelphia Bildirgesi'nde açık bir şekilde emeğin mal olmadığını¹⁸¹ ve ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, tüm insanların maddi ilerlemelerini ve manevi gelişmelerini, hür ve onurlu bir şekilde, ekonomik güvence altında ve eşit şartlarda sürdürmek hakkına sahip olduğunu beyan etmiştir¹⁸². Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi ile de taraf devletlerin istihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılması ile yükümlü olduğu beyan edilmiştir¹⁸³. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, özellikle 100 ve 111 sayılı Sözleşmeler ile birlikte hukuken güvence altına alınarak önemli bir aşamayı simgelemektedir¹⁸⁴.

Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesine İlişkin 100 sayılı ILO Sözleşmesi, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği¹⁸⁵ prensibini benimsemiştir. Sözleşmeye göre eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği¹⁸⁶ ile cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret hadlerinin kast edildiği madde 1 ile düzenlenmiştir. Aynı maddede ücret kavramı ile parasal olarak sağlanan tüm yardımlar da kapsama alınmıştır.

¹⁷⁸ Güzel, "ILO Normları" (n 176) 9, 24; Süzek (n 4)95 vd.

¹⁷⁹ Güzel, "ILO Normları" (n 176) 13. Ayrıca onaylanan bir sözleşmesinin doğrudan bağlayıcı etkisi olup olmadığı konusunda detaylı bilgi için bkz. Güzel, "ILO Normları" (n 176) 22 vd. Doğrudan uygulamayı savunan görüş için bkz. Gülmez, Anayasa Madde 90/Son (n 155) 356, 380.

¹⁸⁰ Süzek (n 4) 93 vd.

¹⁸¹ Bu ilkenin özü, onur yönünden eşitlik değerlendirmesi için bkz. Gülmez (n 6) 122.

¹⁸² ILO tarafından 1944 yılında kabul edilen bildirme metni için bkz. https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm, ET:25.6.2021.

¹⁸³ ILO tarafından 1998 yılında kabul edilen bildirme metni için bkz. https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412372/lang--tr/index.htm, ET:25.6.2021.

¹⁸⁴ İlgili Sözleşmeler ve diğer ILO düzenlemeleri için bkz. Gülmez (n 6) 119 vd.

¹⁸⁵ Eşit iş ve eşit değerde iş kavramlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) s.191 vd. Ayrıca bkz. 1. Bölüm, I, A, (3), (d).

¹⁸⁶ Eşit değerde iş kavramı için bkz. Gülmez (n 6) 151-154.

İş ve Meslek Yönünden Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı ILO Sözleşmesi¹⁸⁷ ise, ayrımcılığın önlenmesi bakımından istihdam ve çalışma alanındaki ilk uluslararası sözleşme¹⁸⁸ olmasının yanında, pozitif ayrımcılığa da değinmiş olması bakımından önem arz etmektedir. Düzenleme uyarınca aşağıdaki fiiller ayrımcılık olarak kabul edilmiştir:

Irk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma”,
“İlgili üye memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma (madde 1).

Buna ek olarak madde 1’de iş ve meslek kavramları tanımlanırken, kapsama mesleki eğitim, işe ve çeşitli mesleklere giriş aşamalarının da dahil edilmesi yerinde bir düzenleme olarak görülmüştür. 2. maddeyle de taraf devletlere fırsat eşitliğini sağlayıcı politikalar yönünden yükümlülük öngörülmüştür.

Sosyal Güvenlik Yönünden Muamele Eşitliğine ilişkin 118 sayılı ILO Sözleşmesi¹⁸⁹, her üye devlete, ülkesinde, bu sözleşmeyi uygulayan diğer üye devletlerin vatandaşlarına, sosyal güvenliğe tabi olma ve yardımlardan yararlanmaya hak kazanma bakımlarından, kendi vatandaşlarıyla eşit işlem yapma yükümlülüğü getirmektedir.

İstihdam Politikasına ilişkin 122 sayılı ILO Sözleşmesi¹⁹⁰, bütün insanların maddi ve manevi gelişimi açısından işin serbestçe seçimini, her işçinin kendisine elverişli bir işte çalışması için gerekli nitelikleri kazanmasını, bu işte, ırk, renk, cinsiyet, din, politik düşünce, milli veya sosyal menşei ne olursa olsun niteliklerini ve istidatlarını

¹⁸⁷ ILO tarafından 1958 yılında kabul edilen Sözleşme, Türkiye tarafından 811 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, ilgili Sözleşme onaylanarak RG. T.21.9.1967, S.12705 ile yayımlanmıştır.

¹⁸⁸ Bakırcı (n 142) 19, 36; Gülmez (n 6) 119; Ugan Çatalkaya (n 6) 145.

¹⁸⁹ ILO tarafından 1962 yılında kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 1453 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş olup, ilgili Sözleşme onaylanarak, RG. T.9.6.1973, S.14559 ile yayımlanmıştır.

¹⁹⁰ ILO tarafından 1964 yılında kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 2027 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş olup, ilgili Sözleşme onaylanarak, RG. T.23.10.1977, S. 16093 ile yayımlanmıştır.

kullanmasını sağlamak amacına yönelmiş politikaların uygulanmasına ilişkin hükümler içermektedir (madde 1).

Hizmet İlişkinine Son Verilmesine İlişkin 158 sayılı Sözleşme¹⁹¹, hizmet sözleşmesinin feshinde sendika üyeliği, işçi temsilciliği, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken, doğum izni esnasında işe gelmeme gibi sebeplerin geçerli sebep teşkil etmeyeceğini açık bir şekilde düzenlemiştir (madde 5). Daha önce işe giriş ve işin devamı sırasında gündeme gelen ayrımcılık, iş sözleşmesinin feshi bakımından da düzenleme alanı bulmuştur.

Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdama İlişkin 159 sayılı ILO Sözleşmesi¹⁹², genel olarak sakat işçilerle sakat olmayan işçiler arasında fırsat ve muamele eşitliğinin göz önünde bulundurulmasını düzenlemektedir. Aynı zamanda alınacak olumlu koruyucu tedbirlerin de ayrımcılık teşkil etmeyeceğini hükme bağlamıştır (madde 4).

175 sayılı Kısmi Süreli Çalışma Sözleşmesi, kısmi süreli çalışanların ayrımcılığa karşı tam süreli çalışanlar ile eşit korumadan yararlanacaklarını; 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi ise doğum sebebiyle kadınlara koruyucu birtakım hakların sağlanmasını düzenlemiştir, ancak ilgili sözleşmeler Türkiye tarafından onaylanmamıştır¹⁹³.

Son olarak ILO tarafından 190 sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi 2019 yılında kabul edilerek 25.6.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁹⁴. Sözleşme ile herkesin şiddet ve tacizden arınmış bir çalışma yaşamı hakkı olduğu açıkça ifade edilerek ilgili konuda üyelerden gerekli aksiyonların alınması beklenmektedir. Sözleşme ayrıca, şiddet ve taciz için ilk kez uluslararası bir tanım getirmesi yönüyle önem taşımaktadır.

¹⁹¹ ILO tarafından 1982 yılında kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 3999 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş olup, ilgili Sözleşme onaylanarak, RG. T.12.11.1994, S.22079 ile yayımlanmıştır.

¹⁹² ILO tarafından 1983 yılında kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 4407 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş olup, ilgili Sözleşme onaylanarak, RG. T.13.9.1999, S.23815 ile yayımlanmıştır.

¹⁹³ Sözleşme metinleri için bkz. ILO, Conventions (www.ilo.org/dyn/normlex), (ET:25.6.2021).

¹⁹⁴ Şu ana kadar ilgili sözleşme Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır. Detaylı açıklama için bkz. https://www.ilo.org/ankara/news/WCMS_806828/lang--tr/index.htm, ET:25.6.2021. Sözleşme metni için bkz. ILO, Conventions (www.ilo.org/dyn/normlex), (ET:28.6.2021). Özellikle Covid 19 sebebiyle taciz ve şiddet riskinin artması sonucu işbu sözleşmenin uygulanmasının önem ve gerekçeleri hakkında yayımlanan 14.5.2020 tarihli detaylı bilgi notu için ayrıca bkz. ILO, Türkiye Ofisi Politika Alanları, Covid-19, (<https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/covid-19>), (ET:28.6.2021).

Sözleşme'ye göre iş dünyasında şiddet ve taciz, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve tacizi de içeren; fiziksel, psikolojik, cinsel veya ekonomik zarara yol açan veya yol açması muhtemel olan, tek bir olay veya tekrar eden bir dizi çeşitli kabul edilemez davranış ve uygulama veya bunlarla ilgili tehditleri ifade etmektedir (madde 1). Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve taciz ise cinsiyeti veya toplumsal cinsiyeti sebebiyle bir kimseye yönelen veya belirli bir cinsiyet grubundaki kimseleri orantısız bir şekilde etkileyen, cinsel tacizi de içeren şiddet ve taciz olarak tanımlanmıştır (madde 1). Bu konuda Sözleşme taraf devletlere, taciz ve şiddeti önlemek, gerekli stratejileri geliştirmek, hukuki ve politik düzenlemeleri yapmak, uygulama ve izleme mekanizmaları kurmak, mağdurlar için çözüm ve desteğe erişimi sağlamak, şiddet ve taciz vakalarının etkin teftiş ve soruşturma yöntemlerini oluşturmak gibi yükümlülükler öngörmektedir (madde 4). Sözleşmede, istihdam ve meslekte eşitlik ve ayrımcılık yapılmaması hakkının sağlanması da diğer sözleşmelerde olduğu gibi vurgulanmıştır (madde 6).

4. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri

a. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı ("ASS")¹⁹⁵, aşağıda değinilecek İHAS tarafından eksik bırakılmış olan hususları düzenlemekte, İHAS'ın sosyal haklara ilişkin olarak bir nevi bütünlüycisi sayılabilmektedir¹⁹⁶. ASS, çalışma şartlarında eşitlik ile ilgili önemli maddelere sahip olup, madde 4/3 ile kadın ve erkek işçilerin eşit iş yapmaları durumunda eşit ücrete hak kazanacakları; 8.maddesi ile çalışan kadınların annelik durumu ve kadınlara doğumdan önce ve doğumdan sonra verilecek izin hakları düzenlenmiştir.

ASS sosyal hakları kapsamlı olarak içeren genel bir belge olma özelliğini taşımakta olup, 1996 yılında, içerdiği sosyal haklar açısından geliştirilerek Gözden Geçirilmiş

¹⁹⁵ Türkiye tarafından, Avrupa Sosyal Şartı 18.10.1961 tarihinde imzalanmış, 3581 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, RG. T.14.10.1989, S.20312 ile yayımlanmıştır.

¹⁹⁶ Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?" (2007) (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 27,31.

Avrupa Şartı (“GGASŞ”)¹⁹⁷ kabul edilmiştir. GGASŞ ile “tüm çalışanlar” kavramına yer verilerek istihdama ilişkin olarak tüm konularda cinsiyet ayrımı yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkına; onurlu çalışma hakkına ve hiçbir ayrımcılığa maruz kalmaksızın çalışma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. 5. Bölüm, madde E ile ayrımcılık yasağı düzenlemesi yapılmış olup, “*Bu Şartla yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacaktır.*” yönündeki hüküm ile genel nitelikli bir düzenleme getirilmiştir¹⁹⁸.

ASŞ ve GGASŞ, hukukumuz açısından Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası anlamında hukuksal bağlayıcılığa sahip bulunmakta ve temel insan hak ve özgürlüklerine ilişkin olan bu sözleşmeler ulusalüstü hukuksal bağlayıcılık taşımaktadır¹⁹⁹.

b. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

4 Kasım 1950’de imzalanan ve 3 Eylül 1953’de yürürlüğe giren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (“İHAS”)²⁰⁰ 2. maddesi yaşama hakkını, 3. maddesi işkence ve insanlık dışı, onur kırıcı davranış yasağını; 4. maddesi kölelik ve zorla çalıştırma yasağını, 5. maddesi kişi özgürlüğünü, 6. maddesi adil yargılanma hakkını, 7. maddesi kanunsuz ceza olamayacağını, 8. maddesi özel ve aile hayatına saygı hakkını, 9. maddesi düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü, 10. maddesi ifade özgürlüğünü, 11. madde toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenlemektedir.

¹⁹⁷ Türkiye tarafından, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 5547 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, RG. T.9.4.2007, S.26488 ile yayımlanmıştır. Türkiye tarafından, GGASŞ’nin sosyal hakları güvenceye bağlayan maddelerinden 5. ve 6. maddeler ve ayrıca m. 2/3 ve m. 4/1 onay kapsamı dışında tutulmuştur, Gülmez, “GGASŞ” (n 196) 28, 33 vd.

¹⁹⁸ Bu maddenin sadece doğrudan ayrımcılığı değil, ayrımcılığın diğer türlerini de yasakladığına dair Sosyal Haklar Avrupa Komitesi tarafından verilen kararlar için bkz. Ünal (n 28) 73, dn.264.

¹⁹⁹ Gülmez, “GGASŞ” (n 196) 32.

²⁰⁰ Türkiye tarafından İHAS 4.11.1950 tarihinde imzalanmış, 6366 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, RG. T.19.3.1954, S.8662 ile yayımlanmıştır. (https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf), (ET:6.7.2021).

İHAS'ın 14. maddesinde²⁰¹, Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi bir sebeple ayırım yapılmaması gerektiği düzenlenmiştir. Görüleceği üzere, madde 14 ayrımcılığa bir tanım getirmemiş, madde ile ayrımcılık yasağı yönünden getirilen koruma da sözleşmedeki hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuştur. Bu anlamda bağımsız bir hak öngörülmemiş durumdadır. Diğer bir deyişle, ayırım gözetildiği iddia edilen husus İHAS ile tanınan haklardan birinin kapsamına girmelidir²⁰².

26.6.2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından İHAS'a Ek 12 No.lu Protokol²⁰³ kabul edilmiştir. Protokol ile eşitlik ve ayrımcılık yasağının kapsamı genişletilmiş, sadece İHAS ile tanınan haklar yönünden değil, bağımsız ve genel bir ayrımcılık yasağı öngörülmüştür²⁰⁴.

İHAS'ı diğer insan hak ve özgürlüklerine ilişkin belgelerden ayıran en önemli özelliklerinden biri, taraf devletlere sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri korumak ve sağlamak konusunda bir yasal yükümlülük yükleyerek, yükümlülüklerin ihlali noktasında bağlayıcı kararlar alabilen İHAM'dır²⁰⁵. Nitekim İHAS, birey - devlet ilişkisinin ötesine geçerek, yer verdiği hakların korunması yönünden uluslararası bir güvence sağlamakta, etkin bir denetim mekanizmasının kurulmasını öngörmektedir. Bu itibarla İHAM da hakların korunması yönünden sahip olduğu denetim ve yargılama yetkisi ile önem kazanmaktadır.

²⁰¹ İHAS, m.14: “*Bu sözleşmede tanınan herhangi bir hak ve özgürlükten yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.*” bkz. İnceoğlu, “Eşitlik ve Ayrımcılık” (n 5)56.

²⁰² İnceoğlu, “Eşitlik ve Ayrımcılık” (n 5) 56-57; Gülmez (n 6) 247 vd.; Ugan Çatalkaya (n 6) 148.

²⁰³ Türkiye, Protokol'ü 18.4.2001 tarihinde imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır. Council of Europe, Treaty No.177, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=177>), (ET:27.9.2021).

²⁰⁴ İnceoğlu, “Eşitlik ve Ayrımcılık” (n 5) 57; Kılıçoğlu, “Ayrımcılık Yasağı” (n 14) 38; Ünal (n 28) 70.

²⁰⁵ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 15; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ders Kitabı* (Ekin Basım Yayın 2019), 432-433; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 33. Ayrıca bkz. Ayşe Füsün Arsava, “AİHM'nin İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü”, (2018) (Y.8) (5) TAAD, 1-40.

c. İstanbul Sözleşmesi

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)²⁰⁶, kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddeti önleme ve bununla mücadelede temel standartları, devletlerin bu konudaki yükümlülüklerini belirleyen, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bir uluslararası insan hakları sözleşmesidir. İstanbul Sözleşmesi'ne göre kadına yönelik şiddet, bir insan hakkı ihlali ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir türüdür. Sözleşme'nin maksatları arasında “*Kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınları güçlendirmek de dahil olmak üzere, kadınlarla erkekler arasında önemli ölçüde eşitliği yaygınlaştırmak*” sayılmıştır.

Taraf devletlere, madde 4 ile ayrımcılığın önlenmesi ve eşitliğin temini hususunda yükümlülük getirilmiştir.

Taraflar, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı kınayacak ve ayrımcılığı önlemek üzere, özellikle aşağıdakiler dahil olmak üzere, gerekli yasal ve diğer tedbirleri alacaklardır: ulusal anayasalarında veya ilgili diğer mevzuata kadın erkek eşitliği ilkesini dahil edecek ve bu ilkenin uygulamada gerçekleştirilmesini temin edeceklerdir; yerine göre, yaptırımların uygulanması yolu da dahil olmak üzere, kadınlara karşı ayrımcılığı yasaklayacaklardır; kadınlara karşı ayrımcılık yapan yasa ve uygulamaları yürürlükten kaldıracaklardır (madde 4).

Sözleşme'de uygulanacak tedbirlerin, “*cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik,*

²⁰⁶ 11.5.2011 tarihli İstanbul Sözleşmesi, Türkiye tarafından 6251 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, onaylanarak RG. T.8.3.2012, S.28227 (Mükerrer) ile yayınlanmıştır. 19.3.2021 tarihli, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Sözleşme'den çekilme kararı verilmiştir. Çekilme kararının geçerliliği ve hukukiliğine dair sorunlar için bkz. Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler”, (www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm) (Yayın Tarihi: 20.3.2021), (ET:7.7.2021). Çekilme kararının yok hükmünde olduğuna dair görüşler için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul Sözleşmesinin Feshi Kararı Yok Hükmündedir, Sözcü Gazetesi, 20.3.2021, (<https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/prof-dr-ibrahim-kaboglu-istanbul-sozlesmesinin-fesih-karari-anayasa-acisindan-yok-hukmundedir-6326056/>), (ET:7.7.2021); İstanbul Barosu Başkanlığı, İstanbul Sözleşmesi, Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Neden Feshedilemez?, 20.3.2021, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=16262>), (ET:7.7.2021).

medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılmaksızın uygulanması” öngörülmüştür (madde 4/3).

Sözleşme, cinsiyet ibaresi ile sınırlı kalmamış ve toplumsal cinsiyet ifadesi ile kapsamını genişletmiş ve toplumsal cinsiyeti “*herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler*” olarak tanımlamıştır (madde 3). Bilindiği gibi, toplumda cinsiyetler üzerine yüklenen farklı roller ve beklentiler sonucunda kadınlar ve erkekler arasında bir ayrımcılık, eşitsizliğe dayanan bir ilişki ortaya çıkarılarak; kadınların, aile içinde, siyasette, toplumsal yaşamda, istihdamda ve daha birçok alanda ayrımcılığa uğramasına, şiddet görmesine sebep olunmaktadır. Örneğin, kadına annelik görevi yüklenmesi ve bu anlamda gerek istihdamda gerekse hayatın her alanında analık ve doğum üzerinden kadının farklı muameleye maruz bırakılması, kadına eşit fırsatlar tanınmaması, işe eşit erişim hakkının olmaması gibi. Sözleşme de bu yönüyle toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısıyla hareket etmekte ve daha etkin bir koruma öngörmektedir.

5. Avrupa Birliği Hukuku Kaynakları

1952 yılında Fransa, Almanya, Belçika, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda tarafından Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, 1957 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu kurulmuştur. 1993 tarihli Avrupa Birliği Antlaşması (*Maasticht Antlaşması* olarak da bilinmektedir), AB’nin kurulmasını sağlayan ve bütünleşmeye yönelik birçok değişiklik getiren bir özelliğe sahiptir. 1997 tarihinde imzalanan Amsterdam Antlaşması, AB kurucu anlaşmalarında önemli değişiklikler getirmiştir²⁰⁷. 2007 tarihli Lizbon Antlaşması ise kurucu antlaşmalar üzerinde değişiklik yapan, Avrupa Topluluğu Antlaşması’nı AB’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma olarak değiştiren, bu toplulukları AB adı altında tek ve yeni bir çatı altında birleştiren, Temel

²⁰⁷ Amsterdam Antlaşması’nın dört temel hedefi olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan biri de istihdamı, sosyal politikaları, halk sağlığını ve vatandaş haklarını bütünleşme sürecine eklemektir. Bkz. Ahmet M. Güneş, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş* (4th. edn, Ekin Basım Yayın 2019), 23.

Haklar Şartı'nı Birliğin birincil hukukuna katan, İHAS'a katılacağını düzenleyen özelliklere sahip bir antlaşmadır²⁰⁸.

Türkiye, 1999 yılında resmi olarak adaylık statüsünü almış, sonrasında müzakerelere başlanmış ve uyum süreci kapsamında AB hukuku ile uyumlu düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır²⁰⁹. Türkiye henüz AB üyesi olmamakla birlikte, hukuki düzenlemeler bakımından AB müktesebatına uyum sağlanması amacı doğrultusunda AB hukukunun yakından takip edildiği söylenebilir.

AB hukuku, ulusalüstü (*supranational law*) bir özelliğe sahip olup, üye devletler kendi egemenlik haklarından kaynaklanan birtakım yetkilerini birlik hukukuna devretmektedir. Bu çerçevede Birlik hukuku, üye devletlerin hukuklarından bağımsız ve ayrı bir hukuktur. Ayrıca hiyerarşik olarak üye devletlerin hukukundan üstün kabul edilmektedir²¹⁰. AB hukukunun üç tür kaynağı mevcuttur. Birincil kaynaklar, kurucu antlaşmalar, bunları değiştiren antlaşmalar ve bunlara ilişkin protokollerdir. İkincil kaynaklar da tüzükler, direktifler, kararlar, tavsiyeler ve görüşler olarak ifade edilebilir²¹¹. AB'nin bir diğer kaynağını da AB Adalet Divanı kararları oluşturmakta ve Birlik hukukunda bu kararlar önemli bir yer tutmaktadır²¹². AB hukuku incelendiğinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, AB tarafından hukukun genel bir ilkesi olarak

²⁰⁸ Güneş (n 207)10 vd., 38; Enver Bozkurt and Arif Köktaş, *Avrupa Birliği Hukuku* (7th. edn, Legem Yayıncılık 2020), 9 vd.; Ellis and Watson (n 64) 8 vd.; Alina Kaczorowska, *European Union Law*, (3rd edn, Oxon 2013), 8 vd.

²⁰⁹ Bozkurt and Köktaş (n 208)424 vd. Türkiye'nin AB ilişkileri ile ilgili ayrıca bkz. Dışişleri Bakanlığı, AB Başkanlığı, Türkiye-AB İlişkilerinin Tarihçesi (https://www.ab.gov.tr/turkiye-ab-iliskilerinin-tarihcesi_111.html), (ET:28.6.2021).

²¹⁰ Güneş (n 207) 4, 133 vd.; Bozkurt and Köktaş (n 208) 204; Karan (n 21) 17.; Ellis and Watson (n 64) 45 vd.; Kaczorowska (n 208) 110 vd.

²¹¹ Direktifler kural olarak yöneldikleri kişiler için ve amaca ulaşmak konusunda bağlayıcı olup, direktifler ile belirlenen hedeflerin gerçekleştirilmesinin biçim ve yöntemleri bakımından üye devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Direktifler, bu anlamda üye devletlerin yerine getirmesi gereken hukuki yükümlülükleri ortaya koymaktadır ve üye devletler iç hukuklarını direktifler uyarınca düzenlemekle yükümlüdür. Direktiflerin uygulaması da Komisyon tarafından denetlenmekte olup, bir üye devlet tarafından bir direktifin uygulanmadığı tespit edildiğinde Adalet Divanı'na Komisyon tarafından başvuru olacaktır. Bkz. Güneş (n 207) 123-126; Bozkurt and Köktaş (n 208) 186; Karan (n 21) 18 vd.

²¹² AB hukukunun kaynaklarına ilişkin bkz. Güneş (n 207) 117 vd.; Bozkurt and Köktaş (n 208) 179 vd.; Karan (n 21) 17; Ellis and Watson (n 64) 13 vd.; Kaczorowska (n 208) 110 vd.

benimsendiği dikkat çekmektedir. Ancak bu iki ilke ayrı ilkeler olarak ele alınmamış durumdadır²¹³.

Amsterdam Antlaşması madde 141 (*eski Roma Antlaşması madde 119*) ve AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma madde 157 ile her üye devletin, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Amsterdam Antlaşması'nın 2. maddesinde kadın erkek eşitliğini sağlamak birliğin hedeflerinden biri olarak kabul edilmiş; 3. madde ile bu hususta gerekli faaliyetlerde bulunulacağı belirtilmiş; 13. maddesi ile Avrupa Konseyi'ne, cinsiyet, ırk, etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel konuma dayanan ayrımcılıklara karşı mücadele yetkisi verilmiştir²¹⁴.

AB Temel Haklar Şartı²¹⁵, "Eşitlik" bölümü altında 20. maddede kanun önünde eşitliğe, 21. madde ile ayırım yasağına yer vermiştir. Buna 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. 23. maddede kadın ve erkek arasındaki eşitlik, istihdam, çalışma ve ücretleri de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Aynı maddede olumlu ayrımcılığa da yer verilmiştir²¹⁶.

²¹³Bozkurt and Köktaş (n 208) 189; Güneş (n 207) 201. Ellis and Watson (n 64) 8, 12, 132; Kaczorowska (n 208) 119. Örneğin AB Antlaşması m.2 eşitliği, bireyler düzeyinde ayrımcılık yapılmaması çerçevesinde ele almıştır. Kadın ve erkek işçiler arasında eşit işe eşit ücret ilkesi ile cinsiyet temelinde ele alınan eşitlik ilkesi, sonraki düzenlemelerle birlikte, sadece cinsiyete dayalı ayrımcılıkla sınırlı kalmamış, diğer ayrımcılık kriterleri ile ilgili de düzenlemeler yapılmıştır. Bkz. Doğan Yenisey, "Uyum Sorunları" (n 24) 36 vd.

²¹⁴Antlaşma metninin Türkçesi için bkz. Cenk Bolayır, Amsterdam Antlaşması, Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları, (İktisadi Kalkınma Vakfı 2000). AB birincil ve ikincil hukuk kaynaklarında ayrımcılık yasakları ile fırsat eşitliği ve eşit işlem ilkesinin incelemesi için bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 150 vd.

²¹⁵AB Temel Haklar Şartı Türkçe metin için bkz. Aile ve Çalışma Bakanlığı, (<https://www.ailevecalisma.gov.tr/uploads/eyhgm/uploads/pages/abtemelhaklarsarti-2-5b3a31ec6cfe6.doc>), (ET:27.9.2021). AB Temel Haklar Şartı'na ilişkin detaylı bir inceleme için ayrıca bkz. Yüksel Metin, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", (2002) 57 (4) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, s.35-63.

²¹⁶Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 152 vd.

75/117/EEC sayılı AB Direktifi²¹⁷, kadın ve erkek çalışanlara eşit ücret prensibinin uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılmıştır. Direktife göre ücretin belirlenmesinde bir mesleki sınıflandırma sistemi uygulanıyor ise, bu sistem kadın ve erkek işçiler için ortak kriterlere dayanmalı ve bu kriterler cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığa sebep olmamalıdır²¹⁸. 76/207/EEC sayılı AB Direktifi²¹⁹, işe alınma, mesleki eğitim, terfi ve çalışma şartlarında kadın ve erkeklere eşit muamele prensibinin uygulanması hakkında düzenlenmiştir. 79/7/EEC sayılı AB Direktifi²²⁰, sosyal güvenlik alanında kadın erkek arasında eşit davranma ilkesini düzenlemekte olup, cinsiyet temelli ayrımcılıkla sınırlı olan bir koruma öngörmektedir. 97/80/EC sayılı AB Direktifi²²¹, kısmi süreli çalışmalarda ayrımcılığın önlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır. 97/80/EC sayılı Direktif, cinsiyete dayalı ayrımcılıkta ispat yükümlülüğüne ilişkindir.

2000/43/EC sayılı AB Direktifi²²², ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasaklamış ve cinsiyet temelli ayrımcılık dışında bir ayrımcılık kriterinin tanımını yapmıştır. 2000/78/EC sayılı AB Direktifi²²³ din, inanç, özürllük, yaş ve cinsel tercihe dayalı ayrımı yasaklayan, genel çerçeve niteliğinde bir düzenleme getirmektedir.

²¹⁷Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women OJ L 45, 19.2.1975 (Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına Yönelik Üye Devlet Mevzuatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif).

²¹⁸Gülmez (n 6) 370; Aydınöz, “Ayrımcılık” (n 64) 166.

²¹⁹ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions OJ L 39, 14.2.1976.

²²⁰ Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security OJ L 6, 10.1.1979. İlgili sözleşmenin 4. maddesinde “*equal treatment*” yani eşit davranma (muamele) ilkesi “*no discrimination whatsoever on ground of sex either directly or indirectly*” şeklinde doğrudan veya dolaylı olarak cinsiyet ayrımcılığı yapılmaması olarak ifade edilmiş; doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarına yer verilmemiştir.

²²¹ Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex OJ L 14, 20.1.1998.

²²² Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin OJ L 180, 19.7.2000. Direktifin 2. maddesinde eşit davranma (muamele) ilkesi (*the principle of equal treatment*), yine ırk veya etnik kökene dayalı doğrudan veya dolaylı herhangi bir ayrımcılık olmaması çerçevesinde ifade edilmiştir.

²²³ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation OJ L 303, 2.12.2000. Direktifte eşit davranma (muamele) ilkesi (*principle of equal treatment*), bu direktifte ayrımcılık olarak sayılan kriterlerden biri sebebiyle doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcı nitelikte bir davranışta bulunulmaması şeklinde tanımlanmıştır.

2004/113/EC sayılı mal ve hizmetlerin sunumu ve bunlara erişimde kadın ve erkekler arasında eşit davranma ilkesinin hayata geçirilmesine ilişkin AB Direktifi²²⁴ ile eşitlik ilkesinin ihlali ve ayrımcılık yasaklanmıştır. Burada korumanın çalışma alanı dışına genişletildiğini, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz kavramlarının tanımlandığını, ayrımcılık talimatının yasaklandığını da görmekteyiz²²⁵.

2006/54/EC sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair AB Direktifi²²⁶, 75/117/EEC, 76/207/EEC, 2002/73/EC, 86/378/EEC, 96/97/EC, 97/80/EC, 98/52/EC sayılı Direktifleri yürürlükten kaldırarak tek bir metinde toplamıştır. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı, taciz ve cinsel tacizi tanımlamış, olumlu ayrımcılığı özel olarak düzenlemiş, ayrımcılık oluşturabilecek örnek hüllere ve bunun yanında, eşit ücret, istihdama, mesleki eğitime, terfi olanaklarına erişim ve çalışma koşulları bakımından eşit muamele başlıkları altında ayrımcılığın yasaklanmasına yer vermiştir²²⁷.

AB hukuku kaynaklarından konumuzla ilgisi bulunan direktiflere yukarıda değindikten sonra, içtihatları ile önemli bir yere sahip olan AB Adalet Divanı'na da değinmek gerekmektedir. Birliğin hedeflerine erişmesinde etkin bir rol oynayan Adalet Divanı, AB'nin hukuki denetim mekanizmasıdır. Adalet Divanı'nın yetkilerinden ilki, üye devletlere komisyonca açılan ihlal davaları olup, bu davalar üye devletlerin uyum için iç hukuklarında yapmaları gereken değişikliklere yöneliktir. Adalet Divanı'nın temel organ olarak yetkilerinden biri de yorum yetkisi olup, Adalet Divanı Birlik hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Adalet Divanı yorum ve içtihatları ile bu anlamda Birlik hukukunun geliştirilmesi bakımından önemli bir role sahiptir²²⁸. Adalet Divanı'nın ayrıca iptal kararı verme

²²⁴ Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services OJ L 373, 21.12.2004.

²²⁴ *Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri*, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı (Fazıl Aydın ed, Kayıhan Ajans 2014), 224 vd.

²²⁶ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) OJ L 204, 26.7.2006.

²²⁷ Çalışma Mevzuatı ile İlgili AB Direktifleri (n 224) 231 vd.

²²⁸ Ayrımcılık yasağının gelişmesi bakımından da Adalet Divanı kararları önemli bir rol oynamaktadır. *Defrenne v. Sabena* kararında eşit işe eşit ücret ilkesi genel ilkelerden kabul edilmiştir (Case 43-75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, [1976] ECR 455.).

yetkisi de bulunmaktadır. Bu kapsamda Adalet Divanı tarafından bir bakıma hukuka uygunluk denetimi yapılır ve hukuka aykırılık tespit edildiğinde iptal kararı verilebilir²²⁹.

Buna göre ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiler AB Adalet Divanı'na başvuru yapabilmektedir. Yukarıda yer verdiğimiz düzenlemeler uyarınca yaş, ırk ve etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelime dayalı ayrımcılık içeren her türlü davranış yasaklanmıştır. Ancak davranışların kapsamı gibi hususlar genel olarak Adalet Divanı içtihatları ile oluşturulmuş durumdadır²³⁰. Örneğin; Adalet Divanı *P v S and Cornwall County Council* kararında cinsiyet değişimi ve cinsiyetin yeniden tayin edilmesine dayalı ayrımcılığın 76/207 sayılı Yönerge kapsamına dahil olduğunu ifade etmiş; *Grant* kararında ise cinsiyet ayrımcılığına dair mevcut düzenlemlerle cinsel yönelimi kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Adalet Divanı, *Defrenne v. Belgium* kararında devlet emeklilik planlarını ücrette cinsiyet eşitliği bakımından Avrupa Topluluğu Antlaşması madde 141 kapsamı dışında değerlendirmiş, ancak *Barber* kararında. sözleşme dışı emeklilikler bakımından kapsam dahilinde kabul etmiştir. *Stanley Charles Atkins v. Wrekin District Council* kararında, özellikle yaşlı kişiler gibi belli bir gruba mensup kişilere toplu taşıma hizmetlerinin sağlanmasında ayrıcalıklı tarifeler uygulayan bir plan 79/7 sayılı sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit davranma ilkesinin kademeli olarak uygulanmasına ilişkin AB Direktifi kapsamında görülmemiştir²³¹. Adalet Divanı *Mangold* davasında ayrımcılık yasağını sadece işyeri ile sınırlandırmamış; *Coleman* davasında ise ayrımcılık yasağının sadece

Rückdechel kararı ise ayrımcılık yasağını genel eşitlik ilkesinin özel bir açıklaması olarak ifade etmesi yönünden önemlidir (Case 117/76, *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, [1977] ECR 1754). Bir başka kararında ise ayrımcılık yasağı geniş yorumlanmış, cinsiyet ayrımcılığı dışında cinsel yönelim de kapsama dahil edilmiştir (Case 13/94, *P v S and Cornwall County Council*, [1996] ECR I-2159). *Mangold* kararında ise yaş ayrımcılığını genel ilkeler arasında belirtmiştir (Case 144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, [2005] ECR I-10013). Kararlara dair detaylı incelemeler için bkz. Ünal (n 28) 84 vd.

²²⁹ Güneş (n 207)93 vd.; Bozkurt and Köktaş (n 208)144 vd.; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6)735. Bu hususları düzenleyen maddeler için bkz. Cenk Bolayır, *Amsterdam Antlaşması, Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları*, (İktisadi Kalkınma Vakfı, 2000) 69 vd.

²³⁰ Adalet Divanı tarafından verilen kararlar, ilişkili olduğu konuya esas olarak ele alınacağından, bu başlıkta genel çerçevede bilgi verilmesi ve örnek birtakım kararlara yer verilmesi ile yetinilmiştir.

²³¹ Case 13/94, *P v S and Cornwall County Council*, [1996] ECR I; Case 249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, [1998] ECR I; Case 80/70, *Gabrielle Defrenne v Belgian State*, [1971] ECR I; Case 262/88, *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, [1990] ECR I; Case C-228/94, *Stanley Charles Atkins v Wrekin District Council and Department of Transport*, [1996] ECR I. Kararlarla ilgili detaylı inceleme için bkz. Kaya, Cinsiyet Ayrımcılığı (n 60) 122-123, 134, 162.

engelli kişilerle sınırlı olmadığı, engelli bir çocuğa sahip ve birinci derecede bakma yükümlülüğü olan çalışanların da uğradığı ayrımcılığı kapsadığı yönünde değerlendirmede bulunmuştur²³².

B. ULUSAL NORMLAR

Mevzuatımızda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin olarak bireylere güvence sağlayan çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, insan hak ve özgürlükleri ile doğrudan bağlantılıdır. Anayasa madde 2, “*insan haklarına saygılı devlet*” ifadesini cumhuriyetin ilkeleri arasında kabul etmiştir. Bu bakımdan eşitlik ilkesi, hukuk devletinin de bir gereğidir. Bu çerçevede, insan haklarını korumak ve uygulanmasını sağlamak devletin temel görevlerindedir. Devletin bireylerle olan ilişkisinde eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uyması zorunludur. Devlet aynı zamanda bireyler arasında da bu ilkelerin gerçekleşmesini sağlamalı, bu anlamda gerekli düzenlemeleri yapmalı ve ayrımcılıkla mücadelede etkili politika ve stratejiler yürütmelidir.

Bu kapsamda çalışma konumuz açısından, iş ilişkilerinde ayrımcılıkla mücadelede önem arz eden Anayasa hükümleri ve yasal düzenlemelerin ayrıca ele alınması gerekmektedir. Nitekim işverenin işyerinde çalışan işçilere eşit davranması ve aynı durumdaki işçilere eşit çalışma koşullarını uygulaması, işçiler arasında ayırım gözetmemesi, hukuki kaynağını Anayasa'nın 10. maddesinde²³³ düzenlenen eşitlik ilkesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde²³⁴ düzenlenen eşit davranma ilkesinden

²³² Case 144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, [2005] ECR I; Case 303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, [2008] ECR I.

²³³ “Kanun önünde eşitlik” m. 10: “(1) Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (2) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (3) Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. (4) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. (5) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

²³⁴ “Eşit davranma ilkesi” m.5: “(1) İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. (2) İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. (3) İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem

almaktadır. Aşağıda sözü edilen bu maddeler ve dayanak kabul edilen diğer mevzuat hükümlerine ayrıntılı olarak yer verilecektir.

1. Anayasal Normlar

Eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı, en üst dayanağını Anayasa'dan almaktadır²³⁵. İş hukuku bağlamında da Anayasa'nın 10. maddesi, işverenin eşit davranma borcu ve ayırım yapmama yükümlülüğünün temel kaynağı olarak kabul edilmektedir²³⁶.

1924 tarihli Anayasa, her türlü imtiyazın kaldırılmasını içermekle birlikte²³⁷, bu imtiyaz yasağını koruyan 1961 ve 1982 anayasaları kanun önünde eşitlik ilkesini ayrımcılık yasağı ile birlikte genişletmektedir²³⁸. Öncelikle 1961 Anayasası'nın 12. maddesi²³⁹ incelendiğinde, ayırım yasağına tabi kriterler “*dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep*” olarak sınırlı biçimde sayılmıştır. Düzenlemede “*ve benzeri*” ifadesine yer verilmemiş, eşitlik ilkesi “Temel Hak ve Ödevler” başlığı altında düzenlenmiştir²⁴⁰. 1982 Anayasası ise eşitlik ilkesini “Genel Esaslar” başlığı altında düzenleyerek bu ilkeyi Anayasa'nın tümüne ve devlete egemen, cumhuriyetin ve demokrasinin bir niteliği olan temel bir ilke ve temel bir hak olarak açıkça kabul

yapamaz. (4) Aynı veya eşit değerinde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. (5) İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. (6) 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. (7) 20nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranışını 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.”

²³⁵ Öden (n 5) 156-157; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 24-25, 75-77, 106 vd.; Ekmekçi and Yiğit (n 148) 276.

²³⁶ Öden (n 5) 130-131; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 108; Süzek (n 4) 468; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 213; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 454-455; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 165; Ertürk (n 38) 99, 102; Yıldız (n 4) 65; Bakırcı (n 142) 29; Çelik, “Eşit Davranma Borcu” (n 41) 5; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 24; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 239; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 61; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 975; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 64-66; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1626; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 371; Ugan Çatalkaya (n 6) 163.

²³⁷ Kabul Tarihi:20.4.1340 (1924), m.69: “*Türkler kanun nazarında müsavi ve bilâistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur*”.

²³⁸ Öden (n 5) 129.

²³⁹ RG. 20.7.1961/10859. “Eşitlik”, m.12: “(1) Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. (2) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.”

²⁴⁰ Inceoğlu, “Eşitlik ve Ayrımcılık” (n 5)48.

etmiştir²⁴¹. Nitekim uluslararası hukuk düzenlemeleri de eşitliği temel hak olarak güvence altına almaktadır²⁴². 1982 Anayasası madde 10 düzenlemesinin, 1961 Anayasası madde 12'den bir diğer farkı da ayrımcılık kriterlerini sınırlı sayıda saymamış olmasıdır. Düzenlemede açık uçlu yaklaşım benimsenmiş, “*ve benzeri*” ifadesi ile birlikte daha kapsamlı bir güvence sağlanmıştır.

Anayasa madde 10, kanun önünde eşitliği, sayılan temellere dayalı ayrımcılık yasağını, kişilere ve topluluklara imtiyaz yasağını, Anayasa'da yer verilen temel hak ve özgürlüklerden eşit faydalanmayı içeren, iş ilişkileri yönüyle genel anlamda eşit davranma borcunu da kapsayan bir düzenleme yapısına sahiptir²⁴³. Bu anlamda *ayrımcılık yasaklı bir eşitlik* öngörüldüğü öğretide ifade edilmektedir²⁴⁴.

Madde 10, sadece eşitsizlik yaratmamak amacını taşıyan değil aynı zamanda eşitliğin sağlanması için pozitif yükümlülük de yükleyen bir düzenleme içermektedir. 2004 yılında yapılan değişiklikle ikinci fıkrayla cinsiyet temelli ayrımcılık yasağı getirilmiş, ayrımcılık yasağı haklardan eşit yararlanma biçiminde de öngörülmüştür²⁴⁵. Bu haliyle pozitif ayrımcılık anayasal düzeyde kabul edilmiş, kadın ve erkek arasında eşitliğin uygulanmasının sağlanması, eşitsizliklerin giderilmesi için kadınlar lehine olumlu eylemde bulunulması yönünde devlete pozitif bir yükümlülük de yüklenmiştir. 2010 yılında yapılan değişiklik ile üçüncü fıkrada engelli ve yaşlılar yönünden de düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda çocuklara, yaşlılara, engellilere, gazi ve şehit yakınlarına yapılacak pozitif ayrımcılık, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Böylece ikinci ve üçüncü fıkra düzenlemeleri ile fırsat eşitliği özellikle vurgulanmıştır. Ancak fırsat

²⁴¹ Öden (n 5) 126-133,388; İnceoğlu, “Eşitlik ve Ayrımcılık” (n 5) 48; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 233; Kaya, Eşitlik ve Ayrımcılık (n 34) 117; Süzek (n 4) 468-469; Karan (n 21) 61.

²⁴² Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 222.

²⁴³ Öden (n 5) 129-133; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 24, 108 vd.; Süzek (n 4) 469; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 25; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 61; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 220-221; Ertuğrul Yuvalı, *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, (Turhan Kitabevi 2012), 36-37; Yıldız (n 4) 56-57, 65; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 113; Yıldız, “Fesihte Eşit İşlem” (n 145) 839; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 426; Aykaç, “Fesihte Eşit Davranma” (n 6) 48; Ugan Çatalkaya (n 6) 163.

²⁴⁴ Ayrımcılık yasaklı eşitlik, aynı durumda bulunan hak öznelininin haklı sebep olmadan özellikle ırk, cinsiyet, din, inanç, siyasi görüş, yaş, engellilik ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara tabi olmasını; devlet ve işveren tarafından tüm insan haklarından eşit olarak faydalandırılmasının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, temel bir haktır, Gülmez (n 6) 44; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 221-233.

²⁴⁵ Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 235; Karan (n 21) 130.

eşitliği haricinde özel bir yükümlülük öngörülmemiş, tedbirler alınmasına bir izin mahiyetinde düzenleme yapılmıştır²⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi, madde 10 ile ilgili olarak eşitlik ilkesinin amacını “*aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek*” olarak açıklamış ve “*...Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.*” ifadesi ile bu amacı ortaya koymuş, ayrıca kararda Anayasa Mahkemesi madde 10 düzenlemesini, aynı durumda olan kişilere aynı kuralların uygulanacağı ve farklı durumda olanlara farklı kurallar uygulanacağı, bunun bir ayrıcalık teşkil etmeyeceği şeklinde yorumlamıştır²⁴⁷.

Kaynağını Anayasa’dan alan eşitlik ilkesi, daha önce de belirttiğimiz üzere hukukun genel ilkelerinden biridir. Bu anlamda bu ilke, hukukun her alanında geçerli olduğundan, sadece kamu hukukuna özgülenmiş olmayıp, özel hukuk ilişkilerine de uygulanacaktır²⁴⁸. Nitekim Anayasa madde 11²⁴⁹, eşitlik ilkesinin de arasında olduğu anayasal hükümlerin, sadece devlet ve kişiler arasındaki dikey ilişkide değil, aynı zamanda özel hukuk ilişkilerinde yani yatay düzeyde de bağlayıcı olduğunu açıkça düzenlemektedir²⁵⁰. Bu itibarla, Anayasa ile düzenlenen eşitlik ilkesi, tüm hukuk düzeninde ve dolayısıyla iş ilişkilerinde de geçerli, genel bir ilke niteliği taşımaktadır. Bu sebeple mevzuatta bir düzenleme olmasaydı dahi, Anayasa madde 10 dolayısıyla

²⁴⁶ Karan (n 21) 58, 60-61.

²⁴⁷ AYM, 10/22, 7.6.1999, (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:6.7.2021).

²⁴⁸ Öden (n 5) 155-157; Süzek (n 4) 471; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 213; Yıldız (n 4) 56, 65; Ertürk (n 38) 41, 99; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 26; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 755; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 237; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 372; Ugan Çatalakaya (n 6) 167; Ugan Çatalakaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 864.

²⁴⁹ “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” m.11: “(1) Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. (2) Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”

²⁵⁰ Öden (n 5) 155-156; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 25, 75-76, 108; Süzek (n 4) 471; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 213; Ertürk (n 38) 40 vd.; Yıldız (n 4) 65; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 26; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 975; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 232; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 755; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 371-372; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 426; Yıldız, “Fesihle Eşit İşlem” (n 145) 841; Hakan Keser, “4857 Sayılı İK’na Göre İşverenden İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar” (2004) 7 (3) Kamu- İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1, 23; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 48; Ugan Çatalakaya (n 6) 167; Ünal (n 28) 98; Sevil Doğan, “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı” (2012) 3 (9) TAAD 177, 180.

eşitlik ilkesinin iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacağı tespiti yapılabilecektir²⁵¹. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşme özgürlüğü, çalışma özgürlüğü ve girişim özgürlüğü gibi hak ve özgürlükler bakımından eşitlik ilkesinin, özel hukuk alanında kamu hukukundaki gibi geniş uygulanması düşünülemeyecektir²⁵².

Anayasa madde 10 ile ilgili yukarıdaki açıklamalarımızdan sonra kısaca eşitlik ilkesinin yansıması niteliğinde olan diğer düzenlemelerden de kısaca bahsetmek gerektiği kanaatindeyiz. Anayasa madde 70, kamu hizmetine girmede ayrımcılığı yasaklayan bir düzenlemedir. Bu çerçevede “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” hükmü ile birlikte, Anayasa madde 10 ile paralel bir şekilde kişilerin eşit muamele görmesi ve ayırım yasakları göz önünde bulundurularak kamuya girişte kişilere ayrıcalık tanınmaması yönünden de ayrı bir düzenleme ile anayasal bir güvence getirilmiştir. Eşitlik ilkesinin ve aynı zamanda sosyal adalet ilkesinin yansıması olan bir diğer düzenleme ise ücrette adalete ilişkin Anayasa madde 55 olup, bu madde ile düzenlenen eşit işe eşit ücret ilkesidir.

2. Yasal Düzenlemeler

a. İş Kanunu’nda eşit davranma ilkesi

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, iş ilişkileri bakımından ayrıca önem arz etmektedir. İlerleyen bölümlerde detaylı olarak ele alınacağı üzere, işverenin yetkileri karşısında iş ilişkisinde korunması gereken bir konumda bulunan işçinin hak ve özgürlüklerinin, kişiliğinin ve saygınlığının korunması bakımından eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ayrı bir öneme ve işleve sahiptir. Nitekim eşitlik ilkesi, iş hukukunda işverenin eşit

²⁵¹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 108, 240; Süzek (n 4) 471; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 26; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 974; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 66; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 238; Yıldız (n 4) 65; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 372; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 48; Ünal (n 28) 100.

²⁵² Tunçomağ and Centel (n 57) 145; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 162; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 426-427; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 372-373; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 49.

davranma borcu (bir başka ifadeyle eşit davranma ilkesi) olarak özel bir şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Eşitlik ilkesinin Anayasa madde 10 dışındaki diğer bir normatif dayanağı olarak ele alınan²⁵³, madde 5 düzenlemesi, “Eşit davranma ilkesi” başlığı ile İş Kanunu’nda “Genel Hükümler” başlığı altında yer almış olup, bunun neticesinde bu ilkenin, sadece işverenin bir borcu olma niteliğinden ziyade iş hukukunun temel bir ilkesi olarak görüldüğü ifade edilmektedir²⁵⁴.

Buna karşın, 1475 sayılı Mülga İş Kanunu²⁵⁵’nun 26. maddesinde ücret başlığı altında sadece cinsiyet ayrımı yönünden bir düzenleme yapılmış olduğu görülmektedir. Gerçekten de mülga Kanun madde 26 “*aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez.*” hükmü ile sadece eşit işe eşit ücret prensibine dayalı ve kadın erkek işçiler arasında bir ayrım yapılmamasını öngörmüştür. Ancak ayrımcılık oluşturan haller sadece kadın erkek işçiler arasında meydana gelmeyebileceği gibi sadece ücret konusunda da ortaya çıkmayabilir. Bu yönleriyle hukukumuzda, ayrımcılık kavramının sadece cinsiyet yönünden sınırlı olarak düşünülmemesi gerektiğinden hareketle, uluslararası sözleşme ve belgeler de dikkate alınarak yeni ve kapsamlı koruma getiren bir düzenleme yapılması ihtiyacı doğmuş, 4857 sayılı İş Kanunu’nun yukarıda yer verilen 5. maddesi bu gerekçelerle hazırlanmıştır. Bakıldığında düzenleme sadece doğrudan ayrımcılığı değil, dolaylı ayrımcılığı da kapsama alarak yasaklamaktadır²⁵⁶.

²⁵³ Sözek (n 4) 470; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 214; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 455; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 163-164; Tuñçomağ and Centel (n 57) 146 vd.; Karan (n 21) 131; Gülmez (n 6) 9, dn.8, 586; Yıldız (n 4) 62 vd.; Çelik, “Eşit Davranma Borcu” (n 41) 5; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 64-65; Sözek, “Eşit Davranma” (n 57) 25 vd.; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 239 vd.; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 427; Keser, “İş Sözleşmesi Yapma” (n 250) 25 vd.; Ertuğrul Yuvalı, “Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı” 24 (3-4-5) TÜHİS 71, 71; Kılıçoğlu, “Ayrımcılık Yasağı” (n 14) 40; Ugan Çatalkaya (n 6) 172 vd.; Ünal (n 28) 101-104.

²⁵⁴ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı and Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, (6th edn, Turhan Kitabevi 2014), 722 vd.; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 974-975; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 240; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 53.

²⁵⁵ Mülga İş Kanunu, Kanun No. 1475, Kabul Tarihi: 25.8.1971, RG. 1.9.1971/13943.

²⁵⁶ Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 241; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 71-72; Ünal (n 28) 122.

Gerçekten, 22.5.2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte yukarıda değindiğimiz hususları dikkate alan daha detaylı bir düzenleme getirildiği ve bu düzenlemede eşit işe/eşit değerde işe eşit ücret prensibi ve cinsiyet ayrımcılığı ile sınırlı kalınmadığı görülmektedir. Ayrıca İş Kanunu madde 5 gerekçesinde BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne uyum amacıyla ve AB uyum süreci çerçevesinde AB hukuku normları ve içtihatları kapsamında bir düzenleme yapılması gerekliliğinden bahsedilmiştir.

İlgili maddenin birinci fıkrası genel olarak dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi, inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yasağını düzenlemiştir. İkinci fıkrada sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Bu fıkra ile öngörülen sözleşme türü sebebiyle ayrımcılık, 12. maddede²⁵⁷ belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri, 13. maddede²⁵⁸ kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri bakımından ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. Ancak biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler ayrık tutulmuştur. Dördüncü fıkra aynı veya eşit değerde bir iş için kadın ve erkek işçiler arasında ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiştir. Beşinci fıkra ile cinsiyet sebebiyle özel koruyucu hükümler ifadesiyle olumlu ayrımcılığa bir vurgu yapılmıştır. Altıncı fıkra, maddede öngörülen yükümlülükler aykırılık halinde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat yaptırımını öngörmüş, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25 (mülga İş Kanunu m.31) saklı tutulmuştur. Son fıkrada ise ispat hükümlerine yer verilmiştir.

İlgili maddede kullanılan “ayırım yapılamaz”, “kararlaştırılmaz” gibi ifadelerden yola çıkılarak belirgin olan muhatabın işveren olduğu ve ancak, örneğin toplu iş

²⁵⁷ “Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımının sınırları”, m.12: “ (1) Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz...”.

²⁵⁸ “Kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesi”, m.13: “...(2) Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir...”.

sözleşmesine taraf sendikaların da bu hükümle bağlı olacağı öğretide haklı olarak ifade edilmiştir²⁵⁹.

Değnilmesi gereken önemli hususlardan birisi, maddenin kapsamındaki ilkenin belirlenmesi yönünde öğretide mevcut tartışmalardır. Zira madde 5 düzenlemesinin kenar başlığında “eşit davranma ilkesi” ibaresi kullanılmıştır. Maddenin içeriğine bakıldığında, iş ilişkilerinde ayırım yasağının düzenlendiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır²⁶⁰. Maddenin gerekçesinde ise eşit davranma ilkesinin düzenlenmesi ihtiyacı vurgulanarak, “*Maddede işverenin borçlarından biri olan eşit davranma ilkesi genel olarak belirlendikten sonra...*” ifadesine yer verilmiştir. Madde metninin lafzı bakımından ise dar anlamda eşit davranma borcuna dair görünürde bir düzenleme yer almamaktadır.

Ancak tartışma, maddenin işverenin dar anlamda eşit davranma borcunu düzenleyip düzenlemediği, bu bakımdan madde 5 düzenlemesinin işverenin eşit davranma borcunun yasal dayanağı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu çerçevede öğretide bazı görüşlerce, maddenin lafzı itibariyle ayrımcılık yasağı düzenlendiğinden, işverenin dar anlamda eşit davranma borcu bakımından madde 5 söz konusu olmayıp, bu borç dayanağını Anayasa madde 10 ile bulmaktadır²⁶¹. Yıldız, ilgili maddede işverenin belirtilen kriterler çerçevesinde ayrımcı uygulamalar yapamayacağını düzenlendiğini ve ancak örneğin iş akdinin haklı sebeple feshi halinde, haklı nedenin gerçekleşmesine sebep olan birden fazla işçi arasında hangilerinin iş akitlerinin feshedileceğinin, bu konuda bir sınırlama olup olmadığını madde metninden anlayamadığını, maddenin dar anlamda eşit davranma borcunu düzenlemediğini ifade etmektedir²⁶².

²⁵⁹ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 975.

²⁶⁰ Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 241; Süzek (n 4) 470; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 26; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 456-457; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 978; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 430,434; Yıldız (n 4) 63.

²⁶¹ Süzek (n 4) 470 vd.; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 26; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 457; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 10; Yıldız (n 4) 65; Yıldız, “Fesihte Eşit İşlem” (n 145) 841; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 429; Aykaç, “Fesihte Eşit Davranma” (n 6) 52; Ünal (n 28) 103-104.

²⁶² Yıldız (n 4) 63-64.

Bazı görüşlerce ise madde lafzı ile sıkı sıkıya bağlı kalınmayarak daha geniş bir yorumla işverenin ayrımcılık yasakları ile birlikte haklı ve objektif sebepler olmaksızın işçiler arasında farklı işlem yapmama borcu olduğu da savunulmaktadır. *Gülmez* bu noktada madde 5 hükmünün salt ayrımcılık yasaklarına indirgenemeyeceğini, eşitlik ile ayrımcılık yasağı arasındaki yaşamsal bağlantının göz ardı edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir²⁶³. *Baysal* ise hükmün lafzına rağmen, tıpkı Anayasa madde 10 gibi salt ayrımcılık yasağının değil, genel anlamda eşit davranma borcunun düzenlendiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁶⁴. *Doğan Yenisey'e* göre, ilgili maddede işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiştir²⁶⁵. *Ulucan* ise eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının bir bütün olarak düzenlendiğini, iki kavram arasında açık bir ayırım yapılmadığını ifade etmektedir²⁶⁶.

Ayrıca daha önce incelediğimiz üzere, Anayasa madde 10, hukukun tümüne egemen genel ve temel nitelikte bir ilke olup, Anayasa madde 11 uyarınca özel hukuk ilişkilerine de uygulanacağından, İş Kanunu madde 5 ile salt ayrımcılık yasağının düzenlendiğinin kabul edilmesi, işverenin genel anlamda bir eşit davranma borcu olmadığı şeklinde de yorumlanamayacaktır^{267,268}.

Kanımızca hem madde düzenlemesi, hem de öğretide eşit davranma ilkesinin açıklanmasında kullanılan çelişkili ifadeler, öğretide *Doğan Yenisey'in* de vurguladığı

²⁶³ Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 239.

²⁶⁴ Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 71.

²⁶⁵ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 65; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 974 vd., 1003.

²⁶⁶ Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 375.

²⁶⁷ Öden (n 5) 150 vd.; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 24-25, 69 vd.; Süzek (n 4) 471-472; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 456-457; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 237-239; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 974-975; Yıldız (n 4) 56, 65; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 66; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 26; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 426; Ugan Çatalkaya (n 6) 175-177, Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 864.

²⁶⁸ Yargıtay tarafından verilen kararlarda İş Kanunu m.5 çoğunlukla eşit davranma borcu olarak anılmaktadır. Ancak yeni tarihli kararlarında öğretideki ağırlık görüş doğrultusunda, madde metninde öngörülen ayrımcılık yasaklarıyla sınırlı bir şekilde ele alınmaktadır. “*Yerleşik hale gelen içtihatlar uyarınca; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence yapılan farklı muamelelerin ırk, dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup madde dar yorumlanmalıdır.*”, Y. 9. HD. E.2018/7135, K.2021/920 14.1.2021. Benzer yönde bkz. Y. 9. HD. E.2016/24252, K.2020/10625, 6.10.2020 (ET:30.9.2021).

gibi²⁶⁹, eşit davranma ilkesinin geniş kapsamlı yapısından, içerdiği belirsizliklerden ve bu sebeple ilkenin uygulamaya geçirilirken yaşanan zorluklardan kaynaklanmaktadır. Ayrımcılık yasağına bakıldığında ilkenin daha dar kapsamlı olması, hangi nedene dayalı olarak ayırım yapılmayacağını belirli olması; uygulanabilirliğini daha kolay kılmaktadır. Açıklanan sebeplerle bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, eşit davranma ilkesi (borcu) yönünden bir katmanlı yapının mevcut olduğu söylenebilir²⁷⁰.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar neticesinde, madde lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, bir düzenlemenin getiriliş amacı ile örtüşmemesi ve bunun sonucunda istenen korumanın sağlanamaması riski doğabileceğinden, ilgili madde metninin başlıkla uyumlu hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz²⁷¹. Zira olması gereken hukuk bakımından eşit davranma borcunun ayrımcılık yasakları ile sınırlandırılmadan genel anlamıyla düzenlenmesi, etkin bir koruma ve denetimi sağlayacak ve buna bağlı olarak İş Kanunu madde 5/6 ile düzenlenen tazminat yaptırımını ile de güvence altına alınmış olacaktır.

Özetlemek gerekirse, İş Kanunu madde 5 düzenlemesi, ayrımcılık yasağının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Ancak daha sonra ele alacağımız dar anlamda eşit davranma borcu yönünden, maddenin düzenleniş şekli (gerek başlık, gerekse metin ve madde gerekçesi) tereddütlere neden olacak niteliktedir. Bu sebeple bazı görüşlerce madde ile sadece ayırım yasakları düzenlendiğinden, dar anlamda eşit davranma borcu bakımından bir dayanak sayılmamaktadır. Bazı görüşler ise eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının birbiri ile olan ilişkisi ve bağlantısını göz önüne alarak bu maddeyi geniş bir kapsamda yorumlamaktadır. Belirtilmelidir ki, madde 5 düzenlemesi olmasa dahi, Anayasa madde 10 dar anlamda eşit davranma borcunu dayanaksız bırakmamaktadır. İşveren genel anlamda eşit davranma borcu ile bağlıdır. Ancak madde metninin tekrar ele alınarak tereddütlerin giderilmesi ve koruma kapsamının genişletilmesi gerektiği de ortadadır.

²⁶⁹ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 977.

²⁷⁰ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 977-979. Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 65-68; Doğan Yenisey, "Fesihle Eşit Davranma Borcu" (n 40) 60. Bu konuya ilişkin detaylı açıklamalarımız için ayrıca bkz. 1. Bölüm, III, B, (1).

²⁷¹ Benzer yönde bkz. Ünal (n 28) 104-105; Ugan Çatalıkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 888.

İş Kanunu'nun ayırım yasağına yer veren diğer bir düzenlemesi ise iş sözleşmesinin feshine ilişkindir. Madde 18 ile işverenin fesih hakkını kullanırken geçerli sebep sayılmayacak haller düzenlenmiştir. İşverenin işçinin iş sözleşmesini bu sebeplere dayalı olarak sona erdirmesi halinde, ayrımcılık temeline dayanan bu fesih işlemi geçersiz sayılacaktır²⁷².

Buna göre aşağıdaki hallere dayalı fesih işlemi geçersiz bir feshin sonuçlarını doğuracaktır:

a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak. b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak. c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak. d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler. e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek. f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık (madde 18/3).

b. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda sendikal ayırım yasağı ve eşitlik

İş Kanunundaki bu ayrımcılık halleri dışında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu²⁷³ madde 25 (2821 sayılı mülga Sendikalar Kanunu m.31) ile sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık düzenlenmiş ve işe alım, çalışma ve fesih süreçlerinde kural olarak sendikalı sendikasız ayrımı yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Düzenleme kapsamında:

(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

²⁷² Süzek (n 4) 481; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 116; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 61; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 321; Yıldız, “Fesihte Eşit İşlem” (n 145) 845; Aykaç, “Fesihte Eşit Davranma” (n 6) 78 vd.; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 82; Ugan Çatalkaya (n 6) 187 vd.

²⁷³ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun No.6356, Kabul Tarihi:18.10.2012, RG. 7.11.2012/28460.

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 (madde 25).

Aynı Kanun'un 26. maddesinin 3. fıkrasına göre sendikal faaliyetler bakımından sendikalar da eşitlik ilkesine uymak ve ayırım yasağına aykırı davranmamakla yükümlü kılınmıştır.

c. 5378 sayılı Kanun'da engellilik kriterine bağlı ayırım yasağı

5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ("Engelliler Hakkında Kanun")²⁷⁴, madde 14 ile engellilik nedeniyle yapılan ayrımcılık ve farklı muamele yasaklanmıştır. Eğitim ve öğretim hakkına ilişkin 15. maddesinde ise engellilerin hiçbir gerekçeyle eğitim almalarının engellenemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenleme, engelliler için aynı zamanda eşit şartlarda ve özel durumlarının dikkate alındığı bir eğitim hakkı öngörmesi yönüyle pozitif ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek bir düzenlemedir²⁷⁵.

Kanun ayrıca madde 3/1, (j) bendi ile makul düzenleme (makul uyumlaştırma) tanımını vermiştir. Buna göre makul düzenleme, "*Engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirleri*" ifade etmektedir. Ayrıca madde 4/A ile eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirlerin alınacağı; engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik alınacak özel tedbirlerin de ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu anlamda sözü edilen Kanun'da ayrımcılık yasağının daha etkili hale gelebilmesi için makul uyumlaştırma ve özel önlemler gibi araçlara yer verildiği dikkat çekmektedir.

²⁷⁴ Engelliler Hakkında Kanun, Kanun No.5378, Kabul Tarihi:1.7.2005, RG. 7.7.2005/25868.

²⁷⁵ Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 122.

d. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu kapsamında eşitlik ve ayırım yasağı

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (“TİHEK Kanunu”)²⁷⁶, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi amacını taşımakta, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık ve ayrımcılık talimatı, taciz, işyerinde yıldırma gibi ayrımcılıkla ilgili çeşitli tanımlara yer vermesi yönünden de önem arz etmektedir.

Ayrımcılık türleri başlığında yer verdiğimiz kavramlarla ilgili TİHEK Kanunu tarafından düzenleme yapılarak, kavramların çerçevesi belirlenmiş ve bazı kavramlar ilk defa pozitif hukuk düzleminde açık bir tanıma kavuşmuştur. Bu çerçevede düzenleme konusu edilen ayrımcılık ve türleri hakkında AB direktifleri ile paralel bir yol izlendiği görülmektedir. Hukuk sistemimizde yer alsa dahi tanımı yapılmayan ya da doğrudan zikredilmeyen ayrımcılık türlerinin bu şekilde açık bir düzenlemeyle ele alınması da hukukumuzdaki bu eksikliği gideren bir özelliğe sahiptir.

Önceki başlıklarda yer vermiş olduğumuz ve ayrımcılık yasağının kapsamına dahil olan ayrımcılık talimatı, “*bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatı*” ifade etmektedir. İş ilişkileri bağlamında baktığımızda, kendisine birtakım hususlarda karar verme ya da seçim yetkisi tanınan bir işveren vekiline, işveren tarafından örneğin bir gruba mensup kişilerin uygulama dışında tutulması yönünde verilmiş olan bir talimat da ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi anlamına gelecektir²⁷⁷.

Çoklu ayrımcılık kavramı ile “*ayırımı uygulamanın birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkili olması durumu*” kast edilmektedir. Doğrudan ayrımcılık, “*bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla*

²⁷⁶ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun No.6701, Kabul Tarihi:6.4.2016, RG. 20.4.2016/29690.

²⁷⁷ Kamu görevlileri bakımından ifade edilen hususun kamu hizmeti ile bağlantılı talimatlar olduğu; ancak işverenin işçilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik hangi talimatların tanım kapsamına girdiği hususunun açık olmadığı, bu sebeple “*kendi nam ve hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kılınan kişi*” ifadesi ile sadece işveren vekilinin anlaşılmasının, bu ayrımcılık türünün sınırlı bir şekilde uygulanmasına yol açacağı yönünde bkz. Ünal (n 28) 137.

eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engellenen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi” ifade etmektedir.

Dolaylı ayrımcılık ise *“Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını”* ifade etmektedir.

Kanun ayrıca varsayılan temelde ayrımcılık kavramına da yer vererek, *“bir gerçek veya tüzel kişinin, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerinden birisiyle gerçekte ilgisi olmamasına rağmen, bu temellerden birisini taşıdığı sanılarak hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından ayrımcı muameleye maruz kalması”* tanımında bulunmuştur. Bu ayrımcılık türünün, korunan ayrımcılık temelini taşımasa da kişinin bu gruba aidiyeti olduğu varsayımı ile bir ayrımcılığa uğraması halinde dolaylı ayrımcılık olarak ortaya çıkması mümkündür²⁷⁸.

AB direktiflerinde yer alan, hukukumuzda özellikle engelliler bakımından öngörölmüş bulunan makul uyumlaştırma yükümlülüğü, makul düzenleme kavramı tercih edilerek TİHEK Kanunu ile bir tanıma kavuşmuştur. Bu çerçevede makul düzenleme kavramının, *“Engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkânlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirleri”* işaret ettiği belirtilmiştir.

AB hukukunda ayrımcılık kapsamı içerisinde sayılan taciz olgusu da yine TİHEK Kanunu ile birlikte hem psikolojik hem de cinsel türlerini de içerecek şekilde bir tanıma kavuşmuş, taciz her türü ayrımcılık yasağı kapsamı içerisinde sayılmıştır. Tacizin tanımı, *“Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya*

²⁷⁸ Yıldız (n 4) 75; Ünal (n 28) 130. Ünal bu konuda İş Kanunu m.5 düzenlemesinin varsayılan temele dayalı ayrımcılığı da yasakladığının kabul edilmesi gerekliliğini haklı olarak ifade etmektedir.

böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış” şeklinde yapılmıştır.

6701 sayılı Kanun, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kenar başlıklı 3. maddesinde ise, Anayasa madde 10 düzenlemesine uygun bir şekilde, yasa önünde eşitlik ilkesi ile birlikte ayrımcılık yasağını da ele almış ve bu çerçevede “*Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi veya siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.*” düzenlemesini getirmiştir²⁷⁹.

Ayrıca Kanun, “*Eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık teşkil eder.*” yönündeki 4. maddesiyle birlikte, AB hukuku ile paralel olarak ayrımcılık türleri arasında saydığımız mağdurlaştırmayı düzenlemiş ve mağdurlaşmayı bir ayrımcılık biçimi olarak kabul etmiştir.

TİHEK Kanunu’nun düzenlemeleri genel olarak ele alındığında, ayrımcılığın önlenmesi yönünden sadece idari bir sorumluluk getirilmesi ile yetinilmediği, kamu kurum ve kuruluşları ile birlikte gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin de yükümlü kılındığı görülmektedir. Bu anlamda sadece devlet ve idare değil özel hukuk kişileri de ayrımcılık yasağına uymak, yürüttükleri iş ve işlemlerde bu yasağı gözetmekle yükümlü olup, bir ihlal halinde Kanun kapsamında öngörülen yaptırımlara tabidir²⁸⁰.

²⁷⁹ Ayrımcılık yasağı düzenlemesinin sınırlı sayı yaklaşımı ile ele alınması hakkındaki açıklamalarımıza ilerleyen başlıklarda yer verilecek olup, bu konuda bkz. 3. Bölüm, I, C, (3), s.219.

²⁸⁰ TİHEK Kanunu çerçevesinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. 3. Bölüm, I, C, (4); 3. Bölüm, III, B.

e. Ceza Hukuku düzenlemeleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu²⁸¹, ayrımcılığı suç sayan bir düzenlemeye yer vermiş, 122. maddesinde anılan durumlar bakımından cezai bir yaptırım öngörmüştür. Bu hükmün ilk fıkrasına göre:

Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Maddede dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılıklarından kaynaklanan nefret sonucu doğabilecek durumları kapsamaktadır²⁸². Maddede geçen “nefret nedeniyle” ifadesi ile maddenin uygulama alanı daraltılmış durumdadır. Yasaklanan ayrımcılık kriterleri sınırlı sayılmış olup, sadece maddede sayılan kriterlere dayalı durumlara ilişkin bir ayırım yapmama yükümlülüğü getirilmiştir. İş ilişkileri yönünden baktığımızda ayrımcılık suçunun işe alım aşaması ile sınırlı tutulduğu görülmektedir. TCK, ayrımcılık suçunu düzenlerken yerinde olarak diğer ayrımcılık temellerini de içerecek şekilde konuyu ele almış ve işe alımda sadece cinsiyet ve gebelik değil, farklı birçok temele dayalı olarak da ayrımcılık yapılabileceği hususunu göz önünde tutmuştur²⁸³.

III. İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİ

A. İŞ İLİŞKİSİNİN ÖZGÜN YAPISI

İş hukukunun temelinde, taraflar arasındaki eşitsizliğin - diğer bir ifadeyle teoride kalan eşitliğin sebep olduğu haksız ve adaletsiz sonuçların reddinden kaynaklanan, daha

²⁸¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun No.5237, Kabul Tarihi:26.9.2004, RG. 12.10.2004/25611.

²⁸² Kaya, Eşitlik ve Ayrımcılık (n 34) 122 vd.; Aytaş, “Eşitlik Kavramı” (n 170) 213.

²⁸³ TCK tarafından açık uçlu yerine sınırlı sayı yaklaşımı benimsenerek ayrımcılık yasağı kapsamının düzenlenmesi yönündeki açıklamalarımız için bkz. 3. Bölüm, III, A.

güçsüz olan işçi tarafın korunması kaygısı yer almaktadır²⁸⁴. Gerçekten de işçinin işverenin emir, talimat ve otoritesi altında, özgür bir birey olmasına karşın işverene ekonomik ve kişisel olarak bağımlı bir biçimde çalışmayı kabul etmesi, iş ilişkisine, bu ilişkiyi diğer sözleşme ilişkilerinden ayıran kendine özgü bir yaklaşımı zorunlu kılan bir nitelik kazandırmaktadır. Bağımlılık unsurunu barındıran iş ilişkisinde, işçinin kişilik hakları ve birey özgürlüklerine saygı gösterilmesi iş hukukundaki gelişmeler neticesinde ön plana çıkmış ve bu durum özellikle işçilerin temel hak ve özgürlükleri ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ilkelerinde belirginleşmiştir. Bu çerçevede işçinin özgürlük alanı ile işverenin yönetim yetkisinin belirlenerek sınırlarının çizilmesi gerekliliği doğmaktadır²⁸⁵.

Bu bağlamda aşağıda tarafların sözleşme özgürlüğü, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinde bağımlılık unsuru ve işverenin yönetim yetkisi, tarafların sahip olduğu hak ve özgürlükler arasında bir dengenin sağlanması, yetkilerin kullanılmasında denetim ve ölçülülük ile eşit davranma borcunun bu çerçevedeki yeri üzerinde kısaca durulacaktır.

Öncelikle değinmek gerekir ki, iş ilişkisi sözleşmesel bir ilişki olup, işçi ve işveren bu sözleşmenin taraflarını oluşturmaktadır. Sözleşmesel bir ilişkide kural olarak taraflar eşit ve özgür konumda bulunmaktadır. İrade özerkliği, sözleşme özgürlüğü olarak hukuki ilişkiye yansımakta, hukuk düzeni tarafından belirlenen sınırlar içinde hukuki ilişkinin istenildiği gibi kurulmasına olanak tanımaktadır²⁸⁶. Ancak iş ilişkisinde işçi, işverenin otoritesi altında, işverenin emir ve talimatları uyarınca iş görme edimini yerine getirmeyi kabul etmiş olması nedeniyle, varsayımsal olarak sözleşme dengesi işçi aleyhine bozulmaktadır. Bu anlamda taraflar arasında tam bir eşitlikten söz edilmesi mümkün değildir²⁸⁷. Bu itibarla, sözleşmeler hukukundaki taraflar arasında eşitliğin var

²⁸⁴Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 144; Süzek (n 4) 19 vd.; Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 8; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 5-6; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55)4 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4)23; Tunçomağ and Centel (n 57), 10-11; Ali Güzel and Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine" (2014) 20 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 17, 21 vd.; Ali Güzel, "İş Hukukunda Yetki ve Özgürlük" (2016) 15 (1) İKÜHFD 93, 96 vd.; Ali Güzel, "İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme" (2016) Legal İSGHD (Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan), 151, 152 vd.

²⁸⁵ Güzel, "Yetki ve Özgürlük" (n 284) 95; Ugan Çatalkaya (n 6) 124 vd.

²⁸⁶ Ertürk (n 38) 48 vd. Ayrıca bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (9th edn, Yetkin Yayınları 2021), 18 vd.

²⁸⁷ Güzel, "Yetki ve Özgürlük" (n 284) 94-95; Güzel, "Yetki ve Sözleşme" (n 284) 153, 158-159.

olduğuna dair varsayım, iş sözleşmesinin kendine özgü bu yapısı sebebiyle ortadan kalkmaktadır²⁸⁸.

İşçinin işverene ekonomik ve kişisel bağımlı bir konumda olması, işverenin sahip olduğu yetkiler çerçevesinde işçilerin kötü koşullarda çalıştırılması, sömürülmesi, temel haklarının ihlal edilmesi, onur ve haysiyetinin zedelenmesi gibi olumsuz birçok sonuca yol açabilmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin zayıf tarafı olan, işverene hem ekonomik yönden hem de kişisel yönden bağımlı olan işçinin temel hak ve özgürlükleri, bu bağlamda işveren müdahalesine açıktır. Bu sebeptir ki iş hukukunun doğması ve gelişmesinin temelinde yer alan, iş ilişkisinde zayıf tarafta olan işçinin korunması amacı yer almakta ve iş hukukunda, sözleşme yapma özgürlüğünün sınırları, emredici hukuk kuralları doğrultusunda belirlenmektedir. Ancak bu noktada, işçinin işveren karşısında sınırsız bir biçimde korunacağı da düşünülmemelidir. Zira işverenin girişim özgürlüğü, ülke ekonomisi ile de ilişkilidir. Burada söz konusu olan, işçi aleyhine bozulan dengenin işçinin korunması yoluyla giderilerek, işçi ve işverenin hak ve özgürlükleri arasında karşılıklı bir dengenin sağlanması gerekliliğidir²⁸⁹.

Sözleşme özgürlüğünün ilk olarak, iş hukukunun işçiyi koruma amacı ve sosyal devlet ilkesi gereği işçi lehine olacak şekilde Anayasal düzenlemelerle sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu anlamda Anayasa madde 48²⁹⁰, çalışma özgürlüğü, girişim ve sözleşme özgürlüğünü koruma kapsamına alırken, Anayasa madde 49²⁹¹ ile çalışanların korunması, çalışmanın desteklenmesi, çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirlerin

²⁸⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkara (n 4) 276 vd.; Sözek (n 4) 85 vd.; Sarper Sözek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", *Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan* (Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını 1998), 225 vd.; Güzel, "Yetki ve Sözleşme" (n 284) 151 vd.; Güzel and Ugan Çatalakaya, "Yönetim Yetkisi" (n 284) 21 vd.; Ugan Çatalakaya (n 6) 124-125; Ugan Çatalakaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 862.

²⁸⁹ Sözek (n 4) 21; Güzel and Ugan Çatalakaya, "Yönetim Yetkisi" (n 284) 24; Ugan Çatalakaya (n 6) 125 vd.

²⁹⁰ "Çalışma ve sözleşme hürriyeti", m.48: " (1)Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. (2) Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır".

²⁹¹ "Çalışma hakkı ve ödevi", m.49: " Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır".

alınması yükümlülüğü; madde 50²⁹² ile çalışma şartları karşısında belirli bir kesimin korunması ve dinlenme hakkı düzenlenmiştir. Çalışma hakkı aynı zamanda kişiliği geliştirme hakkı ve kişinin onuru ile de ilişkilidir²⁹³.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işveren, işletmesi ile ilgili gerekli kararları alma hakkına sahiptir. İşverenin bu yetkisi hem girişim hakkının sağladığı, hem de işçiler üzerinde etkisini gösteren bir yetki olarak ortaya çıkmaktadır²⁹⁴. İşverenin işletmeyi ilgilendiren konularda karar alma yetkisinin öğretide, *işletme yetkisi* olarak da ifade edildiği görülmektedir²⁹⁵. İşletmesel kararlar da işverenin bu kapsamda aldığı kararlar olup, işveren tarafından alınabilecek ve işçiler üzerinde de etki doğurabilen tek taraflı kararlar ve düzenlemeler bütünü, işverenin yönetim yetkisini ifade etmektedir²⁹⁶. İşverenin yönetim yetkisi, disiplin yetkisi, karar alma, kural koyma, emir ve talimat verme biçiminde somutlaşmaktadır. İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde verdiği kararları iki türde incelersek bunlardan ilki iş görme borcunu somutlaştıran işin görülmesine ilişkin direktifler, ikincisi ise işyerinde düzen ve güvenliğin sağlanması yönündeki işyerindeki davranışlara ilişkin direktifler olarak ifade edilebilir²⁹⁷.

İşçi, iş sözleşmesi uyarınca iş görme borcunu işverenin yönetim yetkisi kapsamında verdiği talimatlara uyarak yerine getirmekle yükümlü olup, bu borç iş sözleşmesinin kişisel bağımlılık unsurunun da bir sonucudur²⁹⁸. İşverenin bu yetkisi de yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere işçinin hukuki durumu üzerinde etki yaratabilecek, temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olabilecek nitelikte bir yetkidir. Yönetim yetkisinin normlar hiyerarşisinde en altta yer alması, sözleşme ve toplu iş sözleşmesi,

²⁹² “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı”, m.50: “(1) Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. (2) Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. (3) Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. (4) Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.”

²⁹³ Ertürk (n 38) 51.

²⁹⁴ Güzel, “Yetki ve Sözleşme” (n 284) 152.

²⁹⁵ Güzel, “Yetki ve Sözleşme” (n 284) 165; Güzel, “Yetki ve Özgürlük” (n 284) 98.

²⁹⁶ Süzek (n 4) 85-86; Süzek, “Yönetim Hakkı” (n 288) 225-226; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 158; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 24; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 284-285; Güzel, “Yetki ve Sözleşme” (n 284) 165.

²⁹⁷ Süzek (n 4) 86; Süzek, “Yönetim Hakkı” (n 288) 226; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 24, 131; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 19-21, 160-162; TUNÇOMAĞ AND CENTEL (N 57)102; Ertürk (n 38) 105; Güzel, “Yetki ve Özgürlük” (n 284) 96; Güzel, “Yetki ve Sözleşme” (n 284) 154.

²⁹⁸ Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 130; Ertürk (n 38) 92; Ufuk Aydın, *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2002), 58.

kanunlar, işverenin işçiyi gözetme borcu (TBK madde 417), TBK madde 27, TBK madde 399, dürüstlük ilkesi ve konumuz olan eşitlik ilkesi, bu yetkiyi kısıtlamaktadır.

İş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi hükümleri, aşağıda detaylı olarak da ele alacağımız işverenin yönetim yetkisinin kaynağını ve sınırını oluşturmaktadır. İş görme edimi ve çalışma koşullarına dair birçok hususun önceden belirlenmesi, hayatın olağan akışı karşısında mümkün olmayabilir. Bu sebeple sözleşme ile düzenleme konusu yapılmayan hususlarda işverenin yönetim yetkisi devreye girmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, işverenin yönetim yetkisi çerçevesinde aldığı kararlar ve verdiği talimatlar, öğretide iş ilişkisini düzenleyen normlar arasında en sonda kabul edilmektedir²⁹⁹.

TBK madde 399, “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” düzenlemesi ile işverenin bu yetkisini düzenlemiş bulunmaktadır.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz çerçevede, gerek sözleşme serbestisi gerekse tarafların eşitliği yönünden, özellikle iş hukukunda işverenin *baskılayıcı ve güçlü konumunu* kötüye kullanmasının engellenebilmesi, işverenin sahip olduğu tek taraflı bu yetkisinin denetimi ve sınırlarının çizilmesi için bazı fren mekanizmalarına ihtiyaç duyulmuştur³⁰⁰. Zira özünde eşitsizlik barındıran iş sözleşmeleri de işverenin yetkileri karşısında işçinin korunması yönünden yetersiz kalmakta ve işçinin kişilik hakları ve özgürlükleri bakımından daha etkin bir koruma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. İşveren yönetim yetkisini kullanırken, öncelikle TBK madde 27 hükmüne uymak zorundadır. Bu çerçevede işveren ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı, konusu imkansız olan emir ve talimatlar veremeyecektir. İşveren aynı zamanda TMK madde 2 ile düzenlenen dürüstlük kuralına uygun biçimde yönetim yetkisini kullanmakla yükümlüdür. TMK madde 2 her hak için söz konusu olup, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, işverenin tek taraflı yetkilerinin de sınırını oluşturan bir niteliktedir. Nitekim

²⁹⁹ Süzek (n 4) 85,88; Süzek, “Yönetim Hakkı” (n 288) 229; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Başkan (n 41) 24-25; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 22-23; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 277 vd.; Güzel, “Yetki ve Sözleşme” (n 284) 160, 181; Güzel and Ugan Çatalakaya, “Yönetim Yetkisi” (n 284) 45.

³⁰⁰ Güzel and Ugan Çatalakaya, “Yönetim Yetkisi” (n 284) 27.

TMK madde 2 uyarınca bir hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralına uygun davranılmaması halinde bu durumun hukuken korunması mümkün değildir³⁰¹. Görüldüğü gibi işverenin yönetim yetkisini sınırlanmasında dürüstlük kuralı bahsetmiş olduğumuz denge ve fren mekanizmalarından bir tanesidir³⁰².

Daha önce de değindiğimiz üzere, işçinin iş sözleşmesinin hem süjesi hem objesi olması nedeniyle, kişiliğinin iş sözleşmesinin bir parçası haline gelmesi söz konusudur. İşçinin işverene hem ekonomik hem de kişisel bağımlılığının bulunması, işveren ve işçi tarafları eşit konumda olmayıp, işveren karşısında güçsüz olan, ekonomik ve sosyal açıdan zayıf olan işçinin özel olarak korunması ihtiyacı doğmakta; işçinin vücut bütünlüğü ve sağlığının korunması ile birlikte onur ve kişiliğinin korunması zorunluluğu da doğmaktadır³⁰³. İşçinin kişiliğinin korunması hem anayasal hem de yasal düzenlemelerle korunmaktadır. TBK madde 417 ile işverenin işçinin kişiliğinin korunması ve saygı göstermesi yönünden yükümlülüğüne açıkça yer verilmiş, işyeri düzeni sağlanırken dürüstlük ilkelerine uygun davranılması gerektiği ifade edilmiştir. İşçinin kişiliğinin korunmasının bir uzantısı olarak, işverenin yönetim yetkisine dayalı alacağı kararlarla işçinin kişilik hakkına müdahale etmesinin de sınırlanması gerekliliği doğmaktadır.

İşçinin kişilik haklarının korunması bakımından, kişilik haklarına müdahalenin ve dolayısıyla işverenin yönetim hakkının bir diğer sınırını da konumuz olan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı oluşturmaktadır. İş ilişkisinde hem ekonomik hem de kişisel yönden zayıf taraf olan işçinin korunması amacına hizmet eden eşitlik ilkesi, iş hukukundaki bu önemi sebebiyle özel bir anlam kazanmakta; işverenin eşit davranma borcu, sözleşme özgürlüğünü ve yönetim yetkisini sınırlandırmaktadır³⁰⁴. İşveren bu

³⁰¹ Süzek (n 4) 89; Süzek, "Yönetim Hakkı" (n 288) 231; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 25-26; Güzel, "Yetki ve Sözleşme" (n 284) 162, 182-185; Güzel and Ugan Çatalkaya, "Yönetim Yetkisi" (n 284) 28 vd. Ayrıca bkz. Mustafa Dural and Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt 1* (15th edn, Filiz Kitapevi 2020) 243 vd., 256 vd.; Gökhan Antalya and Murat Topuz, *Medeni Hukuka Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, (2nd edn, Seçkin 2015), 355 vd.

³⁰² Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Güzel and Ugan Çatalkaya, "Yönetim Yetkisi" (n 284) 27 vd.

³⁰³ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 1; Süzek (n 4) 412 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 384 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 4, 204 vd.; Aydın (n 298) 60 vd.; Ulucan, "Pozitif Ayrımcılık" (n 55) 373; Ugan Çatalkaya (n 6) 274 vd.

³⁰⁴ Süzek (n 4) 89, 470; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 162; Tunçomağ and Centel (n 57), 149; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 5; Ertürk (n 38) 135; Yıldız (n 4) 167-174; Güzel, "Yetki ve Özgürlük" (n 284) 95; Ulucan, "Pozitif Ayrımcılık" (n 55) 373; Gülsevil Alpagut, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrımcılık Yasası ve Oransallık İlkesi" in Talat Canbolat (ed), *Prof.Dr. Ali*

bağlamda yönetim yetkisini keyfi olarak ve işçinin hak ve özgürlüklerine aykırı bir biçimde kullanamaz, işyerinde çalışan işçilere haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranamaz, kişinin değiştiremeyeceği veya değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği ya da istenemeyeceği niteliklerine dayalı ayrımcı davranışlarda bulunamaz³⁰⁵.

Bir yanda işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim hakkı bulunurken, diğer yanda da işçinin kişilik hakları ile kendisine eşit davranılması, ayrımcılığa uğramaması hakkı bulunmaktadır. En başta ifade ettiğimiz gibi, *ekonomik olan* ve *sosyal olan* arasında dengenin sağlanması³⁰⁶; taraflar arasında çatışan haklar yönünden bir denge kurulması gündeme gelmektedir. Bu çerçevede hem işçinin temel haklarına müdahalenin sınırlarını çizmek hem de meşru bir amaca dayanan ve gereken düzeyi aşmayan bir müdahaleye geçerlilik tanımak biçiminde menfaatlerin sınırlanması ve böylece dengelenmesi ihtiyacı karşısında, ölçülülük ilkesinden yararlanılması gerekecektir. Yukarıda ifade etmiş olduğumuz gibi tarafların hak ve menfaatleri arasında denge kurulurken, yapılacak müdahalelerin sınırını ölçülülük ilkesi oluşturmaktadır. Bu anlamda ölçülülük ilkesi, işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim yetkisinin sınırlandırılması ve denetlenmesi bakımından da, işçinin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması ve bu sınırlandırmanın meşruiyeti bakımından da önem arz etmektedir³⁰⁷. Nitekim ilerleyen başlıklarda ayrımcılık yasağı özelinde de değinecek olduğumuz üzere, işveren tarafından işçiler arasında yapılacak farklı bir davranışı ya da ayrımcı muameleyi haklı kılacak bir sebebin bulunması halinde eşit davranma borcuna ayrılmaktan söz edilemeyecektir. Bu durumda gerçekleşen farklı uygulamanın meşru bir amaca dayanması gerekmekte ve ancak bu yeterli olmamaktadır. Farklı uygulamanın, işverenin meşru amacı doğrultusunda başvurduğu aracın, aynı zamanda işveren tarafından hedeflenen amaçla ölçülü olması da gerekmektedir³⁰⁸.

Güzel'e Armağan, Cilt 1 (Beta 2010), 35; Erol Akı, "İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları – İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu" (2009) (14) Sicil İş Hukuku Dergisi 134, 134; Ugan Çatalakaya (n 6) 126-127, 168-169, 180 vd; Aykaç, "Fesihle Eşit Davranma" (n 6) 50; Ugan Çatalakaya, "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 862, 883.

³⁰⁵ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 5, 139; Yıldız (n 4) 61; Ugan Çatalakaya (n 6) 140,169.

³⁰⁶ Süzek (n 4) 21.

³⁰⁷ Ugan Çatalakaya (n 6) 134 vd.

³⁰⁸ Ugan Çatalakaya (n 6) 228 vd.

Yukarıda iş ilişkisinin kendine özgü yapısına, işçi ve işveren arasındaki hak ve menfaatlerde denge sağlanması ile bu kapsamda denetim ve sınırlamaların gerekliliğine değinilmiş; bu zamana kadar yaptığımız tüm açıklamalar ışında da eşitlik ilkesinin işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından ayrı ve özel bir konuma sahip olduğu neticesine ulaşılmıştır. Bu noktadan sonra, çalışmamızın konusu bakımından önem arz eden eşit davranma borcuna ve niteliklerine aşağıda daha detaylı olarak yer verilecektir.

B. İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

Eşit davranma borcu ile işverenin aynı veya benzer durumdaki işçileri arasında keyfi muamele yapmaması, haklı ve objektif bir sebep olmadıkça işçileri arasında farklı davranmaması ve ayrıcalık tanımaması ifade edilmektedir³⁰⁹. Eşit davranma ilkesinin işçiyi işverenin keyfi farklı muamelelerinden ve iş ilişkisinin özündeki eşitsizlikten koruyucu özelliğinin yanında, açıklık olmayan hallerde yasa veya sözleşme hükümlerinde yorumlayıcı, boşluk doldurucu özelliği olduğu; buna göre iş hukukunda bir düzenlemenin yorumlanmasında da eşit davranma ilkesinin dikkate alınacağı ifade edilmektedir³¹⁰. Eşit davranma borcu aynı zamanda işyerinde çalışan işçiler arasında adil bir çalışma düzeninin sağlanması yönünden de bir işleve sahiptir³¹¹.

Yukarıda detaylı olarak açıkladığımız üzere, eşit davranma borcu, işverenin yönetim hakkının sınırlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda yönetim hakkı kullanılırken eşit davranma borcuna uygun davranılmalı, keyfi ya da kötü niyetli hareket edilmemelidir³¹². İşçinin korunması amacı doğrultusunda, işverenin sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan eşitlik ilkesi ve dolayısıyla eşit davranma borcu, Yargıtay

³⁰⁹ Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 24-25; Tuncay, "İrk ve Etnik Köken" (n 57) 726.

³¹⁰ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 139-140; Yıldız (n 4) 61.

³¹¹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 140.

³¹² Süzek (n 4)89; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 158-159; Tunçomağ and Centel (n 57) 105-106; Ertürk (n 38) 108; Doğan Yenisey, "Fesihle Eşit Davranma Borcu" (n 40) 46; Yıldız (n 4) 207.

tarafından verilen kararlarda da tüm hukuk alanında da geçerli olan ve işverenin yönetim hakkını sınırlayan bir kurum olarak açıkça ortaya konmuştur³¹³.

Bu sebeplerle, eşitlik ilkesi ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin çatışma içinde olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır³¹⁴. Hangi ilkenin, iş sözleşmesinin hangi aşamasında, hangi düzeyde üstün kabul edileceği konusu ise öğretide tartışma konusu edilmiştir. Nitekim 1475 sayılı Mülga İş Kanunu döneminde, sosyal yardımların verilmesinde ve yönetim hakkına ilişkin konularda eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanmayacağı; işe alma, ücret ve iş akdinin sona ermesi gibi konularda işverenin seçim serbestisi ve sözleşme özgürlüğünün ön planda olduğu ve işverenin sözleşme özgürlüğüne belli hallerde öncelik tanındığı görülmektedir³¹⁵.

Belirtmek gerekir ki günümüzde, öğretide halen eşit davranma borcu ve ayırım yasaklarının iş ilişkisinin farklı aşamalarında geçerli olup olmadığı veya etkileri konusunda tartışmalar bulunmakta, eşit davranma borcu ile ayırım yasaklarının, işverenin sözleşme özgürlüğüne yönelik getirdikleri sınırlamanın düzeyi yönünden de farklı görüşler olduğu görülmektedir. İlerleyen bölümlerde bu görüşlere detaylı olarak yer verileceğinden, bu aşamada tartışmalı görüşlerin varlığından bahsedilmesi ile yetinilecek olup, bu başlık altında önce işverenin eşit davranma borcunun içeriği, diğer bir ifadeyle bileşenleri ortaya konularak, ikinci bölümde bu bileşenlerden biri ve çalışmamızın asıl konusu olan ayırım yapmama borcu incelenecektir.

