

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA YAŞ AYRIMCILIĞI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hatice Hilal TİRİTOĞLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. E. Murat ENGİN

HAZİRAN 2015

ÖNSÖZ

Çalışmam süresince bana her türlü yardım ve desteği sağlayan,engin bilgi ve tecrübesinden yararlandığım tez hocam Sayın Prof. Dr. Murat Engine teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca, bu süreç içerisinde benden anlayış ve bilgilerini esirgemeyen ve bana yol gösteren hocalarım Sayın Prof. Dr. Fatih Uşan ve Sayın Doç. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu'na da teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmamı sevgi ve özverileriyle her zaman yanımda olan aileme ithaf ediyorum.

Hatice Hilal Tiritioğlu

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
RESUME	viii
ABSTRACT	xii
ÖZET.....	xvi
GİRİŞ	xix
BİRİNCİ BÖLÜM	7
I. EŞİTLİK İLKESİ VE İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU.....	7
A. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı	7
II. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ	12
A. Eşitlik Kavramı	12
B. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi:	17
C. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Hukuki Dayanakları ve Anlamı:	18
1. <i>Eşit Davranma İlkesinin Hukuki Dayanakları</i>	18
a) Eşit Davranma İlkesinin Anayasal Dayanağı.....	18
b) Eşit Davranma İlkesinin Yasal Dayanağı	20
2. <i>İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Anlamı ve Uygulanması</i>	23
a) Eşit Davranma İlkesinin Anlamı	23
b) Eşit Davranma İlkesinin Kapsamı.....	24
3. <i>Eşit Davranma İlkesinin Uygulanma Koşulları:</i>	28
a) İşyerinin Aynı Olması (İşyerinde Birlik)	28
b) İşçi Topluluğunun Bulunması	29
c) İş İlişkisinin Bulunması	29
d) Kollektif Bir Uygulama Olması	29
e) Zamanda Birlik.....	30
4. <i>Eşit Davranma İlkesinin Uygulanma Alanları:</i>	30
a) İşe Almada Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması	30
b) İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması	32
c) İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması	33
5. <i>İşverenin Eşit Davranma İlkesine Uymamasının Sonuçları</i>	35
a) İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranmasının Hukuki Yaptırımları	35
aa) Geçersizlik.....	37
bb) Eda Davası	39

cc) İş Görmekten Kaçınma.....	40
dd) Maddi ve Manevi Tazminat.....	41
ee) İşçinin Fesih Hakkı.....	41
ff) Kişilik Haklarını Koruyan Davalar	41
gg) Ayrımcılık Tazminatı	42
hh) Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi	44
b) Eşit Davranma İlkesinin İhlal Edilmesi Durumunda Uygulanacak Cezai ve İdari Yaptırımlar.....	46
6. Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranılması Durumunda İspat Yükü	47
İKİNCİ BÖLÜM.....	48
I. AYRIMCILIK YASAĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	48
A. Ayrımcılık Yasağı İle İlgili Temel Kavramlar.....	52
1. Doğrudan Ayrımcılık- Dolaylı Ayrımcılık.....	52
2. Olumlu Önlemler.....	56
3. İspat Yükünün Yer Değiştirmesi.....	57
4. İstisnalar	58
5. Bir Kişinin Bir Özelliği İle İlgili Olarak O Kişi İle Bağlantılı Bir Başka Kişinin Ayrımcılığa Uğraması Durumu	59
6. Çoklu Temelde Ayrımcılık.....	60
7. Ayrımcılık Testi	61
8. Yaptırımlar	61
B. Uluslararası Hukukta Ayrımcılık Yasağına İlişkin Düzenlemeler.....	62
1. Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık Yasağı	67
a) Avrupa Birliği Hukuku	67
b) Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık	72
c) İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi	77
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	84
I. ÇALIŞMA YAŞAMINDA YAŞ AYRIMCILIĞI.....	84
A. Yaş Ayrımcılığı Kavramı	87
1. Tanım	87
2. Yaş Ayrımcılığının Türleri	90
a) Uygulama Yöntemleri Açısından Yaş Ayrımcılığı.....	91
aa) Doğrudan Yaş Ayrımcılığı	91
bb) Dolaylı Yaş Ayrımcılığı	91
cc) Çağrışımsal Yaş Ayrımcılığı	92
dd) Algısal Yaş Ayrımcılığı.....	92
b) Yaş Gruplarına Göre Yaş Ayrımcılığı	92
aa) Gençlere Ayrımcılık	93

bb) Orta Yaşlılara Ayrımcılık	95
cc) Yaşlılara Ayrımcılık	96
aaa) Yaşlılık Kavramı	96
bbb) Yaşlılık Sorunları	100
ccc) Yaşlılık ve Sosyal Güvenlik Sistemleri	103
ddd) Çalışma Yaşamında Yaşlılar	110
eee) Yaşlıların İstihdam Edilmesinde Karşılaşılan Engeller	111
fff) Yaşlı İşçiler ve Verimlilik	114
B. Çalışma Hayatında Yaş Ayrımcılığı	116
C. Çalışma Hayatında Yaş Ayrımcılığının Nedenleri	121
D. Türk Çalışma Hayatında Yaş Ayrımcılığı	123
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	125
I. YAŞ AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	125
A. YAŞ AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI VE ULUSLARARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER	125
1. <i>Amerikan Hukukunda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı</i>	125
2. <i>Avrupa Birliği Hukukunda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı</i>	127
a) Yaş Ayrımcılığına İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarına Genel Bir Bakış	131
aa) Giriş	131
bb) Yaş Ayrımcılığı Yasağının Belirsiz Statüsü	132
cc) Yaş Ayrımcılığına Dair Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları	133
aaa) Mangold v Helm	135
bbb) Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA	137
ccc) Age Concern England	139
ddd) Hütter, Petersen ve Wolf	141
eee) Küçükdeveci ve Bartsch	146
fff) MacCulloch v Imperial Chemical Industries Plc	148
ggg) Wilkinson v Springwell Engineering	148
dd) Gelecek İstikamet	148
B. YAŞ AYRIMCILIĞI VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER	149
1. <i>Türk Hukukunda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı</i>	149
2. <i>Yaş Ayrımcılığı İle Bağlantılı Yargıtay Kararları</i>	154
II. YAŞ AYRIMCILIĞININ ENGELLENMESİNE YÖNELİK ÖNERİLER	162
SONUÇ	164
KAYNAKÇA	166
ÖZGEÇMİŞ	174

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADEA	: Yaş Ayrımcılığı Yasası
A.g.e.	: Adı Geçen Eser
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
bknz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Cm	: Santimetre
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
ESKHS	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası
Sözleşme	
f.	: Fıkra
GDP	: Gayrisafi Yurt İçi Hâsıla
GGASS	: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
İSGHD	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü
s	: Sayfa
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği

T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
vb.	: Ve Benzeri
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
Y9HD	: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
Y10HD	: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi

RESUME

L'objet de travail est la discrimination en raison de l'âge dans le droit du travail et de la sécurité sociale. Comme il est connu la discrimination est une notion négative comme l'exclusion, la marginalisation, avec des traitements injustes et inéquitables engendrant des résultats négatifs en défaveur de la personne confrontée à la discrimination. Même s'il n'est pas possible de supprimer totalement la différence entre les personnes, l'idée et l'effort de l'interdiction de la discrimination est une des pierres de fondation pour le fonctionnement de l'ordre juridique libéral. Cette pensée se base sur le principe de la justice. La notion de discrimination, fut utilisée dans la littérature juridique en 1878 dans le droit anglo-saxon dans une décision de justice. Dans le domaine du droit international fut mis à l'ordre du jour pour la première fois concernant la protection des droits des minorités. De nos jours, dans le droit international et dans le droit national l'interdiction de la discrimination est un principe du droit commun indispensable.

Un comportement différent malgré qu'entre deux personnes ou deux situations il n'y a aucune différence, la création de séparation entre les personnes ou les situations ou le comportement similaire malgré qu'il est question de situations différentes peut être défini comme une discrimination. Si bien que nous pouvons traiter l'interdiction de la discrimination comme un sous élément du principe de l'égalité. La fondation de la notion de l'interdiction de la discrimination est instituée par le principe d'égalité. Le principe d'égalité par rapport à l'interdiction de la discrimination inclut des significations plus larges en tant que notion et du point de vue de l'histoire se réfère à des périodes plus anciennes. Le principe d'égalité peut être nommé comme l'obligation d'agir de façon égale et nous pouvons séparer ceci en deux sous titre. L'un est l'obligation d'agir de façon égale et l'autre l'interdiction de la discrimination.

Le principe d'égalité, au sens général exprime de ne pas traiter de façon différente les personnes dans la même situation sans qu'il n'existe de raison raisonnable-objective justifiant le traitement différent. Pour cette raison, la notion d'égalité constitue l'essence de la vie conforme avec la sensibilité et l'honneur de l'homme. Dans le principe d'égalité est inclus le comportement égal et le respect par l'Etat des droits fondamentaux comme l'honneur, la santé physique, la liberté et la demande d'être spécial, la participation à la vie juridique et du travail et le développement naturel et le droit d'appartenance à un Etat social et l'inviolabilité mentale.

Tous les Hommes possèdent des caractéristiques différentes des uns des autres. L'humain est un homme ou une femme ; blanc ou noir, fort ou faible, pauvre ou riche, avec ou sans éducation, jeune ou vieux. Malgré ceci ils sont égaux devant les lois. Le principe fondamental de tous les hommes en face de la loi, sans prendre en compte son mode de vie, lui garantit l'honneur inviolable juste parce qu'il vit.

La formule "tous les hommes sont égaux ", est une valeur de jugement exprimant que tous le monde est égal dans son titre d'homme et d'honneur, en d'autre terme qu'une valeur égale est donnée à tous le monde. De ce jugement de valeur fondamentale se met à jour les principes de moralité et droit fondamentale

organisant les relations des hommes avec la société et entre eux. Pour cette raison, dans la formule “tous les hommes sont égaux ”, il est caché un principe normatif tel que « il faut se comporter égale envers les hommes » ou « les traiter de façon égale ». De la nous pouvons conclure que tous les hommes ont droit à un traitement égal et que pour cette raison qu’il faut traiter de façon égale les hommes.

La demande d’égalité est avant tout une demande du droit de l’homme. Cela ne signifie pas seulement l’obtention de ce qu’on a droit, en même temps inclus en son sein la justice, l’honneur et la liberté de la personne qui forment la source des droits. Quant q la discrimination c’est l’état de déviance- d’éloignement de la situation d’égalité. Le comportement discriminatoire est une action violant directement le droit de l’homme et troublant l’état d’égalité. L’objectif des actes discriminatoire, quelque soit le champ, est un comportement rabaissant, déshonorant, privant le droit. De cette façon, l’acte discriminatoire vise un droit ou une situation égale, en même temps vise à porter atteinte à l’honneur de l’homme.

De façon générale la notion de discrimination est un traitement différent d’un personne par rapport aux autres personnes en raison d’un de ses caractéristiques individuelle et de le léser en raison de ce traitement différent. Dans la discrimination, si on laisse de coté la discrimination positive, il est question en tout temps d’un comportement différent négatif.

Pour définir l’interdiction de la discrimination il sera significatif de déterminer les similitudes et les discriminations avec la notion d’égalité qui est une notion avec des relations proches avec la notion de discrimination et mélangé de façon fréquente. La détermination du principe d’égalité et de l’interdiction de la discrimination est importante du point de vue de la prise des mesures pour mettre en vigueur ces principes par les Etats. Pour cette raison, il est donné des informations concernant le caractéristique juridique du principe d’égalité dans la première partie, l’interdiction de la discrimination dans la seconde partie, quels ont été les phases de ces deux notions dans le temps et quel a été leur développement. Ensuite il est mentionné les garanties accordées à ces deux notions par le droit national et international avec quelles mesures. Car l’élimination des inégalités dans tous les domaines de la vie et dans ce sens pour lutter contre les discriminations, la protection des droits des personnes suite à la violation du principe de l’interdiction de la discrimination est une des fonctions fondamentales des organes judiciaires nationaux et supra nationaux.

Comme nous l’avons mentionné le fondement du principe d’égalité et l’interdiction de la discrimination est expliqué en se basant les notions et les règles différentes comme la règle de la sincérité, le principe d’équité, le principe d’égalité constitutionnel. De cette façon, le principe d’égalité et l’interdiction de la discrimination est parmi les principes général du droit et qu’il est juste de dire qu’il est nécessaire de protéger en priorité. L’une des raisons du comportement discriminatoire est le facteur de l’âge. Dans la discrimination de l’âge il est question d’un traitement différent des personnes en raison de l’âge.

L’âge étant variable, la discrimination de l’âge n’a pas une approche fixe comme il est question des autres types de discrimination. Chaque personne a un âge différent mais l’âge de chacun montre des différences par rapport à l’autre. Bien sure que ceci n’est pas juste pour les personnes nées en même temps ou à des temps proches. Dans beaucoup de situation l’individu n’a pas seulement un certain âge, pendant leur vie normale il est inclus dans les différents groupes d’âge sous condition de ne pas être plus d’une fois. Pour cette raison le mode d’application montre des différences et la personne discriminant et victime de la discrimination ne sont parfois pas conscientes de cette situation. La discrimination en raison de l’âge est différente

de la discrimination sexuelle ou raciale rencontré plus souvent. Les individus n'appartiennent pas depuis leur naissance à ces groupes causes de la discrimination de l'âge ; mais le risque de subir cette discrimination par l'individu existe. La discrimination en raison de l'âge est très difficile à prouver c'est une fait équitable sur le papier mais en réalité il est possible de rencontrer des pratiques incluant la discrimination.

La discrimination en raison de l'âge, dans la pratique sans prendre en compte la capacité individuelle de la personne d'un certain âge, en raison de l'inclusion dans un quelconque groupe d'âge engendre le traitement avec un préjugé injuste du point de vue de la capacité ou de l'incapacité. En tant que règle le fait d'attendre ou de ne pas atteindre un certain âge ne justifie pas la soumission à un traitement plus mauvais. Au sens général la discrimination en raison de l'âge, est la volonté de la pratique d'une discrimination en raison de l'âge des individus et de les mettre dans les moules. En d'autres termes, l'existence de comportement, action ou institutionnel rabaissant la personne en raison du rôle qui lui est affecté par la société en de son âge ou du fait de son âge. Il est possible de rencontrer la discrimination en raison de l'âge dans les publicités, les films, les hôpitaux et la vie du travail, etc.... Lorsqu'on évolue la discrimination en raison de l'âge du point de vue de la vie au travail, il peut être exprimé comme l'absence d'assurance de bénéfice professionnel comme un avancement dans un nouveau travail ou similaire.

En raison de la discrimination en raison de l'âge la compatibilité, la performance et le niveau des capacités au travail des individus ne sont pas prit en compte, il est prit en compte seulement leur âge calendrier. Si cette pratique est très importante sur le lieu de travail il est inévitable les problèmes pour la société, l'employé et l'employeur. Par exemple, malgré la performance élevée des travailleurs jeunes les situations comme l'absence d'évolution dans la carrière ou la privation de la formation car n'étant pas sure d'assurer ou non les couts de travailleurs âgés influencent sur la motivation des travailleur, leur niveau de créativité ou dans le partage de leur idée, leur performance est en baisse et empêche qu'ils prennent des responsabilités complémentaires.

Dans la vie du travail les personnes de tous groupes d'âge peuvent se confronter à la discrimination en raison de l'âge, mais lorsqu'on compare les travailleurs âgés avec les travailleurs jeunes les travailleurs âgés sont plus soumis à la discrimination en raison de l'âge.

Dans la troisième partie de notre analyse nous avons traité de ce qu'est la discrimination en raison de l'âge et les types de discrimination en raison de l'âge. En raison d'être l'objet principal de notre travail ensuite il a été indiqué les impacts de la discrimination en raison de l'âge sur le travail. Il a été expliqué le niveau de l'impact sur quel groupe d'âge, les raison et les propositions pour une solution. Par ailleurs, il a été donné une place importante en particulier au groupe de travailleurs âgés confronté le plus à la discrimination en raison de l'âge. Il a été indiqué les effets néfastes de la discrimination en raison de l'âge sur les dits individus et sur la société.

Dans la quatrième partie de notre travail il est examiné les réglementations pour empêcher la discrimination en raison de l'âge. En premier examen des réglementations dans le droit international ensuite dans le droit turc ou les réglementations concernant la discrimination en raison de l'âge a beaucoup moins de place par rapport aux autres discriminations. Mais ceci ne signifie pas que la discrimination en raison de l'âge est une discrimination de seconde classe ou est beaucoup moins importante par rapport aux autres types de discrimination. Le dit fait est indiqué dans les décisions de la Cour de justice de l'Union Européenne et mis sous garantie. De cette façon, pour voir de façon plus nette les réglementations

concernant la discrimination en raison de l'âge dans le droit international dans notre examen concernant ce sujet nous allons donner place aux décisions de la Cour de justice de l'Union Européenne.

Même si par rapport aux autres exemples de discrimination comme la discrimination en raison du sexe et de la race il y a moins de dispositions dans le droit international concernant la discrimination en raison de l'âge, lorsqu'on compare avec le droit turc il est clair que les dites dispositions sont plus riches qu'en droit turc. Il faut aussi mentionner que la distinction de discrimination en raison de l'âge dans le droit turc est tout nouvelle. Pour cette raison les dispositions contenues ne sont pas claires et insuffisantes. Si nous devons donner un exemple, lorsqu'il est listé les types de discrimination la discrimination concernant l'âge n'est pas mentionnée nominativement et est mentionné dans les motifs de discrimination sous forme de « les raisons similaires ». Dans notre travail une place est donnée de façon détaillée aux décisions de la Cour de cassation pour comprendre les pratiques dans le droit turc.

En dernier, dans la cinquième partie de notre travail il est traité des mesures concernant l'empêchement de la discrimination en raison de l'âge. Dans la pratique pour supprimer la discrimination en raison de l'âge il faut utiliser la formation, la distinction, protestation, dispositions légales et initiatives civiles utilisées dans la lutte contre la discrimination raciale et sexuelle. Parmi ces méthodes il ne serait pas faux de dire que créer de la différence est le plus fondamental. Pour cette raison il faut dans les sociétés en premier augmenter le niveau de conscience concernant la définition, le domaine et les sanctions légales concernant la discrimination en raison de l'âge. Il faut soutenir cette conscience avec les réglementations légales ou règlement, manuel et procédures au niveau de la société. Il faut lutter contre la discrimination en raison de l'âge à partir de l'embauche. Après l'embauche il faut que les groupes de travail soient composés d'une façon mixte de jeunes et de personnes âgées et assurer que ces personnes apportent les uns aux autres, donner les informations nécessaires concernant les règlements concernant la discrimination en raison de l'âge, il faut souligner que l'évaluation de la performance et les critères de retraite sont totalement indépendante de l'âge. Dans toutes ces phases les personnes ayant subi la discrimination doivent montrer l'effort pour casser les préjugés constituant la discrimination. En dernier il faut examiner, actualiser et développer les dispositions légales concernant le sujet.

ABSTRACT

The subject of my study is age discrimination in Labour and Social Security Law. As it may be known, discrimination is a negative concept leading occurrence of many negative consequences against the person becoming subject to discrimination such as suppression, alienation, unfair and inequitable treatment. Although it is not possible to eliminate differentiation between the persons, idea and attempt prohibition of discrimination establishes one of the cornerstones in operation of a liberal legal order. And the core of this idea is based on equity principle. The concept of discrimination started to be included in the legal literature for the first time by using in a court decision in Anglo-Saxon Law in 1878. In the international law, it was brought to agenda on the subject of protection of the minority laws for the first time. In today, prohibition of discrimination is an essential element as a general law principle, in both national and international law.

Acting differently although there is no difference between two persons or two situations, creating discrimination between persons or circumstances or acting similarly to different situations may be considered as discrimination. Therefore, we may see the probation of discrimination as a deepened sub-element of general equity principle. The base of the concept of prohibition of discrimination is established by equity principle. The equity principle includes both broad meanings as a concept and that is based on antique times as historically according to the prohibition of discrimination. We may call equity principle as the liability to treat equally in broad sense and we may divided such into two subheadings. One of them is the liability to treat equally in narrow meaning and the other is the prohibition of discrimination

Equity principle, in the most general sense, means treating people in similar circumstances without any discriminative act, where there is no objective reason to justify different treatments to such people. Therefore, equity concept establishes the core of a life which suits human dignity and honor. The content of equity principle includes respect and equal treatment by the state to the human rights such as human honor, bodily health, request for being free and special, involvement in legal life and business life, natural development and right of belonging to a social state, and being honorable and right to spiritual immunity.

All human beings have unique characteristics. A person is a man or woman; white or black; strong or weak; poor or rich; well trained or ignorant; old or young; but they are all equal before the law. The fundamental principle of equality of all people before the law guarantees the honor being immune for just he/she lives, regardless the form of his/her life.

The formula “all people are equal” is a value judgment stating that everyone is equal at the humanity and dignity, in another words everyone is granted equal value when assessing people. This base established the fundamental ethic and legal principles regulating the relations of humans with the society and among themselves. Therefore the formula “all people are equal” implies normative principle in the form of “human is to be treated equally” or “they are to be subject to equal treatment”.

From this judgment, we may conclude that all human is entitled to equal treatment and therefore it is required to act people in equal manner.

The equality claim is a human right claim above all. It does not mean only taking the deserved one but also includes justice, human honor and freedom establishing the roots of the rights. On the other hand, discrimination is deviation-alienation from equity. Discriminative act is an act violating human right and breaking equality state directly. The aim of discriminative treatment is acting for defamation, humiliation, and deprivation of rights. In this manner, discriminative treatment does not only aim at existing right or equal state but also to damage the human honor.

In general, discrimination concept is to act a person different from others and to behave him/ her unfairly on account of any of his/ her personal characteristics. In discrimination, ignoring positive discrimination, different behavior exists in negative meaning.

In order to define prohibition of discrimination, it makes sense to define the similarities and differences between it and the equity principle which has close relationship and frequently confused with this concept. Giving the definitions of equity principle and prohibition of discrimination is important for understanding the measured that states are required to take for application of these principles. Therefore, information is given about the legal nature of equity principle in the first section of our study and about the legal nature of prohibition of discrimination in the second section of our study; and it was emphasized that how both concepts passed through the phases and how they are developed. Then, it was stated how both concepts are secured and with which measures they are secured. Because elimination of all inequalities in all areas of life and to fight against discrimination in this sense, protecting the rights of victims of violation of prohibition of discrimination are one of the fundamental obligations of the states and supranational judicial authorities.

As we have mentioned above, the fundamental of equity principle and prohibition of discrimination is attempted to be explained by grounding is on different concepts and rules such as integrity rule, equity principle, ethic rule, and constitutional equity principle. In this manner, it will not be wrong to say that equity principle and prohibition of discrimination are among the general principles of law and accordingly are required to be protected with priority.

One of the reasons to conduct discriminatory acts is the age factor. In age discrimination, different treatment is observed against some people due to their ages.

Since age is variable, age discrimination has no fixed approach as we see in other forms of discrimination. Everyone has an age, but it is different from each other. This is of course not true for people born at the same or similar times. In most of the cases, individuals shall not have only one age rather they will be included in different age groups throughout their lives. Therefore, application form has differences and therefore the one making the discrimination and the one being the victim of discrimination may not be aware of discrimination; however each of the individuals has the risk to be a victim of such kind of discrimination. Age discrimination is different from the most common gender or racial discrimination. Individuals cannot include to these groups that since they were born leading age discrimination. Since it is difficult to prove age discrimination, it is possible to see applications considered as fair but being discriminatory indeed.

Age discrimination causes unfair prejudice in terms of competence or inadequacy, regardless the individual capacity of the person at certain age, since the person is included in any age group. As a rule, being or not being at certain age shall not justify any unfair treatment. Age discrimination is generally application of

discrimination against individuals for their ages and stereotyping them. In another words, it is existence of any behavior, act or institutional structures disparaging an individual due to his/ her age or the roles attributable to his / her age by the society. It is possible to observe age discrimination in various platforms including advertisements, films, hospitals and business life. In evaluation of age discrimination in terms of business life, it may be states as not to allow a person to take advantage of a new job, promotion or similar professional benefit.

Individuals are evaluated only on account of their ages by ignoring their compliance with position, their performances and abilities. If this application is effective predominantly in a workplace, it is inevitable to face with problems for both the employer and the employees in the workplace. For example, circumstances such as failure of the young employees to promote despite their high performances or depriving the old employees from education since it is not certain to get the required return on training cost, affect the motivation, levels of innovation and sharing of ideas of the employees; cause reduction in their performances, and prevents them to have additional liabilities. People of all ages in working life are possible to meet with discriminations as well as older employees are more exposed to age discrimination than the younger employees.

In the third part of our study, definition and types of age discrimination are discussed. Since it is the main topic of our study, the reflections of the age discrimination to the work life are specified. It was explained that which age groups are affected and the extent of the effect on such groups; and reasons thereof and recommendations which may bring solutions are discussed. Besides, group of old age employee is particularly addressed since they are the most exposed group to the age discrimination the most. It has been stated that age discrimination on old employee's leads negative effects both the said individual and community.

In the fourth part of our study, regulations as to prevention of age discrimination were included. First of all, the regulations in the international laws were mentioned, and then the regulations in Turkish laws are specified. As you see in your review of our study, there are fewer regulations on age discrimination compare to those against other types of discrimination. The main reasons therefore are that age discrimination is more difficult to be determined and does not cover a certain group of society; rather it may be applied to everyone. However, it should not be implying that age discrimination is a secondary type of discrimination or it is less important than the other forms of discrimination. The cited issue is included and secured in the decision of the court of justice of the European Communities. In this manner, the decisions of the court of justice of the European Communities are included in detail in our study so that the regulations in the international law on age discrimination will be seen more clearly.

Although there are fewer regulations on age discrimination compare to the other types of discrimination such as gender and race discrimination, it is obvious that the cited regulations are more satisfactory compare to those included in the Turkish laws. It should be noted that the awareness about age discrimination in Turkish Laws has merged recently. Therefore, the regulations are neither explicit nor adequate. For example, age factor is not mentioned even by name in listing the types of discrimination, and included in the discrimination types defined as "and similar reasons". In our study, we include decision of the Court of Appeals related to the subject for better understanding of application in Turkish laws.

Lastly, in the fifth part of our study, suggestions to prevent age discrimination are discussed. In practice it is required to apply the methods such as education, raising awareness, protesting, legal regulations and applying civil initiative, used

against race and gender discrimination in order to eliminate age discrimination. It will not be wrong to specify that raising awareness is the most fundamental one among such methods. Therefore, in businesses, the level of awareness should be increased in businesses about definition and scope of and legal sanctions against the age discrimination. It should be proper to support such awareness with legal regulations and manuals and procedure at the business level. It is required to fight against age discrimination starting from hiring process. After hiring process, it should be ensured that workgroups are established from both young and old employees and they take advantage from each other; and required information should be given on the regulations related to age discrimination, emphasizing that performance evaluation and retirement criteria are fully independent of the ages. In all these processes, it should be ensured that the victims of the discrimination are to attempt on breaking the prejudices establishing reasons for discrimination. Lastly, the legal regulations related to the subject should be reviewed, updated and improved.

ÖZET

Çalışmamın konusu İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaş Ayrımcılığıdır. Bilindiği üzere ayrımcılık dışlama, ötekileştirme, haksız ve hakkaniyetsiz muamelede bulunma gibi ayrımcılığa maruz kalan kişinin aleyhine birçok olumsuz sonuçlar doğmasına yol açan olumsuz bir kavramdır. Her ne kadar kişiler arasındaki farklılaşmayı bütünüyle ortadan kaldırmak mümkün olmasa da, ayrımcılığın yasaklanması düşüncesi ve çabası, liberal bir hukuk düzeninin işletilmesinde temel taşlardan birini oluşturmaktadır. Bu düşünce ise özünü hakkaniyet esasına dayandırmaktadır. Ayrımcılık kavramı, hukuk literatüründe ilk defa 1878 senesinde Anglosakson hukukunda bir mahkeme kararında kullanılmak suretiyle yer almaya başlamıştır. Uluslararası hukuk alanında ise ilk defa azınlık haklarının korunması mevzusunda gündeme gelmiştir. Günümüzde ise hem ulusal hem de uluslararası hukukta ayrımcılık yasağının, genel bir hukuk ilkesi olarak olmazsa olmaz bir yeri bulunmaktadır.

İki kişi ya da durumun arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranılması, kişi ya da durumlar arasında ayırım yaratılması veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen benzer şekilde davranılması ayrımcılık olarak adlandırılabilir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağını, genel eşitlik ilkesinin derinleştirilmiş bir alt unsuru şeklinde ele alabiliriz. Ayrımcılık yasağı kavramının temelini eşitlik ilkesi tesis eder. Eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağına göre hem kavram olarak daha geniş anlamları içermekte hem de tarihsel olarak daha eski dönemlere dayanmaktadır. Eşitlik ilkesini geniş olarak eşit davranma borcu olarak adlandırabilir ve bunu iki alt başlığa ayırabiliriz. Bunlardan biri dar anlamda eşit davranma borcudur ve diğeri de ayrımcılık yasağıdır.

Eşitlik ilkesi, en genel anlamıyla benzer durumdaki kişilerin, farklı şekilde işleme tabi tutulmalarını haklı gösterecek makul – objektif bir neden olmadıkça herhangi bir ayrımcı muameleye tabi tutulmamalarını ifade eder. Dolayısıyla, eşitlik kavramı, insan haysiyet ve onuruna yaraşır bir yaşamın özünü oluşturur. Eşitlik ilkesinin içeriğine, insanın şerefî, beden sağlığı, özgürlük ve özel olma talebi, hukuk yaşamına ve iş hayatına katılım ile doğal gelişim ve sosyal devlete aidiyet hakkı, onurlu olma ve ruhsal dokunulmazlık hakkı gibi temel haklarına devlet tarafından saygı duyulması ve eşit davranılması kuralı da dâhildir.

Tüm insanlar birbirinden farklı özelliklere sahiptirler. İnsan erkektir veya kadındır; beyazdır veya siyahtır; güçlüdür veya acizdir; fakirdir veya zengindir; eğitilidir veya cahildir; yaşlıdır veya gençtir. Buna rağmen herkes yasalar karşısında eşittir. Tüm insanların yasa karşısında eşit olduğu temel ilkesi her insana, nasıl yaşadığından bağımsız olarak, sadece yaşadığı için dokunulmaz olan onuru garanti eder.

“Tüm insanlar eşittirler” formülü, herkesin insanlık sıfat ve onurunda eşit olduğunu, başka bir deyişle insanları değerlendirmişte herkese eşit değer verildiğini ifade eden bir değer yargısıdır. Bu esas değer yargısından da, insanların toplumla ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen temel ahlak ve hukuk ilkeleri meydana gelmektedir. Bu sebeple, “bütün insanlar eşittir” formülünde, “insanlara eşit davranılmalıdır” ya da “eşit olarak işlem yapılmalıdır”, şeklinde normatif bir ilke saklıdır. Buradan da tüm insanların eşit işlem görmeye hakkı olduğu ve bu yüzden insanlara eşit muamele yapılması gerektiği sonucuna varılabiliriz.

Eşitlik istemi her şeyden önce bir insan hakkı istemidir. Sadece hak edileni almayı ifade etmez, aynı zamanda hakların kaynağını oluşturan adaleti, kişinin onurunu ve özgürlüğünü de içerisinde barındırır. Ayrımcılık ise eşitlik durumundan sapma - uzaklaşma halidir. Ayrımcı davranış, doğrudan insan hakkını ihlal eden ve eşitlik durumunu bozan bir eylemdir. Ayrımcı muamelenin hedefi, kapsamı kim olursa olsun, aşağılayıcı, onur kırıcı, haktan mahrum edici bir davranıştır. Böylece, ayrımcı muamele mevcut bir hakkı veya eşit bir durumu hedef alırken, aynı zamanda insanın onurunu zedelemeyi de hedef alır.

Genel olarak ayrımcılık kavramı, bir kimseye sahip olduğu bireysel bir özelliği sebebiyle diğer kimselerden farklı davranılması, bu farklı davranış nedeniyle mağdur edilmesi anlamına gelmektedir. Ayrımcılıkta, pozitif ayrımcılık bir kenara bırakılırsa, her zaman için olumsuz anlamda farklı bir davranış söz konusudur.

Ayrımcılık yasağının tanımlanabilmesi için bu kavram ile yakın ilişki içerisinde olan ve sıklıkla karıştırılan, eşitlik ilkesi kavramı ile benzerliklerinin ve farklarının belirtilmesi anlamlı olacaktır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı tanımlarının ortaya konulması, devletlerin bu ilkeleri hayata geçirmek için almak zorunda oldukları tedbirlerin anlaşılması bakımından da önem taşımaktadır. Bu sebeple, çalışmamızın birinci bölümünde eşitlik ilkesinin, ikinci bölümünde ayrımcılık yasağının hukuki niteliği hakkında bilgi verilmiş, bu iki kavramın süreç içerisinde nasıl evrelerden geçtiğine ve nasıl gelişme gösterdiğine yer verilmiştir. Daha sonra bu iki kavramın gerek ulusal gerek uluslararası hukukta ne çeşit önlemlerle güvence altına alındığı belirtilmiştir. Çünkü hayatın her alanında var olan eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ve bu bağlamda ayrımcılıkla mücadele etmek, ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlali sonucunda mağdur olan kişilerin haklarını korumak, devletin ve ulusal üstü yargı organlarının temel görevlerinden birini oluşturmaktadır.

Belirttiğimiz gibi eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının temeli dürüstlük kuralı, hakkaniyet ilkesi, ahlak kuralı, anayasal eşitlik ilkesi gibi farklı kavram ve kurallara dayandırılarak açıklanmaya çalışılmaktadır. Böylece, eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığını dolayısıyla öncelikli olarak korunması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Ayrımcı davranışta bulunma nedenlerinden biri olarak, karşımıza yaş unsuru çıkmaktadır. Yaş ayrımcılığında, kişilere yaşları nedeniyle diğer kişilerden farklı davranılması söz konusudur.

Yaş değişken olduğundan, yaş ayrımcılığının diğer ayrımcılık türleri gibi sabit bir yaklaşımı yoktur. Herkes bir yaşa sahiptir fakat herkesin yaşı bir diğerinden farklılık göstermektedir. Bu tabi ki aynı anda yahut yakın zamanlı doğmuş bulunan kişiler için doğru değildir. Birçok durumda, bireyler sadece belirli bir yaşa sahip olmazlar, normal yaşam süreleri boyunca bir kereden fazla olmamak suretiyle sırasıyla farklı yaş gruplarına dâhil olurlar. Bu nedenle uygulama biçimi farklılıklar göstermekte ve yaş ayrımcılığını yapan da mağdur olan da bazen bu durumun bilincinde dahi olmamaktadır. Yaş ayrımcılığı, günlük hayatta en çok karşılaşılan cinsiyet ya da ırk ayrımcılığından farklıdır. Bireyler yaş ayrımcılığına neden olan bu gruplara doğduklarından itibaren dâhil olmazlar; ancak her bireyin bu ayrımcılığa maruz kalma riski bulunmaktadır. Yaş ayrımcılığının kanıtlanması zor bir nitelik taşıdığından kâğıt üzerinde adil gözüken ancak esasında ayrımcılık içeren uygulamalara rastlamak mümkündür.

Yaş ayrımcılığı, pratikte belirli yaştaki kişinin bireysel kapasitesi göz önüne alınmaksızın, herhangi bir yaş grubuna dâhil olması sebebiyle yetkinlik yahut noksanlık açısından haksız bir önyargıya tabi tutulmasına neden olmaktadır. Kural olarak, belirli bir yaşa ulaşmış olma veya olmama daha kötü bir işleme tabi tutulmayı haklı göstermez. Yaş ayrımcılığı genel anlamda bireylere yaşları nedeniyle

ayrımcılık uygulanması ve kalıplara sokulmak istenmesidir. Başka bir deyişle, yaşı veya yaşına toplum tarafından atfedilen roller nedeniyle bir kişiyi aşağı gören davranış, eylem veya kurumsal yapıların varlığıdır. Yaş ayrımcılığına reklamlar, filmler, hastaneler ve iş hayatı gibi çeşitli ortamlarda denk gelmek mümkündür. Yaş ayrımcılığı iş yaşamı açısından değerlendirildiğinde, kişinin yaşının haksız bir şekilde yeni bir iş, terfi veya benzeri bir mesleki fayda sağlamasına izin vermemesi olarak ifade edilebilir.

Yaş ayrımcılığı nedeniyle bireyler işe uygunlukları, performansları ve yetenekleri düzeyleri göz ardı edilerek, sadece takvimsel yaşları ile değerlendirilmektedirler. Bu uygulama bir iş yerinde fazla etkin olursa, iş yerinde hem iş gören hem de işveren açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır. Örneğin, genç çalışanların yüksek performanslarına rağmen kariyer merdivenlerini tırmanamamaları veya yaşlı çalışanların maliyetini karşılayıp karşılayamayacağından emin olunamadığı için eğitimden mahrum bırakılması gibi durumlar çalışanların motivasyonunu, yenilikçilik düzeylerini ve fikirlerinin paylaşımını etkilemekte, performanslarının düşmesine neden olmakta ve ilave sorumluluklar almalarını engellemektedir. Çalışma yaşamında her yaş grubundan kişilerin yaş ayrımcılığı ile karşılaşması mümkün olmakla birlikte, yaşlı işçilerin genç işçilerle kıyaslandığında yaş ayrımcılığıyla daha fazla maruz görülmektedir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde yaş ayrımcılığının ne olduğuna, yaş ayrımcılığı türlerine değinilmiştir. Çalışmamızın ana konusu olması sebebiyle daha sonra yaş ayrımcılığının çalışma yaşamına ne gibi yansımaları bulunduğu belirtilmiştir. Bunun hangi yaş gruplarına ne denli etkisi olduğu açıklanmış, nedenlerine ve çözüm için getirilebilecek önerilere değinilmiştir. Ayrıca, yaş ayrımcılığına en çok maruz kalan grup olması sebebiyle yaşlı işçi grubuna özellikli olarak yer verilmiştir. Yaşlı işçilere uygulanan yaş ayrımcılığının hem bahsi geçen bireyler hem de toplum üzerinde ne gibi olumsuz etkilere yol açtığına değinilmiştir.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde ise yaş ayrımcılığının engellenmesine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikli olarak uluslararası hukukta ne gibi düzenlemeler olduğuna değinilmiş, sonrasında Türk Hukukunda olan düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamızı incelerken görebileceğiniz gibi yaş ayrımcılığına dair, diğer ayrımcılık türlerine oranla daha az düzenleme yer almaktadır. Bunun esaslı sebepleri yaş ayrımcılığının diğer ayrımcılık türlerine oranla daha az belirlenebilir olması ve belirli bir kesimi kapsamaması, her bireyin maruz kalabileceği bir ayrımcılık türü olmasıdır. Ancak bu kesinlikle yaş ayrımcılığının ikincil nitelikte bir ayrımcılık türü olduğu ya da diğer ayrımcılık türlerinden daha az önemli olduğu gibi sonuçlara sebebiyet vermemektedir. Bahsi geçen husus Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında da belirtilmiş ve dahi güvence altına alınmıştır. Böylece, uluslararası hukuktaki yaş ayrımcılığına ilişkin düzenlemelerin daha net görülebilmesi için çalışmamızda konuyla ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Diğer ayrımcılık türlerine örneğin cinsiyet ve ırk ayrımcılığına kıyasla yaş ayrımcılığına ilişkin uluslararası hukukta daha az düzenleme yer alıyor olsa da, Türk Hukuku ile karşılaştırdığımızda bahsi geçen düzenlemelerin daha doyucu olduğu aşıkârdır. Belirtmek de yarar vardır ki, Türk Hukukunda yaş ayrımcılığına ilişkin farkındalık daha yeni yeni oluşmaya başlamıştır. Bu sebeple yer alan düzenlemeler de hem açık değildir hem de yetersizdir. Örnek verecek olursak, ayrımcılık türleri sayılırken dahi yaş unsuru ayrıca ismen belirtilmemiş “ve benzeri sebepler” şeklinde belirtilen ayrımcılık sebepleri içerisinde kabul edilmiştir. Çalışmamızda konuya ilişkin Yargıtay kararlarına da Türk Hukukundaki uygulamanın daha iyi anlaşılabilmesi açısından ayrıntılı olarak yer verilmiş bulunmaktadır.

Son olarak, çalışmamızın beşinci bölümünde ise yaş ayrımcılığının engellenmesine ilişkin önerilere yer verilmiştir. Uygulamada yaş ayrımcılığının giderilmesi için, ırk ve cinsiyet ayrımcılığına karşı da kullanılan eğitim, farkındalık yaratma, protesto etme, yasal düzenlemeler ve sivil inisiyatif hareketi geçirme gibi yöntemlerin kullanılmasını gerekmektedir. Bu yöntemler arasında en temel olanının farkındalık yaratmak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla işletmelerde öncelikle yaş ayrımcılığının tanımı, kapsamı ve yasal yaptırımlar hakkında bilinç düzeyi arttırılmalıdır. Bu bilinci çeşitli yasal düzenlemeler veya işletme düzeyinde yönetmelik, el kitabı ve prosedürlerle desteklemek yerinde olacaktır. Yaş ayrımcılığı ile işe alım sürecinden itibaren mücadele etmek gerekmektedir. İşe alım sürecinden sonra da çalışma gruplarının gençlerden ve yaşlılardan karma bir biçimde oluşturulması ile birbirlerinden faydalanmaları sağlanmalı, yaş ayrımcılığına yönelik düzenlemelerle ilgili gerekli bilgilendirme yapılmalı, performans değerlendirme ve emeklilik kriterlerinin yaştan tamamen bağımsız olduğu vurgulanmalıdır. Tüm bu süreçlerde ayrımcılığa maruz kalanların da ayrımcılığın nedenlerini oluşturan ön yargıların kırılması yönünde çaba göstermesi sağlanmalıdır. Son olarak ise, konuya özgü yasal düzenlemeler gözden geçirilmeli, güncelleştirilmeli ve geliştirilmelidir.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu olan İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaş Ayrımcılığı çok kapsamlı ve üzerinde durulması gereken birçok alt başlığı bünyesinde barındıran bir konudur. Ülkemizde konuya ilişkin henüz farkındalık yeni yeni oluşmaya başladığı için konuya dikkat çekmek oldukça önemlidir.

Ayrımcılık yasağı kavramı temelini eşitlik ilkesinden alır. Eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağına göre hem kavram olarak daha geniş anlamları içermekte hem de tarihsel olarak daha eski dönemlere dayanmaktadır.

Eşitlik istemi her şeyden önce bir insan hakkı istemidir. Sadece hak edileni almayı belirtmez, aynı zamanda hakların kaynağını oluşturan adaleti, kişinin onurunu ve özgürlüğünü de ifade eder. Ayrımcılık ise eşitlik kavramından uzaklaşma durumudur. Ayrımcı davranış, doğrudan insan hakkını ihlal eden ve eşitlik durumunu bozan bir eylemdir. Ayrımcı muamelenin hedefi, kapsamı kim olursa olsun, aşağılayıcı, onur kırıcı, haktan mahrum edici ve kişiyi mağdur eden bir davranıştır.

Genel olarak ayrımcılık kavramı, bir kimseye sahip olduğu bireysel bir özelliği sebebiyle diğer kimselerden farklı davranılması, bu farklı davranış nedeniyle mağdur edilmesi ve bir takım haklardan mahrum bırakılması anlamına gelmektedir. Ayrımcılıkta, pozitif ayrımcılık hariç tutulmak kaydıyla, her zaman için olumsuz anlamda farklı bir davranış mevcuttur. Ayrımcılık yasağının tanımlanabilmesi için bu kavram ile yakın ilişki içerisinde olan ve sıklıkla karıştırılan, eşitlik ilkesi kavramı ile benzerliklerinin ve farklarının açık şekilde belirlenmesi uygun olacaktır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı tanımlarının ortaya konulması, devletlerin bu ilkeleri hayata geçirmek için yapmak durumunda oldukları düzenlemelerin tespit edilmesi bakımından da önem taşımaktadır.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, gerek ulusal gerek uluslararası hukuk düzenlemeleri ile hukukun her alanında uygulama alanı bulan, modern hukukun en temel genel ilkeleri arasında yer almaktadır.

Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının temeli dürüstlük kuralı, hakkaniyet ilkesi, ahlak kuralı, anayasal eşitlik ilkesi gibi farklı kavram ve kurallara dayandırılarak anlamlandırılmaktadır.

İş Hukukunda eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının uygulaması, genel adalet arayışından başka bir anlama gelmemektedir. Kaynağı ister kamu hukuku,

ister özel hukuk olsun bireylere eşit muamele edilmesi gereksinimi, herhangi bir toplulukta zayıf durumdaki kişilerin korunmasını eşit işlem yapılması yoluyla sağlamaya duyulan ihtiyaçtan kaynaklanır. Bu da belirtildiği üzere adalet duygusunun bir gereğidir. İşverenin işçilere yönelik davranışlarında hakkaniyet unsuru aranmaktadır.

Eşitlik ilkesi, en genel anlamıyla benzer durumdaki kişilerin, farklı şekilde işleme tabi tutulmalarını haklı gösterecek makul bir sebep olmadıkça herhangi bir ayrımcı muameleye tabi tutulmamaları demektir. Dolayısıyla, eşitlik kavramı, insan haysiyet ve onuruna yaraşır bir yaşamın özünü oluşturur.

İş Hukukunda işveren bakımından var olduğu kabul edilen eşit davranma yükümlülüğü, temelini Anayasa’da düzenlenmiş olan eşitlik ilkesinden almaktadır. “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan Anayasa’nın 10. maddesi gereğince; “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Kanun koyucu bahsi geçen maddede dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, din gibi bazı ayırım yasaklarına yer vermiş ancak ayırım yasaklarını bu maddede sayılan haller ile sınırlı tutmamıştır.

82 Anayasası 10. maddenin yanı sıra Başlangıç Bölümünde de, genel olarak “eşitlik” ilkesini ve aynı zamanda “sosyal adalet” ilkesini “kanun önünde eşitlik” ile sınırlı olmaksızın Cumhuriyetin “değiştirilemez” öğeleri arasında kabul etmiştir (m.4). Bu sosyal bir hukuk devleti olmamızın gereğidir. Başlangıçtaki ilkeler arasında, “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak (...) onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olma” da yer almaktadır.

Ayırım yasakları, kişiyi bazı özellikleri (ırk, renk, cinsiyet gibi) nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya yahut birtakım menfaatlerden mahrum bırakılmaya karşı koruyan normlar; eşit davranma borcu ise, aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmaması ve kişilere imtiyaz tanınmaması şeklinde tanımlanabilir.

Anayasa madde 10'daki eşitlik ilkesinin İş Hukuku'ndaki yansıması, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesindeki "eşit davranma ilkesi" başlıklı düzenlemedir. 4857 sayılı yasa ile bir yanda işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, öte yanda bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiş, böylece eşit işlem ilkesi iş hukukunda katmanlı bir yapıya kavuşmuştur. Eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki sıkı ilişkiyi göz ardı etmeyen 5. maddenin, ilkeyi aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle güvenceye aldığına kuşku yoktur ve böylece maddenin salt ayrımcılık yasaklarına indirgenmesi düşünülemez. Anayasa'nın 10. maddesindeki düzenlemeye benzer bir dille, 5. maddenin pozitif metninde yer almayan yasa önünde eşitlik ilkesi, eşit işlem ilkesi olarak İş Kanunu bağlamında da geçerlidir ve iş ilişkisinin her aşamasında işvereni bağlar. Anayasa'nın 10. maddesinin güvencelediği bu ilke, herkes için geçerli olan üstün bir anayasal ilke olarak, aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle, özel ve kamusal kesimlerde, işçi – işveren ve devlet – kamu görevlileri ilişkilerinde de geçerlidir.

Öğretide, işverenin eşit davranma borcu ikili bir ayrıma tabi tutulmuş ve bu borcun bir ayağında ayrım yasaklarının olduğu (ki bu ayrım yasakları temelinde temel ve hak özgürlüklere ilişkin olup işçinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesinin beklenemeyeceği özellikleridir), diğer ayağında ise dar anlamda işverenin eşit davranma borcunun yer aldığı (ki dar anlamda eşit davranma borcu ise işverenin yönetim hakkı ile ilgili olup bu borç nedeniyle haklı sebepler olmadıkça işçiler arasında ayrım yapılamaz) ifade edilmiştir. Ayrımcılık yasakları temelde temel hak ve özgürlüklerle ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir.

Eşit davranma ilkesiyle ilgili olarak hem ayrım yasaklarının hem de dar anlamda işverenin eşit davranma borcunun varlığının kabul edilmesi Anayasa madde 10'daki eşitlik ilkesinin içeriği ile de birebir örtüşmektedir. İş Hukuku'ndaki eşit davranma ilkesi de temelini Anayasa madde 10'dan aldığına göre, ilkenin hem İş Kanunu madde 5'de sayılı ayrım yasaklarını hem de dar anlamda eşit davranma borcunu kapsamaması olması gerektirir. Böylece, İş Kanunu madde 5'de sadece ayrım yasaklarının düzenlenmiş olması diğer durumlar için işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamış, yasa ile işverenin dar anlamdaki eşit davranma borcu varlığını korurken, bazı ayrımcılık yasakları da özel düzenlemeye kavuşmuştur.

Ayrımcı muamelede bulunma sebeplerinden biri olarak, karşımıza yaş unsuru çıkmaktadır. Yaş ayrımcılığında, kişilere yaşları nedeniyle diğer kişilerden farklı muamele edilmesi durumu mevcuttur.

Yaş değişken olduğundan, yaş ayrımcılığının diğer ayrımcılık türleri gibi sabit bir yaklaşımı yoktur. Bireyler normal yaşam süreleri boyunca bir kereden fazla olmamak koşuluyla farklı yaş gruplarına dâhil olurlar. Bu nedenle uygulama biçimi farklılıklar göstermekte ve yaş ayrımcılığını yapan da mağdur olan da bazen bu durumun bilincinde dahi olmamaktadır. Çünkü yaş ayrımcılığı diğer ayrımcılık türlerinden farklı özellikler taşımaktadır (örneğin ırk ve cinsiyet ayrımcılığından), bu ayrımcılık türünde kişi doğuştan itibaren bu özelliğe sahip olmamakta, zaman içerisinde bu ayrımcılığın mağduru haline gelmektedir. Ek olarak, yaş ayrımcılığının diğer ayrımcılık türlerine oranla tespit edilmesi ve dahi ispatlanması daha zordur. Bu sebeple yaş ayrımcılığı, özellikle her bireyin maruz kalma ihtimalini de barındırması dolayısıyla üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir ayrımcılık türüdür. Çünkü yaş ayrımcılığının kanıtlanması zor olduğundan kağıt üzerinde adil gözüken ancak esasında ayrımcılık içeren uygulamalara rastlamak mümkündür.

Kural olarak, belirli bir yaşa ulaşmış olma veya olmama daha kötü bir muameleyi haklı kılmaz. Yaş ayrımcılığı, genel anlamda bireylerin sadece yaşları dolayısıyla kalıplara sokulmasından başka bir şey değildir. Yaş ayrımcılığına hemen hemen hayatın her alanında rastlamak maalesef ki mümkündür. İş yaşamı açısından değerlendirildiğinde ise, kişinin yaşının haksız bir şekilde yeni bir iş, terfi veya benzeri bir mesleki fayda sağlamasına izin vermemesi şeklinde değerlendirebiliriz.

Yaş ayrımcılığını en basit şekilde, belirli yaştaki kişinin bireysel kapasitesi, yeterliliği göz önüne alınmaksızın, sadece herhangi bir yaş grubuna dâhil olması sebebiyle haksız bir önyargıya tabi tutulması şeklinde tanımlayabiliriz.

Yaş ayrımcılığına en çok yaşlı işçiler maruz kalmakta ve bunu genç işçiler takip etmektedir. Toplumun birliği ve huzuru için belirli bir yaş grubunun iş hayatından neredeyse soyutlanması da kabul edilebilir bir nitelik taşımamaktadır. Yaş ayrımcılığına uğrayan bireyler, maddi olarak çektikleri sıkıntıların yanı sıra, değersizlik, işe yaramama, toplumdan dışlanmış hissetme gibi ağır manevi yaptırımlarla da sarsılmaktadırlar. Ek olarak, iş hayatına katkısı bulunabilecek, etkin bireylerin sadece yaşları dolayısıyla iş hayatından uzaklaştırılması toplum açısından da yadsınamaz bir kayıp niteliğindedir.

Dolayısıyla, yaş ayrımcılığının önlenmesine ilişkin alınacak tedbirler ve yapılacak düzenlemeler büyük önem arz etmektedirler. Buna rağmen, yaş ayrımcılığının önlenmesine dair yapılan düzenlemelerin ve alınan önlemlerin yeterli olduğunu söylemek pek de mümkün değildir. Ülkemizle kıyaslandığında uluslararası hukukta konuya ilişkin muhakkak daha çok düzenleme mevcuttur, lakin belirttiğimiz gibi henüz beklenen seviyeye ulaşmamıştır. Çalışmamızda bahsi geçen düzenlemeleri ve konuya ilişkin mahkeme kararlarını ayrıntılı şekilde ele aldık.

