

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TÜRK İŐ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
İPEK DEMİR GÖKSU**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. E. Tuncay SENYEN KAPLAN**

ANKARA - 2018



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 21 / 07 / 2018

Öğrencinin Adı, Soyadı : İpek DEMİR GÖKSU

Öğrencinin Numarası : 21520208

Anabilim Dalı : Özel Hukuk

Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Emine Tunçay KAPLAN

Tez Başlığı : Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 118... sayfalık kısmına ilişkin, 20 / 07 / 2018 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafındanTunçay.... adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 20.....'dır.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

Onay

21 / 07 / 2018

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

Prof. Dr. Emine Tunçay KAPLAN

KABUL VE ONAY SAYFASI

Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisi İpek DEMİR GÖKSU tarafından hazırlanan "Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı" adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi: 31/07/2018

Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu:

Jüri Üyesi : **Prof. Dr. E. Tuncay Kaplan** **Başkent Üniversitesi**

Jüri Üyesi: **Prof. Dr. Kudret Güven** **Başkent Üniversitesi**

Jüri Üyesi: **Doç. Dr. İştah CENGİZ** **Hacettepe Üniversitesi**

İmzası:



Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

...../...../20....

Prof. Dr. İpek KALEMCI TÜZÜN

Enstitü Müdürü

ÖZET

Geçmişten beri mevcut olan kadın ile erkek arasındaki eşitsizlik günümüzde de bir sorun olmaya devam etmektedir. Cinsiyetler arası eşitsizliğin önlenmesi amacıyla uygulamada uluslararası sözleşmeler ve direktiflerin çeşitli düzenlemeler içermesine ve sözleşmelere taraf olan ülkelerin bu düzenlemelerle bağlı olmasına rağmen, eşitsizlikler ve cinsiyet ayrımcılığına neden olan muamelelerle karşılaşmaktadır. Kadınların, toplumda aile sorumluluklarını üstlenmeye itilmesi ve bununla bağdaştırılması, biyolojik özellikleri nedeniyle bir kısım meslek gruplarında ayrımcılıklarla karşılaşmalarına neden olmaktadır. Bu konuda önlemler alınmaya çalışılsa da bu önlemler yeterli görülmemektedir.

Türk hukukunda eşitlik ilkesine yönelik olarak Anayasa'nın 10. maddesi ve İş Kanunu'nun 5. maddesi ile düzenlemeler getirilmiş bulunmaktadır. Eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi için daha detaylı düzenlemeleri içeren kanuni düzenleme ihtiyacını karşılamak düşüncesiyle İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu çıkarılmıştır. Çalışmamızda Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı konusu; Anayasa ve İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeler başta olmak üzere, yeni bir düzenleme olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ve uluslararası sözleşmelerle birlikte direktifler de dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Eşitlik, Ayrımcılık Yasağı, Cinsiyet Ayrımcılığı, Olumlu Ayrımcılık, Olumsuz Ayrımcılık.

ABSTRACT

One of the recurring problems of the world coming from past to present, the inequality between men and women is still a major concern today. Although some international regulations and mandates include several regulations about this inequality and countries who signed are subject to these directives, people still encounter with these kind of sexist treatments and inequality. Especially women, who are pushed by society to become primarily responsible for the family commitments, confront sexism in some professions because of their biological characteristics. Even though officials try to take precautions and measures about this issue, these measures haven't been proven enough.

Under Turkish Law, the 10th clause of the Constitution and the 5th clause of the Labor Law, bring some regulations targeted to the equality principle. To have more detailed and thorough mandates and regulations preventing the inequality in various classes, the legislation of Human Rights and Equality Institution of Turkey has been established. In this study, the subject of sexism in the Turkish Labor Law has been examined, by primarily investigating the regulations in the Constitution and the Labor Law and taking into account of the study of the legislation of Human Rights and Equality Institution of Turkey – which is a fairly new regulation and the international agreements and directives.

Key Words: Equality, Prohibition of Discrimination, Sexism, Positive Discrimination, Negative Discrimination.

ÖNSÖZ

Toplumumuzda kız ve erkek çocukların yetiştirilişinden ve eğitim yöntemlerinden kaynaklı olarak cinsiyete yönelik ayrımcılıklar süregelmekte, bu doğrultuda meslekler bakımından kadın işi – erkek işi ayrımı yapılmaktadır. Bahsedilen anlayış ise ilerleyen süreçte kadınların iş hayatına katılmasıyla birlikte, istihdam ve kariyer süreçlerinde ayrımcı muamelelerin gündeme gelmesine neden olmuştur. Bu durumun önlenmesi amacıyla 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri önemli düzenlemeler içermekte, ayrıca 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu da ayrımcılığın önlenmesini sağlamak bakımından dikkatle incelenmesi gereken hükümleri bünyesinde barındırmaktadır.

Çalışma kapsamında ayrımcılık kavramı, eşit davranma ilkesi ile birlikte kullanıldığından, öncelikle eşitlik ve eşit davranma ilkeleri açıklanmaya çalışılmış, devamında ülkemizin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve direktifler ayrımcılık hakkındaki düzenlemeleri esas alacak şekilde incelenmiştir. Ayrıca kadın işçilerin maruz kaldığı ayrımcılık nedenleri ve bu nedenlerin istihdamın hangi aşamalarında meydana geldiği, ayrımcılık yasağının ihlali halinde başvuru usulleri, özellikle yeni bir düzenleme olan 6701 sayılı kanunun hükümleri ile birlikte incelenmeye çalışılmış, bahsedilen hususlar Yargıtay içtihatlarıyla da desteklenmiştir.

Bu çalışmanın meydana gelmesinde, tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Emine Tuncay Senyen Kaplan'a ilgisi, desteğini ve değerli görüşleri için teşekkürlerimi sunarım.

İpek DEMİR GÖKSU

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
ÖNSÖZ.....	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM: EŞİTLİK KAVRAMI VE EŞİT DAVRANMA İLKESİ

§1.EŞİTLİK İLKESİ.....	3
I. GENEL OLARAK.....	3
II. ŞEKLİ EŞİTLİK – MADDİ EŞİTLİK AYRIMI	4
1. Şekli Eşitlik	4
2. Maddi Eşitlik	6
§2.EŞİT DAVRANMA İLKESİ.....	8

İKİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI BELGELERDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

§3.GENEL OLARAK ULUSLARARASI BELGELERDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI.....	12
§4.BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİNDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI.....	13
I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI	13
II. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİ	14
III. ULUSLARARASI MEDENİ VE SİYASAL HAKLAR SÖZLEŞMESİ.....	15
IV. ULUSLARARASI EKONOMİK, SOSYAL, KÜLTÜREL HAKLAR SÖZLEŞMESİ	16
V. KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ (CEDAW)	18
§5. AVRUPA KONSEYİ BELGELERİ.....	20
I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ	21

II. AVRUPA SOSYAL ŞARTI VE GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA SOSYAL ŞARTI	23
§6.ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ BELGELERİ.....	25
I. EŞDEĞERDE İŞ İÇİN ERKEK VE KADIN İŞÇİLER ARASINDAKİ ÜCRET EŞİTLİĞİ HAKKINDA 100 SAYILI SÖZLEŞME	26
II. İŞ VE MESLEK BAKIMINDAN AYRIMCILIK HAKKINDA 111 SAYILI SÖZLEŞME	28
§7. AVRUPA BİRLİĞİ TARAFINDAN KABUL EDİLEN SÖZLEŞMELER	30
I. ROMA ANTLAŞMASI	30
II. AMSTERDAM ANTLAŞMASI	31
III. AVRUPA BİRLİĞİNİN CİNSİYET AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN YÖNERGELERİ	32
1. Kadın Ve Erkeklere Eşit Ücret Uygulanmasına İlişkin Üye Ülke Kanunlarının Yakınlaştırılması Konusunda Yönerge	32
2. İşe Başvuruda, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmede, Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Yönergesi	33
3. Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeğin Eşit İşleme Tabi Tutulmasına İlişkin Yönerge	34
4. Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine Dair Yönerge	35
5. Cinsiyet Temelinde Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne Dair Yönerge	36
6. İstihdamda Ve İşte Eşit İşlem İçin Genel Çerçeve Oluşturan Yönerge	37

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TÜRK İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

§8.TÜRK İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞININ HUKUKİ DAYANAKLARI.....	39
I. 1982 ANAYASA'SINDAKİ DÜZENLEMELER	39
II. TÜRK İŞ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER	42
III. ENGELİLER HAKKINDA KANUN'DA YER ALAN DÜZENLEMELER.....	43
IV. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER.....	45
V.BASIN İŞ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER	47
VI.DENİZ İŞ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER	47

VII.SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER.....	48
VIII.TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER	50
§9.AYRIMCILIK KAVRAMI VE NEDENLERİ.....	51
I. AYRIMCILIK KAVRAMI	51
II.AYRIMCILIK NEDENLERİ.....	54
1.İş Kanunu 5. Madde Kapsamında Yer Alan Ayrımcılık Nedenleri.....	54
a. Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık.....	54
b. Yaş Ayrımcılığı.....	56
c. Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık	60
d. Sendikal Nedenle Ayrımcılık.....	62
e. Felsefi İnanç, Din ve Mezhep Ayrımcılığı.....	63
f. Hamilelik ve Doğum Nedeniyle Ayrımcılık.....	64
g. Cinsel Yönelim Nedeniyle Ayrımcılık.....	65
h. Mağdurlaştırma	66
2. 6701 Sayılı Kanun Kapsamında Yer Alan Ayrımcılık Nedenleri.....	66
a. Ayrı Tutma	66
b. Ayrımcılık Talimatı Verme.....	66
c. Çoklu Ayrımcılık.....	67
d. Doğrudan Ayrımcılık	67
e. Dolaylı Ayrımcılık.....	71
f. Dolayısıyla Ayrımcılık.....	73
g. Taciz.....	73
i.Cinsel Taciz.....	75
ii. Psikolojik Taciz(Mobbing)	78
h. Makul Düzenleme Yapmama.....	81
i. Varsayılan Temele Dayalı Ayrımcılık	83
§10. İŞ İLİŞKİLERİNDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI.....	84
I.İŞE ALIM SIRASINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI	84
1.İş Duyurularında Cinsiyet Ayrımcılığı.....	86
2.İş Görüşmeleri Sırasında Cinsiyet Ayrımcılığı	88

II.ÇALIŞMA KOŞULLARININ UYGULANMASINDA	
CİNSİYET AYRIMCILIĞI	91
1.Çalışma Koşullarında Cinsiyet Ayrımcılığı	92
2.Mesleki Yükselmeye Cinsiyet Ayrımcılığı	94
3. Ücret Uygulamalarında Cinsiyet Ayrımcılığı	96
a. Ücret Konusunda Eşit Davranma İlkesi	97
i. İş Sözleşmesinin Kurulması Sırasında Eşit Davranma İlkesi	97
ii. Sözleşmesinin Uygulanması Sırasında Ücret Konusunda Eşit Davranma İlkesi	98
b. Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret Ödenmesi İlkesi	98
c. Cinsiyet Ayrımcılığı Bakımından Ücret Farkını Doğuran Nedenler	99
d. Eşit Değerde İş İçin Kadın Ve Erkeğe Eşit Ücret Ödenmesinin Şartları	100
e. Ücrette Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı	101
4. Sözleşme Türlerine Göre Ayrımcılık	102
a. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışanlara Yönelik Ayrımcılık	102
b. Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışanlara Yönelik Ayrımcılık.....	104
V.İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI.....	105
1.GENEL OLARAK	105
2.KADIN İŞÇİNİN EVLENMESİ NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN	
SONA ERDİRİLMESİ.....	107
3.KADIN İŞÇİNİN GEBELİK VE ANNELİK DURUMU NEDENİYLE	
İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİRİLMESİ	109
Ş11. CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞININ SINIRLARI	114
I.BELLİ BİR CİNSE MENSUP OLMA ŞARTI	114
II.ÇALIŞMA YASAKLARI	115
1.Kadın işçileri gece çalıştırma yasağı.....	115
2.Kadın işçileri yer ve su altında çalıştırma yasağı.....	117
III. ÇALIŞMA YASAKLARINA AYKIRILIĞI SONUÇLARI	
VE YAPTIRIMLARI.....	118
1.Çalışma Yasaklarına Aykırılığın Sonuçları	119
2 Çalışma Yasaklarına Aykırılığın Yaptırımları	120
a.İşverenin Hukuki Sorumluluğu	120
b.İşverenin İdari ve Cezai Sorumluluğu.....	120

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRILIĞIN
YAPTIRIMLARI VE İSPAT YÜKÜ**

§13. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA BELİRTİLEN YAPTIRIMLAR	121
I.HUKUKİ YAPTIRIMLAR	121
1.Ayrımcılık Tazminatı	121
2. Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi.....	123
II. İDARİ YAPTIRIMLAR	126
§14. TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER ALAN YAPTIRIMLAR	126
§15. TÜRK MEDENİ KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER	127
§16. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER	127
I. BAŞVURU YOLLARI	127
II. YAPTIRIMLAR	130
§16. İSPAT YÜKÜ	131
I.GENEL OLARAK	131
II.İŞ KANUNU HÜKÜMLERİ GEREĞİNCE İSPAT YÜKÜ	132
III.TÜRKİYE İNSAN HAKLARI EŞİTLİK KURUMU KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE İSPAT YÜKÜ	134
§17.ZAMANAŞIMI	135
SONUÇ	137
KAYNAKÇA	140

KISALTMALAR

AAD	:Avrupa Adalet Divanı
AB	:Avrupa Birliği
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	:Anayasa Mahkemesi
B. No.	:Başvuru Numarası
bkz.	:Bakınız
C	:Cilt
CEDAW	:Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
CEEP	:Avrupa Kamu İşletmeleri ve Genel Ekonomik Yarar İşletmeleri Merkez
Cm.	:Santimetre
D.	:Danıştay
E.	:Esas
e.t.	:Erişim Tarihi
ETUC	:Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu
HD	:Hukuk Dairesi
K.	:Karar
Kg.	:Kilogram
No	:Numara
Para	:Paragraf
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
T.	:Tarih

TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TİHEKK	:Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
UNICE	:Avrupa Sanayi ve İşveren Konfederasyonları Birliği
Vb.	:Ve benzeri
Y.	:Yargıtay
y.	:Yıl
Yy	:Yüzyıl

GİRİŞ

Cinsiyet ayrımcılığına hem erkek hem de kadın işçilerin maruz kalması mümkün olsa da uygulamada daha çok kadın işçilerin cinsiyetleri nedeniyle mağdur edildiği ve ayrımcı muamelelere uğradığı görülmektedir. Kadın işçilerin iş ve meslek hayatına katılımının sağlanması amacıyla ayrımcılığın önlenmesi ve kadın ile erkekler arasındaki eşitliğin sağlanması adına pek çok uluslararası sözleşme ve direktifler uygulamada yer almaktadır. Bununla birlikte yasal mevzuatımızda eşitlik ilkesinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi amacını taşıyan Anayasamızın 10. maddesi ve İş Kanunu'nun 5. madde hükmü ön plana çıkmaktadır. Ayrıca yeni bir düzenleme olan ve 20 Nisan 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda da eşitlik ve ayrımcılık kavramları düzenlenmiştir.

Bu kapsamda Eşitlik Kavramı ve Eşit Davranma İlkesi başlıklı birinci bölümünde, eşitlik ilkesi ve eşit davranma kavramlarının farklarının ortaya konulması bakımından bu kavramlar inceleme konusu yapılmaktadır. Ayrıca bu bölümde maddi eşitlik ve şekli eşitlik kavramları da incelenmiştir.

İkinci bölüm ise kadınlara yönelik cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi bakımından uluslararası hukukta yer alan sözleşmeler ve direktiflerin incelenmesine yöneliktir. Anayasamızın 90. maddesi gereğince usulüne uygun olarak kabul edilen bu sözleşmeler kanun hükmünde olduğundan, inceleme konusu yapılması gerekli görülmüştür. Her ne kadar Türk Hukuku bünyesinde kadınlar ile erkekler arasındaki ayrımcılığı önlemeye yönelik açık bir hüküm yer almasa da Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine yönelik hükümler bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Çalışmanın konusu bakımından, uluslararası belgeler farklı ayrımcılık türlerine ilişkin düzenlemeleri içerse de, bu ayrımcılık türleri üzerinde kısaca durulmuş, cinsiyet ayrımcılığına ilişkin hükümler ise ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümü ise Türk Hukukunda yer alan cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemeleri içermekle birlikte ayrımcılık kavramı ve ayrımcılık nedenlerine de yer vermektedir. Bununla birlikte konunun somutlaştırılması bakımından iş sözleşmesinin kuruluşundan önceki aşamalarla birlikte, devamı ve sona ermesinde kadınlara yönelik ayrımcılık hallerinin incelenmesini de içermektedir. Ayrıca farklı sözleşme türlerinde

meydana gelen ayrımcılıklara da bu bölümde yer verilmiş; bununla birlikte uygulamada sıklıkla kadın işçilerin ücretlerinde erkek işçilerin ücretlerinden farklılıklar görüldüğünden, ücretlendirmede cinsiyet ayrımcılığı konusu da çalışmamızın kapsamında inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmamızın üçüncü bölümü ayrıca ayrımcılık yasağının istisnalarına da yer vermektedir. Her ne kadar ayrımcılık yasakları mutlak yasaklar kapsamında yer alsada kadın işçilerin biyolojik yapıları ve aile sorumlulukları nedeniyle bir takım istisnalar gündeme gelmektedir. Bu nedenle üçüncü bölümün son kısmında cinsiyet ayrımcılığı yasağının sınırlarına, yer verilmiş; ayrıca işveren tarafından çalışma yasaklarının ihlali halinde sözleşmelerin geçersizliği ve işverenin sorumluluğu konusu da incelenmiştir.

Çalışmamızın son kısmını oluşturan dördüncü bölümünde, İş Kanunu hükümleri gereğince ayrımcılık yasakları halinde meydana gelecek yaptırımlarla birlikte konunun somutlaştırılması bakımından ayrıca ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla ilişkisinin irdelenmesi gerekli görülmüştür. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nda yer alan yaptırımlar, Türk Medeni Kanunu ile getirilen düzenlemeler ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna yapılacak başvuru yöntemleri ise ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Son olarak ayrımcılık yasaklarının ihlalinin gündeme gelmesinde ispat yükü konusu İş Kanunu ve TİHEKK bakımından ikiye ayrılarak incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK KAVRAMI VE EŞİT DAVRANMA İLKESİ

Ş1. EŞİTLİK İLKESİ

I. GENEL OLARAK

Eşitlik ve ayrımcılık kavramları, bir arada kullanılmalarına rağmen gerek uluslararası sözleşmeler gerek sözleşmelerin uygulanmasını denetleyen organların çalışmaları, bu kavramların aynı anlamı taşımadığını ortaya koymaktadır¹. Bu nedenle eşitlik kavramının, ayrımcılık kavramından ayrı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Eşitlik kavramı diğer pek çok kavramda olduğu gibi zaman ve mekân bakımından farklı anlamlar taşımaktadır. Eşitlik kavramının ne anlama geldiğinin tespit edilmesi adına öncelikle kelime anlamının incelenmesi gerekmektedir. Buna göre eşitlik, “iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu” anlamını taşımakla birlikte, “kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu”nu da ifade etmektedir².

Anayasamızın ‘Kanun önünde eşitlik’ başlıklı 10. maddesi, “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir” hükmüne yer vermektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” demektedir. Anayasa ile getirilen düzenleme ile devletin vatandaşlarına karşı tarafsızlığı ve bu tarafsızlığı doğrultusunda, kamu organlarının görevlerini yerine getirirken vatandaşlara eşit davranmakla yükümlü olduğu; hiçbir ayırım gözetmeksizin herkesi kanun önünde eşit kabul edip buna göre davranılmasını amaçlamaktadır³.

Bununla birlikte, 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu’nu yürürlükten kaldıran ve yeni bir düzenleme olan 6 Nisan 2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, eşitlik ilkesi ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Bu kapsamda kanunun, ‘Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı’ başlıklı 3. maddesi eşitlik

¹ GÜL/KARAN, s.5.

² <http://www.tdk.gov.tr>, (e.t 02.01.2018).

³ EYERCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 165.

kavramına yer vermektedir. Kanun, 3. maddenin ilk fıkrasıyla “herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma konusunda eşittir” demek suretiyle eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeye yer vermiş olmasına rağmen, kavrama ilişkin bir tanıma bünyesinde yer vermemiştir.

Her ne kadar doktrinde benimsenmiş bir eşitlik tanımı olmasa da içtihatlardan yararlanarak eşitlik kavramının tanımlanması mümkündür. Buna göre, Anayasa Mahkemesi kararlarında eşitlik kavramı, “herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin bir gerekliliği ifade etmektedir”⁴.

II. ŞEKLİ EŞİTLİK – MADDİ EŞİTLİK AYRIMI

1. Şekli Eşitlik

Eşitlik kavramına ilişkin doktrindeki en yaygın ayrımın şekli eşitlik ile maddi eşitlik ayrımı olduğu kabul edilmektedir.

Şekli eşitlik kavramı, ilk olarak Aristo tarafından ortaya atılmıştır. Aristo’nun şekli eşitlik düşüncesine göre, eşit durumda olanlara eşit muamele, farklı durumda olanlara ise farklı muamele edilmesi gerekmektedir. Aristo’nun ileri sürdüğü şekli eşitlik kavramı, günümüzde hala geçerli olduğu gibi, hukuki düzenlemelerin bünyesinde yer alan eşitliğe ilişkin konular, temelini bu düşünceden almaktadır. Ancak bununla birlikte şekli eşitlik ilkesine yönelik eleştiriler de mevcuttur⁵.

Fredman’a göre şekli eşitlik ilkesindeki ilk sorun ‘benzerlik’tir. Şekli eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için, şekli eşitliğe ilişkin tanımdan yola çıkıldığında, birbiri ile benzer ya da özdeş iki kişinin varlığı gerekmektedir. Bu durumda ‘evrensel aynılık’ söz konusu olmaktadır. Ancak iki kişinin benzer ya da özdeş olması durumu varsayımsal olarak mümkünken, fiilen mümkün olamamaktadır.

Şekli eşitlik ilkesine yönelik ikinci eleştirinin nedeni ise ilkenin farklıları yok sayıyor olmasından ileri gelmektedir. Farklı kişilerin farklı ihtiyaçlarının olabileceği durumlarda, bu kişilere farklı yaklaşılmasının önü, şekli eşitlik ilkesinin uygulanmasıyla

⁴ AYM, *Ayla (ŞENSES) KARA Başvurusu*, B. No. 2013/7063, 05.11.2015, para 43.

⁵ KARAN, s. 37-38.

kesilmiş olmaktadır. Kişilerin ayrımcı muamelelerle karşılaştıkları durumlarda, bu durumların giderilmesi iki yaklaşımın uygulanmasıyla mümkün olmaktadır. Buna göre ilk yaklaşımda, ayrımcılığa uğrayan kişinin uğradığı muamele, lehe anlamda farklı muamele gören kişi veya kişilerin sahip olduğu haklarla eşitlenmek suretiyle giderilmektedir. İkinci yaklaşıma göre, ayrımcılığa uğrayan kişi veya kişilerin sahip olmadıkları haklar, bu haklara daha önce sahip olanlar için de ortadan kaldırılmaktadır. İkinci yaklaşımın uygulanması halinde, 'aşağıya doğru eşitleme' söz konusu olmaktadır⁶. Aşağıya doğru eşitleme durumuna örnek olarak; bir ülkede uzun yıllar uygulama konusu yapılan iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında, kadın işçiler için düzenlenen "özel koruyucu hükümler" in kaldırılması gösterilebilmektedir. Kadınlara uygulanan koruyucu hükümlerin eşitlik ilkesine aykırı olduğunun iddia edilmesi üzerine, kadınlara sağlanan korumanın kapsamı, erkekleri de içerecek şekilde genişletilmeden, kadını koruyucu özel hükümler mevzuattan kaldırılarak, bu suretle her iki cins de eşit kurallara tabi tutulmaktadır⁷. Her ne kadar bu uygulama adaletsiz olsa da şekli eşitlik ilkesine uygun düşecek bir yaklaşım sergilemektedir. 'Yöntemsel adalet' olarak da adlandırılan bu yaklaşım, eşitliğe ulaşılması bakımından herhangi bir sonuca varamadığından dolayı eleştirilmektedir.

Şekli eşitlik ilkesinin eleştirilmesinin diğer bir nedeni, her zaman karşılaştırma yapılacak bir kişinin bulunmasının mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. Örneğin, hamile bir kadın ile bir erkeğin karşılaştırılması gereken hallerde, şekli eşitlik ilkesinin tanımını göz önünde bulundurulması halinde karşılaştırma yapılması mümkün olmamaktadır. Burada eleştirilen husus, şekli eşitliğin 'evrensel birey' kavramından hareket etmesidir. Şekli eşitlik ilkesi, kişilerin ırk, cinsiyet gibi kimliklerini hiçe sayıp evrensel bir birey kavramından yola çıkarak, kişilerin kendilerine ait birtakım özelliklerinin göz ardı edilmesine neden olmaktadır.

Şekli eşitlik ilkesinin bireysel bir yaklaşım benimsemiş olması ise bu ilkeye yönelik son eleştiridir. Şekli eşitlik anlayışı, ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda, kişisel sorumluluğa gitmektedir. Ancak Fredman bu konuda ayrımcılık biçimlerinin bireysel değil, toplumsal bir sorun olduğundan bahisle bu eşitlik türünü eleştirmektedir⁸.

⁶ KARAN, s. 38-39.

⁷ KAYA, s. 9.

⁸ KARAN, s. 40.

2. Maddi Eşitlik

Şekli eşitlik ilkesine yönelik eleştiriler ve bu ilkedeki eksikler nedeniyle maddi eşitlik ilkesi ortaya çıkmış, eleştiriler ve eksiklikler maddi eşitlik ilkesi ile giderilmeye çalışılmıştır. Eşit durumda olanlara eşit muamele edilmesini öngören şekli eşitlik anlayışında kişilere simetrik muamele edilmesi söz konusuysen, maddi eşitlik ilkesinde asimetrik bir eşitlik anlayışı söz konusudur. Maddi eşitlik ilkesi, şekli eşitlik ilkesi ile kabul edilen farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesi tutumuna karşı çıkmasa da, farklı durumda olan kişilere farklılıkları oranında, dezavantajlı durumda olanlara yönelik olumlu muamele edilmesi düşüncesini kabul etmektedir⁹.

Örneğin, şekli eşitlik ilkesinde, engelli kişi ile engelli olmayan kişi aynı kabul edilmekte ve engelli olan kişinin engelli değilmiş gibi davranması beklenmektedir. Bu halde, engelli kişi engellerinin beraberinde getirdiği sorunlarla bizzat baş etmek zorunda kalmakta, engelli olmayan bireylerin davranışlarına ayak uydurması beklenmektedir. Maddi eşitlik anlayışı, şekli eşitlik anlayışında mevcut olan ‘eşitlik’ ile ‘aynı’ olmanın farklı kavramlar olduğunu belirtmektedir¹⁰.

Maddi eşitlik anlayışına göre farklı olanlara aynı muamelelerin yapılması, eşit konulara farklı muamele edilmesi kadar adaletsiz görülmektedir. Bu nedenle şekli eşitlik hukuk teorisinden hareket ederken, maddi eşitlik ilkesi adalet teorisinden hareket etmektedir¹¹.

Buradan hareketle, farklı durumdaki kişilere farklı muamele edilmesi gerektiği düşüncesi kabul edilmekte ve bu halde mutlak eşitlik ilkesinin uygulanması ayrımcılıklara yol açacağından, benzer durumdaki kişilere benzer muamele yapılması, doğru kabul edilmemektedir. Bunun nedeni insanların içinde buldukları koşulların, özelliklerinin ve ihtiyaçlarının birbirlerinden farklı olmasıdır¹².

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına bakıldığı zaman, bu içtihatların maddi eşitlik temelinden hareket ettiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin maddi eşitlik ilkesinden hareket ettiği kararına göre, “Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilkeyle eylemli değil hukuksal

⁹ KARAN; s. 42.

¹⁰ GÜL/KARAN, s. 7.

¹¹ KARAN, s. 42.

¹² AĞIRBAŞLI, s. 36.

eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez"¹³. Anayasa Mahkemesi kararlarında, kanunlar karşısındaki insanların her yönden eşit hükümlere tabi olmadığı, birtakım insanların ise başka hükümlere tabi olmalarının haklı nedenlere dayanması halinde, kanunlar karşısında eşitlik ilkesine aykırılığın olmadığı ifade edilmektedir¹⁴.

Bu bakımdan her iki cinsin birbirinden farklı yönleri olması nedeniyle yapılan farklı hukuki düzenlemeler, kadınlar ile erkekler arasında eşitsizliğe neden olmamaktadır. Cinslerin farklı yönleri göz önüne alınarak yapılan hukuksal düzenlemelerin amacı, eşitliği sağlamak değil, farklı özelliklere hukuksal alanda çözüm getirmektir. Örneğin doğum yapan bir kadına doğum izni verilmesi halinde eşitliğin ihlali söz konusu olmamaktadır¹⁵.

Şekli eşitliğin sağlanmasında devletin de rolü bulunmaktadır. Devlet şekli eşitlik ilkesindeki pasif ve tarafsız kalma yükümlülüğünü geride bırakarak, maddi eşitliğin hayata geçirilmesi bakımından aktif ve müdahaleci bir tavır sergileyerek negatif yükümlülüklerin yanında pozitif yükümlülüklerin de uygulanmasını sağlamak durumundadır. Örneğin, siyasi karar alma mekanizmalarında belirlenen kotalarda, kadınların daha fazla temsil edilmesi sağlanarak, erkeklerin avantajlı konumlarını kaybetmiş olmaları durumunda devletin şekli eşitlik anlayışının aksine yükümlülükler üstlenmiş olduğu görülmektedir¹⁶.

¹³ Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10.maddesine ilişkin olarak verdiği 28.12.2017 gün ve E.2016/179 ve K.2017/176 sayılı kararı. Karar Metni İçin Erişim: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cef09c81-aa61-4dc3-a70f-dfb57745aef6?highlightText=e%C5%9Fitlik&excludeGereke=False&wordsOnly=False>

¹⁴ ÇAĞLAR, s. 50.

¹⁵ YÜKSEL, s. 86-87.

¹⁶ KARAN, s. 44.

§2. EŞİT DAVRANMA İLKESİ

Genel olarak eşit davranma kavramının “aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması ve kişilere ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaması”¹⁷ şeklinde tanımlanması mümkündür.

Eşit davranma ilkesine ilişkin hukukumuzdaki pozitif düzenlemeler, Anayasa’nın 10. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde yer almaktadır.

Anayasa’nın ‘Kanun önünde eşitlik’ başlıklı, 10. maddesinin ilk iki fıkrası, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” demektedir. Bu madde ile dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerden dolayı ortaya çıkacak ayrımcılık; hem de bunun dışında kalan hallerde eşit davranma borcu düzenlenmiştir¹⁸.

Her ne kadar Anayasa’da eşitliğe ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olsa da bu düzenlemelerin genel nitelikli olması nedeniyle İş Kanunu bu düzenlemelerle yetinmemiş, eşitlik ilkesini kendi bünyesindeki 5. madde ile düzenlemiştir¹⁹.

Eşit davranma ilkesi, eşitlik ilkesinin İş Hukuku’ndaki görünüşü olarak değerlendirilmektedir. İşverenin, çalışma hayatında işçiye göre daha avantajlı olması, işçinin işverene göre sosyal ve ekonomik bakımdan dezavantajlı durumda olması nedeniyle, sosyal devlet anlayışı doğrultusunda Anayasadaki düzenlemenin dışında İş Kanunu ile de düzenleme yapılmıştır²⁰.

4857 sayılı İş Kanunu’nun ‘Eşit davranma ilkesi’ başlıklı 5. maddesinin ilk 4 fıkrasında, “iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. 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. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin

¹⁷ SÜZEK, s. 472.

¹⁸ SÜZEK, s. 472 – 473.

¹⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 165-166.

²⁰ ULUCAN, s. 373.

yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz” denilmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesiyle hem ayrımcılık hem de eşit davranma ilkesine ilişkin düzenlemeye yer verilse de, aynı hususun İş Kanunu'nun 5. maddesinde de yer aldığı söylemek mümkün değildir. İş Kanunu 5. maddesi yalnızca ayırım yasağı hallerine ilişkin düzenlemeyi içermektedir²¹.

Anayasa bünyesinde yer alan eşitlik ilkesine ilişkin düzenleme daha çok, devletin kamu organlarının görevlerini yerine getirdikleri esnada vatandaşlara eşit davranmakla yükümlü olduklarını hükme bağlamaktadır. Ancak özel hukuk ilişkileri değerlendirildiğinde, sözleşme özgürlüğü nedeniyle, özel hukuk kişilerinin Anayasa madde 10 hükmündeki gibi eşit davranma yükümlülüklerinin olmadığını kabul etmek gerekmektedir. Özel hukuk kişilerinin sözleşme yapmak istedikleri tarafları özgürce seçebilme durumlarının ele alınması halinde, bu durumun Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesinden farklı bir boyutta olduğu görülmektedir²².

Madde hükmü değerlendirildiğinde 1. fıkra ayrımcılık hallerini ele almaktadır. Burada şu hususu önemle belirtmek gerekir ki, 1. fıkroda kullanılan ‘ve benzeri sebeplerle’ ibaresi, ayrımcılık hallerinin kanun metninde yazılanlarla sınırlı olmadığını, benzer nedenlerin varlığı halinde de işverenin ayırım yasağını ihlal edemeyeceği belirtilmek istenmiştir²³. 2. fıkra ile sözleşmenin türlerine göre ayrımcılığın yapılamayacağı, 3. fıkroda ise cinsiyet nedeniyle veya gebeliğin söz konusu olduğu hallerde ayrımcılığın yasaklandığı hükme bağlanmıştır²⁴. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. fıkrasının getiriliş amacı özellikle kadın ile erkek arasındaki ayırımın önlenmesine yöneliktir. Ancak madde hükmü dil, din, ırk, mezhep, siyasal düşünce ve benzeri nedenler gibi; diğer ayırım yasaklarının söz konusu olduğu hallerde de uygulanmaktadır²⁵.

²¹ SÜZEK, s. 474.

²² EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 165; SÜZEK, s.474

²³ SÜZEK, s. 473.

²⁴ YENİSEY, s. 65

²⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 167.

İş Kanunu kapsamında işverenin eşit davranma borcunun doğması için birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir; Öncelikle işverenin eşit davranma borcunun doğumu için, kıyaslama yapılabilecek birden fazla işçinin oluşturduğu bir grup mevcut olmalı ve bu işçi grubunun aynı işyerinde/işletmede çalışması gerekmektedir. Dolayısıyla bu halde işverenin farklı işyerinde/işletmesinde çalışan işçilerin arasında eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte işverenin eşit davranma borcunun doğması için, işçi ile işveren arasında hukuki bir ilişkinin varlığı gerekmektedir. Ayrıca eşit işlem borcu ancak sözleşme hürriyeti ile birlikte oluşan bireysel ilişkilerin dışında, işçi ve işçi grupları için geçerli bir düzenin varlığı halinde söz konusu olabilmektedir²⁶.

Eşit davranma ilkesinin temelinde TMK madde 2 hükmünün olduğu kabul edilirse, bu madde doğrultusunda, işveren objektif ve haklı nedenlerin olmaması halinde, keyfi ve hukuki bir gerekçesi olmaksızın, işçiler arasında ayırım yapamayacaktır. Ancak eşit davranma ilkesi nedeniyle, işveren mutlak olarak işçilere karşı eşit davranmakla yükümlü değildir. Yargıtay'ın bir kararına göre, ayırım yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında eşit davranma borcunun nispi bir nitelik taşımakta olduğu belirtilmektedir. *“eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisel özelliklerini ortadan kaldırmadığından işveren farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konularında nispi bir eşit davranma borcu altındadır. İşverenin, işyeri düzeyindeki tüm işlem ve uygulamaları eşit davranma borcuna tabidir. Ancak, kanunun kendisine tanıdığı kimi haklara ilişkin işlemlerinde, işletmenin riskini üzerinde taşımasının karşılığı olarak, işveren takdir hakkına sahip olup, buna göre hareket etmesi eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilemez”* demek suretiyle eşit davranma ilkesinin mutlak olmadığına vurgu yapmaktadır²⁷.

Bu kapsamda işverenin işçilerine karşı farklı muamelelerde bulunması mümkündür. Ancak işverenin, işçilerine farklı muamelelerde bulunması sırasında dikkat etmesi gereken husus, bu hakkını kötüniyetli ve keyfi olarak kullanmamasıdır. Öyleyse işverenin, işçiler arasında işçinin yaptığı iş, uzmanlık alanı, öğrenim durumu, kıdemi gibi objektif nedenlerle birlikte; çalışkanlığı, yeteneği ve verimliliği gibi sübjektif nedenlerle farklı

²⁶ SENYEN-KAPLAN, s. 212.

²⁷ Yargıtay 9. HD. T. 07.10.2013, E.2011/33127, K.2013/25090, kararın tam metni için bkz. <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/138/ise-yeni-baslayan-isciye-daha-yuksek-ucret-verilme/?v=list&aranan=cinsiyet> (e.t. 22.03.2018).

işlem yapması söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla işverenin, işçilere karşı farklı muamelede bulunmasını haklı kılan sebeplerin varlığı halinde, farklı muamelede bulunmayan işveren, bu halde eşit davranma borcunun ihlal edilmesine neden olabilmektedir. Bunun nedeni, bazı hallerde farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesinin gerekli olmasıdır²⁸.

Bu konuda Yargıtay, “eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup İş Hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranma borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke hakların sınırlandırılması yerine korunmasına hizmet eder”²⁹ demektedir.

²⁸ YENİSEY, s. 66-67; SÜZEK, s. 475; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 168.

²⁹ Yargıtay 9. HD. T. 29.11.2011, E.2009/19835, K. 2011/46440; aynı yönde, Y. 9. HD. T: 25.07.2008, K. 2008/27310, E. 2008/22095; Y. 9.HD. T: 02.12.2009, K. 2009/33837, E. 2009/32939.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

§3. GENEL OLARAK ULUSLARARASI BELGELERDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Uluslararası belgelerin büyük bir kısmında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Devletlerin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, bu devletler için bağlayıcı özellik taşımaktadır³⁰. Uluslararası anlaşmalar bir devlet tarafından imzalandıktan sonra, anlaşmayı kabul eden devlet, kendi ulusal yasalarında, uluslararası anlaşmalara uygun olacak şekilde düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Bununla birlikte sözleşmeye taraf olan devletlerin ulusal yasalarında, anlaşmalara aykırı hükümler bulunması halinde, taraf devletler sorumluluk altına girmektedir. Geleneksel olarak uluslararası sözleşmelere uymamanın yaptırımını olarak devletler birlikten çıkarılmakta veya tazminat ödeme cezalarına tabi olmaktadır³¹.

Her ne kadar Türk Hukuku bünyesinde kadınlar ile erkekler arasındaki ayrımcılığı önlemeye yönelik açık bir hüküm yer almasa da Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine yönelik hükümler bağlayıcı nitelik taşımaktadır³². Bu kapsamda Anayasa'mızın 90. maddesi ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu, kanun hükmü ile uluslararası sözleşmelerin çatışması halinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanacağı belirtmiştir³³.

Çalışmamızın konusu bakımından, her ne kadar uluslararası belgeler farklı ayrımcılık türlerine ilişkin düzenlemeleri içerse de, bu bölümde Türkiye tarafından onaylanan uluslararası sözleşmeler kapsamında yer alan cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemeler dikkate alınmaya çalışılmıştır. Bu nedenle önce uluslararası kaynaklarda cinsiyet ayrımcılığı konusu kısaca incelenmiştir.

³⁰ KAYA, s. 19.

³¹ ÖZDAMAR, s. 111.

³² YÜKSEL, s. 41-42.

³³ KARAN, s. 7-8.

Ş4. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİNDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI

Birleşmiş Milletler Anlaşması 26 Haziran 1945 yılında San Fransisko’da imzalanarak 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiş, aynı yıl Türkiye tarafından 15 Ağustos 1945 tarihinde kabul edilerek, 24 Ağustos 1945 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır³⁴. Antlaşma, giriş bölümü ve devamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Kadın - erkek eşitliği konusunu uluslararası hukukta ilk kez tanıyan belge olma özelliğini taşıyan Birleşmiş Milletler Antlaşması³⁵, madde 1/3 hükmü ile amaçlarını, “*Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözümede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak*” olarak belirtilmiştir. Bu madde ile ayrımcılık nedenleri ırk, cinsiyet, dil, din ile sınırlı tutulmuştur³⁶.

Antlaşmanın ikinci bölümünde yer alan 13. madde ile Genel Kurul’un görevleri belirtilmiş, Genel Kurul hakkında, “*ekonomik, sosyal, kültürel alanlarda, eğitim ve sağlık alanlarında uluslararası işbirliğini geliştirmek ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için araştırmalar yapılmasına önayak olur ve bu amaçla tavsiyelerde bulunur*” denilmiştir.

Anlaşmanın dokuzuncu bölümünde yer alan 55/c madde hükmü, Birleşmiş Milletler hakkında, “*ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini, kolaylaştıracağı*” belirtmiştir. Söz konusu madde hükmü Birleşmiş Milletlere üye olan devletler hakkında yükümlülükler içermektedir³⁷.

³⁴ SÜRAL, s.137.

³⁵ MOROĞLU, s.15.

³⁶ BİLİR, s. 24.

³⁷ Pir Ali KAYA, s. 64-65.

II. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİ

İlk olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve eşitlik ilkesine pek çok vurgu yapan Bildirge, 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilmiş, ülkemizde ise 6 Nisan 1949 tarihinde onaylanmıştır³⁸. Kadın haklarının temelinde insan haklarının bulunduğu göz önüne alındığında, Bildirge bünyesinde yer alan düzenlemelerin büyük ölçüde önem taşıdığı görülmektedir³⁹. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, kadınların yüzyıllardır uğramış olduğu ayrımcı muamelelerin dikkate alınması için cinsiyet nedeniyle ayrımcılık konusunun vurgulanmasını sağlamakla birlikte, eşitsizliğe karşı uluslararası alanda kadın haklarının gelişmesine yönelik çalışmaların başlangıç noktası olmuştur⁴⁰.

Toplam 30 maddeden oluşan Bildirgenin önsözünde, insan haklarına, insanlık şeref ve haysiyetine karşı olan saygı belirtilmekle birlikte, ayrıca kadın ile erkeklerin büyük küçük bütün devletlerde eşit haklara sahip olduğu özellikle vurgulanmıştır⁴¹.

Bildirgenin ilk maddesi “*bütün insanların özgürlük, onur ve haklar bakımından eşit doğduklarını*” belirtmekte, devamında yer alan 2. maddesi ise “*herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer herhangi bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, servet, doğuş veya herhangi bir fark gözetilmeksizin bildirmede ilan olunan tüm hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkına sahip*” olduğunu hükme bağlamaktadır. Bildirgenin 3. maddesi ise “*herkesin yaşama, özgürlük ve güvenlik hakkı olduğu*” ve 6. maddesi “*herkesin her nerede olursa olsun hukuksal kişiliğın tanınması hakkına sahip olduğu*” belirtmiştir. Bildirgenin 7. maddesi “*herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı*” olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Bildirgenin madde 23/2. hükmü, “*herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı*” olduğunu belirtmekte, 3. fıkrası ise “*herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır*” demektedir.