1. Eşit Davranma Borcunun Kademelendirilmesi

Yukarıda açıkladığımız eşit davranma borcu genel olarak, aynı veya benzer durumdaki işçilere farklı muamele yapılmaması ve ancak gerektiğinde farklı durumdaki işçilere de

³¹³ Yargıtay kararlarında da bu husus “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır.” şeklinde ifade edilmiştir, Y.9.HD. E.2017/28065, K.2020/2946, 25.2.2020.; Y.9.HD. E.2019/8022, K.2020/4414, 24.3.2020 (Lexpera) (ET:3.10.2021).

³¹⁴ Süzek (n 4) 470, 477; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 975; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1626.

³¹⁵ Çelik, “Eşit Davranma Borcu” (n 41) 5-6; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 212; Tunçomağ and Centel (n 57) 146-149; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 153 vd.; Süzek (n 4) 476 vd.; Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 121-122; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 975-976, 997; Murat Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi* (Beta 2003), 112; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1630-1631.

farklı işlem yapılması durumunu ifade etmekle birlikte, aynı zamanda işçiler arasında ayırım yapılmamasını da içeren iki yönlü bir anlam taşımaktadır³¹⁶. Nitekim işverenin işçileri arasında haklı ve objektif bir sebep olmaksızın, keyfi olarak farkı muamelede bulunmama borcuna ek olarak ayırım yapmama borcu da bulunmaktadır. Zira ayrımcılık, eşitliğin önündeki en temel engellerden biri olup, insan onuru ile doğrudan bağlantılıdır³¹⁷. Ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkesi, ortak bir amaç taşımakta³¹⁸, işverenin keyfi davranışları karşısında işçinin onurunun ve kişilik haklarının korunmasını sağlamaktadır. Bu yönüyle, eşitlik ilkesinin, eşit davranma borcu ve ayırım yasaklarını kapsayan bir kavram olduğu kabul edilmektedir³¹⁹. Ancak her iki kavram arasında ortak bir amaç olduğu kadar, farklılıklar da bulunmaktadır.

Açıkladığımız sebepler ışığında, genel anlamda eşit davranma borcunun, bir kademelendirme yapılarak dar anlamda eşit davranma borcu ve ayırım yapmama yükümlülüğü (ayrımcılık yasağı) şeklinde, yani eşit durumdaki bireylerin eşit, farklı durumdaki bireylerin farklı muamele görmeleri ve cinsiyet, yaş, ırk gibi sebeplere dayalı ayrımcı muamele yapılmaması şeklinde ikili bir sistemle incelenmesi gerekmektedir³²⁰. Kavramsal yönden farklılıklara yukarıda yer verilmiş olmakla birlikte, hem dar anlamda eşit davranma borcu olarak ifade ettiğimiz hususları açıklamak, hem

³¹⁶ Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 976-977; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 65-66; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 5,7, 25, 121; Öden (n 5) 150; Süzek (n 4) 469-470; Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 26, 27 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 722-723; Ertürk (n 38) 96, 99; Yıldız (n 4) 65-66; Ugan Çatalakaya (n 6) 155, 170; Ugan Çatalakaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 861; Aykaç, "Fesihte Eşit Davranma" (n 6) 55, 62. Diğer bir görüş, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü olan işveren borcunu *geniş anlamda eşit davranma borcu* olarak ifade etmekte; işverenin bu borcunun ayrımcılık yapmama ve genel anlamda eşit davranma borcunu kapsadığını, *genel anlamda eşit davranma borcunun* ise, haklı bir sebep yokken farklı muamelede bulunmama anlamına geldiğini ifade etmektedir, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 456.

³¹⁷ Gülmez (n 6) 3 vd.; Süzek (n 4) 473, 475.

³¹⁸ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 158; Ugan Çatalakaya (n 6) 160,179; Ugan Çatalakaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 866.

³¹⁹ Süzek (n 4) 469; Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 26; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 65-66; Yıldız (n 4) 55, 65; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 426 vd.; Ugan Çatalakaya (n 6) 156, 172 vd.; Ugan Çatalakaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 866.

³²⁰ Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 66; Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 978 vd.; Doğan Yenisey, "Fesihte Eşit Davranma Borcu" (n 40) 60; Yıldız (n 4) 55, 65; Ulucan, "Pozitif Ayrımcılık" (n 55) 375; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 431; Aykaç, "Fesihte Eşit Davranma" (n 6) 55; Ugan Çatalakaya (n 6) 172,177. Gülmez, eşit davranma ilkesinin iki yönlü yapısından hareket ederek ayrımcılık yasaklarını olumsuz yönü olarak belirtmiş, bu ilkenin olumlu ve olumsuz yönüyle bir bütün olduğunu ifade etmiştir, Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 240.

de ayrımcılık yasağının dar anlamda eşit davranma borcundan nitelik yönüyle de farklılaşan yönlerini ortaya koymak gereği doğmaktadır.

2. Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu

Eşit davranma borcunun yukarıda yer verdiğimiz katmanlı (iki yönlü) yapısı uyarınca, bireylerin sahip olduğu, değiştirmelerinin mümkün olmadığı veyahut değiştirmeleri kendilerinden istenemeyecek ve beklenemeyecek özellik ve nitelikleri sebebiyle yapılan farklı muameleler olarak tanımladığımız ayrımcılığın yasaklanması dışında kalan; işveren tarafından aynı veya benzer durumdaki kişilere aynı veya benzer şekilde davranılması gerekliliği ve işçiler arasında haklı ve objektif bir sebep olmaksızın, keyfi bir farklı uygulama yapılmaması durumunu işverenin dar anlamda eşit davranma borcu olarak ifade etmekteyiz³²¹.

Mevzuatımızda işverenin dar anlamda eşit davranma borcunu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, bu borç bir düzenleme konusu olmasa dahi iş hukukunun işçiyi koruyucu işlevi ve Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi gereğince varlık kazanmaktadır. Dar anlamda eşit davranma borcu doğrultusunda işverenin iş sözleşmesinden doğan yetkilerini amacı dışında kullanmaması, yönetim hakkını işçiler arasında keyfi ayırım yapacak şekilde kötüye kullanmaması gerekmektedir. İşverenin dar anlamda eşit davranma borcu altında olmasının temelinde TMK madde 2 ile düzenlenen dürüstlük kuralı bulunmaktadır³²². Dar anlamda eşit davranma borcunun nitelikleri, hukuki nitelik farklılığın net bir şekilde ortaya konması açısından aşağıda ayrımcılık yasağı ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

³²¹ Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 66; Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58)979; Doğan Yenisey, "Fesihte Eşit Davranma Borcu" (n 40) 60; Süzek (n 4)469; Yıldız (n 4) 64-65, Yıldız, "Fesihte Eşit İşlem" (n 145) 841; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 429; Ünal (n 28) 55; Ugan Çatalakaya (n 6) 177-179; Ugan Çatalakaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 870 vd.

³²² Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11)66; Ertürk (n 38) 99-100; Aykaç, "Fesihte Eşit Davranma" (n 6) 58; Ugan Çatalakaya (n 6) 159.

a. Dar anlamda eşit davranma borcunun niteliği

İşverenin eşit davranma borcunun mutlak ya da nispi nitelik taşıyıp taşımadığı, yanıtlanması gereken sorulardan biridir. Öğretideki hakim görüşe göre, iş hukukunda eşit davranma ilkesi mutlak değil, nispi bir nitelik taşır³²³. Gerçekten de eşit davranma borcu, işverenin tüm işçilere mutlak biçimde eşit davranacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim eşit davranma borcu, aynı veya benzer konumdaki işçiler bakımından aynı veya benzer davranmayı öngörmekle birlikte, daha önce de ifade etmiş olduğumuz eşitlik ilkesinin bir gereği olarak farklı durumdakilere de farklı davranmayı gerektirir.

Bu çerçevede, haklı ve makul sebeplerin söz konusu olması halinde işçiler arasındaki farklı uygulama, yine eşit davranma borcunun bir gereğidir³²⁴. Haklı ve objektif nedenler söz konusu ise işçiler arasında farklılık yapılması, eşit davranma borcunun ihlali sayılmamakta; işçinin yaptığı işin niteliği, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlerden veya çalışkanlık, yetenek gibi sübjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapılabileceği kabul edilmektedir³²⁵.

Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere işverenin yönetim yetkisi işçinin hak ve özgürlüklerin korunması bakımından sınırlanmakta ve bu kapsamda ölçülülük ilkesi müdahalenin sınırları ve hukuka uygunluk denetimi bakımından ayrı bir önem kazanmaktadır. Nitekim işveren ve işçinin sahip olduğu menfaatlerin karşılıklı olarak

³²³ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 120-121; Süzek (n 4) 473; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 211; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 165; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 454; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34)49; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 977; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 374; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1626-1628; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 429; Keser, “İş Sözleşmesi Yapma” (n 250) 24; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 242; Aykaç, “Fesihte Eşit Davranma” (n 6) 62; Ugan Çatalkaya (n 6) 170. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Y.9.HD. E.2011/33127, K.2013/25090, 7.10.2013 (Legalbank) (ET:3.10.2021). Ancak Yıldız, eşit davranma borcunun mutlak, nispi, kısmi gibi bir sınıflandırma yapılmasının eşitlik ilkesi ile ilgili ortaya konmak istenen genel ilkelerle bağdaşmayacağını ifade etmektedir, Yıldız (n 4) 210-211.

³²⁴ Süzek (n 4) 474; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 211; Yıldız (n 4) 66; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 428-429.

³²⁵ Süzek (n 4) 473; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 5, 132; Narmanhoğlu (n 150) 328; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 67; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 377; Demir, “Tazminat” (n 41) 24; Yıldız (n 4) 66. Y.HGK.’nın 25.11.2020 tarihli, E.2017/1795, K.2020/954 sayılı kararında bu husus “İşveren, işçiler arasında gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerek çalışkanlığı, yeteneği, performansını gibi sübjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir.” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer yönde bkz. Y.HGK. E.2016/1538 K.2019/1028, 10.10.2019; Y.9.HD. E.2010/6862, K.2010/7768, 23.3.2010 (Lexpera) (ET:3.10.2021).

dengelenmesinde, işverenin ve işçinin hak ve özgürlüklerin ölçüsüz biçimde sınırlanıp sınırlanmadığının denetimi ölçülülük (*elverişlilik, gereklilik, orantılılık*) ilkesi ile yapılmaktadır. İşverenin işlem ve eylemlerinde, aldığı kararlarda işçiler arası farklı bir muamelenin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı, yapılan farklı muamelenin amaçla ölçülü olup olmadığı; eşit davranma borcunun ihlal edilip edilmediğinin tespitinde de bir ölçüt olarak kullanılacaktır³²⁶. Dolayısıyla işveren farklı davranışını haklı ve objektif olan meşru bir amaca dayandırabilmiş ve kullanılan araç ile hedeflenen amaç ölçülü ise, farklı uygulamanın dar anlamda eşit davranma ilkesini ihlal ettiği söylenemeyecektir³²⁷.

Ayrıca eşit davranma ilkesinin mutlak olarak uygulanacağı kabul edilirse, bu durumun işverenin sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı ve herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme gibi haklarının orantısız bir şekilde ihlal edilmesi söz konusu olacaktır³²⁸. İşverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim hakkı kapsamında takdir hakkına sahip olmasından hareketle, öğretide bazı görüşlerce iş akdinin feshinde de eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanamayacağı savunulmaktadır³²⁹. Öğretide ayrıca bazı görüşler tarafından eşit davranma borcunun mutlak uygulama ve mutlak olmayan uygulama alanı şeklinde bir sınıflandırmaya gidildiği görülmektedir. Buna göre kişi hak ve özgürlüklerine mutlak olarak uyulması gereken durumlar, sosyal yardımlar ve yönetim haklarına ilişkin konular, eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanacağı alanlar olarak ifade edilmekte; eşit davranma borcunun işverenin

³²⁶ Ugan Çatalkaya (n 6) 67, 228 vd.

³²⁷ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 121; Süzek (n 4) 474, 477; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 996 vd., 1001 vd.; Yıldız (n 4) 66, 178; Gülmez (n 6) 10; Keser, “İş Sözleşmesi Yapma” (n 250) 24; Ugan Çatalkaya (n 6) 226.

³²⁸ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 977; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1626.

³²⁹ Mollamahmutoglu, Astarlı and Baysal (n 55) 212; Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 121; Demir, “Tazminat” (n 41) 24; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1630. Tuncay ise, eşit davranma ilkesinin iş akdinin feshinde uygulanmaması değil, fesihte ayırım yapılmasını gerektirebilecek sebeplerin bulunabileceğine işaret etmekte, eşit davranma borcunun daha çok olağanüstü fesihte uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir, Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 217. Süzek ise, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında eşit davranma ilkesinin fesihte de aranacağını ifade etmektedir, Süzek (n 4) 487 vd. Dar anlamda eşit davranma borcu, çalışmamızın ana inceleme konusu olmadığından bu konudaki tartışma ve görüşler hakkında daha fazla detaya yer verilmeyecek olmakla birlikte, ayrımcılık yasağı ile kıyaslama yapılırken gerekli yönleri ile ele alınacaktır.

sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işe alma, fesih ve ücrette³³⁰ ise mutlak olarak uygulanamayacağı savunulmaktadır³³¹.

Kanaatimizce, dar anlamda eşit davranma borcu eşit durumdakilere eşit, farklı durumdakilere farklı davranmayı öngören yapısı nedeniyle nispi bir nitelik taşımakta olup, mutlak bir şekilde uygulanması halinde var olan eşitsizlikleri gidermek yerine derinleştirebilecektir. Eşit davranma borcunun işverenin yönetim hakkını, emir ve talimat verme hakkını tamamen ortadan kaldıracak, takdir hakkına yer vermeyecek nitelikte mutlak uygulanması, iş hukukunun toplumsal ve sosyal denge amacına da ters düşecektir. İşveren, iş ve işletmenin gerekleri çerçevesinde makul kararlar almak ve uygulamak yetkisine sahip olup, önemli olan yapılan uygulamalar, eylemler ve alınan kararlar yönünden işçiler arasında haksız ve keyfi farklılıkların yaratılmamasıdır.

b. Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları³³²

Koşullardan ilki, aynı işyerinde çalışan işçiler olma (“işyerinde birlik³³³”) ve benzer durumda olma olarak ifade edilmektedir. Aynı işyerinde çalışma durumuna ilişkin olarak bir görüşe göre, işveren yalnızca aynı işyerinde çalışan işçilere karşı böyle bir yükümlülük altındadır. Başka bir deyişle farklı işverenlere ait olan farklı işyerleri ya da aynı işverenin farklı işyerleri söz konusu ise eşit davranma borcu kural olarak söz

³³⁰ *Tuncay*, işçinin işe girişinde sözleşme özgürlüğünün ağır basarak, başlangıçtaki ücret belirlemede eşit davranma ilkesi ile bağlı olmadığını; ancak sonraki aşamada işyerinde uygulanmakta olan ücret sistemlerinde sonradan yapılacak değişikliklerde ise işverenin eşit davranma ilkesi ile bağlı olduğunu ileri sürmekte; mutlak ayırım yasakları olarak sınıflandırdığı ayrımcılık kriterlerinin ücretin başlangıçta belirlenirken de bağlayıcı etkiye sahip olduğunu ifade etmektedir, *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 168-176.

³³¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 212; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 460 vd.; Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 117 vd.; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1627; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 259-260; Murat Kandemir and Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi” (2014) 19 (30-31) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 21. Mutlak sınıflandırması yönünden eleştiriler için bkz. Yıldız (n 4) 210; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1627-1628.

³³² Koşullar hakkında detaylı inceleme ve değerlendirmeler için bkz. *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 148 vd.; Çelik, “Eşit Davranma Borcu” (n 41) 5-6; Yıldız (n 4) 179 vd.; Tunçomağ and Centel (n 57) 146; Süzek (n 4) 472-473; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 213-214; Kaya, Eşitlik ve Ayrımcılık (n 34) 124 vd.; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 431 vd.; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 65 vd.; Doğan, “Eşitlik İlkesi” (n 250) 183 vd.; Aykaç, “Fesih Eşit Davranma” (n 6) 61 vd.

³³³ *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 148; Süzek (n 4) 472; Yıldız (n 4) 179; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 432; Doğan, “Eşitlik İlkesi” (n 250) 183.

konusu değildir³³⁴. Diğer görüşe göre ise yükümlülüğün yer açısından dar olarak uygulanması adil olmayan durumlara sebep olabilecektir³³⁵. Tamamen birbirine benzeyip tekdüze esaslarla yönetilen, yer itibarıyla yakın bulunan ya da işçiler arası nakillerin gerçekleştiği aynı işletmeye bağlı işyerlerinin oluşturduğu durumlarda da işverenin eşit davranma borcunun devam ettiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir³³⁶. Bu bakımdan, eşit davranma borcunun uygulanması bakımından her koşulda aynı işyeri veya aynı işverenin işçisi olmak ön koşul sayılmamalıdır. Nitekim aşağıda da yer verileceği üzere, farklı işyerinde çalışan emsal işçiye göre değerlendirme yapılması ya da aynı işverenin işçisi olmayan geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalışan işçiler bakımından durum böyledir.

Eşitlik ilkesinin uygulanmasında bazı hallerde işyeri farklı olsa dahi emsal işçiye göre değerlendirme yapıldığı durumlar da söz konusudur. Örneğin İş Kanunu madde 12 uyarınca belirli ve belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçiler arasında ayrımcılığın önlenmesinde ya da madde 13 uyarınca kısmi süreli işçiye karşı farklı muamelenin önlenmesinde emsal işçi kriteri kullanılmaktadır. İşyerinde kıyaslamaya konu edilecek aynı veya benzer konumdaki bir işçi bulunmaması halinde o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen bir emsal işçi üzerinden değerlendirme yapılacaktır³³⁷.

Eşit davranma borcunun uygulanabilmesi açısından işçilerin aynı niteliklere sahip, eşit değerdeki benzer işlerde çalışan işçiler olması gerekmektedir; başka bir deyişle işçilerin niteliklerinin de dikkate alınması gerekmekte olup, yaptıkları işin niteliği, işçinin

³³⁴ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 148-149; Mollamahmutoglu, Astarlı and Baysal (n 55) 213; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1626; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 70; Yuvalı (n 243) 48; Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 304) 31 vd.; Veli Karagöz, “İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı”, (2012) V (1) EÜSBED 57, 61.

³³⁵ Yıldız (n 4) 180.

³³⁶ Yıldız, yer açısından bu borcun uygulanmasının, organizasyon yapısından çok yapılan işin ve çalışma koşullarının benzerliği ile ortaya çıktığını, bu sebeple eşit davranma borcunun işyeri düzeyini aşacak şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmektedir, Yıldız (n 4) 179-181; Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 117; Kaya, *Eşitlik İlkesi* (n 34) 146; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 124; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 432; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 64-65.

³³⁷ Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 125.

öğrenim düzeyi, kıdemi, çalışkanlığı gibi nedenlerle yapılan farklı uygulamalar eşitliğe aykırılık teşkil etmeyebilecektir³³⁸.

Diğer bir koşul, işyerinde bir işçi topluluğunun varlığıdır. Ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda ayrımcılık sebeplerinden birine dayanan davranış yeterli kabul edilmektedir ve işyerinde tek bir işçi dahi olsa ayrımcılık yasağının ihlali mümkündür³³⁹. Eşit davranma borcunda ise karşılaştırma (kıyaslama) söz konusu olduğundan, eşitlik kavramının doğasından da kaynaklı olarak, birden fazla işçinin bulunması gerekmektedir³⁴⁰.

Geçici iş ilişkisi söz konusu olduğunda ise, 2016 öncesi, gönderilen işverenin geçici iş ilişkisi ile gelen işçilere karşı aralarında bir iş sözleşmesi bulunmaması nedeniyle kanunda bu yönde ayrıca bir hüküm de olmadığından eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı öğretide ifade edilmiştir³⁴¹. Ancak geçici iş ilişkisini düzenleyen İş Kanunu madde 7 metninde 2016 yılında yapılan değişikliklerle birlikte, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurumu hukuki bir temele kavuşmuştur³⁴². Bu kapsamda gerek geçici iş ilişkisine ilişkin 2008/104/EC sayılı AB Direktifi³⁴³'ne de uygun olarak mevzuatımızdaki bu değişikliklerle birlikte, geçici iş ilişkisinde eşit davranma borcu açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu çerçevede geçici işçiler, çalıştırıldıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit davranma ilkesi uyarınca yararlandırılmalıdır. Aynı şekilde geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu

³³⁸ Süzek (n 4) 473; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 458, 460; Narmanlıoğlu (n 150) 155-156; Yıldız (n 4) 65-66; Çelik, "Eşit Davranma" (n 41) 6; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 429.

³³⁹ Süzek (n 4) 473; Yıldız (n 4) 186; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 432; Ugan Çatalkaya (n 6) 160-161; Aykaç, "Fesihte Eşit Davranma" (n 6)59; Ugan Çatalkaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 877.

³⁴⁰ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 19; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55)213; Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 117; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 126 vd.; Doğan Yenisey, "Fesihte Eşit Davranma Borcu" (n 40) 62; Yıldız (n 4) 185; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 68.

³⁴¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 732; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 68.

³⁴² İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6715, Kabul Tarihi:6.5.2016, RG. 20.5.2016/29717.

³⁴³ Directive 2008/104/EC. Direktif, eşit davranma borcunun içeriğini ve kapsamını, ilkenin istisnalarını ve geçici işçiyi koruyan diğer mekanizmaları düzenlemekte olup, inceleme için bkz. Güzel A and Heper H, "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!... : Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi", (2017) 1 (52) Çalışma ve Toplum Dergisi 48 vd.

işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı halinde sağlanacak koşulların altında olamaz (madde 7). Düzenleme gerekçesinde, temel çalışma koşullarından anlaşılması gereken hususların kapsamında çalışma süreleri, fazla çalışma, ara dinlenmeleri, gece çalışması ve işyerinde yapılacak mesleki eğitim, yıllık izin, iş sağlığı ve güvenliği, genç çalışanların ve hamilelerin korunması gibi tüm koşulların yer aldığı ifade edilmiştir³⁴⁴. İlgili hükümler hem meslek edinilmiş hem de meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi için geçerlidir³⁴⁵. Ancak maddede eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımını düzenlenmiştir. Bu kapsamda öğretide bazı görüşlerce, İş Kanunu madde 5 düzenlemesinin kıyasen uygulanmasının ve bu durumda yoksun kalınan haklarla birlikte ayrımcılık tazminatının da talep edilebileceğinin isabetli bulunduğu görülmektedir³⁴⁶.

Eşit davranma borcunun uygulanması açısından bir diğer koşul ise kolektif bir uygulamanın yani işyerindeki tüm işçileri ilgilendiren bir uygulamanın, davranış veya işlemin söz konusu olmasıdır. Örnek olarak kolektif nitelikteki bir ikramiye uygulaması halinde yararlandırılmayan işçiler yönünden eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olabileceken, münferit bir uygulama olarak işçilerden birinin ödüllendirilmesi, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince ihlal teşkil etmeyecektir³⁴⁷.

Diğer bir koşul, zamanda birlik olarak ifade edilmektedir. Bunun anlamı, borcun ihlal edilip edilmediği değerlendirmesinde karşılaştırma yapılırken aynı zaman dilimi içinde gerçekleşmiş uygulamaların esas alınmasıdır³⁴⁸. Adil sonuçların sağlanması için bu kapsamda işyerinde kıyaslanabilir olan işçilerin çalışma koşullarının aynı veya benzer

³⁴⁴ Süzek (n 4)309-310; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55)144. Konu hakkında detaylı bilgi ve özellikle ücret hususun da çalışma koşulları kapsamına dahil edilmesi gerektiği yönünde bkz. Baskan ŞE, "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi" (2017) XXI (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-33.

³⁴⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55)144.

³⁴⁶ Güzel and Heper, (n 343) 51; BASKAN, (n 344) 33.

³⁴⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 214; KAYA, *Eşitlik İlkesi* (n 34) 150; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 128; Ertürk (n 38) 104; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 138, 150; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 67. İşverenin yaptığı işlemi haklılaştıramaması durumunda bireysel nitelikli işlemin de eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Yıldız (n 4) 187-189; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 433-434.

³⁴⁸ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 150; Yıldız (n 4) 189 vd.; Uşan "Eşit Davranma" (n 57) 1626.

olarak devam ettiği süre içinde gerçekleşen uygulamaların aynı zaman dilimi içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁴⁹.

Eşitlik ilkesinin kapsamı, sınırları, ölçütleri gibi hususlar mevzuatlarda, ulusal ve uluslararası belgelerde düzenlenmekle birlikte her somut olay bazında değerlendirme yapılması önem teşkil etmektedir.

3. Ayrım Yapmama Borcu

Ayrımcılık yasağı, anayasa, kanun ve uluslararası sözleşmeler tarafından belirlenen, çoğu zaman sınırlı sayı esasına göre belirlenmemiş, hukuken cevaz verilmeyen birtakım kriterlere dayalı olarak farklı muamele yapılmamasını ifade eder. Ayrım kriterleri, düzenlemelerde farklılık göstermekle birlikte benzer nitelikte bir öze sahiptir. Bu kriterler kişinin insan olmasından kaynaklanan, değiştiremeyeceği, değiştirmesinin beklenemeyeceği veya istenemeyeceği özelliklere ilişkindir³⁵⁰. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz gibi ayrımcılık insan onuruna yapılan bir müdahaledir³⁵¹; ayrımcılık yasağı da bir temel hak ve özgürlük niteliğindedir³⁵².

Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi gibi hukukun her alanını ilgilendiren bir ilkedir. Bu anlamda özellikle güç dengesinin işçi aleyhine bozulduğu iş ilişkilerinde ve genel olarak istihdam ve çalışma hayatında ayrımcılık yasağının önemi büyüktür. Öncesinde tanımını yaptığımız eşitlik ilkesi ve genel anlamıyla eşit davranma borcu, işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması ilkesini de kapsamaktadır. Bu çerçevede, işyerinde çalışan bir işçinin veya işçi grubunun örneğin düşüncesi, inancı, inanışının, cinsiyetinin farklı olması gerekçesiyle işverenin bu işçilerin taleplerini sırf bu sebepten reddetmesi veyahut diğer işçilerin faydalandığı haklardan bu işçileri faydalandırmaması, diğer işçilere göre farklı bir muamelede bulunması hukuka aykırıdır.

³⁴⁹ Yıldız (n 4) 190.

³⁵⁰ Süzek (n 4) 469; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 24; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 431; Ugan Çatalkaya (n 6)157.

³⁵¹ Kılıçoğlu, “Ayrımcılık Yasağı” (n 14) 39; Gülmez (n 6) 5 vd.; Süzek (n 4) 475.

³⁵² Öden (n 5) 126-133,388; Süzek (n 4) 468-469; İnceoğlu, “Eşitlik ve Ayrımcılık” (n 5) 48; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 222-233; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 117; Karan (n 21) 61.

Ayrımcılık yasağı bir sonraki bölümde, çalışmamızın esas konusunu oluşturması dolayısıyla daha detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, işverenin eşit davranma borcunun kademelendirilmesi çerçevesinde bütünlüğün sağlanması için ayırım yasağının niteliğine ve dar anlamda eşit davranma borcundan farklı olan yönlerine bu başlık altında yer verilmesi tercih edilmiştir. Bu kapsamda çalışmamız boyunca değindiğimiz, eşit davranma borcunun bu iki bileşenin nitelik farklılığı, bu başlık altında ele alınacaktır.

a. Mutlak ve nispi ayırım yasakları ayırımı

Ayrımcılık kriterleri Anayasa ve yasalarla belirlenmiş olup, ayırım yasağı oluşturan bu hallerin öğretide *mutlak ayırım yasakları* şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Bu görüşler, ayırım yasaklarını mutlak olarak nitelendirmekte, yasak kapsamında belirlenen kriterler çerçevesinde eşit davranma borcunun mutlak biçimde uygulanacağını savunmaktadır³⁵³. Ayrımcılığın gerçekleşmesi için işverenin işçilerine karşı yasaklanan ayırım temellerine dayalı karar, işlem ve eylemlerinin varlığı ayrımcılık yasağının ihlali teşkil edecektir. Yargıtay kararlarında da bu görüşlere paralel şekilde *mutlak ayırım yasakları* ifadesi kullanıldığı görülmektedir³⁵⁴.

İş Kanunu madde 12 ve madde 13 ile sayılan iş sözleşmesinin türüne göre, mesleğin niteliğine göre ayırım yapma yasakları ile haklı bir ayırım sebebi oluşturup oluşturmadığı somut olay kapsamında değerlendirilen ve önceden saptanması mümkün olmayan ayırım sebeplerinin ise *nispi ayırım yasakları* olarak ifade edildiği ve işverenin bu sebeplere dayanarak da işçileri arasında ayırım yapmama yükümlülüğü olduğunun kabul edildiği

³⁵³ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 211-212; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254)724-727; Onaran Yüksel (n 19)141; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 429, 440; Yuvalı (n 243) 59-60, 238; Karagöz, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 334) 60; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1627. Öğretide *Tuncay*, ayırım yasaklarını mutlak ve görelî (mutlak olmayan) şeklinde sınıflandırmış, yasaklanan temellerde ayrımcılığın mutlak olduğunu ifade ederken, belirtilenler dışında saptanamayacak kadar çok olan ayırım temellerini ise görelî olarak nitelendirmiştir, *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 123 vd. *Narmanhoğlu* ise mutlak ve nispi ayırım yasağı olarak ikili bir sınırlandırma kullanmıştır, s.326. Benzer yönde bkz. Savaş FB, *İşyerinde Manevi Taciz* (Beta 2007) 29-30.

³⁵⁴ Y.9.HD. 14.1.2021, E.2018/7135, K.2021/920; Y.9.HD. 6.10.2020, E.2016/24252, K.2020/10625; Y.22.HD. 3.7.2019, E.2017/23268, K.2019/14998; Y.9.HD. 15.5.2019, E.2016/1423, K.2019/11167; Y.9.HD. 25.7.2008, E.2008/27310, K.2008/22095 (Legalbank) (ET:3.10.2021).

görülmektedir³⁵⁵. Bu görüşe göre, mutlak ayırım yasaklarından farklı olarak, nispi ayırım yasakları açısından benzer durumdaki işçiler arasında bir kıyaslama yapılması söz konusu olacaktır³⁵⁶.

Görüleceği üzere ayrımcılık yasakları incelenirken, mutlak ve nispi olmaları yönünden bir ayırım yapılmış ve ancak nispi ayrımcılık yasaklarının açıklanması esnasında, eşit davranma borcuna yaklaşılmıştır. Nitekim *Narmanlıoğlu*, bu ikili ayrımı yaparken nispi ayırım yasakları yönünden aynı veya karşılaştırılabilir bir işçi grubu bulunması, işyerinin aynı olması, kolektif bir davranış bulunması, aynı zaman diliminde gerçekleşmesi koşullarını saymıştır³⁵⁷. Bu koşullar ise yukarıda bahsettiğimiz dar anlamda eşit davranma borcunun uygulanmasında dikkate alınan koşullar olup, kademelendirdiğimiz ayrımcılık yasağı bu nispi ayırımın konusu değildir. Bu yönüyle, *Narmanlıoğlu*'nun nispi ayırım yasağı olarak ifade ettiği kavramın, savunduğumuz görüş doğrultusunda işverenin eşit davranma borcunun, dar anlamda eşit davranma borcu olarak ifade ettiğimiz yönüne isabet ettiğini tahmin ediyoruz.

Bir diğer açıdan, öğretide ayrımcılık yasağını mutlak olarak nitelendirmeyen bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş ayrımcılık temellerine dayalı farklı işlemlerin de haklı kılınabildiğini ve bu durumda yapılan işlemlerin hukuka uygun sayılabileceğini ifade etmektedir³⁵⁸. Nitekim, İş Kanunu madde 5/3 düzenlemesindeki “*cinsiyet veya gebelikle ilgili söz konusu olabilecek özel durumlar*” ve TİHEK Kanunu tarafından yaş temelinde ayrımcılık yönünden haklı kılma sebepleri düzenlenmiş bulunmaktadır³⁵⁹.

Ayrıca dar anlamda eşit davranma borcunun haklı kılınmasını sağlayacak sebeplere ulaşılması daha kolayken, ayrımcılık yasaklarına dayanan bir farklı muamelenin haklı

³⁵⁵ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 128 vd.; Narmanlıoğlu (n 150) 326. Öğretide *Süzek*, sözleşme türlerine dair ayırım yasağını, dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında nitelendirmektedir, *Süzek* (n 4) 471.

³⁵⁶ Narmanlıoğlu (n 150) 326.

³⁵⁷ Narmanlıoğlu (n 150) 327; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 148 vd.

³⁵⁸ Ünal (n 28)147; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 459; Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 304) 31, 40. Ayrıca bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 225 vd.

³⁵⁹ Ünal (n 28) 147. *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca* ise bu görüşü isabetli bulmakla birlikte, m.5/3 ile kast edilen hususun ayrımcılık yapılabileceği yönünde değil, farklı işlemin haklılaştırılabilmesi durumunda ayrımcılık olarak kabul edilmeyeceği şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir, *Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca* (n 4) 459.

kılınması daha zordur³⁶⁰. Ancak ayrımcılık kriterlerinden birine dayalı farklı bir muamelenin haklı kılınması imkansız da değildir. Örneğin dini bir ibadethanede çalışacak kişinin, farklı bir dini görüşe sahip olanlar içerisinde seçilmesinin beklenmemesi, makul bir gerekçe olarak kabul edilebilecektir. Nitekim AB direktiflerine bakıldığında da özellikle dolaylı ayrımcılık hallerinde, görünüşte tarafsız bir hüküm, kriter ya da uygulama, meşru bir amaç taşımakla haklı bir gerekçesi varsa ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise hukuka aykırı sayılmamaktadır³⁶¹. Ancak ayırım yasağına dair belirtilen kriterlere dayalı bir muamelenin, işlemin veya kararın uygulaması çok sınırlı ve sıkı bir denetime tabi olacak, daha katı yorumlanacaktır. Kanaatimizce ayırım yasakları bakımından mutlak ve nispi şeklinde bir sınıflandırma yapılmaması, ilkenin bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir³⁶².

b. Dar anlamda eşit davranma borcundan farklılaşan yönler

Ayrımcılık eylemi, pozitif ayrımcılık dışında, olumsuz bir farklı muameleyi ifade etmekte olup, kişiyi diğer kişilerden daha kötü bir konuma getirmekte; eşit davranma borcu ise farklı davranışı gerektiren haklı bir neden olmadığı sürece devam etmektedir. Bu nedenle ayrımcılık yasağında bir kaçınma, yapmama hali söz konusu iken, eşit davranma borcunda eşit işlem yapma hali ön plandadır³⁶³.

Ayrımcılık yaratan işlem ve davranışlar eşitliğe aykırı sayılabilecekse de her eşitliğe aykırı uygulama ayrımcılık sayılmamaktadır³⁶⁴. Ayrımcılık yasakları daha çok temel hak ve özgürlüklerin, insan onurunun korunmasını konu almakta; dar anlamda eşit davranma borcu ise işverenin yönetim hakkını ve bu çerçevede verdiği kararların,

³⁶⁰ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 997; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 64; Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi" (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 681, 689; Aykaç, “Fesih Eşit Davranma” (n 6) 58.

³⁶¹ Bkz. 2000/78/EC, m.2,2, (b); 2006/54/EC, m.2,1, (b).

³⁶² Ayrıca bkz. Yıldız (n 4) 89, 210-211.

³⁶³ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 977; Yıldız (n 4) 69; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 755; Aykaç, “Fesih Eşit Davranma” (n 6) 57.

³⁶⁴ Ağırbaşı (n 14) s.34; Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 867.

uyguladığı işlemlerin keyfiyet taşınamaması, farklı muamele oluşturmaması; farklılaşan işlemlerin haklı ve objektif bir nedene dayanmasını ifade etmektedir³⁶⁵.

Mutlak emredici kurallarla düzenlenen ayrımcılık yasakları karşısında, işçilerin arasında (*örneğin eğitim durumu, kıdem, performans, verimlilik, liyakat gibi bir sebeple yapılan*) farklı bir muamelenin meşrulaştırılması daha kolay görülmektedir. Başka bir deyişle, ayırım yasağına tabi kriterlerin belirli olması, ölçülülük denetiminin ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin bir iddiada daha katı uygulanmasına yol açmaktadır³⁶⁶.

Ayrımcılık yasağında, dar anlamda eşit davranma borcundan farklı olarak, bazı kriterlerin hukuka aykırılığı ulusal veya uluslararası mevzuat ile önceden belirlenmektedir. Bu kapsamda ayırım yasaklarının mutlak emredici niteliği ve ayrımcı uygulamanın hukuka aykırı olduğu konusunda tereddüt yoktur. Ancak dar anlamda eşit davranma borcunu ihlal eden uygulamalar, bu borcun temelinde dürüstlük kuralının yatmasından hareketle hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmekte, ihlal ile işverenin sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davrandığı, sözleşmeden doğan yetkilerini amacını aşacak şekilde kullandığı kabul edilmektedir³⁶⁷.

Bu husus her iki ilkenin aykırılığının yaptırımı noktasında da fark yaratmaktadır. Nitekim hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, TMK madde 2/2 gereğince hukuk düzeni tarafından korunmama olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak ayrımcılık yasağının ihlali açıkça hukuka ve emredici hükümlere aykırılık teşkil ettiğinden, bu halde kesin hükümsüzlük yaptırımının devreye gireceği ifade edilmektedir³⁶⁸.

Ayrımcılık yasağının ihlali için, yasaklanan kriterlerden birine dayanan ayrımcı davranışın gerçekleşmesi yeterli olmakla birlikte, eşit davranma borcunun uygulanmasında yukarıda ayrıca açıklamış olduğumuz birtakım koşullar aranmaktadır.

³⁶⁵ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 121; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 66; Aykaç, “Fesihte Eşit Davranma” (n 6) 58.

³⁶⁶ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 997; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 64-67; Yıldız, “Orantılılık” (n 360) 689; Aykaç, “Fesihte Eşit Davranma” (n 6) 58.

³⁶⁷ Ugan Çatalkaya (n 6) 158.

³⁶⁸ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 234-235; Yıldız (n 4) 320; Ünal (n 28) 492-493; Ugan Çatalkaya (n 6) 158; Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 871. Ayrıntılı açıklamalarımız için ayrıca bkz. 3. Bölüm, III, C, (1).

Bir diğerk fark teşkil eden husus, kıyaslama konusudur. Ayrımcılık yasağında önemli olan ayırım teşkil eden davranış, karar veya uygulamadır. Bu kapsamda tespit için kıyaslama her zaman şart değildir, yani bir işçi topluluğunun bulunması aranmamaktadır³⁶⁹. Mutlak ayırım yasaklarında kıyas olmayacağı ve ancak nispi ayırım yasaklarında ise farklı işlemin tespitinde bir kıyas yapılmasının gerekli olacağı da ifade edilmektedir³⁷⁰. Eşit davranma borcunda ise aynı veya benzer durumda olup olunmadığının ve bu kapsamda aynı veya benzer bir uygulama yapılıp yapılmadığının karşılaştırma yoluyla tespiti yapılmakta; karşılaştırılabilir durumda olan işçiler arasında kıyaslama yapılmaktadır³⁷¹.

Dar anlamda eşit davranma ilkesinin uygulanması için, ayırım yasaklarından farklı olarak, hizmet ilişkisinin kurulmuş olması, çalışma koşullarında veya fesihle işveren tarafından eşit davranma borcuna uygun hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁷².

Bu bölümde eşitlik ve ayrımcılık kavramları, eşitlik ilkesi, iş ilişkilerinde eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı ile bağlantılı kavramlar genel çerçevede ele alınmış, özellikle eşitlik ilkesinin iki yönlü yapısını oluşturan dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağının ortak amaçları ve hukuken farklı niteliklere sahip oldukları ortaya konmuştur. Bu açıklamalarımızdan sonra bir sonraki bölümde, çalışmamızın esas

³⁶⁹ Süzek (n 4) 473; Yıldız (n 4) 186; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 432; Ugan Çatalkaya (n 6) 160-161; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 59; Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 877. Doğan Yenisey bu noktada “farklı işlem yasağı”nın niteliği itibarıyla kıyas gerektiğine de değinmektedir, Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 982. Karşılaştırma yapılmaması görüşü mutlak olmayıp bu konudaki görüşler için bkz.3. Bölüm, II, A.

³⁷⁰ Bu noktada işbu kıyaslama yapılması görüşü, nispi ayırım yasakları ifadesi ile doktrinde dar anlamda eşit davranma borcunun kast edildiğine dair görüşümüze de desteklemektedir, Narmanlıoğlu (n 150) 326.

³⁷¹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 149; Süzek (n 4) 473; Narmanlıoğlu (n 150) 327-328; Kaya, Eşitlik ve Ayrımcılık (n 34) 126 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 213; Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 117; Doğan Yenisey, “Fesihle Eşit Davranma Borcu” (n 40) 62; Yıldız (n 4) 185; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 68; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 63.

³⁷² Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 128; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 211; Yıldız (n 4) 67-68; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 433; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 60; Akı, “İşe Alımda Eşit İşlem” (n 304) 138. Gülmez, iş ilişkisi teriminin, işe giriş aşamasını da içerdiğini ifade etmekte, ilkenin bütünselliğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir, Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 246-247. Borcun doğduğu an veya var olup olmadığı konusunda farklılaşma olduğundan, ilgili konu ve bu çerçevede öğretilerdeki görüşler ilerleyen başlıklarda detaylı olarak ele alınacaktır. Bu çerçevede her iki borç bakımından bu yönde bir farklılaşma bulunduğu açıklaması ile yetinilmektedir.

konusu olan ayrımcılık yasağı detaylı olarak ele alınacak ve iş ilişkisinin aşamalarına göre sınıflandırma yapılarak değerlendirilecektir.



BÖLÜM 2

AYRIMCILIK YASAĞININ KAPSAMI VE İŞ İLİŞKİLERİNDE UYGULANMASI

I. AYRIMCILIK YASAĞI

A. AYRIMCILIK YASAĞININ KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI

Ayrımcılık yasağı kapsamında ilk olarak yasağın koruma altına aldığı birey ve grupları tespit etmek yerinde olacaktır³⁷³. Düzenlemelerin bir kısmında, ayrımcılık yasağının korunan kişi bakımından kapsamı açık ve geniş biçimde ifade edilmiş olabileceği gibi bazı düzenlemelerde bu hususta açıklık bulunmayabilir³⁷⁴.

Örneğin BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, "kadınlara karşı ayrımcılık" tanımından hareketle, kadınlar yönünden bir koruma getirmektedir. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, "engelliliğe dayalı ayrımcılık" tanımı ile birlikte engellilik temelinde ayrımcılığa karşı bir koruma öngörmektedir. Bu çerçevede engelli olmayan birinin, örneğin engelli yakını tarafından maruz kalınan dolayısıyla ayrımcılık hali gibi durumlar haricinde, engellilik temeline dayanarak ayrımcılığa uğradığını ileri sürmesi mümkün değildir. BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ırk, renk, soy, ulusal veya etnik köken temellerinde ayrımcılığın yasaklanmasına yer vermiş, koruma kapsamını daha geniş düzenlemiştir.

İHAS, taraf devletlerin, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayacağını düzenleyerek, haklardan herkes tarafından yararlanılabileceğini kabul etmektedir. Hukukumuzda da Anayasa madde 10, "herkes" ibaresi ile ayrımcılığa karşı koruma kapsamını geniş tutarak korunan kişi bakımından bir sınır getirmemiş ve açık uçlu bir

³⁷³ Bu noktada tek yönlü, iki yönlü ve asimetric veya simetric olarak adlandırılan yaklaşımlara ilişkin inceleme için bkz. Karan (n 21) 109 vd.

³⁷⁴ Gül and Karan (n 24) 175.

yaklaşım benimsemiştir³⁷⁵. TCK bakımından ayrımcılık yasakları değerlendirildiğinde, madde 122 ile sınırlı sayıda ayrımcılık temeline yer verilmişse de, koruma bakımından suçun mağduru herkes olabilecektir. Mağdur açısından vatandaş ve vatandaş olmayan ayrımı yapılmamıştır. Ancak koruma alanı gerçek kişi ile sınırlı görülmektedir³⁷⁶.

İş Kanunu madde 5 ile sözleşme türü temelli ayrımcılık haricinde, temel hak ve özgürlüklere dayanan ayırım yasaklarına da yer verilmiştir. İşe alma dahil tüm aşamalarda uygulanacak ayırım yasakları, temel insan hak ve özgürlüklerini koruma kapsamına aldığından, iş hukuku da bu yönüyle sadece çalışanları değil, bireyin kişisel hak ve özgürlükleri ile onur ve saygınlığını da koruyan bir hukuk dalı olarak *temel hak ve özgürlükler hukuku içinde* yer almaya başlamıştır³⁷⁷.

Ayrımcılık yasağı kapsamında bir diğer husus ise ayrımcılığı gerçekleştiren kişi yönünden kapsamın tespitidir. Ulusal ve uluslararası mevzuat incelendiğinde, insan haklarının korunması yönünden devletlerin yükümlü kılındığı görülmektedir. Devletler insan haklarını ihlal etmemekle (kaçınmakla) yükümlü olduğu kadar, aynı zamanda pozitif düzenleme yapmakla yükümlüdür. Ayrımcılık yasakları bakımından da devlet bireylere karşı ayrımcılık yasağını ihlal edecek düzenleme, uygulama ve eylemlerden kaçınmalı, gerekli önlemleri almalı ve bireyler arası ilişkilerde de ayırım yapılmamasını güvence altına almalıdır³⁷⁸. Nitekim bireyler arası ilişkilerde temel hak ve özgürlüklerin ihlali riskinin en fazla olduğu ilişki, iş ilişkisidir. Bu nedenle, bu ilişkide ayrımcılığın önlenmesi özellikle önem taşır.

Örneğin Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, devletler için ulusal ya da yerel tüm kamu yetkilileri ile kamu kurumlarının bu yükümlülüğe uygun hareket etmelerini sağlamayı, aynı zamanda yasal düzenlemeler yapmak dahil, tüm uygun yöntemlerle, herhangi bir birey, grup veya örgüt kaynaklı ırk ayrımcılığını da yasaklamayı öngörmüştür (madde 2). Burada gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri

³⁷⁵ Karan (n 21) 127.

³⁷⁶ Karan (n 21) 135.

³⁷⁷ Tuncay, "İrk ve Etnik Köken" (n 57) 733, dn.26; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 65; Doğan Yenisey, "Fesihte Eşit Davranma Borcu" (n 40) 61; Aykaç, "Fesihte Eşit Davranma" (n 6) 54. Gülmez eşit davranma ilkesinin bütünüyle bir temel insan hakkı olduğunu, hem ayrımcılık yasağı hem de diğer boyutu ile sadece işverenin borcu olarak ele alınmasının bu önemli hususun göz ardı edilmesine sebep olabileceği değerlendirmesinde bulunmaktadır, Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 239.

³⁷⁸ Karan (n 21) 139.

arasındaki ilişkilerin de kapsama dahil edildiği ifade edilebilecektir³⁷⁹. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, benzer şekilde taraf devletlere herhangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek için bütün uygun önlemleri alma yükümlülüğü getirerek yine kişiler arasındaki ilişkilerde de ayrımcılık yasağının yatay etkisine yer vermektedir (madde 2). Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme de benzer düzenleme getirmektedir (madde 4).

Türk hukukunda da anayasal hükümlerin yatay etkisi incelenmiştir. Bu çerçevede üçüncü kişiler devlet dışında, temel hakkın yükümlüsü olabilecek özel hukuk kişileridir³⁸⁰. Anayasa’da yer alan hukuk kurallarının, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri açısından da yükümlülük doğurduğu kabul edilmektedir³⁸¹. Ayrıca daha önce de incelemiş olduğumuz Anayasa madde 11 ile anayasadaki hükümlerin yasama, yürütme, yargı organları ve idari makamlar ile birlikte diğer kuruluş ve kişileri de bağladığı kabul edilmiştir³⁸². Anayasa’nın 10. maddesi ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi açısından, kamu makamları veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri açısından bir farklılık öngörmemiştir. Bu anlamda ilgili düzenlemenin işverenleri ve sendikal örgütleri de bağladığı açıktır. Yasal dayanaklara da bakıldığında gerek TİHEK Kanunu (madde 3), gerek İş Kanunu (madde 5) ve TCK (madde 122) ile özel hukuk ilişkilerinde de ayrımcılık yasağı uygulama alanı bulmaktadır.

B. AYRIMCILIK YASAĞININ KONUSU BAKIMINDAN KAPSAMI

Ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler, kadın veya engellilerin korunması temeline dayanan düzenlemelerde olduğu gibi belirli bir temelde koruma sağlayabilir ya da 2006/54/EC sayılı AB Direktifi gibi istihdam, meslek gibi belirli bir alanda korumaya yönelebilir. Belirli konulara özgülenen düzenlemeler olduğu gibi ayrımcılık yasağını geniş kapsamlı düzenleyen belgeler de bulunmaktadır. Örneğin İHAS, ayrımcılık yasağının konusunu sözleşme kapsamındaki haklarla sınırlı tutmakta iken, 12

³⁷⁹ Karan (n 21) 142.

³⁸⁰ Karan (n 21) 152; Ertürk (n 38) 41; Öden (n 5) 154 vd.

³⁸¹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 62-63; Öden (n 5) 155-156.

³⁸² İnceoğlu, “Eşitlik ve Ayrımcılık” (n 5) 48; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 237; Ertürk (n 38) 41.

No.lu Protokol ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ayrımcılık yasağının korumasını bireylere tanınmış tüm hakları kapsama alacak nitelikte düzenlemiştir.

Anayasa'nın 10. maddesi, daha önce de değindiğimiz üzere hem temel bir ilke hem de temel bir hak olarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ele almakta olup, Anayasa'da mevcut tüm hak ve özgürlükler bakımından geçerlidir³⁸³. TCK ile düzenlenen ayrımcılık suçunun, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenleme yapıldığı görülmektedir (madde 122). Ancak bu suç bakımından, iş ilişkileri sadece işe alım aşaması kapsama dahil edilerek sınırlı bir şekilde ele alınmıştır.

TİHEK Kanunu herkesin hukuken tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından eşit olduğu düzenlemesine yer vererek, geniş bir koruma kapsamı öngörmektedir (madde 3). TİHEK Kanunu ayrımcılık yasağının kapsamını ayrıca düzenlemiştir. Bu kapsamda eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetler yönünden; dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkanlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma yönünden kimseye ayrımcılık yapılamayacağı kapsam dahilinde sayılmıştır (madde 5). Bir sonraki maddede ise istihdam ve serbest meslek süreçleri kapsamında ayrımcılık yasağı düzenlemesi getirilmiştir. İş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları kapsayan ayrımcılık yasağı düzenlemesi, lafzından da anlaşıldığı üzere geniş bir koruma içermekte ve açık uçlu yaklaşım benimsenmektedir.

İş ilişkilerine dair diğer bir düzenleme İş Kanunu'nda yer almaktadır. İş Kanunu, tüm işyerlerinde, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konusuna bakılmaksızın uygulanacak olup, 4. madde ile bu kuralın istisnası düzenlenmiştir. Bu anlamda İş Kanunu'nun uygulama alanı ve buna bağlı olarak ayrımcılık yasağını düzenleyen 5. maddenin koruması, bu istisna kapsamındaki kişileri

³⁸³ Karan (n 21) 180.

kapsamamaktadır³⁸⁴. Ayrıca Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu yönünden, İş Kanunu'nun uygulanacağı durumlar sınırlı olarak sayıldığından, madde 5 hükmü yine uygulama alanı bulmamaktadır³⁸⁵. Ancak bu halde istisna kapsamındaki kişilerin tamamen korumasız kaldığı izlenimi doğmamalıdır. Zira Anayasa madde 10 uygulaması, herkes için koruma sağlamaktadır³⁸⁶. Ayrıca TİHEK Kanunu, İş Kanunu kapsamında olsun veya olmasın tüm işçileri koruyucu bir ayrımcılık yasağı getirerek bir anlamda bu eksikliği de gidermiştir. Ancak İş Kanunu uyarınca öngörülen başvuru ve yaptırım usullerinden faydalanabilen işçiler TİHEK Kanunu ile getirilen yolları da tüketebilecek iken, İş Kanunu'na tabi olmayanlar için genel hükümler haricinde sadece TİHEK Kanunu ile getirilen başvuru yollarına başvuru mümkündür. Bu hali ile işçiler arasındaki ikili ayırım tamamen ortadan kalkmamış durumdadır.

Ayrımcılık yasağının kişi ve konu bakımından kapsamı üzerinde kısaca durulmasının ardından, esas olarak sınırlı sayıda olamayacağı için tüketilmesi mümkün olmayan, ayrımcılığa temel teşkil eden kriterler aşağıda detaylı olarak inceleme konusu yapılacaktır.

C. AYRIMCILIK YASAĞI KAPSAMINDA SAYILAN KRİTERLER

1. Genel Olarak

Önceki bölümlerle açıkladığımız üzere, ayrımcılık bir kişinin bir gruba mensup olması veya bir kimsenin sahip olduğu ve değiştiremeyeceği veyahut değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği ve istenemeyeceği bir niteliği sebebi ile maruz kaldığı farklı muameledir. Bu nitelikler, ayrımcılık kriterleri (temelleri) olarak da ifade edilmektedir. Bu kriterlerin özellikle sosyal ve ekonomik hayatta, kişiler arasındaki hak ve fırsat eşitsizliğinin temel sebepleri olduğu öğretilerde ifade edilmektedir³⁸⁷. Ayrımcılık temelindeki kriterlerin, kişinin sahip olduğu yaş, ırk gibi kişinin değiştiremeyeceği veya sonradan kendi kararı ile değiştirebileceği cinsiyet gibi biyolojik nitelikte olanlar ve

³⁸⁴ Bu konudaki eleştiriler için bkz. Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 240.

³⁸⁵ Yıldız (n 4) 291-292.

³⁸⁶ Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 241; Yıldız (n 4) 291.

³⁸⁷ Onaran Yüksel (n 19) 96.

kişinin iradesine bağlı olan ancak kişiden değiştirmesi beklenemeyecek ve istenemeyecek olan din, düşünce özgürlüğü gibi kişi hak ve özgürlükleri olarak iki farklı sınıflandırma ile ele alınması mümkündür³⁸⁸. Gün geçtikçe toplumlardaki değer yargılarının değişmesiyle bu kriterlerin de değişmesi, güncellenmesi, kapsamının gelişmesi mümkündür³⁸⁹.

Kriterlerin belirlenmesinde farklı yaklaşımlar söz konusudur³⁹⁰. Bu yaklaşımlardan ilki, hukuk önünde eşitliğin düzenlenmesi yaklaşımıdır. Bu çerçevede kriterler belirtilmemekte, ayrımcılığın yasak olduğu kriter bakımından hakime takdir yetkisi bırakıldığı ifade edilmektedir. İkinci yaklaşım ise kriterlerin sınırlı sayıda belirlenmesi yönündedir. Farklı kriterlerin eklenmesi ya da çıkarılması gibi hususlar bu durumda mevzuat değişikliği ile mümkündür. Aşağıda da detaylı olarak ele alınacağı üzere AB direktifleri, bu yaklaşımı benimsemiş, direktiflerin kapsadığı kriterler çerçevesinde koruma öngörülmüştür (2000/78/EC sayılı Direktif din, dünya görüşü, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı düzenlemektedir. 2000/43/EC sayılı Direktif, ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılığı düzenlemektedir. 2000/73/EC – 2004/113/EC-2006/54/EC - 2010/41/EU sayılı Direktifler, cinsiyet ayrımcılığını düzenlemektedir.). Hukukumuzda ayrımcılığa ilişkin hükümler getiren TİHEK Kanunu madde ve TCK madde 122³⁹¹ tarafından da sınırlı sayıda kritere yer verildiği görülmektedir. Üçüncü olan yaklaşım ise sayılanlarla sınırlı olmayan, örnekleme yolunun kullanıldığı

³⁸⁸ Süzek (n 4) 469; Onaran Yüksel (n 19) 38; Yıldız (n 4) 88.

³⁸⁹ Karan (n 21) 111. Ayrımcılık temelleri belirlenirken çoğu zaman bu temellerin ucu açık bırakılmış, sınırlı sayıda ele alınmamıştır. Her ayrımcılık temelinde korumanın eşit görüldüğünü de söylemek güçtür. Nitekim örneğin cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yasal belgelerle yasaklanmış olsa da, toplumlardaki değer yargılarına göre yaklaşımlar farklılık gösterebilmektedir. Bu noktada teoride ayırım kriterleri arasında bir hiyerarşi olmasa da fiilen böyle bir durumun mevcut olduğunun söylenebileceği Karan tarafından ifade edilmektedir. Farklı muamele, *geleneksel olarak ayrımcılık mağduru olmuş bir gruba yönelik olarak ortaya çıktığında*, söz konusu ayrımcılık temelinin “şüpheli” (*suspect*) olarak sınıflandırıldığı, bu halde belirli kriterlere dayalı olarak ortaya çıkan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturma ihtimalinin yüksek olduğuna dair bir şüphenin varlığının söz konusu olduğu ve bu çerçevede “şüpheli” değerlendirilen temeller yönünden detaylı bilgi için bkz. Karan, “Bireysel Başvuru” (n 140) 256 vd.; Öden (n 5) 315 vd.

³⁹⁰ Ünal (n 28) 39-40; Karan (n 21) 112 vd.; Karan, “Bireysel Başvuru” (n 140) 245-246.

³⁹¹ Özellikle maddenin kanunlaşma sürecinde “ve benzeri sebepler” ifadesi (2014 yılında 6529 sayılı Kanun ile bu ibare çıkarılmıştır) ile ucu açık bir yaklaşım benimsenmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. Ulaş Karan, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği” (2007) (73) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 146, 163; Burcu Demren Dönmez, “Ayrımcılık Suçu” (2012) (102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9, 19.

düzenlemelerde benimsenen yaklaşımdır. Hukukumuzda Anayasa madde 10³⁹² ve İş Kanunu madde 5, madde 18/3 düzenlemeleri, ayrımcılık kriterlerine “ve benzeri” ifadesini kullanarak kapsamlı bir şekilde yer vermiştir. İHAS ve GGASŞ ise “başka/diğer statü (*other status*)” ifadesiyle bu yaklaşımı benimsemiştir³⁹³.

Önceki bölümlerde kavram, normatif dayanakları ve eşitlik ilkesi ile olan bağlantısı ile ele alınan ayrımcılık yasağının dayandığı, hem ulusal mevzuatta hem de uluslararası belgelerde yer alan ortak ve ayrımcılık yasağının kapsamında kabul edilen kriterlere aşağıda detaylıca yer verilecek olup, ayrımcılık olarak değerlendirilmeyen birtakım istisnai düzenlemelere de değinilecektir³⁹⁴.

2. Cinsiyet Sebebiyle Ayrımcılık

a. Genel olarak

Bir kimsenin cinsiyeti sebebiyle ayrımcılığa uğraması ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ile yasaklanmış bulunmaktadır. Nitekim kadın ve erkek bireyler arasındaki eşitsizlik hali geçmişten beri varlığını sürdürmekte, kadınların maruz kaldığı eşitsizlik ve ayrımcılık, yaşamın her alanında devam etmektedir. Nitekim toplumsal normlarla kadınlara yüklenen annelik, ev işleri gibi görevler, gelenek ve değer yargıları, kadınların güçsüz ve zayıf görülmesi gibi birçok husus bu anlamda etkili olmakta; kadınların iş gücü piyasasına katılımında sürekli zorluklarla karşılaşmasına, ön yargılarla mücadele etmesine ve arka planda kalmasına sebep olmakta, işverenler için tercih sebebi olunmamasına da yol açabilmektedir³⁹⁵.

³⁹² AYM, iptal başvurusu kapsamında yaptığı bir incelemede Anayasa m.10 yönünden değerlendirme yaparken“...eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. "Benzeri sebeplerle" de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır.” açıklamasında bulunmuştur. AYM, 11/26, 4.11.1986, RG. 22.02.1987/19380 (AYM Kararlar Bilgi Bankası) (ET:25.7.2021).

³⁹³ Karan, “Bireysel Başvuru” (n 140) 246.

³⁹⁴ İnceleme yapılırken ayrımcılık kriterleri arasında mutlak, nispi veya görelî şeklinde herhangi bir ayrıma gidilmeyecek olup, bu husustaki görüş ve değerlendirmelerimiz için bkz. 1. Bölüm, III, B, (3), (a).

³⁹⁵ İş gücü piyasasında kadın istihdamının yüksek olmaması karşısında, kadın ve erkek işçiler arasında piyasada da ayrıca oluşan eşitsizlik ve ayrımları; farklı işkollarında çalışma, aynı işkolunda statülerde farklılaşma, sözleşme bazında ayrışma olarak üç farklı yaklaşımla ele alan görüş için bkz. Yıldız (n 4) 89.

Özellikle istihdam alanında toplumun kadın ve erkeğe yüklediği rollerin farklı olması, kadının erkeğe göre güçsüz olarak görülmesi, kız çocuklarının eğitime devam etme oranının düşük olması, çocuk yaşta ve erken yaşta evlilik, eğitimdeki fırsat eşitsizliğinin iş yaşamında ve mesleki ilerlemede etkili olması, iş ve gelir dağılımındaki adaletsizlik gibi birçok faktör kadınlara karşı ayrımcılığın ve eşitsizliğin doğumunda etken olmaktadır³⁹⁶.

Tarih boyunca kadınların, doğuştan gelen temel haklarını elde etmeleri, erkeklerle eşit hak ve özgürlüklere sahip olmaları ve haklardan eşit şekilde faydalanmaları için sürekli mücadele vermesi gerekmiştir. Kadınlara karşı ayrımcılığın sona ermesinde, kadın ve erkekler arasındaki eşitliğin sağlanmasında insan hakları ve feminist mücadelenin önemli olduğuna şüphe yoktur. Verilen mücadeleler neticesinde eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi adına uluslararası ve ulusal hukuk alanlarında düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Nitekim temel hak ve özgürlükler, hiçbir fark gözetilmeksizin herkes için geçerli olup, biyolojik ve toplumsal cinsiyetinden bağımsız olarak insanın insan olmasından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda konumuz bakımından da herkesin kendini geliştirme, çalışma, eşit değerde iş için eşit ücret alma, adil çalışma koşullarına sahip olma hakları vardır. Günümüzde hala mevcut olan eşitsiz ve ayrımcı uygulamaların giderilmesi için verilen mücadeleler devam etmektedir³⁹⁷.

Bu bakımdan kadın ve erkekler arasındaki eşitliğin sağlanması ve ayrımcılıkla mücadele için düzenleme yapılması ihtiyacı karşısında, ulusal ve uluslararası belgelerle eşitliği sağlayıcı hükümler ve cinsiyet temelli ayrımcılık yasağı getirilmekte; kadın işçiler için özellikle hamilelik, doğum ve anneliğe ilişkin haklar, fırsat eşitliğini teminat altına alan birtakım korumalar ve önlemler öngörülmektedir.

³⁹⁶ Onaran Yüksel (n 19) 11 vd.; Yıldız (n 4) 95 vd.; Aytaş, “Eşitlik Kavramı” (n 170) 207.

³⁹⁷ TÜİK’in yayımladığı bir rapora göre 2017 yılında, Türkiye’de 15 ve daha yukarı yaştaki istihdam edilenlerin oranı %47,1 olup bu oranın erkeklerde %65,6, kadınlarda ise %28,9 olduğu; işgücüne dahil olmayanların %38,7’sinin bakım sorumluluğu bulunurken erkeklerde bu oranın %14,8, kadınlarda ise %45,9 olduğu; şirketlerde üst düzey ve orta kademe yönetici pozisyonundaki kadın oranının ise %17,3 olduğu ortaya konmuştur, İstatistiklerle Kadın, 2018 (<https://data.tuik.gov.tr/>), (ET:25.7.2021).

Cinsiyet temelli ayrımcılığı, bir kişinin belirli bir cinsiyet grubuna mensup olması veya cinsiyeti dolayısıyla sahip olduğu ya da olmadığı özellikleri sebebiyle farklı muameleye maruz kalması olarak ifade etmemiz mümkündür³⁹⁸.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde kadınlara karşı ayrımcılık, *“siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama”* olarak tanımlanmıştır (madde 1).

Cinsiyet sebebiyle ayrımcılığı incelerken kısaca cinsiyet kavramına da değinmek yerinde olacaktır. Cinsiyeti, biyolojik ve toplumsal cinsiyet olmak üzere iki farklı kavram çerçevesinde ele almak gerekmektedir. Biyolojik cinsiyet ile kadın ve erkek arasındaki yapısal ve genetik farklılıklar temel alınmakta ve fizyolojik farklılıklara işaret edilmektedir.

Toplumsal cinsiyet ise toplumda kadın ve erkeklere biçilen roller çerçevesinde şekillenmekte, biyolojik cinsiyetle açıklanamayan sosyal sınıf, ataerkillik, siyaset ve benzeri farklı hususları barındırmaktadır³⁹⁹. Kadına biçilen toplumsal roller çerçevesinde, kadının sosyal ve ekonomik alandan uzaklaş(tırıl)ması söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda kadının aile ve ev işlerinden, çocuk bakımından sorumlu tutulması, annelik görevinin kutsallaştırılması ve birinci planda tutulması, kadının zayıf ve korunmaya muhtaç görülmesi gibi ön yargılar ve basmakalıp düşünceler kadının eğitimde, istihdamda ve daha birçok alanda erkeklere göre geri planda kalmasına yol açmaktadır. Bu çerçevede cinsiyet kavramının sadece biyolojik olarak dar bir anlamda değil, toplumsal boyutuyla da düşünülerek eşitliği ve ayrımcılığı sağlayıcı, etkili ve kapsamlı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

³⁹⁸ Onaran Yüksel (n 19) 39, 99; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 745.

³⁹⁹ Kaya, Cinsiyet Ayrımcılığı (n 60) 104. Ayrıntılı inceleme için bkz. Sevda Demirbilek, “Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açıdan İncelenmesi”, (2007) 44 (511) Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 12, 13.

b. Normatif düzenlemeler⁴⁰⁰

Cinsiyete dayalı ayırım yapılmaması uluslararası birçok belge ile düzenleme altına alınmıştır. BM Antlaşması⁴⁰¹, cinsiyet ayrımcılığına yer veren ilk uluslararası belge olma özelliğini taşımakta olup, insan hak ve özgürlüklerinin cinsiyet farkı gözetilmeksizin herkes için geçerli olduğu ve yerine getirilmesi gerektiğini düzenlemiştir (madde 13, 55, 76)⁴⁰².

İHEB ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, cinsiyet de dahil her türlü ayrımcılığı yasaklamıştır. Sonrasında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile de cinsiyet sebebiyle ayırım yasaklanmış, taraf devletlerce herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından faydalandırılması, eşit çalışma koşulları ve eşit değerdeki işe eşit ücret ödenmesinin sağlanması için yükümlülükler öngörülmüştür. Bunlara ek olarak işte yükselmede fırsat eşitliğinin güvencelemesi, çalışan annelere doğum öncesi ve sonrasında özel koruma sağlanması, sosyal güvenlik olanaklarından yararlandırılmaları noktasında da yükümlülükler getirilmiştir.

20. yüzyıldan itibaren kadın hakları konusunda BM tarafından yapılan çalışmalar, uluslararası örgütlerin ve organizasyonların çalışmaları ile birçok gelişme yaşanmış ve bu anlamda önemli bir belge teşkil eden Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması (CEDAW) Sözleşmesi kabul edilmiştir⁴⁰³. Sözleşme ile taraf devletlere kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması için gerek hukuk alanında, gerekse sosyal, kültürel ve siyasi alanlarda önlem alınması yükümlülüğü getirilmektedir. Aynı zamanda kadın - erkek eşitliği konusunda fiili eşitliğin sağlanması da öngörülmektedir. Çalışma hakkı bakımından da düzenlemeler getiren Sözleşme, istihdamdaki eşitsizliğin ve ayrımcılığın giderilmesi için kadınlara, erkeklerle eşit haklar tanınması gerektiğini ifade ederek, özellikle çalışma, istihdam olanaklarından eşit yararlanma, meslekte ilerleme, eşit ücret, eşit işlem, sosyal güvenlik

⁴⁰⁰ 1. Bölüm, II. Başlık ile eşitlik ve ayrımcılığa dair normatif dayanaklara yer verilmiş ve bu kapsamda açıklamalar yapılmıştır. Bu başlık altında ise özellikle cinsiyet ayrımcılığı yönünden özel düzenlemeler içeren birtakım dayanaklara değinilecek ve sonraki başlıklar öncesinde bir hazırlık ve hatırlatma yapılacaktır.

⁴⁰¹ 1945 tarihinde BM tarafından kabul edilen Antlaşma, Türkiye tarafından 4801 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, RG. 24.8.1945/6902 ile yayımlanmıştır.

⁴⁰² Bakırcı (n 142) 25.

⁴⁰³ Dinçkol, "Pozitif Ayrımcılık" (n 129) 102.

ve ücretli izin, çalışma şartlarında güvenlik haklarını tanımaktadır. Kadınlara karşı evlilik ya da annelik sebebiyle ayrımcılık yapılmasını engellemek ve çalışma hakkının etkili korunmasını sağlamak, ayrıca getirilen yükümlülüklerden bir diğeridir (madde 11). Sözleşme ayrıca, taraf devletlerin yükümlülüklerine uyması ve sözleşmeyi uygulamasının denetlenmesi bakımından Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin oluşturulmasına ve görevlerine de yer vermiştir (madde 17 vd.).

İstihdam alanında, ILO sözleşmeleri de ayrımcılığın engellenmesinde ve eşitliğin sağlanmasında önemli belgeler arasındadır. Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı ILO Sözleşmesi, eşit ücret kavramı, ücret kavramının kapsamı, eşit değerde iş için eşit ücret gibi konuları düzenlemektedir. İş ve Meslek Yönünden Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı ILO Sözleşmesi, ayrımcılık kavramını tanımlayarak cinsiyet temelinde ayrımcılığı da yasak kapsamında saymıştır. İş ve mesleki alanda eşitliğin sağlanması için politikalar yürütülmesi ve bu alanda işbirliği programlarından eğitimlere, gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasına dair önlemlerin alınması öngörülmüştür (madde 1, 3). Analığın Korunmasına İlişkin Yeniden Gözden Geçirilmiş 103 sayılı ILO Sözleşmesi, Analığın Korunmasına İlişkin 183 sayılı ILO Sözleşmesi ile Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 156 sayılı ILO Sözleşmesi kabul edilerek, çalışan kadınlar için hamilelik, doğum ve analık hakları düzenlenmiştir. Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı ILO Sözleşmesi, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları ve hamileliğin, doğum izni esnasında işe gelmemenin fesih için geçerli neden teşkil etmeyeceğini belirtmiştir (madde 5).

Cinsiyet ayrımcılığı, AB hukuku bakımından da düzenlemelere konu edilmiştir. AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma (Lizbon Antlaşması), kadın ve erkek için eşit ücret ilkesine yer vermiştir (madde 157). AB Temel Haklar Şartı, ayrımcılık yasakları arasında cinsiyet temelini de saymış, kadın erkek arasındaki eşitliğe ilişkin maddesinde, bu eşitliğin istihdam, çalışma ve ücretleri de kapsayacak şekilde her alanda sağlanması gerekliliğini ifade etmiştir (madde 23). Bunun dışında direktifler kapsamında da düzenlemeler

yapılmış olup, bu belgeler de çalışmamızın ilerleyen safhalarında detaylıca ele alınacaktır⁴⁰⁴.

Hukumumuzda Anayasa madde 10 ile ele alınan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, cinsiyet sebebiyle ayrımcılığı yasak kapsamında saymış; 2004 yılında yapılan değişiklikle 2. fıkrayla kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna ilişkin düzenleme getirilmiş ve eşitliğin sağlanması bakımından gerekli önlemlerin alınması bakımından devlete yükümlülük getirilmiştir. Bunun dışında madde 50, ilk fıkrası ile kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını; 2. fıkra ile de küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmalarının gerektiğini düzenlemiştir⁴⁰⁵.

İş ilişkilerinde eşitlik ve ayrımcılığa dair madde 5 düzenlemesi, ilk fıkrasında yasaklanan ayrımcılık temelleri arasında cinsiyete de yer vermiş, daha sonra 3. fıkra ile işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağını, 4. fıkra ile eşit değerde iş için eşit ücreti, sonraki fıkrası ile işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağını düzenlemiştir⁴⁰⁶. Bu noktada 3. fıkra ile tekrar cinsiyet ayrımcılığına özel olarak bir vurgu yapıldığı görülmektedir⁴⁰⁷. Bunun dışında madde 18/3 ile iş güvencesi kapsamındaki işçiler yönünden cinsiyet sebebiyle fesih işleminin geçerli olmayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.

İstihdam alanında bir diğer önemli düzenleme TİHEK Kanunu'nun 6. maddesi ile yapılmıştır. Kanun özel sektör veya kamu ayrımı yapmaksızın ve iş ilişkisinin tüm aşamaları bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklamakta, yasaklanan temeller

⁴⁰⁴ AB hukukunda kadın erkek eşitliği bakımından yürütülen çalışmalar ve süreç ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yıldız (n 4) 92-94.

⁴⁰⁵ Anayasa Madde 50/2 düzenlemesinin kadınları fiili ehliyetli ve ruhi yetersizliği bulunan kişilerle aynı durumda değerlendirdiği, kadınları zayıf, güçsüz ve korunmaya muhtaç gören bir yaklaşımın yansıması olduğu, ilgili düzenlemenin kadınlar yönünden değiştirilmesi gerektiği yönünde bkz. Bakırcı, "İstihdam" (n 27) 4. Aynı yönde bkz. Yıldız (n 4) 95.

⁴⁰⁶ Düzenlemenin bazı noktalar bakımından sorunlu olduğu, bu anlamda ayrımcılık tanımının eksik olduğu, 1. Fıkroda iş ilişkisinin tüm aşamalarının dahil edilmemiş oluşu, iş ilanlarında ayrımcılığın dahil edilmesi gerekliliği yönündeki eleştiriler için bkz. Bakırcı, "İstihdam" (n 27) 10-11.

⁴⁰⁷ Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 67; Karan (n 21) 137.

arasında cinsiyete de yer vermektedir⁴⁰⁸. Ayrıca, istihdam başvurusunun gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedilemeyeceğini de özel olarak düzenlemiştir.

Bir diğer düzenleme ise TCK kapsamında yapılmış, işe alımda cinsiyet ayrımcılığına dair ayrımcılık suçu (madde 122) ve işyerinde cinsel taciz bakımından (madde 105) cezai yaptırım getirilmiştir.

c. Cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık

Cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık, bir kişinin cinsiyetine yönelen, salt belirli bir cinsiyet grubuna mensup olması veya mensup olduğu cinsiyet grubuna özgü bir özelliği sebebiyle maruz kaldığı farklı, daha az lehte muameledir⁴⁰⁹. Örneğin hamilelik veya kadınların evlilik sebebiyle işten ayrılabilirliğini ileri sürerek işe alınmaması gibi farklı muameleler bu kapsamda sayılabilecektir⁴¹⁰.

Cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık kavramı, 2006/54/EC sayılı Direktif ile tanımlanmıştır. Buna göre, bir kişiye, başka bir kişiye göre cinsiyeti sebebiyle benzer durumlarda gösterilenden veya gösterilecek olandan daha az avantajlı şekilde davranılması hali, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık sayılmaktadır (madde 2/1,a)⁴¹¹. Düzenlemeden, gerçekleşmiş ve gerçekleşmekte olan ayrımcılıkla birlikte, gerçekleşme riski olan ayrımcılık hali de yasaklanmış durumdadır⁴¹². İlgili tanımda, Adalet Divanı içtihatlarının etkisi bulunmaktadır⁴¹³.

⁴⁰⁸ Emine Cin Karagöz, "Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri" (2016) (32) Yasama Dergisi 21, 32.

⁴⁰⁹ Onaran Yüksel (n 19) 96; Bakırcı (n 142) 39-40; Senyen Kaplan, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 16) 240.

⁴¹⁰ Onaran Yüksel (n 19) 96. TİHEK tarafından verilen bir kararda, somut olay kapsamında laboratuvar teknisyeni olarak işe alınacak başvuranın hamile olması nedeniyle işe alınmaması cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilmiştir, TİHEK, Başvuru No.2020/1310, K.2021/67, 30.3.2021, s.12.

⁴¹¹ Çalışma Mevzuatı ile ilgili Avrupa Birliği Direktifleri (n 224) 236. Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı ilk kez, İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranmaya İlişkin 76/207 sayılı AB Direktifi'ni değiştiren 2002/73 sayılı AB Direktifi ile tanımlanmıştır. İş Kanunu madde 5 ile doğrudan ayrımcılık tanımlanmadığından, Yargıtay tarafından AB direktiflerinde yer alan tanımlara atıf yapıldığı görülmektedir. Bkz. Y.9. HD. E.2010/48111, K.2011/1847, 1.2.2011; Y.7. HD. E.2015/33263, K.2016/665 21.01.2016 (Lexpera) (ET:18.12.2021).

⁴¹² Bakırcı (n 142) 41.

⁴¹³ Kaya, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 60) 107. Bkz. Case 249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd.*, [1998] ECR I-623; Case 79/99, *Julia Schnorbus v Land Hessen*, [2000] ECR I-11015.

Türk hukukunda cinsiyete yönelik doğrudan ayrımcılığı yasaklayan en üst norm, Anayasa madde 10 düzenlemesidir. Yukarıda normatif dayanaklar arasında saymış olduğumuz yasal ve uluslararası kaynaklarda da, ayrımcılık kriterleri arasında cinsiyet sayılarak cinsiyet temelli doğrudan ayrımcılık yasaklanmıştır.

Doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirme yapıldığında, işverenin bir kararından, uygulama veya işleminden kaynaklanan dolaylı ayrımcılıktan farklı olarak, doğrudan mevzuat tarafından yasaklanan bir kriter temelinde ayrımcılık yapılması, örneğin iş başvurusunda adayın kadın ya da erkek, hamile ya da evli olmasından dolayı ayrımcılık yapılması, söz konusu olmaktadır⁴¹⁴. Cinsiyet ayrımcılığının belirlenmesinde, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, bir kıyaslanma yapılması söz konusu olabilmektedir. Kişilerin durumları, içinde buldukları koşullar aynı ya da benzer olsa da, salt cinsiyetlerinden ötürü farklı muamele yapılması doğrudan cinsiyet ayrımcılığına yol açmaktadır⁴¹⁵. Doğrudan cinsiyet ayrımcılığından bahsedebilmek için karşılaştırma yapılması, başka bir deyişle karşılaştırılabilir bir cinsiyet grubunun bulunması her zaman şart değildir. AB Adalet Divanı, *Dekker* kararında, bir kadının hamileliği nedeniyle işe alınmamasının cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğine ve bu tür bir ayrımcılığın işverenin ekonomik menfaati de dâhil olmak üzere diğer menfaatlerle haklı veya meşru gösterilemeyeceğine hükmetmiştir. Kararın önemli bir özelliği ise somut olayda karşılaştırma yapılabilir erkek aday bulunmamasının ayrımcılığın varlığını ve ayrımcılık kararını etkilemeyeceğinin değerlendirilmiş olmasıdır⁴¹⁶.

Varsayımsal olarak bir karşılaştırma yapılması, örneğin kadın işçi yerine erkek işçi olsa idi kadın işçiye nazaran daha lehte bir davranıştan, işlem veya uygulamadan faydalanabilecekse veya kadın aday yerine erkek aday kadına nazaran tercih edilecek idiyse, bu durumda doğrudan ayrımcılığın varlığından söz edilebilecektir⁴¹⁷.

İHAM tarafından verilen Ünal Tekeli-Türkiye kararı, cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık uygulaması örneği olarak verilebilir. Başvuru, evli kadınların evlendikten

⁴¹⁴ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 71.

⁴¹⁵ Onaran Yüksel (n 19) 100.

⁴¹⁶ Case 177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, [1990] ECR I-03941.

⁴¹⁷ Onaran Yüksel (n 19)101.

sonra sadece kızlık soyadını yasal olarak kullanamamasına karşın evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmeleri hakkındadır. Bu durum benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı ayrımcı bir muamele olarak değerlendirilmiş ve 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırı bulunmuştur⁴¹⁸.

İHAM bir başka kararında, tüp bebek tedavisiyle hamile kalan kadın işçiye hastalık izni süresince sağlık sigortasının ödenmemesinin, cinsiyet temelli ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini değerlendirmiş, değerlendirme yaparken bir kadından olası hamileliği veya hamileliği planlaması hakkında bilgi istemenin veya işe alım anında bu durumu bildirmeye zorlamanın da cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil edeceği görüşünde olduğunu da belirtmiştir⁴¹⁹.

d. Cinsiyete Dayalı Dolaylı Ayrımcılık

Cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan, cinsiyet temeline dayanmayan bir düzenlemenin, karar veya kriterin uygulanması neticesinde belirli bir cinsiyet grubuna mensup kişilerin diğer cinsiyet grubuna nazaran, haklı ve objektif bir sebep olmaksızın, daha az lehte muameleye maruz kalması olarak ifade edilebilir⁴²⁰. Dolaylı ayrımcılıkta, söz konusu uygulama veya kuralın etkilerinin, doğurduğu sonucun ayrımcılığa sebep olması söz konusudur⁴²¹. Örneğin, bir işe alım ilanında boy sınırlaması getirilmesi, boy ortalamasının kadınlarda erkeklere göre daha düşük olduğunun kabulü halinde, kadınlar için daha dezavantajlı bir durum yaratabilecektir. Yine emekliliği hak eden tüm işçilerin iş akdinin feshedildiği bir işyerinde, kadın işçilerin emeklilik yaşının daha erken olması dikkate alındığında cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık yapıldığı da ileri sürülebilir⁴²². Bu anlamda dolaylı ayrımcılığın, etkiler ve sonuçların dikkate alınması yönüyle maddi eşitlik anlayışını yansıttığı söylenebilir⁴²³.

⁴¹⁸ *Ünal Tekeli v. Türkiye*, Başvuru No.29865/96 (İHAM, 16.11.2004).

⁴¹⁹ *Case Of Jurčić v. Croatia*, Başvuru No.54711/15 (İHAM, 4.2.2021), p.81.

⁴²⁰ Senyen Kaplan, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 16) 240; Bakırcı (n 142) 42.

⁴²¹ Onaran Yüksel (n 19) 101.

⁴²² Bkz. Aydın Başbuğ, "İş ve Hukuk Çalışanların Hakları ve Sorunları" (Binyıl Yayınevi 2015) 149-151.

⁴²³ Bakırcı (n 142) 42.

Cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık kavramı, 2006/54/EC sayılı AB Direktifi ile tanımlanmıştır. Buna göre, “*Görünüşte tarafsız olan hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların meşru bir amaçla objektif olarak haklılığı gösterilmediği ve o amaca ulaşmanın araçları uygun ve zorunlu olmadığı sürece, bu hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların belli cinsiyetten kişileri, öteki cinsiyetten olan kişilere nazaran özellikle dezavantajlı duruma düşürmesi halleri*” dolaylı cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilmektedir (madde 2/1, b)⁴²⁴. AB hukuku bakımından dolaylı ayrımcılık yasağının, içtihat yoluyla geliştiği ifade edilmekte olup, bu anlamda özellikle kısmi süreli sözleşmelerle çalışan kadınlar aleyhine yapılan ayrımcılıkların önlenmesi hedeflenmiş; aynı zamanda ayrımcılık yasakları arasında sözleşme türünün de değerlendirilmesine zemin hazırlamıştır⁴²⁵.

Hukukumuzda dolaylı cinsiyet ayrımcılığına ilişkin en üst norm, yine Anayasa madde 10 düzenlemesi olup, *cinsiyete bakılmaksızın eşit muamele görme hakkı* koruma altına alınmıştır. Bu kapsamda, amaca göre yorum yapıldığında, madde metninde dolaylı ayrımcılık açıkça ifade edilmemiş olsa dahi, örtülü bir şekilde, sonuçları bakımından dolaylı cinsiyet ayrımcılığı kapsamındaki eylemlerin de yasaklandığı kabul edilmektedir⁴²⁶. Dolaylı ayrımcılığın tanımı, hukukumuzda TİHEK Kanunu ile yapılmış bulunmaktadır (madde 2). İş Kanunu kapsamında ise bir tanım yer almamakla birlikte, madde 5/3 düzenlemesi ile cinsiyet ve hamilelik temelli ayrımcılık yönünden dolaylı ayrımcılığın kapsama alınmış olduğu kabul edilmektedir⁴²⁷.

Cinsiyet temelli ayrımcılığın tespiti bakımından, doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılığa maruz kalan kişinin, başka bir cinsiyet grubuna mensup olsa idi aynı davranışa maruz kalıp kalmayacağı sorusunun cevabı önem taşımaktadır. Nitekim doğrudan ayrımcılıkta, cinsiyet farklılığı nedeniyle daha olumsuz davranışa maruz kalınmakta, dolaylı ayrımcılıkta ise, görünüşte tarafsız olan bir karar, kriter veya işlemin

⁴²⁴ Çalışma Mevzuatı İle İlgili AB Direktifleri (n 224) 236.

⁴²⁵ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 65; Fredman (n 9) 177 vd.; Ellis and Watson (n 64) 148 vd.

⁴²⁶ Onaran Yüksel (n 19) 113.

⁴²⁷ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 72.

uygulanması ile diğer cinsiyet grubuna mensup kişilere kıyasla daha olumsuz davranışa maruz kalınmaktadır⁴²⁸.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığının tespitinde, yukarıda yaptığımız açıklamalar ve normatif dayanaklarda yapılan düzenlemeler çerçevesinde dikkat edilecek unsurları, doğrudan cinsiyete veya bir cinsiyete özgü niteliklere dayalı olmayan görünüşte tarafsız bir uygulamanın veya koşulun söz konusu olması; bu uygulama sonucunda belirli bir cinsiyete mensup grubun, diğer cinsiyet gruplarına oranla daha olumsuz bir etki doğurması, mağduriyet yaratması; bu farklı muamele veya sonuçların belirli bir cinsiyet grubuna veya buna özgü niteliklere dayanması, ayrıca uygulama veya kriterin objektif ve haklı sayılabilecek sebeplere dayanmaması olarak ifade etmemiz mümkündür⁴²⁹.

Adalet Divanı'na yapılan bir başvuruda (*Bilka*) işyerinde belli bir süreyi kısmi süreli çalışma ile geçiren başvurucu, işyeri emeklilik aylığına hak kazanılabilmek için öngörülen 20 yıllık çalışma süresinin en az 15 yılının tam süreli çalışma ile geçirilmiş olma şartını gerçekleştirmemesi nedeniyle işyeri emeklilik aylığından faydalandırılmamıştır. Divan başvuruda, işyerinde aranan bu koşulun madde 119'a aykırılığı ile birlikte, işyerinde kısmi süreli çalışanların ağırlıklı olarak kadın çalışanlardan oluşması sebebiyle işyeri emeklilik aylığına dair bu uygulamanın dolaylı ayrımcılık yaratıp yaratmadığı incelenmiş; işveren tarafından uygulanan politikanın cinsiyet temeline dayanmayan, haklı ve objektif sebeplerle gerekçelendirilmesi halinde bu durumun ayrımcılık oluşturmayacağını ifade etmiştir⁴³⁰. *Jenkins* davasında ise başvurusu konusu işyerinde tam süreli çalışanlar ve kısmi süreli çalışanlar arasında saatlik ücretlerde farklılık bulunmakta olup, tam gün çalışanların saatlik ücreti daha fazladır. Ancak başvuru konusu işyerinde kısmi süreli çalışanların büyük bir kısmı ise kadın işçilerden oluşmaktadır. Divan kararında, işveren tarafından farklı ücret ödenmesinin haklı bir gerekçeye dayandırılmaması ve cinsiyete dayalı ayrımcılık amacının da bulunmadığının ispatlanamamasını, kadın işçiler aleyhine dolaylı ayrımcılık kapsamında değerlendirmiştir⁴³¹.

⁴²⁸ Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 71-72.

⁴²⁹ Dolaylı cinsiyet ayrımcılığına dair unsurlar ve unsurlara dair detaylı açıklamalar için bkz. Onaran Yüksel (n 19) 113 vd.

⁴³⁰ Case 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 01607.

⁴³¹ Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, [1981] ECR -00911.

e. Pozitif ayrımcılık ve olumlu (özel) önlemler

Pozitif ayrımcılık kavramından, fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi amacıyla belli alanlarda daha az temsil edilen gruplara olumlu anlamda birtakım lehe düzenlemeler, politika ve stratejiler öngörülmesi anlaşılmaktadır⁴³².

Cinsiyet temelli ayrımcılıkta, özellikle kadınlara ve farklı cinsel yönelimlere sahip olan bireylere karşı ayrımcı ve eşitsiz yaklaşımlar, önyargılar ve uygulamalar, özellikle bu grupların korunması adına birtakım olumlu düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmaktadır. Pozitif ayrımcılık olarak ifade edilen bu düzenlemeler, var olan eşitsizliklerin giderilmesi ve eşitliğin sağlanmasında önemli bir araçtır⁴³³. Bu düzenlemeler, ayrımcılık meydana gelmeden, ayrımcılığı önleyici bir niteliğe de sahiptir.

Pozitif ayrımcılık, uluslararası hukukta da kabul gören, önem atfedilen bir kurumdur. Nitekim AB hukukunda, kadın ve erkekler arasında ücret eşitliği ile başlayan süreç, üye devletlere daha az temsil edilen cinsiyet lehine olumlu düzenlemeler sağlanması yükümlülüğü getirilmesi ile devam etmiştir⁴³⁴. AB hukukunda pozitif ayrımcılık ve olumlu önlemlere, ayrımcılık yasağının istisnası çerçevesinde yaklaşmaktadır⁴³⁵. 2006/54/EC sayılı AB Direktifi, olumlu ayrımcılık başlığı ile üye devletlerin, çalışma hayatında kadın ve erkek eşitliğinin tam anlamıyla uygulanabilmesini sağlamak amacıyla önlemler alınabileceğini ifade etmektedir (madde 3). Bir diğer maddesinde doğum izninden dönüşte, kadın işçinin işine veya eşdeğer bir pozisyona daha dezavantajlı olmayan koşullarda geri dönmesine, yokluğundaki iyileştirmelerden aynı şekilde faydalandırılmasına dair pozitif ayrımcılık niteliğinde bir düzenleme öngörmektedir (madde 15)⁴³⁶. AB Temel Haklar Şartı da kadın ve erkekler arasında

⁴³² Yıldız (n 4) 83, 86; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 25; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 742; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 241.

⁴³³ Dinçkol, “Pozitif Ayrımcılık” (n 129) 115; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 376; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 72.

⁴³⁴ Roma Anlaşması'nın 119. maddesi ile kadın ve erkek arası ücret eşitliği düzenlenmiş, Amsterdam Anlaşması madde 141 ile daha az temsil olunan cinsiyet lehine eşit davranma ilkesinin sürdürülmesi için yarar sağlayan belirli önlemlerin alınmasının ayrımcılık sayılmayacağı düzenlenmiş, yine Lizbon Antlaşması'nın 157. maddesi ile üye devletlerin pozitif ayrımcılık konusunda önlemler alabileceği kabul edilmiştir, Dinçkol, “Pozitif Ayrımcılık” (n 129) 111; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 379 vd.

⁴³⁵ Fredman (n 9) 237; Ellis and Watson (n 64) 420 vd.

⁴³⁶ Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 379.

istihdam, çalışma ve ücret de dahil olmak üzere tüm alanlarda eşitliğin sağlanması gerektiğine, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsiyet lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin alınabileceğine yer vererek pozitif ayrımcılığı açıkça ortaya koymaktadır (madde 23).

Hukukumuzda ise Anayasa madde 10/2 değişikliği ile pozitif ayrımcılık kurumuna yer verilmiş, bu düzenleme uyarınca kadın ve erkekler arasındaki eşitliğin ve eşit haklardan faydalanılmasının yaşama geçmesi amacıyla tedbirler alınması yönünden devlete yükümlülük yüklenmiş ve alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı ifade edilmiş bulunmaktadır. Bu haliyle pozitif ayrımcılık anayasal düzeyde kabul edilmiş, fiili eşitlik güvenceleşmiş olmaktadır⁴³⁷.

İş Kanunu madde 5 düzenlemesi, pozitif ayrımcılığa doğrudan yer vermemiş olmakla birlikte, kadın işçilere sırf cinsiyetlerinden ötürü daha düşük ücret ödenemeyeceği, eşit değerdeki işe cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı, cinsiyet sebebiyle koruyucu hükümlerin uygulanmasının da daha düşük bir ücret uygulanmasını haklılaştırmayacağı ifade edilmiştir. Yine cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı hükme bağlanmış olup, maddenin bu anlamda ayrımcılığın olumlu yönünü yansıttığı şeklinde yorumlanması da mümkündür.

Kadınların hamilelik ve doğum sonrasında ücretli izin hakkı, kadın istihdamının artırılması için kadın çalışan kotası getirilmesi gibi uygulamalar bu anlamda pozitif ayrımcılık kapsamında alınan önlemlerden bazılarıdır. Olumlu (özel) önlemler de maddi eşitliğin ve fırsat eşitliğinin sağlanması açısından ayrımcılık yasaklarının tek başına yeterli olmamasından hareketle, bireyin bir gruba mensup olmasından kaynaklanan dezavantajların giderilmesine yönelik geçici nitelikte özel önlemler alınması şeklinde tanımlanabilir⁴³⁸. Bu itibarla, oluşan dezavantajların ortadan kaldırılmasına yönelik önlemler alınmaktadır. Olumlu önlemlerin, bir anlamda pozitif ayrımcılık kapsamında alınmış tedbirlerden sayılması da mümkündür⁴³⁹. Ancak eşitliğin sağlanması için

⁴³⁷ Bakırcı (n 142) 71; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 372; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 743.

⁴³⁸ Gül and Karan (n 24) 195.

⁴³⁹ Olumlu önlem, pozitif ayrımcılık, özel önlem gibi farklı şekillerde öğretilen ifade edilen bu kavramlar, benzer anlamlarda kullanılmakla birlikte, ifade ettikleri hususlar her zaman tam anlamıyla örtüşmeyebilmektedir. Tarafımızca fırsat eşitliğinin sağlanması bakımından ayrımcılığa, eşitsizliğe maruz kalan taraf adına daha olumlu, daha lehte addedilebilecek birtakım düzenlemeler yapılması ve tedbirler

alınması gereken bu önlemlerin, eşitlik ilkesinin farklı olanlara farklı muamele edilmesi unsurunun sonucu olduğu ve bu çerçevede ayrımcılık yasağının istisnası olarak sayılmasının yerinde olmayacağı da öğretilde ifade edilmiştir⁴⁴⁰.

Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Sözleşmesi, kadın ve erkekler arasında fiili eşitliğin gerçekleşmesi için özel düzenlemeler yapılmasının ayrımcılık sayılmayacağını (madde 4); 111 sayılı ILO Sözleşmesi de gerektiğinde cinsiyet, aile sorumlulukları veya sosyal ve kültürel durumları ile diğer temeller çerçevesinde özel şekilde korunma veya yardım ihtiyacında oldukları genel olarak kabul edilmiş bulunan kişiler için özel tedbir alınabileceğini düzenlemektedir (madde 5/2).

2002/73/EC sayılı AB Direktifi, üye devletlerin kadınların çalışma hayatındaki durumlarını iyileştirme amacına yönelmeleri gerektiğini, ayrımcılık yasağının belli bir cinsiyete mensup kişilerin yaşadığı dezavantajların tazminine ya da bunları önlemek amacıyla yönelik önlemlerin alınmasına veya uyarlanmasına engel olmayacağını ifade etmektedir (Başlangıç, madde 14,15). İlgili Direktif, analık ve doğum sonrası kadın çalışanların haklarına yönelik de düzenlemeler getirmiş olup, bu anlamda kadın işçilerin korunması bakımından olumlu yönden önlemlere yer vermektedir. Örneğin belirli bir pozisyon için kadın işçiler yönünden bir kota öngörülmesi, işverenin bu sayı altında kadını çalıştırmaması yönünde bir düzenleme yapılması da kadınlar yönünden bir pozitif ayrımcılık örneği olup, olumlu önlemlerdendir⁴⁴¹.

Hukukumuzda da istihdam alanında kadın işçiler yönünden alınan birtakım olumlu önlemler mevcut olup, evlilik dolayısıyla kadın çalışanın kıdem tazminatına hak kazanması, kadın istihdamında teşvik gibi düzenlemeler bu kapsamda sayılabilir. İşsizlik Sigortası Kanunu⁴⁴² Geçici madde 10 ile 18 yaşından büyük kadın

alınması bakımından “olumlu önlem (*positive measures*)” terimi tercih edilmiş olup, terminoloji bakımından detaylı açıklamalar için bkz. Karan (n 21) 324 vd.

⁴⁴⁰ Bakırcı (n 142) 68.

⁴⁴¹ Bkz. Günther Löschnigg and Alpay Hekimler, *Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları* (Efil Yayınevi 2011), 198-199 Bu kapsamda Adalet Divanı'nın yasal kota düzenlemelerinin ne ölçüde kadın-erkek eşitliği ilkesiyle bağdaştığını tartıştığı kararları olup, bu anlamda salt kadın olmalarından ötürü öncelik tanınan önlemlerin, istisnanın sınırlarını aşar nitelikte olup olmadığı gibi hususların da değerlendirildiği görülmektedir, Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 46-47.

⁴⁴² İşsizlik Sigortası Kanunu, Kanun No.4447, Kabul Tarihi:25.8.1999, RG. 8.9.1999/23810.

sigortalılardan yeni işe alınanların prim ödemelerinde işverenlerin sorumlu olduğu pay için teşvik öngörülmüş olması, kadın işçilerin istihdamına teşvik edici nitelikte olumlu bir önlemdir. İş Kanunu madde 73/2 uyarınca düzenlenen Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik⁴⁴³, kadın işçilerin işyerine götürülüp getirilmesi noktasında işverenlere bir yükümlülük getirmektedir (madde 6)⁴⁴⁴. Yönetmelik madde 8 ile kadınlara eşlerinin de gece postasında çalışıyor olması dolayısıyla posta değişikliği talebi hakkı tanınmış olması da bir başka olumlu önlem örneğidir. Yönetmelik madde 9, gebelik ve analık durumlarındaki çalışma yasağına yer vermekte olup, 3. fıkra ile gebe ve emziren kadınların gece çalıştırma yasağı süresince gündüz postalarına geçebileceği de düzenlenmiştir.

Belirtilenlerin haricinde, çocuklu kadın işçilere ilişkin olarak da birtakım olumlu önlem niteliğinde düzenlemelere mevzuatımızda yer verilmiştir. Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁴⁴⁵, madde 13 ile 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde emzirme odası kurulması; 150'den fazla kadın çalışanı olan işyerlerinde emzirme ve bakım amaçlı yurt kurulması konusunda işverene yükümlülük getirmektedir. Madde 14, oda ve yurtlardan, kadın çalışanların çocukları ile erkek çalışanların annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukların faydalanabileceğini düzenlemektedir⁴⁴⁶.

f. Ücrette cinsiyet eşitliği

Kadınların erkekler karşısında uğradığı ayrımcılık, çalışma hayatında ücret söz konusu olduğunda da devam etmektedir. Yukarıda yer vermiş olduğumuz, kadınlara karşı yapılan ayrımcılığın temelindeki sebepler, kadınların erkeklere oranla daha düşük

⁴⁴³ Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik, RG. 24.7.2013/28717.

⁴⁴⁴ İlgili düzenlemenin, işverenler tarafından kadın işçi istihdamından kaçınılması riskini doğuracak olması sebebiyle erkek işçileri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Bakırcı (n 142)80.

⁴⁴⁵ Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, RG. 16.8.2013/28737.

⁴⁴⁶ İlgili düzenlemeler kapsamında, emzirme odası ve yurtlardan yararlanılması bakımından kadın işçi sayısı getirilmesinin işverenin bu yükümlülüğünden kaçınmak için kadın işçi sayısını öngörülen sınırların altında tutmasına yol açabileceği; ayrıca oda ve yurtlardan yararlanma bakımından kadın ve erkek işçilerin eşit bir şekilde bu haktan faydalandırılması gerektiği, kadınlara bu yönde öncelik tanınmasının erkekler tarafından ailevi yükümlülüklerden kaçınma şeklinde sirayet edebileceği yönündeki eleştiriler için bkz. Bakırcı (n 142) 77, 81.

ücretle çalıştırılmasının da altında yatan sebepleri yansıtmaktadır. Eşit veya eşit değerde bir iş için salt cinsiyet sebebiyle farklı uygulama yapılması, hukuk düzeni tarafından kabul edilmemektedir.

Kadın ve erkek işçiler arasında ücret eşitliğinin sağlanması için *eşit işe eşit ücret ve eşit değerde işe eşit ücret* ilkeleri ortaya konmuştur. Eşit iş ile ifade edilen husus, birebir aynı iş anlamında değil, işin aynı sayılabilecek ölçüde benzer veya eşit çalışma koşulları taşınması, beceri, sorumluluk gibi nitelikleri gerektirmesi, görülen işler farklı olsa dahi niteliği gereği aynı sayılabilecek ölçüde benzer ya da eşit olmasıdır. Eşit değerde iş kavramı ise daha kapsamlı bir ifade olup, aynı nitelikte olmasa dahi farklı işlerin işletme, işyeri içindeki değerinin eşit kabul edilmesini ifade etmekte; içerik olarak karşılaştırılabilir işleri de kapsama almaktadır⁴⁴⁷. Bu anlamda, eşit değerde iş olarak değerlendirilebilmesi için, işler arasında objektif kriterler çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak ücretin belirlenmesi ve ücrette adaletin sağlanması amacıyla bir iş değerlendirmesi yapılması gündeme gelmektedir⁴⁴⁸. Bu çerçevede aynı işte ya da eşit değerde işte çalışan işçiler arasında, kural olarak ücretlendirmede farklı bir muamele yapılması mümkün olmayıp, işverenin sözleşme serbestisi sınırlanmaktadır.

Ücrette ayrımcılığın tespitinde birtakım hususların varlığının ortaya konması gerekmekte olup, bu çerçevede ayrımcılığın tespitinde farklı cinsiyet sebebiyle farklı ücret alan, karşılaştırılabilir bir kimsenin, yani emsal bir kişinin bulunması⁴⁴⁹; kıyaslama yapılan işçilerin aynı işyeri veyahut hizmet kolunda olması ve eşit iş veya eşit değerde bir iş yapılması değerlendirilmektedir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Onaran Yüksel (n 19) 193 vd.; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 54; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 134; Yıldız (n 4) 219. İşlerin eşdeğerli olup olmadığı konusunda *iş değerlendirmesi sistemi* belirleyici olmakta, işlerin analizi ile objektif bir şekilde yapılması sağlanmakta olup konuya dair detaylı inceleme için bkz. Onaran Yüksel (n 19) 197-200; Kaya, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 60) 149; Yıldız (n 4) 221-222.

⁴⁴⁸ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 192, 193. Konuya dair detaylı inceleme için bkz. Onaran Yüksel (n 19) 197-200; Kaya, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 60) 149.

⁴⁴⁹ AB Direktifleri çerçevesinde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımları değerlendirildiğinde, emsal kişi olarak varsayımsal bir kişi ile karşılaştırma yapılmasına olanak tanındığı, örneğin “*eğer erkek olsa idim daha fazla ücret verilecekti*” iddiası ile de hareket edilmesinin mümkün olduğu, Türk hukukunda da karşılaştırma yapılacak kişiye dair açıklık bulunmadığından işçinin ihlalin varlığını ortaya koyabildiği ölçüde o işyerinde karşılaştırma yapılacak bir karşı cins bulunmasa dahi emsal işçi kavramından faydalanılabileceği öğretide savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Yıldız (n 4) 225; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 987-988.

⁴⁵⁰ Onaran Yüksel (n 19) 214 vd.; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 249-250; Ellis and Watson (n 64) 161, 180 vd.,224.

Ücrette cinsiyet eşitliği, ILO sözleşmeleri, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi gibi birçok uluslararası belgede yer almış; AB kurucu sözleşmelerinde ve direktiflerinde düzenlenmiş ve temel bir ilke olarak korunmuştur.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, herkesin ayırım gözetmeksizin eşit iş için eşit ücret hakkını düzenlemiş bulunmaktadır (madde 23). BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, kadın ve erkekler arasında ayırım gözetilmeksizin eşit değerde işe eşit ücret verilmesi gerektiği düzenlenmiştir (madde 7). Aynı şekilde Avrupa Sosyal Şartı'nda da eşit değerde işe eşit ücret hakkı, kadın ve erkek arasındaki ücret eşitliği için tanınmış durumdadır (madde 4).

Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 100 sayılı ILO Sözleşmesi, "*eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği*" kavramının, cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret düzeylerini ifade ettiğini düzenlemiştir (madde 1). Ancak objektif olarak yapılacak değerlendirme sonucunda ortaya çıkan farklar neticesinde, cinsiyet gözetilmeksizin belirlenen farklı ücret düzeylerinin aykırılık teşkil etmediği de ortaya konmuştur (madde 3).

Ücrette eşitlik ile ilgili olarak AB hukukunda ilk düzenleme, Roma Antlaşması'nın 119. maddesinde yer alan kadın ve erkek arasında *eşit işe eşit ücret ilkesi* olup, birlik hukukunda bu ilkenin temel haktan çok adil bir rekabet ortamı ile ekonomik bir amaç taşıdığı ifade edilmektedir⁴⁵¹. Madde kapsamında cinsiyet farkı gözetmeksizin eşit ücret ödenmesi, parça başına göre ücreti ödenen aynı iş için yapılacak ödemelerde aynı ölçü biriminin esas alınması; zaman esasına göre çalışmada aynı iş için yapılan ödemenin aynı olması hususlarını içermektedir. AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 157. maddesinde ise üye devletlerce aynı veya eşit değerde iş ilkesinin kadın ve erkek işçiler arasında uygulanmasının sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Madde 157, eski 119. madde ile düzenlenen yukarıdaki ifadeleri korumuştur.

⁴⁵¹ Gül and Karan (n 24) 72; Ellis and Watson (n 64) 23 vd.; Fredman (n 9) 35 vd.; Gül and Karan (n 24) 72. Ayrıca sosyal amaçlar yönünden bkz. Joined Cases C-270/97 and C-271/97 *Deutsche Post AG v Elisabeth Sievers, ve Brunhilde Schrage*, [2000] I-933.

Kadın ve erkekler için eşit ücrete dair 75/117/CEE sayılı AB Direktifi, yukarıda değindiğimiz 119. maddeye atıf yaparak aynı iş veya eşit değer atfedilen iş için, ücretin tüm yönleri ve koşulları bakımından cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması olarak ilkeyi tanımlamıştır (madde 1). Direktif ile ücrette cinsiyet eşitliği, detaylı düzenlemeye ve kurallara kavuşmuştur⁴⁵². Direktif, eşit ya da eşit değerde işe eşit ücret ilkesiyle cinsiyete dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Bu Direktif'i yürürlükten kaldıran 2006/54/EC sayılı AB Direktifi de üye devletlere aynı iş için veya eşit değer atfedilen işler için, ödemenin bütün boyutları ve koşulları bakımından, cinsiyet temeline dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırma yükümlülüğü getirmiş; ücretin belirlenmesinde iş sınıflama sisteminin kullanıldığı hallerde, kadınlar ve erkekler için aynı kriterin temel alınacağı ve sistemin, cinsiyet temelinde herhangi bir ayrımcılığı dışlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğine yer verilmiştir (madde 4).

Adalet Divanı, *Jenkins* davasında işlerin eşit olup olmaması bakımından, yapılan işin genel tanımından ziyade, doğasının belirleyici olduğuna hükmetmiş; işin doğası aynı ise, işçilerin tam süreli ya da kısmi süreli çalışmalarının, yapılan işin eşit iş olmasını değiştirmeyeceğini ifade etmiştir⁴⁵³.

Türk hukukunu incelediğimizde, adaletin ve eşitliğin sağlanmasında temel dayanak ilk olarak Anayasa madde 10 ile düzenlenen eşitlik ilkesidir. Anayasa madde 55 ile adil ücret düzenlemesi yapılmış olup, bu hüküm bir anlamda Anayasa madde 5 ile öngörülen sosyal devlet ilkesini yansıtan bir düzenleme niteliğindedir⁴⁵⁴. Asgari Ücret Yönetmeliği⁴⁵⁵ de ücret eşitliğini düzenlemiş ve asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ile benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamayacağını hüküm altına almıştır (madde 5). Bu çerçevede ücretin belirlenmesi hususunda gerek cinsiyet gerekse diğer ayırım temellerine dayalı olarak ayırım yapılamayacağı açıktır.

⁴⁵² Ellis and Watson (n 64) 232 vd.

⁴⁵³ Ellis and Watson (n 64) 258; Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, [1981] ECR -00911.

⁴⁵⁴ Ertürk (n 38) 106.

⁴⁵⁵ Asgari Ücret Yönetmeliği, RG. 1.8.2004/25540.

İş Kanunu'nda da bu ilkenin korunduğu, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı açıkça düzenlendiği görülmektedir (madde 5)⁴⁵⁶. Cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağını içeren madde 5/1 sonrasında, konunun önemine istinaden ücrette cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasına dair bu fıkra eklenmiş bulunmaktadır⁴⁵⁷. Aynı madde, işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağına da yer vermektedir⁴⁵⁸. İlgili maddeye aykırılık durumunda, başka bir deyişle ücrette ayrımcılık yapılması halinde, işveren hakkında idari para cezası yaptırımını öngörülmüştür (madde 99)⁴⁵⁹.

Yargıtay kararına konu bir olayda davacı, kendisiyle beraber aynı işi yapan kişilerin kendisinden daha fazla ücret aldıklarını, diğer iki işçinin aynı kıdemde olmamalarına rağmen aynı ücreti aldıklarını, davacının ise sırf kadın olduğu için diğer işçilerle aynı işi yapmasına rağmen daha az ücret aldığını ve davalı işverenin işyerinde ücret konusunda cinsiyet ayrımı yaptığını ileri sürmektedir. Yargıtay, zam bakımından ayrımcılık iddiasının kanıtlanamadığını belirtse de, somut olayda eşit işe eşit ücret ilkesinin ihlal edildiği, bu durumda işçinin iş sözleşmesini feshinin haklı olduğu ve işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi halinde geçmişe yönelik ücret farklarını, kıdem tazminatını ve ayrımcılık tazminatının ödenmesi gerektiği yönünde değerlendirmede bulunmuştur⁴⁶⁰.

Ücrette eşitlik ilkesi açıklanırken ücret kavramının ifade ettiği anlama ve kapsamına değinilmesi de yerinde olacaktır. Bu anlamda ücret kavramı, işçinin asıl ücretine ek

⁴⁵⁶ 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde, ayrımcılık yasağı anlamında 1475 sayılı Mülga İş Kanunu 26. Maddesinde ücret başlığı altında cinsiyet ayrımı yönünden sınırlı kalarak bir düzenleme yapmış, “*aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez.*” hükmü ile eşit işe eşit ücret prensibine dayalı ve kadın erkek işçiler arasında bir ayrım yapılmamasını öngörmüştür. İlgili maddeye dair görüş ve eleştiriler için bkz. Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 198-199.

⁴⁵⁷ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 67.

⁴⁵⁸ İş Kanunu m.74/5, “*Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz.*” düzenlemesi bu maddenin somut bir örneği niteliğindedir, Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 136.

⁴⁵⁹ İdari para cezasının yeterli olmadığı, caydırıcı etkisinin artırılması bakımından ayrımcılık yapan işverenler için işyeri kapatma cezasının öngörülmesi ya da idari para cezası miktarının artırılması, caydırıcı bir düzenleme yapılmasının ücret dışında da ayrımcılık yasağı içeren madde 5 yönünden koruma kapsamını güçlendireceği yönündeki görüş için bkz. Bakırcı, “İstihdam” (n 27) 13.

⁴⁶⁰ Y.9. HD. E.2017/16279, K.2020/10415, 5.10.2020 (Lexpera) (ET: 18.12.2021). Kararın incelemesi için ayrıca bkz. s.249.

olarak sağlanan diğer ücret eklerini de içerecek şekilde geniş bir biçimde ele alınmaktadır⁴⁶¹.

Amsterdam Antlaşması, ücret eşitliği bakımından ücret ile ifade edilenin, işçinin işverenenden istihdam edilmesine karşılık aldığı, “*doğrudan veya dolaylı olarak nakdi veya aynı olağan temel veya asgari haftalık veya aylık ücret ve diğer herhangi bir bedel*” olduğunu düzenlemektedir (madde 141). 2006/54/EC sayılı Direktif, “*işçinin işvereninden, çalışmasının karşılığında doğrudan veya dolaylı olarak aldığı nakit veya aynı olsun olağan temel veya asgari ücret veya maaş veya başka bir bedel veya karşılık*” şeklinde bir tanımlamada bulunmuştur (madde 2)⁴⁶². 100 sayılı ILO Sözleşmesi de ücret ifadesinin, işçinin çalıştırılması nedeniyle işveren tarafından kendisine “*nakdi veya aynı olarak doğrudan doğruya veya bilvasıta ödenen normal, kök veya asgari ücret veya aylıkla, sağlanan bütün diğer menfaatleri*” içine aldığını ifade etmiştir (madde 1).

Bu çerçevede asıl ücret yanında işveren tarafından sağlanan diğer edimler, ücret ekleri de bu korumanın kapsamındadır. Sosyal ödemeler de iş ilişkisine dayanılarak yapıldığından, işverenin eşit davranma borcunun devam etmekte olduğu, kolektif olarak herkese sağlanan bu türden ödemelerin işyeri uygulaması haline gelerek talep edilebilir olduğu ve herkese sağlanması gerektiği öğretide ifade edilmiş bulunmaktadır⁴⁶³. Ayrıca iş ilişkisinde koruyucu tazminatlar ile haksız fesih sebebiyle ödenecek tazminatların ücret kavramı içerisinde değerlendirilebileceği de doktrinde ifade edilmektedir⁴⁶⁴.

Ücrette eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olarak anlaşılmalıdır. İşverenin sözleşme özgürlüğü kapsamında işçileri arasında, haklı ve objektif olduğu ölçüde farklı özellik ve nitelikler kapsamında farklı ücret belirlemesi hukuken mümkün olup⁴⁶⁵, burada hukuka

⁴⁶¹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 199; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 176 vd.; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 136; Onaran Yüksel (n 19) 201; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 52-53; Yıldız (n 4) 224. Yargıtay tarafından da “*Yine değinilen maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yapamayacağından söz edilmektedir. Burada sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim v.b. ödemeleri de kapsadığı açıktır.*” değerlendirmesinde bulunmaktadır, Y.9. HD. E.2016/6267, K.2019/12994, 11.6.2019 (Lexpera) (18.12.2021).

⁴⁶² Çalışma Mevzuatı İle İlgili AB Direktifleri (n 224) 236.

⁴⁶³ Ertürk (n 38) 107.

⁴⁶⁴ Onaran Yüksel (n 19) 201; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 52-53,59.

⁴⁶⁵ Onaran Yüksel (n 19) 186; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 55; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 135.

uygun kabul edilmeyen husus, aynı veya eş durumda bulunan işçiler arasında salt cinsiyet farklılığı sebebiyle diğer cinsiyet aleyhine ücretlendirme yapılmasıdır. Ücretin ancak objektif nedenler olması halinde, örneğin kıdem, verimlilik, deneyim, eğitim gibi sebeplerle farklılaşması mümkündür. Ücret dışında, prim sisteminde kullanılan kriterler de objektif olmalı, dolaylı ayrımcılığa yol açmamalıdır. İşin görülmesi, görüldüğü zaman diliminin de gece ve gündüz postalarla çalışılması gibi ücretin farklılaşması noktasında dikkate alınabilir⁴⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki, sadece cinsiyet bakımından değil, tüm kriterler bakımından işverenin eşit davranma borcu kapsamında haklı ve objektif nedenler olmaksızın aynı veya eşit değerde işi yapan işçiler arasında farklı muamelede bulunmaması gerekmektedir. Ancak STİSK madde 25/2 ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerini saklı tutarak, parasal konularda çalışma şartlarının belirlenmesinde ayrımcılık yasağına bir sınır getirmiştir. İlgili hüküm parasal hükümler bakımından sendikal ayrımcılığa bir istisna teşkil etmektedir.

g. Cinsel taciz

i. Cinsel taciz kavramı

Cinsel tacizin tam bir tanımı bulunmamakla birlikte, rıza olmaksızın sözlü (açık saçık konuşmak, cinsel içerikli laf atmak gibi), gözle ya da cinsel anlam taşıyan ya da cinselliğe dayalı fiziki birtakım davranışlarla bireyin cinselliğine, vücudun seksüel bölgesine yönelik istenmeyen her türlü rahatsız edici davranış cinsel taciz olarak tanımlanabilir⁴⁶⁷. Ceza hukuku bakımından cinsel taciz, birey veya bireylerin

⁴⁶⁶ Onaran Yüksel (n 19) 204 vd.

⁴⁶⁷ Süzek (n 4) 415; Yıldız (n 4) 100 -103; Senyen Kaplan, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 16) 165; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 750. *Onaran Yüksel*, işyerinde cinsel tacizi, işçinin rızası dışında işveren, amiri veya diğer bir işçi tarafından iş ortamında ya da dışında yapılan, kişinin onurunu ve kişiliğini zedeleyen, maddi ve manevi değerlerine tecavüz eden, cinsellik içeren her türlü hareket olarak tanımlamaktadır, Onaran Yüksel (n 19) 262. Öğreti ve hukuki metinlerdeki tanımlamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Kadriye Bakırcı, "İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz", (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, 1998) 97 vd.; Löschnigg and Hekimler (n 441) 197.

cinselliklerine yönelik sözlü veya yazılı, vücuda temas içermeyen, rahatsız edici nitelikte, cinsel amaçlı her türlü davranıştır⁴⁶⁸.

Uluslararası hukuk bakımından BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi çerçevesinde kurulan CEDAW Komitesi tarafından yayımlanan 19 No.lu Genel Tavsiye Kararı'nda cinsel tacizin, fiziksel temas ve yakınlaşmalar gibi hoş olmayan cinsel nitelikli davranışlar, cinsel içerikli sözler, söz ve hareketlerle pornografi ve cinsel istek gösterisini içerdiği ifade edilmiştir. Bu türden davranışlar onur kırıcı sayılmış, sağlık ve güvenlik sorunu yaratabileceğine değinilmiştir. Kadınların karşı çıkmaları halinde işvereniyle ilişkisinde kendisi için dezavantaj olacağına inandıkları makul sebeplerin varlığı da ayrımcılık olarak kabul edilmiştir (madde 11)⁴⁶⁹.

AB hukuku incelendiğinde⁴⁷⁰, 2002/73/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktifler ile cinsel taciz düzenlenmiş ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir türü olarak ele alınmıştır⁴⁷¹. 2002/73/EC sayılı Direktif, cinsiyete dayalı taciz ile birlikte cinsel tacizi de ayrımcılık sayarak yasaklamıştır. Direktif uyarınca cinsel taciz, “*Kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavidir.*”⁴⁷² ve bu tavrın cinsiyete dayalı ayrımcılık sayıldığı ifade edilmiştir (madde 2)⁴⁷³. 2006/54/EC Direktif, cinsel tacizi “*Özellikle yılgınlık uyandırıcı, hasmane, haysiyet kırıcı, aşağılayıcı veya saldırgan bir ortam yarattığı zaman, kişinin onurunu çiğneme amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde, arzu*

⁴⁶⁸ Köksal Bayraktar ve diğerleri: Özel Ceza Hukuku - Cilt II, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, (On İki Levha 2017), 561; Mehmet Emin Artuk, "Cinsel Taciz Suçu " (2006) (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 29, 36; Yıldız (n 4) 103. Cinsel taciz kavramına ilişkin olarak, TCK m.105 gerekçesinde “*Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir.*” şeklinde bir açıklama yapılmış bulunmaktadır (www.tbmm.gov.tr).

⁴⁶⁹ BM CEDAW Komitesi'nin 19 Sayılı Genel Tavsiye Kararı, 1992, (<https://kadinininsanhaklari.org>), (ET:16.8.2021).

⁴⁷⁰ Amerikan hukukunda cinsel taciz açıkça cinsiyete ayrımcılığın bir türü olarak düzenlenmiş olup, bu durumun AB hukukuna sirayet etmesi söz konusudur, Özdemir, "Cinsel Taciz" (n 126) 86-87. Cinsel taciz kavramının ortaya çıkışı ve tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Bakırcı, "Cinsel Taciz" (n 467) 32 vd.

⁴⁷¹ Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 751; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 74.

⁴⁷² Çalışma Mevzuatı İle İlgili AB Direktifleri (n 224) 220.

⁴⁷³ Direktif uyarınca cinsel tacizin unsurlarının “*istenilmeyen, insan onuruna aykırı, suiistimal edilen çalışma ortamı (düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı, saldırgan)*” şeklinde sayılması mümkündür, bkz. Özdemir, "Cinsel Taciz" (n 126) 84-85.

edilmeyen sözle, söz dışında veya cinsel içerikli fiziksel davranışın herhangi bir biçiminin ortaya çıkması halleri"⁴⁷⁴ olarak tanımlamıştır (madde 2). Kişinin taciz ya da cinsel taciz oluşturan bir davranışa boyun eğmeyi reddetmesine bağlı olarak gördüğü daha az avantajlı (daha kötü) muamele de ayrımcılık kapsamına dahil edilmiştir.

ILO tarafından yakın zamanda kabul edilmiş bulunan 190 sayılı ILO Sözleşmesi, üye devletlerin herkesin şiddet ve tacizden arınmış bir çalışma dünyası hakkına saygı göstermesi, bunu teşvik etmesi ve gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Sözleşme, taciz kavramını tanımlarken, cinsel tacizi de kapsama alarak, "*toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve taciz (gender-based violence and harassment)*" teriminin cinsiyetleri veya toplumsal cinsiyetleri nedeniyle kişilere yönelik veya belirli bir cinsiyeti orantısız bir şekilde etkileyen şiddet ve taciz anlamına geldiğini ve cinsel tacizi içerdiğini kabul etmiştir (madde 1). Sözleşme hükümlerinin, kamusal ve özel alanlar da dahil olmak üzere işyerinde, dinlenme veya yemek aldığı veya tuvalet, yıkama ve soyunma olanaklarını kullandığı yerlerde; işle ilgili geziler, seyahatler, eğitimler, etkinlikler veya sosyal faaliyetler sırasında, bilgi ve iletişim teknolojileri tarafından sağlananlar da dahil olmak üzere işle ilgili iletişimler yoluyla; işveren tarafından sağlanan konaklama yerlerinde ve işe gidip gelirken meydana gelen şiddet ve taciz olaylarında uygulanacağı da düzenlenmiştir (madde 3).

İşyerinde cinsel tacizle ilgili olarak mevzuatımızda, İş Kanunu'nda fesih düzenlemeleri haricinde, özel bir madde düzenlenmemiş ve işyerinde cinsel tacizin tanımına yer verilmemiştir. TIHEK Kanunu ise taciz kavramını tanımlarken cinsel türlerini de kapsama dahil etmiş ve tacizi ayrımcılığın bir türü olarak saymıştır. Bu çerçevede cinsel taciz de mevzuatımızda ayrımcılık olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

Cinsel taciz, karşı cinse yönelik olabileceği gibi hemcinsine yönelik de olabilir. Ancak ağırlıklı olarak erkekler tarafından kadınlara karşı ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁵. Nitekim

⁴⁷⁴ Çalışma Mevzuatı İle İlgili AB Direktifleri (n 224) 236.

⁴⁷⁵ Bakırcı, "Cinsel Taciz" (n 467) 69 vd. Yargıtay bir kararında bu durumu "*Cinsel taciz, karşı cinse yönelik olabileceği gibi, hem cinse karşı da yönelebilir. Ancak cinsel taciz ağırlıklı olarak erkek işçi tarafından kadın işçiye karşı ortaya çıkmaktadır.*" şeklinde açıkça ifade etmiş bulunmaktadır, Y. 9. HD. E.2017/13804, K.2019/21067, 27.11.2019 (Lexpera) (18.12.2021). İşyerinde cinsel tacize temel olabilecek sebepleri açıklayan birtakım görüşler olup, *doğal/biyolojik görüş* insanlar arasındaki doğal cinsel çekimi ön plana almakta; *sosyo-kültürel görüş* ataerkil sistemin yarattığı cinsiyet eşitliğine dayanmakta; *örgütsel görüş* ise işyerindeki hiyerarşik yapı, bu yapıda kadın ve erkek arasındaki güç ve

kadınlara biçilen toplumsal cinsiyet rolleri çerçevesinde de (*örneğin erkek işçilere hizmet, işyerinde temizlik, yemek işlerinin yaptırılması gibi*) işyerinde kadın işçilerin sık sık cinsiyete dayalı tacize uğraması söz konusu olmakta ve ancak, erkek işçiler açısından böyle bir durum söz konusu olmamaktadır⁴⁷⁶. Cinsel tacize ilişkin vakaların büyük bir oranının kadın ve erkekler arasında ve çoğunlukla da kadınlara yönelik olduğunu ortaya koyan araştırmalar mevcut olup⁴⁷⁷, cinsel taciz hali kadınların istihdamında, işten çıkarılması veya taciz korkusu sebebiyle işe gidememesi, işten ayrılması, psikolojik çöküntüye uğraması, meslekte yükselememe gibi birçok şekilde mağduriyet doğurmaktadır⁴⁷⁸. İşyerinde cinsel taciz, çalışma huzurunu ve ortamını bozan bir niteliğe sahip olup, bu tarz davranışlara maruz kalan işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığı ile birlikte verim ve performansı da olumsuz etkilenmektedir⁴⁷⁹.

Kişilik haklarına ve çalışma özgürlüğüne de saldırı mahiyetindeki bu davranışlar, yukarıda değindiğimiz üzere ayrımcılık ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu çerçevede işyerinde cinsel taciz, doğrudan ayrımcılık sayılmaktadır⁴⁸⁰. Ayrıca bir cinsiyet grubunun diğerine oranla mağdur olması nedeniyle de cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁸¹.

Yargıtay'ın bir kararında yer verdiği aşağıdaki ifadesi de kadınların özellikle işyerinde cinsel tacize maruz kaldıklarını ortaya koyar nitelikte olup, cinsel tacizin mağduru kişilik haklarına ve çalışma özgürlüğüne de bir saldırı olduğu vurgulanmış bulunmaktadır:

Ülkemizde iş alanlarının gelişmesi, kadınların okuma, bilgi ve becerilerinin artması, bir çok meslek dalında yapılacak işe daha yatkın ve işin niteliğine göre erkeklerden daha becerikli olmaları sonucunda bir çok kadın iş hayatında yer almaya başlamış, her alanda kadın işçilerin

statü eşitsizliği ve işyerindeki erkek egemen atmosfer ile tacizi önleyici politikaların eksikliğinden hareket etmektedir. Bu çerçevede daha çok destek bulan sosyo-kültürel görüş ve örgütsel görüşün birlikte etkili olduğu *Bakırcı* tarafından da ifade edilmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. *Bakırcı*, “Cinsel Taciz” (n 467) 66-68.

⁴⁷⁶ *Bakırcı*, “Cinsel Taciz” (n 467) 74.

⁴⁷⁷ Örneğin İngiltere’de İşçi Sendikaları Kongresi tarafından 1500 kadından alınan görüşle yapılan araştırmaya göre, kadınların yüzde 52’sinin, cinsel tacize maruz kaldığı tespit edilmiştir (<https://tr.euronews.com>) (ET:15.8.2021); Onaran Yüksel (n 19) 261, dn.325.

⁴⁷⁸ Onaran Yüksel (n 19) 262; *Bakırcı*, “Cinsel Taciz” (n 467) 11-15.

⁴⁷⁹ Onaran Yüksel (n 19) 262; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 750, *Bakırcı*, “Cinsel Taciz” (n 467) 20.

⁴⁸⁰ Yıldız (n 4) 100; Aydın (n 298) 95; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 751.

⁴⁸¹ *Bakırcı*, “Cinsel Taciz” (n 467) 22, 32-34; Yıldız (n 4) 103.

sayısı artmaya başlamıştır. Her alanda çalışma hayatına atılan, her kademedede başarı ile yer alan kadın işçilerimizin çalışma yaşamındaki en büyük engel işin fiili, fiziki zorlukları değil, işyerinde, iş hayatında karşılaştıkları, muhatap oldukları cinsel tacizlerdir⁴⁸².

ii. İşverenin sorumluluğu ile başvurulabilecek hukuki yollar

Öğretide, cinsel taciz kapsamında işverenin sorumluluğunun temelini işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna dayandıran bir görüş mevcuttur⁴⁸³. Bu görüş, ilgili dönemde cinsel taciz konusu teknik anlamda düzenlenmediğinden cinsel taciz sebebiyle işverenin sorumluluğunun yasal düzene oturtulması gerektiğini savunmakta ve işverenin sorumluluğunun yasal dayanağını işçiyi gözetme borcu olarak ifade etmektedir. Cinsel taciz kapsamında sayılabilecek birtakım davranışlar (*şeref ve namusa ilişkin söz veya davranışlar, kanuna aykırı davranışa özendirme, şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat ve ithamlar vb.*), 1475 sayılı Mülga İş Kanunu madde 16 ile düzenlenmiş ve fesih kapsamında değerlendirilmiştir. Bu anlamda cinsel taciz konusu, kişilik haklarının ve ahlak ve iyi niyet kurallarının ihlali olarak yorumlanmıştır⁴⁸⁴.

Yukarıda ifade ettiğimiz öğretiyi görüşüne paralel olarak işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin TBK madde 417, işçilerin cinsel tacize karşı korunmasını da kapsama alan

⁴⁸² Y.9.HD. E.2017/14071, K.2020/1819, 10.2.2020 (Yargıtay Bilgi Bankası) (ET:29.8.2021).

⁴⁸³ *Bakırcı*, Anayasa m.50 ile kadınların çalışma koşulları bakımından özel olarak korunduklarını, yine Anayasa m.17 ile düzenlenen maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, m.19 ile öngörülen kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının ve Medeni Kanun m.23 kapsamında kişiliğin korunması ile işçiyi koruma ve gözetme borcunun bağlantılı olduğunu; işverenin işçinin kişiliğine saygı göstermesi ve ahlak ve iyi niyet kurallarına uyması gerektiğini ifade ederek, cinsel tacize karşı işverenin sorumluluğunu işçiyi koruma ve gözetme borcuna dayandırmaktadır, *Bakırcı*, "Cinsel Taciz" (n 467) 198 vd. Benzer yönde bkz. *Tunçomağ and Centel* (n 57), 139; *Narmanlıoğlu* (n 150) 321; *Aydın* (n 298) 103-105; *Berin Ergin*, "Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar - Taciz ve Çalışma Hayatı" (2007) 2 (7) *Sicil İş Hukuku Dergisi* 145, 157. *Onaran Yüksel*, sadece gözetme borcu kapsamında değerlendirme yapılmasının yeterli olmayacağını, cinsel taciz eylemlerinin ayrımcılık yaratarak işverenin eşit davranma borcunun da ihlali teşkil ettiğini de ileri sürmektedir, *Onaran Yüksel* (n 19) 271, 276-277. *Özdemir*, TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce yayımlanan eserinde, cinsel tacize ilişkin sorumluluğu tesis eden bir düzenlemenin mevcut olmadığını, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu yönünden sorumluluğunun tesis edilebileceğini, Tasarı madde 421 (TBK madde 417) düzenlemesini olumlu değerlendirdiğini ifade etmiş ve ancak koruma kapsamı bakımından cinsel tacizi İş Kanunu madde 5 kapsamına dahil ederek değerlendirmiştir, *Özdemir* "Cinsel Taciz" (n 126) 91-93. *Yıldız* ise farklı olarak temele ayırım yapmama borcunu almakta; işverenin sorumluluğunun eşit davranma borcuna aykırılıktan ziyade ayrımcılık yasağına aykırılıktan kaynaklandığını, eşit davranma borcunun teknik olarak farklı bir anlam içerdiğini, cinsel taciz için gözetme ve eşit davranma borcuna dayalı sorumluluğun müşteriler veya üçüncü kişiler tarafından işçiye karşı cinsel taciz durumunda söz konusu olmayacağını ileri sürmektedir, bkz. *Yıldız* (n 4) 104-105.

⁴⁸⁴ *Bakırcı*, "Cinsel Taciz" (n 467) 197.

“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.” düzenlemesi ile cinsel tacizin önlenmesi için işverene bir yükümlülük yüklemektedir. Bu anlamda işveren, işçiyi koruma ve gözetme borcu çerçevesinde, cinsel tacize karşı işyerinde gerekli önlemleri ve aksiyonları almakla yükümlüdür⁴⁸⁵.

Belirtilmelidir ki, işyerinde cinsel taciz uluslararası mevzuat tarafından da kabul edildiği üzere ayrımcılık yasağının açık bir ihlali olup, bu yönüyle cinsiyet ayrımcılığı içerisinde değerlendirilmektedir. Bu hali ile cinsel tacizin İş Kanunu madde 5 kapsamında sayılarak, işçinin aynı zamanda ayrımcılık neticesinde sahip olduğu yasal haklardan, tazminat ve ispat kolaylıklarından faydalandırılması kabul edilmelidir⁴⁸⁶. Nitekim cinsel taciz durumunda işverene sadece işçiyi koruma ve gözetme borcu ile Borçlar Kanunu çerçevesinde bir sorumluluk yüklenmesi, bu bağlamda sözleşmeye aykırılık⁴⁸⁷ hükümlerinden yola çıkılarak tazminat talep edilmesi durumunda, işçinin İş Kanunu madde 5 ile öngörülen ispat kolaylığından faydalanamaması sonucunu doğuracaktır.

Kanaatimizce de ayrımcılık oluşturan cinsel taciz eylemi vuku bulduğunda, mağdur işçinin İş Kanunu madde 5 ile öngörülen tazminata ek olarak, genel hükümler çerçevesinde maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmasına bir engel bulunmamaktadır. Cinsel taciz gibi ağır bir ihlal için hem İş Kanunu madde 5 hem de genel hükümlerdeki korumalardan işçinin faydalandırılması, işçi yönünden daha olumlu

⁴⁸⁵ Onaran Yüksel (n 19) 282 vd. İşverenin dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen kurması ve işçinin tacize uğramaması için gerekli önlemleri alması şeklindeki yükümlülüklerinin aynı zamanda, taciz başta olmak üzere tüm kişilik hakkı ihlali risklerini öncesinden ya da ihlalin gerçekleştiği anda öğrenmesine olanak sağlayacak bir iletişim sistemi kurulmasını da gerekli kıldığı öğretilerde ifade edilmekte olup, işçinin kişiliğinin korunması ve TBK m. 417 yönünden işverenin yükümlülüklerine dair detaylı inceleme için bkz. K. Ahmet Sevimli, "Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması" (2013) (36) Çalışma ve Toplum Dergisi, 107, 107 vd.

⁴⁸⁶ Özdemir "Cinsel Taciz" (n 126) 93; Sevimli, "İşçinin Kişiliğinin Korunması" (n 485) 124; Yıldız (n 4) 109. Aksi yöndeki bir görüş, cinsel tacizde İş Kanunu m.5'in uygulanamayacağını, nitekim madde metninde ayrımcılık tazminatının sınırlandırılmış olduğu; TBK çerçevesinde yapılacak bir başvuru ile maddi ve manevi tazminat miktarının hakim tarafından tacizin niteliği ve ağırlığına göre belirlenebileceğini, cinsel tacizin işin ifa edilmesine yönelik bir ayrımcılık olmadığını savunmaktadır, Ergin, "Cinsel Suçlar" (n 483) 153-154.

⁴⁸⁷ Öğretilerde cinsel tacizin haksız fiil çerçevesinde değerlendirildiği ve sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre daha lehe bir durum yarattığı görüşü için bkz. Onaran Yüksel (n 19) 277; Bakırcı, "Cinsel Taciz" (n 467) 197.

sonuçlar doğurmaktadır⁴⁸⁸. Bu hali ile cinsel taciz fiilinin cinsiyet temelli ayrımcılık oluşturduğu da dikkate alındığında, işverenin cinsel taciz bakımından hukuki sorumluluğunun temelinde, ayırım yasağının da bulunduğunu söylemek, koruma kapsamı bakımından daha yerinde olacaktır. İşverenin işçinin kişiliğini koruması ve işçiyi gözetmesi yönünden yükümlülükleri ise varlığını korumaktadır.

Yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak, cinsel taciz olgusu İş Kanunu tarafından, 24. ve 25. maddelerde yer alan haklı sebeple fesih kurumu içerisinde ele alınmış bulunmaktadır. Bu kapsamda işçi ve işveren için iş sözleşmesinin feshinde cinsel taciz olgusunun varlığı, haklı bir sebep teşkil etmektedir. Madde 24/2, (d), işverene gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirdiğinden⁴⁸⁹, işyerinde cinsel tacize uğrayan işçinin bu durumu öncelikle işverene bildirmesi⁴⁹⁰; cinsel tacizi engelleyici önlemlerin (*öncelikli olarak cinsel tacize uğramamasını sağlamanın yanında, mağdur veya cinsel tacizde bulunan işçinin yerinin değiştirilmesi veya disiplin cezası uygulanması, cinsel tacizde bulunan üçüncü kişinin işyerine girişinin engellenmesi, tacizci işçinin iş akdinin madde 25/II,(c) kapsamında feshi gibi*) işveren tarafından alınmaması neticesinde, işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür. İşveren tarafından cinsel taciz fiilinin gerçekleştirilmesi halinde ise madde 24/2, (b) doğrultusunda, bildirime gerek olmaksızın doğrudan haklı sebeple iş sözleşmesinin feshedilmesi söz konusu olmaktadır.

Fesih dışında, kişilik haklarına saldırı niteliğindeki cinsel taciz sebebiyle mağdur olan işçinin taciz devam ettiği sürece, iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması, genel

⁴⁸⁸ Yıldız (n 4) 108-109.

⁴⁸⁹ Yargıtay tarafından verilen bir kararda, “İşverenler bu konuda duyarlı davranmak, tacizi engelleyici, mağdurun çekinmeden şikayetçi olabileceği ortamı sağlamak için gerekli tedbirleri almak, iddiaları ciddiyetle soruşturup, gerekli yaptırımları uygulamak zorundadır...Somut uyuşmazlık bakımından; davalı işverenin tacizi önleyecek ve sonrasında tacizcinin cezalandırılmasını sağlayacak şekilde gerekli adımları atmadığı anlaşılmakta olup davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/2-b maddesine göre haklı nedenle feshettiği sonucuna” varılmıştır, Y.9.HD. E.2017/13804, K.2019/21067 27.11.2019. Benzer yönde bkz. Y.9.HD. E.2017/14071, K.2020/1819, 10.2.2020; Y.9.HD. E.2016/3907, K.2019/13291, 13.6.2019; Y.9.HD. E.2016/19517, K.2019/1922, 22.1.2019 (Lexpera) (18.12.2021).

⁴⁹⁰ İşverence cinsel taciz olayı bilinmekte veya bilinebilecek durumda işçinin durumu ayrıca bildirmesine gerek yoktur, bkz. Sevimli, “İşçinin Kişiliğinin Korunması” (n 485) 123.

hükümler çerçevesinde maddi ve manevi tazminat talep etmesi, tespit ve son verilmesi davalarını açması hukuken mümkündür⁴⁹¹.

Cinsel taciz niteliğindeki davranışların işyerinde veya işyeri dışında olması farklılık yaratmamaktadır. İşçiler arasında veyahut işçi ve işveren arasında cinsel taciz eylemi işyeri dışında da gerçekleşse işyeri düzenini etkilemektedir⁴⁹². Ayrımcılık yapmama yükümlülüğü çerçevesinde işverenin sorumluluğu kadar, işçilere karşı işveren gibi davranmakla yükümlü olan ve işin yönetimini üstlenen işveren vekilinin de sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁴⁹³.

iii. Cinsel taciz suçu

Cinsel taciz, ayrımcılık olarak kabul edilmekle birlikte aynı zamanda suç teşkil eden bir davranış olup, ceza hukuku yönünden ayrı bir düzenlemeye sahiptir. TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde düzenlenen 105. Maddesi uyarınca, bir kimsenin cinsel amaçlı olarak taciz edilmesi halinde, mağdurun şikayeti üzerine hapis cezası ve adli para cezası yaptırımının uygulanması söz konusudur⁴⁹⁴. Cinsel taciz eyleminin vücuda temas ile gerçekleşmemesi gerekmekte olup, aksi durum madde 102/1 uyarınca cinsel saldırı veya madde 103/1 uyarınca cinsel istismar suçu olarak değerlendirilecektir⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Aydın (n 298) 105-106; Bakırcı, "Cinsel Taciz" (n 467) 239-241; Yıldız (n 4) 111; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 751. Ayrıca bkz. Hediye Ergin, "Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri" (2007) (14) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 636, 653

⁴⁹² Tunçomağ and Centel (n 57) 224, 228; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 253; Senyen Kaplan, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 16) 255-256; Bakırcı, "Cinsel Taciz" (n 467) 203; Yıldız (n 4) 110; Sevimli, "İşçinin Kişiliğinin Korunması" (n 485) 121.

⁴⁹³ Onaran Yüksel (n 19) 277 - 279; Bakırcı, "Cinsel Taciz" (n 467) 202-203, 208; Aydın (n 298) 105; Erdem Özdemir, "İşyerinde Cinsel Taciz" (2006) 1 (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 147, 154. Ancak işveren vekillerinin hukuki sorumluluğunun bulunmaması, iş ilişkisinin tarafı olan işverenin, idari ve cezai yaptırımlar hariç olarak, hukuki yaptırımların da muhatabı olacağı yönünde bkz. Yıldız (n 4) 106. Bu anlamda işveren vekili tarafından gerçekleştirilen cinsel taciz eyleminde de işverenin özel hukuk bakımından sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.

⁴⁹⁴ TCK m.105/1 kapsamındaki düzenleme uyarınca, bir davranış niteliği gereği cinsel bir davranış olsa bile, cinsel amaç güdülmemişse cinsel taciz oluşturmayacağı anlamına ulaşıldığı; bu düzenlemede, mağdurun değil failin saikinin esas alındığı yönündeki eleştiriler bakımından bkz. Bakırcı, "İstihdam" (n 27) 24.

⁴⁹⁵ Artuk, " Cinsel Taciz Suç" (n 468) 30.

Suçun mağduruna ilişkin bir sınırlama getirilmemiş olup, herkes mağdur olabileceği gibi, mağdur faille farklı veya aynı cinsten de olabilir. Suçun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmek olup, cinsel saik olmaması halinde eylemin madde 105 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. İlgili suç kasten işlenebilen bir suç olup, failin cinsel arzularını tatmin amacı ile hareket etmesi gerekmektedir⁴⁹⁶.

Hiyerarşi ve hizmet ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle cinsel taciz suçunun işlenmesi halinde ise cezanın artırılması söz konusudur. Ayrıca cinsel taciz mağdurunun işi bırakmak zorunda kalması da cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hallerden biridir.

Bu çerçevede iş ilişkisi içerisinde, bir başka işçi veya işveren ya da vekili tarafından cinsel tacize maruz kalan işçinin, fesih yoluna veya genel hukuk hükümlerine başvurma hakkı olduğu gibi, cezai yollara başvurusu da mümkündür.

h. Cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına getirilen istisnalar

Birtakım durumlarda, belli bir cinsiyete mensup kişilerin tercih edilmesi, objektif bir haklı nedenin varlığı veyahut yasal bir düzenlemenin söz konusu olması halinde ayrımcılık olarak değerlendirilmemektedir. Bu tür durumlarda, yasal metinlerde yer verilen biyolojik sebepler, olumlu önlemler, yasaklanan birtakım işler veyahut işin niteliğinin ayrımcılık yasağı kapsamında bir istisna oluşturması söz konusudur. Ayrımcılık yasağının temel insan hak ve özgürlükleri ile olan ilişkisi ve koruma alanı göz önüne alındığında, ilgili istisnaların olabildiğince dar yorumlanması gerektiğini de detaylı açıklamalara yer vermeden önce ifade etmemiz gerekir.

i. Biyolojik nedenler

Çalışma hayatında bazı grupların sahip oldukları özellikleri sebebiyle korunması, eşitlik ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Kadınların biyolojik yapıları bakımından tıbbi açıdan bazı önlemlerin getirilmesi gerekliliği yadsınamaz olup, özellikle gebelik ve doğum hallerinde zorunlu olarak birtakım önlemlerin alınması

⁴⁹⁶ Artuk, “ Cinsel Taciz Suç” (n 468) 35-38.

gerekmektedir⁴⁹⁷. Biyolojik sebeplerden doğan zorunluluk hali, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapılmasının bir istisnasını teşkil etmektedir.

Biyolojik sebepler kavramının dar yorumlanması gerektiği aşikardır. Bu çerçevede kadının biyolojik olarak erkeğe oranla daha zayıf olduğu, dayanıksız olduğu ya da düşük verimli çalıştığı gibi gerekçeler, farklı muamele için haklı bir sebep teşkil etmemektedir. Bu noktada biyolojik özelliklerin, kadınların tıbbi zorunluluk gereği özel olarak korunması, hamilelik ve annelik gerekçeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim biyolojik farklılık sonucu gelişen hamilelik ve doğum, hem kadın işçinin hem de bebeğin sağlığıyla ilişkili olup, kadın cinsine özgü olması sebebiyle kadınların mağdur edilmesi, sağlığının tehlikeye atılması hiçbir hukuki gerekçe ile kabul edilemez ve bu farklılık da hukuki bir korumayı haklı kılar. Bu sebeple getirilen özel koruyucu düzenlemeler, ayrımcılık teşkil etmemektedir⁴⁹⁸.

111 sayılı ILO Sözleşmesi uyarınca cinsiyet, yaş, sakatlık, aile sorumlulukları veya sosyal ve kültürel durumları dolayısıyla, özel şekilde korunma veya yardım ihtiyacı içinde oldukları genel olarak kabul edilmiş bulunan kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak amacını güden özel tedbirlerin ayırım sayılmayacağı kararlaştırılabilmektedir (madde 5). Dolayısıyla cinsiyete dayalı özel koruyucu önlemler, gebe, doğum yapmış ve emziren kadın işçilerin korunmasına yönelik hükümler, cinsiyet ayrımcılığının biyolojik sebeplerle istisnasını oluşturmaktadır⁴⁹⁹.

BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi de taraf devletlere evlilik ve analık sebebiyle kadınlara karşı olan ayırımı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla, uygun önlemlerin alınması yönünde (*hamilelik ve analık izni sebebiyle veya evliliğe bağlı olarak işten çıkarma ayırımını yasaklamak, önceki hakları korunarak ücretli olarak analık izni vb. sosyal tazminatlar vermek, çocuk*

⁴⁹⁷ Gebelik, doğum ve analık hükümleri çerçevesinde özel koruyucu önlemler ve düzenlemeler daha önce ele alındığından, işbu başlık altına tekrar yer verilmeyecektir. Bkz. 2. Bölüm, I, C, (2), (e), s.96 vd.; 2. Bölüm I, C, (i).

⁴⁹⁸ Onaran Yüksel (n 19) 299. Gebelik hali ve olumlu önlemler, istisnadan ziyade farklılıkların bilincinde olarak, farklı olana farklı davranılması ve böylece eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından da değerlendirilebilir, bkz. Bakırcı (n 142) 53.

⁴⁹⁹ Bakırcı (n 142) 55.

bakımevleri ve destekleyici sosyal hizmetlerin kurulması gibi) yükümlülükler öngörmektedir (madde 11)⁵⁰⁰.

Avrupa Sosyal Şartı, çalışan kadınların analık durumunda özel korunma hakkına sahip olduğunu (I. Bölüm, m.8), çalışan kadınların doğumdan önce ve sonra, ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlik yardımı veya kamu kaynaklarından yararlandırılması; çalıştırının, bir kadına doğum izni sırasında işten çıkarma bildiriminde bulunmasının veya doğum nedeniyle izinli olduğu sırada izin süresi sona erinceye kadar bir bildirimde bulunmasının yasaklanması; emzirme döneminde annelere, bu amaçla yeterli bir süre işe ara verme hakkı sağlanması; kadınların gece işlerinde çalışmalarının düzenlenmesi gibi koruyucu haklar sağlanması gerektiğini düzenlemiştir (II. Bölüm, madde 8). GGASŞ de bu düzenlemeyi korumuş, gebelik, loğusalık ve doğum sonrası dönem ile ilgili olarak kadının korunmasına ilişkin hükümlerin ayrımcılık sayılmayacağını açıkça ifade etmiştir (madde 20).

AB hukukunda yapılan düzenlemelere bakıldığında, 76/207/EEC sayılı Direktif uyarınca hamilelik ve analık ile ilgili olarak, kadınların korunmasına ilişkin hükümler ayrımcılık sayılmamaktadır (madde 2/3). 2002/73/EC sayılı Direktif de bu düzenlemeyi korumuş, analık iznine çıkmış bir işçinin, izin süresi bittikten sonra eski işine dönmek ya da kendisi için eski işinden daha aşağı şartlarda olmayan eşdeğer bir işe başlamak ve yokluğunda iş koşullarında oluşup da hak kazanacağı her türlü iyileştirmeden yararlanma hakkına sahip olduğunu ifade ederek; gebelik ya da analık iznine ilişkin olarak bir kadının daha aşağı muameleye maruz kalmasını ayrımcılık saymıştır (madde 1/2). Direktif, Adalet Divanı tarafından, hamilelikte ve sonrasında kadının biyolojik durumunun eşit muamele ilkesi gereğince korunmasının meşru sayıldığına da yer vermiştir (Başlangıç, madde 12).

Adalet Divanı tarafından verilen bir kararda, hamilelik ve doğum yönünden getirilen koruyucu düzenlemelerin ayrımcılık yasağına bir istisna olmasını, kadının biyolojik

⁵⁰⁰ *Bakırcı*, bu noktada gebeliğe dair ilgili özel önlemlerin farklı durumdakilere farklı muamele ilkesi gereğince eşit muamele ve eşitlik ilkesinden kaynaklandığını, ayrımcılığın istisnası olarak görülmemesi gerektiğini de ifade etmektedir, *Bakırcı* (n 142) 57.

durumunun korunmasının sağlanması ve doğum sonrası kadın ile çocuğu arasındaki özel bağı korunması kapsamında meşru olarak değerlendirmektedir⁵⁰¹.

Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin 92/85/EEC sayılı Direktif, gebe, yeni doğum yapmış veya emziren çalışanların haklarının korunması ve iyileştirilmesi amacıyla alınması gerekli koruyucu düzenlemeler öngörmektedir. 2006/54/EC sayılı Direktif de hamilelik ve annelik (doğum) bakımlarından kadının korunmasıyla ilgili hükümlerin ayrımcılık kapsamında değerlendirilmeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır (madde 28).

Türk hukukunda, Anayasa madde 50⁵⁰², çalışma şartları bakımından özel olarak korunacak gruplar arasında kadınlara da yer vermiştir. İş Kanunu da hamile ve doğum yapan işçilerin korunmasına ilişkin özel birtakım düzenlemeler getirmiş durumdadır. Özel koruyucu düzenlemelerin haricinde, madde 5/3, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayrımı yasaklamıştır. Madde metninde işin niteliği dışında biyolojik sebeplerin zorunlu kılması ise bir istisna hali olarak öngörülmüştür⁵⁰³.

Kadınlara hamilelik ya da analığa bağlı olarak, daha az lehte davranılması cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmektedir. Ancak biyolojik olarak zorunluluk yaratan sebepler, tıbbi gereklere dayanmalı ve anılan zamanlardaki sağlık durumunun gerektirdiği ölçüde dar yorumlanmalı, kadın işçilere bu yönde koruma öngörülürken istihdamı olumsuz etkileyici nitelikte bir dereceye de getirilmemelidir. Bu noktada AB Adalet Divanı da dar yorumu tercih etmekte, vermiş olduğu bir kararda, kadınlara tüm silahlı hizmetleri yasaklayan iç hukuk düzenlemeleri cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirmektedir.

⁵⁰¹ Case 184/83, *Ulrich Hofmann v Barmer Ersatzkasse* [1984] ECR 03047.

⁵⁰² Anayasa m.50/2 düzenlemesinin cinsiyet ayrımcılığı içerdiği eleştirisi yönünden bkz. Bakırcı (n 142) 61; Yıldız (n 4) 273.

⁵⁰³ Öğretide bir görüş, Türk hukukunda yer alan biyolojik nedenler ve işin niteliği kapsamında kabul edilen istisnaların Anayasa m.13 çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunduğunu ve demokratik toplum gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Bunun temelinde ise istisnaların çok geniş kapsamda öngörülmüş olması, kadınların çalışma hakları ile maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ortadan kaldırılması gerekçelerine dayanmaktadır, Bakırcı (n 142) 62.

Nitekim biyolojik sebepler, erkeklerden daha fazla koruma sağlanması gerektiği gerekçesiyle kadınların belirli bir istihdam türünden dışlanmasına izin vermez⁵⁰⁴.

ii. İşin niteliği

Bazı iş ve mesleklerin sadece belirli bir cinsiyet tarafından yerine getirilmesi mümkün olabilmekte, bu halde işin doğası, niteliği, özelliği, konusu veya yürütümü gereği belirli bir cinsiyete mensup kişilerin tercih edilmesi noktasında esaslı bir koşul oluşabilmektedir⁵⁰⁵. İşin görülmesi için cinsiyet esaslı bir unsur haline gelmektedir. Bu duruma örnek olarak, tiyatro veya sinemada bir rolün erkek veya kadın bir oyuncu tarafından oynanması gerekliliği, kadın giyimi için kadın modellerin tercih edilmesi ya da kadın iç çamaşırı satan bir mağazada kadın tezgahlar çalıştırılması, erkek müşterileri arayacak güvenlik güçlerinin erkek olması verilebilir.

İşin doğasından, niteliğinden, yürütümünden kaynaklanan sebeplerle belli bir cinsiyetin işin icrası için esaslı bir koşul teşkil etmesi, cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin haklı bir temele dayandırılarak ayrımcılık olarak kabul edilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak kadınların aile sorumlulukları, gece çalışması ve seyahat etmesinin zor olacağı gibi düşüncelerin, fiziki güç gerektiren işlerin kadınlara uygun olmayacağı gibi genel gerekçelerin haklı bir sebep olarak görülmesi mümkün değildir. Yine bir işin toplumdaki genel kanı, önyargılar veya gelenekler uyarınca çoğunlukla erkekler tarafından yapılıyor olması ya da sadece erkeklerin çalışabileceğinin düşünülmesi, haklı bir sebep oluşturamaz⁵⁰⁶.

Bir kadın işçinin fizyolojik özellikleri sebebiyle çalışamayacağı ağır bir işte, başka bir kadın işçinin çalışması da mümkündür. Bu sebeple, örneğin iş başvuruları arasından işin niteliklerine uygun olanlarının tercih edilmesi gerekmektedir⁵⁰⁷. Ancak işveren, işin niteliği haklı kılmadıkça salt hamilelik gibi bir sebebe dayalı olarak iş sözleşmesinin kurulmasında ayrımcılık yapamaz.

⁵⁰⁴ Case 285/98, *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland*, [2000] ECR I-00069.

⁵⁰⁵ Onaran Yüksel (n 19) 285.

⁵⁰⁶ Onaran Yüksel (n 19) 290-294.

⁵⁰⁷ *Löschnigg and Hekimler* (n 441) 197-198.

Bu konuya ilişkin uluslararası metinlere bakıldığında, 111 sayılı ILO Sözleşmesi, belirli bir iş için gerekli niteliklere dayanan fark gözetmenin ayrımcılık oluşturmayacağını (madde 1); GGASS, objektif ve makul bir gerekçeye dayanan farklı uygulamaların ayrımcılık sayılmayacağını ifade etmiştir (Ek, madde E). AB hukukunda da⁵⁰⁸ işin niteliğinin gerektirmesi, bir istisna hali olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. 76/207/EEC sayılı Direktif, işin niteliği veya yürütülmesi bakımından cinsiyetin belirleyici faktör olduğu işler yönünden bu farklı muameleyi cinsiyete dayalı ayırım yasağının kapsamı dışında kabul etmektedir (madde 2). 2002/73/EC sayılı Direktif ile 2006/54/EC sayılı Direktif tarafından da belirli bir işin faaliyetinin niteliği veya işin yürütüm koşulları için cinsiyetin gerçek ve belirleyici bir mesleki koşul olması gerektiği, amacın meşru ve koşulun ölçülü olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, cinsiyet sebebiyle yapılan farklı muamelenin ayrımcılık olarak değerlendirilmemesi için, i) belirli bir işin faaliyetinin niteliği veya işin yürütümü söz konusu olmalı, ii) bu açıdan cinsiyet, gerçek ve belirleyici bir mesleki koşul olmalı, iii) meşru bir amaç güdülmeli ve iv) ölçülülük ilkesine uyulmalıdır.

Türk hukukunda, TİHEK Kanunu tarafından sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlarda ayrımcılık iddiasında bulunulamayacağı düzenlenmiştir (madde 7). İş Kanunu madde 5/3, işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması halini, iş sözleşmesinin yapılmasında, devamında ve sona ermesinde cinsiyet ayrımcılığı bakımından bir istisna olarak ele almıştır. Söz konusu düzenleme, işin niteliğine dair somut bir tanım veya çalışma biçimine yer vermemektedir.

Bu çerçevede, yukarıda belirmiş olduğumuz gibi, işin niteliği veya yürütümü bakımından cinsiyetin gerçek ve belirleyici bir mesleki zorunluluk olması ile meşru bir amacın varlığı ve ölçülülük ilkesine uygunluk kriterlerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir⁵⁰⁹.

İHAM tarafından incelenen bir olayda, güvenlik görevlisi olan başvurucunun erkek olmadığı ve askerliğini yapmadığı gerekçesiyle ataması yapılmamış olup, görevin ateşli

⁵⁰⁸ ABD ve AB hukukunda işin niteliği istisnası kapsamında değerlendirmelere konu olan güvenlik, onur ve özel yaşam, müşteri tercih, rol model gerektirdiği haller, dini yasaklar gibi birtakım durumlar hakkında detaylı açıklama ve incelemeler için bkz. Bakırcı (n 142) 101 vd.

⁵⁰⁹ Bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 232 vd.

silahlar kullanma, gece ve kırlık alanlarda çalışma yapılması gibi sorumluluk ve risk gerektiren bir görev olduğu yönündeki hükümet savunması İHAM tarafından yerinde görülmemiş; kadınların bu tarz bir sorumluluğu neden yüklenemeyeceğine dair bir gerekçe sunulmadığı da ifade edilerek kadın ve erkek arasında yaratılan bu farkın meşru olmadığına kanaat getirilmiştir⁵¹⁰. Adalet Divanı ise bir kararında polislik mesleği için cinsiyetin belirleyici bir kriter olmadığını belirtmekle birlikte, bazı görevlerin yerine getiriliş şartları bakımından cinsiyetin mesleki gereklilik kapsamında değerlendirilebileceğini de ifade etmiştir⁵¹¹.

iii. Yasaklanan işler

Hukukumuzda bakıldığında birtakım işlerde kadınların çalıştırılmasının yasaklandığı görülmekte olup, bu tür işlerde erkek işçilerin tercih edilerek çalıştırılması ayrımcılık oluşturmamaktadır. İş Kanunu madde 72 ile yer ve sualtı işlerinde kadınların çalışması yasaklanmıştır. Maddeye göre maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaşta kadınların çalıştırılması yasaktır⁵¹². Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği, ek çizelgede, birtakım işler bakımından (*karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde*) kadınların çalıştırılmayacağını düzenlemektedir. Yine ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak kadın işçiler için de işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarına ilişkin sağlık raporu gerekmekte olup işin devamında da raporun yenilenmesi gerekmektedir (madde 5). Yönetmelik ayrıca kadınların, ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacaklarını da düzenlemektedir (madde 6)⁵¹³. Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik ile gece postalarında on sekiz yaşını doldurmamış kadınlar ile on sekiz yaşından büyük gebe ve emziren kadın işçilerin belirli bir süre boyunca çalıştırılması yasaklanmıştır (madde 2,9).

⁵¹⁰ Emel Boyraz v. Türkiye, Başvuru No.61960/08 (İHAM, 2.12.2014).

⁵¹¹ Case 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 01651. Ayrıca bkz. Case 273/97, *Angela Maria Sirdar v The Army Board, Secretary of State for Defence* [1999] ECR I-07403.

⁵¹² İlgili düzenlemenin ayrımcılık içerdiğine ilişkin eleştiriler için bkz. Bakırcı (n 142) 92-93.

⁵¹³ İlgili düzenlemenin ayrımcılık içerdiğine ilişkin eleştiriler için bkz. Bakırcı (n 142) 95-98.

İlgili düzenlemelerin haklı gerekçelerle eleştirildiği öğretilerde görülmektedir. Gerçekten de her ne kadar cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmış olsa da, getirilen işbu düzenlemelerle kadınların bir nevi erkeklerden daha zayıf ve güçsüz görüldüğü algısı pekiştirilmektedir. Ağır ve tehlikeli işler, yüksek ücret gerektiren işlerden olup, bu alanda kadın istihdamı kısıtlanmış olmaktadır. Halbuki her kadının fiziki özellikleri ve güçleri birbiri ile aynı değildir. Fiziken ağır ve tehlikeli işlerde çalışabilecek güçlü ve dayanıklı olan kadınların, genel olarak erkeklerden daha az güçlü ve dayanıklı olduğu yönünde bir düşünce ise abesle iştigal olacaktır. Her kadını güçsüz ve zayıf, her erkeği de güçlü ve dayanıklı öngörmek hayatın olağan akışına ve olağan hayat deneyimlerine de aykırıdır. Bu sebeple kısıtlamaların daraltılması veya kaldırılması, kadınların bu alanlarda çalışmak istemesi ve sağlık raporlarının da bunu desteklemesi durumunda tercihlerine bırakılması gerektiği kanaatindeyiz.

3. Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı

a. Kavramsal çerçeve

Bireylerin cinsel yönelimleri⁵¹⁴ sebebiyle ayrımcılığa maruz kalması günümüzde sıklıkla karşımıza çıkan bir durumdur. Herkes için uygulanan kural ve uygulamalar neticesinde bireylerin salt cinsel yönelimleri sebebiyle hak kaybına veyahut aşağılayıcı, küçük düşürücü, ayrıştırıcı, düşmanca her türden söz ve davranışa maruz bırakılması, temel hak ve özgürlükler ile hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır.

Cinsel yönelim (*sexual orientation*) kavramı, Amerikan Psikoloji Birliği (APA) tarafından verilen tanım uyarınca erkeklere, kadınlara veya her iki cinsiyete yönelik kalıcı/sürekli bir duygusal, romantik ve/veya cinsel çekimi ifade eder⁵¹⁵. Bir diğer tanıma göre cinsel yönelim, “*kişide cinsel duygu, istek ve davranışların belli bir*

⁵¹⁴ Cinsel yönelim yerine cinsel tercih kavramının da literatürde sık sık kullanıldığı görülmektedir. Ancak cinsel tercih kavramı şeklindeki ifade, kişilerin cinsel ilgi duyacakları kişiyi seçebilecekleri, bunun bir tercih olduğu ve değiştirilebileceği gibi bir anlam da doğurmaktadır. Bu sebeple, kişinin benliği ile ilgili olan ve değiştirmesi kişiden beklenemeyecek ve istenemeyecek olan bu durum için tarafımızca cinsel yönelim ifadesinin kullanımı daha uygun bulunmuştur.

⁵¹⁵ American Psychological Association, Sexual Orientation, 2008, (<https://www.apa.org>), (ET:19.8.2021).

cinsiyete çekimi”dir⁵¹⁶. Cinsel yönelim, kişinin cinsel dürtülerinin hangi cinsle yöneldiğini belirlemekte olup, “*farklı bir cinsiyet veya aynı cinsiyetten veya birden çok cinsiyetten kişilere karşı duyulan yakınlık, süregelen duygusal ve cinsel çekim*” olarak tanımlanabilir⁵¹⁷. Cinsel yönelim kavramı, heteroseksüellik, biseksüellik ve eşcinselliği içeren ancak bunlarla da sınırlı olmayan bir kavramdır.

Cinsel yönelim ile ilişkili olan ve ancak farklı bir anlam ifade eden cinsiyet kimliği/cinsel kimlik (*gender identity*) ise bireylerin kendilerini nasıl algıladıkları ve kendilerini hangi cinsiyette tanımladıkları (erkek, kadın, ikisi veya hiçbiri) ile ilgili olup, doğumda atanmış cinsiyetle veya toplum tarafından atanan cinsiyetle aynı ya da farklı olabilir⁵¹⁸.

LGBTQ+ (Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transeksüel, Queer ve devamı/diğerleri)⁵¹⁹ bireylerin toplumda en çok dışlanan gruplardan biri olduğu, heteroseksüel bireylere kıyasla daha az lehte muamele gördüğü, önyargı ve homofobi ile mücadele etmek zorunda kaldıkları bilinen bir durumdur. Toplumsal normlar, gelenekler, dini görüş ve inançlar, homofobik ve transfobik tutumlara, LGBTQ+ bireylere yönelik kışkırtıcı ve saldırgan söylemlere ve şiddete yol açmaktadır. Cinsel yönelim kavramının içinde olan heteroseksüel ilişkiler (karşı cinsle duyulan ilgi, kadın ve erkekler arasındaki ilişki), toplum gözünde “normal” kabul edilmekte, genel kanı olarak herkesin bu şekilde yaşaması, davranması beklenmektedir⁵²⁰. *Heteronormativite* olarak da ifade edilen bu

⁵¹⁶ Cinsel Eğitim, Tedavi ve Araştırma Derneği, CETAD, (<https://www.cetad.org.tr>), (ET:19.8.2021); Hakan Keser, "İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi İle İşverence Feshedilmesi" (2017) (37) Sicil İş Hukuku Dergisi 9, 13.

⁵¹⁷ Gül and Karan (n 24)1 90; Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 97.

⁵¹⁸ Human Rights Campaign, (<https://www.hrc.org>), (ET:19.8.2021); Keser, "Özel Hayat" (n 516) 13.

⁵¹⁹ Aseksüellik, trans yönelimli olmak, panseksüellik, poliseksüellik, interseksüellik gibi yönelimlerin varlığı da kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu tanımlamaların hepsini içeren, hem de açık uçlu olan, cinsel kimliğin akışkanlığını ifade eden *queer* kavramı kullanılmaktadır. Queer teori için ayrıca bkz. Judith Butler, "Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi" Çeviri Başak Ertür, (8th edn. Metis Yayınları 2020).

⁵²⁰ *Heteronormativite*, biyolojik olarak kadın ve erkek olmak üzere iki cinsiyet bulunduğu, kadının kadın erkeğin ise erkek olarak davranması gerektiği, kadın ve erkek arasında heteroseksüel bir ilişkinin olması gerektiğini savunarak; bu durumun toplumsal bir beklentiye dönüşmesi, bireyler üzerinde baskı kurması ve doğal kabul edilen bu kadın erkek ikiliğine uymayan cinsiyet kimlikleri ve yönelimlerin ise suç, kabul edilemez, marjinal, anormal bulunmasıdır, EU Agency for Fundamental Rights, France, 2009. Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II – The Social Situation, s.25; Işıl Kurnaz, "LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği, (2020) (148) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9, 14-15. Terminolojik olarak heteronormativite (*heteronormativity*) kavramının

durumda, farklı bir cinsel yönelim ve kimlik tehdit olarak görülmektedir. Toplumsal cinsiyet de bu konuyla bağlantılı bir kavramdır⁵²¹. Toplumsal cinsiyet, kadınlar ve erkeklerin nasıl davranması gerektiğine ilişkin olarak toplumdaki kültürel görüşler, inanç sistemleri, beklentiler, algı ve roller olarak kısaca ifade edilebilir. Heteronormativite de kadın ve erkeklerin ancak karşı cinsleri ile cinsel yakınlık içinde olabileceğine ilişkin ikili toplumsal cinsiyet anlayışını pekiştiren bir durumdur.

Yüklenen farklı roller ve beklentiler, kadınlar ve erkekler arasında bir ayrımcılık ortaya çıkardığı gibi aynı zamanda farklı cinsel yönelim ve kimlikteki bireylere karşı da ayrımcı bir yaklaşım doğurmaktadır. Nitekim toplumdaki heteronormatif ortam ve bireylere biçilen roller neticesinde, bireyler üzerinde sadece heteroseksüelliğin normal olduğu algısı oluşmakta ve bu durum farklı cinsel yönelime sahip kişilerin dışlanma, ayrımcılık, şiddet gibi birçok olumsuzluğa maruz kalmasına yol açmaktadır.

b. Cinsel yönelim temelli ayrımcılık

LGBTQ+ hareketi, günümüzde artış göstererek daha fazla farkındalık ve görünürlük kazanmakta, bu anlamda cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığın ve şiddetin önlenmesi adına daha somut adımlar atılmaktadır. Her ne kadar bu bağlamda koruyucu, ayrımcılığı önleyici çeşitli düzenlemelere yer vermeye başlanmış olsa da, ayrımcılığın ve şiddetin önlenmesi noktasında yeterli olduğu maalesef söylenemez. Nasıl ki ırk, renk, köken, cinsiyet gibi kişilerin sahip olduğu, taşıdığı özelliklere karşı ayrımcılıkla mücadele ulusal ve uluslararası bir öneme sahipse, cinsel yönelim de aynı derecede bir öneme sahip olup, bireylere yönelik çeşitliliğin kabul edilmesi noktasında farklı cinsel yönelimleri kapsayıcı şekilde bir bakış açısının hayatın ve hukukun her alanında sağlanması da bir gerekliliktir.

Bireylerin cinsel yönelimleri sebebiyle ayrımcı muameleye maruz kalması hukuka aykırıdır. Her ne kadar bazı uluslararası ve ulusal mevzuat içerisinde ayrımcılık yasağı kapsamındaki kriterler arasında sayılmasa da cinsel yönelim temelli ayrımcılık

incelendiği detaylı bir çalışma için bkz. Joseph Marchia and Jamie M. Sommer, “(Re) Defining Heteronormativity” (2019) 22 (3) *Sexualities*, 267–295; Kaçan (n 99) 19 vd.

⁵²¹ Toplumsal cinsiyet kavramı için bkz. 2. Bölüm, I, C.

yasaklanmış kabul edilmektedir. Örneğin BM tarafından⁵²² İHEB ile düzenlenen “*Bütün insanlar onur ve haklar bakımından özgür ve eşit doğar.*” hükmünden yola çıkılarak, LGBTQ+ kişilerin insan haklarının korunmasına dair devletlerin beş temel yasal yükümlülüğü hakkında bir rapor hazırlamıştır⁵²³. Bu yükümlülüklerden biri de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığın yasaklanarak, ayrımcılık yasağı kriterleri arasında açıkça sayılması ve kapsamlı kanunların düzenlenmesi; özellikle de, istihdam ve sağlık hizmetleri bağlamındakiler dahil temel hizmetlere erişimde ayrımcılık yapılmamasının garanti altına alınmasıdır. BM insan hakları sözleşmelerinde ise açıkça cinsel yönelim ifadesine yer verilmemiş durumdadır. BM, çeşitli karar ve yorumlarda cinsel yönelim kavramını ayrımcılık yasaklarında “cinsiyet” veya “bir başka statü” ifadeleri içerisinde kabul ederek ele almıştır⁵²⁴.

Avrupa Parlamentosu da, bireylerin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini ayrımcılık yasağı kapsamındaki kriterlerden kabul etmekte, homofobi ve transfobinin ortadan kaldırılmasının, üye devletlerde tutarlı bir insan hakları yaklaşımını uygulamaya yönelik siyasi bir iradeyi de gerektirdiğini, bu bağlamda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin mevzuat ve politikalarında değişim ve destekleme konusunda sorumluluklarının olduğunu ifade etmektedir⁵²⁵.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi), cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliğine ayrımcılık yasakları arasında yer veren önemli bir sözleşmedir. Sözleşme, kriterleri düzenlerken korumayı geniş tutarak, yasağın kapsamına dair olası tartışmaları da önlemiş olmaktadır. Sözleşme ayrıca taraf devletlere toplumsal cinsiyetçi bakış açısını da değiştirmeyi, kadın ve erkek arasındaki her türlü eşitsizliği ortadan

⁵²² BM Konseyi, Haziran 2011’de insan hakları, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ile ilgili ilk BM kararı olan 17/19 sayılı kararı kabul etmiş, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından aynı konuda hazırlanan ilk resmi BM raporunun (*BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri raporu, “Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals Based on their Sexual Orientation and Gender Identity” (A/HRC/19/41)*) oluşturulmasına da vesile olmuştur.

⁵²³ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Herkes Özgür ve Eşit Doğar, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği, 2013.

⁵²⁴ Gül and Karan (n 24) 158.

⁵²⁵ Parliamentary Assembly, Discrimination on The Basis of Sexual Orientation and Gender Identity, 2010, (<https://assembly.coe.int/>), (ET:19.8.2021). Ayrıca bu konuda Avrupa Parlamentosu Tavsiye Kararı için bkz. Recommendation 1915, 2010.

kaldırmayı, kadına yönelik şiddet konusunda etkin önlemler alma görevini yüklemektedir. Günümüzde değişen toplumsal yapı ve modernleşme ile teknolojik gelişmeler doğrultusunda toplumdaki her kesimi kapsayıcı bir koruma öngörülmesi ve herkes için eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından ortaya çıkan farklı ayırım türlerinin de devletlerce ulusal mevzuata dahil ederek düzenlenmesi haklı bir beklenti ve gerekliliktir. Özellikle homofobik toplumlarda, farklı cinsel yönelimdeki bireylerin maruz kaldıkları her türlü tehdit, dışlanma, aşağılanma ve şiddete karşı korunmasını sağlayacak düzenlemeler, hukuk devleti olmanın da bir gereğidir. Nitekim devletler, uluslararası ve ulusal yükümlülükleri kapsamında insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve geliştirmek yükümlülüğü altındadır. Kadınları erkeklerden düşük, zayıf ve güçsüz gören, ikinci sınıf vatandaş muamelesi yapan zihniyet ile farklı cinsel yönelimdeki bireyleri dışlayan, bu durumu anormal, suç, yasak kabul eden zihniyet birbirine çok benzerdir. Sözleşme bakımından cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliğine açıkça yer verilmesi olumlu görülmeyle birlikte, Türkiye tarafından Sözleşme'den eşcinselliğin meşrulaştırılması gibi tamamen ataerkil bir düşünce ile insan haklarına aykırı ve hukuk dışı bir gerekçe ile çıkılmasının makul karşılanması mümkün değildir. Sözleşme'den çıkılmasını bu zamana kadar cinsiyet eşitliği için verilen mücadele yönünden geriye gidiş, toplumdaki şiddet ve ayırıcı davranışları teşvik edici bir adım olarak değerlendirmekteyiz⁵²⁶.

AB hukukuna baktığımızda, AB İşleyişi Anlaşması (*Lizbon Anlaşması*) madde 19 ile cinsel yönelim temelli ayrımcılığa da yer veren bir ayırım yapmama düzenlemesine yer vermiştir. 2000/78/EC sayılı Direktif de eşit muamele ilkesinin uygulanması maksadıyla işe alınma ve mesleki açıdan cinsel yönelime dayalı nedenlerle ayrımcılık yapılmasına karşı mücadele için bir genel çerçeve getirme amacı taşımakta, cinsel yönelim temelli ayrımcılığı yasaklamaktadır.

Türk hukukuna baktığımızda, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın açık bir şekilde yasaklandığına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak ayrımcılığın yasaklandığı kriterlerin sınırlı olarak sayılmadığı düzenlemeler bakımından, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın da yasak kapsamında kabul edilmesi ve bu yönde değerlendirilmesi

⁵²⁶ Sözleşme'den mevzuata ve Sözleşme ile öngörülen hükümlere aykırı bir şekilde çıktığına ilişkin açıklamalarımız için bkz. 1. Bölüm, II, A, (4), (c).

gerekmektedir. Nitekim Anayasa madde 10 ile düzenlenen ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi, açık uçlu bir yaklaşım benimsemekte ve bu yönüyle cinsel yönelim de “ve benzeri” sebepler içerisinde değerlendirilmektedir. Aynı şekilde İş Kanunu madde 5 düzenlemesi de ayrımcılık kriterlerinde açık uçlu yaklaşımı benimsediğinden, cinsel yönelim “ve benzeri” sebepler arasında kabul edilmektedir⁵²⁷.

TİHEK Kanunu ise ayrımcılık kriterleri yönünden sınırlı sayıda bir yaklaşım benimsemiş ve cinsel yönelim veya kimlik ifadesine yer vermemiştir. Bu anlamda eşitsizlik ve ayrımcılıkla mücadelede bir yasal düzenlemenin cinsel yönelim temelli ayrımcılığı göz ardı etmiş olması yerinde bulunmamıştır. Bu anlamda TİHEK’in en çok ayrımcılığa maruz kalan gruplardan biri olan LGBTQ+ bireylerin uğradığı eşitsiz ve ayrımcı muameleyi salt madde metninde cinsel yönelim/cinsel kimlik ifadelerinin yer almaması sebebiyle değerlendirmeye almaması ve göz ardı etmesi ise hem kurumun hem de kurumun dayandığı düzenlemenin amacıyla bağdaşmamaktadır⁵²⁸. Bu noktada kurumun, cinsiyeti geniş yorumlayarak bu kapsamda bir ayrımcılık değerlendirmesi yapması, ilgili boşluğun doldurulması ve koruma kapsamının genişletilmesi bakımından önemlidir. Aksi takdirde, LGBTQ+ bireylere yönelik insan hakkı ihlallerine göz yumulmuş olunacaktır. Halbuki tüm insanlar eşit haklara sahip olarak doğmakta ve

⁵²⁷ Süzek (n 4) 470; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 234, 241; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 455; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 435; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 755; Yuvalı (n 243) 131,239; Doğan, “Eşitlik İlkesi” (n 250) 196; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 236. Cinsel yönelimi İş Kanunu madde 5 düzenlemesinde “ve benzeri” sebepler kapsamında sayan Yargıtay kararları için bkz. Y.9.HD. E.2020/4588, K.2021/5455, 3.3.2021; E.2016/24252, K.2020/10625, 6.10.2020; Y.22.HD. E.2017/23268, K.2019/14998, 3.7.2019; AYM, E.2015/68, K.2017/166, 29.11.2017, RG. 20.2.2018/30338. Geniş anlamıyla cinsiyet kavramı içerisinde değerlendirilebileceği yönünde bkz. Yıldız (n 4) 122. Hem cinsiyet hem de “ve benzeri” ifadesi içerisinde değerlendirilebileceği yönünde bkz. Erhan Birben, “İşçinin Özel Yaşamı Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi” in Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2016), 153. Yasal düzenlemelerde “cinsel yönelim” ve “cinsiyet kimliği” kavramlarının açıkça ifade edilmemesinin eleştirisi için bkz. “İşyerinde Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılık : ILO’nun Onuru Projesi’nden Sonuçlar”, KAOS GL çevirisi, 2012; Melek Göregenli ve diğerleri, *Türkiyede Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İnterseklerin Durumu - 2019 Araştırması* (Murat Köylü ed, Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (Kaos GL) ve Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi 2019), 8.

⁵²⁸ Ankara’da iki trans kadının bir otele alınmaması sonucu mal ve hizmetlerden yararlanmada ayrımcılık kapsamında TİHEK’e yapılan başvuru, ayırım kriterleri arasında cinsel yönelimin yer almaması sebebiyle reddedilmiştir. Cinsel yönelim/kimlik temelli ayrımcılığı kabul eder nitelikteki bu karara katılmamız mümkün değildir. Kurumun bu tarz ayrımcılıklara olan tutumu dahi bir ayrımcılık teşkil eder niteliktedir. Başvuruda bulunan dernek tarafından yapılan açıklama için bkz. (<http://www.pembehayat.org/haberler>), (ET:20.8.2021). Ayrıca değinmek gerekir ki, transseksüellerin maruz kaldığı ayrımcılığın cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiği de ifade edilmekte olup, bu yönüyle de kararın yerinde olmadığı açıktır. Bkz. Yıldız (n 4) 117; Case 13/94, *P v S and Cornwall County Council*, [1996] ECR I-2159.

devletler de uluslararası yükümlülükleri kapsamında tüm insanlar için insan hak ve özgürlüklerine saygı göstererek gerekli korumayı sağlamak zorundadır.

Daha önce açıkladığımız üzere iş ilişkileri hassas bir dengeye sahip olup, işçinin korunmasını gerektiren kendine özgü bir yapıya sahiptir. İşçinin kişiliğinin de dahil olduğu iş ilişkisinde, işçinin özel hayatının ve bireysel tercihlerinin işverenin müdahalelerine ve haksız uygulamalarına karşı korunması önem arz etmektedir. İşçinin cinsel tercihi ve cinsel kimliği de bu kapsamda korunması gereken önemli değerlerdir. Nitekim LGBTQ+ bireyler, iş hayatında da ayrımcılıkla karşı karşıya kalmakta, iş ilişkisinin birçok aşamasında ayrımcı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir⁵²⁹. Çalışma yaşamındaki ayrımcılık resmi ve gayri resmi ayrımcılık şeklinde sınıflandırılarak da incelenmektedir. Resmi ayrımcılık, bireylerin cinsel yönelimlerinden dolayı işe alım, çalışma koşulları, iş ilişkisinin sona erdirilmesi gibi kurumsal politika ve kararlarda ayrımcılık; gayri resmi ayrımcılık ise LGBTQ+ bireylerin çalışma ortamında cinsel ve psikolojik taciz, hakaret, küçük düşürücü davranışlar vb. şeklinde ortaya çıkan ayrımcılık olarak ifade edilmiştir⁵³⁰. Örneğin Amerikan Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda cinsiyet değiştiren bir çalışanın işten çıkarılmasını Eşit Koruma Maddesinin cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını ihlal ettiği yönünde değerlendirme yapılmıştır⁵³¹.

Salt cinsel yönelimleri dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalarak dezavantajlı bir konuma gelen bireylerin, dokunulmaz olan alanlarına hukuka aykırı bir müdahale söz konusudur. Bunun yanında cinsel kimlik, cinsel yönelim, cinsel yaşam bireylerin mahrem alanlarına ilişkin olup bu durum, Anayasa ile korunan özel hayatın gizliliğinin de ihlal edilmesine yol açmaktadır⁵³².

⁵²⁹ Bu alanda yapılan bir araştırmanın detaylı raporu için bkz. Melek Göregenli ve diğerleri, "Özel Sektörde LGBTİ" (n 527) 8.

⁵³⁰ Martin P Levine and Robin Leonard, "Discrimination against Lesbians in the Work Force" (1984) 9 (4) Signs: Journal of Women in Culture and Society 700, 706. LGBTQ+ bireylerin çalışma hayatında hem örgütsel süreçlerde hem de çalışma ortamında maruz kalınan ayrımcılıklara ilişkin yapılan detaylı bir çalışma için bkz. Duygu Acar Erdur and Faruk Ozgunlu, "Çalışma Yaşamında Ayrımcılık: LGBT + Bireylere Yönelik Nitel Bir Araştırma" (2020) 11 (2) Business and Economics Research Journal 479, 479-494.

⁵³¹ United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Glenn v. Brumby, 663 F.3d 1312, 6.12.2011.

⁵³² Yıldız (n 4) 121; Ertürk (n 38) 124-129; Aydın (n 298) 242-243; Birben, "Özel Yaşam" (n 527) 152. Özel hayat ve aile hayatı kavramlarına ilişkin açıklamalar için bkz. Keser, "Özel Hayat" (n 516) 11-13.

Bireylerin cinsel yönelimleri de cinsel kimlikleri de kendi mahrem alanları ile ilişkili olup, ne bir başka kişiyi ne de işvereni ilgilendirir⁵³³. İşçinin özel hayatı, aile hayatı ve cinsel hayatı kapsamındaki davranışları sebebiyle iş sözleşmesinin haklı sebep ile feshi mümkün değildir⁵³⁴. İşvereni ilgilendiren nokta, iş görme edimi ve çalışma ortamı söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. İşçinin iş hayatına olumsuz etki eden, işyerindeki çalışma düzenini ve barışını bozan nitelikteki özel hayat tercihleri geçerli sebeple feshin konusu olabilmektedir. Bu hali ile işçi ister heteroseksüel olsun ister başka bir cinsel yönelimden olsun, iş yaşamı ile özel hayatı arasındaki çizgiyi ortadan kaldırmamalı, dengeyi sağlamalı ve olumsuzluk yaratacak şekilde özel yaşantısını işyerine yansıtılmamalıdır⁵³⁵. Yargıtay tarafından değerlendirilen bir olayda, aynı işyerindeki iki işçi arasında eşcinsel bir ilişki bulunmakta ve ancak taraflardan birinin bu ilişkiye son vermek istemesi üzerine işyeri içinde bir sataşma yaşanmakta, işveren tarafından da her iki işçinin iş akdi haklı sebeple feshedilmektedir. Davacının şehir dışı görevlere de diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek nitelikte tutkulu olan bu davranışların, verimliliği olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması cinsel tercihleri aşar nitelikte bir olgu olarak kabul edilmiş ve bu durum haklı nedenle fesih sebebi olarak değerlendirilmiştir⁵³⁶.

Yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak, mahkemelerin cinsel yönelim temelinde ayrımcılık konusundaki görüş ve değerlendirmeleri de LGBTQ+ bireylerin haklarının korunması bakımından önemlidir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen *P.v.S ve Cornwall County Council* kararı⁵³⁷, hormon kullanma ve ameliyat olma yoluyla cinsiyetini değiştiren işçinin iş sözleşmesinin feshi konusundadır. Divan bu davada, işyerinde transseksüel bir çalışan aleyhine yapılan ayrımcılığın doğrudan cinsiyet ayrımcılığı kapsamına girdiğine

⁵³³ “Bu kapsamda, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanması ve bunun doğurduğu idari sonuçlar, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturmaktadır (Serap Tortuk, § 37; Bülent Polat, § 63; Ata Türkeri, § 33)”, AYM Başvuru No. 2014/12591, 16.2.2017, p.38 (Lexpera) (ET:18.12.2021).

⁵³⁴ Keser, “Özel Hayat” (n 516) 20.

⁵³⁵ Yıldız (n 4) 123-124; Sarper Süzek, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması* (Kazancı Hukuk Yayınları 1976), 150-152; Ertürk (n 38) 129; Birben, “Özel Yaşam” (n 527) 153-156, Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 755; Keser, “Özel Hayat” (n 516) 20-21.

⁵³⁶ Y. 9. HD. E.2005/654, K.2005/30275, 19.9.2005 (Türk Hukuk Sitesi) (ET:18.12.2021).

⁵³⁷ Case 13/94, *P v S and Cornwall County Council*, [1996] ECR I-2159.

hükmetmiştir. Bir kimsenin cinsiyetinin değiştirilmesine bağlı ayrımcılık, cinsiyete dayalı ayrımcılık kapsamında kabul edilmiştir⁵³⁸.

İnsan Hakları Komitesi *Toonen v. Avustralya* kararında, “başka bir statü” ifadesi kapsamında İHAS’ın 2. ve 26. maddesinde bulunan “cinsiyet” ifadesinin aynı zamanda cinsel yönelimi de kapsadığını ifade etmiştir⁵³⁹.

Yargıtay kararına konu bir davada, futbol hakemi H. İ. D., eşcinsel olduğu gerekçesiyle TFF Trabzon İl Hakem Kurulunca görev verilmemesi nedeniyle zarara uğradığından maddi, davacıya uygulanan ayrımcı muamele ile cinsel yöneliminin açığa vurulmasından dolayı ayrımcılık yasağı (eşitlik ilkesi) ile özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlali nedeniyle de manevi tazminat talebinde bulunmuştur. İstanbul 20. Asliye Hukuk Mahkemesi, davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Taraf vekillerinin temyizi üzerine Yargıtay 4. HD.’nin 4.7.2018 tarihli ilamıyla, tarafların diğer temyiz itirazlarını reddetmiş, ancak TMK madde 24 ve TBK madde 58 uyarınca düzenlenen kişisel haklar kapsamında kalmadığı gerekçesiyle manevi tazminat talebinin tümünden reddedilmesi gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur. Bozma sonucu ilk derece mahkemesi, manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir. Bu karara karşı davacı vekilinin temyiz istemi, Yargıtay 4. HD.’nin 30.9.2020 tarihli ilamıyla, ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır. Davacı vekilinin karar düzeltme istemi de oy çokluğuyla reddedilmiştir⁵⁴⁰. Verilen karara katılmamız mümkün değildir. Kararın niçin yerinde olmadığı ise karşı oy yazısında açık ve net bir değerlendirme ile ortaya konmuştur.