Böylece, denilebilir ki yaş ayrımcılığı en az diğer ayrımcılık türleri kadar topluma ve kişiye zarar veren ve dolayısıyla üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Bunun için öncelikle yaş ayrımcılığına dair farkındalık arttırılmalı, ayrıca konuya ilişkin hukuki düzenlemeler tekrar gözden geçirilmeli ve muhakkak geliştirilmelidir. Yaş ayrımcılığına dair caydırıcı önlemler alınmadığı ve gerekli düzenlemeler yapılmadığı takdirde bu sorunun artarak devam edeceği aşikârdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. EŞİTLİK İLKESİ VE İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

A. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı kavramının temelini eşitlik ilkesi tesis eder.¹ Eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağına göre hem kavram olarak daha geniş anlamları içermekte hem de tarihsel olarak daha eski dönemlere dayanmaktadır.²

Tüm insanlar farklıdır. İnsan erkektir veya kadındır; beyazdır veya siyahtır; güçlüdür veya acizdir; fakirdir veya zengindir; eğitilidir veya cahildir; yaşlıdır veya gençtir. Buna rağmen herkes yasalar karşısında eşittir. Tüm insanların yasa karşısında eşit olduğu temel ilkesi her insana, nasıl yaşadığından bağımsız olarak, sadece yaşadığı için dokunulmaz olan onuru garanti eder.³

“Tüm insanlar eşittirler” formülü, herkesin insanlık sıfat ve onurunda eşit olduğunu, yani insanları değerlendirmişte herkese eşit değer verildiğini ifade eden bir değer yargısıdır. Bu esas değer yargısından da, insanların toplumla ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen temel ahlak ve hukuk ilkeleri meydana gelmektedir. Başka bir deyişle, “bütün insanlar eşittir” formülünde, “insanlara eşit davranılmalıdır” ya da “eşit olarak işlem yapılmalıdır”, şeklinde normatif, yani düzenleyici bir ilke saklıdır. Buradan tüm insanların eşit işlem görmeye hakkı olduğu ve bu yüzden insanlara eşit işlem yapılması gerektiği sonucuna varılabilir.⁴

Eşitlik istemi her şeyden önce bir insan hakkı istemidir. Sadece hak edileni almayı ifade etmez, aynı zamanda hakların kaynağını oluşturan adaleti, kişinin onurunu ve özgürlüğünü de bünyesinde barındırır. Ayrımcılık ise eşitlik durumundan sapma halidir. Ayrımcı davranış, doğrudan insan hakkını ihlal eden ve eşitlik

¹ İ. Işıl Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar – Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 339.

² Fazıl Altınordu, AİHS’ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 3.

³ Şennur Ağırbaşı, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara, 2009.

⁴ Alaattin Şenel, Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi, Yavuz Abadan’a Armağan, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969, s. 67; Altınordu, A.g.e., s. 9.

durumunu bozan bir eylemdir.⁵ Ayrımcı muamelenin hedefi, kapsamı kim olursa olsun, aşağılayıcı, onur kırıcı, haktan mahrum edici bir davranıştır. Böylece, ayrımcı muamele mevcut bir hakkı veya eşit bir durumu hedef alırken, aynı zamanda insanın onurunu da hedef alır.⁶

Genel olarak ayrımcılık kavramı, bir kimseye sahip olduğu bireysel bir özelliği sebebiyle diğer kimselerden farklı davranılması, bu farklı davranış nedeniyle mağdur edilmesi anlamına gelmektedir.⁷ Ayrımcılıkta, pozitif ayrımcılık bir tarafa bırakılırsa, her zaman için olumsuz anlamda farklı bir davranış söz konusudur.⁸

Ayrımcılık yasağının tanımlanabilmesi için bu kavram ile yakın ilişki içerisinde olan ve sıklıkla karıştırılan, eşitlik ilkesi kavramı ile benzerliklerinin ve farklarının belirtilmesi anlamlı olacaktır.⁹ Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı tanımlarının ortaya konulması, devletlerin bu ilkeleri hayata geçirmek için almak zorunda oldukları tedbirlerin anlaşılması bakımından da önem taşımaktadır.¹⁰

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik, gerek ulusal gerek uluslararası hukuk düzenlemeleri ile hukukun her alanında uygulama alanı bulan, modern hukukun en temel ilkelerinden biridir. Her toplumda farklı dilde konuşan, farklı dine, inanca, dünya görüşüne sahip olan, farklı cins, farklı cinsel eğilimleri olan pek çok kişi bulunmaktadır. Bu farklılıklar da doğal olarak eşitsizlikleri getirmektedir. Hayatın her alanında var olan eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ve bu bağlamda ayrımcılıkla mücadele etmek, ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlali sonucunda mağdur olan kişilerin haklarını korumak, devletin temel görevlerinden birini oluşturmaktadır.¹¹

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin temeli dürüstlük kuralı, hakkaniyet ilkesi, ahlak kuralı, anayasal eşitlik ilkesi gibi farklı kavram ve kurallara dayanılarak açıklanmaya çalışılmaktadır.¹²

⁵ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s. 339.

⁶ Pir Ali Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış, Siyasal Yayınevi, Ankara, 2014, s. 15 – 19.

⁷ Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2008, s.69.

⁸ A. Eda Manav, 2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel S., 2013, s.731- 742.

⁹ Kadriye Bakırcı, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 23.

¹⁰ İdil Işıl Gül-Ulaş Karan, Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.5.

¹¹ Manav, A.g.e., s. 731- 779.

¹² Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982, s.32; A. Eda Manav, A.g.e., s.733.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, genellikle yan yana ve çoğu kez de aynı şeyi ifade etmek için kullanılmaktadır.¹³ Ancak, gerek uluslararası sözleşmeler gerekse bu sözleşmelerin uygulanmasını denetleyen organların kararları, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının aynı şey olmadığı görüşünü desteklemektedir. Bu ilkelerin aynı ya da farklı olduğu konusundaki görüş farklılığı, eşitliğe yüklenen anlam farklılığından kaynaklanmaktadır.¹⁴

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının aynı şeyi ifade ettiğini savunan fikre göre, ayrımcılık yapılmadığı sürece eşitlik mevcuttur. Şekli eşitlik olarak ifade edilen bu eşitlik anlayışı, herkesin, tüm verili koşullarıyla eşit olduğu varsayımından yola çıkmaktadır ve ayrımcılık yapılmadığı sürece, mevcut durumun korunmasını eşitliğin varlığı için yeterli saymaktadır. Günümüzde yaygın şekilde kabul gören şekli eşitlik anlayışı, eşitliğin asgari ölçüsünü “kanun önünde eşitlik” ve “ kanunların eşit koruma öngörmesi” şeklinde ifade eder. Eşitlik kavramı ile devletin bireylere eşit mesafede olması, bireyleri keyfi ölçülere dayanarak kayırmaması veya bireylerin aleyhlerinde farklı muamele yapmaması ifade edilmektedir. Bu yaklaşım, gerek uluslararası insan hakları belgelerinde gerekse ülkelerin iç hukuklarında egemen olan yaklaşımdır.¹⁵

Şekli eşitlik anlayışı, gerçek eşitliğin sağlanması bakımından yetersizdir.¹⁶ Öncelikle bu anlayış, kişi ve kişi grupları arasında var olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması yükümlülüğünü öngörmemektedir. İkinci olarak, farklı niteliklere sahip kişileri/kişi gruplarını, toplumun baskın gruplarının özellikleri gözetilerek konulmuş kurallara ve oluşturulmuş yapılara uymaya zorlamaktadır. Şekli eşitlik anlayışı çerçevesinde doğrudan ayrımcılığın yasaklanması yeterli olmaktadır.¹⁷ Örneğin, görme engelli olan bir kişinin yükseköğrenime kabul edilmesi, şekli eşitlik anlayışı için yeterli ve gereklidir. Oysa bu kişinin diğer öğrencilerin erişebildikleri eğitim materyallerine ulaşamaması veya bu materyalleri elde etme külfetinin tamamen görme engelli kişiye yüklenmesi halinde, eğitimde fırsat eşitliğinden bahsetmek mümkün değildir.¹⁸

Maddi eşitlik anlayışı olarak ifade edilen anlayışta hedef ise, şekli eşitlik anlayışından farklı olarak, kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıkların göz önünde bulundurulması ve onların eşit veya aynı varsayılmasıdır. Bu eşitlik anlayışının

¹³ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 339 – 340.

¹⁴ Gül- Karan, A.g.e., s, 5.

¹⁵ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 118.

¹⁶ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 340.

¹⁷ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 119.

¹⁸ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 340 – 341.

benimsenmesi zorunluluğu, şekli eşitlik anlayışının eşitsizlikleri pekiştirmenin ötesinde pek bir sonuç doğurmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, maddi eşitlik anlayışı, kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıkları olumlu yönde göz önünde bulunduran ve onları eşit veya aynı varsaymayan eşitlik anlayışıdır. Bu sayede mevcut eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için geçici özel önlemler gibi önlemler gündeme gelebilmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, şekli eşitlik anlayışında, örneğin engelli bir bireyin engelli olmayan bir birey ile “aynı” olduğu varsayılmakta, başka bir ifadeyle engelli bireye “engelli değilmiş gibi” davranılması öngörülmektedir. Bu yaklaşım, kişinin engelliliğinin getirdiği sorunlarla bizzat kendisinin baş etmesi zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Şekli eşitlik anlayışında, engelli kişinin engelli olmayanlar tarafından ve engelli olmayanlara uygun olarak oluşturulan kural ve yapılara uyum sağlaması gerekirken, bu kuralların ve yapıların engellilerin “farklılıkları” ile uyumlu hale getirilmesi, eşitliğin varlığı için gerekli görülmemektedir.¹⁹ Bu nedenlerle maddi eşitlik anlayışı, “eşitlik” ile “aynılığın” bir ve aynı şey olmadığının altını çizer. Eşitliğin, farklılıkları göz ardı etmek yerine, onları gözetmekle sağlanabileceği konusunda bir farkındalık üzerine inşa edilir.²⁰ Bunun sadece doğrudan ayrımcılığın önlenmesiyle mümkün olmayacağı açıktır.²¹ Eşitliği sağlamakla yükümlü devletlerin aynı zamanda ayrımcılığın dolaylı biçimlerini önlemeleri ve eşitliği sağlamak üzere başka önlemler de almaları gerekir.²² Çünkü ayrımcılık her zaman eşitliğin hukuki veya fiili olarak gerçekleşmesini engellemektedir.²³ Bu şekilde, “*adalet bir olgu olmaktan çıkar, eşitlik ve hakkaniyet temelinde bir değer olarak ulaşılması gereken bir erdeme dönüşür.*”²⁴

Özbudun, “hukuki mahiyetinin tartışmalı” olduğunu belirttiği yasa önünde eşitlik ilkesinin özneler ve devlet yönünden iki yönü bulunduğuna değinerek, “bu ilkeden yararlananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkı doğuran” bir hak, ama aynı “zamanda muhatapları

¹⁹ Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s. 23 – 24.

²⁰ Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s. 15 – 16.

²¹ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s. 341.

²² Gül- Karan, A.g.e., s.7.

²³ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 48; Gülmez, A.g.e., s. 3.

²⁴ Kılıçoğlu, A.g.e., s. 3;

yani devlet organları ve idare makamları açısından da anayasal bir buyruk, devlet yönetimine egemen temel bir ilke” olduğunu ifade etmiştir.

Gülmez de ayrımcılık yasağı ile eşitliğin birbirinden ayrılmaz bir nitelik taşıdığını, bu sebeple de ayrımcılık yasağının eşitliği gerçekleştirmek için var olduğunu; eşitliğin de ayrımcılık yasağı ile sağlanabileceğini belirtmiştir. İki kavramı birleştirmiş ve ayrımcılık yasaklı eşitlik adı altında bir tanım yapmıştır. Buna göre; “Ayrımcılık yasaklı eşitlik, aynı durumda bulunan hak öznelere; haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal ya da başka görüşler, yaş, engel, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde devlet ve işverenlerce yararlandırılmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, temel bir haktır.”

Rousseau insanlar arasındaki eşitsizliğin kökeninin öncelikle mülkten kaynaklandığını, ondan sonra, yaş farkları, sağlık, bedensel güç, akıl veya ruhsal farklılıkların oluşturduğu doğal eşitsizliklerin geldiğini söylemektedir.²⁵ Geçmişten günümüze uygulanan, desteklenen yahut göz yumulan, insanların dinine, ırkına, ten rengine, yaşına veya etnik kökenine dayanan eşitsizliklerin tüm biçimleri; nefrete, önyargıya, huzursuzluğa, kaos ortamlarının oluşmasına neden olmaktadır şeklinde belirtmektedir.²⁶

Yabancı öğretilerde, ayrımcılık yasağı ile eşitlik arasındaki ilişki ele alındığında, kimi yazarlar tarafından ayırım gözetme yasağı “eşitliğin olumsuz anlatımı” şeklinde tanımlanırken, kimilerince de “aynı gerçeğin iki yüzü” şeklinde ifade edilmiştir. AB

²⁵ Ağırbaşı, A.g.e., s. 23. Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 118; Ermacora, Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen, s. 6 -7’den naklen Ağırbaşı.

²⁶ Rousseau, “İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı” isimli kitabında eşitlik kuramını açıklarken; “İnsanlar doğal yaşama döneminde eşittirler; bu eşitliği onlara sunan doğaydı. Doğanın nimetleri bütün insanlara yetiyor bir durumda olduğundan dolayı doğal insan, bir ağaç altında, bu ağacın meyveleriyle karnını doyuran, yakınındaki bir pınardan suyunu içen ve aynı ağacın altında yatıp uyuyan bir insan görünümündeydi. Bu insan bütün gereksinimlerini kendi başına karşılayabilme gücüne sahip olduğundan, başka insanlara gereksinme duymuyordu, dolayısıyla insanlar arasında bir çatışma söz konusu değildi. Doğa herkese yetiyor, bu böyle sürüp gidiyordu. Ne var ki bu, her zaman böyle sürüp gitmedi. Bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip bu bana aittir diyebilen, buna inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk insan, uygar toplumun ilk kurucusu oldu. Bu sınır kazıklarını söküp atacak yada hendeği dolduracak, sonra da hemcinslerine bu sahtekara kulak vermekten sakınız, meyvelerin herkese ait olduğunu, toprağın ise hiç kimseye ait olmadığını unutursanız mahvolursunuz diye haykıracak olan adam, insan türünü nice suçlardan, nice cinayetlerden, nice korkunç olaylardan esirgemiş olurdu! İşte böylece insanlar arasındaki eşitsizliğin ilk tohumu atılmış oluyordu.” şeklinde belirtmiştir; J.J. Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çeviri: Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 1994, s. 45.

yönergelerine de yansıyan bir yaklaşıma göre ise, ayrımcılık eşitlik ilkesinin bir ihlalini oluşturur ve iki kavram arasında bir “nedensellik” bağı bulunmaktadır.²⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı da, 1965 tarihli bir kararında, bu yaklaşımlar doğrultusunda, Roma Antlaşması’na (madde 40/3,2) öngörülen ayrımcılık yasağının, yalnızca Topluluk hukukunun temel ilkelerinden olan genel eşitlik ilkesinin özgül bir anlatımı olduğunu belirtmiştir.²⁸ Roma Antlaşması Avrupa Birliği’nin başlangıcını oluşturmaktadır.²⁹ Eşitliğin “temel” ilke olduğunu savunan bir başka yazar ise, ayrım gözetmeme kuralının eşitlik ilkesinin “tamamlayıcısı” olduğunu belirtmiştir.³⁰

II. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Eşitlik Kavramı

Eşitliğin, ancak hukuk devletinin güvence araçlarıyla birlikte koruma imkânına kavuşabildiği doğru olmakla birlikte, eşitliğe dair düşüncelerin yeni olduğu söylenemez.³¹

Tarih boyunca insanların üzerinde en çok tartışıkları kavramlardan biri olan eşitliğin tam olarak neyi ifade ettiği aslında açıklanması çok da kolay olmayan, kökleri eski Yunan uygarlığına inen bir sorundur. İnsanların doğuştan eşit oldukları fikri Eski Yunan’da bazı sofistler tarafından ortaya atılmıştır. Daha sonraki dönemlerde de eşitlik ilkesi konusunda Platon ve Aristo’nun fikirleri büyük önem taşımaktadır.³²

Platon’a göre dünyada tam olarak birbirine eşit hiçbir şey bulunmamaktadır. Eşitlik ancak idealar dünyasında, yani mükemmel, değişmez ve iyi varlıkların olduğu yerdedir. Değişen, bozulan, kötü varlıkların olduğu nesneler dünyasında ise eşitliğin olması mümkün değildir. Platon’un düşüncesi uyarınca gerçekte eşit olmayanlara eşit davranma, eşitsizliği ortaya çıkaracaktır. Buna göre adalet, esas olarak orantılı eşitlik ile yani herkese yaradılışına oranla eşit veren bir sistem ile sağlanabilir.

²⁷ Mesut Gülmez, İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010, s. 219; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 119; Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s. 17.

²⁸ Altınordu, A.g.e., s. 19; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 120.

²⁹ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 72.

³⁰ Gülmez, A.g.e., s. 219.

³¹ Sibel İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yayını Dergisi, Cilt:18, 2001, s. 41.

³² Yıldız, A.g.e., s.29.

Aristo, toplum ve siyaset konusunda kalıcı düşünceler öne süren ilk düşünürdür.³³ Aristo ise eşitlik üzerine Platon'dan çok da farklı olmayan bir düşünce sistemi kurmuş ancak adaleti dağıtıcı ve denkleştirici adalet olarak ikiye ayırmıştır.³⁴ Dağıtıcı adalet, insanların eşit oldukları oranda eşit pay, eşitsizlikleri oranında da eşitsiz pay almaları olarak açıklanabilir. Denkleştirici adalet ise, bireyler arasındaki ilişkilerde yasalar ile konulmuş olan eşitliğin bozulduğu durumlarda tekrar eşitliğin sağlanması ile ilgilidir. Aristo'ya göre bir toplumda bu iki tür adalet anlayışı bir arada bulunmalıdır. Aristo, toplumda eşitsizliğin olduğu durumlarda her zaman isyan çıkacağını, devrim olacağını, bu sayede isyan çıkaran grubun anlayışı doğrultusunda eşitliğin tekrar sağlanmak isteneceğini savunmaktadır.³⁵

Dünyada kendini yalnız hisseden insan, birey olma bilincine yönelmiştir, bu bilincin referansları Stoa öğretisindeki evrensel eşitlik ve özgürlük olmuştur.³⁶ Belirmek gerekir ki, ilk defa Stoa öğretisinde eşitlik evrensel bir ilke olarak dile getirilmiştir.³⁷

Eşitlik fikri Avrupa yeniçağında burjuva kimlikli bir toplumun oluşmaya başlaması ile birlikte farklı bir anlam kazanmıştır. Aristo ve Platon'da daha ziyade tanımlayıcı biçimde olan, kesinlikle toplumsal değişimler anlamında sosyal dengeyle ilgili olmayan eşitlik düşüncesi³⁸, sona ermekte olan orta çağ ile birlikte toplumsal yaşam ilkelerinin giderek rasyonelleşmesi ve hareketlenmesi sonucu politik bir önermeye dönüşmüştür. Ayrıca, nerede statü ile ilgili eşitsizlik algılandıysa, orada değişim, eşitsizlikten kurtulma, kişisel inisiyatifin gelişmesi düşüncesi doğmuştur.³⁹

Modern eşitlik kavramının tarihi ise “özgürlük, eşitlik, kardeşlik” sloganlarını ortaya çıkaran 1789 Fransız Devrimi ile başlatılabilir. İşçi hareketinin gelişmesiyle de eşitlik kavramının giderek sosyal ve ekonomik bir önem kazanmaya başladığı aşikârdır.

Yasa önünde eşitlik ilkesinin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda laik, doğal, hukuk öğretilerinde yer almakla birlikte, tam anlamıyla yasa önünde eşitliğin

³³ Altınordu, A.g.e., s, 5.

³⁴ Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s, 15 – 16.

³⁵ Yıldız, A.g.e, s,29- 30.

³⁶ Emin Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 9, S. 18, 2010, s, 121 – 122.

³⁷ İnceoğlu, A.g.e., s, 42.

³⁸ Ağırbaşı, A.g.e., s, 25. Dann, Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politischen und Sozialen Sprache in Deutschland'dan naklen Ağırbaşı.

³⁹ Ağırbaşı, A.g.e., s, 26. Kirchhof, Der Allgemeine Gleichheitssatz, madde 124, Derk. 52 vd.'den naklen Ağırbaşı.

sağlanabilmesi için 20. yüzyılı beklemek gerekecektir. Çeşitli bildirilere ve anayasalara yasa önünde eşitlik ilkesi 18. yüzyılda girmiş, fakat bu kavram uzun süre kâğıt üstünde kalmıştır. Örneğin, “eşitlik” 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin en önemli ilkelerinden biridir, lakin 1791 Anayasası genel oy ilkesini kabul etmemiş, seçme hakkının kullanılabilmesi için vergi ödeme şartını getirmiştir.⁴⁰ Eşitlik ilkesinin kâğıt üzerinde kaldığına ilişkin diğer bir örnek ise, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve sonrasında Meşrutiyet dönemidir. Fermanda, “yasa önünde eşitlik” ibaresi açıkça yer almasa da keyfî işlemlere yer verilmeyeceği, ayrımcılık yapılmayacağı çeşitli biçimlerde belirtilmiş, fakat 1876 Anayasasında sadece erkeklere seçme hakkı tanınmıştır. Belirtilen nedenlerle, yasa önünde eşitlik ilkesinin ancak 20. yüzyılda gerçek anlamda uygulanır bir ilke olmaya başladığını ve anayasa mahkemelerinin yaygınlaşması, uluslararası sözleşmelerde yer verilip denetim altında tutulması ile güvence altına alındığını söylemek uygun olur.⁴¹

Her toplum kendine ait üretim biçimleri ve değerlerinin yansıması sonucu farklı eşitlik anlayışları geliştirmiştir.⁴² Eski Yunan’da vatandaşlar arası eşitlik ve bilgeler arası eşitlikten söz edilirken, ortaçağda tanrı önündeki kutsal eşitlikten, burjuva devrimi sonrasında yasa önünde eşitlikten ve son olarak sanayi devriminden sonra ise kanun önünde eşitliği tamamlayan, sosyal devletin ürünü olan fırsat eşitliğinden söz edilmektedir.⁴³

Eşitlik kavramı tarihsel gelişim süreci içinde incelendiğinde dört tip eşitlik isteminin söz konusu olduğu gözlenmektedir. Bunlar; - Herkese aynı hukuksal ve siyasal haklar manasına gelen “Hukuksal / Siyasal Eşitlik”, - Herkese aynı toplumsal önem verme anlamına gelen “Sosyal Eşitlik”, - Herkese herkesle aynı yeteneği, derece ve mevkileri elde etmede (maddi koşullar uyarınca) yeterli bir başlangıç olanağı ile herkesle aynı şartlarda eşit ele geçirme anlamına gelen “Fırsat Eşitliği”, - Nihayet hiç kimseye bir ekonomik iktidar vermemek anlamına gelen “Ekonomik Eşitlik”tir.⁴⁴ Eşitlik istemi hangi yönüyle karşımıza çıkarsa çıksın, özgürlük istemini içinde barındırır.⁴⁵

Yukarı da değinildiği üzere, insanlık tarihinde eşitlik kavramının önemli ilerlemeler kaydettiği iki dönem vardır. Birincisi, Stoisizmin doğuşundan Roma

⁴⁰ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s. 534 – 537.

⁴¹ İnceoğlu, A.g.e., s. 43; Zeytinoğlu, *Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış*, s. 130.

⁴² Gül, *Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar*, s. 342.

⁴³ Ağırbaşı, A.g.e., s.37.

⁴⁴ Kaya, *Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık*, s. 50 – 51.

⁴⁵ Zeytinoğlu, *Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış*, s. 121- 122.

imparatoru Caracalla'nın yurttaşlık buyruğuna kadar olan dönemdir. İkincisi ise, 17. yüzyılın ortalarından başlayıp günümüze kadar uzanan dönemdir. Bunu da, sahip olduğu koşullar göz önüne alınarak üç döneme ayırmak olasıdır. Birinci dönem 17. yüzyılın ortasından başlayıp 18. yüzyılın başlarına kadar devam eden devrim yıllarıdır. İkinci dönem, 1815 – 1914 yıllarına denk düşen Napolyon'un mağlubiyetiyle 1. Dünya savaşında Almanya'nın Belçika'yı istila ettiği yıllara tekabül etmektedir. Üçüncü dönem ise, 1. Dünya savaşından bugüne değin geçen zamanı kapsamaktadır.⁴⁶

İş Hukukunda I. ve II. Dünya Savaşlarından sonra ifadesini bulan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, temel olarak savaş sonrası sosyal sorunların giderilmesine yönelik bir argüman olarak kullanılmıştır. Her iki dünya savaşından sonra ırk, dil, din, renk, cinsiyet, görüş ve inanç farklarına bakılmaksızın insanların eşit bulunduğu, onur, özgürlük ve kişiliklerine saygı duyulması gerektiği fikri yoğunluklu olarak savunulmaya başlanmıştır. Çalışanlar arasında keyfi ayrımların önüne geçilmesi bu düşüncelerden mütevellit olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, günümüzde İş Hukukunda “eşit davranma ilkesi” olarak kabul edilen, bir manada özel hukuk ilişkisi içinde işverenden eşit muamele etme anlayışı öngören bu ilke, aslında kamu hukukunda doğmuş ve gelişmiştir.⁴⁷

İş Hukukunda eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının uygulaması, genel adalet arayışından farklı bir şey değildir.⁴⁸ Kaynağı ister kamu hukuku, ister özel hukuk olsun bireylere eşit davranılması ihtiyacı, herhangi bir toplulukta belli bir güce tabi olan zayıf durumdaki kişilere eşit işlem yapılması yolunda duyulan ihtiyaçtan kaynaklanır. Bu da belirtildiği üzere adalet duygusundan kaynaklanmaktadır.⁴⁹ İşverenin işçilere yönelik davranışlarında hakkaniyet unsuru aranmaktadır.⁵⁰

Bu tarihsel arka plan üzerine inşa edilen eşitlik kavramı, artık tüm çağdaş hukuk sistemlerinde insan onur ve haysiyetinin korunmasının temelini teşkil eder.⁵¹

Eşitlik ilkesi, en genel anlamıyla benzer durumdaki kişilerin, farklı şekilde işleme tabi tutulmalarını haklı gösterecek objektif bir neden olmadıkça herhangi bir ayrımcı

⁴⁶ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 26.

⁴⁷ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 94.

⁴⁸ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s. 342 – 343.

⁴⁹ Tuncay, A.g.e., s. 95.

⁵⁰ Tuncay, A.g.e., 33.

⁵¹ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 32.

muameleye tabi tutulmamaları demektir.⁵² Dolayısıyla, eşitlik kavramı, insan haysiyet ve onuruna yaraşır bir yaşamın özünü oluşturur.⁵³ Eşitlik ilkesinin yerleşik içeriğine, insanın şerefi, beden sağlığı, özgürlük ve özel olma talebi, hukuk yaşamına ve iş hayatına katılım ile doğal gelişim ve sosyal devlete aidiyet hakkı, onurlu olma ve ruhsal dokunulmazlık hakkı gibi temel haklarına devlet tarafından saygı duyulması ve eşit davranılması kuralı da dâhildir.⁵⁴

Eşitlik iki şeyin aynı, özdeş ya da bir olduğu şeklinde anlaşılabilenekte ise de hukuki eşitlik, gerçek eşitlikle aynı şey değildir, dolayısıyla eşitlik ilkesinden söz ederken, doğadaki hiçbir şeyin veya durumun tıpatıp aynı olmadığı bilinmekte, eşitsizliğin varlığı kabul edilmektedir.⁵⁵ Eski Yunan Düşünürü Herakleitos'un dediği gibi, *“aynı ırmağa iki kez giremeyiz, çünkü ikinci girişimizdeki sular ilk girişimizdeki değildir; hatta aynı ırmağa bir kez bile giremeyiz; daha adımıımızı atarken, yalnız sular değil, biz de değişmekteyiz.”*⁵⁶

Her yönüyle adalet kavramını içinde barındıran eşitlik kavramı, eşit ele geçirme, fırsat eşitliği, eşit sonuçlar, eşit menfaatler, gerçek eşitlik, sınıfsal eşitlik, statü eşitliği gibi birçok sosyal durumun mihenk taşıını oluşturur. En basit anlamıyla menfaatlerin korunmasında iki kişi arasında değişime konu olan, mal, para, hizmet, erk ya da etkileşimlerinde adaleti öngörür. Değişime konu olan menfaatler arasında adalet temelinde bir eşitlik sağlanmalıdır. Eğer menfaat oranları eşit değilse, ortada eşitsiz bir durum yani adaletsizlik söz konusudur.⁵⁷

Eşitlik kavramının bir diğer yüzü ise, bireye aynı durumda olan diğerleri ile aynı işlem görmesi hususunda bir isteme hakkı vermesidir.⁵⁸ Daha açık bir ifade ile bireye işlemlerinde eşit durumda olanlara eşit davranmayı yüklerken, aynı zamanda işleme maruz kalan eşit durumda olanlara eşit haklar talep etme hakkı vermektedir. Dolayısıyla, eşitlik kavramı, eşit davranma konusunda hak sahiplerine isteme hakkı vermektedir.⁵⁹ Böylece, bu hakkın ihlal edilmesi durumunda, hak sahiplerine doğrudan veya yargı yoluyla bu hakların işverenden isteme hakkını meşru ve makul

⁵² Pir Ali Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Nobel Yayın Dağıtım, s, 5; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 19.

⁵³ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 342 – 343.

⁵⁴ Ağırbaşı, A.g.e., s, 27.

⁵⁵ İlhan Özay'a Armağan, Emine Cin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetlerine Girmede Cinsiyet Ayrımı, Cilt:69, 2011, s, 1051.

⁵⁶ İncoğlu, A.g.e., s, 43.

⁵⁷ Kaya, A.g.e, s,6.

⁵⁸ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 21.

⁵⁹ Kaya, A.g.e., s,6.; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 97.

görmektedir.⁶⁰ Günümüzde, İş Hukukunda eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi durumunda öngörülen cezai yaptırım isteme hakkının güvencesi olarak düzenlenmiştir.⁶¹

İşverenin, iş akdinden doğan bir diğer borcu eşit davranma yükümlülüğüdür. Eşitlik ilkesinin temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi yatar.⁶² Adaletin eşitlik ilkesinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır.⁶³ Esasen hukuk öğretisinde adalet düşüncesi ile hukukun en temel ilkelerinden olan eşitlik çoğu kez eş anlamda kabul edilir ve adalet eşitliği olarak adlandırılır.⁶⁴

B. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi:

İş ilişkisinin kurulması ile birlikte, bu ilişkinin tarafları olan işçi ve işveren bakımından birtakım borçlar ortaya çıkmaktadır.⁶⁵ Örneğin, işçi işverene karşı iş görme, itaat etme, rekabet etmeme gibi sorumlulukları yüklenirken; işverende görülen iş nedeniyle ücret ödeme, işçiyi koruyup gözetme ve çalışma hayatında eşit çalışma koşullarını uygulama gibi sorumluluklar üstlenmektedir. Bir diğer ifade ile işverenin aralarındaki iş sözleşmesi nedeniyle işçisine karşı yerine getirmekle sorumlu olduğu borçlardan biri, eşit davranma borcudur.⁶⁶ Eşit davranma ilkesi, çok taraflı işlevi olan genel bir hukuk ilkesidir.⁶⁷ Öncelikle, ekonomik gücü elinde bulunduran kişinin bu gücünü kötüye - zayıfı sömürmek amacıyla kullanmasını önlediği için, diğer bir anlatımla sosyal adaletin gerçekleşmesine yardımcı olduğu için işçiyi işverene karşı korumuş olur⁶⁸.

⁶⁰ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi eşitlik vurgusunun en fazla olduğu ve uluslararası hukukun referans olduğu temel belgelerden biridir. Evrensel Bildirge temel hak ve özgürlükler, siyasal haklar, kültürel haklar, ekonomik ve sosyal haklar noktasında eşitlik temelinde kişiye isteme hakkı veren güvenceler getirmektedir. Bildirgenin 20. maddesinden 26. maddesine kadar olan bölümünde doğrudan çalışma hukukuna kaynaklık eden sosyal haklara ilişkin eşitlik istemi ortaya konulmaktadır; Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s. 344; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 61 – 62.

⁶¹ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 98.

⁶² Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s. 343.

⁶³ Sarper Süzek, İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2009, s. 396.

⁶⁴ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 104 – 105; Tuncay, A.g.e., s. 120 – 121.

⁶⁵ Devrim Ulucan, Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık – Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan I, Dokuz Eylül Üniversitesi Fakülte Dergisi, C. 15, Özel S. , 2013, s. 369 – 383.

⁶⁶ Sarper Süzek’e Armağan, Şükran Ertürk- İlke Gürsel, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s.425.

⁶⁷ Narmanlıoğlu, İş Hukuku – Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2012, s. 324.

⁶⁸ A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.139.

C. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Hukuki Dayanakları ve Anlamı:

1. Eşit Davranma İlkesinin Hukuki Dayanakları

a) Eşit Davranma İlkesinin Anayasal Dayanağı

İş Hukukunda işveren bakımından var olduğu kabul edilen eşit davranma yükümlülüğü, temelini Anayasa’da düzenlenmiş olan eşitlik ilkesinden almaktadır.⁶⁹ “*Kanun önünde eşitlik*” başlığını taşıyan Anayasa’nın 10. maddesi gereğince; “*herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*” Kanun koyucu anılan madde de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, din gibi bazı ayırım yasaklarına yer vermiş ancak ayırım yasaklarını bu maddede sayılan haller ile sınırlı tutmamıştır.⁷⁰ Zira Anayasa madde 10/1’de yer alan ve “*benzeri sebepler*” ifadesinden ayırım yasaklarının çeşitlendirilebileceği anlaşılmaktadır.⁷¹

Anayasa madde 10’un lafzına bakarak, eşitlik ilkesinin sadece maddede yazılı ayırım yasakları ve nitelik olarak bunlara benzeyen hallerden ibaret olduğu da düşünülmemelidir.⁷² Eşitlik ilkesinin getiriliş amaçlarından olan keyfi ayırım gözetilmeksizin herkesin yasa önünde eşit olması ve hiçbir kişiye, aileye, topluluğa imtiyaz tanınmaması hususları eşitliğin sadece bu ayırım yasaklarına riayet edilerek saptanamayacağını kanıtlamakta, bu ayırım yasaklarının dışında kalan hallerde de eşit davranma borcunun varlığını gerekli kılmaktadır. Sonuç olarak, Anayasa’da

⁶⁹ Manav, A.g.e., s, 776 – 777; Narmanlıoğlu, A.g.e., s, 324; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 125. 07.06.1999 tarihli ve 10/22 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, anılan maddenin konuluş amacını, “*Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.*”

⁷⁰ Ulucan, A.g.e., s, 374; Arıcı, A.g.e., s, 947; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 125.

⁷¹ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 126; Manav, A.g.e., s, 776 – 777.

⁷² Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 126 – 127.

düzenlenmiş olan eşitlik ilkesi, hem belirli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yasağını, hem de genel anlamda eşitlik ilkesini (yasa önünde eşitlik) kapsayan iki yönlü bir düzenlemedir.⁷³

İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde, Avrupa Birliği düzenlemelerinde ve ulusal anayasal düzenlemelerde, kimi zaman “yasa önünde eşitlik” başlığı altında, ayrımcılık yasağını da içeren bir yaklaşımla ele alınan eşitlik, “ulusal üstü” sözleşmeler temelinde ve insan haklarından eylemli olarak yararlanma bağlamında yorumlanması ve uygulanması gereken “evrensel” ve “üstün” bir ilkedir.⁷⁴

82 Anayasası 10. maddesinin yanı sıra Başlangıç Bölümü de göz önüne alındığında, genel olarak “eşitlik” ilkesini ve aynı zamanda “sosyal adalet” ilkesini “kanun önünde eşitlik” ile sınırlı olmaksızın Cumhuriyetin “değiştirilemez” öğeleri arasına almıştır (m.4). Bu bir sosyal hukuk devleti olmamızın gereğidir. Başlangıçtaki ilkeler arasında, “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak (...) onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olma*” da bulunmaktadır.⁷⁵

82 Anayasası’nın, 61 Anayasa’sından ayrılarak, yasa önünde eşitlik ilkesine “Genel Esaslar” içinde yer vermiş olmasının, bu ilkeye “Anayasa’nın tümüne ve devlete egemen bir ilke” niteliği kazandırdığı; bu düzenleme biçiminin, yani ilkenin Anayasa’daki yerinin, “*eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi görüşüne güç kattığı*” belirtilmiştir.⁷⁶

Ayrım yasakları, kişiyi bazı özellikleri (ırk, renk, cinsiyet gibi) nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya yahut birtakım menfaatlerden mahrum bırakılmaya karşı koruyan normlar; eşit davranma borcu ise, aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayrım yapılmaması ve kişilere ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaması şeklinde tanımlanabilir.⁷⁷

⁷³ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,426; İnceoğlu, A.g.e., s, 49.

⁷⁴ Mesut Gülmez, İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010, s, 231; Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s, 19.

⁷⁵ Gülmez, A.g.e., s, 231.

⁷⁶ Gülmez, A.g.e., s, 233; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 126.

⁷⁷ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,426.

Anayasa’da eşitlik ilkesini düzenleyen hükümler sadece kamu hukukunu ve onun kurumlarını ilgilendiren bir düzenleme olmayıp madde 11’de yer alan “*diğer kuruluş ve kişiler*” ifadesi özel hukuk ilişkileri bakımından da bu ilkenin temel alınacağını göstermektedir.⁷⁸ Ancak, unutulmamalıdır ki; kamu hukuku bakımından mutlak olarak kabul edilen eşitlik ilkesinin özel hukuktaki yansıması aynı kapsam ve genişlikte değildir. Tarafların birbirine eşit davranması ilkesi, özel hukukta sözleşme özgürlüğü çerçevesinde nispi bir boyut kazanmaktadır. Fakat her halükarda, özel hukuk kişileri bile Anayasa madde 10’da sayılan ayırım yasaklarına dikkat ederek işlem yapmakla yükümlüdürler.⁷⁹

b) Eşit Davranma İlkesinin Yasal Dayanağı

İş ve sosyal güvenlik hukukunda “*eşit işlem*”, “*işlem eşitliği*”, “*eşit davranma ilkesi*”, “*eşit işlem yapma borcu*” gibi değişik terimlerle anlatılan ve tanımlanan ilke, kamu hukukundaki genel eşitlik ilkesinin ya da anayasalarda “*kanun önünde eşitlik*” olarak düzenlenen kuralın bu alana uyarlanmış, anlamı ve içeriği bu hukuk dalına özgülenmiş biçimidir.⁸⁰

Anayasa madde 10’daki eşitlik ilkesinin İş Hukuku’ndaki yansıması, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesindeki “*eşit davranma ilkesi*” başlıklı düzenlemedir.⁸¹ 4857 sayılı yasa ile bir yanda işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, öte yanda bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiş, böylece eşit işlem ilkesi iş hukukunda katmanlı bir yapıya kavuşmuştur.⁸² Eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki yaşamsal bağlantıyı göz ardı etmeyen 5. maddenin, ilkeyi aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle güvenceye aldığına kuşku yoktur ve salt ayrımcılık yasaklarına indirgenmesi düşünülemez.⁸³ Anayasa’nın 10. maddesindeki düzenlemeye benzer bir dille, 5. maddenin pozitif metninde yer almayan yasa önünde eşitlik ilkesi, eşit işlem ilkesi olarak İş Kanunu bağlamında da geçerlidir ve iş ilişkisinin her aşamasında işvereni bağlar.⁸⁴ Anayasa’nın 10. maddesinin güvencelediği bu ilke, herkes için geçerli olan üstün bir anayasal ilke

⁷⁸ Ulucan, A.g.e., s. 374.

⁷⁹ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s.427; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 126 – 127.

⁸⁰ Gülmez, A.g.e., s. 239; Manav, A.g.e., s. 768.

⁸¹ Narmanlıoğlu, A.g.e., s. 325; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 120; Manav, A.g.e., s. 776 – 777.

⁸² K. Doğan Yenisey, İş Kanunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 11, İstanbul, 2006, s.65; Manav, A.g.e., s. 768 – 769; Aytekin, A.g.e., s. 274.

⁸³ Ulucan, A.g.e., s. 374 -375; Arıcı, A.g.e., s. 938.

⁸⁴ Narmanlıoğlu, A.g.e., s. 325.

olarak, aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle, özel ve kamusal kesimlerde, işçi – işveren ve devlet – kamu görevlileri ilişkilerinde de geçerlidir.⁸⁵ İş Kanunu madde 12’de, sözleşmenin türü nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, haklı bir neden olmadıkça sırf sözleşmesinin belirli süreli olmasına dayanarak farklı işlem yapılmayacağı düzenlenmiştir. Keza, İş Kanunu madde 13’de de bu kez kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri bakımından ayırım yapılmayacağına ilişkin olarak benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁸⁶

Eşitlik ilkesinin İş Kanunu’ndaki diğer bir görünümü madde 18’deki düzenlemedir.⁸⁷ Buna göre; işçinin sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılması fesih için geçerli bir neden yaratmayacağı gibi; işçinin ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş gibi subjektif özellikleri de fesihte geçerli sebep kavramına dâhil edilemeyecektir.

İş Kanunu dışında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde de eşitlik ilkesinin özel hukukta somutlaştığı bir düzenleme yer almaktadır.⁸⁸ Madde uyarınca, sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık yasaklanmış, bu yasağa uyulmaması halinde işverenin karşılaşacağı yaptırımlara da yer verilmiştir. Sözleşme türleri açısından ayrımcılık yasakları ayrık tutulursa, İş Kanunundaki somut düzenlemelerin tamamı işçinin temel hak ve özgürlüklerine ilişkindir.⁸⁹ Keza, eşitlik ilkesinin bir diğer görünüm şekli de 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un 14. maddesindeki işe alımda ve iş ilişkisinin devamı süresince engellilik nedeniyle ayrımcı uygulamalar yapılamayacağına ilişkin düzenlemedir.⁹⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da eşitlik ilkesi anlayışından hareketle, madde 122’de “*dil, ırk, illiyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle ... bir kişinin işe alınmasını ... engelleyen kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenleme yer almaktadır.⁹¹

⁸⁵ Gülmez, A.g.e., s, 239.

⁸⁶ Sarper Süzeke Armağan sayfa 427

⁸⁷ Manav, A.g.e., s, 772.

⁸⁸ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 127 – 128; Muhittin Astarlı, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler Ve Hukuki Sonuçları, S. 1- 2, C. XVII, 2013, s, 161.

⁸⁹ K. Doğan Yenisey, İş Kanunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 11, İstanbul, 2006, s.65.

⁹⁰ Manav, A.g.e., s, 774; 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun ile birlikte “*özürlü*” ifadesi “*engelli*” olarak değiştirilmiştir.

⁹¹ Aytekin, A.g.e., s, 274.

Belirtmek gerekir ki; ayrımcılık yasağına ilişkin olarak getirilen bu özel düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce bile, Alman Hukuku'nun etkisi ile işverenin çalışanlarına eşit bir şekilde davranmasına ilişkin yükümlülüğüne, işverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri olarak bakılmaktaydı. Bu yöndeki bir yükümlülüğün yasal dayanakları olarak da, yukarıda ifade ettiğimiz eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi ile objektif iyi niyet kuralını düzenleyen Medeni Kanunun 2. maddesi gösterilmekteydi.⁹² Eşit davranma ilkesi, Cumhuriyet'in “*değiştirilemez*” temel ilkelerinden olan anayasal eşitlik ilkesinin özgül içerikli bir anlatımı olarak, “*temel hak*” niteliği taşır.⁹³

Eşitlik ilkesi, pek çok demokratik ülkenin Anayasa Yargısında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında “*mutlak bir eşitlik*” olarak algılanmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi'nde eşitlik ilkesini mutlak olarak görmemektedir. Diğerlerinden farklı özellikleri, durumu ve ihtiyaçları olanların kamu yararı amacına uygun olarak sınıflandırılması, farklı yarar ve yükümlülükler getirmesi, özel düzenleme konusu yapılması olağan ve hatta bazı durumlarda gereklidir. Önemli olan, yapılan düzenlemenin eşitlik ilkesine uygunluğudur.⁹⁴

Anayasa Mahkemesi “*eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu*”⁹⁵ kabul etmektedir. Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını (şekli eşitlik), bir yandan da kişilere eşit davranılmasını (maddi eşitlik) gerektirir. Türk Anayasa hukukundaki gelişmelere baktığımız zaman bu ilkenin 1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer aldığını görmekteyiz. Fakat 1961 ve 1982 Anayasaları haricinde Anayasaya uygunluk denetimi yapılamadığı için gerçek manada güvencenin 1961 Anayasası sonrası getirildiğini söylemek mümkündür.⁹⁶ Maddenin gerekçesinde, bu maddenin demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil ettiği, insanın doğuştan insan olması sebebiyle bir değeri olduğu ve bu nedenle herhangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağı, kanunlar uygulanması aşamasında da hiçbir fark gözetilemeyeceği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesini korumaya alan birçok kararı mevcuttur.⁹⁷ Örneğin, 22 Eylül 1998 tarihli bir kararında⁹⁸ “insan haklarına saygı

⁹² Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,428.

⁹³ Gülmez, A.g.e., s, 240.

⁹⁴ Inceoğlu, A.g.e., s, 41.

⁹⁵ AYMK, 08.10.1991, 34/34.

⁹⁶ Inceoğlu, A.g.e., s, 48.

⁹⁷ Inceoğlu, A.g.e., s, 49.

gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran, bunu sürdürmeye kendini yükümlü sayan, bütünüyle hukuka uyan devlet” olarak tanımladığı hukuk devleti ile eşitlik ilkesi arasında “olmazsa olmaz” anlamında bir bağ kurarak, ancak eşitlik ilkesinin sosyal devletle ilişkisini unutarak, yerleşik görüşünü bir kez daha yinelemiştir.⁹⁹

2. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Anlamı ve Uygulanması

a) Eşit Davranma İlkesinin Anlamı

İş Hukukunda eşit davranma ilkesi, genel, bağımsız ve objektif bir hukuk kuralı olup, işçinin yararına işleyen bir ilkedir.¹⁰⁰ İş Hukukunda eşit davranma ilkesi işverene eşit davranma borcu adı altında bazı sorumluluklar yükler. En temel anlamı ile eşit davranma borcu, işverenin haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, keyfi davranışlardan kaçınarak haksız ayırma bulunmaması; ancak, haklı nedenlerin varlığı halinde de işverenin ayırma bulunmasını, farklı davranmasını gerektiren bir yükümlülüktür.¹⁰¹

Eşitlik ilkesinin İş Hukukundaki yansıması olan eşit davranma ilkesi, işverenin işçileri arasında mutlak bir eşitliği gerçekleştirmeyi amaçlamaz. Zira iş ilişkisinde eşit davranma ilkesinin bizzat kendisi, işçiler arasında farklı davranılmasını gerektiren haklı nedenlerin varlığı halinde, eşitliğin zedelenmemesi bakımından bu kez de farklı işlem yapılmasını gerekli kılmaktadır.¹⁰²

İş Hukukunda eşit davranma ilkesi mutlak değil, nispi bir nitelik taşımaktadır. Bu tespitten hareketle, işverenin gerek işçinin yaptığı iş, işçinin uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerekse de işçinin çalışkanlığı,

⁹⁸ AYMK, 17.03.2004, E. 2001/282, K. 2004/34, R.G. Tarih-Sayı: 07.05.2004-25455.

⁹⁹ Gülmez, A.g.e., s. 256; Anayasa Mahkeme’sine göre: “Hukuk devleti niteliğini kazanmanın vazgeçilmez koşullarından birisi de yasalar önünde herkesin eşitliğidir. Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi AYM kararıyla açıklanmıştır. Bu kararlarda belirtildiği üzere, eylemli değil, hukuksal eşitliği öngören eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olan kişiler arasında haklı bir nedene dayanılmadan ayırım yapılamayacağı esasını içermektedir. Böylece eşitlik ilkesine yer veren Anayasa hükmü, hukuki açıdan kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlara değişik uygulama yapılmasını ve yasa önünde ayırımı yasaklamaktadır.”; AYMK, 25.12.2014, 103/199, R.G. Tarih-Sayı: 21.5.2015-29362.

¹⁰⁰ Tuncay, A.g.e., s. 241.

¹⁰¹ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s.428.

¹⁰² Y9HD, 02.12.2009, 33837/32939; “Anayasanın 10. maddesi nispi eşitlik ilkesini esas almıştır. Başka bir anlatımda eşitler arasında eşitlik kabul edilmiştir. Nesnel nedenler varsa eşit işlem borcu uygulanmaz. İş Kanunumuzun 5. Maddesi aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratmayı amaçlamıştır. Ancak işçinin objektif, sübjektif, nitelikleri, çalıştığı pozisyon, yapılan görev, meslekte kıdem gibi nesnel nedenler var ise eşit işlem borcundan söz edilemez.”

yeteneği, liyakati gibi sübjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapması mümkündür.¹⁰³

İş Kanunu madde 5’de sayılan mutlak ayırım yasakları dışında (ki bu mutlak ayırım yasaklarına her halükarda riayet edilmesi gerekmektedir) eşit davranma ilkesinin uygulanması nispidir, her somut duruma göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.¹⁰⁴

Sonuç olarak, eşit davranma ilkesi, objektif ve haklı nedenlerin ışığında işverene işçilerine karşı gerektiğinde eşit, gerektiğinde farklı davranma borcu yükleyen kurallar bütünüdür.¹⁰⁵

b) Eşit Davranma İlkesinin Kapsamı

Anayasa’da düzenlenmiş olan eşitlik ilkesinin 4857 sayılı İş Kanunu’nun çeşitli maddelerinde yansımaları bulunmaktadır. İş Kanunu madde 5’in diğer maddelere nazaran en temel düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.¹⁰⁶ Eşit davranma ilkesi kenar başlığı ile Türk İş Hukuku’nda düzenlenen 5. madde, işverenin eşit işlem borcu yükümlülüğünü hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına dayandırmıştır.¹⁰⁷ İş Kanunu’nun 5. maddesi Anayasanın 10. maddesinin çalışma ilişkisine somut bir uygulamasıdır. Başka bir deyişle, 5. maddedeki düzenleme çalışma ilişkilerinde hakkaniyet ölçüsü çerçevesinde, benzer durumda olanlara haklı bir neden olmadıkça farklı muamele yapılmamasını öngörmektedir.¹⁰⁸

İş Kanunu madde 5’in 1. fıkrasında mutlak ayırım yasaklarına isim olarak değinilmiş ve dil, din, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında bazı iş sözleşmesi türleri nedeniyle, 3. fıkrasında ise cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir.¹⁰⁹ Keza, anılan hükmün 4. ve 5.

¹⁰³ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,429; Narmanlıoğlu, A.g.e., s, 326.

¹⁰⁴ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 119 – 120.

¹⁰⁵Y9HD, 07.07.2009, 25544/20096; Anılan kararda eşit davranma borcunu şu şekilde açıklamıştır; *Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.*

¹⁰⁶ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,430.

¹⁰⁷ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 204; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 120.

¹⁰⁸ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 205; Ertürk – Gürsel, A.g.e., s, 428.