³⁸ BİRİNCİ, s. 50; KAYA, *Eşitlik İlkesi*, s.25.

³⁹ YÜKSEL, 57-58.

⁴⁰ MOROĞLU, s 17.

⁴¹ ÖZDAMAR, s. 148.

Bildirgenin tek başına değerlendirilmesi halinde yaptırım ve bağlayıcılık içermediği düşünülmektedir. Ancak ülkemizde, gerek 1982 Anayasası hazırlanırken gerek diğer yasaların oluşturulması sürecinde 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi göz önünde bulundurulmuştur⁴².

III. ULUSLARARASI MEDENİ VE SİYASAL HAKLAR SÖZLEŞMESİ

Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilerek, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesini 2000 yılında imzalamıştır. Sözleşme, 21 Temmuz 2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 53 maddeden oluşan Sözleşme ile klasik anlamda bireylerin devlete karşı ileri sürebileceği medeni ve siyasal haklar güvence altına alınmıştır⁴³.

Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile kıyaslanması halinde, kadın erkek eşitliği konusunun daha kapsamlı ele alınmış olduğu görülmektedir. Sözleşme ile "İnsan Hakları Komisyonu" kurulmuş, kurulan bu Komisyon Sözleşmenin uygulanmasını izlemekle sorumlu tutulmuştur. Sözleşme, maddelerinin ihlal edilmesi durumunda kişilere, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru imkanı tanınmaktadır⁴⁴.

'Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı' başlığını taşıyan 2. madde hükmünde "*bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder. Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler*" denilmekte ve 'Cinsiyet eşitliği' başlıklı 3. maddesiyle,

⁴² SENYEN KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 227.

⁴³ ÖZDAMAR, s. 149-150.

⁴⁴ ÖZDAMAR, s. 143-144; MOROĞLU, s.23.

sözleşmeye taraf olan devletlerin sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt edeceği hükme bağlanmaktadır.

Sözleşmenin ‘Hukuk önünde eşitlik’ başlıklı 26. maddesinde ise *“herkes, hukuk önünde eşittir ve hiç bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar”* denilmektedir.

Söz konusu madde hükümleri, sözleşmeye taraf olan ülkeler bakımından bağlayıcı hükümler içermekle birlikte, sözleşme kapsamında yalnızca ayrımcılığa ilişkin düzenlemelere yer verilmemekte ayrıca eşitlik ilkesi de düzenleme konusu yapılmaktadır⁴⁵.

IV. ULUSLARARASI EKONOMİK, SOSYAL, KÜLTÜREL HAKLAR SÖZLEŞMESİ

Uluslararası Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde yer alan hükümlerin bağlayıcılığını sağlamak adına, 1966 yılında kabul edilip 3 Aralık 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmış olup 4 Haziran 2003 tarihinde onaylanmıştır⁴⁶.

Sözleşme ile düzenleme konusu yapılan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, uygulanması mutlak olmayan haklar kapsamında sayılmakta ve sözleşme kapsamında yer alan düzenlemelerin yerine getirilmemesi halinde bu hakların dava konusu yapılamaması nedeniyle ikinci sınıf haklar olarak nitelendirilmektedir. ‘Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı’ başlıklı 2. maddesine göre, *“bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, gerek kendi başına ve gerekse uluslararası alanda özellikle ekonomik ve teknik yardım ve işbirliği vasıtasıyla bu Sözleşmede tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dahil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder”* demektedir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, devletler ancak ekonomik imkanları elverdiği ölçüde sözleşme kapsamında yer alan hakları bünyesine katmakla yükümlü kılınmışlardır. Bu kapsamda sözleşmede öngörülen hakların uygulamaya geçirilebilmesi için öncelikle

⁴⁵ Pir Ali KAYA, *Eşitlik İlkesi*, s. 65-66.

⁴⁶ SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 228; YILDIZ, s. 35-36.

taraf devletlerin birtakım ekonomik önlemler almış olması gerekmektedir. Ancak ekonomik önlemlerin alınmasından sonra taraf devletler zamanla sözleşme kapsamında yer alan düzenlemeleri yerine getirebilecektir⁴⁷.

Bununla birlikte sözleşmenin 3. maddesi ile cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş, madde hükmünde, sözleşmeye taraf olan her devletin sözleşme kapsamında yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt edeceği hükme bağlanmıştır.

Sözleşmenin ‘Adil ve uygun işte çalışma şartları’ nı düzenleyen 7. maddesi ise, sözleşmeye taraf olan devletlerin herkese adil ve elverişli şartlarda çalışma hakkı tanıyacağı belirtilmiş ve bu şartların aynı madde kapsamında belirtilen hakları güvence altına alınacağını hükme bağlamıştır. Buna göre;

“a) Bütün çalışanlara sağlanan asgari bir gelir ile birlikte en azından:

i) Hiç bir ayrıma tabi tutulmaksızın özellikle kadınların erkeklerin çalışma şartlarından daha alt düzeyde olmayan şartlarda çalışmalarını güvence altına alınarak, eşit işe eşit ve adil ücret;

ii) Bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, kendisi ve ailesi için nezh bir yaşam;

b) Güvenli ve sağlıklı çalışma şartları;

c) Herkesin işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi olmaksızın, eşit imkanlar;

d) Dinlenme, çalışma arası, çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması ile ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi” gerektiği belirtilerek, sözleşmeye taraf devletlerin bu kapsamda yükümlülükleri düzenleme konusu yapılmıştır.

Cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi bakımından sözleşme ile getirilen bir diğer düzenleme ise ‘Ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması’ başlıklı 10. Madde hükmüdür. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında aile kurumunun kuruluşu sırasında ve ailenin bakmakla yükümlü oldukları çocukların bakım ve eğitim sorumluluğu devam ettiği dönemde, mümkün olan en geniş ölçüde koruma ve yardım sağlanacağı belirtilmiş; ikinci fıkrada ise annelere doğumdan önce ve sonra makul bir süre özel koruma sağlanacağı;

⁴⁷ ÖZDAMAR, s. 150-151.

çalışan annelere bu dönem için ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlikten yararlanabilecekleri bir izin verileceği düzenleme konusu yapılmıştır.

V. KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ (CEDAW)

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), 1 Mart 1980'de üye ülkelerin imzasına sunularak 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 24 Temmuz 1985 tarihinde kabul edilerek 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmeye taraf olan toplam 189 ülke bulunmaktadır⁴⁸.

Sözleşmenin kabul edilmesi, kadınlara karşı ayrımcılığın evrensel bir problem olduğunu ortaya koymaktadır. Kadınların insan hakları bildirgesi olarak kabul edilen⁴⁹ sözleşmenin amaçları arasında, toplumsal cinsiyet eşitliğini değil, kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesini, kadınların insan haklarının tamamından faydalanmasını, sözleşmeye taraf devletlerin kanunlarında yer alan eşitliği engelleyecek hükümlerin kaldırılmasını sağlamak ve eşitliği yaptırım gerektiren uygulamalarla sağlamakla birlikte, kadın ile erkeklerin birbirlerine üstünlüğü ve ikincilliğini gündeme getirecek örf adet ve gelenek göreneklerin kaldırılmasını sağlamak gösterilmektedir⁵⁰.

Sözleşme kapsamında “kadınlara karşı ayırım” terimi açıklığa kavuşturulmuş, sözleşmenin 1. maddesi ile kadınlara karşı ayırımın; “...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 anlamına geldiği” hükme bağlanmıştır.

Bununla birlikte sözleşmenin 2/a maddesi ile sözleşmeye taraf devletlerin anayasalarında ve diğer ilgili mevzuatlarında kadın erkek eşitliği prensibini içselleştirmeleri ve bunun uygulanmasını sağlamalarını bir yükümlülük olarak hükme bağlamıştır. Ayrıca sözleşme, 2/b bendi ile sözleşmeye taraf olan devletleri, “kadınlara

⁴⁸ BÖRÜ, s. 50; ÇAYIR, s.8-10.

⁴⁹ DİNÇKOL, s. 108.

⁵⁰ ÇAYIR, s. 10-11.

karşı her türlü ayrımcılığı yasaklayan ve gerektiği takdirde yaptırımlar getiren gerekli mevzuatı çıkarmak ve diğer tedbirleri almak” ile yükümlü kılınmıştır.

Olumlu ayrımcılık hallerine ilişkin düzenlemeyi içeren ‘Geçici olarak alınan özel önlemler’ başlıklı 4. madde ile kanun önünde eşitlik ilkesinin yanı sıra kadın erkek eşitliğinin fiilen gerçekleşmesini sağlamak adına devletlerin aldığı geçici tedbirlerin, ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiş, ancak bu tedbirlerin hiçbir şekilde eşitlikçi olmayan veya farklı türden standartların sürdürülmesi sonucunu doğuramayacağı; fırsat ve muamele eşitliğinin sağlanması halinde bu tedbirlerin uygulanmasına son verileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca olumlu ayrımcılığa ilişkin olarak aynı madde ile anneliği korumak amacıyla sözleşme kapsamındaki tedbirler de dâhil olmak üzere sözleşmeye taraf olan devletlerin aldığı bütün özel tedbirlerin ayrımcılık şeklinde görülemeyeceği vurgulanmıştır⁵¹.

Kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesini sağlamak amacıyla, taraf devletin yalnızca mevzuat bünyesinde değişiklik yapması sözleşme hükümleri bakımından yeterli görülmemiş, mevzuatta yapılacak değişikliklerin yanı sıra ayrıca sözleşmenin 5. maddesiyle örf adet ve gelenek göreneklerin de tasfiye edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵². ‘Önyargıların ve geleneklerin tasfiye edilmesi’ başlıklı bu madde ile taraf devletler, “*Her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkekler ile kadınların basmakalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve gelenekler ile her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek; ailede verilen eğitimin, toplumsal bir işlev olarak anneliğin gerektiği şekilde anlaşılmasını ve çocuğun büyütülmesinde ve yetiştirilmesinde erkeklerin ve kadınların ortak sorumluluğunun kabul edilmesini, yani çocuğun menfaatlerinin her durumda öncelik taşıdığını de içermesini sağlamak*” ile yükümlü kılınmıştır.

Sözleşmenin ‘Çalışma Hakkı’ başlıklı 11. maddesi taraf devletler; istihdam alanında kadın ve erkekler arasında eşitliği sağlamak amacıyla; çalışma hakkı aynı istihdam imkanlarından yararlanma hakkı, mesleğini ve işini serbestçe seçme hakkı, meslekte ilerleme hakkı, iş güvenliğine sahip olma ve hizmet karşılığı imkanlardan ve menfaatlerden yararlanma hakkı ile, çıraklık eğitimi, ileri düzeyde mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi gibi mesleki eğitim ve yenileme eğitimi alma hakkı, tazminatlar da dahil

⁵¹ DİNÇKOL, s. 108.

⁵² YILDIZ, s. 37-38.

eşit ücret alma, ve eşit değerde yapılan işe karşı eşit muamele görme ile birlikte işin niteliğinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkı, özellikle emeklilik, işsizlik, hastalık, malullük, yaşlılık ve diğer iş göremezlik gibi hallerde sosyal güvenlik hakkı ile birlikte ücretli izin hakkı, sağlığın korunması ve doğurganlık yeteneğinin korunması da dahil, çalışma şartlarında güvenlik hakkını kadınlara da sağlamakla yükümlüdür.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşmeye İlişkin Seçmeli Ek Protokol ise Birleşmiş Milletler tarafından 1999 yılında kabul edilmiştir. Protokol, Türkiye tarafından 2000 yılında imzalanmış, 2002 yılında kanun ile onaylanarak 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Ek Protokol, “Önlenmesi” ibaresi yerine “Tasfiye Edilmesi” ibaresine yer vererek amacını ortaya koymaktadır⁵³. Protokolün amacı, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ni kabul eden devletlerin, taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak ve sözleşme kapsamında yer alan hakları güvence altına almaktır⁵⁴.

Protokol ile “kişisel başvuru hakkı” ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin “inceleme yetkisi” ile kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi bakımından iki yeni araç kadınların kullanımına sunulmuştur. Sözleşme kapsamında yer alan hakların ihlali halinde kadınlar tarafından doğrudan kişisel başvuru hakkının kullanılması, ancak taraf devletlerin ulusal yargı yollarının tamamının tüketilmiş olması şartına bağlanmıştır. Ancak, iç hukuk yollarında makul sürenin aşılması ve etkili sonuç alma ihtimalinin olmaması bu kuralın dışındadır. Ayrıca taraf devletlerin sözleşme kapsamında yer alan hakları ihlal etmesi halinde Komite tarafından taraf devlet aleyhinde inceleme başlatılabilmektedir⁵⁵.

§5. AVRUPA KONSEYİ BELGELERİ

Londra Anlaşması kapsamında on üye ülkenin katılımıyla 5 Mayıs 1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi’nin kuruluşundan üç ay sonra Konseye davet edilen Türkiye, Avrupa Konseyi’nin kurucu üyeleri arasında yer almıştır. Avrupa Konseyi, savunmaya

⁵³ DİNÇKOL, s. 109.

⁵⁴ BİLİR, s. 31-32; YÜKSEL, s. 45-46.

⁵⁵ DİNÇKOL, s. 109; ÇAYIR, s. 15.

ilişkin konular dışında, siyasi işbirliği oluşturma, kurallar meydana getirme ve bu kuralların denetlenmesi gibi görevleri bünyesinde barındırmaktadır.⁵⁶

Konsey, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacıyla, bu hak ve özgürlüklere uymayan devletlerin Konseyden çıkarılması yolunu öngörmüştür⁵⁷. Bununla birlikte, sözleşme kapsamında yer alan hakları ihlal edilen kişiler, Avrupa Konseyi bünyesinde yer alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmektedir. Ülkemiz tarafından 1990 yılında AİHM'nin yargı yetkisinin kabul edilmesiyle, Türk vatandaşları da AİHM yargı yoluna başvurma imkânına sahip olmuştur⁵⁸.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 3 Eylül 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından, 1954 yılında onaylanan sözleşme, 10 Mart 1954 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁵⁹. Sözleşme, halen bünyesine eklenen ek protokollerle geliştirilmekte ve bu doğrultuda eksikliklerinin giderilmesi için çalışılmaktadır⁶⁰.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan hakları alanında mevcut olan en gelişmiş ve en etkili sözleşme niteliğine sahip olmakta ve insan haklarının hukuki disiplin haline gelmesini sağlamakla birlikte, barışın ve adaletin, temel hak ve özgürlüklerin demokratik siyasi rejime ve insan hakları ortak anlayışına dayanmasını sağlamayı amaçlamaktadır⁶¹. Bu amaç doğrultusunda, Sözleşmenin 'Ayrımcılık yasağı' başlıklı 14. maddesi, "*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*" demektedir. Madde hükmü, kindşilerin maruz kaldığı farklı muamelelerin nesnel ve makul bir nedene dayanmaması hali ayrımcılık olarak

⁵⁶ [http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi .tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi.tr.mfa), (e.t. 09.04.2018).

⁵⁷ ÖZDAMAR, s. 156.

⁵⁸ MOROĞLU, s. 57.

⁵⁹ YÜKSEL, s. 58-59; BİLİR, s.44; ATA, s. 67

⁶⁰ ÖZDAMAR, s. 157.

⁶¹ ÖZDAMAR, s. 157; Pir Ali KAYA, *Eşitlik İlkesi*, s. 69; YÜKSEL, s.59.

değerlendirilmekte, kişilerin farklı kimlikleri nedeniyle maruz kalabilecekleri her türlü ayrımcılığı yasaklanmaktadır⁶².

Madde hükmüne bakıldığında “...herhangi bir başka duruma dayalı...” ifadesi dikkat çekmektedir. Hükümden anlaşılacağı üzere, ayrımcılık nedenleri sınırlı değildir. Bu nedenle devletlerin yükümlülükleri madde kapsamı ile sınırlı olmayıp, mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere madde hükmü geniş yorumlanmaktadır⁶³.

14. madde hükmünün temel hak olarak değerlendirilmemesi nedeniyle, kadın erkek arasında ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde kadınlar bu madde hükmünü ileri sürerek bireysel başvuru yoluna gidememektedir. Bunun nedeni ‘Ayrımcılık yasağı’ başlıklı 14. maddenin bağımsız olarak uygulanabilme özelliğine sahip olmamasıdır. Kadın erkek eşitsizliğinin başvuru konusu yapılabilmesi, ancak sözleşme bünyesinde yer alan diğer temel haklarla birlikte mümkün olmaktadır⁶⁴. Bu nedenle Avrupa Konseyi İnsan Hakları Direktörlüğü’ne bağlı Kadın Erkek Eşitliği Komisyonu tarafından “Ek Protokol” adını taşıyan rapor hazırlanarak, kadın erkek eşitliğinin temel hak olarak düzenlenmesi öngörülmüştür⁶⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinin genişletilmesi amacıyla, Avrupa Konseyi’ne üye devletler tarafından, 26 Haziran 2000 tarihinde, genel ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 No’lu Protokol kabul edilmiştir⁶⁶. Türkiye Protokol’ü 2001 yılında imzalamasına rağmen, henüz onaylamamıştır.

Protokolün giriş bölümünde, Avrupa Konseyi’ne üye olan devletlerin amaçları arasında, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu kabul ettikleri, herkesin hukuk korumasından eşit olarak faydalanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Protokolün 1. maddesine göre, “*Yasayla tanınan herhangi bir haktan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da başka görüş; ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık olmaksızın güvence altına alınacaktır.*”

⁶² Pir Ali KAYA, s 71; MARDUÇ, s. 55-56.

⁶³ MARDUÇ, s. 56-58; KAYA, s. 62.

⁶⁴ SUR, s. 34; ATA, s. 56.

⁶⁵ YÜKSEL, s. 59.

⁶⁶ KAYA, s. 63.

“Hiç kimse, herhangi bir kamu makamı tarafından 1. fıkrada belirtilen herhangi bir temelde ayrımcılığa tabi tutulmayacaktır.”

12 No’lu Protokol için hazırlanan ‘Açıklayıcı Rapor’a göre, her ne kadar 14. madde kapsamında eşitlik ilkesine yer verilmese de eşitlik ilkesi ile ayrımcılık kavramlarının iç içe geçtiği belirtilmiş, eşitlik ilkesi gereğince eşit durumda olanlara eşit, eşit olmayanlara ise farklılıkları oranında farklı muamele edilmesi gerektiği ifadesine yer verilmiştir⁶⁷.

II. AVRUPA SOSYAL ŞARTI VE GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA SOSYAL ŞARTI

Avrupa Konseyine üye devletler tarafından kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni sosyal ve ekonomik hakları konusunda tamamlayan bir sözleşmedir⁶⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile düzenleme konusu yapılmayan hususlar, 1961 yılında kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı ile bir liste halinde düzenlenmiştir⁶⁹. Türkiye ise 16 Haziran 1989 tarihli Kanun ile Avrupa Sosyal Şartının onaylanması uygun bularak, 7 Ağustos 1989’da onaylanmasını kararlaştırılmıştır⁷⁰. Ancak Türkiye sözleşmeyi pek çok maddeye çekince koyarak kabul etmiştir⁷¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile birinci kuşak haklar olan, yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, hürriyet ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı gibi temel haklar düzenleme konusu yapılırken; Avrupa Sosyal Şartı ile ikinci kuşak haklar olarak sayılan sosyal ve ekonomik hakları kapsamında, çalışma hakkı, örgütlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, adil ücret hakkı gibi haklar düzenleme konusu yapılmıştır⁷². Sözleşmenin başlangıç bölümüne göre, “hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya ulusal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği” ifadesine yer verilmiştir⁷³.

Avrupa Sosyal Şartı’nın kabulünden sonra temel haklarda yaşanan değişimler göz önüne alınarak, güncelleştirilmesi gerektiğinde, kapsamına yeni hakların eklenmesi

⁶⁷ BİLİR, s. 46; MARDUÇ, s. 56.

⁶⁸ DİNÇKOL, s. 107; ÖZDAMAR, s. 174.

⁶⁹ YÜKSEL, s. 58-59.

⁷⁰ SARMIŞ/ŞAHİN, s. 25.

⁷¹ Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye tarafından, 2,3,6,8,15. maddeleri ve 4. maddenin 1,2,4. Fıkraları ile 7. maddenin 1,2,7,10. fıkralarına çekinceler konularak onaylamıştır. Detaylı bilgi için bkz. SARMIŞ/ŞAHİN, s. 32-33.

⁷² SARMIŞ/ŞAHİN, s. 25-26.

⁷³ YÜKSEL, s. 60; YILDIZ, s. 45.

düşüncesi nedeniyle 3 Mayıs 1996 tarihinde yeniden düzenleme yapıldıktan sonra kabul edilmiş ve “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” adı altında 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını, 6 Ekim 2004 tarihinde imzalayarak 9 Nisan 2007 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlamıştır⁷⁴.

Ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme, I. Bölümde yer alan 20. maddede de yer almaktadır. Madde hükmüne göre, Sözleşmeye taraf olan devletler, “*istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, bu hakkı tanımayı ve bunun aşağıdaki alanlarda uygulanmasını sağlamak ve teşvik etmek için uygun önlemler almayı taahhüt ederler*” denilmekte ve sözleşme kapsamında belirtilen uygun önlemler olarak “*işe giriş, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilme; mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon; istihdam koşulları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları, yükselmeyi de kapsayan meslekte ilerleme*” durumları sayılmaktadır.

Sözleşmenin II. Bölümünde yer alan ‘Çalışma Hakkı’ başlıklı 1. madde hükmü, Sözleşmeye taraf olan devlerin çalışma hakkının etkili kullanımı sağlamak için; tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklardan saymayı, çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını korumayı, tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi, uygun mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik edeceklerini düzenleme konusu yapmıştır. Bununla birlikte aynı bölümde yer alan 4. madde ile taraf devletlerin, adil bir ücret hakkını sağlamak adına buldukları taahhütler hükme bağlanmıştır.

Cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine yönelik önemli bir düzenleme olan ‘Çalışan kadınların analığının korunması’ başlıklı 8. madde hükmüne göre, sözleşmeye taraf devletler çalışan kadınların analığının korunması hakkını etkin bir şekilde kullanmalarını sağlamak için; kadınlara doğumdan önce ve sonra toplam 14 hafta ücretli izin vermekle yükümlü kılınmıştır. Ayrıca hamile kadının, hamilelik durumunu işverene bildirmesi halinde, kadın işçinin bu durumdan ötürü işinin sonlandırılmasına yönelik uygulamaların

⁷⁴ YILDIZ, s. 45-46.

taraf devletlerce geçersiz sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, kadınlara emzirme dönemlerinde yeterli süre işe ara verme hakkı tanınmış ve devletler, emziren kadınların gece çalışmalarına dair düzenleme yapmakla yükümlü kılınmıştır. Aynı madde hükmü son olarak, taraf devletleri; hamile, yeni doğum yapmış, çocuklarını emzirme dönemindeki kadınlara yönelik olarak, yeraltı madenlerinde, tehlikeli, sağlığa zararlı ya da ağır nitelikleri nedeniyle uygun olmayan diğer işlerde çalıştırılmalarını yasaklamayı ve bunların çalışma haklarını korumaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlü kılmıştır.

Bununla birlikte sözleşmenin VI. Bölümünde 'Ayrımcılık yasağı' düzenlenmiş, düzenleme kapsamında yer alan haklardan yararlanmanın; 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 hiç bir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacağı hükme bağlanmıştır.

§6. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ BELGELERİ

Uluslararası Çalışma Örgütü, Milletler Cemiyetine bağlı olarak 1919 yılında Versay Anlaşması ile kurulmuştur. Türkiye Örgüt'e 1932 yılında katılarak, 2001 yılına kadar Örgüt tarafından düzenlenen 185 sözleşmeden 56 tanesini onaylamıştır.

Örgütün kurucu anlaşması niteliğinde olan Versay Anlaşması bünyesinde ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Versay Anlaşması'nın madde 427/f.3-7 hükmünde cinsiyet ayrımı yapılmaksızın eşit değerde işe eşit ücret verilmesi gerektiği düzenleme konusu yapılmış, aynı madde hükmü daha sonra Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasındaki Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşme kapsamında genişletilerek yeniden düzenleme konusu yapılmıştır⁷⁵.

1944 yılında toplanan Uluslararası Çalışma Konferansı'nda kabul edilen ve Çalışma Örgütü'nün Anayasası'na eklenen "Filadelfiya Bildirisi" ile örgütün amaçları ve çalışma konuları genişletilmiş, özellikle çalışanların ücretlerine ilişkin önemli düzenlemelere yer verilmiştir⁷⁶.

⁷⁵ <https://statik.iskur.gov.tr/tr/kurumumuz/mevzuat/ilo1.htm> , (e.t. 10.04.2018).

<https://www.csgeb.gov.tr/uiqm/contents/genel-bilgiler/ilo/> (e.t. 10.04.2018).

⁷⁶ <https://www.csgeb.gov.tr/uiqm/contents/genel-bilgiler/ilo/> (e.t. 10.04.2018).

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün en önemli özelliği, Uluslararası Çalışma Konferansları kapsamında belirlenen standartla çerçevesindeki Sözleşmeler ve Tavsiye kararlarının, üçlü bir yapı olan işçi işveren ve hükümet tarafından kabul edilmesidir. Üçlü yapı tarafından kabul edilen sözleşmeler, üye devletlerin yasama organları tarafından kabul edilmekle birlikte bağlayıcı nitelik taşımaktadır⁷⁷. Tavsiye kararları ise genellikle sözleşmeleri tamamlayıcı ve açıklayıcı nitelikte düzenlemeler içermekte ve gelecekte hazırlanacak sözleşmeler için de ortam hazırlanmasını sağlamaktadır⁷⁸.

I. EŞDEĞERDE İŞ İÇİN ERKEK VE KADIN İŞÇİLER ARASINDAKİ ÜCRET EŞİTLİĞİ HAKKINDA 100 SAYILI SÖZLEŞME

6 Haziran 1951 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen Eşdeğerde İş İçin Erkek Ve Kadın İşçiler Arasındaki Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 13 Aralık 1966 tarihinde kabul edilerek 22 Aralık 1966 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir⁷⁹.

Eşdeğerde İş İçin Erkek Ve Kadın İşçiler Arasındaki Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşme kapsamında kadın ile erkek işçiler arasında fark gözetilmeksizin, ücret eşitliği ilkesi ortaya koyulmakta, Sözleşme bünyesinde, "ücret" ve "eşit ücret" kavramlarının tanımına yer verilmekle birlikte eşit işin yapılmasına yönelik objektif kıstaslardan da bahsedilmektedir⁸⁰.

Sözleşmenin 1. maddesine göre "ücret" deyimini, işçinin çalıştırılması nedeniyle işverenin işçiye nakdi veya ayni olarak, doğrudan veya bilvasıta ödediği; normal, kök veya asgari ücret veya aylıkla sağlanan bütün diğer menfaatleri içine alan bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, "*eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği*" deyiminin, cinsiyetler arasında ayırım gözetmeksizin tespit edilen ücret hadlerini ifade ettiği belirtilmektedir.

Sözleşmenin 2. madde hükmü ile üye devletler, ücret hadlerinin tespit edilmesinde, yürürlükte buldukları usullere uygun olarak, eşit değerde iş için kadın ve erkek işçiler

⁷⁷SOYSAL, s. 14-15.

⁷⁸KAYA, 37.

⁷⁹<http://mts.org.tr/mevzuat/13822/esit-degerde-is-icin-erkek-ve-kadin-isciler-arasinda-ucrer-esitligi-hakkinda-100-sayili-sozlesme> (e.t. 10.04.2018)

⁸⁰Pir Ali Kaya, *Eşitlik İlkesi*, s. 38-39.

arasındaki ücret eşitliği prensibini teşvik etmek adına, bu prensiplerin tüm işçilere uygulanmasını sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Bahsedilen prensiplerin, milli mevzuat, mevzuat ile kurulan veya tanınan herhangi bir ücret tespit düzeni, işverenler ile işçiler arasında yapılan toplu sözleşmeler ve bu usullerin birleştirilmesi suretiyle üye devletler tarafından uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bununla birlikte 3. madde ile eşit değerde işin tespiti edilmesi bakımından, işlerin objektif şekilde değerlendirilmesi için teşvik edici önlemlerin alınması, bu değerlendirmelerin yapılma şekli ve ücret hadlerinin tespitinin yetkili makamlar tarafından veya toplu sözleşme tarafları ile yapılması gerektiği belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında, objektif değerlendirmenin sonucunda belirlenen farklı işlere farklı ücret verilmesinin eşit değerde iş için kadın ve erkek işçiler arasındaki eşit ücret ilkesine aykırı olmayacağı hükme bağlanmıştır.

Sözleşme 4. maddesinde; sözleşmeyi kabul eden her üye devletin, sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlamak adına ilgili işveren ve işçi kuruluşları ile uygun yollardan işbirliği yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından, 100 Sayılı Sözleşmeye istinaden 1951 yılında kabul edilen 90 Sayılı Tavsiye Kararı da kadın ve erkek işçiler arasındaki eşit değerdeki iş için eşit ücret ödenmesi ilkesinin hayata geçirilmesi ve uygulanması için gereken önlemlerin alınmasına üye devletleri teşvik etmektedir⁸¹.

Bu kapsamda, 90 Sayılı Tavsiye Kararı'nın 1. maddesiyle hem kamu sektöründe hem de özel sektörde kadın ve erkeklere eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesi adına işçi sendikalarının da görüşüne başvurulduktan sonra gerekli tedbirlerin alınması gerektiği konusuna vurgu yapılmış, 5. maddesiyle ise iş analizleri veya diğer metodlarla iş değerlendirmesi yapılırken cinsiyet ayrımcılığı yapılmadan sınıflandırılmaların yapılması gerektiği belirtilerek iş değerlendirmesinde işçi ve işveren sendikalarıyla birlikte hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tavsiye Kararının 6. maddesinde ise eşit değerde eşit ücret ödenmesi ilkesinin hayata geçirilmesi için, mesleki eğitim, mesleki yönlendirme ve rehberlik konularında kadınlara da erkeklere benzer kolaylıkların sağlanması gerektiği belirtilmiş, kadınların aile

⁸¹ YÜKSEL, s. 49.

sorumluluklarının da olduğu göz önünde bulundurularak bu konuda kadınlara sosyal yardımların yapılması gerektiği konusu hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte aynı madde kapsamında sosyal yardımların sağlanması adına fon oluşturulması, fonun kaynağının, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın kadın ve erkek işçilerden tahsil edilen paralardan oluşacağı hükme bağlanmıştır⁸².

II. İŞ VE MESLEK BAKIMINDAN AYRIMCILIK HAKKINDA 111 SAYILI SÖZLEŞME

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 4 Haziran 1958 tarihinde kabul edilen İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 Sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 1967 tarihinde onaylanmış, aynı yıl 22 Eylül 1967 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak kabul edilmiştir⁸³.

Sözleşmenin giriş kısmında, Filadelfiya Beyannamesi ile ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, bütün insanların, hürriyet, şeref, ekonomik, güvenlik ve eşit imkan şartları içinde kendi maddi refah ve manevi gelişmelerini gözetme haklarının teyit edildiği, ve ayrımın, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde belirtilen hakları ihlâl ettiği belirtilmiştir. Bu kapsamda 111 No’lu Sözleşme ile teyidin yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.

111 Sayılı Sözleşme, ilk maddesi ile “ayırım” deyimini tanımlamaktadır. 1. madde hükmüne göre “ayırım” deyimini, “ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı; ilgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tesbit 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 tutmayı ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. 1. maddenin ikinci bendinde, belirli bir iş için, işin gereği olmak üzere yapılan herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı veya üstün tutma hallerinin ayırım sayılmayacağı belirtilmiştir. Üçüncü bentte ise “iş” ve “meslek” terimlerinin mesleki eğitime, bir işe ve çeşitli mesleklere girmeyi ve çalışma şartlarını da kapsadığı

⁸² YÜKSEL, s.49; BİLİR, s. 34-35.

⁸³ http://mts.org.tr/mevzuat/13806/is_ve_meslek_bakimindan_ayrim_hakkinda_111_sayili_sozlesme (e.t. 10.04.2018)

belirtilmiştir. Üçüncü bentte yer alan hükümden de anlaşılacağı üzere, mesleki eğitime giriş sürecinde söz konusu olan ayrımcılıklar yalnızca bu aşamada değil, ilerleyen süreçte de istihdam alanında olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Bu bakımdan madde hükmüyle olumsuz sonuçların bu şekilde önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁸⁴.

Sözleşmenin 2. maddesinde sözleşmeye taraf olan devletlere birtakım sorumluluklar yüklenmiş, üye devletlerin 111 Sayılı Sözleşme kapsamında yer alan düzenlemeler gereğince, ulusal mevzuatlarına uygun olarak, her türlü ayrımı ortadan kaldırmak adına iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği sağlamak üzere milli bir politika belirlemek ve bu politikayı uygulamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Bu madde ile bağlantılı olan 3. madde hükmüyle, 2. madde ile belirtilmiş olan, üye devletlerin uygulamakla yükümlü oldukları politikaları hayata geçirmeleri adına izleyecekleri yollar belirtilmiştir. 3. maddeye göre, üye devletler ulusal mevzuatlarına uygun olarak, uygulamayı taahhüt ettikleri politikaların gerçekleştirilmesi için, işçi ve işveren teşekküllerinin işbirliği içinde olmasını sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Politikaların uygulanması adına yasal düzenlemeler oluşturmak ve eğitim programları düzenlemekle yükümlü tutulan üye devletler, ayrıca çelişen yasa hükümlerini de yürürlükten kaldırmayı taahhüt etmektedir.

Sözleşmenin 5/1 maddesinde, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen sözleşme ve tavsiye kararları ile kabul edilen özel koruma ve yardım tedbirlerinin ayırım olarak değerlendirilemeyeceği belirtilerek; 5/2 hükmünde ise *“herhangi bir üye, varsa temsilci, işveren ve işçi teşekkülleriyle yapılacak görüşmeden sonra cinsiyet, yaş, sakatlık, aile sorumlulukları veya sosyal ve kültürel durumları dolayısıyla, özel şekilde korunma veya yardım ihtiyacında oldukları genel olarak kabul edilmiş bulunan kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak amacını güden özel tedbirlerin ayırım sayılmayacağı”* kabul edilmiştir.

İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 Sayılı Sözleşme'nin aynı konuları düzenleyen Tavsiye Kararı'nda, işe ve mesleğe girişte ve mesleki eğitimde, çalışma şartlarında kadın ve erkekler arasında cinsiyet esas alınmak suretiyle ayrıcalık yaratma, kayırma, hariç tutma ve mağdur etmeye yönelik davranışların eşitliği ortadan kaldıracığı belirtilerek, bu tür davranışların ayrımcılık olarak değerlendireceği; işin

⁸⁴ YILDIZ, s. 40.

özelliğinden kaynaklanan nedenlerle bir cinsi ayrı tutmanın ise ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır⁸⁵.

§7. AVRUPA BİRLİĞİ TARAFINDAN KABUL EDİLEN SÖZLEŞMELER

1951 yılında kurulan Avrupa Kömür Çelik Topluluğu⁸⁶ ve bu topluluğa üye olan aynı devletlerin, 1957 yılında Roma Antlaşmasına dayanarak oluşturduğu Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu, 1993 yılında imzalanan Maastricht Anlaşması ile Avrupa Birliği adı altında tek çatı haline gelmiştir. Ancak günümüzde, Avrupa Birliği kurulduğu dönemdeki yetkileri aşan bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa Birliği'ne üye devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını Birliğe devretmesiyle, devredilen yetkilerle sınırlı olmak üzere, Birlik yasama gücüne sahip olmuştur. Birlik sahip olduğu yetkileri, sözleşmeyle sınırlı olarak kullanabilmektedir⁸⁷.

Üye devletlerin sahip oldukları hukuktan bağımsız olarak Avrupa Birliği Hukuku kendi yargı organlarına ve kural koyma yetkisine sahip bulunmakta ve üye devletler ile bu devletlerin vatandaşları Birlik kurallarına tabi bulunmaktadır. Avrupa Birliği bünyesinde yer alan karar alma organı, Avrupa Birliği Konseyi olarak adlandırılırken, Avrupa Komisyonu ise hukuki düzenlemeleri yapan Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Birliği Konseyi'nin kararlarını uygulayan bir organ konumundadır. Avrupa Parlamentosu ise Komisyon'a bilgi veren ve hukuki düzenlemelere dair verilen teklifleri değerlendiren bir organdır. Ayrıca Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Birliği Hukuku ve kurucu antlaşmaları yorumlama yetkisine sahiptir⁸⁸.

I. ROMA ANTLAŞMASI

Roma Antlaşması, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurulmasına ilişkin olarak, 25 Temmuz 1957 tarihinde imzalanmıştır⁸⁹.

Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nın 119. maddesi, kadın ve erkek çalışanlara eşit iş için eşit ücret verilmesine ilişkin düzenlemeyi içermektedir. Maddenin

⁸⁵ YÜKSEL, s. 47-48.

⁸⁶ Avrupa Kömür Çelik Topluluğu, Fransa, Almanya, Belçika, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda'nın bir araya gelmesiyle oluşmuştur.

⁸⁷ KARAN, *Eşitlik Kurumları*, s. 27-28.

⁸⁸ KARAN, *Eşitlik Kurumları*, s. 28.

⁸⁹ MOROĞLU, s.100.

ikinci fıkrasında ise “ücret” deyiminin tanımına yer verilmiştir. Madde kapsamında yer alan düzenlemeye göre ücret deyimi, işçinin yaptığı iş karşılığında doğrudan veya dolaylı olarak ister nakdi ister ayni olarak işverenden aldığı temel veya asgari ücret ya da maaş ve herhangi bir bedel anlamına gelmektedir. Aynı fıkra ile cinsiyet farkı gözetilmeksizin eşit ücret ödenmesi; para başına göre ücreti ödenen aynı iş için yapılacak ödemelerde aynı ölçü biriminin esas alınması, ayrıca zaman esasına göre çalışma halinde, aynı iş için yapılan ödemenin aynı olması esasına dayanmaktadır⁹⁰.

Antlaşma bünyesinde yer alan 119. maddeye açıklık getirilmesi amacıyla, 10 Şubat 1975 tarihinde Avrupa Birliği tarafından 117 Sayılı Ücrette Eşitlik Yönergesi kabul edilmiştir. Yönergenin 1. maddesine göre, eşit iş ya da eşit değer verilen işçilere ödenecek ücretlerin tüm ekleri ve koşullarına ilişkin olarak cinsiyete dayalı ayrımcılık hallerinin ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte Yönerge kapsamında, toplu iş sözleşmelerinde kadın ve erkek işçiler için farklı değerlendirmelerle getirilen farklı ücret sistemlerinin uygulanması yasaklanmış ve işçilerin farklı işlemlere tabi tutulması nedeniyle yargıya başvurulmaları durumunda, işveren tarafından işten çıkarılmalarının önüne geçilmesi adına gereken tedbirlerin alınması ve ücret eşitliğine aykırı işlemlerin kaldırılması için taraf devletlere yükümlülükler getirilmiştir⁹¹.

II. AMSTERDAM ANTLAŞMASI

2 Ekim 1997 tarihinde imzalanarak 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile Roma Antlaşmasının 119. maddesinde yer alan, kadın ve erkek çalışanlara eşit iş için eşit ücret ödenmesine ilişkin hükmün madde numarası 141 olarak değiştirilmiş, eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesi hususu yeniden düzenlenme konusu yapılmıştır. Bununla birlikte 141. madde kapsamında fırsat eşitliği ve eşit ücret uygulanmasının sağlanması adına alınacak önlemlere de yer verilmiştir⁹².

141. madde ile 119. madde hükmünde yer almayan 3. ve 4. fıkralar eklenmiştir. 3. fıkra ile Konseyin yalnızca ücret alanında değil, ayrıca genel olarak kadın erkek eşitliği alanında da faaliyet göstermesi bakımından yetkili olduğu belirtilmiş; 4. fıkrayla ise, kadın

⁹⁰ Maddeler için bkz. Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar(AKÇT, AET, AAET), Avrupa Topluluğu İle İlişkiler Genel Müdürlüğü, Cilt I, 1993, s. 93.

⁹¹ SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 233.

⁹² SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 233.

ve erkek çalışanlar arasında fırsat eşitliğinin tam olarak sağlanabilmesi için daha az temsil olunan cinsin işe girmesinin kolaylaştırılması ve ayrımcı muamelelerin dengelenmesi adına üye devletlere yükümlülükler getirilmiştir⁹³.

III. AVRUPA BİRLİĞİNİN CİNSİYET AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN YÖNERGELERİ

1. Kadın Ve Erkeklere Eşit Ücret Uygulanmasına İlişkin Üye Ülke Kanunlarının Yakınlaştırılması Konusunda Yönerge

10 Şubat 1975 tarih ve 75/117/EC sayılı yönerge, kadın ve erkeklere eşit ücret uygulanması ile ilgili bir yönergenin hazırlanmasını öngören Sosyal Eylem Planı doğrultusunda çıkarılmıştır. Sosyal alanda çıkarılan ilk yönerge olma özelliğini taşıyan bu düzenleme, kadın ve erkek işçilere eşit ücret prensiplerinin uygulanması bakımından zorunlu şartları içermektedir⁹⁴.

Yönerge kapsamında, Avrupa Topluluğu Anlaşmasınının 119. maddesinde düzenlenen, kadın ve erkek çalışanlara eşit iş için eşit ücret ödenmesi hususuna ilişkin hükümleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu kapsamda Yönergenin 1/1 hükmüyle “eşit iş için eşit ücret” kavramına yer verilmiş, bununla birlikte aynı madde hükmünde “eşit değerli iş için eşit ücret” kavramı da açıklanmıştır. Madde hükmüne göre, eşit veya eşit değerli iş için eşit ücret uygulanması, ücret kapsamına asli ücret ve diğer tüm ödemelerin dahil edilmesi ve ücretlendirilme şartlarında cinsiyete dayalı ayrımın ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Ücretin değerlendirilmesi sırasında, iş değerlendirilmesi sisteminin kullanılmaması halinde kadın ve erkek işçiler için aynı şartların kullanılması ve cinsiyete dayalı ayrımın ortadan kaldırılması gerekmektedir⁹⁵.

Yönergenin 2. maddesinde, sözleşmeye taraf olan devletlerin kendi ulusal mevzuatlarında, ücret eşitliğine aykırı muamelelerle karşılaşan çalışanların bireysel olarak başvuru yapabileceği yasal başvuru mekanizmalarını oluşturmaları gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte 3. madde hükmünde, sözleşmeye taraf devletlerin, ulusal mevzuatlarında yer alan ücret eşitliğine aykırı düzenlemeleri kaldırmakla yükümlü oldukları düzenleme konusu yapılmıştır. Bu düzenlemelere paralel olan 4. madde ise, taraf devletlerin gerek

⁹³ YÜKSEL, s. 72-73.

⁹⁴ SÜRAL, s. 85.

⁹⁵ YÜKSEL, s. 73; SÜRAL, s. 86.

toplular iş sözleşmelerinde gerek ücret skalaları ve ücret sözleşmelerinde yer alan ücret eşitliğine aykırı düzenlemeleri kaldıracak tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Ayrıca yine taraf devletler 5. maddede yer alan düzenlemeye göre, ücret eşitliğine aykırılık iddialarıyla yasal yollara başvuran çalışanların, işverenleri tarafından işten çıkarılmaları halinde, bu muamelelerin önlenmesi adına gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır⁹⁶.