⁵³⁸ Bu davanın ardından, *toplumsal cinsiyet değişikliği yaptırmaya niyetli olduğu veya yaptırmış olduğu* için bireyin ayrımcı muameleyle karşılaşmasının cinsiyet ayrımcılığı kapsamına alındığı ve ancak toplumsal cinsiyet kimliğinin dar bir biçimde korunduğuna ilişkin bkz. Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 92. Case 249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd.*, [1998] ECR I-623, davası ile bu yaklaşımdan vazgeçildiği, zira karşılaştırmanın homoseksüel olan işçiler arasında yapıldığı, homoseksüel bir işçinin heteroseksüel bir işçi ile karşılaştırıldığı durumda farklı bir sonuca ulaşılacağı; burada tartışılan hususun ise cinsel yönelime dayalı ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığından ziyade cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil edip etmediği hususu olduğu, ayrımcılık iddiasında karşılaştırma yapılacak kişinin sonuç bakımından önem kazandığı yönünde bkz. Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 56; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 780.

⁵³⁹ *Toonen v. Avustralya*, CCPR/C/50/D/488/1992 (İHAM, 31.3.1994).

⁵⁴⁰ Y.4.HD. E.2020/3822, K.2021/1035, 8.3.2021 (Yargıtay Bilgi Bankası) (ET:21.8.2021). Yargıtay tarafından incelenen bir başka olayda ise müşterilerden birinin işvereni arayarak davacının eşcinsel olduğunu söylemesi üzerine işveren tarafından davacının yıllık izne çıkması istenmiş ve ardından davacının iş akdi feshedilmiş olup; davacı tarafından işe iade davası açılmıştır. Yargıtay ise ilk derece mahkemesi kararını, davacının iddialarına ilişkin gerekli incelemenin yapılmadığı gerekçesiyle bozmuştur, Y. 9.HD. E.2009/27672, K.2010/28528, 11.10.2010 (Lexpera) (ET:18.12.2021).

Karşı oy yazısında, “...Davacıya hakemlik görevi verilmemesinde cinsel yönelimi (eşcinsel olması) belirleyici tek etken olduğundan ayrımcılık iddiasının makul nedenlere dayandığı kabul edilmelidir. Bu nedenle davacının cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı yönündeki iddiasının Anayasa'nın 10. ve 20. Maddeleri kapsamında incelenmesi gerekir.” denmiştir. Bu kapsamda yapılan değerlendirmede, dosya içindeki bilgi ve belgelerden, davacının askerliğe elverişli olmadığına ilişkin psikoseksüel bozukluk (eşcinsel) raporunu il hakem kuruluna sunduktan sonra sağlık sorunları ve mevzuat gerekçe gösterilerek çeşitli bahanelerle ayrımcı muameleye tabi tutulduğu ve bu durumun cinsel yönelimle doğrudan bağlantılı olduğu açıkça ifade edilmiştir. İHAS madde 14 bağlamında ayrımcılık yasağının cinsel yönelimi de kapsadığı, İHAM'a göre kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının da özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahale oluşturduğu; yine Anayasa madde 10 çerçevesinde de özel hayatın mahrem bir yönünü oluşturan ve özel hayata dahil olan cinsel yönelimin ayrımcı muameleye karşı koruma kapsamında olduğu net bir biçimde ortaya konmuştur. Ek olarak “...cinsel yönelimi nedeniyle davacıya hakemlik görevi verilmediğini ve bu durumun kamuoyu tarafından öğrenildikten sonra davacının kamuda görev almasının veya özel sektörde çalışmasının artık kolay olmayacağı, özel hayatında da sorunlar ve dışlanma yaşayacağı açıktır.” denilerek davacının maruz kaldığı müdahaleyle görevine geri dönemeyerek hem geçimini sağlamaktan alıkonduğu, hem de bu durum sebebiyle kişinin sosyal konumu, saygınlığı ve gelecek beklentileri üzerinde olumsuz sonuçlara neden olabilecek, sosyal ve hukuki dışlanmışlık sonucunu doğurabilecek bir durum yaratıldığı belirtilmiştir.

Karşı oy yazısı eşitlik ve ayırım yapmama ilkesine vurgu yaparak, netice olarak cinsel yönelimi nedeniyle davacıya hakemlik görevi verilmemesi biçimindeki uygulamanın, davacının özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile ayrımcılık yasağı kapsamında kaldığından davacı lehine uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

“Hukuka saygılı devlet ise bütün bireylere toplumda var olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil imkânlar sunmak ve bunun önündeki engelleri kaldırmakla yükümlüdür. Farklı muamele kaynaklı ayrımcılıktan kurtulması için kişiden, şeref ve haysiyetini ilgilendiren ve kişiliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan cinsel yönelimini inkâr etmesi veya değiştirmesi beklenemez. Bu nedenle

somut olayda davacının kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminat talebinin kabulü gerekir.”.

Karşı oy yazısında yer verilen yukarıdaki kısmın büyük önem taşıdığı kanaatindeyiz. Cinsel yönelim, kişinin ayrılmaz bir parçası niteliğinde olup, doğrudan insan onuru ve kişiliği ile ilgilidir. Bu anlamda dokunulmaz olup, hukuken korunması zorunludur. Kişilik haklarının ihlali ise hukuken korunmamalı, temel insan hakları ve hukukun temel ilkeleri ile bağdaşır şekilde karar verilmelidir⁵⁴¹.

4. Psikolojik Taciz

a. Psikolojik taciz kavramı ve unsurları

Mobbing kelimesi Latince “*mobile vulgus*” sözcüğünden gelmekte olup⁵⁴², “*kararsız, kalabalık, şiddete yönelmiş topluluk*” gibi anlamlar taşımaktadır⁵⁴³. Sözlük anlamıyla ise mobbing kelimesinin karşılığı olarak “*bezdiri*” kelimesi kullanılmaktadır⁵⁴⁴. 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi’nde mobbing yerine, “*işyerinde psikolojik taciz*” kavramının kullanılması uygun görülmüştür⁵⁴⁵. Günümüzde “mobbing” kavramı da kullanılmakla birlikte, bu kavrama karşılık “*işyerinde psikolojik taciz*”, “*işyerinde psikolojik şiddet*”, “*işyerinde manevi taciz*”, “*yıldırma*” gibi ifadeler de kullanılmaktadır⁵⁴⁶.

⁵⁴¹ Getirilen bir başka eleştiri de Türkiye Futbol Federasyonu’nun verdiği kararın homofobik bir karar olduğu, nitekim ilgili yönetmelikte askerlikten “sağlık sorunları” sebebiyle muaf olunursa hakemlik yapılamayacağı düzenlendiği, davacının ise cinsel kimliği sebebiyle bilerek ve isteyerek askerlikten muaf olmayı tercih ettiği ve cinsel yönelim olan eşcinselliğin de bir hastalık olmadığı yönündedir, bkz., Türker Vatansever, “İstihdamda Ayrımcılık”, LGBT Hak İhlalleri Emsal Dava Analizleri (SPoD 2013) 69.

⁵⁴² Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu” N.6 (2011), 5; Tınaz (n 122) 7.

⁵⁴³ Tınaz (n 122) 7; Oktay Eser, "Mobbing Kavramının Türkçe Serüveni" (2009) (Y.37) (430) Türk Edebiyatı Aylık Fikir ve Sanat Dergisi 71, s.71.

⁵⁴⁴ TDK, Mobbing (<https://sozluk.gov.tr>), (ET:19.7.2021).

⁵⁴⁵ 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi, RG. 19.3.2011/27879.

⁵⁴⁶ Tınaz ve Güzel /Ertan tarafından “işyerinde psikolojik taciz” kavramı benimsenmiş olup, tarafımızca da işbu çalışmamızda tercih edilmekte ancak anlaşılabilir olması açısından mobbing kavramına da yer verilmektedir. Bkz. Tınaz (n 122) 19; Güzel and Ertan, “Psikolojik Taciz” (n 123) 511; Narmanlıoğlu (n 150) 426. Terminoloji bakımından detaylı inceleme için bkz. Arzu Arslan Ertürk, "İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler" (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan) 285, 287-289; Canan

Ayrımcılık türlerine ilişkin başlığımızda, psikolojik tacize ilişkin olarak yapılan bazı tanımlara yer vermiştik⁵⁴⁷. Bu tanımlardan da hareketle, işyerinde psikolojik tacizi, işyeri, işletme veya kurum gibi bir topluluk yapısı içinde bir işçi veya bir grup işçinin manevi kişiliğine yöneltilen; işveren, işveren vekili veya diğer işçiler tarafından kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama, dışlama gibi şekillerde ortaya çıkan ve tekrarlanan, zarar vermeyi amaçlayan, yıldırıcı, onur kırıcı eylem, saldırgan davranış, psikolojik şiddet olarak ifade etmemiz mümkündür⁵⁴⁸.

TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunca yayınlanan Nisan 2011 tarihli İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu'nda ise mobbing, "*sistemli bir şekilde, süreklilik arz eden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranış*" olarak ifade edilmiştir⁵⁴⁹.

Psikolojik tacizin varlığı için birtakım unsurların bir arada bulunması gerekmektedir⁵⁵⁰. Yargıtay HGK, bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hal alması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁵¹. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Bilgilendirme Rehberi'nde psikolojik tacizin unsurları; işyerinde gerçekleşmesi, sistematik olması, süreklilik kazanması, kasıtlı olması; yıldırma, işten uzaklaştırma gibi bir amaç taşınması,

Ünal, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi" (2013) 10 (37) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 15, 18 vd.

⁵⁴⁷ Bkz. 1. Bölüm I - B (g).

⁵⁴⁸ Leymann, "Mobbing at Work" (n 121) 168; Tınaz (n 122) 8-10, 21-22; Güzel and Ertan, "Psikolojik Taciz" (n 123) 511; Süzek (n 4) 416; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 391 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 205-206; Narmanlıoğlu (n 150) 426; Bayram, "Psikolojik Taciz" (n 122) Arslan Ertürk, "Psikolojik Taciz" (n 546) 290; Palabıyık (n 121) 18. Tanımda yer alması gereken unsurlar bakımından ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ünal, "Psikolojik Taciz" (n 546) 23-24.

⁵⁴⁹ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, Nisan 2011, s.6.

⁵⁵⁰ Bu konuda detaylı inceleme için bkz. Arslan Ertürk, "Psikolojik Taciz" (n 546) 293 vd.

⁵⁵¹ Y. HGK. E.2012/9-1925, K.2013/1407, 5.9.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (ET:25.9.2021).

mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar ortaya çıkması olarak sayılmıştır⁵⁵².

İşyerinde psikolojik tacizin varlığı için öncelikle, psikolojik taciz uygulayan ile psikolojik tacize maruz kalan arasında iş yaşamı ile bağlantılı bir ilişki olması gerekir⁵⁵³. Bu taciz eylemlerinin bir işyerinde gerçekleşmiş olması gerekir⁵⁵⁴. Ancak, örneğin iş saatleri dışında yıldırma amaçlı yapılan eylemler de kapsam dışı bırakılmamalıdır. Eyleminin taraflarının aynı iş ilişkisinde çalışıyor olması gerekir. Buna ilişkin HGK bir kararında “işyerinde çalışanlarla, diğer çalışanlar veya işverenler tarafından uygulanan sistematik davranışlar” denilerek bu husus ortaya konmuştur⁵⁵⁵. Psikolojik tacizin varlığı için, eylemin belli bir amaca yönelik kasıtlı olarak yapılması ve mağduru istifaya ya da itaate zorlama, bezdirme, yıldırma, dışlama ve benzeri amaçlarla yapılması gerekmektedir⁵⁵⁶. Sayılan davranışların belirli bir süre devam etmesi, süreklilik taşıması gerekir⁵⁵⁷. Ne kadar süreyle devam etmesi gerektiğine dair bir düzenleme mevcut değildir. *Leymann*'a göre eylemlerin en az altı ay sürmesi gerekmektedir⁵⁵⁸. Ancak her somut olayı, olayın kendi özelliklerine göre değerlendirmek ve süreyi de buna göre değerlendirmek hukukun bir gereğidir⁵⁵⁹. Bir diğer unsur da eylemlerin sistematik olarak devam etmesidir. Yani eylemlerin birbirini takip etmesi, birbiriyle ilişkili, bağlantılı olması gerekmektedir. Dolayısıyla tek seferlik davranışlar psikolojik taciz olarak nitelendirilemeyecektir⁵⁶⁰.

⁵⁵² Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, “İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Bilgilendirme Rehberi”, Ankara, 2013, s.10-11.

⁵⁵³ Arslan Ertürk, "Psikolojik Taciz" (n 546) 294; Palabıyık (n 121) 21.

⁵⁵⁴ Arslan Ertürk, "Psikolojik Taciz" (n 546) 293; AYM, Başvuru No. 2014/7998, 19.7.2018, s.21 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:25.9.2021).

⁵⁵⁵ Y.HGK. E.2012/9-1925, K.2013/1407, 25.9.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (ET:25.9.2021).

⁵⁵⁶ Ünal, “Psikolojik Taciz” (n 546) 25; Huriye Reyhan Demircioğlu, "Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", (2007) XI (1-2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 117; AYM, Başvuru No. 2014/7998, 19.7.2018, s.21 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:25.9.2021).

⁵⁵⁷ Ünal, “Psikolojik Taciz” (n 546) 24; AYM, Başvuru No. 2014/7998, 19.7.2018, s.21 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET: 25.9.2021).

⁵⁵⁸ Leymann, “Mobbing at Work” (n 121) 168; Tınaz (n 122) 13-14.

⁵⁵⁹ Bkz. Hande Gül Küçükaya, "Yeni Gelişmeler Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz" (2014) 2 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187, 189; Demircioğlu, “Psikolojik Taciz” (n 556) 119.

⁵⁶⁰ Arslan Ertürk, "Psikolojik Taciz" (n 546) 298; Demircioğlu, “Psikolojik Taciz” (n 556) 117.

AYM tarafından bir kararda, mobbing teşkil etmesi için eylemin aynı zamanda mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar ortaya çıkararak ya da ciddi bir zarar tehlikesi içeren nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁶¹. Ancak tüm bu unsurların çalışılan işyeri, yapılan işin niteliği, işyeri kültürü gibi hususlara göre objektif bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁶².

b. Ayrımcılık yasağı kapsamında psikolojik taciz

İşyerinde psikolojik tacizin amacı, psikolojik tacize uğrayan işçiyi sindirme, işten uzaklaştırma ve istifaya zorlama olarak belirtilebilir. Bu anlamda eylemin mağduru işçi, diğer işçilerden ayrılmakta, yalnızlığa itilmekte, onurunu zedeleyici davranışlara maruz kalmakta ve bu şekilde ayrımcılığa muhatap olmaktadır⁵⁶³. Bu tarz davranışların altında kötü niyet, rekabet, kişisel hırs ve istekler, ayrımcılık gibi birçok sebep barınabilir. Bunların yanında toplumsal sebepler de psikolojik tacizin kaynağı olabilir. İşyerinde kadın işçiler özelinde uygulanan psikolojik tacizler, baskıcı yaklaşımlar, yine bekar kadınlara yöneltilen taciz içerikli davranışlar, yeni evli kadınlara karşı işverenler tarafından gebelik ihtimaline karşı yapılan istifaya zorlamaya yönelik davranışlar örnek olarak verilebilir.

Psikolojik taciz olarak nitelendirilen belirttiğimiz tüm bu davranışlar, insan onuru ve saygınlığını hedef alan, işçinin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olan haksız bir müdahaledir⁵⁶⁴. Psikolojik taciz temel insan hak ve özgürlüklerinin yanında, çalışanların onuru, kişilik değerleri ve çalışma hakkını da ihlal etmektedir⁵⁶⁵.

İşyerinde psikolojik tacizin, hem işverenin gözetme borcu, hem objektif iyi niyet kuralı ile ölçülülük ilkesi hem de eşit işlem yapma borcu doğrultusunda değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁶⁶. Türk hukukuna baktığımızda işyerinde psikolojik tacize dair

⁵⁶¹ AYM Başvuru No.2014/7998, 19.7.2018 (AYM Kararlar Bilgi Bankası), (ET:25.9.2021).

⁵⁶² Arslan Ertürk, "Psikolojik Taciz" (n 546) 295.

⁵⁶³ Mollamahmutoglu, Astarlı and Baysal (n 55) 206; Yıldız (n 4) 125 vd.

⁵⁶⁴ Yuvalı (n 243) 115; Yıldız (n 4) 127, 129; Bayram, "Psikolojik Taciz" (n 122) 552, 558; Demircioğlu, "Psikolojik Taciz" (n 556) 127-129.

⁵⁶⁵ Güzel and Ertan, "Psikolojik Taciz" (n 123) 512.

⁵⁶⁶ Bayram, "Psikolojik Taciz" (n 122) 556 vd.; Yıldız (n 4) 129; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6)765; Demircioğlu, "Psikolojik Taciz" (n 556) 126 vd., 137 vd. Kavramın ilk kez Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 20.12.2006 tarih 2006/19 E. ve 2006/625 K. sayılı ilamında yer aldığı bilinmekte olup,

doğrudan bir tanım veya özel bir düzenleme olmamakla birlikte, dayanak olarak, TBK madde 417 ile düzenlenen işçinin kişiliğinin korunması, İş Kanunu madde 5 ile düzenlenen eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı, TMK madde 2 ile düzenlenen dürüstlük kuralı verilebilir⁵⁶⁷.

İşverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında, işçinin sadece vücut bütünlüğünün değil, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, kişiliğinin de bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁶⁸. İşçinin kişiliğinin korunmasına dair ilk olarak anayasal dayanaklara değinilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın başlangıç bölümünde, herkesin Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ifade edilmektedir. Anayasa madde 17 uyarınca herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olup, kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

TBK madde 417 ile işverene, işçinin kişilik haklarının korunması, işçilerin psikolojik tacize ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir⁵⁶⁹. Ancak söz konusu hüküm salt psikolojik tacizi düzenleyen bir hüküm olmayıp, bu kavramı daha genel bir şekliyle işçinin kişilik hakları kapsamında ele almaktadır. Bu nedenle hüküm, işçinin psikolojik tacize uğraması halinde de işverene sorumluluk yüklemektedir⁵⁷⁰.

buna göre; “*Mobbing kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışan ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir*”. Ayrıntılı inceleme için bkz. Yıldız (n 4) 128-129.

⁵⁶⁷ Bayram, “Psikolojik Taciz” (n 122) 553; Yıldız (n 4) 128; Ünal, İş Kanunu madde 5 yönünden ise maddenin sadece ayrımcılık yasağı kapsamında düzenlendiğini, psikolojik tacize de yer vermediğini, maddenin bu hali ile psikolojik tacizi ayırım sebepleri arasında saymadığını ifade etmektedir, Ünal, “Psikolojik Taciz” (n 546) 39.

⁵⁶⁸ Süzek (n 4) 412 vd.; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 1; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 384 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 4, 204 vd.; Bayram, “Psikolojik Taciz” (n 122) 556 vd.; Aydın (n 298) 60 vd.; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 373; Ugan Çatalakaya (n 6) 274 vd.

⁵⁶⁹ Süzek (n 4) 415; Ünal, “Psikolojik Taciz” (n 546) 46-47; Sevimli, “İşçinin Kişiliğinin Korunması” (n 485) 122.

⁵⁷⁰ Bayram, “Psikolojik Taciz” (n 122) 556-559; Arslan Ertürk, “Psikolojik Taciz” (n 546) 292.

İşyerinde psikolojik taciz, işverenin eşit davranma borcu ve ayırım yapmama yükümlülüğü kapsamında da ele alınmalıdır. Nitekim işçinin maruz kaldığı eylemler neticesinde diğer işçilerden ayrılması, dışlanması, yalnızlaştırılması ile doğrudan kişilik haklarına bir saldırı gerçekleştirilmekte ve çalışma ortamı ayrımcılığa maruz kalan işçi için çekilmez hale getirilmektedir. Bu şekilde genel anlamda eşit davranma borcu ihlal edilmiş olmaktadır⁵⁷¹.

Öğretide, psikolojik taciz ayrımcılık yasağının ihlali olarak da değerlendirilmektedir⁵⁷². İşyerinde psikolojik tacizin bir ayrımcılık türü olduğuna ilişkin olarak mevzuatımızda açık bir düzenleme ihtiyacı olduğu savunulmaktadır⁵⁷³. Bir diğer husus ise ayrımcılık olgusu ile psikolojik tacizin iç içe geçtiği anlardır. Bu noktada öğretilerde ayrıca psikolojik taciz için de ayrımcılık saiki aranmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Nitekim ayrımcılık yasağında, psikolojik tacizden farklı olarak işverenin saiki önemli değildir, dolayısıyla ayrımcılık saiki ile hareket edilmese dahi ayrımcılık yasağı ihlal edilebildiğinden, psikolojik taciz halinde işverenin ayrımcılık saiki aranmadan işçinin İş Kanunu madde 5 düzenlemesinden faydalanabilmesi gerekmektedir⁵⁷⁴.

İşverenin psikolojik taciz olarak nitelendirilen işçiyi yıldırmaya, bezdirmeye, dışlamaya ve işten çıkarma amacına dayanan davranışları, genel anlamda eşit davranma borcunu açıkça ihlal etmektedir. Ayrımcılık noktasında ise, her ne kadar psikolojik tacize dair davranışlar her zaman cinsiyet, ırk, dil gibi normatif olarak sayılan kriterlere dayanmayabilse de, bu davranışlar başlı başına ayrımcı bir eylem olarak kabul edilmelidir. Zira hem ayrımcılık yasağı kapsamında sayılan kriterler sınırlı sayıda

⁵⁷¹ Bayram, "Psikolojik Taciz" (n 122) 560; Yıldız (n 4) 129. Yuvalı da, işyerinde psikolojik tacizi eşit davranma borcunun ihlali olarak nitelendirerek, ayrımcılık yasağının ihlali ifadesini kullanmasa da işçinin ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi gerektiğini, psikolojik taciz olgusunun işçinin kişilik haklarına, onur ve saygınlığına saldırı olduğunu ifade etmektedir, Ertuğrul Yuvalı, "Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler", (2015) 2 (Özel Sayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 723, 734-735.

⁵⁷² Yıldız (n 4) 129 vd.; Sevimli, "İşçinin Kişiliğinin Korunması" (n 485) 114, 125, 141; Mollamahmutoglu, Astarlı and Baysal (n 254) 712.

⁵⁷³ Güzel and Ertan, "Psikolojik Taciz" (n 123) 549; Yıldız (n 4) 129 vd. Ünal ise, psikolojik taciz bakımından bezdirme amacı taşıyan eylemin amacının sebebinin niteliğinin belirlenmesinde önemli olmadığını ifade ederek, her bezdirici eylemin ayrımcılık teşkil etmeyebileceğini, bu sebeple psikolojik tacizin ayrımcılık sebepleri arasında gösterilmesine dair bir düzenlemenin yerinde olmayacağını ifade etmektedir, Ünal, "Psikolojik Taciz" (n 546) 61, 62.

⁵⁷⁴ Yıldız (n 4) 130.

olmayıp, hem de mağdur işçinin onur ve saygınlığına yönelik, temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir saldırının ayrımcılık koruması dışında bırakılması yerinde olmayacaktır. Nitekim psikolojik taciz eylemi, mağdur kişinin sahip olduğu özellik ve niteliklere dayanmaktadır. Örneğin, tacizin yöneltildiği kişinin kişisel özelliklerine dayalı olarak kıskançlık, nefret ve benzeri her türlü his kapsamında psikolojik taciz gerçekleşebilir. Bir işverenin, yöneticinin veya başka bir çalışanın diğer bir işçinin salt görünüşüne veya kıyafetlerine takılarak ya da işçinin benliğinin parçası olan karakteristik özelliklerine göre psikolojik taciz uygulaması da mümkün olup bu durum da ayrımcılık teşkil eder. Örneğin bir işçinin sadece vücudunda dövme olması sebebiyle ya da sabahları güler yüzlü olmamasından bahisle psikolojik tacize uğramasının ayrımcılık olduğunda şüphe yoktur. Zira psikolojik taciz eyleminde kişi dışlanmakta, ayrıştirılmakta, farklı bir muameleye maruz kalmakta olduğundan, psikolojik taciz özünde bir ayrımcılık barındırmaktadır.

Bu anlamda, olması gereken hukuk bakımından psikolojik taciz olarak nitelendirilen işverenin eyleminin, işverenin eylemdeki saiki cinsiyet, ırk ve benzeri sebeplere dayanmıyor olsa dahi yasak kapsamında değerlendirilmesi ve bu yönde bir düzenleme ile açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak mevcut düzenlemelerin ışığında, psikolojik taciz olgusunun ayrımcılık yasağının ihlali ve dolayısıyla ayrımcılık tazminatı talep edilebilmesi bakımından yasaklanan temellere dayalı bir ayrımcı davranışın gerçekleşmesi aranmaktadır⁵⁷⁵.

Buna ek olarak, TİHEK Kanunu ile getirilen düzenleme, psikolojik ve cinsel tacizi de kapsayacak şekilde taciz kavramını tanımlamış (madde 2), tacizi ayrımcılığın bir türü olarak açıkça düzenlenmiştir (madde 4). Ayrıca TİHEK Kanunu ile işyerinde yıldırma kavramı da düzenlenerek, kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir (madde 2). Ancak Kanun, taciz ve yıldırma bakımından da bu Kanun ile sayılan ayrımcılık temellerine dayanılmasını aramakta olup, psikolojik tacizi tek başına bir ayrımcılık kriteri olarak kabul etmemiştir.

⁵⁷⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 712; Bayram, “Psikolojik Taciz” (n 122) 565; Yuvalı, “Mobbing” (n 571) 117; Ünal, “Psikolojik Taciz” (n 546) 62.

Uluslararası metinlere baktığımızda, GGASS, tüm çalışanların onurlu çalışma hakkı kapsamında, cinsel taciz ile birlikte onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemek ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri alma noktasında taraf devletlere yükümlülük yüklemektedir (madde 26). Bu anlamda ilgili düzenleme, çalışanların işyerinde psikolojik tacize karşı korunmasını öngörmektedir⁵⁷⁶.

AB hukuku incelendiğinde taciz (*harrasment*) kavramı çerçevesinde psikolojik tacizin de kapsama alındığı ve bu yolla ayrımcılık yasağı kapsamında düzenlendiği görülmektedir⁵⁷⁷. 2006/54/EC sayılı Direktif madde 2 ile taciz kavramı, *bir kişinin cinsiyeti ile ilgili istenmeyen davranışların, kişinin onurunu çiğneme ve yılgınlık uyandırıcı, düşmanca, haysiyet kırıcı, aşağılayıcı veya saldırgan bir çevre yaratma amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde ortaya çıkması hali* olarak ifade edilmiştir. 2000/78/EC sayılı Direktif ise tacizi, 1. maddede belirtilen din, inanç, özürllülük, yaş ve cinsel yönelim sebebiyle kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan ya da sonuçları itibarı ile cesaret kırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturacak istenmeyen bir tavır/yönetim tarzı olarak tanımlamıştır⁵⁷⁸. Ancak yine taciz ayrımcılık olarak sayılmakla birlikte, ayırım kriterlerine dayalı bir tanımlama yapılmıştır. Bu halde işyerinde psikolojik taciz niteliğindeki durumlar, direktifler ile düzenlenen tacize ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ Güzel and Ertan, “Psikolojik Taciz” (n 123) 513; Ünal, “Psikolojik Taciz” (n 546) 38.

⁵⁷⁷ Karşılaştırmalı hukuk kapsamında AB üyesi ülkelerin de bulunduğu düzenlemelere dair detaylı inceleme için bkz. Güzel and Ertan, “Psikolojik Taciz” (n 123) 515 vd.; Ünal, “Psikolojik Taciz” (n 546) 25 vd. Ayrıca bkz. Ergin, “Genel Eşit Davranma Yasası” (n 491) 648 vd.

⁵⁷⁸ Çalışma Mevzuatı ile ilgili Avrupa Birliği Direktifleri (n 224) 198-199, 236.

⁵⁷⁹ Güzel and Ertan, “Psikolojik Taciz” (n 123) 515.

5. Din, İnanç, Felsefi ve Siyasi Görüş ile Dünya Görüşü Sebebiyle Ayrımcılık

a. Din ve inanç temelli ayrımcılık yasağı

Bir kimsenin mensup olduğu din, mezhep veya sahip olduğu inancı sebebiyle farklı bir muameleye tabi tutulması, din ve inanç sebebiyle ayrımcılık olarak ifade edilebilir. Bu çerçevede, bir işçinin diğer işçilerden veya işvereninden farklı bir dine veya inanca mensup olması, işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranışlarını haklı göstermeyecektir.

i. Türk hukuku

Din veya inanç sebebiyle ayırım yapılması yasağı, Türk hukuku bakımından gerek anayasal hükümlerle gerekse ayırım yapmama borcu kapsamında çalışma ilişkilerinde ve her olayda hukuk düzeni tarafından güvencelenmektedir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından temel dayanak olarak kabul edilen Anayasa madde 10, bireylerin din veya mezhepleri sebebiyle ayrımcılığı yasaklamıştır. Ayrıca Anayasa madde 24⁵⁸⁰ ile din ve inanç özgürlüğü düzenlenmiştir. Buna göre belirli bir inanca mensup olmak veya herhangi bir dine veya inanca mensup olmamak güvence altına alınmıştır. Ancak kamu düzenine ve laiklik ilkesine aykırı davranışların, bu güvence altında hukuken korunması mümkün değildir⁵⁸¹.

İş Kanunu madde 5 bireylerin mensubu olduğu din ve inancı, ayırım yasakları arasında saymıştır. Buna göre işveren tarafından, çalışanlar arasında ve iş ilişkisinde din ve inanç sebebiyle farklı bir muamele yapılması halinde, işçinin mahrum kaldığı haklarla birlikte madde 5 ile öngörülen, daha sonra detaylıca da inceleyeceğimiz, tazminata hak kazanması söz konusudur. TİHEK Kanunu da İş Kanunu madde 5'e paralel bir şekilde,

⁵⁸⁰ "VI. Din ve vicdan hürriyeti", m.24: "(1) Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir... (3) Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz...".

⁵⁸¹ Yıldız (n 4) 133; Ali Nazım Sözer, "AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler" (2006) 1 (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 184. 191.

din, inanç, mezhep temellerine dayalı ayrımcılığı yasaklayan bir düzenleme getirmektedir (madde 3).

İş ilişkileri bakımından işveren, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne, yukarıda değindiğimiz Anayasa düzenlemesi ve yasal düzenlemeler gereğince saygı duymak durumundadır⁵⁸². Bu halde ara dinlenmelerde veya iş saatleri dışında işçinin ibadetine işveren müdahalesi söz konusu olmamalıdır. Ancak örneğin, din ve inanç özgürlüğünün işçinin cuma günleri işi bırakıp ibadete gitme özgürlüğü biçiminde anlaşılacağı öğretide savunulmuştur⁵⁸³. Bu anlamda din ve inanç özgürlüğünün, diğer işçilerin korunan menfaatlerine müdahale etmeyecek, iş ilişkisinin yürütülmesini sarsmayacak biçimde kullanılması da gerekmektedir.

Kişinin sahip olduğu dini inancı doğrultusunda işverenin bir talimatını yerine getirmemesi, getirmeyi reddetmesi durumunda menfaat kıyaslaması yapılması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir⁵⁸⁴. Örnek olarak bir hekimin inancı gereği, karşı cinsten bir hastaya bakmayı reddetmesi veya farklı inançtan birini muayene etmeyi reddetmesi, din ve vicdan özgürlüğü ile meşru kılınamayacaktır⁵⁸⁵. Yargıtay kararına konu somut olayda, öğretmen olan davacı işçi, eğitim öğretim yılı içinde hacca gitmek üzere ücretsiz izin talebinde bulunmuş, talebi kabul edilmediğinde ise rapor olarak yurtdışına çıkmıştır. Yargıtay ise bu olay karşısında işveren tarafından yapılan fesih işleminin haklı sebep teşkil etmediği yönünde aşağıdaki değerlendirmede bulunmuştur:

Hac ibadetinin belli bir zaman diliminde ifa edilebileceği ve Suudi Arabistan'ın ülkelere kontenjan uygulaması nedeniyle bu istekte bulunanların uzun yıllar sıra bekledikleri, ismi kontenjana dahil edilenlerin, bu haklarını kullanmamaları halinde sürecin yeniden işlemeye başladığı bilinen bir gerçektir. Davacı öğretmenin hacca gitme imkanını elde ettiği ve bu ibadet zamanının okulların açık olduğu döneme isabet etmesi nedeniyle işgörmeye edimini uzun bir süre yerine getiremeyeceği açık olup işyerinde 15 yıllık kıdemi bulunan davacıya bu ibadetini ifası için izin verilmemesi, işverenin işçiyi gözetme borcu gereği, işçinin kişiliğinin, özel yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ahlaki değerlerinin korunmasını da içerdiği

⁵⁸² Aydın (n 298) 255; Birben, “Özel Yaşam” (n 527) 166. Bkz. Y. 4.HD. E.2015/13725, K.2017/6981, 8.11.2017 (Lexpera), (ET:12.10.2021).

⁵⁸³ Sözer, “2000/78/EG sayılı Yönerge” (n 581) 190.

⁵⁸⁴ Ertürk (n 38) 140; Yuvalı (n 243) 158; Ugan Çatalkaya (n 6) 364.

⁵⁸⁵ Birben, “Özel Yaşam” (n 527) 167.

*dikkate alındığında, işçinin rapor olarak hacca gitmesinin işverene haklı fesih olanağı tanıyacağıın kabulü mümkün görülmemektedir*⁵⁸⁶.

Ancak öğretide menfaat dengesi bakımından öğrencilerin eğitim görme hakkının da gözetilmesi gerektiği ve öğretmene izin verilmesinin gerekli olmadığından bahisle ilgili Yargıtay kararına eleştiri de getirilmiştir⁵⁸⁷.

Sonuç olarak her olay somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirme yapılarak işveren ile işçinin sahip olduğu yetkiler, hak ve özgürlükler arasındaki karşılıklı menfaatlerin dengelenmesine dikkat edilmeli, bu noktada da ölçülülük ilkesi kapsamında bir denetim yapılmalıdır.

ii. Yabancı hukuk

Uluslararası hukuk yönünden konuyu ele aldığımızda genel olarak, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi tarafından herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahip olduğunun düzenlendiği görülmektedir (madde 18). Düzenlenen haklar yönünden din veya inanç sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı, BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 2, madde 26 (yasalar önünde eşitlik) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 2 ile de ifade edilmiştir.

AB hukuku bakımından, 2000/78/EC sayılı AB Direktifi de çalışma ve meslek hayatında din ve inanç sebebiyle ayrımcılık yasaklamıştır. Buna göre din ve inanç gibi sebeplere dayanılarak kişinin benzer durumdaki bir kimseye göre daha az uygun muameleye tutulması, görünüşte tarafsız bir hükmün, kriter veya uygulamanın belirli bir din veya inancı olan ya da sayılan diğer kriterlere dayalı bir kimseye diğer kimselerle karşılaştırıldığında sakınca doğurması, daha özel bir şekilde zarar doğurması ayrımcılık teşkil eder. Direktif uygulanırken, din ve inanç kavramlarından sadece semavi dinler

⁵⁸⁶ Y. 9.HD. E.2014/664, K.2014/4313, 12.2.2014 (Legalbank) (ET:18.12.2021).

⁵⁸⁷ Bkz. A. Can Tuncay, *Genel Görüşme, Yargıtayın İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, (On İki Levha 2016), 99-100.

değil, ateizm gibi diğer inanç ve düşünce sistemler de kapsam dahilinde kabul edilmelidir⁵⁸⁸.

AB Adalet Divanı tarafından inceleme konusu yapılan bir olayda, Avusturya'da “Good Friday”, yalnızca bazı kiliselere üye kimseler için ücretli bir resmi tatil olup, başvuru bu kiliselerin üyesi değildir. Ancak bu kiliselerden birinin üyesi Good Friday günü çalışmak zorunda kalırsa, bunun yerine ek ücret alma hakkına da sahiptir. Bu çerçevede yapılan incelemede, bu mevzuatın doğrudan ayrımcılık teşkil ettiği yönünde değerlendirmede bulunmuştur⁵⁸⁹.

Ayrıca işverenin müdahalelerine karşı ölçülülük denetimi tekrar devreye girmektedir. Belirli bir dine veya inanca mensup olmak, objektif ve makul olarak iş için bir gereklilik ise ayrımcılıktan söz edilmeyecektir. Bu duruma örnek olarak kilisede çalışacak, dini hizmeti ifa eden kişilerin seçiminde o dine mensup kişileri aramak verilebilir⁵⁹⁰.

Adalet Divanı tarafından bir ilan üzerine yapılan değerlendirmede, kilise içindeki bir görev için dini mensubiyet şartının etkili bir yargı denetimine uygun olması gerektiğini; bu gerekliliğin, kilisenin ahlakı dikkate alınarak, ilgili mesleki faaliyetin doğası veya yürütüldüğü koşullar tarafından gerekli ve nesnel olması ve orantılılık ilkesine uygun olması gerektiği tespit edilmiştir⁵⁹¹. Bu gibi “eğilimli” iş yerleri dışında ayırım yasalarının niteliği, temel hak ve özgürlükler ile insan onurunu konu alması itibarıyla farklı muamele oluşturan davranışların denetimi çok daha sıkı ve katı olacaktır⁵⁹².

b. Felsefi düşünce, siyasal görüş ve dünya görüşü temelli ayrımcılık yasağı

Bir kimsenin sahip olduğu düşünce ve görüşleri sebebiyle farklı bir muameleye tabi tutulması, ayrımcılık olarak ifade edilebilir. Bu çerçevede işveren tarafından, işçilerinin felsefi, siyasi veya dünyevi görüşlerinin farklı olması sebebiyle diğer işçilerden farklı

⁵⁸⁸ Yıldız (n 4) 131, dn. 168'deki kaynaklar.

⁵⁸⁹ Case 193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi* [2019] ECR.

⁵⁹⁰ Yıldız (n 4) 131, Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 757.

⁵⁹¹ Case 414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* [2018] ECR

⁵⁹² Yıldız (n 4) 131.

muamelede bulunulması; işe alımda, çalışma şartlarında ya da iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde bu sebebe dayanılması ayırım yasağının ihlali olarak değerlendirilecektir.

i. Türk hukuku

Türk hukukunda, Anayasa madde 10 siyasi düşünce, felsefi inanç yönünden kişiler arasında ayırım yasağı getirmektedir. Ayrıca Anayasa madde 25⁵⁹³, düşünce ve kanaat özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Anayasa'nın ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesine ilişkin bu maddesi gibi, İş Kanunu ile de iş ilişkileri özelinde bir koruma öngörülmektedir. İş Kanunu madde 5, siyasal düşünce, felsefi inanç ve benzeri sebepleri ayırım yasakları arasında saymaktadır. Madde 18/3 ise iş sözleşmesinin feshinde geçerli sayılmayacak hususlar arasında siyasi görüş ve benzeri nedenleri de saymaktadır. Bu anlamda örtülü olarak dünya görüşünün de geçerli bir sebep teşkil etmeyeceği ve madde 5 kapsamında ayırım yasaklarından sayıldığı kabul edilmektedir⁵⁹⁴. Ayrıca TİHEK Kanunu da felsefi ve siyasi görüş temellerine dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır (madde 3).

İşveren gerek dini görüş ve inanç gerekse siyasi, felsefi ve dünyevi görüşleri ile ilgili işçisini açıklama yönünden zorlayamaz. Nitekim Anayasa madde 25 uyarınca, bireylerin siyasi veya dini düşüncelerini açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple, işçinin bu konuda beyanda bulunmaması da hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmeyecektir⁵⁹⁵. Bununla birlikte, örneğin işverenden farklı bir ideolojiye, görüşe sahip işçinin işveren aleyhine hareket ederek sadakat borcunu ihlal edecek

⁵⁹³ “VII. Düşünce ve kanaat hürriyeti”, Madde 25: “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

⁵⁹⁴ Sözer, “2000/78/EG sayılı Yönerge” (n 581) 195.

⁵⁹⁵ Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6)758. İşe alım aşamasında işçinin dini inancı sebebiyle yerine getiremeyeceği görevleri konusunda işvereni bilgilendirmesi gerektiği, aksi halde işçinin işvereni yanıltması sebebiyle iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilebileceği görüşüne dair bkz. Birben, “Özel Yaşam” (n 527) 168. Benzer yönde, yapılacak edimle işçinin dini, politik veya manevi düşünceleri arasında bir çatışma halinin varlığında, işverenin bunu öğrenmekte haklı bir sebebi olması halinde işçinin işvereni haberdar etme yükümlülüğünün olduğunu kabul eden görüş için bkz. Ertürk (n 38) 140.

derecede bu hak ve özgürlüğünü kullanması, iş sözleşmesinin feshinde haklı bir sebep teşkil edebilecektir⁵⁹⁶.

Basın İş Kanunu 11. maddesi⁵⁹⁷ çerçevesinde, bir gazetenin sonradan farklı bir siyasi görüşe bürünmesi orada çalışanlar tarafından beklenen veya tahmin edilebilen bir durum olmayacağından, işçinin bu şekilde bir değişikliğin kendi çıkarları ile uyuşmaması sebebiyle sözleşmesine son verebileceği öğretide ifade edilmektedir⁵⁹⁸. Bu düzenleme haricinde de iş ilişkisinin devamı esnasında ortaya çıkan, daha önceden öngörülemeyen bir inanç ve edim çatışması halinde, işçinin işverenini derhal haberdar etmesinin, işverenin ise fesihten önce başka tedbirlere başvurarak çatışmanın kaldırılmasına çalışılmasının gerektiği de ifade edilmektedir⁵⁹⁹.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, eleştiri ve ölçütü, *“Bu bağlamda işçinin işverenine, memurun amirine, astın üstüne, öğrencinin öğreticisine karşı eleştirisi ağır, kırıcı, incitici ve tahkir edici olamaz. Bununla birlikte her düzeydeki eleştiriyi eşit veya benzer ölçüdeki bir yaptırıma bağlamak da hakkaniyete uygun düşmez. Eleştiride objektif gerçeklik ve doğruluk payının bulunması gerektiği gibi, kullanılan kelime ve üslubun da ölçülü olması zorunludur.”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu kapsamda davacının fesih konusu olan beyanlarının eleştiri sınırları içerisinde kaldığı, davacının, işçilerin yaşadığı olumsuzluklara dikkat çekme ve bunların giderilmesine yönelik ifadelerde bulunduğu, ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilen beyanların haklı fesih sebebi oluşturmayacağı değerlendirilmiştir⁶⁰⁰.

Bu kapsamda ifade özgürlüğünün işçi tarafından sınırsız kullanılması söz konusu olamayacağı gibi hakkın özüne de dokunulmaması gerektiğinden, işçinin ifade

⁵⁹⁶ Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 758; Arzu Arslan Ertürk, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2010), 241; Ugan Çatalkaya (n 6)372.

⁵⁹⁷ 5953 sayılı, 13.6.1952 tarihli Basın İş Kanunu, RG. 20.6.1952/8140, m.11/1, *“Bir mevkutenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde, gazeteci ihbar mühletini beklemeden akdi feshedebilir.”*

⁵⁹⁸ Sözer, “2000/78/EG sayılı Yönerge” (n 581) 195.

⁵⁹⁹ Ertürk (n 38) 141; Birben, “Özel Yaşam” (n 527) 168.

⁶⁰⁰ Y. 22.HD. E.2015/8023, K.2016/13598, 5.5.2016 (Lexpera) (ET:18.12.2021). Eleştirinin sınırı ve sadakat borcuna aykırılık teşkil edip etmediğine dair yargı kararlarındaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. İstanbul BAM. 30. HD. E.2018/891, K.2020/1486, 20.7.2020; Y.22. HD. E.2016/25416, K.2019/24401, 26.12.2019; Y.9.HD. E.2014/12912, K.2015/24993, 9.9.2015; Y.7.HD. E.2014/1097, K.2014/13163, 12.6.2014 (Lexpera) (ET:21.11.2021).

özgürlüğü ile işverenin menfaatlerinin çatışmasında sınırlamanın meşruluğunda ölçülülük ilkesinin denetimi belirleyici olacaktır⁶⁰¹.

ii. Yabancı hukuk

Uluslararası hukuk kapsamında, İHEB, herkesin düşünce ve vicdan özgürlüğü hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir (madde 18). Düzenlenen haklar yönünden siyasal ya da başka bir düşünce sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı, BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 2, madde 26 (yasalar önünde eşitlik) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 2 ile ifade edilmiştir.

İHAS ile siyasi ve diğer kanaatlere dayanan ayrımcılığın yasaklandığı görülmektedir. İHAS madde 14, sözleşme ile korunan haklar bakımından bağlı bir koruma öngörmekle birlikte, siyasi düşünce ayrıca madde 9 ile düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü⁶⁰² ve madde 10 ile düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında da değerlendirilebilir.

AB hukukunda ise direktiflerin koruma alanı içerisinde siyasi, felsefi ve dünyevi düşünce temelli ayrımcılık yönünden bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir⁶⁰³. Ancak bu konuda değerlendirme yapılacağı zaman birliğin genel ilkeleri ile birlikte üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve iç hukukları göz önünde bulundurulacaktır.

⁶⁰¹ Detaylı değerlendirme için bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 371 vd.

⁶⁰² Örnek olarak İHAM bir kararında, bir kişinin mensup olduğu inanç nedeniyle, çalışanın işyerindeki davranışları ve işin yapılmasına dair doğrudan bir etkisinin olmaması durumunda, iş sözleşmesinin feshedilmesini İHAS m.9'a aykırı olarak yorumlamıştır, Ivanova v. Bulgaria, Case No.52435/99 (İHAM, 12.4.2007).

⁶⁰³ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 117.

6. Yaş Sebebiyle Ayrımcılık

a. Genel olarak yaş sebebiyle ayrımcılık yasağı

Bir kimsenin yaşı sebebiyle ayrımcı muameleye maruz kalması, yaş sebebiyle ayrımcılık olarak ifade edilebilir⁶⁰⁴. Koruma kapsamı, yaşlı ve genç her kesimi⁶⁰⁵ ele almaktadır. Diğer ayırım kriterlerinden farklı olarak, yaş sebebiyle ayrımcılığa maruz kalınması herkes için söz konusu olabilecek niteliktedir. Zira ırk, renk, din, cinsiyet gibi belli bir gruba mensubiyeti olanlar aleyhine gerçekleşen ayrımcılık, yaş temelli olması durumunda herkes için olasıdır⁶⁰⁶.

Yaşa ilişkin korumalar bakımından Anayasa madde 61 ile “*Yaşlılar, Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.*” denilmekte, yine İş Kanunu madde 71 ve devamı hükümlerinde çocukları çalıştırma yasağı, asgari çalışma yaşı ve çocuk işçilerin korunması yönünden birtakım düzenlemeler getirmektedir⁶⁰⁷. Ayrımcılık kriterlerine ilişkin Anayasa madde 10 ve İş Kanunu madde 5 ve madde 18/3 düzenlemelerinde daha önce de ifade ettiğimiz üzere “ve benzeri” ifadesi kullanılarak örnekleme yolu tercih edilmiş, ayrımcılık kriterleri sınırlı sayıda sayılmamıştır. Yaş temelli ayrımcılık da işte bu “ve benzeri” sebepler

⁶⁰⁴ Sözlük anlamıyla yaş kavramı, “*doğuştan beri geçen ve yıl birimi ile ölçülen zaman, hayatın çeşitli evrelerinden her biri*” olarak tanımlanmıştır, TDK Sözlük, Yaş (ET:21.7.2021).

⁶⁰⁵ Hukukumuzda yaşlılık dönemine dair belirleme olmamakla birlikte, istatistiklerde 65 yaş üstünün yaşlı olarak ifade edildiği görülmektedir, bkz. TÜİK, (<https://data.tuik.gov.tr/>), (ET:21.7.2021). İş Kanunu ile asgari çalışma yaşına dair bir belirleme yapılmış, kural olarak 15 yaşını doldurmuş olmak, istisnai hallerde ise 14 yaşını doldurmak şartına yer verilmiştir (madde 71). Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile çocuk ve genç işçi olarak iki farklı sınıflandırma ile tanımlama getirilmiştir (madde 4).Terminolojik olarak (yaşlılık, gençlik) detaylı inceleme için bkz. Ünal (n 28) 13 vd.

⁶⁰⁶ Ünal (n 28) 43-44.

⁶⁰⁷ Sözer, “2000/78/EG sayılı Yönerge” (n 581) 198. *Bakırcı*'ya göre İş Kanunu kapsamında çocuk ve genç işçilere ilişkin birtakım özel korumalar düzenlenmiş olmakla birlikte TBK kapsamındaki çocuk ve genç işçiler daha korumasız bir alanda bırakılmıştır, Kadriye Bakırcı, “Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık” in Berrin Ceylan-Ataman (ed), *Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları* (AÜSBF, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi 2007), 105 (“Çocuk ve Genç İşçiler”). Ayrıca küçüklerin çalıştırılması ve korunması yönünden detaylı inceleme için bkz. Ercüment Özkaraca and Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 355-410.

arasında değerlendirilmektedir⁶⁰⁸. TİHEK Kanunu ise yaş sebebiyle ayrımcılığı, yasaklanan ayrımcılık kriterleri arasında açıkça sayarak önemli bir adım atmıştır (madde 3).

Ulusal mevzuatımız açısından bir diğer olumlu gelişme Asgari Ücret Yönetmeliği yönünden yaşanmıştır. Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁶⁰⁹ öncesinde Asgari Ücret Yönetmeliği⁶¹⁰,nin 7. maddesi, asgari ücretin işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğini düzenlemekte idi. Yapılan değişiklikle bu ayırımın kaldırılması yaş ayrımcılığı yönünden olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir niteliktedir⁶¹¹.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme yaşlıların haklarından açıkça bahsetmese de, Sözleşme'nin 9. maddesinde "*herkesin sosyal sigorta da dahil olmak üzere sosyal güvenlik hakkına*" sahip olduğuna değinilmesi ile yaşlılıkla ilgili hak ve menfaatlere dolaylı bir atıfta bulunduğu ifade edilmektedir⁶¹². 162 sayılı ILO Tavsiye Kararı⁶¹³, yaşlı işçilerin bakımından yaşları nedeniyle ayrımcılık yapılmaksızın, diğer işçilerle istihdam, eğitim, terfi, eşit değerdeki iş için ücret ve benzeri konularda fırsat eşitliğinden ve eşit muameleden yararlandırılmaları gerektiğini düzenlemiştir (madde 5). Çocuk ve gençlere yönelik ayrımcılık, Çocuk Hakları Sözleşmesi⁶¹⁴ ile yasaklanmış olup (madde 2), yaşa dayalı ayrımcılıktan ayrıca bahsedilmemiş olsa da çocuklara yönelik her türlü ayrımcılık yasak kapsamında olduğundan, çocukların büyüklere karşı ve kendi aralarında yaş sebebiyle ayrımcılığa

⁶⁰⁸ Süzek (n 4) 470; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 455; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 435; Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 237, 241; Bakırcı, "Çocuk ve Genç İşçiler" (n 607) 124; Yıldız (n 4) 156; Yıldız, "Fesihle Eşit İşlem" (n 145) 851; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6)768; Yuvalı (n 243) 153. Çalışmamızda yaş temelli ayrımcılık kriterinin kapsam ve mahiyeti ve TİHEK Kanunu kapsamında yaş ayrımcılığına açıkça yer verilmiş olması gereği, tarafımızca detaylı incelenmesi gerekli görülmüş, kriter "ve benzeri sebepler" başlığı altında değil, ayrı bir başlıkta yer verilerek incelenmiştir.

⁶⁰⁹ Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG. 19.4.2014/28977.

⁶¹⁰ Asgari Ücret Yönetmeliği, RG. 1.8.2004/25540.

⁶¹¹ İlgili düzenlemenin hukuka aykırılığına ilişkin olarak bkz. Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 250; Yıldız (n 4) 161 vd.

⁶¹² BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No.6, pr.10-12, çeviri için bkz. Lema Uyar, "*Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006*", (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006), 168 vd.

⁶¹³ ILO, R162 - Older Workers Recommendation (No.162) [1980].

⁶¹⁴ BM tarafından 1989 yılında kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 4058 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş olup, ilgili sözleşme onaylanarak, RG. 27.1.1995/22184 ile yayımlanmıştır.

maruz kalması da bu yasağın kapsamında değerlendirilmelidir⁶¹⁵. 2000/78/EC sayılı AB Direktifi, ayrımcılık yasağı kriterleri kapsamında yaş ayrımcılığını da düzenlemektedir⁶¹⁶.

Yaş temelli ayrımcılık, örneğin iş ilişkisinin kurulmasında kimi işverenlerce gençlerin tercih edilmesi, kimilerince gençlerin deneyimsiz olarak değerlendirilmesi ve tercih edilmemesi gibi şekillerde ortaya çıkabileceği gibi ücrette, çalışma şartlarında ya da iş ilişkilerinin sona ermesinde örneğin yaşlılık aylığına hak kazanmış kimselere karşı ortaya çıkabilmektedir.

b. Yaş sebebiyle ayrımcılık yasağına getirilen istisnalar

Haklı bir sebep bulunmadıkça iş ilişkisinin kurulmasında, çalışma koşullarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, yaş ölçütünün esas alınarak işçiler aleyhine işlem yapılması yaşa dayalı ayrımcılık kabul edilmektedir⁶¹⁷. Bu kapsamda bazı istisnalar çerçevesinde yaş sebebiyle uygulanan farklı muamelenin ayrımcılık olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Örneğin belirli bir yaşa gelen bireylere ilişkin olarak zorunlu emeklilik⁶¹⁸ düzenlemesi yapılması, hukuk sistemleri incelendiğinde yaş ayrımcılığı olarak kabul edilmemekte, hukuka uygun sayılmaktadır⁶¹⁹.

Yaş sebebiyle yapılabilecek birtakım farklı muamelelerin ayrımcılık teşkil etmeyeceği normatif düzenlemeye kavuşturulmuştur. 2000/78/EC sayılı Direktif, “*Yaş nedeniyle farklı muameleye haklı gerekçe*” başlığı ile birtakım hususları istisna kapsamında düzenlemektedir⁶²⁰. Bu çerçevede istihdam politikaları, iş gücü piyasası, eğitim hedefleri gibi nesnel ve makul gerekçeye dayanan hallerde ve amaç için kullanılan

⁶¹⁵ Bakırcı, “Çocuk ve Genç İşçiler” (n 607) 118-119.

⁶¹⁶ Bkz. Case 144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, [2005] ECR I-09981.

⁶¹⁷ Yuvalı (n 243) 157-158; Yıldız (n 4) 161; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 768.

⁶¹⁸ Sözer, “2000/78/EG sayılı Yönerge” (n 581) 199; Yıldız, “Fesihle Eşit İşlem” (n 145) 851.

⁶¹⁹ Yaş ayrımcılığı ile *ageism* (*yaşçılık*) kavramları birbirinden farklı anlam taşımaktadır. Bu kapsamda bir düzenlemenin yaş ayrımcılığı sayılmasa da *ageism* kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. Ünal (n 28) 21, 27.

⁶²⁰ İlgili Direktif’in yaş temelli doğrudan ayrımcılığa istisna getirmesi ile AB hukukundaki doğrudan ayrımcılığı haklı kılacak bir nedene izin verilmemesi yönündeki genel kuraldan ayrıldığı yönünde bkz. Karan (n 21)298.

araçlar uygun ve gerekli ise bu durumda üye devletler, yaş nedeniyle yapılan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı tedbirlere yer verebilir (madde 6)⁶²¹. Bu türden tedbirlere örnek olarak, “*mesleki entegrasyonları ve korunmalarını temin maksadıyla, bakımından sorumlu oldukları kimsesi olan gençler ile yaşlı işçiler için istihdam edilebilirlik ve mesleki eğitime giriş, işten çıkarma ve ücret dahil istihdam edilme ve mesleki açılardan özel koşulların getirilmesi*” ile “*istihdam edilebilmeleri maksadıyla yaş, profesyonel deneyim ve kıdemle ilgili asgari koşullar veya istihdamla ilintili olmak üzere belli kimi avantajlar tespit edilmesi*” ve “*işin gerektirdiği eğitim veya emekliye ayrılmadan önce makul bir süre çalıştırma gereğiyle azami yaş koşulu tespit edilmesi*” sayılmıştır⁶²².

Direktif’e göre aynı şekilde, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık düzenlemesine ilişkin madde 2/2’ye aykırı olmamak kaydıyla, 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 belirlenebilir ve bu sistemler bağlamında hesaplamalar için yaş kriteri öngörülebilir ve cinsiyet temelinde ayrıma yol açmadığı sürece bu tedbirler yaş temelinde ayrımcılık teşkil etmez.

Görüleceği üzere, istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim gibi amaçlar; farklı uygulama yapılmasında objektif, haklı ve hukuka uygun amaçlar olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu amaçlara ulaşmak için izlenen yöntemin de uygun ve gerekli olması aranmaktadır. Örnek olarak sayılan bu hususlar, haklılaştırma ölçütleri olarak ele alınabilir⁶²³.

Adalet Divanı tarafından, *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main* davasında⁶²⁴, itfaiye eri için yaş sınırının 30 ile sınırlandırılmasında, yangına etkin müdahalede yüksek fiziksel yeterliliğe sahip olunmasını haklı bir neden olarak kabul edilmiş ve mesleki

⁶²¹ Yaş temelli ayrımcılık yasağına ilişkin geniş bir istisna durumu öngörülmesine ilişkin eleştiriler için bkz. Ellis and Watson (n 64) 41, 409 vd.

⁶²² Çalışma Mevzuatı ile ilgili Avrupa Birliği Direktifleri (n 224) 200-201; Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 51.

⁶²³ Ellis and Watson (n 64) 409 vd.

⁶²⁴ Case 229/08, *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main* [2010] ECR I-00001.

gereklilik olarak değerlendirilmiştir. Ancak *Domnica Petersen* davasında⁶²⁵ diş hekimi için getirilen yaş sınırı için haklı neden görülmediğinden gözetilen farklı muamele birlik hukukuna aykırı bulunmuştur. Karara konu olayda tartışılan hüküm, Alman Sosyal Güvenlik Kanunu'ndaki kamuya bağlı görev yapan diş doktorlarının 68 yaşına kadar çalışabilmelerine izin veren hükmü olup, Adalet Divanı tarafından hastaların sağlığının korunması amacıyla yaş sınırı getirilmesinin ve genç diş doktorlarının iş bulabilme imkanını artırma amacının meşru sayılabileceği değerlendirmekle birlikte, özel sektör ve kamu sektöründeki diş doktorları arasında bir farklılık yaratıldığından, bir tutarsızlık olduğu belirtilerek, amaç için alınan önlemin gereklilik kriterini taşımadığı ifade edilmiştir.

Türk hukukunda ise TİHEK Kanunu tarafından ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği birtakım hallere yer verilmiştir (madde 7). Bu kapsamda genel haklı kılma sebebi olarak ifade edebileceğimiz zorunlu mesleki gerekliliklerin dışında, “eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele” ifadesi ile pozitif ayrımcılığa yer verilmiştir.

Yaş ayrımcılığı yönünden özel bir istisna olarak ise “işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması” düzenlemesi yer almaktadır. Burada düzenlemeye getirilen eleştirilerden bir tanesi, “hizmetin zorunlulukları” ile kast edilenin açık olmamasıdır⁶²⁶. Ayrı bir fıkrada düzenlenen “mesleki gereklilik” istisnası kapsamında yorumlanmaması gereken bu ifade, farklı işlemin nesnel ve uygun olması şeklinde yorumlanabilecektir. Bu anlamda sosyal politika ve istihdam politikası kapsamında kalan ve işletme ile bağlantılı gerçek bir yararın meşru amaç oluşturduğu kabul edilebilecek, maliyetin düşürülmesi, rekabet gücü gibi hususlar meşru olarak değerlendirilemeyecek ve yaş sebebiyle ayrımcılığın haklı kılınmasında ileri sürülemeyecektir⁶²⁷.

⁶²⁵ Case 341/08, *Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, [2010] ECR I-00047.

⁶²⁶ Ünal (n 28) 288.

⁶²⁷ Türk hukukundaki düzenleme, 2000/78/EC sayılı Direktif madde 6 düzenlemesinden hareketle getirilmiş olup, yorumlanması konusundaki görüş için bkz. Ünal (n 28) 288-289.

7. Irk, Etnik Köken, Ulusal Köken ve Dil Sebebiyle Ayrımcılık

a. Irk ve etnik köken kavramı

Bir kimsenin ırk veya etnik kökeni sebebiyle farklı muameleye tutulması, ayrımcılık yasağının kapsamındadır. Irk kavramı sözlük anlamı olarak “*kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu*” anlamına gelmektedir⁶²⁸. Bu çerçevede ırk kavramından deri, saç rengi, boy uzunluğu, vücut biçimi gibi fiziksel özellikler ve genetik olarak incelenebilen kan grubu gibi biyolojik öğeler anlaşılmaktadır. Etnik köken kavramı ise belirli bir kavme mensubiyeti ifade eden, tanımında ortak milliyet, ortak dil, kültür ve gelenek gibi sosyal ve kültürel özelliklerin ağır bastığı bir kavramdır⁶²⁹. Nitekim dil, renk ve menşein ırk ve etnik kökenin uzantısı olarak değerlendirilmesi de mümkündür⁶³⁰.

b. Irk ve Etnik Köken Temelli Ayrımcılık Yasağı

Irk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağının temel dayanağı, Türk hukuku bakımından Anayasa madde 10 olarak ifade edilebilir. İş Kanunu’nun 5. maddesi iş ilişkisinde, işçiler arasında ırka dayalı her türlü ayrımı yasaklamıştır. İlgili düzenlemenin etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağını da kapsadığı kabul edilmektedir. Nitekim bu kriter de “ve benzeri” ifadesi içerisinde değerlendirilmektedir⁶³¹. TİHEK Kanunu ile birlikte ırk, renk, dil, etnik köken, doğum temellerine dayalı ayrımcılık yasak kapsamında sayılmaktadır (madde 3).

Uluslararası alanda ise ırk ve etnik köken sebebiyle ayrımcılığın bertaraf edilmesi hakkında akla ilk olarak İHEB gelmektedir. Nitekim Bildirge, tüm insanların özgür ve haklar bakımından eşit doğduğunu; herkesin ırk, ulusal veya toplumsal köken, doğuş veya diğer herhangi bir diğer fark gözetilmeksizin bildirgede yer alan tüm hak ve

⁶²⁸ TDK Sözlük, “Irk”. Ayrıca bkz. Tuncay, “Irk ve Etnik Köken” (n 57) 728 vd.

⁶²⁹ Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 759; Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 105.

⁶³⁰ Tuncay, “Irk ve Etnik Köken” (n 57) 729; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 736; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 759; Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 105.

⁶³¹ Yıldız (n 4) 139; Yuvalı, “Irk ve Etnik Köken” (n 71) 81; Tuncay, “Irk ve Etnik Köken” (n 57) 760.

özgürlüklerden yararlanabileceklerini, uyuğu bulunduğu ülkenin statüsü ne olursa olsun vatandaşlar ile vatandaş olmayanlar arasında hiçbir ayırım gözetilemeyeceğini düzenlemiştir (madde 2).

BM Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, ırk ayrımcılığı kavramının tanımına yer vermiştir. Buna göre siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal hayatın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan ya da bu sonuçları doğuran ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanan herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık, ırk ayrımcılığı olarak değerlendirilmektedir (madde 1). Ancak Sözleşme, taraf devletlerin vatandaş olan ve olmayanlar arasında yaptığı uygulama farklılıklarının bu kapsamda ırk ayrımcılığı olarak değerlendirilmeyeceğine de yer vermiştir.

AB hukukunda ise 2000/43/EC sayılı Direktif ırk ayrımcılığını tanımlayarak (madde 2)⁶³², ırk veya etnik kökene dayalı olarak yapılan tacizi de ayrımcılığın bir türü olarak düzenlemiştir (madde 2). Adalet Divanı, işverenin tesisat işi için müşterilerinin de isteklerini gözeterek göçmenleri istihdam etmeyeceği yönündeki beyanlarının inceleme konusu olduğu bir kararında; işverenin belirli bir etnik veya ırksal kökene sahip çalışanları işe almayacağını açıkça beyan etmesini, belli adayları adaylıklarını sunmaktan şiddetle caydırması ve dolayısıyla iş piyasasına erişimlerini engellemesi yönlerini de belirterek doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirmiştir⁶³³.

Direktif, AB sınırları içerisinde bulunan tüm kişileri koruma altına alan bir nitelikte olup, sadece iş ilişkisi değil, aynı zamanda genel bir ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılıkla mücadele amacına hizmet etmektedir. Ancak uyuğa ilişkin düzenlemeler

⁶³² Çalışma Mevzuatı ile ilgili Avrupa Birliği Direktifleri (n 224) 191. Ayrıca Adalet Divanı bir kararında, “Bir işverenin, işe alım politikası uyarınca belirli bir etnik veya ırksal kökene sahip herhangi bir çalışanı işe almayacağını bildirdiği kamuya açık beyanlar, doğrudan ayrımcılık içeren bir işe alım politikasının var olduğu varsayımı için yeterlidir.” değerlendirmesinde bulunmuş, 2000/43/EC sayılı Direktif bağlamında doğrudan ayrımcılık tanımını “Bir işverenin, belirli bir etnik veya ırksal kökene sahip çalışanları işe almayacağını açıkça beyan etmesi, bu durumun, belli adayları adaylıklarını sunmaktan güçlü bir şekilde caydırması ve buna bağlı olarak iş piyasasına erişimlerini engellemesi, ırk veya etnik kökene bakılmaksızın kişiler arasında eşit muamele ilkesini uygulayan 2000/43 sayılı Direktifin 2(2)(a) Maddesi anlamında işe alım konusunda doğrudan ayrımcılık teşkil etmektedir.” şeklinde ifade etmiştir.

⁶³³ Case 54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* [2008] ECR I-05187.

ve üçüncü ülke vatandaşlarıyla vatansızların üye devletlere kabul koşulları Direktif'in uygulama alanı dışında bırakılmıştır (madde 3). Bu çerçevede ırksal ayırım ve yabancılık kavramlarının birbirinden farklı anlaşılması gerektiğini ifade etmek gerekir. Nitekim yabancılık kavramı, ülkenin vatandaşı olmayan kişileri ifade etmekte⁶³⁴, devletlere bu alanda düzenleme yaparken serbesti tanınmaktadır. Ancak ikamet izni olan, çalışma izni olan yabancı ülke vatandaşlarına karşı farklı bir ırk veya etnik kökene mensup olmalarından dolayı yapılan ayrımcılık, yine ırk ayrımcılığı yasağı kapsamında değerlendirilecektir⁶³⁵.

c. Ulusal köken (yabancılık) sebebiyle ayrımcılık yasağı

Yukarıda değindiğimiz ulusal (milli) köken⁶³⁶ (vatandaşlık/yabancılık) sebebiyle ayırım yapılması yasağı, Anayasa'da sayılmasa da uluslararası belgelerde düzenlendiği görülen bir diğer kriter olup⁶³⁷, kişilerin belirli bir ülkeden veya dünyanın bir bölümünden oldukları ya da aksanları olduğu için farklı muamele görmeleri olarak açıklanabilir.

Ulusal köken de ırk, renk, soy, etnik köken gibi bu kategoride değerlendirilebilir⁶³⁸. Ancak vatandaş olan ve olmayanlar yönünden farklı yasal düzenlemeler yapılması, ayrımcılık olarak değerlendirilmeyebilir⁶³⁹. Örneğin Avukatlık Kanunu uyarınca avukatlık mesleği veya Noterlik Kanunu uyarınca noterlik mesleği, yabancıların çalışmalarının yasak olduğu meslek ve görevler arasında düzenlenmektedir⁶⁴⁰. Ancak yasal olarak ülkede bulunan ve çalışan bir yabancı işçiye, salt yabancılık durumundan dolayı iş ilişkisinde farklı bir muamele yapılması da mümkün değildir.

AB hukuku bakımından Amsterdam Antlaşması, genel olarak birlik içerisinde serbest dolaşım hakkını (madde 18), sonraki maddelerinde ise çalışanların, hizmetlerin serbest

⁶³⁴ TDK Sözlük, "Yabancı" kavramı. Bkz. Tuncay, "İrk ve Etnik Köken" (n 57) 728.

⁶³⁵ Yuvalı, "İrk ve Etnik Köken" (n 71) 77.

⁶³⁶ European Convention on Nationality, Sözleşme 2/a maddesinde, milliyet kavramı bir kişi ile bir Devlet arasındaki yasal bağ olarak tanımlanmış olup, kişinin etnik kökenini belirtmediği ifade edilmiştir, <https://rm.coe.int/168007f2c8>, ET:16.7.2021.

⁶³⁷ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 126.

⁶³⁸ Yıldız (n 4) 151.

⁶³⁹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 126.

⁶⁴⁰ T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, <https://www.csgeb.gov.tr/uigm/calisma-izni/turk-vatandaslarina-hasredilen-meslekler/>, ET:12.7.2021.

dolaşım haklarını; AB İşleyişi Hakkında Antlaşma da “ayrımcılık yapmama ve birlik vatandaşlığı” başlıklı maddesi ile yine serbest dolaşımı düzenlenmiştir (İkinci Kısım, madde 21). Görüleceği gibi bu düzenlemelerin kapsamı birlik vatandaşları olup, vatandaşlık esasına dair ayrımcılığı yasaklayan bu düzenlemelerin koruma kapsamı da birlik üyesi devletlerin vatandaşlarıdır⁶⁴¹. Üçüncü ülke vatandaşlarına dair bu yönde bir koruma kapsamı öngörülmemiştir.

d. Dil temelli ayrımcılık yasağı

Yine bu kriter kapsamında sayılabilecek anadil farklılığı konusunda ise kural olarak, işçinin anadilinin farklı olması farklı bir uygulamaya maruz kalmasını haklı kılmaz⁶⁴². Ayrım yapılmaması gereken husus bir kimsenin anadilinin farklı olmasıdır. Ancak anadil dışında yabancı dilinin yetersiz olması sebebiyle farklı ücret uygulaması her zaman eşit davranma borcunun ihlal edildiği anlamına gelmeyecek olup⁶⁴³, yine işin niteliği gereği örneğin bulunduğu ülkenin dilini bilmesi gereken, iletişimin önemli olduğu ya da bu dilin başkasına öğretilmesini gerektirecek işlerde o ülkenin dilinin iyi bilinmesi bir seçim kriteri olabilir⁶⁴⁴.

8. Engellilik Sebebiyle Ayrımcılık

a. Engellilik tanımına dair düzenlemeler

Çalışma hakkı toplumun tüm bireyleri için geçerli olup, herkes çalışma hayatında yer alma özgürlüğüne sahiptir. Bu açıdan engellilerin herhangi bir fiziksel, düşünsel yetmezlik veya güçsüzlük taşımaları sonucunda istihdamda daha az yer almaları

⁶⁴¹ Gül and Karan (n 24) 73 vd. Ayrıca işçilerin serbest dolaşımına ilişkin 492/2011 sayılı Tüzük için bkz. Regulation No.492/2011, (<https://eur-lex.europa.eu/>), (ET:19.7.2021).

⁶⁴² Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 124.

⁶⁴³ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 124.

⁶⁴⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 736. Fransa’da faaliyet gösteren bir şirketin tercüme biriminin başı olarak çalışan bir İngilizin iş sözleşmesinin feshinin incelendiği bir olayda Fransız İstinaf Mahkemesi tarafından, iş tanımında yer verilen kişinin anadilinin Fransızca olması koşulunun objektif bir mesleki gereklilik olarak kabul edilebileceği ifade edilmekle birlikte koşul ölçülü kabul edilmiştir. Ancak bu noktada doğuştan Fransızca bilme koşulunun ölçüsüz olacağı nitekim iyi derece Fransızca bilinmesi koşulunun da mesleki gereklilik kapsamında kabul edilebileceği yönündeki değerlendirme ve tartışmalar için bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 246-247 ve dn.565.

karşısında gerekli strateji ve politikaların sağlanması ve önlemlerin alınması gerekliliği doğmaktadır. Zira herkes, kendi güçleri oranında çalışma hayatında yer alabilmelidir⁶⁴⁵.

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre engellilik insanlığın bir parçasıdır ve bir sağlık durumu (örneğin *serebral palsi*) ile kişisel ve çevresel faktörler (örneğin olumsuz tutumlar, erişilemeyen ulaşım ve kamu binaları ve sınırlı sosyal destekler) arasındaki etkileşimi ifade eder⁶⁴⁶. BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nde, engelli tanımı "*diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişiler*" olarak yapılmıştır (madde 1)⁶⁴⁷.

Hukukumuzdaki tanımlara baktığımızda, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun, engelli tanımını "*Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey*" şeklinde yapmıştır.

Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik⁶⁴⁸, engelli birey tanımını "*fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey*" olarak ifade etmiştir. Engellilik durumunu ise, "*bireyin doku, organ ve/veya fonksiyon ve psikiyatri tanısı ve buna bağlı muhakeme yeteneği kaybından kaynaklı engelliliğini uluslararası yöntemleri temel olarak belirleyen derecelendirmeler, sınıflandırmalar ve tanılamalar*" olarak tanımlamıştır.

⁶⁴⁵ Dilek Baybora, "Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık" (2010) (51) Journal of Social Policy Conferences 229, 232.

⁶⁴⁶ Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization), <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>, ET:12.7.2021.

⁶⁴⁷ Resmi Türkçe çevirisi bu şekilde olmakla birlikte, İngilizce metinde tanım "*Engelli kişiler, diğerleri yanında, çeşitli engellerle etkileşerek kişinin diğerleriyle eşit bir şekilde topluma tam ve etkili şekilde katılmasını engelleyen uzun süreli fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal sakatlığı olan kişileri de kapsar*" şeklinde yapılmış, bu haliyle Sözleşme'nin Türkçe resmi çevirisi eksik yapıldığından engelliliği doğuran unsurların münhasıran engelli bireyin niteliklerinden kaynaklandığı anlamı çıkmıştır, Gül and Karan (n 24) 55.

⁶⁴⁸ Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik, RG. 20.2.2019/30692.

Engelli bireylere karşı, engelleri sebebiyle yapılan farklı muamelenin ayrımcılık sayılacağı gerek uluslararası hukukta gerekse ulusal mevzuatta kabul edilmiş ve mutlak ayırım yasakları arasında sayılmış bulunmaktadır.

b. Engellilik temelli ayrımcılık yasağı

i. Türk Hukuku

Ayrımcılık yasağının temeli Anayasa madde 10 hükmünde, ayrımcılık kriterleri arasında engelli ifadesine yer verilmemiş olmakla birlikte, engellilik temelli ayrımcılığı ilgili hükümdeki “ve benzeri” sebepler arasında kabul etmek mümkündür⁶⁴⁹. Hüküm aynı zamanda çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak özel nitelikli önlemlerin eşitlik ilkesi kapsamında aykırı sayılmayacağını düzenlemiş ve kişiler arasında fırsat eşitliğine dair bir düzenleme getirmiştir. Ulusal mevzuatımızda başka düzenlemelerle de engellilik temelli ayrımcılığın yasaklandığı görülmektedir. Öncelikle TİHEK Kanunu, ayrımcılık kriterleri yönünden engelliliğe açıkça yer vermiştir (madde 3).

Buna ek olarak Engelliler Hakkında Kanun uyarınca engelliliğe dayalı ayrımcılığın tanımı da yapılmıştır. Buna göre engellilik temelli ayrımcılık, “*siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı*” ifade etmektedir. Bu açıdan Kanun’da Engelli Hakları Sözleşmesi’ne paralel bir tanımlama yapılmıştır.

Engelliler Hakkında Kanun, engelliliğe dayalı ayrımcılık temeline dayanan ve engellinin hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi (*doğrudan ayrımcılığı*), görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak,

⁶⁴⁹ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 68.

engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını (*dolaylı ayrımcılığı*) yasaklamıştır.

Tanımlamalar dışında, istihdama ilişkin düzenlemelere de Engelliler Hakkında Kanun'da yer verilmiştir. Kanun'un 14. maddesi uyarınca işverenin başvuru, işe alım, çalışma şartları, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları gibi iş ilişkisinin herhangi bir sürecinde engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunması yasaklanmıştır. İşveren bir işçisine engelinden dolayı, aleyhe olacak şekilde diğer işçilerinden farklı muamelede bulunamayacaktır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, engelli işçinin özel durumunun işverence göz önünde bulundurulması gerektiğini *“Performansında normal bir insana göre %50 civarında olumsuz etkilenme olacağı ve davalının yaptığı performans değerlendirmelerine ilişkin kriterler dosyaya ibraz edilmediği gibi, davacının kendi özel durumuna göre performans değerlendirilmesi yapılması gerektiği belirlenmektedir. Böyle olunca davalının fesih nedeninin geçerli olmadığı”* kararı ile ortaya koymuştur⁶⁵⁰. Engelli işçinin özel durumuna göre performans değerlendirmesi yapılması da olumlu önlemler kapsamında ayrımcılık yaratmayan bir yaklaşımı göstermektedir.

Bununla birlikte İş Kanunu madde 5 ile de engellilik kriteri ayırım yasakları arasında sayılmıştır⁶⁵¹. Buna göre işveren tarafından işçileri arasında engellilik sebebiyle ayırım yapılması mümkün olmayıp, yasağın ihlali halinde maddede düzenlenen tazminat yaptırımını devreye girecektir. İş Kanunu madde 30 ile işverenlere, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli işçi istihdam etme yükümlülüğü getirilerek istihdamda engelliler yönünden ayırımın önlenmesi, engellilerin istihdama katılımının artması için özel bir düzenleme yapılmıştır. İlgili hüküm engelli istihdamında bir kota uygulamasına yöneliktir⁶⁵². Bu anlamda sadece devletin değil,

⁶⁵⁰ Y.9.HD. E.2004/23961, K.2005/14007, 21.4.2005 (Legalbank), (ET:12.10.2021).

⁶⁵¹ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No.6518, Kabul Tarihi:6.2.2014 RG. 19.2.2014/28918, m.57.

⁶⁵² Baybora, “Engelli Ayrımcılığı” (n 645) 248.

işverenlerin de korumalı işyerlerinin sağlanmasında, engelli istihdamında ve çalışmaya engel güçlüklerin azaltılmasında sahip olduğu yükümlülükler bulunmaktadır⁶⁵³.

ii. Yabancı hukuk

Uluslararası mevzuat bakımından, Avrupa Sosyal Şartı'nda, engelli kişilerin, engellerinin nedeni ve niteliği ne olursa olsun, mesleki eğitim, rehabilitasyon ve topluma yeniden intibak hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir (Bölüm I, 15). Şart aynı zamanda engellilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkına dair de detaylı bir düzenlemeye yer vermiş, istihdamın sağlanması ve engellilere yönelik uyumlaştırmalar yapılması yönünden taraflara yükümlülükler getirmiştir (Bölüm II, madde 15).

BM Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme, 1. maddesinde engellilerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik ve temin etmek ve insanlık onurlarına saygıyı güçlendirmek amacına sahip olduğunu belirtmiştir. Ayrıca makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi de ayrımcılık kapsamında kabul edilmiştir. 159 sayılı ILO Sözleşmesi, sakatlar yönünden mesleki rehabilitasyon ve istihdama ilişkindir⁶⁵⁴. Sözleşme'nin amaçları açısından “*sakat*” terimi, *uygun bir iş temini muhafazası ve işinde ilerlemesi hususundaki beklentileri, kabul edilmiş fiziksel veya zihinsel bir özür sonucu önemli ölçüde azalmış olan bir bireyi* ifade etmektedir. Sözleşme, amaçlarını sakat, engelli bir bireyin uygun bir iş edinmesi, işini sürdürmesi ve işinde ilerlemesini; topluma entegrasyonunu veya reentegrasyonunu kolaylaştırmak, geliştirmek olarak sıralamaktadır. Sözleşme, sakat olan işçiler ve olmayan işçiler arasında fırsat eşitliğinin sağlanması gerekliliğine, yine sakat kadın ve erkek işçiler yönünden de fırsat ve muamele eşitliğine dikkat çekmektedir. 159 ve 111 sayılı ILO Sözleşmeleri de engelliler açısından alınacak olumlu önlemlerin de ayrımcılık teşkil etmeyeceğine yer vermektedir.

⁶⁵³ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 73.

⁶⁵⁴ ILO tarafından 1983 yılında kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 4407 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş olup, ilgili sözleşme onaylanarak, RG. 10.7.1999/23751 ile yayımlanmıştır.

AB hukuku bakımından⁶⁵⁵ ise 2000/78/EC sayılı Direktif, engellilik durumuna dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımı, tacizi ve ayrımcılık talimatını yasaklamıştır. Bunlara ek olarak Direktif pozitif ayrımcılık ve olumlu tedbirler kapsamında da bir düzenleme yaparak, engelli bireylerin korunmasına ve çalışma ortamına uyumuna ilişkin alınacak özel tedbirlerin işçiler arasındaki eşit davranma borcunu ihlal etmeyeceğini ifade etmektedir.

Adalet Divanı, *Coleman* davasında, engelli oğlunun bakımını üstlenen işçiye karşı gerçekleşen farklı muameleyi ve fesih işlemini incelemiş, 2000/78/EC sayılı Direktifin sadece özürlülük temelinde ve özürlü bireylere yönelik doğrudan ayrımcılığı yasakladığı şeklinde yorumlanmaması gerektiği, aksi durumun amaçlanan korumanın azalmasına yol açacağı, farklı muamelenin söz konusu işçinin engelli oğlundan kaynaklandığının tespit edilmesi halinde bu durumun ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edeceği değerlendirilmesinde bulunmuştur. İlgili kararlar, dolayısıyla ayrımcılık türü kabul edilmiş ve koruma kapsamında sayılmıştır⁶⁵⁶. Nitekim kişi engelli olmasa dahi bakmakla yükümlü olduğu, bağı olduğu bir kişinin engeli sebebiyle farklı muameleyle karşılaşması ve dezavantajlı konuma getirilmesinin ayrımcılık teşkil ettiği açık olup, bu durum sadece engellilik temelinde değil, diğer ayrımcılık türlerinde de geçerlidir.

Navas davasında ise, işçinin sağlık raporu ile hastalığı sebebiyle çalışamayacağı ve işine kısa bir süre içinde dönemeyeceğinin belgelendiği, hastalık sebebiyle belirli bir süre için işe devam edemeyeceği gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi söz konusudur. Divan tarafından yapılan incelemede hastalık ve engellilik kavramlarının farklılığına vurgu yapılmış, engellilik temelinde bir kişinin işten çıkarılması ayrımcılık kapsamında değerlendirilirken, işçinin işin gereklerini yerine getirememesi, işin gerektirdiği beceri ve yeteneğe sahip olmaması sebebiyle fesih işlemini ayrımcılık kapsamında saymamıştır. Birlik hukukunda hastalığa yönelik ayrımcılığın yasaklanmadığı ifade

⁶⁵⁵ AB tarafından yürütülen sosyal politikalarda engellilere ilişkin düzenlemeler ve ayrımcılıkla mücadele konusunda detaylı bilgi için bkz. Serkan Kolat, *Avrupa Birliği Sosyal Politikası Çerçevesinde Özürlülere Yönelik Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Yansımaları* (2010), 79 vd.

⁶⁵⁶ Case 303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law* [2008] ECR I-05603. Kararın detaylı incelemesi için bkz. Kolat (n 655) 158-164.

edilmiştir⁶⁵⁷. Kanımızca hastalık da somut olayın özelliğine göre ayrımcılık teşkil edebilecek bir olgudur. Nitekim işçinin AIDS hastası olması sebebiyle işveren tarafından farklı bir muameleye maruz kalması da ayrımcılık teşkil etmektedir. Bu anlamda somut olayın koşullarında ölçülülük denetimi kapsamında hastalığın ayrımcılık sayılıp sayılmayacağına değerlendirilebilmesi gerekmekte olup, hastalığın Direktiflerde sayılmamış olması, bu durumun ayrımcılık teşkil etmeyeceği anlamına da gelmemektedir.

İHAM ise *Glor v. İsviçre* kararında, 14. maddenin sakatlık temelli ayrımcılık yasağını kapsadığını, farklı muamelenin nesnel ve makul gerekçelere dayanıp dayanmadığı ve özellikle hedeflenen amaçla (yani askeri veya sivil hizmet ifa eden insanlarla bu hizmetlerden muaf olan insanlar arasında belli bir eşitlik sağlamak) kullanılan araçların orantılı olup olmadığına bakılması gerekliliğini belirtmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, askerliğe elverişsiz bulunan kişinin bu hizmeti yapamadığından dolayı muafiyet vergisi ödemeye zorlanmasında bir kamu yararı tespit edilemediğini, toplum çıkarlarının korunması ile başvuruçunun hak ve özgürlüklerine saygı arasında adil bir denge kurulamadığını ve uygulanan farklı muamelenin nesnel gerekçesinin, demokratik toplumlardaki üstün ilkeler dikkate alındığında, makul görünmediğine karar vermiştir⁶⁵⁸.

c. Makul uyumlaştırma (reasonable accommodation)

i. Kavram ve yükümlülük

Ayrımcılık türleri kapsamında ele aldığımız makul uyumlaştırma kavramı, özellikle engelli bireylerin çevre ve işyeri koşullarına uyumunun kolaylaştırılması açısından sağlanması gereken birtakım hususları ifade etmektedir. Kavram olarak makul uyumlaştırma dışında makul düzenleme, makul düzeyde önlemler gibi kavramların da

⁶⁵⁷ Case 13/05, *Sonia Chacón Navas v Eures Colectividades SA* [2016] ECR I-06467. Kararın detaylı incelemesi ve eleştirisi için bkz. Kolat (n 655) 152-158.

⁶⁵⁸ *Glor v. Switzerland Davası*, Başvuru No.13444/04 (İHAM, 30.4.2009).

kullanıldığı görülmekle⁶⁵⁹, kullanım bakımından benzer bir anlamı ifade etmektedir⁶⁶⁰. Ulusal mevzuatta ve uluslararası mevzuatta bu çerçevede makul uyumlaştırma (düzenleme) tanımlarına yer verilmiştir.

Konuyu ilk olarak ulusal hukuk yönünden ele aldığımızda, makul düzenleme tanımı Engelliler Hakkında Kanun ile yapılmıştır; “engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen⁶⁶¹, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirleri”, ifade etmektedir (madde 3). Engelliler Hakkında Kanun uyarınca engellilerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik önlemler alınarak işyerinde makul düzenlemeler yapılmalıdır (madde 4/A).

Ayrıca TİHEK Kanunu tarafından da bir tanımlama yapılmış ve “engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkânlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler” olarak ifade edilmiştir. (madde 2)⁶⁶². Makul seviyedeki bu önlemlerin alınmaması ise ayrıca ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. Engelliler Hakkında Kanun ile makul uyumlaştırma yapılmaması ayrımcılık olarak düzenlenmemişken, TİHEK Kanunu ile ayrımcılık sayılması olumlu bir adımdır⁶⁶³.

Bu itibarla, Anayasa ile engelli bireylerin hak ve özgürlüklerden herkes gibi faydalanabilmesini sağlamak amacıyla devletin sorumluluğunu gösteren düzenlemelere yer verilmiştir. Madde 61/2, devlete, engelli bireylerin korunmaları ve toplum hayatına

⁶⁵⁹ Uyumlaştırma “*accommodation*” ifadesinin alınacak tedbirlerin ilgili kişinin bir mal veya hizmete ya da bir hakka erişimini etkili biçimde sağlaması anlamına geldiği ifade edilmekte, bu sebeple makul uyumlaştırma kavramı tercih edilmektedir, Karan (n 21)249, dn. 1280. Tarafımızca da bu görüş benimsenerek makul uyumlaştırma kavramı kullanılmıştır.

⁶⁶⁰ Makul uyumlaştırma ile makul düzenlemenin aynı anlama gelmediği açıklaması için bkz. Enes Ersöz, “Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı”, (2020) 3 (2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 160.

⁶⁶¹ Karan, Tanımda yer alan *ölçüsüz ve aşırı yük* ifadesinin makul uyumlaştırma yükümlülüğünün düzeyinin düşürülmesi ve hatta ortadan kalkmasına yol açabileceği; uyumlaştırmanın sınırlı bir düzeyde sağlandığı durumlarda dahi *makul* kabul edilebilmesinin mümkün olduğu ve ancak *yük* ifadesinin engellilerin toplumda bir yük olarak görüldüğüne işaret ettiğini belirtmektedir, Karan (n 21) 309.

⁶⁶² Engelliler Hakkında Kanun’dan farklı olarak, bu düzenlemede *yük* ifadesine yer verilmemesi, olumlu karşılanmıştır, Karan (n 21) 309.

⁶⁶³ Karan (n 21) 310.

katılımlarını sağlayıcı tedbirlerin alınması yönünde yükümlülük yüklemektedir. Bir başka düzenleme olan Anayasa madde 42/7, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirlerin alınması noktasında devlete yükümlülük öngörmektedir.

Uluslararası hukuk açısından ilk olarak, BM Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme, makul düzenlemeyi “*engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanılmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri ifade eder*” şeklinde tanımlamıştır (madde 2).

BM Engelli Hakları Sözleşmesi, taraf devletlere alınması gerekli önlemler ve yapılması gerekli düzenlemeler bakımından bir düzenleme ve yükümlülük getirmiştir. Bu çerçevede Taraf devletler, işe alım ve istihdam edilme koşullarında, istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi ve sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dahil olmak üzere, istihdama ilişkin her hususta, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklamalıdır. Fırsat eşitliği, eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, tacizden korunma ve mağduriyetin giderilmesi, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları dahil olmak üzere diğer bireylerle eşit koşullar altında adil ve uygun çalışma koşullarının sağlanmasına ilişkin olarak engellilerin haklarını korumalıdır. Engellilerin iş ve sendikal haklarını diğer bireylerle eşit koşullar altında kullanabilmelerini sağlamalı ve genel teknik ve mesleki rehberlik programlarına, yerleştirme hizmetlerine, mesleki ve sürekli eğitime diğer bireylerle eşit koşullar altında etkin bir şekilde erişimini sağlamalıdır. Engellilerin çalıştığı işyerlerinde makul düzenlemelerin yapılmasını sağlamalıdır (madde 27). İlgili düzenleme ile birlikte, engellilerin başta istihdam olmak üzere yaşayabilecekleri dezavantajların giderilmesi ve hak ve özgürlükleri korunarak etkili bir şekilde kullanabilmelerini sağlanması amaçları ön plana çıkmaktadır.

2000/78/EC sayılı AB Direktifi, makul uyumlaştırma tanımını “*Engelli kişilerle ilgili olarak eşit muamele ilkesine uyumun güvence altına alınması amacıyla, makul uyumlaştırma sağlanacaktır. Bu, işverenlerin belirli bir vakada ihtiyaç duyulduğunda, engelli bir kişinin istihdama erişimini, katılımını veya işte ilerlemesini ya da eğitimden geçmesini sağlamak için, işverene orantısız bir yük getirmediği müddetçe, uygun tedbirler alması anlamına gelmektedir.*” şeklinde ifade etmiştir. Bu yükün ise ilgili

devletin engellilik politikası çerçevesinde var olan tedbirler tarafından yeterince telafi edildiğinde orantısız sayılmayacağını belirtmiştir (madde 5). 2000/78/EC sayılı Direktif uyarınca işveren, orantısız bir yük getirmemesi şartıyla eğitim, işe alım gibi konularda gerekli önlemleri alması beklenmektedir. Makul seviyedeki bu önlemlerin alınmaması ise ayrıca ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir.

Görüldüğü üzere, makul uyumlaştırma düzenlemesi sonucunda, devlet, işverenler, malları ve hizmetleri sunan kişiler ve kamu makamları gibi kişiler yönünden engelliler için makul düzenlemeleri yapması bakımından bir yükümlülük getirilmekte ve bu yükümlülüğe aykırı davranış, yani makul seviyedeki önlemlerin alınmaması, ayrımcılık kapsamında sayılmaktadır⁶⁶⁴.

ii. Makul uyumlaştırma kapsamındaki düzenlemeler

Makul uyumlaştırma çerçevesinde işveren tarafından yapılabilecek düzenlemelere, tekerlekli sandalyeli kişiler için işyerinde düzenleme yapılması, çalışma saatlerinin ayarlanması, işyerinde kullanılan araçların engelli çalışanların da kullanabileceği şekilde ayarlanması, üst katlarda çalışan engelli personel için merdiven asansörü sağlanması ya da çalışma yerinin mümkün ise giriş katına alınması gibi örnekler verilebilir⁶⁶⁵. 2000/78/EC sayılı Direktifin giriş bölümünde işyerinin engellilik durumuna uyarlanmasında, örneğin bina ve ekipmanların, çalışma saati düzenlerinin, görev dağılımının uyumlaştırılması; eğitim ya da entegrasyonuna yönelik kaynakların sağlanması gibi tedbirler örnek olarak sayılmıştır (Başlangıç, madde 20).

Makul uyumlaştırma kavramının kapsamına ilişkin olarak, TİHEK tarafından yapılan tanımlamada “*mali imkanlar nispetinde*” ifadesine yer verilmiş, makul düzenlemelere mali, ekonomik yönden yaklaşmıştır⁶⁶⁶. Makul uyumlaştırma kapsamında yapılacak düzenlemeler, makul ve etkili olmalı ve ancak işverene orantısız bir külfet de getirmemelidir. 200/78/EC sayılı Direktif ise “*Söz konusu önlemlerin orantısız bir yüke neden olup olmadığını açıklamak üzere, özellikle gerekli olan mali ve diğer harcamalar,*

⁶⁶⁴ Karan (n 21) 249.

⁶⁶⁵ Gül and Karan (n 24) 20.

⁶⁶⁶ Karan (n 21) 310.

kuruluşun veya işletmenin ölçümleri ve mali kaynakları ve kamu finansmanı veya başka diğer yardımlar alabilme olasılığı dikkate alınmalıdır” düzenlemesiyle orantısız yük kavramından ne anlaşılması gerektiği, orantısız yük tespitinde kullanılacak ölçütler gibi hususlara açıklama getirilmiştir⁶⁶⁷.

Uyumlaştırmanın sadece engelli kişi bakımından değil, engelli olmayan ancak örneğin bakımını üstlendiği kişinin engelli olması durumunda bir başka kişi için yapılması da gündeme gelebilecektir⁶⁶⁸. Çalışma saatlerinin ayarlanması da bu duruma örnek olarak verilebilir.