¹⁰⁹ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 121.

fıkrasında da cinsiyeti nedeniyle işçisine daha düşük ücret ödemeyi planlayan işverenin bu eylemi yasaklanmıştır. Maddenin geri kalan hükümlerinde de anılan yasakların ihlal edilmesi halinde başvurulacak yaptırımlara ve ayrımcılık eyleminde taraflara düşen ispat yüküne değinilmiştir.¹¹⁰ (İş Kanunu madde 5/6-7)

Madde 5/1 kuralının, salt “*doğrudan*” ayrımcılıklara değil, açıkça tanımlanmayan “*dolaylı*” ayrımcılıklara karşı da koruma sağladığı kabul edilmelidir. Buna ek olarak, gerek uluslararası denetim organlarının kararlarında ve gerekse İlerleme Raporlarında yapılan eleştiriler doğrultusunda, ayrımcılık kavramının ve yasaklanan biçimlerinin tanımlanmasının; yaş, engel ve cinsel yönelime, yasaklar kapsamında yer verilmesinin yararlı olacağına kuşku yoktur.¹¹¹

İş Kanunu madde 5’in kaleme alınış şekli nedeniyle işverenin eşit davranma borcunun maddede sayılı yasaklarla mı sınırlı olduğu ya da anılan yasaklar dışında da eşit davranma borcunun işverene, işçileri arasında keyfi ayırım yapmasını engelleyen birtakım yükümlülükler yükleyip yüklenmediği soruları akla gelmektedir.¹¹²

Öğretide, işverenin eşit davranma borcu ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu borcun bir ayağında ayırım yasaklarının olduğu (ki bu ayırım yasakları temelinde temel ve hak özgürlüklere ilişkin olup işçinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesinin beklenemeyeceği özellikleridir), diğer ayağında ise dar anlamda işverenin eşit davranma borcunun yer aldığı (ki dar anlamda eşit davranma borcu ise işverenin yönetim hakkı ile ilgili olup bu borç nedeniyle haklı sebepler olmadıkça işçiler arasında ayırım yapılamaz) ifade edilmiştir.¹¹³ Ayrımcılık yasakları temelde temel hak ve özgürlüklerle ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir¹¹⁴

Bu noktada ifade etmek gerekir ki; öğreti tarafından eşit davranma ilkesiyle ilgili olarak hem ayırım yasaklarının hem de dar anlamda işverenin eşit davranma borcunun varlığının kabul edilmesi Anayasa madde 10’daki eşitlik ilkesinin içeriği ile de birebir örtüşmektedir.¹¹⁵ İş Hukuku’ndaki eşit davranma ilkesi de temelini Anayasa madde 10’dan aldığına göre, ilkenin hem İş Kanunu madde 5’de sayılı ayırım yasaklarını hem de dar anlamda eşit davranma borcunu kapsaması son derece

¹¹⁰ Manav, A.g.e., s, 771 -772.

¹¹¹ Gülmez, A.g.e., s, 241.

¹¹² Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,431.

¹¹³ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,431; Narmanlıoğlu, A.g.e., s, 326- 327.

¹¹⁴Yenisey, A.g.e., s,66.; Gülmez, A.g.e., s, 240.

¹¹⁵ Manav, A.g.e., s, 776 – 777.

doğaldır.¹¹⁶ Bu bağlamda, Doğan Yenisey tarafından da ifade edildiği üzere, İş Kanunu madde 5’de sadece ayırım yasaklarının düzenlenmiş olması diğer durumlar için işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamış, bilakis yeni yasa ile işverenin dar anlamdaki eşit davranma borcu varlığını korurken, bazı ayrımcılık yasakları da özel düzenlemeye kavuşmuştur.¹¹⁷

Ayırım yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında işverenin eşit davranma borcu nisbi bir nitelik taşır. Eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisel özelliğini ortadan kaldırmadığından farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işveren, işe alma, ücretler ve iş ilişkilerine son verme konularında nisbi bir eşit davranma borcu altındadır. Böylece, işveren, ayırım yapma kastı bulunmaksızın haklı nedenlerle farklı davranış sergileyebilir. Buna karşın, işveren bazı alanlarda işçiler arasında hiçbir ayırım yapamaz. Kişi hak ve özgürlüklerinin mutlak olarak uygulanması gerektiği alanlarda eşit davranma borcu mutlak bir uygulama alanına sahiptir.¹¹⁸

İnsan haklarından yararlanma bağlamında, ne genel olarak eşitlik ilkesi, ne de iş ilişkilerine özgülenen eşit davranma ilkesi, istisnasız her durum ve koşulda herkes için “*mutlak*” biçimde uyulması ve uygulanması gereken ilkelerdir. Aynı kuralın, farklı farksız, benzer ya da ayrı tüm durumlarda herkese uygulanması anlamında, doğasında eşitsizlik barındıran bir “*mutlak eşitlik*” anlayışı, kuşkusuz söz konusu olamaz.¹¹⁹ Eşit davranma yükümlülüğünün “*mutlak olmadığı*” görüşü, iş hukuku öğretisinde yaygın olarak benimsenmiştir. Ayrımcılık yasağının hukuksal çerçevesini belirleyen 1. fıkra, anayasal eşitlik ilkesini ve kuralını iş hukuku alanına taşıyıp somutlaştırırken, doğal olarak bunu “iş ilişkisi” ile sınırlandırmıştır.¹²⁰ İş Kanunu anlamında bu kavram, ilke olarak, işçiler ile işverenler arasındaki hukuksal/biçimsel çalışma ilişkisini kuran ve onlara “*işçi*” ve “*işveren*” niteliklerini kazandıran “*iş sözleşmesini*”¹²¹ amaçlamaktadır.

“*İş ilişkisi*” teriminin yasal/biçimsel tanımı dolayısıyla tartışmaya açık en önemli konulardan biri, 1. fıkradaki ayrımcılık karşıtı korumanın başlangıcına ilişkindir. Gülmez’ e göre; iş ilişkisinin yalnız ve ancak “sözleşme” ile kurulacağına dayanan

¹¹⁶ Manav, A.g.e., s, 776 – 777.

¹¹⁷ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,431.; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 97; Kaya , Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 208.

¹¹⁸ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 98 – 99.

¹¹⁹ Gülmez, A.g.e., s, 242.

¹²⁰ Gülmez, A.g.e., s, 242.

¹²¹ Bireysel düzeyde kurulan “iş ilişkisi”ni etkileyen toplu iş sözleşmesinin de “iş ilişkisi” kavramı kapsamında görülmesi, toplu iş sözleşmesi taraflarının da eşit davranma yükümlülüğüne uyması gerekir. İş Sözleşmesinin kuralları üzerinde etkileri olan toplu iş sözleşmesinde de 5. maddeye aykırı hiçbir düzenleme yapılamaz.

görüşler, genel olarak 5. maddenin amacı ve 1. fıkranın özüyle bağdaşmamaktadır. İş ilişkisi teriminin, ilişkinin “kurulmasından sonrasını” kapsar biçiminde anlaşılması ve uygulanması, bu ilişkinin eşit işlem ve ayrımcılık yasağını korumasından yoksun olarak kurulmasına fırsat verecektir. Böyle bir uygulama, hem özel işverenleri de bağlayan Anayasa’nın 10. ve 2. maddelerine ve hem de Anayasa’nın madde 90/son fıkra gereğince İş Kanunu’na üstün tutularak “doğrudan” uygulanması gereken “ulusal üstü” sözleşmelere aykırı düşecektir. Ek olarak, iş ilişkisinin biçimsel olarak kurulmasından önceki aşamayı, yani işe girişi ayrımcılık yasağına karşı öngörülen korumanın kapsamı dışında tutmak, AB yönergelerine (2000/43, 2000/78, 2002/73 ve 2000/54 sayılı yönergelere) de aykırıdır.¹²²

Ancak, Türk Hukukunda bugüne dek süregelen baskın görüş, eşit davranma borcunun iş sözleşmesi kurulmadan önce (işe alımda) söz konusu olmadığı yönündedir. Süzek’e göre; 5. maddenin 1. fıkrasında geçen “iş ilişkisi” ibaresi, bu ilişkinin kurulmasından öncesini değil, kurulmasından sonrasını kapsayan bir anlam taşımaktadır. Tuncay’da, 4857 sayılı yasanın öngördüğü eşit davranma ilkesinin, “sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar, iş sözleşmesinin her aşamasına yaymaktadır” diyerek, ilkenin sağladığı korumanın iş sözleşmesinin biçimsel olarak kurulmadığı aşamayı kapsamadığını belirtmektedir ve eklemektedir ki “İş Kanunu madde 5 hep “iş ilişkisinde” ve “sona ermesinde” ayırım yasağından söz etmiştir. İş ilişkisi ise iş ilişkisinin kurulmasından sonraki safhayı içine alır”.¹²³

¹²² Gülmez, A.g.e., s, 245; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 119; Manav A.g.e., s, 736; Gülmez’e göre; “madde 5/1’deki “iş ilişkisi” bağlamında verilmiş olmamakla birlikte, bu terimin anlam ve içeriğiyle ilgili olarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 8 Nisan 2008 tarihli bir kararına değinmekte fayda vardır. Bu kararda, madde 18/1’de öngörülen iş güvencesi kurallarından yararlanma koşullarından birini oluşturan altı aylık kıdem süresinin başlangıcı konusunda, yasadaki yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler örnek alınmış ve “işçi yararına yorum” ilkesi uygulanıp, bu kıdem başlangıç tarihi olarak “işe başlama”nın göz önünde bulundurulması gerektiği görüşü benimsenmiştir. İş güvencesinden yararlanmayı, iş sözleşmesinin “biçimsel olarak” imzalanması öncesine taşıyan bu yaklaşımın, üstün bir ilke ve evrensel bir hak olarak eşitlik ve eşit işlem konusunda da “evleviyetle” uygulanması ve iş ilişkisinin, madde 5/1’ de anılmayan “işe alma” aşamasının da ayrımcı uygulamalara karşı sağlanan genel koruma kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerekir.”; Gülmez, A.g.e., s, 246; Demir, Doğan Yenisey, Yıldız da bu görüşe katılmaktadırlar.

¹²³ Gülmez, A.g.e., s, 244; Manav, A.g.e., s, 736 – 737.

3. Eşit Davranma İlkesinin Uygulanma Koşulları:

a) İşyerinin Aynı Olması (İşyerinde Birlik)

İşverenin eşit davranma yükümlülüğü ancak aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı söz konusudur.¹²⁴ Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için karşılaştırma yapılabilir bir çevrenin bulunması gerekir.¹²⁵ Bu noktadan hareketle, aynı işverenin veya değişik işverenlerin birbirinden ayrı işyerlerinde çalıştırdığı işçiler karşısında eşit davranma borcu yoktur.¹²⁶ Ancak, önemle ifade etmek gerekir ki; tamamen birbirine benzeyip tekdüzen esaslarla yönetilen, yer itibarıyla birbirlerine yakın bulunan veya işçilerin birinden diğerine naklinin sık olarak gerçekleştiği, aynı işletmeye bağlı işyerlerinin söz konusu olması halinde, bu işçiler sanki aynı işyerinin mensuplarıymış gibi farz edilmeli ve işverenin bu işyerlerinde çalışan tüm işçileri bakımından, eşit davranma yükümlülüğünün söz konusu olacağı kabul edilmelidir.¹²⁷

Ancak, işçilerin aynı işyerinde çalışmaları koşulunun çok sıkı bir şekilde uygulanması bazı adaletsiz uygulamalara da sebep olabilir. Birçok farklı alanda faaliyet gösteren bir işveren, yapılan işin farklılığından mütevellit işçilerine değişik çalışma koşulları sunabilir.¹²⁸

İşverenin aynı konuda faaliyet gösteren işyerlerinde çalışan işçiler arasında farklı uygulama yapabilmesinin tek şartı bahsi geçen işyerinin çalışma koşullarının farklı olmasıdır. Örnek verecek olursak, iş kolu aynı olmasına rağmen, işveren metropoldeki işyerinde çalışan işçilerine ulaşım hizmeti sağlayabilir, ancak ulaşım sorunu olmayan küçük bir yerleşim yerinde çalışan işçilere ulaşım hizmeti sunmayabilir. Böyle bir uygulamada işverenin yapmış olduğu farklı uygulama objektif koşulları oluşturabilmektedir. Böylece, aynı işverene bağlı olan farklı işyerlerinde çalışan işçilere karşı işverenin eşit davranma borcu ancak bu işyerinde uygulanan çalışma koşulları arasında aynılık ya da benzerlik olması durumunda olasıdır.¹²⁹

¹²⁴ Ertuğrul Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s, 47.

¹²⁵ Tuncay, A.g.e., s,149; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 221.

¹²⁶ Yıldız, A.g.e., s, 179; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku – Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s, 543.

¹²⁷ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,432.

¹²⁸ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 222.

¹²⁹ Yıldız, A.g.e., s, 180 -181.

b) İşçi Topluluğunun Bulunması

Türk İş Hukuku'nda eşitlik ile ilgili düzenlemeler, doğrudan eşitlik hukukuna ilişkin ilkelere dayandığından, bir işyerinde işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için, birbirleriyle kıyaslanabilir en az iki işçi çalışması gerekir.¹³⁰ Ancak, o işyerinde işçi topluluğu bulunması şartı, özellikle dar anlamda işverenin eşit davranma borcunun ifası bakımından gereklidir. Zira ayırım yasakları söz konusu olduğunda, işveren o işyerinde tek bir kişi dahi çalışsa ayırım yasaklarını ihlal etmiş olabilir. Örneğin; bir bayan işçinin iş sözleşmesinin hamile olması nedeniyle sona erdirilmesinde, iş sözleşmesi sona erdirilen bu işçiye karşı işverenin eşit davranma ilkesini ihlal edip etmediğinin sorgulanması için o işyerinde mukayese yapılacak bir işçi topluluğunun bulunması gerekmemektedir.¹³¹

c) İş İlişkisinin Bulunması

İşverenin işçilerine karşı eşit davranmakla yükümlü tutulabilmesi için işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisi bulunması gerekir.¹³² Dolayısıyla, işveren, kural olarak, henüz işe alınmamış veya iş sözleşmesi sona ermiş kişilere karşı eşit davranmakla yükümlü değildir.¹³³ Ancak, bu noktada ifade etmek gerekir ki; işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin kurulmuş olması şartı, dar anlamda işverenin eşit davranma borcunun doğumu için gereklidir. Buna karşılık, ayırım yasakları iş ilişkisi kurulmadan önce, işe alma aşamasında bile işverenin dikkate almakla yükümlü olduğu kurallardır.¹³⁴

d) Kollektif Bir Uygulama Olması

İşverenin eşit davranma borcu, hukuken kollektif nitelikteki, diğer bir deyişle, işyerinde tüm işçileri ilgilendiren, genele yayılan davranışları bakımından ortaya çıkar.¹³⁵

¹³⁰ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 224; Yuvalı, A.g.e., s, 50 -51; Mollamahmutoğlu, A.g.e., s, 543; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s, 28.

¹³¹ Ertürk- Gürsel, A.g.e, s,433.

¹³² Yuvalı, A.g.e., s, 55.

¹³³ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 225.

¹³⁴ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,433.

¹³⁵ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 226 – 227; Yuvalı, A.g.e., s, 51; Yıldız, A.g.e., s, 193; Y9HD, 27.03.2006, 4860/ 7479 “ ...Somut uyuşmazlıkta, öncelikle davacı işçinin, davalı şirket işyerinde şirketin asıl işinde çalışıp çalışmadığı önem kazanmaktadır. Zira yukarıda açıklandığı gibi,

e) Zamanda Birlik

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı belirlenirken karşılaştırılacak olayların, kural olarak, aşağı yukarı aynı zaman dilimi içinde gerçekleşmiş olmaları gerekmektedir.¹³⁶ “Aynı zaman dilimi” kavramından ise işyerindeki karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının aynı şekilde devam ettiği süre anlaşılmalıdır.¹³⁷ Yoksa geçmişte yapılan bir uygulama Eşit Davranma İlkesine dayanılarak bir şey isteme hakkı vermez.¹³⁸

4. Eşit Davranma İlkesinin Uygulanma Alanları:

a) İşe Almada Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması

Türk iş hukukunda, kural olarak doğrudan işe almada, işvereni eşit işlem yapmakla yükümlü tutacak düzenlemelere yer verilmemiştir. İş ilişkisinin kurulmasında hangi işçi ile iş sözleşmesi yapma serbestisi, sözleşme özgürlüğü kapsamında işverene verilmiştir.¹³⁹

İş Kanunu madde 5/1’de iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet vb. nedenlerle ayırım yapılamayacağı düzenlenmiştir.¹⁴⁰ Benzer şekilde, madde 5/6’da da ayrımcılık tazminatının iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayırım yasaklarına aykırı davranılması halinde söz konusu olacağı ifade edilmiştir.¹⁴¹ Dikkat edileceği üzere, her iki fıkrada da işe alma ibaresine yer verilmemiş, bunun yerine iş ilişkisi ibaresi üzerinde durulmuştur. “İş ilişkisi” kavramı ise iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine

işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt taşeronla verilemez. Verilmiş ise işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Davacının bu iddiası üzerinde durularak, davalılar arasındaki sözleşme getirtilmeli, davacının tanıkları dinlenmeli, işyerinde keşif yapılarak bilirkişiden rapor alınmalı ve davacının davalı şirketin asıl işinde şirket işçileri ile çalışıp çalışmadığı saptanmalıdır. Davacının işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işte, şirket işçileri ile birlikte çalıştığı saptandığı takdirde, davacının asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmeli ve bu kez davacının diğer iddiası olan eşit işlem borcuna aykırılık olgusu üzerinde durulmalı, bu konuda kanıtlar toplanmalı ve sonuca göre karar verilmelidir...”

¹³⁶ Yuvalı, A.g.e., s, 56; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s, 28 – 29.

¹³⁷ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,434; Yıldız, A.g.e., s, 189 – 190.

¹³⁸ Tuncay, A.g.e., s,150; Fatih Uşan, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, Legal İSGHD, 2005, C.2, S.8, s, 1626.

¹³⁹ Yıldız, A.g.e., s, 187; Yuvalı, A.g.e., s, 169; Mollamahmutoğlu, A.g.e., s, 537; Tuncay, A.g.e., s, 30.

¹⁴⁰ Zeyinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 120.

¹⁴¹ Manav, A.g.e., s, 772.

kadar geçen bir süreci kapsadığından, iş sözleşmesinin kurulmasından önceki süreç, yani işe alma süreci, bu kavrama dâhil değildir.¹⁴²

Buna karşılık, İş Kanunu madde 5/3’de cinsiyet ve gebeliğe dayalı ayrımcılık¹⁴³, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25’de sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık, 5378 sayılı Engelliler Hakkındaki Kanun madde 14/1’de engelliliğe dayalı ayrımcılık, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 122’de de dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasını engellemek açıkça yasaklanmıştır.¹⁴⁴ Dolayısıyla, özellikle de Türk Ceza Kanunu’ndaki işe almada mutlak ayırım yasaklarının ihlal edilmemesini düzenleyen hüküm karşısında, işverenin iş ilişkisi kurulmadan önceki süreçte de mutlak ayırım yasaklarına uymakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.¹⁴⁵ Ancak, bu noktada ifade etmek gerekir ki; işverenin işe almada eşit davranma borcu mutlak ayırım yasakları ile sınırlı kabul edilmeli, henüz bir iş ilişkisi kurulmamış olduğundan işe alma sürecinde işverenin dar anlamda eşit davranma yükümlülüğünün de var olduğu düşünülmemelidir.¹⁴⁶ Bu nedenledir ki; işveren bakımından ayırım yasaklarına uyma yükümlülüğü, iş ilişkisinin öncesinde de var olan bir borçken, dar anlamda eşit davranma yükümlülüğü iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan bir borçtur.¹⁴⁷

Mutlak ayırım yasakları bakımında işe alma sürecinde işverenin eşit davranma borcunun varlığı kabul edilmekle birlikte, İş Kanunu madde 5/6’da ayrımcılık tazminatının iş ilişkisindeki veya sona ermesindeki ayrımcılık durumlarına özgü olarak talep edilebileceği düzenlendiğinden, işe alma sürecinde eşit davranma ilkesinin ihlal edilmesi halinde ayrımcılık tazminatı talep edilemez.¹⁴⁸ Bu nedenle, öğretide de ifade edildiği üzere, işe almada ayırım yapılması halinde tazminat konusunda genel hükümlere (culpa in contrahendo) gidilmesi gerekecektir.¹⁴⁹

¹⁴² Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,438.

¹⁴³ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 229.

¹⁴⁴ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 127 – 128.

¹⁴⁵ Manav, A.g.e., s, 774.

¹⁴⁶ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,439.

¹⁴⁷ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 120.

¹⁴⁸ Manav, A.g.e., s, 772 – 773.

¹⁴⁹ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,440.

b) İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması

İş ilişkisi iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar geçen bir süreci kapsamaktadır. Haklı ve objektif nedenler olmadıkça, işverenin yönetim hakkı ile ilgili olarak işçilerine farklı muamelede bulunması yasaktır.¹⁵⁰

İş Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenleme, iş ilişkisinde sadece dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep sebebiyle ayrımcılığı yasaklamamaktadır. Ayrıca, "benzeri nedenler" ibaresine yer verilerek bahsi geçen nedenlere benzer durumların sınırları geniş tutulmuştur.¹⁵¹ Bu sebeple, maddede açıkça yer verilmemiş olsa bile, örneğin işverenin, işçinin ailevi durumunu (boşanmış yahut evlilik dışı yaşam sürdürüyor olması gibi) gözeterek ayırım yapmasının da yasak olduğu aşikârdır.¹⁵²

Yargıtay da kimi kararlarında, iş ilişkisinde ve çalışma koşullarının uygulanmasında işverenin ayrımcı tutumunu, işçi açısından haklı fesih nedeni saymıştır.¹⁵³

¹⁵⁰ Yuvalı, A.g.e, s, 178.

¹⁵¹ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 120.

¹⁵² Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 231 – 232.

¹⁵³ Y9HD, 03.04.2000, 1034/4713; Bahsi geçen davanın konusu, işverenin aleyhine tanıklık yapan işçiye, bu durumdan dolayı diğer işçilerle kıyaslandığında çok düşük ücret ödemiş bulunmasıdır. Yargıtay işçi lehine karar vermiş, işverenin haksız davranışının ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Bu husus kararda şu şekilde izah edilmiştir; "*Kural olarak, işveren aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere objektif ve haklı olmayan sebeplere dayanarak farklı işlemde bulunamaz. Bu husus, işverenin eşit davranma borcunun bir gereğidir. Somut olayda davacı işçiye diğer çalışanlara nazaran çok az oranda zam verildiği sabit olmakla birlikte davalı işverence bu uygulama hakkında objektif ve haklı bir neden ileri sürülmüş değildir.*"

Y9HD, 29.11.2011, 19835/46440; Bahsi geçen davanın konusu, doğum yapan işçi hakkında eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı iddiasıdır. Yargıtay işçi lehine karar vermiş, işverenin doğum izni kullanan işçi aleyhine ayrımcılık yaptığı kanısına varmıştır. Bu husus kararın gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir; "*Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup İş Hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm 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 sınırlandırılmasına yerine korunmasına hizmet eder.*"

Eşitlik İlkesi ise en temel anlamda Anayasa'nın 10.ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır."

YHGK, 06.02.2013, 9847/200; Bahsi geçen dava tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen davacı yönünden sosyal ve parasal haklarının diğer tam süreli çalışanlara göre haftalık çalışma

c) İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması

İş ilişkisinin sona erdirilmesinde işverenin eşit davranma borcu olup – olmadığı konusu belki de eşit davranma ilkesinin uygulanma alanıyla ilgili olarak en tartışmalı husustur.¹⁵⁴ Bu konudaki görüşlerden ilki iş sözleşmesinin feshinde işverenin mutlak bir eşit davranma borcu bulunmadığını, bu hususta işverenin sözleşme özgürlüğünün eşitlik ilkesinden üstün tutulması gerektiğini ifade ederken¹⁵⁵, diğer bir görüş, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu bulunduğunu savunmaktadır.¹⁵⁶

İş sözleşmesinin sona ermesinde eşitlik ilkesinin uygulanmasında kastedilen, işverenin benzer durumda olan işçilerden birini işten çıkarırken, gerekçelendirilebilir, makul bir ölçü kullanmasıdır, yani iş sözleşmesinin sona ermesinde eşit işlem yapma borcuna uygun davranmasıdır.¹⁵⁷

Eşit davranma ilkesi, hem mutlak ayırım yasaklarını hem de bunun dışında kalan hallerde, dar anlamda işverenin eşit davranma borcunu içerdiğinden, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma ilkesini ikili bir ayırma tabi tutarak incelemek faydalı olacaktır.¹⁵⁸

İşverenin, iş sözleşmesini feshederken mutlak ayırım yasaklarını dikkate almaması eşit davranma ilkesinin ihlali anlamına gelir. Nitekim İş Kanunu madde 5/6'da da dil, din, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce ve benzeri nedenlere dayalı olarak yapılan fesih işlemlerinin ayrımcılık tazminatına yol açacağı açıkça

süresinin oranlanmasıyla belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasına ilişkindir. Bu hususa karara şu şekilde dikkat çekilmiştir; “Uyuşmazlık, davalı işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı noktasında toplanmaktadır. İşveren kural olarak işyerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak, eşit çalışma koşullarını uygulamak zorundadır. İşveren, haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama, sosyal yardım ve parasal menfaatlerinden eşit olarak yararlandırma borcu altında olup, kamu düzenine ilişkin eşit işlem borcunun re'sen gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden söz edilemez. Tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen davacı yönünden sosyal ve parasal haklarının diğer tam süreli çalışanlara göre, haftalık çalışma süresinin oranlanmasıyla belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olup, davacı ile diğer tam süreli iş akdi ile çalışanlar arasında oranla haklı gösterecek objektif bir nedenin varlığı da ispat edilemediğinden davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlanmalıdır. Çalışma saatlerine göre oranlama yapılmaksızın davacının işçilik alacakları miktarı belirlenerek hüküm kurulması gerekir.”

¹⁵⁴ Yuvalı, A.g.e., s, 182.

¹⁵⁵ Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul, 2003, s, 112; Fatih Uşan, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, Legal İSGHD, S.8, C.2, 2005, s, 1630, 1631; Mollamahmutoğlu, A.g.e., s, 537.

¹⁵⁶ Süzek, A.g.e, s, 409; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s, 213.

¹⁵⁷ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 248.

¹⁵⁸ Yuvalı, A.g.e, s, 182 -183.

düzenlenmiştir.¹⁵⁹ Bu itibarla, mutlak ayırım yasakları söz konusu olduğunda, işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna uymak zorunda olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.¹⁶⁰

Adalet ve hakkaniyetin tam olarak sağlanması bakımından iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun uygulama alanı bulacağı görüşü yerindedir. İş ilişkisinin devamı süresince işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edip işçi bakımından önemli sonuçlar doğuracak bir vakıa olan fesih durumunda işverenin böyle bir borcu olmadığını savunmak, işçiyi bu en kritik dönemde işverenin keyfî uygulamaları ile karşı karşıya bırakabilir. Bu nedenle, işverenin iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranma ilkesi ışığında hareket etmesi en hakkaniyetli sonucu verecektir.¹⁶¹

Mademki işverenin işyerinde çalışan işçileri arasında ayırım yapmayı haklı kılan bir neden olmadıkça onlara eşit davranmakla yükümlü olduğu kabul olunmaktadır, o halde işverenin, işverenin iş akdini feshetmesi konusunu bunun dışında tutmak tutarlı bir davranış olmaz. Eşit davranma ilkesinin fesih halinde uygulanması durumunda da izlenen amaç, işçiye mümkün olduğu kadar iş güvencesi sağlamaktır.¹⁶²

Ek olarak, eşit davranma ilkesi fesihle, işyerinin çıkarlarına ters düşecek biçimde uygulanamaz. Böyle olunca feshin, iş ilişkilerinde eşit davranma ilkesinin en az uygulanabildiği alan olduğu pek inkâr edilemez.¹⁶³

Türk İş Hukuku'nda iş ilişkisinin sona erdirilmesinde yargı içtihatlarının rolü yadsınamaz. Yargıtay'ın işverenin eşit işlem borcu çerçevesinde, en çok karar verdiği konu, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkindir.¹⁶⁴ Yargıtay, verdiği birçok

¹⁵⁹ Manav, A.g.e., s, 772 – 773.

¹⁶⁰ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,444.

¹⁶¹ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,445; Çelik, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009, s, 180- 181. Aksi görüş; Çelik'e göre, iş sözleşmelerinin feshi halinde kural olarak eşit davranma borcundan söz edilemez. Sözleşmenin işverence haklı nedenlerle feshinde, işçilerin kişisel durumlarının farklılıkları karşısında, eşit davranma borcuna uyma zorunluluklarının olmadığını söyleyebiliriz. Örneğin, üç işçinin devamsızlığı halinde işverenin bunlardan sadece birinin iş sözleşmesini sona erdirmesi, öteki ikisini ise çalıştırmaya devam ettirmesi mümkündür.

¹⁶² Tuncay, A.g.e., s,213..

¹⁶³ Tuncay, A.g.e., s,217.

¹⁶⁴ Y9HD, 25.04.2005, 11204/14365; Bahsi geçen dava mesai saatleri içinde işyerinde toplantı yapan işçilerden bazılarının iş akdinin feshedilip bazılarının akdinin feshedilmemesinin eşit işlem borcuna ayrılık teşkil etmesine ilişkindir. Buna göre; “*Davalının fesih işlemini, asıl işverenin istemi üzerine gerçekleştirdiği, davacının işyerinde 30 işçi ile birlikte mesai saatleri içinde yaklaşık 1,5 saat toplantı yaptığı, işi bıraktığı ve zarara neden olduğunun belirtildiği, asıl işverence davacı ve bir kısım işçinin savunmalarının alındığı, özellikle halen işyerinde çalışan tanığın anlatımına ve belgelere göre, asıl işverene bağlı çalışan ve işveren temsilcisi konumunda olan işçinin, işçilere kötü davranışının şikayet edilmesi üzerine işyerinde toplantının işletme müdürü ve şefinin bilgisi dahilinde gerçekleştiği,*

kararında işverenin fesih işlemini keyfi, kötü niyetli fesih olarak adlandırmakta yahut işverenin eşit davranma yükümlülüğüne vurgu yaparak fesih işleminin geçersizliğine hükmetmektedir.¹⁶⁵

5. İşverenin Eşit Davranma İlkesine Uymamasının Sonuçları

a) İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranmasının Hukuki Yaptırımları

Belirttiğimiz gibi İş Hukukunda, işverenin eşit davranma borcunu açıklamaya çalışan bir takım fikirler ileri sürülmüştür.¹⁶⁶ Bu fikirler eşit davranma borcunun temelinde adalet kavramının, dürüstlük kuralının¹⁶⁷, işverenin işçiyi gözetme

toplantıya katılanların aynı gün mesai yapmadıkları 1,5 saat için, vardiya bitiminden sonra yaklaşık 3-4 saat çalıştıkları, böylece toplantı karşılığı çalışılmayan sürenin fazlası ile telafi edildiği, işverenin bir zararının oluşmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, toplantıya 30 işçi katıldığı belirtilmesine rağmen, sadece davacının da bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshi eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Kaldı ki, davalı alt işveren, fesihte iradesinin oluşmadığını da açıklamıştır. Somut bu olgulara göre, iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğuna ve davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.”

Y9HD, 18.09.2007, 28938/26952; Bahsi geçen dava iş bırakma eylemine katılan işçilerin çoğu işyerinde çalışırken bir kısmının iş akdinin feshedilmesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil ettiği iddiasına yöneliktir. Bu husus kararda şu şekilde belirtilmiştir; “Dava, feshin geçersizliği ve işe iade talebine ilişkindir. Dosya kapsamından davalı işverenin, işçileri toplu olarak iş bırakmaya yönlendirdiği gerekçesiyle davacı işçinin iş akdini feshettiği anlaşılmaktadır. İşverenin eşit davranma borcunun, iş sözleşmesinin feshinde de dikkate alınması gerekir. Somut olayda, toplu olarak iş bırakma eylemini davacının yönlendirdiği tespit edilememiştir. Bu halde iş bırakma eylemine katılan işçilerin çoğu işyerinde çalışırken bir kısmının iş akdinin feshedilmesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder. İş akdinin feshi geçerli nedene dayanmadığından işe iadeye karar verilmesi usul ve yasaya uygundur.”

¹⁶⁵ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 252; Süzek, İş Hukuku, s, 475.

¹⁶⁶ Ertuğrul Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s, 38 - 39. Tuncay, Eşit Davranma, s, 34., Tuncay’a göre, “eşit davranma ilkesi adalet fikrinin özü ve onun içeriği olarak tüm hukuk sistemine egemen olmalıdır. Hangi hukuk alanına ait olursa olsunlar, her türlü eşit davranış adalet fikrine dayanır. Çünkü her şeyden önce bir kamu hukuku ilkesi olarak Anayasada ifadesini bulan eşitlik ilkesi, sadece kamu hukukuyla sınırlı olmayıp adalet fikrinin en önemli ögesi olarak hukukun temel ilkelerinden biridir. Fransız ihtilalinden çok önce yunan felsefesinde ortaya atılmış bulunan bu ilke bu bakımdan sadece kamu (Anayasa ve İdare) hukukunda değil, özel hukukta da, özellikle Ortaklıklar, Dernekler ve İş Hukukunda önemli bir rol oynar. Gerçekten Özel Hukukta esas itibarıyla çıkarların karşı karşıya bulunduğu değiş tokuş ilişkileri geçerli ise de bunların yanında, aynı yöndeki çıkarlara dayanan hukuki ilişkiler de vardır. Bu gibi durumlarda – tıpkı kamu hukukunda olduğu gibi esas itibarıyla dağıtıcı adaletin, özel hukukta ise denkleştirici adaletin uygulanması ağır basarsa da bir alanda yalnızca bir tür adaletin uygulanması düşünülemez. Kamu hukukunda da denkleştirici adaletin uygulanacağı haller vardır. Tıpkı özel hukukta dağıtıcı adaletin uygulanmasını gerektiren hallerde olduğu gibi.”

¹⁶⁷ İş Hukukunda eşit davranma ilkesinin dürüstlük kuralına dayandırılmasını eleştirenler bu kuralın tüm özel hukuka egemen çok genel bir ilke olduğunu ve dürüstlük kuralının ancak eşit davranma borcunun son hukuki dayanağı olabileceğini iddia etmişlerdir. Gerçekten de dürüstlük kuralı, kişilerden haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken doğru ve namuslu bir kimse gibi davranmalarını isteyen genel bir davranış kuralıdır; Tuncay, Eşit Davranma, s, 48.

borcunun, ahlak kuralının, hakkaniyet esasının¹⁶⁸ ve Anayasadaki eşitlik ilkesinin yer aldığını öngörmektedir. Eşitlik ilkesinin temelini genel hukuk prensiplerine dayandırmayan ve işyeri uygulamaları, normun bağlayıcılığı ve kolektif iş hukuku gibi çeşitli esaslara dayandıran çeşitli görüşler de mevcuttur.¹⁶⁹

Doktrinde genel olarak benimsenen görüş, eşit davranma borcunun hukukun genel ilkeleri arasında yer alan adalet ve hakkaniyet esasına dayandığıdır.¹⁷⁰ Eşit davranma borcunun temel işlevi, ekonomik gücü elinde bulunduran işverene karşı işçinin korunmasıdır. Bunu eşit davranma borcunun koruyucu işlevi olarak adlandırmamız mümkündür.¹⁷¹ Bahsi geçen borcun diğer bir işlevi ise bir işyerinde çalışan işçiler arasında adil çalışma koşullarını sağlaması ve böylece iş barışının kurulmasına yardımcı nitelik taşımasıdır. Ek olarak, bu borcun yorumlayıcı ve boşluk doldurucu olma işlevi de vardır. Böylece, İş Hukuku kaynaklarından herhangi birinde mevcut bulunan herhangi bir kuralın yorumlanması gereksinimi gündeme geldiğinde bu yorum eşit ilkesi ile uyumlu olarak yapılacaktır.¹⁷² Eşit davranma borcunun boşluk doldurucu ve yorumlayıcı işlevleri birbirine sıkı sıkıya bağlı ve birbirlerini tamamlayan işlevlerdir. Bu açıdan, özellikle toplu iş sözleşmelerinde veya işverenin tek taraflı kolektif düzenlemelerinde boşluk bulunan durumlarda bu işlevlerin birleştiği gözlenmektedir.¹⁷³

Eşit davranma borcunun işçiler açısından ne denli önem taşıdığı aşağıdaki ifade de açıkça görülmektedir; *“Diğer işçiye oranla kendisine daha kötü davranıldığını sanmak veya bilmek kadar işçinin adalet duygusunu zedeleyen pek az şey vardır.”*¹⁷⁴

¹⁶⁸ Buna göre, eşit davranma ilkesi hakkaniyet borcundan başka bir şey değildir. Nitekim işveren işçilerine her ne kadar özel yararlar sağlamakta ve bunların koşullarını belirlemekte serbest ise de bunları yaparken hakkaniyet ilkesi ile tutarlı davranmak zorundadır. Çünkü sözleşme taraflarında eşitlik olmadığı durumlarda, başka bir ifadeyle bir taraf ekonomik yönden üstünse, sözleşmenin içeriği çoğunlukla güçlü olanın isteğine göre belirlenir. Bu gibi hallerde özel hukuktaki sözleşme taraflarının eşit olduğu varsayımı, adil bir çıkar dengesi sağlayamaz. Bu açıdan, ekonomik olarak güçlü olan işverenin sadece kendi menfaatlerini değil, aynı zamanda ekonomik bakımdan zayıf durumda olan işçinin de menfaatlerini göz önünde bulundurması şarttır.

¹⁶⁹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 77.

¹⁷⁰ Şükran Ertürk, İş İlişkinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 98; Yıldız, A.g.e., s. 60; Sarper Süzek, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, Aralık 2008, Sayı:12, s. 24 – 39; Tuncay, Eşit Davranma, s. 107.

¹⁷¹ Yıldız, A.g.e., s. 61; Tuncay, Eşit Davranma, s. 139.

¹⁷² Yuvalı, A.g.e., s. 39; Yıldız, A.g.e., s. 61.

¹⁷³ Yuvalı, A.g.e., s. 39; Tuncay, Eşit Davranma, s. 107.

¹⁷⁴ Tuncay, Eşit Davranma, s. 107; Y9HD, 04.02.2011, 4160/ 2530; *“Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir sebep olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma*

Dolayısıyla hukuk düzeni, eşit davranma borcuna aykırı davranarak işçileri arasında keyfî ayrımlar yapan işvereni, borcuna uymaya zorlayıcı yaptırımlara sahip olduğu ölçüde eşit davranma ilkesi bir anlam ve değer taşır.¹⁷⁵

Yine değindiğimiz gibi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde eşit davranma borcunu geniş anlamıyla düzenlenmiştir. Madde kapsamında dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasaklarına yer verilmiştir. Ancak, ayrımcılık yasaklarının ihlal edilmesi durumunda uygulanacak yaptırım açık bir şekilde ifade edilmişken, dar anlamda eşit davranma borcuna uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırım net bir şekilde ifade edilmemiştir. Dolayısıyla, daha çok işverenin yönetim hakkına dair olan dar anlamda eşit davranma borcuna ilişkin korumanın yetersiz olduğunu söylemek mümkündür. Zaten maddenin düzenlenme şeklindeki belirsizlik bunu açık bir şekilde gözler önüne sermektedir.

Eşit davranma ilkesine aykırılık söz konusu olduğunda, hukuki yaptırımlar bakımından madde lafzından da anlaşılacağı üzere ilk olarak İş Kanunu 5/6'daki ayrımcılık tazminatı göze çarpmaktadır.¹⁷⁶ Fakat izah ettiğimiz üzere, adından da anlaşılacağı gibi bu yaptırım daha çok ayrımcılık yasaklarına özgü bir nitelik taşımaktadır. Bunun yanında, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı olarak, geçersizlik, eda davası, iş görmekten kaçınma, maddi ve manevi tazminat, işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkı, kişilik haklarını koruyan davalar (saldırının önlenmesi davası) gibi yaptırımlara başvurulması da mümkündür.¹⁷⁷ Ancak tekrar belirtmek de fayda görüyoruz ki, anılan yaptırımlar dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın önlenmesi açısından yeterli değildir.

aa) Geçersizlik

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesi uyarınca hukuka aykırı her işlem batıldır.¹⁷⁸ Hukukumuz bakımından Anayasanın 10. maddesiyle İş Kanunun 5. maddesi işverene ayrımcılık yapmama yükümlülüğü ve eşit işlem yapma borcu yüklemektedir. Böylece, eşitlik ilkesine aykırı her türlü işlem geçersizlik yaptırımına

borcu, tüm işçilerin hiç bir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder."

¹⁷⁵ Tuncay, A.g.e., s,218;

¹⁷⁶ Manav, A.g.e., s, 772.

¹⁷⁷ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,447; Yıldız, A.g.e., s, 320.

¹⁷⁸ Yıldız, A.g.e., s, 320.

sebebiyet verebilecektir.¹⁷⁹ Böylece, eşit davranma ilkesine aykırılığın bir yaptırımının geçersizlik olduğu ileri sürülebilir.¹⁸⁰ Ancak, eşit davranma ilkesine aykırılık halinde geçersizlik yaptırımı diğer yaptırım türlerine göre daha dar bir kapsamda uygulama alanı bulacaktır.¹⁸¹ Tuncay tarafından da ifade edildiği üzere, işverenin sosyal yardımlarda bulunurken işçileri arasında keyfi gruplandırmalar yapması halinde, bu uygulamanın tamamını geçersiz saymak eşit davranma ilkesinin amacına uygun düşmez. Böyle bir ihtimalde, hakkı ihlal edilen işçi, işverenin sosyal yardım işleminin (tam veya kısmi) hükümsüzlüğünü ileri sürmek yerine, sosyal yardım dışında bırakılmasaydı elde edeceği parasal menfaati açacağı bir eda davası ile talep etmesi daha uygun düşer.¹⁸²

Eşit davranma ilkesine aykırılığın, Anayasa madde 10 gereğince de geçersiz sayılması gerektiği açıktır. Fakat burada geçersiz sayılma için bahsi geçen işlemin henüz uygulanmamış olması gerekmektedir. Eşit davranma ilkesine aykırılık meydana getiren bir düzenleme yahut uygulamanın kısmi geçersizliğinin de olası olduğu kabul edilmektedir.¹⁸³ Ek olarak, önemlidir ki işçi, eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil eden bir durum sebebiyle dava yoluna başvurduğunda hem bahsi geçen hukuka aykırılığın tespitini hem de bu aykırılık olmasaydı hangi durumda bulunacaksa o duruma geri getirilmeye talep edebilecektir.¹⁸⁴ Örneğin, işçi yapılan ücret zammının dışında tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, bu zamdan yararlandırılması gerektiğini ileri sürebilecektir.¹⁸⁵

Yapılan feshin geçersiz sayılacağı durumlara örnek verecek olursak, iş güvencesi kapsamı dâhilinde olan bir işçinin iş sözleşmesi İş Kanunun 18.

¹⁷⁹ Yıldız, A.g.e., s, 320.

¹⁸⁰ Süzek, A.g.e., s, 478 - 480; Yıldız, A.g.e., s, 331.

¹⁸¹ Manav, A.g.e., s, 774 – 775.

¹⁸² Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,453; Süzek, A.g.e., s, 478; Yıldız, A.g.e, s, 335 -337; Yenisey, Eşitlik İlkesi, , s, 78 -79; Manav, A.g.e., s, 772 – 773; “İş Hukuku’nda ayırım yasaklarını ihlal eden fesih işlemlerinin bile Borçlar Kanunu madde 20’deki butlan yaptırımına tabi tutulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira iş ilişkisinin kurulması ve devamı taraflar arasındaki güven ve sadakat ilişkisine bağlıdır ve iş ilişkisi taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğurur. Bu nedenle, işçisini öyle ya da böyle işten çıkarmayı aklına koyan bir işverenin fesih işlemi Borçlar Kanunu madde 20 gereğince geçersiz bile kabul edilse, işvereni o işçiyle tekrar çalışmaya zorlamak iş ilişkisinin ruhuna ters düşer. Kaldı ki; cebri icra yöntemiyle bile bu yaptırımın işveren üzerinde aynen uygulanması mümkün değildir. Nitekim iş güvencesi hükümlerinden yararlanan bir işçinin açtığı işe iade davası neticesinde mahkemenin vereceği feshin geçersizliği kararı, işvereni bu kararı aynen uygulamaya zorlayamamakta, İş Kanunu madde 21 gereğince mahkeme tarafından yapılan hukuka aykırılık tespitinin yaptırımı tazminata dönüşmektedir. Bu nedenle, eşit davranma ilkesine aykırı işveren feshinin Borçlar Kanunu madde 20 gereğince geçersizliği uygulama sorunlarını da beraberinde getireceğinden, diğer yaptırım türlerine başvurulması daha faydalı olacaktır.”

¹⁸³ Melek Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği, İstanbul, 2000, s, 354.

¹⁸⁴ Yüksel, A.g.e., s, 354, Tuncay, A.g.e., s, 234 – 236, Yıldız, A.g.e., s, 320.

¹⁸⁵ Tuncay, A.g.e., s, 234 – 236.

maddesinde düzenlenen ve ayrımcılık sebepleriyle bağdaşan durumlardan birinden ötürü feshedilmişse, burada yapılan fesih geçersiz sayılmaktadır.¹⁸⁶

bb) Eda Davası

İş Kanunu madde 5/6'da açıkça ifade edildiği üzere, işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde hakları zarar gören işçi, madde metninde belirtilen ayrımcılık tazminatı dışında, yoksun kaldığı haklarını da talep edebilir.¹⁸⁷ Bu bağlamda, işçi yoksun kaldığı şeyleri (örneğin; ödenmeyen veya eksik ödenen ücretini, fazla mesai ücretini, yıllık izin ücretini, ihbar ve kıdem tazminatını, ikramiyesini, diğer sosyal yardımları) bir eda davası açarak işverenden talep edebilir. Eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin bir eda davasından amaç, işveren eğer eşit davranma borcuna aykırı davranmasaydı işçi hangi durumda bulunacak idiyse işverenin işçiyi o hale getirmeye mahkûm edilmesidir.¹⁸⁸

Eda davasının daha çok parasal haklarda uygulanabileceği, bu dava ile eşit davranma borcuna aykırılık dolayısıyla yoksun kalan hakların talep edilebileceği, işverenin yönetim hakkının kullanılması ile ilgili konularda ise bu davanın açılmayacağı iddia edilmiştir.¹⁸⁹ Ancak, işverenin bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilebileceği de ileri sürülen görüşler arasındadır.¹⁹⁰

Yargıtay ise, 1996 tarihinde verdiği eski bir kararında işverenin yönetim hakkını kullanırken eşit davranma ilkesine uygun davranmadığının tespit edilebileceğini, buna rağmen işverenin herhangi bir düzenleme yahut uygulama yapmaya zorlayıcı şekilde hüküm verilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁹¹

Böylece, tekrar belirtilmesinde fayda vardır ki, ücretlerde, ikramiyelerde, sosyal yardımlarda ve işin düzeni için gerekli alanlarda eşit davranma ilkesine aykırı davranılması halinde işçi, eda davasına başvurarak yoksun kaldığı hakları talep edebilir.¹⁹²

¹⁸⁶ Yıldız, A.g.e., s. 321; Y9HD, 18.09.2007, 28933/ 26947.

¹⁸⁷ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 256.

¹⁸⁸ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s.452; Tuncay, A.g.e., s. 321.

¹⁸⁹ Yıldız, A.g.e., s. 321; Tuncay, A.g.e., s. 220 – 222.

¹⁹⁰ Tuncay, A.g.e., s. 220 – 222; Yıldız, A.g.e., s. 321.

¹⁹¹ Yüksel, A.g.e., s. 342 – 343.

¹⁹² Yıldız, A.g.e., s. 322.

cc) İş Görmekten Kaçınma

Doktrinde, eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde işçinin başvurabileceği yollardan bir tanesinin iş görmekten kaçınma hakkı olup olmadığı tartışma konusu yapılmıştır.¹⁹³ Anılan görüş uyarınca, işçi iş görmekten kaçınma hakkını son derece nadir olarak, yalnızca eşit işlem yapma borcuna aykırı olarak yapması istenen işe özgü şekilde ve ancak bahsi geçen işin icra edilmesi kendisi açısından beklenemez hale gelmişse kullanabilecektir. Örnek verecek olursak, zevksiz olarak kabul edilen işler, her zaman aynı işçiye yaptırılıyor, bu da işçinin iş görme borcunu ifa etmesini beklenilemez hale sokuyorsa, işverenin yönetim hakkını kötüye kullandığını, MK 2'ye aykırı hareket ettiğini kabul edebiliriz. Dolayısıyla somut durumu Türk Borçlar Kanunu madde 106 uyarınca alacaklı temerrüdü olarak değerlendirip işçinin çalışmasa dahi ücrete hak kazanması gerektiğini iddia edebiliriz.¹⁹⁴

Yürürlükte bulunan iş mevzuatı uyarınca eşit davranma borcuna aykırılık durumunda, işçinin iş görme borcunu icra etmekten kaçınabileceğine ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Fakat bu durumda belirttiğimiz gibi Türk Borçlar Kanununun alacaklı temerrüdüne ilişkin düzenlemelerine başvurmak mantıklı olacaktır. Yine de iş mevzuatına konuya ilişkin açık hükmün eklenmesi gerekliliği tartışma dışıdır.¹⁹⁵

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin kişiliğine saygı göstermeyi, iş ilişkisi içerisinde işçiye zarar verebilecek her türlü davranıştan uzak durmayı, işçinin zarar görebileceği durumların önlenmesini, işçiye sağlıklı bir iş ortamı oluşturmayı da bünyesinde barındıran kapsamlı bir borçtur.¹⁹⁶

Belirtilmesinde yarar olan önemli husus şudur ki; işçi, iş görmekten kaçınma hakkını kullanmadan evvel işverene maruz kaldığı ayrımcı muamelelere son verilmesi maksadıyla başvurmalı, somut olayın özelliğine göre yeterli sürede gereken önlemler alınmazsa iş görmekten kaçınma hakkını kullanmalıdır. Ancak, bu durumda dahi işçinin sorumluluğu büyüktür. Çünkü yapmış olduğu yanlış bir değerlendirmeden ötürü sorumluluk kendisine aittir. Daha açık bir anlatımla, bu şekilde işçinin iş görme hakkını kullanması dolayısıyla yapılan bir fesihle, eğer ki

¹⁹³ Yıldız, A.g.e., s, 323.

¹⁹⁴ Tuncay, A.g.e., s, 225 – 227; Yüksel, A.g.e., s, 348; Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,453.

¹⁹⁵ Yıldız, A.g.e., s, 323; Tuncay, A.g.e., 225; Yüksel, A.g.e., s, 348.

¹⁹⁶ Yıldız, A.g.e., s, 324.

yargı organı, somut olayda eşitlik ilkesine aykırılık olmadığını tespit ederse işverenin yapmış olduğu fesih haklı nitelik taşıyacaktır.¹⁹⁷

dd) Maddi ve Manevi Tazminat

İşverenin eşit davranma yükümlülüğü nedeniyle yoksun kaldığı işçilik hakları yanında, işçinin koşulları varsa genel hükümler çerçevesinde maddi ve manevi tazminat talebinde bulunması da mümkündür.¹⁹⁸ Eşit davranma ilkesine aykırılık sözleşmesel bir ilişkinin ihlali olarak kabul edileceğinden, tazminat taleplerinde Türk Borçlar Kanunu madde 122 ve devamı hükümlerinden yararlanması işçinin lehine olacaktır.¹⁹⁹

ee) İşçinin Fesih Hakkı

İşverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eden davranışları neticesinde, işçinin İş Kanunu madde 24/11 bendine (ücretin kanuna veya sözleşmeye uygun hesap edilmemesi veya ödenmemesi haline) veya f bendine (çalışma şartlarının uygulanmaması haline) dayanarak iş sözleşmesini derhal ve haklı nedenle feshetmesi mümkündür.²⁰⁰ Bunun dışında, işverenin mevcut ücret ve çalışma koşullarında eşit davranma ilkesine aykırı olarak aleyhe esaslı değişiklik yapması halinde, işçi çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin İş Kanunu madde 22 hükümlerinden de yararlanabilir.²⁰¹

ff) Kişilik Haklarını Koruyan Davalar

Türk Medeni Kanununun 25. maddesi uyarınca kişilik haklarına saldırı teşkil eden, hukuka aykırılık oluşturan ve devam eden saldırıların önlenmesi talep

¹⁹⁷ Yıldız, A.g.e., s, 324; Yüksel, A.g.e., s, 334 – 336.

¹⁹⁸ Süzek, İş Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, s, 478 – 480.

¹⁹⁹ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,452; Yıldız, A.g.e., s, 325 – 326; Yüksel, A.g.e., s, 338; Tuncay, A.g.e., s, 222- 224.

²⁰⁰ Manav, A.g.e., s, 775 – 776.

²⁰¹ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,453; Yıldız, A.g.e., s, 327; Süzek, A.g.e., s, 368; Tuncay, A.g.e, s, 233 – 234; Yüksel, A.g.e., s, 351 – 353; Y9HD, 01.11.2004, 8671/ 24558; “... iş akdinin davacı tarafından sona erdirildiği anlaşılmaktadır. İşveren diğer işçilerin ücretlerine zam yaptığı halde davacı ücretlerine zam yapmamak suretiyle eşit işlem yapma borcuna aykırı davrandığı davacının ısrarına rağmen bu eylemini sürdürdüğü; bu nedenle hizmet akdini davacının feshetmekte haklı olduğu sonucuna varıldığından, ihbar tazminatının reddedilmesi doğru ise de kıdem tazminatının talebinin kabulü gerekir...”

edilebilmektedir. Doktrin tarafından, işyerindeki en ağır ve hoş olmayan işlerin herhangi bir neden yokken devamlı olarak kendisine yaptırıldığını veya kapıda her defasında ve en uzun kendisinin üstünün arandığını ileri süren işçinin işveren aleyhine meni müdahale davası açabileceği ve bu davanın da işverenin yönetim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir eda davası olduğu ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, mahkemenin müdahalenin önlenmesine ilişkin vereceği kararın işveren tarafından aynen uygulanmaması halinde, İcra İflas Kanunu madde 343'deki tazyik hapsi yanında tazminat yaptırımını da gündeme gelebilecektir.²⁰²

gg) Ayrımcılık Tazminatı

4857 sayılı iş kanunun “*eşit davranma ilkesi*” başlığını taşıyan 5. maddesinde ayrımcılık yasaklarına yer verilmiş ve bahsi geçen yasaklara riayet edilmemesi halinde yaptırım olarak uygulanacak ayrımcılık yasaklarına değinilmiştir. Konu başlığımız eşitlik ilkesi olmasına rağmen genel anlamda eşit davranma borcunu, dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasakları şeklinde ikili bir ayrıma tabi tuttuğumuzu çalışmamızda belirtmiştik. Hem bu sebeple hem de madde lafzında açıkça yer verildiği için bu başlık altında ayrımcılık tazminatına da yer vermeyi uygun görüyoruz.