2. İşe Başvuruda, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye, Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Yönergesi

9 Şubat 1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı yönerge, Avrupa Topluluğu kapsamında yer alan yönergeler bakımından çalışma hayatında kadın ve erkek çalışanlara eşit muamele edilmesi hakkında, taraf devletleri bağlayıcı düzenlemeler içermesi yönüyle diğer yönergelerden ayrılmaktadır⁹⁷.

Yönerge 1. maddesi ile taraf devletleri işe başvuru sırasında, işte yükselmeye, mesleki eğitim ve çalışma koşullarında eşit muamele ilkesini hayata geçirmekle yükümlü kılınmıştır. Madde 1/2 hükmüne göre Konsey, eşit muamele ilkesinin sosyal güvenlik alanında da uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür ve bu yükümlülüğü hayata geçirmek için gerekli düzenlemelerin yapılmasından sorumludur. Madde 2/1 kapsamında yer alan düzenlemede, eşit davranma ilkesinin kapsamı belirtilmiş, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık hallerinin eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil ettiği hükme bağlanmıştır. Madde 2/2 hükmünde ise hangi hallerin ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre, işin niteliği, mesleğin veya eğitimin konusu itibarıyla, cinsiyet vazgeçilmez bir nitelik veya koşul taşıyorsa, bu halde cinsiyet ayrımcılığı yapılması, eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. 2/3. maddeye göre, hamile kadınlar veya annelerin korunmasına ilişkin hükümlerin de eşit davranma ilkesine aykırı olmadığı, bunların eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler olduğu belirtilmiştir. 2/4 hükmüne göre, kadın erkek eşitliğinin sağlanması ve eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için kadınları destekleyen ve teşvik eden uygulamalar, eşit davranma ilkesine aykırı sayılmamaktadır.

3. madde hükmü ile üye devletler tarafından ulusal mevzuatlarında, hizmet akitlerinde, toplu iş sözleşmelerinde ve işyeri – işletme yönetmeliklerinde yer alan eşit

⁹⁶ YÜKSEL, s. 74.

⁹⁷ SÜRAL, s. 87.

davranma ilkesine aykırı düzenlemelerin geçersiz kılınacağı, değiştirileceği belirtilmektedir. 6. madde hükmüne göre ise taraf devletler eşit muamele ilkesinin ihlal edilmesi üzerine yetkili makamlara başvurulduktan sonra yasal prosedürü öngörmekle yükümlü kılınmıştır. Ayrıca 9. maddeye göre üye devletler, düzenli aralıklarla eşit davranma ilkesine aykırı olmayan istisna nitelikteki mesleklerin kapsamını denetlemekle ve haklı nedene dayanmayan ayrımcı muamelelerin varlığını incelemekle yükümlüdür.

3. Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeğin Eşit İşleme Tabi Tutulmasına İlişkin Yönerge

76/207/EC sayılı yönergenin kapsamını genişleten ve bu yönergenin madde 1/2 hükmü ile bağlantılı olan 79/7/EC sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeğin Eşit İşleme Tabi Tutulmasına İlişkin Yönerge, 19 Aralık 1978 tarihinde kabul edilmiştir⁹⁸.

Yönergenin 1. maddesinde taraf devletlerin zorunlu sosyal güvenlik sistemlerinde de eşit muamele ilkesinin uygulanmasının amaçlandığı belirtilmektedir. 2. madde hükmünde belirtildiği üzere Yönerge, *“hastalık, kaza veya istek dışı işsizlik nedenleriyle çalışmaya ara vermiş çalışanlar, emekli olan veya malul olan serbest çalışanlar dahil olmak üzere çalışan kesimleri kapsamaktadır”*. Madde hükmünde çocuğa bakmak amacıyla işten ayrılanların sayılmaması, yönergenin eleştirilmesine neden olmuştur⁹⁹.

3. madde ile yönergenin koruma kapsamına aldığı haller belirtilmiştir. Buna göre, hastalık, malullük, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, işsizlik durumları, madde metninde ‘risk’ olarak nitelendirilmiş ve sayılan risklere karşı yönergenin koruma sağladığı belirtilmiştir. 3/2. madde ise, yönergenin, ölüm yardımlarına sözü edilen riskler nedeniyle ödenmesi gereken yardımlara ek zamlar çerçevesinde sağlanan aile yardımları hariç, aile yardımlarını ilgilendiren yardımlara uygulanmayacağını hükme bağlamaktadır.

Yönergenin 4. maddesi ile *“sosyal güvenlik ve sosyal yardım planlarının kapsamında ve başvurulmasında, katkılı (primli) sistemde katkı (prim) yükümlülüğü ve katkıların (primlerin) hesaplanmasında, eş nedeniyle ve sigortalıya diğer bağımlılar nedeniyle yardımlarda artış öngörülmüşse artışlar dahil yardımların hesaplanmasında, yardımların süresinde ve yardımlara hak kazanılmasında doğrudan veya dolaylı olarak*

⁹⁸ Yönerge maddelerinin tamamı için bkz. *Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri*, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Ankara, 2014, s. 208-209.

⁹⁹ SÜRAL, s. 90-91.

cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması” öngörülmektedir. Devamında yer alan 5. madde hükmü ise üye devletlerin ulusal mevzuatta çelişen hükümleri kaldırmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Ayrıca 6. maddeye göre, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmesini önlemek adına üye devletler, yetkili makamlara başvurulduktan sonra izlenecek ve başvurulabilecek yasal prosedürü kabul etmekle yükümlü kılınmıştır¹⁰⁰.

7. madde hükmüne göre Yönerge, “*üye devletlerin, kadın eşin türemiş haklar çerçevesinde yaşlılık veya malüllük yardımlarından yararlanma haklarının sağlanmasını (7/1-c) ve geçindirilen kadın eş için; malüllük, yaşlılık, iş kazası veya meslek hastalığı ile ilgili uzun süreli yardımlara ek yardım sağlanmasını (7/1-d), bu direktifin kabulünden önce bir yasal rejim çerçevesinde haklardan yararlanmamak veya yükümlülükler altına girmemekle ilgili bir tercih hakkının kullanılmasından ileri gelen sonuçları, uygulama alanı dışında bırakma yetkisine engel olmaz (7/1-e)*”.

Yönergenin 9. maddesi ile taraf devletlere yönergenin uygulanması amacıyla 7 yıllık süre tanınmıştır. Sürenin uzun olmasının nedeni olarak, sosyal güvenlik sistemlerinin karmaşıklığı ve sistemlerin eşit muamele ilkesine uyarlanmasının uzun bir zaman gerektirmesi gösterilmektedir¹⁰¹.

4. Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine Dair Yönerge

Avrupa Komisyonu, çalışma ve aile hayatını bağdaştırmak adına UNICE¹⁰², CEEP¹⁰³ ve ETUC¹⁰⁴ ile yaptığı işbirliği ile Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesi’ni hazırlamıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için ise Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine ilişkin 03 Haziran 1996 tarihli ve 96/34/EC sayılı Yönerge çıkarılmıştır¹⁰⁵.

Yönerge’nin eki olan Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesi, amaç ve kapsam, ebeveyn izni, zorunlu nedenle işe gelmekten muaf olma ve son hükümler başlıklı toplam dört temel maddeden oluşmaktadır¹⁰⁶. Üye devletlerin ulusal mevzuatlarında yer alan hükümlere uygun olarak kabul edilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre çalışan tüm işçiler için

¹⁰⁰ SÜRAL, s. 91-92.

¹⁰¹ SÜRAL, s. 92.

¹⁰² Avrupa Sanayi ve İşveren Konfederasyonları Birliği, 2007 yılında adı değişerek Avrupa İşletmeler Konfederasyonu (BusinessEurope) olmuştur.

¹⁰³ Avrupa Kamu İşletmeleri ve Genel Ekonomik Yarar İşletmeleri Merkezi (The Center For Evaluation & Education Policy).

¹⁰⁴ Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu (European Trade Union Confederation).

¹⁰⁵ EKİN/ KAYIRGAN, s.1055.

¹⁰⁶ EKİN/KAYIRGAN, s. 1056.

Yönerge hükümleri geçerlidir. Çocuğun doğumu ya da evlat edinme halinde, ebeveynler ayrı ayrı izin alma hakkına sahiptir. Ebeveynlere ilişkin bu düzenlemelerin üye devletler tarafından kanun veya toplu iş sözleşmesi bünyesinde yer alan şartlar ile belirtilmesi gerekmektedir. Yine yönerge kapsamında, ebeveyn izni sona eren çalışanların eski işine geri dönme hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve eski işe geri dönmeyen mümkün olmaması halinde ise eşdeğer veya benzer iş ile istihdamın sağlanması gerektiği hükme bağlanmıştır¹⁰⁷.

5. Cinsiyet Temelinde Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne Dair Yönerge

97/80/EC sayılı yönerge, 15 Aralık 1997 tarihinde kabul edilmiştir. Yönergenin amacı eşit muamele ilkesinin hayata geçirilmesi adına, taraf devletler tarafından alınacak önlemlerin etkin hale getirilmesinin sağlanmasıdır¹⁰⁸.

Taraf devletler, eşit muamele ilkesinin hayata geçirmesini sağlamak amacıyla yönergenin 1. maddesi gereğince eşitsizliğe maruz kalan kişilerin yargı yoluna başvurmalarını sağlamak adına gereken önlemleri almakla yükümlüdür.

Yönergenin 2. maddesi doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımına yer vermektedir. Madde hükmüne göre, doğrudan ayrımcılık, bir kişinin cinsiyetine bağlı olarak başkasına oranla daha az tercih edilir şekilde davranışa maruz kalması, benzer bir durumla daha önce karşılaşmış veya karşılaşacak olması anlamına gelmekteyken; dolaylı ayrımcılık; tarafsız bir değerlendirmenin, kriterin veya pratiğin, geçerli bir amacı ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli araçları olmaksızın, bir cinsiyettekilerin çok daha yüksek oranını mağdur etmesi anlamına gelmektedir¹⁰⁹.

Yönerge kapsamında yer alan dolaylı ayrımcılığa ilişkin tanım 2002/73 sayılı yönerge ile değiştirilerek kabul edilmiştir. 2002/73 sayılı yönergeyi iptal eden 2006/54 sayılı yönerge ise yeni tanımı aynen bünyesine dâhil etmiştir¹¹⁰. 2006/54 sayılı yönergede yer alan dolaylı ayrımcılığa ilişkin tanımda; tarafsız olan hüküm, ölçüt ya da uygulamanın

¹⁰⁷ BİLİR, s. 56-57.

¹⁰⁸ KAYA, s. 245.

¹⁰⁹ SAYIN, s.103-104.

¹¹⁰ KAYA, s. 246.

“bir cinsiyettekilerin çok daha yüksek oranını mağdur etmesi” yerine “bir cinsiyettekilere kıyasla belirli bir mağduriyete uğratılmış olması” şartı aranmaktadır¹¹¹.

Yönergenin kapsamını belirten 3. madde hükmüne göre, bu yönerge, öncelikle Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 141. maddesi, 75/117 sayılı Yönerge, 76/207 sayılı Yönerge ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın varlığı koşuluyla, 92/85 sayılı Yönerge ile 96/34 sayılı Yönerge'nin kapsadığı durumlara uygulanmaktadır. Bu durumların varlığı halinde, ihtiyari nitelikte ya da ulusal mevzuatın sağladığı yargı dışı yöntemlerin dışında, ulusal hukuka göre başvurulabilecek kamu veya özel sektöre ait adli ve idari muhakeme uygulanmaktadır¹¹².

Madde 4/1 hükmüne göre taraf devletler, ulusal mevzuatlarına uygun olarak, kişilerin eşit muamele ilkesinin ihlaline neden oldukları durumlar nedeniyle yetkili makam ya da yargı yerlerine başvurmaları halinde, mahkemelere sunulan vakıaların doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa açık karine oluşturması durumunda, davalının eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispatlamasını sağlayacak gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Kural olarak ispat yükü davacıya ait bulunmaktadır. Ancak kendisine ayrımcılık yapıldığını iddia eden tarafın buna ait karineleri ortaya koyması halinde, ispat yükü karşı tarafa geçmektedir. Bu madde hükmü, önceki düzenlemelerin tersine ispat yükü bakımından önemli değişiklikler içermektedir. Yönergenin yürürlüğe girmesinden önce, ayrımcılığa ilişkin hallerde ispat yükü davacı tarafın üzerindeyken, bu durum ispata yarayan belgelerin işveren bünyesinde bulunması nedeniyle davacıyı zor duruma sokmaktadır. Taraf devletler bu kuralı, davanın dayandığı vakıaların yetkili makam veya yargı yerleri tarafından soruşturulduğu hallerde uygulamakla yükümlü değildir. Ayrıca bu yönerge, taraf devletlerin davacının daha lehine olan ispat kurallarını getirmelerine engel teşkil etmemektedir¹¹³.

6. İstihdamda Ve İşte Eşit İşlem İçin Genel Çerçeve Oluşturan Yönerge

27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78 sayılı yönerge çalışma hayatında kadın ve erkeklere eşit muamele edilmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir.

¹¹¹ KAYA, s. 246.

¹¹² SÜRAL, s. 100-101.

¹¹³ KAYA, s. 248.

Yönerge, yalnızca kadın ve erkeklere eşit muamele edilmesine yönelik değildir. Yönergenin 1. maddesine göre, istihdamda ve işte, din veya inanç, özürllük, yaş veya cinsel tercih temelindeki ayrımcı muamele için bu yönerge genel bir çerçeve çizmektedir. Yönerge kapsamında kadın ve erkeklere eşit muamele edilmesine yönelik düzenlemelerin bulunmamasının nedeni olarak, bu konuyu düzenleyen özel direktiflerin mevcut olması gösterilmektedir¹¹⁴.

Yönergenin konumuz bakımından önem arz eden 6. maddesi ile ulusal mevzuat kapsamında meşru istihdam politikası, meşru işgücü piyasası ve eğitim hedefleri gibi objektif ve makul haklı gerekçeye dayanıyorsa, amaç için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise üye devletlerin yaş nedeniyle yaptıkları farklı uygulamalar ayrımcılık olarak değerlendirilmeyecektir.

¹¹⁴ KAYA, s. 179-180; SÜRAL, s. 101-102.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

§8. TÜRK İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞININ HUKUKİ DAYANAKLARI

I. 1982 ANAYASASI'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER

1982 tarihli Anayasa'mızın 'Başlangıç' hükümlerinde, "*her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*" belirtilmek suretiyle eşitlik ilkesine vurgu yapılmaktadır¹¹⁵. Ayrıca 'Kanun önünde eşitlik' başlığını taşıyan 10/1. madde hükmü, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu belirtmekte, ayrıca 2. fıkras ile "*kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz*" demektedir. Madde hükmü ile klasik eşitlik anlayışı ve ayrımcılık yasağı bir arada düzenlenmiş, kadın ve erkeklerin hak eşitliği güvence altına alınmıştır¹¹⁶.

Madde hükmünde "*ve benzeri sebepler*" ibaresine yer vermek suretiyle, sayılan durumların sınırlı olmadığı gösterilmektedir. Ayrıca madde hükmü, hem devletin organlarının hem de özel kişilerin aralarındaki ilişkilerde dikey ve yatay olarak uygulanmakla birlikte, Anayasa'nın genel esaslarının bünyesinde yer alması nedeniyle, devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddenin gerekçesine bakıldığında da eşitlik ilkesinin, demokrasinin üç unsurundan birini oluşturduğu ve insanın doğuştan sahip olduğu bir hak olduğu belirtilmiş, bu kapsamda herhangi bir nedene dayanarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağı ve kanunların uygulanması bakımından insanlar arasında herhangi bir fark gözetilemeyeceği belirtilmiş bulunmaktadır¹¹⁷.

Anayasa ile düzenleme konusu yapılan eşitlik ilkesi temel bir hak olmakla birlikte tüm hukuk düzenine egemen olan genel bir hukuk ilkesi niteliği de taşımaktadır. Bu

¹¹⁵ SUR, s. 35.

¹¹⁶ YÜKSEL, s. 81.

¹¹⁷ SUR, s. 35; Pir Ali KAYA, s. 200.

niteliği itibariyle eşitlik ilkesinin Anayasa kapsamında yer almaması halinde dahi, doğuşu itibariyle yazılı hukuka ait olmaması nedeniyle yine de hukuk düzeninde geçerliliğini koruyacaktır¹¹⁸.

Anayasa'nın 10. maddesi, hem kanun koyucuları hem de kanun uygulayıcıları muhatap almaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, hem hukuk kurallarının şekillendirilmesinde hem de devlet düzeninin şekillenmesi sürecinde önemli bir konumda bulunmaktadır. Eşitlik ilkesi, hukuk devletinin gerektirdiği bir ilke olmakla birlikte, aynı zamanda özgür demokrasinin de temel şartı durumundadır. Eşitlik ilkesi, özgür demokrasinin şartı olması nedeniyle aynı zamanda idare makamları ve devlet organları açısından da bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Bu kapsamda 10. madde ile paralel bir hüküm olan 11/1. madde hükmüne göre, "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*". Madde hükmünden de görüleceği üzere, eşitlik ilkesi yalnızca bireylerin birbirine karşı olan ilişkilerinde değil, devletin bireylerle olan ilişkilerinde de koruma sağlamaktadır¹¹⁹.

Doktrinde, anayasal temel hakların özel hukuk ilişkileri bakımından bağlayıcı olmadığı ve özel hukuk ilişkilerinin söz konusu olduğu hallerde kişilerin temel hakları ileri süremeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle anayasal temel hakların yaptırım bakımından özel hukuk alanına etkisinden de söz edilememektedir. Söz konusu haklar ancak yorum yoluyla özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmektedir. Anayasa madde 10 hükmünde yer alan eşitlik ilkesi mutlak eşitlik anlayışına dayanmamaktadır. Farklı davranmanın gerektiği hallerin söz konusu olması halinde 10. madde hükmü, maddi eşitlik ilkesini öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından da nispi eşitlik ilkesinin uygulanması gerektiğine dair kararlar verilmektedir¹²⁰. Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda haklı ve akla uygun nedenlerin varlığı halinde benzer durumda olan kişilere farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesinin ihlal edilmesine neden olmamaktadır¹²¹.

Ayrıca Anayasa kapsamında yer alan eşitlik ilkesi, sosyal eşitlik kavramını da bünyesinde barındırmaktadır. Madde hükmü ile idari organlar eşitsizliği önlemekle

¹¹⁸TUNCAY, s.23.

¹¹⁹YÜKSEL, s. 82-83.

¹²⁰Anayasa madde 10 hükmünün mutlak eşitlik ilkesine dayanmadığı, madde hükmünde şekli eşitlik ilkesinin benimsendiği Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda kabul edilmektedir. Konuya I. Bölüm kapsamında yer alan 'Maddi Eşitlik' başlığı altında yer verilmiştir. Bknz. s. 8-10.

¹²¹TUNCAY, s. 21.

yükümlü kılındığı kadar, eşitliği sağlamak konusunda da yükümlüdür. Sosyal eşitlik ilkesi ile birlikte devlet, sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin giderilmesini sağlama sorumluluğu altındadır. Anayasanın 2. maddesi, *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir”* demek suretiyle sosyal eşitlik ilkesine işaret etmektedir. Bununla birlikte Anayasa 5. madde hükmü de *“Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”* demek suretiyle, bir kez daha sosyal eşitlik ilkesini vurgulamaktadır.

Ayrıca Sosyal Hak ve Ödevler başlıklı 3. Bölüm’de yer alan ‘Ailenin korunması ve çocuk hakları’ başlıklı 41. maddeye 3.10.2001 tarihli değişiklikle birlikte ilave yapılarak; *“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır”* hükmüne yer verilmiştir. Madde kapsamında, aile kavramına yer vererek ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu belirtmektedir. Devlet anne ve çocukların korunması adına gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. Madde hükmüne göre, kadınların neslin devamını sağlamak adına sahip oldukları biyolojik özellikleri nedeniyle mağdur edilmemeleri için devlet gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Söz konusu hüküm, kadınları cinsiyetleri nedeniyle kayırmayı değil, biyolojik farklılıkları nedeniyle korumayı amaçlamaktadır¹²².

Ayrıca madde 50 hükmünde, *“kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”* demek suretiyle kadın ve erkeklerin istihdama eşit katılımlarını sağlamak amacıyla devletin hak ve fırsat eşitliğini hayata geçirmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Eşitlik ilkesinin anlamının ve amacının desteklenmesine yönelik bir diğer madde ise ‘Çalışma Hak ve Ödevi’ başlıklı 49. madde hükmüdür. Madde hükmü, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğunu belirterek, Devletin çalışanların hayat seviyesini

¹²² ÖZDAMAR, s. 53.

yükseltmek, çalışma hayatının gelişmesini sağlamak, işsizleri korumak, çalışanları desteklemek, işsizliği önlemeye yönelik ekonomik ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak amacıyla gereken tedbirleri almakla yükümlü olduğunu düzenleme konusu yapmaktadır. Söz konusu madde ile istihdamın sağlanması adına kadın ve erkek işçiler arasında hak ve fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır¹²³.

Kadın ve erkek işçiler arasında hak ve fırsat eşitliğinin sağlanması amacıyla Anayasa'nın 55. maddesi, ücretin emeğin karşılığı olduğunu belirtmekte, Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gereken tedbirleri almakla yükümlü olduğunu hükme bağlamaktadır. Madde hükmünde yer alan "...adaletli bir ücret" ibaresi, 'eşit işe eşit ücret ödenmesi ilkesi'ni somut bir dayanak kapsamına dahil etmiş bulunmaktadır¹²⁴.

II. TÜRK İŞ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER

4857 sayılı İş Kanunu'nun 'Eşit davranma ilkesi' başlıklı 5. maddesinde, genel anlamda ayrımcılık yasaklarının yanında cinsiyetler arasındaki ayrımcılık halleri de düzenlenmiştir. Madde ile getirilen düzenlemenin amacı, işverenin haklı bir neden olmaksızın işçilere farklı davranmasının önlenmesi, haksız ayrımcılıkların engellenmesi; bununla birlikte haklı bir neden olması halinde aynı durumda olanlara farklı davranılmasına yasal dayanak oluşturmaktadır. Bu doğrultuda işçiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere ayırım yapılması yasakken; eğitim, kıdem, tecrübe vb. nedenlerle farklı davranışlar ayrımcılık yasağının ihlal edildiği anlamına gelmemektedir¹²⁵.

Kanunun 5/1. fıkrasında iş ilişkilerinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Devamında yer alan 2. fıkra hükmü ise, farklı sözleşme türlerine göre çalışan işçiler arasındaki ayrımcılığı yasaklamakta ve bu doğrultuda, işverenin, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamayacağını hükme bağlamaktadır. Madde hükmünde farklı sözleşme türlerine

¹²³ YÜKSEL, s. 89.

¹²⁴ YÜKSEL, s. 89-90.

¹²⁵ MANAV, s. 734.

göre ayrımcılık yasaklanmış olmasına rağmen, kanunun 12. maddesi belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerini; 13. maddesi ise kısmi ve tam süreli iş sözleşmelerini ayrımcılık konusu bakımından ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Bununla birlikte 5/3. hükmü konumuz açısından önemlilik arz etmekte ve cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılığı yasaklamaktadır. Madde hükmüne göre, “işveren, 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” denilmektedir. Maddenin 4. fıkrası ise, işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması nedeniyle daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılınmayacağını düzenlemektedir.

Bununla birlikte, İş Kanunu’nu madde 25, 72, 73 ve 74’te de cinsiyetlerarası eşitsizliğin giderilmesi konusunda bir takım düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bu hükümlere yeri geldiğinde değinilecektir.

III. ENGELLİLER HAKKINDA KANUN’DA YER ALAN DÜZENLEMELER

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’da yapılan değişiklikle birlikte¹²⁶, bu kanunda daha önce yer alan “Özürülüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması” ibaresi “Engelliler” olarak değiştirilmiştir. Kanunun 1. maddesi ile, kanunun amacının; engellilerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmasını teşvik ve temin ederek ve doğuştan sahip oldukları onura saygıyı güçlendirerek toplumsal hayata diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılımlarının sağlanması ve engelliliği önleyici tedbirlerin alınması için gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Kanunun ‘Tanımlar’ başlıklı 3/c hükmü gereğince engelli kavramı, “Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal 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 edilmiştir.

Bununla birlikte değişiklikle birlikte kanuna engelliliğe dayalı ayrımcılık kavramının tanımı da eklenmiştir. Kanunun 3/d bendi gereğince engelliliğe dayalı

¹²⁶ 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanununun 1. maddesiyle değişiklik yapılarak; bu Kanunun adında yer alan “Özürülüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması” ibaresi “Engelliler”; 2. maddesinde yer alan “özürülüler” ve “özürülülere” ibareleri sırasıyla “engellileri” ve “engellilere” olarak değiştirilmiştir.

ayrımcılık kavramı; 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 ayrımı, dışlamayı veya kısıtlamayı ifade etmektedir.

5387 sayılı kanunun 14/2 madde hükmüne bakıldığında, işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamayacağı belirtilmekte, kısaca istihdamın her aşamasında koruma sağlanmaktadır. Yine 14/3 hükmü, “*Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz*” demektedir. Bu madde ile, ayrımcılık yasağına tabi tutulabilecek alanlar belirtilmiş bulunmaktadır¹²⁷. Kanun’un 14/4. hükmü ise, istihdam süreçlerinde engellilere yönelik eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın giderilmesi adına makul düzenlemelerin yapılması amacıyla kurum, kuruluşlar ve işverenler tarafından gereken tedbirlerin alınacağı belirtilmektedir. Anılan madde hükmünde yer alan yükümlülüğün ucu açık bırakılması ve yaptırıma yer vermemiş olması; hangi kurum, kuruluş ve işyerlerinin bu konuda yükümlü olduğunun belirtmemesi nedeniyle eleştirildiği görülmektedir. Bununla birlikte, engelliler adına yapılacak pek çok düzenleme olması ve bu düzenlemelerinde yine madde hükmünde sınırlandırılmamış olması eleştirilen bir diğer husustur¹²⁸. Yargıtay bu konuda önüne gelen bir uyumsuzluk hakkında engelli kişilerin performanslarının yetersizliği gerekçe gösterilerek iş sözleşmelerinin sonlandırılmasının önüne geçmek adına, bu kişilerin kendi özel durumlarına göre performans değerlendirilmesi yapılması gerektiğini belirtmektedir¹²⁹.

Yine ayrımcılığın engellenmesine yönelik bir diğer düzenleme olan 5387 sayılı kanunun ‘Eğitim ve öğretim’ başlıklı 15. madde hükmü de engellilerin eğitimlerinin hiçbir gerekçe ile engellenemeyeceğini belirtmekte, ayrıca bu kişilerin eğitim hakkından eşit bir şekilde ve ayrımcı muamelelere maruz kalmadan yararlanacağını belirtmektedir. Bu madde hükmü ile engellilere olumsuz ayrımcılık yapılması yasaklanmış bulunmaktadır¹³⁰.

¹²⁷ ZEYTİNOĞLU, s. 184.

¹²⁸ KARAN, s. 308-309.

¹²⁹ Y. 9.HD. T. 21.04.2005, E.2004/23961, K.2005/14007; Y. 9.HD. T. 2.5.2005, E.2005/12400, K.2005/15118
MANAV, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s. 762.

¹³⁰ ZEYTİNOĞLU, s. 185-185.

IV. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER

6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanununu yürürlükten kaldıran ve 6 Nisan 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6702 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu eşitlik ilkesi ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin düzenlemeleri beraberinde getirmiş olup bu kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, ulusal insan hakları kurumlarına ilişkin BM Paris İlkeleri, ilgili AB müktesebatı ve AB üyesi ülke uygulamaları başta olmak üzere uluslararası örnekler dikkate alınarak hazırlanmıştır¹³¹. Bununla birlikte, 6701 sayılı kanunla kurulan Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu (TİHEK), Türkiye’de ayrımcılıkla mücadele edilmesi bakımından en işlevli kurum olarak gösterilmektedir. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Paris İlkeleri doğrultusunda ve bu ilkelere uygun olacak şekilde oluşturulmuştur¹³².

Kanunun ‘Amaç ve kapsam’ başlıklı 1. maddesi ile insan haklarının korunması, geliştirilmesi ve kişilerin eşit muamele görme hakkını güvence altına aldığını belirtmekte; hukuken tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcı muamelelerin önlenmesinin amaçlandığı hükme bağlanmaktadır. Bu madde kapsamında belirtilen ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesi de bu kanunun amaçları arasında gösterilmektedir.

Kanunun ‘Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı’ başlıklı 3. maddesinde eşitlik kavramına yer verilmektedir. Kanun, 3. maddenin ilk fıkrasıyla “*herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma konusunda eşittir*” demek suretiyle eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeye yer vermiş olmasına rağmen, kavrama ilişkin bir tanıma bünyesinde yer vermemiştir. Ayrıca TİHEKK kapsamında, İş Kanunu madde 5 hükmünde sayılmış olan dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımcılıklarının dışında; etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık halleri de yasaklanmaktadır. Bu doğrultuda TİHEKK 3/2. madde hükmü “*bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik*

¹³¹ 6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Gerekçesi, s.6.

¹³² KARAN, s. 509-510.

köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır” demek suretiyle İş Kanunu’nda sayılan ayrımcılık hallerinin kapsamını genişletmektedir.

Kanun, 6. maddesinin ilk fıkrasında, iş ilişkisinin kurulması, devamı ve sona ermesi aşamalarında işveren tarafından ayrımcı muamelelerin yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu madde hükmü, *“işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz”* demektir¹³³.

Bununla birlikte madde ikinci fıkrasında, iş ilanları, 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 menfaatlerin de birinci fıkra kapsamında olduğunu belirtmektedir. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrası konumuz açısından önemlilik arz eden kadın işçiler hakkında bir diğer düzenlemeyi içermektedir. Madde hükmünde işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddemeyeceğini düzenleme konusu yapılmaktadır.

6701 sayılı kanunun 6. maddesi yalnızca İş Kanunu hükümlerine tabi olanlar hakkında değil tüm iş akdi ile çalışanlara uygulanmakta olup bu kapsama işyerinde deneyim kazanmak amacıyla çalışan stajyerler hakkında da geçerlilik taşımaktadır¹³⁴.

Paris İlkeleri kapsamında ayrımcılık yasağının ihlali halinde yapılan başvuruların alınması ve incelenmesi için bir kuruma yetki verilebileceği belirtilmiştir. İlke kapsamında bahsedilen yetki ülkemizde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na verilmiştir¹³⁵. TİHEKK kapsamında yer alan ‘Kurumun görevleri’ başlıklı madde 9 hükmünde belirtildiği üzere, insan haklarının korunmasını, geliştirilmesini, ayrımcılığın önlenmesini ve ihlallerin giderilmesini sağlamaya yönelik çalışmalar yapmak ve faaliyetlerde bulunmak amacıyla

¹³³ SÜZEK, s. 491-492.

¹³⁴ SÜZEK, s. 493.

¹³⁵ KARAN, s.516.

kurulmuş bulunmaktadır. Bahsedilen madde hükmü, TİHEK'e ayrımcılıkla mücadele konusunda önemli yetkiler vermektedir. TİHEK; yürütme organı, meclis ve ilgili organlara, bu organların talebi doğrultusunda ya da kendiliğinden; görüş bildirmek, önerilen vermek, raporlar hazırlamak ve bunları kamuoyuna açıklamak gibi yetkilere sahip bulunmaktadır¹³⁶. Kanunun gerekçesine göre de, kurum, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ile ayrımcılığın önlenmesi kapsamında toplumu bilinçlendirmek, ilgili kurumlarla işbirliği yaparak eğitim faaliyetleri yürütmek, ayrımcılık yasağı ve ulusal önleme mekanizması kapsamında başvuru üzerine veya resen inceleme yapmak, insan hakları ihlalleriyle ilgili resen inceleme yapmak, insan hakları ve ayrımcılık yasağı alanlarındaki sorun ve gelişmelerle ilgili raporlar hazırlamak ve yayımlamak, ilgili yerlere görüş bildirmekle görevlendirilmektedir¹³⁷.

V. BASIN İŞ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER

Basın İş Kanunu, kadın işçilere ilişkin düzenlemelere madde 16 hükmünde yer vermektedir. 'Askerlikte ve gebelikte ücret' başlıklı 16. maddeye göre, "*Kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin 7 nci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet zarfında müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye tesir etmez*" denilmektedir. Basın İş Kanunu, ayrımcılığa ilişkin hükümleri içermemesinden dolayı eksiktir ve bu yönüyle haklı olarak eleştirilmektedir.

VI. DENİZ İŞ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER

Deniz İş Kanunu hükümlerinde kadın işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmamaktadır. Bunun nedeni olarak, uygulamada gemi adamlarını erkek işçilerin oluşturması gösterilmektedir. Ancak günümüzde gemilerde kadın çalışanlara da rastlanmaktadır. Bu nedenle Deniz İş Kanunu kapsamında kadın çalışanları korumaya yönelik hükümlerin yer almaması eleştirilmektedir¹³⁸.

¹³⁶ KARAN, s. 509.

¹³⁷ 6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Gerekçesi, s.8.

¹³⁸ YÜKSEL, s. 92-93.

VII. SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin olarak 'Sendika özgürlüğünün güvencesi başlıklı' madde 25/1 hükmü gereğince, işçilerin işe alımları sırasında, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte devamında yer alan 2. fıkra ise, işverenlerin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendikaya üye olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağını hükme bağlamaktadır. Bununla birlikte, madde hükmünde ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerin, saklı olduğu belirtilmektedir. 25/3 hükmü gereğince, 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 çıkarılamayacak veya farklı işleme tabi tutulamayacaktır. Madde hükmüne aykırı davranan işveren, 25/4. madde gereğince, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat ödemekle yükümlüdür.

Sendikal bir nedene dayanarak iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde işçi, 4857 sayılı İş Kanununun 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahip bulunmaktadır. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespiti durumunda, İş Kanununun 21. maddesine göre işçinin başvurusu üzerine işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilmektedir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca İş Kanununun 21/1. maddesinde belirtilen tazminata hükmedilmemektedir. İşçinin İş Kanunu hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellememektedir. Ancak Sendikal tazminatın amacının ortaya çıkan maddi zararın tazmin edilmesini sağlamak değil, işverenin fesih hakkını kötüye kullanmasının engellenmesi olduğu göz önünde bulundurulmalıdır¹³⁹. Sendikal ayrımcılık nedeniyle açılan bir davada bu konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından verilen bir karara göre, "*davacı iş sözleşmesinin devamı sırasında sendikal ayrımcılığa maruz kaldığını, sırf sendikal faaliyetleri nedeni ile Çeliş İş Sendikası ile yapılan protokole göre bu sendika*

¹³⁹ DOĞAN, s. 376.

üyesi işçilere ödenen aylık 350,00 TL'sinin kendisine ödenmediğini, dava açması üzerine ödendiğini ileri sürerek iş sözleşmesinin feshinden önceki süreçte yaşanan bu olay nedeni ile sendikal tazminat talep etmektedir. Davacının iş sözleşmesinin devamı sırasında işverenin yaptığı bu uygulama nedeni ile sendikal ayrımcılığa maruz kaldığı davacı işçinin açtığı ve dava sırasında yapılan ödeme nedeni ile konusuz kalan alacak davasında verilen mahkeme kararını avukatlık ücreti ve yargılama giderleri yönünden düzelterek onayan 9.Hukuk Dairesinin ilamı ile sabittir. Hal böyle olunca davacının sendikal tazminatı talep hakkı oluştuğu ve alınan bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak talebin kabulü gerektiği halde yanılığılı değerlendirme ile davanın reddi hatalı olmuştur” demektedir¹⁴⁰.

İş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmesi halinde ispat yükü ise 25. maddenin 6. ve 7. fıkralarında düzenlenmektedir. Sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği iddiası dava açılması halinde fesih nedenini işveren ispat etmekle yükümlüdür. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi ise, feshin sendikal nedene dayandığını ispat etmekle yükümlüdür. Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olmaktadır.

Bununla birlikte 26/3 hükmüne göre, “kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir”. Sendikalar Kanunu, üyelerin korunması ve onların eşit işlem ilkesine uygun davranışlarla karşılaşmalarını sağlamak adına, objektif haklı nedenlere dayanmayan ayrımları ve sendikaların üyeler arasında farklılık yaratacak davranışlarını engellemeyi amaçlamaktadır. Sendikaların en önemli amaçlarının toplu iş sözleşmesi akdetmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sendikalar amaçlarını gerçekleştirmek üzere faaliyetlerini yürütürken kadın erkek eşitliğine aykırı davranışlar sergilemeden, kadınların aleyhine uygulamalardan kaçınmak suretiyle çalışmalarını gerçekleştirmekle yükümlü bulunmaktadır¹⁴¹.

Bununla birlikte TCK kapsamında da sendikal ayrımcılığın önlenmesine ilişkin 118. Madde hükmü, “bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya,

¹⁴⁰ Y. 9. HD. T. 04.03.2014, 347-5042, <http://www.forseti.com.tr>, (e.t. 01.07.2018).

¹⁴¹ Pir Ali KAYA, s. 210-212; YÜKSEL, s. 93-94.

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” denilmekte, devamında yer alan fıkrada ise, *“cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”* düzenlenmesine yer verilmektedir. Bu konuda Yargıtay, sendikal faaliyetlerin engellenmesi adına, işverenin iş akdinin feshini ileri sürmesini tehdit olarak nitelendirmekte, işçinin sendika üyeliğinden ayrılmaması halinde işten çıkarılacağına söylenmesinin TCK 118. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir¹⁴².

VIII. TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER

Daha önce yürürlükte bulunan Ceza Kanunlarının aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ilk kez bünyesinde ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemelere yer vermiş bulunmaktadır. Düzenlemelerin başında ilk olarak, bu kanunun uygulanması sırasında ayrımcılığın yasaklanması gelmektedir. Kanun 3/2. hükmü ile *“Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz”* demektedir. Ancak bu madde hükmü, uygulamada bir değişiklik sağlamaması nedeniyle eleştirilmektedir.

Bununla birlikte, TCK kapsamında ‘Ayrımcılık’ başlıklı madde 122 hükmü ile ayrımcılık başlı başına bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda, *“kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan, besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir”* denmektedir. Hükümde suçun tanımlanması ve cezai yaptırıma bağlanmasında sınırlayıcı

¹⁴² Y. 4. CD. T. 14.07.2010, 15172/13899.

bir sayımın ve anlatımın varlığı gözlemlenmekte ve ayrıca ayrımcılığın bir suç olarak sayılması için ‘nefret içermesi’ şartının aranması dikkat çekmektedir¹⁴³.

Ayrıca madde hükmünden anlaşılacağı üzere, düzenleme yalnızca doğrudan ayrımcılık hallerini kapsamakta, dolaylı ayrımcılığa ise yer vermemektedir. Kişinin işe alınması veya alınmamasını düzenleme konusu yapan madde hükmü, İş Kanunu’nun 5. Maddesi ile iş sözleşmesinin geçerli olduğu hallerde ayrımcılığı yasaklamaktadır¹⁴⁴. TCK bünyesindeki söz konusu düzenleme ise iş sözleşmesinin kurulmasından öncesini düzenlenmekte ve cezai yaptırım içermektedir. Kadın ya da erkek fark etmeksizin, herkesin yapabileceği bir iş için sadece erkeklerin veya sadece kadınların alınması suç olarak madde kapsamında yer almaktadır¹⁴⁵.

§9. AYRIMCILIK KAVRAMI VE NEDENLERİ

I. AYRIMCILIK KAVRAMI

Kelime anlamı bakımından ayrımcılık, “*ayrımcı olma durumu*” ve “*belli insan öbeklerinin ayrımlaşmasını bilinçli bir biçimde gerçekleştirmeyi amaçlayan bir yöneltinin benimsenmesi*” olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁶.

Ayrımcılık kavramı ilk olarak iç hukukta doğmuş, daha sonra uluslararası hukukta yer almaya başlamıştır¹⁴⁷. Birinci Dünya Savaşı sonrasında yeni devletlerin oluşmaya başlaması ve bu devletlerin bünyesinde yer alan azınlıkların haklarının korunması amacıyla yapılan barış sözleşmelerinde ayrımcılık yasaklarına yer verilmiştir. Bu dönemde ayrımcılık yasakları daha çok, başka bir dine mensup olanların korunmasına yönelik ortaya çıkmıştır. Bir dine mensup olmasından dolayı ayrımcı muamelelere maruz kalanlara eşit davranılması ile bir devletin başka bir devlet tarafından tanınması mümkün olmuş ve ABD’nin kurulmasıyla modern anlamda ayrımcılık kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Ancak İkinci Dünya Savaşı sırasında bazı ırkların yok edilmesine yönelik çalışmalar, bu sürece kadar büyük ilerleme kaydeden ayrımcılık yasaklarının tahrip olmasına neden olmuştur. İkinci Dünya Savaşı sırasında bazı ırkların yok edilmesine ilişkin hareketlerden alınan dersler doğrultusunda, insan hakları daha çok önemseneceğe başlamıştır. Bu

¹⁴³ SUR, s. 35.

¹⁴⁴ BAKIRCI, *İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik* s. 11.

¹⁴⁵ GÜL/KARAN, s. 93-97.

¹⁴⁶ <http://www.tdk.gov.tr>, (e.t. 22.03.2018)

¹⁴⁷ KARAN, s.65.

doğrultuda insan haklarının teminatı olması adına pek çok sözleşme ve antlaşmalar ile insan hakları daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir¹⁴⁸.

Bununla birlikte, ayrımcılık kavramının uluslararası hukukta ve çoğu ülkenin anayasasında yer almasına rağmen, ortak bir tanımı bulunmamaktadır. 6701 sayılı TİHEKK kapsamında ayrımcılık kavramının tanımına yer verilmemiş, yalnızca 5. madde hükmü ile ayrımcılık yasağının kapsamı düzenleme konusu yapılmıştır.

5/1 hükmünde, “Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar” denilmektedir.

Madde hükmü, iş hukuku bakımından değerlendirildiğinde, yalnızca kamu kurumları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına başvuru yapan, hizmet talep eden veya bilgi almak isteyen gerçek ve tüzel kişiler bakımından ayırım yapılamayacağını hükme bağladığından, konunun anlaşılması bakımından yetersiz kalmaktadır.

Ayrıca ayrımcılık kavramı ile eşitlik ilkesi, çoğu zaman karışıklığa sebep verecek şekilde kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları ile AİHM kararlarında da eşitlik ve ayrımcılık kavramları birbirlerini karşılayacak şekilde değerlendirilmektedir. Başvurucuların eşitlik ilkesinin ihlal edilmesine yönelik yapmış olduğu başvurular, ayrımcılık yasağı başlığı altında inceleme konusu yapılırken; ayrımcılık yasağına ilişkin başvurular ise eşitlik ilkesi bünyesinde inceleme konusu yapılmaktadır¹⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi kararlarında inceleme konusu yapılan ayrımcılık kavramı, AİHM kararlarına gönderme yapılarak açıklanmaktadır. Buna göre ayrımcılık, “nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi” olarak tanımlanmıştır¹⁵⁰. Yine Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, aynı durumdaki kişilere farklı muamele yapılması halinde, yapılan muamelenin meşru bir

¹⁴⁸ AĞIRBAŞLI, s. 30-33.

¹⁴⁹ KARAN, s.78.