9. İş Sözleşmesinin Türüne Göre Ayrım Yasağı⁶⁶⁹

İş Kanunu madde 5/2, iş sözleşmesinin türü bakımından işçiler arasında farklı muamele yapılmamasını düzenlenmiştir. Bu hükme göre, işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye ve belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. Genel kural yanında İş Kanunu madde 12 ve madde 13 ile de konu hakkında düzenleme yapılmıştır. Her iki maddenin de gerekçesinde AB mevzuatlarına atıf yapıldığı ve AB müktesebatı ile uyum çerçevesinde düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Aşağıda detaylı olarak incelemeden önce sözleşme türüne göre ayrımcılık kapsamında ortak ve genel birtakım hususlara değinmek gerekmektedir. İlk olarak bu ayrımcılık kriterinde, işçinin değil sözleşmenin daha çok ön planda olduğu görülmektedir. Ayrıca sadece sözleşme türü, emsal işçiye göre farklı işlemi haklılaştırmamakta, sadece sözleşme türü sebebiyle daha iyi şartlar uygulanması da yasak kapsamındadır⁶⁷⁰. Bir diğer husus ise oransallık ilkesi (*pro rata temporis*) dir. Her iki düzenleme bakımından bu ilke, paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerde uygulama alanı bulacaktır. Para ile ölçülebilir aynı menfaatlerde de bu ilke uygulanacaktır. Ancak paraya ilişkin bölünebilir

⁶⁶⁷ Çalışma Mevzuatı ile ilgili Avrupa Birliği Direktifleri (n 224) 197.

⁶⁶⁸ Bkz. 1. Bölüm, II, A, (5).

⁶⁶⁹ *Süzek* tarafından ise sözleşme türüne göre ayırım, ayrımcılık yasağı kapsamında değil, dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında değerlendirilmektedir, *Süzek* (n 4) 471. *Alpagut*'a göre sözleşme türüne dayalı ayrımcılık eşit davranma ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasında *sui generis* olarak nitelendirilebilir, *Alpagut*, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi" (n 304) 28-29.

⁶⁷⁰ *Alpagut*, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi" (n 304) 28-36.

olmayan menfaatlerde oransallık ilkesi söz konusu olmayıp, işçinin yararlandırılmamasını haklı kılan sebepler bulunmadıkça, işçi bu menfaatlerden tam olarak yararlandırılmalıdır⁶⁷¹.

a. Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında ayırım

“Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımının sınırları” başlığını taşıyan İş Kanunu madde 12 uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı bir işleme tabi tutulamayacaktır. Bu düzenleme mutlak eşitliği öngörmemekte, ayırım yapılmasını haklı kılan bir nedenin varlığı halinde farklı işleme izin vermektedir. Düzenleme ile yasaklanan, iş sözleşmesinin türüne göre ayırım yapılmasıdır.

Türk hukukunda kural belirsiz süreli iş sözleşmesi olup, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması istisnadır. Nitekim belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için gerekli koşullar İş Kanunu madde 11 ile belirlenmiştir. Buna göre, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak ve yazılı şekilde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Esaslı bir sebep olmadıkça zincirleme yapılamayan belirli süreli iş sözleşmesi, bu kuralın ihlali halinde başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılmaktadır. Görüleceği üzere, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması, belirli koşullar dahilinde istisnai olarak mümkün kılınmıştır⁶⁷². Bu anlamda belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için sadece süreye değil, objektif koşulların varlığına da ihtiyaç duyulmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin özel bir korumaya ihtiyaç duymasının sebebi, iş güvencesi hükümleri dışında bırakılmaları olarak ifade edilebilir⁶⁷³. Gerçekten de belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümleri kapsamında,

⁶⁷¹ Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 304) 37-40; Süzek (n 4) 264.

⁶⁷² Bkz. Ali Güzel, Ercüment Özkaraca and Deniz Ugan Çatalkaya, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri: Yapılma ve Yenilenme Koşulları” in Süleyman Başterzi (ed), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt 1* (2011), 484; Süleyman Başterzi, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin “İşçinin Haklı Menfaati” (2013) (15) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 423, 448; Süzek (n 4) 251; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55)125 vd.

⁶⁷³ Süzek (n 4) 251; Başterzi, “Haklı Menfaat” (n 672) 448.

geçersiz veya haksız fesih sonucu işe iade davası açması, dava sonucunda işe geri dönebilmesi ya da iş güvencesi tazminatı alabilmesi mümkündür. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerinde, sözleşmenin işveren tarafından kötü niyetli feshine karşı bir koruma öngörülmüş; işe iade hükümlerine veya boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama tazminatı (iş güvencesi tazminatı) yerine sadece kötü niyet tazminatı öngörülmüştür.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, çalıştığı süreye orantılı olarak ücret ve paraya dair bölünebilir menfaatlardan faydalanmaktadır. İlgili düzenleme sadece paraya ve ücrete ilişkin haklarda farklı işlem yapılamayacağından bahsetse de, düzenlemenin diğer çalışma koşullarını da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği öğretide ifade edilmektedir. Bu bakımdan çalışma koşullarında işverenin eşit davranma borcu devam etmektedir⁶⁷⁴. Çalışma şartlarından yararlanmak noktasında, farklı bir kıdem uygulanmasını haklı kılacak bir sebep yoksa belirsiz süreli çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanacaktır. Özetlemek gerekirse belirli süreli çalışan işçilerin, belirsiz süreli çalışan işçilere tanınan haklardan çalıştıkları süre ile orantılı olacak şekilde yararlandırılmaları gerekmektedir.

Haklı koşulların bulunduğu durumlarda ise farklı işlem yapılabileceği kabul edilmektedir. Nitekim düzenleme, mutlak bir eşitlik öngörmemekte ve farklı muameleyi haklı kılan, meşrulaştıran bir sebep aramaktadır. Ancak burada belirtilmesi gereken, örneğin işyerinde bir uygulama yapılırken, görünüşte tarafsız dahi olsa, belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçilerin haklardan yararlanmaması amacıyla yapılmamış olması gerektiğidir. Örnek olarak, işverenin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye, diğer işçilere uygulanan ücret zammının uygulanmaması ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilecektir⁶⁷⁵. Ancak ikramiye ödenmesi için bir yıllık kıdem koşulunun varlığı halinde, belirli süreli çalışan işçinin de ikramiyeden yararlanabilmek için bu koşulu sağlaması gerekecektir. Ancak farklı kıdem uygulamasını haklılaştıran bir sebep bulunmadıkça, sözleşme türüne göre farklı bir kıdem uygulaması yapılamaz⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Süzek (n 4) 263-264; Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 304) 35-36.

⁶⁷⁵ Yıldız (n 4) 228; Y.9.HD. E.2002/24751, K.2003/7822, 8.5.2003 (Legabank), (ET:29.8.2021).

⁶⁷⁶ Yıldız (n 4) 228. Ayrıca bkz. Süzek (n 4) 264; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 743; Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 304) 40.

Kanun maddesi ile düzenlenen önemli bir nokta emsal işçi kavramıdır. Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi olarak maddede tanımlanmıştır. Nitekim düzenlemede, belirli süreli çalışan işçiye, sözleşme türü sebebiyle belirsiz süreli çalışan işçiye oranla olumsuz bir muamele yapılmasının tespitinde işyerinde karşılaştırmaya uygun aynı ve benzer durumda⁶⁷⁷ bir işçinin bulunması şart kılınmamıştır. Aksine işyerinde böyle bir işçi bulunmaması durumunda, yine o işkolundaki bir işyerinde aynı veya benzer durumda olan belirsiz süreli çalışan işçi kıyaslamaya temel alınabilecektir⁶⁷⁸. Bu çerçevede kıyaslama yapılabilmesi için, daha önce eşit davranma borcunun uygulanabilmesi koşulları arasında saydığımız, işyerinde birden çok işçi bulunmasına dair koşulun mutlak olarak aranmadığı söylenebilir.

İş Kanunu'nun ilgili düzenlemesinin gerekçesinde belirtilen ve düzenlemenin temeli sayılan 99/70/EC⁶⁷⁹ sayılı AB Direktifi, belirli süreli sözleşme ile çalışan işçiye sadece sözleşmenin belirli süreli olmasından dolayı ayırım yapılamayacağı ve işverence sağlanan imkanlardan, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre orantılı olarak yararlanacağı hususlarını düzenlemiştir⁶⁸⁰. Bu Direktif'in amacı, işverenlerin belirli süreli iş sözleşmeleri yaparak iş güvencesi hükümlerini dolanmalarının önüne geçilmesi olarak değerlendirilmektedir⁶⁸¹. AB hukukunun, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların çoğunlukla kadın çalışanlar olmasından hareketle (kısmi süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi), iş sözleşmesinin türüne göre yapılan ayırmacılık yasağını cinsiyete dayalı ayırmacılık yasağı ile birlikte değerlendirdiği de görülmektedir⁶⁸². 158 sayılı ILO Sözleşmesi de benzer bir yaklaşım taşımakta ve belirli süreli ve belirsiz süreli

⁶⁷⁷ Aynı iş kavramı ile özdeş işlerin, benzer iş kavramı ile işin gerektirdiği çaba, sorumluluk vd. gereklerin, işin üretim sürecindeki yeri, işçiye getirdiği fiziksel ve ruhsal yük, piyasa değeri bakımından karşılaştırılabilir işlerin ifade edildiği yönünde bkz. Alpagut, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi" (n 304) 35.

⁶⁷⁸ Amacı aşar bir müdahaleye yol açabileceği eleştirisi için bkz. Alpagut, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi" (n 304) 32-33.

⁶⁷⁹ Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work.

⁶⁸⁰ Alpagut, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi" (n 304) 27 vd.; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 73; Yıldız (n 4) 226 vd.

⁶⁸¹ Başterzi, "Haklı Menfaat" (n 672) 446.

⁶⁸² Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 73; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayırmacılık" (n 11) 70; Doğan, "Eşitlik İlkesi" (n 250) 199.

iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler arasındaki ayrıma dair düzenleme yapmaktadır⁶⁸³. Sözleşme'ye göre, bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınmalıdır⁶⁸⁴.

b. Kısmi ve tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında ayrım

“Kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesi” başlıklı İş Kanunu madde 13, kısmi süreli iş sözleşmesini, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi olarak tanımlamıştır. Buna göre kısmi süreli çalışan işçiye, ayrım yapılmasını haklı kılacak bir sebep bulunmadığı sürece, sadece iş sözleşmesinin türü sebebiyle tam süreli çalışan işçiye göre farklı bir muamele yapılamaz⁶⁸⁵. Bu düzenleme de madde 12 gibi mutlak eşitliği öngörmemekte, ayrım yapılmasını haklı kılan bir nedenin varlığı halinde farklı işleme izin vermektedir⁶⁸⁶. Yasaklanan, iş sözleşmesinin türüne göre ayrım yapılmasıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmeleri, tam süreli iş sözleşmesinden çalışma süresi yönünden ayrılmaktadır. Kanun maddesi uyarınca kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenecektir. Nitekim sözleşmenin türü gereği tam süreli iş sözleşmesi ve kısmi süreli iş sözleşmesinin içeriğinin ve çalışma koşullarının aynı olması mümkün değildir. Burada önemli olan, tam süreli çalışan işçilere sağlanan imkanlardan, kısmi süreli çalışan işçilerin de çalıştıkları sürelerle orantılı bir biçimde yararlandırılmasıdır. Ancak madde metni gereği bölünemez ve oranlanamaz menfaatler yönünden yararlandırma mümkün olmayacaktır. Bu anlamda bu konuda ve emsal işçi konusunda belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar, kısmi süreli ve tam süreli çalışan işçiler bakımından da geçerlidir.

⁶⁸³ Başterzi, “Haklı Menfaat” (n 672) 446 vd.; Yıldız (n 4) 226.

⁶⁸⁴ ILO tarafından 1982 yılında kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 3999 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş olup, ilgili sözleşme onaylanarak, RG. 12.11.1994/22079 ile yayımlanmıştır.

⁶⁸⁵ Bkz. Süzek (n 4) 274 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 740-741; Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 304) 30 vd.

⁶⁸⁶ Belirtmek gerekir ki, kısmi süreli çalışanın daha kolay bulunması gibi bir gerekçe, haklı ve nesnel bir sebep teşkil etmeyecektir, Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 304) 41.

Kısmi süreli çalışanlara getirilen bir başka imkan, işyerinde uygun bir açık pozisyon bulunması halinde işçinin tam süreli çalışmaya geçiş hakkıdır. Bu talepte bulunan kısmi süreli işçinin talebi işverence dikkate alınmalı ve bu sebeple boş pozisyonlar işyerinde duyurulmalıdır. Bir diğer imkan ise Kanun'da belirtilen doğum izinlerinin bitiminden sonra ebeveynlere getirilen kısmi süreli çalışma imkanıdır. Kısmi süreli çalışma talebinde bulunan işçinin talebi işveren tarafından karşılanmak durumundadır, bu talebe dayanarak yapılan fesih işlemi ise geçerli olmayacaktır. İlgili düzenlemenin özellikle doğum ve annelik sebebiyle işinden ayrılmak zorunda kalan veya iş sözleşmesi sonlandırılan kadın işçiler yönünden faydalı olduğu kanaatindeyiz. Nitekim bebeğin doğum sonrası anneye olan muhtaçlık durumu ve toplumda kadınlara yüklenen bebeğin bakımını üstlenme rolü kadın istihdamında ve işverenlerin gerek işe alım gerek çalışma şartları gerekse iş sözleşmesinin sonlandırılması noktasında cinsiyet sebebiyle ayrımcılıkla sonuçlanan bir gerçektir. Bu yönüyle çalışan ebeveynlere kısmi süreli bir çalışma hakkı getirilmesi ve işverenin takdir hakkına bırakılmaması olumlu bir düzenlemedir.

Kısmi ve tam süreli çalışma türünde ayrımcılığın ortaya çıkmasındaki etkenlerden biri de kadınlar aleyhindeki dolaylı ayrımcılıktır⁶⁸⁷. Kadınlar tarafından kısmi süreli çalışmanın daha çok tercih edilmesi söz konusu olmuştur⁶⁸⁸. Nitekim AB hukukunda da Adalet Divanı, içtihatlar yoluyla dolaylı ayrımcılığı ve kısmi süreli sözleşmelerle çalışan kadınlar aleyhine yapılan ayrımcılıkları önlemeyi hedeflemiş ve bu ayrımcılık kriterinin doğumunda bir etken olmuştur⁶⁸⁹. Kısmi süreli ve tam süreli işçiler arasındaki ayrımcılığın önlenmesi amacıyla düzenlenen 97/81/EC sayılı Direktif ile çerçeve bir

⁶⁸⁷ Yıldız (n 4) 228, *Yıldız* ayrıca, iş sözleşmesinin türü nedeniyle farklı işleme maruz kalan işçinin kadın olması durumunda çoklu ayrımcılıktan söz edilmesi gerektiğini, işverenin tek bir uygulamasının hem cinsiyete dayalı ayırım yapma yasağını hem de iş sözleşmesinin türüne göre ayırım yapma yasağını ihlal etmesinin söz konusu olduğunu ifade etmektedir, Yıldız (n 4) 234-235; Onaran Yüksel (n 19) 118-120, 128-129; Doğan Yenisey, "Uyum Sorunları" (n 24) 55.

⁶⁸⁸ Konu hakkında detaylı bir analiz için bkz. Aysel Kuşaksız, "Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kısmi Süreli Çalışmayı Tercih Etme Gerekçeleri", (2006) 13 (2) Yönetim ve Ekonomi Dergisi, 19-29.

⁶⁸⁹ Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 65, dn.8; Fredman (n 9) 177 vd.; Ellis and Watson (n 64) 148 vd. Ayrıca bkz. *Case 96/80, J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, [1981] ECR -00911; *Case 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 01607.

sözleşme de öngörülmüştür⁶⁹⁰. Bu kapsamda kısmi süreli çalışan işçiler için, objektif sebeplerin olmaması halinde, tam süreli çalışan işçilere oranla daha az elverişli olan şartlar öngörülemeyecektir. Objektif sebeplerin varlığı halinde ise kıdem, eğitim durumu gibi sebeplerle ücret ve benzeri hususlarda farklılık öngörülmesi ihlal oluşturmayacaktır. Direktif uyarınca kısmi süreli işçiye, çalıştığı süreyle oranlı olarak (*pro rata temporis* ilkesi) bir ücret veya oranlanabilir diğer menfaatler verilecektir⁶⁹¹. AB mevzuatı dışında, 175 sayılı ILO Sözleşmesi, kısmi süreli çalışanların çalışma koşullarının tam süreli çalışanlarla eşit kılınması, kısmi süreli çalışanlara karşı ayrımcılığın önlenmesi ve haklarının korunması amacıyla düzenlenmiş olup, bu Sözleşme ile de kısmi süreli çalışanların ücret ve sosyal güvenlik gibi haklar, haklara ilişkin parasal menfaatlerin orantılı bir şekilde hesaplanması öngörülmüştür⁶⁹². Bu hükümlerle birlikte, Türk hukukundaki düzenlemelerin uluslararası hukuk ile paralel olduğu görülmektedir.

10. Sendikal Sebeplerle Ayrım Yasağı

Önceki bölümde yer verdiğimiz ayrımcılık halleri dışında, sendikal özgürlükler de anayasal hükümlerle korunmakta olup, hem İş Kanunu madde 5 hem de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bağlamında sendikal sebeplere dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır.

Anayasa madde 51, hem bireysel hem de kolektif sendika özgürlüğünü düzenlemiş, 4. fıkrası ile kimsenin bir sendikaya üye olmaya zorlanamayacağı gibi üyelikten ayrılmaya da zorlanamayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca, sendikal hak ve özgürlüklerden faydalananlar arasında eşitlik ilkesine ilişkin Anayasa madde 10 uyarınca da ayırım yapılması yasaktır⁶⁹³.

İş Kanunu madde 5, sendikal sebeplerle ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi halinde 6356 sayılı Kanun'un 25. Maddesinin (*mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu madde 31*)

⁶⁹⁰ Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work.

⁶⁹¹ Alpagut, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi" (n 304) 37; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 72-73.

⁶⁹² ILO, C175 - Part-Time Work Convention (No.175) [1994].

⁶⁹³ Ertürk (n 38) 197.

hükümlerini saklı tutmuştur. Bu anlamda sendikal temelli ayrımcılık durumunda 6356 sayılı Kanun hükümlerine başvurulması gerekecektir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, madde 25 (*mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu madde 31*) ile sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık yasak kapsamında sayılmıştır. Bu çerçevede işe alım, çalışma şartları ve fesih süreçlerinde kural olarak sendikalı sendikasız ayrımı yapılamayacağı hükme bağlanmaktadır. İş sözleşmelerine de bu hükme aykırı bir kayıt koyulması mümkün değildir. İlgili düzenleme kapsamında hem sendika özgürlüğü güvencelenmekte hem de sendikal faaliyetler yönünden eşit davranma ve ayırım yapmama düzenlenmiştir. Bu anlamda pozitif ve negatif sendika özgürlüğü teminat altına alınmaktadır⁶⁹⁴. Yine madde 26/3, sendikaları da sendikal faaliyetler bakımından eşitlik ilkesine uymak ve ayırım yasağına aykırı davranmamakla yükümlü kılmıştır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi, ayırım yasağını düzenlemekle birlikte, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerini saklı tutarak bir sınır öngörmektedir. Bu anlamda toplu iş sözleşmesi neticesinde taraf sendika üyesi olan işçilere uygulanan çalışma koşulları yönünden, sendika üyesi olmayan işçilere ayrımcı nitelikte bir farklı muamele yapılmadığı kabul edilecektir.

Sendika özgürlüğü aynı zamanda uluslararası belgelerle de düzenlenmiştir⁶⁹⁵. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (madde 23), BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme (madde 22) ve BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme (madde 8), İHAS (madde 11) herkesin sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını koruma altına almıştır. Bunun dışında sendika özgürlüğü ve sendikalaşma hakkının korunmasına ilişkin 89 sayılı ILO Sözleşmesi⁶⁹⁶, örgütlenme ve toplu pazarlık hakkına ilişkin 98 sayılı ILO Sözleşmesi⁶⁹⁷ sendikal haklar yönünden güvence getirmektedir.

⁶⁹⁴ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 127.

⁶⁹⁵ GGASS yönünden Türkiye tarafından sendikal hakların tümüne, "sosyo-ekonomik şartları" gerekçesiyle çekinme konmasının eleştirisi yönünden bkz. Gülmez, "GGASS" (n 196) 33 vd.

⁶⁹⁶ ILO tarafından 1948 yılında kabul edilen sözleşme, Türkiye tarafından 3847 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, ilgili sözleşme onaylanarak RG. 25.2.1993/21507 ile yayımlanmıştır.

⁶⁹⁷ ILO tarafından 1949 yılında kabul edilen sözleşme, Türkiye tarafından 5834 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, ilgili sözleşme onaylanarak RG. 14.8.1951/7884 ile yayımlanmıştır.

Yine 158 sayılı ILO Sözleşmesi, sendika üyeliği ve sendikal faaliyetler sebebiyle iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğunu ifade etmektedir.

11. Diğer Sebepler

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, gerek Anayasa⁶⁹⁸ gerekse İş Kanunu madde 5⁶⁹⁹ ve madde 18⁷⁰⁰ düzenlemesi, yasaklanan ayrımcılık temellerini sınırlı olarak değil “ve benzeri” ifadesi kullanarak örneksime yoluyla, açık uçlu bir yaklaşım ile saymıştır⁷⁰¹. TİHEK Kanunu⁷⁰² ise sınırlı sayıda ayrımcılık temeline yer vermiş ve ancak diğer düzenlemelere oranla etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu gibi daha fazla kriteri kapsama almıştır.

Uluslararası belgeler bakımından, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 20. Genel Yorumu, Sözleşme’deki “*başka statüler*” kapsamında bazı temellere değinmektedir⁷⁰³. Buna göre sayılanlarla sınırlı olmamak üzere; engellilik, yaş, tabiiyet, medeni hal ve aile durumu, cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, ikamet yeri, ekonomik ve sosyal durum gibi temellerin de ayrımcılık yasağı kapsamında olduğu ifade edilmektedir. İHAS, madde 14 ile ayrımcılık yasağını “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum*” şeklinde sınırlı olmaksızın düzenlemiştir⁷⁰⁴.

158 sayılı ILO Sözleşmesi de İş Kanunu madde 18 düzenlemesi gibi, sendikal faaliyetler, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi

⁶⁹⁸ “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler*”.

⁶⁹⁹ “*dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler*”.

⁷⁰⁰ “*ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler*”.

⁷⁰¹ Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. YHGK. E.2016/1531, K.2020/202, 25.2.2020 (Lexpera) (ET:18.12.2021).

⁷⁰² “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş*”.

⁷⁰³ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 20. Genel Yorum, (<http://ihop.org.tr>), (ET:22.07.2021).

⁷⁰⁴ Örneğin İHAM, *Engel ve diğerleri v. Hollanda* kararında rütbeye dayalı bir ayırımın, Madde 14'e aykırı olabileceğini, hükümde belirtilen listenin açıklayıcı olduğunu ve (*other status*) “statü” kelimesinin rütbeyi içerecek kadar geniş olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur, Engel ve Diğerleri v. The Netherlands, Başvuru No.5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (İHAM, 08.6.1976) p.72.

görüŖ, etnik veya sosyal köken gibi ayrımcı sebeplerle iş sözleşmesinin feshedilmesinin engellenmesini amaçlamaktadır.

Bu çerçevede, daha önceki başlıklarda incelemiŖ olduğumuz ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda olmayıp, bunlardan başka yasak kapsamına dahil edilen birtakım kriterler mevcuttur. Bunlardan bazılarına, yukarıda ilgili olunan başlıklar altında yer verilmiştir. Bu başlığımızda ise hem iç hukukumuzda hem de uluslararası mevzuatta kabul edilen diğer ayrımcılık temellerine de kısaca yer verilecektir.

a. Medeni hal ve ailevi durum

İş Kanunu madde 18 kapsamında medeni hal, fesih için geçerli bir sebep olmayacak haller arasında sayılmıştır. İlgili madde düzenlemesi ve İş Kanunu madde 5 tarafından ayrımcılık kriterlerinin sınırlı sayıda sayılmamış olmasından hareketle, medeni halin “ve benzeri” sebepler kapsamında sayılarak medeni hal temelli ayrımcılığın yasak olduğu değerlendirmesi yapılabilecektir⁷⁰⁵. Nitekim bu hal, koruma altında olan özel hayat ile ilgili olup, bu sebeple ayırım yapılması mümkün değildir. Örneğin kişinin bekar veya dul olması sebebiyle işe alınmaması, evli olan kadınların hamile kalma ihtimali düşünülerek işe alımda tercih edilmemesi gibi sebepler bu kapsamda ayrımcılık olarak değerlendirilebilecektir.

Bir diğer husus da sosyal seçim⁷⁰⁶ ölçütü olarak medeni hal ve ailevi yükümlülüklerin kullanılmasına ilişkindir. Bu çerçevede sosyal seçim ölçütlerinden faydalanan Yargıtay tarafından işten çıkarılacak işçilerin seçiminde evli ve çocuklu olup olmama temelinde karar verilmesi aynı zamanda İş Kanunu madde 18 kapsamında hukuka aykırı sayılmalıdır. Kaldı ki işçinin evli olup olmadığı, çocuğu olup olmadığı veya çocuk sayısı gibi hususlar işçinin iş görme borcu ve de sadakat borcu ile ilgili olmayıp, haklı sebep teşkil etmeyecektir. Nitekim kişinin özel yaşamı sebebiyle yapılacak ayrımcı bir

⁷⁰⁵ Süzek (n 4) 470; Ertürk and Gürsel, “EŖit Davranma İlkesi” (n 58) 435; Doğan, “EŖitlik İlkesi” (n 250) 196; Yıldız (n 4) 151; Yıldız, “Fesihte EŖit İşlem” (n 145) 849.

⁷⁰⁶ İlgili konuda detaylı bilgi için bkz. Ali Güzel and Emre Ertan, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri” (2007) (16) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 1219-1305; Yıldız, “Fesihte EŖit İşlem” (n 145) 849-850.

muamele, Anayasa madde 10 ve İş Kanunu madde 5 ile öngörülen yasakları ihlal etmiş olacaktır⁷⁰⁷.

b. Kıdem

Kıdem şartı her ne kadar objektif olarak görülebilecekse de bazı durumlarda ayrımcı bir düzenleme olarak da değerlendirilebilmektedir. Nitekim özellikle kadın istihdamındaki eşitsizlikler, kadınların çalışma yaşamına geç başlaması veya hamilelik, doğum gibi sebeplerle ara vermesi gibi hususların, somut olayın özelliğine göre dolaylı ayrımcılık kapsamında yorumlanabileceği öğretide ifade edilmektedir⁷⁰⁸.

c. Sağlık durumu

Bireylerin sağlık durumları ve hastalıkları sebebiyle ayrımcı muameleye maruz kalması rastlanan bir durumdur⁷⁰⁹. Anayasa uyarınca kimse sağlığına uygun olmayan bir yerde, işte ve koşulda çalıştırılmaz (madde 50). Sağlık durumu da “ve benzeri” sebepler arasında kabul edilerek ayrımcılık yasağının kapsamında değerlendirilmektedir⁷¹⁰. Ayrıca işçinin bedensel bütünlüğü ve sağlığı, işverenin işçiyi gözetme ve koruma borcu kapsamında korunmalı ve bu anlamda gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir⁷¹¹. İşçinin sağlık durumunun bozulması durumunda, haklı sebeple fesih (İş Kanunu madde 24/1-I, 25/1-I) ve haklı sebep kapsamına girmese de belirli koşullar çerçevesinde geçerli sebeple fesih ise somut olayın koşullarına göre mümkün olabilmektedir.

⁷⁰⁷ İlgili görüş için bkz. Yıldız (n 4) 243-246; Yıldız, “Fesihte Eşit İşlem” (n 145) 849 vd.

⁷⁰⁸ Yıldız (n 4) 152; Onaran Yüksel (n 19) 147-149.

⁷⁰⁹ UNAIDS tarafından HIV/AIDS taşıyıcısı ya da hastası olan bireylere ilişkin özellikle işyerinde gerçekleşen ayrımcılığın hangi şekillerde ortaya çıktığına dair bir çalışma yapılmıştır. Buna göre, işe alırken HIV testi yapma zorunluluğu, çalışma süresince HIV testi yapma zorunluluğu, işe alım formlarında ya da görüşmelerde HIV/AIDS durumu ve yaşam tarzıyla ilgili soruların sorulması, HIV/AIDS durumuyla ilgili gizliliğin yetersiz kalması, HIV/AIDS durumu nedeniyle çalışma koşullarının değiştirilmesi ya da işten çıkarılması, HIV/AIDS’ten dolayı terfi, eğitim, sosyal yardım gibi konularda kısıtlanma, HIV/AIDS yüzünden işe almama gibi durumlarla karşılaşmaktadır; UNAIDS, “Protocol for the Identification of Discrimination Against People Living with HIV”, UNAIDS Key Material, Geneva. Bu alanda yapılan detaylı bir çalışma için bkz. Mihricam Zorlu and Selda İldan Çalım, “İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS”, (2012) 4 (35) Çalışma ve Toplum Dergisi 165, 165-188.

⁷¹⁰ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 68; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58)435.

⁷¹¹ Süzek (n 4) 412-413.

İşe alım ve iş ilişkisinin devamı esnasında sağlık raporu alınmasının kanunen öngörüldüğü durumlar mevcuttur⁷¹². Kanun ile getirilen zorunluluklar dışında sağlık raporu alınması da, iş sağlığı ve güvenliği bakımından gerekli olması halinde ve işçinin rızası kapsamında mümkün görülmektedir⁷¹³. İşçinin sağlık durumunun, işyerinde çalışan işçiler ve müşteriler yönünden tehdit oluşturmaması, haklı veya geçerli fesih kapsamında da sayılmaması durumunda farklı bir muamele yapılmasına gerekçe olmayacağı anlaşılmaktadır. Bunun haricinde iş görüşmeleri esnasında işçinin sağlık durumuna ilişkin sorular sorulması, birtakım sağlık testleri ve feshine ilişkin konular yönünden detaylı incelemeye ilerleyen başlıklarda yer veriliyor olacağız.

d. Genetik⁷¹⁴

Genetik ayrımcılık, “*bireylerin ya da yakınlarının mevcut ya da sanılan genetik karakteristiğinden hareketle ayırık muameleye uğraması*” olarak tanımlanmaktadır⁷¹⁵. Genetik testler ile ulaşılabilen birtakım bilgilerin ayrımcılık sebebi olarak temel alınabileceği ifade edilmektedir. Nitekim genetik özellikler de kişinin değiştirmesinin mümkün olmadığı, doğuştan sahip olunan özellikler arasındadır. Bu noktada genetik ayrımcılığın özel olarak değerlendirilmesi gerekliliği, kişinin zaman içinde karşılaşılabileceği çeşitli sağlık sorunlarına ilişkin bir ihtimalden kaynaklanmaktadır. Nitekim genetik analiz, “*biyokimyasal testler, immunolojik testler, radyolojik testler gibi diğer rutin testlerde hastadaki halen semptom veren bir olgunun tanısı değil,*

⁷¹² İş Kanunu m.86 (ağır ve tehlikeli işler), madde 69 (gece postalarında çalışma), madde 87 (genç işçilerin çalışmasında) düzenlemeleri ile iş ilişkisi öncesinde ve devamında periyodik olarak sağlık raporu alınması yasal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun (RG. T.30.6.2012, S.28339) 15. maddesi uyarınca işveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamak zorundadır.

⁷¹³ Yıldız (n 4) 162-163.

⁷¹⁴ Genetik ve genetik bilgi kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Elif Küzeci, "Genetik Ayrımcılık Yasağı" (2018) XV (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, 93 vd.; Yasemin Taşdemir, "İş Hukukunda Genetik Ayrımcılık Yasağı" (2020) 22 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 947, 950 vd.

⁷¹⁵ Küzeci, "Genetik" (n 714) 97; Taşdemir, "Genetik" (n 714) 957. Görüleceği gibi gen analizi yaptıran kişinin yakınları da genetik ayrımcılığa uğrama riski altındadır, Elif Gizem Kavak Konrat, "Genetik Verilerin Korunması ve Genetik Ayrımcılık" (Eskişehir Üniversitesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020), 53.

*hastanın taşımakta olduğu ve henüz belirgin hale gelmiş veya gelmemiş bütün kalıtsal hastalık ve risk faktörlerini” ortaya koyan bir niteliğe sahiptir*⁷¹⁶.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁷¹⁷, bu anlamda önemli bir uluslararası metin olup Sözleşme, biyoloji ve tıbbın kötüye kullanımının insan onurunu tehlikeye sokabilecek eylemlere neden olabileceği, biyoloji ve tıptaki ilerlemenin şimdiki kuşağın ve gelecek kuşakların yararı için kullanılması gerektiği gibi birtakım hususlara da değinmiştir. Sözleşme, bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanmasının yasak olduğunu açıkça belirtmektedir (madde 11). Bir diğer uluslararası metin ise UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olarak ifade edilebilir⁷¹⁸. Bu Bildirge ile genel olarak genetik özellikleri ne olursa olsun herkesin onuruna ve haklarına saygı gösterilmesi hakkı ifade edilmiştir.

Genetik ayrımcılık yasağı, istihdam bakımından da önem kazanmaktadır. Nitekim iş ilişkisi boyunca, tıbbi muayene veya sigorta süreçlerinde genetik bilgilerin kullanılmasının ayrımcı muameleyle yol açabileceği ihtimali üzerinde durulmaktadır^{719,720}. Ayrımcılığın temeli olarak işverenlerin, verimliliğin düşmemesi ve masrafların artmaması gibi gerekçelerle sağlıklı kişiler ile çalışmak istemesi düşünülebilir⁷²¹. Aynı şekilde işe alım aşamasında işçiye genetik özellikleri ile ilgili sorular sorulması, kişilik hakkını ihlal edecek niteliktedir⁷²².

Ancak bazı hallerde genetik verilere dair farklı bir muamelenin haklılaştırılması mümkün olabilir. Buna örnek olarak, *“Bir kişinin petrokimyasal ürünlerde bulunan*

⁷¹⁶ Murat Şen, ‘Gen Analizlerinin İş Hukuku Alanında Kullanımı’ [2012] (Gen Hukuku Özel Sayı) Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129, 129.

⁷¹⁷ “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, Avrupa Konseyi tarafından 4.4.1997 tarihinde imzaya açılmış, Türkiye tarafından 5013 sayılı Kanun ile uygun bulmuş, RG. 9.12.2003/25311 ile yayımlanmıştır.

⁷¹⁸ UNESCO, İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 2000.

⁷¹⁹ EU, Article 29 Working Party, Working Document on Genetic Data, 17.3.2004, s.10. Genetik ayrımcılık kapsamında yapılan diğer düzenlemelere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Taşdemir, “Genetik” (n 714) 965 vd.

⁷²⁰ Bkz. Kanada’da yapılan bir araştırmada, Huntington hastalığı riski taşıyan test edilmiş veya test edilmemiş asemptomatik birçok kişinin, iş ararken genetik ayrımcılık yaşadığı ortaya konmuş; *Norman-Bloodsaw ve Lawrence Berkeley Laboratuvarı* davasında ise işçiler tarafından kolesterol testi için kan ve idrar örnekleri verilmekle, laboratuvarında rıza bilgi ve rıza dışında hamilelik ve başka birtakım testler yapıldığı da iddia edilmiş, bu yönde ayrımcılık yapıldığına dair karara varılmıştır, bkz. Taşdemir, “Genetik” (n 714) 962, dn.77,78,79.

⁷²¹ Küzeci, “Genetik” (n 714) 116; Taşdemir, “Genetik” (n 714) 961.

⁷²² Yıldız (n 4) 163; Kavak Konrat, “Genetik Ayrımcılık” (n 715) 59.

benzenden etkilenme şiddeti ile NQO1 gen değışiklikleri arasında ilişki vardır.” tespitinden hareketle işçinin bu tür maddelerden korunması gerekecektir⁷²³.

İngiltere’de yapılan bir uygulamada, yüksek rakımlarda oksijen basıncının düşmesi ile bu hastalığa sahip kişilerin bayılması söz konusu olduğundan, pilot alımlarında orak hücreli anemi hastalığı açısından kişilerin test edilmesi söz konusudur⁷²⁴. Görüleceği üzere işçinin sağlığı ve genetik hastalık ve taşıyıcılığı gibi birtakım risklerin bulunması halinde, genetik testlerin yapılması hem işçinin korunmasını sağlayabilecek hem de karşılaşılabilecek bazı riskleri önleyecektir. Ancak Şen tarafından öğretilen belirtildiği üzere, genetik testlerin sadece işçi lehine sonuçlar doğuracak şekilde kullanılması sağlanmalı, bu çerçevede de işçinin açık ve aydınlatılmış rızası doğrultusunda bu gibi gen analizlerinin yapılması mümkün olmalıdır⁷²⁵.

Yukarıda açıkladığımız sebeplerle genetik veriler, kişilerin ayrımcılığa uğramasına sebep olabilecek, bu bakımdan Türk hukukunda, uluslararası hukuktaki gibi genetik ayrımcılığa karşı ayrıca koruyucu birtakım düzenlemelerin öngörülmesi faydalı olacaktır. Nitekim teknolojik ve bilimsel gelişmeler, bireylerin ve iş ilişkisi kapsamında işçilerin bilimsel veriler ışığında da korunmasız kalmasına yol açmakta, genetik bilgi gibi kişisel verilerin kapsamında olan hususların korunması için daha fazla adım atılması gerekmektedir.

D. AYRIMCILIK YASAĞININ SINIRLARI

1. Genel Olarak

Daha önceki başlıklarda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda ayrımcılık yasağı, hem temel bir hak hem de temel bir ilke olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Ayrımcılık yasağı, bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerle, onur ve saygınlıklarının korunması amacı dışında bir yönden de bireylerin hak ve özgürlüklerinin sınırının belirlenmesi,

⁷²³ Şen, “Gen Analizi” (n 716) 132-133.

⁷²⁴ Genetic Testing in the Workplace, GeneWatch UK, 2003, s.25 (<http://www.genewatch.org>) (ET:13.10.2021); Şen, “Gen Analizi” (n 716) 135.

⁷²⁵ Şen, “Gen Analizi” (n 716) 143.

başkalarının onur ve saygınlığına saldırının önüne geçilmesi yönüyle de anlam kazanmaktadır.

Belirli birtakım hallerde, ayrımcılık yasağının sınırlandırılmasına ilişkin çeşitli düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalar ancak belirli şartlarla yapılabilmekte olup, Anayasa madde 13 ile bu sınırlamaların sınırı düzenlenmiştir. Bu kapsamda temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın sadece Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlama yapılabilmektedir. Bu sınırlamalar ise, başta Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Görüldüğü gibi hukukumuzda ayrımcılık yasağına dair sınırlama yapan düzenlemeler ancak yasa yoluyla yapılabilmekte ve bu konuda da ölçülülük ilkesi devreye girmektedir⁷²⁶.

Getirilen sınırlamanın amacının meşru olması yanında ölçülülük ilkesi kapsamında, amaca ulaşmada gerekli olması (gereklilik ilkesi), elverişli olması (elverişlilik olması), araç ile amaç arasındaki ilişkinin orantılı olması (orantılılık ilkesi) gerekmektedir⁷²⁷. Bu anlamda getirilen bir istisna kapsamındaki sınırlamanın dar yorumlanması, farklı muamelenin keyfi olmaması, meşru bir amaçla nesnel ve makul olarak haklı kılınması, kullanılan araçların uygun ve gerekli olması hususları önem arz etmektedir. Başka bir deyişle, ayrımcılık yasağı, tüm özneler ve tüm haklar için istisnasız olmayıp, haklılaştırılabilen birtakım farklı işlem ve uygulamaların ayrımcılık olarak sayılmaması mümkün kılınmıştır⁷²⁸.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, makul ve objektif bir nedenin mevcut olduğu durumlarda farklı muameleye hukuken izin verilebilmektedir. Hem

⁷²⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (7th edn, Legal 2011), 381 vd.; Tanör and Yüzbaşıoğlu (n 43) 150-151, 157 vd.; Karan (n 21) 288; Ünal (n 28) 149; Ugan Çatalkaya (n 6) 41 vd.

⁷²⁷ Yıldız, "Orantılılık" (n 360) 688-689; Ali Güzel, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi, Karar İncelemesi" (2005) (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 159, 174-175; Ugan Çatalkaya (n 6) 41, 63 vd.; Ünal (n 28) 150.

⁷²⁸ Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 229; Karan (n 21) 285.

ulusal hem de uluslararası metinlerde ayrımcılığa ilişkin istisna sayılabilecek birtakım hallere ve istisnaların sınırlarına yer verildiği görülmektedir⁷²⁹.

Örneğin 111 No.lu ILO Sözleşmesi, ayrımcılık tanımını yaparken, “*Belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayırım sayılmaz.*” yönünde bir istisnaya yer vermektedir (madde 1). İstisnaların keyfi ve kötüye kullanılmasını önlemek maksadıyla nesnel ve orantılı nitelikler aranması gerekmektedir⁷³⁰.

Bundan başka, AB direktiflerinde dolaylı ayrımcılık tanımı yapılırken, istisna olarak değerlendirilebilecek hallere ve sınırlarına dair de hükümler eklenmiştir. Farklı uygulamaya dair söz konusu uygulama, düzenleme veya karar meşru bir amaca hizmet ediyor, objektif sebeplerle gerekçelendirilebiliyorsa ve amaca ulaşmak için kullanılan araçlar elverişli ve gerekli ise, dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilmeyecektir. Bu anlamda *meşru bir amaçla objektif olarak haklılığı gösterilmediği ve o amaca ulaşmanın araçları uygun ve zorunlu olmadığı* sürece farklı muamele içeren görünüşte tarafsız hüküm, kriter veya uygulama ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir.

AB direktiflerinde, direktifin kapsadığı koruma alanı ve ayrımcılık kriterlerine göre özel haklı kılma sebepleri getirildiği de görülmektedir. Din, inanç, özürllülük, yaş ve cinsel yönelime ilişkin olarak mesleki gereklilikler (2000/78/EC, madde 4); yaş nedeniyle farklı muameleye haklı gerekçeler (2000/78/EC, madde 6); kamu güvenliği, kamu düzeninin sürdürülmesi, suçun önlenmesi, sağlık ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması (2000/78/EC, madde 2/5); mesleğe ait özgül ve belirleyici koşullar (2000/43/EC, madde 4) bu kapsamda örnek olarak sayılabilir⁷³¹.

Pozitif ayrımcılık ve olumlu önlemlere ilişkin hükümler de ayrımcılık yasağının bir istisnası olarak ifade edilebilecektir. Olumsuz bir anlam taşıyan ayrımcılık, bu yönüyle eşitliğin uygulanmasının sağlanması, eşitsizliklerin azaltılması ve giderilmesi için

⁷²⁹ Hukuken tanınan ve ayrımcılık oluşturmadığı ifade edilen farklı muamele olup, dışında farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmasını engelleyen birtakım ölçütler de söz konusu olabilmekte, bu ölçütler ise *a priori* olarak sınırlandırılmamış durumdadır, Karan (n 21) 285.

⁷³⁰ Gülmez (n 6) 134 vd.

⁷³¹ Detaylı bilgi için bkz. Gülmez (n 6) 134-139, 391-393, 409-413. Direktif tarafından istisnaya ilişkin hallerin geniş kapsamda düzenlenmesi sonucu yoruma açık olduğu ve yargı organları tarafından inceleme yapılırken dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Ellis and Watson (n 64) 216, 380 vd., 404.

birtakım hüküm ve uygulamalar ile olumlu bir anlam kazanmaktadır. Bu halde farklı uygulamaya hukuka uygunluk kazandırılmaktadır.

AYM kararına konu bir olayda başvuru, sağlık durumu nedeniyle önce işyerinden uzaklaştırıldığını, sonra haksız olarak işten çıkarıldığını iddia etmektedir. Başvuru plastik boru ve profil imalatında faaliyet gösteren bir şirkette profil üretim operatörü olarak çalışmakta iken kendisine HIV pozitif tanısı konmuş, işyeri hekimi tarafından son altı aydır ücretini aldığı halde işyeri dışında tutulan başvuru tedavisinin yapıldığı, başvuru sağlık durumunun herhangi bir işte çalışmasına engel oluşturmadığı, herhangi bir maluliyetinin de bulunmadığı tespit edilmiştir. AYM, işyerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvuru ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığına kanaat getirmiş ve maddi ve manevi varlığın korunması ile özel hayata saygı haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM aynı zamanda değerlendirmesinde İHAM içtihatları doğrultusunda, her farklı muamelenin madde 14'e maddeye aykırı olmayacağı, farklı bir muamelenin 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gerektiği, böyle bir neden varlığının demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirileceği, bu bağlamda Sözleşme'nin güvenceye aldığı bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşru bir amacı olmasının yanı sıra kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir oransal bağ olmasının da zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca bu kapsamda ayrımcılığın toplumun özellikle zayıf olan gruplarına uygulanması durumunda, devletin takdir alanının oldukça dar olduğunu belirtmektedir⁷³².

Mevzuatımızda ise ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerin TİHEK Kanunu ile düzenlendiğini ve açıklığa kavuşturulduğunu görmekteyiz. İstisna olarak yer verilen bu haller arasında mesleki gereklilikler, sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar, hizmetin zorunlulukları sebebiyle yaşa dayalı farklı muamele, çocuk ve özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri,

⁷³² AYM, T.A.A. Başvurusu, Başvuru No.2014/19081, 1.2.2017, RG. 10.3.2017/30003, p.72-73. Benzer yönde İHAM kararları için bkz. D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No.57325/00 (İHAM, 13.11.2007); Burden/Birleşik Krallık, Başvuru No.13378/05 (İHAM, 29.4.2008); Ünal Tekeli/Türkiye, Başvuru No.29865/96, (İHAM, 16.11.2004).

dini kurumlarda istihdam; dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları, eşitsizlikleri kaldırmaya yönelik birtakım uygulamalar, yabancılara ilişkin birtakım uygulamalar yer almaktadır.

Görüldüğü gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan ayrımcılık yasağı, ancak mevzuatta öngörülen belirli haller ve kriterler çerçevesinde sınırlanabilmekte, ve ancak bu istisnalar dar yorumlanarak katı bir şekilde uygulanmaktadır. Cinsiyet, yaş ve engellilikte makul uyumlaştırma yönünden farkı uygulamayı haklılaştıran ve ayrımcılık yasağının sınırlandırıldığı birtakım düzenlemelere ilgili başlıklar altında yer verildiğinden, aşağıdaki kısımda diğer istisna hallerine açıklama getirilecektir.

2. Farklı Uygulamayı Haklılaştıran Sebepler

a. Mesleki gereklilik hali

Yukarıda değindiğimiz düzenlemelerde, mesleki gereklilik olması durumunda farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal etmeyeceği, hukuka uygun olacağı öngörülmüştür. Öncelikle bu mesleki gereklilik, gerçek ve belirleyici bir nitelik taşımalıdır. Mesleki gerekliliklerin, mesleğin doğasından veya sahip olduğu bağlamdan kaynaklanabilmesi mümkün olup, her somut durum özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁷³³.

TİHEK Kanunu tarafından da belirtildiği üzere, istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı⁷³⁴ halinde ve amaca uygun olan, orantılı olan farklı muamele hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu çerçevede farklı muamele teşkil

⁷³³ Mesleki gereklilik kavramı, dinamik bir kavram olarak ve zamanla içeriğinin farklılaşabileceği ifade edilmektedir, örneğin bazı mesleklerin eskiden sadece erkeklere özgü kabul edilmesi hali gibi, Karan (n 21) 288.

⁷³⁴ “Zorunlu mesleki gereklilik” kavramının belirsiz ve muğlak olduğu gerekçesiyle AYM’ye yapılan iptal başvurusunda, AYM tarafından; mesleki gereklilik kavramı bakımından bir mesleki faaliyet için özel yetenek, fiziksel nitelikler, belirli okullardan mezuniyet, bazı bilgi ve belgelere sahip olmak gibi gerekliliklerin farklı muameleyi haklı kılabileceği, ancak keyfilik içeren ve istenen amacı aşar nitelikte elverişli ve gerekli olmayan şartların haklı kabul edilmeyeceği; mesleki gereklilik hallerinin tek tek somutlaştırılmasının ise mümkün olmadığı gerekçeleri ile ilgili başvuruda belirlilik ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir, AYM, E.2016/132, K.2017/154, 15.11.2017, RG. 26.12.2017/30282.

eden karar, uygulama ya da kritere dair niteliğin yürütülen işle ilgili olması, gerçek ve belirleyici bir mesleki şart teşkil etmesi zorunludur⁷³⁵. Sonrasında ise amacın meşruluğu ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

Mesleki gereklilik haline örnek olarak, bir filmde bir basketbol oyuncusunu canlandıracak olan oyuncunun engelli olmaması koşulunun aranması veya Nelson Mandela ile ilgili çekilecek bir filmde o rol için sadece siyah bireylerin başvurabileceğine dair bir ilan⁷³⁶ verilebilir. Yine bazı meslek grupları için, yapılan işin yaş ile bağlantısı olması nedeniyle yaş sınırlaması öngörülmesi makul karşılanabilir. Örneğin pilot, güvenlik görevlisi, model, sporcu gibi meslek grupları bu hususta sayılabilir⁷³⁷. Ancak daha önce de belirttiğimiz şekilde, sadece yaş veya başka bir sebeple farklı muamele geçerli kabul edilmeyecektir. Yapılan işin niteliği ve özellikleri bakımından aranan kriter belirleyici bir nitelik taşımalıdır⁷³⁸.

AB direktifleri incelendiğinde de, önceden belirlenmiş olan gerçek bir mesleki gereklilik ve yapılacak iş ile işin gerekleri arasındaki bağ, farklı muamelenin hukuka uygun hale gelmesinde önem arz etmektedir. İzin verilen farklı muamele, mesleğin veya işin gerektirdiği özelliklerden başka bir özelliğe dair olmamalıdır⁷³⁹.

Burada ifade etmeliyiz ki, ayrımcılık temelindeki kriter değil, bu temelle bağlantılı bir özellik mesleki gereklilik kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁴⁰. Müşteri beklentilerinin de bu kapsamda incelemeye alındığı görülmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, müşterilerin ayrımcı beklentileri ve görüşlerinin uygunluğunun kabul edilmiyor

⁷³⁵ Gül and Karan (n 24) 78; Ünal (n 28) 192.

⁷³⁶ Gül and Karan (n 24) 21, 78; Karan (n 21) 287.

⁷³⁷ Sözer, “2000/78/EG sayılı Yönerge” (n 581) 199; Yıldız, “Fesihte Eşit İşlem” (n 145) 852; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 768; Ünal (n 28) 355.

⁷³⁸ İtfaiye teşkilatı için 30 yaş sınırının getirilmesi, Adalet Divanı tarafından incelenmiş; acil hizmetlerin düzgün işleyişinin sağlanmasının ilgili meşru bir hedef olduğuna kanaat getirilmiş, fiziksel kapasitenin yaşla ilgili olduğu ve bir itfaiyeci olarak çalışmak için yüksek fiziksel kapasitenin gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik olarak görülebileceği ifade edilmiştir, Case 229/08, *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main* [2010] ECR I-00001. Adalet Divanı bir başka kararında, operasyonel görevleri yerine getirecek olan polis memurlarına ilişkin olarak 35 yaş sınırı getirilmesi incelenmiş ve yaş sınırı orantılı bulunarak gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik olarak değerlendirilmiştir, Case 258/15, *Gorka Salaberria Sorondo v Academia Vasca de Policia y Emergencias* [2016] ECR. Kararların detaylı incelemeleri için ayrıca bkz. Ünal (n 28) 191-192. Bir başka Adalet Divanı kararında ise erkek hapisanelerinde erkek adaylar için, kadın hapisanelerinde ise kadın adaylar için istihdam kadrosu ayrılması, belirli bir cinsiyetten olmanın önem taşıdığı faaliyetleri ilgilendiren kadrolar bakımından hukuka uygun değerlendirilmiştir, Case 318/86, *Commission v France* [1988] ECR -03559.

⁷³⁹ Gül and Karan (n 24) 21.

⁷⁴⁰ Case 229/08, *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main* [2010] ECR I-00001, p.35.

olmasıdır⁷⁴¹. Asya mutfağına ilişkin bir restoranda otantik havayı korumak amacıyla asyalı olan bir kimsenin istihdam edilmesi bu duruma (ayrımcılık sayılamayacak durumlara) örnek olarak verilebilir⁷⁴².

b. Dini ve manevi kurumlar, dini sembol ve kıyafetler

Herkes din, vicdan ve düşünce özgürlüğüne sahip olup, dini, inancı ve düşünceyi açıklama özgürlüğü de bu kapsamda korunmaktadır. İş ilişkilerinde, işçilerin din ve inançlarına işveren tarafından saygı gösterilmesi gerektiğini, bu anlamda işçilerin dini inanışları veya düşünceleri sebebiyle farklı muameleye maruz kalmasının yasaklandığını daha önce ifade etmiştik. İşçinin sahip olduğu dinin, inancın işverenden farklı olması ayırım yapılması için haklı veya geçerli bir sebep teşkil etmemektedir.

Ancak dini ve manevi kurumlar bakımından bir istisnanın varlığı kabul edilmektedir. TİHEK Kanunu uyarınca bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir (madde 7/1, d)⁷⁴³. Bu çerçevede cami, sinagog gibi ibadet yerlerinde din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim verme amacıyla çalışacak kişi için başka bir dine mensup olmama şartı aranması geçerli bir istisna olarak kabul edilmektedir⁷⁴⁴.

Belirli bir inanç grubuna hizmet veren manevi amaçlı işletmeler⁷⁴⁵ bakımından da benzer yönde bir istisnanın kabul edildiği görülmektedir⁷⁴⁶. Örneğin, Ateizm Derneği'ne

⁷⁴¹ Ünal (n 28) 194-195, 284. Adalet Divanı bir kararında, müşteri beklentilerini de ileri sürerek göçmen çalışanların işe alınmayacağı ilanı veren bir şirket yönünden, bir işverenin, belirli bir etnik veya ırksal kökene sahip çalışanları işe almayacağını açıkça beyan etmesinin, açıkça belli adayları adaylıklarını sunmaktan caydırması ve buna bağlı olarak iş piyasasına erişimlerini engellemesi değerlendirmeleri ile doğrudan ayrımcılık sayılacağına karar vermiştir, Case 54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* [2008] ECR I-05187.

⁷⁴² Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (n 93) 47.

⁷⁴³ Burada din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağı arasında bir denge kurulması gerektiği, din ve inancı açıklamaya zorlamama özgürlüğü bakımından ise işe başvuracak kişi açısından din veya inancını açıklaması beklendiğinden müdahalenin olabildiğince dar yorumlanması gerektiği öğretide ifade edilmektedir, Karan (n 21) 294.

⁷⁴⁴ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 126.

⁷⁴⁵ İlgili kavram, Alman hukukundan alınmış olup, belli bir dini amaca veya politik, sanatsal ve benzeri düşünce açıklaması amacına hizmet eden işletmeler olarak ifade edilmektedir, bu anlamda detaylı inceleme için bkz. Birben, "Özel Yaşam" (n 527) 143-149. Ancak Türk hukukunda işletmeler/işyerleri yönünden bu yönde bir sınıflandırmaya yer verilmemiştir.

bağlı bir işletmede çalışan işçinin kendi inancı doğrultusunda ibadethaneye sık sık gitmesinin, kamuoyunda bilinir hale gelmesinin sonucunda işçinin özel yaşamı ile işverenin manevi amacı arasında bir çatışma meydana geleceğinden ve işverenin manevi amacının zarar görme tehlikesi doğacağından, bu sebeple iş sözleşmesinin feshi geçerli kabul edilmelidir⁷⁴⁷.

AB hukukuna baktığımızda, 2000/78/EC sayılı Direktif⁷⁴⁸ dini veya inanca dair faaliyetlerin yürütüldüğü kurumlarda mesleki faaliyetin niteliği ve ifa edildiği bağlam itibariyle kişinin din veya inancı gerçek, meşru ve haklı bir mesleki gereksinim teşkil ediyorsa, bu durumda farklı muameleden söz edilmeyecektir⁷⁴⁹. Ancak Direktif kapsamında korunan cinsel yönelim temeli, bu düzenleme bakımından bir haklılaştırma sebebi olarak sayılmadığından, kişinin dini veya inancı değil de cinsel yönelimi sebebiyle dini bir kuruluşa çalıştırılmaması ayrımcılık kapsamında değerlendirilmelidir⁷⁵⁰.

İlave olarak, dini sembol ve kıyafet sınırlamalarının da incelenmesi gerekmektedir. Dini sembol taşıyan kıyafet ve dini sembollere işveren tarafından müdahale edilmesi, ancak gerekli ve haklı bir sebebin varlığı halinde mümkün olabilir. Örneğin, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması gereği işçinin çalıştığı makineye takılabilecek nitelikte

⁷⁴⁶ Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararında Protestan Kilisesi'ne ait hastanede çalışan bir kadın işçinin başörtü takmak istemesi sebebiyle, işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığı yönünde bir değerlendirme yapılmış olup, bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Birben, "Özel Yaşam" (n 527) 169. Ayrıca bkz. BAG T. 24.9.201, AZR 611/12, NZA 2014, s.1407.

⁷⁴⁷ Birben, "Özel Yaşam" (n 527) 169. Bu örnekte ayrıca TİHEK Kanunu m.7/1, (e) ile belirtilen istisnalardan biri olan "*Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları*" düzenlemesi uygulanabilecektir ve bu anlamda feshin hukuka uygun olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁷⁴⁸ m.4: "...(2) Değerler sistemi din veya inanca dayalı kilise ve diğer kamusal ya da özel teşkilatlarda sürdürülen mesleki faaliyetler söz konusu ise, mesleki faaliyetin niteliği ve ifa edildiği bağlam itibariyle kişinin din veya inancı gerçek, meşru ve haklı bir mesleki gereksinim teşkil ediyorsa, Üye Devletlerin, böyle bir teşkilatın değerler sistemini dikkate alarak bu Direktifin kabul edildiği tarihte yukarıda açıklanan duruma uygun nitelikteki yürürlükte olan ulusal mevzuatını sürdürmesi veya ulusal uygulamayla birleştirerek yeni mevzuat getirmesi, kişinin din veya inancı nedeniyle gördüğü bir farklı muamele teşkil etmez. Bu türden bir farklı muamele Üye Devlet anayasası hüküm ve ilkeleri ile Topluluk hukukunun genel ilkeleri dikkate alınarak yasalara konup uygulanır ve bu durum diğer bir başka temelde ayrımcılığa hak kazandırmaz.", Çalışma Mevzuatı ile ilgili Avrupa Birliği Direktifleri (n 224) 200.

⁷⁴⁹ Gül and Karan (n 24)79. Direktif ile ifade edilen *kiliseler ve değerler sistemi dine veya inanca dayalı olan diğer kamu kurumları veya özel kuruluşlar* ifadesinin içeriğinin Adalet Divanı içtihatları ile belirginlik kazanacağı ifade edilmektedir, Ellis and Watson (n 64) 395.

⁷⁵⁰ Karan (n 21) 295.

başörtüsü, bol kollu kıyafet ya da takı takılması gibi aksesuarların kullanımının yasaklanması, ancak işin gereği olması durumunda ayrımcı bir muamele şeklinde yorumlanmayacaktır⁷⁵¹.

Adalet Divanı, güncel bir kararında, başörtüsü taktığı için işten çıkarılan, başörtüsü takmaması istenen iki Müslüman kadın çalışanın açtığı farklı davalara ilişkin olarak 2000/78/EC sayılı Direktif'in yorumlanması çerçevesinde bir incelemede bulunmuş; dolaylı ayrımcılık ve işverenin dini veya inancı simgeleyen sembol ve kıyafetleri yasaklayan politikalarının geçerliliği ve meşruluğu üzerinde bir değerlendirme yapmıştır⁷⁵². Kararda, öncelikle din veya inancı gösteren sembol ve kıyafetlerin düşünce, inanç ve din özgürlüğü çerçevesinde korunduğu belirtilmiş ve ancak tarafsızlık uygulaması çerçevesinde, dini, felsefi görüşü, inancı gösterir ifadelerin giyilmemesine dair genel bir kuralın herkes için uygulandığı takdirde doğrudan ayrımcılığı ihlal etmeyeceği ifade edilmiştir. İkinci olarak da din ve inanca ilişkin dolaylı ayrımcılığa değinilmiş, işverenin müşteri veya kullanıcı ile ilgili olarak onların meşru taleplerini (*legitimate wishes*) dikkate almak amacıyla politik, felsefi ve dini tarafsızlık politikası izlemesinin veyahut sosyal çatışmanın önlenmesi (*the prevention of social conflicts*) için hareket edilmesinin, bu yönde bir uygulamayı gerekçelendirilebileceği ifade edilmiştir. Dolaylı olarak dine ve inanca ilişkin farklı muamelede böyle bir gerekçenin, işveren açısından gerçek bir ihtiyaç (*genuine need*) olduğunda nesnel olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir.

Müşterilere karşı tarafsız bir imaj oluşturmak veya sosyal anlaşmazlıkları önlemek için bu tarz bir yasak getirilmesinin haklı görülebileceği ve ayrımcı muamele oluşturmayacağı değerlendirmesine ise katılmamız mümkün görünmemektedir. En başta bireylerin din ve inanç özgürlüğü, dini açıklama ve ibadet özgürlükleri ile işverenin sözleşme serbestisi, girişim özgürlüğü arasında hakların çatışmasında, temel hak ve özgürlükler aleyhine dengenin bozulduğu görülmektedir. Kararda müşterilerin meşru talepleri ve işyerinin gerçek ihtiyacına dair soyut nitelikte kalan kavramlar tercih edilmesi, bu farklı muameleye çok geniş bir uygulama alanı vermektedir. Ayrıca örnek

⁷⁵¹ Yıldız (n 4) 132; Birben, “Özel Yaşam” (n 527) 167. Ölçülülük değerlendirmesi yönünden bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 365 vd.

⁷⁵² Joined Case 804/18; Case 341/19, *WABE and MH Müller Handel* [2021] ECR.

vermek gerekirse, haç sembolü olan bir kolyenin gizlenmesi mümkünken, ibadet şekli olan bir başörtüsünün gizlenebilmesi veya saklanması çok daha zordur. Kararda belirtilen gerekçelere dayalı başörtüsü takılmasına dair bir yasak, doğrudan Müslüman kadınların toplum dışına itilmesine, istihdamda ağır bir ayrımcılıkla karşılaşılmasına yol açabilecek bir niteliktedir.

Nitekim Uluslararası Af Örgütü tarafından 2012 yılında yayımlanan bir raporda, Avrupa ülkelerinden örnekler verilerek, istihdam, eğitim ve diğer alanlarda dini sebeplerle ayrımcılığa uğrayan Müslümanlara dair istatistiklere yer verilmiş olup, özellikle başörtüsü sebebiyle kadınlar tarafından uğranılan ayrımcılık oranının Avrupa ülkelerindeki yüksekliği dikkat çekmektedir⁷⁵³. Rapordan da hareketle, Adalet Divanı tarafından verilen güncel tarihli bu kararlar, başörtüsü takan Müslüman kadın işçilere ilişkin ayrımcı uygulamaları ve mevcut dışlanmayı artırabilecek bir değerlendirme yapıldığı, değerlendirmenin başörtülü kadınların İHAS ile de korunan⁷⁵⁴ temel haklara orantısız bir müdahale niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.

İHAM tarafından incelenen *Eweida ve diğerleri* davasında, Britanya Havayolları çalışanı olan birinci başvuran *Eweida*, işverenlerinin işyerinde görünen bir şekilde boynuna taktıkları Hristiyanlık sembolü olan haç işaretlerine sınırlama getirdiği ve bunun madde 9 ile korunan haklarını ihlal etmesi konusunda şikayette bulunmuştur. Mahkeme tarafların menfaatleri arasında bir kıyaslama yaparak şu değerlendirmede bulunmuştur:

Terazinin bir tarafında Eweida'nın dini inancını sergileme isteği bulunmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, bu temel haklardan birisidir. Gerekçesi de sağlıklı bir demokratik toplumun çoğulculuğa ve çeşitliliğe saygı ve hoşgörü gösterme gereğidir. Ayrıca, dini yaşamının merkezine oturtan bir bireyin bu inancını başkalarına aktarabilme ihtiyacı da unutulmamalıdır. Terazinin diğer yanında ise, işverenin belli bir kurumsal imajı yansıtmaya isteği yer almaktadır.

⁷⁵³ Amnesty International (Uluslararası Af Örgütü), Choice and Prejudice Discrimination Against Muslims In Europe, London, 2012, s.31 vd., (<https://www.amnesty.org>), (ET:16.7.2021).

⁷⁵⁴ İHAS, m.9: “ (1) Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. (2) Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”, (<https://www.echr.coe.int>), (ET:19.7.2021).

Mahkeme, bu amaç şüpheye yer bırakmayacak kadar meşru olsa da, yerel mahkemelerin buna gereğinden fazla ağırlık verdiği kanaatindedir. Eweida'nın taktığı haç mütevazı bir haç olup profesyonel görüntüsünü bozmuş olamaz. Önceden izin verilmiş olan türban ve başörtüsü gibi diğer dini giysilerin kullanılmasının British Airways'in markasına ya da imajına zarar verdiği yolunda herhangi bir kanıt bulunmamaktadır⁷⁵⁵.

Bu noktada İHAM, başvurunun 9. madde kapsamında düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vererek ayrıca madde 14 kapsamında inceleme yapmamıştır. Görüleceği üzere İHAM tarafından yarışan yararlar arasındaki denge arayışında dengenin başvuran aleyhine bozulduğuna karar verilmiştir. Yukarıda ele aldığımız iki karar kapsamında, dini sembol ve dini kıyafetler bakımından İHAM'ın yaklaşımı çalışanın din ve vicdan özgürlüğünü ön planda tutan bir niteliğe sahipken, Adalet Divanı'nın işveren ve işletmenin menfaatlerini ön planda tutarak müdahalenin daha kolay meşrulaştırılabileceği bir yaklaşım benimsediği sonucuna varılmaktadır.

c. Yabancılık durumu

Devletler tarafından, vatandaşlar ile vatandaş olmayan kişiler yönünden farklı yasal düzenlemeler yapılması mümkün olup, bu anlamda farklı düzenlemelerin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmemesi ve hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür⁷⁵⁶. Örneğin avukatlık mesleği, noterlik mesleği gibi yabancıların çalışmalarının yasak olduğu meslek ve görevler bu anlamda örnek verilebilir⁷⁵⁷. Nitekim İHAS, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı maddelerinin taraf devletlere yabancıların siyasi etkinliklerine kısıtlama getirmelerini yasakladığı anlamında değerlendirilemeyeceğini; başka bir deyişle, yabancıların siyasi etkinliklerinin kısıtlanabileceğini düzenlemiştir (madde 16). BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi de sadece vatandaşlar yönünden kamu yönetimine katılma, kamu hizmetlerine giriş, seçme ve seçilme haklarını tanıdığı (madde 25).

⁷⁵⁵ Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası, Başvuru No.48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, (İHAM, 15.1.2013), p.94-95.

⁷⁵⁶ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 126; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 736-737.

⁷⁵⁷ T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, <https://www.csgeb.gov.tr/uigm/calisma-izni/turk-vatandaslarina-hasredilen-meslekler/>, ET:12.7.2021.

Mevzuatımızda yabancılık temelli farklı muamelenin istisnasına özel bir hüküm ile TİHEK Kanunu'nda yer verilmiştir. Buna göre “*Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele*”, ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği istisnai hallerden biri olarak ortaya konmaktadır (madde 7/1, e).

Ancak yasal olarak ülkede bulunan ve çalışan bir yabancı işçiye, salt yabancılık durumundan dolayı iş ilişkisinde farklı bir muamele yapılması da mümkün olmayıp, istisna kapsamında değerlendirilmeyecektir. Genel olarak yukarıda yaptığımız açıklama bu istisna çerçevesinde de geçerli olup, meşru bir amacın, makul ve nesnel bir gerekçenin varlığı ve ölçülülük ilkesine uyulması gerekmektedir.

AB hukuku bakımından, 2000/78/EC sayılı Direktif, tabiiyete dayalı muamele farklılıklarını kapsam dışı bırakmış, üçüncü ülke vatandaşları ile vatansız kimselerin üye devletlere giriş ve ikametleriyle ilgili hüküm ve koşullar ile üçüncü ülke vatandaşlarının ve vatansız kimselerin yasal statüsünden kaynaklanan muamelelere engel oluşturmayacağını ifade etmiştir. Aynı zamanda Direktif kapsamındaki düzenlemelerin, kamusal sosyal güvenlik veya sosyal koruma sistemleri dahil kamusal sistemler ve benzerince yapılan ödemelere uygulanmayacağı da ifade edilmiştir. 2000/43/EC sayılı Direktif tarafından da vatandaşlığa dayalı muamele farklılığının kapsama alınmadığı ve üçüncü ülke vatandaşlığındaki ve vatansız kimselerin üye devletlerin topraklarına girişi ve ikametine ilişkin koşul ve hükümlere, üçüncü ülke vatandaşları ile vatansız kimselerin yasal statülerinden kaynaklanan herhangi bir muameleye engel olmayacağı ifade edilmiştir (madde 3). Ancak ilgili Direktif bu istisnai düzenlemeyi vatandaşlık temelli ayrımcılık yönünden yapmış, koruma altına aldığı ırk ve etnik köken ayrımcılığı yönünden ise üçüncü ülke vatandaşlarını da kapsayan bir koruma öngörmüştür (Başlangıç, madde 13).

İHAM önüne gelen bir davada, İngiltere vatandaşı erkeklerin, vatandaş olmayan bir kadınla evlendiğinde eşinin ülkeye girişi ve ikametinde bir zorluk çıkarılmazken, tam tersi durumda kadının eşinin ülkeye girişi ve ülkeye yerleşmesine izin verilmemesi sebebiyle yapılan bir başvuruda, taraf devletlerin bir yabancıya kendi ülkesinde yerleşme izni vermekle yükümlü olmadığını ifade etmiştir. Nitekim İHAS madde 8,

özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenlemekte, 2. fıkrasında ise hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesinin ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Mahkeme, mevcut davanın sadece aile hayatıyla değil, aynı zamanda göçmenlikle de ilgili olduğunu ve bir devletin vatandaşı olmayan kişilerin ülkeye girişini kontrol etme hakkına sahip olduğunu, süresiz ikamet izni verilmesinin zorunlu olmadığı hususlarını ifade etmiştir. Ancak söz konusu başvuruda, ırk ve doğum temelli ayrımcılığın olmadığına karar verilirken, taraf devletin göç yoluyla gelen erkeklere sürekli oturma izni verildiğinde işsizliğin daha da artacağı yönünden yaptığı savunmaları haklı ve makul bulmamış, düzenleme ve uygulamanın cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir⁷⁵⁸.

E. İŞ İLİŞKİSİNİN FARKLI AŞAMALARINDA İŞVERENİN AYRIM YAPMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yasak kapsamında sayılan ayrımcılık kriterlerine ve bunların dayandığı düzenlemelere ilişkin yukarıda yaptığımız detaylı açıklamalarımızdan sonra, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının iş ilişkisinin farklı aşamalarında uygulanmasına değinmek gerekmektedir. Ayrımcılık, iş ilişkisinin kurulmasından, iş sözleşmesinin devamına, çalışma koşullarının belirlenmesi ve değiştirilmesinde ve iş sözleşmesinin sona ermesinde olmak üzere birçok farklı aşamada meydana gelebilir. Bu halde ayırım yapmama yasağının korunmasının başladığı ve devam ettiği noktaların belirlenmesi, işverenin sorumluluğunun belirlenmesinde de önem arz etmektedir.

⁷⁵⁸ Abdulaziz, Cabales and Balkandalı v. İngiltere Kararı, Başvuru No.9214/80; 9473/81; 9474/81 (İHAM, 28.5.1985), p.58, 67, 83, 86, 89.

1. İş İlişkisinin Kurulması Sırasında Ayrımcılık Yasağı

a. Genel olarak

Ayrımcılık farklı istihdam aşamalarında gündeme gelebilecek olup, iş ilişkisinin kurulması da bu aşamalardan bir tanesidir. İş ilişkisi henüz kurulmadığından, aday henüz işçi sıfatını haiz olmayıp, işveren ile aralarında tam anlamıyla hukuki bir ilişki kurulmuş değildir. Ancak bu safhada bireylerin ayrımcılık karşısında korumasız bırakılması da düşünülemez.

Anayasa madde 10, temel bir hak ve temel bir ilke olarak ayrımcılık yasağını ve eşitlik ilkesini düzenlemiş bulunmakta olup, bu ilkenin sadece kamu hukukunu değil, özel hukuk alanı ve kişilerini de bağladığı hususunu daha önce de belirtmiş bulunmaktayız. Anayasa madde 48, bireylerin bütün mesleklere girmeye ve her türlü işte çalışma hakları olduğunu koruma altına almaktadır. Tüm bireyler çalışma hakkından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. İstihdam bakımından, Anayasa madde 50, kimsenin cinsiyetine veya gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını düzenlemiştir. Bu anlamda yasal olarak bazı istisnaların öngörülmesi mümkün kılınmıştır.

Görüleceği üzere, bireylerin işe girmelerinde, meslek sahibi olmalarında (yasalarca öngörülen yasaklanmış işler gibi) istisnaların haricinde keyfi, eşitliğe aykırı, ayrımcı muameleler Anayasa ile güvencelenen hak ve özgürlükleri ihlal edecektir.

İş ilişkisinin kurulması bağlamında, bireylerin çalışma haklarının karşısında, işverenin sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü yer almaktadır. Zira Anayasa madde 48, işverenin sözleşme özgürlüğünü de güvence altına almaktadır. Bu noktada, iki hak karşı karşıya gelmektedir. Bir tarafta eşitlik ilkesi ile güvencelenen çalışma özgürlüğü diğer tarafta işverenin sözleşme özgürlüğü yer almaktadır.

Öğretide, iş hukuku alanında eşit davranma borcunun iş ilişkisinin kurulma aşamasındaki varlığı, işverenin sözleşme özgürlüğüne üstünlük tanınıp tanınmayacağı

tartışılmıştır⁷⁵⁹. İşverenin sözleşme özgürlüğünün, işe alma ve iş ilişkisinin sonlanması aşamalarında (özellikle mülga 1475 sayılı İş Kanunu döneminde), ücretin belirlenmesinde üstün tutulduğu, eşit davranma borcu için işçi ve işveren arasında kurulmuş bir iş ilişkisinin varlığının arandığı görülmektedir⁷⁶⁰.

Önceki bölümlerde ifade ettiğimiz üzere, eşit davranma ilkesi, işverenin sözleşme özgürlüğünü işçinin korunması ve sosyal adalet ilkeleri çerçevesinde sınırlandırmaktadır⁷⁶¹. Ancak işverenin sözleşme özgürlüğünün, eşit davranma ilkesinin (dar anlamda eşit davranma borcundan farklı olan) ayrımcılık yasakları yönüyle yasal düzenlemeler yapılarak daha katı bir biçimde sınırlandırıldığı görülmektedir. Nitekim iş başvurusunda bulunan adaylardan, mesleki bilgi ve yeterliliği yönünden uygun adayların işverence ırk, siyasi düşünce cinsiyet vb. sebeplerle kabul edilmemesi, eşitlik ilkesine aykırıdır.

b. İş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık yasağının uygulanmasına ilişkin yaklaşımlar

Türk hukukunda, iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin ayrımcılık yasağı ile bağlı olup olmadığı, bir başka deyişle ayrımcılık yasağının işe alma aşamalarını da kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışılmıştır. Özellikle İş Kanunu madde 5 düzenlemesine ilişkin yapılan görüş ve değerlendirmelere geçilmeden önce,

⁷⁵⁹ Dar anlamda eşit davranma borcu bakımından öğretideki tartışmalara detaylı olarak girilmeyecektir. Ancak eşit davranma borcunun iş sözleşmesinin kurulmasından önce işvereni bağlamadığı yönündeki görüşler için bkz. Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 154; Süzek (n 4) 475-478; Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 27 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 162 vd.; Tunçomağ and Centel (n 57) 146 vd.; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 438 vd.; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 129; Yıldız (n 4) 67-68,170; Aykaç, "Fesihle Eşit Davranma" (n 6) 60; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 65; Uşan "Eşit Davranma" (n 57) 1628.

⁷⁶⁰ Sözleşme özgürlüğüne üstünlük tanıyan görüşler için bkz. Çelik, "Eşit Davranma Borcu" (n 41) 5-6; Tunçomağ and Centel (n 57) 146-149; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 153 vd.; Süzek (n 4) 476; Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 976,997; Engin (n 315) 112; Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 121-122; Uşan "Eşit Davranma" (n 57) 1630-1631.

⁷⁶¹ Özellikle mevzuatta işverene sözleşme yapma zorunluluğu getirilen (engelli, eski hükümlü ve terör mağdurlarına ilişkin getirilmiş iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilere ilişkin getirilmiş bulunan iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde işverenin nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırması yükümlülüğü gibi) hallere dair detaylı açıklamalar için bkz. Keser, "İş Sözleşmesi Yapma" (n 250) 1-38.

mevzuatımızda iş ilişkisinin kuruluş aşamasına, ayrımcılık yasağının kapsamında açıkça yer veren birtakım düzenlemelere değinmek gerekmektedir.

Öncelikle TCK madde 122 düzenlemesi, ayrımcılık yasağının bir kişinin işe alınması aşamasında gerçekleşmesini bir suç olarak kabul etmiştir. TİHEK Kanunu, iş ilişkisinin tüm aşamalarında iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsayacak şekilde ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiştir (madde 6). Bu yönüyle TİHEK Kanunu düzenlemesi, olumlu ve uluslararası mevzuata uyumlu bir düzenlemedir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, madde 25/1 ile işçilerin iş alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağını düzenlenmiş; Engelliler Hakkında Kanun madde 14/2 ile de işe alım aşaması dahil olmak üzere engelliliğe dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır.

Yukarıdaki düzenlemeler dışında, eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair İş Kanunu madde 5 düzenlemesi ve düzenlemenin kapsamının değerlendirilmesi önemlidir. Madde 5/1, “*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*” düzenlemesinde sadece “iş ilişkisi” ifadesine yer vermiştir. Bu çerçevede öncelikle iş ilişkisi ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konması yerinde olacaktır. İş Kanunu madde 2 ile yapılan tanımlamaya göre iş ilişkisi, “*Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişki*” dir. Bu tanım doğrultusunda iş ilişkisi, iş sözleşmesinin kurulması ve sonrasını ifade ettiği öğretide dile getirilmektedir⁷⁶².

İş Kanunu madde 5 düzenlemesinin gerekçesine bakıldığında ise “*İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli*

⁷⁶² Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 27. Aksi yönde bkz. Gülmez (n 6) 597-602.

sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır.” açıklamasına yer verilmiştir. Görüldüğü gibi gerekçe, madde metninde belirtilmemiş olsa da iş ilişkisinin kurulmasından önceki dönemi de madde kapsamına almış görünmektedir.

İş Kanunu'nun gerekçesinde AB direktiflerine de atıf yapılmıştır. 2006/54/EC sayılı AB Direktifi'nde istihdama girişi de kapsayacak şekilde işveren sorumlu kılınmıştır. İş Kanunu düzenlemesinde ise madde metninde bu şekilde bir ifade yer bulmamıştır. Madde metninde sadece iş ilişkisinden bahsedilmiş olması, işe alım halinin ayrıca düzenlenmemiş ve ancak, cinsiyet ve hamilelik yönünden işe alımda ayrımcılık konusuna 3. fıkra⁷⁶³ ile yer verilmiş olması, maddenin yorumlanmasında bir tereddüt yaratmaktadır.

Bu noktada öğretide işe alma aşamasında işverenin eşit davranma borcunun ve ayırım yapmama yükümlülüğünün varlığı tartışmalara konu olmuştur. İş ilişkisinin kurulmasından önce işverenin kural olarak eşit davranma borcu ile bağlı olmadığı öğretide ön plana çıkmaktadır. Ayrımcılık yasağı bakımından ise işverenin sorumluluğunun işe alımda da bulunduğu görüşü ağırlıklıdır⁷⁶⁴.

Tuncay, eşit davranma ilkesini incelerken ikili bir ayırım yapmış ve madde 5/1 ile sayılan ırk, renk, cinsiyet, siyasi görüş ve diğer kriterleri, *mutlak ayırım yasakları* olarak nitelendirmiştir. Eşit davranma ilkesinin uygulanması bakımından, işverenin yükümlü tutulabilmesi için işçi ve işveren arasında bir hukuki ilişkinin varlığının arandığını,

⁷⁶³ “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”. Mevzuatımızda bu düzenleme gibi birtakım ayrımcılık yasağı düzenlemelerinde ayrıca işe alım aşamasının ifade edilmiş olmasının iş ilişkisinin kurulmasından önce eşit işlem borcunun bulunmadığı yönündeki görüşe dayanak olarak gösterilmesi eleştirilmiş, işe alım sürecinde ayrımcılık noktasındaki bu boşluğun *kuşku duvarlarında özgürlük yararına yorum (in dubio pro libertate)* kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur, Gülmez (n 6) 598; Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 244.

⁷⁶⁴ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 123-127, 153-155; Süzek (n 4) 475 vd.; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 27; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Başkan (n 41) 164; Yıldız (n 4) 68, 198; Onaran Yüksel (n 19) 137-141; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 67; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 433; Ertürk (n 38) 64-81; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 373, 382; Yuvalı (n 243) 170,240; Bakırcı (n 142) 38; Ünal (n 28) 160-163; Ugan Çatalakaya (n 6) 187; Ugan Çatalakaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 887; Kandemir and Yardımcıoğlu, “Eşitlik İlkesi” (n 331) 18. Karşı görüş için bkz. Ekmekçi and Yiğit (n 148) 276; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 214-215.

henüz işe alınmamış kimselere kural olarak eşit davranma borcunun bulunmadığını belirtmiştir. Ancak yaptığı ayırım doğrultusunda mutlak ayırım yasakları bakımından, işe alımda da eşit davranma ilkesine uyulması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁶⁵. Bu anlamda mutlak ayırım yasakları olarak belirttiği ayrımcılık yasağına iş ilişkilerinin kuruluş aşamasında da uyulması gerekmektedir.

Süzek, hakim görüşe katılmakta ve ancak, iş ilişkisi ifadesinin işe alım aşamasını dışlayarak sonrasını kapsadığını ifade etmektedir. Ancak yazar, madde lafzını dikkate almakta, yasalarda istisnai düzenlemelerle ayrımcılık yasağının işe alım aşamasında öngörülmüş olduğunu belirtmekte, bu aşamada meydana gelecek ayrımcılıklar içinse maddedeki tazminat yaptırımının değil, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun söz konusu olacağını ifade etmektedir. Ancak işe alım aşamasıyla ilgili, diğer ayrımcılık temelleri bakımından bir değerlendirme yapmamış bulunmaktadır⁷⁶⁶.

Bakırcı, madde 5/1 düzenlemesinde iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılık yasağının düzenlenmemiş olduğunu, bu eksiklik karşısında 1. fıkraya, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasının dahil edilmesi; ayrıca iş duyurularında ayrımcılık yasağının hem 1. hem de 2. fıkraya eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁶⁷.

Sevimli, eşit davranma borcunun işe alımda söz konusu olmamakla birlikte, madde 5/3 çerçevesinde düzenlenen cinsiyet ayrımcılığı ile sendikal sebeplerle ayrımcılığın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde işvereni sorumlu kıldığı, TCK ile getirilen düzenlemede de ayırım yasağının işe alımda kabul edildiğini, işverenin sorumluluğu açısından da sadece cinsiyet ve sendika temelli ayrımcılık değil tüm ayırım kriterleri kapsamında *culpa in contrahendo* sorumluluğunun işletilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁶⁸.

Doğan Yenisey'e göre, ayrımcılık yasaklarının, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan bir ilişkisi mevcut olup, işe alım aşamasında dahi belirtilen kriterler temelinde ayrımcılık yapılmasının yasaklandığı kabul edilmelidir. Nitekim bu yöndeki kabul, Anayasa madde

⁷⁶⁵ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 123, 151-155.

⁷⁶⁶ Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 27.

⁷⁶⁷ Bakırcı, "İstihdam" (n 27)10.

⁷⁶⁸ K. Ahmet Sevimli, "İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları", (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2006), 101.

10 ile düzenlenen ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin de bir gereğidir. Aksi durumda işe alım aşamasında kişinin değiştiremeyeceği, değiştirmesinin beklenemeyeceği veya istenemeyeceği niteliklerine göre ayırım yapılabileceği gibi temel hak ve özgürlüklere ve Anayasa madde 10'a aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır⁷⁶⁹.

Yıldız, eşit davranma borcunun iş ilişkisinin kurulmasından sonra söz konusu olduğunu, ayrımcılık yasağının ise işe alımdan iş ilişkisinin sona ermesine olan her aşamada geçerli olduğunu ifade etmektedir. Yine madde 5/3, cinsiyet sebebiyle ayrımcılığın işe alımda da söz konusu olduğuna açıkça yer vermesine rağmen, yaptırıma dair 6. fıkrada yine iş ilişkisi denilerek işe alım aşaması metin içinde yer almamıştır. Madde lafzı ile sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, 3. fıkranın kağıt üzerinde kalacağını haklı olarak ifade etmektedir⁷⁷⁰.

Ertürk/Gürsel de aynı şekilde eşit davranma borcu için iş ilişkisinin kurulmuş olmasının arandığını ancak ayrımcılık yasağı bakımından işe alım esnasında da işverenin sorumlu olduğu hususunu ifade etmiştir⁷⁷¹.

Gülmez ise eşit davranma borcu ile olumsuz yönünü oluşturan ayrımcılık yasağının bölünemez nitelikte olmasından hareket ederek, işe alımda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı arasında fark yaratılmasını kabul etmemektedir. İş ilişkisinin kurulmadığı, kurulmadan sona erdiği aşamalarda, ayırım yasaklarının işverenin borcuna indirgenerek ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin uygulanmayacağını, cinsiyet sebebiyle ayrımcılık dışındaki kriterlere dayalı ayrımcılık yapılabileceğinin düşünülmesinin mümkün olmadığını ve bunun çalışma hakkını da ortadan kaldıracak bir düşünce olduğunu, temel bir ilke olan eşitlik ilkesinin uygulama alanını daha da sınırlandırmış olacağını ifade etmektedir. Yazara göre "iş ilişkisi" terimi, ilişkinin kurulmasından sonrasını kapsar biçiminde anlaşılmalıdır. Aksi, ilişkinin korumasız bırakılması sonucunu doğuracaktır. Eşit işlem yükümlülüğü, hem Anayasa madde 10, hem de uluslararası sözleşmelerin gereği olarak iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulmasından

⁷⁶⁹ Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 67.

⁷⁷⁰ Yıldız (n 4) 67-68, 198.

⁷⁷¹ Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 439.

önceki aşamalarda da mevcuttur⁷⁷². Bu çerçevede *Gülmez*, iş ilişkisi kavramının iş sözleşmesinin kurulması aşamasını da içerdiğini savunmaktadır.

Ugan Çatalkaya, ayırım yasağının, iş ilişkisinin her yönünü kapsadığını; ayırım yasaklarının, işe alma aşamasında da uygulanacağını da ifade etmektedir. İş ilişkisinin kurulması bakımından işverenin dar anlamda eşit davranma borcu hakkında da değerlendirme yapan yazar, işverenin iş ilişkisinin kurulmasında eşit davranma borcunun bulunmadığının mutlak kabul edilemeyeceğini ifade ederek; madde 5 düzenlemesinin lafzı ve iş ilişkisi kavramını incelemiş, dar anlamda eşit davranma borcunda da işçi adayının işverenin adaylara eşit davranmadığını ileri sürerek, *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde işverenin sorumlu olduğunu iddia etmesi, zararının tazminini istemesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir⁷⁷³.

Ünal, eşitlik ilkesinin iş sözleşmesinin kurulmasından önce de geçerli olduğunu, nitekim bu temel hakkın dayanağının da Anayasa madde 10 olduğunu, madde gerekçesinin işe alım aşamasını da kapsamda saydığını, aynı zamanda düzenlemenin işverenin borçları içinde değil iş hukukunun genel hükümleri içerisinde yer aldığını belirtmektedir. Yazara göre, işçi ve işveren sıfatının kazanılmasının şart olduğu yönünde bir yaklaşım benimsenmemelidir. Cinsiyet yönünden ayrı bir fıkra düzenlemesi yapılması, gerekçede de belirtildiği gibi, bir tercih olup, sadece cinsiyet yönünden değil, diğer ayrımcılık temelleri bakımından da koruma getirildiği kabul edilmelidir⁷⁷⁴.

Kanaatimizce, ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulması aşamasında mevcut olup, bu yönüyle ağırlıklı görüşe katılmaktayız. Öncelikle, genel hükümler çerçevesinde tarafların haklarının sözleşme görüşmeleri aşamasında da hukuken korunarak taraflara bu yönde bir sorumluluk yüklendiğini belirtmek gerekir. Sözleşme daha sonra kurulsun ya da kurulmasın, görüşmelere başlayan tarafların özen gösterme, birbirini aydınlatma ve koruma yükümlülükleri mevcuttur. Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte taraflar arasında bir güven ilişkisi doğmakta olup, taraflar bu aşamada da dürüstlük

⁷⁷² Gülmez (n 6) s.597-602; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 243-247.

⁷⁷³ Ugan Çatalkaya (n 6) 193 vd.; Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 885-887.

⁷⁷⁴ Ünal (n 28) 160-161.

kurallarına aykırı davranışlarıyla diğer tarafa verdikleri zarardan sorumludur⁷⁷⁵. Bu anlamda, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında yani işe alım aşamasındaki süreçlerde, taraflar gerekli özeni göstermek, dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlü olup, karşılıklı hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi gerekmektedir. Daha önceki bölümlerde açıkladığımız üzere ayrımcılık, bireylerin onur ve saygınlığını zedeleyen, temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir olgudur. İstihdam da dahil olmak üzere hayatın her alanında ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması için gerekli düzenlemeler ile denetim ve koruma mekanizmaları bir gerekliliktir. Nitekim Anayasa madde 10, temel bir ilke ve hak olan eşitlik ilkesinde ayrımcılığı açık bir biçimde yasaklamaktadır. İş hukukunda da daha önce ifade etmiş olduğumuz üzere, işveren karşısında zayıf konumda olan işçinin işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim hakkı karşısında korunması elzemdir. Eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağı düzenlemeleri bu bakımdan ayrı ve özel bir öneme sahiptir.

İş Kanunu madde 5/1 hükmü, iş ilişkisinin işe alımı kapsamadığı, bu haliyle işe alım aşamasında ayrımcılığa cevaz verildiği gibi bir anlama sebebiyet verecek şekilde yorumlanmamalıdır. Ayrımcılık yasağının korunması Anayasa madde 10 bakımından işe alımda da devam etmekte, Anayasa madde 11 bağlamında işvereni de bağlamaktadır. Ayrıca 1. fıkrada belirtilmeyen işe alım aşamasına 3. fıkrada yer verilmesinin, sadece cinsiyet temelli ayrımcılık yönünden işe alımda ayrımın yasak olduğu şekilde kabul edilmesi veya sendika ya da engellilik temelli ayrımcılıkta işe alım aşamasını düzenleyen hükümlerin varlığının sadece belirli kriterlerde işe alımda ayrımcılığın yasak olduğu şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Aksi yorumda, ayrım kriterleri arasında hukuk ve temel insan hakları ile bağdaşmayacak şekilde bir nevi derecelendirme yapılmış olacaktır. Netice olarak yukarıda yer vermiş olduğumuz görüşler doğrultusunda, iş ilişkisinin kurulması ve buna ait aşamalarda madde 5/1 kapsamında sayılan kriterlere dayalı ayrımcılık halinde işverenin sorumlu olacağını kabul etmek gerekmektedir.

⁷⁷⁵ Detaylı açıklamalar için bkz. Sabahattin Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)", (2014) 72 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 541, 545 vd.

İşe alım aşamasında ayrımcılık yasağının varlığı AB hukukunca da kabul edilmiş, bu kapsamda detaylı düzenlemeler de getirilmiştir. Buna düzenlemelere, 76/207/EEC sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin AB Direktifi örnek verilebilir. Eşit muamele ilkesinin uygulanması, hangi sektör ya da faaliyet dalında olursa olsun bütün iş ve görevlere ve mesleki hiyerarşinin bütün seviyelerine girişte, seçim kriterleri dahil, bütün şartlar açısından cinsiyete dayalı hiçbir ayırım yapılmayacağını ifade eder (madde 3). Ancak üye devletlere işin niteliği veya çalışma koşulları bakımından cinsiyetin belirleyici, esaslı bir unsur teşkil ettiği işlerin Direktif kapsamı dışında bırakması yönünden de izin tanınmıştır (madde 2)⁷⁷⁶. Bu direktifi değiştiren 2002/73/EEC sayılı Direktif, seçim kriterleri ve işe alma şartları dahil olmak üzere; işe, serbest mesleğe ya da mesleğe erişim şartlarında faaliyet dalı ne olursa olsun ve mesleki hiyerarşinin her kademesinde terfi, uygulamalı iş deneyimi de dahil her türden ve her düzeyde mesleki yönlendirmeye, mesleki eğitime, ileri mesleki eğitime ve yeniden eğitime erişimde cinsiyete dayalı ayırım yapılamayacağını düzenlemiştir (madde 3).

2000/43/EC sayılı AB Direktifi, ırk veya etnik kökene dayalı olarak meslekte yükselme dahil tüm profesyonel hiyerarşi kademelerinde seçilme kriterleri, personel alımı koşulları dahil istihdam edilme, bağımsız çalışma ve bir mesleği icra etme koşullarıyla ve işten çıkarma ve ücret dahil istihdam ve çalışma koşullarıyla ilgili olarak ayrımcılığı yasaklamış bulunmaktadır (madde 3). 2000/78/EC sayılı Direktif de tüm istihdam ve çalışma koşullarında din, inanç, özürllülük, yaş ve cinsel yönelime dayalı ayrımı yasaklamıştır (madde 3). Ancak Direktif, işin temel işlevlerini yerine getirmeye veya ilgili eğitimleri almaya yetkili, yetenekli ve uygun olamayan bir bireyin işe alımını, terfisini, istihdamının sürdürülebilirliğini veya eğitimini gerektirmemektedir (Başlangıç, madde 17).

Yukarıdaki düzenlemelerin dışında, BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmesi, engellilik temelinde, BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması

⁷⁷⁶ İstisna kapsamına hangi mesleklerin girip girmeyeceği yönünde Adalet Divanı değerlendirmeleri için bkz. Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 49.