Öncelikle ayrımcılık yasaklarının özellikleri;

İş Kanunu madde 5/6'da iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayırım yasaklarına aykırı davranılması halinde, işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ayrımcılık tazminatına hükmedileceği düzenlenmiştir²⁰³. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, iş ilişkisi devam ederken de işverenin eşit davranma ilkesini ihlal etmesi halinde ayrımcılık tazminatı gündeme gelebilir.²⁰⁴ Ancak, daha önce de ifade edildiği gibi, işe alma aşamasında yapılacak ihlaller karşısında İş Kanunu madde 5/6'da düzenlenen ayrımcılık tazminatı talep edilemez.²⁰⁵ Bunun yerine, koşulları mevcutsa, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde tazminat talebinde bulunulabilir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk da niteliği itibarıyla sözleşme sorumluluğu veya sözleşme sorumluluğu benzeri bir sorumluluk

²⁰² Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,452; Tuncay, A.g.e., s, 221 – 222; Yüksel, A.g.e., s, 342 – 344; Yıldız, 328.

²⁰³ Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı, 724; Dilek Baybora, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, s, 60.

²⁰⁴ Süzek, İş Hukuku, s, 475; Yıldız, A.g.e, s, 328 - 330.

²⁰⁵ Manav, A.g.e., s, 772 – 773.

olduğundan, işe almada eşit davranma ilkesini ihlal eden işverenin kusurlu olmadığını ispatlaması gerekmektedir. Keza, tazminat talebi için zamanaşımı süresi de on yıldır.²⁰⁶

Madde gerekçesinde ayrımcılık tazminatı için esas olacak ücretin “*asıl ücret*” olduğu ifade edilmiştir.²⁰⁷ Dolayısıyla, ücretin ekleri olan prim, ikramiye, paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dâhil değildir. Ayrımcılık tazminatının miktarı, ayrımcılık teşkil eden olayın ağırlığı, mevcut olayda birden çok fıkra hükmünün ihlal edilip edilmediği, işçinin işyerindeki işi ve konumu, kıdemi gibi unsurlar dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir. Ancak, tazminatın üst sınırı, hükümde de açıkça ifade edildiği üzere, dört aydır. İşçinin ayrımcılık tazminatını talep edebilmesi için salt ayırım oluşturan bir işlem veya davranışa maruz kalması yeterli olup zararın doğmuş olması gerekmez.²⁰⁸ Ayrıca, İş Kanunu madde 5/6 hükmü nispi emredici nitelik taşıdığından, ayrımcılık tazminatının işçinin lehine olmak üzere iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile arttırılması da mümkündür.²⁰⁹ Borçlar Kanunu madde 125 uyarınca, ayrımcılık tazminatı on yıllık bir zamanaşımı süresine tabidir.²¹⁰

Ayrımcılık tazminatının düzenlendiği İş Kanunu madde 5/6 hükmünün kaleme alınış şekli dikkatle incelendiğinde, ayrımcılık tazminatının sadece maddenin üst fıkralarında yer alan mutlak ayırım yasaklarının ihlali halinde gündeme geleceği gibi bir izlenim uyanmaktadır.²¹¹ Dolayısıyla, maddenin lafzına bağlı kalındığında, eşit davranma ilkesinin diğer ayağını oluşturan dar anlamda işverenin eşit davranma borcunun ihlali halinde, işçinin ayrımcılık tazminatı talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Hâlbuki varılan bu sonuç, temelini Anayasa m. 10’da bulan eşit davranma ilkesinin bir yönüyle ayrımcılık tazminatı yaptırımını dışında kalmasına, işverenin keyfi uygulamaları karşısında işçinin bu tazminatı talep edememesine neden olacaktır. Adaletin ve hakkaniyetin gereği olarak işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde de (örneğin; işyerinde uygulanan genel bir ücret zammından bazı işçilerin haklı bir neden yokken yararlandırılmaması veya işverenin yönetim hakkını kötüye kullanarak bazı işçilerin çalışma şartlarını

²⁰⁶ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,448; Arıcı, A.g.e., s, 939.

²⁰⁷ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 255.

²⁰⁸ Yenisey, A.g.e., s, 77; Yıldız, A.g.e., s, 329.

²⁰⁹ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 255.

²¹⁰ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s, 448; Yıldız, A.g.e., s, 328 – 330.

²¹¹ Manav, A.g.e., s, 772 – 773; Tuncay, A.g.e., s, 221 – 222.

diğerlerine göre ağırlaştırması halinde) İş Kanunu madde 5/6'da düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatına hükmedebileceği kabul edilmelidir.²¹²

hh)Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi

Ayrımcılık tazminatının düzenlendiği İş Kanunu madde 5/6'nın son cümlesinde, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir.²¹³ İş Kanunu madde 5'deki ayrımcılık tazminatının gündeme gelmesi halinde Sendikalar Kanunu madde 31 hükmünün saklı tutulması son derece yerinde bir düzenlemedir.²¹⁴ Ancak bilindiği üzere 2821 sayılı Sendikalar Kanunu yürürlükten kalkmış, 7 Kasım 2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yürürlüğe girmiştir. Anılan Sendikalar Kanunun 31. maddesi yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun 25. maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. İki düzenleme arasında büyük bir fark bulunmamakla beraber, yeni kanunda kapsam genişletilmiş ve koruma arttırılmıştır.²¹⁵ Zira bilindiği üzere, sendikal faaliyet veya sendika üyeliği nedeniyle işverenin ayrımcı muamelelerine maruz kalan işçilerin zararları Sendikalar Kanunu madde 31 gereğince giderilmeye çalışılmakta idi, şimdi anılan zararlar Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun 25. maddesi uyarınca giderilmeye çalışılacaktır.²¹⁶ Amaç ayrımcı davranışlarına karşı işverenin bir yaptırıma tabi tutulması olduğuna göre, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25'deki düzenlemenin, ayrımcılık tazminatının özel bir şeklini oluşturduğu kabul edilmelidir.²¹⁷ Bu noktadan hareketle, örneğin; iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin iş sözleşmesi sendikal nedene dayalı olarak feshedildiğinde, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25'de düzenlenen sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilmesi mümkün değildir.²¹⁸ Benzer şekilde, iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın işçinin iş sözleşmesi feshedilmeksizin işveren tarafından sendikal bir nedenle farklı muameleye tabi tutulması halinde de, işçi hem sendikal tazminatı hem de ayrımcılık tazminatını talep edemez.²¹⁹

²¹² Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,449; Yıldız, A.g.e., s, 329 – 330.

²¹³ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 127 – 128; Manav, A.g.e., s, 772 – 773.

²¹⁴ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 127 – 128.

²¹⁵ Astarlı, A.g.e., s, 162 – 163; Yıldız, A.g.e., s, 329 – 330; Tuncay, A.g.e., s, 221 – 222.

²¹⁶ Astarlı, A.g.e., s, 162 – 163.

²¹⁷ Süzek, İş Hukuku, s, 476; Mollamahmutoğlu, A.g.e., s, 552 -553.

²¹⁸ Yıldız, A.g.e., s, 331; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s, 36.

²¹⁹ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,450.

Kötü niyet tazminatının ayrımcılık tazminatı ile birlikte istenip istenemeyeceği ise öğretide tartışmalıdır. İşverenin aynı nitelikteki davranışı nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilmesinin yasal bir dayanağı bulunmadığından, ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatının birlikte istenemeyeceği görüşü yerindedir.²²⁰ İşçi tarafından her iki tazminatın birlikte talep edilmesi halinde, hangi tazminatın işçinin lehine olduğu dikkate alınmalı ve o tazminat üzerinden hüküm kurulmalıdır.²²¹

Öğretide benzer bir tartışma ayrımcılık tazminatının iş güvencesi tazminatı ile birlikte istenip istenemeyeceği hususunda yaşanmaktadır. Örneğin; Odaman’a göre, her iki tazminatın varlık gerekçeleri birbirinden tümüyle farklıdır ve aynı anda her iki tazminata hükmedilmesi mümkündür. Zira iş güvencesi tazminatı işe iade davasının kabulü neticesinde işçinin süresi içinde başvurusu üzerine işe iade edilmemesinin müeyyidesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrımcılık tazminatı ise işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranması halinde talep edilebilecek bir tazminattır.

Bununla birlikte, Tuncay’a göre, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatı birlikte istenemez ve bu tazminatlardan işçinin lehine olana hükmedilmesi gerekir, Şöyle ki; işverenin aslında “*tek bir eylemi*” vardır. O da, işçisini geçerli olmayan bir nedenle işten çıkarma eylemidir. Mahkemenin kararına rağmen işverenin işçiyi işe iade etmemesi yeni bir eylem teşkil etmez. Onun fikir birliği, amaç tekliği yani işten çıkardığı işçiyi geri almama eylemi devam etmektedir. Dolayısıyla, aynı eylem nedeniyle iki ayrı yaptırıma hükmedilemez.

İş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının varlık nedenleri, amaçları birbirinden farklı olduğu için, koşulları mevcutsa, her iki tazminatın birlikte talep edilmesi mümkündür. Ancak, bilindiği üzere, Yargıtay işe iade talebinin öne sürüldüğü davalarda diğer işçilik alacaklarının da talep edilmesini kabul etmediğinden, ayrımcılık tazminatının ayrı bir dava ile talep edilmesi tercih edilmelidir.²²²

Son olarak belirtmek gerekir ki; iş güvencesi kapsamında yer alan bir işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedene dayalı olarak feshedilmesi halinde “*aynı vakta için ayrı davalarda iş güvencesi tazminatı ve ayrımcılık tazminatı talep edilebileceği*” sonucu geçerli değildir.²²³ Şöyle ki; iş güvencesi kapsamında yer alan işçinin iş

²²⁰ Tuncay, A.g.e., s, 36; Yıldız, A.g.e., 341.

²²¹ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,450.

²²² Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,451.

²²³ Yenisey, A.g.e., s, 80; Yıldız, A.g.e., s, 330 – 332.

sözleşmesinin sendikal nedene dayalı olarak feshedildiğine mahkeme tarafından karar verilmesi ve işverenin işçiye işe iade etmemesi üzerine, işçiye ödenecek tazminat tutarı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25/4’de belirtildiği gibi işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır.²²⁴ Bu durumda, anılan tazminat her ne kadar “sendikal tazminat” olarak değil de “*ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı*” olarak adlandırılrsa da, düzenlendiği yer Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25 hükmüdür.²²⁵ Hatırlanacağı üzere, ayrımcılık tazminatının düzenlendiği İş Kanunu madde 5/6’nın son cümlesinde “*2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu*” ifadesi yer almaktadır. Bu noktadan hareketle, ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı ayrımcı vakıa için istenmesi mümkün değildir.²²⁶

b) Eşit Davranma İlkesinin İhlal Edilmesi Durumunda Uygulanacak Cezai ve İdari Yaptırımlar

İşverenin eşit davranma ilkesini ihlal etmesinin cezai yaptırımı Türk Ceza Kanunu madde 122’de düzenlenmiştir.²²⁷ Bahsi geçen madde «*ayrımcılık*» başlığını taşımakta ve madde metninde şu ifade yer almaktaydı «*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapan ..kişiler hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*» Ancak 13 Mart 2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan kanun ile yapılan değişiklik sonrası 122. maddenin yeni başlığı «*nefret ve ayrımcılık*» olmuş ve madde metni şu şekilde değiştirilmiştir: «*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; ... Bir kişinin işe alınmasını engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*»²²⁸ İş ilişkisinin devamı ve sona ermesi süreçleri ise maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. İşveren tarafından eşit davranma yükümlülüğünün

²²⁴ Astarlı, A.g.e., s, 163; Yıldız, A.g.e., s, 330 – 332.

²²⁵ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 127 – 128.

²²⁶ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,451; Yıldız, A.g.e., s, 331; Yenisey, A.g.e., s, 80; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 127 – 128.

²²⁷ Manav, A.g.e., s, 773 – 774.

²²⁸ Cezai yaptırımlar hakkında daha geniş bilgi edinmek için bkznz. Yıldız, A.g.e., s, 343.

ihlali halinde, İş Kanunu madde 99/a gereğince, işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası verilir.²²⁹

6. Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranılması Durumunda İspat Yükü

İşverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, bu aykırılığın kim tarafından ispatlanacağı İş Kanunu madde 5/7’de düzenlenmiştir. Buna göre; eşit davranma ilkesinin ihlal edildiğini düşünen işçi bu yönde açacağı davada bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.²³⁰ Ancak, kanun koyucu işçinin bu iddiasını güçlü bir biçimde ortaya koymasını yeterli bulmuştur.²³¹ Bu durumda, ispat yükü yer değiştirmekte ve işverenden işçinin iddiasının aksini ispatlaması beklenmektedir.²³²

Ancak, İş Kanunu madde 5/7’nin ilk cümlesinde, İş Kanunu madde 20 hükmünün saklı kalacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, örneğin, iş güvencesi kapsamında yer alan bir işçinin iş sözleşmesi işvereni tarafından geçerli bir nedene dayalı olarak feshedilse ve işçi açacağı işe iade davasında fesih işleminin cinsiyet ayrımcılığına dayandığını iddia etse, İş Kanunu madde 20/2 gereğince işverenden bu fesih işlemine dayanak yaptığı geçerli nedenin varlığını ispatlaması beklenmektedir.²³³ Keza, herkes iddiasını ispatla yükümlü olduğundan, işçi de yargılama sürecinde kendi iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.²³⁴

²²⁹ Manav, A.g.e., s, 773.

²³⁰ Erdem Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2006, s, 218.

²³¹ Özdemir, A.g.e., s, 218; Y9HD, 01.04.2013, 276/10657; Kararda belirtildiği üzere; “İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Somut olayda, davacı işçi ücret ve ikramiyelerinin eksik ödenmesi, ücretinin SGK’ya eksik bildirilmesi, işe giriş tarihinin geç bildirilmesi nedenleri ile iş akdini haklı olarak feshetmiştir. Davacı işçi her ne kadar SGK’ya yapılan şikayet sonrası ücretlerinin asgari ücret düzeyine düşürüldüğünü, işlerinin ağırlaştırıldığı, istifa etmesi için baskı kurulduğunu ve işe giriş çıkışlarda üst araması yapıldığını iddia ederek eşitlik tazminatı talep etmişse de bu iddiaya yönelik olarak dinletmiş olduğu tanıklarının bir kısmının davalı işverenlik ile aynı nedenlerle aralarında ihtilaf olduğu, bir kısmının ise görgü ve bilgiye dayalı bilgilerinin bulunmadığı, dosya kapsamından bordroların hep asgari ücret düzeyinden düzenlendiği, iş yerinde herhangi bir hırsızlık olayı olduğunda üst araması yapıldığı anlaşılmakla davalı işveren tarafından yapılan bu işlemlerin işverenin eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının koşullarını oluşturmayaacağından davacının eşitlik tazminatı talebinin reddi gerekir.”

²³² Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,455; Özdemir, A.g.e., s, 218. Belirtelim ki, eşit işlem borcuna aykırı davranışın ispat yükümlülüğünün bazı durumlara göre el değiştirebiliyor olması Avrupa Birliği hukukuna uygun bir düzenlemedir.

²³³ Süzek, A.g.e., s, 480; Arıcı, A.g.e., s, 939.

²³⁴ Ertürk- Gürsel, A.g.e., s,455.

İKİNCİ BÖLÜM

I. AYRIMCILIK YASAĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

“Discrimination” kavramı Anglo – Amerikan kökenli olup, kelime olarak ilk bakışta ve kısaca “*fark gözetme*” veya “*farklı davranış*” anlamındadır. Fakat dilin yeni kullanımında “*discrimination*” sözcüğünün “*distinction*” ve “*difference*” yerine tercih edilmesi fark gözetmenin subjektifliğini yahut adaletsizliğini ifade etmektedir.²³⁵ Her ne kadar kişiler arasındaki farklılaşmayı bütünüyle ortadan kaldıramasa da, ayrımcılığın yasaklanması düşüncesi, liberal bir hukuk düzeninin işletilmesinde temel taşlardan biridir.²³⁶ Bu düşünce hakkaniyet esasına dayanmaktadır.²³⁷

Ayrımcılık kavramı, hukuk literatüründe ilk defa 1878 senesinde Anglosakson hukukunda bir mahkeme kararında kullanılması ile yer almaya başlamıştır.²³⁸ Uluslararası hukuk alanında ise ilk defa azınlık haklarının korunması mevzusunda gündeme gelmiştir. Günümüzde ise uluslararası hukukta “*ayrımcılık yasağı*”, genel bir hukuk ilkesi olarak yer bulmaktadır.²³⁹

İki kişi ya da durumun arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranmak, kişi ya da durumlar arasında ayırım yaratmak veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen benzer şekilde davranmak ayrımcılık olarak tanımlanabilir.²⁴⁰ Kirchhof’a göre ayrımcılık yasağı genel eşitlik ilkesinin derinleştirilmiş bir alt unsurunu oluşturur.²⁴¹

²³⁵ Ağırbaşı, A.g.e., s. 30.; Jaenicke, Der Begriff der Diskriminierung im modernen Völkerrecht, s. 11- 12’den naklen Ağırbaşı.

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/KilicogluAyrımcılık.pdf

²³⁶ Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s. 18 – 19.

²³⁷ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 116.

²³⁸ Yuvalı, A.g.e., s. 85; Yıldız, A.g.e., s. 85.

²³⁹ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 47.

²⁴⁰ Ağırbaşı, A.g.e., s. 36; Yuvalı, A.g.e., s. 84; Ulak Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Mevcut Başvuru Yolları – Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 707; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 18 No’lu Genel Yorum (<http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/coments.htm>); Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 39; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 117 – 118. Doktrinde yapılan kapsamlı bir tanım uyarınca; “*Bireyin iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan özellikleri (cinsiyet, yaş, ırk, renk, engellilik vs.) ya da değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek, kişisel özgürlükler anlamında koruma altına alınan özellikleri (felsefi inanç, din,*

Ayrımcılık yasağı, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, İş Hukukunda da oldukça önem arz eden ve ele alınması gereken bir konudur. Konu Avrupa Birliği bakımından da oldukça önem verilen bir konu olup, 2012 Türkiye İlerleme Raporunda da ayrımcılık konusuna pek çok hususta değinilmiştir.²⁴²

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14 üncü maddesinde; *“bu sözleşmede öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğuş ve benzeri başka bir statü ayrımı gözetmeksizin herkes için sağlanır.”* denilerek hak ve özgürlüklerden yararlanmada kişinin değişik kimliklerine bağlı maruz kalabileceği her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu düzenleme ayrımcılığı yasaklarken aynı zamanda eşitliği aramanın koşullarını da ortaya koymaktadır.²⁴³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde yer alan eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesinin kapsamı, kabul edilen Ek 12 No’lu Protokol ile genişletilmiştir.²⁴⁴ Protokolün girişinde Avrupa Konseyi üye devletlerinin bu Protokolü imzalarken güttükleri amaçların ne olduğu belirtilmektedir.²⁴⁵ Buna göre, üye devletler herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar. Herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atılarak, genel bir ayrımcılık yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aracılığıyla uygulamasının amaçlandığı ifade edilmektedir.²⁴⁶

AİHS Ek 12 No’lu Protokolün kurallarını yorumlayan açıklayıcı rapor, *“ayrımcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkelerinin sıkı sıkıya birbirine bağlı”* olduğunu vurgulamıştır.²⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda, eşitlik

medeni hal, sendikal faaliyet vs.) sebebiyle, benzer bir durumda bu özelliği taşımayan bir diğer kişiye kıyasla hukuken haklı görülemeyecek, olumsuz bir davranışa muhatap tutulması ayrımcılıktır.”

²⁴¹ Ağırbaşı, A.g.e., s. 36. Kirchhof, Die Verschiedenheit Der Menschen und die Gleichheit vor Dem Gesetz, s. 25’den naklen Ağırbaşı.

²⁴² http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf; Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun kurulmasına ilişkin mevzuatın henüz kabul edilmemiş olması ilerleme raporunda eleştiri konusu yapılmıştır; Manav, A.g.e., s.731.

²⁴³ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 71; Yuvalı, A.g.e., s. 84 -85.

²⁴⁴ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s. 344 – 345; Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s. 21.

²⁴⁵ Korkut, A.g.e., s. 21; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 116.

²⁴⁶ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 71 - 72; Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s. 21; Tuncay, A.g.e., s. 15; Yazıcıoğlu, A.g.e., s. 11 – 12; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin en önemli özelliği İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nden farklı olarak sözleşmeyi kabul eden devletlere, sözleşmede açıklanmış olan hak ve özgürlükleri sağlama ve koruma konusunda yasal zorunluluklar yüklenmesidir.

²⁴⁷ Cin, A.g.e., s. 1052; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 116 – 117.

ve/ya da eşit işlem ilkesine, nesnel ve haklı gerekçelere dayanarak istisnalar getirilebileceği ve dolayısıyla da, örtük olarak “mutlak” olmadığı yaklaşımıyla tanımlayan 12 No’lu protokol uyarınca:²⁴⁸

“Eşitlik, eşit durumlarda eşit biçimde işlem yapılmasını ve eşitsiz durumlarda da farklı işlem yapılmasını gerektirir. Bu konuda her tür zedeleme (aykırı düzenleme ya da uygulama) bir ayrımcılık sayılır, meğerki nesnel ve makul bir kanıtlama olmasın.”

ILO’nun²⁴⁹ 1958 tarihli ve 111 sayılı İstihdamda ve Meslekte Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi’ne göre²⁵⁰ de, üye devletlerce kapsamının genişletilmesine olanak tanınan “ayrımcılık” terimi şu anlama gelmektedir:

“İstihdam ya da meslek alanında fırsat ya da işlem eşitliğini ortadan kaldırma yada bozma (saptırma) etkisi olan ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal yada sosyal köken temeline dayalı her tür ayrılık (fark) gözetme (distinction), ayırı tutma/dışlama (exclusion) yada üstün tutma/yeğleme (preference).”²⁵¹

Eklemek gerekir ki; ayrımcılık, ister kişinin cinsiyeti, ırkı, rengi, dini, dili, yaşı gibi kişiye yapışık bir kimliği üzerinden, ister medeni hal, felsefi tutum veya politik düşüncesi gibi hareketli bir kimliği üzerinden gerçekleşsin, belirli bir doğal veya sosyal gruba dâhil insanların nüfusun geride kalanlarıyla karşılaştırıldığında onlarla eşit olmayan, hatta daha dezavantajlı bir durumu ifade eder.²⁵² Bu sebeple, ayrımcılık kavramı aynı zamanda gerçek manada hak ve fırsat eşitliğinin bulunmadığı bir durumu da belirtmektedir.²⁵³ Dolayısıyla ayrımcılıklar ortadan kaldırılmadıkça, fırsat ve işlem eşitliği sağlanamaz. Böylece, 111 sayılı sözleşmenin, “ayrımcılık yasaklı fırsat ve işlem eşitliği ilkesi”ni tanımladığı ve güvenceye bağladığı söylenebilir.²⁵⁴

Sözleşmelerde düzenlendiği biçimiyle ayrımcılık yasağı, bir kişinin ya da kişi grubunun karşılaştığı muamele bakımından ilgisiz ve etkisiz bir niteliğinin, muamelenin belirleyici bir unsuru olarak kullanılmasına karşı kişiyi ve kişi gruplarını

²⁴⁸ Gülmez, A.g.e., s, 225.

²⁴⁹ ILO Anayasası esas itibarıyla Uluslararası Çalışma Teşkilatı’nın örgütlenmesi, organları, işleyişi, yetki ve sorumluluklarını belirten kurucu bir belgedir. Aynı zamanda, eşitlik vurgusunun en yüksek olduğu bir sosyal adalet arayışı belgesidir; Manav, A.g.e., s, 777; Kamil Ateşoğulları, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye, Türkiye Petrol, Kimya, Lastik İşçileri Sendikası, İstanbul, 1997, s, 12 – 13; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 79 – 80.

²⁵⁰ http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_111.htm

²⁵¹ Gülmez, A.g.e., s,223; Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s, 19.

²⁵² Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 343.

²⁵³ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 49; Gülmez, A.g.e., s, 5- 6.

²⁵⁴ Gülmez, A.g.e., s, 223; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 116.

korumayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler, ya başlı başına ayrımcılığı yasaklamaya yönelmiş bir uluslararası sözleşme ya da genel nitelikli bir insan hakları sözleşmesi içerisinde bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır.²⁵⁵ Başlı başına ayrımcılığı yasaklamaya yönelmiş sözleşmeler ya belli bir niteliğe dayalı (örneğin kadın olmak) ya da belirli bir alanda (örneğin sosyal güvenlik alanında) ayrımcılığı önlemeyi amaçlamaktadır.

Genel nitelikli insan hakları sözleşmelerinde ayrımcılığın yasaklanması bakımından farklı yöntemler izlenmektedir.²⁵⁶ Sözleşmeler hangi nitelikler bakımından farklı muamelenin ayrımcılık sayılacağını bazen sınırlı olarak bazen de sayılı olarak belirtir.²⁵⁷ Örneğin Birleşmiş Milletler Şartı ırk, cinsiyet, dil veya dine; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene; Kadınlara karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi kadın olmaya; 111 No’lu Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal köken veya sosyal kökene dayalı ayrımcılıkla sınırlı bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir.²⁵⁸ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ise, ayrımcılığın yasaklandığı nedenleri ucu açık biçimde saymıştır.²⁵⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “*ayrımcılık yasağı*” hakkındaki incelemesi üç boyutlu olup, öncelikle Mahkeme Sözleşme ‘de yer alan bir hakkın ve benzer bir durumun varlığını araştırmakta, daha sonra benzer durumda olan bireyler arasında hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediğini saptamakta eğer fark gözetilmiş ise, Devletin sahip olduğu takdir payını dikkate alarak, bahsi geçen farkın objektif ve makul bir nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığını, amaç – araç orantısını sorgulayarak değerlendirmektedir.²⁶⁰

²⁵⁵ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 116.

²⁵⁶ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 117 – 118.

²⁵⁷ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344 – 346.

²⁵⁸ Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı, s, 714 -715; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 116 – 117; Ateşoğulları, A.g.e., s, 178 – 180.

²⁵⁹ Gül- Karan, A.g.e., s,11; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 116; Yazıcıoğlu, A.g.e., s, 32; Bakırcı, İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, s, 19.

²⁶⁰ Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara, 2004, s, 275; Cin, A.g.e., s, 1053.

A. Ayrımcılık Yasağı İle İlgili Temel Kavramlar

1. Doğrudan Ayrımcılık- Dolaylı Ayrımcılık

Ayrımcılık sınıflandırma bakımından genellikle doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemeyi amaçlar ve bu nedenle “şekli eşitlik” anlayışının bir ifadesi olarak görülmektedir.²⁶¹ Doğrudan ayrımcılık ile *“ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden birine dayanılarak, bir kişi veya kişi grubunun insan hak ve özgürlüklerinden, aynı veya benzer konumda olduğu diğer kişilerle eşit bir şekilde yararlanmasını ve bunları kullanmasını engelleme ya da zorlaştırma niyet veya etkisine sahip her türlü farkı, dışlamayı, sınırlamayı ya da tercih ettiği”* ifade edilmektedir. Bu durumda aynı veya benzer konumdaki diğer kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz sonuçlar yaratan veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur.²⁶² Doğrudan ayrımcılık, bir kişiye, karşılaştırılabilir bir durumda, başka bir kişiye oranla daha az elverişli bir davranışta bulunulduğu, böyle bir davranış gösterilmiş olduğu ya da gösterileceği zaman söz konusu olur.²⁶³ Dolayısıyla, doğrudan ayrımcılıkta kişiye salt bir özelliğinden dolayı benzer durumda olan diğer bir kimseye göre keyfi olarak eşit davranmamak ya da mağdur etmek söz konusudur. Kişinin sahip olduğu cinsiyet, etnik köken, yaş gibi kimi özellikleri dikkate alınarak farklı çalışma koşulları uygulamak ya da aynı işi ifa etmesine rağmen daha düşük ücret ödemek doğrudan ayrımcılık mahiyetinde uygulamada karşılaşılan örneklerdir.²⁶⁴

Ayrımcılık aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında olabileceği için kişilerin konumları karşılaştırılmalıdır. İkinci olarak ise, kişilerin aynı veya benzer bir konumda oldukları ortaya konulduktan sonra, yapılan farklı muameleyi meşru kılan bir nedenin olup olmadığı değerlendirilmektedir. Meşru amaç *“nesnel, makul ve varılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantısallık”*

²⁶¹ Yuvalı, A.g.e, s, 87; Yıldız, A.g.e., s, 73.

²⁶² Ulaş Karan, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, İnsan Hakları Ortak Platformu, 2009,s,9.

²⁶³ Gülmez, A.g.e, s, 226.

²⁶⁴ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 52.

olmalıdır.²⁶⁵ Avrupa Birliği tarafından 2000 yılında yayınlanan ve özelde ırk ayrımcılığına karşı mücadeleyi öngören 2000/43/EC Sayılı Konsey Yönerge'sine göre (bundan sonra Irk Ayrımcılığı Yönergesi olarak anılacaktır) “...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...” Doğrudan ayrımcılık açısından bir siyahın kamu binalarına girişinin yasaklanması ya da bir restoranda Çingenelere/Romanlara servis yapılmaması bu tür ayrımcılığın tipik örneklerindendir.²⁶⁶ Ya da bir iş için istenen niteliğin (göz rengi, boy, ağırlık vb. fiziksel özelliklere dayandırılarak) doğrudan bazı kişi ve kişi gruplarını eleyecek şekilde düşünülmesi örtülü doğrudan ayrımcılığa örnek verilebilir.²⁶⁷

Dolaylı ayrımcılık kavramı ise, doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasının istenilen amacın gerçekleşmesi için yeterli olmadığının ortaya çıkmasının bir sonucudur.²⁶⁸ Dolaylı ayrımcılık da, görünüşte yansız olan bir kural, bir ölçüt ya da bir uygulama, belirli bir din ya da inançtan olan, bir engeli bulunan, belirli bir yaşta olan yada cinsel yönelimi olan kişiler için diğer kişilere oranla özel bir dezavantaj doğurmaya elverişli olduğu zaman ortaya çıkar.²⁶⁹

“Yeter ki:

- Bu kural, bu ölçüt ya da bu uygulama, nesnel olarak meşru bir amaçla haklı gösterilebilsin ve bu amacı gerçekleştirme araçları uygun ve zorunlu olsun; ya da
- Belli bir engeli bulunan kişilerin durumunda; işveren ya da yönergenin uygulandığı her kişi ya da örgütün; ulusal mevzuat gereğince, bu kural, bu ölçüt ya da bu uygulamanın getirdiği dezavantajları kaldırmak amacıyla, 5.

²⁶⁵ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 53; Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 346.

²⁶⁶ Karan, A.g.e.,s,10; Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı, s, 719; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 119. 14 Ağustos 2006 tarihli Alman Anti – Ayrımcılık Yasasının 3. maddesi doğrudan ayrımcılığı “ bir kişinin ırk veya etnik köken, cinsiyet, dini inanç veya dünya görüşü, engellilik, yaş veya cinsel kimlik nedenlerinden dolayı, benzer durumdaki diğer bir kişinin görmekte olduğu, görmüş olduğu veya görebileceği muameleden daha az olumlu bir muameleye maruz kalması” olarak ifade etmektedir.

²⁶⁷ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 52.

²⁶⁸ Yuvalı, A.g.e., s, 89; Yıldız, A.g.e., s, 77.

²⁶⁹ Gülmez, A.g.e., s, 226; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 120; Yenisey, A.g.e., s, 71. Yapılan işlem objektif olarak “ayrımcılık” olarak kabul edilebilecek nitelikte ise, yasada açıkça aykırı bir hüküm bulunmamasına karşın, dolaylı ayrımcılık yapıldığı kabul edilebilecektir.

maddede öngörülen ilkelere uygun önlemler alma yükümlülüğü bulunmasın.”²⁷⁰

Doğrudan ayrımcılık düşüncesinin altında, kişilere karşı yapılan muamelenin aynı olduğu sürece ortada bir eşitlik veya ayrımcılık sorunu olmayacağı düşüncesi yatmaktadır. Ancak, kişiler ve kişi grupları arasındaki mevcut ekonomik, sosyal, fiziksel vs. özelliklerden doğan farklılıkların göz ardı edilerek yapılacak aynı muamele farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu sebeple, dolaylı ayrımcılık kavramı, farklı muamele kadar, aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar yaratmaya elverişli olduğu düşüncesi sonucu ortaya çıkmıştır.²⁷¹ Dolaylı ayrımcılık tarafsız kurallar, ölçütler veya işlemlerin görünümüne göre belirli bir din, ırk, renk, dil, felsefî inanç, siyasi görüş, etkin köken, yaşlılık, engellilik, hamilelik veya cinsel eğilim gibi nedenlerle benzer durumda olan diğer kişilerle kıyaslandığında özel bir şekilde zarara veya hak ihlaline yol açıyorsa vuku bulan ayrımcılıklardır.²⁷² Dolaylı ayrımcılıkta iki temel öge ön plana çıkar. Bunlardan biri yasal düzenlemelerin ya da uygulamaların “görünüşte” tarafsız olmasıdır. Diğeri ise açık ve doğrudan bir ayrımcılık içermemesine rağmen sonuçları açısından kimi “*kişi ya da kişi grupları açısından eşitsiz bir durum*” yaratmasıdır. Belirtelim ki, çalışma hayatında en yaygın olan ayrımcılık dolaylı ayrımcılıktır, lakin tespiti zor bir ayrımcı uygulamadır.²⁷³

Dolaylı ayrımcılık kavramı, sadece farklı muamelelerin değil, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etki yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirler olarak kabul edilmektedir. Burada farklı muamele kadar aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar yaratabileceği dikkate alınmakta ve muamelenin sonuçları üzerinde bir değerlendirme yapılmaktadır.²⁷⁴ Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak farklı muamelenin yasaklanması değil ayrımcı etkiler doğuran aynı muamele yasaklanmaktadır. Dolaylı ayrımcılığın unsurlarına bakıldığında ilk olarak ortada görünüşte tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın

²⁷⁰ Gülmez, A.g.e., s, 227.

²⁷¹ Karan, A.g.e.,s,10.

²⁷² Gülmez, A.g.e., s, 151

²⁷³ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 54; Zeytinoglu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 120. Avrupa Birliği Adalet Divanı verdiği çeşitli kararlarda ayrımcılığı amaçlayan örtülü, dolaylı ayrımcılıkların yasak kapsamına girmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunu, “*örtülü şekildeki ayrımcılıkların da bu yasak kapsamına girmesinin, Avrupa Birliği temel prensiplerinin korunması için gereklidir.*” şeklinde ifade etmiştir. Alman Anti – Ayrımcılık Yasasının 3. maddesine göre, dolaylı ayrımcılık, “*nesnel görünen talimat, kriter veya işlemlerin, ırk veya etnik köken, cinsiyet, dini inanç veya dünya görüşü, engellilik, yaş veya cinsel kimlik nedenlerinden dolayı, kişileri diğer kişiler karşısında özel bir şekilde mağdur edebilmesi*” hallerinden meydana gelmektedir.

²⁷⁴ Karan, A.g.e, s, 10.

bulunması gerekmektedir. İkinci olarak ise tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın olumsuz sonuçlar doğurma veya böyle bir ihtimali yaratması durumu söz konusudur. Son olarak ise tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralı meşru kılacak bir nedenin bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir.²⁷⁵ Doğrudan ayrımcılıkla, dolaylı ayrımcılık arasındaki en temel farklılık, birincisinin farklı muameleyi yasaklarken, ikincisinin ayrımcı etkileri olan aynı muameleyi yasaklamasıdır.²⁷⁶

2000/78/EC Sayılı Konsey Yönerge'sine göre (bundan sonra İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi olarak anılacaktır) “*görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın; bir ırk veya etnik kökene sahip kişileri, diğer kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir açıdan dezavantajlı konuma düşürdüğü durumlarda; bu tarafsız hüküm, ölçüt veya uygulama; meşru bir amaç ile nesnel olarak gerekçelendirilmemişse söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve zorunlu değilse, dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiği anlaşılr*”. Dolaylı ayrımcılığa örnek olarak ise, 175 cm'nin altında boy uzunluğuna sahip olan kişilerin polislik mesleğine alınmaması belirtilebilir. Burada görünüşte bir ayrımcılık yoktur ancak kadınlar ve bazı etnik gruplar değerlendirildiğinde söz konusu kuralın dolaylı bir ayrımcılık yaratacağı ortadadır.²⁷⁷

2000 / 78 sayılı yönerge uyarınca, özet olarak, dolaylı ayrımcılıktan söz edilebilmesi için tanımın aşağıdaki koşullara uyumunu öngörmektedir:

- Görünüşte yansız olan bir kural, bir ölçüt ya da bir uygulamanın bulunması;
- Bunun, belli bir din ya da inançtan olan, bir engeli bulunan, belirli bir yaşta olan yada cinsel yönelimi bulunan kişilere uygulanması;
- Bu uygulamanın, görece özel bir dezavantaj doğurması;
- Bunun nesnel olarak kanıtlanamaması
- Engelliler konusunda, ulusal mevzuatın dezavantajlarını kaldırmak için, “*engelli kişiler için makul düzenlemeler*” yapılmasını düzenleyen 5. madde ilkelerine uygun önlemler alma yükümlülüğü öngörmemiş olması.²⁷⁸

Belirtilen kıstaslar ILO'nun Uzmanlar Komisyonu, 1988 ve 1999 “*Toplu İnceleme*” raporlarında, 111 sayılı sözleşmenin uygulanması bağlamında, koruma kapsamına giren dolaylı ayrımcılık kavramı tanımına da uygun bulunmaktadır.²⁷⁹

²⁷⁵ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 54.

²⁷⁶ Karan, A.g.e.,s,11.

²⁷⁷ Karan, A.g.e.,s,11.

²⁷⁸ Gülmez, A.g.e., s, 227.

²⁷⁹ Gül, Ayrımcılık Yasasına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 346- 347; Ateşoğulları, A.g.e., s, 178 – 180.

2. Olumlu Önlemler

Ayrımcılığın tek başına yasaklanması toplum içerisinde eşitliğin sağlanması açısından gerçek bir çözüm olmaktan uzaktır.²⁸⁰ Bir kişinin ırk veya etnik kökeni, yaşı cinsiyeti vb. gibi özelliklerinden ötürü farklı muamele ile karşılaştığı durumlarda bu kişinin bu özelliklerinden kaynaklanan dezavantajlarının ortadan kaldırılmasına yönelik özel önlemler alınması gerekmektedir.²⁸¹ “Pozitif ayrımcılık” ya da “geçici olumlu önlem” olarak da ifade edilen bu önlemlere, örneğin, bazı etnik gruplara mensup kişiler eğitim eksikliklerinden kaynaklı olarak iş bulma sorunu yaşamaları karşısında bu kişilere özel eğitim verilerek bu dezavantajları giderilmeye çalışılması verilebilir.²⁸² Örneğin, bazı etnik gruplara mensup kişiler, eğitim eksikliklerinden dolayı iş bulma sorunu yaşamaları üzerine bu kişilere özel eğitim verilerek dezavantajlı konumdan çıkarılmaları olumlu kabul edilebilecek nitelikte bir ayrımdır.²⁸³

Avrupa Birliği hukukunda olumlu önlemlerle ilgili olarak bir dizi hüküm ortaya konmuştur.²⁸⁴ Başlangıçta cinsiyet temelli ayrımcılık alanında Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 141. maddesi ile ortaya konulan bu ilke üye ülkeler açısından bir gereklilik statüsü taşımamakta ancak bir izin verme veya uygun görme olarak varlığını sürdürmektedir.²⁸⁵ Başka bir deyişle üye ülkelerin olumlu önlemler öngörmeleri ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturmayacaktır. Üye ülkelerde bir cinsiyet diğerine göre eşit niteliklere sahip olsa dahi farklı muamele sonucu bir cinsiyetin diğerine göre eksik temsili söz konusu ise geçici nitelikte olumlu önlemler alınabilecektir.²⁸⁶

Avrupa Birliği Adalet Divanı, eşit niteliklere sahip faklı cinsiyette kişiler arasında ve sadece sınırlı olarak olumlu önlemlere müsaade eden kararlar vermektedir. Divan’ın içtihatları olumlu önlemlerin kapsamını sınırlı olarak yorumlamakta ve otomatik olumlu önlem uygulamalarını yasaklamaktadır.²⁸⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında, eşit nitelikleri haiz farklı cinsiyetteki kişilerden

²⁸⁰ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 346 – 347.

²⁸¹ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 58.

²⁸² Karan, A.g.e., s,14; Manav, A.g.e., s, 742 – 743.

²⁸³ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 60; Karan, A.g.e., s, 14.

²⁸⁴ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 348 – 349.

²⁸⁵ Manav, A.g.e., s, 735.

²⁸⁶ Karan, A.g.e., s,15.

²⁸⁷ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 354 – 355.

kadınların (olayda söz konusu sektörde eksik temsil olgusu mevcuttur) doğrudan terfi ettirilmesine izin veren iç hukuk normlarını yasaklamış ve koşulsuz olarak bir öncelik tanınmasını fırsat eşitliği ilkesinin aşılması olarak yorumlamıştır.²⁸⁸

3. İspat Yükünün Yer Değiştirmesi

Hukuk yargılamalarında ispat yükü ile ilgili temel kural, iddia edenin iddiasını ispat etmesi yönündedir. Bu sebeple, farklı muamele gördüğünü iddia eden kişinin bu iddiasını bizzat ispat etmesi gerekmektedir dolayısıyla, ispat yükü bu kişi üzerindedir. Ancak ispat yükü ile ilgili bu genel kural, ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda günümüzde değişim geçirmiştir. İspat yükünün yer değiştirmesiyle hedeflenen amaç, ayrımcılığa uğradıklarını düşünen kişiler için ispat eşiğinin düşürülmesi ve bir yargı organı önünde haklarını aramalarının teşvik edilmesidir. Böylece, eşit muamele ilkesinin hayata geçirilmesi amacıyla alınan önlemler güçlendirilmektedir.²⁸⁹ İspat yükünün yer değiştirdiği durumlarda ayrımcılığa uğradığını iddia eden mağdurun prima facie olarak, başka bir deyişle ayrımcılığa uğradığı ile ilgili iddiaları görünüşte ortaya koyabilecek delilleri sunması yeterlidir. Bu durumda ispat yükü yer değiştirecek ve ayrımcı muameleyi gerçekleştirdiği iddia edilen kişi söz konusu muamelenin ayrımcılık oluşturmadığını ortaya koymak durumunda kalacaktır.²⁹⁰

Avrupa Birliği Konseyi'nin 97/80/EC sayılı Cinsiyet Temeli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yükü Yönergesi (bundan sonra İspat Yükü Yönergesi olarak anılacaktır) ile cinsiyet temelli ayrımcılık vakalarında ispat yükünün yer değiştirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.²⁹¹ Yönerge'nin 4. maddesi ile üye devletlere şu yükümlülük getirilmiştir: "*üye devletler, eşit muamele ilkesinin kendilerine uygulanmaması nedeniyle mağdur edildikleri kanısında olan kişilerin, mahkemeye veya diğer yetkili bir makama, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığı karinesi oluşturacak olgular sunmaları halinde, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğinin şikayet edilen tarafından ispatlanmasını temin edecek, ulusal yargılama sistemleriyle uyumlu gerekli önlemleri alacaktır.*" Bu düzenleme daha

²⁸⁸ Karan, A.g.e., s,15.

²⁸⁹ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 352.

²⁹⁰ Karan, A.g.e., s,16.

²⁹¹ Korkut, A.g.e., s, 28; Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 352 – 353; Özdemir, A.g.e., s, 220.

sonra Irk Ayrımcılığı Yönergesi ve İstihdamda Eşit Muamele Yönergelerinde de yer almıştır.²⁹² Burada üye ülkelerin istedikleri takdirde Yönergelerde belirtilen delil kurallarını mağdurların daha da lehine olacak şekilde düzenlemek konusunda önlerinde bir engel bulunmamaktadır.²⁹³ Ancak ispat yükünün yer değiştirmesi ile ilgili olarak getirilen bu düzenlemeler sadece özel hukuk uyuşmazlıkları için geçerlidir ve ceza yargılamasında uygulanması sanık hakları bağlamında mümkün değildir.²⁹⁴

4. *İstisnalar*

Ayrımcılıkla ilgili olarak belli şartlar altında farklı muameleye izin verilebilmektedir. İstihdamda Eşit Muamele Yönerge'sinin 4. maddesinin birinci fıkrasında, ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim gibi nedenlerden herhangi birisiyle ilgili bir özelliği esas alan bir farklı muamelenin, eğer ilgili iş faaliyetlerinin ya da bunların gerçekleştirildiği bağlamın niteliği dolayısıyla söz konusu özellik gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil ediyorsa, amacın meşru şartın da orantılı olması kaydıyla, ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Ancak burada izin verilen farklı muamele başka bir temelde farklı muamele yapılarak ayrımcılık oluşturulmasına izin vermemektedir.²⁹⁵ Bu duruma bir örnek olarak, itfaiye memurluğu gibi bir görevde çalışacak kişilerin engellilik durumunun olmamasına dair koşul verilebilir.²⁹⁶

Bunun yanında, anılan Yönergenin 4. maddesinin ikinci fıkrasında, mevcut yasal hükümler ve uygulamaların dini kuruluşlar söz konusu olduğunda üye devletlerce korunabileceğine yer verilmiştir. Yönergede üye devletlerin din veya inanca dayanan kiliseler ve diğer kamu kuruluşları ya da özel kuruluşların iş faaliyetleri söz konusu olduğunda bir kişinin dinine ya da inancına dayanan farklı bir muamelenin, bu faaliyetlerin ya da bunların gerçekleştirildiği bağlamın niteliği dolayısıyla, bir kişinin, dinin ya da inancının kuruluşun özellikleri açısından gerçek, meşru ve gerekçeli bir iş şartı teşkil etmekte olması nedeniyle, ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngörebilecekleri ifade edilmiştir. Burada örnek olarak, eşcinselliği bir “günah”

²⁹² Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı, s, 720.

²⁹³ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 354 – 355; Özdemir, A.g.e., s, 220 – 221.

²⁹⁴ Karan, A.g.e., s,16.

²⁹⁵ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 355.

²⁹⁶ Karan, A.g.e., s,17.

olarak gören bir kilisenin çalıştıracağı kişileri seçerken eşcinsel birinin tercih edilmemesi bu düzenleme bağlamında ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.²⁹⁷

Bir diğer istisna uyrukla ilgili olabilmektedir ve Avrupa Birliği üyesi devletler açısından örneğin uyruklu temelde farklı muamele yapılması mümkündür.²⁹⁸ Yine yaş ile ilgili olarak, ülkelerin emek piyasası politikaları gibi nesnel ve meşru bir amaç içeriyorsa ve öngörülen bu amaç için kullanılan araçlar orantılı ve gerekli ise yaş temelli olarak farklı muamele yapılabilir. Bu konuya örnek olarak, emeklilik yaşı ile ilgili getirilen zorunlu emeklilik yaşı düzenlemesi verilebilir.²⁹⁹ Son olarak ise, olumlu önlemler de istisnalar kapsamında değerlendirilebilir ve bu konuda özellikle kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesi gereğince öngörülecek olumlu önlemler farklı muamele yasağının ihlali olarak değerlendirilmemektedir.³⁰⁰

5. Bir Kişinin Bir Özelliği İle İlgili Olarak O Kişi İle Bağlantılı Bir Başka Kişinin Ayrımcılığa Uğraması Durumu

Genellikle hukuka aykırı bir doğrudan ayrımcı muamele, bir kişinin, benzer konumda olan diğer bir kişiye göre farklı muamele görmesiyle ortaya çıkmaktadır. Dolaylı ayrımcılık ise herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirler şeklinde tanımlanmaktadır. Bazı ayrımcı muamelelerde ise yine doğrudan bir ayrımcılık söz konusudur ancak, burada kişi kendisi ile ilgili bir temelde değil yakın ilişkide olduğu bir başka kişinin bir özelliği nedeniyle ayrımcılığa uğramaktadır. Bu durum, bir kişinin bir özelliği ile ilgili olarak o kişi ile bağlantılı bir başka kişinin ayrımcılığa uğraması şeklinde tanımlanmaktadır.³⁰¹ Bu duruma siyah biri ile evli beyaz birinin çalıştığı işyerinde siyah biri ile evli olmaktan kaynaklı olarak ayrımcılığa uğraması örnek olarak verilebilir. Burada da doğrudan ve ırk temelde bir ayrımcı muamele söz konusudur. Bu duruma örnek olarak verilebilecek bir Avrupa Birliği Adalet

²⁹⁷ Karan, A.g.e., s.17.

²⁹⁸ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s. 355 – 356.

²⁹⁹ Ulucan, A.g.e., s. 379; Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 44; Şeyda Aytekin, “İş Sözleşmeleri veya Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2000/78 Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.20, 2010, s. 271.

³⁰⁰ Karan, A.g.e., s.18.

³⁰¹ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s. 350 – 351.

Divanı kararında, kendisi engelli olmayan ancak engelli bir oğlu olan bir çalışanın çocuğuna bakabilmek için daha esnek çalışma saatleri talep etmesine karşın, taciz edilmesi ve işten ayrılmaya zorlanması söz konusudur. Taciz, ayrımcı uygulamanın özel bir türünü oluşturmaktadır.³⁰² Irk Ayrımcılığı ve İstihdamda Eşit Muamele Yönergeleri uyarınca taciz; “*Kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturan her türlü istenmeyen tavırdır.*”³⁰³ Bu durum karşısında, Divan, ayrımcılığa karşı öngörülen hukuki düzenlemelerin taciz ve bir kişinin bir özelliği ile ilgili olarak o kişi ile bağlantılı bir başka kişinin ayrımcılığa uğraması durumlarında da uygulanabilir olduğunu ve aksinin hukuki düzenlemeleri zayıflatacağını belirtmiştir.³⁰⁴

6. Çoklu Temelde Ayrımcılık

Çoklu temelde ayrımcılık “*çoklu ayrımcılık*” veya “*kesişen ayrımcılık*” olarak da anılabilmektedir ve bir kişinin birden çok temelde ayrımcılığa uğraması durumunu ifade etmektedir. Çoklu temelde ayrımcılık bir kişinin farklı alanlarda farklı temelde ayrımcılığa uğraması ile de gerçekleşebileceği gibi, bir kişinin bir olayda birden fazla temelde ayrımcılığa uğraması şeklinde de gerçekleşebilir. Ancak özellikle belirtilen ikinci durumda hangi temelde farklı muamele görüldüğünün belirlenmesi çok zordur.³⁰⁵ Örneğin, bir kişinin hem siyah hem de kadın olduğu gerekçesiyle işe alınmadığı durumda çoklu temelde ayrımcılık gerçekleşmiş olmaktadır.³⁰⁶ Bu durum özellikle kadınlarla ilgili olarak Avrupa Birliği Hukukunda Irk Ayrımcılığı Yönerge’sinin giriş bölümünün 14. paragrafında da yer almıştır ve kadın ile erkek arasında, özellikle kadının çok taraflı ayrımcılığa maruz kalmasından dolayı eşitliğin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.³⁰⁷

³⁰² Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 57.

³⁰³ Kaya, A.g.e., s, 68; Karan, A.g.e., s, 11.

³⁰⁴ Karan, A.g.e., s,18.

³⁰⁵ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 56.

³⁰⁶ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 56.

³⁰⁷ Karan, A.g.e., s,18- 19; Ulucan, A.g.e., s, 379; Yüksel, A.g.e., s, 1716 – 1717.