¹⁵⁰ AYM, *Tuğba ARSLAN Başvurusu*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 113.

amaca dayanmaması durumunda, izlenen yol ile ulaşılabilecek hedef arasında makul bir orantılılık olmaması halinde ayrımcılığın meydana geldiği belirtilmektedir¹⁵¹.

AİHM kararlarına göre ayrımcılık, “objektif ve mantıklı bir haklılık olmadan aynı durumdaki şahıslara yapılan farklı muamele” olarak tanımlanmaktadır¹⁵². Söz konusu tanım, AİHS madde 14 hükmü doğrultusunda oluşturulmaktadır. AİHS ise ‘Ayrımcılık yasağı’ başlıklı 14. maddesinde, “bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır” şeklinde bir düzenlemeye yer vermektedir.

Ancak AİHS’nin 14. maddesi, sözleşmedeki diğer haklarla birlikte kullanılabilen ve dar yorumlanan bir madde özelliği taşımaktadır. 14. maddenin sözleşmenin diğer maddelerinden bağımsız bir şekilde kullanılmasının mümkün olmamasından dolayı, ancak sözleşmedeki bir hakkın ihlal edilmesi halinde, bu hakla birlikte ayrımcılığın varlığı ileri sürülebilmektedir. 14. maddenin bağımsız kullanılamıyor olmasından kaynaklanan sorun 26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ek 12. Protokol’ün kabul edilmesi ile çözümlenmiş, ayrımcılık yasağı, bağımsız genel ayrımcılık yasağı haline gelmiştir¹⁵³.

Ayrımcılık kavramı ilk kez Avrupa Adalet Divanı tarafından 1970’li yıllarda göçmen işçiler hakkında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık şeklinde bir ayırım yapılarak incelenmiş daha sonrasında bu ikili ayırım cinsiyet ayrımcılıkları hakkında da uygulanmaya başlanmıştır. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları¹⁵⁴ 2000 tarihli 97/80/AB sayılı ispat yüküne ilişkin Yönergede yer almaktadır¹⁵⁵.

¹⁵¹ AYM, *Tuğba ARSLAN Başvurusu*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 120-121; AYM, Ayla (ŞENSES) KARA Başvurusu, B. No. 2013/7063, 05.11.2015, para 44.

¹⁵² AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*(Grand Chamber), B. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009, para 55.

¹⁵³ İNCEOĞLU, s. 56-57.

¹⁵⁴ Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları, Ayrımcılık Türleri başlığı altında detaylı olarak incelenecektir.

¹⁵⁵ KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s. 15.

II. AYRIMCILIK NEDENLERİ

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. madde hükmü ile iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenlenmiş bulunsa da, 6701 sayılı Kanun kapsamında, İş Kanunu'nda belirtilen nedenlerden başka ayrımcılık hallerine de yer verildiğinden konunun ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmiştir.

1. İş Kanunu 5. Madde Kapsamında Yer Alan Ayrımcılık Nedenleri

a. Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının eşitsizliklerin önüne geçilmesi bakımından yeterli olmaması nedeniyle, ortaya pozitif ayrımcılık kavramı çıkmıştır¹⁵⁶. İlk olarak 1982 Anayasasında yapılan 2004 ve 2010 tarihli değişikliklerle kanuna giren ancak hukukumuzda herhangi bir tanımını bulunmayan pozitif ayrımcılık kavramı, fırsat eşitliğini sağlamak adına, belirli alanlarda daha az temsil edilen gruplara bir takım ayrımcılıklar yapılması için çeşitli program ya da politikaların uygulanması olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁷. Uygulanan politikalar, eşitlik ilkesini ihlal etmemekte, eşitliğin sağlanmasına imkan vermektedir¹⁵⁸. Politikaların uygulanması sonucunda kişiler, fırsatları olmaması nedeniyle ortaya çıkaramadıkları potansiyellerini göstermek konusunda çeşitli imkanlara sahip olmaktadır¹⁵⁹.

Pozitif ayrımcılık kavramı ilk kez AAD önüne gelen Kalenke v. Freie Hansestadt Bremen davası ile ortaya çıkmıştır. Bremen yasaları gereğince aynı niteliklere sahip iki işçi arasından kadın işçinin seçilmesi Kalenke isimli erkek işçi tarafından dava konusu yapılmış ve mevcut yasanın Anayasa ve diğer temel haklara aykırı olduğu ileri sürülerek, kendisinin daha nitelikli olmasına rağmen yasa gereğince kadın işçinin seçilmesi üzerine dava açılmıştır. Dava konusu uyuşmazlık, ilk derece mahkemesi ve bölge idare mahkemesi tarafından reddedilerek AAD önüne gelmiştir. AAD kararında, söz konusu uygulamanın öncelik hakkını kadınlara tanınması nedeniyle cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğu belirtilmiştir. Ancak bu uygulamanın 76/297 sayılı direktifin 2/4 hükmünün ayrımcı

¹⁵⁶ YENİSEY, s. 72; KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s. 15.

¹⁵⁷ YILDIZ, s. 83; KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s. 15-16; ODYAKMAZ/KESKİN/DENİZ, s. 741.

¹⁵⁸ Pir Ali KAYA, s. 59-61; DİNÇKOL, s. 115.

¹⁵⁹ ÜNLÜ, s. 18.

uygulamalara olanak vermesi nedeniyle hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Söz konusu kararda kota uygulamasının, aynı nitelikte iki işçinin söz konusu olduğu hallerde ne olursa olsun önceliğin kadınlara verilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği de vurgulanmıştır¹⁶⁰.

Kararda bahsi geçen *kota uygulaması*, bir kurumda yer alan pozisyonlara, yalnızca dezavantajlı grupların başvurmasını mümkün kılmaktadır¹⁶¹. Kadınların iş hayatında karşılaştığı ayrımcı muamelelerin önüne geçilmesi adına oluşturulan kota uygulamasına göre, kadınların erkeklere göre daha az bulunduğu çalışma alanlarında, kadınların sayısı kota uygulamalarıyla artırılmaktadır¹⁶². Kota uygulamalarının hayata geçirildiği ülkelerde, kadınlara karşı yapılan ayrımcı muameleler büyük ölçüde engellenmekle birlikte, bu uygulama tek başına yeterli olmamaktadır. Örneğin siyasi parti seçimlerinde, kadınlar seçilemeyecek sıralara yerleştirilip yalnızca reklam ögesi olarak kullanılmaktadır¹⁶³. Bu nedenle pozitif ayrımcılığın sağlanmasına yönelik geliştirilen uygulamaların yasalarla desteklenmesi gerekmektedir¹⁶⁴.

Avrupa Birliği'nde pozitif ayrımcılık kavramının temelleri, Kalenke kararının verilmesinden sonra yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşmasına dayanmaktadır. Amsterdam Anlaşması madde 141/4 hükmü, "*çalışma hayatında erkekler ve kadınlar arasında uygulamada tam eşitliği sağlanmak için, eşit muamele ilkesi, Üye Devletler'in az sayıda temsil edilen cinsiyetin mesleki faaliyette bulunmasını veya mesleki kariyerlerindeki dezavantajların engellenmesi veya telafi edilmesini kolaylaştırmaya yönelik belirli avantajlar sağlayan önlemleri muhafaza veya kabul etmelerini engellemez*" demek suretiyle bu yöndeki uygulamaların eşitliğe aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmektedir¹⁶⁵.

Hukukumuzda ise Anayasa'da 7 Mayıs 2004 tarihi ile yapılan bir değişiklikle ilk kez 10. maddenin 2. fıkrasında pozitif ayrımcılığa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*" Söz konusu değişiklik ile AB Sözleşmeleri ve

¹⁶⁰ YILDIZ, s. 85-86.

¹⁶¹ AKBAŞ/ ŞEN, s.168.

¹⁶² YILDIZ, s. 85.

¹⁶³ MARDUÇ, s. 168.

¹⁶⁴ ÜNLÜ, s. 18.

¹⁶⁵ YILDIZ, s. 86.

direktiflerine uygun olacak şekilde ilk kez pozitif ayrımcılık, Anayasa düzeyinde bir temel ilke olarak kabul edilmiş ve madde hükmü ile Devlet aktif bir görev üstlenmiş, bu ilkeyi yaşama geçirmekle yükümlü kılınmıştır¹⁶⁶.

İş Kanunu madde 5/5 hükmü de pozitif ayrımcılığa ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Madde hükmü, işçinin cinsiyetinden dolayı özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücret uygulanmasını haklı kılmayacağını belirtmektedir.

Aile yükümlülüklerinin dağılımında, eşitsizliklerin ve ayrımcılıkların önlenmesi adına gebe veya anne olan kadınlara diğerlerine göre daha fazla avantaj sağlanması pozitif ayrımcılığa örnek olarak gösterilebilmektedir. Bu doğrultuda avantajlar sağlanırken erkek işçilerin durumunun kötüleştirilmemesi de gerekmektedir. Pozitif ayrımcılığın asıl amacı eşitliği sağlamak için daha nitelikli bir erkek işçi yerine hak etmediği halde kadın işçinin alınması değildir. Çünkü pozitif ayrımcılığın asıl amacı aynı nitelikteki kadın ve işçinin var olduğu durumlarda kadın işçiye öncelik verilmesi amacını taşımaktadır¹⁶⁷.

b. Yaş Ayrımcılığı

Özellikle Sanayi Devriminin gerçekleşmesinin ardından gündeme gelen yaş ayrımcılığı, bu dönemde çalışma koşullarına ayak uyduramayan yaşlı işçilerin işten çıkarılmaları ile birlikte 2000’li yıllardan sonra yargı birimlerince inceleme konusu yapılmış ve tartışma konusu haline gelmiştir¹⁶⁸.

Çalışma hayatında yaş ayrımcılığı, istihdamın tüm aşamalarında ortaya çıkabilmekte, ancak bu ayrımcılık türüne en çok işe alım aşamasında rastlanılmaktadır. İşe alım sürecinde başvuru yapan işçilerin aynı verimliliğe sahip olmalarına rağmen yaşlı işçilerin tercih edilmemesi bu duruma bir örnek olarak gösterilmektedir. Bununla birlikte iş duyuruları sırasında “35 yaşını aşmamış olmak” şeklide verilen ilanlar ile yaş ayrımcılığı negatif ayrımcık olarak karşımıza çıkabildiği gibi; “35 yaş altındaki kişilerin başvuruları değerlendirilecektir” şeklindeki ilanlarla da pozitif olarak yaş ayrımcılığı yapılabilmektedir¹⁶⁹. Yaş ayrımcılığı, ayrımcılık için yaşın kullanımının haksız olduğu ve

¹⁶⁶ KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s. 16.

¹⁶⁷ ÖZDEMİR, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s.141-142.

¹⁶⁸ BAYBORA, *Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı*, s. 45; ÜNAL, s. 313.

¹⁶⁹ BAYBORA, *Yaş Ayrımcılığı Üzerine*, s. 39.

yaşlı işçilere haksız muamele durumlarında uygulanmaktadır¹⁷⁰. Yaş ayrımcılığı genç işçileri de etkilemekle birlikte genellikle ayrımcı muameleye yaşlı işçiler maruz kalmaktadır. Bunun nedeni ise yaşlı kişilerin verimliliğinin düşük olduğuna ilişkin düşüncelerden kaynaklanmaktadır¹⁷¹.

Bu konuda Avrupa Birliğinin 2000/78 sayılı Çalışma ve Meslek Yaşamında Ayrımcılık Yapılmasını Yasaklayan Direktif'in 4. maddesi, yaş ayrımcılığına dayanan farklı muamelelerin, yapılan işin özellikleri bakımından, mesleki önem arz eden, belirleyici bir gereklilik taşıması halinde; amacın meşru ve orantılı olması şartıyla ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmektedir. Madde hükmü genel haklı kılma nedeni olarak değerlendirilmektedir.¹⁷².

Direktifin 6. madde hükmü ise özel haklı kılma nedeni niteliğini taşımakta; objektif ve denetlenebilir nedenler dışında yaşa dayalı olarak yapılan ayrımcı muameleler yasaklanmaktadır. Madde hükmü gereğince taraf ülkeler, ekonomik ve politik çalışma alanları ile birlikte mesleki yapılanma nedeniyle bu kısıtlamaları yapabilmektedirler. Taraf ülkelerin işe girme iş süreleri, emeklilik yaşlarının belirlenmesi gibi konularda kendi özel düzenlemelerini yapma imkanları da bulunmaktadır¹⁷³.

Tüm dünya ülkelerinde olduğu gibi Türkiye'de de yaş ayrımcılığına neden olabilecek uygulamalar görülmektedir. Ayrıca gelişmiş ülkelerin bir sorunu olan nüfus artışı ve işgücünün yaşlanması durumu ülkemizde de görülmeye başlamıştır. Özellikle iş ilanlarında "genç ve dinamik" sıfatlarına yer verilmekte bu durum da yaşlı işçilerin mağdur olmalarına neden olmaktadır. Bununla birlikte bazı şirketler tecrübeli ve deneyimli işçileri bünyesinde çalıştırmak istemekte ancak bu işçiler belli bir yaşa geldiklerinde iş akitleri sonlandırılmaktadır¹⁷⁴.

Anayasamızın 10. madde hükmü "*herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*" demekte ve doğrudan kapsamında yaş ayrımcılığından söz etmemiş olsa da "ve benzeri sebeplerle" ifadesine yer vermiş olduğundan yaş bakımından da kişiler arasında

¹⁷⁰ BAYBORA, *Yaş Ayrımcılığı Üzerine*, s. 37.

¹⁷¹ BAYBORA, *Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı*, s. 46-49.

¹⁷² ÜNAL, s. 318.

¹⁷³ ZEYTİNLİOĞLU, s. 193.

¹⁷⁴ BAYBORA, *Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı*, s. 108-109.

ayrımcılık yapılamayacağı kabul etmektedir. 10. Madde hükmü, yine Anayasamızın 11. maddesi gereğince, yasama, yürütme ve yargı organlarıyla birlikte, ayrıca idari makamları ve bunun dışında kuruluşları ve kişileri de bağlamaktadır. Bu kapsamda ayrımcılık yasakları işçiler ile işverenler arasındaki ilişki gereğince uygulama alanı bulmaktadır¹⁷⁵. Ayrıca yine anayasal bakımdan, yaş ayrımcılığına ilişkin muamelelerin varlığı, kişilerin çalışma hakkı ve kişiliğin serbestçe geliştirme hakkına da aykırılık teşkil etmektedir¹⁷⁶. Aynı şekilde İş Kanunu'nun 5. maddesi "*iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*" demektedir, bu hükümde de "ve benzeri sebeplerle" demek suretiyle yaş ayrımcılığının da eşit davranma ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

TCK madde 122 hükmü kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapanlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir demektedir. Yine madde hükmünde "ve benzeri sebeplerle" ifadesine yer verilmiş olması da yaş ayrımcılığına ilişkin muamelelere karşı yaptırım uygulanacağını göstermektedir.

Ayrıca yeni bir düzenleme olan TİHEKK kapsamında da 'Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı' başlıklı 3/2. madde hükmü ile diğer kanun maddelerinin aksine yaş ayrımcılığının açık bir şekilde yasaklanmış olduğu görülmektedir. Madde hükmü, "*bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefî ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır*" demektedir. Bununla birlikte aynı kanunun 'Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller' başlıklı 7/1-a bendi ile "*işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele*" durumu, Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca 7/a bendi genel haklı kılma nedenleri arasında yer almaktadır. Aynı maddenin c bendi ise, işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmektedir. Ancak bentte yer alan "hizmetin zorunlulukları" kavramının neyi

¹⁷⁵ ÜNAL, s. 315.

¹⁷⁶ YILDIZ, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 851.

amaçladığının anlaşılması, bu hükmün eleştirilmesine neden olmaktadır. TİHEKK madde 7/f bendi ise eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamelelerin varlığı halinde de ayrımcılıktan söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Söz konusu madde hükmü pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirilmekte ve işçinin işe alınması, iş sözleşmesinin kurulması, sözleşmenin devamı veya sona ermesi sürecinde dezavantajlı durumun önlenmesine yönelik muamelelerin ayrımcılık teşkil etmeyeceğini belirtmektedir¹⁷⁷.

İşverenin iş güvencesi kapsamındaki işçilerinin belli bir yaşa gelmesi nedeniyle iş akitlerinin sonlandırmasını ilişkin gerek doktrinde gerekse Yargıtay'ın kararlarında farklı yaklaşımlar görülmektedir. Yargıtay bir kararında, emeklilik yaşına gelmiş olmanın süreli fesih için bir neden olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmekteyken¹⁷⁸, başka bir kararında sadece emekliliğe hak kazanmış olmanın fesih için geçerli neden teşkil etmeyeceği yönünde karar vermiştir¹⁷⁹. Başka bir Yargıtay kararında ise, işyerinde çalışanların sayısının fazla olması durumunda emekliliğe hak kazananların, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulabilecek bir kriter olabileceği belirtilmiştir¹⁸⁰. Yargıtay'ın bu kararı, ülkemizde mevcut olan genç işsizlerin durumu da göz önüne alındığında yerindedir. Bu halde aslında iş yerinde çalışanların sayısının fazla olmaması halinde genç işçilerin çalışmasını sağlamak adına sadece o işyerinde çalışan yaşlı işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi yerinde görülmektedir¹⁸¹. Ancak bu halde yapılan uygulamaların hakkaniyete ve genele uygun olması gerekmektedir¹⁸².

Yaş ayrımcılığı konusunda doktrinde de farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, işçinin belirli bir yaşa gelmesinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden oluşturmayacağı belirtilmekte birlikte, işçinin yaşının iş görme edimini gereği gibi yerine getirememesi, yoğun bir tempoda çalışamaması ve yetersiz kalması halinde iş sözleşmesinin işçinin yaşı nedeniyle sona erdirilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte işçinin yaşının her olayın özelliğine göre değerlendirmeye tabi tutulması

¹⁷⁷ ÜNAL, s. 320-329.

¹⁷⁸ Y. 9. HD. 10.11.2003, E. 18926, K. 18926.

¹⁷⁹ Y. 9. HD. 27.10.2003, E. 18257, K. 17985.

¹⁸⁰ Y. 9. HD. 10.04.2006, E. 5883, K. 9359, Y. 9. HD. 30.6.2008, E. 2008/1848, K. 18002.

¹⁸¹ YILDIZ, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 855, dn. 59 Y. 9. HD. 29.01. 2004, 23159/1418.

¹⁸² ZEYTİNLİOĞLU, s. 194.

gerekmektedir. Bu halde işin niteliğinin incelenmesi ve buna göre işçinin fiziksel ve zihinsel yeterliliğinde değişim olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁸³.

Bununla birlikte İş Kanunu madde 18/4 kapsamında belirtildiği üzere, “*İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler*” iş sözleşmesinin feshinde haklı neden oluşturmayacağından ve yaş ayrımcılığı da bu kapsamda değerlendirildiğinden işçinin yalnızca yaşı nedeniyle iş akdinin sona erdirilmesi geçerli bir neden teşkil etmemektedir. Bu düzenleme Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 166 sayılı tavsiye kararı ile uyumluluk göstermektedir. Tavsiye kararı da bünyesinde; yaşın emekliliğe hak kazanma konusuyla ilgili olarak ülkenin kanunları veya uygulamalarının işveren tarafından iş akdinin sona erdirilmesi aşamasında geçerli bir fesih nedeni olmadığını belirtmektedir¹⁸⁴.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş akitlerinin feshi halinde işverenin herhangi bir sebep göstermesi söz konusu olmamaktadır. Bu halde işverenin kötüniyetli davranmaması gerekmektedir. Kötüniyetin varlığı halinde işveren tarafından kötüniyet tazminatı ödenmesi gündeme gelmektedir. İşin niteliğinden kaynaklanmadığı halde işverenin, işçinin yaşı nedeniyle iş akdini sonlandırması kötüniyetli bir davranış olarak değerlendirilmekte ve bu durumda kötüniyet tazminatına hükmedilmesi gerekmektedir¹⁸⁵.

c. İrk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık

Globalleşme, işgücüne duyulan ihtiyacın artması ve sömürgeciliğin yaygınlaşması ile birlikte gelişmiş ülkelerde ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık olaylarında da artış görülmeye başlamıştır¹⁸⁶. İrk ve etnik köken kavramına ilişkin hukukumuzda bir tanım bulunmamaktadır. İrk ve etnik köken kavramları birbiri ile karıştırılan kavramlar olduğundan, konunun anlaşılması bakımından tanımlarının yapılması gerekmektedir. Alman Hukukunda ırk kavramı “*bir insanın belli bir insan grubuna aidiyetinden kaynaklanan, kaçınılmaz, yaşam boyu taşıdığı, genetik miras yoluyla taşıdığı dış görünümle ilgili deri ve saç rengi ya da vücut yapısı gibi özellikler*” olarak tanımlanmaktadır. Etnik köken kavramı ise, ırk kavramında yer alan hususlara ek olarak

¹⁸³ BAYBORA, *Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı*, s. 113-114.

¹⁸⁴ ÜNAL, s. 335.

¹⁸⁵ BAYBORA, *Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı*, s. 114-115.

¹⁸⁶ TUNCAY, *İrk Ayrımcılığı*, s. 725

“dil, tarih, doğulan toprak, köken, kültür, gelenek birliği ve grup bilincine sahip olma” özelliklerini de taşımaktadır¹⁸⁷.

1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Türkiye tarafından 13 Ekim 1972 tarihinde imzalanarak 9 Nisan 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 1. maddesi de ırk ayrımcılığına ilişkin tanımı içermektedir. Madde hükmüne göre, ırk ayrımcılığı “*siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlamaya da tercih*” anlamına gelmektedir¹⁸⁸.

Bununla birlikte 2000/43 sayılı, 29 Haziran 2000 tarihli Irk Ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamelede Bulunulması İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif’in 1. maddesi ırk ve etnik kökene yönelik ayrımcılıkların önlenmesini sağlamak adına bir çerçeve oluşturmaktadır. Bununla birlikte direktifin 2. maddesi ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığın doğrudan veya dolaylı ayrımcılık şeklinde meydana gelebileceğini belirtmektedir. Buna göre direktifin 2/a hükmünde doğrudan ayrımcılık hakkında, “*bir kişinin benzer durumdaki başka kişiye göre ırk ya da etnik kökeni nedeniyle daha az elverişli bir işlem görmekte olması ya da görmüş ya da görecekte durumda bulunması halinde doğrudan ayrımcılıktan söz konusudur*” denilmekte ve 2/b bendiyle de dolaylı ayrımcılığı düzenlemektedir. Direktifin 2/b hükmü gereğince dolaylı ayrımcılık hakkında “*görünüşte tarafsız bir hüküm, kriter ya da uygulama objektif ve makul bir amaç taşıyorsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hüküm, kriter ya da uygulamanın belli bir ırk ya da etnik kökene sahip kişileri diğer kişilere nazaran daha kötü duruma sokması söz konusu olur*” denilmektedir¹⁸⁹. Ayrıca Yönergenin 4. maddesi hangi hallerin ayrımcılı muamele olarak değerlendirilmediğini de belirtmektedir. Madde hükmüne göre, belirli bir mesleğin icrasının bir ırk ya da etnik

¹⁸⁷ TUNCAI, *Irak Ayrımcılığı*, s. 728.

¹⁸⁸ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf (e.t. 25.06.2018).

¹⁸⁹ TUNCAI, *Irak Ayrımcılığı*, s. 746.

kökene ait olma şartı gerektirdiği durumlarda amacın meşru ve orantılı olması şartıyla ayrımcılığa izin verilebilmektedir¹⁹⁰.

AIHM' tarafından verilen bir kararda, Avusturya'da çalışmış olan bir Türk vatandaşının işsizlik yardımı talebinin Avusturya vatandaşı olmaması sebebiyle reddedilmesi üzerine, AIHM, bu kişinin sürekli olarak burada ikamet eden bir kişi olması, vergilendirme aracılığıyla sosyal güvenlik sistemine katkı sağlaması ve başvurucunun durumunun Avusturya vatandaşlarına çok yakın olması nedeniyle; Türk vatandaşına ayrımcılık yapıldığını kabul ederek ayrıca Avusturya ile Türkiye arasında karşılıklı sosyal güvenlik anlaşmasının olmamasının da ayrımcılık için haklı neden teşkil etmediğini belirtmiştir¹⁹¹.

Yaş ayrımcılığında da belirtildiği üzere, Türk Hukukunda ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Gerek Anayasa'nın 10. maddesi gerekse İş Kanunu'nun 5. maddesi ve TCK'nın 122. maddesi ırka dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Her ne kadar maddelerin kapsamında etnik kökene dayalı ayrımcılığın yasaklanmış olduğu açıkça belirtilmemişse de tüm maddeler "ve benzeri sebepler" ibaresine yer verdiklerinden etnik kökene dayalı ayrımcılık hallerinde bu kapsamda değerlendirilmektedir. Hukukumuzda yalnızca yeni bir düzenleme olan TİHEKK kapsamında ırk ayrımcılığının yasaklanmış olduğu belirtilmektedir. Kanunun 'Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı' başlıklı 3. maddesi, "bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır" demekte ve ırk ayrımcılığını da bünyesinde barındırmaktadır.

d. Sendikal Nedenle Ayrımcılık

Sendikal nedenle ayrımcılık İş Kanunu 5. madde hükmü ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi gereğince yasaklanmış bulunmaktadır. İşverenin, işçilerin işe alımı sırasında, iş ilişkisinin devamı ve sona erme sürecinde sendikal nedenle ayrımcılık yapması mümkün değildir. Buna göre İş Kanunu madde 5/6 gereğince, *iş 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*"

¹⁹⁰ TUNCAY, *İrk Ayrımcılığı*, s. 753-754.

¹⁹¹ ÖZDEMİR, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s. 760.

denilmekte; bununla birlikte Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi ise, işçilerin işe alımları sırasında, 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 hükme bağlamaktadır. Devamında yer alan 2. fıkrada ise, işverenlerin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendikaya üye olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağını hükme bağlamaktadır. Sendikal nedene dayalı olarak işveren tarafından ayrımcılık yapılması halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilmektedir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanununun 18, 19, 20, ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır.

e. Felsefi İnanç, Din ve Mezhep Ayrımcılığı

İş Kanunu 5. madde hükmü gereğince işverenin felsefi inanç, din ve mezhep nedeniyle ayrımcılık yapması yasaklanmıştır. Ayrıca Kanunun 'Feshin geçerli nedene dayanması' başlıklı 18. maddesi de işverenin felsefi inanç, din ve mezhep nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığını belirtmektedir.

Bununla birlikte Anayasa'nın 'Din ve vicdan hürriyeti' başlıklı madde 24 hükmü de kimsenin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağını ve suçlanamayacağını belirtmektedir. Ayrıca devamında yer alan 25. madde gereğince "*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*" denilmektedir.

İşverenin kendisiyle aynı dini inanca veya siyasi görüşe sahip işçileri bünyesinde çalıştırmak istemesi halinde dahi, işe aldığı işçinin farklı inanç veya görüşe sahip olması nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi mümkün değildir. Bununla birlikte işçinin farklı dini inanç veya siyasi görüşe sahip olması işyerinde zarar verici davranışlara neden olacak şekilde bir hal alıyorsa, sadakat borcuna aykırılık teşkil ediyorsa; bu halde iş sözleşmesinin feshi mümkün olmaktadır. Bu doğrultuda Yargıtay'ın bir kararı gereğince, bir kamu kuruluşunda çalışan işçinin, devlete karşı suç işleyen bir örgüte üye olması gerekçesiyle

suçlanması ve bu durumu kabul etmesi halinde işçinin işten çıkarılması haklı neden olarak görülmüştür¹⁹².

f. **Hamilelik ve Doğum Nedeniyle Ayrımcılık**

İstihdamın tüm aşamalarında hamilelik ve doğum nedeniyle ayrımcılık konusuna çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak yer verilmiş olduğundan bu başlık altında konuya kısaca değinilecektir.

Bu doğrultuda, İş Kanunu madde 5/3 hükmü gereğince, “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” denilmekte ve işverenin kadın işçilerin hamilelik ve doğumunu gerekçe göstererek ayrımcı muameleler yapması yasaklanmaktadır.

İş Kanunu’nda yer alan düzenlemeler dışında 6701 sayılı TİHEKK madde 6/3 hükmü de işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişilerin, istihdam başvurularını gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemeyeceğini düzenlemektedir.

Ayrıca Anayasa’nın 10 ve 70. maddeleri de kamu hizmetine girme bakımından kadın ve erkeklerin eşit olduğunu belirtmektedir. Bu konu hakkında Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 111 Sayılı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nde de düzenlemeler yer almaktadır.

Bununla birlikte, Hamile, loğusa ve emzikli kadın işçilerin özel risk tehdidi altında yer alan bir grup olarak değerlendirilmekte, bu doğrultuda 92/85/EEC sayılı Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadın Çalışanların İşyerinde Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesi Hakkında Yönerge de bu hususta işverene birtakım yükümlülükler getirmektedir. Bu kapsamda Yönerge’nin 6. maddesi ile hamile, loğusa ve emzikli kadın işçilerin işyerinde maruz kalacakları riskler ve bu konuda alınacak önlemler konusunda bilgilendirilmeli ve ayrıca 7. madde ile üye devletler hamile

¹⁹² Y. 9. HD. T. 26.01.2005, E. 2004/33501, K. 2005/1542; ÖZDEMİR, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s. 757-758.

ve loğusa kadın işçilerin gece çalışmasına kalmamaları için gerekli önlemleri alma yükümlü kılınmıştır¹⁹³.

g. Cinsel Yönelim Nedeniyle Ayrımcılık

İş Kanunu 5. madde hükmü her ne kadar doğrudan cinsel yönelimden söz etmese de hükümde yer alan ‘ve benzeri nedenler’ ibaresinin cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılığın da yasak olduğunu açıklamaktadır.

2006/54 Sayılı Direktifin uygulanmasında cinsel yönelime dayalı olarak ayrımcılığın yasaklandığı belirtilmekte, ayrıca 2000/78 Sayılı Direktif de 2. Madde hükmü ile cinsel yönelim nedeniyle doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılmasının yasak olduğunu hükme bağlamaktadır¹⁹⁴.

Hukukumuzda ise Anayasa’nın ‘Özel hayatın gizliliği’ başlıklı 20. maddesi gereğince, işçinin cinsel yaşamı, evlilik hayatı, eşi ile beraber yaşayıp yaşamadığı konusu ve gönül ilişkiler işvereni ilgilendirmemektedir. İşçinin özel hayatının bir kısmının gizli alanı oluşturduğu kabul edildiğinde; işverenin istihdam sürecinde işçinin cinsel eğiliminin göz önünde bulundurmaması gerektiği kabul edilmelidir. Yargıtay kararları da işçinin özel hayatının iş sürecini etkilememesi halinde, bu hayatın işvereni ilgilendirmediği ve işçinin özel hayatı gerekçe gösterilerek yapılan feshin geçerli bir fesih oluşturmadığı yönündedir¹⁹⁵. Karardan da anlaşılacağı üzere, işçinin cinsel yöneliminin iş ilişkisi sürecini bozmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Bir iş yerinde çalışan işçinin cinsel yönelim nedeniyle diğer işçiler tarafından ayrımcı muamelelerin söz konusu olması halinde, cinsin yönelim farklı olan işçi hakkında değil; ayrımcı muamelede bulunan işçiler hakkında iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmesi gerekmektedir. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki cinsel yönelim konusunda yapılan ayrımcılıklar, cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilmektedir¹⁹⁶.

¹⁹³ CENGİZ, *Hamilelik ve Analık*, s. 23-24.

¹⁹⁴ ÖZDEMİR, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s. 754.

¹⁹⁵ Y. 9. HD. T. 25.12.1997, 18665/22471, Y. 9. HD. T. 14.12.1998, 16734/18088, ÖZDEMİR, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s. 755.

¹⁹⁶ ÖZDEMİR, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s. 755-756.

h. Mağdurlaştırma

Mağdurlaştırma, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uyulması hakkında talepte bulunan veya kanunlarla yasaklanmış olan davranışlara karşı şikayet yoluna giden kişilerin, bu davranışları nedeniyle olumsuz tutum ve davranışlarla karşılaşması olarak tanımlanmaktadır. Mağdurlaştırma kavramına ilişkin tanıma İş Kanunu da dahil olmak üzere yasal düzenlemeler içerisinde yer verilmemiştir.

2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Direktiflere mağdurlaştırma kavramına yer verilmiş bununla birlikte İş Kanunu'nun 18. maddesinde, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmanın veya bu hususta başlatılmış sürece katılmanın iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmadığı belirtilmiştir.

Yargıtay kararlarına göre de, işçinin işveren hakkında icra takibinde bulunması halinde işverenin işçinin çalışma koşullarını değiştirmek istemesi, işçinin ise bu değişikliği kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğu belirtilmektedir¹⁹⁷.

2. 6701 Sayılı Kanun Kapsamında Yer Alan Ayrımcılık Nedenleri

a. Ayrı Tutma

6701 sayılı TİHEKK'nun 'Tanımlar' başlıklı 2/d bendinde tanımlandığı şekliyle ayrı tutma kavramı, *"kişilerin bu Kanunda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumunu"* ifade etmekte ve aynı kanunun 4. maddesi ile ayrımcılık türleri arasında yer almaktadır.

b. Ayrımcılık Talimatı Verme

TİHEKK madde 2/b hükmü ile tanımlandığı şekliyle ayrımcılık talimatı verme kavramı, *"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.

Uluslararası hukukta herhangi bir tanımı yapılmayan kavram, TİHEKK 4. Madde kapsamında ayrımcılık türlerinden biri olarak değerlendirilmekte ve ileriki bir zamanda

¹⁹⁷ Y. 9. HD., T. 03.03.2008, E. 2007/26223, K. 2008/3035; ÖZDEMİR, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s. 771.

ayrımcılığa neden olacak fiil veya fiillerin önüne geçilmesi adına yasaklanmaktadır. Ayrımcılık talimatı, üçüncü kişiler bakımından söz konusu olmakta ve bu talimat, ayrımcı muameleyi doğrudan doğruya gerçekleştiren kişileri değil; müşterek fail olarak kabul edilen kişilerin sorumluluğunu içermektedir. İşveren veya yönetici tarafından işçiye verilen talimatların değerlendirilmesi halinde, işçinin bu kapsamda sorumluluğu söz konusu olmaktadır. İlk kez AB Hukuku ile düzenleme konusu yapılan ayrımcılık talimatı, 2000/43/EC sayılı direktifin 2/4. maddesi ile yasaklanmaktadır. Direktifin ilgili maddesine göre, ırk veya etnik kökene dayalı olarak ayrımcılık yapılması talimatı yasaktır¹⁹⁸.

c. Çoklu Ayrımcılık

“Çoklu temelde ayrımcılık” ve “kesişen ayrımcılık” olarak da ifade edilen çoklu ayrımcılık kavramı, TİHEKK’nun ‘Tanımlar’ başlıklı 2/ç bendinde tanımlandığı şekliyle; “*ayrımcı uygulamanın birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkili olması durumunu*” ifade etmektedir. Kanun maddesinde yer alan tanımın kısa olması eleştirilmekle birlikte, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerinde aynı şekilde kısa olması dikkat çekmektedir¹⁹⁹.

Ayrımcılık yasaklarına dair düzenlemelere ilişkin nedenlerin artmasıyla birlikte, bir olayda birden fazla ayrımcılık türünün ihlali de gündeme gelmektedir²⁰⁰. Bir kişinin birden fazla temelde ayrımcı muameleye uğraması durumunda çoklu ayrımcılıktan söz edilmektedir²⁰¹. Örneğin, ırk veya etnik kökeninden dolayı ayrımcı muameleye tabi olan bir kadının, bununla birlikte sırf kadın olmasından dolayı, cinsiyeti nedeniyle ayrımcı muameleye de tabi olması, çoklu ayrımcılık olarak ifade edilmektedir²⁰².

d. Doğrudan Ayrımcılık

6701 sayılı TİHEKK kapsamında yer alan ‘Tanımlar’ başlıklı 2/d bendinde tanımlandığı şekliyle doğrudan ayrımcılık; “*bir gerçek ya da tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerinden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını ve bu Kanunda sayılacak ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen*

¹⁹⁸ KARAN, s. 277-282.

¹⁹⁹ KARAN, s. 307-308.

²⁰⁰ BİLİR, s.18.

²⁰¹ GÜL/KARAN, s. 21.

²⁰² KARAN, s. 228-229.

veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi” ifade etmektedir. TİHEKK 2. maddesiyle doğrudan ayrımcılık kavramının tanımına yer verilmiş, bununla birlikte aynı kanunun ‘Ayrımcılık türleri’ başlıklı 4. maddesiyle de doğrudan ayrımcılık, ayrımcılık türlerinden biri olarak kabul edilmiştir.

Her ne kadar İş Kanunu md. 5/3 hükmünde doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılıktan söz edilmiş olsa da, madde hükmünün ayrımcılığa ilişkin bir tanıma yer vermemesi eleştirilmiştir²⁰³. Bu nedenle TİHEKK kapsamında doğrudan ayrımcılığın tanımına yer verilmesi isabetli olmuştur.

Doğrudan ayrımcılık kavramı ilk olarak ABD hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır. Önceleri ırk ayrımcılığına yönelik uygulanan doğrudan ayrımcılık kavramı zamanla cinsiyet ayrımcılıklarında da uygulanmaya başlamıştır. ABD hukukunda ‘farklı muamele’ olarak adlandırılan doğrudan ayrımcılık, 1971 yılında ırk ayrımcılığı nedeniyle görülen Griggs - Duke Power Company Davası ile ABD Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilerek hukuk sistemine dahil edilmiştir. Bu davada, Duke Power Company beş departmandan oluşan bünyesinde ayrıma giderek Afrika kökenli Amerikalıları, düşük ücret ödenen çalışma departmanında çalıştırmaya başlamıştır. Şirket, çalışma departmanının dışındaki tüm departmanlara giriş şartı olarak lise diplomasına sahip olmayı öngörmüştür. Bu uygulamanın ilk görüşte ayrımcılığa yol açmadığı izlenimi uyandırmasına rağmen, lise mezunu olma şartını Afrikalı Amerikalılardan yalnızca %12’si sağlarken, beyaz erkeklerin %34’ünün lise diplomasına sahip olması, Afrikalı Amerikalıların söz konusu şartı sağlaması bakımından ayrımcı muameleye tabi tutulduğunu göstermektedir.

Cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle ABD Anayasa Mahkemesi önüne gelen ilk dava ise Griggs Davasından yedi yıl sonra görülen, Dothard v. Rawilson davasıdır. Dothard v. Rawilson davası, minimum boy ve kilo taleplerine ilişkindir. Bu dava hakkında Anayasa Mahkemesi, hapisane güvenlik görevlisi alımı için aranan 1.57 boy ve 54,5 kg. olma şartlarının, kadınlara karşı ayrımcı muameleye neden olduğu sonucuna varmıştır.

Hukukumuzda doğrudan ayrımcılık olarak adlandırılan ancak ABD hukukunda farklı etki teorisi olarak bilinen bu ayrımcılık türü, 1991 yılında ilk kez bir hukuki düzenleme bünyesinde yer alarak Federal Yurttaşlar Kanunu’na dahil edilmiştir²⁰⁴. ABD

²⁰³ BİLİR, s. 79; BAKIRCI, s. 38.

²⁰⁴ BAKIRCI, s. 33-34.

Hukukunda doğrudan ayrımcılık bireysel ve sistemli ayrımcılık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bireysel ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde, ayrımcılığa neden olan işlem sonucunda bir kişi mağdur olmaktadır; sistemli ayrımcılık hallerinde belli özelliğe sahip kişiler mağdur olmaktadır. Örneğin bir işveren, kadın çalışanlarına erkek çalışanlara göre daha az zam yapıyorsa, burada sistemli ayrımcılık söz konusu olmaktadır²⁰⁵.

Şekli eşitlik anlayışının bir uzantısı olduğu kabul edilen doğrudan ayrımcılık²⁰⁶, Avrupa Birliği Hukuku'nda ise 29 Haziran 2000 yılında yayınlanan ve ırk ayrımcılığına ilişkin düzenlemeler içeren, 2000/43/EC Sayılı Konsey Direktifi ile ilk kez tanımlanmıştır. Direktif doğrudan ayrımcılıkla ilgili olarak, “...bir kimsenin; karşılaştırılabilir durumlarda, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, bir diğer kişiye göre daha az tercih edilir bir muameleye tabi tutulması, şimdiye kadar tutuluyor olması veya tutulma ihtimali olması halinde doğrudan ayrımcılığın ortaya çıktığı anlaşılır” demektedir²⁰⁷.

Hukuki düzenlemelerde yer alan tanımlardan yola çıkarak, işçinin, kanun tarafından yasaklanmış ayrımcılık hallerinden ötürü, (ırk, cinsiyet, gebelik, din vb.) başka bir işçinin gördüğü veya göreceği muamelelere göre daha az lehe ve olumsuz bir muamele görmesi halinde doğrudan ayrımcılıktan söz edilmektedir.

Doğrudan ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde, işverenin kararlarının ötesinde kanun tarafından belirlenen bir ölçütün ihlali gündeme gelmektedir. Kanunda yasaklanan bir davranışın ihlal edilmesi nedeniyle doğrudan ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde, bu davranışın meşru kılınması mümkün olmamaktadır. Bu halde işverenin, işçiyi işe alma, işten çıkarma veya iş sözleşmesi sürecindeki kararlarında işçinin kadın veya erkek olması, hamile olması etkili oluyorsa doğrudan ayrımcılığın varlığından söz edilmektedir²⁰⁸.

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı ilk kez 2006/54 sayılı İstihdam ve İşe İlişkin Konularda Fırsat Eşitliği ile Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge ile tanımlanmış bulunmaktadır. Yönergenin 2. maddesinde yer alan tanıma göre doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye cinsiyetine dayalı olarak, kıyaslanabilir bir durumda bulunan

²⁰⁵ YILDIZ, s. 73.

²⁰⁶ GÜL/KARAN, s. 13.

²⁰⁷ KARAN, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı*, s. 9-10; KARAN, s.207-208.

²⁰⁸ YENİSEY, s. 71.

başka bir kişiden daha az lehte davranılmasıdır²⁰⁹. Doğrudan ayrımcılık kavramına ilişkin tanımlar, 2000/43 ve 2000/78 sayılı direktiflerde de yer almaktadır. Tüm bu direktifler, benzer durumda daha olumsuz davranış ile karşılaşılması halinde doğrudan ayrımcılığın söz konusu olduğunu yinelemektedir²¹⁰.