Hakkında Sözleşme de cinsiyet temelinde eşit istihdam imkanlarına sahip olma hakkını güvencelemektedir.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında (aşağıda detaylı olarak değineceğimiz iş ilanları verilmesi, iş görüşmeleri yapılması, görüşmelerde adaylara sorular yöneltilmesi vb. süreçlerde) ayrımcılıkla karşılaşılma riski, her zaman mevcuttur. Bu noktada, ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması için etkili yasal düzenlemelerin yapılması önem arz etmekte olup, uluslararası mevzuat bakımından getirilen düzenlemelere de uyumlu olacak şekilde mevcut mevzuatımızda daha net düzenlemelere ihtiyaç olduğu açıkça görülmektedir. Sadece yasak öngörülmesi da, etkili bir denetim ve yaptırım mekanizması olmadığı sürece yine ayrımcılıkla mücadele amacına tam anlamıyla hizmet etmeyecektir. Öğretide bir görüş tarafından da belirtildiği üzere, iş ilişkisinin kuruluş aşamasındaki süreçlere ilişkin bir uyumsuzluk çıkmaması veya uyumsuzluğa az rastlanması dahi bir sorun olmadığını değil, bu tarz uygulamaların uyumsuzluk konusu edilmediğini, normal karşılandığını göstermektedir⁷⁷⁷. Ayrımcılığın hiçbir türü ve uygulaması, hukuk düzeni tarafından meşru ve normal kabul edilmemeli ve yaptırımsız bırakılmamalıdır.

c. İş ilişkisinin kurulması aşamasında ortaya çıkabilecek ayrımcılık halleri

i. Ayrımcı iş ilanları

İşverenler tarafından işçi alımı için verilen iş ilanlarında ayrımcılık olgusu gündeme gelebilir. Örneğin somut olayın özelliğine göre, belirli bir yaş veya cinsiyet grubundaki kimselerin işe alınacağı yönündeki ilanların ayrımcılık teşkil etmesi mümkündür⁷⁷⁸.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, çalışma hak ve özgürlüğü, Anayasa madde 48 ile güvencelanmış olup, madde 10 gereğince de herkesin bu haktan eşit şekilde faydalandırılması gerekmektedir. Kamu hizmetlerine girişi düzenleyen Anayasa madde 70, her Türk vatandaşının kamu hizmetlerine girme hakkının varlığını, görevin getirdiği

⁷⁷⁷ Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 50.

⁷⁷⁸ Yıldız (n 4) 201; Onaran Yüksel (n 19) 142 vd.; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 48; Bakırcı, “İstihdam” (n 27) 26.

niteliklerin dışında hizmete alımda ayırım gözetilmeyeceğini düzenlemiştir. Kamu hizmetlerinde de ayrımcılık söz konusu olabileceğinden, personel seçiminde cinsiyet, düşünce, din gibi sebepler temelinde ayırım yapılması yasaklanmıştır.

İş ilanlarında ayrımcılığı açık bir şekilde yasaklayan düzenleme, TİHEK Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun iş ilişkisinin her aşamasında ayrımcılığı yasaklarken, iş ilanı sürecini de yasak kapsamında açıkça belirtmektedir (madde 6).

İşverenin, işe alacağı cinsiyeti önceden belirtmiş olduğu iş ilanları ile sıklıkla karşılaşmaktadır⁷⁷⁹. İş Kanunu madde 5/3, işe alımda cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını açık bir şekilde düzenlemiş olup, işvereni cinsiyet ayrımcılığı yasağı ile bağlı kılmaktadır. İş sözleşmesinin kurulması için cinsiyetin açıkça bir kriter olarak ortaya konulduğu ilanlar cinsiyet temelli ayrımcılığa bir örnek teşkil etmektedir⁷⁸⁰.

İlanlarda aynı zamanda yaş yönünden de belirli bir yaşın altında olmama veya belirli bir yaşın üzerinde olmama gibi kıstaslar eklendiği görülmektedir. Kural olarak, bu yöndeki kıstaslar, ayrımcılık teşkil etmektedir.

Son olarak yukarıda değindiğimiz gerekçelerle, İş Kanunu madde 5/1 kapsamında düzenlenen ayrımcılık yasağının iş ilişkisinin kuruluş aşamasını da koruma kapsamına aldığı, bu sebeple sadece cinsiyet temelinde değil, maddede belirtilen tüm temellere dayalı ilanların da ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği ve işverenin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunun gündeme gelebileceği kanaatindeyiz.

⁷⁷⁹ Bu alanda yapılan bir çalışmada, araştırma kapsamında 01-31.1.2019 tarihleri arasında www.kariyer.net sitesinde yayınlanan inşaat mühendisliği ilanları incelenmiş; iş ilanlarının %37.5'inde başvuracak adayın erkek olmasının şart koşulduğu, %25.89'unda erkeklere hitap eder bir ifade tarzı ile "askerlikle ilişkisi olmayan" ibaresinin yer aldığı sonuçlarına varılmıştır. Bkz. Sevdije Ersoy Yılmaz and Emine Çetinel "İş İlanlarında Cinsiyet Ayrımcılığı: Türkiye'de İnşaat Mühendisliği İlanları Üzerine Bir Araştırma", (2019) 9 (18) Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 975, 975 - 989.

⁷⁸⁰ Onaran Yüksel (n 19) 143.

ii. Sözleşme görüşmeleri ve aday işçiye sorulabilecek soruların sınırı

Kural olarak, işveren tarafından işe alınacak aday hakkında eğitim, deneyim, yetenekler gibi konularda bilgi sahibi olunması, edinilen bilgiler çerçevesinde sözleşme tarafının belirlenmesi, başka bir deyişle adayın işe alınması makul ve hukuka uygundur. Nitekim bu durum, işverenin sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Bu yönüyle işverenin, işe uygun olan adayı belirlerken adayı tanımak için kişisel kimliği ve deneyim, eğitim gibi yetkinliğine yönelik sorular sorulması mümkündür⁷⁸¹.

Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi sözleşme özgürlüğü, işçinin temel haklarının korunması amacıyla eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile sınırlanmış durumdadır. Aday işçiye sorulabilecek sorular ve işverenin edinebileceği bilgiler bakımından sınırın çizilmesi, aday işçinin kişilik hakları ile diğer temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından önemlidir. Zira aday işçi, geçimini sağlamak için ihtiyaç duyduğu işin işvereni karşısında hukuken korunmaya muhtaç durumdadır⁷⁸². Dolayısıyla adaya, işveren tarafından işle ilgili bulunmayan, mesleki niteliklere ilişkin olmayan, bu anlamda değerlendirme yapılmasına yönelik olmayan sorular sorulması kabul edilemez⁷⁸³.

İşverenin soru sorma hakkı bakımından sınırın TMK madde 2 çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim koruma yükümlülüklerinin dayanağı olarak da *dürüstlük kuralı ve güven ilkesi* kabul edildiğinden, koruma ve davranış yükümlülüklerinin ihlalinde sözleşmeden doğan borçlara dair hükümler uygulama alanı bulacaktır⁷⁸⁴. İş ilişkisinin kurulması bakımından işverenin haklı görülebilecek ve korunmaya değer bir yararı olması halinde ise, soru sorma hakkının kabul edilmesi

⁷⁸¹ Ertürk (n 38) 64; Öner Eyrenci, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", *İşHukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı* (1991), 240 vd.; Keser, "İş Sözleşmesi Yapma" (n 250) 28; Senyen Kaplan, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 16) 245.

⁷⁸² Süzek (n 4)19-20 vd., 319 vd.; Yürekli, "Culpa in Contrahendo" (n 775) 551-552, Senyen Kaplan, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 16) 245. Aday işçiye yöneltilen soruların sınırı konusunda ayrıntılı bilgi için bak. Sevimli, "Özel Yaşam" (n 768) 172 vd. Ertürk, sorulması meşru olan veya olmayan soruların arasındaki sınırın, mevcut somut işin özellikleri çerçevesinde belirleneceğini ifade etmektedir, Ertürk (n 38) 64.

⁷⁸³ Süzek (n 4) 320-321.

⁷⁸⁴ Süzek (n 4) 320; Ugan Çatalkaya (n 6) 291-292.

mümkündür⁷⁸⁵. Sözleşmenin kurulması aşamasındaki görüşmelerde, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, tarafların dürüstlük kuralı ve güven ilkesi çerçevesinde sözleşmenin kurulmasına etki edecek esaslı durumları, tarafların bilmekte önemli menfaatleri bulunan hususları açıklama ve bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁸⁶.

Ancak iş başvurusunda adayın hukuka ve ahlaka aykırı sorular ile görülecek işle somut ve objektif bir ilgisi bulunmayan sorulara cevap verme zorunluluğu yoktur⁷⁸⁷. İşçinin kişilik haklarını ihlal edecek nitelikte sorular sorulamaz. Bireylerin hayatı, sağlığı, onuru, itibarı, özel hayatı, resmi ve ismi gibi tüm değerleri üzerindeki hakların tamamı kişilik haklarını oluşturmaktadır⁷⁸⁸. Yapılacak iş ile objektif olarak ilgili olmayan sorular, işçinin kişilik haklarına haksız bir müdahaledir⁷⁸⁹. Örneğin adayın salt hamile olması veyahut hamilelik ihtimali sebebiyle işe alınmaması, cinsiyet temelli ayrımcılıktır. Zira hamilelik, biyolojik olarak kadınlara özgü bir durumdur. Hamilelikle ilgili bir soru, işverenin bilgi alma hakkını aştığı noktada adayın kişisel haklarının korunma alanına gireceğinden, adayın cevap verme zorunluluğu olmadığı gibi, gerçeğe uygun cevap vermemesi de işvereni yanıltma olarak değerlendirilmemelidir⁷⁹⁰.

Kadın adaylara sorulacak ve iş için esaslı bir neden olarak değerlendirilemeyecek medeni durum, hamile olup olmadığı, çocuk sahibi olup olmayacağı minvalindeki sorular hem özel hayata müdahale hem de cinsiyet temelli ayrımcılık oluşturmaktadır⁷⁹¹. Hamileliğin yol açacağı masraflar, erkek işçi alınmasının daha az külfetleri olacağı ileri sürülerek farklı muamele yapılması da esaslı ve haklı bir gerekçe sayılmaz⁷⁹².

Ancak hamileliğe ilişkin soruların, yapılacak işin hamile bir kadına uygun olmaması, risk teşkil etmesi halinde haklı kabul edilmesi mümkündür. Örneğin radyasyon tehlikesi

⁷⁸⁵ Ertürk (n 38) 65-66; Eyrenci, “Personel Seçimi” (n 781) 249-250; Sözer, “2000/78/EG sayılı Yönerge” (n 581) 191.

⁷⁸⁶ Onaran Yüksel (n 19) 158-159.

⁷⁸⁷ Ertürk (n 38) 64; Yürekli, “Culpa in Contrahendo” (n 775) 551.

⁷⁸⁸ Serap Helvacı and Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (6th edn, Legal 2020) 86 vd.; Keser, “Özel Hayat” (n 516) 21; Aydın (n 298) 3, 11 vd., 69.

⁷⁸⁹ Ertürk (n 38) 65.

⁷⁹⁰ Onaran Yüksel (n 19) 158; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 61. Ayrımcılık yasağına aykırı sorular bakımından adayın doğru cevap vermemesinin TBK m.36 uyarınca aldatma sayılmayacağı yönünde bkz. Eyrenci, “Personel Seçimi” (n 781) 256; Ünal (n 28) 300.

⁷⁹¹ Yıldız (n 4) 199; Onaran Yüksel (n 19) 153-155; Eyrenci, “Personel Seçimi” (n 781) 251, 253-255; Sevimli, “Özel Yaşam” (n 768) 182, 184; Ertürk (n 38) 71; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 59; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 748; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 246.

⁷⁹² Ertürk (n 38) 69.

olan bir işte adayın hamileliğine dair soru sorulması cinsiyet ayrımcılığı şeklinde yorumlanmamalıdır⁷⁹³. Öğretide *Yıldız*, işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yapacak olması, işin niteliği gereği örneğin 8 aylık bir proje çerçevesinde kesintisiz çalışabilecek bir işçi alımı yapacak olması halinde kadın adaylara hamile olup olmadıkları hakkında soru sormasının, işin niteliğinden kaynaklı ve haklı görülebilecek bir nedene dayalı kabul edileceğini ifade etmektedir⁷⁹⁴.

Bazı durumlarda, aday işçinin hamile olup olmadığı konusunda soru sorulmasa da işvereni bilgilendirmesi gerektiği, bunun da dürüstlük kuralına dayandığı öğretide ayrıca ifade edilmektedir. Örnek olarak bir mankenin sözleşme kurulmadan önce hamilelik durumunu açıklaması verilebilir. Bu durumda adayın açıklama yapma yükümlülüğü bulunduğu kabul edildiğinde⁷⁹⁵, adayın açıklamada bulunmaması halinde işvereni yanıltması söz konusu olacak ve işverenin haklı sebeple fesih imkanı gündeme gelebilecektir⁷⁹⁶.

76/207 sayılı AB Direktifi ile de kişinin medeni hali ve aile durumu hakkında sorular sorulması yasaklamış olup, kadın işçiye hamile olup olmadığı, çocuklarının bulunup bulunmadığı gibi sorular sorulamaz (madde 2). BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Hakkında Sözleşme madde 11/2 ile taraf devletlere evlilik ve analık sebebiyle kadınlara karşı olan ayırımı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla uygun önlemleri alma yükümlülüğü getirmekte olup, yine bu yöndeki soruların ayrımcılık yasağı teşkil etmesi ve hukuk düzenince korunmaması yönünde gerekli düzenlemelerin oluşturulması gerekmektedir.

İş görüşmesi sırasında, cinsel yönelim, sendikal üyelik, siyasi düşünce, dini inanç, ırk gibi konulara dair de sorular sorulamaz⁷⁹⁷. Anayasa'nın 24. maddesi din ve vicdan

⁷⁹³ Onaran Yüksel (n 19) 159; Yıldız (n 4) 199; Ertürk (n 38) 68-71; Yürekli, "Culpa in Contrahendo" (n 775) 552.

⁷⁹⁴ Yıldız (n 4) 199.

⁷⁹⁵ Adayın iş sözleşmesiyle üstleneceği edimi yerine getirmesini olanaksız kılacak ya da önemli ölçüde aksatacak nitelikte olan ve iş görüşmesi sırasında mevcut olan olgular yönünden, soru sorulmadan açıklama yapma yükümlülüğü altında olduğunu kabul eden görüşler için bkz. Eyrenci, "Personel Seçimi" (n 781) 245-246; Ertürk (n 38) 78-79.

⁷⁹⁶ Eyrenci, "Personel Seçimi" (n 781) 246, 248; Onaran Yüksel (n 19) 159-164; Yıldız (n 4) 200; Yürekli, "Culpa in Contrahendo" (n 775) 553.

⁷⁹⁷ Eyrenci, "Personel Seçimi" (n 781) 256; Ertürk (n 38) 72; SEVİMLİ, *Özel Yaşam*, 185; Sözer, "2000/78/EG sayılı Yönerge" (n 581) 191; Yıldız (n 4) 204; Ulucan, "Pozitif Ayrımcılık" (n 55) 382; Senyen Kaplan, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 16) 245-246.

özgürlüğünü; 15. maddesi kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını, 25. maddesi düşünce ve kanaat özgürlüğünü, 67. maddesi siyasal haklar ve 51. maddesi sendikal özgürlükleri güvence altına almıştır. Bu çerçevede kural olarak adaya dini inancı, siyasi eğilimi veya sendikaya üye olup olmadığı gibi sorular sorulamaz. Adayın bu tür sorulara cevap vermemesi mümkün olduğu gibi, sorulara doğru yanıt vermemesinin⁷⁹⁸ işvereni yanıltma olarak da kabul edilemeyeceği öğretide ifade edilmektedir⁷⁹⁹. Ancak işyerinin dini bir kurum veya siyasi bir parti olması durumunda adaya birtakım soruların yöneltilmesi mümkün kabul edilmektedir⁸⁰⁰.

Sendika üyeliği bakımından, işverenin adayın bir sendikaya üye olup olmadığı yönünde bir soru yöneltilmesi de hukuka uygun olmayıp, bu yönde bir soruyu adayın cevaplamaması veya doğru cevaplamamasının yanıltma olarak değerlendirilemeyeceği ve bu durumun fesih sebebi de teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir⁸⁰¹. Bu kapsamda sendikaya üyelik ve faaliyetler kapsamında sorulan sorular neticesinde adayın iş alınmaması ayrımcılık teşkil etmektedir.

Yaşa ilişkin hususlara ilişkin olarak öğretide Ünal tarafından detaylı bir değerlendirme yapılmıştır. İlk etapta yaşa ilişkin olarak sorulan sorular, TİHEK Kanunu'nda ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden (zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele) birinin varlığı halinde haklı kılınabilir. Ünal, bu çerçevede yaşa dair özelliğin mesleki gereklilik oluşturması, hizmetin zorunlulukları sebebiyle gerekli olması halleri ile sınırlı olarak, yaşa ilişkin soruların hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Yaşa ilişkin hukuka aykırı nitelikteki sorularda ise adayın cevap verme zorunluluğu olmayıp, doğru cevap vermeme hakkının da bulunduğu kabul edilmelidir⁸⁰².

⁷⁹⁸ Yalan söyleme zorunluluğunun doğduğu haller bakımından açıklamalar için bkz. Ertürk (n 38) 73-74.

⁷⁹⁹ Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41)104; Süzek (n 4)321.

⁸⁰⁰ Ertürk (n 38) 65,72; Eyrenci, "Personel Seçimi" (n 781) 256; Sevimli, "Özel Yaşam" (n 768) 186; Sözer, "2000/78/EG sayılı Yönerge" (n 581) 191. Nitekim bu husus, hakkın özüne dokunulmadığı sürece, TİHEK madde 7 kapsamında düzenlenen ayrımcılık sayılmayacak istisna haller arasında değerlendirilebilecektir.

⁸⁰¹ Eyrenci, "Personel Seçimi" (n 781) 256; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (19th edn, Beta 2020) 699; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki Sendikal Güvenceler" in Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar* (On İki Levha, 2014), 179.

⁸⁰² Ünal (n 28) 298-299.

Bir diğerk husus da adayın sağlık durumuna ilişkin soru sorulmasıdır. Adayların sağlık durumlarına ilişkin sorular da kişilik hakları ile doğrudan ilgilidir. İşin niteliği gereğince adayın bazı hastalıklar ve sağlık durumu ile ilgili olarak işverenin soru sorması m¼mk¼n olup, bazı durumlarda sağlık muayenesi yasal bir zorunluluktur. Bununla birlikte, kişilik hakkının öz¼ne dokunulması m¼mk¼n deđildir⁸⁰³. İşçinin bulaşıcı olmayan, işyerinde çalışan işçileri ve m¼řterileri etkilemeyen bir hastalığı varsa, bu durumda işverenin farklı muamelesi ayrımcılık oluřturacaktır⁸⁰⁴. Bu itibarla, HIV vir¼s¼ taşıdığı için işe alınmayan adayın *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde tazminat talebinde bulunabileceği öğretilmektedir⁸⁰⁵. AIDS/HIV+ bakımından, bu testler ancak işyerinde tehlike yaratacak bir durumun varlığı halinde istenebilecek, bu halde bu talep işverenin diğer işçilerin sağlığının korunması bakımından da y¼k¼ml¼ olduğu göz ön¼nde bulundurulurak haklı gör¼lebilecektir. HIV vir¼s¼n¼n bulaşıcı olmayan bir nitelikte olması nedeniyle iş gör¼řmesi esnasında adaya bu sorunun y¼neltilmesi ya da bu konuda test talep edilmesi ayrımcılık çerçevesinde deđerlendirilmelidir⁸⁰⁶.

Belirtmek gerekir ki sağlık durumuna ilişkin sorular işyerindeki diğer işçiler, işyeri ve işin niteliği açaşından önemli olduğu, iş görme edimiyle bağlandığı olduğu ölç¼de sorulabilir ve cevaplandırılır⁸⁰⁷. Nitekim ölç¼l¼l¼k ilkesi bu noktada da devreye girmekte ve karşılıklı menfaatler arası dengenin gözetilmesi gerekmektedir⁸⁰⁸.

⁸⁰³ Yıldız (n 4) 162-163; Ert¼rk (n 38) 67; Ugan Çatalkaya (n 6) 318 vd.

⁸⁰⁴ Yıldız (n 4) 164; Sevimli, “Özel Yaşam” (n 768) 182; Ugan Çatalkaya (n 6) 319.

⁸⁰⁵ Sevimli, “Özel Yaşam” (n 768) 177 vd.

⁸⁰⁶ Yıldız (n 4) 165; Sevimli, “Özel Yaşam” (n 768) 182. Ert¼rk, HIV taşıyıcısı olan bir kişinin başvurulan işi yapmaya engel bir hastalığı olup olmadığının, hastalığın tür¼n¼n sorulmasını işin niteliği gerektirmediği s¼rece, olumsuz yanıtlayabileceğini ifade etmektedir, ř¼kran Ert¼rk, “İşçinin İş S¼zleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları” (2002) 4 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak¼ltesi Dergisi 1, 9. Ayrıca işyerlerinde hangi hallerde HIV/AIDS testi yapılabileceğine dair bkz. ILO, “HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları”, 2001, m.8 vd. (www.ilo.org) (ET:21.11.2021).

⁸⁰⁷ Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 246; Ert¼rk (n 38) 69 vd., 79; Ugan Çatalkaya (n 6) 318; S¼zer, “2000/78/EG sayılı Y¼nerge” (n 581) 191; Kandemir and Yardımcıoğlu, “Eşitlik İlkesi” (n 331) 19-20. Örneğin yapılan işin niteliğinin, HIV vir¼s¼n¼n bulaşma yollarından biri ile bulaşmasına olanak yaratacak nitelikte olması (dikim at¼lyesinde iğne batması sonucu kan ile bulaşma riski) halinde, aday işçinin hastalığını kendiliğinden bildirme y¼k¼ml¼l¼đ¼ bulunduğu ifade edilmektedir, Ert¼rk, “Hastalık” (n 806) 10.

⁸⁰⁸ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 318 vd.

2. İş İlişkinin Devamı Sırasında Ayrımcılık Yasağı

a. Genel olarak

İş sözleşmesi kurulduktan sonra, sözleşmenin devamı süresince işveren, dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağına uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün dayanağı daha önce de açıklamış olduğumuz Anayasa madde 10 ile İş Kanunu madde 5 düzenlemesidir. İş Kanunu madde 5, yukarıda değinmiş olduğumuz üzere iş ilişkilerinde işverene bir sorumluluk yüklemektedir. Ancak bu noktada, madde 5 ile sadece ayrımcılık yasağının düzenlendiği, dar anlamda eşit davranma borcunun düzenlenmediği doktrinde ifade edilmektedir⁸⁰⁹. Tekrara düşmemek adına bu konuya dair tartışmalara bu başlıkta ayrıca yer verilmeyecek olmakla birlikte, madde metni içerisinde dar anlamda eşit davranma borcuna yer verilmeyip sadece ayrımcılık yasaklarına yer verilmiş olsa dahi, işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Nitekim Anayasa madde 10 gereği olarak ve madde 5'in gerekçesi uyarınca, işveren tüm çalışma koşulları yönünden eşit davranma borcuna uymakla yükümlüdür⁸¹⁰.

Yukarıda işe alım aşamasıyla ilgili vermiş olduğumuz ulusal ve uluslararası düzenlemeler, iş ilişkisinin devamında da ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, iş sözleşmesinin kurulması ile birlikte çalışma koşulları, işin yürütümü, yönetim hakkının kullanılması, ücretin belirlenmesi gibi durumlarda işveren, objektif ve haklı bir sebep olmadıkça keyfi farklı muamelelerde bulunamaz; aynı zamanda işlem, karar veya uygulamalarda ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, siyasi düşünce, dini inanış, yaş, engellilik, sendikal ve benzeri sebeplerle ayırım yapamaz.

Çalışma koşulları belirlenirken, TBK madde 26 uyarınca tarafların kanunda öngörülen sınırlar dahilinde sözleşme içeriğini belirlemesi sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir.

⁸⁰⁹ Konuyla ilgili bkz. 1. Bölüm, II, B, (2), (a).

⁸¹⁰ Öden (n 5)150 vd.; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 24-25, 69 vd.; Süzek (n 4) 478; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 437, 443-444; Yıldız (n 4) 56, 65; Gülmez, "Aykırı Düşünceler" (n 43) 237-239; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 71; Ulucan, "Pozitif Ayrımcılık" (n 55) 375; Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 974-975; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 66; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 429, 440-441; Ugan Çatalıkaya (n 6) 175; Ugan Çatalıkaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 864; Kandemir and Yardımcioglu, "Eşitlik İlkesi" (n 331) 8.

Ancak madde 27, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı yönünde sözleşme özgürlüğünün sınırına ilişkin olarak bir düzenleme öngörmektedir. Bu çerçevede, işverenin sözleşme özgürlüğünü ve yönetim yetkisini kısıtlayan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı düzenlemeler, hukuka aykırılık teşkil etmektedir. İşçi ile sözleşme yapılırken konulacak kayıtlar bakımından da işverenin ayrımcılık yasaklarına ilişkin yükümlülüğü devam etmektedir.

Örnek olarak, iş sözleşmesine işçinin çalışma süresince evlenme veyahut çocuk sahibi olma hakkından vazgeçmeyi taahhüt etmesi verilebilir. Ayrımcılık yasağına aykırı olan bu tarz bir kayıt, aynı zamanda TMK madde 23'e de aykırılık teşkil etmektedir. Kanun maddesine göre kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Ancak belirttiğimiz türden bir kayıt, kişinin bu yöndeki ehliyetinden vazgeçmiş olmasını, özgürlüklerinin hukuka aykırı olarak sınırlandırıldığını göstermektedir⁸¹¹. Yine sözleşmeye gebe veya anne işçiler yönünden getirilen özel koruyucu düzenlemelerin uygulanmayacağına dair hükümler konulamayacak olup, mevzuattan kaynaklı koruyucu düzenlemelerin emredici nitelikte olması sebebiyle de, böyle bir kayıt konulması halinde kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır⁸¹². Aynı şekilde Anayasa ile Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25 ile koruma altına alınan sendika özgürlüğü çerçevesinde, işçinin sendikal hakları bakımından bir zorlama, yasaklama getirecek hükümler konulamayacak olup, bu tür hükümler hukuka aykırı ve geçersizdir.

İş ilişkisinin devamı esnasında, işverenin ayırım yasaklarına uymakla yükümlü olduğu gerek yasal düzenlemelerle gerekse öğreti tarafından ortaya konmuş durumdadır. Ancak mevzuatımızda özellikle dar anlamda eşit davranma borcunun açıkça düzenlendiği bir hüküm yer almamaktadır. İş ilişkisinin devamı sırasında özellikle sosyal yardımların verilmesi ve yönetim hakkının kullanılmasına ilişkin konularda işverenin eşit davranma borcunun varlığı öğretide genel olarak kabul edilmiş bulunmaktadır⁸¹³. Öğretide ayrıca

⁸¹¹ Keser, "Özel Hayat" (n 516) 22; Onaran Yüksel (n 19) 257.

⁸¹² Keser, "İş Sözleşmesi Yapma" (n 250) 30.

⁸¹³ Süzek (n 4) 478 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 729; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 68.

bazı görüşler tarafından sosyal yardımlar ve yönetim haklarına ilişkin konuların eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanacağı alanlar olarak ifade edilmekte, ücrette⁸¹⁴ ise mutlak olarak uygulanamayacağı savunulmaktadır⁸¹⁵.

b. İşin Yürütümünde İşverenin Ayrım Yapmama ve Eşit Davranma Yükümlülüğü⁸¹⁶

İş ilişkisinin kurulmasından sonra işveren, işin yürütümü ile ilgili konularda, çalışma koşullarında, yükselme kriterlerinde⁸¹⁷, disiplin cezaları⁸¹⁸ ile işçiye eğitim verilmesi gibi ek uygulamalarla ilgili olarak yönetim hakkını kullanırken, haklı veya objektif bir sebep olmadıkça işçiler arasında keyfi davranamaz ve ayırım yapamaz.

Daha önce de belirttiğimiz gibi eşit davranma borcu, işverenin yönetim hakkının sınırlarından biridir⁸¹⁹. Bu anlamda işveren, ayırım yasaklarına ve dar anlamda eşit işlem borcuna uymakla yükümlüdür. Örneğin, bütün işçilere yapılan ücret zammından göçmen bir işçinin yararlandırılmaması; kadın bir yöneticinin hamile olması sebebiyle alt bir pozisyona geçirilmesi, mesleki yükselmeye katkısı olabilecek bir eğitim için erkek işçilerin seçilmesi, cinsiyete göre fazla mesai yaptırılması veya hiç mesai yaptırılmaması gibi durumlar, doğrudan ayrımcılık teşkil eder⁸²⁰. Yine terfide kıdem

⁸¹⁴ *Tuncay*, işçinin işe girişinde sözleşme özgürlüğünün ağır basarak, başlangıçtaki ücret belirlemede eşit davranma ilkesi ile bağlı olmadığını; ancak sonraki aşamada işyerinde uygulanmakta olan ücret sistemlerinde sonradan yapılacak değişikliklerde ise işverenin eşit davranma ilkesi ile bağlı olduğunu ileri sürmekte; mutlak ayırım yasakları olarak sınıflandırdığı ayrımcılık kriterlerinin ücretin başlangıçta belirlenirken de bağlayıcı etkiye sahip olduğunu ifade etmektedir, *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 168-176.

⁸¹⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 460 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 729; Tunçomağ and Centel (n 57) 148-149; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 259-260. Mutlak sınıflandırması yönünden eleştiriler için bkz. Yıldız (n 4) 210; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1627-1628.

⁸¹⁶ İş ilişkisinin devamı aşamasında ayrımcılık yasağı ele alınırken, daha önceki bölümlerde yer verdiğimiz bazı açıklama ve değerlendirmeler, konumuz ile bağlantılı olması sebebiyle bu başlık altında tekrar ele alınacaktır.

⁸¹⁷ *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 167-168; Onaran Yüksel (n 19) 176-181.

⁸¹⁸ *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 166-167; Süzek (n 4) 480.

⁸¹⁹ *Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 158; Ertürk (n 38) 108-111; Süzek (n 4) 470,480; Tunçomağ and Centel (n 57) 149; Onaran Yüksel (n 19) 176-185; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 46; Ulucan, “Pozitif Ayrımcılık” (n 55) 373; Yıldız (n 4) 207; Güzel, “Yetki ve Özgürlük” (n 284) 95; Doğan, “Eşitlik İlkesi” (n 250) 190; Kandemir and Yardımcıoğlu, “Eşitlik İlkesi” (n 331) 21; Ugan Çatalkaya (n 6) 126-127; Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 861, 864.

⁸²⁰ Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 738; Yuvalı (n 243) 87.

ölçütünün esas alınması, kadınların ailevi sorumlulukları, iş hayatına geç başlamaları veyahut ara vermek zorunda kalmaları gibi sebepler düşünüldüğünde kadın işçiler için yarattığı sonuç itibarıyla ayrımcılık oluşturabilmektedir⁸²¹.

Mevzuatımızda ayırım kriterlerine dayalı olarak iş ilişkisi boyunca ayırım yapılamayacağı genel ayrımcılık yasağı düzenlemelerine dayanmaktadır. Bazı ayırım kriterleri yönünden ise bu hususlarda ayrıca düzenleme yapıldığı görülmektedir. Daha önce tek tek ele aldığımız mevzuat hükümlerinden biri olan İş Kanunu madde 5/3 bu duruma bir örnektir. Buna göre iş sözleşmesinin şartlarının oluşmasında ve uygulanmasında *cinsiyet ve gebelik nedeniyle* ayırım yasaktır. STİSK madde 25/2 uyarınca da bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları bakımından herhangi bir ayırım yapılması yasaklanmış, “*ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri*” ise saklı tutulmuştur. Dolayısıyla parasal konularda çalışma şartlarının belirlenmesinde ayrımcılık yasağına bir sınır getirilmiştir. Ancak sendikalı olup olmamaya bakılmaksızın işçinin nitelikleri doğrultusunda çalışma koşullarının düzenlenmesi ise sendikal temelli ayrımcılık oluşturmayacaktır⁸²². Engelli Hakları Kanunu madde 14 uyarınca da istihdamın tüm süreçlerinde engelliliğe dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır.

İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesinin devamı süresince, iş sözleşmesinin türü bakımından da farklı muamele yasaklanmış, esaslı sebepler olmadığı sürece işverenin tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamayacağı düzenlenmiştir.

İşverenin, işin yürütümüyle ilgili olarak aynı ya da benzer nitelikli işçiler arasında gruplandırma yapabileceği kabul edilmektedir. Bunun en yaygın örneklerinden biri olarak, uygulanacak zam miktarı için işçiler arasında gruplandırma yapılması veyahut ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlara ikramiye verilmesi gibi uygulamalar verilebilir. Ancak bu durumda da işveren, grupların oluşturulmasında ve grup içindeki işçilere

⁸²¹ Onaran Yüksel (n 19) 178,182.

⁸²² Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 132 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Sendikal Güvenceler” (n 801) 184.

yapılan ödemelerde keyfi davranamaz; haklı nedenler olmadıkça aynı gruptaki işçiler arasında ayırım yapamaz⁸²³.

Görüleceği üzere işveren yönetim hakkını kullanırken, bu yetkisini keyfi olarak değil, genel olarak eşit davranma borcu sınırları çerçevesinde kullanılmalıdır⁸²⁴. İşverenin yönetim hakkı uyarınca verdiği emir ve talimatlarda ayrımcılık yaratmamalıdır. TBK madde 27 uyarınca, işverenin ayrımcılık içeren emir ve talimatlar vermesi durumunda verilen talimat geçersiz sayılmalıdır⁸²⁵. Ayrıca daha önceki bölümlerle açıkladığımız üzere, ayrımcılık talimatları da yasak çerçevesinde kabul edilmiştir. Bu anlamda işverenin ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatları da hukuka aykırıdır. Bu konuda örneğin, işveren tarafından, işçilere izin verme yetkisi olan işveren vekiline işçiler arasında cinsiyet ayrımı yapılmasına, başka bir deyişle kadın işçilere izin verilmemesi yönünde verilen bir talimat ayrımcı ve hukuka aykırıdır⁸²⁶.

c. Ücret, sosyal yardım ve diğer ücret ekleri

İşverenin haklı ve objektif bir sebep olmaksızın, keyfi olarak işçileri arasında farklı ücret uygulamasına gitmesi, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı olduğu gibi, bu farklı ücret uygulamasının ayrımcılık kriterlerine dayalı olması da ayrımcılık yasağını ihlal edecektir.

Mevzuatımızda genel ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler haricinde, Asgari Ücret Yönetmeliği'nde de asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ile benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamayacağını açıkça düzenlemiştir (madde 5). Nitekim Anayasa madde 55, ücret emeğin karşılığı olduğunu ifade ederek, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerinin ve diğer sosyal yardımlardan faydalanmalarının sağlanması yönünde devlete de pozitif yükümlülük yüklemektedir.

⁸²³ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 171,203; Süzek (n 4) 479; Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 997; Yıldız (n 4) 209; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 441; Kandemir and Yardımcıoğlu, "Eşitlik İlkesi" (n 331) 21; Ugan Çatalakaya (n 6) 159; Ugan Çatalakaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 876.

⁸²⁴ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 158; Süzek (n 4) 478 vd.; Yıldız (n 4) 207.

⁸²⁵ Yıldız (n 4) 209; Süzek (n 4) 89.

⁸²⁶ Yıldız (n 4) 209.

İş sözleşmesinin yapılması esnasında ücretin belirlenmesi ve sözleşmenin devamı boyunca çalışma koşulları ve işin yürütümü gibi hususlarda cinsiyet temelli ayrımcılık, özellikle kadın ve erkekler arasındaki ayrımcılık sebepleri göz önüne alındığında, sıklıkla rastlanan bir olup, bu çerçevede, daha önce de açıkladığımız gibi eşit iş ve eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi ulusal ve uluslararası hukukta koruma altına alınmıştır⁸²⁷. Ayrıca cinsiyet nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması da daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacaktır⁸²⁸. Nitekim kadınlara yönelik özellikle gebelik ve analık haklarına dair koruyucu düzenlemeler ve olumlu önlemler bahane edilerek, kadın işçilerin ücretlerinde kesintiye gidilmesi mümkün değildir.

Ücretin belirlenmesinde yaş, kıdem, emeklilik gibi ölçütler de ayrımcılığa yol açabilmektedir. Örneğin, yaşa dayalı ücret kademelerine dair toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, işyeri yönetmeliği hükümleri ve uygulamaları ayrımcı kabul edilmelidir. Kıdem ve deneyim yönünden kademelendirmeler de genç işçiler yönünden olumsuz bir durum yaratabilecek niteliktedir. Bu durumda haklılaştırılmayan (örneğin yapılan işle bu işle ilgili tecrübe kazanılmış olması arasında bağlantı olması gibi) kıdem ve deneyim kademelendirmeleri, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi olarak değerlendirilmelidir. Benzer durumlar, işçinin siyasi görüşü, dini inancı, cinsel yönelimi, etnik kökeni, dili ve benzeri sebeplerle ücret yönünden daha az lehte muamele ve uygulamalara maruz kalmaları halinde de geçerlidir. Ancak Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerini saklı tutmaktadır. Bu noktada sendikalı ve sendikaya üye olmayan işçiler arasında ayırım yapılabilmesinin sınırını bu istisnai düzenleme oluşturmaktadır.

İşverenin tam süreli çalışan işçileri ile kısmi süreli çalışan işçileri arasında esaslı bir sebep olmaksızın farklı işlem yapamayacağını daha önce de açıklamıştık. Kısmi süreli çalışanlar, özellikle prim ve ücret hakları gibi oranlanabilir tüm menfaatler bakımından, çalışılan süreyle orantılı olarak faydalandırılmalıdır. Aynı şekilde belirsiz süreli işçiye

⁸²⁷ 2. Bölüm, I, C, (2), (f).

⁸²⁸ İş Kanununu m.74/5, “ Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz.” düzenlemesi bu maddenin somut bir örneği olarak nitelendirilmektedir, Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 136.

tanınan haklardan çalıştıkları süre ile orantılı olarak belirsiz süreli işçilerin de yararlanması gerekmektedir.

İncelenmesi gereken diğer bir husus, ücret zamlarıdır. İşveren iş ilişkisi kurulduktan sonra ücret zammı yapacaksa genel anlamda eşit davranma borcu ile bağlıdır⁸²⁹. Ücret zamları, önceden belirlenmiş bir orana göre yapılıyorsa ya da eşit olarak yapılıyorsa veyahut belirli esaslar çerçevesinde ödeniyorsa, işçiler keyfi olarak uygulama dışı tutulmamalıdır⁸³⁰. Belirli bir gruplandırma esasına göre veya performans kriterlerine göre ücret zammı yapılıyorsa, zam oranı tüm işçilere uygulanmalı, keyfi olarak işçilerin kapsam dışı bırakılmaması gerekmektedir⁸³¹. Bu çerçevede işverenin toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine veya yönetim hakkına dayalı olarak, bir veya bir grup işçisine, diğer işçilere uyguladığı zam oranından fazla bir oranda zam uygulaması ayrımcılık yaratıcı nitelikte olmamalıdır. Bu noktada farklı zam uygulamasının ırk, renk, din, düşünce, inanış, cinsiyet, cinsel yönelim, sendikal sebepler gibi ayırım temellerine dayanmaması gerekmektedir. Yine ücret zamları bakımından emekliliğe hak kazanan veya kazanacak olan işçiler yönünden farklı kıstasların (kapsam dışı bırakılma, düşük zam oranları gibi) uygulanması, yaş ayrımcılığının farklı bir yönüdür⁸³². Daha az zam uygulanan işçiler, ayrımcılığın yasaklandığı bir gruba dahilse ve fark bu temellere dayalı ise işveren ayrımcılık yasağını ihlal etmektedir⁸³³.

Bir diğer husus ise işverenin toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile kararlaştırılmamış ancak tek taraflı iradesi ile işçilerine sağladığı sosyal yardımlardır. İşverenin sosyal yardım ve ikramiyeler açısından da genel anlamda eşit davranma borcu ile bağlı olup, ayrımcı uygulamalardan kaçınılmalıdır.

⁸²⁹ Öğretide işverenin bireysel nitelikli ücret zamları bakımından sözleşme özgürlüğü çerçevesinde eşit davranma borcu ile bağlı olmadığı da ileri sürülmektedir. Bkz. Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 138, 171; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 214; Ertürk (n 38) 104; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1626; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 67.

⁸³⁰ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 171, 203; Süzek (n 4) 479; Yıldız (n 4) 209-212; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 997; Kandemir and Yardımcıoğlu, “Eşitlik İlkesi” (n 331) 21; Ugan Çatalkaya (n 6) 159; Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 876.

⁸³¹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 171, 174-175; Süzek (n 4) 479; Yıldız (n 4) 212; Uşan “Eşit Davranma” (n 57) 1626; Ugan Çatalkaya (n 6) 159.

⁸³² Ünal (n 28) 315 vd.

⁸³³ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 174-175; Yıldız (n 4) 211.

3. İş İlişkisinin Sona Ermesinde Ayrımcılık Yasağı

İş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı hususu öğretide tartışmalı bir konudur. Ancak işverenin ayrımcılık yasakları bakımından iş sözleşmesinin sona ermesi aşamasında da sorumlu olduğu tartışmasızdır⁸³⁴. Aşağıda konumuz bakımından ayrımcılık temellerine dayalı fesih işlemi incelenecek olup, dar anlamda eşit davranma borcu yönünden ise öğretideki tartışmalara kısaca yer verilecektir.

a. Fesihle ayrımcılık yasağı

İş ilişkisinin kuruluş aşaması ve devamında işverenin ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlü olduğunu, bu anlamda ancak işin niteliği gibi hususları ilgilendiren konularda haklılaştırılabildiği ölçüde sınırlı olarak farklı muamele yapılabileceğini belirtmiştik. İş ilişkisinin feshi bakımından da işveren, ırk, dil, renk, görüş ve inanış, cinsiyet ve cinsel yönelim, engellilik, yaş, sendikal sebepler ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapamaz.

İş Kanunu madde 5, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını düzenlemiş olup, iş ilişkisi ifadesinin, sona erme halinin de dahil olacak şekilde okunması gerekmektedir⁸³⁵. Fıkra 3, cinsiyet ve gebelik yönünden iş sözleşmesinin sona ermesinde ayrımcılık yapılamayacağını ayrıca ifade etmektedir. İlgili düzenleme, daha önce de belirttiğimiz gibi, konunun önemi sebebiyle cinsiyet ayrımcılığına dair özel bir düzenleme olup, istisna olarak görülmemelidir. Bu anlamda diğer ayrımcılık temellerine dayalı olarak da iş sözleşmesinin feshedilmesi hukuka aykırıdır. Nitekim fıkra 6, ayrımcılık yasağının ihlaline dair yaptırımını düzenlerken, “sona ermesi” haline de yer

⁸³⁴ Süzek (n 4) 482; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 727; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 164; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 442; Doğan Yenisey, “Fesihle Eşit Davranma Borcu” (n 40) 61 vd.; Yıldız (n 4) 257; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 443-462; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 82; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 78-88 vd.; Ugan Çatalkaya (n 6) 187-199.

⁸³⁵ Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 247.

vermiş olduğundan, fesihte de ayrımcılık yasağının geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu yönde bir kabulü haklı kılan diğer bir düzenleme, İş Kanunu madde 18'dir. Buna göre, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla iş ilişkisinin sona ermesinde işveren ayırım yasakları ile bağlıdır. Bu düzenlemeye aykırı bir fesih, eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturacaktır⁸³⁶. Nitekim bu durum ayrıca Anayasa madde 10 düzenlemesinin de bir gereği olup, temel bir ilke olan ve insan hakları ile kuvvetli bir bağa sahip ayrımcılık yasağı karşısında, işverenin sözleşme serbestisi kapsamında dilediği işçinin iş sözleşmesine son vermesi hakkına öncelik tanınması mümkün değildir.

İşçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre feshin türü ve yaptırımları noktasında farklı değerlendirmeler yapılması mümkündür. İş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler yönünden, feshin sonuçlarına dair değerlendirmelerimizi daha sonra detaylı olarak yapacağımızdan, bu başlıkta ayırım yasakları çerçevesinde konu üzerinde durulacaktır.

i. Din, inanç, siyasi ve dünyevi görüş sebebiyle fesihte ayrımcılık

Mevzuatımızda din ve inanç özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğünün anayasa ile güvence altına alındığına önceki bölümlerde değinmiştik. İş Kanunu madde 5, madde 18, TİHEK Kanunu madde 3 de bireylerin din, inanç, dünyevi ve siyasi görüşleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kalmamalarını koruma altına almaktadır. Bu çerçevede gerek dini inanış, gerekse siyasi veya dünyevi görüşü sebebiyle bir işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, ayrımcılık yasağının ihlalidir.

Bu hak ve özgürlüklerin iş ilişkisi sebebiyle sınırlanması noktasında belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğü, işveren ve işyerine yönelik eleştirel açıklamaları da kapsamakla birlikte, iş ilişkisi ile bağlantılı bu açıklamaların işverene ve işyerine zarar verme ile

⁸³⁶ Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 30; Kandemir and Yardımcıoğlu, "Eşitlik İlkesi" (n 331) 27.

sadakat borcunu ihlal riski barındırabilecektir⁸³⁷. Örneğin Hayvanları Koruma Derneği'nde çalışan bir kişinin hayvanlara şiddeti teşvik edici veya destekleyici paylaşımları ya da belirli bir siyasi görüşe yakın bir vakıf tarafından kurulan eğitim kurumunda görevli birinin verdiği basın açıklamasında, vakfın bu eğilimleri ile ters düşen açıklamalarda bulunmasının, sadakat borcunun ihlali olarak görüldüğünde fesih için geçerli bir sebep olabileceği ifade edilmektedir⁸³⁸.

Ancak siyasi ifade ve katılım özgürlüğü bakımından, işçilerin siyasi konularda kamusal tartışmalara katılmaları sebebiyle işveren tarafından ayrımcılığa tutulmaları, işten çıkarılmaları ayrımcılık yasağını ihlal edecektir⁸³⁹. İşçinin siyasi düşüncesinin işverenle aynı olması zorunlu değildir. Ancak işçinin siyasi düşünce açıklamaları ve faaliyetlerinin işverene zarar verici nitelikte olması, işçinin sadakat borcu çerçevesinde değerlendirilebileceğinden, bu halde somut olayın özelliğine göre sadakat borcunu ihlalin fesih bakımından haklı veya geçerli görülmesi mümkün olacaktır.

İşveren, işçilerin dini görüş ve inanışlarına da saygı göstermekle yükümlüdür. Bu durum kural olarak işçinin işyerinde kullanacağı dini sembol ve takıların da sınırlanmamasını gerektirir. Aksi durumda işçinin işten çıkarılması, hem din ve inanç özgürlüğünün hem de kişilik haklarının bir ihlali olup, ayrımcı bir muamele teşkil eder⁸⁴⁰. Ancak, örneğin daha önce ayrımcılık yasağının istisnaları çerçevesinde de detaylıca açıkladığımız üzere, iş sağlığı ve güvenliği sebebiyle getirilen kıyafet ve aksesuar gibi yasaklamalar dini sembol ve takıları da kapsayacak ve ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir⁸⁴¹.

Bir diğer nokta ise kişinin dini veya dünyevi inancı ile işveren tarafından verilen talimat arasındaki çatışma halidir. Bu durum menfaat karşılaştırılması yapılmasını gerekli kılmaktadır⁸⁴². Örneğin özel bir hastanede çalışan bir hekimin inancı gereği karşı

⁸³⁷ Ertürk (n 38) 119-122. Eleştirinin sınırı ve sadakat borcuna aykırılık teşkil edip etmediğine dair yargı kararlarındaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. Y. 22HD., 5.5.2016, E.2015/8023, K.2016/13598; İstanbul BAM. 30. HD. 20.7.2020, E.2018/891, K.2020/1486; Y.22. HD. 26.12.2019, E.2016/25416, K.2019/24401; Y.9.HD. 9.9.2015, E.2014/12912, K.2015/24993; Y.7.HD. 12.6.2014, E.2014/1097, K.2014/13163 (Lexpera) (ET:21.11.2021).

⁸³⁸ Birben, "Özel Yaşam" (n 527) 163-164.

⁸³⁹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 126; Aydın (n 298) 153.

⁸⁴⁰ Birben, "Özel Yaşam" (n 527) 166; Sözer, "2000/78/EG sayılı Yönerge" (n 581) 191.

⁸⁴¹ Birben, "Özel Yaşam" (n 527) 167.

⁸⁴² Ertürk (n 38) 137-140; Yuvalı (n 243) 158.

cinsten bir hastayı muayeneyi reddetmesi⁸⁴³ halinde bu durum iş görme borcunun ihlali teşkil edeceğinden, bu ihlal sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesinin, din ve inanç özgürlüğüne dayanılarak geçersiz kabul edilmemesi gerekmektedir.

Ertürk, sözleşmenin kurulması esnasında öngörülemeyen bir edim ve inanç çatışmasının iş ilişkisinin devamında ortaya çıkması halinde, işverenin haberdar edilmesinin gerekli olduğunu, ancak fesihden önce imkan varsa diğer tedbirlere başvurularak çıkar çatışmasının ortadan kaldırılması gerektiğini, çatışmanın ortaya çıkacağı öngörülemez de işçinin iç dünyasını ilgilendiren bu durumun işyeri düzenini bozması halinde yanılma gerekçesi ile haklı sebeple iş sözleşmesinin feshedilebileceği, işveren tarafından doğruluk ve güven kuralları çerçevesinde iş sözleşmesini bu koşullarla sürdürmesinin beklenemeyecek durumda olmasının da haklı sebeple fesih teşkil ettiğini ileri sürmektedir⁸⁴⁴.

Yuvalı, sözleşme yapıldığı esnada işçinin siyasi, dini, dünyevi görüşü, manevi inancı sebebiyle iş görme edimini yerine getiremeyeceğini ya da eksik bir şekilde yerine getireceğini gizlemiş olmasının, iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesinde haklı bir sebep teşkil ettiğini ifade etmiştir. Bu noktada İş Kanunu madde 25/II, (a) bakımından işverenin yanıtılmasının söz konusu olduğunu ifade etmektedir⁸⁴⁵.

ii. Engellilik sebebiyle ayrımcı fesih

İş Kanunu madde 5 düzenlemesi, engellilik sebebiyle ayrımcılığı kapsama almaktadır. Bunun yanında madde 18 düzenlemesi de “ve benzeri” ifadesi ile engelliliği kapsama almakta olup, engellilik iş ilişkisinin feshedilmesi için geçerli bir sebep değildir.

İşçinin iş görme ediminin gereklerini yerine getirememesinde verim veya performans düşüklüğünden ziyade, engelli işçinin karşılaştığı, işyerinde makul uyumlaştırmanın, gerekli düzenlemelerin yapılmamasından kaynaklanan nedenler yatıyorsa, işyerinde

⁸⁴³ Birben, “Özel Yaşam” (n 527) 167.

⁸⁴⁴ Ertürk (n 38) 141-142.

⁸⁴⁵ Yuvalı (n 243) 161.

alınması gereken önlemler işveren açısından orantısız bir yük teşkil etmediği sürece, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi ayrımcılık yasağının ihlalidir⁸⁴⁶.

Yargıtay bir kararında davalı tarafından davacının engelli olmasına rağmen iş alındığını, engelli işçinin verimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için engellilik oranında bir performans beklenmesi gerektiğini, beklenen bu performansın altında bir çalışma yapılmışsa, bunun somut verilerle kanıtlanması gerektiğini belirterek, genel ifadelerle dayanan fesih gerekçesinin haksız olduğuna kanaat getirmiştir⁸⁴⁷. Bir başka kararında, makul uyumlaştırma değerlendirmesinde bulunmuş, engelli işçi statüsünde çalışan davacının, işe girmeden önce aldığı kurul raporunda %45 engelli olduğu ve masa başı işlerde çalışabileceği belirtildiği halde sekiz saat ayakta çalıştırıldığı, böyle bir durumda davacının performans düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinin haklı olmadığını ifade etmiştir⁸⁴⁸.

iii. Yaş ve emeklilik sebebiyle iş sözleşmesinin feshi

Anayasa madde 10, ayırım kriterleri arasında yaş temeline yer vermemiş olsa da sınırlı sayı ilkesi benimsenmediğinden “ve benzeri” sebepler arasında yaş temelli ayrımcılık da kabul edilmektedir. Madde devamında, çocuklar, yaşlılar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı açık olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu madde 5 için de aynı açıklamalarımız geçerlidir. İş ilişkisinde yaş temeline dayalı ayrımcılık “ve benzeri” sebepler kapsamında yasaklanmıştır.

TİHEK Kanunu madde 3 ise ayrımcılık yasakları içerisinde yaşa da yer vermiş, işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele ise istisna olarak sayılmıştır.

Kişilerin belirli bir yaşa gelmesi, yaşlılık aylığına hak kazanmış olması, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep teşkil etmemekte olup, ayrımcılık

⁸⁴⁶ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 74, dn. 41.

⁸⁴⁷ Y. 9.HD. E.2008/34233, K.2009/14264, 25.5.2009 (Legalbank), (ET:14.10.2021).

⁸⁴⁸ Y. 9.HD. E.2004/23961, K.2005/14007, 21.4.2005 (Legalbank), (ET:14.10.2021).

niteliğindedir⁸⁴⁹. Ancak belirli durumlarda belirli bir yaşa ulaşmanın geçerli bir fesih sebebi olabileceği ileri sürülmektedir⁸⁵⁰. Örneğin belirli bir yaşa gelme, yapılan işle ilgili sürekli bir verim düşüklüğü yaratıyorsa, işçi beklenen özeni gösteremiyorsa, fesih için geçerli bir sebep teşkil edebilir⁸⁵¹. Belirli bir yaşa gelmiş ve yeterli verimi gösterebilen işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi ise eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının bir ihlalidir.

TİHEK Kanunu daha önce de değindiğimiz üzere yaşa bağlı farklı muameleler yönünden birtakım istisnai hallere yer vermiştir. Yaş ile bağlantılı özelliğin mesleki gereklilik oluşturduğu durumlarda, başka bir deyişle yaşla bağlantılı özelliğin olmaması durumunda işin yapılması yönünden önemli sonuçların ortaya çıkacağı durumlarda fesih işlemi ayrımcılık teşkil etmeyecektir. Yine bir diğer istisna hali mesleğin icrasının azami yaş sınırına bağlandığı durumlardır. Örneğin pilotların belirli bir yaşa eriştiklerinde lisanslarının kaybedilmesi hali gibi⁸⁵².

Belirli bir yaşa gelindiğinde iş ilişkisinin sonlanacağına ilişkin sözleşmeye konulan bir kayıt da geçerli sayılmayacaktır⁸⁵³. Öğretide *Ertürk*, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile çalışma yaşının sınırlanmasına yönelik hükümlerin, çalışma hakkı ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkına aykırı olduğunu ve geçersiz kabul edilmesi gerektiğini ifade etmekle birlikte, bazı meslekler yönünden, örneğin modellik, pilotluk, güvenlik görevlisi, sporcu gibi, objektif bir yaş kriteri öngörülmesinin mümkün olacağı da ileri sürmektedir⁸⁵⁴.

Emekliliğe hak kazanmış olmak da iş sözleşmesinin feshedilmesi için tek başına yeterli ve geçerli bir sebep teşkil etmemektedir⁸⁵⁵. Yargıtay uygulamasına bakıldığında da

⁸⁴⁹ Süzek (n 4) 595-597; Yıldız (n 4) 157-162; Bakırcı, "Çocuk ve Genç İşçiler" (n 607) 128-129; Yuvalı (n 243) 155; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 768; Ünal (n 28) 334-335. Ayrıca bkz. Ünal (n 28) 334, dn.144 ile belirtilen yazarlar.

⁸⁵⁰ Belirli bir yaşa gelmenin iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren bir sebep olmadığı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Ünal (n 28) 331 vd.

⁸⁵¹ Yıldız (n 4) 157. Benzer yönde *Ünal*, yaşın işçiden kaynaklanan geçerli bir sebep teşkil etmesi için işyerinde olumsuzluklara yol açması gerekmektedir, Ünal (n 28) 337.

⁸⁵² Ünal (n 28) 338.

⁸⁵³ Bu konuda Yargıtay kararları ve öğreti görüşlerinin detaylı incelemesi için bkz. Ünal (n 28) 341 vd.

⁸⁵⁴ Ertürk (n 38) 177, 184; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 133; Sözer, "2000/78/EG sayılı Yönerge" (n 581) 199; Yıldız, "Fesihte Eşit İşlem" (n 145) 852; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6)768; Ünal (n 28) 355.

⁸⁵⁵ Süzek (n 4) 595-597; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 210-211; Yıldız (n 4) 157.

verilen kararlarda işçinin emekliliğe hak kazanmış olmasının iş sözleşmesinin feshi için tek başına geçerli neden kabul edilmediği görülmektedir⁸⁵⁶. Bununla birlikte, işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi ve işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işten çıkarma yapıldığında, emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabii tutulması geçerli bir neden olarak kabul edilmiş bulunmaktadır⁸⁵⁷. Emekliliğe sevk yetkisi ise işverene ait bir yetki olmayıp, bu noktada işyeri iç yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmesi hükümleri ile de bu yetkinin öngörülmesi geçersizlik sonucunu doğurur⁸⁵⁸.

Bu konuda 2000/78/EC sayılı AB Direktifi de işçiler arasında yaş bakımından ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak Direktif, yaş sebebiyle yapılan farklı muameleler yönünden bir kısım gerekçeleri haklı kabul ederek bir istisna oluşturmuştur. Örneğin üye devletler tarafından mesleki entegrasyonları ve korunmalarını temin maksadıyla, bakımından sorumlu oldukları kimsesi olan gençler ile yaşlı işçiler için istihdam edilebilirlik ve mesleki eğitime giriş, işten çıkarma ve ücret dahil istihdam edilme ve mesleki açılardan özel koşulların getirilmesi mümkündür. Yine istihdam edilebilmeleri maksadıyla yaş, profesyonel deneyim ve kıdemle ilgili asgari koşullar veya istihdamla ilintili olmak üzere belli kimi avantajlar tespit edilmesi mümkündür. Ayrıca işin gerektirdiği eğitim veya emekliye ayrılmadan önce makul bir süre çalıştırma gerekçesiyle azami yaş koşulu tespit edilmesi de mümkün kabul edilmiştir.

⁸⁵⁶ Yargıtay yaş ile ilgili bir kararında, 52 yaşında olan davacı işçinin, performans düşüklüğü ileri sürülmeksizin, emekliliğe hak kazandığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin işverence feshedilmesini haklı sebep kapsamında değerlendirmemiştir, Y.9.HD. 5095/7238, 3.3.2005 (Legalbank), (ET:15.10.2021).

⁸⁵⁷ Yuvalı (n 243) 154-155, dn.638-639. Sosyal seçim ölçütü olarak yaş ve emeklilik hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Ünal (n 28) 355 vd.; Güzel and Ertan, “Sosyal Seçim Ölçütleri” (n 706) 1304. Yargıtay kararına konu olayda işçinin iş sözleşmesi, personel sayısının azaltılması kapsamında alınan karar ile yaşlılık aylığına hak kazanması sebebiyle feshedilmiş, eksik inceleme sebebiyle bozulan kararda ayrıca işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabii tutulmasının dairesinin uygulaması bakımından geçerli neden kapsamında değerlendirildiği belirtilmiştir, Y.9.HD. E. 2008/28825, K.2009/13792, 25.5.2009 (Legalbank), (ET:15.10.2021).

⁸⁵⁸ Ertürk (n 38) 184 vd.; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 132-133, yazar bu noktada ancak emeklilik aylığına hak kazananların işine nasıl son verilebileceğine dair prosedürel bir düzenleme niteliğinde bir hüküm konulabileceğini ifade etmektedir.

iv. Cinsiyet ve cinsel yönelim sebebiyle iş sözleşmesinin feshi

İşverenlerin salt işçinin cinsiyeti veya cinsel yönelimi veya cinsiyetine özgü bir niteliği sebebiyle iş sözleşmesini feshetmesi, ayrımcılık teşkil etmektedir.

Özellikle kadın işçilere yönelik olarak, işçinin evlenmeyeceği, hamile kalmayacağı, aksi durumun iş sözleşmesinin işverene fesih yetkisi vereceği yönünde sözleşme hükümleri ile ayrımcı muamele uygulandığı bir gerçektir. Daha önce de belirttiğimiz gibi ilgili hükümler taraflardan birinin hak ve özgürlüğünden feragat etmesi ile sonuçlanmakta, bu durum da ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmekte ve TMK madde 23 uyarınca hukuken geçersiz olmaktadır. Nitekim kadın işçinin evlenmesi iş ilişkisini olumsuz etkileyecek bir durum olmayıp, fesih sebebi yapılamaz. Hamilelik hali ise yalnızca kadınlara özgü bir nitelik olup, kadının fizyolojisi ve biyolojisiyle ilgilidir. Bu anlamda kadın işçinin özel olarak korunması, yeterli bir iş güvencesi öngörülmesi gerekmektedir⁸⁵⁹.

Hamilelik sebebiyle işçinin iş sözleşmesine son verilmesi cinsiyet ayrımcılığının açık örneklerinden biridir. Özellikle hamilelik süresince işçinin bazı dönemlerde sıkıntılar yaşaması, veriminin düşmesi doğaldır. Ancak işverenin, bu süreçte iş sözleşmesini feshetmek yerine işçinin durumuna uygun çalışma şartları sunması gerekmektedir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı bir kararında, bir kadının sadece hamile olması gerekçesiyle işe alınmasının reddinin ya da iş sözleşmesinin feshinin, hamileliğin sadece kadınlara özgü bir olgu olması sebebiyle, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir⁸⁶⁰. Bir başka kararında ise doğum iznine ayrılacak çalışanın yerine belirsiz süreli olarak işe alınan bir kadın çalışanın, işe başlamasından kısa bir süre geçtikten sonra hamile olduğunun anlaşılması sebebiyle iş sözleşmesinin feshinin cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Kararda ayrıca

⁸⁵⁹ Onaran Yüksel (n 19)225 vd.

⁸⁶⁰ Case 177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, [1990] ECR I-03941.

işverenin, hamilelik sebebiyle işçinin devamsızlığından kaynaklı ekonomik kaybın da haklı bir gerekçe oluşturmayacağını belirtmiştir⁸⁶¹.

İş Kanunu madde 74 uyarınca kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için süt izni verilmekte olup, süt izni günlük 1,5 saat olarak düzenlenmiştir. Süt izninin kullanılması, kadın işçinin yasal bir hakkı olup, iş sözleşmesi bu sebeple feshedilemez. İlgili madde kapsamında doğum yapan kadın işçiye on altı hafta (çoğul doğumda on sekiz hafta) verilmekte, sonrasında işçinin talebine göre haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin, altı aya kadar ücretsiz izin haklarından faydalanması sağlanır⁸⁶². Ayrıca İş Kanunu madde 13/5, mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceğini düzenlemiştir. Bu çerçevede kadın işçinin bu haklarını kullanıyor olması da işveren için fesih sebebi oluşturamaz. Eğer kadın işçinin iş sözleşmesi bu sebeplerle feshedilmişse, cinsiyet sebebiyle ayrımcılık yapıldığı ileri sürülebilecektir.

Nitekim 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 5. maddesinde doğum izni sırasında iş gelmemenin sözleşmesinin feshi için geçerli nedenler arasında kabul edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin 92/85/EEC sayılı AB Direktifi, hamile, loğusa veya emzikli kadınların birçok açıdan özel risk grupları içinde yer aldığı ve bunların güvenlik ve sağlıkları için özel önlemler alınmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bu kapsamda birtakım özel koruyucu önlemler öngörmüş, madde 10 ile işten çıkarılmanın yasaklanmasına dair detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çerçevede üye devletlere hamilelik süresinin başından analık izninin sonuna kadarki süreçte işten çıkarılmaya karşı engelleyici tedbirlerin alınması yönünde yükümlülük getirmektedir.

⁸⁶¹ Case 32/93, *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd.* [1994] ECR I-03567. Ayrıca bkz. Ellis and Watson (n 64) 333, 339.

⁸⁶² Yargıtay kararına konu somut olayda, davacı işçi ücretsiz doğum izni kullanmasına izin verilmemiş, davalı işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay kararında İş Kanununda, ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izin verileceğinin belirtildiği ve kanun koyucunun, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin taktirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlediği, doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçinin tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılacağı, bu kapsamda feshin geçersiz olduğu yönünde değerlendirme yapılmıştır, Y.9.HD. E. 2008/36349, K. 2009/20734, 13.7.2009 (Lexpera) (ET:18.12.2021).

İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207/EEC sayılı AB Direktifini değiştiren 2002/73/EEC sayılı AB Direktifi, işten çıkarılma bakımından da kamuda ya da özel sektörde cinsiyete dayalı doğrudan ya da dolaylı hiçbir ayrımcılığın yapılamayacağını kapsam dahilinde ifade etmektedir (madde 3). 2006/54/EC sayılı AB Direktifi de aynı düzenlemeye yer vermektedir (madde 14).

Yasaklanan bir diğer ayrımcılık temeli de cinsel yönelimdir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere işveren tarafından işçinin cinsel yönelimi sebebiyle farklı muamelede bulunması ayrımcılık yasağını ihlal etmektedir. Bu çerçevede işçinin cinsel yönelimi sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi de ayrımcılık yasağının kapsamındadır. Cinsel yönelim işçinin kendi özel yaşamına ilişkin olup, mahrem olan bu alana müdahale mümkün değildir. Örneğin işyerindeki diğer işçilerin, bir işçinin cinsel yönelimi sebebiyle kendisine sataşması işyeri düzenini de bozacak nitelikte olup, bu durum cinsel yönelimi sebebiyle ayrımcılığa uğrayan işçi yönünden değil, sataşan işçiler yönünden bir fesih sebebi teşkil edebilir.

Bu noktada cinsel yönelimin ve özel yaşam tercihlerinin çalışma düzenini olumsuz etkilememesi, işverene ve işyerine zarar vermemesi gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre işçinin özel hayatına dair davranışları, cinsel yönelimi, cinsel kimliği, yaşam biçimi işyerinde soruna yol açıyor, güven ilişkisini zedeliyor ise geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilebilir⁸⁶³. Örneğin, işçinin aşırı cinsel aktiviteye bağlı olarak fiziki kondisyonunun önemli olduğu bir işte emsal işçi ile karşılaştırıldığında daha az performans ile çalıştığı tespit ediliyorsa, işverenin işçinin yetersizliğinden kaynaklı olarak iş sözleşmesini feshetmesi ayrımcılık olarak değerlendirilmemekte, feshin cinsel

⁸⁶³ Keser, "Özel Hayat" (n 516) 30; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 756. Yargıtay bir kararında İş Kanunu m.5 ve m.18 ile düzenlenen ayrımcılık yasağının kapsamı için, "işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı" ifadesini kullanmış, bu durumu da yasak kapsamına dahil etmiştir; Y.9.HD. 38590/7042, 17.3.2009 (Lexpera) (ET:28.8.2021). Benzer yönde bkz. Y.22.HD. 3.6.2020, E.2016/33418, K.2020/5493; Y.22.HD. 16.5.2018, E.2015/32477, K.2018/12025; Y.9.HD. 31.1.2013, E.2010/40480, K.2013/3720 (Legalbank) (ET:15.10.2021). Ayrıca İş Kanunu m.18 gerekçesine bakıldığında, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışının, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumunun, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmadığı sürece, işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak sayılmayacağı ifade edilmektedir (<https://app.e-uyar.com/gerekce>) (ET:28.8.2021).

yaşam sebebiyle değil, cinsel yaşamının iş performansını düşürmesi sebebiyle olduğu ifade edilmektedir⁸⁶⁴.

Yargıtay kararına konu bir uyuşmazlıkta, evli ve 3 çocuk sahibi olan davacı işçinin, aynı işyerinde çalışan evli bir kadın işçi ile gönül ilişkisi yaşamasının, işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki çalışma ortamını olumsuz etkilediği ve davacının bu davranışının doğruluk ve bağlılığa aykırı olup, güven ilişkisinin zedelendiği, işverenin iş akdini feshinin özel hayata müdahale olmadığı, bu nedenle işverenin feshinin haklı nedene dayandığı değerlendirilmesinde bulunmuştur⁸⁶⁵. Bir başka kararında evli olan davacının davalı işyerinde çalışan bir kadın işçi ile gönül ilişkisine girdiği, işyerindeki bazı hareketleri, tutum ve davranışları neticesinde durumun çalışma arkadaşları tarafından farkedildiği, bu durumun çalışma arkadaşları nezdinde olumsuzluk yaratmasının yanı sıra ahlak ve adaba da mugayir olduğu, davalının bu durumda davacıyı çalıştırmasının beklenemeyeceği, davalının iş akdini fesihte haklı nedene dayandığı değerlendirilmesinde bulunmuştur⁸⁶⁶. Ancak bu kararlar eleştiriye açıktır. Nitekim bir işçinin işyerinde bir başka işçi ile ilişkisinin olması, bu işçilerin başkaları ile evli olmaları fesih için yeterli değildir. Bu durumun çalışma ortamını bozduğunun açık bir şekilde ortaya konmuş olması gerekir. Bu durumda ise en azından haklı sebeple fesih değil geçerli sebeple feshin koşulları yönünden detaylı bir değerlendirme yapılabilir. Ahlak ve adaba aykırılık yönündeki gerekçe, haklı sebeple fesih için tek başına bir sebep teşkil etmemektedir.

Benzer bir konuda AYM önüne gelen uyuşmazlıkta, başvurucunun bir başka işçi ile çalışma arkadaşlığı ilişkisini aşan bir ilişki yaşadığı, bu ilişkinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığına anlaşıldığı, bunun işin yürütümünü bozucu nitelikte olduğu, işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin, işveren açısından beklenemeyeceğinden bahisle geçerli sebeple iş akdinin feshedildiği yönünde Yargıtayca karar verilmiştir. AYM ise söz konusu olayda, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiş, gerekçesinde de işyerinde yaşanan ancak işin işleyişine etkisi olmayan her ilişkinin fesih nedeni olacağını doğrudan kabul etmenin, işverenin

⁸⁶⁴ Aydın (n 298) 243; Birben, “Özel Yaşam” (n 527) 153.

⁸⁶⁵ Y.9.HD. E.2018/10504, K.2019/8673, 15.4.2019 (Lexpera) (ET:18.12.2021).

⁸⁶⁶ Y.9.HD. E.2017/11196, K.2019/14430, 27.6.2019 (Lexpera) (ET:18.12.2021).

menfaatleri ile işçinin menfaatleri arasında pozitif yükümlülükler kapsamında devlet tarafından korunması gereken dengenin işçi aleyhine bozulması sonucunu doğuracağını ifade etmiştir. Bu kapsamda iki çalışan arasındaki ilişkinin iş akdinin feshi nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilişkinin varlığı ve anılan ilişkinin işin yürütülmesine olumsuz etkileri ile birlikte iş akdinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceğinin işveren tarafından tam olarak ortaya konulması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır⁸⁶⁷.

İşçinin iş ilişkisi devam ederken cinsiyet değiştirmiş olması halinde ise, işin sadece belirli bir cinsiyet tarafından gerçekleştirilebilecek olması söz konusu ise bu halin işin görülmesini engelleyebilecek bir zorlayıcı sebep olarak değerlendirilmesinin ve iş sözleşmesinin feshedilmesinin mümkün olduğu, aksi durumda salt cinsiyet değişikliğinin iş sözleşmesinin feshinde haklı veya geçerli bir sebep olarak kabul edilemeyeceği de öğretide dile getirilmiştir. Bu noktada *Keser*, işçinin çalıştığı işyerinde çalışan diğer işçilerin eğitim durumları, toplumsal yaşantıları, ahlaki değerleri ve inançlarının bu tür bir cinsiyet değişikliğine ciddi bir reaksiyon vermelerine sebep olması durumunda, esas olanın işyerindeki huzur ve düzenin varlığı olması sebebi ile bu tür bir cinsiyet değişikliğinin işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine olumsuz etki yaptığı ispat edilmek koşuluyla, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesinin gündeme gelebileceğini de ifade etmektedir⁸⁶⁸. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kişilerin cinsel kimliklerine saygı duyulması insan haklarının bir gereği olup, diğer işçilerin düşünceleri sebebiyle salt bir bireyin cinsel kimliği veya transseksüel olması sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hem ayrımcılık hem de kişilik haklarına bir saldırı teşkil edecektir. Bu anlamda salt bir işçinin cinsel kimliğinin işyeri huzurunu bozması, fesih için hukuki bir gerekçe olarak kabul edilemez.

v. Sendikal sebeplerle iş sözleşmesinin feshi

Anayasa'nın 51. maddesine göre ise, işçiler ve işverenler önceden izin almaksızın sendikalarını kurabilirler, bunlara serbestçe üye olabilirler ve üyelikten ayrılabilirler. Hiç kimse sendikaya üye olmaya, üye kalmaya, üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Bu bakımdan sendikal özgürlükler anayasa ile güvence altına alınmış bulunmaktadır.

⁸⁶⁷ AYM, H.Ç. Kararı, Başvuru No.2017/14907, 30.9.2020 (Lexpera) (18.12.2021).

⁸⁶⁸ Keser, "Özel Hayat" (n 516) 28.

Sendikal nedenlerle yapılan feshin ayrımcı bir muamele olduğundan şüphe yoktur. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25, işçilerin işe alınırken ya da iş ilişkisinin devamında sendika üyeliği nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağını, aynı şekilde sendikal nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu kapsamda işveren bir sendikaya üye olan işçiler ile sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında iş sözleşmesinin feshi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Yine işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı iş sözleşmelerinin feshi veya farklı işleme maruz kalmaları hukuka aykırılık teşkil edecektir. Sendikal sebeplerle fesih aynı zamanda, İş Kanunu madde 5 ve madde 18 hükümlerin kapsamında da yasaklanmış bulunmaktadır.

İşçinin sendikaya üyeliği sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, sendikal fesih olup, ayrımcılık teşkil eder. İşçinin herhangi bir sendikal faaliyete katılmış olması da şart değildir. İş sözleşmesinin sendika üyeliğine bağlı hakların kullanılması sebebiyle sona erdirilmesi halinde de sendikal fesih söz konusudur⁸⁶⁹.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 66, “*Kanuni bir grev kararının alınmasına katılma, teşvik etme, greve katılma veya greve katılmaya teşvik etme nedeniyle bir işçinin iş sözleşmesi feshedilemez.*” düzenlemesi ile kanuni bir grev sebebiyle işçilere güvence getirmiş bulunmaktadır. Ancak kanun dışı bir grevin söz konusu olduğu durumda işverenin, grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını

⁸⁶⁹ Ertürk (n 38) 196. Yargıtay bir kararında, sendikal sebeple feshin geçersizliği yönünde karar verirken şu değerlendirmede bulunmuştur: “*Sendika özgürlüğü Anayasaca güvence altına alınan sosyal ve klasik temel haktır. Anayasa madde ikideki ifadesini bulan “sosyal devlet” ilkesinin gerçekleşmesine aracı olur....Bireysel sendika özgürlüğü, kolektif sendika özgürlüğünün temelidir ve bu ikisi bir bütünü oluşturur. Çalışanların örgütlenmesi önündeki tüm engeller, toplu sözleşme düzeninin varlığını tehdit eder. Sendikal sebeple yapılan fesih, bu engellerden biridir. Feshin ilk bakışta iş sözleşmesi ve işçi üzerinde etkisini göstermesi yanlıcıdır. Bu haksız fiil, temelde sendikaya ve nihayet toplu sözleşme düzenine yönelmektedir. Farklı ifadeyle, işveren işçiyi işe alırken ve çalıştırırken sendikal sebeple ayırım yapıyorsa ya da bu sebeple işçiyi işten çıkartıyorsa, aslında sendikayı işyerinden çıkarmak ya da toplu sözleşme düzenini etkisiz kılmak istemektedir. Haksız fiilin sebebi ve hakkın özü bakımından yapılan bu tespit, devletin yükümlünün, hak sahibinin yetkilerinin ve ilgili hukuk kuralının barındıracağı yaptırımın belirlenmesinde temel dayanak olmalıdır. Yaptırım belirlenirken, sendikal sebeple yapılan feshin, ilk bakışta iş sözleşmesi ve işçi üzerinde etkisini gösteren fakat temelde sendikaya ve nihayet toplu sözleşme düzenine yönelik bir haksız fiil olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.*”, Y.9.HD. E.2016/34608, K.2017/17263, 2.11.2017 (Kazancı İçtihat) (ET:29.8.2021).

teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devama teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilmesine de yasal olarak izin verilmiştir (madde 70).

İşverenin farklı muamelesi, sendikal nedene dayalı bir ayrımcılık oluşturuyor ise, bu durumda İş Kanunu madde 5 ile öngörülen ayrımcılık tazminatı değil, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. Maddesinde öngörülen sendikal tazminat söz konusu olmaktadır. Sendikal tazminat, sendikal nedenlerle yapılan feshin hukuki sonuçlarından biridir⁸⁷⁰.

vi. Diğer temellere dayalı ayrımcı fesih

İrk, etnik köken gibi sebeplerle ayrımcılık yasak kapsamındadır. İrk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konmasına İlişkin 2000/43/EC sayılı AB Direktifi, işten çıkarma ve ücret dahil istihdam ve çalışma koşullarında bu yönde bir ayrımcılık yapılamayacağını açıkça düzenlemektedir (madde 3). Nitekim işçinin ırk, renk, etnik veya ulusal köken gibi sebeplerle iş sözleşmesinin feshi Anayasa madde 10, İş Kanunu madde 5 ve 18 uyarınca hukuka aykırıdır. Anadil de bu kapsamda değerlendirilebilecek bir olgudur. Bu kapsamda işverenin işçileri arasında salt anadillerine bağlı olarak ayırım yapması, ırka veya etnik kökene bağlı ayrımcılık kategorisinde değerlendirilmelidir. Ancak yürütülecek işin özelliği gereği o ülkedeki dili iyi bir şekilde bilinmesi, iletişim güçlüklerinin işin yürütümünü olumsuz etkileyecek olması gibi somut ve objektif sebeplerin varlığı halinde o ülkedeki dilini tam olarak bilmeyen işçinin işin yürütümünde oluşan aksaklıklar sebebiyle sözleşmesinin feshedilmesi ayrımcılık olarak değerlendirilmemelidir⁸⁷¹. Ancak bu noktada, işin yürütümünde önemli bir olumsuzluk yaşanmış olması ve bunun objektif olarak somut delillerle ispat edilebiliyor olması gerekir. Aksi halde fesih işlemi ağır bir müdahale teşkil edecektir. Bu anlamda kanaatimizce feshe son çare olarak yaklaşılması, fesih işleminden önce işçinin dilini geliştirici eğitim ve kurs gibi seçeneklerin de tüketilmesi gerektiği düşünülmelidir.

⁸⁷⁰ Sendikal tazminat konusu, ayrımcılık tazminatı ile karşılaştırmalı olarak ilerleyen bölümlerde ele alınacaktır.

⁸⁷¹ Yuvalı, "İrk ve Etnik Köken" (n 71) 81.

İşçinin sağlık durumu da ayrımcılık ve fesih konusu olabilecek bir olgudur. İşçinin sağlık durumunun işyerinde kendisinden beklenen, işin görülmesi için gerekli verimin ve performansın alınamamasına sebep olacak nitelikte olması durumunda eğer, haklı sebeple fesih kapsamında değilse, fesih için geçerli bir sebep teşkil edeceği kabul edilmektedir⁸⁷². İşçinin hastalığının bulaşıcı nitelikte olması ve bu bakımdan gerek diğer işçiler gerekse müşteriler yönünden bir tehlike riski barındırması ya da örneğin ağır ve tehlikeli bir işte çalışan işçinin sağlığının çalışmaya devam etmesine uygun olmaması ve işçinin değerlendirilebileceği başka bir pozisyonun da bulunmaması gibi durumlarda da, somut olayın koşulları çerçevesinde iş sözleşmesinin feshedilmesinin mümkün olduğu kabul edilebilecektir⁸⁷³. Örneğin bir aşçının Hepatit gibi bulaş riski yüksek⁸⁷⁴ bir hastalığının varlığı halinde fesih işlemi ayrımcı nitelik taşımayacaktır. Burada hastalık, yapılan işin niteliği ile de bağdaşmamaktadır⁸⁷⁵. Her bulaşıcı hastalık, işçinin işini görmesini etkilemediği gibi, diğer işçilerin veya işverenin sağlığı açısından tehlike de arz etmeyebilir. HIV virüsünün sıradan fiziksel temas yoluyla bir başkasına geçme riskinin olmaması⁸⁷⁶ sebebiyle, virüsün bulaşmasının mümkün olmadığı işler bakımından işçinin HIV virüsü taşıması sebebiyle işten çıkarılması kötü niyetli bir fesihtir⁸⁷⁷. AIDS hastalığına yakalanmada kusuru olmayan ve devamsızlığı da bildirim sürelerini aşmayan işçinin salt hastalığı sebebiyle sözleşmesinin feshedilmemesi gerekmekte olup, hastalığın ilerleyen sürecinde işçinin iş görme edimini yerine getirmede yetersiz kalması, vücudunun iş temposunu kaldıramıyor olması halinde ise

⁸⁷² Örneğin işçinin işyerinde çalışırken, çalıştığı dönem içerisinde toplam 368 gün rapor aldığı, bu süre içerisinde 164 çalışma günü çalıştığı, diğer sürelerde de izinli olduğu, bu çalışma şekline göre kendisinden verim alınmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle, geçerli fesih sebebinin olduğu yönünde bkz. Y.9.HD. E.2004/31892, K.2005/14992, 28.4.2005 (Legalbank), (ET:29.8.2021).

⁸⁷³ Bulaşıcı hastalığın önemli nitelik taşıması gerektiği, örneğin verem ve zührevi hastalıklar, uyuz ve cüzzam gibi bulaşıcı hastalıklar, önemli nitelikte bulaşıcı hastalıklar olarak kabul edilirken, nezle de bulaşıcı olmakla birlikte önemsiz olduğu için fesih sebebi oluşturmayacağı yönünde bkz. Ertürk, "Hastalık" (n 806) 6 vd.

⁸⁷⁴ RG. 30.5.2007/26537 ile yayımlanan Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'nde hangi hastalıkların bulaşıcı hastalık olduğu belirtilmiş olup, bu konuda bkz. Yönetmelik EK-I, Bulaşıcı Hastalıklar Listesi.

⁸⁷⁵ Yıldız (n 4) 162-164.

⁸⁷⁶ Yanak yanağa öpüşmek, tokalaşmak, işyerinde aynı ortamda çalışmak, aynı telefonu kullanmak, aynı bardağı kullanmak bulaşmaya neden olmamakta, ayrıca HIV virüsü diğer enfeksiyonlar gibi hava yolu ile bulaşmamaktadır. Ayrıca HIV virüsü taşınması, AIDS hastası olduğu anlamına gelmeyip AIDS, HIV'nin tedavi edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek bir hastalıktır. Bkz. <https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/aids-nedir-hiv-nedir-aids-tedavisi-nasildir>, ET:28.8.2021.

⁸⁷⁷ Aydın (n 298) 187-188.

feshin kötü niyetli olduğu söylenemez⁸⁷⁸. Bir diğer durum da işçinin hastalığının tedavi edilemez nitelikte olması halinde ortaya çıkmaktadır. İşçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanması, iş sözleşmesinin fesih tarihi itibarıyla hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması halinde, başkaca bir çözüm yolu bulunamamış ise son çare olarak işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi haklı kabul edilmektedir⁸⁷⁹. Nitekim İş Kanunu madde 25/I, (b) hükmünde, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulunca saptanması halinde işverene haklı nedenle fesih yetkisi tanınmış bulunmaktadır.

Sonuç olarak belirtmemiz gerekir ki, işçinin İş Kanunu bakımından haklı veya geçerli bir sebep teşkil etmeyen, işyerindeki diğer işçileri ve üçüncü kişileri tehlikeye atmayan bir hastalığı veya sağlık sorunu sebebiyle işe alınması, çalışma koşulları veya iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından yapılan farklı muamele ayrımcılık teşkil edecektir.

Çalışma konumuz kapsamında buraya kadar fesih aşamasında ayrımcılık yasağını ele almakla birlikte, ayrımcılık yasağı ile dar anlamda eşit davranma borcu arasındaki hukuki nitelik farklılığını ve öğretideki yaklaşımların farklılığını daha iyi ortaya koyabilmek için, dar anlamda eşit davranma borcunun fesih aşamasındaki varlığına da değinmek gerektiği düşüncesindeyiz. Bu kapsamdaki açıklamalarımıza da bir sonraki başlıkta yer verilecektir.

b. Fesihte dar anlamda eşit davranma borcunun varlığı

İş sözleşmesinin feshinde dar anlamda eşit davranma borcu olup olmadığı konusu öğretideki tartışmalı konulardan biridir⁸⁸⁰. Öğretideki hakim görüş (birinci görüş), kural olarak ücretlerde ve iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun mutlak olarak

⁸⁷⁸ Ertürk, “Hastalık” (n 806) 23.

⁸⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. Hediye Ergin, “İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı”, (2017) (38) Sicil İş Hukuku Dergisi 54, 54-64.

⁸⁸⁰ Dar anlamda eşit davranma borcu, çalışmamızın esas inceleme alanına dahil olmadığından, konunun önemi sebebiyle doktrin görüşlerine yer verilmesi gerekli görülmüş, bu anlamda açıklamalarımızın kapsamı öğretideki görüşleri ile sınırlı tutulmuştur.

uygulanmadığı, işverenin bu borçla bağlı olmadığı yönündedir⁸⁸¹. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, kötüye kullanılmaması kaydıyla işverenin dilediği işçinin iş sözleşmesini sona erdirme hakkı olduğunu, haklı fesih durumunda işçilerin kişisel durumlarının birbirinden farklı olacağından eşit davranma borcunun söz konusu olmayacağını ileri sürmektedir⁸⁸². Uşan, bu görüşünü sözleşme özgürlüğüne ve işverenin takdir ve seçim hakkına dayandırmaktadır. Yazara göre işveren, aynı olaya karışan işçileri işten çıkardıktan sonra dilediğini işe geri alabileceğinden, eşit davranma borcu altında değildir⁸⁸³. Engin ise, Türk hukukunda dar anlamda eşit davranma borcunun yer almadığını, fesihte eşitlik ilkesinin fesih hakkının kötü niyetli kullanılmamasından ibaret olduğunu savunmaktadır⁸⁸⁴. Görüleceği gibi bu görüşler, kötü niyetli olarak fesih hakkının kullanılmaması gerektiği noktasında birleşmekte, bunun dışında iş sözleşmesinin feshinde işçinin özel durumu, davranışları, nitelikleri gibi faktörlerin etkili olacağı; işverenin aynı durumdaki işçilerden dilediğinin sözleşmesini feshetme hakkının bulunduğunu ileri sürmektedir.

Öğretide yer alan ikinci görüş, fesihte dar anlamda eşit davranma borcunun sınırlı olarak uygulanabileceğini ileri sürmektedir⁸⁸⁵. Tuncay, fesihte ayırım yapılmasını haklı gösterebilecek birçok sebep bulunabileceğine vurgu yapmakta, dar anlamda eşit davranma borcunun daha çok haklı sebeple (olağanüstü) fesihte uygulanabileceğini ileri sürmektedir⁸⁸⁶. Doğan Yenisey, Tuncay'a katılmakta, eşit davranma borcunun doğası gereğince sınırlı olarak iş sözleşmesinin feshinde uygulama alanı bulabileceğini ifade etmektedir⁸⁸⁷. Bu görüşlerin ortak noktası, menfaatler arası dengenin gözetilmesi gerektiği, işverenin farklı muamelesi ardında yatan sebebin incelenmesi gerektiği yönündedir.

⁸⁸¹ Demircioğlu, Centel and Kaplan (n 152) 121-122; Tunçomağ and Centel (n 57), s.149; Çelik, "Eşit Davranma Borcu" (n 41) 6; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 461 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 212; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 254) 725-727; Engin (n 315) 112; Uşan "Eşit Davranma" (n 57) 1630; Senyen Kaplan, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 16) 259-260.

⁸⁸² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4)461-462.

⁸⁸³ Uşan "Eşit Davranma" (n 57) 1630.

⁸⁸⁴ Engin (n 315) 112.

⁸⁸⁵ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 207-209; Doğan Yenisey, "Fesihte Eşit Davranma Borcu" (n 40) 61 vd.; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 69.

⁸⁸⁶ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 213-214, 217.

⁸⁸⁷ Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 997; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 64; Doğan Yenisey, "Fesihte Eşit Davranma Borcu" (n 40) 64 vd.

Öğretideki üçüncü görüş ise dar anlamda eşit davranma borcunun iş sözleşmesinin feshinde de işvereni bağladığını savunmaktadır⁸⁸⁸. *Süzek*, bunun Anayasa madde 10 ile düzenlenen eşitlik ilkesinin bir gereği olduğunu, haklı veya geçerli bir sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedeceği işçinin seçiminde olayın özelliğine göre hakkaniyete, genel anlamda eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini savunmaktadır⁸⁸⁹. *Yıldız*, işveren tarafından yapılan feshin türünün, işten çıkarılan işçi sayısının önem arz etmediğini, fesihle dar anlamda eşit davranma borcu yönünden sadece eşitlere eşit değil farklı durumda olanlara da farklı davranılmasının bir gereklilik olduğunu ileri sürmektedir⁸⁹⁰.

Sonuç olarak, ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin her aşamasında varlığını korumakta ve işvereni bağlamaktadır. Dar anlamda eşit davranma borcu ise yukarıda değindiğimiz gibi farklı yaklaşımlar ile öğretilerde ele alınmış ve fesih aşamasında da bir görüş birliği sağlanmamıştır.

Ayrımcılık yasağının kapsamlı olarak ele alındığı bu bölümün ardından bir sonraki bölümde, denetim ve tespit aşamalarına değinilerek yaptırım aşaması detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

⁸⁸⁸ *Süzek* (n 4) 481 vd.; *Yıldız* (n 4) 257 vd.; *Tuncay*, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 213 vd.; *Ertürk and Gürsel*, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 445; *Ertürk* (n 38) 113-115; *Ugan Çatalkaya* (n 6) 212 vd.; *Baysal*, "Eşit Davranma" (n 55) 85-86; *Kandemir and Yardımcıoğlu*, "Eşitlik İlkesi" (n 331) 30-31; *Doğan*, "Eşitlik İlkesi" (n 250) 194; *Ünal* (n 28) 168.

⁸⁸⁹ *Süzek* (n 4) 484.

⁸⁹⁰ *Yıldız* (n 4) 257, 260.

BÖLÜM 3

AYRIMCILIK YASAĞINDA DENETİM, İSPAT VE YAPTIRIM

I. AYRIMCILIK YASAĞINDA DENETİM MEKANİZMALARI

Önceki bölümlerde yer verdiğimiz üzere, ulusal ve uluslararası hukuk bakımından eşitlik ve ayrımcılıkla mücadele önemli bir yere sahiptir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve herkesin bunlardan eşit şekilde faydalanabilmesi, ayrımcılık ve eşitsizliklerin önlenmesi için devlet sorumluluk ve yükümlülük sahibi olup, bu anlamda yasama, yürütme ve yargı organlarınca insan hakları ihlallerine yönelik pozitif ve negatif yükümlülüklerle uygun davranılmalıdır. Yasal düzenlemeler ile yargı mekanizmaları, insan hakları ihlallerinin önlenmesinde tek başına yeterli sayılamaz. İkinci olarak sivil toplum örgütleri olarak da ifade edebileceğimiz NGO (*Non-governmental organizations*), hükümet dışı organizasyonlar, devlet otoritesinden bağımsız olarak faaliyet göstererek insan haklarının korunmasında önemli bir araçtır. Ancak insan hakları ihlallerinde başka modeller, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da gittikçe öne çıkmaktadır.

Bu noktada devlet ve hükümet dışı organizasyonlar haricinde çeşitli kurum ve kuruluşların da işlev üstlendiği görülmektedir. Bu tür mekanizmalar insan haklarının korunması ve ihlal denetiminde belirli usullerin gerçekleşmesiyle devreye girmektedir⁸⁹¹. Aşağıda, ayrımcılıkla mücadele ve ihlal denetiminde ön plana çıkan farklı denetim mekanizmalarına değinilerek, kısaca çalışma usul ve esasları ele alınacaktır.

⁸⁹¹ Ulaş Karan, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları* (İnsan Hakları Ortak Platformu 2009), 53 vd. İnsan haklarının korunması bağlamında ulusal kurumların oluşturulmasında ombudsman modeli, komisyon modeli, insan hakları kurumları (enstitü) modeli gibi çeşitli alternatif yollar tercih edilebilmekte olup, bu konuda detaylı bilgi için ayrıca bkz. Yusuf İzci, “Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Doğuşu ve Paris İlkeleri”, (2013) 4 (8) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51, 63 vd.; Ümran Güneş, “Türkiye’de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”, (2018) 20 (1) Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 165, 168-169.

A. BM PARİS İLKELERİ

BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından, 3.3.1992 tarihli 1992/54 sayılı kararla kabul edilen ve BM Genel Kurulu'nun 20.12.1993 tarihli 48/134 tarihli kararı ile onaylanan, İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler, bir diğer adıyla Paris İlkeleri kabul edilmiştir⁸⁹². Bu ilkeler, insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin olarak ulusal kurumların oluşturulmasına, bu kurumların taşınması gereken niteliklere dair asgari düzeyde genel bir çerçeve sağlanmasına yarayan bir ilkeler bütünüdür⁸⁹³.

Paris İlkeleri ile genel olarak, kurumlarca insan hakları ihlallerinin takip edilmesi, insan hakları yönünden hükümet, meclis ve diğer idari organların insan hakları mevzuatına uyum sağlaması, belge ve sözleşmelere uyulması, uluslararası insan hakları belgelerinin onaylanmasında tavsiye ve teşviklerde bulunulması; insan hakları alanında eğitim ve bilinçlendirme çalışmalarının yapılması yönünden usul ve esaslar düzenlemiştir. Bu yönde oluşturulacak kurumlar, mali ve işlevsel bakımdan bağımsız olmalı, üyelerin bağımsızlıkları güvencelenmelidir⁸⁹⁴. Kurumların görevi, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi üzerinedir. Bu bağlamda eşitlik kurumları; *“Eşitlik kavramı ile ilişki değer ve normların uygulamaya geçirilmesini temin etme gayesiyle kurulmuş kurumlar”* olarak tanımlanabilir⁸⁹⁵.