7. *Ayrımcılık Testi*

Ayrımcılığın ispatı uygulamada oldukça zordur. Bu sebeple ayrımcılık vakalarında ispat yükünün yer değiştirmesi ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.³⁰⁸ Ancak bu durumda dahi ayrımcılığın ispatı çok kolay olamamakta ve hatta ceza yargılaması söz konusu olduğunda ispat yükü ile ilgili düzenlemede geçersiz hale gelebilmektedir. İş başvuruları ve gayrimenkul kiralama gibi hallerde ayrımcılığa uğrayan kişi ile aynı özellikleri taşıyan bir ya da daha fazla kişinin katıldığı bir “*ayrımcılık testi*” (situation testing) yapılabilmektedir. Bu yöntem, bir kişinin, ayrımcılık mevzuatı tarafından yasaklanan bir şekilde, etnik kökeni, din veya inancı, cinsiyeti, ten rengi veya başka bir özelliği nedeniyle farklı muameleye maruz kaldığı durumlarda başvurulabilmektedir. Test ile ayrımcılık vakası hakkında daha sonra yargısal usullerde kullanmak üzere güvenilir delil toplanılması amaçlanmaktadır.³⁰⁹

Denetleme amacıyla kullanılan test etme ile testin sonuçlarına dayanarak yargı yollarına başvurulduğu uygulama odaklı test etme olarak iki tür test etme yöntemi söz konusudur. Uygulama odaklı test etme yönteminde, ayrımcılık yapıldığından kuşku edilen bir yere, kiralık daireye veya restorana gidilerek birden fazla sayıda test gerçekleştirilmektedir. Burada iki test elemanı mevcuttur ve bunlardan biri kıyaslama yapılabilmesi için orada bulunurken, diğer ayrımcılığa uğrayan kişi olmaktadır. Eğer test sonucunda farklı muamele uygulandığı ortaya çıkarsa, testi gerçekleştiren kişiler arasında yer alan ayrımcılık mağduru muameleden sorumlu olan kişilere karşı dava açabilmektedir. Bu durumda testi gerçekleştiren kişiler, yargı yolları aşamasında davacı ve tanık olarak çağrılabilmekte ve yargılamada testle elde edilen sonuçlar delil olarak kullanılabilir.³¹⁰

8. *Yaptırımlar*

Diğer tüm insan hakları ihlallerinde söz konusu olduğu gibi ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak da ayrımcı muameleler için çeşitli yaptırımların öngörülmesi zorunludur.³¹¹ Ancak burada kullanılan yaptırım kelimesi, sadece ceza hukuku

³⁰⁸ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 352 – 353; Özdemir, A.g.e., s, 220 – 221.

³⁰⁹ Karan, A.g.e., s,19.

³¹⁰ Karan, A.g.e., s,20.

³¹¹ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 118.

anlamında bir yaptırım değil daha geniş kapsamlı olarak anlaşılmalı ve mağduriyetin giderilmesini de içermektedir³¹². Ayrımcılık hukukunda tek başına cezai yaptırım öngörülmesi yeterli olamamaktadır. Ayrımcılık yasağının ihlali halinde öngörülecek yaptırımların etkili, caydırıcı ve orantılı olması gerekmektedir.³¹³ Nitekim bu durum Irk Ayrımcılığı ve İstihdamda Eşitlik Yönergeleri tarafından da düzenlenmiş durumdadır. Yaptırımın her somut olayda bu bağlamda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin ayrımcı muamele sonucu işten atılan bir kişinin başvurusu üzerine öngörülecek yaptırımda işe iade ya da tazminat gündeme gelebilecektir. Tazminatla ilgili düzenlemelerinde cezai hükümlerde olduğu gibi caydırıcı nitelikte olması beklenmektedir. Çoklu temelde ayrımcılık vakalarında da yine yaptırımların ağırlaştırılması gerektiği ifade edilmektedir.³¹⁴

B. Uluslararası Hukukta Ayrımcılık Yasağına İlişkin Düzenlemeler

Belirttiğimiz gibi ayrımcılık yasağı, yasa önünde eşitlik, yasalarca eşit derecede koruma gibi ilkeleri içinde barındıran temel bir prensip olarak kabul edilmektedir. Ayrımcılık yasağı ile birlikte gündeme gelen eşitlik ilkesi ile ilgili olarak, hem bir hak, hem de insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılması yönünde temel bir ilkedir denilebilir. Ayrımcılığın uluslararası sözleşmelerde doğrudan bir tanımı yapılmamıştır ancak birçok uluslararası insan hakları sözleşmesinde farklı bağlamlarda da olsa kendine yer bulmuştur.³¹⁵ Bunlar arasında, Medeni ve siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesi özellikle belirtilebilir.³¹⁶ Bahsi geçen sözleşmelerde taraf devletler, kendi ülkelerinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. statüler bakımından hiçbir ayrım gözetmeksizin ilgili sözleşmelerde tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü tutulmuştur. Bu sözleşmelerde ayrımcılık yasağının

³¹² Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 356 – 357.

³¹³ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 118 – 119.

³¹⁴ Karan, A.g.e., s,20.

³¹⁵ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 117 – 118; C. Tufan Yazıcıoğlu, Yaşlılık Hukuku, Türkiye İşçi Emeklileri Derneği, Ankara, 2009, s, 12 -13.

³¹⁶ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344.

kapsamında bazı farklılıklar olmasına karşılık, maddelerin ortak özelliği ilgili sözleşmelerde yer alan haklar konusunda ayrımcılığı yasaklamış olmalarıdır.³¹⁷ Ayrıca ayrımcılığı yasaklayan söz konusu maddeler genellikle kendi başlarına değil, sözleşmelerde yer alan diğer haklarla birlikte gündeme gelebilmektedir.³¹⁸

Türkiye için yeni bir düzenleme olan ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler Medeni ve Siyasi Haklara İlişin Uluslararası Sözleşme ile kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin önünde uzun bir süredir gündeme gelmekte ve çeşitli standartlar ortaya konulmaktadır. Sözleşme'nin 26. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağına, yasa önünde eşitlik ve eşit korunma hakkının negatif görünüşü şeklinde yer verilmiştir. Eşitlik ilkesinin ise ayrımcılık yasağından daha çok pozitif yükümlülük barındırdığı ifade edilmektedir.³¹⁹ Anılan Sözleşme'de ayrımcılık yasağına hem 2. maddede hem de 26. maddede yer verilmiştir.³²⁰ Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrası: *“Bu Sözleşme’ye taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayrım gözetmeksizin bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.”* şeklindedir. Sözleşme'nin 26. maddesi ise: *“Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayrım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir.”* şeklindedir.³²¹

Medeni ve Siyasi Haklara İlişin Uluslararası Sözleşme bağlamında 26. maddeye paralel nitelikte eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler ise yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 12 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde, İnsan Haklar Evrensel Bildirgesi'nin 7. maddesinde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesi ve Afrika İnsan Halklarının Hakları Şartı'nın 2. ve 3. maddelerinde de yer almaktadır.³²² Anılan maddeler ayrımcılık yasağının getirdiği korumayı sadece ilgili sözleşme maddeleri ile sınırlı tutmamış ve hukuken

³¹⁷ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 118- 119.

³¹⁸ Karan, A.g.e., s,21.

³¹⁹ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 130.

³²⁰ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişin Bazı Sorunlar, s, 345.

³²¹ Karan, A.g.e., s,22.

³²² Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişin Bazı Sorunlar, s, 345; Yazıcıoğlu, A.g.e., s, 11 – 12.

tanınmış diğer hakları da kapsamına almıştır.³²³ Bu noktada uluslararası alanda başlangıçta belli haklar kapsamında gündeme gelen ayrımcılık yasağının zamanla hukuken tanınmış tüm haklar açısından söz konusu hale geldiği söylenebilir. Günümüzde ayrımcılık ile ilgili düzenlemelerin bu doğrultuda tüm haklar açısından tanınması insan hakları düşüncesinin evrimine de uygun düşmektedir.³²⁴

Ayrımcılık yasağına yer veren uluslararası sözleşmeler ayrımcılığı veya hangi hareketlerin ayrımcılık oluşturacağını ayrıntılı olarak tanımlamamıştır.³²⁵ Bu konuda Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesi, sözleşmelerin ilgili oldukları konular bağlamında ayrımcılığı tanımlamıştır. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme bağlamında İnsan Hakları Komitesi ayrımcılık ile ilgili bir tanım yapmıştır.³²⁶ Komite gelen yorum yayınlama yetkisi doğrultusunda Sözleşme'nin 26. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak, söz konusu maddenin ve ayrımcılığın içeriğinin belirlenmesine yönelik olarak 1989 yılında ve 37. Oturumu'nda 18 No'lu Genel Yorumu kabul etmiştir.³²⁷ Anılan Genel Yorum "*Ayrımcılık Yasağı*" başlığını taşımaktadır ve yasalar önünde eşitlik ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunmayı insan haklarının korunmasıyla ilgili temel ve genel prensip olarak kabul etmektedir. İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme'nin ayrımcılık terimini tanımladığını belirterek ayrımcılığı tanımlamıştır. Komite ayrımcılık ile "*..ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıracak ayrımcılığı..*" kastetmektedir.³²⁸

Komite, ayrımcılık kavramının temel öğelerinden birini oluşturan "*insan hak ve özgürlüklerinden eşit koşullar içinde yararlanma*"ya da yer vermiştir.³²⁹ Bu yaklaşım

³²³ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 130 -131.

³²⁴ Karan, A.g.e., s,23; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 117 – 119.

³²⁵ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 117 – 119; Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 350 – 351; Levent Korkut: Ayrımcılık Karşıtı Hukuk, Cantekin Matbaası, Ankara, 2009, s, 15.

³²⁶ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344 – 345.

³²⁷ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 121.

³²⁸ Karan, A.g.e., s,24.

³²⁹ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 345.

ayrımcılık yasağının insan haklarının korunması alanında temel ve genel bir ilke olarak kabul etmesinin doğal bir sonucudur.³³⁰

İHK'nın bahsi geçen tanımıyla ilgili başka bir nokta, ayrımcılığın kanıtlanması sorunudur.³³¹ Komite, tanımda yer vermediği bu noktaya, genel gözleminin son paragrafında değinmiş; her türlü farklılığın, eğer makul ve nesnel ölçülere dayanıyorsa ve yine eğer sözleşme bakımından meşru/haklı bir amaca yönelmişse, bunun ayrımcılık teşkil etmediğine dikkat çekmiştir.³³² Lakin bunun bir istisna olduğu, dolayısıyla da “keyfi” biçimde genişletilemeyeceği ve dar yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır.³³³

Burada belirtilmesi gereken ikinci bir olgu ise, 26. madde de yer alan “*her bağlamda*” ifadesine dayanılarak ayrımcılığın madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olmadığı, açık uçlu bir nitelik taşıdığıdır. Aynı maddede geçen “*veya diğer statüler*” ifadesi Komite önüne gelen her vakada ayrıca değerlendirilmiş ve içtihatlarla geliştirilmiştir.³³⁴ Örneğin, anılan madde cinsel yönelime dair ayrımcılığı özellikle belirtmemesine rağmen özellikle eşcinsellere yönelik ayrımcılıkla ilgili kararlarda öne çıkmaktadır. Komite'nin, “*Toonen v. Avustralya*” kararında³³⁵, “*başka bir statü*” ifadesi kapsamında Sözleşme'nin 2. ve 26. maddesinde bulunan “*cinsiyet*” ibaresinin aynı zamanda cinsel yönelimi de kapsayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde çeşitli kararlarında, cinsel yönelim dışında engellilik, uyrukluk, evlilik dışı doğan çocuk da “*başka bir statü*” kapsamı içerisinde düşünülmüştür. İleride görüleceği üzere Avrupa Birliği Hukukunda ayrımcılıkla ilgili temeller sınırlı olarak belirtilmiştir ve genişletilmesi mümkün değildir.³³⁶

26. maddede yer alan ayrımcılık yasağının sınırlandırmaya tabi tutulacağı ve bu anlamda mutlak bir hak olmadığı belirtilmiştir.³³⁷ Bahsi geçen madde bağlamında yer alan yasalar önünde eşitlik ve yasalarca eşit şekilde korunma ifadeleri herkese mutlak eşit ve simetrik muamele yapılmasını öngörmektedir. Madde ile belli kişilere veya gruplara makul ve objektif kriterlere dayanılarak farklı muamele yapılabileceği öngörülmüştür.³³⁸ Örnek olarak, görme engellilere sürücü ehliyeti verilmemesi veya

³³⁰ Gülmez, A.g.e, s, 229; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 118.

³³¹ Zeytinoğlu, A.g.e., s, 116 – 117.

³³² Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 345 -346.

³³³ Gülmez, A.g.e., s, 229.

³³⁴ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 345.

³³⁵ Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

³³⁶ Karan, A.g.e., s,24.

³³⁷ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 345 – 346.

³³⁸ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 130 – 131.

farklı gelir seviyesine sahip kişilerden farklı oranlarda vergi alınması farklı muamele olarak kabul edilebileceği ancak ayrımcılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. İnsan Hakları Komitesi ayrımcılığı yasaklarken mevcut ayrımcılığın önlenmesine yönelik olarak gerçekten gerekli olduğu durumlarda olumlu önlemleri (pozitif ayrımcılık) meşru kabul etmekte ve Sözleşme'nin ihlali olarak görmemektedir.³³⁹ Yine belirtilmesi gereken başka bir noktada İnsan Hakları Komitesi'nin ayrımcılık yasağının ihlali için açıkça ayrımcı bir düzenlemeye gerek görmemiş olmasıdır. Komite kararları, uygulama ya da düzenlemelerin iyi niyetli olsa dahi sonuçları itibariyle ayrımcılık teşkil edebileceği yönündedir. Bu durum öğretide dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilen ayrımcılık türünde gündeme gelmektedir.³⁴⁰

İnsan Hakları Komitesi'nin kullandığı kriterleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında kullanmaktadır.³⁴¹ Mahkeme kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde yer alan benzer durumdaki kişilerin (tüzel kişilerde dâhil olmak üzere) farklı muameleye karşı korunduğunu, farklı muamelenin meşru ve haklı gösterilebilir bir nedeni ve ulaşılmaya çalışan amaç ile vasıtalar arasında orantısallık bulunmadığı takdirde ayrımcı kabul edileceğini belirtmiştir.³⁴²

Sonuç olarak aşağıdaki noktaların gerçekleştiği durumlarda ayrımcılığın ortaya çıktığı söylenebilir:

- Aynı durumdakilere farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindedir.
- Farklı durumdakilere aynı muamele ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindedir ve eşitsizlik yaratma, eşitsizlikleri pekiştirme ve eşitsizlikleri arttırma potansiyeline sahiptir.
- Farklı durumdakilere yapılan farklı muameleler, muamelenin nitelik ve ölçüsüne göre, eşitsizlikleri arttırabilir, eşitsizlikleri muhafaza edebilir ya da eşitsizlikleri ortadan kaldırabilir.³⁴³

Bunlar arasında sadece farklı durumdakiler arasındaki eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik farklı muamele, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez. Bunun dışındaki tüm hallerin, mevcut ayrımcılık yasağı hükümleri kapsamında değerlendirilmesi mümkündür ve gereklidir.³⁴⁴

³³⁹ Manav, A.g.e, s, 742 – 744.

³⁴⁰ Karan, A.g.e., s,25.

³⁴¹ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 345 – 346.

³⁴² Karan, A.g.e., s,26; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 130 – 131.

³⁴³ Karan, A.g.e., s,26; Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 350 – 351.

³⁴⁴ Gül- Karan, A.g.e., s,13.

Belçika Eğitim Dili Davası'nda Mahkeme ayrımcılık yasağına ilişkin olarak şu hususları belirtmiştir: “Sözleşmenin 14. maddesi hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilir... Makul bir sebebin var olup – olmadığı, - Ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki – Kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık, söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilebilir.”³⁴⁵

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 9 Ekim 1977 tarihli Rüchdeschel kararı, gerek kendisinin gerekse öğretinin, bir yandan Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın getirdiği ayrımcılık yasağının yalnızca “genel eşitlik ilkesinin özgül bir anlatımı” olduğu görüşünün doğrulandığı, öte yandan da bu ilkenin kurumsal bir tanımını verdiğini belirtmek için sıklıkla göndermede bulundukları bir karardır.³⁴⁶ Karar uyarınca: “Antlaşmada (madde 34/2'de) açıklanan ayrımcılık yasağı, yalnızca Topluluk hukukunun temel ilkelerinden olan genel eşitlik ilkesinin özgül bir anlatımıdır (...) Bu ilke, bir farklılık nesnel olarak haklı gösterilmedikçe, karşılaştırılabilir durumlarda farklı biçimde işlem yapılmamasını ister.” Bu tanım, bir ayrımcılığın gözlemlenmesi için yararlı ve zorunlu olan öğeleri içermektedir. Biri, “durumların karşılaştırılabilirliği”, ikincisi de “nesnel kanıtlama”dır.³⁴⁷ Hernu bu tanımla, Divan'ın, eşitliği Topluluk Hukukunun temeline dönüştürdüğünü ileri sürmüş ve eşitliğin, ayrımcılık yasaklarının farklı bir anlatımı olduğunu belirtmiştir.³⁴⁸

1. Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık Yasağı

a) Avrupa Birliği Hukuku

Avrupa Birliği Hukuku, üye devletlerin ulusal hukuklarından ayrı ve bağımsız niteliktedir.³⁴⁹ Avrupa Birliği Hukuku, üye devletlerin dışında Birliğin kendi organları ile kural koyma yetkisinin olması, Birlik hukukunun sadece devletleri değil üye devlet vatandaşlarını da doğrudan bağlaması ve yaptırımlarına uyma zorunluluğu

³⁴⁵ Belçika Eğitim Dili Davası, Çeviren: Osman Doğru, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C:I, Editör: Osman Doğru, Editör Yardımcısı: Sibel İnceoğlu; Cin, A.g.e., s, 1054.

³⁴⁶ Gülmez, A.g.e., s, 230; Manav, A.g.e., s, 735.

³⁴⁷ Gülmez, A.g.e., s, 230.

³⁴⁸ Gülmez, A.g.e., s, 231.

³⁴⁹ Bozkurt/Özcan/Köktaş, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s, 5.

getirilen bir yargı mekanizmasının varlığı gibi nedenlerle klasik uluslararası hukuk anlayışından farklıdır ve bu sebeplerle uluslar üstü hukuk olarak da adlandırılmaktadır.³⁵⁰

Avrupa Birliği'nin temel karar alma organı Avrupa Birliği Konseyi'dir.³⁵¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı ise Birlik hukukunu ve kurucu antlaşmaları yorumlama yetkisine sahip olan organdır.³⁵² Divan, Avrupa Birliği antlaşmalarının ve mevzuatının yorumlanmasıyla ilgili uyuşmazlıkları karara bağlamakta ve içtihatlar yoluyla Birlik vatandaşları için standartları belirlemektedir. Divan, Avrupa Birliği üyeleri üzerinde yargı yetkisine sahiptir ve Avrupa Birliği hukukundan saptığı tespit edilen iç hukuk organlarının kararları iptal edebilmektedir. Divan, her bir üye ülkeden gelen bağımsız yargıçlardan oluşmaktadır.³⁵³

Avrupa Birliği hukuku, öncelikle kurucu antlaşmalardan oluşur ve bu antlaşmalar anayasal bir çerçeve oluşturmaktadır. İkincil düzeyde ise tüzükler, yönergeler, kararlar, tavsiyeler ve görüşler yer almaktadır.³⁵⁴ Tüzükler genel geçerliliğe sahiptir, bağlayıcıdır ve üye devletlerde doğrudan uygulanmaktadır. Yönergeler ise yine her üye devlet için bağlayıcıdır ancak uygulamada şekil ve yöntem konularında üye devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır.³⁵⁵

Birlik hukukunun doğrudan üye ülke hukukuna girdiği ve burada herhangi bir düzenlemeye gerek kalmaksızın uygulandığı durumlarda doğrudan uygulanabilirlik gündeme gelmektedir. Yönergeler bazı durumlarda “*doğrudan uygulanabilir*” nitelik taşımaktadır ve iç hukukta yargı organları önünde doğrudan ileri sürülebilmektedirler. Birlik hukukuna ait bir hukuk normunun üye ülke hukukunda bireyler veya tüzel kişiler için hak doğurabilmesi ve bu hakkın üye ülke içerisinde ileri sürülebilmesine ise “*doğrudan etki*” denilmektedir. Birlik hukuku kapsamındaki bir hükmün, doğrudan etki doğurabilmesi için açık, kesin, koşulsuz ve kuralın uygulanması için başka bir işleme gerek duyulmaması gerekmektedir. Birliğin ortaya çıkışından bugüne Birliğin doğrudan yetkili olduğu alanlar giderek ekonomik alandan toplumsal ve siyasi konuları da içerecek biçimde genişlemiştir.³⁵⁶

³⁵⁰ Karan, A.g.e., s,27.

³⁵¹ Bozkurt/Özcan/Köktaş, A.g.e., s, 92.

³⁵² Bozkurt/Özcan/Köktaş, A.g.e., s, 119.

³⁵³ Karan, A.g.e., s,28.

³⁵⁴ Haluk Günuğur, Avrupa Birliği'nin Hukuk Düzeni, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, Ankara, 2007,s, 16 -17.

³⁵⁵ Karan, A.g.e., s,28.

³⁵⁶ Karan, A.g.e., s,29.

Avrupa Birliği hukukunun en önemli özelliği yetkili olduğu bazı konularda üye devletlerin iç hukukundan daha üstün olmasıdır.³⁵⁷ Yönergeler, Avrupa Birliği'nin amaçlarından herhangi birine ulaşmak için üye devletlerin yerine getirmeleri gereken hukuki yükümlülükleri ortaya koyan hukuki metinlerdir.³⁵⁸ Yönergeler, belli konularda üye devletlerde geçerli olan hukuksal normların uyumlaştırılması veya ortaklaştırılması söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir. Yönergelerin kabul edilmesinin ardından belli bir süre içinde üye devletlerce iç hukuklarında uygulamaya geçirilmesi noktasında gerekli düzenlemelerin yapılması yükümlülüğü söz konusudur. Bu süreç aktarma süreci olarak da adlandırılmaktadır ve yönergelerin, belirlenen sürenin sona ermesinden önce ulusal yargı organları önünde ileri sürülmesi kural olarak mümkün olmamaktadır. Üye devletler yönergeleri iç hukuka öngörülen süre içinde tam ve doğru bir şekilde aktarmadıkları takdirde, bireyler iç hukukta yargı organları önünde yönerge hükümlerine dayanabilmektedir.³⁵⁹ Ayrımcılık ile ilgili yönergelerin hangi hükümlerinin doğrudan hangilerinin dolaylı etkiye sahip olduğuna karar verecek organ Avrupa Birliği Adalet Divanı'dır.³⁶⁰

Yönergeler üye devletlerin iç hukuklarının bir parçası haline geldikten sonra ayrımcılık mağdurları iç hukuktaki yetkili yargı organlarına başvuru yapabilmektedir. İlgili yargı organının uygulama konusunda bilgisinin olmaması ya da ilgili normun nasıl yorumlanacağını bilmediği durumlarda Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 234. Maddesi gereği Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön karar (preliminary ruling) için başvurması gerekmektedir.³⁶¹ Yönergelerin tam veya doğru olarak uygulanmadığı durumlarda mağdurlar bu durumu iç hukuktaki yargı organları önüne götürebilmektedir.³⁶² Üye devletlerde bulunan bir yargı organı yönergelerin tam veya doğru olarak iç hukuka aktarılmadığı durumlarda yönergelerin doğrudan iç hukukta uygulanıp uygulanamayacağına karar vermek ya da emin değil ise bu durumu Avrupa Birliği Adalet Divanı'na sormak durumundadır. Divanın bu şekilde verdiği kararlar yönerge hükümlerinin tüm üye ülkeler tarafından uygun ve benzer şekilde uygulanması bakımından önemli bir hukuk kaynağı niteliği taşımaktadır.³⁶³

³⁵⁷ Bozkurt/Özcan/Köktaş, A.g.e., 120.

³⁵⁸ Korkut, A.g.e, s, 23 -24.

³⁵⁹ Günuğur, A.g.e., s, 42.

³⁶⁰ Karan, A.g.e., s,29.

³⁶¹ Bozkurt/Özcan/Köktaş, A.g.e, s, 133.

³⁶² Bozkurt/Özcan/Köktaş, A.g.e., s, 156.

³⁶³ Karan, A.g.e., s,29.

Bir yönergenin, bir maddesinin doğrudan uygulanabilmesi için, o hükmün açık, belirli ve şart içermemesi gerekmektedir ve buna “*dikey doğrudan etki*” adı verilmektedir. Ayrıca yönergenin uygulamaya geçirilmesi gereken tarihin aşılmış olması aranmaktadır. Bir diğer nokta ise yönergeler bu durumda sadece kamu organlarına karşı ileri sürülebilmektedir. Bu durumun altında yatan neden yönergelerin üye devletler için çıkarılmış olması ve iç hukukta uygulamadan sorumlu olanın yine üye devletler olmasıdır.³⁶⁴ Aksi durumda “*yatay doğrudan etki*” durumu ortaya çıkmaktadır. Bu süreç içerisinde bireyler yer alamadığı için bireylerin yönergelerden dolayı doğrudan sorumlu tutulması hakkaniyete uygun olmamaktadır.³⁶⁵

Ayrımcı muamele yaptığı iddia edilen kişinin bir özel şirket ya da kişi olduğu durumlarda iç hukuk yargı organları “*dolaylı etki*” gerekçesiyle, iç hukuku mümkün olduğunca yönergeler doğrultusunda Avrupa Birliği Hukukuna uygun biçimde yorumlamak durumundadır. Bu durumda yargı organlarının yönergelerde hedeflenen amacı gerçekleştirmek üzere iç hukuku yönergeler ışığında yorumlaması söz konusudur. Burada iç hukuk hükmünün yönergelerden önce veya sonra kabul edilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu durum yargı organları önünde özellikle yönergelerin iç hukuka aktarılması amacıyla kabul edilmiş olan hukuk normlarının yönergelerle uyumsuzluk taşıdığı durumlarda söz konusu olabilmektedir. Yargı organları böylesi durumlarda yönergelere öncelik vererek iç hukuktaki normu o yönde yorumlamak durumundadırlar.³⁶⁶

Ayrımcılık mağdurları ayrıca, üye devletlerin yönergeleri doğru bir şekilde uygulamadıkları gerekçesiyle üye devletin sorumluluğuna gidebilmektedir.³⁶⁷ Yönergenin iç hukuka aktarılması için öngörülen sürenin bitiminden sonra herhangi bir iç hukuk düzenlemesi yapılmamış ise veya iç hukuktaki düzenleme yönergelere aykırı nitelikte ise, üye devlet ayrımcı muamele ile ilgili olarak doğrudan yönergenin uygulanmamasından kaynaklı olarak ortaya çıkan zararın tazmin etmek durumundadır. Bu yola gidebilmesi için üç koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Yönergelerde yer alan ve ihlal edilen hükmün bireylere bir hak tanıyan içerikte olması, ihlalin yeterince ciddi olması ve devletin icrai veya ihmali hareketi ile söz konusu bireyin zararı arasında illiyet bağı olmasıdır. Üye ülkelerin iç hukuklarında

³⁶⁴ Günuğur, A.g.e., s, 45.

³⁶⁵ Karan, A.g.e., s,30.

³⁶⁶ Karan, A.g.e., s,31.

³⁶⁷ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 356 – 357.

bulunan yargı organlarından o üye devletin yönergeleri tam veya kısmen uygulamadığı yönünde bir karara ulaşıldığı zaman ayrımcı muameleye uğradığı iddia eden kişi örneğin iç hukuk tarafından öngörülen tazminat gibi giderim yollarından birine başvurma hakkına sahip olmaktadır.³⁶⁸

Avrupa Komisyonu, bir üye ülkenin Birlik hukukunu ihlal ettiği yönünde karara varırsa Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 226. Maddesi gereği “*ihlal davası*” yoluna (infringement proceedings) başvurma yetkisine sahiptir.³⁶⁹ Kabul edilen her yönerge kapsamında söz konusu yönergenin iç hukuka aktarılması noktasında bir süre belirlenmektedir. Tüm üye ülkeler bu süre şartına bir istisna veya alternatif tarih üzerinde uzlaşmadığı takdirde uymak durumundadır. Belirlenen sürenin sonunda Avrupa Komisyonu bir bildirim (non- communication) yayınlar ve üye devletten yönergenin tam olarak iç hukuka aktarılmasını ister. Burada amaç söz konusu durumun bir an önce çözülmesini sağlamaktır. Bildirim, bir üye ülkeye yönerge ile belirtilen sürenin sonunda Birlik hukukunu uygulama noktasında aldığı önlemleri Avrupa Komisyonu'na bildirmediği ile ilgili bir bildirim anlamına gelmektedir.³⁷⁰ Üye devlete bu durumun gerekçelerini bildirmek üzere 2 aylık bir süre verilmektedir. Uyumsuzluk (non- conformity) ise bir üye devlete Avrupa Komisyonu tarafından yönergelerle ilgili olarak almış olduğu ulusal önlemlerin yönergelerle uyumsuzluk taşıdığının bildirilmesidir. Üye devlete iç hukukunda gerekli düzenlemeler yaparak yönergelerle uyumlu hale getirmesi için makul bir süre tanınmaktadır.³⁷¹

Bu aşamalar sırasında bir sonuca ulaşılmazsa ve Avrupa Komisyonu gerekçeli bir şekilde üye devletin Birlik hukukunu ihlal ettiği düşüncesinde ise konu hakkında karar vermek üzere durum Avrupa Birliği Adalet Divanı'na bildirilir. Divan'ın bu durumu teyit eden bir karara varması ve üye devletin Divan'ın kararına uymaması halinde Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 228. maddesine göre mali nitelikte bir ceza öngörülebilir.³⁷² Divan, temel olarak ihlalin ciddiyeti, süresi ve üye devletin ödeme gücünü dikkate almaktadır. Bu yol örneğin İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi ile ilgili olarak Almanya'ya ve Avusturya'ya karşı işletilmiş ve yönerge iç hukuka aktarılmadığı için ihlal kararına varılmıştır.³⁷³

³⁶⁸ Karan, A.g.e., s,31.

³⁶⁹ Ercüment Tezcan, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001, s, 57.

³⁷⁰ Tezcan, A.g.e., s, 57.

³⁷¹ Karan, A.g.e., s,32.

³⁷² Tezcan, A.g.e., s, 97.

³⁷³ Karan, A.g.e., s,32.

b) Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık

Avrupa Birliği'nin oluşum sürecinde başlarda ayrımcılıkla mücadele Birlik gündeminde yer almayan bir konuydu. Konuyla ilgili ilk düzenleme Roma Antlaşması'nın 119. maddesinde yer alan kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret prensibi ile olmuştur.³⁷⁴ 1990'lı yılların başına kadar ayrımcılık bir insan hakları sorunu olarak değerlendirilmiş ve Avrupa Birliği'nin çalışma alanı dışında görülmüştür.³⁷⁵ Bu alanda yapılan çalışmalar bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile küresel ölçekte Birleşmiş Milletler kapsamında gerçekleşmiştir.³⁷⁶

Bugün, ayrımcılığın önlenmesi ilkesi Avrupa Birliği Hukukunun genel ilkelerinden biridir.³⁷⁷ İlk başlarda sadece kadın ve erkeklerde eşit işe eşit ücret ve vatandaşlık temelli olarak gündeme gelen ayrımcılık yasağının kapsamı günümüzde çok daha geniş hale gelmiştir.³⁷⁸ Bu iki temelde ayrımcılığa yer verilmesi ortak bir Pazar inşa edilmesi yönünde bir araç olarak düşünülmüştür. Kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret prensibi ise bir temel hak olarak değil, ekonomik amaçla adil bir rekabet ortamı için toplumsal bir gereklilik olarak görülmüştür.³⁷⁹ Ancak zamanla aşağıda belirtilen Yönergelerle İstihdam ve İş pazarı ile sosyal güvenlik alanlarının neredeyse tümünü kapsar hale gelmiştir.³⁸⁰

AB Hukukunun ayrımcılık yasaklarına ilişkin asıl kaynağı Avrupa Topluluğu antlaşmalarıdır. AB Hukuku öncelikle kurucu antlaşmalardan oluşur.³⁸¹ İkincil düzeyde kaynakları tüzükler, yönergeler ve kararlardır. Üçüncü olarak da Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları gelmektedir. AB hukukunda ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik kavramlarının şekillenmesinde Adalet Birliği Divanı Kararları çok önemli bir yere sahiptir.³⁸²

Avrupa Birliği açısından ayrımcılık yasağı kapsamında belirtilebilecek ilk düzenleme, hukuken bağlayıcılığı tartışmalı olmakla birlikte, 2000 yılında kabul

³⁷⁴ Manav, A.g.e, s, 737.

³⁷⁵ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344.

³⁷⁶ Karan, A.g.e., s, 32- 33; Manav, A.g. e., s,735; Karan, Türkiye'de Ayrımcılık Yasağı, s, 718.

³⁷⁷ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 117.

³⁷⁸ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344.

³⁷⁹ Murat Yüksel, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı – Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan II, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s, 1716.

³⁸⁰ Karan, A.g.e., s, 33.

³⁸¹ Ulucan, A.g.e, s, 379.

³⁸² Manav, A.g.e., s,735; Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344 – 345.

edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'dır.³⁸³ Şartın 21. maddesine göre: *"Cinsiyet, ırk, renk, etnik ve sosyal köken, genetik özellikler, dil, din ya da inanç, siyasi ya da herhangi bir başka görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, mülkiyet, doğum, sakatlık, yaş ya da cinsel yönelim gibi temellere dayanan her türlü ayrımcılık yasaktır."*³⁸⁴

Avrupa Birliği üyesi ülkeler için hukuken bağlayıcılığı tartışmasız olan Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 13. maddesinde ise şu şekilde bir düzenleme bulunmaktadır: *"Konsey, bu Antlaşma'nın diğer hükümlerine dokunmaksızın ve Topluluk hakkında kendisine devredilen yetki sınırları içinde kalmak koşuluyla, Komisyon'dan gelen bir teklif üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı mücadele etmek üzere uygun tedbirleri almak amacıyla oybirliği ile hareket edebilir."* Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 141. maddesinde ise cinsiyet temelli ayrımcılık kapsamında kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret ilkesine yer verilmiştir.³⁸⁵

Avrupa Birliği Hukukunda belli başlı temellerde ayrımcılık yasaklanmıştır.³⁸⁶ Birlik hukukunun geldiği aşamada kısıtlı temellerde ayrımcılık yasaktır ve diğer belli başlı uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi *"başka bir statü"* veya *"benzeri nedenlerle"* gibi ifadelerle bu durumun genişletilmesi şu an için mümkün gözükmemektedir. Avrupa Birliği Hukuku doğrudan ayrımcılığı sadece cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim ve vatandaşlık gibi temellerde yasaklamaktadır.³⁸⁷

Avrupa Birliği Hukukunda, ayrımcılık yasağının kapsamı bakımından en genişinden en darına şu şekilde bir piramidin söz konusu olduğu söylenebilir. Kapsamı en geniş olan düzenleme Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 12. maddesinde düzenlenen kişilerin dolaşım özgürlüğü alanındadır. Kapsam bakımından yine geniş ancak dolaşım özgürlüğü kadar kapsamlı olmayan alan ise ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılıktır.³⁸⁸ Daha sonra ise, toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılık konusu gelmektedir. Piramidin en altında ise kapsam bakımından

³⁸³ Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 48; Manav, A.g.e., s, 736. Şartın İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF>.

³⁸⁴ Karan, A.g.e., s,33.

³⁸⁵ Karan, A.g.e., s,33.

³⁸⁶ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344 – 345.

³⁸⁷ Karan, A.g.e., s,34.

³⁸⁸ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 345 – 346.

hepsinden daha dar olan din veya inanç, engellilik ve cinsel yönelim temelli olarak istihdamda eşitlik konusu gelmektedir.³⁸⁹

Görüldüğü üzere, Avrupa Birliği Hukukunda başlangıçta ayrımcılık sadece kadın ve erkeklerde eşit işe eşit ücret ve vatandaşlık temelli iken, daha sonra yapılan düzenlemelerle cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim ve vatandaşlık olarak ayrımcılık yasaklarının kapsamı genişletilmiştir.³⁹⁰

Avrupa Birliği Hukukunda, geçmişten bugüne aşağıda belirtilen Yönergeler çerçevesinde ayrımcılıkla mücadele amacı ortaya konulmuştur:³⁹¹

- Kadın ve Erkekler Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Üye Ülke Yasalarının Yakınlaştırılması konusunda 75/117/EEC sayılı Yönerge,
- İşe alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkek için eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair 76/207/EEC sayılı Yönerge,
- Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkek için Eşit Muamele İlkesinin Tedricen Yürürlüğe Konulmasına Dair 79/7/EEC sayılı Yönerge,
- Özel Sosyal Güvenlik Sistemlerinde Kadın ve Erkek için Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair ve 96/97/EC sayılı Yönergeyi değiştiren 86/378/EEC sayılı Yönerge,
- Tarım Sektörü Dâhil Serbest Çalışan Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına ve Serbest çalışan Kadınların Hamilelik ve Doğum hallerinde Korunmasına Dair 86/613/EEC sayılı Yönerge,
- Hamile Loğusa ve Emziren Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesine Dair 92/85/EEC sayılı Yönerge,
- UNICE, CEEP ve ETUC Tarafından Akdolan Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine Dair 96/34/EC sayılı Yönerge,
- Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Davalarında İspat yüküne Dair 97/80/EC sayılı Yönerge,
- Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmaya Konmasına İlişkin 2000/43/EC sayılı Yönerge,

³⁸⁹ Karan, A.g.e., s,36.

³⁹⁰ Manav, A.g.e., s,737; Gül/ Tokuzlu, Avrupa Birliği Hukuku, Şefik Matbaası, İstanbul, 2003, s, 126.

³⁹¹ Karan, A.g.e, s,36; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 119; Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344.

- İstihdam ve İş Konusunda Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına Dair 2000/78/EC sayılı Yönerge,
- İşe Alınma, mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında kadın ve Erkek için Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair 76/207/EEC sayılı Yönergeyi Değiştiren 2002/73/EC sayılı Yönerge,
- Kadın ve Erkek Arasında Mal ve Hizmetlere Erişimde Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 2004/113/EC sayılı Yönerge,
- 75/117/EEC, 76/207/EEC, 86/378/EEC ve 97/80/EC sayılı Yönergeleri Birleştiren İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesine Dair 2006/54/EC sayılı Yönerge (Değişiklik),

1997 yılına kadar Avrupa Birliği Hukukunda cinsiyet ve vatandaşlık temelli ayrımcılık yasağı söz konusu iken, 1997 yılında Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Toplulukları Antlaşması'na 13. madde ile yeni ayrımcılık temelleri eklenmiş oldu. 13. madde ile Avrupa Birliği Konseyi'ne belirtilen temellerde ayrımcılıkla mücadele için önlemler alma yetkisi getirildi.³⁹² Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 13. maddesinde yer alan düzenleme doğrudan bir ayrımcılık yasağı içermemekle birlikte, Birliğin belirtilen ayrımcılık türlerine karşı önlem almasına olanak tanıyan hüküm içermektedir.³⁹³ Bu değişikliğin ardından 1998 yılı aralık ayında Viyana'da düzenlenen akademisyenlerin ve sivil toplum örgütlerinin katıldığı bir konferans sonucunda gelen katkılarla Irk Ayrımcılığı ve İstihdamda Eşit Muamele Yönergeleri ortaya çıkmıştır.³⁹⁴

Amsterdam Antlaşması'nın 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe girişinin ardından Avrupa Komisyonu 13. maddenin hayata geçirilmesi amacıyla bir üçlü strateji benimsemiştir.³⁹⁵

- Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konmasına İlişkin Yönerge (2000/43/EC),
- İstihdam ve Meslek Konusunda Eşit Muamele İçin Bir Genel Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Konsey Yönergesi (2000/78/EC),

³⁹² Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 346.

³⁹³ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 346 – 347.

³⁹⁴ Karan, A.g.e., s,37.

³⁹⁵ Karan, A.g.e., s,37; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 119; Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344.

- 13. maddede sayılan tüm alanlardaki (cinsiyet ayrımcılığı hariç) ayrımcılıkla mücadele etmek üzere hazırlanan 2001- 2006 Topluluk Eylem Programı (Karar 2000/750/EC). Bu program yerini 2007- 2013 yılları arasında geçerli olmak üzere “Progress” programına bırakmıştır.

2001- 2006 yılları arasında yürütülen Topluluk Eylem Programı şu ana hedefleri içermektedir: Avrupa Birliği’nde ayrımcılığın doğası ile boyutlarının ve ayrımcılıkla mücadele için alınan önlemlerin etkinliğinin değerlendirilmesine ve analizine yardımcı olmak, Avrupa Birliği’nin Üye Devletleri’nde ve Avrupa düzeyinde ayrımcılıkla aktif olarak mücadele eden aktörlerin kapasitelerini geliştirmeye yardımcı olmak ve uygulayıcılar ile kamuoyu oluşturucular arasında ayrımcılıkla mücadelenin uygulama ve değerlerini yaygınlaştırmak, bu yönde destek vermek.³⁹⁶

Avrupa Birliği’nin dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde önemli bir rolü olmuştur. Dolaylı ayrımcılık Birlik hukukunda ilk kez 1997 yılında İspat Yükü Yönergesi (Council Directive 97/80/EC) ile tanımlanmıştır.³⁹⁷ Ardından ise Irk Ayrımcılığı ve İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi benzer tanıma yer vermiştir. Avrupa Birliği hukuku cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş cinsel yönelim ve vatandaşlık temelli olarak dolaylı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Yönergelerin ikisi de doğrudan veya dolaylı ayrımcılık, taciz gibi konularda ortak tanımlar getirirken, ayrımcı muameleye yönelik talimat konusunda bir tanım getirmemişlerdir.³⁹⁸

Yönergeler, hem kamusal hem de özel sektörde, gerçek ve tüzel kişilerin ayrımcılık uygulamalarını yasaklamaktadır.³⁹⁹ Bir şahsa ait işletme, özel sektörde yer alan büyük bir şirket, bir belediye, bakanlık ya da kamu kuruluşu korunan alanlarda ayrımcılık yapmama konusunda aynı sorumluluğa sahiptir. Yönerge bireyleri, yani gerçek kişileri, ayrımcılığa karşı korur. Ek olarak, Irk Ayrımcılığı Yönergesi yasal olarak tüzel kişiliğe sahip organizasyonları ayrımcılığa karşı koruma kapsamına almıştır.⁴⁰⁰

Yönergelerde yer alan düzenlemeler üye devletler bakımından doğrudan bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Üye ülkelerde Yönergelerde yer alan hükümlerin iç hukukta yer alan başka hükümlerle çeliştiği durumlarda herkesin iç hukuktaki yargı

³⁹⁶ Karan, A.g.e., s,38.

³⁹⁷ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344 – 345.

³⁹⁸ Karan, A.g.e., s,38.

³⁹⁹ Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 344 – 345.

⁴⁰⁰ Karan, A.g.e., s,38.

organları önünde Yönergeleri doğrudan ileri sürmesi mümkündür. Bu noktada Yönergeler üye devletlerin egemenliklerini, aksine hukuki düzenleme yapma noktasında sınırlamaktadır.⁴⁰¹

Üye devletlerin, yönergelerde tanınan hakların vatandaşlar tarafından bilinmesini sağlama yükümlülüğü de söz konusudur.⁴⁰² Ayrıca, ayrımcılıkla mücadele alanında çalışan örgütlerin bireylerin vakaları yargıya taşınmaları noktasında yardım sağlamalarını da güvenceye alması gerekmektedir. Bu örgütler, sendikalar, sivil toplum örgütleri, eşitlik kurumları veya ombudsmanlar olabilmektedir.⁴⁰³ Bu durum mağdurların yeterli uzmanlığa veya maddi kaynağa sahip olmaması dolayısıyla önem taşımaktadır.⁴⁰⁴

c) İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi

İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi'nin amacı 1. maddede, “...üye devletler de eşit muamele ilkesini yürürlüğe koymak amacıyla, istihdam ve iş alanlarında din veya inanç, maluliyet, yaş veya cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılığa karşı mücadele etmek için genel bir çerçeve oluşturmaktır.” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁰⁵ İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi özel olarak istihdam alanına yoğunlaşmaktadır.⁴⁰⁶ Bu alanda Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 13. maddesine paralel olarak ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim temelli olarak ayrımcılık yasaklanmıştır.⁴⁰⁷

Yönergenin 2. maddesinde, Irk Ayrımcılığı Yönergesi'nde olduğu gibi doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, taciz, ayrımcı muamele yönünde talimat, Yönergenin kapsamı dahilinde olan temellerde tanımlanmıştır. maddede ayrıca Irk Ayrımcılığı Yönergesi'nden farklı olarak yukarıda üzerinde durulan makul uyumlaştırma çerçevesinde işverenlerin yükümlülüğüne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bazı haklar için söz konusu olan sınırlama sebeplerine yer verilmiştir.⁴⁰⁸ Makul uyumlaştırma, engelli kişiler bakımından işveren ya da herhangi bir kişi veya

⁴⁰¹ Karan, A.g.e., s,39.

⁴⁰² Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar, s, 356 – 357.

⁴⁰³ Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı, s, 712 -713.

⁴⁰⁴ Karan, A.g.e., s,39.

⁴⁰⁵ Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 49; Manav, A.g.e., s, 767.

⁴⁰⁶ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var Mı?, s, 40.

⁴⁰⁷ Karan, A.g.e., s,45; Aytekin, A.g.e., s, 271.

⁴⁰⁸ Karan, A.g.e., s,46; Manav, A.g.e., s, 767.

kuruluşun bir hükmün, ölçütü veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları yok etmek amacıyla uygun tedbirlerin alınmasını ifade eder.⁴⁰⁹

Üye devletlerin Yönergeyi hem kamusal alanda hem de özel alanda ayrımcılığı yasaklayacak biçimde uygulaması gerekmektedir.⁴¹⁰ İstihdamda Eşit Muamele yönergesi bir dizi istisna ve sınırlama getirmiş bulunmaktadır.⁴¹¹ İstihdamda Eşit Muamele Yönergenin (2000/78/EC) 3. maddesi aşağıdaki alanlarda koruma sağlamaktadır:⁴¹²

- İstihdamda, kendi namına İstihdam ve mesleğe erişim;
- Mesleki rehberlik ve eğitime erişim,
- İşten çıkarma ve ücretler de dâhil olmak üzere istihdam ve çalışma koşulları;
- İşçi, işveren örgütleri ile profesyonel örgütlere üyelik.

Yönerge'nin 3. maddesinde ayrıca uyrukluğ u esas alan farklı muameleleri kapsamayacağı, üçüncü ülke vatandaşlarının ve vatansız kişilerin Avrupa birliği üyesi ülkelerin topraklarına girişi ve orada ikameti ile ilgili hüküm ve şartları ve ilgili üçüncü ülkelerin vatandaşlarının ve vatansız kişilerin yasal statüsünden doğan herhangi bir muameleyi etkilemeyeceği, Yönerge hükümlerinin üye ülkenin sosyal güvenlik veya sosyal koruma sistemleri kapsamında yapılan hiçbir tür ödeme için geçerli olmayacağı ve yönergede yer alan engellilik ve yaş ile ilgili hükümlerin askeri birlikler bakımından uygulanmaması gibi istisnaların öngörülebileceği belirtilmiştir.⁴¹³

Yönerge'nin 4. maddesinde 2. maddenin 1. ve 2. fıkralarında yer alan düzenlemelerden bağımsız olarak, üye devletlerin, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim nedenlerinden birisiyle ilgili bir özelliği esas alan farklı muamelenin, eğer ilgili iş faaliyetlerinin ya da bunların gerçekleştirildiği bağlamın niteliği dolayısıyla söz konusu özellik gerçek ve belirleyici bir iş şartını teşkil ediyorsa amacın meşru ve şartın da orantılı olması kaydıyla, ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngörebilecekleri ifade edilmiştir.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 60.

⁴¹⁰ Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 49.

⁴¹¹ Kaya, Çalışma Hayatında Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 60.

⁴¹² Karan, A.g.e., s.46; Aytekin, A.g.e., s. 271 – 272.

⁴¹³ Karan, A.g.e., s.46; Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 50 -51.

⁴¹⁴ Karan, A.g.e., s.46- 47; Aytekin, A.g.e., s. 271.

Yönerge'nin 5. maddesinde engelliler özelinde makul uyumlaştırma ile ilgili bir düzenleme yapılmış ve engelli kişiler açısından eşit muamele ilkesinin hayata geçirilmesi amacıyla makul uyumlaştırma sağlanacağı, işverenlerin orantısız bir külfet doğurmadığı sürece, engelli kişilerin istihdama erişimine, katılımına veya istihdamda ilerlemesine ya da mesleki eğitime tabi tutulmasını sağlamak için uygun önlemleri alınması yükümlülüğünün söz konusu olduğu belirtilmiştir.⁴¹⁵

Yönerge'nin 6. maddesinde ise yaş temelli ayrımcılık konusunda istisnalar düzenlenmiştir.⁴¹⁶ Maddede yine 2. maddeden ayrı olarak üye devletlerin yaş nedeniyle farklı muameleyi, iç hukuk bağlamında meşru istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedefleri de dâhil olmak üzere, meşru bir amaçla objektif ve makul şekilde haklı gösteriliyorsa ve eğer bu amaca ulaşmada kullanılan yollar uygun ve gerekli ise, ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngörebilecekleri ifade edilmiştir.⁴¹⁷ Farklı muamele ile ilgili bazı örneklerle yer verilmiştir. Farklı muamele sayılanlarla sınırlı olmamak üzere şunlardan oluşmaktadır:⁴¹⁸

- Gençlerin, yaşlı işçiler ve bakım sorumlulukları olan kişiler için, bu kişilerin mesleki entegrasyonunu arttırmak ve korumalarını sağlamak için, işten çıkartma ve ödeme koşulları da dâhil olmak üzere, istihdama ve mesleki eğitime erişim, istihdam ve işle ilgili özel koşulların sağlanması;
- İstihdama ya da istihdamla bağlantılı bazı avantajlara erişim için yaş, mesleki deneyim ya da hizmet kıdemi konularında asgari koşulların tespit edilmesi;
- Söz konusu görevin eğitim gereklerine ya da emekli olmadan önce makul bir süre istihdam edilme gereğine dayanılarak işe alma için azami bir yaşın tespit edilmesi.

Yönerge'nin 6. maddesinde ayrıca, 2. maddede yer alan dolaylı ayrımcılıktan bağımsız olarak, üye ülkelerin istihdamla ilgili sosyal güvenlik sistemi için, sistem kapsamında çalışanlar ya da çalışan grupları veya kategorileri için farklı yaşların

⁴¹⁵ Karan, A.g.e., s,47.

⁴¹⁶ Zeytinoğlu, 10. Yıla Armağan, İş Hukukunda Özgürlük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı:22, 2012, 193.

⁴¹⁷ Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 51 – 52; Manav, A.g.e., s, 767; Aytekin, A.g.e., s, 271 – 272. 2000/78 sayılı Yönerge 'de açıkça ifade edilmemiş olmakla beraber, eğer geniş şekilde yorumlarsak, zorunlu emekliliğin yaş ayrımcılığı olarak değerlendirilip – değerlendirilemeyeceği kararı üye devletlere bırakılmış gibi gözükmektedir.

⁴¹⁸ Karan, A.g.e., s,47; Manav, A.g.e., s, 767 – 768.

tespit edilmesi de dâhil olmak üzere, işe kabul veya emekliliğe ya da iş göremezlik ödeneklerine hak kazanmak için yaş tespit edilmesinin ve sosyal güvenlik sistemi bağlamında yaş ölçütünün sigorta hesaplamalarında kullanılmasının, cinsiyete dayalı ayrımcılıkla sonuçlanmaması kaydıyla, yaşa dayalı ayrımcılık teşkil etmediğini öngörebileceklerine yer verilmiştir.⁴¹⁹

Yönerge'nin 7. maddesinde geçici olumlu önlemler konusuna yer verilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere uygulamada tam eşitliğin sağlanması açısından, eşit muamele ilkesinin hiçbir üye devletin din veya inanç, yaş, engellilik veya cinsel yönelimden birisiyle ilgili nedenlerle bağlantılı dezavantajları önlemek ya da ortadan kaldırmak için olumlu önlemler uygulamasını sürdürmesini ya da bu önlemleri kabul etmesini engellemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, engellilerle ilgili olarak, eşit muamele ilkesinin üye ülkelerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerini uygulama veya kabul etme ya da bu kişilerin iş ortamına entegrasyonunu güvence altına almak için yasal düzenleme yapma veya daha önce kabul edilmiş yasal düzenlemelerin uygulanmasını sürdürmeye yönelik önlemler alma hakkını etkilemeyecektir.⁴²⁰

Yönerge'nin 8. maddesinde Irk Ayrımcılığı Yönergesinde olduğu gibi uluslararası insan hakları hukukunda temel bir ilke olan minimum standart kuralına yer verilmiştir. Buna göre üye devletler, eşit muamele ilkesinin sağladığı koruma bakımından, Yönerge ile getirilenden daha avantajlı hükümler getirebilecekleri ve Yönergeden önce iç hukukta kabul edilmiş olan düzenlemeleri uygulamaya devam edebilecekleri belirtilmiştir. Yine aynı maddede daha önce iç hukukta kabul edilmiş olan Yönergeden daha ileri düzeyde sağlanan korumanın Yönerge hükümlerine dayanılarak ilga edilemeyeceği düzenlenmiştir.⁴²¹

Yönerge'nin 10. maddesinde, Irk Ayrımcılığı Yönergesi ile benzer biçimde, ayrımcılık hukukunun temel ilkelerinden biri haline gelen ispat yükünün yer değiştirmesi ile ilgili düzenleme söz konusudur.⁴²² Maddede üye devletlerce iç hukuklarında bu ilkenin gerektirdiği düzenlemelerin yapılması gerektiğine ve üye devletlerce Yönergede belirtilen standartlardan daha ileri bir standardın benimsenmesinin mümkün olduğuna yer verilmiştir.⁴²³ Burada belirtilmesi gereken önemli nokta ispat yükü ile ilgili düzenlemenin ceza yargılaması bakımından

⁴¹⁹ Karan, A.g.e., s,48; Aytekin, A.g.e., s, 272 – 273.