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığının bir somut olayda meydana gelip gelmediğinin tespitinde Amerikan Hukuku'nda geliştirilen ve Avrupa Adalet Divanı tarafından da benimsenen sistem kullanılmaktadır. Bu sisteme göre kendisine ayrımcılık yapıldığını iddia eden kişinin, karşı cinse mensup olması halinde de yine o muameleye maruz kalıp kalmayacağına bakılmaktadır. Cinsiyeti nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kaldığını iddia eden kişinin kadın/erkek olması halinde ayrımcı muameleye maruz kalmayacağı sonucuna varılıyorsa, o kişiye cinsiyeti nedeniyle ayrımcılık yapıldığı kabul edilmektedir²¹¹.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık iddialarının tespitinde, her olayın özelliğine göre, ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin, varsayımsal birinin aynı durumda farklı işlem göreceğini ortaya koyması gerekmektedir. Örneğin, bir işverenin erkek işçi alımı yapmak istemesi ve iş başvurusuna yalnızca kadın işçinin gelmesi durumunda, karşılaştırma yapılacak erkek işçinin de olmaması halinde, varsayımsal bir erkek işçinin temel alınması gerekmektedir. İşe kadın adayla aynı nitelikte bir erkek adayın başvurması halinde ise işveren, erkek adayı kabul edecekse; kadın işçinin cinsiyet ayrımcılığına maruz kaldığı kabul edilmektedir. Ancak bu ölçüt her zaman işlevini yerine getirememektedir. Örneğin hamile bir kadın için karşı cins ile karşılaştırma yapmak mümkün olmayacağından bu durumda yapılması gereken varsayımlarla hareket etmektir. Bu hallerin varlığı halinde, işe gebe olması nedeniyle devam edemeyen kadın ile hasta olması nedeniyle devam edemeyen erkek işçi kıyaslanmaktadır. Ancak bu uygulamanın adaletli olmaması nedeniyle eleştirilmesi üzerine; gebeliğin sadece kadınlara özgü bir durum olması ve kadınların gebelik nedeniyle uğradığı her türlü aleyhe muamelenin cinsiyete dayalı ayırım olduğu kabul edilmiştir²¹².

AB, 2006/54 sayılı direktifte de aynı durum belirtilerek, ayrımcılık, bir kişiye benzer durumda olanlara göre daha az avantajlı davranılması olarak tanımlanmış ve AB

²⁰⁹ KAYA, s. 107.

²¹⁰ YILDIZ, s. 75.

²¹¹ YENİSEY *Metodoloji*, s. 991.

²¹² YENİSEY, *Metodoloji*, s. 991-992; BİLİR, s. 78-80.

Hukuku uygulamalarına göre hamilelik ve doğum sebebiyle ayrımcılık yapılması durumu da doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin, bütün işçilere yapılan ücret zammından hiçbir haklı neden olmamasına rağmen kadın işçinin yararlandırılmaması halinde veya yalnızca kadın işçinin cinsiyeti nedeniyle farklı çalışma koşullarında çalışmaya zorlanması hallerinde, ileride evleneceği düşünülen kadın işçinin iş başvurusunun reddedilmesi halinde, hamilelik sebep gösterilerek iş akdinin sona erdirilmesinde, bu hallerin doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirilmesi mümkündür²¹³. AB Hukukunda olduğu gibi Amerika Hukuku da aynı şekilde, Medeni Haklar Yasası ile hamilelik nedeniyle yapılan ayrımcılığın doğrudan ayrımcılık olarak kabul edileceğini hükme bağlamıştır²¹⁴.

e. Dolaylı Ayrımcılık

TİHEKK kapsamında yer alan ‘Tanımlar’ başlıklı madde 2/e hükmüne göre dolaylı ayrımcılık; *“bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması”* anlamına gelmektedir. Dolaylı ayrımcılık kavramı TİHEKK 4. maddesi ile ayrımcılık türlerinden biri olarak sayılmaktadır.

Madde hükmündeki tanımdan da anlaşılacağı üzere dolaylı ayrımcılığın söz konusu olması için, görünüşte tarafsız bir uygulamanın, belli bir kişiye veya gruba uygulanması halinde, söz konusu uygulamanın bu kişi veya grupların olumsuz etkilenmesine neden olması ve bu sonucun da haklı bir nedene dayanmaması gerekmektedir²¹⁵.

AB Hukuku’nda dolaylı ayrımcılık kavramı 1970’li yıllarda ortaya çıkmış, 76/207 sayılı Yönerge ile ilk kez yasaklanmıştır. Ancak bu yönerge ile dolaylı ayrımcılık tanımlanmamıştır. Kavrama ilişkin tanıma, 97/80/EC sayılı Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yükü Direktifi’nde yer verilmiştir. Aynı tanım, 2002/73 sayılı direktifle yapılan değişiklikle birlikte 76/207 sayılı direktif bünyesinde de yer almıştır²¹⁶.

²¹³ ÖZDEMİR, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s.137.

²¹⁴ KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s. 15; YILDIZ, s. 74.

²¹⁵ YILDIZ, s. 75.

²¹⁶ BAKIRCI, s. 35-36; YILDIZ, s. 76. KAYA, s. 108-109.

Dolaylı ayrımcılık kavramı AAD karşısına ilk kez Jenkins v. Kingsgate davası ile gelmiştir. AAD kararının gerisinde ABD Anayasa Mahkemesi'nde görülen Griggs davası bulunmaktadır. AAD kararında, Griggs davasını aynen benimseyerek bu doğrultuda dolaylı ayrımcılığı tanımlamış, dolaylı ayrımcılığın unsurlarından söz etmiştir²¹⁷. AAD kararlarında dolaylı ayrımcılık yasağı, maddi eşitlik anlayışının bir görünüşü olarak değerlendirilmektedir²¹⁸.

Dolaylı ayrımcılığa örnek olarak, polis mesleğine kabul için 1.75 cm boy şartının aranmasını göstermek mümkündür. Bu şartta ilk görüşte bir ayrımcılığa rastlanmasa da konunun kadınlar açısından değerlendirilmesi halinde, şartın dolaylı bir ayrımcılık teşkil ettiği tespit edilebilmektedir²¹⁹. Bununla birlikte, kadınların çalışma hayatının erkeklere göre daha sık kesintiye uğradığı göz önünde bulundurulduğunda, kıdeme dayalı uygulamalar da cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığına neden olabilmektedir²²⁰. Görünüşte tarafsız bir uygulamanın, korunan gruplar üzerinde ayrımcı etkiler gösterdiği hallerde ve bu hallerin meşru kılınamaması durumunda dolaylı ayrımcılıktan söz edilmekte ve bu hallerde işverenin davranışlarında bir kastın olması şartı da aranmamaktadır²²¹.

Uygulamada en çok rastlanan *dolaylı cinsiyet ayrımcılığı* AB Hukuku'nda ilk kez 97/80 sayılı Yönerge'nin madde 2/2 hükmüyle tanımlanmaktadır. Tanıma göre dolaylı cinsiyet ayrımcılığı, amaca ulaşmak adına uygun ve gerekli olmayan, cinsiyetten bağımsız objektif sebeplerle gerekçelendirilemeyen ve görünürde tarafsız olan hüküm, ölçüt ya da uygulamanın, bir cinsiyettekilerin çok daha yüksek oranını mağdur etmesi halinde oluşmaktadır²²².

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığının tespitinde doğrudan ayrımcılığın tespiti için uygulanan yöntemler aynı şekilde benimsenmektedir. Bununla birlikte, dolaylı cinsiyet ayrımcılığının tespiti için işveren bünyesinde ve benzer işlerde çalışan kadın ve erkek işçilerin karşılaştırılması yoluna gidilmektedir. Karşılaştırma yapılırken önemli olan kıstas,

²¹⁷ BAKIRCI, s. 36.

²¹⁸ YENİSEY, s. 71.

²¹⁹ GÜL/KARAN, s. 15-16; YENİSEY, s. 71; Pir Ali KAYA, s. 58.

²²⁰ ÖZDEMİR, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 139-140.

²²¹ YILDIZ, s. 50-51; YENİSEY, s. 71-72.

²²² YILDIZ, s. 78; KAYA, s. 108-109.

ayrımcılığa neden olan muamelenin kadın işçiler aleyhine sonuçlanmasıdır. Karşılaştırma halinde önemli olan uygulamanın kendisi değil, meydana gelen sonuçtur²²³.

f. Dolayısıyla Ayrımcılık

Dolayısıyla ayrımcılık kavramına ilişkin gerek uluslararası belgelerde gerekse Türk Hukukunda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak dolayısıyla ayrımcılığın, bir kişinin kendi özelliği ile ilgili olarak değil, o kişi ile bağlantılı olan bir kişinin özelliği nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalması olarak tanımlanması mümkündür. Örneğin, bir restoranda hizmet bekleyen müşteriye cinsel yönelimi nedeniyle servis yapılmaması talimatı verilmesi üzerine, yine de bu kişiye servis yapan garsonun ayrımcı muameleye tabi tutulması halinde dolayısıyla ayrımcılıktan söz edilmektedir. Görüldüğü üzere bu örnekte garson kendi özelliği nedeniyle değil bir başkasının özelliği nedeniyle ayrımcı muameleye karşı karşıya kalmaktadır²²⁴.

Dolayısıyla ayrımcılığın genel olarak AB Hukukunda S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law davası ile kabul edildiğini söylemek mümkündür. Bu davada engelli bir çocuğu olan işçinin, çocuğuna bakabilmek için esnek çalışma saatleri talep etmesi nedeniyle ayrımcı muameleye tabii tutulması söz konusudur²²⁵. Söz konusu dava ile AAD, dolayısıyla ayrımcılığa yönelik içtihat oluşturarak, ayrımcılığın engelli kişilere yönelik değil, engelliliğe dayalı olarak yasaklandığını kabul etmektedir²²⁶.

g. Taciz

6701 s. TİHEKK kapsamında yer alan ‘Tanımlar’ başlıklı 2/j hükmüne göre taciz, “Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranışı” ifade etmektedir. Taciz, aynı kanunun 4. maddesi ile ayrımcılık türleri kapsamında sayılmaktadır.

Taciz kavramı ilk kez AB hukukunda 2000/78 sayılı düzenleme bünyesinde yer almıştır. Yönerge bünyesindeki düzenleme gereğince taciz, ayrımcılık yasağı kapsamında

²²³ YILDIZ, s. 78-79.

²²⁴ KARAN, s. 267-269.

²²⁵ S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. KARAN, s. 268 vd.

²²⁶ KARAN, s. 269.

değerlendirilmiştir²²⁷. Yönergede yer alan tanıma göre taciz kavramı, “*ayırım sebeplerinden birine bağlı olarak bir kimsenin onurunu çiğnemeyi ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturmayı amaçlayan veya o sonucu doğuran her türlü istenmeyen tavır anlamına gelmektedir.*”²²⁸

Yargıtay kararlarında ise taciz hakkında hedef alınan kişinin şerefine, kişiliğine, karakterine, inancına, değerlerine, yeteneklerine, tecrübelerine, birikimlerine, düşüncelerine, etnik kökenine, yaşam biçimine, kültür vb. yönlerine topluca bir saldırının söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bu saldırının dedikodu ve söylenti çıkarma, iftira atma, toplum önünde küçük düşürme, hafife alma, karalama, kötüleme, yok sayma gibi kişiyi zihinsel, ruhsal, fiziksel ve bedensel olarak etkileyecek eylemlere yapılmakta olduğu belirtilmekle birlikte; süreklilik göstermeyen, belli aralıklarla sık sık tekrarlanmayan, ara sıra münferit olarak meydana gelmiş birkaç haksız, kaba, nezaketsiz veya etik dışı davranışın taciz olarak nitelendirilmeyeceği hükme bağlanmaktadır²²⁹.

Tacizin ayrımcılık olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle tacize maruz kalan kişi tarafından istenmeyen bir davranışın söz konusu olması gerekmektedir. İkinci olarak taciz teşkil eden davranışın ayrımcılık temellerinden birine dayanması şartı aranmaktadır. Üçüncü olarak, kişinin onurunu zedeleyecek, düşmanlık içeren, küçük düşürücü ve saldırgan bir davranışın sergilenmiş olması gerekmektedir. Sonuncu şart ise, aranan nitelikteki davranışın belirtilen amaçlarla veya böyle bir amaç olmasa da bu şekilde etki doğuracak şekilde gerçekleşmiş olması gerekmektedir²³⁰.

Tacizin varlığını belirleyen unsur niyet değil, diğer kişilerin üzerinde bıraktığı etkidir. Bunun yanı sıra taciz kişinin özellikleriyle ilgili veya cinsel amaçlı fiziksel taleplerle de ortaya çıkabilmektedir²³¹. Bu kapsamda taciz kavramı, aşağıdaki başlıklar altında cinsel taciz ve psikolojik taciz olarak ikiye ayrılmak suretiyle incelenmektedir.

²²⁷ KAYA, s. 154.

²²⁸ KAYA, s. 183-184.

²²⁹ Y. 22. HD. T. 07.07.2017, E. 8155, K. 16633, kararın tam metni için bkz.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=22hd-2017-8155.htm&kw='2017/8155'#fm> (e.t. 04.12.2017); Aynı yönde, Y. 22. HD. T. 01.06.2017, E. 7875, K. 13057.

²³⁰ KARAN, s. 269-270.

²³¹ ODYAKMAZ/ KESKİN/DENİZ, s. 739.

i. Cinsel Taciz

Cinsel taciz kavramı, Sanayi Devrimi ile birlikte kadınların iş hayatına katılmasıyla ortaya çıkmıştır. Kadınların iş yaşamına katılması cinsel taciz olaylarında artış meydana getirmiş, ancak bu duruma karşı kadınlar bireysel olarak mücadele verememiştir. Bu dönemde yalnızca, ABD’de 1734 yılında bir grup kadın yanlarında çalıştıkları erkek ev sahipleri tarafından dövülmemeleri gerektiğini gazetede yayınladıkları bir ilanla dile getirmişlerdir. Cinsel tacize ilişkin ilk düzenlemeler ise kadınların 1860’lı yıllarda Hazine bünyesinde katip olarak çalışmaya başlamalarıyla söz konusu olmuştur. Ancak 1970’li yıllara kadar işyerinde kadınlara yönelik cinsel tacizin önlenmesi adına yeterli çalışmalar yapılmamıştır. 1970’li yıllara gelindiğinde çalışan kadınların sayısının artmasıyla işyerinde cinsel taciz olayları da artış göstermiştir. Cinsel taciz kavramı ilk kez Carmita Wood adlı kadın işçinin amirinin cinsel yaklaşımlarını tanımlamak üzere ABD Birleşik Çalışan Kadınlar Enstitüsü tarafından ifade edilmiştir²³².

Cinsel tacizin ilk kez yargıya taşınması ise ABD’de Barnes v. Train davası ile mümkün olmuştur. Dava konusu uyuşmazlık, amirinin cinsel taleplerini reddeden kadın işçinin, iş akdinin sonlandırılması ile gündeme gelmiştir. Ancak açılan dava Bölge Mahkemesi tarafından, amirin cinsel yaklaşımının işle ilgili olmaması nedeniyle reddedilmiştir. Bu karardan anlaşılacağı üzere, önceleri ABD Hukukunda cinsel taciz, cinsiyet ayrımcılığının bir türü olarak kabul edilmemiştir. Ancak 1976 yılında açılan Williams v. Saxbe davasında amirinin cinsel tekliflerini reddeden kadın işçinin işten çıkarılması üzerine Bölge Mahkemesi, cinsel tekliflerin reddedilmesi üzerine, amir tarafından misilleme yapılmasını cinsiyet ayrımcılığı kapsamında kabul etmiştir²³³.

Cinsiyet nedeniyle ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilen cinsel taciz, AB Hukukunda 2002/73 sayılı yönerge ile yasaklanmış ve madde 2/2 hükmünde, “*insan onurunu ihlal etme amacına yönelen 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 belirtilmiştir²³⁴. 2002/73 sayılı Yönerge ile ilk kez yasaklanan cinsel tacizin kavramının tanımı ise İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin

²³² BAKIRCI, *Cinsel Taciz*, s. 37-42.

²³³ BAKIRCI, *Cinsel Taciz*, s. 42-44.

²³⁴ ÖZDEMİR, *Cinsel Taciz*, s. 84-85; KAYA, 175.

Uygulanmasına Dair 2006/54 sayılı direktifte yer almaktadır. Direktife göre cinsel taciz, “özellikle yılgınlık uyandırıcı, hasmane, haysiyet kırıcı, aşağılayıcı veya saldırgan bir ortam yarattığı zaman kişinin onurunu çiğneme amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde, arzu edilmeyen sözle, söz dışında veya cinsel içerikli fiziksel davranışın herhangi bir biçiminin ortaya çıkması halleri”dir²³⁵.

İş Kanunu, TİHEKK ve Türk Borçlar Kanunu bünyesinde de cinsel tacize ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olmasına rağmen, kavrama ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiş, bu durum haklı eleştirilerin gündeme gelmesine neden olmuştur²³⁶. TİHEKK, bünyesinde yalnızca ‘taciz’ kavramının tanımına yer vermiş ve tacizi de ayrımcılığın bir türü olarak kabul etmiştir.

Gerek doktrinde yer alan tanımlardan gerek de kanuni düzenlemelerden yola çıkıldığından cinsel tacizden söz edebilmek için bazı unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre cinsel tacizin söz konusu olması için öncelikle arzu edilmeyen bir davranış mevcut olmalıdır. Bununla birlikte davranışın onur zedeleyecek nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu davranış, işyerinde yapılan işi tehlikeye sokacak nitelikte olmalı ve son olarak cinsel bir ilgiliyi içermelidir. Dört unsurun bir arada bulunması halinde cinsel tacizden söz edilebilmektedir²³⁷.

İş kanunu’nun ‘İşçinin haklı nedenle fesih hakkı’ başlığını taşıyan madde 24/II/b,d hükümlerinde, işçinin işveren veya diğer bir işçi tarafından cinsel tacize uğraması halinde, iş sözleşmesini feshedebileceğini belirtilmektedir. Ancak Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre kadın işçinin maruz kaldığı taciz olaylarının inandırıcı bir şekilde ortaya konulması güçlük teşkil etmektedir. Bu nedenle kararlarda “sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibariyle görgü tanıkları ile ispatı mümkün olmayan olaylardır” biçiminde ifade edilmektedir²³⁸. Yargıtay’ın önüne gelen somut bir olayda; işverenin genel müdür konumundaki başka bir işçisinin bir kadın işçiye cinsel ilişki teklifinde bulunması üzerine, bu teklif kadın işçi tarafından reddedilerek iş akdi haklı nedenle feshedilmiştir. Bu konuda Yargıtay, “davacının taciz olayını insan kaynaklarına bildirmesi ve amiri

²³⁵ ODYAKMAZ/KESKİN/DENİZ, s. 740.

²³⁶ ODYAKMAZ/KESKİN/DENİZ, s. 740-741.

²³⁷ KAPLAN, s. 174.

²³⁸ Y. 9. HD. T. 19.02.1998, E. 21644, K.2236, kararın tam metni için erişim:

<http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/49/iscinin-taciz-edilmesi-ve-mobing-nedeniyle-isten-c/?v=list&aranan=i%FEyinde%20cinsel%20taciz> (e.t. 19.05.2018).

konumundaki genel müdürden şikayetçi olarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi, arkadaşlarına olayın ayrıntılarını ve gizli yönlerini anlatması, yaşamış olduğu psikolojik bunalım ve depresyon teşhisi nedeniyle alınan doktor raporları, olayın yaratmış olduğu netice ile performans notunun düşük gösterilmesi davacının iddialarının ciddi ve olayın gerçekliği konusunda kanaat oluşturmaktadır” demektedir. Karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay, cinsel taciz kapsamında değerlendirilen muamelelerin ispatının güçlüğüne ortaya koymaktadır. Bu nedenle Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda “hayatın olağan akışı”na göre değerlendirme yapmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay bir kararında “Dosya içerisinde mevcut delillerin ve tanık anlatımlarının bütünlük içinde değerlendirilmesi neticesinde; davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına aykırıdır” demek suretiyle herhangi bir sebep yokken kadın işçinin olayları bu şekilde ispatlamak adına durumu dile getirmesini hayatın olağan akışına aykırı olarak değerlendirmekte ve bu nedenle kadın işçinin iş akdinin haklı nedenle feshettiğine karar vermektedir²³⁹. Yargıtay’ın başka bir kararına göre, “Taraflar arasındaki uyuşmazlık davalı işveren tarafından iş akdinin haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktalarında toplanmaktadır... Taraflarca dosyaya sunulan deliller birlikte değerlendirildiğinde: olayın akabinde görgü tanığı durumunda olan Nurcan Kasap’ın gerek davalı işveren tarafından yapılan idari soruşturmada, gerekse duruşmadaki ifadesi birbirini tamamlar ve doğrular durumdadır. Bu tanık beyanında her ne kadar olayın doğrudan görgü tanığı olmasa da, “...temizlik görevlisi Hatice’nin ağladığı, kendisine sorduğunda davacı işçinin kendisine arkadan sarıldığını ve öpmeye çalıştığını, kendisinin de onu itip yukarı çıktığını, bu nedenle ağladığını söylediğini..” beyan etmiştir. Öte yandan davacı işçi idari soruşturmadaki beyanında “..acele ile telefona koşarken elini kendisine çarptığını..kendisine terbiyesiz gibi birkaç laf söyleyerek odadan çıktığını....” söylemiştir. Olayın gelişimi dikkate alındığında, davacı işçinin haklı feshetme konu olan davranışı işlemiş olduğu dosya kapsamına göre somut delillerle ispat edildiği sonucuna ulaşılmaktadır”²⁴⁰.

Bununla birlikte aynı kanunun, ‘İşverenin haklı sebeple fesih hakkı’ başlıklı madde 25/II/c hükmüyle de işçinin, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması

²³⁹ Y. 9. HD. T. 4.11.2010, E. 2008/37500, K. 2010/31544, kararın tam metni için erişim: <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/49/iscinin-taciz-edilmesi-ve-mobing-nedeniyle-isten-c/?v=list&aranan=i%FFeyerinde%20cinsel%20taciz> (e.t. 20.05.2018).

²⁴⁰ Y. 9. HD. T. 11.2.2009, E. 2007/36469, K. 2009/2201, MANAV, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s. 752.

durumunda da, işverenin iş sözleşmesini feshedebileceği hükme bağlanmaktadır. Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında, “işyerinde bir işçinin aynı yerde çalıştığı, ancak tanımadığı diğer işçiye huzursuzluk verip, tacize varacak sözler söylemesi anlayışla karşılanamaz. Davacının aynı işyerinde çalışmak dışında hiçbir sosyal bir münasebeti bulunmadığı belirlenen kadın işçiye gönderdiği “...çok cici ve tatlı birisin ve sıcak kanlısın, seni kardeşim gibi görüyorum ve arkadaş olmak isterim seninle, yanlış anlama senin yaşında kızım var” sözleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde muhatabını taciz edici nitelikte olup, işçinin işverenin başka bir işçisine sataşma olduğu ve işverenin davacının bu eylemi nedeni ile yaptığı feshin haklı nitelikte olduğu anlaşıldığından Mahkemenin yazılı gerekçe ile davayı kabulü hatalı olup, davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmele...” demek ve aynı işyerinde olmakla birlikte sosyal medya üzerinden işverenin başka bir işçisinin kadın işçiye gönderdiği mesajları da taciz kavramında değerlendirmektedir²⁴¹.

Türk Borçlar Kanun ise madde 417/I hükmü ile işverenin; işçilerin cinsel tacize uğramamaları, uğramaları halinde daha fazla zarar görmemesi için gereken önlemleri almakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Madde hükmü ile işveren, bünyesinde çalışan işçiyi hem işveren vekillerinin hem de diğer işçilerin ve işyerine gelecek üçüncü kişilerin yapabilecekleri cinsel tacizlere karşı korumakla yükümlü kılmaktadır²⁴².

ii. Psikolojik Taciz (Mobbing)

Psikolojik taciz kavramı²⁴³ 6701 s. TİHEKK 2/g hükmünde ‘işyerinde yıldırma’ adı altında, “...kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan

²⁴¹ Y. 9. HD. T. 12.10.2015, E. 20326, K. 28093, kararın tam metnine erişim:

<http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/9810/tanimadigi-isciye-facebook-uzerinden-cok-cici-ve-t/?v=list&aranan=i%FEyerinde%20cinsel%20taciz> (e.t 20.05.2018).

²⁴² MANAV, *Ayrımcılıkla Mücadele*, s.752.

²⁴³ Doktrinde psikolojik taciz kavramı için farklı adlandırılmalar bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak; zorbalık, “iş/işgören tacizi, kötü muamele, duygusal taciz, kurban etme, haksızlığa uğratma, gözdağı verme/yıldırma/sindirme, sözlü taciz, yatay şiddet, psikolojik terör, psikolojik şiddet, işyerinde moral taciz, işyerinde psikolojik taciz, yıldır-kaçır adlandırılmaları gösterilebilir. Kavram her ne kadar farklı şekillerde tanımlansa da, söz konusu davranışın niteliği değişmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Gülnur Erdoğan, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Davranışlarının Hukuksal Açısından Değerlendirilmesi*, https://www.researchgate.net/profile/Gulnur-Erdogan/publication/258156998_ISYERINDE_PSIKOLOJIK_TACIZ_MOBBING_DAVRANISLARININ_HUKUKSAL_ACISINDAN_DEGERLENDIRILMESI_LEGAL_EVALUATION_OF_MOBBING_AT_WORK/links/0046352725affae86a000000/ISYERINDE-PSIKOLOJIK-TACIZ-MOBBING-DAVRANISLARININ-HUKUKSAL-ACISINDAN-DEGERLENDIRILMESI-LEGAL-EVALUATION-OF-MOBBING-AT-WORK.pdf, (e.t 06.04.2018), s. 5.

eylemeler” şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte aynı kanun madde 4/e hükmüyle, ‘işyerinde yıldırma’ olgusu, ayrımcılık türlerinden biri olarak kabul edilmektedir. TİHEKK bünyesindeki düzenlemelerin dışında psikolojik taciz hakkında İş Kanunu’nun madde 24 ve 25. madde hükümleri ile yalnızca cinsel tacizin mevcut olduğu durumlarda, iş sözleşmesinin feshine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, psikolojik tacize ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Psikolojik tacizin söz konusu olduğu hallerde, TBK madde 417 hükmü de uygulanabilmektedir. Madde hükmüne göre işveren, işçilerin psikolojik tacize uğramalarını engelleyecek önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. İşverenin gereken önlemleri almaması halinde işçiyi koruma ve gözetme borcunun ihlali gündeme gelmektedir²⁴⁴. Ayrıca bu düzenlemelerin dışında, psikolojik tacize ilişkin olarak, 19 Mart 2011 tarihli, 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi ‘İşyerinde psikolojik tacizin önlenmesi’ başlığı altında düzenlemelere yer vermiştir²⁴⁵.

İngilizce’de ‘mobbing’ olarak kullanılan, ancak TBK’da kullanıldığı şekliyle ‘psikolojik taciz’ kavramı, işyerlerinde meydana gelen muameleyi karşılayacak şekliyle ilk kez 1980’li yıllarda psikolog Heinz Leymann tarafından kullanılmıştır. Leymann, bir işyeri bünyesinde çalışanlar arasında görülen, benzer özellikler taşıyan ve belirli bir süreçte gerçekleşen zarar verici, düşmanca ve saldırgan davranışları psikolojik taciz (mobbing) olarak adlandırmaktadır²⁴⁶.

İşyerinde psikolojik taciz halinde kadınlar, erkeklere göre daha fazla mağdur olmakta ve daha çok etkilenmektedirler. Bunun nedeni olarak, yapılan araştırmalar neticesinde, kadınların saldırılara karşı koyabilme özelliklerinin erkeklere göre daha az olması gösterilmektedir²⁴⁷. Geleneksel olarak erkeklerin daha fazla yer aldığı iş kollarında, kadınların kendilerini kabul ettirene kadar yaptıkları işin dikkate alınmaması, hor görülmesi, dalga konusu yapılması, kaba şakalarla karşılaşması, önlerinin kesilmeye çalışılması en tipik psikolojik taciz durumları arasında sayılmaktadır. Bununla birlikte diğer psikolojik taciz durumlarına örnek olarak, kişinin düşmanlıktan zevk alması, mağdur durumda olanların durumundan keyif alınması, çıkar için her türlü yolun uygulanması,

²⁴⁴ KAPLAN, s.175.

²⁴⁵ ÇUKUR, s. 6;KAPLAN, 175,

²⁴⁶ ÇUKUR, s. 3-4; TINAZ, s. 14.

²⁴⁷ ERTÜRK/ ÖZDAMAR, s.1181-1182.

mağdurun birtakım grup kurallarına uymaya zorlanması, kayırmaya teşvik edilmesi gösterilmektedir²⁴⁸.

Psikolojik tacizin söz konusu olması için, davranışın kasten yapılması, sistematik olarak tekrarlanıyor olması, en az altı aydan beri tekrarlanıyor olması, mağdurun işyerinden uzaklaşmasının amaçlanması gerekmektedir²⁴⁹.

Psikolojik tacizin gerçekleşmesi sürecinde, psikolojik taciz uygulayıcıları, izleyiciler ve mağdurlar rol almaktadır. Psikolojik taciz, yöneticiler tarafından astlara karşı gerçekleşebileceği gibi, aynı pozisyonda yer alan çalışanlar arasında da gerçekleşebilmektedir. Astlara karşı yöneticiler tarafından gerçekleştirilen davranışlar dikey psikolojik taciz olarak adlandırılırken, aynı pozisyonda yer alanların sergilediği davranışları için yatay psikolojik taciz kavramı kullanılmaktadır²⁵⁰.

Psikolojik tacizin izleyicileri, sürece doğrudan katılmayan, ancak süreci algılayan ve yansımalarını yaşayan kişiler olarak tanımlanmaktadır²⁵¹. Psikolojik tacizin mağduru durumunda olan kişiler ise yalnız bir kişi olabileceği gibi, diğerlerinden farklı ve başkalarıyla kaynaşamayan herhangi acayip bir kişi de olabilmektedir. Bununla birlikte işyerinde çalışmaya başlayan yeni bir kişi veya başarılı bir kişi de psikolojik tacizin mağduru olabilmektedir. Psikolojik tacizin mağduru olan yalnız bir kişiye örnek olarak, çalışanların tamamını erkeklerin oluşturduğu bir işyerindeki kadın çalışanı göstermek mümkündür. Yalnızca diğerlerinden farklı giyinmesi nedeniyle veya sadece evlilerin çalıştığı bir işyerinde bekar olması nedeniyle psikolojik tacize uğrayan kişi ise acayip kişi olarak nitelendirilmektedir²⁵².

Cinsel tacizde olduğu kadar psikolojik taciz hallerinde de bu tür durumlarla karşı karşıya kalan işçilerin durumu ispat etmeleri güçtür. Bu konuda Yargıtay, *“işyerinde psikolojik taciz (mobbing) çağdaş hukukun son zamanlarda mahkeme kararlarında ve öğretide dile getirdiği bir hukuki kurumdur. Örneğin Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasden güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işçinin başta işveren olmak üzere*

²⁴⁸ BİLGİLİ, s. 9.

²⁴⁹ ERDOĞAN, *Mobbing*, s. 320.

²⁵⁰ BİLGİLİ, s. 4.

²⁵¹ TİNAZ, s. 21-22.

²⁵² TİNAZ, s. 21.

amirleri tarafından gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. (BAG, 15.01.1997, NZA. 1997) 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 kabulünü doğurur” demektedir²⁵³. Ayrıca başka bir Yargıtay kararı psikolojik tacizin ispatına ilişkin olarak, “Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek olmadığı, kişilik haklarına yönelik haksızlığın yeterli olduğu, ayrıca mobbing iddialarında şüpheden uzak kesin deliller aranmayacağı; davacı işçinin, kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguların ileri sürmesinin yeterli olduğu, işyerinde mobbing gerçekleşmediğini ispat külfetinin davalıya düştüğü”nü belirtmektedir²⁵⁴.

h. Makul Düzenleme Yapmama

Makul düzenleme yapmama kavramı TİHEKK kapsamında ‘Tanımlar’ başlıklı 2/i hükmünde, “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” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Ayrıca makul düzenleme yapmama kavramına 5387 sayılı Engelliler Kanunu’nda da yer verilmiştir. Kanunun madde 3/j bendinde makul düzenleme kavramına ilişkin olarak “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 eder denilmektedir. Her iki kanun bünyesinde yer alan bu maddeler birbirlerine benzerlik gösterse de, 5387 sayılı kanunda yer alan ve engellilerin yük olarak görüldüğü izlenimi uyandıran “yük” ibaresine TİHEKK kapsamında yer verilmemiştir. Ayrıca, 5387 sayılı kanunda yer alan “ölçüsüz” ibaresinin, makul düzenleme

²⁵³ Y. 9. HD. T. 14.03.2008, E. 3122, K. 4922, kararı tam metnine erişim: <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/50/iscinin-psikolojik-taciz-sonucu-istifasi/?v=list&aranan=psikolojik%20taciz%20mobbing> (e.t. 20.05.2018)

²⁵⁴ Y. 22. HD. T. 27.12.2013, E. 693, K. 30811, kararın tam metni için erişim: <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/377/isyerinde-mobbing/?v=list&aranan=psikolojik%20taciz%20mobbing> (e.t. 20.05.2018).

yükümlülüğünün azalmasına yol açabileceği göz önünde bulundurularak, yine TİHEKK bünyesinde yer verilmediği görülmektedir²⁵⁵.

TİHEKK kapsamında yer alan 4. madde hükmü ile ayrımcılık türleri kapsamında sayılan makul düzenleme yapmama kavramı, kanun metninden anlaşılacağı üzere engelli bireylere ilişkin düzenlemeyi içermektedir. Kanun maddesi kapsamında yer alan engelli bireyler için makul düzenleme yapılmasının dışında, farklı özelliklere sahip kişilere de insan hak ve hürriyetlerinden yararlanması bakımından fırsat eşitliğini sağlamak adına, makul düzenleme yapma yükümlülüğünden bahsedilebilmektedir²⁵⁶.

Ayrıca, 13 Aralık 2006 kabul tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin 1. maddesi ise engelli kavramını, diğer kişilerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu olan kişiler olarak açıklamaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki, tanımların ortak özelliği, tüm engellilerin bu kapsamda yer almadığını göstermektedir. Tanımlar genellikle engelliliğin belirli bir süre boyunca devam etmiş olmasını veya akıl sağlığının belli bir orana ulaşmış olmasını şart olarak belirtmekte, bütün kişiler bu tanımlara dahil edilmemektedir. Kişilere bedensel veya zihinsel engellerinden dolayı, engeli olamayan kişilere göre farklı muamelelerde bulunulması ve bu muamelelerin genellikle engellilerin aleyhine olup, bu farklılığın ortadan kaldırılması veya hiç oluşmamasına çalışılması gerekmektedir²⁵⁷.

Bununla birlikte işçilerin bakma yükümlü oldukları engellilerin söz konusu olması halinde de, bu işçilerin yükümlülüklerinin yerine getirmelerini sağlamak adına kolaylaştırıcı tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu konu ise kamu çalışanları için 657 sayılı Devler Memurları Kanunu kapsamında atamaları kapsayacak şekilde sınırlı bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. 657 sayılı Kanun'a dayanmak suretiyle çıkarılan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelik bünyesinde yer alan 13. madde hükmü gereğince “*memurun sağlık mazeretine dayanarak yer değiştirme talebinde bulunabilmesi için; kendisi, eşi, annesi, babası, bakmakla yükümlü*

²⁵⁵ KARAN, s. 309.

²⁵⁶ KARAN, s. 308.

²⁵⁷ ZEYİNOĞLU, s. 183.

olduğu çocukları ve yargı kararı ile vasi tayin edildiği kardeşinin hastalığının görev yaptığı yerde tedavisinin mümkün olmadığı veya mevcut görev yerinin söz konusu kişilerin sağlık durumunu tehlikeye düşüreceğini eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporu ile belgelendirmesi gerekir” denilmektedir²⁵⁸.

Bu konuda benzer bir düzenleme de 4857 sayılı İş Kanunu’nda Ek Madde 2 kapsamında yer almaktadır. Madde hükmü gereğince, *“işçilerin en az yüzde yetmiş oranında engelli veya süregelen hastalığı olan çocuğunun tedavisinde, hastalık raporuna dayalı olarak ve çalışan ebeveyninden sadece biri tarafından kullanılması kaydıyla, bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde on güne kadar ücretli izin verilir”* denilmekteyse de söz konusu düzenlemelerin oldukça sınırlı olması nedeniyle eleştirildiği görülmektedir²⁵⁹.

Engellilik durumuna dayalı ayrımcılık, AB Mevzuatında 2000/78 sayılı Direktif ile de yasaklanmış bulunmaktadır. Direktifin 5. maddesi, *“özürlülerle ilgili olarak eşit muamele ilkesine uygun davranabilmeyi temin edebilmek maksadıyla makul ölçüde yardımcı olunur. Demektir ki işverenler, özel bir durum gerektirdiğinde, işverene orantısız bir yük yüklediği takdirde, özürlü bir kimsenin işe girmesi, katılması veya işte ilerlemesi için veya eğitimden geçmesi için uygun önlemleri alır. Söz konusu yük, ilgili Üye Devletin özürlüler politikası çerçevesinde mevcut önlemler yeterli çare getirdiği takdirde oransız olmaz”* demektedir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, engellilere yönelik ayrımcılık yasaklanmakta, ancak engelli olarak kimin bahsedilen korumalardan yararlanacağı anlaşılmamaktadır. Bu durumda taraf devletlerin kendi hukuk düzenlerine, düzenlemelerden kimlerin yararlanacağını açıklığa kavuşturmaları gerekmektedir.

i. Varsayılan Temele Dayalı Ayrımcılık

Varsayılan temele dayalı ayrımcılık kavramı, TİHEKK kapsamında Tanımlar başlıklı madde 2/m hükmü gereğince *“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 kalmasını”* ifade etmektedir.

²⁵⁸ Yönetmeliğin tam metni için bkznz. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.836525.pdf> (e.t. 04.07.2018).

²⁵⁹ KARAN, s. 310.

§10. İŞ İLİŞKİLERİNDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

I. İŞE ALIM SIRASINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Anayasanın ‘Çalışma hakkı ve ödevi’ başlıklı 48. maddesi uyarınca, herkes çalışma hakkına sahiptir. Ancak bu doğrultuda yine Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenen ve Borçlar Hukuku’nun temel ilkelerinden biri durumunda olan ‘sözleşme serbestisi’ ilkesi gereğince işveren de dilediği kişilerle sözleşme yapma hakkına sahip bulunmaktadır. Bununla birlikte İş Kanunu kapsamında yer alan düzenlemeler doğrultusunda, işverenin sözleşme yapma serbestisi mutlak olmayıp cinsiyet ayrımcılığının söz konusu olmasının önlenmesi adına bazı hallerde sınırlandırılmıştır²⁶⁰.

İşe alım sırasına karşılaşılan cinsiyet ayrımcılığına dayanan muamelelerin önlenmesi adına hukukumuzda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu 5/3. maddesi ile, “*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*” demek suretiyle iş sözleşmesinin yapılması sırasında kadın ve erkekler arasında ayırım yapılamayacağını hükme bağlasa da, bu madde hükmünde, işe alım yapılması esnasında, kadınların korunmasına yönelik bir düzenleme yer almadığı görülmektedir. Aynı maddenin 6. fıkrası ile madde hükmüne aykırı davranışların varlığı halinde uygulanacak yaptırımlar düzenleme konusu yapılsa da işe alım sırasında ve iş duyurularında ayrımcı muamelelerin yapılması hali için herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir²⁶¹. Her ne kadar Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Dair Sözleşme (CEDAW) ile bu ayrımcı muameleler yasaklanmış olsa da, bu kapsamda hukukumuzda yasal düzenleme yapılması bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶².

Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme’nin 11. madde hükmüne göre, taraf devletler, kadın ve erkek eşitliği temelinde istihdam konularında kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik bütün uygun önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Bununla birlikte sözleşmenin 2. maddesi ile herhangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek ve kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları değiştirmek veya feshetmek için

²⁶⁰ ÖZDEMİR, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 146.

²⁶¹ YILDIZ, s. 198; BİLİR, s. 92-93.

²⁶² YENİSEY, *Kadın Erkek Eşitliği*, s. 20; SÜZEK, s. 477.

yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün önlemlerin taraf devletlerce alınacağı belirtilmiştir. Madde hükümleri doğrultusunda, Personel Temininde Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi başlığını taşıyan 2004/7 sayılı Başbakanlık Genelgesi²⁶³ çıkartılarak, genelge ile tüm kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel temin edilmesi sırasında yapılacak işlemlerde de kadın ve erkekler arasında ayırım yapılmaması gerektiği hükme bağlanmıştır²⁶⁴.

Anayasa'nın 70. maddesi hükmü gereğince her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir ve hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir nitelik aranarak ayrımcılık yapılamamaktadır. Görüldüğü üzere, 2004/7 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Anayasa'nın 70. maddesiyle de uyumludur. Madde hükmü kamu hizmetleri bakımından düzenleme içeriyor olsa da aynı madde hükmü özel sektör için de geçerli olmaktadır²⁶⁵.

Ayrıca TİHEKK kapsamında yer alan 6. maddesinin ilk fıkrasında, iş ilişkisinin kurulması, devamı ve son ermesi aşamalarında işveren tarafından ayrımcı muamelelerin yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu madde hükmü, *“işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz”* demektedir²⁶⁶.

Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu kapsamında da cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. TCK 122. madde hükmünde işverenin işe alımlarda ayırım yapmama yükümlülüğü altında olduğunu düzenleyerek işverenin ayırım yapması durumunda cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Madde hükmüne göre, *“kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak ... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan ...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para*

²⁶³ Genelgenin tam metni için bknz. http://www.basbakanlik.gov.tr/genelge_pdf/2004/2004-0320-01140.pdf

²⁶⁴ SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 244.

²⁶⁵ BİLİR, s. 93.

²⁶⁶ SÜZEK, s. 491-492.

cezası verilir.” Her ne kadar İş Kanunu 5/3. madde hükmü yalnızca cinsiyet ve gebelik hallerinin varlığı halinde iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamış olsa da TCK madde 122. hükmü ve Anayasa 10. madde hükmü beraber değerlendirildiğinde diğer ayrımcılık sebepleriyle de iş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık yapılamayacaktır²⁶⁷.

1. İş Duyurularında Cinsiyet Ayrımcılığı

İş hukuku kapsamında, uygulamada cinsiyete dayalı ayrımcı muamelelerin yalnızca iş ilişkisi sürecinde değil, aynı zamanda iş duyuruları sırasında da meydana gelebildiği göz önünde bulundurulduğunda, işveren tarafından sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak verilen iş ilanlarında ayrımcı ifadelerin yer alması durumunda, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırılık söz konusu olmaktadır.

Örneğin bir iş ilanında yalnızca erkeklerin işe alınacağını belirtmesi veya bu anlama gelecek ifadelerin kullanılması hallerinde somut olayın özelliğine göre, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık halleri söz konusu olmaktadır²⁶⁸. Bununla birlikte ilanlarda doğrudan erkek adaylara duyuru yapılmayıp örneğin 1.85 cm boy şartı aranması da ayrımcılık hallerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür ilanların söz konusu olduğu hallerde, sadece erkek adayların başvurmaları belirtilmese de ilanların özellikle erkek adaylara hitap ettiği açıkça görülmektedir²⁶⁹. Bahsedilen iş ilanları kadınların başvurularını engelleyici bir niteliğe sahiptir²⁷⁰.

Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği tarafından iş duyuruları sırasında cinsiyet ayrımcılığı yapıldığı iddiasına ilişkin olarak, Maden Tetkik ve Arama ile ÖSYM aleyhine “Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için, ‘Cinsiyeti erkek olmak’ ibaresini içeren düzenlemenin iptali istemiyle açılan” dava sonucunda Danıştay 12. Dairesi’nin verdiği kararda da duyuru kapsamında yer alan erkek olma şartının iptaline karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde Anayasanın 10. ve 70. maddelerinin öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenen koşulda hukuka uyarlık bulunmadığı ve anılan Anayasa hükümleri gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına personel alımlarında, başvuru şartlarının görevin

²⁶⁷ YENİSEY, *Kadın Erkek Eşitliği*, s.18.