Kurumlara aynı zamanda insan hakları ihlallerine dair şikayetleri alma ve çözüm yollarını tespit etme, inceleme ve soruşturma gibi denetim görevi ve yargısal işlevler de yüklenmektedir. Bu çerçevede kişiler, temsilcileri ve üçüncü kişilerden, sivil toplum kuruluşları, sendikalar ve temsil gücüne sahip diğer her türlü kuruluşlardan yapılan

⁸⁹² UN, Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), 20.12.1993, (<https://www.ohchr.org/>), (ET:1.9.2021); TİHEK, BM ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları, (<https://www.tihkek.gov.tr/>), (ET:1.9.2021).

⁸⁹³ Karan, “Eşitlik Kurumları” (n 891) 71. AYM tarafından ulusal insan hakları kurumlarına dair yapılan tanım için bkz. *“Ulusal insan hakları kurumları, devlet tarafından insan haklarının geliştirilmesi ve korunması amacıyla anayasa veya kanun niteliğindeki bir düzenleyici işleme dayanarak, kurulan, kuruluş kanununda görev ve yetkilerinin açıkça tanımlandığı, görevine giren konularda ulusal veya uluslararası mercilerle bağımsız ve tarafsız olarak danışma ve işbirliği faaliyetlerinde bulunan ulusal kurumlardır”*, E. 2012/98, K.2013/92, 17.7.2013, RG. 31.12.2013/28868.

⁸⁹⁴ Eşitlik kurumlarına dair göz önünde tutulması gereken standartlar bakımından bkz. Karan (n 21) 475 vd.

⁸⁹⁵ Karan, “Eşitlik Kurumları” (n 891) 71.

başvurular bu kurumlar tarafından kabul edebilir. Ayrıca bu kurumlara, uzlaştırma yoluyla veya yasaların belirlediği sınırlar içinde bağlayıcı kararlarla barışçıl çözümler arama, başvuruları hakları konusunda, başvurulabilecek diğer yollar hakkında bilgilendirme ve başvurucunun bu yollara ulaşmasını kolaylaştırma; şikayetleri ve başvuruları kabul etme veya yasayla belirlenmiş sınırlar içinde yetkili diğer mercilere aktarma gibi çeşitli yetkiler sağlanmaktadır.

AB hukuku incelendiğinde, bazı direktifler ile eşitlik kurumları konusunda çeşitli düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Örneğin, 2000/43/EC sayılı Irk Ayrımcılığı Direktifi, 2006/54/EC sayılı Eşit Muamele Direktifi, kadın ve erkeklere eşit muamele ilkesinin kendi hesabına çalışan kadın ve erkekler arasında uygulanmasına ilişkin 2010/41/EU sayılı Direktif, detaylı olmasa da eşitlikçi organların kurulması yönünden düzenlemeler içermektedir⁸⁹⁶. Ancak ayrımcılık yasağıyla mücadele amacıyla ayrı bir kurum kurulması zorunlu olmasa dahi, ayrımcılık yasağının etkinliği ve direktiflerin uygulanması üye ülkelere bırakılmıştır⁸⁹⁷. Ayrıca Avrupa’da ayrımcılıkla mücadele eden bir kurum olarak Avrupa Eşitlik Kurumları Ağı (EQUINET) kurulmuş olup, bu ağın kurulmasının eşitlik kurumları arasındaki uzmanlık ve bilgi alışverişini profesyonelleştirme ve de Avrupa düzeyinde üyelerin çıkarlarının temsili, teşviki ve korunmasını kolaylaştırma gerekliliğinden kaynaklandığı ifade edilmektedir⁸⁹⁸.

B. TBMM KOMİSYONLARI

Ülkemizde ise ayrımcılıkla mücadele bakımından ilk olarak, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, 3686 sayılı Kanun ile 1990 yılında kurulmuştur⁸⁹⁹. Komisyonun görevleri genel olarak insan hakları konusundaki gelişmeleri izlemek, taraf olunan uluslararası sözleşmelerle mevzuatın uyumunun sağlanmasında önerilerde bulunmak, Türkiye’de insan haklarının uygulanması bakımından inceleme ve araştırmalar yapmak, ihlallere dair başvuruları incelemek, gerektiğinde ilgili mercilere iletmek, insan hakları

⁸⁹⁶ Çeşitli AB ülkelerinde kurulan eşitlik kurumlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Karan, “Eşitlik Kurumları” (n 891) 81 vd.

⁸⁹⁷ Eren (n 67) 76.

⁸⁹⁸ Bkz. EQUINET, European Network of Equality Bodies, (<https://equineteurope.org/>), (ET:15.10.2021).

⁸⁹⁹ İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, Kanun No.3686, Kabul Tarihi:5.12.1990, RG. 8.12.1990/20719.

alanında rapor hazırlamak olarak sayılabilir. Komisyon hem yasama hem de denetleme görevi görmekte, yasa ile tanınan görevi kapsamında kanun tasarısı veya tekliflerini görüşebilmektedir. Komisyon, TBMM içerisinde bir ihtisas komisyonu niteliğinde olup, bağımsız değildir. Komisyonun gerek oluşumu gerekse yapısı bakımından, yukarıda açıkladığımız kapsamda bir eşitlik kurumu olarak kabul edilemeyeceği de öğretide ifade edilmektedir⁹⁰⁰.

TBMM içerisinde kurulmuş bulunan bir diğer komisyon da TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'dur. 5840 sayılı Kanun ile 2009 yılında kurulan Komisyon, TBMM bünyesinde yer alan ihtisas komisyonlarından birisidir⁹⁰¹. Komisyon, kadın haklarının korunması ve geliştirilmesi, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak ülkemizde ve uluslararası alandaki gelişmelerin izlenmesi, bu gelişmeler konusunda TBMM'yi bilgilendirmek, kendisine esas veya tali olarak havale edilen işleri görüşmek, istenildiğinde TBMM'ye sunulan kanun teklifleri ile olağanüstü hal sırasında çıkarılan kararnameler hakkında ihtisas komisyonlarına görüş sunmak gibi amaç ve görevlere sahiptir⁹⁰². Komisyon, yapılan başvurular üzerine veya resen gerekli gördüğü konularda inceleme ve araştırma yapma yetkisini haiz olup, Komisyon üyeleri tarafından incelenmek üzere çeşitli konuların gündeme getirilmesi de mümkündür.

C. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

1. Kurumun Kuruluşu ve Amacı

Türkiye'de eşitlik kurumlarının tarihsel gelişime bakıldığında, ilk olarak 2010 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle birlikte madde 74 ile kamu denetçiliği kurumu anayasal düzlemde yer bulmuştur.

2012 yılında ise özellikle işkence ve kötü muameleyle mücadele etmek, şikayetleri incelemek, insan haklarının korunma ve ihlallerin önlenmesine yönelik olarak

⁹⁰⁰ Karan (n 21) 469.

⁹⁰¹ Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu, Kanun No.5840, Kabul Tarihi:25.2.2009 RG. 24.3.2009/27179.

⁹⁰² TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nda olduğu gibi Komisyon'un etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemeyeceği yönünde benzer eleştiri için bkz. Karan (n 21) 497.

çalışmalar yapılması amacıyla Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK) kurulmuştur. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile birlikte, TİHK Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve yerine tüzel kişiliğe sahip Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ("TİHEK") kurulmuştur⁹⁰³.

TİHEK Kanunu gerekçesinde, Anayasa'nın 10. maddesi ve taraf olunan temel insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen ayrımcılık yasağına karşı etkin mücadele amacıyla bir kurumsallaşmaya gidilmesi; aynı zamanda AB müktesebatına uyum süreci kapsamında düzenleme yapılması ve ayrımcılıkla mücadele işlevinin bir ulusal insan hakları kurumu çatısı altında yürütülmesi hususlarına değinilmiştir.

Bu Kanun ile insan haklarının korunması, geliştirilmesi, eşit muamele görme hakkının güvencelanması, hak ve özgürlüklerden faydalanmada ayrımcılığın önlenmesi ve ulusal bir önleme mekanizmasının kurulması ve kurumun yapısı, görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları, başvuru süreçleri gibi hususlar düzenlenmiş bulunmaktadır. Yukarıda değindiğimiz Paris İlkeleri çerçevesinde, insan hakları kurumunun bağımsızlığının sağlanması gerekli olup, kurumun güvenilirliği ve meşruluğu bakımından da önemlidir. Kanun madde 10 ile görev ve yetkilerde bağımsızlığı, talimat ve emir alınmayacağını özellikle düzenlemiş bulunmaktadır⁹⁰⁴.

2. Kurumun Görev Alanı

TİHEK'in görevlerini genel olarak, insan haklarının korunmasına, geliştirilmesine ilişkin olup, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapılması, ayrımcılıkla mücadelede bilgilendirme, eğitim ve bilinçlendirme çalışmalarının yapılması, insan hakları ihlallerinin resen incelenmesi, araştırılması,

⁹⁰³ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun No.6701, Kabul Tarihi:6.4.2016, RG. 20.4.2016/29690. TİHEK Kanunu'nun yasalaşma aşamalarında, hazırlık sürecinde sivil toplum kuruluşlarının, insan hakları kuruluşlarının, derneklerin, vakıfların, baroların ve üniversitelerin görüşünün alınmaması, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu ile istişare yapılmaması, tasarının demokratik ve katılımcı bir yaklaşımla yapılmaması, kurul üyelerinin seçim usulünün Paris Prensipleri ile çeliştiği, çoğulculuk ve bağımsızlık ilkelerinin göz ardı edildiği gibi hususlarda eleştiriler yöneltilmiş olup, bkz. Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin and Yusuf Deniz, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I" (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 721, 732 vd.

⁹⁰⁴ Eren (n 67) 77-80; Ayrıca kurumun oluşumunda bağımsızlığı zedeleyen hususlar ve kurumun bağımsız işlevine dair eleştiriler için bkz. Eren (n 67) 80.

karara bağlanması ve sonuçlarının takibi; ayrımcılık yasağı ihlallerinin resen veya başvuru üzerine incelenmesi, araştırılması, karara bağlanması ve sonuçlarının takibi, insan hakları ve ayrımcılıkla mücadele alanındaki uluslararası gelişmeleri izleyerek değerlendirmek ve bu kapsamda uluslararası kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak, ayrımcılıkla mücadele alanında faaliyet gösteren kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, meslek kuruluşları ve üniversitelerle işbirliği yapmak ve kanunla öngörülen diğer görevleri yapmak olarak ifade edebiliriz.

Kurum, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi halinde, ayrımcılık yapan kurum, kuruluş veya gerçek kişilere ve özel hukuk tüzel kişilerine karşı idari yaptırım uygulanması yönünde karar verme yetkisini haizdir. Yaptırım uygulanabilecek kişiler arasında işveren de olabileceğinden, konumuz kapsamında ele alınması gerekli görülmüştür.

Kurum, idari yaptırım uygulayabilme yetkisi ile birlikte eşitliğin sağlanması ve ayrımcılıkla mücadelede ulusal önleme mekanizması olarak insan haklarının ihlalini önleme görevine sahiptir. İhlal başvurularında ayrıca alternatif bir çözüm yolu da öngörülmüş, Kurum tarafından uzlaştırma sürecinin de işletilebileceği düzenlenmiştir. Kurum aynı zamanda yargılamada davalı veya davacı olarak bulunabilmektedir⁹⁰⁵.

3. TİHEK Kanunu Kapsamında Ayrımcılık Yasağı

Kanun, herkesin hukuken tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşit olduğunu, Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yapılamayacağını açıkça düzenlemiştir (madde 3).

Üzerinde daha önce ayrıntılı biçimde durduğumuz üzere, ilgili düzenlemede yasak kapsamı geniş tutulmuş, bu çalışmamızda “ve benzeri sebepler” arasında değerlendirdiğimiz (dil, doğum, servet, medeni hal, yaş gibi) bazı ayırım temelleri açıkça sayılmıştır. Ancak buna rağmen İş Kanunu madde 5 ve Anayasa madde 10 düzenlemesinden ayrılarak sınırlı sayı ilkesi benimsenmiştir. Bu bağlamda geniş bir

⁹⁰⁵ KARAGÖZ (n 408).Cin Karagöz, “TİHEK” (n 408) 25-26.

kriter katalogu öngörülmesi olumlu sayılabilecekse de açık uçlu yaklaşımın benimsenmemesi, yasak kapsamını kısıtlamaktadır⁹⁰⁶. Nitekim cinsel yönelim, cinsiyet kimliği gibi ayrımcılığın kabul edilmediği, yasak sayıldığı ayırım temellerinin kapsam dışı tutulması, insan haklarının korunması, eşitliğin sağlanması ve ayrımcılıkla mücadele amaçları ile bağdaşmamaktadır. Daha önce verdiğimiz örnekte olduğu gibi, trans bireylere yönelik ayrımcı ve eşitliğe aykırı işlem ve uygulamalara karşı Kurum'un tabiri caizse gözlerini kapatması ve kapsam dışı sayarak incelemeye almaması, toplumda halihazırda dışlanma, aşağılanma ve şiddete maruz kalan, korunmaya muhtaç gruplar arasında olan LGBTQ+ bireylerin yasal olarak da dışlanmasına yol açmaktadır. Kanun herkesin hukuken tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşit olduğunu düzenlerken, bir yandan da hassas grupların dışlanmasına izin verecek bir yaklaşım güderek kendi ile çelişmektedir. Bu yönüyle, Kanun ile ifade edilen ve TİHEK'in sahip olduğu amaç ve görevlerin tam anlamıyla gerçekleşmesi, kısıtlı bir ayrımcılık yasağı ile mümkün olmayıp, insan hakları ve ayırım yasağı ihlallerinin önlenmesinde yeterli ve etkili bir fonksiyona sahip olarak değerlendirilmesi zordur.

Bir diğer eksiklik ise ülkemizdeki göçmen ve mülteci grupların oranı da göz önüne alındığında, TİHEK Kanunu'nda göçmen/mülteci işçiler hakkında herhangi bir hüküm yer almaması olarak ifade edilmiştir⁹⁰⁷. Her ne kadar göçmen ve mültecilere yönelik ayrımcılığı Kanun'da yasaklanmış olan ırk ve etnik köken temelli ayrımcılık kapsamında değerlendirmemiz mümkün olsa da, Türkiye'nin son yıllardaki konumu ve göç hareketliliği bakımından göçmen ve mülteciler hassas gruplardan birini oluşturmakta olup, bu hususun daha detaylı şekilde ele alınmamış olması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Nitekim ülkemizdeki gerek düzenli gerekse düzensiz göçmen ve mülteci sayısı oldukça fazla olup, göçmenlerin hem toplum içinde hem istihdam açısından hem de bazı politikacı, belediye, kaymakamlık gibi idari birimlerin başında yer alan göz önündeki kişiler tarafından açık bir ayrımcılığa maruz kaldığına sıklıkla

⁹⁰⁶ Kapsamın çok geniş tutularak taraf menfaatlerinin gözetilmemesi ve istisnaların yeterince düzenlenmemiş olması bu anlamda sözleşme özgürlüğü ile de büyük ölçüde çatıştığı yönündeki aksi görüş için bkz. Ahmet Türkmen, "6701 Sayılı Kanunda Yer Alan Ayrımcılık Yasağının Sözleşme Hukukuna Etkilerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, (2017) 12 (149) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135, 138.

⁹⁰⁷ Odyakmaz, Keskin and Deniz, "Değerlendirme" (n 903) 733.

şahit olmaktayız⁹⁰⁸. Ayrıca göçmen ve mülteci işçilerin gerek ucuz iş gücü olarak görülmesi, gerekse kayıt dışı olmalarının kendilerine karşı kullanılarak sömürülmesi, yapılan saha çalışmaları doğrultusunda da ortaya konmuş durumdadır⁹⁰⁹. Bu durumda TİHEK'in görev ve sorumlulukları da düşünüldüğünde, göçmen ve mülteci işçileri kapsayan açık düzenlemelere yer verilmesine ihtiyaç duyulduğu ortadadır. Gerek TİHEK Kanunu gerekse genel mevzuatımız bakımından göçmen ve mülteci işçilerin korunmasını sağlamaya ve sömürülmesini engellemeye yönelik tedbir ve kurallar ile yaptırımlar yönünden yasal düzenlemeler yapılması gerekliliği mevcut olup, bu konuda yeterli ve etkili adımlar atılmıyor oluşu, uygulanan göç politikalarının da eksik bir yönünü göstermektedir.

İş ilişkileri bakımından, Kurum'un görev alanına ilişkin düzenlemelerde, denetim kapsamının kamu ve özel sektör ayrımı yapılmaksızın düzenlenmiş olması, ayrıca İş Kanunu kapsamında olmayan çalışanları da koruyucu olması yönüyle bütüncül ve olumlu bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir (madde 6/5, 6). Bunun haricinde, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, ayrımcılık talimatı gibi ayrımcılık türlerine dair tanımlama getirilmesi ve yasal düzen sağlanması kanaatimizce önemli bir adımdır (madde 2). Ayrımcılık oluşturan haller içinde, "işyerinde yıldırma" tanımı yapılarak, işyerinde psikolojik tacizin ve makul uyumlaştırma yapılmamasının da alınması ayrımcılıkla mücadele ve ihlallerin önlenmesi bakımından olumlu karşılanmıştır (madde 4).

İş ilişkilerinde ayrımcılık yasağının uygulanmasını incelerken, işe alım aşamasında da ayrımcılık yasağının uygulanması gerektiği ve bu anlamda işverenin hukuken

⁹⁰⁸ Bolu Valiliğince göçmenlere dair yapılan ayrımcı uyarılar için bkz. Evrensel, 22.9.2021 tarihli haber, (<https://www.evrensel.net/haber/443315/bolu-valiliginden-multecilere-ayrimci-uyarilar-21-00den-sonra-disarida-dolasmayin>) (ET:15.10.2021); Bolu Belediyesi tarafından yapılan ayrımcı açıklamalar için bkz. Bianet, 28.7.2021 tarihli haber, (<https://m.bianet.org/bianet/ayrimcilik/247798-bolu-belediye-baskani-tanju-ozcan-a-sorusturma>), (ET:15.10.2021).

⁹⁰⁹ Özellikle Suriyeli çocuk işçilerin durumlarını ortaya koyan çalışmalar için bkz. Hande Bahadır and Y. Demiral, "Suriye'den Türkiye'ye Zorunlu Göç Hareketi ve Çocuk İşçiliği", (2019) 4 (3) ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi 389, 389 – 397; Hande Bahadır and Reyhan Uçku, "İzmir'in Bir Mahallesinde Yaşayan 6-17 Yaş Arasındaki Suriyeli Çocukların Çalışma Durumları ve Çalışma Durumlarını Etkileyen Etmenler", (2016) 30 (3) Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi 117, 117-124; Bilge Çoban, "Türkiye'de İşsizlik Profili Bağlamında Suriyeli Gençlerin İstanbul İşgücü Piyasasına Katılım Sorunları", (2018) 1 (56) Çalışma ve Toplum Dergisi 193, 193-216; Muazzez Harunoğulları, "Suriyeli Sığınmacı Çocuk İşçiler ve Sorunları: Kilis örneği", (2016) 3 (1) Göç Dergisi 29, 29-63.

sorumluluğunun bulunduğu görüşümüzü destekler bir düzenleme de TİHEK Kanunu'nda yer almıştır. Buna göre, iş başvurusunda bulunan adaya karşı işveren tarafından, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dahil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. İş ilişkisinin kurulması aşaması içerisinde iş ilanının, iş ilişkisinin devamı aşamasında işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususların dahil olduğu da ayrıca belirtilmiştir (madde 6). Bu çerçevede kanaatimizce, İş Kanunu kapsamında da bu yönde bir düzenleme yapılması ve İş Kanunu madde 5 ile getirilen koruma ve yaptırımlardan yararlanılmasının önü açılarak bu yöndeki tereddütlerin giderilmesi, olması gereken hukuk yönünden yerinde olacaktır.

Kanun ile ayrıca ayrımcılık yasağıyla bağlı olan işveren yanında, işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin de bu yasak ile bağlı olduğu ve ayrımcılık yapamayacağı düzenlenmiştir. Bu noktada ayrımcılık yasağının kapsamına dair yaptığımız incelemelerde olduğu gibi öğretide kabul edilen işveren vekilinin sorumluluğunun açıkça düzenlenmiş olması, bu konuda doğabilecek tereddütleri giderecek nitelikte, olumlu bir adımdır.

Görüleceği üzere, TİHEK eşitlik ve ayrımcılık yasakları yönünden kapsamlı bir düzenleme niteliğinde olup, kanaatimizce eleştiri konusu olan hususların giderilmesi ve eksikliklerin tamamlanması ile eşitsizlik ve ayrımcılıkla mücadelede etkili bir güvence mekanizması olarak faaliyet gösterecektir. Bu itibarla, denetim ve yaptırım mekanizmasına sahip olması da bu amacı destekleyen yetkiler olarak karşımıza çıkmaktadır.

4. Kuruma Başvuru Usulü ve Karar Mekanizması

İnsan haklarının korunmasına, geliştirilmesine, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik görevlere sahip olan TİHEK, ayrımcılık yasağı ihlallerini resen

veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak ve karara bağlamak görev ve yetkisine de sahip olan bir kurumdur.

Kanun çerçevesinde oluşturulan, kurumun karar organı olan, biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere Cumhurbaşkanı tarafından atanan on bir üyeden oluşan Kurul⁹¹⁰, ayrımcılık yasağı ihlalleri karşısında yapılan başvuruları ve resen yapılan incelemeleri karara bağlama yetkisini haizdir. Kurul gerekli gördüğünde uzlaşma sürecine başvurabilir, başvuru veya resen inceleme sonucunda idari yaptırım kararı da verebilir.

Ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi, TİHEK'e ücretsiz olarak başvuruda bulunabilir. Kuruma başvuru yapılmasından önce, başvurucunun şikayete konu Kanun'a aykırı uygulama yönünden ilgili taraftan düzeltme talebinde bulunması gerekmektedir. Düzeltme taleplerinin reddi veya otuz gün içerisinde cevaplanmaması halinde Kurum'a başvuru yolu açılmaktadır. Ancak bunun istisnası telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimalidir. Bu halde şart aranmaksızın başvuruların alınması mümkündür.

Ancak İş Kanunu bakımından belirtmek gerekir ki, İş Kanunu madde 5 ile düzenlenen ayrımcılık yasağı kapsamına ilişkin bir ihlal söz konusu ise, öncelikle İş Kanunu ile öngörülen şikayet usullerinin izlenerek herhangi bir yaptırım kararı alınmamış olması gerekecektir. Düzenleme bu anlamda birtakım sorunlar içermektedir. Nitekim ayrımcılık ve eşitliğe dair bir düzenlemede, İş Kanunu kapsamındaki işçiler yönünden neden böyle bir ayırım yapıldığı anlaşılammaktadır. Bir diğer husus ise şikayet usulüne ilişkindir. Zira madde 5 çerçevesinde ve genel olarak İş Kanunu'nda bu yönde bir

⁹¹⁰ Kurula atamaların Cumhurbaşkanı tarafından yapılması, kanaatimizce Paris İlkeleri doğrultusunda insan hakları kurumları için öngörülen bağımsızlık ilkesini zedeleyen bir düzenlemedir. Kurul kendi içinde toplumsal çeşitliliği yansıtmalı, eşitlik ve ayrımcılık yasağına dair bir kurumun kurulu oluşturulurken kapsayıcı, din, siyasi görüş, cinsiyet ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmemelidir. Bu noktada bağımsız bir kurumun oluşturulabilmesi için çoğulcu temsil şartının gerçekleşmesi gerektiği yönünde bkz. Eren (n 67) 105.

şikayet usulü öngörölmüş deęildir⁹¹¹. Bu sebeple ilgili düzenlemeden şikayet usulü ifadesi ile kast edilen husus anlaşılammaktadır⁹¹².

Dava açma süresi içinde TİHEK'e yapılan başvurular, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmaktadır. Bu düzenleme, hak kaybı doğmaması bakımından olumlu ve gerekli olarak değerlendirilebilir. Ancak başvuru yapılması için öngörölen bir hak düşürücü süre bulunmamaktadır. TİHEK'e başvuru, ayrımcılık yasağının ihlali sebebiyle dava açılması içinse bir ön koşul değildir. TİHEK, başvuruları ve resen yaptığı incelemeleri, başvuru ve resen inceleme kararı tarihinden itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandırmalıdır. Bu sürenin, başkan tarafından bir kerelik ve en fazla üç ay uzatılması mümkündür. Bu süre içinde, izlenen prosedür kapsamında ihlal iddiasına muhatap tarafın yazılı görüşü talep edilir, görüş başvurucuya tebliğ edilerek başvurucudan da görüş sunulması talep edilir. Taraflara sözlü açıklama yapma hakkı da talep halinde tanınabilir.

Başkan bu noktada resen ya da talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilir. Uzlaşma insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali olduğı iddia olunan uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceğı gibi mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilir. Uzlaşma en geç bir ay içinde sonuçlandırılır. Uzlaşma müzakereleri sırasında yapılan tespitler, alınan beyanlar veya açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular ve incelemeler hakkında ilgili rapora ilişkin müzekkere yirmi gün içinde Kurula sunulur. Bunun üzerine Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapıp yapılmadığına ilişkin karar verir. Kurulun, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiğı takdirde, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunma yetkisi vardır.

Bu açıklamalarımız ışığında, ihlal iddiasıyla işçinin Kurum'a başvurusu halinde, Kurum tarafından tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak

⁹¹¹ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu tarafından değişiklik yapılmadan önce, iş müfettişlerine dair İş Kanunu m.92, "işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları" ibaresini içermekte idi. Bu anlamda değişiklik sonrası düzenlemede yine şikayete ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir.

⁹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal (n 28) 505-509. İş Kanunu m.91 ile öngörölen, işçi talebiyle iş teftişi yapılabilmesine dair prosedürünün gündeme gelebileceğı, sonuç almaması halinde de TİHEK'e başvuru yapılabileceğı yönünde değerlendirme için bkz. Süzek (n 4) 498 vd.

başvuru sonuçlandırılır. Taraflar işverenin ayrımcı uygulamaya son vermesi, mağdur işçiye belirli bir tazminat ödenmesi noktasında uzlaştırılabilir ya da Kurum, ihlal iddiası hakkında karar vererek, işverenin gerçekleştirdiği ayrımcılık yasağı ihlalini yaptırıma bağlar.

TİHEK Kanunu kapsamında ve diğer mevzuatla TİHEK'e verilen inceleme, araştırma, ziyaret ve rapor hazırlama görevleri ile diğer görevler, insan hakları ve eşitlik uzmanları, insan hakları ve eşitlik uzman yardımcıları ve başkan tarafından görevlendirilen diğer TİHEK personeli tarafından yerine getirilmektedir. Bu kişiler, başkanın yetkilendirmesi halinde, bilgi ve belgeleri istemeye, incelemeye, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin buldukları yerleri ziyaret etmeye, buralarda inceleme yapmaya ve gerekli tutanakları düzenlemeye, kötü muameleye maruz kaldığı iddia edilen kişi ya da kişilerle görüşmeye yetkilidir. Bu itibarla TİHEK, görev ve yetki alanı kapsamı dahilinde yerinde inceleme yapma yetkisine de sahiptir. Ancak haberli yapılacak ziyaretlerin, etkili bir incelemeye olanak vermeyeceği açık olup, bu noktada habersiz ziyaretler yapılmasına dair bir yetki düzenlemesi daha yerinde olacaktır⁹¹³.

Bu noktada ihlal iddialarının incelenmesi bakımından yukarıda sayılan uzman ve yardımcılarının inceleme araştırma yetkileri, başkanın yetkilendirme yapmasına bağlanmıştır. İhlal iddialarına yönelik etkili bir soruşturmada, özellikle acil ve ivedilikle hareket edilmesinin gerekli olduğu hallerde, başkanın yetkilendirmesinin gerekmesi, eleştiriye açık bir düzenlemedir⁹¹⁴.

İspat noktasında başvurucunun iddiasının gerçekliğine dair kuvvetli işaretlerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması yeterlidir. Bu durumda ispat yükü karşı tarafa geçmekte ve ayrımcılık yasağı ile eşit davranma ilkesinin ihlal edilmediğinin ispatı gerekmektedir. Görüleceği üzere İş Kanunu madde 5 düzenlemesi ile paralel bir yaklaşım benimsenmiştir.

⁹¹³ Eren (n 67)121; Cin Karagöz, "TİHEK" (n 408) 29.

⁹¹⁴ Eren (n 67) 120.

Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin tespiti halinde, ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kişi ve kurumlar hakkında, yani işveren aleyhine, idari para cezasına hükmedilmektedir⁹¹⁵.

İdari para cezası uygulanan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kusurlu olan görevlilerine karşı rücu hakkına da sahiptir. Ancak TİHEK Kurulu, verdiği idari para cezasını uyarı cezasına da dönüştürme yetkisine sahiptir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, idari para cezası öngörülmesi olumlu bir adım olmakla birlikte, işçinin ayrımcılık sebebiyle uğradığı zararları telafi edici nitelikte değildir. Buna ek olarak idari para cezasının uyarıya çevrilmesi de caydırıcılık açısından tartışmaya açıktır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, başvuru şartı olarak yapılan başvurunun sonuçsuz kalması arandığından, ayrımcılık tazminatı ile TİHEK'e başvuru dolayısıyla idari para cezasına hükmedilmesi aynı anda söz konusu olamayacaktır. Bu halde de ikili bir ayrıma gidilmiş olması isabetsizdir. Zira ayrımcılık tazminatı, ayrımcı eylemin yaptırımını olup işçiye ödenirken, idari para cezasının caydırıcı etkisi dışında işçiye zararının giderilmesi yönüyle bir kazanım getirmediği söylenebilir. Dolayısıyla yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, başvuruya dair yaratılan bu ikili durumun giderilmesi gerekmektedir.

Kanun uyarı cezası ile ilgili olarak ayrıca, uyarı verilen tarafın ayrımcı eylemi tekrar etmesi halinde cezanın, artış yapılarak uygulanacağını düzenlemiştir. Ancak artışın cezanın üst sınırını aşamayacağı da düzenlenmiştir. İdari para cezası hakkında Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

⁹¹⁵ Bu noktada idari yaptırım kararının TİHEK Kanunu m.25 ile düzenlemesinde sadece ayrımcılık yasaklarının ihlalinde verilebilmesi ve ancak işkence, kötü muamele ve diğer insan hakları ihlalleri bakımından bu yönde bir yaptırım yetkisinin öngörülmemiş olması hususu eleştiriye açıktır.

II. AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRILIĞIN TESPİTİ VE İSPATINDA GENEL ÇERÇEVENİN BELİRLENMESİ

A. AYRIMCILIĞIN TESPİTİ

Ayrımcılığın tespit edilmesi, ispat ve yaptırım yönünden önem taşımaktadır. Daha önce ele aldığımız ayrımcılık türlerinden hangisinin somut olayda söz konusu olduğu, hangi korunan temele dayalı ayrımcılık yapıldığının tespiti halinde farklı muamele, hukuken korunmayacak ve yaptırıma tabi tutulacaktır. Bu anlamda örneğin cinsiyete dayalı bir ayırım yapılıp yapılmadığının tespitinde, ayrımcılığa maruz kalan kişinin diğer cinsiyetten olması halinde aynı davranışa maruz kalıp kalmayacağı cevaplanmaktadır. Bu anlamda örneğin sırf kadın olduğu için daha az lehte muameleye maruz kalan işçi, erkek olsa idi aynı davranışa uğramayacak idiyse bu halde cinsiyet temelli ayrımcılık yapıldığı kabul edilecektir.

Ayrıca yapılan farklı muameleyi haklılaştıran meşru bir amacın olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapılmalıdır. Amacın meşru olması içinse objektif ve makul olması, hedeflenen amaç ile kullanılan araç arasında orantılılık bağının sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, ayrımcılığın tespitinde devreye giren önemli bir kurumdur⁹¹⁶. Ancak daha önce de yer verdiğimiz üzere, ayrımcılık yasaklarına aykırılık halinde, ayrımcı davranışın haklılaştırılması çok daha zor olup, çok daha katı şekilde ölçütler uygulanmaktadır⁹¹⁷.

Örneğin yaş temelli ayrımcılık bakımından Ünal, “(x) yaşındaki çalışan (y) yaşında olsaydı farklı davranılır mıydı?” veya “(x) yaşındaki çalışan (y) yaşında olsaydı olumsuz etki ile karşılaşacak mıydı?” sorularının yanıtlanmasının ayrımcılığın tespitinde yol göstereceğine işaret etmektedir⁹¹⁸.

⁹¹⁶ Ugan Çatalkaya (n 6) 228 vd.; Gül and Karan (n 24) 14; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 737.

⁹¹⁷ Özellikle AB hukukunda doğrudan ayrımcılığın haklılaştırılmasına sıcak bakılmadığı görülmekte olup, bu konuda bkz. Fredman (n 9) 197; Ellis and Watson (n 64) 174. Örneğin hamilelik sebebiyle kadın işçilerin maruz kaldıkları ayrımcılığın işverence haklılaştırılabilmesinde ölçütler AB hukukunda katı bir şekilde uygulanmakta, hamilelik sebebiyle işverence katlanılan mali masraflar, işçinin yokluğunun sebep olduğu zorluklar gibi sebepler haklı olarak kabul edilmemektedir, bkz. Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 999-1000.

⁹¹⁸ Ünal (n 28) 143; Sözer, “2000/78/EG sayılı Yönerge” (n 581) 184,188.

Dolaylı ayrımcılıkta ise, daha önce kavramın tanımını yaparken de değindiğimiz üzere, sonuçlar üzerinde bulunmaktadır. Nitekim dolaylı ayrımcılıkta, ayrımcı etki doğuran aynı muamelenin yasaklanması söz konusudur. Bu çerçevede görünüşte tarafsız olan bir uygulama, işlem, karar ya da koşulun olumsuz bir sonuç doğurması veyahut olumsuz bir sonuç doğurma riski bulunması gerekmekte olup, bu uygulamayı, işlemi, kararı ya da koşulu haklılaştıran bir sebebin varlığı araştırılmalıdır. Ölçülülük ilkesine göre de değerlendirme yapılacak olup, meşru bir amacın olup olmadığı ve ulaşılmak istenen bu amaçla başvuru aracının orantılı, elverişli ve gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir⁹¹⁹. Bu noktada haklı kılınan dolaylı ayrımcılık olmayıp, farklı etkiye sebep olan davranıştır, uygulama veya koşuldur⁹²⁰.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık örneğinden devam ettiğimizde, dolaylı cinsiyet ayrımcılığında işverenin görünüşte tarafsız, herkes için eşit olan bir uygulama, karar, işlem veya koşulunda, belirli bir cinsiyete mensup işçilerin, salt cinsiyetlerine özgü nitelikleri sebebiyle olumsuz etkilenmesi söz konusudur. Örneğin bir iş ilanında aranan şartlar bakımından boya dair bir alt sınır getirilmiş olması, kadınlar bakımından dolaylı bir ayrımcılık teşkil edecektir. Zira boy ortalaması bakımından kadınların olumsuz etkilenme riski daha fazladır. Bu sebeple, işverenler yapacakları uygulamalarda, alacakları kararda ya da aranacak koşullarda var olan eşitsizlikleri göz önünde bulundurarak hareket etmelidir⁹²¹.

İHAM, ayrımcılığın varlığı bakımından birtakım unsurlar belirlemiş olup bunların; i) farklı bir muamelenin varlığı, ii) karşılaştırılabilir bir kişi veya grupla karşılaştırıldığında daha az lehte muamelenin varlığı, iii) objektif ve haklı bir sebebin bulunmaması⁹²², iv) ulaşılmak istenen amaç ve kullanılan araç arasında ölçülülük ilkesinin⁹²³ sağlanması olarak ifade edilmesi mümkündür⁹²⁴.

⁹¹⁹ Ugan Çatalkaya (n 6) 228 vd.; Gül and Karan (n 24) 15, 76.

⁹²⁰ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 1000.

⁹²¹ Yıldız (n 4) 79,311; Onaran Yüksel (n 19) 121-122,221; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 984.

⁹²² Ayrımcılık bakımından, dar anlamda eşit davranma borcuna kıyasla farklı muamelenin haklılaştırılması daha zordur. Ayrımcılık yasağının istisnaları olarak da incelediğimiz, ayrımcılığın haklılaştırılabilmesi için mesleğe bağlı gereklilik gibi birtakım sebeplerin varlığı, farklı muamelenin ayrımcılık olarak değerlendirilmemesi sonucunu doğuracaktır. Bu konuda detaylı açıklamalarımız için bkz. 2. Bölüm, I, D.

⁹²³ Ölçülülük ilkesine ilişkin detaylı inceleme için bkz. Ugan Çatalkaya (n 6)63 vd.

Bu noktada karşılaştırma (kıyaslama) hususuna da ayrıca değinilmesi gerekmektedir. Zira çoğu zaman karşılaştırma yapılacak kişinin bulunması kolay olmadığından, bu durum tespitin de zorlaşmasına yol açmaktadır. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, dar anlamda eşit davranma borcundan farklı olarak, ayrımcılık yasağının kapsamındaki bir ayırım temeline dayalı olarak bir uygulamanın tespit edilmesi halinde, çoğu zaman bir karşılaştırma yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁹²⁵. Ayrımcılığa uğrayan kişinin sahip olduğu bir özellik, nitelik sebebiyle bu ayrımcı muamelenin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir. Örneğin işveren tarafından işverenin olumsuz ya da aleyhte tutumu hamilelik sebebinden kaynaklanıyorsa, bu halde ayrımcılık yapıldığı sonucuna ulaşılması için bunun tespiti yeterli olacağından, ayrıca bir kıyas yapılmasına gerek kalmayacaktır⁹²⁶. Başka bir deyişle, işverenin yasaklı ayrımcılık temellerinden birine dayalı davranışı, ayrımcılığın tespiti ve yaptırım uygulanması bakımından yeterli kabul edilecektir. Kaldı ki işyerinde karşılaştırma yapılacak başka bir işçinin bulunmaması durumunda, sırf bu sebeple ayrımcılığın oluşmadığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Dar anlamda eşit davranma borcu bakımından, karşılaştırma yapılması için aranan işçi topluluğu ayrımcılık yasağı bakımından gerekli olmayıp, sonuç olarak ayırım yasağı kapsamındaki fiilin gerçekleşmesi, yeterli kabul edilmektedir⁹²⁷.

Ancak yukarıdaki açıklamalarımızın kıyaslamamın hiç yapılmadığı şeklinde de yorumlanmaması gerekmektedir⁹²⁸. Bazı hallerde işçiler arasında yapılacak karşılaştırma ile ayrımcılığın tespiti mümkündür. Örneğin yaş temelli ayrımcılıkta karşılaştırma yapılması gerektiği öğretide Ünal tarafından da savunulmaktadır. Bu durumda ayrımcılığa maruz kalan işçi daha genç veya daha yaşlı olsa idi yine aynı

⁹²⁴ Karan, "Bireysel Başvuru" (n 140) 290; Kılıçoğlu, "Ayrımcılık Yasağı" (n 14) 46-47; Ugan Çatalkaya (n 6) 260-261.

⁹²⁵ Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 992; Süzek (n 4) 473; Aykaç, "Fesihte Eşit Davranma" (n 6) 58-59; Ugan Çatalkaya (n 6) 160-161.

⁹²⁶ Doğan Yenisey, "Orantılılık" (n 58) 992; Doğan Yenisey, "Uyum Sorunları" (n 24) 64. Bkz. Case 177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, [1990] ECR I-03941.

⁹²⁷ Ugan Çatalkaya (n 6) 160-161; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 432; Yıldız (n 4) 186; Aykaç, "Fesihte Eşit Davranma" (n 6) 58.

⁹²⁸ AB hukukunda ise ayrımcılığın tespiti bakımından daha lehte işlem yapılan emsal bir kişiye göre kıyas yoluna gidilmekte olup, bazı hallerde kıyasın ön koşul olarak aranmadığı da görülebilmektedir. Örneğin Divan, *Webb* kararında, hizmet sözleşmesinin yapılmasından kısa bir süre sonra davacı kadın işçinin hamile kalması sonucu işten çıkarılması yönünden yaptığı incelemede, hamilelik durumunun bir erkeğin hastalık sebebiyle işe devam edememe durumuyla kıyaslanamayacağına hükmetmiştir, Case 32/93, *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*, Case [1994] ECR I-03567, p.25. AB hukukunda ayrımcılığın tespiti bakımından detaylı inceleme için bkz. Kaya, "Cinsiyet Ayrımcılığı" (n 60) 99 vd.

davranışa maruz kalır mıydı, bunun incelenmesi gerekmektedir⁹²⁹. Bir başka örnek olarak cinsiyet temelli ayrımcılık verilebilir. Bu halde farklı muamele iddiası incelenirken, diğer cinsiyet grubundan bir işçiyle karşılaştırma yapılması söz konusudur. Dolaylı ayrımcılığı incelediğimizde de daha az lehte sonuç, etki doğması bakımından bir kıyas yapılması gereklidir. Öğretide ayrıca *Doğan Yenisey*, İş Kanunu madde 5 metninde yer verilen “farklı işlem yapamaz” ifadesinin, benzer durumdaki farklı bir işçiye yapılan karşılaştırmayı içerdiğini ifade etmektedir. Sözleşme türüne dayalı ayrımcılık halinde de, işçilerin belirli süreli ve belirsiz süreli ya da kısmi veya tam süreli sözleşme ile çalışıp çalışmadığı önemli olup, kıyaslama iki sözleşme türü ile çalışan işçilere uygulanan davranışlar yönünden ele alınmaktadır⁹³⁰. Örneğin, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiye, salt sözleşme türü sebebiyle belirsiz süreli çalışan işçiye oranla olumsuz bir muamele yapılması yasaklanmıştır.

Ayrıca sözleşme türüne göre ayırım yasağı incelenirken emsal işçi düzenlemesine değindiğimiz üzere, ayrımcılığın tespiti için ayrımcılığa maruz kalan kişinin karşılaştırılabileceği mevcut bir diğer kişinin olması şart olmayıp, benzer bir durumda varsayımsal bir kişinin daha farklı işlem göreceğinin ortaya konması yeterlidir⁹³¹.

Yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak, ayrımcılık kastının var olup olmaması hususunun ayrımcılığın oluşmasında etkili olup olmadığına da değinmek istemekteyiz. AB hukuku bakımından, doğrudan veya dolaylı nitelikte olsun, ayrımcılık kastının bulunması gerekli olmayıp, önemli olan davranışın ayrımcılığa yol açıp açmadığıdır⁹³². Türk hukuku bakımından da ayrımcılığın doğması bakımından ayrımcılık kastı aranmamaktadır. Bu noktada iş ilişkileri bakımından da işverenin saiki ayrımcı olmasa da ortaya çıkan sonuç ayrımcılık teşkil edebilecektir. Bu durum özellikle dolaylı ayrımcılık neticesinde görülmektedir⁹³³. TCK madde 122 bakımından kastla işlenebilen ayrımcılık suçunun oluşması içinse, ayrımcılık niteliğindeki hareketlerin nefret saiki ile işlenmesi manevi unsur olarak eklenmiştir.

⁹²⁹ Ünal (n 28) 142 vd.

⁹³⁰ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 984-991.

⁹³¹ Yıldız (n 4) 75.

⁹³² Bakırcı (n 142) 47 vd.

⁹³³ Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 882; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 43; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 983-984.

B. AYRIMCILIK YASAĞININ İHLALİNDE İSPAT YÜKÜ

Ayrımcılık yasağının ihlali halinde, ihlal iddiasında bulunan kişi tarafından, kural olarak bu iddianın ispatlanması gerekmektedir. Bu itibarla, işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı davrandığı iddiasında bulunan işçinin, bu aykırılığı ispat etme yükümlülüğü bulunmaktadır. İş Kanunu madde 5 ise bu anlamda ihlal iddiasına bulunan taraf lehine bir ispat kolaylığı getirmiş bulunmaktadır. Aşağıda önce ispat hukukuna dair temel bir bilgilendirmeye yer verilecek, ardından da iş ilişkilerinde ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi halinde bu ihlalin ispatına dair açıklamalar yer verilecektir.

1. İspat Hukukuna Genel Bir Bakış

TMK uyarınca aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (madde 6). Nitekim HMK ile hukuk yargılamasında da ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olacak şekilde düzenlenmiştir (madde 190).

Bu çerçevede davacı tarafın, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasında bulunan tarafın, iddiasını ispat edecek delilleri ortaya koyması gerekmektedir. Tüm delillerin incelenmesi ile yapılan ispat faaliyeti, tam ispat olarak ifade edilmektedir. Ancak bazı hallerde tam ispatın aranması, hakkaniyet ve adaletin gereklerine aykırı düşecektir. Bu durumda yaklaşık ispat olarak da adlandırılan kurum devreye girmekte, kanun tarafından düzenlenen bazı hallerde, yaklaşık olarak hakimin ikna edilmesi yeterli sayılmaktadır. Tam ispattan farklı bir diğer kurum da emare ispatı olarak ifade edilmektedir. Bu noktada yardımcı vakıaların ispatı ile asıl vakıalar hakkında bir kanaat oluşturulması, mantıksal bir bağ aracılığıyla asıl ispatı gereken vakıaların kuvvetle ihtimal gerçekleştiği kanaatine varılması söz konusu olmaktadır⁹³⁴.

⁹³⁴ Hakan Albayrak, "Yaklaşık İspat" (Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmış Doktora Tezi, 2012), 8 vd., 22; Hakan Albayrak and Ertuğrul Yuvalı, "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" (2012) (34) İHSGHD 73, 77-79, 82; Ahmet Taşkın, "Mobbing Davalarında İspat Sorunu", (2016) XX (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 319, 410-415, 420.

İspatı güç olan hususlar bakımından hakkaniyet ve adaletin sağlanması noktasında yargılamadaki ispat yükünün bir nebze kolaylaştırılması, hafifletilmesi gerekmektedir. Her konuda, taraflardan aynı ispat derecesinin beklenmemesi gerekmektedir. Özellikle iş hukuku alanında işveren karşısında korunması gereken işçilerin, delillere ulaşması ve tüm vakıaları ispat etmesi mümkün değildir. Nitekim tanık delilinde, mevcut çalışanların görgüye dayalı bilgisi olsa dahi işveren aleyhine tanıklık yapması çoğu zaman mümkün olmamakta, delil teşkil eden kayıtların işveren tarafından sunulmaması dahi işçinin iddiasını ispatını zorlaştırmaktadır. Bu durumda ispat kolaylıklarının sağlanması, yaklaşık ispat, emare ispatı gibi kurumların öngörülmesi, bu eşitsizliği gidermekte bir araçtır⁹³⁵.

İspat kolaylığı, ispat yükünün yer değiştirdiği halleri de ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁹³⁶. Bu halde davacı tarafından belirli birtakım hususların ortaya konması ile bir kanaat oluşturulmakta ve ispat yükü yer değiştirerek karşı tarafın da ortaya koyacağı delillerle aksini ispat etmesi beklenmektedir.

İş Kanunu madde 5 incelendiğinde, maddede ispat yüküne ilişkin bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Madde metni ispat yükünü, “*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.*” şeklinde ifade etmiştir.

Düzenleme ile ispat yükü işçiye yüklenirken, ihlalin varlığını gösteren kuvvetli emarelerin, dolaylı, komşu vakıaların, ortaya konması ile ispat ölçüsü bir anlamda düşürülmüş ve ispat yükünün yer değiştirerek işverene geçeceği öngörülmüştür. İspat yükünün yer değiştirmesi ile işveren, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini ispatlamak durumundadır. Bu noktada ihlal iddiasında bulunan işçi yönünden bir ispat kolaylığı getirilmektedir. Bu düzenleme ile birlikte işçinin, dolaylı olarak hakimde ihlalin

⁹³⁵ Taşkın, “İspat Sorunu” (n 934) 413; Gül and Karan (n 24) 23.

⁹³⁶ Albayrak and Yuvalı, “Eşit Davranma Borcuna Ayrılıkta İspat” (n 934) 79-80; Albayrak, “Yaklaşık İspat” (n 934) 11 vd.

gerçekleştiği yönünde kanaat oluşturacak vakıaları ortaya koyması yeterli sayılmıştır⁹³⁷. Nitekim ayrımcılık yasağının ihlalinin ortaya konması her zaman kolay olmayıp, ispat noktasında karşılaşılan güçlüklerin önüne geçilmesi amacıyla hareket edildiği ve işçi lehine bir ispat kolaylığı getirildiği söylenebilir⁹³⁸.

Madde metnine bakıldığında, “ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren” bir durumun ortaya konması ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ile ispatı güç olmayan, genel hayat tecrübesine dayanarak ayrımcılık yapıldığı ihtimalini gösteren vakıaların ortaya konmasının anlaşıldığı öğretide bir görüş tarafından ifade edilmiştir⁹³⁹. Bir diğer görüş, bu düzenlemenin tam ispat olduğunu, her delilin incelenmek suretiyle ispatlanacağını, yaklaşık ispattan ziyade ilk görünüş ispatı getirilerek bir ispat kolaylığı sağlandığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre “ihtimal” kavramı ile ispat derecesinin düşük derecede tutulduğu, yalın bir iddiadan fazla ancak tam bir kanaatten daha azının yeterli kabul edildiği, ayrımcılık yasağının ihlali ihtimalinin güçlü bir biçimde ortaya konması ile ispat yükünün yer değiştireceği savunulmaktadır⁹⁴⁰. Bir diğer görüş, bu ispat düzenlemesi bakımından “hafifletilmiş ispat yükü” ifadesini kullanmıştır⁹⁴¹.

⁹³⁷ Albayrak and Yuvalı, “Eşit Davranma Borcuna Ayrılıkta İspat” (n 934) 83; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 775; Gül and Karan (n 24) 14-15.

⁹³⁸ Bu amaç da dikkate alındığında iş ilişkisinin kurulmasında işçi adayının da öngörülen bu ispat yükünden yararlanması gerektiği yönünde bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 196.

⁹³⁹ Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 94.

⁹⁴⁰ Bu görüş, ilk görünüş ispatının kısaca tipik hayat olaylarının temel alınarak, olayın oluş biçiminin belirli bir süreçte ortaya çıkan hayat tecrübelerine göre gerçekleştiğinin kabulünü ifade ettiğini ifade etmektedir, Albayrak and Yuvalı, “Eşit Davranma Borcuna Ayrılıkta İspat” (n 934) 90-91. Benzer yönde bkz. Ünal (n 28) 418. *Albayrak, yaptığı “İlk görünüş ispatında, ispat ölçüsü somut durumun gerektirmesi halinde düşürülerek ilgili normun olaya uygulanabilmesi sağlanır. Bu şekilde ilgili normun uygulanabilmesi için gerekli nedensellik bağı ve kusurun mevcut olduğu hakimde çeşitli tecrübe kuralları yoluyla var kabul edilir.”* açıklamasıyla ilk görünüş ispatı ve yaklaşık ispat arasındaki farklılığa değinmektedir, Albayrak, “Yaklaşık İspat” (n 934)17 vd. Ayrıca bkz. “...Görüleceği üzere işçi bir taraftan diğer işçiye, diğer taraftan işverene karşı korunmaktadır. İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir. Kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğraması mobbingin varlığını tartışmasız ortaya koyar.” denerek somut olay incelenmiş, psikolojik tacizin bulunmadığı ve delillerin toplanmasına gerek görülmediğinden söz edilerek karar verilmesi yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiş, yerel mahkemece verilen direnme kararı da HGK tarafından yerinde görülmemiştir, Y. HGK. E.2012/9-1925, K.2013/1407, 25.9.2013 (Yargıtay Bilgi Bankası) (ET:15.10.2021).

⁹⁴¹ Yıldız (n 4) 300. Benzer ifade için bkz. Kadriye Bakırcı, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi” (2006) 1 (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 114, 117, 121; Ugan Çatalkaya (n 6) 196. Bu ifadenin hatalı olduğu, ispat yükünün hafifletilmesi değil, teknik olarak ispat yükünün değişmesinin söz konusu olduğu, hafifleyen ispat ölçüsü olduğu yönünde bkz. Albayrak and Yuvalı, “Eşit Davranma Borcuna Ayrılıkta İspat” (n 934) 91.

2. İş İlişkilerinde Ayrımcılık Yasağının İhlalinin İspatı

1475 sayılı Mülga İş Kanunu döneminde, ayrımcılık iddialarının kötü niyet tazminatı çerçevesinde gündeme gelerek, işçinin kötü niyet iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu, bu durumun da amaçlanan korumanın sağlanmasında yetersiz kaldığı; bu sebeple işçinin ispat yükünün hafifletilmesine ilişkin bir düzenlemenin gerekliliği öğretide ifade edilmiştir⁹⁴². 4857 sayılı İş Kanunu ise yukarıda ifade ettiğimiz madde 5/son hükmü ile bu yöndeki eksikliği giderek bir düzenlemeye yer vermiştir.

İlgili düzenleme, gerekçe ile de ifade edildiği üzere, 97/80/EC sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Halinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin AB Direktifi ile uyumlu olarak getirilmiştir⁹⁴³. Bu Direktifi yürürlükten kaldıran 2006/54/EC sayılı Direktif ise, benzer esasları korumuştur. Direktif uyarınca kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması suretiyle yanlış davranıldığını düşünen kişilerin 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 davalı tarafa ait olmasını sağlamak için gerekli önlemlerin alınması bakımından üye devletlere yükümlülük öngörülmüştür (madde 19).

Yukarıda detaylı olarak açıkladığımız üzere, işçinin kural olarak ayrımcılık iddiasını ispatlaması gerekmektedir. Örnek olarak, işveren tarafından işyerinde terfi ettirilen işçilerin, işveren ile aynı dine veya siyasi düşünceye sahip olan kişilerden seçilmesi, uzun süredir terfi ettirilmeyen işçilerin farklı bir inanç veya düşünceden olduklarını ispatlamaları halinde, ayrımcılık yasağına aykırılığın varlığı kuvvetli bir biçimde ortaya konmuş olacak ve ispat yükü işverene geçecektir⁹⁴⁴.

Doğrudan ayrımcılık söz konusu ise işçinin, değiştiremeyeceği veya değiştirmesinin beklenemeyeceği ve istenemeyeceği bir kişisel özelliği gereği kendisine işveren tarafından farklı davranıldığı hususunu ortaya koymalıdır. Dolaylı ayrımcılıkta ise

⁹⁴² Onaran Yüksel (n 19) 360-363, 376; Doğan Yenisey, “Uyum Sorunları” (n 24) 67; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 74; Yıldız (n 4) 299.

⁹⁴³ AB hukukunda farklı muamelenin ortaya konması noktasında ispat yükünün yer değiştirebilmesi için aranan şartlara dair Adalet Divanı kararlarından örnekler için bkz. Gül and Karan (n 24) 25.

⁹⁴⁴ Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 94.

işçinin, görünüşte tarafsız olan bir uygulama, kural veya şartın bir gruba mensup işçiler yönünden olumsuz bir etki yarattığının, aleyhe sonuçlar doğurduğunun ispatı gerekmektedir. Bu noktada işveren ise ayrımcılık teşkil eden kuralın ayrımcılık sebebinden bağımsız objektif bir sebebe dayandığını, meşru bir amaca hizmet ettiğini, objektif sebeplere dayandığını, alınan tedbirlerin bu amaçlara ulaşmak için orantılı, elverişli ve gerekli olduğunu ortaya koyması gerekmektedir.

İspata ilişkin kolaylığın, iş ilişkisinin devamı esnasında, çalışma koşullarında ve iş sözleşmesinin sona ermesinde uygulanacak olması konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ispattan faydalanma konusunda işe alım ve iş ilişkisinin kuruluş aşamaları bakımından, daha önce yer verdiğimiz genel anlamda eşit davranma borcunun varlığı açısından öğretide yapılan tartışmalar sebebiyle, konuya açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, işe başvuran adayın ayrımcı bir muameleye maruz kaldığını iddia etmesi halinde, adayın İş Kanunu madde 5/son hükmünden *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında faydalanabileceği öğretide kabul edilmektedir⁹⁴⁵. Nitekim bu kabul, AB direktifleri ile getirilen düzenlemelere de uygun düşmektedir⁹⁴⁶.

Ayrıca eklemek gerekir ki, İş Kanunu madde 5/son metninde, İş Kanunu madde 20 düzenlemesinin hariç tutulduğu görülmektedir. İlgili düzenlemede “*Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.*” ifadesi yer almaktadır. Görüleceği üzere, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir⁹⁴⁷. Ancak işçinin feshin başka bir sebebe dayanarak yapıldığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispat etmesi gerekecektir⁹⁴⁸. Öğretide madde 5 ile

⁹⁴⁵ Yıldız (n 4) 204; Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 34; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 411; Ugan Çatalkaya (n 6) 196; Ünal (n 28) 414, dn.7.

⁹⁴⁶ 2000/43/EC sayılı (m.3), 2000/78/EC sayılı (m.3) ve 2006/54/EC sayılı (m.6) AB Direktifleri ile getirilen düzenlemelerin uygulama alanı, işe alım aşamasını da kapsayan bir niteliğe sahiptir.

⁹⁴⁷ 158 sayılı ILO Sözleşmesi de işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilmesi yasaklamış (m.4), cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları ve hamileliğin (m.5/4), doğum izni esnasında işe gelmemenin (m.5/5) iş ilişkisinin sona ermesinde geçerli neden oluşturmayacağını; geçerli nedeninin bulunduğunu ispat yükünün ise işverene ait olduğu düzenlenmiştir (m.9/2, a).

⁹⁴⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 324; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 92; Doğan Yenisey, "Fesihle Eşit Davranma Borcu" (n 40) 64-65; Yıldız (n 4) 300; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 455.

madde 20 düzenlemelerinin birbirleri ile çelişmediği ifade edilmektedir. Nitekim işçi eğer işveren tarafından yapılan feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ediyorsa ve bu sebep madde 5 kapsamında düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkinse bu durumda madde 5/son ile düzenlenen ispat usulü uygulama alanı bulacaktır⁹⁴⁹. Ayrımcılığın ihlali ile feshin geçersizliğinin İş Kanunu'nda ayrı hükümlerle düzenlenmesi ve yaptırıma bağlanması söz konusudur. Bu çerçevede hem geçersiz feshin hem de ayrımcılık yasağının ihlalinin söz konusu olduğu bir durumda yaptırımların değerlendirilmesi hususu, ilerleyen başlıklarda incelenecektir.

İspat bakımından bir diğer düzenleme, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25 ile yapılmıştır⁹⁵⁰. İş sözleşmesinin sendikal sebeplerle feshedildiği iddiasında, fesih sebebini ispat yükü işveren üzerindedir. Fesih dışındaki sendikal sebeplerle ayrımcılık iddialarını ispat yükü ise işçidedir. İşçi tarafından feshin işveren tarafından ileri sürülen sebebe dayanmadığı iddia ediliyorsa bu halde işçi, feshin sendikal sebeple yapıldığını ispatlamalıdır. Bu noktada ise İş Kanunu madde 5/son düzenlemesine paralel şekilde, işçi tarafından sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumun ortaya koyulması yeterli olup, bu durumda ispat yükü işverene geçecektir.

Ayrımcılığın ispatında bir diğer yasal düzenleme ise TİHEK Kanunu madde 21 ile getirilmiştir. Buna göre, *“Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.”* Bu noktada İş Kanunu madde 5/son düzenlemesine paralel olarak tam ispat şartı olmaması, kuvvetli emare ve karinelerin ortaya konması ile ispat yükünün yer değiştirerek ayrımcılık

⁹⁴⁹ Albayrak and Yuvalı, "Eşit Davranma Borcuna Ayrılıkta İspat" (n 934) 93. Aynı yönde bkz. Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 93; Keser, "İş Sözleşmesi Yapma" (n 250) 34.

⁹⁵⁰ 2821 sayılı Mülga Sendikalar Kanunu'nda ise m.31/7 uyarınca, iş güvencesinden yararlanmayan işçinin sendikal sebeplerle iş sözleşmesinin feshedildiği iddiasında, işveren feshin sendikal sebeple yapılmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak iş güvencesine tabi işçiler yönünden sendikal ayrımcılık iddiasını, iddiada bulunan işçinin ispat etmesi gerekmektedir. Öğretide bu noktada haklı olarak, iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler arasında bir farklılık yaratılması eleştirilmiştir. Bkz. Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", *İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası* (İstanbul Barosu Yayınları 2004), 96-97,131; Bakırcı, "Tazminat" (n 941) 117, 121; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 75. Bu noktada iş güvencesine tabi işçiler yönünden İş Kanunu m.5/son hükmünün uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Güzel, "İş Güvencesi" (n 950) 96-97, 131; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 75-76.

yapılmadığının ispat edilmesi gerekliliği olumlu bir adımdır⁹⁵¹. Bu düzenlemede, İş Kanunu madde 5/son düzenlemesinden farklı olarak, ispatla yükümlülük ifadesi yerine davacının ihmal ihtimalini ortaya koyması ifadesine yer verilmiş olup, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, ispat yükünün paylaşılması söz konusudur. Ayrıca ilgili düzenleme, Kuruma başvurular için geçerlidir. Yargılama bakımından söz konusu değildir⁹⁵².

III. AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Yukarıda detaylarına yer verdiğimiz üzere, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasının tespiti ve ispatı aşamalarından sonra ihlalin gerçekleştiği kanaati üzerine yasal olarak öngörülen birtakım yaptırımlar devreye girmektedir. Ayrımcılık yasağını ihlal eden tarafın aleyhine verilebilecek cezai, idari ve hukuki yaptırımlara ek olarak, ayrımcılığa maruz kalan taraf da birtakım talep haklarına sahiptir. İş ilişkilerinde ayrımcılığa maruz kalan işçiler tarafından başvurulabilecek yasal yollar ve işveren aleyhine uygulanabilecek giderim ve yaptırımlar aşağıda ele alınacaktır.

A. CEZAI YAPTIRIM

Ayrımcılık, insan onuru ve saygınlığına yönelen, temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir olgudur. Bireylerin sahip oldukları birtakım kişisel özellik ve niteliklere göre farklı muamelelere maruz kalmasının kabul görmesi, hukuk düzeni tarafından korunması mümkün değildir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi temel bir ilke ve temel bir haktır. Bu hakka yönelik müdahale ve saldırıların ise suç olarak düzenlenmesi, tanınması

⁹⁵¹ Cin Karagöz, “TİHEK” (n 408) 27.

⁹⁵² Karan (n 21) 447; Ünal (n 28) 430.

gerekmektedir⁹⁵³. Bu itibarla TCK, nefret ve ayrımcılık suçunu ayrı bir madde başlığı altında düzenlemiştir⁹⁵⁴.

TCK madde 122, ayrımcılığı başlı başına bir suç olarak öngörmektedir. Madde ile insanlar arasında kanun ve nizamların izin vermediği ayrımların yapılarak bazı kimselerin hukukun sağladığı imkanlardan yoksun kılınması cezalandırılmaktadır. Gerekçede de ifade edildiği üzere maddenin düzenleme amacı olarak belirtilen bu husus, grup mensubiyeti sebebiyle bireyler arasında ayırım yapılmamasına yöneliktir.

Bu suç, şikayete tabi olmayıp, resen soruşturulması ve kovuşturulması gerekmektedir⁹⁵⁵. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere suçun unsurları ayrı ayrı metin içerisinde belirtilmiş durumdadır. Madde ile öngörülen ayırım yasaklarına dayanılarak, i) bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, ii) bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, iii) bir kişinin işe alınmasını, iv) bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunması yaptırımı bağlanmıştır. Bu davranışların ise dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle işlenmesi gerekmektedir.

Öncelikle madde kapsamında ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda sayılmış olması olumsuz bir durum teşkil etmektedir. Her ne kadar öğretide suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince açık uçlu yaklaşım benimsenerek “ve benzeri sebepler” ifadesi kullanılmasının yerinde olmadığı haklı olarak ifade edilmişse de, bu durumda ayırım temellerinin daha geniş düzenlenmesi gerekli olmaktadır. Örneğin yaş, cinsel yönelim gibi temellerin yer almaması bir eksikliktir⁹⁵⁶.

⁹⁵³ Ceza mevzuatında veya ayrı bir mevzuat ile ayrımcılık suçuna yer veren ülkelere dair inceleme için bkz. Demren Dönmez, “Ayrımcılık Suçu” (n 391) 26 vd.; Uğur Ersoy, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)” (2017) (34) Ceza Hukuku Dergisi 7, 24 vd. (“Nefret ve Ayrımcılık Suçu”); Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen and Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler (14th edn, Adalet Yayınevi 2014) 379 vd.

⁹⁵⁴ Madde başlığında nefret suçu ifadesi kullanılsa da içerik olarak bir nefret suçunun oluşturulmadığı, başlık ile içeriğin uyumlu olmadığı, başlığın nefret saiki ile ayrımcılık suçu olarak ifade edilmesinin daha yerinde olacağı yönünde bkz. Ersoy, “Ayrımcılık Suçu” (n 953) 16.

⁹⁵⁵ Memur ve kamu görevlilerinin yargılanması bakımından ise soruşturma izni gerekmekte olup, bu konuda bkz. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Kanun No.4483, Kabul Tarihi:2.12.1999 RG. 4.12.1999/23896.

⁹⁵⁶ Anayasa m.10 ve İHAS m.14 uyarınca TCK’da değişiklik yapılarak madde metnine cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ifadelerinin eklenerek kapsamın genişletilmesi yönünde Cumhuriyet Halk Partisi

Madde düzenlemesinde ayrımcılığa dair bir tanımlama yapılmamıştır. Suçun maddi unsuru, yukarıda saydığımız seçimlik hareketlerdir. Seçimlik hareketin yapılması ile suç oluşacak olup, salt hareket suçu olarak ifade edilebilir. İşe alma icrai hareket iken işe almama fiili ihmali bir harekettir. Ancak ceza hukukunda kıyas yapılması mümkün değildir. Bu sebeple, işe alma haricinde maddedeki koşullara dayalı olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi maddedeki suç kapsamı dışındadır. Fail bakımından bir özellik öngörülmemiş olup, herkes suçun faili olabilir. Tüzel kişiler bakımından ise bir düzenleme yapılmamış, güvenlik tedbiri uygulanacağı ayrıca belirtilmemiştir. Bu bakımdan, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Mağdur da herkes olabilecek olup, yasak kapsamında sayılan gruplardan birine mensup olan kişidir. Bu noktada vatandaş olan ve olmayan ayrımı yapılmamıştır. Manevi unsur ise hareketlerin madde metninde sınırlı sayıda belirtilen ayırım kriterlerine dayalı saikle gerçekleştirilmesidir⁹⁵⁷. Nefret ve ayrımcılık suçu, uzlaşma kapsamında olan suçlardan değildir.

Bu çerçevede dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep sebebiyle duyulan nefrete dayalı olarak bir kişinin işe alınmasını engelleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır⁹⁵⁸.

TCK ile getirilen bir diğer düzenleme de sendikal haklara ilişkindir. Madde 118, “*Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü ile sendikal hakların kullanımının engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir.

tarafından 2018 yılında kanun teklifi verilmiş ve ancak ilgili teklif kanunlaşmamıştır. Aynı şekilde 2016 yılında da geniş kapsamlı (cinsel yönelim, cinsel kimlik, zihinsel ve bedensel engel, servet, doğum vb.) kriterlerin madde metninde düzenlenmesi yönünde bir kanun teklifi verilmiş bulunmaktadır. Bkz. Cumhuriyet Halk Partisi, 1.10.2018, E.553; 9.12.2016, E.2/1493 (www.tbmm.gov.tr), (ET:7.9.2021).

⁹⁵⁷ Demren Dönmez, “Ayrımcılık Suçu” (n 391) 35 vd.; Karan, “TCK Madde 122” (n 391) 166 vd.; Ersoy, “Ayrımcılık Suçu” (n 953) 33 vd.; Yıldız (n 4) 343 vd.

⁹⁵⁸ 2014 yılında 6529 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, yaptırım altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak öngörülmüş, ceza sınırının düşüklüğü ve adli para cezası seçimli düzenlenmiş olması öğretilerde eleştirilmiş ve maddenin uygulamasının tartışmalı ve caydırıcı olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Demren Dönmez, “Ayrımcılık Suçu” (n 391) 53,54; Karan, “TCK Madde 122” (n 391) 146.

Bir diğer husus, cinsel taciz suçudur. İşyerinde işçiye karşı işveren tarafından cinsel tacizde bulunulması halinde TCK madde 105 düzenlemesi devreye girecek ve üç aydan iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası yaptırımı söz konusu olacaktır. Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak, cezayı artırıcı niteliktedir⁹⁵⁹. Cinsel taciz suçunda, vücuda temas söz konusu değildir. Vücuda temas gerçekleşmesi halinde, cinsel saldırı suçundan bahsedilecektir (madde 102). Bu suç bakımından da fiilin işyerinde gerçekleşmesi ile ceza miktarı artırılmaktadır.

Psikolojik taciz bakımından ise TCK ile yapılan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak TCK madde 117/1 düzenlemesi, “... *hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kapsamında cezalandırılabilir.*” gereği, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali halinde cezai bir yaptırım gündeme gelecektir⁹⁶⁰. Psikolojik taciz niteliğindeki eylemin, belirtilen koşulları sağlaması şartıyla ayrımcılık suçu (madde 122) oluşturması da mümkündür⁹⁶¹. Buna ek olarak işyerinde psikolojik taciz olarak ortaya çıkan davranışların, cinsel saldırı, cinsel taciz, kasten yaralama, intihara yönlendirme, hakaret, cebir, eziyet, kişilerin huzur ve sükununu bozma gibi birçok farklı suçun konusunu teşkil etmesi de mümkün görülmektedir⁹⁶².

B. İDARİ YAPTIRIM

TİHEK Kanunu kapsamında yapılan başvuru süreci hakkında yukarıdaki açıklamalarımız, bu başlıkta da geçerli olmak üzere, yapılan başvuru neticesinde; ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır (Madde 25/1)⁹⁶³. Kurulun, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı

⁹⁵⁹ Cinsel taciz suçu bakımından detaylı açıklamalarımız için bkz. 2. Bölüm, I, C, (2), (g).

⁹⁶⁰ Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 767.

⁹⁶¹ Ünal, “Psikolojik Taciz” (n 546) 61.

⁹⁶² Mustafa Ruhan Erdem and Benay Parlak, “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing” (2010) (88) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 261, 271 vd.

⁹⁶³ 2021 yılı için idari para cezası miktarı alt sınır 1.963 TL, üst sınır 29.500 TL’dir, (<https://www.tihék.gov.tr>) (ET:9.9.2021).

cezasına dönüştürme hakkı olup, hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı halinde alacağı ceza ise yüzde elli oranında artırılmaktadır. Ancak bu artışın ceza üst sınırını aşmaması gerekmektedir. Bu çerçevede verilen idari para cezaları ise tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmelidir. TİHEK Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ise idari yaptırımlara ilişkin olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

İdari para cezası yaptırımı öngören bir diğer düzenleme İş Kanunu'nda yer almaktadır. İş Kanunu madde 99 uyarınca, madde 5 ile düzenlenen eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırılık halinde, öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası idari para cezası verileceği düzenlenmiştir⁹⁶⁴. Belirtmek gerekir ki, öngörülen idari para cezası miktarının hiçbir caydırıcılığı bulunmamaktadır. Bu sebeple işveren için işçi başına 292 TL ödemeyi göze alarak ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi çok kolaydır.

Burada belirtmek gerekir ki, idari para cezası bir kabahat olup, bir eylem hem kabahat hem suç olarak düzenlenmiş ise bu halde suç karşılığı olan ceza yaptırımının uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁶⁵. Bu noktada eğer ayrımcılık yasağına aykırı eylem, TCK madde 122 kapsamında değerlendirilebilecek bir eylem ise, başka bir deyişle işe alım aşamasında ayrımcılık temellerinden birine dayalı olarak gerçekleştirilmiş ise, bu halde TCK madde 122 ile öngörülen yaptırım uygulanacak, İş Kanunu madde 99 kapsamındaki idari para cezasının uygulanması söz konusu olmayacaktır⁹⁶⁶. Ancak TCK madde 122'den farklı olarak, İş Kanunu madde 5 ile açıkça işe alım aşaması düzenlenmediğinden, iş sözleşmesinin kurulması sonrasındaki süreç ve fesih aşamasında İş Kanunu madde 99'un söz konusu olduğu öğretide ifade edilmiştir⁹⁶⁷. Ancak yukarıda iş ilişkisinin kuruluş sürecinde işverenin ayrımcılık yasakları ile bağlı olduğu

⁹⁶⁴ 2021 yılı için idari para cezası miktarı her bir işçi için 292 TL'dir, (<https://www.csgeb.gov.tr>) (ET:9.9.20212).

⁹⁶⁵ Kabahatler Kanunu, Kanun No. 5326, Kabul Tarihi:30.3.2005 RG. 31.3.2005/25772, m.15/3 : “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*”.

⁹⁶⁶ Yıldız (n 4) 344; Karan (n 21) 404; Demren Dönmez, “Ayrımcılık Suçu” (n 391) 43.

⁹⁶⁷ Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 454. Madde metnindeki “işçi” ifadesinden yola çıkarak işe alımda uygulanmadığı görüşü için bkz. Bakırcı (n 142) 39. Eleştirisi içinse bkz. Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 81.

görüşümüzü tekrar ederek, bu maddenin uygulamasında da işe alım aşamasının kapsam dahilinde olduğu kanaatindeyiz.

İş Kanunu madde 101, yasal düzenlemelere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için bin yedi yüz TL idari para cezası verileceğini düzenlemiştir⁹⁶⁸. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz. Bu hükme, Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik⁹⁶⁹ ile de atıfta bulunulmuştur. Yönetmelik uyarınca işverenler, işyerlerini engellilerin çalışmalarını kolaylaştıracak ve işin engelli çalışana uygunluğunu sağlayacak şekilde hazırlamak, sağlıkları için gerekli tedbirleri almak, mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak, işleriyle ilgili bilgi ve yeteneklerini geliştirmek, çalışmalarını için gerekli araç ve gereçleri sağlamak zorundadırlar (madde 18). Bu Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinde çalıştırılacak engelli işçilerle ilgili yapılacak denetim, 4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü çalışma hayatının denetimi ve teftişi esaslarına göre yapılmaktadır. Bu çerçevede engelli işçi çalıştırılmasına dair yükümlülüklerin yerine getirilmediğinin tespiti halinde İş Kanunu madde 101 ile öngörülen idari para cezası devreye girmektedir. Makul uyumlaştırma yapılmaması ayrıca ayrımcılık teşkil edeceğinden, yukarıda bahsettiğimiz çerçevede TİHEK Kanunu kapsamında başvuru yapılması da mümkündür.

Kabahatler Kanunu düzenlemesi uyarınca bir eylem ile birden fazla kabahat işlenmiş olması halinde, bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüş ise en ağır idari para cezası uygulama alanı bulacaktır (madde 15/1).

C. HUKUKİ YAPTIRIM

Ayrımcılık yasağının ihlali halinde gündeme gelecek olan önemli düzenlemelerden bir tanesi ayrımcılık tazminatıdır. Bu tazminata ilişkin düzenlemeler, iş ilişkisinin farklı aşamalarında meydana gelecek ayrımcı davranışlar karşısında sorumluluğun hukuki dayanağı belirlenerek ele alınmalı, aynı zamanda ayrımcılık tazminatının diğer

⁹⁶⁸ 2021 yılı için idari para cezası miktarı her bir işçi için 4.345 TL'dir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu (RG. 29.4.1967/12586) bakımından ayrıca bkz. Deniz İş Kanunu m.50.

⁹⁶⁹ Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, RG. 25.4.2009/27210.

tazminatlarla olan ilişkisi ve farklı yönlerine de yer verilmelidir. Ayrımcılık tazminatına ek olarak, hukukumuzda işçinin başvurabileceği farklı çözüm olanakları da mevcuttur. İşçinin iş sözleşmesini feshi hakkından, ayrımcılık tazminatına ek olarak talep edilebileceği düzenlenmiş olan yoksun kalınan hakların ve genel hükümler uyarınca sahip olunan talep haklarının üzerinde durulması da gerekmektedir.

Aşağıda, işveren tarafından ayrımcılık yasağının ihlali halinde, ayrımcılığa maruz kalan işçi yönünden özel hukuk kapsamında başvurulabilecek hukuki yollar ve ileri sürülebilecek talepler detaylı olarak ele alınacaktır.

1. Hükümsüzlük

Ayrımcılık yasağı düzenlemeleri, hukuki nitelik bakımından emredici bir niteliğe sahiptir⁹⁷⁰. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere ayrımcılık kriterleri, kişilerin değiştiremeyeceği, değiştirmesinin beklenemeyeceği ve istenemeyeceği kişisel özelliklere ilişkindir. Bu anlamda ayırım yasaklarını ihlal eden her türlü davranış, işlem ve uygulama hukuka aykırıdır. Bu noktada bu hukuka aykırılık halinin sonucu olarak işlem, uygulama veya kararların sonuçlarını değerlendirmek gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK madde 27/1, emredici düzenlemelere aykırılığı kesin hükümsüzlük sonucuna bağlamaktadır. Bu hali ile ayrımcılık yasaklarına aykırılık da kesin hükümsüz kabul edilecektir⁹⁷¹. Ancak bazı hallerde, madde 27/2 uyarınca,

⁹⁷⁰ Öğretide Ünal, ayrımcılık yasaklarının, “ayırım yapılamaz”, “farklı işlem yapılamaz” gibi ifadelerden yola çıkarak, geniş anlamıyla emredici hüküm olmakla birlikte dar ve teknik anlamda yasaklayıcı hükümler olduğunu ifade etmektedir, Ünal (n 28) 492, dn.292.

⁹⁷¹ Daha önce de belirttiğimiz üzere, dar anlamda eşit davranma borcunun bu yönüyle de ayrımcılık yasağı kurumundan farklılaştığını görmekteyiz. Zira işverenin, yönetim hakkını kötüye kullanması ile işçiler arasında keyfi bir ayırım yapması, bu yönüyle dürüstlük ilkesinin de zedelenmesi söz konusudur. Bu itibarla, hakkın kötüye kullanılmasının sonuçları doğmaktadır. Bu yönde bkz. Süzek (n 4) 562 vd.; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 128; Yıldız (n 4) 209 vd.; Demir, “Tazminat” (n 41) 23-24; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 441; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 997; Güzel and Ugan Çatalkaya, “Yönetim Yetkisi” (n 284) 32 vd.; Ugan Çatalkaya (n 6) 159; Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 892; Ünal (n 28) 493. Fransız Hukukunda da yaptırım noktasında bir farklılık doğduğu, ayrımcılık yasağının ihlali kesin hükümsüz sayılırken, eşit davranma borcuna aykırılık ile zararın giderilmesi söz konusu olduğu yönünde ayrıca bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 162, dn. 223-226 ile ifade edilen kaynaklar; Ugan Çatalkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 871-873. Ancak bu görüşlerin aksine ayrımcılık yasağının ihlalinin kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmayacağı, TBK m.27 uygulaması bakımından ihlal edilen

sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Kesin hükümsüzlük sonucunun amaca uygun olmadığı haller olabilir. Bu çerçevede, işverenin kararının veya uygulamasının tamamının hükümsüz sayılması yoluna gidilmeyecek, ayrımcı uygulama, karar veya işlemde faydalandırılmayan işçilerin yoksun kaldıkları haklardan yararlanmaları sağlanacaktır⁹⁷². Bu noktada da kötude eşitleme değil⁹⁷³, tüm işçilerin eşit olarak faydalandırılması söz konusudur. Aynı şekilde iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri yönetmeliği gibi ayrımcı bir düzenlemenin varlığında, ayrımcı hükümlere ilişkin olarak kısmi hükümsüzlük söz konusu olabilmekte ve sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerliliğini etkilememektedir⁹⁷⁴. Ancak TBK madde 27/2, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşılması halinde, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağını da ifade etmektedir.

Kesin hükümsüzlük sonucu, fesih bakımından da gündeme gelmektedir. Bu noktada ayırım yasaklarına aykırı olan, haklı ve objektif bir şekilde de haklılaştırılmayan fesih işlemi, iş güvencesi kapsamındaki işçiler yönünden geçersiz bir fesih olarak kabul edilmektedir⁹⁷⁵. Nitekim İş Kanunu madde 18, ayrımcılık kriterlerinin fesih için geçerli bir sebep teşkil etmeyeceğini açıkça düzenlemiştir.

2. Borçlar Kanunu Uyarınca Maddi ve Manevi Tazminat

Aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz ayrımcılık tazminatına dair hükümlerden faydalanılması, aynı zamanda genel hükümler uyarınca sahip olunan talep hakkını engellemeyecektir. Nitekim İş Kanunu madde 5/6 hükmünde yer alan yoksun kalınan

yasa hükmüne karşılık farklı bir yaptırımın, geçersizlik tipinin öngörülmemesi gerektiği hususunda bkz. Süzek (n 4) 488-489.

⁹⁷² Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 234-235; Yıldız (n 4) 320; Ugan Çatalakaya (n 6) 159.

⁹⁷³ Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 982; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 139; Yıldız (n 4) 186.

⁹⁷⁴ Onaran Yüksel (n 19) 347; Yıldız (n 4) 320; Ünal (n 28) 494.

⁹⁷⁵ İş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilere ilişkin olarak aşağıda ayrıca açıklama yapılacağından, buradaki açıklamalarımız sınırlı tutulmuştur.

haklar ifadesinin genel hükümler çerçevesinde istenebilecek tazminatları da kapsadığı kabul edilmektedir⁹⁷⁶.

Öğretide, ayrımcılık yasağının ihlali halinde maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulabileceği genel olarak kabul edilmektedir⁹⁷⁷. Daha önce belirttiğimiz üzere, ayrımcılık olgusu, insan hak ve özgürlüklerini ihlal eden, insan onur ve saygınlığını hedef alan bir niteliğe sahiptir. Bu çerçevede kişilik haklarının zedelenmesi gündeme gelebilecek olup, koşulları sağladığı takdirde manevi tazminat talep edilmesi genel hükümlere mümkündür.

Maddi ve manevi tazminat talepleri bakımından, işverenin eşit davranma ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı davranması durumunda işçi yönünden malvarlığı veya şahıs varlığında bir zarar meydana gelmiş olması halinde, TBK madde 96 ve devamındaki hükümler uyarınca tazminat talebinde bulunulması mümkündür⁹⁷⁸.

3. Ayrımcılık Tazminatı

a. Genel olarak ayrımcılık tazminatı, tazminatın hesaplanması ve hukuki değerlendirme

Ayrımcılık yasağını düzenleyen İş Kanunu madde 5, 6. fıkrası ile ayrımcılık yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırım hakkında da bir düzenleme getirmektedir. Buna 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*

⁹⁷⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 217. Ünal, maddi zarar taleplerinin yoksun bırakılan haklar kapsamına dahil olduğundan, ayrıca maddi tazminat talebinin gündeme gelmeyeceğini, ancak İş Kanunu’na tabi olmayan iş ilişkilerinde maddi tazminatın istenebileceğini ifade etmektedir, s.490-491.

⁹⁷⁷ Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 767; Demir, “Tazminat” (n 41) 18; Onaran Yüksel (n 19) 337; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 452; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 217; Yıldız (n 4) 326; Şükran Ertürk, *Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği*, (Belediye İş Sendikası, AB’ye Sosyal Uyum Dizisi 2008), 163; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 264; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 751,767,772; Kandemir and Yardımcıoğlu, “Eşitlik İlkesi” (n 331) .35. İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde manevi tazminat, tabi olmayan iş ilişkilerinde maddi ve manevi tazminat uygulanabileceği yönünde bkz. Ünal (n 28) 491.

⁹⁷⁸ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 222-225; Onaran Yüksel (n 19) 340-341; Yıldız (n 4) 326.

inci maddesi hükümleri saklıdır.”. Bu çerçevede, İş Kanunu madde 5 ile düzenleme alanı bulan ayrımcılık kriterlerine dayalı farklı muamele, sözleşme türüne göre ayırım yapılması, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapılması, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılması karşısında uygulanacak bir yaptırımdır⁹⁷⁹.

Ayrımcılık tazminatı, dört aya kadar ücret tutarında uygun bir tazminat olarak düzenlenmiştir. Maddede tazminat olarak düzenlenmesi karşısında, öğretide bunun bir medeni ceza olduğu da ileri sürülmektedir⁹⁸⁰. Nitekim ayrımcılık tazminatı için zarar doğması şartı bulunmamaktadır⁹⁸¹. Zararın doğmasına dayalı olmadığından, götürü tazminat olarak da nitelendirildiği görülmektedir⁹⁸². Ayrımcılık tazminatı bakımından, işverenin kusuru da aranmamaktadır⁹⁸³. Nitekim ayrımcılık saiki ile hareket edilmesi

⁹⁷⁹ Öğretide *Süzek*, sözleşme türüne göre farklı işlem yapılmasını ayrımcılık yasakları kapsamına dahil etmemekte, bu yönüyle de ayrımcılık tazminatı yönünden sözleşme türüne dayalı ayrımcılığı dışlamaktadır, *Süzek* (n 4) 471. Ancak sözleşme türüne göre ayrımcılık yapılması halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilmesine ilişkin Yargıtay kararlarında değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Yargıtay HGK. bir kararında somut olayı İş Kanunu madde 5 kapsamında da ele alarak, tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen davacı yönünden sosyal ve parasal haklarının diğer tam süreli çalışanlara göre, haftalık çalışma süresinin oranlanmasıyla belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olacağını, davacı ile diğer tam süreli iş akdi ile çalışanlar arasında oranlamayı haklı gösterecek objektif bir nedenin varlığı da ispat edilemediğinden davacının işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlandırılması gerektiği gerekçesiyle direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Karşı oyda ise karara somut olayın madde 5 kapsamına çekilmemesi, çalışma sürelerinin ayırımı haklı kılan bir sebebe olduğu gerekçesi ile karara katılmamıştır, Y. HGK. E.2012/847, K.2013/200, 6.2.2013 (Lexpera) (ET:17.01.2022).

⁹⁸⁰ Narmanlıoğlu (n 150) 331; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 77; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 983; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 766; Yuvalı (n 243) 222; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 263; Muhittin Astarlı, “İş Güvencesi Kapsamındaki Kadın İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hamilelik Nedeniyle Feshinde İşe Başlatmama Tazminatı Yanında Ayrımcılık Tazminatının Da Talep Edilebilmesi Üzerine Düşünceler” (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 202ibid..

⁹⁸¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 218; *Süzek* (n 4) 486; *Süzek*, “Eşit Davranma” (n 57) 34; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 470; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 144; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 77; Seçkin Nazlı, “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler” (2016) 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 571, 578; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 983; Yıldız (n 4) 329; Serkan Odaman, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, (2010) (25) Legal İSGHD 31, s.34; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 448; Astarlı, “Tazminat” (n 980) 200; Karagöz, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 334) 69; Aykaç, “Fesihte Eşit Davranma” (n 6) 115; Doğan, “Eşitlik İlkesi” (n 250) 201.

⁹⁸² Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 77; Yıldız, “Orantılılık” (n 360) 697; Yuvalı (n 243) 222; Sevimli, “İşçinin Kişiliğinin Korunması” (n 485) 140; Aykaç, “Fesihte Eşit Davranma” (n 6) 115.

⁹⁸³ Adalet Divanı, *Dekker* kararında eşitliğe aykırılık durumunda işverenin ayrıca kusurlu olması gerekmediğini, eşitlik ilkesine aykırılığın, tazminattan sorumlu olabilmek için yeterli olduğunu ifade etmiştir, Case 177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, [1990] ECR I-03941.

konusunda bir düzenleme yapılmamış olup, kusur da belirtilmemiştir⁹⁸⁴. Ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin sona erdirilmesi gerekmekte olup, iş ilişkisinin devamında da ayrımcılığın meydana gelmesi halinde tazminat talep edilmesi mümkündür⁹⁸⁵.

Tazminatın hesaplanması bakımından, asıl ücret esas alınmaktadır. Madde gerekçesinde de ikramiye, prim ve sosyal yardım gibi ödemeler hesaplama katılmamaktadır. Bu bakımdan çıplak ücret üzerinden hesaplama yapılmaktadır⁹⁸⁶. Hesaplama yapılırken, madde metninde 4 aya kadar ücreti tutarında uygun bir miktar belirleneceği ifade edilmektedir. Bu durumda hakim tarafından uygun bir tazminat miktarı hesaplanarak hüküm oluşturulacaktır. Bu bakımdan somut olayın koşulları doğrultusunda, ayrımcılık teşkil eden olayın ağırlığı, yapılışı, birden çok hükmün ihlal edilip edilmediği, işçinin konumu ve benzeri faktörlerin ele alınacağı ifade edilmektedir⁹⁸⁷.

Mevcut düzenlemeye getirilen bir eleştiri, tazminatın üst sınırı olarak 4 aya kadarki ücret tutarı belirlenmesini yerinde bulmamaktadır. Eleştiriler, ilgili üst sınırın AB düzenlemeleri ile bağdaşmadığı ve üst sınır sebebiyle ayrımcılık tazminatının caydırıcılığını azaltması yönünde yoğunlaşmaktadır⁹⁸⁸.

⁹⁸⁴ Narmanlıoğlu (n 150) 331; Yıldız (n 4) 72; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 983-984; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 767; Nazlı, “Uygulama Sorunları” (n 981) 578.

⁹⁸⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4)468; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11)77; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57)34.

⁹⁸⁶ Mollamahmutuoğlu, Astarlı and Baysal (n 55)218; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4)471; Süzek (n 4)486; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41)165; Narmanlıoğlu (n 150)331; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57)34; Demir, “Tazminat” (n 41) 18; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 767; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11)77; Yıldız (n 4) 329; Keser, “İş Sözleşmesi Yapma” (n 250) 33; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58)s.448; Odaman, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 981) 34; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55)75; Karagöz, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 334) 69; Nazlı, “Uygulama Sorunları” (n 981) 578; Doğan, “Eşitlik İlkesi” (n 250) 201; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 262. Aksi görüşte bkz. Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 248, 261.

⁹⁸⁷ Mollamahmutuoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 218; Süzek (n 4) 486; Narmanlıoğlu (n 150) 331; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 34; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 77; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 448; Ünal (n 28) 436-437; Yuvalı (n 243) 223; Yıldız (n 4) 329; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 74; Odaman, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 981) 34; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 262; Nazlı, “Uygulama Sorunları” (n 981) 578; Aykaç, “Fesih Eşit Davranma” (n 6) 116; Kandemir and Yardımcıoğlu, “Eşitlik İlkesi” (n 331) 32; Karagöz, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 334) 69;. Ayrımcılık saikin de hesaplamada dikkate alınacağı yönünde bkz. Yıldız (n 4) 330; Doğan Yenisey, “Orantılılık” (n 58) 984.

⁹⁸⁸ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 77; Yıldız (n 4) 125, 330; Yıldız, “Orantılılık” (n 360) 701; Bakırcı, “İstihdam” (n 27) 27; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 248-249, 261; Manav,

Gerçekten de 4 aylık üst sınır, hak ve özgürlükler ile insan onur ve saygınlığına bir saldırı olan ayrımcı davranışların gerek ağırlığı, gerek yöneldiği ve ihlal ettiği hak ve özgürlükler, gerek birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkisi⁹⁸⁹, gerekse mağdur üzerindeki etkisi ve yarattığı zarar bakımından oldukça düşük kalabilecek bir niteliktedir. Yaptırımın etkili, orantılı ve caydırıcı olması önemlidir. Bu bakımdan öğretide, üst sınırın kaldırılarak 4 ay gibi bir sınırın ancak bir alt sınır olarak öngörülebileceği de ileri sürülmüştür⁹⁹⁰. Ancak nispi emredici nitelikte kabul edilen bu hüküm bakımından ayrımcılık tazminatının, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile artırılabilmesi kabul edilmektedir⁹⁹¹.

AB hukuku bakımından, üst sınır getirilmediği görülmekte, Adalet Divanı tarafından da, ayrımcılık yasağının ihlali halinde ödenecek tazminatın üst sınıra bağlanmaması gerektiği yönünde karar verilmektedir. Bu durumda ayrımcılığa maruz kalan işçinin uğradığı zararlar orantılı olarak bir tazminata hükmedilmesi gerektiği, bir üst sınırın tazminatın etkinliğini zarara uğratacağı da ifade edilmektedir⁹⁹². Nitekim 2006/54/EC sayılı Direktif, maruz kalınan zararlar orantılı ve caydırıcı olacak şekilde belirlenen gerçek ve etkin bir tazminat veya telafiyi sağlamak için gerekli olan tedbirlerin alınması gerektiğini; bu tazminat veya telafi önceden bir üst sınır belirleyerek kısıtlanamayacağını düzenlemiştir (madde 18). Giriş kısmında da bu hususu ifade ederek, bu türde bir tazminat için önceden herhangi bir üst sınır belirlemenin düşünülmemesinin uygun olacağını ifade etmektedir (Giriş, madde 33)⁹⁹³.

“Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 755,772; Yuvalı (n 243) 224; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 263; Ünal (n 28) 437-438.

⁹⁸⁹ Bu noktada Ünal, TİHEK Kanunu m.25/1 ile düzenlenen idari para cezasına dair hükümde “çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak” hesaplama yapılacağını belirtildiğini, çoklu ayrımcılık halinde İş Kanunu m.5/6 ile belirtilen üst sınırla bağlı kalınmaması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir, Ünal (n 28) 438.

⁹⁹⁰ Yıldız (n 4) 330, 350.

⁹⁹¹ Süzek (n 4) 486; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 34; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 767; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 218; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkara (n 4) 470; Yıldız (n 4) 330; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 144; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 448; Yuvalı (n 243) 224; Gülmez, “Aykırı Düşünceler” (n 43) 249; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 74; Odaman, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 981) 35; Nazlı, “Uygulama Sorunları” (n 981) 578; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 116; Ünal (n 28) 69; Ünal (n 28) 440.

⁹⁹² Case 180/95, *Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG* [1997] ECR I-02195, p.30,37; Case 271/91, *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* [1993] ECR I-04367. Yıldız, “Orantılılık” (n 360) 698.

⁹⁹³ AB mevzuatı bakımından detaylı bilgi için bkz. Yıldız (n 4) 315-318, Yıldız, “Orantılılık” (n 360) 700.

Değinilmesi gereken bir diğer husus, psikolojik taciz halinde ayrımcılık tazminatının talep edilip edilemeyeceğidir. Cinsel taciz iş sözleşmesinin feshinde haklı sebepler arasında açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, psikolojik taciz yönünden bir düzenleme yapılmamış durumdadır. Psikolojik tacizin ayrımcı bir davranış olduğuna kuşku yoktur. Nitekim TİHEK Kanunu tarafından da ayrımcılık teşkil eden hallerden biri olarak kabul edilmiştir. Ancak İş Kanunu madde 5 çerçevesinde psikolojik tacize yer verilmediğinden, ayrımcılık tazminatının psikolojik taciz halinde talep edilip edilemeyeceği bir sorun teşkil etmektedir. Bu noktada İş Kanunu madde 5 ile öngörülen ayrımcılık tazminatından psikolojik taciz mağdurlarının faydalanabilmesi için İş Kanunu ile daha açık bir düzenlemeye yer verilerek bu konudaki olası tartışmaların giderilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır⁹⁹⁴.