⁴²⁰ Karan, A.g.e., s,48; Özdemir, A.g.e., s, 220 – 221.

⁴²¹ Karan, A.g.e., s,49; Aytekin, A.g.e., s, 273.

⁴²² Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 64 – 65.

⁴²³ Özdemir, A.g.e., s, 221.

uygulanmayacağıdır. Daha öncede belirtildiği üzere sanık haklarına dair ilkeler ceza yargılamasında ispat yükünün yer değiştirmesini engellemektedir. Yine ispat yükü ile ilgili düzenleme ayrımcılık vakalarının doğrudan yargı organları tarafından araştırıldığı durumlarda uygulanmayacaktır.⁴²⁴

Yönerge'nin 11. maddesinde yine ayrımcılık yasağı ile ilgili temel ilkelerden biri olan mağdurlaştırma ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Madde de mağdurlaştırmanın yasaklanması ve konu ile ilgili gerekli önlemlerin alınması ile ilgili olarak iç hukukta düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Mağdurlaştırma, bir kişinin ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle yaptığı şikayet sonucunda kötü bir davranışla karşılaşması veya farklı muamele görmesi ya da bir kişinin ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle bir şikayette bulunan kişiyi desteklemesi sonucunda ayrımcı muameleye maruz kalması halinde söz konusu olur.⁴²⁵ Mağdurlaştırma doğrudan veya dolaylı ayrımcı muamele şeklinde karşımıza çıkabilir.⁴²⁶ Bir işçinin işyerindeki ayrımcı uygulamaları şikâyet etmesi nedeniyle işveren tarafından işten çıkarılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.⁴²⁷

Yönerge'nin 12. maddesinde üye devletlerin ayrımcılıkla mücadele alanında alınan önlemler ve yürürlükteki mevzuat ile ilgili kamuoyunu bilgilendirme ve farkındalık yaratmasına, 13. maddesinde ayrımcılıkla mücadele kapsamında istihdam alanında sosyal diyalogun 14. maddesinde ise sivil toplum örgütleri ile diyalogun geliştirilmesine dair düzenlemeye yer verilmiştir.⁴²⁸

Yönerge'nin 16. maddesinde üye devletlerin eşit muamele ilkesine aykırı bütün yasa, tüzük ve idari hükümleri kaldırması, bireysel ya da toplu iş sözleşmelerinde, işletmelerin iç kurallarında var olan, işçi, işveren ve bağımsız meslek örgütlerinin tüzüklerindeki eşit muamele ilkesine aykırı hükümlerin geçersiz hale getirilmesi veya ilga edildiğinin açıklanmasını veya değiştirilmesini sağlayacak önlemleri alması yükümlülükleri getirilerek Yönerge ile üye ülke hukuklarının uyumlu hale getirilmesi hedeflenmiştir.⁴²⁹

Yönerge'nin 17. maddesinde ise, ayrımcılık hukukunun önemli bir parçası olan yaptırım konusu düzenlenmiştir. Maddede, üye devletlerin, Yönerge uyarınca ulusal mevzuatta yapılan değişiklikleri ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar

⁴²⁴ Karan, A.g.e., s,49; Özdemir, A.g.e., s, 221.

⁴²⁵ Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 64 – 65.

⁴²⁶ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 56.

⁴²⁷ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 57.

⁴²⁸ Karan, A.g.e., s,49; Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 51 – 52.

⁴²⁹ Karan, A.g.e., s,50.

hakkında kurallar koyması ve yapılan değişikliklerin uygulanmasını sağlayacak gerekli önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir. Yaptırımların niteliği ile ilgili olarak ise üye devletlere bir takdir yetkisi bırakılarak, ayrımcılık mağdurlarına tazminat ödenmesini de içerebilecek yaptırımların öngörülebileceği ve yaptırımların etkili, uygun ve caydırıcı olması gerektiği ifade edilmiştir. Maddede ayrıca üye ülkeler tarafından öngörülen yaptırımlarla ilgili bilgilerin en geç 2 Aralık 2013 tarihine kadar Avrupa Komisyonu'na bildirilmesi ve yine iç hukukta bu bağlamda yapılan değişikliklerin de aynı şekilde Komisyon'a bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir.⁴³⁰

Yönerge'nin 18. maddesinde uygulama başlığı altında üye ülkelerin Yönerge ile iç hukukları arasında gerekli uyumu sağlamak amacıyla iç hukuklarında gerekli yasal değişiklikleri ve uygulamaya yönelik önlemleri 2 Aralık 2003 tarihine kadar alması yükümlülüğüne yer verilmiştir. Irk Ayrımcılığı Yönerge'sinden farklı olarak burada, üye ülkelerin gerekli olduğu durumlarda yaş ve engellilik alanında anılan tarihten başlayarak 3 yıllık bir süre daha uygulamayı erteleyebilecekleri belirtilmiştir. Bu durumda üye ülkelerin yine Avrupa Komisyonu'na durumu bildirmeleri gerekmektedir.⁴³¹ Bu şekilde 3 yıllık ayrı bir süre daha uygulamaya geçmeyeceğine dair beyandan bulunan üye devletlerin Komisyona yaş ve engellilik temelinde ayrımcılıkla mücadele alanında aldığı önlemler ve gerçekleştirdiği ilerleme ile ilgili olarak her yıl rapor sunacağı belirtilmiştir.⁴³²

Yönerge'de son olarak 19. maddede birçok uluslararası insan hakları sözleşmesinde oluşturulduğu gibi bir rapor sunma usulü getirilmiştir. Üye ülkelerin ilk raporlarını 2 Aralık 2005 tarihine kadar ve bundan sonra her 5 yılda bir olmak üzere Yönergenin uygulanması ile ilgili rapor sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta ise Irk Ayrımcılığı Yönerge'sinde olduğu gibi burada da raporların toplumsal cinsiyetin toplumsal yaşamın gündem maddelerinden birini oluşturması ilkesi ile uyumlu olarak alınan önlemlerin kadınlar ve erkekler hakkında üzerindeki etkilerini değerlendirmesine de yer vermesi istenmiştir.⁴³³

⁴³⁰ Karan, A.g.e., s,50; Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 51 – 52.

⁴³¹ Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 49. AB'nin İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi ile ilgili yükümlülükleri yerine getirmek için üye ülkelere başlangıçta Aralık 2003 yılına kadar süre tanınmış olmakla beraber daha sonra anılan süre yaş ve engellilik temelinde Aralık 2006 tarihine kadar uzatılmış bulunmaktadır.

⁴³² Karan, A.g.e.,s ,50.

⁴³³ Karan, A.g.e., s,51; Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 51 – 53.

Belirtilmiş olduğu üzere, İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi, üye devletlerin 19 Temmuz 2003 tarihine kadar Yönergede yer alan hükümleri uygulamaya geçirme yükümlülüğü getirilmiştir. Irk Ayrımcılığı Yönerge'sinde olduğu gibi burada da bu tarihten sonra üye devletler Yönergeyi uygulamadığı veya tamamen uygulamadığı takdirde Yönerge üye devletlerin iç hukuklarında doğrudan etki doğurabilecektir. Bu durumda bireyler kendi ülkelerinde, yargı organları önünde Yönerge hükümlerini doğrudan ileri sürebilecektir.⁴³⁴

İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi özetle;

- Din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelimlerine bakılmaksızın insanlar arasında İstihdam, işçi ve işveren örgütlerine üyelikte eşit muamele ilkesinin uygulanmasını,
- Doğrudan veya dolaylı ayrımcılık ve tacizi tanımlama ve mağdurlaştırma ile ayrımcı muamele yönünde talimatları yasaklama,
- Uygulamada eşitliği gerçekleştirmek üzere geçici olumlu önlem alınmasına izin verme;
- Ayrımcılık mağdurlarına ayrımcılığa karşı uygun yaptırımları içeren yargısal veya idari usuller kapsamında başvuru hakkı ve tanınması;
- Eşit muamele ilkesine ırk veya etnik kökenin gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik kapsamında farklı muameleye tabi tutulabilmesi gibi sınırlı olarak istisna getirilmesi,
- Ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiyle, fiilden sorumlu olduğu iddia edilen kişi arasında ispat yükünün paylaşılması, böylelikle ayrımcılıkla ilgili ayrımcılığın gerçekleştiğini görünüşte ortaya koyan olguların mağdur tarafından sunulmasının ardından ispat yükünün farklı muameleden sorumlu kişiye geçecek ayrımcılık yapılmadığını kanıtlama yükümlülüğü getirilmesi;
- İşverenlerin ilgili işin gerektirdiği nitelikleri taşıyan engelli kişilerin eğitim ve ücretli istihdama katılımlarını sağlamak için işverenlere makul uyumlaştırma yükümlülüğü getirme;
- Eşit muamele ilkesine sınırlı sayıda istisna getirilmesine izin verilmesi gibi konuları içermektedir.⁴³⁵

⁴³⁴ Karan, A.g.e., s,51.

⁴³⁵ Karan, A.g.e., s,51- 52; Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 51 – 53; Özdemir, A.g.e., s, 220 – 221.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. ÇALIŞMA YAŞAMINDA YAŞ AYRIMCILIĞI

Ayrımcılık yasağı, adaletin tesisi için gereklidir. Bu nedenle adalet, kavram olarak eşitlik ile birlikte anılmaktadır.⁴³⁶ Kişilere çeşitli nedenlerle ayrımcı muamelede bulunulabilir.⁴³⁷ Ayrımcı davranışta bulunma nedenlerinden biri olarak, karşıma yaş çıkmaktadır.⁴³⁸ Yaş ayrımcılığında, kişilere yaşları nedeniyle diğer kişilerden farklı davranılması söz konusudur.⁴³⁹

Yaş değişken olduğundan, yaş ayrımcılığının diğer ayrımcılık türleri gibi sabit bir yaklaşımı yoktur.⁴⁴⁰ Diğer gruplardan farklı olarak yaş ayrımcılığına ilişkin birçok özellik bulunmaktadır. Herkes bir yaşa sahiptir fakat herkesin yaşı farklıdır. Bu tabi ki tamamen doğru değildir, çünkü aynı anda yahut yakın zamanlı doğmuş bulunan insanlarda mevcuttur. Birçok durumda, bireyler sadece belirli bir yaşa sahip değillerdir, normal yaşam süreleri boyunca bir kereden fazla olmamak suretiyle sırasıyla farklı yaş gruplarına dâhil olurlar.⁴⁴¹ Bu nedenle uygulama biçimi farklılıklar göstermekte ve yaş ayrımcılığını yapan da mağdur olan da bazen bu durumun bilincinde dahi olmamaktadır.⁴⁴²

Yönerge ve yaş ayrımcılığı uygulamaları çalışan ve çalışmak üzere işe başvuran tüm nüfus için uygulanmaktadır. Bunun söylenebileceği başka temelli bir ayrımcılık mevcut değildir.⁴⁴³

Herkesin korunan grupta yer almasına rağmen, birçok alt bölüm mevcuttur. Genç işçiler yaşlı işçilerle kıyaslandığında ayrımcılığa ilişkin farklı deneyimleri vardır.⁴⁴⁴

⁴³⁶ Demirel- Tikici -Çetin, Türk İş Yaşamında Ayrımcılık, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 2011. (Selma Karatepe- Sinem Güravşar Gökçe, Çalışma Hayatında Yaş Ayrımcılığı s, 45.

⁴³⁷ Dilek Baybora, Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, s, 34.

⁴³⁸ Dilek Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39.

⁴³⁹ Dilek Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39.

⁴⁴⁰ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34.

⁴⁴¹ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 25.

⁴⁴² Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,45; Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39

⁴⁴³ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 25.

⁴⁴⁴ Bakırcı, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, s, 20.

Bu yüzden yaş ayrımcılığını alt bölümlere ayırarak incelemek belki daha yararlı olacaktır.⁴⁴⁵

Tüm bu gruplar belirli ayırt edici özelliklere sahiptirler ve doğrudan yahut dolaylı ayrımcılıktan muzdarip olmakta ya da çalışırken yaşları dolayısıyla rahatsız edilmektedirler.

Çalışma yaşamında her yaş grubundan kişilerin yaş ayrımcılığı ile karşılaşması mümkün olmakla birlikte, yaşlı işçilerin genç işçilerle kıyaslandığında yaş ayrımcılığıyla daha fazla karşılaştıkları görülmektedir.⁴⁴⁶

Yeni Zelanda’da küçük ve büyük çaplı işletmeleri kapsayan gönüllü işverenlerle gerçekleştirilen bir araştırmaya göre; yaşlı işçiler daha güvenilir, daha sadık, daha teslimiyetçi ve genç işçilere oranla işi bırakmaya daha az eğilimlidirler. Öte yandan, yaşlı işçiler değişime daha az yatkın ve teknolojiye uzaktırlar. Ek olarak, daha az esnek, eğitime daha az istekli ve genç meslektaşlarına oranla daha az yaratıcıdırlar. Lakin mantıken böylesine kapsamlı bir genelleme yapmak doğru değildir.⁴⁴⁷

Yeni Zelanda’da Yapılan Yaş Temelli Araştırma Verileri:

Yaşlı işçiler:	Evet %	Nötr %	Hayır %
Güvenilir	83.6	11.3	5.3
Sadık	81.2	16.0	2.9
İşine bağlı	65.9	18.5	5.6
Değişime dirençli	60.1	22.8	17.1
Teknolojiyle sorunlu	55.4	28.4	16.2
Üretici	52.5	37.4	10.1
Esneklikten uzak	39.3	33.4	27.3
Eğitime daha az istekli	32.5	36.5	30.9
Hasta olmaya daha az eğilimli	7.1	36.8	56.2
Beklentisi düşük	31.3	33.6	35.0
Yaratıcılıktan uzak	22.4	43.8	33.9

⁴⁴⁵MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 25.

⁴⁴⁶Dilek Baybora, Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı, Anadolu Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Merkezi, 2007, giriş, 1; Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34; Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39 – 40.

⁴⁴⁷MalcolmSargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguingin Publication Data, 2006, s, 7 – 8.

AB’de yapılan bir inceleme uyarınca, Avrupalılar % 46 oranında yaş temelinde ayrımcılığın yaygın olduğunu düşünmektedirler. Bu araştırmaya göre, Macaristan’da %66, Çek Cumhuriyetinde % 63 oran ile en yaygın olduğu, İrlanda’ da % 30 ve Lüksemburg’da % 31 oranla en düşük düzeyde olduğu görülmektedir. Geçmiş olduğumuz beş yıllık süreç dilimine bakıldığında ise, Macaristan % 63, Çek Cumhuriyeti % 53 ‘lük oran ile yaş ayrımcılığının en yaygın olduğu ülkeler olmuşlardır. İspanya ve İrlanda ise % 29’luk oran ile yaş ayrımcılığı hususunda en az eğilim olan ülkeler olarak tespit edilmişlerdir. Bulgaristan ile Romanya’yı kıyaslayacak olursak da yaş ayrımcılığının Bulgaristan’da Romanya’dan daha yüksek oranda var olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ek olarak, AB’de mevcut bulunan % 31’lik oran yaş ayrımcılığı hususunda farkındalığın ne denli az olduğu açıkça gözler önüne sermektedir.⁴⁴⁸

Eski zamanlardan günümüze 60 yaşının üzerindeki kişi sayısı 16 yaşının altındaki kişi sayısına oranla artmaktadır. İngiltere’de nüfusun yaş ortalamasının, ekonomik bakımdan aktif nüfus nazara alındığında arttığı gözlemlenmektedir. 1996 ve 2021 arasındaki 25 yılı geçkin dönemde, 44 yaşın üzerindeki kişiler % 38’den % 46’ya kadar, 45 – 59 yaş arasındaki grup oranının dörtte biri kadar, 60 – 74 yaş arasındaki grup oranının üçte biri kadar, 75 yaş ve üzerindeki grup ise % 28 oranında artmıştır.⁴⁴⁹ Avrupa Birliği’nde, yaşları 50 – 64 arasında yer alan bireylerin sayılarının önümüzdeki 10 yıl içerisinde 6.5 milyon civarında artması öngörülmektedir.⁴⁵⁰

2001 yılında İngiltere’de 16 ve 30 yaş arasındaki limitli sayıda genç insanın katıldığı bir araştırma yürütülmüştür. Bu, hükümet değerlendirmesinin bir parçası olan İstihdamda Yaş Çeşitliliği Kanun Uygulamasıdır.⁴⁵¹ (The Code of Practice on Age Diversity in Employment) Rapor önermektedir ki; olumsuz tavır yaşa göre değil, kişinin niteliklerine – yeterliliğine göre belirlenmelidir. Rapor, yararlı örnekleyici bilgiler içermektedir. Raporda ayrımcılığın hangi safhalarda yer alabileceği belirtilmiştir. Örneğin, işe alım safhasında, birçok ilanda işe alım için

⁴⁴⁸ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var Mı?, s. 46. Baybora’dan naklen Discrimination in the European Union, European Commission, January 2007, s. 63 – 64, 83.

⁴⁴⁹ MalcolmSargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s. 11. ; Tackingagebias: codeorlaw? (1998) – ONS Monitor 10.3.98; takenfromSargeant.

⁴⁵⁰ MalcolmSargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s. 11 ; EuropeanCommission Office Publications, September 1997, Luxembourg; takenfromSargeant.

⁴⁵¹ Evaluation of theCode of Practice on Age Diversity in Employment, Final Report, Producedfort he DwpByNationalOpinionPolls (Consumer), October, 2001.

minimum yaş belirtilmektedir. Ancak bunlar, meslekle ilgili yahut kanuni gerekliliklerden de kaynaklanabilir. Katılanlar arasından bir grup şöyle bir örnek vermiştir; işveren “parlak genç birini” aradığını belirtmiştir. Fakat burada esasında üstü kapalı olarak işçinin, genç çekici bir kız olmasının istendiğini, diğerleri genç işçilerin daha ucuz işgücü olduğu için tercih edildiğini, başkaları ise işverenlerin iş ilanlarında “*olgun kişi*” aradıklarını belirtmelerinin gençlere yönelik yaş ayrımcılığı teşkil ettiğini örneklemişlerdir. Eleman seçme safhasında; Seçme sürecinde genç işçilere karşı yaş ayrımcılığı yapıldığı belirtilmiştir. Örnek verilecek olursa, asker olabilmek için en küçük yaş 18’dir. Ödemelerde, aynı işi yapsalar dahi genç işçilerin yaşları dolayısıyla daha az ücret aldığı görülmektedir. Terfi safhasında, genç işçiler arasında yaşları dolayısıyla terfi alamayacakları kanısı mevcuttur. Ek olarak, yaşlı işçiler varken genç işçilerin terfi etmesi araştırmaya katılanlar arasında güvensizlik olarak lanse edilmiştir. Ayrıca, eğitim ve emeklilik safhalarında da yaş ayrımcılığın sıkça rastlandığı belirtilmiştir.⁴⁵²

A. Yaş Ayrımcılığı Kavramı

1. Tanım

Kural olarak, belirli bir yaşa ulaşmış olma veya olmama daha kötü bir işleme tabi tutulmayı haklı göstermez.⁴⁵³ Yaş ayrımcılığı genel anlamda bireylere yaşları nedeniyle ayrımcılık uygulanması ve kalıplara sokulmak istenmesidir.⁴⁵⁴ Başka bir deyişle, yaşı veya yaşına toplum tarafından atfedilen roller nedeniyle bir kişiyi aşağı gören davranış, eylem veya kurumsal yapıların varlığıdır. Yaş ayrımcılığına reklamlar, filmler, hastaneler ve iş hayatı gibi çeşitli ortamlarda rastlamak mümkündür.⁴⁵⁵ Yaş ayrımcılığı iş yaşamı açısından değerlendirildiğinde ise, kişinin yaşının haksız bir şekilde yeni bir iş, terfi veya benzeri bir mesleki fayda sağlamasına izin verilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵⁶

Yaş ayrımcılığı, günlük hayatta en çok karşılaşılan cinsiyet ya da ırk ayrımcılığından farklıdır. Bireyler yaş ayrımcılığına neden olan bu gruplara

⁴⁵² Malcolm Sargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s, 82 – 84.

⁴⁵³ Tuncay, A.g.e., s,132.

⁴⁵⁴ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34.

⁴⁵⁵ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 40 -41.

⁴⁵⁶ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,46.

doğduklarından itibaren dâhil olmazlar; ancak her bireyin bu ayrımcılığa maruz kalma riski bulunmaktadır.⁴⁵⁷ Amerika Birleşik Devletleri üst mahkemesi bir kararında belirtmiştir ki; “ *Yaşlılık belirli – ayrı bir grubu ifade etmez. Bunun yerine, yaşlılık, normal yaşam süresince hayatına devam eden bireylerin her birinin ulaşabileceği bir evreyi ifade eder.*”⁴⁵⁸ Uygulamada, yaş ayrımcılığı o denli özümsemiştir ki, çoğunlukla ayrımcılığı yapan da ayrımcılığa maruz kalan da bu durumun farkında dahi olmamaktadır.⁴⁵⁹ Yaş ayrımcılığının kanıtlanması zor olduğundan kağıt üzerinde adil gözüken ancak esasında ayrımcılık içeren uygulamalara rastlamak mümkündür.⁴⁶⁰

Yaş ayrımcılığı, pratikte belirli yaştaki kişinin bireysel kapasitesi göz önüne alınmaksızın, herhangi bir yaş grubuna dâhil olması sebebiyle yetkinlik yahut noksanlık açısından haksız bir önyargıya tabi tutulmasına neden olmaktadır.⁴⁶¹

Yaş ayrımcılığı nedeniyle bireyle işe uygunluğu ve yeteneklerinin düzeyi göz ardı edilerek, performansları ve yetenekleri ile değil takvimsel yaşları ile değerlendirilmektedir.⁴⁶² Bu uygulama bir iş yerinde fazla etkin olursa, iş yerinde hem iş gören hem de işveren açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır.⁴⁶³ Örneğin, genç çalışanların yüksek performanslarına rağmen kariyer merdivenlerini tırmanamamaları⁴⁶⁴ veya yaşlı çalışanların maliyetini karşılayıp karşılayamayacağından emin olunamadığı için eğitimden mahrum bırakılması gibi durumlar çalışanların motivasyonunu, yenilikçilik düzeylerini ve fikirlerinin paylaşımını etkilemekte, performansının düşmesine neden olmakta ve ilave sorumluluklar almalarını engellemektedir.⁴⁶⁵ Genç işçiler açısından yaş ayrımcılığı başarısız bir iş başvurusu veya kaybedilmiş bir terfi imkânı anlamına gelebilirken, yaşlı işçiler açısından ise iş hayatlarının sonu anlamına gelebilmektedir.⁴⁶⁶ Yaşlı

⁴⁵⁷ MalcolmSargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s, 4

⁴⁵⁸ MalcolmSargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s, 4. ; Massachusetts Board of Retirement v Murgia, 427 U.S. 307, United States Supreme Court, 1976.

⁴⁵⁹ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 35 – 36.

⁴⁶⁰ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,46; Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39.

⁴⁶¹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf , s,3.

⁴⁶² Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34.

⁴⁶³ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 40 – 41.

⁴⁶⁴ H. Bahar Aykaç, Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, 2015, s, 339 – 341.

⁴⁶⁵ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 37 – 38.

⁴⁶⁶ MalcolmSargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s, 6.

işçilere yaşları dolayısıyla yapılan haksızlıklar onları işlerinden uzaklaşmaya ve tekrar iş piyasasında yer almamaya itmektedir.⁴⁶⁷ Bu durum işveren açısından; kurumun başarısının olumsuz etkilenmesi, yasal süreç sonucu alabileceği cezalar, kurumun saygınlığının azalması ve kalifiye insan kaynağı tarafından tercih edilmemesi gibi önemli sorunlar yaratmaktadır.⁴⁶⁸

Yaşla birlikte fiziksel - zihinsel bir gerileme söz konusu olabilse de, bu büyük ölçüde kişinin kendisiyle sıkı sıkıya ilişki içerisinde ve bunu etkileyen birçok faktör daha mevcuttur. Bu faktörler sosyo - ekonomik koşullara, istihdama ilişkin koşullara örneğin işe, iş koşullarına, iş yerine göre değişiklik gösterebilirler.⁴⁶⁹ Esasında, istihdama ilişkin koşullar kişinin daha sonraki yaşantısında zihinsel ve fiziksel açıdan önemli belirleyicilerden olabilirler.⁴⁷⁰

Avrupa Birliği Üye Devletlerinin katıldığı (Romanya ve Bulgaristan'ın da dâhil olduğu) yakın tarihli bir yaş ayrımcılığı araştırmasına göre; Avrupa Birliği Üyesi Devletlerde % 46 oranında, Bulgaristan'da % 51 ve Romanya'da ise % 46 oranında yaş ayrımcılığı yaygındır. Bu oranlar, aynı sorularla 5 yıl öncesinde yapılmış bulunan bir araştırmaya göre artmış bulunmaktadır, o zaman Avrupa Birliğine Üye Devletlerde % 35 oranında, Romanya' da ise % 41 oranında yaş ayrımcılığı yaygın bulunmakta idi. Bu da göstermektedir ki, yaş ayrımcılığı hususunda farkındalığın artmaya başlamasına rağmen, hala yaş ve istihdam arasındaki negatif ilişkinin var olduğuna inanılmaktadır.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 37 – 38.

⁴⁶⁸ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,46.

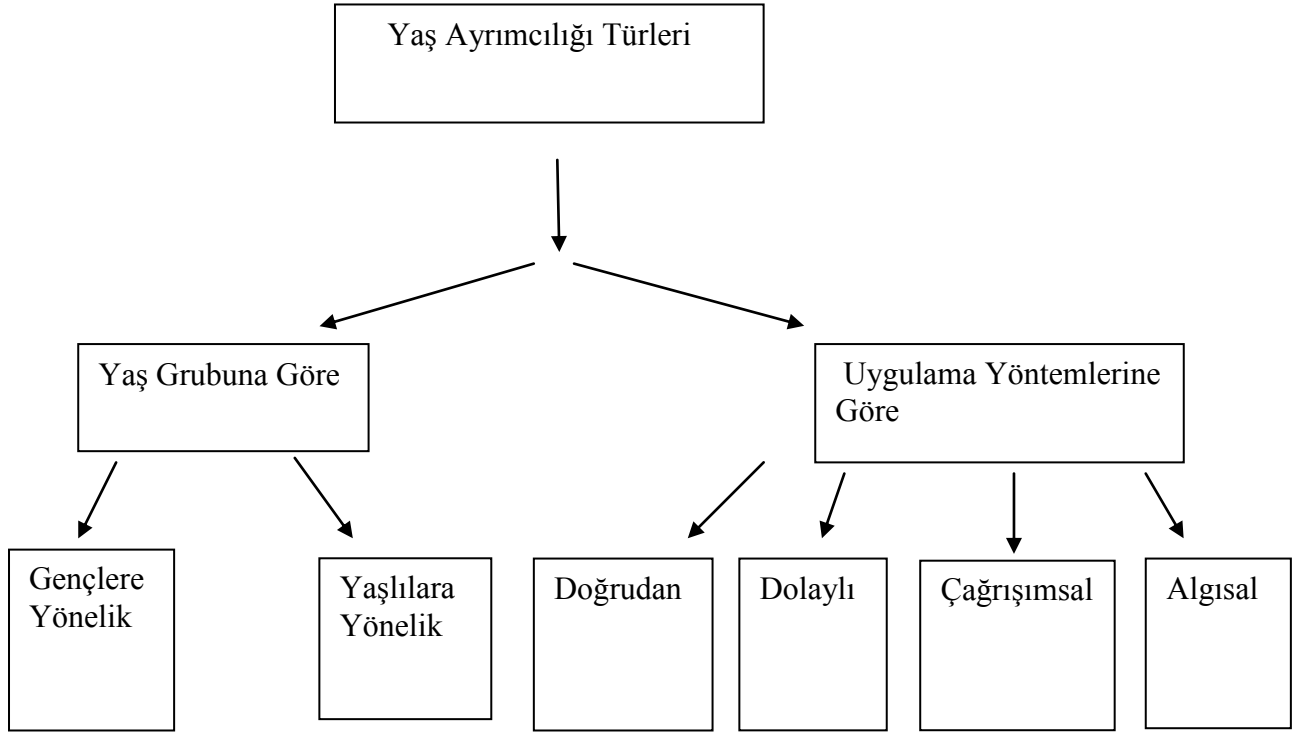
⁴⁶⁹ Baybora, Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39 – 40.

⁴⁷⁰ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf , s,3.

⁴⁷¹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf , s,4.

2. Yaş Ayrımcılığının Türleri

Yaş ayrımcılığını; “yaş grubuna göre” ve “uygulama yöntemine göre” olmak üzere iki farklı başlık altında incelemek olasıdır:



Uygulandığı kişiler açısından bakıldığında; “yaşlılara” ve “gençlere” uygulanan yaş ayrımcılığından söz edilebilir.⁴⁷² Demografik anlamda 65 yaşın üzerindeki kişiler için yaşlı nitelemesi kullanılmakla birlikte, çalışma hayatı bakımından, 50 veya 55 yaşın üzerindeki kişiler yaşlı işçi olarak kabul edilmektedir.⁴⁷³ Bu yaştakilere yeterince dinamik ve değişime açık olmama gibi ön yargılardan yaş ayrımcılığı uygulanabilirken, gençlere yeterli bilgi ve deneyime sahip olmadıkları düşüncesiyle ayrımcılık uygulanabilmektedir. Gençlerin maruz kaldığı bu tür yaş ayrımcılığına ise; “tersine yaş ayrımcılığı” da denilmektedir.⁴⁷⁴ Muhtemelen, 20 yaşındaki işçi 25 yaşındaki bir işçi ile kıyaslandığında, 60 yaşındaki işçi ise daha genç işçilerle

⁴⁷² Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39 – 40.

⁴⁷³ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 46. 55 yaşındaki kişiler, ayrımcılığın diğer formlarından aşağı yukarı iki kat daha fazla yaş önyargısıyla karşılaştıklarını iddia etmektedirler.

⁴⁷⁴ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,47.

kıyaslandığında halinden muzdarip olacaktır.⁴⁷⁵ Buna rağmen, yaşlı işçiler kronolojik yaşları nazara alınarak yaş ayrımcılığına daha fazla maruz kalmaktadırlar.

a) Uygulama Yöntemleri Açısından Yaş Ayrımcılığı

Uygulama, yöntemleri açısından bakıldığında yaş ayrımcılığı “doğrudan”, “dolaylı”, “çağrışımsal” ve “algısal” olarak gerçekleştirilmektedir.⁴⁷⁶

aa) Doğrudan Yaş Ayrımcılığı

Ayrımcılık alanı, kriterleri ve göstergeleri somut olarak algılanıp, objektif biçimde değerlendirilebilir. Bu yön ve biçimde karşılaşılan ayrımcı davranışlar, “doğrudan” ya da “dolaysız” ayrımcılık kavramı ile ifade edilmektedir. Doğrudan ayrımcılık, kanunların, kuralların veya uygulamaların bazı bireyleri açık bir şekilde yalnızca belli bir grubun üyeleri olmaları nedeniyle dışlaması veya tercih etmesidir.⁴⁷⁷ Örneğin; iş ilanlarında belirli bir yaşın üzerindeki kişilerin başvuramayacağının ifade edilmesi doğrudan yaş ayrımcılığıdır.⁴⁷⁸

bb) Dolaylı Yaş Ayrımcılığı

Dolaylı ayrımcılık, tarafsız görünmekle birlikte uygulamada açık olarak belli bir grubun üyelerini etkileyen kurallar veya işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁷⁹ Uygulamada karşılaşılan; iş saatleri dışında, hafta sonları veya günün ilerleyen saatlerinde örgütsel eğilim kurslarına ilgisi olan işçilerin bu tür eğitimlerden hariç tutulması bu tür ayrımcılığın örneklerindendir.⁴⁸⁰ Aynı şekilde, belli makamlara terfi için 10 yıllık deneyim şartının aranması da, 25 yaşın altındaki çalışanların terfi edemeyeceği anlamına gelmektedir ki; özel bir gerekçe sunulmadığı takdirde

⁴⁷⁵ Malcolm Sargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s. 5.

⁴⁷⁶ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s.47; Baybora, A.g.e., s. 33 – 36.

⁴⁷⁷ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 41 – 42; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 119. İş Hukuku uygulamasında işverenin hukuk düzeninin kesin olarak yasakladığı ayırım yasaklarına aykırı hareketleri, doğrudan ayrımcılık kapsamında kabul edilmektedir. Burada aynı veya benzer durumdaki kişiler arasında fark meydana gelmemesi hedeflenmektedir.

⁴⁷⁸ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s.47; Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s. 36; Aytekin, A.g.e., s. 271.

⁴⁷⁹ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s. 37.

⁴⁸⁰ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 42; Aytekin, A.g.e., s. 271.

gençlere yönelik uygulanabilecek dolaylı yaş ayrımcılığına bir örnektir. Ancak, uygulamada doğrudan ayrımcılığa göre dolaylı ayrımcılığın belirlenmesi çok daha zordur.⁴⁸¹

cc) Çağrışimsal Yaş Ayrımcılığı

Bu tür ayrımcılıkta birey, ayrımcılık uygulanan grupta yer almamakta; ancak bu gruba yakın ilişkisi nedeniyle ayrımcılığa uğramaktadır. Örneğin yaşlılara yönelik ayrımcılığın olduğu bir kurumda genç bir çalışanın yaşlı çalışanlara yakın olması nedeniyle ayrımcılığa maruz kalması çağrışimsal yaş ayrımcılığıdır.⁴⁸²

dd) Algısal Yaş Ayrımcılığı

Yaş ayrımcılığı uygulanan gruba ait olmadığı halde, o gruba ait olduğu algısı nedeniyle ayrımcılık yapılmasıdır.⁴⁸³ Örneğin yanlış bir algıyla belli bir yaş grubuna ait olduğu düşünülen çalışanın görüşme talebinin algılanan yaşı nedeniyle reddedilmesi böyle bir ayrımcılıktır.⁴⁸⁴

b) Yaş Gruplarına Göre Yaş Ayrımcılığı

Çalışma ekonomistleri çalışma çağını 15 – 65 yaş arasındaki dönem olarak kabul etmektedirler.⁴⁸⁵ Yaş grubuna göre yapılan ayrımcılığı ise, iki ana başlık olarak gençlere ve yaşlılara yapılan ayrımcılık olarak belirtebiliriz. Çalışmamızda, yaş ayrımcılığından bu iki yaş grubu kadar etkilenmese de orta yaşlı bireylerin maruz kaldıkları yaş temelli ayrımcılıklara da değinilecektir.

⁴⁸¹ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,48.

⁴⁸² Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,48.

⁴⁸³ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 42.

⁴⁸⁴ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,48.

⁴⁸⁵ Kadir Arıcı, “Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Yeni Bir Sorun: Yaşlı İşçiler”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s, 932; Aykaç, A.g.e., s, 336 -337.

aa) Gençlere Ayrımcılık

Gençlerin uğradığı yaş ayrımcılığı yaşlıların uğradığı yaş ayrımcılığından daha farklı nitelik taşımaktadır fakat onlar da doğrudan yahut dolaylı yaş ayrımcılığına maruz kalmaktadırlar.⁴⁸⁶

16 – 19 yaş grubunu kapsayan bir analizde, bu kişilerin son işlerinden neden ayrıldıkları incelenmiştir. Grubun % 36'sının işlerinden istifa ettikleri görülmüştür. İstifanın sebebi her ne olursa olsun, belirtilen yaş grubunda işlerinden ayrılma hususunda bir yönelme olmuştur. Aynı analiz, 50'lili yaşlardaki bireylere yapıldığında istifa oranı % 8'lere düşmektedir. Bunun nedeni ise, bu yaş grubundaki kimselerin işlerinden ayrıldıkları takdirde iş piyasasında bir daha ilelebet iş bulamayacakları kanısıyla hareket etmeleridir.⁴⁸⁷ Kimse genç işçilerin yaş ayrımcılığı dolayısıyla mağdur edilmediğini söyleyemese de, yaşlı işçilerle mukayese edildiğinde farklı durumlar dolayısıyla yaş ayrımcılığından muzdarip olduklarını söylemek mümkündür.

25 yaşın altındaki yaş grubu diğer genç çalışanlardan farklı olarak değerlendirilebilir çünkü bu kişilerin birçoğu eğitim görmektedir. Bunun sonucunda da bu kişilerin büyük çoğunluğu yarı – zamanlı işleri tercih etmek durumunda kalmaktadırlar.⁴⁸⁸

İngiltere'de yapılan bir incelemeye göre, 15- 19 yaş aralığındaki grup tahminen nüfusun % 6 -7'sini oluşturmaktadır. 2001 yılında yapılan nüfus sayımı uyarınca 60 yaşın üzerindeki bireyler en büyük popülasyonu oluştururken, bunu 16 yaşın altındaki bireyler takip etmektedirler.⁴⁸⁹

İstihdamda yer alan 18 – 24 yaş aralığındaki erkeklerin oranı % 60. 1 iken, kadınların oranı % 57,3'tür. Belirtildiği gibi, bu kişilerin çoğu yarı zamanlı işlerde çalışmaktadırlar.⁴⁹⁰ Örneğin, İngiltere'de 7,5 milyon yarı zamanlı çalışan işçi bulunmaktadır, bunların 1, 145 milyonu ise aynı zamanda öğrencidir.⁴⁹¹ İşsizlik de bu yaş grubu açısından oldukça önemli bir sorun arz etmektedir.

⁴⁸⁶ Yuvalı, A.g.e, s, 157.

⁴⁸⁷ MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 26.

⁴⁸⁸ MalcolmSargeant, Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 27.

⁴⁸⁹ www.statistics.gov.uk

⁴⁹⁰ Esasında yarı zamanlı çalışma, cinsiyet ayrımcılığına karşı geleneksel bir önlem olarak doğmuştur. Gerçekten de yarı zamanlı çalışan işçilerin çoğunluğu kadınlardan oluşmaktadır.

⁴⁹¹ MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 27.

1998 tarihli İngiltere’de çıkarılmış bulunan Çalışma Süresi Yönetmeliği (The Working Time Regulations) ile genç işçileri istihdam edenlere birçok sınırlama getirilmiştir. Burada çalışma süresine ilişkin belirli yönlerle ilişkin olarak Avrupa Konseyi Yönerge ’sinden yararlanılmıştır.⁴⁹² Yönergenin amacı madde 1.3’de esas olarak özetlenmektedir. Buna göre, üye devletler genç işçilerin yaşlarına uygun iş koşulları tedarik ettiklerinden emin olmak durumundadırlar. Genç işçiler; ekonomik sömürüye, eğitimlerini tehlikeye düşürecek durumlara karşı ve güvenliklerinin, sağlıklarının, psikolojilerinin, ahlaklarının korunması amacıyla gözetilmelilerdir.⁴⁹³ Yönetmelik, genç işçilerin iş hayatında daha hassas – korunmasız olduklarını belirtmiş ve korunmaları için özel önlemlere ihtiyaç olduğunu varsaymıştır. Buna dayanarak, çalışma saatlerine, gece çalışmasına, dinlenme sürelerine, tatillere ve paydoslara ilişkin özel kurallar belirlenmiştir. Bu Yönerge, yaş temelli önlemlere örnek olarak gösterilebilir, alt grupların özel ihtiyaçları lehine pozitif düzenlemeler olarak nitelendirilmesi mümkündür.⁴⁹⁴

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın 2013 yılı çalışma hayatı istatistikleri uyarınca,⁴⁹⁵

Seçilmiş ülkelerde işgücü:

Ülke	İşgücüne Katılma Oranı			İstihdam Oranı			İşsizlik Oranı			Genç İşsizlik Oranı		
	12	13	%	12	13	%	12	13	%	12	13	%
Türkiye	50	50,8	1,7	45,4	45,9	1,2	9,2	9,7	5,5	17,5	18,5	6,7
ABD	63,7	63,2	-0,8	58,6	58,6	0	8,1	7,4	-8,6	16,2	15,5	-4,3
Almanya	60,1	60,3	0,3	56,8	57,1	0,5	5,5	5,3	-2,7	8,1	7,9	-2,7
İngiltere	62,7	62,8	0,2	57,7	58,1	0,7	7,9	7,5	-5,1	21,0	20,5	-2,4
Hollanda	65,2	65,2	0	61,8	60,8	-1,6	5,3	6,7	27,1	9,5	11	16,1
Japonya	59,1	59,3	0,4	56,5	56,9	0,8	4,3	4	-7,2	8,1	6,8	-16,1
İsviçre	68,2	68,3	0,1	65,3	65,3	0	4,2	4,4	4,9	8,4	8,5	1

⁴⁹² Directive 94/33/EC OJ L216/12.

⁴⁹³ Aykaç, A.g.e., s, 336 – 337; Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var Mı?, s, 39 - 40.

⁴⁹⁴ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 34.

⁴⁹⁵ Uluslararası Çalışma Örgütü – ILO <http://laborsta.ilo.org> (10.06.2014)

bb) Orta Yaşlılara Ayrımcılık

Bu grubu 25 – 49 yaş arası olarak belirlediğimizi varsayalım. Burada yapılan sınıflandırma, bu yaş aralığındaki işçilerin karşılaştığı sorunlara dikkat çekebilmek için gereklidir. Örneğin, İngiltere’de bu yaş grubunda 21 milyon kişi bulunmaktadır ve çalışan oranı diğer yaş gruplarıyla kıyaslandığında daha yüksektir.⁴⁹⁶

25 – 49 Yaş Aralığı İçin Çalışan İstatistikleri:⁴⁹⁷

Yaş Aralığı	Toplam Çalışan Sayısı	İstihdam Oranı (%)
25 – 34	6, 306, 000	78, 1
35 – 49	10, 803, 000	81, 0

Bu tablo, küçük çocuk sahibi olan kimselere göre şekillenmektedir. Bu kişilerin % 68’i 30’ lu yaşlarında, % 80’i geçkini ise 40’lı yaşlarında çocuk sahibi olmuşlardır, 20’li yaşlarda ise bu oran % 20’lerden azdır. Bu sebeple, istatistikler uyarınca 25 – 44 yaş aralığındaki kadın çalışanların % 50’sinin yarı zamanlı çalışmayı tercih ettiği ortaya çıkmaktadır.⁴⁹⁸ Aynı yaş grubuna mensup erkek çalışanlarla kıyaslandığında, bu oran % 11 olarak tespit edilmiştir.⁴⁹⁹

Yine, İngiltere’de “The Employers Forum on Age” tarafından yapılan bir analiz uyarınca, 30’ lu yaşlar işe alınmak için en uygun zamanlardır. 40’ lı yaşlar içinde keza aynısını söylemek uygun olabilir. 30 – 39 yaş aralığındaki bireylerin % 6 ‘sından azı, 40 – 49 yaş aralığındaki bireylerin % 10’ u iş başvurularının yaşları dolayısıyla dikkate alınmadığını belirtmişlerdir. Bu oranlar, diğer yaş gruplarına oranla daha azdır. Ayrıca, bireyler profesyonelliklerinin zirvesine de 30’ lu yahut 40’lı yaşlarda ulaşmaktadırlar.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 37.

⁴⁹⁷ İngiltere’de yapılan bu araştırmanın sonuçları, 2010 yılında mart - mayıs ayları arasındaki dönemi kapsamaktadır.

⁴⁹⁸ www.statistics.gov.uk

⁴⁹⁹ TheEqualOpportunatiesCommision ‘nın çalışmaları yarı zamanlı çalışan kadın işçilerin tam zamanlı çalışan erkek işçilere kıyasla saat başına % 40 daha az ücret aldıkları yönündedir.

⁵⁰⁰ MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 38.

Diğer ayrımcılık türlerini bir yana bıraktığımızda, yaş ayrımcılığı açısından değerlendirildiğinde bu yaş grubu en az olumsuz etkiye maruz kalan grup olarak ifade edilebilir.⁵⁰¹

cc) Yaşlılara Ayrımcılık

aaa) Yaşlılık Kavramı

Yaşlılık, toplumdan topluma hatta aynı toplum içinde kişiden kişiye veya zamana göre değişebilen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır ve yaşlılığın birçok disiplin tarafından farklı açılardan incelenmesi ve ele alınması mümkündür.⁵⁰² Her kişinin farklı bir biyolojik geçmişi, farklı iş deneyimleri ve farklı bir duygusal yaşamı olduğu bir gerçektir.⁵⁰³ Ayrıca, yaşlılık, toplumlar arasında da farklılaşabilmektedir; yaşlanmada toplum ve kültürün yeri önemli bir rol oynamaktadır.⁵⁰⁴ Öte yandan, yaşlanma/ yaşlılık genel olarak bir “yetersizlik süreci” şeklinde ifade edilmektedir.⁵⁰⁵ Bahsedilen farklılıklara dayanan bir yaşlanma kriteri belirlemek mümkün olmadığı için, kronolojik olarak belirlenmiş belirli bir yaş tanımlaması yapılmak mecburiyetinde kalınmaktadır.⁵⁰⁶ Günümüzde, tıp alanında ve ilaç sanayiinde yaşanan gelişmeler, daha sağlıklı ortamların sağlanması, sağlık hizmetlerinin topluma yaygınlaştırılması, eğitim sisteminin yükselmesi, kişilerin daha bilinçli olmaları ve sağlıklarına dikkat etmeleri gibi birçok nedenden ötürü ortalama yaşam süresi uzamıştır.⁵⁰⁷ Kişilerin daha uzun süre yaşamaları ve doğum oranlarının düşmesi toplumların nüfus yapısında değişikliklere neden olmakta ve bu durumun birçok alanda yansımaları ortaya çıkmaktadır.⁵⁰⁸ Nüfusun yaşlanmasıyla birlikte sosyal güvenlik sistemlerine prim ödeyerek katkıda bulunan aktif sigortalıların sayısı sınırlı kalmaktadır.⁵⁰⁹ Bu durum, ülkelerin sosyal güvenlik

⁵⁰¹ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 39 – 40.

⁵⁰² Dilek Baybora, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, s, 39 – 67.

⁵⁰³ Arıcı, A.g.e., s, 932.

⁵⁰⁴ Fatma Başterzi, Yaşlılık Sigortası, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Yorum Basım Yayın, Ankara, 2006, s, 32 -33.

⁵⁰⁵ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var Mı?, s, 39.

⁵⁰⁶ Taşçı, A.g.e., s,176.

⁵⁰⁷ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var Mı?, s, 39.

⁵⁰⁸ Oğuz Karadeniz/ Nagihan Öztepe, Türkiye’de Yaşlı Yoksulluğu, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013, 78.

⁵⁰⁹ Yazıcıoğlu, A.g.e., s, giriş kısmı XXX.

sistemlerinin krize girmesinin nedenlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵¹⁰ Ayrıca, nüfusun yaşlanması işgücünün azalması anlamına gelmektedir.⁵¹¹ Gelişmekte olan ülkelerde nüfusun daha genç olması nedeniyle işgücü piyasalarında henüz bir sorunla karşılaşılmamıştır. Ancak, gelişmiş ülkelerde nüfusun yaşlanması ve genç işgücü sayısındaki artışın sınırlı kalması nedeniyle, yaşlıları çalışma yaşamında daha uzun süre tutmanın yolları aranmakta ve buna yönelik çözümler üretilmeye çalışılmaktadır.⁵¹² Bununla birlikte işverenlerin, yaşlı işçilerin daha yavaş öğrendiği, yeniliklere uyum sağlama konusunda isteksiz oldukları, esnek olmadıkları, yeterince enerjik olmadıkları ve bilgilerinin güncelliğini kaybettiği gibi olumsuz düşünceleri ve önyargıları nedeniyle yaşlı işçileri çalıştırmak konusunda pek istekli olmadıkları görülmektedir.⁵¹³ Ayrıca, yaşlı işçilerin işyerinde uzun yıllar çalışmış olmaları nedeniyle ücretleri ve diğer yardımları daha yüksektir.⁵¹⁴ İşverenlerin, maliyetleri düşürmek için yaşlı işçileri genç işçilerle değiştirme yoluna gittikleri de görülmektedir.⁵¹⁵

Birçok toplumda işverenler hala yaşlı işçilere karşı ayrımcı tutumlarını sürdürmekte, yaşlı işçi istihdam etmenin pahalı olduğunu düşünmekte ve yaşlı işçileri diğer işçiler kadar üretken bulmamaktadırlar.⁵¹⁶ Daha yıpratıcı olanı ise, bunun gittikçe daha yaygın ve iş piyasasında kabul görür hale gelmesidir.⁵¹⁷

Çalışma yaşamında yaş ayrımcılığı, kişilerin yaşlarına bağlı olarak iş ilanlarından başlamak üzere işe alınırken, çalışırken veya işe son verilmesi sırasında söz konusu olabilmektedir.⁵¹⁸ Uluslararası belgelerde yaş ayrımcılığını önlemeye yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Ayrıca, ülkeler de kendi iç mevzuatlarında yaş ayrımcılığını önlemek amacıyla düzenlemeler yapmaktadırlar.⁵¹⁹ Bazı ülkeler, sadece çalışma yaşamında yaş ayrımcılığını önlemek amacıyla düzenlemeler yaparken, bazı ülkeler çalışma yaşamıyla sınırlı olmak üzere her yaş grubundan işçileri korumak amacıyla düzenlemeler yapmaktadırlar.⁵²⁰ Buna karşılık, bazı

⁵¹⁰ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 42 – 43.

⁵¹¹ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39

⁵¹² Arıcı, A.g.e., s, 932 – 933.

⁵¹³ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁵¹⁴ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 39

⁵¹⁵ Baybora, A.g.e., giriş 1.

⁵¹⁶ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 61 – 62.

⁵¹⁷ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf , s,5.

⁵¹⁸ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 42; Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40.

⁵¹⁹ Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 – 45.

⁵²⁰ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 37 - 38.

ülkelerde ise çalışma yaşamının dışında diğer alanlarda da kişileri yaş ayrımcılığından korumak için düzenlemeler yapılmakta ve bu düzenlemelerde herhangi bir yaş sınırı getirilmeksizin her yaş grubundan kişilerin yaş ayrımcılığından korunması amaçlanmaktadır.⁵²¹

Yaygın olarak yaşlı kavramı kullanılmasına rağmen, bir kişinin hangi yaşta yaşlı olduğuna dair genel bir kanı bulunmamaktadır.⁵²² Yaşlılık, genellikle belirli bir yaş grubu hakkında olumsuz niteliklere ait düşünceleri içermektedir.⁵²³ Farklı toplumlar ve kültürler esas alınarak farklı yaşlı kavramı tanımlarının yapılması mümkündür. İklim, beslenme, yapılan işin niteliği, cinsiyet gibi etkenler her yerde ve her zaman geçerli olan bir tanımın yapılmasını güçleştirmektedir.⁵²⁴ Bu anlamda, farklı yönlerden “yaş” üzerinden tanımlamalar yapılmak suretiyle, yaşlılık anlamlı bir çerçeveye oturtulmaya çalışılmaktadır.⁵²⁵ “Kronolojik yaş” bu yönlerden biridir. Çerçevesini ise, insanın doğum tarihi ile başlayan süreç oluşturmaktadır. Ancak, kronolojik yaş ile yaşlanmanın belirtileri tam anlamıyla ortaya konulamadığı için, nüfusun belli bir kısmının yanlış sınıflandırılması söz konusu olabilmektedir.⁵²⁶

Yaşlanma fizyolojisi olarak da ifade edilen gerontoloji bilimi, yaşlanma olayını konu edinmektedir ve genel olarak yaşlılık, “*kronolojik yaşın ilerlemesiyle, çevresel koşullar altında yaşayan organizmada, yetişkinde meydana gelen düzenli değişiklikler*” olarak tanımlanabilir. Yaşlılığın; biyolojik yaşlılık, fizyolojik yaşlılık, fonksiyonel yaşlılık, kronolojik yaşlılık, sosyal yaşlılık ve duygusal yaşlılık şeklinde tanımlarının yapılması mümkündür.⁵²⁷

Biyolojik yaşlılık, zamanın geçmesine bağlı olarak hastalık haricinde insan vücudunun yapısında ve fonksiyonlarında meydana gelen yıpranma iken, fizyolojik yaşlılık bu yıpranmaya bağlı olan insanın kişiliğinde ve davranışlarında ortaya çıkan değişiklikler olarak tanımlanır.⁵²⁸ Fonksiyonel yaşlılık, aynı yaştakilerle kıyaslandığında kişilerin fiziki görünüş, hareketlilik, dayanıklılık, mental kapasite gibi gözlenebilir özelliklerine göre belirlenebilir yaşıdır. Sosyal yaşlılık, bir toplumda

⁵²¹ Baybora, A.g.e., giriş 2

⁵²² Arıcı, A.g.e., s. 932. Türk Hukukunda yaşlı işçi kimdir? Bu sorunun cevabını bulmak güçtür. İş Kanunu madde 53/ 5’de “*Ancak on sekiz ve daha küçük yaşta işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi 20 günden az olamaz.*” hükmü mevcuttur. 4857 sayılı İş Kanununda yer alan bu hükmün zımni manasından kanun koyucunun 50 yaş ve üzerinde çalışan işçileri “*yaşlı işçi*” olarak kabul ettiği kanısına varılabilir.