²⁶⁸ SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 244; YILDIZ, s. 201.

²⁶⁹ YÜKSEL, s. 143.

²⁷⁰ ÖZDEMİR, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 148.

gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda eşitlik ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasanın yukarıda yer verilen hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, herkes cinsiyet yönünden kanun önünde eşittir. Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Danıştay'ın bir kararına göre, *“Anayasanın 10. madde hükmü ile getirilen yasak, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmamaktadır. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında değişik uygulamalar yapılamamaktadır. İdare hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır”²⁷¹.*

İşverenin bu tür kriterleri şart koşarak verdiği ilanlar Anayasa'nın 10. maddesinde düzenleme konusu yapılan eşitlik ilkesine aykırı olmakla birlikte; Medeni Kanun hükümleri bakımından değerlendirildiğinde kişilik haklarının ihlal edilmesine de neden olmaktadır. Bu nedenle personel alımına ilişkin kamuya duyurulan iş ilanlarında, işin niteliği gerektirmedikçe belirli bir cinsle hitap eden ifadeler yer verilmemesi ve belirli bir cinsin mağdur edilmemesi gerekmektedir²⁷². Yalnızca belli bir cinsle yönelik iş ilanı verilebilmesi için, yapılacak işin salt bir cinsle münhasır olması veya o işi yapmanın diğer cinsten beklenmemesi gerekmektedir. Örneğin kadın kıyafetlerinin sunulacağı bir defile

²⁷¹ D. 12. Daire, 2004/4382 E. 2006/539 K. 22.02.2006, kararın tam metni için bkz.

<https://www.tmmob.org.tr/hukuk/mahkeme-kararlari/mta-cinsiyet-ayrimciligi-davasi-karari> (e.t. 15.05.2018)

²⁷² YÜKSEL, s. 142-143.

için kadın manken alımı yapılacağı belirtilmesi bu kapsamda cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilememektedir²⁷³.

Bununla birlikte 6701 sayılı TİHEKK kapsamında da işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişilerin istihdamın her aşamasında olduğu gibi iş duyuruları sırasında ayrımcı muamelelerde bulunmasının yasaklanmış olduğunu düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre kanunun 6. maddesi ile “İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz” demekte ve devamında yer alan 2. fıkra ile “birinci fıkra 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 kapsar” demektedir.

2. İş Görüşmeleri Sırasında Cinsiyet Ayrımcılığı

İşe alım esnasında belirli bir cinsiyete mensup olanlara fırsat tanınması veya bu amaçla kriterler kullanılması hak ve fırsat eşitliğini zedelemektedir. Bu kapsamda işverenlerin, iş görüşmesi yaptıkları sırada adayları objektif seçim yöntemlerine tabi tutmaları gerekmektedir. İşverenin tek kriteri cinsiyet olmamalı, adaylar eşit muameleye tabi tutularak bilgisi, becerileri ve yetenekleri bakımından değerlendirilmelidir²⁷⁴.

İşverenin, işe ihtiyacı olan işçi karşısındaki güçlü durumu düşünüldüğünde, işçinin korunmaya ihtiyacı olduğu görülmektedir. Güçsüz olan işçinin işe alım sırasında kişilik haklarına aykırı sorular veya testlerle karşı karşıya kalması gibi durumların önlenmesi bakımından işçilerin korunmasına yönelik özel tedbirlerin uygulanması gerekmektedir. İş görüşmeleri sırasında işe ihtiyacı olan adaylar, işe kabul edilmek için işvereni yanıltan cevaplar verebilmektedir. Bu kapsamda iş görüşmeleri sırasında işçilere yönlendirilebilecek

²⁷³ ÖZDEMİR, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 148.

²⁷⁴ YÜKSEL, s. 146.

soruların kişilik haklarının ihlaline sebebiyet vermeyecek ve işin ifası bakımından önem arz edecek nitelikte olması gerekmektedir.

Uygulamada, iş görüşmeleri sırasında kadın adayların hamilelik ve evlilik durumlarına yönelik soruların sıklıkla sorulduğu görülmektedir. İşin niteliği gereği kadınların hamilelik durumlarına ilişkin soruların bazı hallerde sorulması mümkündür. Ancak sorulacak soruların Medeni Kanun'un 2. maddesine aykırı olmaması gerekmektedir. Bu kapsamda örneğin mankenlik mesleğini icra edecek bir adayla yapılacak görüşmeler sırasında adayın hamile olup olmadığına yönelik sorular sorulabilmektedir. Ancak adaylara hamilelik testi yapılması mümkün değildir²⁷⁵.

Adaylara hamilelik durumu veya çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediğine dair yöneltilen soruların, işverenin yükümlülükleri bakımından sorulması halinde, bu sorular eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmemektedir. Örneğin işveren tarafından, toplu iş sözleşmesi ile evli ve çocuklu olan çalışanlara asıl ücrete ek ödemeler yapılacaksa, bu tür sorular önem taşımakta ve sorulması caiz görülmektedir²⁷⁶.

İşveren tarafından sorulan soruların işin niteliğinin dışına taşması halinde aday tarafından verilen cevapların gerçeği yansıtmaması hali, İş Kanunu'nun 25/II hükmü gereğince işvereni yanıltma kapsamında değerlendirilmemektedir. İş Kanunu'nun 'İşverenin derhal fesih hakkı' başlıklı madde 25 hükmüne göre, iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek ya da gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller kapsamında değerlendirilmektedir. Madde hükmünün uygulama alanı bulabilmesi ancak hamilelik durumunun işin görülmesi bakımından engel teşkil etmesi halinde mümkün olmaktadır. Kadın işçi, hamilelik nedeniyle üstleneceği işi yerine getiremeyecekse, hamilelik ile görülecek iş bağdaşmıyorsa, bu halde iş görüşmeleri sırasında hamileliğin saklanması işverenin 25/II hükmüne dayanarak iş akdini haklı nedenle sona erdirmesini mümkün kılmaktadır. Bu hüküm ancak işverenin, adayın hamile olduğunu bilmesi halinde ona işe almayacağı durumlarda uygulama konusu yapılabilmektedir²⁷⁷. Örneğin yapılacak iş veya iş için kullanılması gereken maddelerin

²⁷⁵ BİLİR, s. 94; SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 246.

²⁷⁶ YÜKSEL, s. 153.

²⁷⁷ YÜKSEL, s. 158-159.

anne ya da bebeğin sağlığını olumsuz etkileyecek nitelik taşıması halinde, iş görüşmelerindeki adaya hamile olup olmadığına yönelik soruların sorulması mümkün olmakla birlikte bir gerekliliktir.

Bununla birlikte belirli süreli iş sözleşmelerinin varlığı halinde, kadın işçilerin hamilelik durumuna ilişkin soruların ayrımcılık teşkil etmediği kabul edilmektedir. Örneğin işveren bir projenin yürütülmesi adına sekiz ay süresince işçi çalıştırmak istemekteyse, projenin kesintiye uğramaması amacıyla iş görüşmesi sırasında kadın adaylara hamile olup olmadıklarını sorabilmektedir²⁷⁸.

İş sözleşmesinin kurulması sırasında Borçlar Kanunu'na ilişkin hükümler de uygulanabilmektedir. Örneğin iş sözleşmesinin kurulması aşamasında kadın adayın hamile olduğunu bilmemesi halinde ve işin niteliği kadının hamile olmaması gerektiriyorsa bu halde, saik hata gündeme gelmektedir. Buna göre Borçlar Kanunu madde 24 hükmü gereğince, taraflar sözleşme yapmalarına etki eden hususlarda yanılmışlarsa bu durumda saik hata söz konusu olmaktadır. Saik hatası kural olarak esaslı hata sayılmamaktadır. Ancak bu konuda doktrinde farklı görüşlerde bulunmaktadır. Bu görüşe göre, iş sözleşmesinin kurulmasından sonra hamilelik durumunun ortaya çıkması halinde işverenin saik hata hükümlerini ileri sürerek sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmamaktadır. Görüşün gerekçesi ise hamileliğin geçici biyolojik bir olay olması ve bu olayın işin ifasını geçici bir süre etkilemesidir²⁷⁹.

Diğer görüş ise bu halde somut olayın özelliklerine göre işverenin iş akdini feshetme imkanına sahip bulunduğunu ileri sürmektedir. Örneğin belirli süreli iş sözleşmelerinin söz konusu olduğu hallerde iş 10 aylık bir dönemden ibaretse ve kadın işçinin hamileliği ortaya çıkmışsa, kadının işçinin sağlığı için o işyerinde daha hafif bir işte çalışması gerekecekse bu durumda işveren esaslı bir hataya düşmesi sebebiyle iş akdini sonlandırabilme imkanına sahip olmaktadır²⁸⁰.

Bununla birlikte 6701 sayılı TİHEKK kapsamında, iş görüşmeleri sırasında kadınlara karşı cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi adına 6. maddenin 1. fıkrası işle ilgili hiçbir süreçte ayrımcılığın yapılamayacağını belirtmektedir. Devamında yer alan 2. fıkra ise, birinci fıkranın iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve

²⁷⁸ YILDIZ, s. 198-199.

²⁷⁹ YÜKSEL, s. 163-164.

²⁸⁰ BİLİR, s. 96-97.

yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsadığını belirtmektedir. Ayrıca TİHEKK, iş görüşmelerinde ayrımcılığın önlenmesi için, “işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez” demek suretiyle bu hususu 6/3 kapsamında hükme bağlamaktadır.

II. ÇALIŞMA KOŞULLARININ UYGULANMASINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

İşverenin eşit davranma borcu ve ayrımcı muamelelerden kaçınma yükümlülüğü, iş sözleşmesinin devamı sürecinde de söz konusu olmaktadır. İş sözleşmesinin kurulmasından sonraki süreçte işverenin eşit davranma ve ayrımcılık yasaklarına aykırı davranmama borcu daha geniş bir nitelik kazanmaktadır. İşçi ile işveren arasındaki bağımlılık unsurunun bir sonucu olarak, bir yanda işçinin emir ve talimatlara uyma borcu, diğer yanda ise işverenin yönetim hakkı bulunmaktadır²⁸¹.

İşverenin yönetim hakkı kapsamına, işin nerede, nasıl, ne zaman hangi sıraya göre, kimin tarafından yapılacağı; işin görülmesine yönelik talimatlar verilmesi, tek taraflı kurallar koyma ve düzenlemeler getirme yetkisi girmektedir. İşveren bahsedilen yönetim hakkını kullanırken keyfi ve objektif olmayan tutumları ile eşitlik ilkesine aykırı davranma imkânı bulabilmektedir. Geçerli bir talimattan bahsedilebilmesi ancak talimatın işverenin yönetim hakkının sınırları dâhilinde ve hukuka uygun olması halinde mümkün olabilmektedir. Bu nedenle işverenin yönetim hakkı dürüstlük kuralları çerçevesinde, işçinin kişilik haklarını ihlal etmeyecek şekilde İş Kanunu 5. madde hükmüne uygun olarak kullanılmalıdır²⁸².

İşveren tarafından verilen talimatın, yönetim hakkı sınırlarını aşması halinde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gündeme gelmektedir. Bu durumda, işverenin yönetim hakkı sınırlarını aşan talimatları, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasakları, temel insan hakkı olarak değerlendirildiğinden, bunlara aykırılık halinde TBK madde 19 ve 20 hükmü gereğince söz konusu talimatlar geçersiz sayılmalıdır. Bu kapsamda söz konusu talimatlar

²⁸¹ SUR, s. 41; TUNCAY, s. 157-158; BİLİR, s. 100.

²⁸² KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s.21; YILDIZ, s. 206; YÜKSEL, s. 175-176.

hüküm ve sonuç doğurmayacağı gibi, işveren bu talimatlarını yerine getirmeyen işçiye karşı yaptırım da uygulayamamaktadır²⁸³.

Bununla birlikte, istihdamın diğer aşamalarında olduğu gibi iş sözleşmesinin uygulanması aşamasında da ayrımcı muamelelerin söz konusu olması halinde, bu durum TİHEKK kapsamında da yasaklanmış bulunmaktadır. Bu doğrultuda TİHEKK 6. madde hükmü ile iş sözleşmesinin uygulanması aşamasında da işveren veya işveren tarafından yetkilendirilen kişilerin ayrımcılık yapamayacağını belirtmiş bulunmaktadır.

İş sözleşmesinin uygulanması sırasında cinsiyet ayrımcılığı, çalışma koşullarına yönelik, mesleki yükselme aşamalarında, ücret veya eklerinin ödenmesinde ve sözleşme tiplerinin farklılıklarına göre de gündeme gelebilmektedir. Bu çalışma kapsamında, iş sözleşmesinin uygulanması sırasında en sık rastlanan cinsiyet ayrımcılığı halleri inceleme konusu yapılmaktadır.

1. Çalışma Koşullarında Cinsiyet Ayrımcılığı

İşçi ile işveren arasında yapılan hizmet sözleşmesi, kural olarak işçinin hangi işte çalışacağını, çalışma yerinin neresi olacağını göstermektedir. Gösterilmemesi halinde ise, işçinin çalışma yeri, halin gereğinden elde edilen sonuca göre belirlenmektedir²⁸⁴. İşçinin bir yerden bir yere nakli, işlerin ve kadroların dağıtılması işverenin yönetim yetkisi kapsamında bulunmaktadır. Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmeleri ya da iş sözleşmelerine aykırı olmayacak şekilde ve bu sınırlar dâhilinde, işveren tarafından verilen talimatlara işçiler uymakla yükümlüdür²⁸⁵.

İşverenin, bünyesinde çalışan işçiye yeni çalışma alanları sunması, işçilerin bilgi ve deneyim elde edebilmelerini sağlamak bakımından mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte işyerinin nakledilmesi veya işverenin birden fazla işyeri olması halinde de işçilerin başka bir yerde çalışmaları gerekebilmektedir. Ancak bu tür uygulamaların söz konusu olması halinde işveren, işçiler arasında cinsiyet ayrımcılığına sebebiyet vermeme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. İşveren, yeni bir iş alanını tanımları adına işçilerin yerlerini değiştirirken cinsiyet ayrımcılığına sebebiyet verecek davranışlarda bulunabilmektedir. Bu durumun ispatlanması ise her zaman mümkün olmamaktadır. Ancak

²⁸³ YILDIZ, s. 208-209.

²⁸⁴ TUNCA, s. 158.

²⁸⁵ BİLİR, s. 99.

bazı hallerde işverenin ayrımcılık kastı açıkça görülebilmektedir. Örneğin, kadın işçi ile yapılan hizmet akdi kapsamında, kadın işçinin hamile kalması halinde daha düşük rütbeli veya daha az sorumluluk gerektirecek bir pozisyonda işe devam edeceğine dair hükümlerin yer alması ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında, hamile kalan kadın işçiye, ücretinde herhangi bir azalma olmaksızın, daha az efor sarf etmesini sağlayacak bir pozisyonda çalışmayı önermesi ayrımcılık kapsamında değerlendirilmemektedir²⁸⁶.

Kadın işçinin, çalışma yerinin değişmesi halinde, bu işçi, işyerinde kendisiyle aynı kalitede ve durumda olan başka işçilerin olmasına rağmen sadece kendisinin çalışma yerinin değişmesini gerekçe göstererek ayrımcı muameleye uğradığını iddia edememektedir. Bu durumun nedeni işverenin hizmet akdinin tarafı olarak davranmış olmasından yani bireysel alanda bir işlem yapmasından kaynaklanmaktadır. Bu halde kadın işçi ancak iş koşullarında esaslı değişikliklerin meydana gelmiş olduğunu veya başkalaştığını ileri sürmek suretiyle iş akdini İş Kanunu madde 24/II hükmü gereğince haklı nedenle feshedebilme imkanına sahip bulunmaktadır²⁸⁷. İş Kanunu madde 22 hükmüne göre, kadın işçinin hamile olması ya da cinsiyeti sebebiyle işinin ya da işyerinin değiştirilmesi halinde esaslı değişiklik söz konusu olduğundan, kadın işçi tarafından esaslı değişiklik 6 iş günü içinde kabul edilmezse; işveren mevcut durumda işçi ile çalışmaya devam etmelidir. Ancak işverenin geçerli başka bir nedeninin olması halinde iş sözleşmesini feshetme imkanı bulunmaktadır. İşveren iş sözleşmesini feshetmez ve işçi de işe kabul etmezse iş akdini feshetmiş sayılmaktadır.²⁸⁸

İşverenin yönetim hakkını kullanırken eşit davranma borcuna uygun hareket etmesinin yanında, disiplin hükümlerini uygularken ve fazla çalışmaya katılacak işçileri belirlerken de eşitlik ilkesine aykırı davranmamak ve cinsiyet ayrımcılığına neden olacak muamelelerden kaçınmak zorundadır²⁸⁹.

Disiplin cezası, işverenin yönetim yetkisi kapsamında yer almakta ve işin iyi bir şekilde yürütülmesi ile işyerinin düzeninin sağlanması amacıyla, disipline ilişkin hükümler, hizmet akitleri ve toplu iş sözleşmeleri hükümlerinde belirlenmektedir. Ancak hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmelerinde disiplin konusunda düzenleme bulunmaması

²⁸⁶ YÜKSEL, s. 181-182.

²⁸⁷ TUNCA, s. 160-161; YÜKSEL, s. 182.

²⁸⁸ BİLİR, s. 102.

²⁸⁹ SÜZEK, s. 480.

halinde, işveren bu yetkisini kötüye kullanabilmektedir. Bu nedenle işveren disiplin cezası verme yetkisini dürüstlük kurallarına uygun biçimde ve eşit davranma ilkesine aykırı olmayacak şekilde kullanmak zorundadır²⁹⁰. Örneğin işveren yalnızca bir cinse mensup olanları yoğun denetim altında tutarken diğer cinse daha toleranslı davranması eşitlik ilkesine ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir.

Bununla birlikte işveren, fazla çalışma hallerinde de fazla çalışmaya katılacak işçilere karşı eşit davranma ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür. Fazla çalışmaların ek kazanç sağladığı göz önünde bulundurulduğunda, işveren isteklileri sıraya koyacak ve bu şekilde fazla çalışma şartlarını düzenleyecek şekilde işlem yapmak zorundadır. Bu halde kadın işçilerin fiziksel ve biyolojik özellikleri nedeniyle yoğun çalışma temposuna uyum sağlayamayacağı düşüncesinden yola çıkarak fazla çalışma hallerinden muaf tutulması eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Ancak işveren, bu konuda objektif değerlendirmeler yapmak suretiyle, örneğin yeni doğum yapmış kadın işçilere fazla çalışma yaptırmaması veya çalışma düzenini bu duruma göre belirlemesine yönelik talimatları eşit davranma ilkesine aykırı sayılmamaktadır²⁹¹.

Bazı hallerde işveren, işin gereği nedeniyle işçilerin giyimleri, dış görünüşleri veya saç modellerine karışabilme imkanı bulmaktadır. Bu tür durumlarda örneğin kadın giyim eşyaları satılan işyerlerinde çalışan tezgâhtar kadın işçilerin saçlarının bakımlı olması, giyimlerinin dikkatli seçilmesi işveren tarafından istenebilmektedir. Ancak işverenin bu yönde verdiği talimatlar fiziksel çekiciliğin ön plana çıkartılmasına yönelik olmamak zorundadır. Aksi haldeki talimatlar kişilik haklarının ihlali niteliği taşımaktadır²⁹².

2. Mesleki Yükselmede Cinsiyet Ayrımcılığı

İşçilerin mesleklerinde yükselmeleri (terfi) ve ilerlemeleri de işverenin yönetim hakkı kapsamında yer alan bir yetkidir. İşçilerin mesleklerinde yükselmelerine ilişkin hususlar, hizmet akitleri ve toplu iş sözleşmeleri ile belirlenmektedir. İşçilerin yükselmesine ilişkin hususların hizmet akitleri ve toplu iş sözleşmesi kapsamında düzenleme konusu yapılmaması halinde ise işverenin keyfi ve ayrımcılığa yönelik davranışları gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle belirli koşulların varlığı halinde

²⁹⁰ TUNCA, s. 166-167.

²⁹¹ YÜKSEL, s. 184.

²⁹² TUNCA, s. 165; BİLİR, s. 101.

gerçekleşen yükselmelerin keyfi ve gerçek dışı nedenlere dayanarak yapılmaması gerekmektedir²⁹³.

Uygulamada kadın çalışanların yükselme sırasında ayrımcı muamelelerle karşılaştığı sıklıkla görülmektedir. Örneğin kadın ile erkek işçiler işe girdikten sonra aynı terfi olanaklarına tabi tutulmamaktadır. Bu kapsamda aynı statüde olup eşit niteliklere sahip işçiler arasından öncelikle erkek işçiler terfi ettirilmekte, kadın işçiler ise terfi olanağı bulunmayan işlerde çalıştırılmaktadır. Bu nedenle işverenlerin, işçilerin terfi ettirilmesinde mesleki yeterlilik, ehliyet, kıdem gibi objektif kriterleri esas almak suretiyle kararlarını oluşturmaları gerekmektedir.

Çalışanların meslekte yükselmelerinde kıdem ve liyakatleri göz önünde bulundurulmaktadır. Liyakat, işçinin mesleki yeterliliği, kişiliği, çalışkanlığı ve becerisini kapsayan bir kavram olup bu kavramın işçi bakımından değerlendirilmesi ise işverenin inisiyatifinde bulunmaktadır. Kıdem ise işçilerin mesleki yükselmelerinde ele alınan diğer bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerek liyakat gerekse kıdem ölçütü, işverenin takdir yetkisine bağlı olmadığından, bu ölçütlerin objektif olarak kullanılmaması eşit davranma ilkesinin ihlali ile sonuçlanabilmektedir. Özellikle kadın işçilerin işletme ve işyerlerinde erkek işçilere göre daha az kıdeme sahip olması durumu, kadınların biyolojik işlevi ve aile sorumluluklarından kaynaklanmaktadır. Aile sorumlulukları nedeniyle iş hayatına ara vermek durumunda kalan kadın işçiler erkek işçilere kıyasla daha az kıdeme sahip olmaları nedeniyle terfi kararlarının alınması aşamasında olumsuzluklarla karşılaşmaktadır. Bu durumda her ne kadar işveren karar verme aşamasında objektif davranarak kıdem esasına göre tercih yapsa da kadın işçiler bakımından dolaylı cinsiyet ayrımcılığı halleri gündeme gelmektedir²⁹⁴.

İşçilerin mesleklerinde ilerlemeleri bakımından ele alınan diğer kriterler ise işyeri nakillerine hazır olma, yoğun çalışma saatlerine ayak uydurma, işyerindeki mesleki eğitim programlarına katılım olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bahsedilen bu kriterler kadınların aleyhine işlemektedir. Kadınların aile sorumlulukları ve biyolojik özellikleri

²⁹³ TUNCAI, s. 176.

²⁹⁴ YÜKSEL, s. 177-178.

dikkate alındığında, kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık yaratan kriterlerin objektif haklı temellere dayandırılması gerekmektedir²⁹⁵.

3. Ücret Uygulamalarında Cinsiyet Ayrımcılığı

Uygulamada işçilerin ücretlendirilmede eşit olmayan muamelelerle karşılaşması çok sık rastlanan bir durum olmakla birlikte, eşit olmayan ve ayrımcı muamele taşıyan bu uygulamaların önüne geçilmesi adına gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse ulusal mevzuatlarda pek çok hükme yer verilmiştir. Çalışma hayatında ilk olarak kadın ile erkek işçiler arasındaki ayrımı önlemek adına ‘eşit işe eşit ücret’ ilkesi ortaya atılmış, bu ilkenin eşitsizlikleri önleme konusunda yetersiz kalması üzerine ‘eşit değerde işe eşit ücret’ ödenmesine yönelik ilke gündeme gelmiştir²⁹⁶.

Bu konuda Avrupa Birliği Hukuku bünyesinde yer alan çeşitli düzenlemelerden ilki, 75/117 Sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Üye Devlet Hukuklarının Yakınlaştırılmasına İlişkin Direktif’tir. Direktif kapsamında eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesi düzenleme konusu yapılmaktadır. Avrupa Birliği Hukukunda söz konusu Direktif’in yanında kadın-erkek çalışanların eşitliğinin sağlanması bakımından, 76/207 Sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim, İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi ve 79/7 Sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi de önem arz etmektedir²⁹⁷.

Bununla birlikte, ülkemiz tarafından kabul edilen 100 sayılı “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme” gereğince 4857 sayılı İş Kanunu’nda düzenlemeye gidilerek kanunun madde 5/4. hükmü ile aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulamasını haklı kılmayacağı düzenleme konusu yapılmıştır. Bunun yanında hamilelik halinde hamile işçinin sağlığını bozmayacak daha hafif işlerde çalışması durumunda, ücretinde bir indirime gidilemeyeceği öngörülmüştür. Konu, önemi itibarıyla ayrı bir fıkra bünyesinde düzenlenmiştir²⁹⁸.

²⁹⁵ YÜKSEL, s. 179.

²⁹⁶ TUNCA, s.168-169; YÜKSEL, s. 185-186.

²⁹⁷ YUVALI, s. 100.

²⁹⁸ YENİSEY, s. 67.

Farklı nitelikteki işçiler bakımından farklı ücretlendirilmeye gidilmesi eşitlik ilkesine aykırı olmadığı gibi cinsiyet ayrımcılığı olarak da değerlendirilmemektedir. Öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi objektif ve kabiliyet, çalışkanlık, beceriklilik gibi sübjektif nedenlerin varlığı halinde; işverenin işçiler arasında farklı ücret uygulamalarına gitmesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak cinsiyet nedeniyle farklı ücret uygulanması doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilmektedir²⁹⁹.

a. Ücret Konusunda Eşit Davranma İlkesi

İşverenin işçiye ödenecek ücretin miktarını belirlerken eşit davranma ilkesine uymak zorunda olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. İşverenin her işçiye ücret konusunda mutlak olarak eşit davranmakla yükümlü olmadığını ileri süren görüş, işverenin işçiler arasında ayırım yapabileceğini savunmaktadır. Ancak bu ayırım objektif ölçülere uygun olmak zorundadır. İşveren bu kapsamda, fiili ve hukuki farklılıkların haklılık gösterdiği ölçüde eşit olmayan davranışlarda bulunabilmektedir³⁰⁰.

i. İş Sözleşmesinin Kurulması Sırasında Ücret Konusunda Eşit Davranma İlkesi

İş sözleşmelerinin yapılması aşamasında işveren ile işçi arasında henüz bir hizmet akdinin kurulmaması nedeniyle ücret miktarının serbestçe belirlenmesi mümkündür. Bu durum pazar ekonomisi sisteminin esası olan sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ücretin belirlenmesi sırasında, işyerinin ve işçinin özellikleriyle birlikte, ekonomik durum, ücret piyasası gibi pek çok faktör göz önünde bulundurulmaktadır³⁰¹. Bu doğrultuda işveren işçinin işe girişi sırasında ücret miktarını belirlerken eşit davranma ilkesine uygun davranmakla yükümlü değildir. Bunun nedeni eşit davranma ilkesinin uygulanması için öncelikle hizmet ilişkisinin doğmuş olması şartından ileri gelmektedir. Bu halde işçi işe girdiği sırada kendisiyle aynı durumda bulunan diğer işçilere ödenen veya kendisi gibi işe yeni giren işçilere ödenen ücretin, kendisine de ödenmesini talep edememektedir³⁰².

Ancak işe alım sırasında ücret belirlenirken istisnai hallerde işveren, eşit davranma ilkesine uymakla yükümlüdür. Toplu iş sözleşmelerinde ücretin belirlenmiş olması halinde

²⁹⁹ YUVALI, s. 101-103; KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s. 23.

³⁰⁰ TUNCAI, s. 168-173; CENTEL, s. 137-138.

³⁰¹ ERTÜRK, s. 102.

³⁰² TUNCAI, s. 169; CENTEL, s. 141-142.

ve işe girecek işçinin toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikaya üye olması halinde; işveren sözleşmede belirlenen ücreti işçiye ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte asgari ücretin altında ücret belirlenmesi mümkün olmadığından, bu konuda işçiler arasında kısmen eşitlik söz konusu olmakta ve işveren eşit davranmakla yükümlü olmaktadır³⁰³. Ayrıca diğer bir istisna olan cinsiyet ayrımcılığı konusunda işverenin eşit davranma yükümlülüğü ilerleyen konu başlıkları altında detaylı olarak incelenecektir.

ii. İş Sözleşmesinin Uygulanması Sırasında Ücret Konusunda Eşit Davranma İlkesi

İş sözleşmesinin uygulanması sırasında eşit davranma ilkesi sınırlı olarak uygulanmaktadır. İşyerinde ücrete ilişkin genel uygulamaların söz konusu olduğu hallerde, işveren işçilere önceden belirlenen ücretleri ödüyorsa, bu halde keyfi olarak bir kısım işçilere farklı ücret ödeyemeyecektir. Ancak kişisel nitelikteki ücret zamları bu kapsamda değerlendirilmediğinden, bu konuda işveren eşit davranmakla yükümlü bulunmamaktadır. Ayrıca ücret gruplarının oluşturulması halinde işveren, aynı ücret grubunda yer alan işçilere, haklı bir neden olmaksızın farklı ücret ödeyememektedir³⁰⁴.

b. Eşit Değerde İşe Eşit Ücret Ödenmesi İlkesi

Kadın ile erkek işçiler arasında eşitliğin sağlanması amacıyla ortaya ilk olarak ücret konusunda “eşit işe eşit ücret” ilkesi atılmış olmasına rağmen, ilerleyen süreçte bu yaklaşım terk edilerek “eşit değerde işe eşit ücret” ilkesi benimsenmiştir. Eşit değerde işe eşit ücret ödenmesi ilkesi, eşit işe eşit ücret ilkesinden daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu ilke benzer işler dışında birbirine hiç benzememesine rağmen içerik olarak aynı değerde kabul edilen işlerin karşılaştırılması amacıyla kullanılmaktadır. 100 sayılı sözleşme eşit değerde işe eşit ücret ödenmesi ilkesinin tanımına yer vermemekte, ilkeden ne anlaşılacağını her ülkenin kendi ulusal düzenlemesine ya da toplu iş sözleşmesi hükümlerine bırakmaktadır³⁰⁵.

Eşit değerde işin tespitinde değişik nitelikteki işlerin karşılaştırılması gerekmektedir. Eşit ücret ödenecek işlerin eşit olup olmadığı değerlendirilirken, objektif ölçütlere göre yapılacak bir ‘iş değerlendirmesi’ sistemi esas alınmaktadır. İş

³⁰³ ERTÜRK, s. 103; TUNCA, s. 169-170.

³⁰⁴ ERTÜRK, s. 104; TUNCA, s. 170-171; CENTEL, s. 142.

³⁰⁵ YÜKSEL, s. 194.

değerlendirmesi, bir işyerinde görülen her işin belirli objektif ölçütlere göre birbiriyle karşılaştırılması sonucunda ayrı ayrı değerlendirilerek bu işler için ödenmesi gereken ücretin bulunmasına yarayan bir sistemdir. Sistemin amacı, işyerindeki adil ücretlendirmenin sağlanmasıdır. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki eşit değerde işin her iki cins tarafında da yapılabilen ve aynı biçimde görülen işler olarak tanımlanması gerekmektedir.

Eşit değerde işin tespitinde bireysel ve fonksiyonel ölçütlere başvurulmaktadır. Bu ölçütlere örnek olarak, “*mesleki nitelik, mesleki tecrübe, işe yatkınlık, maddi ve manevi olarak işe dayanıklılık, kendi inisiyatifiğini kullanma, ihtimam, çabukluk, sezgi inceliği kudreti, üstesinden gelme gücü, güvenilirliği, çalışma grubuna uyum, çalışma gücü*” bireysel ölçütlere örnek olarak gösterilebilmektedir. Fonksiyonel ölçütlere örnek olarak ise, “*eğitim düzeyi, sorumluluk alanı, hiyerarşideki yeri, kendini toplama gücü, özel çalışma gruplarıyla ilişkisi, işyerindeki yetersiz çevre şartları ve güçlükler*” gösterilmektedir³⁰⁶. İş değerlendirmesinin gerçekleştiği hallerde eşit sayılan işlere eşit ücret ödenmektedir³⁰⁷.

c. Cinsiyet Ayrımcılığı Bakımından Ücret Farklılığını Doğuran Nedenler

Uygulamada kadın işçilerle erkek işçilerin aynı veya benzer nitelikteki işlerde çalışmalarına rağmen, kadın işçilerin daha düşük ücretli işlerde çalıştırıldıkları sıklıkla görülmektedir. Bu durum, kadınların biyolojik farklılıkları, eğitim düzeyleri, ekonomik faktörler, mesleki farklılıklar gibi nedenlerden kaynaklanabilmektedir.

Ücret farklılığını doğuran nedenlerden ilki, kadınlarla erkeklerin meslek bakımından dağılımı nedenine dayanmaktadır. Kadınların bazı mesleklerde yoğunlaşmaları veya bazı mesleklerde erkeklere kıyasla daha az yer almaları ücret farklılıklarının meydana gelmesine neden olmaktadır. Erkeklerin yoğun olduğu işler genellikle bilgi, beceri ve sorumluluk gerektiren işler olarak nitelendirilirken; kadınların yoğun olduğu işler ise bilgi, beceri gerektirmeyen daha az sorumluluk yüklenen işler olarak nitelendirilmektedir. Bu durumun nedeni ise kadınların aile ve toplum içinde yüklenmiş olduğu sorumluluklardan

³⁰⁶ SENYEN-KAPLAN, *Kadın İşçinin Hakları*, s. 43-44.

³⁰⁷ CENTEL, s.144-145.

kaynaklanmaktadır³⁰⁸. Bu doğrultuda kadın işi-erkek işi ayrımının yapılması³⁰⁹ ücret eşitliğinin sağlanmasında büyük bir engel olmaktadır.

Kadınların erkeklere göre daha düşük ücret almasını bir diğer nedeni ise, kadınların daha düşük eğitim seviyesine sahip olmasından ileri gelmektedir. Her ne kadar günümüzde kadınların eğitim seviyesinde artış yaşanmış olsa da henüz kadınlar idare kadrosunda, üst düzey yönetim kadrolarında pek fazla yer edinmiş bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, toplumdaki kadın algısına göre; kadınlar aile sorumluluklarını üstlenmek ve çocukların bakımını sağlamakla yükümlü olduklarından bu nedenlerle işe geçici de olsa ara vermek durumunda kalmaktadırlar. Ayrıca kadınların hamilelik ve emzirme dönemlerinde kanundan kaynaklanan işe ara verme halleri bu durumu desteklemekte ve hatta kadın işçilerin erkek işçilere göre daha düşük kıdemlere sahip olmalarına neden olmaktadır. Anlatılan nedenler ise işverenlerin, kadın işçilere daha düşük ücret ödemesine bir gerekçe teşkil etmektedir³¹⁰.

d. Eşit Değerde İş İçin Kadın Ve Erkeğe Eşit Ücret Ödenmesinin Şartları

İş Kanunu madde 5/4 ile aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı hükmünün uygulanması için öncelikle birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre ilk olarak kadın ve erkek işçilerin aynı işyeri veya işletme bünyesinde çalışması gerekmektedir. Bu doğrultuda işverenin yer ve konu itibarıyla farklı işletmelerinde çalışan işçiler bakımından eşit ücret ilkesinin uygulanması söz konusu olmamaktadır. Ancak birbirine benzeyen ve ortak esaslarla yürütülen, konumu itibarıyla birbirine yakın bulunan, işçilerin sık sık naklinin gerçekleştiği aynı işletmeye bağlı işyerlerindeki işçilerin ise eşit ücret ödenmesi ilkesini ileri sürmeleri mümkündür³¹¹.

Eşit ücret ilkesinin uygulanabilmesi için aranan ikinci şart ise işveren ile işçileri arasında bir hukuki ilişki bulunmasıdır. Üçüncü ve son koşul ise, işverenin bünyesinde çalışan işçilerin aynı nitelikteki işlerde eşit çalışmasıdır. Bu koşulun tespitinde ise iş değerlendirmesi ölçütünün kullanılması gerekmektedir.

³⁰⁸ YÜKSEL, s. 187.

³⁰⁹ TUNÇAY, s. 179.

³¹⁰ YÜKSEL, s. 188-190.

³¹¹ SENYEN-KAPLAN, *Kadın İşçinin Hakları*, s. 65; YÜKSEL, s. 214.

Sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde işverenin cinsiyet ayrımcılığına sebebiyet vermeyecek şekilde kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödemesi zorunlu olmaktadır. Ancak kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi ilkesinin birtakım istisnaları mevcuttur. Buna göre ilk olarak, iş sözleşmesinin konusunun erkek işçi tarafından yapılacak bir işe dayanması halinde, bu iş için belirli bir cinsiyetin vazgeçilmez şart olarak aranması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu işin kadın işçi tarafından yapılamayacağına ilişkin objektif bir neden söz konusu olmalıdır. Son olarak ise yapılan iş hakkında cinsiyet ayrımcılığının mevcut olduğuna ilişkin objektif nedenlerin söz konusu olmaması gerekmektedir. Sayılan üç nedenden birinin mevcut olması halinde farklı ücret ödenmesi mümkün olmaktadır³¹².

e. Ücrette Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı

Eşit değerde işin yapıldığı hallerde kadın ile erkek işçiler arasında cinsiyete dayalı ayırımın her türü yasaktır. Her tür ayırım kavramının kapsamında dolaylı ve doğrudan cinsiyet ayrımcılığı halleri girmektedir.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı genellikle kısmi süreli çalışmaların söz konusu olduğu hallerde gündeme gelmektedir. Bununla birlikte ücret eklerinin verilmesi durumunda da dolaylı cinsiyet ayrımcılığına neden olan haller söz konusu olabilmektedir. Kısmi çalışanlara, tam gün çalışanlara kıyasla daha düşük ücret verilmesi mümkündür. Ancak uygulamada kısmi süreli çalışanların büyük çoğunluğunun kadın işçilerden meydana gelmesi ile kısmi çalışanlara yapılan farklı ücret uygulamaları dolaylı cinsiyet ayrımcılığına neden olmaktadır³¹³.

Her ne kadar İş Kanunu'nun 5. maddesi kadın ile erkek işçiler arasında ücret ayrımcılığını yasaklasa da kısmi çalışmaların söz konusu olmasına halinde meydana gelecek ayrımcılık hallerine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. İşverenler genellikle aynı işyerinde çalışan işçiler arasında, kısmi çalışma yapacak olan işçileri kadınlar arasından seçme yoluna giderek cinsiyet ayrımcılığına neden olmaktadır. Burada işverenin kasıt unsurunu ihlal etmesine gerek kalmaksızın, herhangi bir kastı olmaksızın kısmi

³¹² SENYEN-KAPLAN, *Kadın İşçinin Hakları*, s. 66-67; SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s.249-251.

³¹³ YÜKSEL, s. 220.

çalışanların büyük çoğunluğunun kadın işçilerden oluşması halinde dolaylı cinsiyet ayrımcılığına neden olmaktadır³¹⁴.

Bununla birlikte ücrette dolaylı ayrımcılık, ücret gruplandırmaları nedeniyle de ortaya çıkabilmektedir. Toplu iş sözleşmelerinde iş değerlendirmesinin bir sonucu olarak yapılan ücret grupları, daha çok erkeklerin nitelik ve özelliklerine dayanıyorsa bu halde meydana gelen ücret düzenlemeleri dolaylı ayrımcılığa neden olmaktadır. Bu nedenle toplu iş sözleşmelerindeki iş değerlendirmelerinin hem kadın işçilerin hem de erkek işçilerin sahip oldukları özellikleri dengeli bir şekilde içermesi gerekmektedir. Cinsiyete özgü nedenlere dayanarak kadınlara oranlara daha çok erkek işçilerin gerçekleştireceği özellik ve kriterlere dayanan toplu iş sözleşmeleri, bu anlamda dolaylı cinsiyet ayrımcılığına neden olmaktadır. Bu ayrımcılık halleri de İş Kanunu madde 5/4 hükmünün ihlaline sebebiyet vermektedir³¹⁵.

4. Sözleşme Türlerine Göre Ayrımcılık

a. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanlara Yönelik Ayrımcılık

Kısmi süreli çalışma, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma olarak tanımlanmaktadır Kısmi süreli iş sözleşmeleri, tam süreli iş sözleşmelerinin aksine haftanın tamamında çalışma esasına dayanmamaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmeleri haftanın belirli bazı günlerinde tam gün olabileceği gibi, haftanın her günü belirli bir süre ya da haftanın bazı günleri belirli bir süre şeklinde de olabilmektedir³¹⁶.

Bu doğrultuda İş Kanunu madde 5/2. hükmü işverenin, esaslı sebepleri olmadığı sürece tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamayacağını düzenlemektedir.

İş Kanunu madde 13. hükmü kısmi süreli sözleşmeler ile tam süreli sözleşmelerle çalışan işçiler arasında ayırım yapılmamasını öngörmekte ve Avrupa Birliği'nin 97/81 Sayılı Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasına İlişkin Yönerge doğrultusunda getirilmiş bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde 13 hükmü gereğince, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan

³¹⁴ YÜKSEL, s. 221.

³¹⁵ YÜKSEL, s. 222.

³¹⁶ SENYEN-KAPLAN, s. 74.

emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi halinde sözleşmenin kısmi süreli iş sözleşmesi olduğunu belirtmektedir. Ayrıca 13/2. maddesine göre, “kısmi 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” denilmektedir. Maddede belirtilen emsal işçiden neyin kastedildiği de bir sonraki fıkrada açıklanmıştır. 13/3. madde gereğince emsal işçi hakkında, “işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır” denilmektedir.

Maddenin gerekçesi de kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken Yönerge hükümlerindeki ölçütlerin dikkate alındığını belirtmekte, tam süreli iş sözleşmesi karşısında kısmi süreli iş sözleşmesinden söz etmenin mümkün olması için ise “önemli ölçüde daha az” bir haftalık çalışma süresinin sözleşmede tespit edilmiş olması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre örneğin bir işyerindeki tam süreli iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirtilmişken, kısmi süreli çalışma için 2, 3 saat gibi daha az çalışma değil, en azından tam çalışma süresinin üçte ikisinden daha az olan otuz saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçi kısmi süreli sözleşmeye göre istihdam edilen kimse olarak kabul edilmelidir³¹⁷.

Her ne kadar tam süreli çalışanlara göre kısmi çalışan işçilerin ücretlerinin daha düşük olması ilk bakışta ayrımcılık yaratan bir durum olarak görülme de, işverenler uygulamaları neticesinde bu durum dolaylı ayrımcılık nedeni olarak karşımıza çıkabilmektedir. Kısmi çalışmaların aile sorumlulukları nedeniyle genellikle kadın işçiler tarafından tercih edildiği görülmektedir. Ayrıca kısmi çalışmaya dayanan işlerin genellikle daha az sorumluluk getiren pozisyonları teşkil etmesi ve terfi imkânlarının sınırlı olması da göze çarpmaktadır. Dolaylı ayrımcılık konusunun hukuk düzeninde ilk kez yer alması AAD karşısına gelen ve çoğunluğunu kadınların oluşturduğu kısmi çalışanların ücretlerindeki ayrımcılığa ilişkin olan Jenkins v. Kingsgate davası ile mümkün olmuştur. Başlangıçta tarafsız gibi görünmekte olan kısmi çalışanların saatlik ücretlerinin, tam

³¹⁷ Gerekçe metni için bkzn. <http://app.e-uyar.com/gerekce/index/9bf7f3dd-a410-4c86-ab65-7394da567fdf> (e.t. 05.07.2018)

zamanlı çalışanların ücretlerine göre daha düşük olmasına yönelik uygulama tek başına ayrımcılık yasağına aykırı olmasa da; kısmi süreli çalışanların kadın işçilerden oluşması ve bu düzenlemenin eşit işe eşit ücret ilkesine aykırı olması sebebiyle düzenlemenin dolaylı ayrımcılık teşkil ettiği söz konusu kararda belirtilmiştir³¹⁸.

b. Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanlara Yönelik Ayrımcılık

İş Kanunu'nun 5/2. maddesine göre, işverenin esaslı sebepleri olmaması halinde, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamamaktadır. Bu doğrultuda düzenlenen İş Kanunu'nun 12. maddesi de *“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. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır”* demektedir.