Bir diğer husus ise engellilik temelinde ayrımcılık bakımından ortaya çıkmaktadır. TCK madde 122 ile işe alımda engelliliğe dayalı olarak yapılacak ayrımcılığın suç teşkil edeceği, ayrıca düzenlemiş ve cezai yaptırıma bağlanmış bulunmaktadır. Ancak Engelliler Hakkında Kanun ile ayrımcılığın ihlali halinde uygulanacak hukuki bir yaptırım öngörülmediğinden, öğretide haklı olarak İş Kanunu madde 5 ile öngörülen tazminatın uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁹⁵. İş Kanunu'na tabi olmayan engelli çalışanlar yönünden ise İş Kanunu madde 5 ile öngörülen tazminat yaptırımı söz konusu olmayacaktır. Bu anlamda, Engelliler Hakkında Kanun ile de bir düzenleme yapılmadığından, İş Kanunu'na tabi olmayan işçiler bakımından koruma kapsamı dışında kalmaları sebebiyle kanunda bir boşluk yer almaktadır⁹⁹⁶.

Son olarak değinmemiz gerekir ki, ayrımcılık tazminatının zamanaşımına dair özel bir düzenleme yapılmamıştır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Kanunu'na eklenen

⁹⁹⁴ Yıldız, psikolojik taciz ayrımcılığın bir türü olduğundan, ayrımcılık tazminatına da hak kazanılacağı görüşündedir, Yıldız (n 4) 129. Benzer yönde bkz. Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 767; Demircioğlu, "Psikolojik Taciz" (n 556) 138; Arslan Ertürk, "Psikolojik Taciz" (n 546) 305; Sevimli, "İşçinin Kişiliğinin Korunması" (n 485) 140. Cinsel taciz yönünden de ayrımcılık tazminatının talep edilebileceği yönünde bkz. Özdemir "Cinsel Taciz" (n 126) 93. Bir diğer görüş ise ayrımcılık sebeplerine dayanan bir psikolojik taciz eylemi halinde bu tazminatın gündeme geleceğini ifade etmektedir, Ünal, "Psikolojik Taciz" (n 546) 62; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 206; Bayram, "Psikolojik Taciz" (n 122) 565; Ali Güzel and Emre Ertan, "Karar İncelemesi: İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı" (2008) 1 (16) Çalışma Ve Toplum Dergisi.

⁹⁹⁵ Yıldız (n 4) 135, 146; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 68.

⁹⁹⁶ Baybora, "Engelli Ayrımcılığı" (n 645) 263.

ek madde 3 uyarınca, iş sözleşmesinden kaynaklanmak şartıyla, hangi kanuna tabi olursa olsun, iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat bakımından zamanaşımı 5 yıl olarak belirlenmiştir. Ancak buradaki zamanaşımı iş ilişkisinin sona ermesi ile sınırlı düzenlenmiştir. Ancak ayrımcılık iş ilişkisinin kuruluşunda ve devamında da ortaya çıkabileceğinden, ilgili düzenleme eleştiriye açıktır. Zira fesih haricinde ayrımcılık yasağına aykırılık halinde genel zamanaşımı olan TBK madde 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı uygulanacakken, iş ilişkisinin sona ermesinde 5 yıl öngörülerek bir farklılık yaratılmaktadır⁹⁹⁷. Faiz bakımından ise işverenin temerrüde düşürülmesi faiz başlangıcı sayılacak olup, temerrüde düşürülmedi ise başlangıç tarihi dava tarihi olacaktır. Uygulanacak faiz ise yasal faizdir⁹⁹⁸.

b. Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık halinde ayrımcılık tazminatı sorunu

Öğretide, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık halinde ayrımcılık tazminatının talep edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışma bulunmaktadır. İlk olarak bir görüş, İş Kanunu madde 5 tarafından ayrımcılık yasağının düzenlendiğini, ayrımcılık tazminatının da sadece ayrımcılık yasaklarının ihlali halinde talep edilebileceğini ileri sürmektedir⁹⁹⁹. Bu sebeple dar anlamda eşit davranma borcu ihlal edildiğinde, ayrımcılık tazminatının talep edilmesi mümkün olmamakta, ancak yoksun kalınan hakların talebinin mümkün olduğu savunulmaktadır¹⁰⁰⁰. Maddenin lafzı bakımından değerlendirildiğinde, dar anlamda eşit davranma borcunun ihlaliyle ayrımcılık tazminatı uygulanacağı sonucuna varılamamaktadır. Aksi görüş ise maddenin lafzına

⁹⁹⁷ Süzek (n 4) 486; Ünal (n 28) 444.

⁹⁹⁸ Yuvalı (n 243) 224; Ünal (n 28) 444-445.

⁹⁹⁹ Süzek (n 4) 493; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 469; Ünal (n 28) 433; Aykaç, “Fesihle Eşit Davranma” (n 6) 116-117.

¹⁰⁰⁰ Aynı yönde bkz. “...davacının dayandığı sebebin İş Kanununun 5 inci maddesinin ilk fıkrasında açıklanan dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağına uymadığından davacının eşit davranmama tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”, Y. 9. HD. E. 2015/29956, K. 2018/18539, 17.10.2018 (Yargıtay Bilgi Bankası) (ET:15.10.2021).

rağmen dar anlamda eşit davranma borcunun aykırılığında da ayrımcılık tazminatının uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁰¹.

Önceki bölümlerde ele aldığımız üzere, her ne kadar İş Kanunu madde 5 düzenlemesinde açıkça işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna yer verilmemişse de, bu durum işverenin bu yönde bir borcunun olmadığı anlamına gelmemektedir. En başta Anayasa madde 10 düzenlemesi bu borcun kaynağıdır. Ancak yaptırım yönünden madde lafzından doğrudan bu borcun ihlali halinde ayrımcılık tazminatı uygulanacağına varılmadığından¹⁰⁰², maddenin yeniden düzenlenerek, dar anlamda eşit davranma borcu da kapsama alınmalıdır.

Yargıtay tarafından verilen son kararlara bakıldığında, ayrımcılık kriterlerine dayalı bir ayırım yasağı ihlali şartının arandığı, bu çerçevede de dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali bu tazminata hükmedilmeyeceğine yönelik değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır¹⁰⁰³. Ancak bazı kararlar incelendiğinde, eşit davranma borcunun ihlali neticesinde madde 5 uyarınca öngörülen tazminatın hükmedilmesine yönelik de değerlendirme yapıldığı görülmektedir¹⁰⁰⁴.

Yargıtay 9. HD. tarafından verilen güncel bir kararda, deverece olarak çalışan davacının aynı işi yapan diğer işçilere kıyasla daha az ücret ödenmesi iddiasını incelemiş ve cinsiyet ayrımcılığı iddiasının davacı tarafından kanıtlanamasa bile eşit işe eşit ücret ödeme borcu kapsamında işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği ve ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu yönünde değerlendirme yapılmıştır. Bu noktada Yargıtay'ın ayrımcılık tazminatı için mutlak ayırım yasakları olarak ifade ettiği ırk, din,

¹⁰⁰¹ Adaletin ve hakkaniyetin gereği olarak dar anlamda eşit davranma borcu halinde de ayrımcılık talimatının uygulanması gerektiği yönünde bkz. Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58)s.449, 456. Yıldız, dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali, kanunda yer alan bu boşluğun hakim tarafından doldurularak ayrımcılık tazminatının uygulanabileceğini savunmaktadır, Yıldız (n 4) 329. Benzer yönde bkz. Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 76.

¹⁰⁰² Benzer yönde bkz. Ugan Çatalkaya (n 6) 223-224; Ugan Çatalkaya "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı" (n 11) 889.

¹⁰⁰³ Y.9.HD. 8.10.2019, E.2016/9885 K.2019/17630; Y.9.HD. 30.3.2017, E.2017/8204, K.2017/5375; Y.9.HD. 25.3.2014, E.2014/7203 K.2014/9888 (Lexpera) (ET:15.10.2021).

¹⁰⁰⁴ Y. 9. HD. 5.10.2020, E.2017/16279, K.2020/10415; Y.9.HD. 18.9.2007, 28933/26947; Y.9.HD. 22.4.2008, 13930/9895; Y.9.HD. 22.4.2008, 14403/9841 (Legalbank) (ET:15.10.2021). Karşı oy yazısı, "Yukarda açıklanan nedenlerle eşit davranmama tazminatının yalnız birinci fıkrada düzenlenen mutlak ayrımcılık yasaklarının değil, nispi ayrımcılık yasaklarında yaptırımı olduğu ve kararın davacıya eşit davranmama tazminatı verilmesi için bozulması görüşünde olduğumdan..." Y.7.HD. 26.1.2015, E.2014/12807, K.2015/569 (Lexpera) (ET:15.10.2021).

dil, cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yapılması koşulu aradığı yerleşik kararlarından ayrılarak bir karar verdiği görülmektedir. Karar kanımızca yerinde bir karardır. Nitekim eşit işe ve eşit değerde işe eşit ücret ilkesi İş Kanunu madde 5 ile düzenlenmiş, İş Kanunu madde 5/6 ise “iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat” öngörmüştür. Bu haliyle Yargıtay, eşit davranma ilkesinin ihlali halinde de ayrımcılık tazminatına hükmedebileceğini kabul etmiş olmakla birlikte, bu kararın gelecekteki değerlendirme ve kararlara etkisi ile ayrık bir karar olarak kalıp kalmayacağı merak konusudur¹⁰⁰⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da güncel tarihli bir kararında işçilik alacakları için icra takibine geçen işçilere ücret ödemesi yapmayan işverenin, hakkında icra takibi başlatmayan işçilere ücret ödemesi yapmak suretiyle ayrımcılık yaptığı iddiası incelenmiş, somut olay bakımından da bu durumun temel hak ve hürriyetler arasında yer alan hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından çalışanlar arasında ayrımcılık yapıldığı iddiası olarak nitelendirilmesi ve bu iddianın da İş Kanunu’nun 5. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Görüleceği üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da mutlak ayırım yasakları olarak ifade ettiği din, dil, ırk, cinsiyet, yaş ve benzeri sebeplerle sınırlı kalmadan ayrımcılık yasağını bu güncel kararında geniş bir biçimde yorumlamıştır¹⁰⁰⁶.

Yargıtay kararları aynı konu hakkında farklı değerlendirmelere yer vermiş olsa da, kararlarda görülen bir başka sorun da ayırım ve eşitlik kavramlarının kullanımına yöneliktir. Yargıtay bazı kararlarında öğretide adlandırıldığı gibi ayrımcılık tazminatı ifadesini kullanırken, bazı kararlarında ise “eşit davranmama tazminatı”¹⁰⁰⁷, “eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı”¹⁰⁰⁸ veya “eşitsizlik tazminatı”¹⁰⁰⁹ gibi ifadeleri

¹⁰⁰⁵ Y. 9. HD. 5.10.2020, E.2017/16279, K.2020/10415(Legalbank) (ET:15.10.2021). Ayrıca değinmemiz gerekir ki kararda cinsiyet ayrımcılığının davacı tarafından ispatlanamadığına dair değerlendirme de tartışmaya açıktır. Nitekim daha önce de açıkladığımız üzere, ayrımcılığın varlığını ispat için işçinin kuvvetli emareler ortaya koyması yeterli olup, tam ispat aranmamakta; bu durumda ispat yükü işverene geçerek işverence ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğinin ispatlanması gerekmektedir.

¹⁰⁰⁶ Y. HGK. 25.2.2020, E.2016/370, K.2020/201(Lexpera) (ET:17.1.2022).

¹⁰⁰⁷ Örneğin, Y.9.HD. 17.10.2018, E.2015/29956, K.2018/18539; Y.9.HD. 19.6.2017, 21524/10830; Y.7.HD. 1.6.2016, E.2015/21595, K.2016/12052 (Lexpera) (ET:15.10.2021).

¹⁰⁰⁸ Örneğin, Y.9.HD. 14.12.2020, E.2016/34591, K.2020/18303; Y.9.HD. 22.1.2013, E.2010/37084, K.2013/2342; Y.9.HD. 1.6.2010, 21095/15404 (Lexpera) (ET:15.10.2021).

de kullanmıştır. Bu noktada, daha önce de açıkladığımız şekilde eşit davranma borcunun ikili yapısı dikkate alınarak, dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağının arasındaki fark göz önünde bulundurularak bir hukuki değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

c. Ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlar ile ilişkisi, birlikte talep edilebilme sorunu

Ayrımcılık teşkil eden davranışlar, aynı zamanda yasada öngörülen bir başka tazminat yaptırımı ile kesişebilir. Bu halde ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla ilişkisinin incelenerek bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yasada ayrımcılık tazminatının sendikal tazminatla olan ilişkisine dair bir düzenleme mevcut iken, diğer tazminatlar yönünden bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır. Bu sebeple ayrımcılık tazminatının, sendikal tazminat ve iş güvencesi hükümlerine tabi işçiler bakımından iş güvencesi tazminatı ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından kötü niyet tazminatıyla olan ilişkisi aşağıda incelenecektir.

İlk olarak, sendikal ayrımcılığın mevcut olduğu durumlarda, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi ile sendikal tazminat yaptırımı öngörülmektedir. Buna göre, madde 25 kapsamında korunan sendikal hak ve özgürlüklerinin işveren tarafından ihlal edilmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir. İş Kanunu madde 5 ise ayrımcılık tazminatına ilişkin 6. fıkrasında Mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. (Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25.¹⁰¹⁰) maddesini saklı tutmaktadır. Bu itibarla, sendikal temelli ayrımcılık halinde ayrımcılık yasağı değil, sendikal tazminat uygulanacak, iki tazminatın birlikte talep edilmesi mümkün olmayacaktır¹⁰¹¹. Aksi halde aynı davranış

¹⁰⁰⁹ Örneğin, Y.7.HD. 14.4.2016, 11735/8282; Y.9.HD. 3.2.2011, E.2009/22847, K.2011/2296 (Lexpera) (ET:15.10.2021).

¹⁰¹⁰ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.81/2 uyarınca "Diğer mevzuatta 2821 ve 2822 sayılı kanunlara yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır."

¹⁰¹¹ Nuri Çelik, "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar" (2007) 4 (14) Legal İSGHD, 490; Süzek (n 4) 490; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 220; Yıldız (n 4) 341; Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 35; Odaman, "Ayrımcılık Tazminatı" (n 981) 39; Yuvalı (n 243) 231-232; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 85; Ünal (n 28) 446; Doğan, "Eşitlik İlkesi" (n 250) 202; Selda Taşyürek, "Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.06.2012 Tarihli 2010/13065 Esas 2012/23353 Karar Sayılı İlamının Değerlendirilmesi" (2013) (3) Çalışma ve Toplum

sebebiyle aynı amaca yönelik iki tazminat uygulanması sonucu doğacağı ifade edilmektedir¹⁰¹². Ayrımcılığın birden çok temelde meydana gelmesi halinde ise her iki tazminata hükmedilebileceği, örneğin hem sendikal hem de yaş sebebiyle yapılan ayrımcı bir eylemde sendikal ayrımcılık çerçevesinde sendikal tazminat ile yaş temelinde ayrımcılığın yaptırımını olarak ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceği haklı olarak ileri sürülmektedir¹⁰¹³.

İş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçiler yönünden, iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılması ile sona erdirilmesi halinde kötü niyet tazminatı gündeme gelmektedir. Bu halde, işverenin TMK madde 2 uyarınca dürüstlük kuralına uygun davranması beklenmektedir. Aksi halde kötü niyetli feshin sonuçlarına katlanması gerekmektedir. İş Kanunu madde 17/6 uyarınca *“Bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir.”*. Hangi hallerin kötü niyetli sayılacağı ise belirtilmemiştir. Bu noktada fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı, somut olayın özellikleri doğrultusunda objektif iyi niyet kurallarına uyulup uyulmadığına göre değerlendirilecektir¹⁰¹⁴.

Bu noktada, bizim de katıldığımız görüşe göre, kötü niyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatı birlikte istenebilir¹⁰¹⁵. Nitekim ayrımcı davranışlar kötü niyet barındırır da kötü niyet sayılan her durumun ayrımcılık teşkil ettiğini söylemek mümkün olmayabilir. Bu konuda *Yıldız*, işverenin kendisi aleyhine tanıklık eden veya şikayette bulunan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halini vermekte, her kötü niyetli davranışın ayrımcı

Dergisi 415, 422. Aynı görüşte *Ertürk/Gürsel*, tazminatlardaki amacın işverenin ayrımcı davranışlarını yaptırıma bağlamak olduğundan sendikal tazminatı, ayrımcılık tazminatının özel bir şekli olarak ifade etmiştir, *Ertürk and Gürsel*, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 449-450.

¹⁰¹² Çelik, "Tazminatlar" (n 1012) 490; Demir, "Tazminat" (n 41) 20; Ünal (n 28) 447.

¹⁰¹³ Ünal (n 28) 447.

¹⁰¹⁴ Fevzi Demir, "Karar İncelemesi Temsilcinin İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart" (2007) 9 (1) Kamu- İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, (Yargıç Dr. Aydın Özkul' a Armağan) 29, 43-44.

¹⁰¹⁵ Süzek (n 4) 491; Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 35; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 219; Yıldız (n 4) 331-335; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 145; Yuvalı (n 243) 227, 242; Baysal, "Eşit Davranma" (n 55) 76; Astarlı, "Tazminat" (n 980) 201; Doğan, "Eşitlik İlkesi" (n 250) 203; Ünal (n 28) 452; Aykaç, "Fesihte Eşit Davranma" (n 6) 120.

nitelik taşımadığını ifade etmektedir¹⁰¹⁶. Ayrıca ayrımcılık temeline dayanan fesih işlemi ayrımcılık tazminatı yaptırımına bağlanmış, fesihte kötü niyetin yaptırımı ise ayrıca düzenlenmiş olup, her iki tazminatın da hukuki dayanaklarının farklı olduğuna dayanan bu görüş uyarınca her iki tazminatın birlikte talep edilmesi mümkündür. *Süzek* ise İş Kanunu madde 5 ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte istenemeyeceğinin açıkça düzenlendiği, bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden ise her iki tazminatın birlikte istenebileceği sonucuna varmaktadır¹⁰¹⁷.

Karşı görüş ise ayrımcılık tazminatının, kötü niyet tazminatının özel bir hali olduğunu, aynı eylem sebebiyle her iki tazminatın istenemeyeceğini ifade ederek her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini savunmaktadır¹⁰¹⁸. Öğretide *Bakırcı*, iş ilişkisinin sona ermesi bakımından iş güvencesine sahip olmayan işçinin kötü niyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatı talebi noktasında seçimlik hakkı olduğunu, kötü niyetli nitelendirilen davranışların ayrımcılık oluşturduğundan her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini savunmaktadır¹⁰¹⁹. *Doğan Yenisey* de ayrımcılık tazminatını, kötü niyet tazminatının özel bir hali olarak değerlendirmiş, kötü niyetin ayrımcı davranıştan kaynaklandığını ifade ederek her iki tazminata aynı anda hükmedilemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁰²⁰.

İş güvencesi hükümlerine tabi olan işçiler yönünden ise iş güvencesi tazminatı (işe başlatmama tazminatı) gündeme gelmektedir. İş güvencesi kapsamında olan işçilerin

¹⁰¹⁶ Yıldız (n 4) 331.

¹⁰¹⁷ Süzek (n 4) 491; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 35.

¹⁰¹⁸ Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 768; Bakırcı, “Tazminat” (n 941) 118; Odaman, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 981) 36; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 81; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 450; Karagöz, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 334) 74. *Çelik* ise ayrımcılık tazminatını kötü niyetin özel bir hali olarak değerlendirmemiş, ayrımcılık tazminatının sadece iş sözleşmesinin sona ermesi ile sınırlı olmadığını ifade etmiş, fesih hakkının kötü niyetli kullanımı halinde sadece kötü niyet tazminatı uygulanabileceğini, yasal bir düzenleme de olmadığından işçinin her iki tazminat arasında bir seçme hakkı bulunmadığını ileri sürmüştür, *Çelik*, “Tazminatlar” (n 1011) 489.

¹⁰¹⁹ Bakırcı, “Tazminat” (n 941) 118. Benzer yönde *Odaman*, eşitlik ilkesine aykırı feshin kötü niyetli olduğunu, ancak hem kötü niyet tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına aynı anda hükmedilemeyeceğini, ancak talep edenin iki tazminattan birini talep etmede seçimlik hakkı bulunduğunu ileri sürmektedir, *Odaman*, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 981) 36. Benzer yönde bkz. *Demir*, “Tazminat” (n 41) 21. İki tazminatın birlikte talep edilmesi halinde işçi lehine olanın uygulanması gerektiği yönünde bkz. *Ertürk and Gürsel*, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 450.

¹⁰²⁰ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 81. Yazar burada iş güvencesi hükümlerinden faydalanmayan işçinin, iş güvencesine tabi olanlara göre daha sınırlı haklara sahip olduğunu ancak bu durumun feshin tabi olduğu rejimden kaynaklandığını ifade ederek, iş güvencesinde fesih hakkının doğumu için geçerli bir sebebin varlığı gerekirken, iş güvencesi olmaması halinde fesih hakkının zaten var olduğunu ancak her hak gibi kötüye kullanılmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

ayırımı bir fesihle karşılaşması halinde iki düzenlemeden faydalanılması söz konusudur. İlk olarak ayrımcılık yasağı İş Kanunu madde 5 ile düzenlenmiş olup, iş sözleşmesinin feshinde de ayrımcılık yasağının ihlal edilmemesi gerekmektedir. Aynı zamanda İş Kanunu madde 18 ile belirtilen ayrımcılık kriterleri fesih için geçerli sebep teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede ayrımcı fesih işlemi aynı zamanda geçersiz bir fesih işlemidir.

Bu itibarla, iş güvencesi kapsamında olan işçi, iş sözleşmesi haklı ya da geçerli veya herhangi bir sebep olmaksızın feshedildiğinde İş Kanunu madde 20 uyarınca işe iade davası açma hakkına sahiptir. İşe iadesine karar verilen işçinin işveren tarafından işe başlatılmaması veya arabuluculuk aşamasında işe iadesi yönünde anlaşma sağlanmışken buna rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde ise madde 21 uyarınca iş güvencesi tazminatına hak kazanması söz konusudur. Bu noktada iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceği yönünde öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, işverene aynı davranışı sebebiyle birden fazla yaptırım uygulanmayacağından her iki tazminata birlikte hükmedilemez¹⁰²¹. Diğer görüş ise her iki tazminatın birlikte istenebileceğini, nitekim iki tazminatın hem amaçlarının hem de hukuki niteliklerinin farklı olduğunu savunmaktadır¹⁰²². İş güvencesi tazminatı, geçersiz feshin ve işverenin işe iade kararı üzerine işveren tarafından işe başlatılmamasının bir sonucudur. Ayrımcılık tazminatı ise işverenin ayırım yasaklarına aykırı davranmasının yaptırımıdır. Nitekim işçi işe başlatılsa dahi ayrımcılık yasağının ihlali sebebiyle ayrımcılık tazminatının ödenmesi

¹⁰²¹ Tuncay, "İrk ve Etnik Köken" (n 57) 768; Karagöz, "Ayrımcılık Tazminatı" (n 334) 73. Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda ayrımcılık tazminatının hükmedilemeyeceği yönünde değerlendirme yapmış olup, bu yöndeki değerlendirmesi eleştiri konusu edilmiştir. Bkz. Taşyürek, "Karar İncelemesi" (n 1011) 422 vd.

¹⁰²² Bakırcı, "Tazminat" (n 941) 117; Süzek (n 4) 492; Süzek, "Eşit Davranma" (n 57) 35; Mollamahmutoglu, Astarlı and Baysal (n 55) 219-220; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 78; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 145; Yıldız (n 4) 335-337; Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 451; Odaman, "Ayrımcılık Tazminatı" (n 981) 38; Manav, "Ayrımcılıkla Mücadele" (n 6) 772-773; Taşyürek, "Karar İncelemesi" (n 1011) 424; Yuvalı (n 243) 229; Ünal (n 28) 455 vd. Yargıtay tarafından kadın işçinin hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiği bir olayda m. 18/3 ve m.5 kapsamında değerlendirme yapılarak iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına aynı anda hükmedilemeyeceği yönünde verilen kararın eleştirisi ve m.18/3 hükmünün m.5 hükmünün uygulamasını ortadan kaldırmadığı, her iki tazminata birlikte hükmedilmesi gerektiği yönünde inceleme için bkz. Astarlı, "Tazminat" (n 980) 202 vd.

gerekmektedir¹⁰²³. Aksi halde ayrımcılığa uğrayan işçinin aynı işyerine dönerek yine ayrımcı muameleye maruz kalma riski, caydırıcı ve etkili bir yaptırım olmadığından artmış olmaktadır. Her iki tazminatın birbirinden farklı aykırılık ve sonuçlara yönelmesi sebebiyle kanaatimizce de iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilmesi ve hükmedilmesi mümkündür.

4. Sendikal Temelli Ayrımcılık Neticesinde Sendikal Tazminat

Sendikal hak ve özgürlükler, anayasal koruma altında olan, uluslararası hukukta koruma ve güvencelerin getirilmesinin öngörüldüğü ve ayrımcılığın yasaklandığı hak ve özgürlüklerdendir. Sendikal hakların kullanılmasına dayalı olarak meydana gelen ayrımcılık neticesinde İş Kanunu madde 5/6 uyarınca ayrımcılık tazminatı yerine özel olarak düzenlenmiş bulunan sendikal tazminat gündeme gelmektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilmesi ve her iki tazminata hükmedilmesi söz konusu değildir¹⁰²⁴. Bu noktada sendikal sebeplerle ayrımcılığa uğrayan işçinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25 ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi ile madde 25 ile öngörülen düzenlemelere aykırı hükümler öngörülmesi de mümkün değildir.

Yasal düzenleme uyarınca, sendikal ayrımcılık halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanması mümkündür¹⁰²⁵. Hesaplama dikkate alınacak ücret, brüt çıplak ücret olarak kabul edilmektedir. Sendikal tazminata uygulanacak faiz de yasal faizdir¹⁰²⁶.

¹⁰²³ Süzek (n 4) 492; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 79; Yıldız (n 4) 336; Odaman, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 981) 38. Aksi yönde bkz. Demir, “Tazminat” (n 41) 21-22.

¹⁰²⁴ *Süzek*, sendikal tazminat ve kötü niyet tazminatının birlikte talep edilemeyeceğini savunmakta, her iki tazminatın temelde aynı hukuki niteliğe sahip olduğunu, sendikal tazminatın kötü niyetin özel bir hali olduğunu ifade etmektedir, Süzek (n 4) 671. Benzer yönde bkz. Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 81.

¹⁰²⁵ Yargıtay tarafından verilen bir kararda, taleple bağlılık gereğince, bir yıl yerine daha az talep edilen tazminat tutarına hükmedilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir, Y.9.HD. 29.7.2004, 5523/19994 (Kazancı) (ET:15.10.2021).

¹⁰²⁶ Ahmet Terzioğlu, “İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar” (2008) 10 (1) Kamu- İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi 49, 55,57.

Sendikal tazminatın talep edilebilmesi için de zararın varlığı aranmamaktadır¹⁰²⁷. Bu noktada *Süzek*'e göre, sendikal tazminatın amacı, işçinin maddi zararını tazmin etmek değil, sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerin güvencelanması ve sendikal nedenle feshe karşı işçinin korunmasıdır¹⁰²⁸.

Sendikal tazminata hak kazanılması için işe iade davası açılabileceği gibi işe iade davası açılmaması sendikal tazminat talebini engellemez. Bu noktada işe iade davası açılması sendikal tazminat talebinde bir ön koşul değildir. İşe iade davası neticesinde ise işveren işçiyi işe başlatsın veya başlatmasın¹⁰²⁹, iş sözleşmesinin sendikal sebeplerle feshedildiğinin tespiti halinde sendikal tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Sendikal tazminat işe iade davası sonucunda veya talep üzerine ya da fesih dışında işe alım ve iş ilişkisinin devamı esnasında elde edilebilecek bir eda hükmü niteliğindedir¹⁰³⁰. Bu çerçevede sendikal tazminat, işe başlatılma, işçinin işe iade kararı sonrası işe başvurmuş olması gibi koşullara bağlı değildir. Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, sendikal tazminata ek olarak, ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilemeyeceği madde 25/5 ile ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.

Sendikal tazminata hak kazanılması bakımından bir diğer husus da işe alım aşamasında sendikal sebeplerle ayrımcılık yapılmasıdır. Nitekim madde 25/1, işe alım aşamasını da kapsam dahilinde saymış bulunmaktadır. İş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde de sendikal sebeplerle ayırım yasak olup, bu yasağa aykırılık halinde sendikal tazminat talep edilmesine hak kazanılmaktadır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25 ile yapılan bir diğer önemli düzenleme ise 5. fıkrada işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olsun ya da olmasın, işe iade davası açabilme imkanınıdır¹⁰³¹. Bu bakımdan Kanun, iş güvencesine tabi olup

¹⁰²⁷ Süzek (n 801) 653.

¹⁰²⁸ Süzek, "Fesih Hakkı" (n 535) 163.

¹⁰²⁹ İlgili hüküm yönünden açıklamalar için bkz. Ercüment Özkaraca, "6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler" (2013) 3 (38) Çalışma ve Toplum Dergisi 173, 208.

¹⁰³⁰ Süzek (n 801) 654-655; Ercüment Özkaraca, "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2016) 240 vd.

¹⁰³¹ AYM tarafından, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun m.25/4 hükmündeki "fesih dışında" ibaresi ve m.25/5 hükmündeki "18" ibaresi hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bu iptal kararı ile birlikte, iş güvencesine tabi olan ve olmayan ayırımı kalkmıştır; AYM, E.2013/1, K.2014/161, 22.10.2014, RG. 11.11.2015/29529.

olmama yönünden bir ayırım yapmamakta, her iki durumda da ayırıcı feshi aynı sonuçlara bağlamaktadır¹⁰³².

5. Yoksun Bırakılan Hakların Talebi ve Diğer Talepler

Ayrımcılık yasağını düzenleyen İş Kanunu madde 5/6 hükmüne bakıldığında, ayrımcılık tazminatı haricinde işçinin yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceğinin yer aldığı görülmektedir. Öğretide ayrıca, ayrımcılık tazminatına hükmedilmemesi halinde de işçinin yoksun kalınan hakların talep edilebileceği ifade edilmektedir¹⁰³³. Yoksun kalınan parasal haklar yönünden eda davası açılarak talepte bulunulması kabul edilmektedir¹⁰³⁴. Örneğin, ayrımcılık yasağına aykırı olarak ücrette eşitsizlik yapılmış ise bu halde eksik ücret sebebiyle ortaya çıkan farkın eda davası ile talep edilmesi mümkündür¹⁰³⁵. Eda davası ile amaçlananın ihlal gerçekleşmeseydi işçi hangi durumda olacak idiyse işverenin işçiyi o hale getirmesinin sağlanması olarak ifade edilmektedir¹⁰³⁶. Parasal haklar haricinde yönetim hakkı çerçevesinde ayrımcılık yasağının ihlali söz konusu ise bu halde de eda davası açılabilmesi mümkün görülmektedir. Ancak eda davasının sonucunun uygulanması bakımından farklı görüşler de ileri sürülmektedir¹⁰³⁷.

¹⁰³² Süzek (n 4) 671; Özkaraca, “Değerlendirme” (n 1030) 236 vd.; Ugan Çatalkaya (n 6) 205.

¹⁰³³ Süzek (n 4) 490; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 4) 471. Ancak öğretide, bu talebin dayanağının İş Kanunu madde 5/6 değil, kural olarak sözleşmeye aykırılık hükümleri olacağı yönünde bkz. Ünal (n 28) 462.

¹⁰³⁴ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 219; Yıldız (n 4) 321; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 452; Ünal (n 28) 463 Nazlı, “Uygulama Sorunları” (n 981) 579-580.

¹⁰³⁵ Demir, “Tazminat” (n 41) 18; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 767; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 81; Yıldız (n 4) 322; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 452; Onaran Yüksel (n 19) 341-342; Ünal (n 28) 463. Öğretide *Nazlı*, özellikle ücrette eşitliğe aykırı davranılması sebebiyle eda davası gündeme geldiğinde, davada tespit edilecek hususlardan birinin de işçinin çalışmaya devam ediyor olması halinde işçinin gördüğü iş ve pozisyona göre alması gereken ücretin tespiti olduğunu ifade etmektedir, detaylı açıklamalar için Nazlı, “Uygulama Sorunları” (n 981) 580 vd.

¹⁰³⁶ Yıldız (n 4) 321; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 452.

¹⁰³⁷ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 220; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 452; Ünal (n 28) 463-464. Ancak hükmün uygulanması bakımından, yapma veya yapmama borcu bakımından (örneğin, işçiyi terfi ettirme gibi) davalı işvereni zorlayıcı mekanizma eksikliği sebebiyle bir sorun doğduğu yönünde bkz. Yıldız (n 4) 322; Ünal (n 28) 464 vd. Ayrıca yönetim hakkının kullanımında eşit davranma ilkesine aykırı davranılmasının tespiti mümkünken, işvereni zorlayıcı bir hüküm tesis edilemeyeceği yönünde bkz. Onaran Yüksel (n 19) 342-343. *Ertürk* ise uygulanmayan terfi bakımından yoksun kalınan haklar çerçevesinde talepte bulunulabileceğini ifade etmektedir, Ertürk, “Kadın Erkek Eşitliği” (n 977) 171.

Ayrımcılık yasağının ihlali dolayısıyla başvurulabilecek bir diğer imkan olarak iş görmekten kaçınma hakkı gündeme gelmektedir. Mevzuat bakımından genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık halinde işçinin işi görmekten kaçınabileceğini işaret eden bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide ise işçinin iş görmekten kaçınma hakkı olduğu ifade edilmektedir¹⁰³⁸. Ancak öğretide alacaklı temerrüdü dayanak alınarak, işçinin çalışmaksızın ücrete hak kazanacağı da ileri sürülmektedir. İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında işçinin zarar görmesini engellemekle yükümlü olduğu, sağlıklı bir işyeri ortamı ile birlikte kişiliğinin de korunması gerektiği hususlarını ifade etmiştik. Bu çerçevede, işverenin gözetme borcu kapsamında da ayrımcılığı ortadan kaldırması gerekmektedir. Ayrıca insan onuruyla bağdaşmayan iş verilmemesi, yapılmaması bakımından da işverenin bir sorumluluğu bulunmaktadır.

Bu gerekçeler kapsamında, kanaatimizce de işverenin ayrımcı davranışları karşısında işçinin iş görmekten kaçınması hakkı olduğu kabul edilmelidir¹⁰³⁹. TBK madde 408, işveren temerrüdünü düzenleyerek “*İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.*” hükmünü getirmiştir. Taciz, psikolojik taciz gibi haller işveren tarafından işçinin iş görme ediminin işverenin kusuru ile engellendiği haller olup, bu anlamda TBK madde 408 çerçevesinde de işçinin iş görmekten kaçınma hakkı bulunmaktadır¹⁰⁴⁰.

Bir diğer başvuru yolu olarak, TMK madde 25 ile düzenlenen koruyucu davaların devreye girmesi mümkündür. Bu çerçevede işçi, hakimden saldırı tehlikesinin

¹⁰³⁸ Bakırcı, “Cinsel Taciz” (n 467) 239-241; Yıldız (n 4) 111; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 751. Ayrıca bkz. Ergin, “Genel Eşit Davranma Yasası” (n 491) 653.

¹⁰³⁹ Benzer yönde bkz. Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (n 4) 225-229; Onaran Yüksel (n 19) 348-351; Bakırcı, “Cinsel Taciz” (n 467) 239-241; Yıldız (n 4) 111, 323-324; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 751. Ayrıca bkz. Ergin, “Genel Eşit Davranma Yasası” (n 491) 653.

¹⁰⁴⁰ Ünal (n 28) 497. Ünal ayrıca, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğü kapsamında, ayrımcılığın işçinin sağlığını ve kendisini geliştirme özgürlüğünü engelleyici niteliği ve işçinin kişiliğinin korunmasına aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğüne aykırılık halinde özel hüküm olan ve çalışmaktan kaçınmayı düzenleyen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13 düzenlemesinin uygulanacağını ileri sürmektedir, Ünal (n 28) 498-499. Ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı, ayrımcılığın önlenemez olduğu hallerde, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13/3’ün, TBK m.408’in uygulanmasını ortadan kaldırdığı yönünde bkz. Süzek (n 4)945; Arslan Ertürk, “Psikolojik Taciz” (n 546) 310.

önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Nitekim ayrımcılık, kişilik haklarına yönelen, saldırı mahiyetinde davranışlar olarak da ortaya çıkmaktadır. Saldırı neticesinde bir zararın doğmuş olması, saldıran tarafın bir kusurunun bulunması şartı bu davalar bakımından aranmamaktadır¹⁰⁴¹. Örneğin işçinin işyerinde psikolojik tacize uğraması sebebiyle müdahalenin önlenmesi veya cinsel tacize uğraması sebebiyle saldırının tespiti, önlenmesi davalarına başvuru hakkı kabul edilmektedir¹⁰⁴².

Sözleşme görüşmelerinde tarafların güven ilişkisi ve dürüstlük kuralına uygun davranmaları beklenmekte olup, bu sorumluluğa aykırılık halinde meydana gelen zararın tazmini gerekmektedir. Nitekim işe alım aşamasında adayın kişilik haklarını zedeleyen temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden soruların sorulması, görüşmelerin kesilmesi ve benzeri haller bakımından, *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde zararın tazmininin talep edilmesi mümkündür¹⁰⁴³.

İşverenin ayrımcılık yasağını ihlali, aynı zamanda işçiye iş sözleşmesini feshi hakkı olanağı da sağlayabilmektedir. İş Kanunu madde 24/II, (f), çalışma koşullarına uyulmaması halinde işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini feshedebileceğini düzenlemiştir¹⁰⁴⁴. Eşit davranma borcuna aykırılık çerçevesinde ücretin hesabında veya ödenmesinde bir ihlal, madde 24/II, (e) hükmü çerçevesinde fesih için haklı sebep teşkil edecektir¹⁰⁴⁵. Çalışma koşullarında esaslı değişikliğe dair madde 22, genel anlamda eşit

¹⁰⁴¹ Detaylı bilgi için bkz. Helvacı and Erlüle (n 788) 97 vd.; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001), 79 vd.; Sevimli, “Özel Yaşam” (n 768) 80 vd., 291 vd.; Sevimli, “İşçinin Kişiliğinin Korunması” (n 485) 135 vd.

¹⁰⁴² Yıldız (n 4) 328; Demircioğlu, “Psikolojik Taciz” (n 556) 133.

¹⁰⁴³ Eyrenci, “Personel Seçimi” (n 781) 241; Ertürk (n 38) 83; Ugan Çatalkaya (n 6) 309. Detaylı açıklamalarımız için bkz. 3. Bölüm, III, D, (1).

¹⁰⁴⁴ Narmanlıoğlu (n 150) 330; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 76; Yıldız (n 4) 327; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 453; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 768; Onaran Yüksel (n 19) 352; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 34; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 145; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 264; Ünal (n 28) 500; Kandemir and Yardımcıoğlu, “Eşitlik İlkesi” (n 331) 35; Karagöz, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 334) 68-69.

¹⁰⁴⁵ Mollamahmutoglu, Astarlı and Baysal (n 55)217; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11)76; Yıldız (n 4) 327; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 453; Onaran Yüksel (n 19) 352; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 34; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 145; Ünal (n 28) 501; Karagöz, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 334) 68-69.

davranma ilkesine dayalı olarak da gündeme gelebilecek olup, bu kapsamda da fesih hakkı doğabilecektir¹⁰⁴⁶.

Bunun dışında, işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması halinde madde 24/II, (b) hükmü, işçinin bir başka işçi tarafından cinsel tacize uğraması ve işverenin bu noktada gerekli önlemleri almamış olması sebebiyle madde 24/II, (d) düzenlemeleri gereği işçinin haklı fesih hakkı doğacaktır. Psikolojik taciz bakımından haklı sebeple fesih hakkı çerçevesinde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, psikolojik taciz neticesinde madde 24/II kapsamında işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini feshetme hakkı olduğu da öğretide haklı olarak ifade edilmektedir. Nitekim psikolojik taciz oluşturan eylemlerin birçok farklı şekilde gerçekleşmesi mümkün olup, madde 24/II kapsamındaki ahlak ve iyi niyet halleri ve benzeri haller kapsamına dahil olabilecek niteliktedir¹⁰⁴⁷.

D. İŞ İLİŞKİSİNİN AŞAMALARINA GÖRE YAPTIRIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. İş İlişkisinin Kurulmasında Ayrımcılık Tazminatı

Önceki bölümde detaylı olarak ele aldığımız üzere, iş görüşmesi esnasında işveren tarafından uygun adayın tespiti için aday hakkında birtakım bilgilerin edinilmesi için soru sorulması mümkündür. Ancak sorulan soruların adayın kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurması da söz konusu olabilir. Kişilik hakkını ihlal eden soruları cevaplamama hatta doğru olmayan şekilde cevaplanması hakkının mevcut olduğunun öğretide kabul edildiğini de ifade etmiştik. Dolayısıyla iş ilişkisinin kuruluşunda

¹⁰⁴⁶ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 76; Doğan Yenisey, “Fesih Eşit Davranma Borcu” (n 40) 83; Yıldız (n 4) 327; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 34; Kaya, *Eşitlik ve Ayrımcılık* (n 34) 145; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 453.

¹⁰⁴⁷ Sevimli, “İşçinin Kişiliğinin Korunması” (n 485) 136; Demircioğlu, “Psikolojik Taciz” (n 556) 136; Aslan Ertürk, “Psikolojik Taciz” (n 546) 312; Manav, “Ayrımcılıkla Mücadele” (n 6) 767. Benzer yönde kararlar için bkz. Y.9.HD. 22.3.2010, 10905/7511; Y. HGK. 2.11.2011, 9-590/677; Y.9.HD, 1.4.2011, E.2009/8046, K.2011/9717 (Legalbank) (ET:15.10.2021). Dikkat edilmelidir ki İş Kanunu m.24/II, “*ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” düzenlemesi, sınırlı olmayıp tahdidi bir düzenleme ihtiva etmektedir. Bu kapsamda psikolojik tacizin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi bir gerekliliktir. Madde hükmünün sınırlı olmadığı yönünde ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 243; Narmanlıoğlu (n 150) 423; Süzek (n 4) 694.

adayların ayrımcılığa uğrama riski bulunduğundan, yasak kapsamı, işe alım aşamasını da içermektedir.

İş ilişkisinin kurulması ve işe alım aşamasında, ayrımcılık tazminatı düzenlemesinin uygulanıp uygulanmayacağı, ayrımcı muamelede bulunan işverenin sorumluluğunun ve uygulanacak yaptırımların tespiti önem arz etmektedir. Nitekim daha önce de açıkladığımız gibi ayrımcılık yasağının işe alım aşamasında da söz konusu olduğu öğretide genel olarak kabul edilmekle birlikte, İş Kanunu madde 5/6 ile düzenlenen ayrımcılık tazminatı hükmünün kapsamı konusunda farklı bir değerlendirme yapılmaktadır.

Öncelikle, ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulması aşamasında işvereni bağladığından, yasağın ihlali halinde ayrımcılık tazminatı yaptırımının uygulanması da haklı olarak ileri sürülmektedir¹⁰⁴⁸. Ancak öğretideki hakim görüş, İş Kanunu madde 5/6 hükmünün lafzından hareket ederek, işe alım aşamasında ayrımcılık tazminatının uygulanmasının mümkün olmadığını savunmaktadır¹⁰⁴⁹. Düzenleme, “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” yaptırımın uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Bu çerçevede, ayırım yasağının iş ilişkisinin kurulması aşamasında ihlali halinde, ihlalin yaptırımsız kalması söz konusu olmayıp, sözleşme görüşmelerinde sorumluluk, *culpa in contrahendo*, çerçevesinde işverenden bir tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵⁰.

Açıklamamız gerekir ki, sözleşme görüşmeleri aşamasında henüz bir sözleşme kurulmamıştır. Ancak sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların verecekleri zararlardan dolayı sorumlu oldukları kabul edilmektedir. Nitekim tarafların sorumlulukları,

¹⁰⁴⁸ Demir, “Tazminat” (n 41) 18; Ünal (n 28) 442.

¹⁰⁴⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 55) 214-215; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 164; Süzek (n 4) 487; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 34; Narmanlıoğlu (n 150) 331; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 765, 767; Bakırcı (n 142) 38; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 440; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 75; Odaman, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 981) 34; Yuvalı (n 243) 172; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 262; Doğan, “Eşitlik İlkesi” (n 250) 200-201.

¹⁰⁵⁰ Süzek (n 4) 487-488; Süzek, “Eşit Davranma” (n 57) 34; Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Baskan (n 41) 164; Narmanlıoğlu (n 150) 331, Yıldız (n 4) 204; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 765, 767; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 440, 447; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 77; Baysal, “Eşit Davranma” (n 55) 75; Yuvalı (n 243) 172; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 262; Sevimli, “Özel Yaşam” (n 768) 101, 109, 177-178; Ugan Çatalkaya (n 6) 194-195; Karagöz, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 334) 63; Doğan, “Eşitlik İlkesi” (n 250) 201. Avusturya hukukunda ise işe alım aşamasında ayrımcılık meydana gelmesi halinde bunun yaptırımı, işe başvuran adayın, işe başlayıp çalışması halinde alacağı ücretin iki aylık tutarı oranında bir tazminat ödenmesi olarak yasayla öngörülmüş durumdadır, Löschnigg and Hekimler (n 441) 594.

karşılıklı güven, doğruluk ve TMK madde 2 kapsamında dürüstlük ilkelerine dayanmaktadır. Bu itibarla görüşmeler sırasında tarafların sözleşme içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatmaları, dürüstlük kuralına uygun davranmaları, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemeleri için gerekli özeni göstermeleri gerekmektedir. Bu kapsamda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, hükümleri devreye girmektedir¹⁰⁵¹. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, Yargıtay tarafından sözleşme ilişkisi görüşü benimsenmiş durumdadır¹⁰⁵². *Culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından, güven ilişkisine aykırı davranan taraf, kusurlu davranışıyla karşı tarafın zararına neden olmalıdır. Buna göre sözleşme görüşmelerindeki kusur nedeniyle oluşan zarar, sözleşmeye aykırılık hükümleri TBK madde 112 vd. uygulanarak tazmin edilecek, manevi bir zarara yol açmış ise TBK madde 114/2 gereğince TBK madde 56, 58 ve TMK madde 24 hükümlerine göre manevi zararın tazmini için tazminat talep edilebilecektir¹⁰⁵³.

Ancak bu sorumluluğa dayanılmasına, amaçlanan korumanın sağlanması bakımından eleştirel yaklaşımıştır¹⁰⁵⁴. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde ayrımcılık yasaklarına yer verilmediğinden, işe alım aşamasında cinsiyet sebebiyle ayrımcılık halinde *culpa in contrahendo* ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapılmaktaydı. Nitekim sözleşmesel sorumluluk kapsamında haksız fiil karşısında kusurun ispatlanmasına gerek olmaması, zamanaşımının daha uzun olması sebebiyle daha lehe bir durum ortaya çıktığı ifade

¹⁰⁵¹ *Culpa in contrahendo* hakkında bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin 2020) 40, 446, 1254 vd.; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (2nd edn, Seçkin 2019) 249 vd.; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (12nd edn, Filiz Kitabevi 2020) 182 vd.; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, and H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (2nd edn, Oniki Levha 2020) 121-124, 128 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (23rd edn, Turhan Kitabevi 2019) 121 vd.; Yürekli, “Culpa in Contrahendo” (n 775) 542 vd. Ayrıca bkz. Rona Serozan, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, (1968) 2 (3) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 108, 110-111; Güzel and Ugan Çatalkaya, “Yönetim Yetkisi” (n 284) 35.

¹⁰⁵² Y.HGK. 1.12.2010 13-593/623 (Legalbank) (ET:15.10.2021). Benzer yönde, Süzek (n 4) 488. Farklı yaklaşımlar hakkında detaylı inceleme için bkz. EREN, *Genel Hükümler* (1051) 1256 vd.; Antalya (n 1051) 256; Ayan (n 1051) 182-183; Yürekli, “Culpa in Contrahendo” (n 775) 544 vd.

¹⁰⁵³ Helvacı and Erlüle (n 788) 98 vd.; Yürekli, “Culpa in Contrahendo” (n 775) 554, 559, 564-565.

¹⁰⁵⁴ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 77; Yıldız (n 4) 326.

edilmiştir¹⁰⁵⁵. Dolayısıyla *culpa in contrahendo* ilkesine dayanan görüş, eski kanun dönemi ile daha uyumludur.

Bir diğer durum ise İş Kanunu madde 5/3 hükmünde cinsiyet ve hamilelik temelli ayrımcılığın işe alım aşamasında da mevcut olduğu açık bir şekilde düzenlenmiş ve ancak 6. fıkrada işe alım aşaması yine ifade edilmediğinden, madde 5/3 hükmünün yaptırımsız kalma riski ve hükmün etkili şekilde uygulanmaması riski ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵⁶.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ise sendikal tazminata ilişkin düzenleme yaparken, madde 25 metninde işe alım aşaması da dahil iş ilişkisinin her aşamasını kapsayacak bir biçimde konuyu ele almış ve sendikal ayrımcılık halinde de sendikal tazminat öngörülebileceğine yer vermiştir. Bu çerçevede sendikal tazminat bakımından, işe alım aşamasında sendikal tazminat talep edilebileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹⁰⁵⁷.

Kanaatimizce, işe alım aşaması bakımından ayrımcılık tazminatının uygulanması gerekmektedir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu kabul edilmesi, işe alımda ayrımcılığın yaptırımsız kalmaması bakımından olumludur. Ancak ayrımcılık tazminatından faydalanabilmek için, *culpa in contrahendo* sorumluluğundan farklı olarak zarar ya da kusur aranmamaktadır. Bu çerçevede ayrımcılık tazminatı korumasından faydalanma bakımından geniş ve işçi lehine bir yorum yapılması gereklidir. Ancak madde metni tartışmaya açık olduğundan, bu yöndeki tartışmaların giderilmesi için etkili, orantılı ve caydırıcı bir yaptırım öngörülmesi için ayrımcılık tazminatının işe alım aşamasından itibaren iş ilişkisinin tüm aşamalarında uygulanacağını düzenlenmesi, olması gereken hukuk bakımından gereklidir.

¹⁰⁵⁵ Yıldız (n 4) 325. *Onaran Yüksel*, cinsiyet sebebiyle işe alınmayan kadın adayların kişilik haklarının ihlal edilmiş olması sebebiyle manevi tazminat talebinde bulunabileceğini, ayrımcı iş ilanları bakımından da kadın adayların haksız fiil hükümleri kapsamında manevi tazminat talep edebileceklerini ifade etmektedir, *Onaran Yüksel* (n 19) 338.

¹⁰⁵⁶ Bu halde dahi ayrımcılık tazminatı talep edilemeyeceği yönünde bkz. Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 437. *Yuvalı*, İş Kanunu m.5/6 düzenlemesinin lafzı ile sıkıca bağlı kalınması halinde işe alımda cinsiyete dayalı ayırım yapıldığında yaptırımsız kalacağını ifade etmektedir. Bu yüzden söz konusu yasağın bir anlam kazanabilmesi için işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. *Yuvalı* (n 243) 171. Aynı yönde bkz. *Yıldız* (n 4) 198.

¹⁰⁵⁷ Özkaraca, “Sendikal Güvenceler” (n 1029) 208.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işe alım aşamasında meydana gelen ayrımcılık neticesinde ayrımcılık tazminatının hesaplanmasında esas alınacak ücretin belirlenmesi de gerekmektedir. Bu noktada adayın aldığı bir ücret olmadığından, başvuru için emsal ücretinin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵⁸.

2. İş İlişkisi Devam Ederken Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanunu madde 5/6 düzenlemesi, “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” yaptırımın uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin sona erdirilmesi gerekmekte olup, iş ilişkisinin devamında da ayrımcılığın meydana gelmesi halinde tazminat talep edilmesi mümkündür¹⁰⁵⁹.

Aynı şekilde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25, iş ilişkisinin devamında sendikal temelli ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiş, sendikal işçiler ile sendikal olmayan işçiler arasında çalışma şartları bakımından herhangi bir ayırım yapılamayacağını; ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerini saklı tutarak düzenlemiş ve aksi halde sendikal tazminat yaptırımını uygulanacağı ifade edilmiştir.

TİHEK Kanunu madde 6 da ayırım yasağını düzenlerken, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususlar dahil iş ilişkisinin hiçbir aşamasında ayırım yapılamayacağına yer vermiştir.

Bu çerçevede iş ilişkisi kurulduktan sonra, işin yürütümünde, çalışma koşullarında, ücrette, talimat ve emirlerde işveren tarafından keyfi davranılmaması, ayrımcılık

¹⁰⁵⁸ Ünal (n 28) 442. İşe alımda sendikal temelli ayrımcılıkta, sendikal tazminatın hesaplanması bakımından aynı yönde değerlendirme için bkz.Özkaraca, “Sendikal Güvenceler” (n 1029) 201. Culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilerek hesaplanacak tazminat bakımından ölçüt olarak benzer işte çalışanların aldığı ücret ve yoksun kalınan diğer hakların dikkate alınması yönünden bkz. Eyrenci, Taşkent, Ulucan And Başkan (n 41) 164; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı” (n 16) 263.

¹⁰⁵⁹ Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık” (n 11) 77; Ertürk and Gürsel, “Eşit Davranma İlkesi” (n 58) 447; Tuncay, “İrk ve Etnik Köken” (n 57) 767; Odaman, “Ayrımcılık Tazminatı” (n 981) 34.

yasaklarının ihlal edilmemesi gerekmektedir. Aksi halde işçi tarafından, ayrımcılık yasağının ihlali sebebiyle ayrımcılık tazminatı talebinde bulunulması mümkündür.

3. İş İlişkisinin Sona Ermesinde Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanunu madde 5/6 düzenlemesi iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi halinde ayrımcılık tazminatı uygulanacağını açıkça ifade etmektedir. Bu bakımdan, işveren tarafından yasaklanan ayırım kriterlerine dayalı olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi yaptırma bağlanmış durumdadır. Öğretide de iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık yasağının uygulama alanı bulunduğu yönünde bir tereddüt bulunmayıp, daha önce de açıkladığımız üzere, fesihle dar anlamda eşit davranma borcunun varlığı tartışma konusu edilmiştir.

Ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin sona ermesi aşamasında da işvereni bağlamakta olup, bu yasağı uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Ayrımcılık yasağı ihlal edilerek yapılan, farklı muameleyi haklılaştırılabilecek bir sebep barındırmayan fesih işlemi, haklı bir sebebe dayanmamaktadır. Aynı zamanda ayrımcı temellerle yapılan fesih, geçersiz bir fesihle. İş Kanunu madde 18/3 düzenlemesi uyarınca da iş sözleşmesinin işçinin sahip olduğu cinsiyet, ırk, renk, dini inanç, siyasi görüş ve benzeri temeller iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep teşkil etmeyecek ve bu sebebe dayanarak yapılan fesih işlemi iş güvencesine tabi işçiler yönünden geçersiz kabul edilecektir. Ancak bu husus iş güvencesi kapsamındaki işçiler için söz konusu olup, iş güvencesi dışında kalan işçiler bakımından ayırım yasaklarına dayalı fesih işlemi kötü niyetli fesih teşkil edecektir¹⁰⁶⁰.

Ayrımcı fesih sebebiyle işçi tarafından ayrımcılık tazminatı talep edilebileceği gibi işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi ise işe iade davası açması ve işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatı alması; iş güvencesi hükümlerine tabi değil ise kötü niyet tazminatı talebinde bulunması mümkündür. Katıldığımız görüş doğrultusunda işçinin ayrımcı fesih ve işe başlatılmaması sebebiyle hem ayrımcılık tazminatını hem de iş güvencesi tazminatını talep edebilmesi önünde hukuken bir engel olmayıp, her iki

¹⁰⁶⁰ Yıldız (n 4) 134; Sözer, "2000/78/EG sayılı Yönerge" (n 581) 191; Süzek, "Fesih Hakkı" (n 535) 146-147.

tazminata birden hükmedilebilir. Aynı şekilde kanaatimizce iş güvencesine tabi olmayan işçi de ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatını birlikte talep edebilmelidir. Ayrımcı davranışlar kötü niyetli olmakla birlikte her kötü niyetli davranış ayrımcılık teşkil etmeyebilir. Ayrıca kanun, sendikal tazminat bakımından ilgili hükümleri saklı tutarken, kötü niyet tazminatı yönünden ya da iş güvencesi tazminatı yönünden böyle bir düzenleme yoluna gitmemiştir. Kaldı ki kanaatimizce her iki tazminat türü ile ayrımcılık tazminatı farklı hukuki dayanaklara sahip olup, birlikte talep edilmelerinde hukuki bir engel yoktur.

İş Kanunu madde 5/6 düzenlemesi, fesih hakkını ayrımcılık yasağı ile sınırlamakta, işçinin iş güvencesi kapsamına olup olmamasına bakılmaksızın ayrımcılık tazminatı yaptırımına bağlamaktadır. Ancak fesih bakımından iş güvencesine tabi işçiler ile iş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından feshin sonuçları noktasında bir farklılaşma mevcut olup, buna dair incelememize bir sonraki başlıkta yer verilecektir.

Sendikal sebeplerle iş sözleşmesinin feshi halinde ise Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 5/5 hükmü, işçinin iş güvencesine sahip olması halinde İş Kanunu hükümleri uyarınca işe iade davası açma imkanına yer vermektedir. Dava açılması, sendikal tazminat talebine engel değildir. Bu halde, işçinin işe başlatılması veya başlatılmamasının bir önemi bulunmayıp, işçi sendikal tazminata hak kazanacaktır. Ancak işçi işe başlatılmadı ise, sendikal tazminatın yanında ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir. İş güvencesine tabi işçiler yönünden, iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte talep edilmesi bu sebeple mümkün olmayacaktır.

E. FESHİN SONUÇLARI VE GEÇERLİLİĞİ YÖNÜNDEN İŞÇİNİN İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLUP OLMAMASI SORUNU

Her ne kadar ayrımcılık tazminatının uygulanması bakımından işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmaması gibi bir ayrım söz konusu olmazken, işveren tarafından gerçekleştirilen ayrımcı fesih işleminin sonuçları, iş güvencesine tabiiyete göre farklılaşmaktadır.

Yukarıda ele aldığımız üzere, iş güvencesine tabi işçiler bakımından, ayırım temellerine dayalı bir fesih işlemi İş Kanunu madde 18 çerçevesinde geçersizlik yaptırımına tabidir. Bu çerçevede fesih işleminin geçersizliğine dayalı olarak işçinin işe iade davası açması ve işe iade hükümlerinden faydalanması mümkündür¹⁰⁶¹.

Ancak iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalan işçiler yönünden feshin sınırı hakkın kötüye kullanılması olup, bu itibarla ayırım yasaklarına aykırı fesih, kötü niyetli olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁶². İş güvencesine tabi olmayan işçinin iş sözleşmesi, ayrımcı sebeplerle feshedildiğinde fesih kötü niyeti olmakla birlikte, geçerli kabul edilmektedir¹⁰⁶³. İşçi, iş güvencesinin sağladığı işe dönme imkanından da faydalanmamaktadır¹⁰⁶⁴.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi madde 25/5 sendikal tazminat ve işe iade davası açabilme bakımından iş güvencesine tabi olup olmama bakımından bir ayırım yapmamakta, her iki durumda da ayrımcı feshi aynı sonuçlara bağlamaktadır¹⁰⁶⁵. Ancak İş Kanunu düzenlemeleri bakımından bir farklılık ortaya çıkmakta, ortaya çıkan bu ikili durum haklı olarak eleştiri almaktadır. Nitekim ayrımcılık, insan onurunu zedeleyen, temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir olgu olup, iş sözleşmesinin ayrımcılık yasağının ihlal ederek sona erdirilmesinde farklı sonuçlara bağlanması yerinde değildir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi ayrımcılık yasağı emredici nitelikte bir düzenleme olup, emredici düzenlemelere aykırılık kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Hal böyle iken iş güvencesine tabi olmayan işçiler yönünden feshin

¹⁰⁶¹ Ögretide, ayrımcılık yasağına aykırı feshin geçersiz sayılmasının, işverenin ayrımcı muameleye maruz kalan işçiyle tekrar çalışmaya zorlanması yönüyle iş ilişkisinin ruhuna ters düşeceği de ifade edilmiştir, Ertürk and Gürsel, "Eşit Davranma İlkesi" (n 58) 454.

¹⁰⁶² Süzek, "Fesih Hakkı" (n 535) 131 vd.; Yıldız (n 4) 241-242; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 64, 80-81.

¹⁰⁶³ Süzek (n 4) 490; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık" (n 11) 64; Yıldız (n 4) 241-242; Ünal (n 28) 467 vd.; Ugan Çatalıkaya (n 6) 206.

¹⁰⁶⁴ Ayrıca, İş Kanunu ile getirilen iş güvencesi sistemi de eleştiri almakta, özellikle iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanmasından ziyade, işverenin işçiyi tekrar işe almamak için bir seçeneğe sahip olup, parasal bir değer karşılığında işe iadeden kaçınabilmesine imkan veren bir model olması yönünde bkz. Güzel, "İş Güvencesi" (n 950) 102 vd.; Ercüment Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", *İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 92, 120-121.

¹⁰⁶⁵ Süzek (n 4)671; Özkaraca, "Değerlendirme" (n 1030) 236 vd.; Ugan Çatalıkaya (n 6) 205.

geçerli kabul edilmesi ve sonuçlarını doğurması isabetsizdir. Öğretide *Ugan Çatalıkaya* tarafından da haklı olarak belirtildiği üzere, sendikal sebeple ayrımcılık halinde feshin geçersizliği kabul edilerek işe iade davası hakkı iş güvencesine tabi olup olmama açısından fark etmemekte olup, sendikal sebepler gibi cinsiyet, ırk, renk, dini ve siyasi görüş, engellilik gibi kriterler de aynı öneme sahip olduğundan ve sendikal sebeplerin diğerlerine bir üstünlük taşımamasından ötürü, tüm ayırım kriterleri bakımından iş sözleşmesinin feshi aynı sonuca bağlanarak, bu farklılığın giderilmesi gerekmektedir¹⁰⁶⁶.



¹⁰⁶⁶ Ugan Çatalıkaya (n 6)205-208; Ugan Çatalıkaya “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı” (n 11) 874.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Eşitlik ilkesi, Antik çağlardan bu yana ele alınan, tarihsel süreç boyunca uğruna mücadele edilen, çağdaş hukuk düzeninde evrensel ve temel niteliğe sahip bir ilke, aynı zamanda temel bir haktır. Ayrımcılık ise insan onuruna bir müdahale olup, eşitliğin önündeki en temel engellerden bir tanesidir. Ayrımcılık tek ve ortak bir tanıma sahip olmamakla birlikte, kişinin sahip veya mensubu olduğu, değiştiremeyeceği veya değiştirmesinin kendisinden istenemeyeceği ve beklenemeyeceği özellikleri sebebiyle farklı bir muameleye maruz kalması, diğerlerine oranla dezavantajlı bir konuma getirilmesi olarak ifade edilebilir. Ayrımcılık yasağının gelişimi insan haklarının gelişimine paralel bir süreç göstermiş olup, gerek ulusal gerekse uluslararası düzlemde normatif düzenlemelere kavuşmuş; insan haklarının ve onurunun korunması bakımından ayrımcılık yasağı ile bir güvence sağlanmıştır.

Eşitlik ilkesi ve dolayısıyla ayrımcılık yasağı, insan hakları hukukunda olduğu kadar iş hukukunda da önemli bir yere sahiptir. Nitekim iş ilişkisindeki kişisel ve ekonomik bağımlılık unsuru karşısında işçi, işverene kıyasla daha güçsüz bir konumdadır. İş ilişkisi kendine özgü bu yapısı içinde bir anlamda eşitsizlik barındırmaktadır. Çalışanın uğradığı farklı muamele karşısında işini, ekonomik tek gelirini kaybetme korkusu, işverenin işyerinde sahip olduğu otoritesi yaşanan ayrımcı muamelelerin örtbas edilmesi sonuçlarını da doğurabilmekte, ayrımcılığın ispatı ve tespitini de zor bir konuma getirmektedir.

İşçinin işverene karşı korunması temeliyle ortaya çıkan ve gelişen iş hukuku da işverenin işçi üzerindeki yönetim yetkisini kısıtlayıcı ve sınırlayıcı birtakım fren ve denge mekanizmaları geliştirmiştir. Bu çerçevede eşitlik, ayrımcılık yasağı ve ölçülülük ilkeleri işverenin işçi üzerindeki yönetim yetkilerini sınırlayan iş hukukunun önemli araçları arasında yerini almaktadır.

İş hukukunun kendine özgü yapısı uyarınca eşitlik ilkesi, eşit davranma borcu olarak iş hukukunda özel bir görünüm kazanmaktadır. Eşit davranma borcu, işverenin eşitlik ilkesi gereği aynı veya benzer konumda olan işçileri arasında, haklı ve objektif sebepler olmaksızın keyfi olarak farklı muamelede bulunmasını yasakladığı gibi, işçilerine karşı ayrımcı muamelede bulunmasını da yasaklamaktadır.

Eşitlik ilkesinin ve dolayısıyla eşit davranma borcunun sahip olduğu bu ikili yapı, hukuki nitelikleri birbirinden farklı olan keyfi farklı muamelenin ve ayrımcılık yasağının birbirinden ayrılarak ele alınmasını gerektirmektedir. Nitekim eşitlik ve ayrımcılık yasağı kavramlarının çoğu kez birbirleri ile ve birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Bu durum ayrımcılık yasağının aslında eşitliğin bir parçası, öğretilerdeki bir ifade ile “olumsuz yönü” olmasından da kaynaklanmaktadır. Ayrımcılık yasağı ve eşit davranma yükümlülüğü bakımından bu genel çerçevenin ortaya konması, konunun daha net anlaşılması açısından önemlidir.

Ancak ayrımcılık yasağı, dar anlamda eşit davranma borcu olarak da ifade ettiğimiz keyfi farklı muameleden, doğrudan insan onuruna yönelmesi ile ve dayandığı temeller aracılığıyla farklılaşmaktadır. Nitekim ayrımcılık yasağı temel hak ve özgürlüklerle insan onurunun korunmasını konu alırken, dar anlamda eşit davranma borcu işverenin yönetim hakkını ve bu çerçevede aldığı kararları, yaptığı işlemleri ve uygulamaları konu almaktadır. Ayrımcılık yasağının dar anlamda eşit davranma borcundan bir diğer farkı da, farklı muamelenin haklılaştırılması noktasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim dar anlamda eşit davranma borcu bakımından işçilerin arasındaki objektif ve subjektif birtakım farklılıklar sebebiyle yapılan farklı muamelenin haklılaştırılması, ayrımcılık teşkil eden bir muamelenin haklılaştırılmasına kıyasla daha kolay olacak; insan onuruna müdahale eden ayrımcı muamelenin denetimi ise daha katı kural ve kıstaslara tabi olacaktır. Mevcut bu nitelik farklılığı aynı zamanda ihlale uygulanacak yaptırımlar üzerinde de belirleyici olmaktadır.

Ayrımcılık yasağının iş ilişkisinin her aşamasındaki varlığı tartışmasızdır. İş ilişkilerinde de bağlayıcı olan Anayasa madde 10, ayrımcılık yasağı bakımından en temel ve üst normdur. İş ilişkileri bağlamında ayrımcılık yasağının bir diğer normatif dayanağı, İş Kanunu madde 5 düzenlemesidir. Özellikle AB uyum süreci ile birlikte AB direktiflerinin de etkisini taşıyan bu madde, dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle iş ilişkisinde ayırım yapılmasını yasaklamıştır. Ancak bu madde öğretilerdeki baskın görüş uyarınca genel olarak ayrımcılık yasağını düzenlemekte ve madde metni (başlığı ve gerekçesi ile de çelişir şekilde) dar anlamda eşit davranma borcuna yer vermediğinden, dar anlamda eşit davranma borcuna dayanak teşkil etmemektedir.

Gerçekten de madde 5 düzenlemesi sadece ayrımcılık yasağına yer vererek bu yasağın ihlalini yaptırma bağlamış bulunmaktadır. Madde lafzı ile bağlı kalındığında işverenin eşit davranma borcunun dayanağı İş Kanunu madde 5 değil, Anayasa madde 10 kapsamında kalmaktadır. Ayrıca bu durum, madde 5/6 ile düzenlenen ayrımcılık tazminatının dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali halinde uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki tartışmalara da sebebiyet vermektedir.

Kanaatimizce ilkenin bir bütün olarak ele alınarak, İş Kanunu madde 5 düzenlemesinin dar anlamda eşit davranma borcunu da kapsamına alacak şekilde yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Nitekim olması gereken hukuk bakımından eşit davranma borcunun ayrımcılık yasakları ile sınırlı olarak değil de genel olarak düzenlenmesi, ihlal karşısında daha etkin bir koruma ve denetim sağlayacak, aynı zamanda madde 5/6 ile getirilen tazminat yaptırımı ile de güvence altına alınmış olacaktır.

İş ilişkileri bağlamında ayrımcılık yasağına ilişkin olarak TİHEK Kanunu ile getirilen düzenlemeler de büyük önem taşımaktadır. TİHEK Kanunu madde 6, işveren ya da işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi tarafından çalışanlara ya da adaylara iş ilişkisinin hiçbir aşamasında, iş ilanları da dahil olmak üzere, ayırım yapılamayacağını hüküm altına almakta ve koruma kapsamını kamu kurum ve kuruluşlarında istihdamı da içerisine alarak genişletmektedir.

Görüleceği üzere taraf olunan uluslararası düzenlemelere ek olarak mevzuatımızda çalışma hayatında ayrımcılıkla mücadele anlamında getirilmiş çeşitli koruyucu düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bu düzenlemeler tartışmaya açık olup, eksiklikler de içermektedir.

Ayrımcılık yasağı iş ilişkilerinin farklı aşamaları ile ele alındığında, en büyük eksiklik işe alım aşamasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim madde 5 düzenlemesinde tercih edilen “iş ilişkisi” kavramı ve bu kavramın kapsamı eleştiriye açıktır. Madde lafzındaki iş ilişkisi kavramının, iş ilişkisinin kurulmasından sonraki aşama olarak yorumlandığı görülmektedir.

Halbuki ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulmasından önce de varlığını sürdürmekte, işvereni sorumlu kılmaktadır. Nitekim ayrımcılık sadece iş ilişkisinin devamında değil, aynı zamanda sona ermesinde ve işe alım aşamalarında da ortaya çıkabilecek bir

olgudur. Özellikle iş ilanlarında ve iş görüşmelerinde ayrımcılığın somut örnekleri ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Öğretide de ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere, iş ilişkisinin kurulmasından önceki aşamada da işveren, ayrımcılık yasağı ile bağlıdır. Kanaatimizce, İş Kanunu madde 5 hükmü, iş ilişkisinin işe alımı kapsamadığı, bu haliyle işe alım aşamasında ayrımcılığa cevaz verildiği gibi bir anlama sebebiyet verecek şekilde yorumlanmamalıdır.

Bu noktada, işe alım aşamasında ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması için etkili yasal düzenlemelerin yapılması önem arz etmekte olup, uluslararası mevzuat bakımından getirilen düzenlemelere de uyumlu olacak şekilde mevcut mevzuatımızda daha net düzenlemelere ihtiyaç olduğu açıkça görülmektedir. Sadece yasak öngörülmüş olması da etkili bir denetim ve yaptırım mekanizması olmadığı sürece yine ayrımcılıkla mücadele amacına tam anlamıyla hizmet etmeyecektir.

Madde 5 metnindeki iş ilişkisi ifadesi, iş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık yasağının ihlali halinde, ayrımcılık tazminatının uygulanıp uygulanmayacağı noktasındaki tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Nitekim düzenlemenin lafzı, iş ilişkisinin kuruluş aşamalarını dışladığından, ayrımcılık olgusu gerçekleşse dahi ayrımcılık tazminatı yaptırımının uygulanmasını mümkün kılmamaktadır. Bu durumda da sözleşme görüşmelerinden sorumluluk (*culpa in contrahendo*) devreye girmektedir. Kanaatimizce, *culpa in contrahendo* sorumluluğun kabul edilmesi, işe alımda ayrımcılığın yaptırımsız kalmaması bakımından olumludur. Ancak ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için zarar veya kusur dahi aranmamaktadır. Bu çerçevede ayrımcılık tazminatının korunması işçi bakımından daha lehe olup, işçilerin ayrımcılık tazminatından faydalanabilmeleri için daha geniş ve işçi lehine bir yorum yapılması gereklidir. Ancak madde metni tartışmaya açık olduğundan, bu yöndeki tartışmaların giderilmesi için etkili, orantılı ve caydırıcı bir yaptırım öngörülmesi için ayrımcılık tazminatının işe alım aşamasından itibaren iş ilişkisinin tüm aşamalarında uygulanacağına düzenlenmesi, olması gereken hukuk bakımından gereklidir.

İş ilişkisinin devamı esnasında da işveren yönetim hakkını kullanırken ayrımcılık yasağı ile bağlı olup, yönetim hakkını keyfi olarak değil, genel olarak eşit davranma borcu sınırları çerçevesinde kullanılmalıdır. İşveren, iş sözleşmesinin devamı esnasında çalışma koşulları, işin yürütümü, yönetim hakkının kullanılması, ücretin belirlenmesi gibi

durumlarda, objektif ve haklı bir sebep olmadıkça keyfi farklı muamelelerde bulunamaz; aynı zamanda işlem, karar veya uygulamalarda ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, siyasi düşünce, dini inanış, yaş, engellilik, sendikal ve benzeri sebeplerle ayırım yapamaz.

İş ilişkisinin sona ermesi aşamasında ise gerek İş Kanunu madde 5 gerekse İş Kanunu madde 18 uyarınca dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle yapılan fesih haksız ve hukuka aykırı olup, işçiye ayrımcılık tazminatı talep etme hakkını vermektedir. Nitekim temel bir ilke olan ve insan hakları ile kuvvetli bir bağa sahip ayrımcılık yasağı karşısında, işverenin sözleşme serbestisi kapsamında dilediği işçinin iş sözleşmesine son vermesi hakkına öncelik tanınması mümkün değildir. Bu noktada dar anlamda eşit davranma borcunun fesih aşamasında varlığı öğretide tartışma konusu edilmekle birlikte, konumuz ayrımcılık bakımından, yasağın iş ilişkisinin feshinde de varlığını koruduğu ağırlıklı olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

Ayrımcılık tazminatının uygulanması bakımından işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmaması gibi bir ayırım söz konusu değildir. Ancak, işveren tarafından gerçekleştirilen ayrımcı fesih işleminin sonuçları, iş güvencesine tabiiyete göre farklılık göstermektedir. İş güvencesine tabi işçiler bakımından, ayırım temellerine dayalı bir fesih işlemi İş Kanunu madde 18 çerçevesinde geçersizlik yaptırımına tabi olduğundan, fesih işleminin geçersizliğine dayalı olarak işçinin işe iade davası açması ve işe iade hükümlerinden faydalanması mümkünken; iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalan işçiler yönünden ayırım yasaklarına aykırı fesih, kötü niyetli olarak değerlendirilmekte, bu itibarla fesih kötü niyetli olmakla birlikte, geçerli kabul edilmektedir. Bu durumda iş güvencesine tabi olmayan işçi, ayrımcı fesih karşısında işine dönme imkanını elde edememektedir. Ne var ki Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25/5 sendikal tazminat ve işe iade davası açabilme bakımından iş güvencesine tabi olup olmamaya bağlı bir ayırım yapmamakta, her iki durumda da ayrımcı feshi aynı sonuçlara bağlamaktadır. Ancak İş Kanunu'nun bu şekilde ikili bir ayrıma gitmesi kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından haklı olmayıp, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na paralel bir düzenleme öngörülmesi gerekmektedir.

Ayrımcılık yasağının yaptırımında İş Kanunu uyarınca meydana gelen bu ikili durum gibi, TİHEK Kanunu'nda da ikili bir durum yaratılmış durumdadır. Yaptırım bakımından TİHEK Kanunu içerisinde ihlal başvurularında bir yeknesaklık sağlanmamış, özellikle İş Kanunu madde 5 kapsamına giren ayrımcılık iddialarına dair başvurular açısından bir farklılık yaratılmıştır. TİHEK Kanunu uyarınca, aynı anda hem TİHEK Kanunu hem de İş Kanunu madde 5 kapsamında ayrımcılık iddiasıyla başvuru yapılması mümkün değildir. İş Kanunu'ndaki hangi başvuru yolunun tüketilmesi gerektiği yönünde net bir düzenleme içermeyen TİHEK Kanunu'ndan, bu ikili uygulama kaldırılmalı, madde 5'in ihlali halinde de TİHEK'e başvuru yapılabilmesinin önünü açmalıdır.

TİHEK Kanunu'ndaki düzenlemeler her ne kadar ayrımcılıkla mücadelede olumlu bir adım olsa da bir diğer eleştiri olarak ayrımcılık sebeplerinin sınırlı sayıda sayılması da gündeme getirilmelidir. Cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmış olmakla birlikte, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın koruma kapsamı dışında bırakılması başlı başına bir ayrımcılık ve eşitsizlik örneğidir. Nitekim çalışma hayatında cinsel yönelimi sebebiyle ayrımcılığa uğrayan çalışanların İş Kanunu kapsamında olmaması sebebiyle ayrımcılık tazminatından faydalanamaması, TİHEK Kanunu tarafından da kapsam dışı bırakılmaları ile tamamen güvencesiz kalmalarına sebebiyet vermiştir.

Netice olarak bu çalışmamız kapsamında, çalışma hayatında ayrımcılıkla mücadele ve uluslararası hukukla uyumlaşma bakımından mevzuatımızda yapılması gereken düzenlemeler, giderilmesi gereken eksiklikler bulunduğu, çalışanların iş ilişkisinin her aşamasında onur ve kişiliklerine yönelen ayrımcı muamelelerden korunması için, yapılacak düzenlemeler yanında gerekli ve etkili denetim ve yaptırım mekanizmalarının da yürütülmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Acar Erdur D, and Özgünlü F, "Çalışma Yaşamında Ayrımcılık: LGBT Bireylere Yönelik Nitel Bir Araştırma" (2020) 11 Business and Economics Research Journal 479-494
- Ağırbaşı S, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine (Seçkin 2009)
- Akı E, "İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları – İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu" (2009) (14) Sicil İş Hukuku Dergisi 134-141
- Albayrak H, and Yuvalı E, "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" (2012) (34) İHSGHD 73-112
- Albayrak H, *Yaklaşık İspat* (Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi 2012)
- Alpagut G, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Oransallık İlkesi" in Talat Canbolat (ed) *Prof.Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2010) 25-45
- Altınordu F, *AIHS'ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukundaki Gelişimi* (Adalet Yayınevi 2012)
- Antalya, Gökhan: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (2nd. edn, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Aristotle, *A Treatise On Government*, William Ellis (tr) (J M Dent & Sons Ltd. & In New York By E. P. Dutton & Co 1928)
- Arslan Ertürk A, "İş Hukuku Boyutuyla Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler" (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 285-339
- Arslan Ertürk A, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (On İki Levha 2010)
- Artuk ME, "Cinsel Taciz Suçu " (2006) (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 29-44
- Astarlı M, "İş Güvencesi Kapsamındaki Kadın İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hamilelik Nedeniyle Feshinde İşe Başlatmama Tazminatı Yanında Ayrımcılık Tazminatının da Talep Edilebilmesi Üzerine Düşünceler" (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-204
- Ayan M, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (12th. Edn, Adalet Yayınevi 2020)
- Aydın U, *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2002)
- Aydınöz G, "Avrupa Birliği Direktifleri İle ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı" (2009) (3) Çalışma ve Toplum Dergisi 163-192
- Aykaç HB, "Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlanması", in Tankut Centel (ed) *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 47-133

- Aytaş C, "4857 Sayılı İş Kanunu ve Uluslararası Sözleşmeler Işığında Eşitlik Kavramı" (2017) 16 (32) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 199-231
- Bakırcı K, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler" (2012) 1 (10) Kadın Araştırmaları Dergisi 1-37
- Bakırcı K, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi" (2006) 1 (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 114-121
- Bakırcı K, "Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık", (*Cahit Talas Anısına) Güncel Sosyal Politika Tartışmaları* (A.Ü.S.B.F. Yayın No: 595, 2007)
- Bakırcı K, *İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz* (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi 1998)
- Bakırcı K, *Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler* (Seçkin Yayıncılık 2012)
- Baskan ŞE, "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi" (2017) XXI (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-46
- Başterzi S, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin "İşçinin Haklı Menfaati" (2013) (15. Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 423-449
- Baybora D, "Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık" (2006) (51) Journal of Social Policy Conferences 229-269
- Bayraktar K ve diğerleri, *Özel Ceza Hukuku - Cilt II, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Oniki Levha 2017)
- Bayraktar T, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık Üzerine Kavramsal Bir İnceleme" (2016) 1 (2) KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-120
- Bayram F, "Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)" (2007) (14) Legal İSGHD 551-574
- Baysal U, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması" (2010) (25) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 60-99
- Birben E, "İşçinin Özel Yaşamı Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi", in Tankut Centel (ed) *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (On İki Levha 2016)135-169
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki Sendikal Güvenceler", in Tankut Centel (ed) *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar* (On İki Levha 2014) 167-244
- Bozkurt E and Köktaş A, *Avrupa Birliği Hukuku* (7th edn, Legem Yayıncılık 2020)
- Cin Karagöz E, "Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri" (2016) (32) Yasama Dergisi 21-40

- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T and Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (34th edn, Beta 2021)
- Çelik N, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu" (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 5-12
- Çelik N, "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar" (2007) 4 (14) Legal İSGHD 486-496
- Demir F, "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi" (2014) 11 (41) Legal İSGHD 15-25
- Demir F, "Karar İncelemesi Temsilcinin İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart" (2007) 9 (1) Kamu- İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi 29-52
- Demircioğlu HR, "Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)" (2007) XI (1-2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-146
- Demircioğlu M, Centel T and Kaplan HA, *İş Hukuku* (20th edn, Beta 2019)
- Demren Dönmez B, "Ayrımcılık Suçu" (2012) (102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9-58
- Dinçkol B, "Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık" (2005) 2 (Y.4) (8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 101-117
- Doğan Yenisey K, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", (2005) 2 (7) Legal İSGHD 974-1003
- Doğan Yenisey K, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C.4, S.11, 2006, s.63-82 ("2006a")
- Doğan Yenisey K, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri" (2006) (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 60-65
- Doğan Yenisey K, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları" (2002) 6 (4) Kamu- İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi (Yargıç Dr. Aydın Özkul' a Armağan) 31-72
- Doğan S, "Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı" (2012) 3 (9) TAAD 177-207
- Ekmekçi Ö and Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (On İki Levha 2020)
- Ellis E and Watson P, *EU Anti Discrimination Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012)
- Engin M, *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi* (Beta 2003)
- Erdem MR and Parlak B, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing" (2010) (88) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 261-286
- Eren F, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin 2020)

- Eren H, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu* (Adalet Yayınları 2016)
- Ergin B, "Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar - Taciz ve Çalışma Hayatı" (2007) 2 (7) Sicil İş Hukuku Dergisi 145-165
- Ergin H, "Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri" (2007) (14) Legal İSGHD 636-664
- Ersoy U, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)" (2017) (34) Ceza Hukuku Dergisi 7-56
- Ertürk Ş and Gürsel İ, "İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi" in Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2011) 425-458
- Ertürk Ş, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları" (2002) 4 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-26
- Ertürk Ş, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin 2002)
- Ertürk Ş, *Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği* (Belediye İş Sendikası, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, 2008)
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D and Baskan E, *İş Hukuku* (10th edn, Beta 2020)
- Eyrenci Ö, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar" in *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı* (Bayrak Matbaacılık 1991) 239-262
- Fredman S, *Discrimination Law* (2nd edn, Clarendon Law Series 2011)
- Göregenli M ve diğerleri, *Türkiyede Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İntersekslerin Durumu - 2019 Araştırması*, Murat Köylü (ed) (Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (Kaos GL) ve Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi 2019)
- Gören Z, "Genel Eşitlik İlkesi (Common Principle of Equality)" (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3279-3301
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ders Kitabı (11th edn, Ekin Basım Yayın 2019)
- Gül İ I and Karan U, *Ayrımcılık Yasağı, Kavram Hukuk İzleme ve Belgeleme*, Burcu Yeşiladalı and Gökçeççek Ayata (eds) (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2011)
- Gülmez M, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?" (2007) (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 27-52
- Gülmez M, "İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa Madde 90/Son Sorunu (1936-2009)" *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.1* (Beta 2010) 303-389
- Gülmez M, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler" (2010) (2) Çalışma ve Toplum Dergisi 217-265

- Gülmez M, *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye* (Belediye İş Sendikası, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi 2009)
- Güneş A M, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş* (4th edn, Ekin Basım Yayın 2019)
- Güzel A, "ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı" *ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri* (1997) 3-49
- Güzel A, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi" *İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri* (İstanbul Barosu Yayınları 2004) 15-147
- Güzel A, "İş Hukukunda Yetki ve Özgürlük" (2016) 15 (1) İKÜHFD 93-126
- Güzel A, "İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme" (2016) (Özel Sayı) Legal İSGHD (Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan) 151-202
- Güzel A, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi, Karar İncelemesi" (2005) (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 159-182
- Güzel A and Ertan E, "İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bir Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk" (2007) (14) Legal İSGHD 510-550
- Güzel A and Ertan E, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri" (2007) (16) Legal İHSGHD 1219-1305
- Güzel A and Ertan E, "Karar İncelemesi: İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötü Niyet Tazminatı" (2008) 1 (16) Çalışma ve Toplum Dergisi 149-170
- Güzel A and Heper H, "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!... : Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi" (2017) 1 (52) Çalışma ve Toplum Dergisi 11-58
- Güzel A, Özkaraca E and Ugan Çatalkaya D, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri: Yapılma ve Yenilenme Koşulları" in Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2011)
- Güzel A and Ugan Çatalkaya D, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 17-66
- Helvacı S and Erlüle F, *Medeni Hukuk* (6th edn, Legal 2020)
- Hepple B, "Equality and Empowerment for Decent Work" (2001) 140 (1) International Labour Review 5-18
- Holmes E, "Anti-Discrimination Rights Without Equality" (2005) 68 (2) Modern Law Review 175-194
- İnceoğlu S, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı" (2006) (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 45-62

- Kaboğlu İÖ, *Özgürlükler Hukuku 1 - İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş* (7th edn, İmge 2013)
- Kaboğlu İÖ, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (7th edn, Legal 2011)
- Kaczorowska A, *European Union Law* (3rd edn, Oxon 2013)
- Kaçan G, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha, 2020)
- Kandemir M and Yardımcıoğlu D, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi" (2014) 19 (30-31) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-44
- Karagöz V, "İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı" (2012) V (1) EÜSBED 57-76
- Karan U, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği" (2007) (73) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 146-173
- Karan U, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi" (2015) 31 (1) Anayasa Yargısı 235-306
- Karan U, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları* (İnsan Hakları Ortak Platformu 2009)
- Karan U, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha 2017)
- Kavak Konrat E G, *Genetik Verilerin Korunması Ve Genetik Ayrımcılık* (Eskişehir Üniversitesi Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020)
- Kaya G, *Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı* (Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010)
- Kaya P A, *Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi* (Dora Yayınevi 2009)
- Kaya P A, *Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış*, (4th edn, Umuttepe Yayınları 2020)
- Keser H, "4857 Sayılı İK'na Göre İşverenden İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar" (2004) 7 (3) Kamu- İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1-38
- Keser H, "İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi İle İşverence Feshedilmesi" (2017) (37) Sicil İş Hukuku Dergisi 9-32
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (23rd edn, Turan Kitapevi 2019)

- Kılıçoğlu M, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı" (2012) 9 (36) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 37-58
- Kolat S, *Avrupa Birliği Sosyal Politikası Çerçevesinde Özürlülere Yönelik Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Yansımaları* (Ankara, T.C.Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, 2010)
- Küçükkaya H G, "Yeni Gelişmeler Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz" (2014) 2 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187-203
- Küzeci E, "Genetik Ayrımcılık Yasağı" (2018) XV (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-132
- Levine M P and Leonard R, "Discrimination Against Lesbians in The Work Force" (1984) 9 (4) Signs: Journal of Women in Culture and Society
- Leymann H, "The Content and Development of Mobbing at Work" (1996) 5 (2) European Journal of Work and Organizational Psychology 165-184
- Löschnigg G and Hekimler A, *Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları* (Efil Yayınevi 2011)
- Manav E, "AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar" (2012) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 731-780
- Mollamahmutoglu H, Astarlı M and Baysal U, *İş Hukuku* (6th edn, Turhan Kitapevi 2014)
- Mollamahmutoglu H, Astarlı M and Baysal U, *İş Hukuku* (4th edn, Lykeion Yayınları 2020)
- Narmanlıoğlu Ü, *Ferdi İş İlişkileri I* (4th edn, Beta 2012)
- Nazlı S, "İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler" (2016) 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 571-586
- Odaman S, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti" (2010) (25) Legal İSGHD 31-40
- Odyakmaz Z, Keskin B and Deniz Y, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I" (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 721-761
- Onaran Yüksel M, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği* (Beta 2000)
- Öden M, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi* (Yetkin Yayınları 2003)
- Özdemir E, "İşyerinde Cinsel Taciz" (2006) (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 83-96
- Özdemir E, "İşyerinde Cinsel Taciz" (2006) 1 (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 147-160

- Özkaraca E, "6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler" (2013) 3 (38) Çalışma ve Toplum Dergisi 173-215
- Özkaraca E, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış" (2012) İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları (İstanbul Barosu 2012) 92-136
- Özkaraca E, "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" (2016) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 195-359
- Palabıyık B B, *Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı* (Seçkin 2018)
- Seçkin MB, "Eşitlik Kavramları ve John Locke İle Jean-Jacques Rousseau'nun Siyasal Kuramlarında Eşitlik Anlayışı" (2016) (38) The Journal of Academic Social Science, -392-402
- Senyen Kaplan ET, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı" (2017) 30 (133) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 225-268
- Sevimli KA, "Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması" (2013) (36) Çalışma ve Toplum Dergisi 107-148
- Sevimli KA, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları* (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi 2006)
- Smith N M, *Basic Equality and Discrimination, Reconciling Theory and Law* (Routledge 2011)
- Sözer AN, "AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler" (2006) 1 (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 184-208
- Süzek S, "İşverenin Eşit Davranma Borcu" (2008) 3 (12) Sicil İş Hukuku Dergisi 24-38
- Süzek S, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları" (1998) TÜHİS (Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan) 225-232
- Süzek S, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması* (Kazancı Hukuk Yayınları 1976)
- Süzek S, *İş Hukuku* (21st edn, Beta 2021)
- Süzek S, *İş Hukuku* (19th edn, Beta 2020)
- Şenel A, *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine* (AÜSBFY 1970)
- Tanör B and Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku* (19th edn, Beta 2019)
- Taşdemir Y, "İş Hukukunda Genetik Ayrımcılık Yasağı" (2020) 22 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 947-990
- Taşkın A, "Mobbing Davalarında İspat Sorunu" (2016) XX (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391-438

- Taşıyürek S, "Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.06.2012 Tarihli 2010/13065 Esas 2012/23353 Karar Sayılı İlamının Değerlendirilmesi" (2013) (3) Çalışma ve Toplum Dergisi 415-426
- Tercier P, Pichonnaz P and Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (2nd edn, On İki Levha 2020)
- Terzioğlu A, "İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar" (2008) 10 (1) Kamu- İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi 49-75
- Tınaz P, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)* (3rd edn, Beta 2011)
- Tomei M, "Çalışma Hayatında Ayrımcılık ve Eşitlik: Kavramsal Bir Değerlendirme" (2004) Sendikal Notlar
- Tuncay AC, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (Fakülteler Matbaası 1982)
- Tuncay AC, "Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık", in Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2011)
- Tuncay AC, *Hukuksal Etik Dersleri* (3rd edn, Beta 2017)
- Tunçomağ K and Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (9th edn, Beta 2018)
- Ugan Çatalkaya D, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı" (2021) 2 (69) Çalışma ve Toplum Dergisi 859-898
- Ugan Çatalkaya D, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (Beta 2019)
- Ulucan D, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık" (2014) (15) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 369-383
- Uşan F, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır" (2005) (8) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 369-383
- Ünal C, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi" (2013) 10 (37) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 15-73
- Ünal C, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (On İki Levha 2018)
- Yıldız GB, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı", in Talat Canbolat (ed) *Prof.Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt 1* (Beta 2010) 837-876
- Yıldız GB, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi" (2013) (15) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 681-708
- Yıldız GB, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* (Yetkin 2008)
- Yuvalı E, *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu* (Turhan Kitapevi 2012)

Yuvalı E, "Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler" (2015) 2 (ÖzelSayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 723-738

Yuvalı E, "Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı" (2012-2013) 24 (3-4-5) TÜHİS 71-83

Yürekli S, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)" (2014) 72 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 541-579

Elektronik Kaynaklar:

AB Temel Haklar Ajansı, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (2010) (<https://fra.europa.eu>)

Bolayır C, Amsterdam Antlaşması, Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları (İktisadi Kalkınma Vakfı 2000) (<https://www.ikv.org.tr/>)

İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Bilgilendirme Rehberi (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü 2013) (<https://www.csgb.gov.tr/>)

Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, Fazıl Aydın (ed) (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2014) (<https://www.csgb.gov.tr/>)

İşyerinde Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılık : ILO'nun Onuru Projesi'nden Sonuçlar" (KAOS GL çevirisi 2012) (<https://kaosgldernegi.org/>)

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu N.6 (Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu 2011) (<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/>)

Uyar L, "Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006" (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları No.145, 2006)

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Seray POYRAZ

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Marmara Üniversitesi (2012-2016)

Yüksek Lisans Öğrenimi : Kadir Has Üniversitesi (2019-2022)

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce, Almanca

İş Deneyimi

Çalıştığı Kurumlar ve Tarihleri : Bulut Süerdem Hukuk Bürosu
(15.11.2021- devam)

Dündar Sır Hukuk Bürosu
(18.7.2016-31.8.2020)