⁵²³ Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 43 – 44.

⁵²⁴ Baybora, A.g.e., s. 5.

⁵²⁵ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 42.

⁵²⁶ Taşçı, A.g.e., s.176.

⁵²⁷ Baybora, A.g.e., s. 5; Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s. 34.

⁵²⁸ Arıcı, A.g.e., s. 934; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 121.

yaşayan kişinin kültür durumuna ve sosyal özelliklerine göre toplumun ya da kendisinin kişiye yüklediği sosyal rol ve yükümlülüklerdir. Duygusal yaşlılık ise kişinin kendini hangi yaşta hissettiğine bağlı olarak belirlenen yaşıdır. Bu yaşlılık türlerine politik emeklilik yaşı, aktüeryal emeklilik yaşı, ekonomik emeklilik yaşı, ekonomik emeklilik yaşı gibi başka türler de eklenmektedir.⁵²⁹

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 2013 yılı çalışma hayatı istatistikleri uyarınca; Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) Üyesi olan bazı devletlere ait emeklilik yaşları:⁵³⁰

Ülkeler	Kadın	Erkek
Türkiye ⁵³¹	58 (44)	60 (48)
Fransa	60	60
Almanya	67	67
Hollanda	65	65
İsviçre	64	65
Yunanistan	65	65
ABD	67	67

Yaşlılık, çocukluk, gençlik ve yetişkinlik gibi insan yaşamındaki dönemlerden biridir.⁵³² Yaşlanma, bir yönüyle bireysel bir yönüyle de toplumsal bir özellik taşımaktadır ve geri dönüşü olmayan, tüm sistemleri etkileyen ve kaçınılması mümkün olmayan fizyolojik bir süreçtir.⁵³³

Yaşlılıkla ilgili çalışmalarda, kronolojik yaş kullanılmaktadır. Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği standart bir kriter olmamakla birlikte birçok ülkede 60 yaş ve üzeri “yaşlı” olarak kabul edilmektedir.⁵³⁴ Yaşlılığın, emekliliğe ayrılma noktasında

⁵²⁹ A. Can Tuncay, Geciken Yaşlılık ve Zorunlu Emeklilik Üzerine, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2012, s.2.

⁵³⁰ Pension at a Glance 2009.

⁵³¹ Emeklilik yaşı 2000 yılından sonra işe başlayanlar için, 4447 sayılı Kanun ile kadınlarda 58, erkeklerde 60 olarak belirlenmişti. 5510 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile emeklilik yaşı ilk defa kanunun yürürlüğe girdiği tarihte işe başlayanlar için 58-60 olarak uygulanacak ve yaş 2036'dan itibaren emekli olacaklar da kademeli olarak erkeklerde 2046 yılında, kadınlarda 2048 yılında 65'e yükseltilecektir.

⁵³² Arıcı, A.g.e., s, 934.

⁵³³ Baybora, A.g.e., s, 6.

⁵³⁴ Baybora, Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 43; Tuckman ve Loge 1952 yılında, “İşte ve sanayide 45 yaş ve üzeri kadın ve erkeklerin, yaşlı işçilerin işe alınmalarında, yükselmelerinde ve işte tutulmalarında önemli sınırlamalar vardır” diyerek durumu ifade etmiş. Eurolink, “Yaş ayrımcılığı kavramı, ayrımcılık için yaşı kullanmanın haksız olduğu ve yaşlı işçilere haksız muamele durumlarında uygulanır” şeklinde yaş ayrımcılığının izahını yapmıştır.

başladığı da ifade edilen görüşlerden biridir.⁵³⁵ Gelişmiş ülkeler, 65 yaş ve sonrasında yaşlılık dönemi olarak kabul etmektedirler. Yaşlılığın başlangıcının 65 yaş olarak alınması, kişilerin emekliye ayrılma, bazı sosyal güvence ve sağlık hizmetlerinden yararlanmaya başlama yaşının belirlenmesiyle ortaya çıkmaktadır. 500 şirketin katıldığı bir anket yapılmış ve hangi yaşın çalışmak için yaşlı olarak değerlendirilebileceği sorulmuştur. Cevaplayanların %12'si 40 yaş, %25'i 50 yaş, %43'ü 55 yaş ve %60'ı 60 yaş yaşlı olarak nitelendiklerini belirtmişlerdir. Kişilerin % 36'sı yaşlı işçileri daha basiretli – tedbirli, % 40'ı yeni teknolojiye uyum sağlayamayan ve % 38'i genç işçilerden emir – talimat almaktan imtina eden olarak bulduklarını belirtmişlerdir.⁵³⁶ Sadece kronolojik yaş, bireyin yaşlı olup olmadığının belirlenmesinde yeterli değildir.⁵³⁷ Çünkü ileri yaşlarda da, üretken ve toplumda etkinliğini koruyan kişiler bulunmaktadır.⁵³⁸ Bundan dolayı yaşlılığı, biyolojik boyutları olduğu kadar psikolojik ve sosyal boyutları da olan bir kavram olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.⁵³⁹

bbb) Yaşlılık Sorunları

Nüfusun yaşlanması, bazı sorunları da beraberinde getirmektedir.⁵⁴⁰ Yaşlılara yönelik olarak üretilen/ üretilmesi düşünülen politikalar, sosyal politika alanındaki en önemli konulardan biri olarak bilinmektedir.⁵⁴¹ Dünya ölçeğinde gözle görülen bir şekilde yaşlıların sayısındaki artış, yaşlılara yönelik sosyal politikalara daha fazla önem verilmesine yol açmaktadır.⁵⁴² Yaşlı olarak nitelendirilen kişiler sağlık sorunlarının yanı sıra ekonomik, ailevi, psikolojik ve sosyal nitelikli sorunlarla karşı karşıya bulunmaktadırlar. Aslında, bu sorunların birbirinden ayrılması da zordur.⁵⁴³

Günümüzde yaşlılık, ortalama yaşam süresinin uzaması ve buna bağlı olarak yaşlı nüfusun artmasıyla daha fazla önem kazanmıştır.⁵⁴⁴ Nüfusun hızlı bir şekilde

⁵³⁵ Arıcı, A.g.e., s, 934 – 935.

⁵³⁶ Malcolm Sargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s, 7. ; taken from Taylor and Walker (1994).

⁵³⁷ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁵³⁸ Baybora, Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s,, 42 – 43.

⁵³⁹ Baybora, A.g.e., s, 16- 17.

⁵⁴⁰ Arıcı, A.g.e., s, 932.

⁵⁴¹ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 78 – 79.

⁵⁴² Faruk Taşçı, Yaşlılara Yönelik Sosyal Politikalar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010, s,175.

⁵⁴³ Baybora, A.g.e., s, 17.

⁵⁴⁴ Başterzi, A.g.e, s, 33.

yaşlanmasının manası, nüfus içindeki yaşlı oranlarının süratle artmasıdır.⁵⁴⁵ Gerçekten de AB’de nüfus içindeki yaşlıların (65 yaş ve üstü) oranı 1960 yılında %10.0 iken, 2000 yılı itibariyle %15.7 olmuştur; 2050 yılı projeksiyonu ise %29.9 olarak öngörülmektedir. 1960 – 2000 - 2050 periyodunda sırasıyla Almanya %11.5, %16.2, %31.5 ile; Fransa %11.1, %12.2 ve %27.3 ile; İtalya %10.1, %23.3 ve %35.3 ile; İsveç %11.7, %15.8 ve %24.3 ve İngiltere %7.4, %16.2 ve %26.6 ile (Eurostat, 11.05.2008: 62) nüfus içindeki yaşlı oranları açısından önemli bir hızlanmaya işaret etmektedir.⁵⁴⁶ Türkiye’nin yaşlı nüfus (65 yaş ve üstü) oranı ise, 1960 yılında %3.5, 2006 yılı %6.0 (DPT, 12.05.2008) ve 2008 yılı itibariyle de % 6.8 (TUIK, 2008) olarak kayıtlara geçmiştir. Göstergeler ve veriler, AB ve ülkelerini “çok yaşlı toplumlar” yapmakta iken, hâlihazırda Türkiye’yi “erişkin toplumlar” sınıfına sokmaktadır.⁵⁴⁷ Ancak Türkiye’nin de “yaşlı” ve “çok yaşlı” toplumlar sınıfına dâhil olabileceği unutulmamalıdır.

Dünya çapında yerel nüfus içerisinde yer alan yaşça büyük/ yaşlı gruplar sistematik biçimde belgelendirilmelidir.⁵⁴⁸ Birçok örnekte, bu ilerleme toplumdaki ekonomik ve sosyal ilerlemenin bir işaretidir.⁵⁴⁹ Fakat aynı zamanda, bu yerel ilişkilerde özellikle iş hususunda ve iş yerlerinde tekrar gözden geçirilmesi gerekli olan birçok istem dışı sonuca sebep olmaktadır.⁵⁵⁰ Yaşam süresinin uzatılması için onca çalışma yapılırken, yaşlı işçilerin imkânlarının arttırılması için yapılan çalışma sayısı oldukça azdır.⁵⁵¹ İşçiler açısından en çok önem arz eden, özellikle emeklilikten sonra, finansal güvenlik sağlanmasıdır. İş piyasası politikalarında topluma ve yaşlı işçilere nasıl yarar sağlanacağı ivedilikle ele alınmalıdır.⁵⁵²

Uzun süreli işsizlik yaşlı işçileri diğer yaş gruplarından daha fazla etkilemektedir. İngiltere’de 1997 ile 2000 yılları arasında yapılmış bulunan bir araştırma yaş aralıklarının işsizlik miktarına yansımaları gözler önüne sermektedir.⁵⁵³

⁵⁴⁵ Arıcı, A.g.e., s, 933.

⁵⁴⁶ Taşçı, A.g.e., s, 178.

⁵⁴⁷ Taşçı, A.g.e., s, 178.

⁵⁴⁸ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 43.

⁵⁴⁹ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34.

⁵⁵⁰ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 81.

⁵⁵¹ Arıcı, A.g.e., s, 934 – 935.

⁵⁵² http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf, introduction, s, 1.

⁵⁵³ Malcolm Sargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s, 12.

İşsiz Bireylerin Dağılımı:

Yaş aralıkları	Bahar 1977	Bahar 2000
16–24	750 000	819 000
25–34	91 000	266 000
35–44	110 000	464 000
50–64	490 000	1 321 000

Yaşlılıkla birlikte kişide meydana gelen en belirgin değişiklik, fiziksel özelliklerindeki değişimler ve duyu kayıplarıdır.⁵⁵⁴ Yaş ilerledikçe kronik hastalıklar da artmaktadır. Yaşlılıkla birlikte ortaya en çok sağlık alanında sorunlar çıkmaktadır.⁵⁵⁵ Kalp hastalıkları, yüksek tansiyon gibi fiziksel hastalıkların yanı sıra bu kişilerin aile ve toplum içindeki rollerinin değişmesi sonucunda depresyon, alınganlık gibi psikolojik sorunlar da ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, yaşlı kişinin sağlık durumundaki bozulma, bir ya da daha fazla psikolojik sağlık sorununun ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Yaşlanmayla birlikte düşünsel kapasitenin korunması mümkün olmakla birlikte enerji ve uyum yeteneği azalır, iş yapma yeterliliğinde kayıplar ortaya çıkabilir.⁵⁵⁶ Çünkü kişiler, bu yeteneklerle doğmayıp yaşla birlikte bu yetenekler elde edilmektedir ve yeterince uzun yaşadığında bu yeteneklerin çoğunun yeniden kaybedilmesi mümkündür.⁵⁵⁷ Bu yeteneklerden algılama ve sağduyunun asla kaybolmadığı ifade edilmektedir.⁵⁵⁸

Yaşlanmayla birlikte gelirin azalması ve buna bağlı ekonomik zorluklar ortaya çıkabilmekte ve gelir kaybıyla birlikte kişinin ailedeki rolü de sarsılmaktadır. Kişiler, sosyal güvenlik sistemi içinde yer alıyorsa, sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde sağlanan gelirleri olmakla birlikte bu gelir, çalışma yaşamında yer aldıkları sırada elde ettikleri gelirden biraz daha düşük olmaktadır.⁵⁵⁹ Sosyal güvenlik sistemi içinde bulunmayan yaşlılar, çalışamaz duruma geldiklerinde geçimlerini sağlamaları zorlaşmakta ve bu durum sosyal bir sorun olarak kendini göstermektedir.⁵⁶⁰

⁵⁵⁴ Arıcı, A.g.e, s, 934 – 935.

⁵⁵⁵ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 81 – 82.

⁵⁵⁶ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 42 – 43.

⁵⁵⁷ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁵⁵⁸ Baybora, A.g.e., s, 17.

⁵⁵⁹ Başterzi, A.g.e., s, 33.

⁵⁶⁰ Baybora, A.g.e., s, 18.

Bilgi ve teknoloji, ekonomi ve toplumsal yaşamın önemli belirleyicileri arasında yer almakta ve her ikisi de hızla değişmektedir.⁵⁶¹ Yaşlıların, hızla gelişen teknolojiyi kullanma konusunda zorluklarla karşılaştıkları görülmektedir.⁵⁶² Yaşlılık, geçmiş dönemlerde “*bilgi ve bilgelik*” işareti olarak değerlendirilip, yaşlılar saygı görüyorken, günümüzde topluma katkılarının fazla olmayacağı düşüncesiyle huzur evlerine terk edilmeleriyle karşılaşmaktadır.⁵⁶³

Toplumda yaşlılara karşı var olan ayrımcılık, bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁶⁴ Ayrıca kişilerin yaşlanmasıyla birlikte çalışma yaşamında da bazı sorunlarla karşılaşmaları söz konusu olmaktadır.⁵⁶⁵

ccc) Yaşlılık ve Sosyal Güvenlik Sistemleri

Yaşlılık, ekonomik açıdan gelir kaybına ve sağlık harcamalarının artması nedeniyle gider artışına yol açan ve toplumsal yönden sosyal güvenlik ihtiyacının en belirgin olarak kendini gösterdiği, en kapsamlı ve uzun bir sürece gereksinim duyan toplumsal risktir.⁵⁶⁶ Yaş ayrımcılığı ve iş yerindeki yansımalarına ilişkin sık olarak suni limitler getirilmektedir. Suni bariyerler yaşlı işçilerin etkinliği ile sınırlandırılabilir. Yaşlı işçiler için, negatif etkiler açıkça işe alım, çalışma koşulları ve kariyerlerindeki gelişim açısından öngörülmektedir. İşverenler açısından ki işverenlerin yaşlı işçilere karşı gereksiz bir önyargısı bulunmaktadır, bu işyerinde deneyim ve etkinlik kaybına neden olmaktadır. Yaşlanmaya dair klişeler oluşmakta ve topluma olan ekonomik maliyetleri diğer yaş dilimlerine göre artmaktadır.⁵⁶⁷ Bu faktörleri dikkate almaksızın, toplum açısından iyi işleyen bir sosyal güvenlik sistemine sahip olmak mümkün değildir. Böylece yaşlı işçiler çalışmak ve emeklilik arasında uygun bir seçeneğe sahip olurlar. Yaşlı işçileri cesaretlendirmek ve emeklilik yaşının ötesinde çalışmaya teşvik etmek amacıyla uygulanan iş piyasası politikaları, işçilerin ve haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından gereklidirler.⁵⁶⁸

⁵⁶¹ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 94.

⁵⁶² Arıcı, A.g.e., s, 934 – 935.

⁵⁶³ Baybora, A.g.e., s, 19.

⁵⁶⁴ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34.

⁵⁶⁵ Baybora, A.g.e., s, 20.

⁵⁶⁶ Başterzi, A.g.e., s, 34.

⁵⁶⁷ Başterzi, A.g.e., s, 35.

⁵⁶⁸ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf, introduction, s,1.

Kişilerin yaşam içinde karşılaştıkları, gelirlerinde azalmaya ve giderlerinde artışa neden olabilecek sosyal risklere karşı güvenliklerini sağlamak amacıyla sosyal güvenlik sistemleri oluşturulmuştur.⁵⁶⁹ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda, sosyal güvenlik şu şekilde ifade edilmiştir; “*Sosyal güvenlik..., toplumda yaşayan her kesimi hiçbir ayırım gözetmeksizin hayatın çeşitli sosyal risklerine karşı ekonomik güvence altına alarak yarın endişesinden kurtarmaya, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara yardım ederek onlara insan onuruna yaraşır en az yaşam düzeyi sağlamaya çalışır. Böylelikle bir ülkede, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet eder. ... Sosyal edimler sağlayan tüm alanlarda olduğu gibi, sosyal sigortalar da sosyal adalet ve sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmeye ve insana, insan onuruna layık bir yaşam düzeyi sağlamaya yöneliktir. ...*”⁵⁷⁰ Yaşlılık, kişilerin yaşam içinde karşılaşmaları kesin olan sosyal risklerden biridir.⁵⁷¹ Her ülkenin sosyal güvenlik sistemi sosyo – ekonomik ve insani nedenlerle belli bir kronolojik yaşı emeklilik yaşı olarak belirlemiş ve o yaştan itibaren aktif hayattan çekilecek bireylere, yaşlılık sigortasından yaşlılık aylığı bağlanma ya da başka bir sosyal yardım yapmayı tercih etmişlerdir.⁵⁷² Emeklilik yaşı, kuşkusuz ülkelerin sosyal ve demografik yapılarına, istihdam politikalarına, ekonomik durumlarına ve daha başka nedenlere bağlı olarak ülkeden ülkeye farklılık gösterir.⁵⁷³ Emeklilikle kişinin (sigortalının) uzun yıllar çalışması ile topluma sağladığı (ya da sağladığı varsayılan) ekonomik katkı ödüllendirilmiş, devletin ise vatandaşını ileri yaşında yalnız ve gelirsiz bırakmaması, ona sahip çıkması amaçlanmış olur.⁵⁷⁴ Denilebilir ki, yaşlılık bir durum, emeklilik ise bu durumun olması gereken bir sonucudur.⁵⁷⁵

Alman Birliğini kuran şansölye Ottovon Bismarck, 1889’da dünyada ilk yaşlılık sigortasını kurduğunda emeklilik yaşını 70 olarak belirlemişti. Oysa o tarihlerde ortalama ömür beklentisi 45 idi. 1908’de dönemin İngiliz Başbakanı Lloyd George 70 yaşını dolduranlara haftada 5 şilin ödenmesini öngördüğünde, ülkede 50 yaşından fazla yaşayanlar şanslı sayılıyordu. 1935 yılında ABD Sosyal Güvenlik Kanunu ile sosyal güvenlik sistemini ilk kurduğunda yaşlılık aylığı alma yaşı 65 olarak

⁵⁶⁹ Başterzi, A.g.e., s, 34 – 35.

⁵⁷⁰ Y10HD, 24.01.2012, 11457/929.

⁵⁷¹ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 63.

⁵⁷² Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 97.

⁵⁷³ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 39.

⁵⁷⁴ Arıcı, A.g.e., s, 934 – 935.

⁵⁷⁵ Tuncay, A.g.e., s,86.

belirlenmişti ki ülkede ortalama ömür o tarihte 62 idi. ABD’de bugün emeklilik (67 yaş) sonrası ömür ortalama 16 yıl iken, bazı zengin Avrupa ülkelerinde emeklilik sonrası ömür 25 yıla dayanmıştır. Birleşik Krallık’ta ise emeklilik sonrası kadın ortalama 32, erkek 27 yıl yaşamaktadır.⁵⁷⁶ OECD ülkeleri ortalamasında, emekli aylıkları GDP’nin %7’sine ulaşmıştır. O halde ortada ciddi bir nüfus yaşlanması (greying of population), ömrün daha çok uzaması gerçeği vardır.⁵⁷⁷ Bugün ileri ülkelerde aktif hayatın (çalışma hayatının) ne zaman sona ereceği sorusuna cevap aranmaktadır.⁵⁷⁸ Ortalama yaşam beklentisi o denli hızla yükselmektedir ki, bugün ABD’de 100 yaşın üzerinde 100.000 kişi yaşamaktadır. Ortalama her 10 yılda bir dünyada yaşam beklentisi 2- 3 yıl artmaktadır.⁵⁷⁹ Ortalama yaşam beklentisinin yükselmesinin iki demografik nedeni daha vardır. Birincisi, zengin ülkelerde kadınların doğurma eğiliminin azalması, ikincisi ise 2. Dünya Savaşı sonrası doğan jenerasyonun bugün emekli olmaya başlamış olmasıdır. 1950’lerde OECD ülkelerinde 20- 64 yaş arası nüfus içinde aktif- pasif oranı 7’ye 1 iken bugün bu oran 4’e 1’e inmiş, bu gidişle de 2050’de 2’ye 1’e ineceği tahmin edilmektedir. Bu da kamusal “pay as you go (dağıtım)” sisteminin çökmesi demek olacaktır. İnsanlık tarihi içinde insanların ömrü hep uzamıştır. Örneğin, bronz çağda tahminlere göre ortalama 26 yıl olan ömür, klasik Yunan ve Roma döneminde biraz artmış ve 28 olmuş, Ortaçağ Avrupası’nda 30’a çıkmıştır. Kuşkusuz ortalama insan ömrünün o zamanlar bu kadar düşük olmasında salgın hastalık ve savaşlar yüzünden kitle halinde ölümlerin etkisi büyüktür. Bu nedenle klasik Yunan ve Roma dönemlerinde 15 yaşına kadar yaşamış olan bir kişinin yaşam beklentisinin 52, Ortaçağ Avrupa’sında 21 yaşındaki bir kişinin ise 64 olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁸⁰ Bugün ise dünyada ortalama yaşam beklentisinin 67 olduğu tahmin edilmektedir.⁵⁸¹

2010 yılı sonu itibariyle ülkemizde ortalama yaşam beklentisi 71.8 olup bu ortalama kadınlarda 74.3’e çıkarken erkeklerde 69.4’te kalmıştır. 1999 tarihli ve 4447 sayılı Kanun bir yandan işsizlik sigortasını kurup diğer yandan bazı sosyal sigorta kanunlarında değişiklik yaparken, yaşlılık aylığından ortalama yararlanma

⁵⁷⁶ Tuncay, A.g.e., s,86; Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 63.

⁵⁷⁷ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44; OECD, “...yaş ayrımcılığı ne açıkça yapılır, ne de ölçülebilir...” şeklinde durumu ifade etmektedir. House of Lords Select Committee on Economic 2004’de, “İstihdamda yaş ayrımcılığının önemli olduğu ve geçerli kanıtlardan bu ayrımcılığın hem özel sektör hem de kamu sektöründe gerçekleştiği sonucunun çıkarılabileceğini” belirtmiştir.

⁵⁷⁸ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 39 – 40.

⁵⁷⁹ Tuncay, A.g.e., s,86; The Economist, 27.6.2009,s,22.

⁵⁸⁰ Tuncay, A.g.e., s,87; http://en.wikipedia.org/wiki/Life_expectancy (Erişim tarihi: 03.04.2012)

⁵⁸¹ Tuncay, A.g.e., s,87.

süresi 19 yıl idi. Bu oldukça uzun bir süredir. Hatta 5510 sayılı Kanun'dan önceki dönemde (kadına 38, erkeğe 43 yaşında yaşlılık aylığı alma hakkı tanınan dönemde) 20 yıl çalışarak yaşlılık aylığına hak kazanan bir kadın ortalama 35 yıl, ortalama 25 yıl çalışarak yaşlılık aylığına hak kazanan bir erkek ise 30 yıl boyunca yaşlılık aylığı alabilmektedir. Sosyal sigorta kuralları gereği ülkemizin sosyo- ekonomik ve demografik özellikleri göz önünde tutulduğunda yaşlılık aylığından yararlanma süresi ortalama 20 yılı geçmemelidir.⁵⁸² Diğer bir ifade ile pasif sigortalılıkta geçen süre aktif sigortalılıkta geçen sürenin üçte birinden fazla olmamalıdır.⁵⁸³ Bunun ötesi aktüeryal dengeyi bozar.⁵⁸⁴ Bugün gelişmiş ülkelerde yaşam beklentisi öyle uzamıştır ki, artık emeklilik yaşı 67 veya 68'e çıkarılmaktadır. Yakında 70'e çıkacaktır. Bu konuda en radikal adımı Danimarka atmış ve emeklilik yaşını ortalama yaşam beklentisine çıkarmıştır.⁵⁸⁵ Bu ülkelerde ortalama ömür 78.3'tür.

Ülkemizde ve pek çok ülkede kamu görevlileri dışında kalan kesimde (yani 4/I(a)'lı ve 4/I(b)'lilerde) zorunlu emeklilik yoktur. Yani kişi gerekli şartları yerine getirdikten sonra emeklilik onun isteğine bırakılmıştır. Sosyal güvenlik destek primini ödediği sürece yaşlılık aylığını almaya devam eder. Deyim yerindeyse, emeklilik bir haktır, bir yükümlülük değildir.⁵⁸⁶

Uluslararası alanda, doğrudan sosyal güvenlik hakkıyla ilgili düzenlemelerin yapılmasının yanı sıra bazı düzenlemelerde sosyal güvenlik hakkından bahsedilmektedir.⁵⁸⁷ Bileşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul edilmiştir. Bildirge, Türkiye tarafından 06.04.1949 tarihinde onaylanmıştır. Bildirgede sosyal güvenlik hakkıyla ilgili olarak *“Herkes toplumun bir ferdi olarak sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Sosyal güvenlik bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatmin edilmesi temeline dayanır.”* ifadesi yer almaktadır (m.22). Ayrıca Bildirgede, herkesin gerek kendisi gerekse ailesi için yiyecek, mesken, tıbbi yardım ve gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere sağlık ve refahını sağlayacak bir yaşam düzeyine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık hallerinde veya geçim

⁵⁸² Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 94; Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁵⁸³ Başterzi, A.g.e., s, 35 – 36.

⁵⁸⁴ Tuncay, A.g.e., s,87; www.tisk.org.tr (Erişim tarihi: 20.04.2012)

⁵⁸⁵ Tuncay, A.g.e., s, 87; The Economist, June 27 2009.

⁵⁸⁶ Tuncay, A.g.e., s,88.

⁵⁸⁷ Baybora, A.g.e., s, 23; Başterzi, A.g.e., s, 36 – 37.

olanaklarından iradesi dışında yoksunluk yaratacak diğer bütün durumlarda sosyal güvenliğe hakkı bulunduğu belirtilmiştir (m. 25/1).⁵⁸⁸

ILO tarafından 1952 yılında kabul edilen 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Sözleşmesi ile sosyal güvenliğin asgari normları belirlenmiştir.⁵⁸⁹ Söz konusu sözleşme Türkiye tarafından 29.07.1971 tarihinde onaylanmış ve 01.04.1974 tarihli ve 7/7964 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilmiştir. Sosyal güvenliğin asgari normlarını düzenleyen 102 Sayılı Sözleşme, sosyal güvenlik açısından temel risk kabul edilen, hastalık, işsizlik, analık, yaşlılık, malullük, iş kazası ve meslek hastalığı, ölüm ve geçici iş göremezlik durumlarına karşı asgari koruma önlemlerini düzenlemektedir.⁵⁹⁰ Sözleşmede, kapsama alınan diğer risklerin yanı sıra yaşlılık yardımlarına ilişkin düzenlemelerde yer almaktadır.⁵⁹¹

Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi tarafından kabul edilerek 26.02.1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵⁹² Türkiye, Şartı 1989 yılında bazı maddelerine çekince koyarak onaylamıştır. Şartta, “*Sosyal Güvenlik Hakkı*” (m.12), “*Sağlık ve Sosyal Yardım Hakkı*” (m.13) ve “*Sosyal Refah Hizmetlerinden Yararlanma*” (m.14) başlıklı maddeler Türkiye’nin çekince koymadığı maddelerdir. 1988 yılında Avrupa Sosyal Şartına ek protokol ile Sosyal Şartın⁵⁹³ güvence altına aldığı hakların kapsamı genişletilmiştir.⁵⁹⁴ 1996 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı kabul edilmiştir. Türkiye, 06.10.2004 tarihinde Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını imzalamış ve 27.09.2006 tarihinde de onaylamıştır. Avrupa Sosyal Şartı, temel insan hak ve özgürlükleriyle ekonomik ve sosyal gelişme arasında doğrudan ilişkinin kurulduğu ve eşitlik vurgusunun en yüksek olduğu temel belgelerden biridir. Avrupa Sosyal Şartı sosyal hakların genelini bir arada toplayıp ele alan ilk bağlayıcı uluslararası belgedir. Geniş bir sosyal hak ve ilkeler bütünü içerilmektedir.⁵⁹⁵ Avrupa Sosyal Şartı adeta ILO’nun her bir sözleşmesinde kabul edilen, bütün sosyal hakları içeren genel ve tek belge olma özelliğini taşımaktadır.⁵⁹⁶

⁵⁸⁸ Baybora, A.g.e., s, 24; Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁵⁸⁹ Ateşoğulları, A.g.e., s, 153.

⁵⁹⁰ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 90.

⁵⁹¹ Baybora, A.g.e., s, 24.

⁵⁹² Bülent Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, 19;

Yazıcıoğlu, A.g.e., s, 13.

⁵⁹³ Baybora, A.g.e., s, 24.

⁵⁹⁴ Çiçekli, A.g.e., s, 25; Yazıcıoğlu, A.g.e., s, 13 – 15.

⁵⁹⁵ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s, 75.

⁵⁹⁶ Yazıcıoğlu, A.g.e., s, 13 – 15.

Avrupa Sosyal Şartındaki her bir hakkın düzenlenme biçimi doğrudan eşitlik arayışını ortaya koymaktadır.⁵⁹⁷

II. Dünya Savaşından sonra hızlı bir şekilde yaygınlaşan sosyal güvenlik sistemlerinin hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde 1980'li yıllardan sonra krize girdiği görülmektedir. Ancak, dünya genelinde gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde ortaya çıkan sosyal güvenlik sistemlerindeki krizler incelendiğinde, nedenlerinin farklı olduğu ortaya çıkmıştır. Gelişmekte olan ülkelerde ortaya çıkan krizde, aktüeryal ilkelere uygun olmayan uygulamaların etken olduğu görülmektedir.⁵⁹⁸ Gelişmiş ülkelerde ortaya çıkan sosyal güvenlik sistemindeki krizin temelinde ise daha çok nüfusun hızla yaşlanma eğiliminde olması bulunmaktadır.⁵⁹⁹ Nüfusun yaşlanmasıyla birlikte bağımlı nüfusun ve sağlık giderlerinin artmasının yanı sıra sosyal güvenlik sistemine prim ödeyerek katkıda bulunan aktif sigortalı sayısının artışının sınırlı kalması da bir sosyal güvenlik sistemine katkıda bulunanların sayısında artışın olması anlamına gelmesi nedeniyle olumlu bir durum olarak kabul edilmektedir. Emekli aylıklarının yeterli düzeyde olması için, aktif nüfusun yeterli büyüklükte olması gereklidir.⁶⁰⁰ Ancak, gelişmiş ülkelerde nüfus artış hızının sıfıra yaklaşması ve ortalama yaşam süresinin uzaması emeklilik programları üzerinde olumsuz etkiler meydana getirmektedir. Nüfusun gittikçe yaşlanması sonucunda sosyal güvenlik sistemleri içinde emeklilik ve sağlık harcamalarının maliyetleri artmaktadır.⁶⁰¹ Bu maliyetleri karşılayabilmek için istihdam düzeyinin yükseltilmesi, uygulanabilecek politikalardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Nüfusun yaşlanmasıyla birlikte artan yaşlı nüfusla diğer etkenlerin birleşmesi sonucunda sosyal güvenlik sistemleri için mali bir krizin derinleşmesinin kaçınılmaz olacağı ifade edilmektedir.⁶⁰²

İşgücü piyasasında, genç işçilere yer açabilmek için bazı ülkelerde erken emeklilik uygulamaları gündeme gelmektedir. Hatta işsizliğin yüksek olduğu toplumlarda, yaşlıların işgücü piyasasından ayrılmalarının özellikle beklendiği ifade edilmektedir. Ancak erken emeklilik politikaları, sosyal harcamalarda büyüyen yapısal bir sorun oluşturmakta ve emeklilik programlarının yükünü arttırmaktadır. Emeklilik harcamalarında demografik baskı, bebek patlaması kuşağının emeklilik

⁵⁹⁷ Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s. 76.

⁵⁹⁸ Baybora, Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 42 – 43.

⁵⁹⁹ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s. 92- 94.

⁶⁰⁰ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s. 40.

⁶⁰¹ Başterzi, A.g.e., s. 36 – 37.

⁶⁰² Baybora, A.g.e., s. 25.

çağına ulaşmasıyla artmaya başlayacaktır. Çalışan nüfusun ve iş piyasasına giren gençlerin sayısındaki azalma yardımlarda da azalmaya neden olabilecektir.⁶⁰³ Birçok ülkede, emeklilik aylıklarının maliyetlerinde beklenen artışın toplam sosyal harcamaların artan oranını esaslı bir şekilde aşacağı tahmin edilmektedir.⁶⁰⁴

Dünya Bankası tarafından 1990'lı yıllarda çeşitli ülkelerde sosyal güvenlik sistemlerinin özelleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunun gerekçesi olarak da nüfusun yaşlanması gösterilmiştir. Daha öncede ifade edilen gerekçelerle ortalama yaşam süresi uzamıştır ve sosyal güvenlik sistemlerinde değişiklik yapılmazsa devamlılıklarının sağlanması konusunda güçlüklerle karşılaşılacaktır.⁶⁰⁵ Sosyal güvenlik sistemlerinin devamlılığını sağlamada, emeklilik yaşının yükseltilmesinin bazı sorunlara neden olabileceği ifade edilmektedir. Gerekçe olarak, kişinin emekli olabilmek için ileri yaşlara kadar beklemesi gerektiği, sürekli ve düzenli işi olanlar açısından bu durumun çok önemli olamayacağı ama işsizliğin yüksek, enformel işlerin yaygın ve işi olmayan kişilerin yaşlılık dönemlerinde gelir güvencesizliğine düşecek olmaları ifade edilmektedir.⁶⁰⁶ Birçok OECD ülkesi, yardımlarda reformlar yaparak bu güçlüğü aşmaya çalışmaktadırlar.⁶⁰⁷ Ancak, sadece bunun yeterli olmadığı, kişilerin çalışma yaşamında daha uzun kalmaları gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁰⁸

Sosyal güvenlik sistemlerinde ortaya çıkan sorunlara karşı getirilen çözüm önerilerinden biri de, prim oranlarının arttırılmasıdır.⁶⁰⁹ Ancak, bu durumun prim oranlarının zaten birçok ülkede yüksek olması nedeniyle sosyal çatışmaya yol açabileceği ve pek popüler bir yol olmadığı ifade edilmektedir. Diğer bir seçenek, vergilerin arttırılmasıdır. Ancak, bu durumun üretim maliyetleri, rekabet edebilirlik ve verimlilik üzerine olumsuz etkileri olabilecektir. Bir diğer çözüm, yaşlı işçilerin daha fazla istihdamı yoluyla vergi gelirlerini arttırmaktır. Başka bir çözüm yolu ise yardımların azaltılmasıdır. Ancak, bu durumun zaten düşük olan aylıklar için oldukça ciddi sonuçları olacaktır. Diğer bir olasılık da zorunlu emeklilik yaşının arttırılmasıdır.⁶¹⁰ Ortalama yaşam süresinin uzamasına bağlı olarak, yaşlılık aylığının

⁶⁰³ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 42 – 43.

⁶⁰⁴ Baybora, A.g.e., s, 26.

⁶⁰⁵ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 – 45.

⁶⁰⁶ Başterzi, A.g.e., s, 36 – 37.

⁶⁰⁷ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 39.

⁶⁰⁸ Baybora, A.g.e., s, 26.

⁶⁰⁹ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 81 – 82.

⁶¹⁰ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44. Zorunlu emeklilik, sıklıkla istihdamda yaş ayrımcılığına tesir eden bir örnek olarak gösterilmektedir. “Çalışmaya devam

ödenme süresinin artmasından dolayı, yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarında yaşın arttırılması gündeme gelmektedir.⁶¹¹

Sosyal güvenlik alanında ortaya çıkan ve ileride ağırlaşması beklenen sorunların çözümü için, kişilerin daha uzun süre çalışma yaşamında kalmalarını sağlayıcı önlemlerin alınabilmesi amacıyla emeklilik sistemi ve sosyal yardımlarda revizyona ve reforma ihtiyaç bulunmaktadır.⁶¹²

ddd) Çalışma Yaşamında Yaşlılar

Yaşlılara yönelik sosyal politika bağlamında diğer bir konu, yaşlıların çalışma hayatında güvence altına alınmaları, ayrımcılığa maruz kalmalarının önlenmesi ve sosyal dışlanma yaşamalarına mani olunmasıdır.⁶¹³

Çalışma yaşamı açısından nüfusun yaşlanması, bir üretim faktörü olarak işgücünün azalması anlamına gelmekte ve işgücünün demografik yapısında değişiklikler ortaya çıkmaktadır.⁶¹⁴ Ancak yaşlılar, çalışma yaşamından daha erken bir yaşta dışlanmaya başlamışlardır.⁶¹⁵ Nüfus yapısındaki değişiklikler, 40'lı ve 50'li yaşlarda istihdam oranları düşen işçiler için işverenlerin istihdam stratejilerinde bir değişikliği ve yaşlılar için daha fazla sorumluluk yüklenilmesi ihtiyacının kaçınılmazlığını ortaya koymaktadır. Ancak işverenlerin, teknolojik gelişmelerle birlikte daha az sayıda işçiye ihtiyaçlarının olacağı düşüncesiyle demografik değişikliğe uyum sağlama ihtiyacı hissetmedikleri de görülmektedir.⁶¹⁶

Düşük gelirli ülkelerde, yaşlı işçilerin işgücüne katılım oranının yüksek olduğu görülmektedir. Ancak bu ülkelerde yaşlı işçiler, istihdamda kayıt dışı ve güvenilirmez yani devamlılığı olmayan işlerde çalışmaktadırlar. Sanayileşmiş ülkelerde nüfusun yaşlanması ve genç işgücü sayısının sınırlı kalması nedeniyle yaşlı işçileri çalışma yaşamında daha uzun süre tutabilmek amacıyla düzenlemeler yapılmaktadır. Bununla birlikte sanayileşmiş toplumlarda, işe alma ve ücret belirleme konusunda yaş ayırt

etme ihtiyacı ve isteği olanlar için özgür seçimin reddedilmesinden itibaren emeklilik için belirli bir yaşın dayatılması yaş ayrımcılığını oluşturur.” denilmektedir.

⁶¹¹ Baybora, A.g.e., s, 27.

⁶¹² Baybora, A.g.e., s, 27; Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁶¹³ Taşçı, A.g.e., s, 184.

⁶¹⁴ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34.

⁶¹⁵ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 41 – 42.

⁶¹⁶ Baybora, A.g.e., s, 28.

edici bir faktör rol oynamaktadır. Bu durum, yaşlı işçilerin istihdamları ve çalışma yaşamında yer aldıkları sırada bazı güçlüklerle yol açmaktadır.⁶¹⁷

eee) Yaşlıların İstihdam Edilmesinde Karşılaşılan Engeller

Toplumsal yapıda yaşlılık ve yaşlanma imajı sürekli değişim içinde bulunmaktadır.⁶¹⁸ Günümüzde, Avrupa’da yaşlıların önceki nesillerle kıyaslandığında daha aktif, daha sağlıklı ve girişimci oldukları görülmektedir. Ayrıca daha iyi yaşam koşulları, sağlık alanındaki gelişmeler yaşam beklentisinin artması sonucunu doğurmuştur. Ancak yaşlılara yönelik tutumlar, istihdamda önemli engellerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶¹⁹ Yaşla birlikte fiziksel kapasitede azalma, ilgilerde azalma, yenilik ve hayal gücü eksikliği, yaşlı işçilerin daha yavaş öğrendiği, değişikliklere daha zor uyum sağladıkları ve kişilerin vasıflarında azalma meydana geldiği gibi önyargılar bulunmaktadır.⁶²⁰ Yaşlı işçiler de, bu önyargılardan şikâyetçidirler. İstatistikler, yaşlı işçilerin genç işçilerle kıyaslandığında daha güvenilir, daha çalışkan, daha az devamsızlık yapan kişiler olduklarını göstermektedir.⁶²¹

ABD’de yapılan bir araştırmada, yukarıda ifade edildiği gibi yaşlı işçilere karşı önyargıları destekler biçimde yaşı ilerleyen çalışanların teknolojiyi takip edemedikleri, esnek olmadıkları, yeterince enerjik olmadıkları ve bilgiye dayanan becerilerinin güncel olmadığı ifade edilmiştir. The Society for Human Resource Management’ın yaptığı bir araştırmada ise insan kaynakları yöneticileri %72 oranında yaşlı işçilerin çok değerli tecrübe sağladıklarını, %69 oranında genç işçilerden daha güçlü çalışma etiklerinin olduğunu ve %68 oranında daha güvenilir olduklarını söylemişlerdir. Araştırma sonuçları değerlendirildiğinde, her iki yönde de sonuçların ortaya çıktığı görülmektedir.⁶²²

Şirketler açısından yaşlı işçilerin daha yüksek ücret ve sosyal yardımlar almaları nedeniyle, genç işçilerle kıyaslandıklarında işçilik maliyetlerinin daha yüksek olduğu şeklinde yaygın bir inanış bulunmaktadır.⁶²³ Buna karşılık, genç işçiler yaşlı işçilere

⁶¹⁷ Baybora, A.g.e., s, 28.

⁶¹⁸ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34.

⁶¹⁹ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 92.

⁶²⁰ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 41- 42.

⁶²¹ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 93 – 94.

⁶²² Baybora, A.g.e., s, 34.

⁶²³ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44.

kıyasla daha sık iş değıştirme eğilimindedirler ve bundan dolayı da belirli bir işte çalışma süreleri daha kısadır.⁶²⁴ Yapılan araştırmalar, genç işçilerin uzun yıllar boyunca bir şirkette çalışan yaşlı işçilerden daha az işverene teslim olduklarını, yaşlı işçilerin genç işçilerden daha az devamsızlık yaptıklarını (%20 oranında), işgücü devir hızının daha düşük olduğunu, yaşlı işçilerin genç işçilerden daha az kaza oranına sahip olduğunu ve daha az sakatlayıcı yaralanmaya maruz kaldığını, yaşlı işçilerin daha fazla iş tatmininin olduğunu ve işle ilgili daha fazla olumlu değerlerinin olduğunu göstermiştir.⁶²⁵

Yaşlı işçiler açısından işyerinde bazı güvenlik sorunları ve artan yaralanma riski bulunmaktadır.⁶²⁶ İşte meydana gelen kazalar karşılaştırıldığında, genç işçilerin iyileşme olasılıkları daha fazla ve kalıcı sakatlanmaları daha azdır. Yaşlı işçiler için ise kazaların ve iş yaralanmalarının sonuçları genç işçilerden daha ciddi olmaktadır. Aslında yaşlı işçilerle genç işçilerin karşılaştırılması sonucunda elde edilen oranlar, birçok meslekte işverenleri yaşlı işçileri çalıştırmaya devam etmeye teşvik etmektedir. Ancak, yukarıda ifade edildiği gibi yaşlı işçiler hakkındaki olumsuz görüşlerden dolayı, ekonomik nedenlerle işyerinde önlem alınması yoluna gidildiğinde, ilk önce işin gerektirdiği özelliklerden fazlasına sahip yaşlı işçiler işten çıkarılarak yerine daha az tecrübeli genç işçilerin alınması şeklinde bir yol izlenmek suretiyle maliyetler azaltılmak istenmektedir. Bu yol, işyerleri için akılcı ve uygun bir iş kararı gibi gözükmeyle birlikte işine son verilen yaşlı işçiler yeni bir iş bulmak konusunda dezavantajlı durumda bulunmaktadırlar. Amerikan Çalışma İstatistikleri Bürosunun hazırladığı bir rapora göre, 55- 64 yaşları arasında işlerini kaybetmiş çalışanların iş bulma oranının diğer yaş gruplarına göre daha düşük olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, 50 yaşından sonra yeniden iş bulabilenler genellikle daha az ücretle yetinmek zorunda kalmaktadırlar.⁶²⁷ İngiliz resmi istatistiklerinde de, yaş ayrımcılığının altı çizilmekte ve yaşlı kişilerin daha uzun süre işsiz kalmasının daha olası olduğu görülmektedir. 2004 ilkbaharında, 50- 59 yaş grubundaki kadınların ve 50- 64 yaş grubundaki erkeklerin üçte biri, 25- 49 yaş grubundaki işsizler çeyreğiyle karşılaştırıldığında, on iki aydan daha uzun süredir işsiz bulundukları görülmüştür.

⁶²⁴ Karadeniz/Öztepe, A.g.e., s, 92 – 93.

⁶²⁵ Baybora, A.g.e., s, 35.

⁶²⁶ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁶²⁷ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 45.

50 yaş üzerindekiilerin işten çıkarılma olasılığı daha yüksek olmakla birlikte sonradan tekrar istihdam edilme olasılıkları ifade edildiği gibi daha düşük bulunmaktadır.⁶²⁸

Üst düzey pozisyonda, yüksek ücretle çalışan yaşlı işçi işini kaybettiğinde, kaybettiği işine benzer bir iş bulması oldukça zordur.⁶²⁹ Yaşlı işçi, alt düzey bir pozisyonda çalıştığında dahi, ortaya çıkan zararını hafifletmek hala zor olmaktadır. Çünkü yaşlı işçi, aynı pozisyondaki daha genç işçiden istihdam süresinin uzunluğu nedeniyle muhtemelen daha fazla kazanmaktadır. Dolayısıyla yaşlı işçiler işlerini kaybettiğinde bu durumun iki sonucu ortaya çıkmaktadır. Birincisi, yaşlı işçiler ayrıldıkları işin “benzerini” bulmayı denemekte, herhangi bir işi istememektedirler.⁶³⁰ Ancak, yaşlı işçinin istediği önceki işindeki ücretin kabul edilme şansı bulunmamaktadır. İkinci olarak yaşlı işçiler çok daha zor iş bulmaktadırlar. Yaşlı işçiler, yıllardır devam eden ayrımcılıktan şikâyet etmektedirler. Çünkü çalışma yaşamına bakıldığında, kişilerin sık sık kendilerine benzeyen kişileri işe alma eğilimde oldukları görülmektedir. Genç işçiler, kendileri gibi kişilerle çalışmanın daha rahat olacağını düşünmektedirler. İşverenlerin, yaşlı işçileri işe almak konusunda isteksizliklerinin altında, yaşlı işçinin işyerinde genç bir işçi kadar uzun süreli kariyer yapamayacağını farkında olmaları gibi nedenler de bulunmaktadır. Bu durumun, yaş ayrımcılığı olup olmadığı tartışılmakla birlikte, işverenler bu durumun yaş ayrımcılığı olduğunu düşünmemektedirler.⁶³¹

Yaşlı işçilerin sağlık sorunları hakkında da bazı kanılar bulunmakta ve bu kanıların haklı ve mantıklı olduğu düşünülmektedir. Ayrıca yaşlı işçiler, işyerinde sık sık ileri teknoloji gibi özel sorunlarla da karşılaşmaktadırlar. Gençlerin ağırlıklı olduğu şirketler, kendilerini “yeni” fikirler ve “yenilikçi” işçileri arayanlar olarak tanımlayabilir veya kabul edebilirler. Yaşlı işçileri bu durumdan hariç tutmak için bir neden bulunmamakla birlikte ne yazık ki yaşlı işçilerin bu tanımlamaya uymadığı düşünülmektedir.⁶³²

Yaşlı işçiler, genç işçilerin nadiren sahip olduğu deneyim, bilgelik ve bilgi genişliğine sahiptir. Onlar ayrıca, şirketin kurumsal hafızası olabilirler. Yaşlı işçilerin eski fikirlere sahip olduğu ve yeni fikirleri kabul etmek konusunda isteksiz olduklarına inanmak için herhangi bir neden bulunmamaktadır.⁶³³ Aslında, genç işçi

⁶²⁸ Baybora, A.g.e., s, 36.

⁶²⁹ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 92 – 93.

⁶³⁰ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 41 – 42.

⁶³¹ Baybora, A.g.e., s, 37.

⁶³² Baybora, A.g.e., s, 37.

⁶³³ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 – 45.

için eski olan bir konu, yaşlı işçinin merakını uyandırmakta ve onu heyecanlandırmaktadır. Dolayısıyla, yaşlı işçiler hakkındaki düşünceler, her zaman gerçek durumu yansıtmamakla birlikte, bu kişilerin çalışma yaşamında yer edinmeleri konusunda engeller olarak karşılına çıkmaktadır.⁶³⁴

İngiltere’de 55 – 64 yaş aralığında içerisinde yer alan 10 işçi üzerinde bir araştırma yürütülmüştür.⁶³⁵ Raporda belirtilen bazı sonuçlar şöyledir;

- Yaşlı işçiler, genç işçilerle kıyaslandığında tam zamanlı - maaşlı işlerde çalışmaya daha az yatkındırlar. Yaşlı işçilerin daha çok kendi işlerinde yahut yarı zamanlı işlerde çalıştıkları görülmektedir.
- 50 – 55 yaşlarından sonra ekonomik etkenliklerini kaybetme riskleri oldukça fazladır.
- 50 yaşından sonra ücretli işlerde çalışan etkinliği azalmakta, 60 yaşından sonra ise neredeyse hiç kalmamaktadır.
- Kadın işçilerde ise, etkinlik 40 yaşından sonra azalmaya başlamakta, 50 ‘lili yaşlarının sonuna doğru ise neredeyse hiç kalmamaktadır.
- Belirli bir yaşa erişildiğinde bireyler emekli olmaya zorlanmaktadır.
- Yaşları dolayısıyla bireylerin iş başvuruları kabul edilmemekte yahut kendilerine iş verilmemektedir.
- Bireylerin yaşları genel olarak terfi almalarına mani olmaktadır.
- Bireylerin “yaşları” temel alınarak haklarında varsayımlar yapılmaktadır.
- Bireyler yaşları dolayısıyla fazlalık olarak görülmektedirler.

Haklı bir gerekçeye dayanmamasına rağmen, önyargılar sonucunda yaşlı bireyler istihdamda bir sorun yahut fazlalık olarak nitelendirilmektedirler.⁶³⁶

fff) Yaşlı İşçiler ve Verimlilik

Yaşlı işçilerin verimlilikleri, çalışma yaşamında yer almalarını ve ücret düzeylerini belirlemede etken bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaşlı işçilerin istihdamları açısından fayda- maliyet analizini gösteren bir çalışma bulunmamaktadır. Yaşlı işçilerin performanslarının genç işçiler kadar veya daha iyi

⁶³⁴ Baybora, A.g.e., s, 37.

⁶³⁵ Age discrimination at work; surveyreport (2001).