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, söz konusu düzenleme Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile uyumluluk teşkil etmektedir. Yönergenin konusu, belirli ve belirsiz iş sözleşmeleri arasında ayırım yapılmama ilkesinin uygulanması suretiyle belirli iş sözleşmelerinde daha iyi koşullarla istihdamı gerçekleştirmektir. Bununla birlikte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye bir zaman dilimine göre bir hak sağlanmışsa, aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesine göre iş gören işçi de çalıştığı süreye orantılı olarak bu haktan yararlanabilecektir. Belirli çalışma şartından yararlanmada işçinin kıdemine bakıldığı zaman, belirli süreli sözleşmeye göre çalışan işçinin de bu haktan yararlanması söz konusu olduğunda, kıdem yönünden bir farklılığın gözetilememesi gerekmektedir. İş Kanununda bu kural, hem kıdem tazminatı ve hem de yıllık ücretli izinlerde görülmektedir³¹⁹.

³¹⁸ BİLİR, s. 81.

³¹⁹ Gerekçe metni için bkz. <http://app.e-uyar.com/gerekce/index/1c466a9f-8bc4-48fc-99b2-163123a800a3> (e.t. 05.07.2018).

V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

1. GENEL OLARAK

İş sözleşmesini sona erdiren haller farklı sebeplerle karşımıza çıkabilmektedir. İşverenin veya işçinin iş akdini fesih, ihbar ve haklı nedene dayanarak sona erdirmesi mümkün olduğu gibi; tarafların anlaşmaları halinde de iş sözleşmesinin sona ermesi mümkündür. Bununla birlikte belirli süreli sözleşmelerin varlığı halinde, sürenin dolması da iş sözleşmesini sona erdiren nedenlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada kadın işçilerin, iş sözleşmelerinin sona ermesi sürecinde cinsiyetleri nedeniyle mağdur edilmeleri sıklıkla görülmektedir. Bu konuda işverenin, iş sözleşmesinin sona ermesi sırasında eşit davranmakla yükümlü olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki ayırım bu durumu olağan ve olağanüstü fesih olarak ayırım yapmak suretiyle gerekçelendirmektedir³²⁰. Doktrindeki baskın görüş, olağan ve bildirimli fesihte, iş sözleşmesinin sona ermesi sürecinde işverenin eşit davranmakla yükümlü olmadığını savunmaktadır³²¹. Bu görüşün savunucuları, işverenin bu konuda eşit davranmakla yükümlü olabilmesi için karşılaştırılabilir nitelikte birden çok feshin yani toplu bir uygulamanın söz konusu olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bununla birlikte tek tek fesih hallerinde işverenin davranışı bireysel nitelik taşımakta ve bu halde işçinin işten çıkarılmasını gerektiren nedenler işçinin kişiliğinden ve özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu durumda aynı fesih nedeni dahi işveren tarafından farklı kararlar verilmesini gerektirmektedir³²². Olağanüstü veya haklı sebeple yapılan fesihtelerde ise baskın görüş, işverenin dayandığı fesih sebeplerinin aynı olması halinde dahi işçilere eşit davranmakla yükümlü olmadığını kabul etmektedir³²³. Doktrindeki diğer görüş ise eşit davranma ilkesinin tüm iş ilişkilerinde işveren bakımından uygulanacağını ileri sürmekte ve bu ilkenin işverenin fesih yetkisini de sınırladığını kabul etmektedir³²⁴.

İşverenin fesih yetkisini kullanırken eşit davranma ilkesine uymakla yükümlü olmadığını kabul etmek, cinsiyet ayrımcılığının söz konusu olduğu haller göz önünde

³²⁰ ERTÜRK, s. 110.

³²¹ TUNCA, s. 207 dn. 226'da belirtilen yazarlar, iş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin eşit davranmakla yükümlü olmadığını savunmaktadır.

³²² TUNCA, s. 208.

³²³ ERTÜRK, s. 110-111 dn 136'da belirtilen yazarlar olağanüstü veya haklı sebeple fesih halinde, işverenin dayandığı haklı fesih nedeninin aynı olması halinde dahi işçilere eşit davranmakla yükümlü olmadığını ileri sürmektedir.

³²⁴ TUNCA, s. 207 dn. 239'da belirtilen yazarlar işverenin eşit davranma ilkesine uymakla yükümlü olduğunu ileri sürmektedirler.

bulundurulduğunda, belli bir cinsin mağdur edilmesine sebebiyet verecek uygulamalara neden olabilmektedir. Bu nedenle iş sözleşmesinin feshinde işverene eşit davranma ilkesinin mutlak olarak uygulanmaması gerekmele birlikte; işveren bu halde fesih hakkını kötüye kullanmamakla yükümlüdür³²⁵.

İş Kanunu madde 18 hükmüne göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Eğer fesih geçerli bir nedene dayanmıyorsa bu hal yargı organları tarafından da tespit edildiyse, işveren, işçinin başvurusu üzerine işçiyi işe başlatmakla yükümlüdür.

Yargıtay, davacı kadın işçinin 7 aylık hamileyken iş sözleşmesinin İş Kanunu madde 18/1-d hükmü dayanak gösterilerek işveren tarafından sona erdirilmesi ve davacı kadın işçi ile birlikte 3 hamile kadın işçinin daha iş akdinin sona erdirilmesi konusunda önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında, Yerel Mahkeme tarafından feshin geçersizliğine ilişkin verilen kararda isabetsizlik bulunmadığını belirterek, ayrıca, hamilelik nedeniyle yapılan fesih işleminin İş Kanunu 18/3-d maddesi gereğince geçersiz sayılıp işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde 21. madde gereğince iş güvencesi tazminatına hükmedileceği belirtilmiştir³²⁶. Her ne kadar işveren, İş Kanunu'nun 17. maddesine dayanarak bildirimli fesih ile işçinin iş akdini sonlandırma hakkına sahip olsa da bu halde kadın ile erkek işçiler arasında cinsiyet nedeniyle ayrımcı muamelelerde bulunması ve fesih yetkisi kullanılırken işverenin farklılık gözetmesi eşit davranma borcuna aykırı nitelik taşımaktadır. İş Kanunu madde 18 hükmü gereğince geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde ise işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle eşit davranma ilkesinin uygulanması söz konusu olmamaktadır³²⁷.

Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade taleplerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu husus 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 'Dava şartı olarak arabuluculuk' başlıklı 3.maddesi ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre

³²⁵ SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 259; TUNCAY, s. 213-217.

³²⁶ Y. 9. HD 17.09.2015, E. 18355, K. 26031, kararın tam metni için bkz. http://app.e-uyar.com/karar/index/6a8c60f6-2dda-45f3-afd9-004f526988ca?q=cinsiyet%20ayr%C4%B1mc%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1#_top (e.t. 16.05.2018).

³²⁷ YÜKSEL, s. 223-224; SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 259.

uyuşmazlık konusunun mahkemeler önüne taşınmasından önce, Kanun'un 3/2 hükmü gereğince, arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.

Ayrıca İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11. maddesiyle, 4857 Sayılı İş Kanununun 20. Maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının değişeceği belirtilmiştir³²⁸. Bu kapsamda İş Kanunu madde 20/1. hükmüne göre, *“iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir”* denilmektedir.

Aynı maddenin 3. fıkrası ise davanın ivedilikle sonuçlandırılacağını ve Mahkeme tarafından verilen karar hakkına İstinaf yoluna gidilmesi halinde Bölge Adliye Mahkemesi tarafından ivedilikle ve kesin olarak karar verileceğini belirtmektedir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere istinaf üzerine verilen kararın kesin olması nedeniyle, bu durumda temyiz yoluna başvurulamayacaktır.

2. KADIN İŞÇİNİN EVLENMESİ NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİRİLMESİ

İşverenler işyerlerinde kadın işçilerin evlenmeleri nedeniyle, aile sorumluluklarının artacağı, fazla mesaiye kalmak istemekten kaçınacakları, hareket kabiliyetlerinin sınırlanacağı gibi nedenlerin ortaya çıkacağını düşünerek evliliğin, kadınların çalışma hayatına olumsuz etki edeceğini düşünebilmektedir. Bu kapsamda işverenler, iş sözleşmelerine, kadınların evlenmeleri halinde sözleşmelerinin sona ereceğine ilişkin kayıtlar koymaktadır. Ancak Yargıtay kararları bu tür kayıtların, fesih hakkının amacını aşması nedeniyle geçerli olmadığını göstermektedir. Bu nedenle sözleşme özgürlüğü temelinde yer alan fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanılması mümkün

³²⁸ Değişik Fıkra Resmi Gazete: 25.10.2017 Rg No: 30221 Kanun No: 7036/11) (Yürürlük Tarihi: 01.01.2018)

olmamaktadır. Aksine düzenlemeler ise Anayasa ile korunan ferdin kişiliğine bağlı, maddi – manevi varlığını geliştirmeye yönelik temel hakların ihlali niteliğindedir. Bu kapsamda işverenin, kadının evlenmesi nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi mümkün değildir³²⁹.

İş sözleşmesinde, kadın işçini evlenmesi halinde sözleşmenin feshedilmesine imkân veren kayıtların, kadın işçiler tarafından kabul edilmesi durumunda dahi hüküm doğurmayacağı, TMK madde 23 hükmünün bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde hükmü gereğince hiç kimse medeni haklarından ve onları kullanmaktan kısmen dahi feragat edememektedir. Dolayısıyla kadın işçinin evlenmekten, iş sözleşmesinde yer alan kayıt doğrultusunda vazgeçmesi madde gereğince mümkün olmamaktadır³³⁰. Aynı şekilde, bu uygulamalar Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan ailenin korunmasına yönelik hükümlere de aykırılık teşkil etmekle birlikte, bu tür kayıtların yalnızca kadın işçilerle yapılan sözleşmelerde yer alması yine Anayasa'nın eşitlik ilkesine yönelik hükümlerine de aykırıdır.

Bununla birlikte işveren, iş sözleşmelerinde kadınların evlenmeleri halinde sözleşmenin son bulacağı yönünde bir kayıt koymaksızın, bildirimli fesih yoluyla İş Kanunu madde 17 hükmüne dayanarak, hiçbir gerekçe göstermeksizin iş sözleşmesini feshetme imkânına sahip bulunmaktadır³³¹.

Ancak işverenin, kadın işçinin evlenmesinin iş ilişkisini olumsuz etkilediğine ilişkin gerekçeleri haklı bir neden olarak görülmemektedir. Bu halde kadın işçi cinsiyeti nedeniyle mağdur edilmekte ve temel hakları ihlal edilmektedir. Bununla birlikte kadın işçinin evlenmesi, iş temposunun düşmesine neden oluyorsa; örneğin süreklilik arz edecek şekilde çalışma saatlerine aykırı davranıyor veya işverenden sık sık izin alıyorsa bu halde işverenin meşru bir menfaati söz konusu olduğundan feshi ihbar hakkını kullanması mümkündür³³².

³²⁹ YÜKSEL, s. 225-226.

³³⁰ YÜKSEL, s. 227.

³³¹ YÜKSEL, s. 228.

³³² YÜKSEL, s. 229-230.

3. KADIN İŞÇİNİN GEBELİK VE ANNELİK DURUMU NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİRİLMESİ

İş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde kadın işçiler bakımından en sık karşılaşılan durumlardan birisi de gebelik halidir. Her ne kadar kadınların biyolojik özellikleri nedeniyle gebelik hali normal bir olgu olsa da, bu nedenle kadın işçiler, erkek işçilere göre mağdur edilmekte ve cinsiyet ayrımcılığına neden olan muameleler gündeme gelmektedir. İşverenler kadın işçilerin gebeliklerinden ötürü, doğumdan önce veya sonra işten uzak kalacaklarını, performanslarında düşüş olacağını, meslek içi eğitimlere katılmaktan kaçınacaklarını, iş gücü kayıplarının gerçekleşeceğini, hamilelikten kaynaklı hastalıkların meydana gelmesi nedeniyle devamsızlıkların söz konusu olacağını ve bu nedenlerden dolayı geçici işçi istihdam etmeleri gerektiğini düşünerek iş sözleşmesini sona erdirebilmektedirler. Kadın işçilerin gebelik halinde haklarının korunması adına hem uluslararası hukukta hem de mevzuatımızda çeşitli düzenlemeler söz konusu olmaktadır. Bu düzenlemeler, kadın işçilerin bu dönemlerine ilişkin iş güvencesi sağlamaya yönelik olup hukukumuzdaki düzenlemeler ise söz konusu güvencelerin sağlanması bakımından yeterli görülmemektedir³³³.

Kadınların gebelik sürecinde fizyolojik ve biyolojik yapısında meydana gelen değişimler nedeniyle, bu dönemlerine ilişkin olarak özel hükümlerle korunması gerekmektedir. Bu konu da işveren de kadın işçilerin korunmasını sağlamak adına koruyucu önlemler almakla ve çalışma düzenini yeniden gözden geçirmekle yükümlüdür.

Anayasa'nın 49/2. maddesi ile işverenlerin çalışanları koruma yükümü ve 50/2. maddesi ile kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunması hükmüne bağlanmış, bununla birlikte devletin de anne ve çocukların korunmasını sağlamakla yükümlü olduğu 41/2. hükmüyle düzenleme konusu yapılmıştır.

İş Kanunu'nun 'Analık halinde çalışma ve süt izni' başlıklı 74. maddesi gereğince, kadın işçilerin doğumdan önceki sekiz ve doğumdan sonraki sekiz hafta olmak üzere, toplam on altı haftalık süre boyunca çalıştırılmamaları esastır. Kanun maddesinde yer alan süre, koruma süresidir. Söz konusu düzenleme, kadın işçiler açısından bir hak olma özelliği gösterirken, işveren açısından ise yasak kapsamında değerlendirilmektedir³³⁴. Madde

³³³ YÜKSEL, s. 230-231.

³³⁴ CENGİZ, *Hamilelik ve Analık*, s. 31.

metninde, çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenmesi öngörülmüştür. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilmektedir. Bu halde, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenmektedir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılmaktadır. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılmaktadır. Bununla birlikte, çocuğun ölü doğması veya doğduktan kısa bir süre sonra ölmesi halinde, doğumdan sonraki 8 haftalık sürenin kısaltılması söz konusu olmamakta, ayrıca bu sürenin doktor raporuyla uzatılması mümkün görülmektedir³³⁵.

İş Kanunu madde 74/7 hükmü gereğince, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve İş Kanunu kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanmaktadır. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere, kadın işçilerin iş akitlerinin süt izninin kullanılması nedeniyle feshedilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, iş akitlerinin işveren tarafından feshedildiği sürenin süt iznine denk gelmiş olması, her zaman işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmemektedir. Bu halde ayrımcılığın ispat edilmesi gerekmektedir³³⁶. Bu konuda Yargıtay, işçinin iş sözleşmesinin süt iznini kullandığı bir olayda, feshin bu döneme gelmesinin ayrımcılık tazminatına hak kazanmak için yeterli olmadığını belirtmiş, işçi tarafından açılan işe iade davası sonucu verilen karar gereğince, feshin süt izni ile ilgili olmadığını belirtilerek ayrımcılık tazminatı taleplerinin reddine karar vermiştir³³⁷.

Kanun, kapsamında evlat edinme haline ilişkin düzenlemelere de yer vererek, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılacağı hükme bağlanmıştır.

³³⁵ CENGİZ, *Hamilelik ve Analık*, s.33.

³³⁶ ÖZDEMİR, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 158-159.

³³⁷ Y. 9. HD. 15.02.2016 T., 2014/29678 E., 2016/2553 K, ÖZDEMİR, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s.159.

Doğum sonrasında analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmektedir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenmektedir.

Çocuğun engelli doğması hâlinde ise bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanmaktadır. Madde hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmamaktadır.

Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir. Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir. Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz. İsteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.

İş Kanunu'nun 18. maddesi ise feshin geçerli sebebe dayandırılmasına ilişkin düzenlemeleri içermekle birlikte, 74. maddede belirtilen hallerin söz konusu olması durumunda, işverenin feshinin geçerli sebebe dayanmadığını hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla işveren, 74. maddede sayılan süreler boyunca iş sözleşmesini feshedememektedir. İşverenin aksi davranışı ise kötüniyetli ve ayrımcılık içeren davranışlar kapsamında değerlendirilecektir. Bu halde işçiler ise İş Kanunu madde 5 ve 17 hükmünde yer alan korumalardan yararlanabilecektir³³⁸.

Bununla birlikte Yargıtay da kadın işçilerin gebelik nedeniyle iş akitlerinin sona erdirilmesinin geçerli bir neden teşkil etmediğini kararlarında vurgulamaktadır. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta olay şu şekilde gerçekleşmiştir. Bir kolejde halka ilişkiler müdürü olarak görev yapmakta olan kadın işçinin başarılı performansları nedeniyle daha yüksek bir mevkide görevlendirilmesinden 2 ay sonra, işverene hamile olduğunu

³³⁸ YILDIZ, s. 266.

bildirilmesi üzerine, işveren tarafından çalışma saatlerinin erkene çekilmiş ve mobbing kapsamında değerlendirilecek uygulamalarda bulunarak, hamilelik durumunun kadın işçinin ilerleyen süreçlerde işini yapmasına engel olacağını söylenmiştir. Hamilelik durumu nedeniyle işveren tarafından kadın işçinin işi bırakması gerektiğinin belirtilmesi ve bu konuda psikolojik baskı yapılması üzerine, kadın işçinin hamileliği olumsuz olarak etkilenmiş ve bu nedenle doktordan 7 günlük sağlık raporu alan kadın işçinin raporlu olduğu dönemde iş akdi işverence sona erdirilmiştir. Bunun üzerine davacı kadın işçi feshin haksız ve geçersiz olması nedeniyle dava yoluna gitmiş ancak yerel mahkeme davacı kadın işçinin taleplerinin reddine karar vermiştir. Uyuşmazlığın Yargıtay önüne gelmesi üzerine yapılan inceleme sonucunda, İş Kanunu madde 18 hükmü gereğince işverene işçinin davranışlarından ve yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesini feshetme yetkisinin verildiği belirtilmiştir. Ancak işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin iş sözleşmesine aykırı ve sözleşmeyi ihlal eden davranışlarının mevcut olması gerekmektedir. Bu halde işçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranması ve bunun sonucunda iş ilişkisinin olumsuz etkilenmiş olması halinde işçinin davranışlarından dolayı geçerli bir fesih gündeme gelmektedir. Bununla birlikte işçinin kusur ve ihmalinin olmadığı hallerde işçiye kusur yükletilmesi de söz konusu olmayacağından geçerli bir fesihten bahsedilememektedir. Ayrıca İş Kanunu madde 25 hükmünde belirtilen nedenlerin dışında, bu nitelikte olmamakla birlikte işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde etkileyen nedenlerdir. Ancak İş Kanunu madde 18/3-d hükmünde sayılan haller geçersiz nedenler olarak kurala bağlandığından işçinin hamileliği nedeni ile farklı işlemlere tabi tutulması ayrımcılık olarak kabul edilmiştir. Anlatılan nedenlerle davalı işveren de iş akdinin feshinin haklı nedenlerle gerçekleştiğini ispatlayamadığından Yerel Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir³³⁹.

İş kanunu mülga 88. maddesi ile gebe veya çocuk emziren kadınların çalışma koşullarını düzenlemeye yönelik bir yönetmelik çıkarılacağını hükme bağlandıktan sonra, 14.07.2004 tarihinde 25522 sayılı “Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik” yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, emziren annelerin gece çalıştırılmasının yasak olduğu

³³⁹ Y. 9. HD T. 05.10.2016, E. 2016/21953, K. 2017/15076, kararın tam metni için bkz.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2016-21953.htm&kw=`2016/21953`#fm> (e.t. 09.01.2018).

hükme bağlanmıştır. 10. madde ise, gebe, yeni doğum yapmış, emziren kadın işçilerin, günde yedi buçuk saatten daha fazla çalıştırılmayacağı düzenleme konusu yapmıştır.

Kadın işçilerin doğumdan sonra çalışmaya devam etmeleri amacıyla, işveren gereken önlemleri almakla ve uygun çalışma şartlarını sağlamakla yükümlüdür.

Kadın işçilerin anne olduktan sonra çocukların bakımını sağlamak amacıyla çalışma hayatından çekilmemeleri adına, Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 15. Maddesi gereğince işverenler, yaşları ve medeni hallerine bakılmaksızın 100-150 kadın işçinin çalıştığı işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukların bakılması ve emziren kadın işçiler için çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en fazla 250 metre uzaklıkta emzirme odası kurmak zorundadır. Aynı maddeye göre, 150'den fazla kadın işçinin çalıştığı işyerlerinde ise işveren, 0-6 yaş aralığındaki çocukların bakımı amacıyla çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yerde çocuk yurdu kurmakla yükümlüdür. Yurt açma yükümlülüğü olan işverenlerin bu yurt içinde anaokulu kurma yükümlülüğü de bulunmaktadır³⁴⁰.

Anlatılanlarla birlikte, gebelik ve annelik hallerinde kadınların çalışma yasaklarına ilişkin genel kapsamlı düzenlemeler, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırma Koşulları Hakkında Yönetmelik kapsamında yer almaktadır. Ancak söz konusu yönetmelik kapsamında yer alan düzenlemelere, ilerleyen başlıklar altında detaylı bir şekilde değinilecektir³⁴¹.

Bahsedilen kanuni düzenlemelerin dışında 6701 sayılı TİHEKK madde 6/3 hükmü de işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişilerin, istihdam başvurularını gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemeyeceğini düzenlemektedir. Maddenin gerekçesi de, kamu kurum ve kuruluşlarında ve özel sektörde, istihdam ve işle ilgili süreçlerde ayrımcılık yasağının düzenlendiğini; bununla birlikte istihdam alanının, ilgili AB müktesebatı kapsamında ayrımcılık yasağının uygulandığı ana kategorilerden birini oluşturduğunu belirtmektedir. Ayrıca maddede, ilgili AB müktesebatı ışığında, işle ilgili süreçlerin tümünde ayrımcılık yasağı düzenlendiğini ve iş başvurularının gebelik, annelik, çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedilemeyeceğinin hükme bağlandığını,

³⁴⁰ YILDIZ, s. 275-276.

³⁴¹ MÜLAYİM, s. 121.

kadınların iş hayatında karşılaşılabildiği zorluklara karşı bir güvence sağlandığını özellikle belirtmektedir³⁴².

§11. CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞININ SINIRLARI

İş Kanunu madde 5/3 hükmü gereğince, işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenlerin zorunlu kılması halinde cinsiyet ya da gebelik sebebiyle farklı işlem yapılabileceği düzenlenmektedir.

I. BELLİ BİR CİNSE MENSUP OLMA ŞARTI

Kadın ve erkeklerin yaratılışları nedeniyle biyolojik olarak birbirinden farklı oldukları göz önünde bulundurulduğunda, yürütülecek işin özelliği gereği belli bir cinse mensup olma şartının arandığı bazı hallerde o işin bir erkek işçi tarafından görülmesi, cinsiyet ayrımcılığına neden olmamaktadır. Ancak bu halde, cinsiyetin, işin icrası için vazgeçilmez bir koşul taşıması gerekmektedir. Bu duruma örnek olarak, kanuni çalışma yasaklarını göstermek mümkündür. Ayrıca işin niteliği gereği sadece bir cins tarafından görülebilmesi için objektif haklı nedenlerin varlığı da gerekmektedir. Bununla birlikte, tır sürücülerinin erkek işçilerden oluşacağı, genel müdür sekreterinin ise bir kadın işçi olması gerektiği gibi kanıların varlığı halinde objektif haklı nedenlerin varlığından söz etmek mümkün olmamaktadır. Bu tür nedenler cinsiyet ayrımcılığına neden olmaktadır³⁴³.

Türkiye'nin de taraf olduğu 111 Sayılı Sözleşme kapsamında göre de, Sözleşmenin 1/2 hükmü gereğince, herhangi bir iş bakımından, bu işin niteliğindeki gereksinimler nedeniyle belli bir cinse mensup olanların istihdamı haklı kılınıyorsa bu halde belli bir cinsin tercihi ayrımcılık olarak değerlendirilmemektedir. Örneğin erkek iç çamaşırlarının satıldığı bir giyim mağazasında çalışan tezgahtarın erkek olması ya da yatılı eğitim veren bir okulda öğrencilere nezaret eden öğretmenin kadın olması; kişilerin şahsiyet alanına giren konular söz konusu olduğundan, işin belli bir cinse mensup kişiler tarafından üstlenilmesi mümkündür. Bu durumda toplumun değer yargıları da göz önünde bulundurularak o işte belli bir cins istihdam edilmektedir³⁴⁴.

³⁴² 6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Gerekçesi, s. 8, Gerekçe metnine erişim için bkzn. https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/18/TIHEK_komisyon_raporlari.pdf (e.t. 01.07.2018).

³⁴³ YÜKSEL, s. 285-287.

³⁴⁴ YÜKSEL, s. 291.

II. ÇALIŞMA YASAKLARI

Kadın işçilerin, fizyolojik ve biyolojik özellikleri dolayısıyla annelik görevlerinin dışında aile sorumlulukları nedeniyle de özel olarak düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Bu durumda belli bir cinsin çalıştırılmasının yasak olduğu hallerde cinsiyet ayrımcılığından söz edilememektedir. Uygulamada, gerek kanunlarla gerekse yönetmeliklerle, kadın işçilerin çalışmasının yasak olduğu işler düzenlenmektedir. Bu tür yasakların söz konusu olması halinde yalnızca izin verilen cinse mensup kişilerin işveren tarafından istihdam edilmesi gerekmektedir. Bu konuda İş Kanunu kapsamında yer alan düzenlemeler dışında, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesi gereğince, gebe ve emziren kadınların çalışma şartları, emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarının kurulması veya dışarıdan hizmet alınması ve benzeri özel düzenlemelerin Bakanlıkça çıkarılacak Yönetmeliklerle sağlanacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 15. maddesi de kadınları bir takım işler bakımından risk grupları içerisinde saymaktadır. Açıklanan nedenlerle, kadın işçilerin İş Kanunu kapsamında yer alan düzenlemeler gereğince gece çalışmalarının yasaklandığı hallerde ve yer altı ve su altında görülen işlerin söz konusu olduğu hallerde birtakım sınırlamalar söz konusu olmaktadır. Anılan hükümler cinsiyet ayrımcılığına ilişkin istisnaları oluşturmaktadır³⁴⁵.

1. Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı

Türk hukuk sisteminde tarım işlerinde çalışan kadınlara yönelik düzenlemeler sınırlıdır. Kadın işçilerin gece çalışması konusunda ise yalnızca sanayide çalışan kadınlara yönelik düzenlemeler bulunmaktadır³⁴⁶. Bununla birlikte, gece vaktinin genellikle dinlenmeye ayrılmış bir zaman dilimi olması, kadın işçilerin gece çalışmaları, mesleki ve fizyolojik risklere ortam sağlaması, işçi sağlığını bozma ihtimalinin daha fazla olması, aile ortamından ve işçinin sosyal çevresinden kopmasına neden olabilmesi, kişiliğin oluşumu ve gelişimini olumsuz etkileyebilmesi gibi nedenlere dayanılarak bazı kısıtlamalar yapılmak suretiyle düzenlenmektedir³⁴⁷.

³⁴⁵ YÜKSEL, s. 294-295.

³⁴⁶ ÖZDAMAR, s. 86.

³⁴⁷ YUVALI s. 104; YILDIZ, s. 279; MÜLAYİM, s.105.

‘Gece süreleri ve gece çalışmaları’ başlıklı madde 69 kapsamında yer alan düzenleme gereğince, çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemi ifade etmektedir.

Bununla birlikte maddenin 2. fıkrası gereğince, bazı işlerin niteliğine ve gereğine göre ya da yurdun bazı bölgelerinin özellikleri bakımından, çalışma hayatına ilişkin "gece" başlangıcının daha geriye alınması veya yaz ve kış saatlerinin ayarlanması, gün döneminin başlama ve bitme saatlerinin belirtilmesi suretiyle birinci fıkradaki hükmün uygulama şekillerini tespit etmek yahut bazı gece çalışmalarına herhangi bir oranda fazla ücret ödenmesi usulünü koymak veya gece işletilmelerinde ekonomik bir zorunluluk bulunmayan işyerlerinde işçilerin gece çalışmalarını yasak etmek üzere yönetmeliklerin çıkartılması mümkündür.

Üçüncü fıkra gereğince, işçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçmemektedir. Bununla birlikte turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir mümkün olmaktadır.

İş Kanunu'nun ‘Gece çalıştırma yasağı’ başlıklı 73. maddesi ise on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların, Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelik ile gösterileceği hükmüne bağlanmıştır. Mülga 1475 sayılı İş Kanunu, 69. maddesinde ise yaşı ne olursa olsun kadın işçileri gece çalıştıramayacağını hükme bağlamış olmasına rağmen, 4857 sayılı kanun, on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece çalışmasına ilişkin bir yasak içermemektedir. Anılan madde hükmünün değiştirilmesine gerekçe olarak kadın – erkek eşitliğinin sağlanmasının amaçlandığı gösterilmektedir³⁴⁸.

İş Kanunu madde 73/3 hükmü gereğince, 24 Temmuz 2013 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmeliğin madde 5 hükmü gereğince de kadın işçilerin gece çalışmalarının yedi buçuk saati aşmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Yönetmeliğin 6. maddesi ise işverenlerin, kadın işçileri, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgâhlarına en yakın merkezden, işyerine götürüp getirmekle yükümlü olduğunu

³⁴⁸ YUVALI, s. 104-105.

belirtmektedir. Yönetmeliğin bu maddesi, erkek işçiler bakımından bu türde bir imkan sağlanmaması ve bu durumun kadın - erkek eşitliğine aykırılık teşkil edeceği, işveren tarafından özellikle erkek işçilerin gece postalarında çalıştırma bakımından tercih edileceği gibi nedenlerle eleştirilmektedir³⁴⁹.

7. madde hükmü ise, kadın işçilerin çalışmaya başlamadan önce sağlık durumlarının elverişli olduğunun tespiti için işyeri hekiminden rapor alınacağını düzenleme konusu yapmaktadır. Aynı şekilde kadın işçinin işe devamı süresinde de düzenli olarak belirli aralıklarla sağlık kontrolünün yapılması gerekmektedir. Yönetmeliğin 8. maddesine göre, kadın işçinin, kocasının da işini postalar halinde yürütmesi ve aynı veya ayrı bir işyerinde çalışmaları halinde kadın işçinin talebi üzerine, gece çalıştırılması, kocasının çalıştığı gece postasına rastlamayacak şekilde düzenlenebilmektedir. Aynı işyerinde çalışan eşlerin aynı gece postasında çalışma istekleri, işverence, imkân dâhilinde karşılanmaktadır. Bu madde hükmünden işverene bu konuda takdir hakkı verilmediği ve çalışma saatlerinin, kadın işçinin talebi üzerine işveren tarafından düzenlenmek zorunda olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, eşlerin aynı işyerinde çalışmaları ve her ikisinin de aynı gece postasında çalışmak istemeleri halinde, bu isteğin işverence karşılanması, imkânların bu isteğe uygun olmasına bağlıdır³⁵⁰.

Konumuz açısından önemli bir husus da Yönetmeliğin 9. maddesi ile düzenleme konusu yapılmıştır. ‘Gebelik ve analık durumlarında çalışma yasağı’ başlıklı madde 9/1 hükmüne göre, kadın çalışanların gebelik durumlarının doktor raporuyla tespit edilmesinden doğum tarihine kadar; emziren kadın çalışanlar ise doğum tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bir yıl süre ile gece postalarında çalıştırılmamaktadır. Yönetmeliğin 9/2. maddesine göre, emziren kadın çalışanlarda ise bir yıllık süre, anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyerinde görevli işyeri hekiminden alınan raporla belgelenmesi halinde altı ay daha uzatılmaktadır.

2. Kadın İşçileri Yer Ve Su Altında Çalıştırma Yasağı

İş Kanunu’nun ‘Yer ve su altında çalıştırma yasağı’ başlıklı 72. maddesine göre, “*maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su*

³⁴⁹ OĞUZ, s. 577-578.

³⁵⁰ OĞUZ, s. 578.

altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır". İş Kanunu bünyesinde yer alan söz konusu madde hükmü, Türkiye tarafından 9 Haziran 1937 gün ve 3229 sayılı Kanun'la kabul edilen 1953 tarihli Kadınların Her Türlü Maden Ocaklarının Yeraltı İşlerinde Çalışması Hakkında 45 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'ne dayanmaktadır.

Benzer şekilde, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 45 Sayılı Sözleşmesi de kadınların yer altında çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ancak söz konusu sözleşme, onaylanan ülkeler tarafından, kadın erkek eşitliğini ihlal etmesi ve cinsiyet ayrımcılığına neden olması nedeniyle feshedilmiş bulunmaktadır³⁵¹.

Sözleşmenin 1. maddesi gereğince, her yaştan kadın işçinin her türlü maden ocağının yer altı işlerinde çalışması yasaktır. 3. maddeye göre, bedensel çalışması olmayan kadın yöneticilerin, sağlık ve sosyal hizmetleri yapan kadın çalışanların, mesleki bilgi edinmek amacıyla bir maden ocağının yer altı işlerinde staj görmesi gereken kadınların, bedensel olmayan çalışmalar için zaman zaman yer altına inmeleri, yasal mevzuatlar ile yasak kapsamı dışında bırakılabilmektedir. Madde hükmü bu şekilde olmasına rağmen, İş Kanunu kapsamında bu tür istisnalara kadın çalışanlar bakımından yer verilmemiş olması eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir³⁵². Hamilelik durumu dışında, kadınların yer ve su altında çalışmasının yasaklanması, anılan işlerin hem erkek hem de kadın işçiler bakımından eşit risk taşınması nedeniyle ayrımcılık yasası kapsamında değerlendirilmektedir³⁵³.

III. ÇALIŞMA YASAKLARINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI VE YAPTIRIMLARI

Çalışma yasakların söz konusu olduğu hallerde yalnızca izin verilen cinse mensup kişilerin işveren tarafından istihdam edilmesi gerekmektedir. Kadın işçilerin İş Kanunu kapsamında yer alan düzenlemeler gereğince gece çalışmalarının yasaklandığı hallerde ve yer altı ve su altında görülen işlerin söz konusu olduğu hallerde birtakım sınırlamalar söz konusu olmaktadır. Ancak, anlatılanlarla birlikte, işverenler kanunlar ve yönetmeliklerle

³⁵¹ 45 Sayılı sözleşmeyi fesheden ülkeler için bknz, YILDIZ, s. 288, dn. 210.

³⁵² BAKIRCI, *İstihdam*, s. 13.

³⁵³ YILDIZ, s. 288-289.

düzenleme konusu yapılan çalışma yasaklarına aykırı davranabilmekte, bu halde çalışma yasaklarına aykırılıkların sonuçları ve yaptırımları konusu gündeme gelmektedir³⁵⁴.

1. Çalışma Yasaklarına Aykırılığın Sonuçları

Çalışma yasaklarına aykırılık halinde iş sözleşmeleri butlanla geçersiz olmaktadır. Bu halde dava açılmasına ve beyanda bulunulmasına gerek olmaksızın, sözleşme kendiliğinden, baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir. Sözleşmenin butlanla geçersiz olması halinde taraflar sözleşmeye icazet verseler dahi, sözleşmenin geçerli bir hal alması mümkün olmamaktadır. Ayrıca sözleşme taraflarının haricinde, menfaati olan üçüncü kişilerin de sözleşmenin butlanla geçersiz olduğunu ileri sürmeleri mümkündür.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 'Kesin hükümsüzlük' başlıklı madde 27 hükmü ile Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğunu belirtmekte, ayrıca sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşılması halinde sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olduğunu hükme bağlamaktadır.

Bu doğrultuda, kadınlar hakkında çalışma yasaklarının söz konusu olduğu hallerde, iş sözleşmesi ile iş görme borcu yüklenmiş olan kadın işçinin bu borcu yerine getirme zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Ancak iş sözleşmelerinin varlığı halinde butlan hükümlerinin doğrudan uygulanması var olan hakların zedelenmesine neden olabilmektedir. Bu nedenle butlan hükmünde olmasına rağmen bu türde bir iş sözleşmesiyle kadın işçinin bir süre çalışması halinde, çalışmanın başından itibaren ücrete hak kazacağını kabul etmek gerekmektedir. Yargıtay kararları da bu halde işçilerin çalışma yasaklarına aykırı şekilde çalıştırılmaları halinde işçilerin ücrete hak kazanacaklarını ve ayrıca kıdem ve ihbar tazminatlarına ilişkin taleplerin de kabul edileceğini vurgulamaktadır³⁵⁵.

³⁵⁴ EVREN, s. 140-141.

³⁵⁵ Yargıtay 9. HD. T. 28.06.2006, E. 2005/39175, K. 2006/19031, EVREN, s. 141-142.

2. Çalışma Yasaklarına Aykırılığın Yaptırımları

a. İşverenin Hukuki Sorumluluğu

Kadın işçilerin çalışma yasaklarının söz konusu olduğu işlerde çalıştırmaları halinde, bunun sonucu olarak iş kazası geçirmeleri veya meslek hastalığına yakalanmaları durumunda, bu kişilerin geçici ya da sürekli olarak iş görememesi halinde bu kişilere karşı; ölmesi halinde ailesine karşı, her halde kusurlu olan işverenin kendisine rücu eden sigorta kuruluşlarına karşı tazminat niteliğinde ödemelerle sorumlu tutulacağı konusu gündeme gelmektedir. Doktrinde bu sorumluluk işverenin hukuki sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır. Bu halde işveren maddi ve manevi tazminat taleplerinden sorumlu olduğu gibi, destekten yoksun kalma tazminatından da sorumludur.

b. İşverenin İdari ve Cezai Sorumluluğu

İş Kanunu'nun 'İşin düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırılık' başlıklı 104. madde hükmü gereğince, işverenin veya işveren vekilinin çalıştırma yasaklarına aykırı davranması halinde bin iki yüz Türk Lirası idari para cezası verileceği belirtilmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda, yer ve su altı çalıştırma yasağını ihlal eden işveren veya işveren vekiline para cezası uygulanmakla birlikte, bu yasağa rağmen kadın işçi söz konusu işlerde çalıştırılmışsa çalıştığı süreyle ilgili olan haklardan yararlandırılmaktadır³⁵⁶.

Bununla birlikte, çalıştırma yasaklarına aykırılık halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 85 ve 89. maddeleriyle birlikte, 117. maddede; insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma koşullarına tabi kılmayla ilgili olarak tanımlanmış suçlar bulunmaktadır³⁵⁷.

³⁵⁶ YUVALI, s. 104.

³⁵⁷ EVREN, s. 148- 149.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI ve İSPAT YÜKÜ

Uluslararası antlaşmalar ve Türk hukuk düzeni, eşit davranma borcu ve cinsiyet ayrımcılığına sebebiyet veren işveren davranışlarına karşı, bu davranışların önlenmesi amacıyla çeşitli yaptırımlar öngörmektedir. Ayrıca Avrupa Yönergelerinde yer alan yaptırımların temelinde bu yaptırımların etkili, orantılı, caydırıcı olması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Ayrımcı muamele ile karşı karşıya kalan işçiler, işverene karşı dava açma hakkına sahip olduğu gibi, uğradıkları zararların tazminini de talep edebilme imkânına sahiptir. İşçilerin bu hallerde başvurabildikleri hukuki yaptırımlar her olayın özelliğine göre farklı şekilde gündeme gelmekte, idari ve cezai yaptırımlar ise son derece sınırlı olarak hukuk sistemimizde yer almaktadır³⁵⁸.

Eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasaklarına aykırılık halinde, ayrımcı muameleye maruz kalanlar, 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine başvurabilecekleri gibi, bu yoldan sonuç alamamaları ve bu halde yaptırım uygulanmaması halinde, 6701 sayılı TİHEKK kapsamında başvuru yapma imkanları da bulunmaktadır. Bununla birlikte, Türk Ceza Kapsamında ayrımcılık bir suç olarak düzenlemekte ve buna bağlı olarak kanun kapsamında ayrımcılık suçunun yaptırımlarına da yer verilmektedir. Bu doğrultuda konunun 4857 sayılı İş Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, 6701 sayılı TİHEKK hükümleri bakımından ayrılarak incelenmesi gerekmektedir.

§13. 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NDA GETİRİLEN YAPTIRIMLAR

I. HUKUKİ YAPTIRIMLAR

1. Ayrımcılık Tazminatı

İşverenin eşit davranma borcu ve cinsiyet ayrımcılığı yasaklarına aykırı davranması durumu İş Kanunu madde 5 hükmünde düzenleme konusu yapılmıştır. Maddenin 6. fıkrası gereğince, iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilmektedir. Madde hükmünde yer alan tazminat, ayrımcılık

³⁵⁸ YÜKSEL, s. 327.

tazminatı olarak adlandırılmaktadır. Kural olarak ayrımcılık tazminatında zararın meydana gelmiş olması şartı aranmamakta ve talep edilebilmesi için iş akdinin feshedilmiş olması da gerekmemektedir. Bununla birlikte, ayrımcılık yasağının varlığı halinde işveren tazminatın dışında idari para cezası ödemekle de yükümlü olmaktadır. Ayrıca kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere, işçi yoksun kaldığı hakları da talep etme imkânına sahip bulunmaktadır³⁵⁹.

Madde metninde ayrımcılık tazminatının yalnızca iş ilişkisinde ve sona ermesinde talep edileceği belirtilmiş olduğundan, işe alım sırasında işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde, işçinin ayrımcılık tazminatını talep etmesi mümkün olmamaktadır. Ancak bu durumda işçinin uğradığı zararın tazmini, Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri gereğince maddi ve manevi tazminat davası açmak suretiyle mümkün olmaktadır. Kanun gerekçesinde de ifade edildiği şekilde, işçinin işverenden dört aya kadar talep edebileceği ücret, 'asıl ücret' olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla ücret ekleri tazminat bünyesine dahil edilmemektedir. Bununla birlikte dört aya kadar talep edilebilecek ücret, hakim tarafından her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmektedir³⁶⁰. Ayrıca işçinin ayrımcılığa uğraması halinde İş Kanunu madde 24/II-e bendine dayanarak iş akdini haklı nedenle feshetmesi de mümkündür³⁶¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre, kadın işçinin doğum izninden dönmesinden sonra, işverence daha düşük performansı gerektiren bir işte çalıştırılmasının teklif edilmesi ve kadın işçinin bunu kabul etmemesi, bu durum doğrultusunda iş akdinin işverence feshi, ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bu halde kadın işçi tarafından talep edilen yoksun kalınan kârın da işverenden tahsil edilmesine hükmedilebilmektedir³⁶².

Kadın işçilerin doğumdan sonra çalışmaya devam etmeleri amacıyla, işveren gereken önlemleri almakla ve uygun çalışma şartlarını sağlamakla yükümlüdür. Yargıtay kararlarına göre de işveren, doğumdan sonra kadın işçilerin çalışma koşullarının uygun

³⁵⁹ DOĞAN, s. 371; SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 262.

³⁶⁰ SÜZEK, s. 487; SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 262; SUR, s. 41.

³⁶¹ DOĞAN, s. 371.; Yargıtay 9. HD de işçinin ayrımcılığa uğraması halinde iş akdinin haklı nedenle feshinin mümkün olduğuna dair kararlar vermektedir, bkz. YILDIZ, s. 327 dn. 69, Y. 9. T. HD 1.11.2004, E. 8671, K. 24558.

³⁶² Y. 9. HD, T. 29.11.2011, E. 2009/19835, K. 2011/46440, kararın tam metni için bkz.

<http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/132/esitlik-islem-ilkesine-aykirlilik-ayrimcilik-tazmin/?v=list&aranan=cinsiyet> (e.t. 15.05.2018)

hale getirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Ancak uygulamada işverenler kadın işçilerin izinde olduğu dönemlerde yeni işçiler istihdam etmekte ve izinden dönen kadın işçileri daha düşük performans gerektiren işlerde çalışmaya zorlayarak iş akdini feshetmeyi amaçlamaktadır. Bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında “dosya içinde davalıya ait işyerinde 15.02.2005 ve 15.09.2006 tarihlerinde cinsiyet ve medeni duruma göre çalışan işçi sayılarına yer verildiği tablolar bulunmakta olup 15.02.2005 tarihinde çalışan 179 kadın işçiden 72’sinin evli, 107’sinin bekar olduğu, 15.09.2006 tarihinde kadın işçi sayısı 248’e çıktığı halde evli kadın işçi sayısının 65’e gerilediği anlaşılmaktadır. Yapılan bu açıklamalara ... göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir” demektedir³⁶³.

2. Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi

Ayrımcılık tazminatı, kötüniyet tazminatı ve iş güvencesi tazminatı ile birlikte istenebilmektedir. Ancak İş Kanunu hükümleri gereğince ayrımcılık tazminatının *sendikal tazminat* ile birlikte talebi mümkün olmamaktadır.

İş Kanunu madde 5/6 hükmünde Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi hükümlerinin saklı tutulması gerekçesine dayanarak sendikal tazminatın ayrımcılık tazminatı ile birlikte talep edilemeyeceği kabul edilmektedir³⁶⁴.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı olarak geçersiz ve hakkını kötüye kullanmak suretiyle işçinin iş akdini feshetmesi halinde gündeme gelen *kötüniyet tazminatı* ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilebileceği doktrinde ileri sürülmektedir. Bu görüşü benimseyenler, ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının birlikte talebinin işçi lehine yorum ilkesi gereğince mümkün olduğunu kabul etmektedirler. Ayrıca iki tazminatın birlikte talebinin mümkün olmaması halinde işçilerin ağır haksızlıklarla karşı

³⁶³ Y. 9. HD, T. 29.11.2011, E. 19835, K. 46440, kararın tam metni için bkz.

<http://ismahkemesi.com/2015/10/isverenin-esit-davranma-yukumuluqu-ayrimcilik-tazminati-yaraitay-kararlari/> (e.t. 16.05.2018).

³⁶⁴ SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 263; SÜZEK, s. 488; DOĞAN, s. 372; YILDIZ, s. 333.

karşıya kalması nedeniyle sınırlı haklarla yetinmesi, ayrımcılığın önlenmesi ve işçiyi koruyucu amaçların gerçekleşmesine engel teşkil edeceği de belirtilmektedir³⁶⁵. Ancak doktrinde iki tazminatın birlikte talep edilebilmesi için kanunda açık bir düzenleme olması gerektiğini ileri süren bir diğer görüşte mevcuttur. Bizimde katıldığımız bu görüşe göre kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilememesinin nedeni olarak kötüniyet tazminatına imkan veren hallerin aynı zamanda ayrımcılık tazminatı ile aynı nedenleri taşıması gerekçe olarak gösterilmektedir³⁶⁶. İşverenin eşitlik ilkesine aykırı olarak iş sözleşmesini feshetmesi açık bir kötüniyetli fesih olmakla birlikte; ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatı beraber talep edildiği halde, tazminatlardan hangisinin işçinin lehine olduğu değerlendirilerek, lehe olan tazminata hükmedilmesi isabetli olmaktadır. Bununla birlikte, işverenin iş sözleşmesini feshettiği hallerde, birden fazla sebeple bu hakkını kötüniyetli olarak kullanması durumunda, ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatının talep edilme nedenleri farklılık gösterebilmekte, bu tür bir durumun varlığı halinde ise her iki tazminatın aynı zamanda mevcut olmasında bir aykırılık bulunmamaktadır³⁶⁷.

İş Kanunları hükümleri gereğince, bir kısım işçiler iş güvencesi kapsamındayken bir kısım işçiler ise iş güvencesi kapsamında yer almamaktadır. İş Kanunu madde 18 vd. hükümleri gereğince, *“otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”* denilmekte ve ayrıca aynı maddenin son fıkrasında ise işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca yine İş Kanunu madde 18/1 hükmünden anlaşılacağı üzere altı aylık kıdemi olmayan işçiler hakkında da iş güvencesi hükümleri uygulanmamaktadır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri, işverence İş Kanunu madde 17 hükmüne uymak şartıyla feshedilebilmekte, ancak bunun için işverenin aynı madde hükmünde belirtilen ihbar önelerine uyması gerekmektedir. Bu halde iş güvencesi

³⁶⁵ SÜZEK, s. 488, SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 263, YILDIZ, s. 331; DOĞAN, s. 373;

³⁶⁶ BAKIRCI, *Tazminat*, s. 119.

³⁶⁷ ODAMAN, s. 36.

kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri, işverenin kanunda gösterilen şartları yerine getirmesi halinde sebepsiz olarak feshedilebilmektedir³⁶⁸.

İş güvencesi tazminatı ise işverenin iş akdini feshetmesinin mahkeme kararıyla geçersizliğine hükmedilmiş olmasına rağmen, yeniden işe başlamak üzere başvuruda bulunan işçinin işe başlatılmaması halinde gündeme gelmektedir³⁶⁹. İş Kanunu madde 17/6 gereğince, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sözleşmelerinin fesih hakkını kötüye kullanmak suretiyle işveren tarafından feshedilmesi halinde, işçiye bildirim süresinin üç katı kadar tazminat ödenmektedir.

İş güvencesi tazminatının ayrımcılık tazminatı ile birlikte talep edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. İş güvencesi tazminatının işe başlatmama nedenine dayanması, ayrımcılık tazminatının ise işverenin eşit davranma ve ayrımcılık yasaklarına dahil olan davranışları halinde söz konusu olması nedeniyle iki tazminatın da niteliklerinin farklı olduğunu savunan görüş, bu iki tazminatın beraber talep edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir³⁷⁰. Ancak bizim de benimsediğimiz görüş, ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının beraber talep edilebileceğini savunmaktadır. Buna göre İş Kanunu 5/6 hükmü yalnızca ayrımcılık tazminatının sendikal tazminatla talep edilemeyeceğini belirtmiş olduğundan, iş güvencesi tazminatı bu kapsamda değerlendirilmemektedir³⁷¹. Örneğin cinsiyet veya hamilelik nedeniyle iş akdinin sona ermiş olduğunu iddia eden kadın işçi, feshin geçersizliğine hükmedilmesi halinde işe başlatılmazsa iş güvencesi tazminatı talep edebileceği gibi; cinsiyeti nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kaldığından dolayı ayrımcılık tazminatı da talep edebilmektedir³⁷². Ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının işçi tarafından bir arada talep edilmesi halinde, işçinin hem eşit davranma borcuna aykırılığın hem de kötüniyetin varlığını ispat etmesi gerekmektedir³⁷³.

³⁶⁸ BAYSAL, s. 84.

³⁶⁹ BAKIRCI, *Ayrımcılık Tazminatı*, s. 115.

³⁷⁰ DOĞAN, s. 372 ve SÜZEK, s. 489 dn. 64 'de belirtilen yazarlar.

³⁷¹ SÜZEK, s. 489 dn. 65'de belirtilen yazarlar;

³⁷² SÜZEK, s. 490.

³⁷³ ODAMAN, s. 84.

II. İDARİ YAPTIRIMLAR

İş Kanunu madde 99/1-a hükmü, 5. madde ile belirtilen hollere işverenin aykırı davranması halinde, her işçi için yüz elli Türk Lirası para cezası ödeyeceğini belirtmektedir. Bununla birlikte işverenin eşitlik ilkesi ve cinsiyet ayrımcılığına aykırılık teşkil eden muamelelerinin İş Kanunu kapsamında yer alan diğer hükümleri de ihlal etmesi halinde Kabahatler Kanunu hükümleri gündeme gelmektedir³⁷⁴. Bu halde kanun ile getirilen düzenleme gereğince, bir fiil ile birden fazla kabahat işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda yalnızca idari para cezası öngörülmekteyse, işverene en ağır para cezası verilmektedir. Ayrıca kanuna göre, kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasının dışında başka idari yaptırımların öngörülmesi halinde, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilmektedir. Kabahatler Kanunu madde 3 hükmü gereğince, kanunun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde; diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanmaktadır. Kanunun madde 27/1 hükmü ise, “*İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir*” demektedir.

§14. TÜRK CEZA KANUNU’NDA YER ALAN YAPTIRIMLAR

Ayrımcılık yasaklarının ve eşit davranma ilkesine aykırılığın söz konusu olduğu hallerde, cezai yaptırımlar, Türk Ceza Kanunu’nun 122 ve 105. maddelerinde düzenleme konusu yapılmıştır. TCK kapsamında ‘Ayrımcılık’ başlıklı madde 122 hükmü ile ayrımcılık başlı başına bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda, “*kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan, besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir*”

³⁷⁴ YILDIZ, s. 342-343; SENYEN-KAPLAN, *Cinsiyet Ayrımcılığı*, s.264-265.

denilmektedir. Madde hükmünün niteliği daha önce ‘TCK Kapsamında Yer Alan Düzenlemeler’ başlığı altında detaylı bir şekilde incelendiğinden burada daha fazla detaya yer verilmemektedir.

Bununla birlikte ayrımcılık türlerinden biri olan cinsel tacizin söz konusu olduğu hallerde ise TCK madde 105 hükmü uygulanmaktadır. Madde hükmü gereğince, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına mahkum edilmektedir. Ancak bu fiillerin aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanarak işlenmesi halinde yukarıda belirtilen cezalar yarı oranında artırılmaktadır. Söz konusu fiil nedeniyle mağdurun işi bırakmak durumunda kalması halinde ise verilecek ceza bir yıldan az olmamaktadır.

§15. TÜRK MEDENİ KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

İşverenin ayrımcılık oluşturan davranışlarının ve özellikle cinsel ve psikolojik taciz hallerinin varlığı halinde; kadın veya erkek işçilerin, işverene ya da işverenle birlikte saldırıda bulunan veya bulunanlara karşı Türk Medeni Kanunu’nun genel hükümleri gereğince 24. ve 25. madde hükümlerine dayanarak saldırının önlenmesi davası, sürmekte olan saldırının sona erdirilmesi ve durdurulması davası veya saldırının tespiti davası açmaları mümkündür.

Ayrıca bu halde 25/2 hükmüne göre, davacı işçinin düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması istemesi de mümkündür. Bununla birlikte saldırı neticesinde zarara uğrayan işçinin 25/3 hükmü doğrultusunda maddi ve manevi tazminat talep etme hakkı da mevcuttur.

§16. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

I. BAŞVURU YOLLARI

Eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasaklarına aykırılık halinde, ayrımcı muameleye maruz kalanlar İş Kanunu hükümlerine başvurma imkanına sahip oldukları gibi, bu yoldan sonuç alamamaları ve bu yol ile yaptırım uygulanmaması durumunda, 6701 sayılı TİHEKK kapsamında da başvuru yapma imkanına sahip bulunmaktadır.

Bu doğrultuda 6701 sayılı kanunun ‘Başvurular’ başlıklı 17. maddesinin 1. fıkrası, ayrımcı muameleler nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden her gerçek ve tüzel kişinin kuruma başvurma imkânının olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte aynı husus 24 Kasım 2017 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında da belirtilmiş bulunmaktadır³⁷⁵. Buna göre Yönetmeliğin ‘Başvuru hakkı’ başlıklı 30. maddesi, “*eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen her gerçek veya tüzel kişi, ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiası ile Kuruma başvurma hakkına sahiptir*” demektedir. Başvuruların illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da yapılması mümkün olmakla birlikte, başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamayacağı da yine TİHEKK kapsamında yer alan 1. fıkra bünyesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kuruma yapılan başvurulardan herhangi bir ücret alınmamaktadır. Ayrıca kuruma yapılan başvurular dava açma sürelerini de durdurmaktadır. Bu halde ayrımcı muameleyle maruz kaldığını iddia eden başvurucuların öncelikle iddia edilen ayrımcı uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep etmeleri gerekmektedir. Talebin reddi veya otuz gün içinde cevap verilmemesi halinde kuruma başvuru yapılması 17. madde ile mümkün kılınmıştır. Ancak güç veya imkansız zararların doğması ihtimallerinin olduğu durumlarda kuruma doğrudan başvuru yapılması da mümkündür. Bu halde iş sözleşmesinin uygulandığı dönemde veya iş sözleşmesinin sona ermesi halinde öncelikli olarak İş Kanunu’nun 5. maddesinde belirtilen tazminat yoluna gidilmesi gerekmektedir³⁷⁶.

Bununla birlikte kanunun 17/5. hükmüne göre 4857 sayılı Kanunun 5. maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvuruların, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı

³⁷⁵ Yönetmeliğin tam metnine erişim için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/11/20171124-2.htm> (e.t. 03.07.2018).

³⁷⁶ KARAN, s. 516.

alınmadığı hâllerde kabul edileceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, kuruma iş ilişkisinin kurulması, devamı ve sona ermesi sürecinde ayrımcı muamelelere uğranıldığı iddiası ile başvurulabilmesi için öncelikle İş Kanunu'ndan doğan hukuki yollara başvurulması, bu başvurulardan sonuç alınmamış olması gerekmektedir. Bununla birlikte kurumun herhangi bir şekilde ayrımcılık yapıldığına dair şüphelerinin bulunması halinde re'sen de harekete geçme imkanına sahip bulunmaktadır.

Kanunun 18/1. maddesine göre, Kuruma yapılan başvurular en geç üç ay içinde sonuçlandırılmaktaysa da söz konusu sürenin bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç ay daha uzatılması mümkündür. Başvurunun yapılmasının ardından Kurum, işverenin yazılı görüşünü almaktadır. Yazılı görüşün, istemin tebliğinden itibaren 15 gün içinde Kuruma ulaştırılması gerekmektedir. Bundan sonra işverenin yazılı görüşü, işçiye tebliğ edilmekte ve işçinin görüşünün de 15 gün içinde Kuruma tebliği gerekmektedir. Ayrıca tarafların talebi üzerine Kurul önünde ayrı ayrı sözlü açıklama yapmaları 18/2 hükmüyle düzenlenmektedir.

Kuruma yapılan başvurunun niteliğine göre tarafların görüşlerinin alınmasının ardından taraflar 18/3 hükmü gereğince uzlaşmaya davet edilebilmektedir. Uzlaşma, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali olduğu iddia olunan uygulamaya son verilmesi şeklinde olabileceği gibi, mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebilir şekilde veya mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilmektedir. Uzlaştırmaya davet yetkisi kanun kapsamında kurum başkanına verilmiştir. Uzlaşmanın en geç bir ay içerisinde sonuçlandırılması şarttır. Yönetmeliğin 71. maddesi gereğince, başvuru konusu talebin hakkında başvuru yapılan ilgili tarafca yerine getirildiğinin Kuruma bildirilmesi hâlinde veya başvurunun çözüme kavuşturulduğunun anlaşılması halinde uzlaşma kararı verilmektedir.

Kanunun 18/4 hükmü gereğince, başvurunun uzlaşma ile sonuçlandırılmaması haline durumun 20 gün içerisinde Kurula bildirilmesinden sonra Kurul, insan hakları ve ayrımcılık yasaklarının ihlal edilip edilmediğine dair karar vermektedir. Başvurunun bünyesinde ihlalin söz konusu olduğuna kanaat getirilmesi halinde Kurul, Kanunun 18/5 hükmü gereğince suç duyurusunda bulunabilme imkânına sahiptir. Bununla birlikte kanunda arabuluculuk yerine uzlaşma ifadesinin kullanılmış olması eleştirilmektedir. Uzlaşmanın ceza hukukunda geçerli bir alternatif çözüm yolu olması kafa karışıklığına

neden olmaktadır. Ayrıca bu süreçte ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi adına yönetmelik çıkarılması da bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır³⁷⁷.

II. YAPTIRIMLAR

Kuruma yapılan başvurular neticesinde kurum tarafından hangi tür kararların verildiği ise Yönetmelik kapsamında belirtilmiş bulunmaktadır. Yönetmeliğin İnceleme ve Araştırma Sonucunda Verilecek Kararlar başlıklı Sekizinci Bölümünde yer alan ‘Karar türleri’ başlıklı 65. madde hükmüne göre; Kurum, yapılan başvuru veya resen inceleme kapsamında yaptığı inceleme ve araştırma sonucunda incelenemezlik kararı, gerekçeli kabul edilmezlik kararı, gönderme kararı, ihlal kararı, idari yaptırım kararı, uzlaşma kararı, ret kararı ve karar verilmesine yer olmadığına dair kararlar verebilmektedir.

6701 s. TİHEKK kapsamında yapılan başvurular neticesinde verilen kararlar tarafları bağlayıcı nitelik taşısa da bu kararların yaptırım niteliği bulunmamaktadır³⁷⁸. Bununla birlikte, kanunun 25. maddesi ile kuruma idari para cezası verme yetkisi tanınmıştır.

Buna göre 25/1 hükmü gereğince, *“ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu 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”*. Ayrıca ikinci fıkra gereğince *“birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir”*. 25/3 hükmü ise, kanunun 19. maddesinde sayılan yükümlülöklere, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan birinci fıkra kapsamındaki kişi ve kuruluşlar hakkında beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bu fıkrada düzenlenen idari para cezaları hakkında da ikinci fıkra hükmü uygulanacağını belirtmektedir.

³⁷⁷ KARAN, 517.

³⁷⁸ KUTSAL, s. 279.

TİHEK kapsamında belirtilen idari cezaların madde 25/4 hükmü gereğince bir sefere mahsus olarak uyarı cezasın dönüştürülmesi mümkündür. Bununla birlikte hakkında uyarı cezası verilen kişi ya da kurumların ayrımcı fiilleri tekrarlaması halinde alacakları ceza yüzde elli oranında artırılabacaktır. Verilen idari para cezalarının tebliğden itibaren bir ay içerisinde ödenmesi gerekmektedir.

§16. İSPAT YÜKÜ

I. GENEL OLARAK

Eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasaklarının söz konusu olduğu hallerde ispat yükünün kimin üzerinde olduğu konusu oldukça önemlidir. Hukuk düzeninde ispat yükü konusunda genel kural, iddia eden kişinin iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğuna yöneliktir. Bu kapsamda ispat yükünü yerine getirmeyen kişi, kendisi hakkında aleyhe olan sonuçlara da katlanmak durumunda kalmaktadır. İspat yükü genel olarak, yargı organları karşısında olgu veya hak iddiasıyla bunlardan kendi lehine sonuç çıkarmak isteyen kişilerin bu hususları ispat etmek zorunda kalması olarak tanımlanmaktadır³⁷⁹.

Ancak ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde ispat yükünde bir takım değişiklikler görülmektedir. Doktrinde ayrımcı muamelelerin söz konusu olduğu hallerde ispat yükünün paylaştırılabileceğine dair görüşler bulunmaktadır. Bu durumun nedeni olarak, ayrımcı muamelelere uğradığı düşünülen kişilerin yargı karşısında hak aramaya teşvik edilmesi ve bunun için de ispat eşliğinin düşürülmesi gösterilmektedir. Bu halde delil ikamesi yükü iddiasını ispat eden tarafta olmakla birlikte, yeterli delil sunulmasından sonra ispat yükü yer değiştirmekte, yani paylaştırılmaktadır. İspat yükünün yer değiştirmesinden sonra, ayrımcı muamelede bulunduğu iddia edilen kişinin ikna edici bir savunma yapması beklenmektedir³⁸⁰.

İspat yükünün paylaştırılmasına ilişkin ilk düzenleme karşımıza AB Hukukunda 97/80 sayılı Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yükü Direktifi ile çıkmıştır. İspat yüküne ilişkin olarak ilk kez açık bir düzenleme olan bu Direktifin 4. madde hükmü de üye devletlerin, ayrımcı muamelelerle karşılaştığını iddia eden kişiler hakkında, bu kişilerin mahkemeye ya da başka bir yetkili makama başvurmaları ve doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa uğradıklarına karine oluşturacak olguları sunmaları durumunda, eşit

³⁷⁹ KARAN, s. 426.

³⁸⁰ KARAN, s. 427-428.

muamele ilkesinin ihlal edilmediğinin şikayet edilen kişi tarafından ispatlanmasını sağlamak adına ulusal yargı sistemleriyle uyumlu gerekli önlemler almakla yükümlü kılınmıştır. Bununla birlikte Direktifin bahsedilen maddesinin ikinci fıkrasında “*bu direktif üye devletlerin davacı tarafa daha elverişli bir kanıtlanma rejimi kabul ettirmelerine engel olmaz*” demektedir. 97/80 sayılı Direktifin dışında 2000/43, 2000/78, 2004/113 ve 2006/54 sayılı direktiflerde ayrımcılık halinde ispat yükü bakımından benzer düzenlemeler içermektedir³⁸¹.

Bununla birlikte Türk hukukunda ise ispat yükü bakımından bazı özel durumlar kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle ispat yükünün hem 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri bakımından hem de 6701 sayılı TİHEKK hükümleri bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

II. İŞ KANUNU HÜKÜMLERİ GEREĞİNCE İSPAT YÜKÜ

Eşit davranma ve ayrımcılık yasaklarının varlığı halinde ispat yükü, İş Kanunu hükümleri ile özel olarak düzenlenmektedir. İş Kanunu kapsamında yer alan hükümler gereğince, işverenin eşit işlem borcu ve ayrımcılık yasağına aykırı davrandığının işçi tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. İş Kanunu madde 5 hükmünün son fıkrası gereğince, “*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*” denilmektedir. Ayrımcılık ve eşitlik ilkesinin ağır bir şekilde ihlal edildiğinin işçi tarafından ileri sürülmesi halinde, işveren böyle bir halin mevcut olmadığını ortaya koymakla yükümlü olmaktadır³⁸². Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, her ne kadar ispat yükü işçide olsa da kanun maddesi ile işçinin üzerine bırakılan bu yükümlülük yumuşatılmaya çalışılmıştır. Yani belli durumların varlığı halinde ispat yükünün değiştirilmesi mümkün olmaktadır³⁸³.

Bununla birlikte fesih halinde ispat yükü ilk olarak işverene ait olmakta, işveren feshin nedeninin İş Kanunu’nun 20. maddesindeki iş güvencesi hükümleri çerçevesinde de

³⁸¹ KARAN, s. 432.

³⁸² BAKIRCI, *Ayrımcılık Tazminatı*, s. 117.

³⁸³ SUR, s. 41; SÜZEK, s. 491.

“geçerli bir sebebe dayandığını” ispat etmekle yükümlü olmaktadır. Bu ispat getirildikten sonra ise işçi, ayrımcılığı olağan ispat kurallarına göre ispat etmektedir³⁸⁴.

Yargıtay kararlarında da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarına dayanan taleplerle açılan davalarda işçi üzerine düşen ispat yükünün gerçekleştirilememesi halinde, taleplerin reddine karar verildiği görülmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda, gebelik nedeniyle kadın işçinin iş sözleşmesinin işverence sonlandırılması üzerine önüne gelen bir uyuşmazlığa ilişkin olarak, “*eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Gerek davacı tanığının beyanına göre, gerekse başka delil ile davalı işyerinde hamile kalan işçinin iş sözleşmesinin sırf bu nedenle feshedildiği ve ayrımcılık yapıldığı davacı tarafça ispatlanamadığından şartları oluşmayan talebin reddi gerekirken kabulü hatalıdır*” demektedir³⁸⁵.

İspata yarayan araçların işveren bünyesinde olduğu düşünüldüğünde, işçinin iddialarının ispatlamasının güç olduğu görülmektedir. Bu nedenle işverenin yardımı olmaksızın, işçinin ispat araçlarını elde etmesi mümkün olmamaktadır. Örneğin işe alım sırasında da işverenin ayrımcı muamelelerde bulunduğunu ispata yarayan somut vakıaların sınırlı olduğu kabul edildiğinde, bu halde işçinin kesinlik ölçüsünde olmasa dahi inandırıcı bir biçimde vakıaları ileri sürmesi yeterli görülmektedir. Ayrımcılık yapıldığı izlenimi uyandıran hallerin varlığı halinde, işçi iddialarını ispat etmiş sayılmaktadır. Ayrımcılık yapıldığı izlenimini uyandıran vakıalara örnek olarak, işyerindeki çalışanların büyük kısmının erkek işçilerden oluşması, işverenin personel seçimi ve terfi sırasında erkek işçilere öncelik tanıdığına sayısal verilerle belirgin bir şekilde anlaşılıyor olması, yüksek mevkideki işlerde erkek işçilerin yoğun olması, işverenin daha önce işçileri arasında cinsiyet nedeniyle ayırım yapmış olması, işverenin veya işveren bünyesinde çalışan diğer işçilerin ifadeleri, işverenin ayrımcı iş ilanları gösterilebilmektedir³⁸⁶.

Bununla birlikte Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, bir kadın işçinin hamile kalması nedeniyle, kadın işçinin pozisyonunda çalışan bir işçiye ihtiyaç kalmadığı gerekçesine

³⁸⁴ SUR, s. 41.

³⁸⁵ Y. 9. HD. T. 15.01.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741, kararın tam metni için bkz.

<http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/387024/yargitay-9-hukuk-dairesi-e-2013-7613-k-2015-741?v=list&aranan=i%FE%20s%F6zle%FEmesi%20feshet%20cinsiyet> (e.t.14.05.2018).

³⁸⁶ YÜKSEL, s. 357-358.

Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, madde hükmü ile ayrımcılık yasağı ihlali iddiasıyla Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu'na yapılacak başvurularda ispat yükünün paylaşılması ilkesi benimsenmektedir. Bu halde iddia sahibinin kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığını ortaya koyması durumunda ispat yükünün ayrımcılık yaptığı iddia edilen tarafa geçmesi hükme bağlanmaktadır³⁸⁸. Söz konusu düzenleme yukarıda bahsedilen direktiflerle uyumluluk göstermektedir.

TİHEKK ile ispat yüküne ilişkin getirilen bu hüküm ile başvuruda bulunanlara kolaylık sağlanmaktadır. Ancak bu kolaylık yargı organları bünyesinde uygulama alanı bulmamaktadır. Bu kapsamda yargı organları önüne gelen uyuşmazlıklarda İş Kanunu hükümleri gündeme gelmektedir. Ancak ayrımcı muameleler nedeniyle mağdur olanların durumu düşünüldüğünde TİHEKK kapsamında ispat yüküne ilişkin bu uygulamanın daha geniş kapsamda yer alması gerekmektedir³⁸⁹.

§17. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı konusunda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 12 Ekim 2017 tarihinde kabulü ve 25 Ekim 2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanması ile birlikte bir takım değişiklikler gündeme gelmiştir.

7036 sayılı kanunun 15. madde hükmü gereğince 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına 'Zamanaşımı süresi' başlıklı ek madde 3 hükmü eklenerek, iş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, yıllık izin ücreti ve bununla birlikte kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat, kötüniyet tazminatı ve iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminatlarda zamanaşımı süresi 5 yıl olarak belirlenmiş bulunmaktadır³⁹⁰.

³⁸⁸ 6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Gerekçesi, s.10.

³⁸⁹ KUTSAL, s.277-278.

³⁹⁰ 12 Ekim 2017 tarihinde kabul 7036 sayılı kanunun kabulünden önce İş Kanunu hükümleri zamanaşımı sürelerini 10 yıl olarak kabul etmekteyken, değişiklikle birlikte zamanaşımı süresi 5 yıl olarak belirlenmiş bulunmaktadır. İş Kanunu kapsamında eklenen ek madde 8 hükmü gereğince, "Ek 3 üncü madde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan yıllık izin ücreti ve tazminatlar hakkında uygulanır. Ek 3 üncü maddede belirtilen yıllık izin ücreti ve tazminatlar için bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri, değişiklikten önceki hükümlere tabi olmaya devam eder. Ancak, zamanaşımı süresinin henüz dolmamış kısmı, ek 3 üncü maddede öngörülen süreden uzun ise, ek 3 üncü maddede öngörülen sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olur" demektedir.

7036 sayılı kanunun tam metnine erişim için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm> (e.t.02.07.2018).

SONUÇ

Ayrımcılık kavramı, tarihte uzun zamandan beri tartışma konusu yapılan bir kavramdır. Bu doğrultuda kadınların da geçmişten günümüze kadar ayrımcılığa maruz kaldığı bilinmektedir. Ancak günümüze doğru ilerleyen süreçte, kadın erkek eşitliğinin sağlanması konusunda büyük gelişmelerin yaşandığı da gözlemlenmektedir.

Kadınların iş hayatında yer alması ile birlikte cinsiyet ayrımcılığı kavramı da sürekli tartışılmış, bu doğrultuda cinsiyetler arasındaki ayrımcılık gerek uluslararası sözleşmeler ile gerek ülkelerin yasal mevzuatlarında düzenleme konusu yapılmıştır. Ülkemizde cinsiyet ayrımcılığı Anayasanın 10. maddesi ile yasaklanmış, bununla paralel olarak İş Kanunu madde 5 hükmü de ayrımcılık yasaklarına yer vermiştir. Anayasa kapsamında yer alan düzenleme genel nitelikte olduğundan bu nedenle İş Kanunu bu konuda kendi bünyesinde ayrı bir düzenlemeye yer vermiştir. İş Kanunu 5. maddesi ayrım yasağını içermekteyken, Anayasa'nın madde 10 hükmü hem ayrımcılık hem de eşit davranma ilkesini hükme bağlamaktadır.

Bununla birlikte İş Kanunu 5/3. hükmü istihdamın her aşamasında uygulanmamaktadır. Madde hükmü, *“işveren, 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”* demektedir ve ayrıca ayrımcı muamelelerin önlenmesi bakımından İş Kanunu 5/6. maddesi iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yasaklarına aykırı davranıldığında işçilerin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceğini belirtmektedir. İş sözleşmelerinin yapılması ve uygulanması sırasında ayrımcılığı yasaklayan ve bu halde doktrinde ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılan tazminata hükmeden madde hükmü, iş duyuruları sırasında işveren tarafından ayrımcılık yapılması durumuna yer vermemekte dolayısıyla bu durumda bir yaptırımda söz konusu olmamaktadır. Ayrıca ayrımcı muamelelerin önlenmesi bakımından maddede yer alan ayrımcılık tazminatına üst sınır da getirilmemiştir.

İş Kanunu 5. madde hükmü iş duyuruları sırasında uygulanmasa da bu konudaki eksiklik kısmen de olsa TİHEKK 6. madde hükmüyle giderilmiştir. Bahsedilen madde hükmü, işle ilgili hiçbir aşamada ayrımcılığın yapılamayacağını belirtmekte ve işveren

veya işveren tarafından yetkilendirilen kişilerin istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemeyeceğini belirterek İş Kanunu'ndaki eksikleri gidermektedir.

Uluslararası sözleşmelerin, yasal mevzuatlarla uyumlu olması bakımından yükümlülükler öngörmesi sonucunda, iş alımları sırasında ayrımcılığın önlenmesi için Başbakanlık Genelgesi yürürlüğe girmiş olsa da İş Kanunu da bu konu hakkında bir düzenlemeye yer vermelidir. Bununla birlikte 6701 sayılı TİHEKK, cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi bakımından önemlilik arz etse de kanun kapsamında yer alan başvuru yöntemlerinin etkin bir şekilde kullanılmaması halinde, ayrımcı muameleler devam edebilecektir. Kaldı ki TİHEKK kapsamında yer alan yaptırımlar da yetersizliği nedeniyle eleştirilmektedir.

Uygulamada kadın işçiler genellikle gebelik ve annelik durumları nedeniyle iş sözleşmelerinin sona ermesi durumuyla karşı karşıya kalmaktadır. Yargı önüne en sık gelen uyuşmazlıklar, kadın işçilerin hamile kaldığını öğrenen işverenlerin iş sözleşmelerini feshetmesi yönünde toplanmaktadır. Her ne kadar işveren hamile ve emziren kadınlara yönelik olarak pozitif ayrımcılık kapsamında özel düzenlemeler yapmakla yükümlü olsa da, bu yükümlülüklerin aksine işverenler iş akdini sonlandırma yoluna gitmektedirler. Ayrıca kadın işçilerin evlenmesi nedeniyle de aile sorumluklarının artacağını düşünen işverenler bu konuda da iş akdinin feshi yoluna gitmektedir. Bahsedilen durumların önüne geçilmesi için mevzuatta yer alan yaptırımların uygulanması, uluslararası sözleşmeler ile uyum sağlanması açısından önemlidir.

Bununla birlikte, ayrımcılık halinde gündeme gelen idari ve cezai yaptırımların da etkin bir şekilde uygulanması gerekmekte ve ayrıca ayrımcı muamelelerin söz konusu olduğu hallerde TİHEKK kapsamında yer alan başvuru yöntemlerinin de etkin bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Kuruma, ayrımcılık iddiası ile başvurulabilmesi için öncelikle İş Kanunu'ndan doğan hukuki yollara başvurulması ve bu başvurulardan sonuç alınamamış olması gerekse de, bahsedilen yöntem halen aktif olarak uygulanılmamaktadır. Bu durumun önüne geçilmesi bakımından ayrımcı muamelelerin önlenmesi için toplumun bu konuda haberdar edilmesi gereklidir.

Bununla birlikte, ayrımcı muamelelere uğradığı düşünülen kişilerin hak aramaya teşvik edilmesi amacıyla ayrımcılık hallerinin yargı önüne veya Türkiye İnsan Hakları ve

Eşitlik Kurum'una gelmesi üzerine ispat yükü paylaştırılmaktadır. İş Kanunu 5. maddesinin son fıkrası gereğince, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir şekilde gösteren durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olmaktadır. Aynı şekilde TİHEKK madde 21 hükmü de kuruma yapılan başvurular için, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emare ve karine oluşturan olguları ortaya koyması halinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir demektir.

Türk İş Hukukunda ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin uluslararası sözleşme ve direktiflere uygun olduğu söylenebilirse de uygulamada, mevzuat ile getirilen düzenlemeler çerçevesinde hareket edildiği söylenemez. Yasal düzenlemelerin yanında kadınlara yönelik toplumda mevcut olan algıların da değişmesi gereklidir. Kadınlara yönelik algıların yıkılması konusunda kadınlara fırsat eşitliği sağlanmalı ve bu yönde pozitif ayrımcılık yöntemleri uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AĞIRBAŞLI, Şennur : *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, Seçkin, 2009.
- ATA, Nuray : *Temel Haklardan Yararlanmada Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Konya 2010.
- BAKIRCI, Kadriye : *Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler*, Seçkin Kitapevi, Ankara 2012.
- : *İşyerinde Cinsel Taciz*, Yasa Yayınları, Kasım 2000.
- BAYBORA, Dilek : *Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı*, Anadolu Üniversitesi Yayınları No: 1788, Eskişehir 2007.
- BİLGİLİ, Abbas : *İş Hukuku Açısından Mobbing (Psikolojik Taciz)*, Karahan Kitabevi, Adana, 2012.
- BİLİR, Ece : *İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Bahçeşehir Üniversitesi, 2011,
- CENTEL, Tankut : *İş Hukukunda Ücret*, İstanbul 1986.
- ÇUKUR, Cengiz : *Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz*, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, 2016.
- ERTÜRK, Şükran : *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin, Ankara 2002.

EYERCİ, Ömer / TAŞKENT, Savaş /

GÖKÇE, Ali Fuat

: *Türk Kamu Yönetiminde Personel ve Yönetici Olarak "Kadının Varlığı": Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Örneği*, Türkiye'de ve Dünyada Kadın Araştırmaları, Adana, 2015.

GÜL, İdil Işıl / KARAN, Ulaş

: *Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

KARAN, Ulaş

: *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları*, İnsan Hakları Ortak Platformu, 2009.

: *Uluslar arası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

KAYA, Gözde

: *Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı*, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi – 1, 2012.

KAYA, Pir Ali

: *Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014.

: *Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukun Bağlamında Eşitlik İlkesi*, Dora Yayıncılık, Bursa 2009.

MARDUÇ, Melda KÖSE

: *Uluslararası Belgelerde ve Anayasalarda Hukuksal ve Siyasi eşitlik Bağlamında Kadın Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul 2015.

MOROĞLU, Nazan

: *Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği*, İstanbul Barosu Yayınları, 2005.

- OĞUZ, Özgür : *Bireysel İş Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017.
- ONARAN YÜKSEL, Melek : *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği*, Beta, İstanbul, 2010.
- ÖZDAMAR, Demet : *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu*, Seçkin, Ankara, 2002.
- ÖZDEMİR MANAV, Eda : *İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, Beta, İstanbul 2017, s. 123-177.
- SAYIN, Aysun : *Avrupa Birliğinde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2007.
- KAPLAN SENYEN, E. Tuncay : *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.
- KUTSAL, SAVAŞ Burcu : *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, Beta, İstanbul 2017, s.257-287.
- SÜRAL, Nurhan : *Avrupa Topluluğunun Çalışma Yaşamında Kadın – Erkek Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Türkiye*, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2002.
- SÜZEK, Sarper : *İş Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017.
- TUNCAY, Can : *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

TUNCAY, Can

: *Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık*, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul 2011.

ULUCAN, Devrim

: *Bireysel İş Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017.

ÜNLÜ, Tuğba

: *Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Konya 2009.

ÜNAL, Canan

: *Yaş Ayrımcılığı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, Beta, İstanbul 2017, s. 313-377.

YILDIZ, Gaye Burcu

: *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Yetkin, Ankara, 2008.

: *İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı*, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Beta, İstanbul, 2010.

SÜRELİ YAYINLAR

AKBAŞ, Kasım / ŞEN, İlker Gökhan

: *Türkiye 'de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, sbd.anadolu.edu.tr, s.166-189.

BAKIRCI, Kadriye

: *İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler*, Kadın Araştırmaları Dergisi, S.10, 2012/2, s. 1- 37.

: *İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile*

Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil, Y.1, S.2, Haziran 2006, s.114-121.

BAYBORA, Dilek

: *Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine*, Çalışma ve Toplum, 2010/1, s. 33-58.

BÖRÜ, Şafak Parlak

: *Kadının Korunmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşmeler ve Türkiye'nin Konumu*, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 43-63.

ÇAĞLAR, Selda

: *Anayasa Mahkemesi Kararların Eşitliğin Dar Yorumu*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 3, s. 41-86.

CENGİZ, İştari

: *Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmelerine Etkisi*, Kamu-İş, C. 10, S. 4, Y. 2009.

ODYAKMAZ, Zehra / KESKİN, Bayram /

DENİZ, Yusuf

: *6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme – I*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 721-761.

DİNÇKOL, Bihterin

: *Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.4, S. 8, Güz 2005/2, s. 101-117.

DOĞAN YENİSEY, Kübra

: *Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi*, LEGAL İSGHD, c. 2, s. 7, y. 2005, s. 973-1003.

: *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, Çalışma ve Toplum 2006/4, s.63-82.

- : *Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları*, Kamu-İş, C. 6, S.4, 2002.
- DOĞAN, Gülmelihat : *Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar)*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s. 363-390.
- EKİN, Ali / KAYIRGAN, Hasan : *Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.1045-1066.
- ERDOĞAN, Gülnur : *Mobbing (İşyerinde Cinsel Taciz)*, TBB Dergisi, S. 83, 2009, s. 1-33.
- ERTÜRK, Şükran/
İNCEOĞLU, Sibel : *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s.46.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz : *İş Hukukunda Kadın İşçilerin Gece Çalışması*, Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, 2017, s.103-132.
- MANAV, Eda : *2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı Ab Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele Ve Türkiye'deki Uygulamalar*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s.731-779
- ODAMAN, Serkan : *Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti*, LEGAL İSGHD, Y. 2010, S. 25, s. 31-40.

- OĞUZ, Özgür : *Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler*, TBB Dergisi, S. 134, 2018, s. 567-586.
- EVREN, Öcal Kenan : *Çalıştırma ve Başka İş Gördürme Yasakları*, Çalışma ve Toplum, S. 2007/4, s. 141.
- ÖZDAMAR, Demet : *Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Y. 2009, s. 1169-1218.
- ÖZDEMİR, Erdem : *İşyerinde Cinsel Taciz*, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 83-96.
- KAPLAN SENYEN, E. Tuncay : *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Cinsiyet Ayrımcılığı*, TBB 2017, s. 225-268.
- SOYSAL, Tamer : *Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler*, Kamu-İş, C.8, S. 4, 2006.
- SUR, Melda : *İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.37, 2017 s. 33-51.
- TINAZ, Pınar : *İşyerinde Psikolojik Taciz*, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 13-28.
- ULUCAN, Devrim : *Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2013, s.369-383.
- YARDIMCIOĞLU, Didem/
- KANDEMİR, Murat /
- : *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 19, S. 30-31, 2014, s. 1-44.

YUVALI, Ertuğrul

: 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İlgili Mevzuatın Kadın İşçileri ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, TBB Dergisi, S.106, 2013, s. 93-114.

ZEYTİNOĞLU, Emin

: İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği Ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.11 S. 22, Güz 2012/2,

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.tdk.gov.tr>, (e.t 02.01.2018).

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (e.t. 03.01.2018).

<https://www.researchgate.net> (e.t 06.04.2018).

<https://www.sbd.anadolu.edu.tr> (e.t 06.04.2018).

<http://dergipark.gov.tr> (e.t. 07.04.2018).

<http://www.basbakanlik.gov.tr/> (e.t. 08.04. 2018).

<http://mts.org.tr/mevzuat/13822/> (e.t. 10.04.2018).

<https://statik.iskur.gov.tr/tr/> (e.t. 10.04.2018).

<https://www.csgb.gov.tr/> (e.t. 10.04.2018).

<https://www.tmmob.org.tr/> (e.t. 15.05.2018).

<http://www.hukukmedeniyeti.org> (e.t. 15.05.2018).

<http://app.e-uyar.com> (e.t. 16.05.2018).

<https://www.tbmm.gov.tr> (e.t. 25.06.2018)

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr> (e.t. 01.07. 2018)

<http://www.uis.gov.tr/media/1105/ozel-politika-15122014.docx> (e.t. 18.07.2018)

DİĞER KAYNAKLAR

Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar(AKÇT, AET, AAET), Avrupa Topluluğu İle İlişkiler Genel Müdürlüğü, Cilt I, 1993.

Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Ankara, 2014.