⁶³⁶ MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 41.

olduğunu gösteren çalışmalarla genç işçilerin avantajlı olduğunu gösteren çalışmaların sayısı birbirine denk bulunmaktadır. Bu sonuçların farklılığının nedenine bakıldığında, araştırmacıların farklı yöntemler kullandığı görülmektedir.⁶³⁷ Bazı çalışmalarda, üstlerin sübjektif performans değerlendirmeleri kullanılırken, bazı çalışmalarda, işçilerin performansı ile ilgili objektif ölçütler kullanılmaktadır. Yöneticilerin sübjektif değerlendirmelerine dayanan çalışmalar, yaşlı işçilere karşı negatif önyargı içerebilir.⁶³⁸ Objektif ölçütlerin, yaşlı işçilerin performansını biraz daha pozitif bakış açısıyla gösterdiği söylenebilir.⁶³⁹

Yaşlılıkta düşük verimin başlıca nedenlerinden birinin sağlıkta meydana gelen bozulmalar olduğu ifade edilmektedir. Deneyim, eğitim ve meslek dikkate alındığında, yaşla birlikte işçilerin düşünsel, algısal yeteneklerinde küçük bir değişikliğin olduğu ifade edilmektedir. Ancak, yaşlı işçilerin, bilgi süreçlerinde ve fiziksel yeteneklerindeki azalmayı deneyim, düşünsel ve fiziki stratejilerle dengelediği de belirtilmektedir.⁶⁴⁰ Shephard 1988 yılında, sürücülük sürelerine bakıldığında bile 60- 64 yaş arası otobüs sürücülerinin herhangi bir yaş kategorisindeki sürücülerden, kilometre başına daha az kazaya sahip olduklarını ifade etmiştir. Yaşlı işçilerin tepkilerinde ve görmelerinde meydana gelen herhangi bir azalmanın, onların deneyim ve sabrı ile dengelendiği sonucuna ulaşılmaktadır. Yaşlı işçilerin verimliliklerinin yaşlanmayla birlikte esaslı bir şekilde düşmediği görülmektedir. Performanstaki herhangi bir düşme yanlış bir şekilde yaşa bağlanmaktadır. Aslında yeteneklerdeki azalma herhangi bir yaşta meydana gelebilir ve eğitim yoluyla da bu durum düzeltilebilir. Bununla birlikte yeniliklere açık olan, değişimin hızlı olduğu işlerde ve mesleklerde yaşlılığın verimlilik üzerinde olumsuz etkilerinin olacağı da ifade edilmektedir.⁶⁴¹

İrlanda'daki eşitlik otoritesinin bir raporunda belirttiği üzere, yaşlı kişilerin tecrübeleri, yaşadıkları sosyal, ekonomik ve kültürel durumlara göre şekillenmiş bulunmaktadır. Bu yüzden, yaşlı profesyonel bir iş adamının deneyimleri ile yaşlı bir ev hanımının tecrübeleri tamamen farklıdır. Yaşlı kadınlar yaşlı erkeklerle kıyaslandığında daha dezavantajlıdırlar. Çünkü yakın yıllarda cinsiyetler arasındaki fark büyük ölçüde azalmış olsa bile, kadınların yaşam süresi daha uzundur. 1961 yılında, 50 yaşın üzerindeki kadın sayısı erkek sayısından % 28 oranında daha fazla

⁶³⁷ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 39 – 40.

⁶³⁸ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 81 – 82.

⁶³⁹ Baybora, A.g.e., s, 38.

⁶⁴⁰ Baybora, Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 – 45.

⁶⁴¹ Baybora, A.g.e., s, 38.

iken, 2002 yılında ise bu fark daralarak % 18'e düştü. Öngörüler bu farkın 2031 yılında % 14'e kadar gerileyeceği yönündedir.⁶⁴²

Yaşlı kadınlar, yaşlı erkeklerle kıyaslandığında daha uzun yaşam süreleri ve başka etkenler dolayısıyla daha fakirdirler.⁶⁴³ Diğer nedenlere örnek olarak; kadınların emekli maaşı geliri ortalama olarak erkeklerinkinden daha düşüktür. Çünkü kadınların çoğu erkeklerin emekli maaşına ortak olmaktadır. Toplumda kendilerine yüklenen roller dolayısıyla yaşlı kadınlar zayıf bir iş geçmişine sahiptirler. Ayrıca, yaşlı kadınlar daha çok yarı – zamanlı işlerde görev aldıklarından gelirleri daha azdır. Örnek verilecek olursa, Avrupa Komisyonu'nun yaptığı bir araştırma uyarınca; 2003 yılında Avrupa Birliği ülkelerinde kadınların % 30,5'i yarı – zamanlı işlerde çalışmakta iken, erkeklerde bu oran % 6,6'dır. Ek olarak, genç yaşlarda da yaş ayrımcılığına kadınlar erkeklere oranla daha çok maruz kalmaktadırlar.⁶⁴⁴

Bazı bireyler de 60 – 65 yaşlarının üzerinde de çalışmaya devam etmek istemektedirler. Yapılan bir araştırma, 50'lili yaşlarda olan bireylerin % 34'ünün emeklilik fikrini mantıklı bulmadığını gözler önüne sermektedir.⁶⁴⁵ Bu yaş grubunda bulunan bireyler daha çok turizm otelcilik ile birlikte kamu yönetimi, eğitim ve sağlık sektörlerinde aktiftirler. Bu kişilerin işe devam etmek istemelerinin altında yatan nedenler ise, en başta tatma olma isteği ve finansal gerekliliklerdir. Ek olarak, bu kişiler kültürel gelenekler, yaşam tarzları yahut çalışma yaşamına hayli alışmış bulundukları içinde işe devam etme hususunda istekli davranıyor olabilirler.⁶⁴⁶

B. Çalışma Hayatında Yaş Ayrımcılığı

Yaş ayrımcılığı, olgu olarak eski ancak çalışma hayatında yer alan bir kavram olarak yenidir. Özellikle istihdamda yaş ayrımcılığı konusunda hem Amerika'da hem de İngiltere'de 1920'lerden beri tartışmalar bulunmaktadır.⁶⁴⁷ Bu konudaki tartışmaların, çalışma koşullarında önemli değişikliklerin olduğu Sanayi Devrimi

⁶⁴² MalcolmSargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s, 162 – 163; Focus on Older People (2004) ; Sargeant'dan naklen.

⁶⁴³ Karadeniz/ Öztepe, A.g.e., s, 92 – 94.

⁶⁴⁴ MalcolmSargeant, Age Discrimination in Employment, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006, s, 163 – 167.

⁶⁴⁵ MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 45.

⁶⁴⁶ MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 45 – 47.

⁶⁴⁷ Baybora, Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 40 – 41.

sonrasında, 19. Yüzyılın sonlarında doğduğu görülmektedir.⁶⁴⁸ 2006 yılında Amerika’da yaş ayrımcılığına yönelik 16.000 dava açılmış ve toplamda davalılar yaklaşık 50 milyon dolar ödemeye mahkûm olmuştur. 2015’te ABD’de yaşlıların en hızlı büyüyen nüfus grubu olacağı tahmin edildiğinden önlem alınmazsa sorunun giderek büyüyeceği düşünülmektedir.⁶⁴⁹

İngiltere’de, 2003 yılında, kamu kesiminden 2 işçi sendikasının (NATFHE, PCS) emekli üyeleri üzerinden bir araştırma yürütüldü.⁶⁵⁰ Yanıtlayan kişilere yaş temelli ayrımcılığa maruz kalıp kalmadıkları soruldu. % 31. 7’si maruz kaldıklarını belirttiler. Bunlardan % 14. 9’u iş başvurusu esnasında, % 14. 2’si terfi alma durumunda yaş temelli ayrımcılığa maruz kaldıklarını belirttiler. Ek olarak, % 5,5’i eğitim olanakları esnasında ve % 5, 2’si de işsizlik döneminde yaş ayrımcılığına uğradıklarını iddia ettiler.⁶⁵¹

Aynı şekilde, “ *işe alma kararlarında yaş ayrımcılığı*” üzerine Almanya’da yapılan bir çalışma, bütün başvuranlar aynı vasıflara sahip olsalar bile, seçim sürecinde adaylara sadece yaş nedeniyle farklı davranıldığını göstermiştir.⁶⁵² 1990’lı yıllarda “*yaşlanan*” kişilerin işten çıkarılması sıkça uygulanan bir politika olarak görülmektedir. General Electric bu konuda öncü olmuş, diğer firmalarda da benzer uygulamalar görülmüştür.⁶⁵³ Avrupa Sosyal Araştırması 2002’de, meslek sahibi olanların eşitlikçi davranışları nüfusun genelinden daha fazla destekledikleri yönünde veriler elde edilmiştir. Böylece, meslek sahibi olanların nüfusun geri kalanından daha fazla yaş ayrımcılığına maruz kaldıkları görülmektedir.⁶⁵⁴ Avrupa Sosyal Araştırmasının 8 ülkede (Çek Cumhuriyeti, Almanya, İspanya, Fransa, İngiltere, Macaristan, İtalya, Polonya) yaptığı araştırma sonuçlarında, ırk ve din ayrımcılığının çok yaygın olduğu, yaş ayrımcılığının üçüncü sırada yer aldığı görülmektedir.⁶⁵⁵

⁶⁴⁸ Baybora, A.g.e., s, 45.

⁶⁴⁹ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,48.

⁶⁵⁰ National Association of Teachers in Further and Higher Education and the Public and Civil Service Union; araştırma Middlesex Üniversitesinde Malcolm Sargeant tarafından yürütülmüştür.

⁶⁵¹ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 47.

⁶⁵² Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 – 45; Yaş ayrımcılığından genç işçilerde muzdarip olmakla birlikte, yaşlı işçilerin daha çok maruz kaldığı görülmektedir. 2005 yılı Mart ayında Financial Times’da, 49 yaşında bir bilgisayar uzmanının özelliklerini gönderdiği bir iş bulma bürosundan tek bir telefon bile almadan bir yıl geçirdiği ifade edilmiştir. Daha sonra bu kişi, büroya 30 yaşında olduğunu söylemiş ve üç gün içinde beş telefon almıştır; Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40.

⁶⁵³ Baybora, A.g.e., s, 48; Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,49.

⁶⁵⁴ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 46.

⁶⁵⁵ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 46.

Bilgi çağına geçişten önce kırılmış saçlı olmak tecrübe, bilgelik ve otoritenin simgesi iken, günümüzde bu kişilerin yaş ayrımcılığına maruz kalması oldukça yaygındır. Bunu engellemek için özellikle, ABD’de birçok düzenleme yapılmıştır. 1967’de Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu (Equal Employment Opportunity Commission) “İstihdamda Yaş Ayrımcılığı Kanunu’nu (Age Discrimination in Employment Act- ADEA) uygulamaya başlamıştır. Bu kanun ile 40 yaş ve üzeri çalışanların işe alınma, terfi ve ücretlendirme konularında yaşlarından ötürü bir ayrımcılığa uğramamasını sağlamak amaçlanmaktadır. İş yerinde yirmiden fazla çalışanı olan işletmeler için geçerli olan bu kanun özel sektörün yanı sıra kamu kurumları için de geçerlidir. Kanuna göre, iş ilanlarında faaliyet alanının zorunlu olarak gerektirmediği durumlarda, yaşı bir kriter olarak göstermek veya mülakatlarda yaşa yönelik bilgi istemek yasaktır.⁶⁵⁶

Literatürde yaş ayrımcılığı genelde yaşlanmanın ve yaşlılığın bilimi olarak tanımlanan gerontoloji bilimi açısından psikolojik ve sosyolojik açılardan incelenmiş olup; konuyu iş yaşamı açısından irdeleyen çok fazla bir çalışma bulunmamaktadır. Gerontoloji bilimine göre, yaşlı ayrımcılığının olumsuz etkileri; “*iş yerindeki ayrımcılık, sağlık bakımı sistemindeki yanlışlık, sosyal önyargılar ve taraf tutma*” olarak görülmektedir. Yaşlı ayrımcılığının altında; “*ölümden duyulan korku, gençliğe, bedensel güzelliğe ve cinselliğe verilen önem, ekonomik verimliliğe ve üreticiliğe verilen önem*” gibi nedenler yatmaktadır.⁶⁵⁷

Konu genelde gerontoloji açısından incelendiğinden dolayı yaş ayrımcılığı çoğunlukla yaşlı kişilere yönelik sergilenen olumsuz davranışları açıklamak için kullanılmış; gençlerin uğradığı yaş ayrımcılığına fazla yer verilmemiştir. Bu durumu literatürde etkin gelişmiş ülkelerdeki yaşlı nüfusun yüksek oranına bağlamak mümkündür.⁶⁵⁸ Oysa genç olması nedeniyle yetenekleri ve bilgisi göz ardı edilen veya olgun ve deneyimli kabul edilen kişilere göre dezavantajlı görülen kişiler de iş hayatında oldukça yaygındır.⁶⁵⁹ Bu durum nüfusunun %52, 21’inin 30 yaş altında; %26, 22’sinin ise 15- 29 yaş aralığında bulunan Türkiye gibi genç nüfusa sahip ülkeler için özel önem arz etmektedir.⁶⁶⁰

Türkiye’de henüz yaş ayrımcılığına yönelik farkındalık oluşmadığından bu konuya yönelik ampirik çalışmalar da bulunmamaktadır. Dolayısıyla Türkiye’de iş

⁶⁵⁶ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,49.

⁶⁵⁷ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,49.

⁶⁵⁸ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 42.

⁶⁵⁹ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 43.

⁶⁶⁰ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,49; TÜİK, 2010.

veya toplumsal hayatta bireylerin ne oranda yaş ayrımcılığına maruz kaldığı ve bu ayrımcılığın önlenmesi için ne tür önlemler alınması gerektiği ile ilgili bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak, özellikle yaş ayrımcılığına yönelik yasal düzenlemeler bulunan ülkelerde bu konuya yönelik az sayıda da olsa bazı çalışmalar yapılmıştır.⁶⁶¹

Bu çalışmalardan birisi, İsveç'te 1980 yılında yapılmış; katılımcıların %97'si yaşlıların en önemli görevlerinden birinin deneyimlerini gençlerle paylaşmak olduğunu belirtmiş; ancak % 61'i parlamentoda 65 yaş üzerindeki politikacıların olmaması gerektiğini söylemiştir. Benzer bir çalışma 2002 yılında tekrarlanmış ve katılımcıların %87'si gençlerle yaşlıların buluşacağı daha fazla ortam olması gerektiğini belirtirken, %72'si parlamentoda 65 yaş ve üzerinde kişilerin bulunmamasını “*çok iyi*”, “*iyi*” ya da “*ne iyi ne de kötü*” olarak değerlendirmiştir. Görülmektedir ki; genel anlamda yaşlıların toplumsal hayata katılımının sağlanmasına yönelik olumlu bir bakış açısı varken yaşlıların yönetici olmalarına karşı olumsuz bir yaklaşım vardır.⁶⁶²

Bir başka ilginç çalışma ise, Hackney'de 1998 yılında yapılmıştır. Buna göre 46-59 yaş aralığındaki işsizlik oranı %43 olup, bunların %42'si en az beş yıldır işsizdir. Benzer bir çalışma 1999 yılında, Sheffield Halla Üniversitesi tarafından yapılmış ve 50 yaşın üstündeki 750.000 kişinin fırsat verilirse çalışmak isteyeceği sonucu çıkmıştır. “The Chartered Institute of Personnel and Development” ın (CIPD) 1000 kişiye uyguladığı başka bir ankette ise; katılımcıların %25'i yöneticilerin 40 yaşının üstündeki kişileri istihdam etmeyi tercih etmediğini belirtmiştir. “Continental Research for DfEE'nin” 2000 yılında yaptığı çalışmada işsizler arasından seçilen katılımcıların %50'si yaş ayrımcılığına uğradığını belirtmiştir. 45 yaş üstündeki emeklilerin de % 45'i eğer fırsat verilirse çalışmak istediklerini belirtmişlerdir.⁶⁶³

“Wise Owl Employment Agency” ve “SEA Limited” firmaları tarafından yapılan çalışmaya göre; diğer bazı çalışmalardan farklı olarak erkeklerin kadınlara göre daha fazla yaş ayrımcılığına uğradığı veya daha fazla farkındalığa sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır. Katılımcıların % 572'si yaş ayrımcılığına uğradığını belirtmiştir.⁶⁶⁴

21. yüzyılda gelişmiş ülkelerde daha da artan yaş ortalaması nedeniyle hızla değişen demografik yapı içerisinde firmaların sosyal misyonlarını daha yaratıcı ve

⁶⁶¹ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,50.

⁶⁶² Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,50.

⁶⁶³ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁶⁶⁴ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,50.

etkili bir şekilde gerçekleştirebilmeleri için gereken danışmanlığı sağlamak üzere çalışmalar yürüten ve yaş ayrımcılığı hakkında önemli çalışmalar yapan AARP Global Network adlı firma, 4590 kişiye anket uygulamış, % 63,7'si 65 ve üzeri yaşta olan katılımcıların yaklaşık üçte ikisinin yaş ayrımcılığına maruz kaldığını ve % 44,9'unun da yaşı nedeniyle ayrımcılığa uğrayan kişi(ler) tanıdığını saptamıştır. Ayrıca araştırmaya göre; erkeklerin % 56'sının, kadınların ise % 70'inin ayrımcılığa maruz kaldığı görülmektedir. Buna göre, kadınlar yaş ayrımcılığından daha fazla etkilenmektedir. Katılımcıların % 35, 2'si yaşı nedeniyle aşağılayıcı konuşmalara maruz kaldığını, % 32, 0'si alışverişte veya restoranda kötü hizmet aldığını, % 29, 4'ü yaşının espri konusu olduğunu belirtmiş; ancak yalnızca % 19, 2'si yaşı nedeniyle iş kaybettiğini veya terfi alamadığını bildirmiştir. Bu sonuçlar yaş ayrımcılığının iş hayatından çok toplumsal hayatta etkili olduğu şeklinde değerlendirilebilir.⁶⁶⁵ Çalışma sonucunda yaş ayrımcılığının engellenmesi için en iyi yolun farkındalığın artırılması olduğu (% 80,9) belirtmiştir. Katılımcıların % 58'i medyada yaş ayrımcılığına yönelik kalıplar kullanıldığını belirtmiştir. Yöneticilere uygulanan başka bir ankette ise yöneticilerin yalnızca % 3'ü yaşın ise işe alma sürecinde kesinlikle etkisiz olduğunu belirtmiştir.⁶⁶⁶

Bu anketlerin yanı sıra hemşireler arasında yapılan bir çalışmada hemşirelerin yaşı ile üstlerinden aldıkları değerlendirme notları arasında istatistiksel olarak anlamlı negatif bir korelasyon olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁶⁶⁷

Yukarıda belirtilen araştırmalar ve benzeri birçok ampirik araştırma göstermiştir ki; yaş ayrımcılığı başta iş hayatı olmak üzere yaşamın her alanında oldukça yaygın durumdadır.⁶⁶⁸ Yaş ayrımcılığı kavramının çok fazla anlaşılamaması, doğal kabul edilmesi veya bireyin kendi eksikliği gibi görmesi nedeniyle aslında yaş ayrımcılığına uğrayan kişilerin alan çalışmalarında saptanandan çok daha fazla olduğu değerlendirilmektedir.⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 39 – 40.

⁶⁶⁶ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,51.

⁶⁶⁷ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,51.

⁶⁶⁸ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 40 – 41.

⁶⁶⁹ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,51.

C. Çalışma Hayatında Yaş Ayrımcılığının Nedenleri

Çalışma hayatında yaş ayrımcılığı yapmak için işverenlerin birçok nedeni bulunmaktadır. Örneğin, ölüm yaşının her geçen gün artmasına rağmen, yaşlı bir çalışanı eğitmek için harcanan kaynakların geri dönüşünün sağlanmasının, genç çalışanlara göre daha riskli olduğu düşüncesi, işverenlerin yaş ayrımcılığı uygulamasındaki en önemli nedenlerdendir. Görme ve işitme fonksiyonunda gerileme, kas gücünde azalma, kalp ve solunum kapasitesinde azalma, mental fonksiyonlarda azalma, kronik hastalıkların gelişmesi gibi sağlık problemlerinin yaşlıların çalışma hayatında hem kendileri hem de çalışma arkadaşları için risk oluşturduğu düşünülmektedir.⁶⁷⁰

Bireylerde yaş ilerledikçe ücret beklentisi de artabilmekte ve bazı durumlarda işverenler yaşlı bir çalışana iki kat maaş vermektense iki genç bireyi çalıştırmayı tercih etmektedir.⁶⁷¹ Gençler genellikle enerji ve dinamizmi temsil ederken, yaşlıların hevesiz olduğu ve değişime direndikleri düşünülmektedir. Bu da işletmelerde olumlu bir havanın sağlanması için gençlerin tercih edilmesini sağlamaktadır. Bunların yanı sıra yaşlıların teknoloji kullanımı konusunda genelde eksik kalmaları, eski yöntemlerle işleri yürütmelerinin yaptıkları işin kalitesini ve süresini etkilemesi de sorun yaratabilmektedir.⁶⁷² Bu nedenle yaş ayrımcılığının endüstrileşmenin doğal bir sonucu olduğu; yaşlıların tarımda istihdam edildiği öne sürülmektedir. Ayrıca işletmelerdeki gençlerle kuşak çatışması yaşanması da işletmenin çalışmasına olumsuz etki edebilmektedir.⁶⁷³

Görüldüğü üzere, yaş ayrımcılığının yaşlılara olumsuz yaklaşma açısından birçok sebebi olabilmektedir.⁶⁷⁴ Aynı şekilde, gençlere yönelik olan yaş ayrımcılığının da, işverenler açısından bazı gerekçeleri olabilir.⁶⁷⁵ Örneğin işverenler çoğunlukla gençlerin deneyimsiz ve bilgisiz olmaları sonucunda işletmeyi zarara uğratabilecekleri korkusunu taşımaktadırlar. Uygulamaya bakıldığında, çalışma hayatında yer alan kadınların daha fazla ayrımcılığa uğradığı değerlendirilmektedir. Kadınlarda 35- 40 yaşın üstü yaşlı olarak kabul edilirken erkekler için bu yaş 45-

⁶⁷⁰ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,51.

⁶⁷¹ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 39 – 40.

⁶⁷² Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 -45.

⁶⁷³ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,52.

⁶⁷⁴ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 – 45.

⁶⁷⁵ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 34 – 35.

50'dir. Ayrıca cinsiyet eşitliği alanında yaşanan tüm gelişmelere rağmen, halen çocuk yetiştirmek kadının görevleri arasında bulunmaktadır.⁶⁷⁶ Bu durum da kadınların iş hayatına daha geç girmelerine sebep olarak, iş hayatlarının henüz başında yaş ayrımcılığından etkilenmelerine neden olmaktadır. Bu bilgiler ışığında istihdamın çeşitli süreçlerinde yaş ayrımcılığına neden olan ön yargılar şu şekilde sıralanmaktadır:

- Yaşlı çalışanlar gençlere göre daha az üretkendir.
- Yaşlı çalışanlar gençlere göre daha fazla ücret talep ederler.
- Yaşlı çalışanlar gençlere göre daha az uyum sağlarlar ve değişime daha kapalıdır.
- Yaşlı çalışanlar erken emekli olmak isterler; çalışmak istemezler.
- Genç çalışanlar yeterli bilgi ve birikime sahip değildir.

Çalışma yaşamında yaş ayrımcılığı kişiyi işe alırken, çalıştırırken veya işten çıkartırken söz konusu olabilmekle birlikte istihdamın tüm alanlarında ortaya çıkmaktadır. Ancak, farklı yaşlar arasında muamele farklılığı en çok işe alma safhasında görülmektedir. Bu süreçte, yaş ayrımcılığının günümüzde 40 yaş ile birlikte başladığı gözlemlenmektedir.⁶⁷⁷

İşe Alma Süreci: Yaş ayrımcılığının en çok işe alma sürecinde ortaya çıktığı görülmektedir.⁶⁷⁸ Türk Ceza Kanunu'nda; *“bir kişinin işe alınmasını engelleyen kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* öngörülmekle birlikte iş ilanlarında *“35 yaşın üzerinde olanların başvurusu dikkate alınmayacaktır”* şeklindeki ifade yaş ayrımcılığına açık bir örnektir.⁶⁷⁹ Yaş ayrımcılığı genellikle bu şekilde negatif olarak ifade edilmekle birlikte *“35 yaş ve altında olanların başvuruları tercih edilecektir”* şeklinde pozitif olarak da ifade edilmektedir.⁶⁸⁰

Çalışma Süreci: Bu süreçte çalışanlara yaşı nedeniyle düşük ücret verilmesi, eğitimlerden faydalanmasına izin verilmemesi, terfi ettirilmemesi gibi yollarla yaş ayrımcılığının uygulandığı gözlenmektedir.⁶⁸¹

⁶⁷⁶ Kadriye Bakırcı, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, Beta Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2004, s. 29.

⁶⁷⁷ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s.52; Baybora, A.g.e., s. 44.

⁶⁷⁸ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s. 40.

⁶⁷⁹ Baybora, Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 44.

⁶⁸⁰ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s.52; Baybora, Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s. 44 45.

⁶⁸¹ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s.52.

İşten Çıkarma Süreci: Bu süreçte karşılaşılan en yaygın örnek; zorunlu emeklilik uygulamasıdır. Zorunlu emeklilik, “*çalışmaya devam etme ihtiyacı ve isteği olanlar için özgür seçimin reddedilmesinden itibaren emeklilik için belirli bir yaş sınırının getirilmiş olmasıdır*”. Buna ilişkin olarak; Emekli Sandığı Kanunu 40. maddesinin 21 /04 /2005 tarih ve 5335/3 sayılı değişik birinci fıkrasına göre; “iştirakçilerin görevleri ile ilişkilerinin kesilmesini gerektiren yaş haddi 65 yaşını doldurdukları tarihtir. Bu maddenin ikinci cümlesi, Anayasa Mahkemesinin 3/04/2007 tarihli ve E: 2005/52, K: 2007/35 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve “..... görevlere, 65 yaşını dolduranların açıktan veya naklen atamaları yapılamaz.” denilmiştir (5434 Sayılı T. C. Emekli Sandığı Kanunu, m. 40).⁶⁸²

D. Türk Çalışma Hayatında Yaş Ayrımcılığı

Türkiye’de, istikrarlı büyüme döneminin başında genç işsizliği ön planda bulunmaktayken, dönemin devamında orta yaşlılar arasında işsizliğin yaygınlaştığı belirtilmektedir. Türkiye’de, 1996 yılında en büyük işsiz grubu % 33 oran ile 20 – 24 yaş grubu iken, 2006 yılında en büyük pay % 36 oran ile 24 – 34 yaş grubundadır. 1996 yılında 35 – 54 yaş grubunun toplam işsizler içindeki payı % 16 oranında iken, 2006 yılında bu oran % 27’ye yükselmiştir. 2005 yılından 2006 yılına 34 yaştan daha genç olanlar arasında mutlak işsiz sayısı azalırken, 35 yaş ve üzerinde işsizlerin sayısında bir artış vuku bulmuştur.⁶⁸³ Gelişmiş ülkelerde olduğu gibi, Türkiye’de de nüfus ve buna bağlı olarak işgücü yaşlanmaktadır. Ek olarak, Türkiye’nin gelişmiş ülkeler ile kıyasladığımızda daha kısa sürede yaşlı nüfus sorunu ile karşılaşacağı ifade edilmektedir.⁶⁸⁴

Kentleşme, göçler ve sanayileşmenin artması, ekonomik zorluklar, kadının çalışma hayatına girmesi, sosyal yaşamın değişmesi ve ataerkil aileden çekirdek aileye geçiş özellikle büyük şehirlerde aile yapılarında önemli değişikliklere neden olmuştur.⁶⁸⁵ Türk kültüründe, yaşlıya saygı, yaşlının sözünü dinleme ve sahip çıkma

⁶⁸² Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,53.

⁶⁸³ Esen Çağlar/ Ozan Acar/ Haki Pamuk: Türkiye’de İşsizler Artık Daha Yaşlı, Tepav,2007, s, 1 – 2.

⁶⁸⁴ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var Mı?, s, 53; Çağlar/ Acar/ Pamuk, A.g.e., s, 2.

⁶⁸⁵ Arıcı, A.g.e., s, 932 – 933.

geleneksel ve değişmez bir beklenti iken yaşlının toplum içindeki statüsü ve saygınlığı günümüzde değişmeye başlamıştır.⁶⁸⁶

Geçmiş dönemdeki nüfus eğilimlerinin sonucu olarak Türkiye genç bir nüfus yapısına sahiptir. Heidrick & Struggles firmasının iş dünyasında ülkelerin yetenek endekslerini belirlemeye yönelik yaptığı çalışmada Türkiye’de yönetim alanındaki yaş ortalamasının %54,6 ile Hollanda, Fransa, Almanya, İngiltere gibi birçok gelişmiş ülkenin ve %59 olan Avrupa ortalamasının altında olduğu sonucuna varılmıştır. Çalışma hayatında, özellikle yöneticilerin yaş ortalamasının düşük olması, Türk firmalarının yeniliklere daha açık ve dinamik bir yapıya sahip oldukları yönündeki yorumlar; toplumun yaşlılara yönelik ön yargılarının bir sonucu olarak da değerlendirilebilir.⁶⁸⁷ Mevcut genç nüfusa rağmen, dünya nüfusunun yaşlanmasına paralel olarak Türkiye’de de yaşlı nüfus giderek artmaktadır.⁶⁸⁸

Yakın bir gelecekte çalışma yaşamında yaş ayrımcılığı sorunuyla karşılaşılması şüphesizdir. Türkiye’de iş ilanlarına bakıldığında, “*tecrübeli*”, “*genç*”, “*dinamik*”, “*30 yaşını aşmamış*” gibi ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Uygulamada, kişiler yalnızca yaşları temel alınarak iş görüşmesinden geri çevrildiklerini, çalışma yaşamında aktif bulundukları esnada yaşlarına ilişkin çeşitli olumsuz durumlara maruz kaldıklarını ve belirli bir yaşa eriştiklerinde işlerinden ayrılmaları yönünde kendilerine baskı yapıldığını ifade etmektedirler. Dolayısıyla, bu konuya ilişkin önlemlerin ivedilikle alınması gerekliliği kaçınılmaz bir nitelik taşımaktadır.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,53.

⁶⁸⁷ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var Mı?, s, 44 – 45.

⁶⁸⁸ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,53.

⁶⁸⁹ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var Mı?, s, 54.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

I. YAŞ AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. YAŞ AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI VE ULUSLARARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

1. Amerikan Hukukunda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Yaş ayrımcılığı mevzuatı hem ayrımcılıkla beraber yapılan haksızlıkları gidermek hem de yaşlı işçilerin bireysel olarak kapasitelerinin belirlenebilmesini sağlamak açısından önem arz etmektedir.⁶⁹⁰ Çünkü yaş, kişiden kişiye farklı etkiler gösteren bir kavramdır. Dolayısıyla yaşlı işçinin işine devam etmesi, kısmen çalışması yahut emekliye ayrılması uygun görülebilir.⁶⁹¹

Yaşa dayalı ayrımcılık hem Avrupa Birliğinde hem de Amerikan hukukunda yasaklanmıştır.⁶⁹² Birbirinden oldukça farklı olan bu iki hukuk sisteminden önce Amerikan hukukuna baktığımızda, 1967 tarihli İstihdamda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasası (The Age Discrimination in Employment Act – ADEA) incelenmelidir.⁶⁹³ Bu yasa, kırk yaş ve üzerindeki kişilere karşı ayrımcılık yapılmasını engellemektedir.⁶⁹⁴ Başlangıçta sadece özel kesim işverenlerini kapsamına almışken 1974 yılında kamu kesimi işverenleri de dâhil edilmiştir.⁶⁹⁵

Yasanın ilk halinde 40 – 65 yaş arası işçiler kapsama dâhil edilmişken yapılan bir değişiklik ile üst sınır 70’e çekilmiş, ardından da tamamen kaldırılmıştır.⁶⁹⁶ Yasa, kırk yaş üzerindeki kişilere koruma sağladığından, Amerikan Hukukunda genç işçiler

⁶⁹⁰ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 41.

⁶⁹¹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf, s, 5.

⁶⁹² Dilek “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve ABD’nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, s, 43.

⁶⁹³ Arıcı, A.g.e., s, 945.

⁶⁹⁴ Yuvalı, A.g.e., s, 152.

⁶⁹⁵ Yıldız, A.g.e., s,152.

⁶⁹⁶ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 41 – 42.

yaşa dayalı ayrımcılığa karşı bu yasa kapsamında koruma altında değildirler.⁶⁹⁷ Kırk yaş üzerindeki iki kişi arasında da yasanın yaşa dayalı ayrımcılığı benimsemediği görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle yasanın koruma altına aldığı iki kişiden birinin diğerine tercih edilmesi durumunda, tercih edilmeyen kişi bu yasaya dayalı olarak hak arama yoluna başvurabilir.⁶⁹⁸

ADEA, 20 ve daha fazla işçi çalıştıran, ticari alanda faaliyet gösteren işyerlerinde uygulanmaktadır. Yasanın kapsam dışında bıraktığı bazı durumlarda bulunmaktadır. ADEA 631/ c, (1) maddesinde 65 yaşını doldurmuş olan, emeklilikten önceki son iki yıl içinde şirketin üst düzey yönetiminde görev almış, emeklilik sisteminden de belirli bir miktarın üzerinde yıllık gelir elde edebilecek kişilerin emekliye ayrılmasında ADEA'nın hiçbir hükmünün uygulanmayacağı düzenlenmiştir.⁶⁹⁹ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ADEA'nın üst düzey yöneticileri çalıştıkları sürece güvenceden yararlandırması, ancak 65 yaşına eriştiklerinde, yasada belirlenmiş diğer koşulların da varlığı durumunda emekliye ayrılmasını engellemediği, sadece bu durumda koruma dışı bıraktığıdır. Bunun yanı sıra bir üst düzey yönetici 65 yaşını doldurduktan sonra emekliye ayrılmayıp, şirket bünyesinde başka bir işte çalışmaya devam ederse ADEA kapsamına dâhil olmaktadır.⁷⁰⁰ OECD ülkeleri içerisinde ABD yaş ayrımcılığı konusunda en iyi temel düzenlemeye sahip olan ülkelerden biridir.⁷⁰¹

Amerikan hukukunda işveren, ayrımcılık yarattığı ileri sürülen bir uygulamanın yapılan iş açısından objektif bir gereklilik olduğunu ortaya koyabilir.⁷⁰² Bu konuda verilmiş olan bir kararda 60 yaşından sonra kaptan pilot olarak uçuşu yasaklanan pilotların uçuş mühendisi olmaları önünde bir engel olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu kararda 60 yaşın uçuş yasağı açısından objektif bir mesleki gereklilik olduğu kabul edilmiş ancak aynı durum uçuş mühendisleri için kabul edilmemiştir. Ancak Amerikan hukukunda da bizim hukuk uygulamamız ile paralel yönde belli bir yaşa gelindiğinde emekliye ayrılmaya ilişkin hükümler geçersiz sayılmaktadır.⁷⁰³

Yaşa dayalı ayrımcılık iddiaları en çok işgücü fazlalığına dayalı olarak yapılan fesihlerde uyuşmazlık konusu yapılmaktadır.⁷⁰⁴ Bu davaların incelenmesi ile ilgili

⁶⁹⁷ Yuvalı, A.g.e, s, 152; Dilek Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 43.

⁶⁹⁸ Yıldız, A.g.e., s,152.

⁶⁹⁹ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 42.

⁷⁰⁰ Yıldız, A.g.e., s,153; Arıcı, A.g.e., s, 945.

⁷⁰¹ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 43.

⁷⁰² Yuvalı, A.g.e., s, 152.

⁷⁰³ Yıldız, A.g.e., s,153.

⁷⁰⁴ Baybora, ABD'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 44.

olarak Amerikan mahkemeleri oldukça titiz davranmaktadırlar. Örneğin işverenin “işyerinde taze kana ihtiyaç olduğu” yolundaki beyanı ile ilgili olarak açılan bir davada bu beyanın ayrımcı nitelik taşıdığı hükme bağlanmıştır.⁷⁰⁵ Yahut yaşlı işçilerim genç işçilere kıyasla daha yüksek maliyetli olmaları sebebiyle işlerine son verilmesi mahkemeler tarafından uygun neden olarak kabul edilmemektedir.⁷⁰⁶

2. Avrupa Birliği Hukukunda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Uluslararası alanda Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi belgelerinde yaş nedeniyle ayrımcılıktan söz edilmemiştir.⁷⁰⁷ ILO’nun da bu konuda bir sözleşmesi bulunmamaktadır. Sadece ILO’nun 1980 tarih ve 162 sayılı Yaşlı İşçiler Tavsiye Kararına göre yaşlı işçiler yaşlarından dolayı herhangi bir ayrımcılığa uğramadan diğer işçilerle aynı koşullarda fırsat ve muamele eşitliğine sahip olmalıdır (madde 4/c).⁷⁰⁸

Bu konudaki en ayrıntılı hüküm, AB Konseyi’nin 2000/78 sayılı İstihdamda Eşit İşlem Hakkında Çerçeve Yönergesinde bulunmaktadır.⁷⁰⁹ Avrupa Birliğinde 2000/78 sayılı Yönergenin kapsamına aldığı ayrımcılık nedenlerinden biri de yaştır.⁷¹⁰ 2000/78 sayılı Yönergede öngörülen yaşa dayalı ayrımcılık hem yaşlı hem genç işçileri koruma altına almaktadır.⁷¹¹ Bu anlamda ortada haklı bir sebep bulunmadıkça çalışma koşullarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde yaş ölçütünün esas alınarak genç işçiler aleyhine işlem yapılması yaşa dayalı ayrımcılık kabul edilmelidir.⁷¹² Yönerge, iş ilişkisinde yaşa dayalı ayrımcılığı yasaklamakla beraber altıncı maddesinde yaşa dayalı olarak yapılan farklı uygulamaların haklılaştırılabileceğini de hükme bağlamıştır.⁷¹³ Buna göre üye devletler, ulusal hukuklarında, objektif ve haklı bir gerekçe ile hukuka uygun bir amaca ulaşmak için

⁷⁰⁵ Yıldız, A.g.e., s,153.

⁷⁰⁶ Baybora, ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, s, 46; 1991 WL 74610, N.D. II. 1991; Chicago Illinos Mahkemesi tarafından verilmiş bulunan bir hükümde, ADEA’nın mali nedenlerle koruma altında bulunan işçilerin işten çıkarılmasının yasakladığı, ekonomik nedenlerin, işten çıkarmada yaştan asıl belirleyici olduğunu saklamasında kullanıldığı ifade edilmiştir. Temyiz Mahkemesi, ücretlerin maliyeti sebebiyle yaşlı işçilerin işlerine son verilmesi yerine ücretlerinde azalma seçeneğinin sunulması gerektiğini belirtmektedir.

⁷⁰⁷ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 117.

⁷⁰⁸ Tuncay, A.g.e., s, 88.

⁷⁰⁹ Tuncay, A.g.e., s, 88; Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı, s, 719.

⁷¹⁰ Arıcı, A.g.e, s, 945.

⁷¹¹ Yuvalı, A.g.e., s, 152 -153.

⁷¹² Manav, A.g.e, s,768.

⁷¹³ Arıcı, A.g.e., s, 945.

yaşa dayalı olarak farklı uygulama yapılmasının ayrımcılık yaratmayacağına dair düzenleme yapabileceklerdir. İstihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim amaçları farklı uygulama yapılmasında objektif, haklı ve hukuka uygun amaçlar olarak değerlendirilecektir. Her ne kadar işverenin yaş dolayısıyla çalışanları arasında ayrımcılık yapması yasak olsa da, istihdam politikası, iş gücü piyasasının düzenlenmesi, mesleki eğitim vb. gibi bir takım objektif nedenlerin olması halinde işçilere farklı davranmak ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmez.⁷¹⁴ Ancak bu alanlardaki amaçlara ulaşmak için izlenen yöntemin de uygun ve gerekli olması gerekmektedir. Gereklilikten anlaşılmaması gereken söz konusu istisna hüküm olmaksızın ulaşılmak istenen amaca erişilemeyecek olmasıdır.⁷¹⁵

2000/78 sayılı Yönerge, yukarıda ifade edilen özellikleri taşıyan bir farklı uygulamanın neleri içerebileceğini de örnekleyici olarak düzenlemiştir.⁷¹⁶ Buna göre gençler, yaşlı işçiler ve ailevi yükümlülükleri olan çalışanların mesleki bütünleşmelerinin ya da korunmalarının sağlanması için işe, mesleğe giriş ve mesleki eğitime kabulde, ücret ve fesih konularını da içeren çalışma koşullarında özel şartlar öngörülebilir (6/1, a); işe giriş ya da iş ilişkisine bağlı olan bazı hakların elde edilmesi ile ilgili olarak asgari yaş, mesleki tecrübe ya da kıdem süresi şartları konabilir (6/1, b); yapılan işin niteliği gereği emeklilik için belirli bir yaşın belirlenmesi ya da emeklilikten önce belirli bir süre çalışma ihtiyacı düzenlenebilir (6/1, c) Yönergenin 6. maddesinin getirmiş olduğu bu düzenleme yaşa dayalı ayrımcılığın haklılaştırma ölçütlerini düzenlemektedir.⁷¹⁷

Bir başka deyişle, İstihdam'da Eşit İşlem Yönergesi'nin 6. maddesi yaş temelinde muamele farklılıkları için iki ayrı gerekçe öngörmektedir. Yönergenin 6 (1) maddesi, orantılı olmak kaydıyla “*meşru istihdam politikası, işgücü piyasası ve meslek eğitim hedeflerine*” yönelik olarak yaş ayrımcılığına izin vermektedir. Farklı muamelenin ne zaman haklı olabileceği konusunda sınırlı sayıda örnek verilmiş bulunmaktadır. Madde 6 (1) (b), “istihdama giriş için yaş, mesleki tecrübe veya hizmette kıdem bakımından asgari şartların belirlenmesine” izin verir. Fakat tüm durumları içermesi öngörülmeleyen bu liste duruma göre genişletilebilir.⁷¹⁸ 6 (2). madde orantılı olma kaydına gerek duymaksızın, mesleki sosyal güvenlik

⁷¹⁴ Manav, A.g.e., s,768.

⁷¹⁵ Yıldız, A.g.e., s,154.

⁷¹⁶ Yuvalı, A.g.e., s, 152 – 153.

⁷¹⁷ Yıldız, A.g.e., s,154.

⁷¹⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, 2010, s, 51.

programlarına erişim ve bahsi geçen programlar kapsamındaki haklar bakımından yaş ayrımcılığına müsaade eder.⁷¹⁹

Yaş unsurunun önem taşıdığı bir diğer alan ise sosyal güvenliktir.⁷²⁰ Yönerge, sosyal güvenlik sistemlerinde, malullük ya da yaşlılık aylığına hak kazanmak için belirli bir yaş sınırı konması, farklı işçi grupları için farklı yaşlar öngörülmesi ya da sosyal sigorta sisteminin aktüeryal hesaplarında yaş ölçütünün kullanılmasının, cinsiyete dayalı ayrıma yol açmadıkça, yaşa dayalı ayrımcılık oluşturmayacağını hükme bağlamıştır. (6/2)⁷²¹ İşverenlerin daha genç işçi istihdam etmeleri yönündeki eğilimleri, meslek hayatları çoğunlukla 25- 35 yaş arasında evlilik ve çocuk sahibi olma nedenlerine bağlı olarak ailevi sorumlulukları artan kadınların aleyhine dolaylı ayrımcılık da oluşturmaktadır.⁷²²

Avrupa Birliği üye ülkelerinden Almanya, 2000/78 sayılı Yönerge ile koruma altına alınan yaşa dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak gerekli hukuki düzenlemeleri yapmak için Yönerge ile öngörülen ek süreyi de kullanmıştır. Alman hukukunda, Münih İş Mahkemesi, Adalet Divanı'na 52 yaşında veya üstünde olan işçileri, belirli süreli iş sözleşmesi akdetmek için aranan koşullardan istisna tutmanın ilgili AB mevzuatına uygun olup olmadığını sormuştur. Adalet Divanı yaptığı inceleme sonucunda bu düzenlemenin yaşa dayalı ayrımcılık olduğu sonucuna varmıştır. Mangold kararının verildiği tarihte 2000/78 sayılı Yönergenin iç hukuka aktarılmasına ilişkin süre henüz dolmamış olmasına rağmen Divan, ayrımcılık yasağının Birlik hukukun bir temel ilkesi olduğunu ifade etmiştir.⁷²³

Fransız İş Kanununda, 2000/78 sayılı Yönerge ile uyumlu olarak, objektif olarak haklılaştırılabilen yaşa dayalı farklı uygulamaların ayrımcılık sayılmayacağı düzenlenmiştir (L. 1133- 1). İşgücüne ilişkin olarak oluşturulan politikalar, bu amaca ulaşmak için kullanılan araçların da uygun ve gerekli olması koşuluyla haklı neden olarak kabul edilmektedirler. Bu kapsamda olmak üzere, genç ya da yaşlı işçileri korumak amacıyla belli bir işe girmeyi yasaklayan ya da belli çalışma koşulları öngören hükümler, bir mesleğin kendine özgü nitelikleri dolayısıyla belli bir yaşta emekli olmaya ya da emeklilikten önce belli bir süre çalışma gerekliliğine ilişkin hükümler ayrımcılık olarak nitelendirilemez.⁷²⁴

⁷¹⁹ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, A.g.e., s, 51.

⁷²⁰ Yuvalı, A.g.e., s, 152; Arıcı, A.g.e, s, 935.

⁷²¹ Yıldız, A.g.e., s,154.

⁷²² Yıldız, A.g.e., s,154.

⁷²³ Yıldız, A.g.e., s,155.

⁷²⁴ Yıldız, A.g.e., s,155.

Belli bir yaşa erişmiş olma durumunda işçinin emekliye ayrılacağına ilişkin hükümler İspanya’da da dava konusu edilmiştir.⁷²⁵ 2004 yılında yapılan iki yargılamada yüksek mahkeme, 65 yaşında zorunlu emeklilik öngören toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçersizliğine karar vermiştir. Bu karara gerekçe olarak, İspanya’da zorunlu emeklilik ile ilgili olarak böyle bir düzenleme yapılmasına olanak sağlayan herhangi bir yasa hükmünün bulunmaması gösterilmiştir. Yapılan yargılama aşamasında mahkeme 2000/78 sayılı Yönerge hükümlerine dayalı olarak inceleme yapmıştır. Toplu iş sözleşmesi ile 65 yaşında zorunlu olarak emekliye ayrılmaya ilişkin hüküm getirilmesinin, Yönerge kapsamında ayrımcılık oluşturduğu, bu hükmün hukuka uygun bir istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim amaçları ile de haklılaştırılmadığı ifade edilmiştir.⁷²⁶ Anılan davalara ilişkin detaylı bilgiler çalışmamızın devamında yer almaktadır.

Yaş nedeniyle ayrımcı işleme tabi tutulmama konusu dünyada oldukça yeni bir yaklaşımdır.⁷²⁷ Özellikle işsizlik oranının yüksek, gençlerin iş bulma olanağının az olduğu ve ekonomik sıkıntıların derin boyutlarda seyrettiği dönemlerde, yaşa endeksli ayırım yapmama ilkesinin savunmak zorlaşmaktadır. Söz konusu Yönerge bu nedenle geniş bir istisna listesi getirmiştir. Ayrıca bazı iş ve meslekler bakımından belirli bir yaşa ulaşma yeterlilik kaybını da beraberinde getiriyorsa bu tür yaş sınırları geçerli sayılmalıdır. Örneğin pilotlarda, cerrahlarda, sürücülerde olduğu gibi.⁷²⁸ Bu tür işlerde yaş ilerledikçe vücutta ve beyinde meydana gelecek olumsuz değişiklikler kendisinin ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürebilir.⁷²⁹

ILO’nun 1952 tarihli ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkındaki Sözleşmesi, yardım yapılmasını gerektiren ve mevzuatla belirlenen bir yaşın üstünde olmayı yaşlılık olarak tanımlamıştır (m. 26). İlgili hüküm uyarınca “*Mevzuatla belirlenen yaş sınırı 65’ten yukarı olmamalıdır. Bununla beraber, ülkedeki yaşlı kimselerin çalışma güçleri göz önünde bulundurulmak suretiyle, yetkili merciler tarafından daha yüksek bir yaş sınırı da belirlenebilir* (f.2).”. Türkiye, bu sözleşmeyi 1971 yılında bir kanunla onaylamıştır. Bugün 65’ten yukarı (67 yaş) emeklilik yaşı tespit etmiş ülkeler bulunmaktadır.⁷³⁰ Bunlar tespit edebildiğimiz kadarıyla ADB, İzlanda, Norveç, Danimarka ve İsrail’dir. Diğer bazı ülkeler de

⁷²⁵ Tuncay, A.g.e., s, 89 – 90.

⁷²⁶ Yıldız, A.g.e., s,155; Tuncay, A.g.e., s, 89 – 90.

⁷²⁷ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 – 45.

⁷²⁸ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 44 – 45.

⁷²⁹ Tuncay, A.g.e., s, 90.

⁷³⁰ Arıcı, A.g.e., s, 933.

(Örneğin Almanya, İspanya ve Fransa) yakın gelecekte emeklilik yaşını 67'ye yükseltmeyi planlamaktadırlar.⁷³¹

Aslında dünyada pek çok kimse ileri yaş grubunda bulunsa da hala aktif yaşamını ve çalışmasını sürdürmektedir. Bu nedenle yaşlanma olgusu nispidir ve kişiden kişiye göre değişir. Örneğin, geçmişte Goethe ünlü eseri Dr. Faust'u 80'inden sonra kaleme almış, Verdi Othello'yu 73 yaşında bitirmiş, Picasso 90'ında hala nefis eserler vermiştir. Keza 2006 yılında kaybettiğimiz tarihçi yazar Cemal Kutay 90'ından sonra da Atatürk hakkında cilt cilt kitaplar yazmıştır.⁷³²

a) Yaş Ayrımcılığına İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarına Genel Bir Bakış

aa) Giriş

Pozitif normların, ayrımcılık yasağının etkili bir biçimde uygulamaya geçirilmesinde yetersiz kaldığı durumlar ABAD'ın içtihatla geliştirdiği kurallar vasıtasıyla çözülmüş ve bu kurallar Birlik hukukunda, ayrımcılık yasağının gelişim sürecinde belirleyici olmuştur. Bu kapsamda Birlik hukukunda ayrımcılık yasağı, doğrudan uygulanabilirliği ve üstünlüğü kabul edilen hukukun genel prensiplerinden eşitlik ilkesi ile korunmakta ve bu sebeple pozitif normların öngörmediği durumlarda ABAD içtihadıyla yeknesak düzeyde bir koruma sağlanmaktadır.⁷³³

Yukarıda da belirtildiği gibi yaşa dair yapılan ayrımcılık 2000/78 sayılı Yönerge uyarınca koruma altına alınmıştır. Yaş ayrımcılığı özellikle yaşlı işçilerin iş güvenliğinin sağlanmasına odaklı olarak Avrupa mevzuatında tarafsızlık, eşitlik kavramlarının korunması ve insan haklarının ihlalinin önlenmesi hakkında yeni bir pencere açmıştır.⁷³⁴ Böylece, birçok üye devlet Yönergeyi kendi iç hukuklarında fazla çekince göstermeden yürürlüğe koymuşlardır. Buna rağmen, Yönergede birçok tereddütlü konu mevcuttur. Özellikle, yaş ayrımcılığı yasağı belirsiz kalmıştır. Yaş temelli ayrımcılığın, cinsiyet, ırk ayrımcılığı gibi temel bir ayrımcılık mı olduğu yoksa daha az önemli, ikincil bir ayrımcılık türü mü olduğu tartışma konusu yapılmıştır.

⁷³¹ Tuncay, A.g.e, s, 91.

⁷³² Tuncay, A.g.e., s, 91.

⁷³³ Gonca Aydingöz, Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararı Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009, s,3.

⁷³⁴ Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s, 117 – 119.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu konuda ortaya koyduğu içtihatlar tartışmalı ve hatta belki sürpriz nitelik taşımaktadır. Mahkeme yaş ayrımcılığı yasağının önemini doğrulamış ve böylece Avrupa birliğinin temel normlarından olan eşitlik ilkesinin genel prensipleri ile ilişkilendirmiştir. Bu içtihatlar değerlendirme açısından gayet önemlidir çünkü mahkemenin yıllar içinde şekillenen yaş ayrımcılığı gibi zor ve çekişmeli bir konuda eşitlik ilkesine dair içtihatlarını göz önüne sermektedir.

bb)Yaş Ayrımcılığı Yasağının Belirsiz Statüsü

Mahkemenin yaş ayrımcılığına yeterli önemi verip vermediği tartışmalıdır. Gerçekten de, uluslararası hukuk yaş ayrımcılığı konusunda yeterince açık değildir. Uluslararası hukukta, yaş ayrımcılığı yasağına karşı sessiz bir tutum izlenmektedir.⁷³⁵

Madde 6/1 hükmü temel bir soruya sebebiyet vermektedir: yaşın özel statüsünden dolayı yaş ayrımcılığı daha az önemli ya da ikinci derecede bir nitelik mi taşımaktadır. Yaş ayrımcılığı cinsiyet ya da ırk ayrımcılığına yahut diğer ayrımcılık türlerine oranla daha az ciddi ya da az sakıncalı bir ayrımcılık türü müdür? Bu yüzden, ulusal mahkemeler Yönerge hükümlerini uygularken ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarını yorumlarken işverenlerin yaş temelli farklı uygulamalar yapmasına izin verilebilir mi?

Yaş ayrımcılığının geçmişe dayanan bir boyunduruk ya da insan haysiyeti açısından büyük ölçekli bir ihtiyaç uyandırmaması da onun diğer ayrımcılık türlerinden farklı olduğu iddiasını desteklemiştir. Yaş ayrımcılığı her bireyin normal yaşam süresi içerisinde karşılaşabileceği bir evre olarak belirtilmiştir. Ayrıca yaş ayrımcılığının yaşlı işçilerin genç işçilere karşı haksız olarak korunması riskini yaratabileceğine de değinilmiştir. Hâlbuki yaş ayrımcılığına hem yaşlı işçiler hem de genç işçiler maruz kalabilmektedir.⁷³⁶ Örneğin; çoğunlukla genç işçilerin olgunluk ve tecrübelerinin eksik olduğu varsayılırken, yaşlı işçilerin de esneklik, motivasyon ve yeni fikirlere açıklıktan uzak olduğu farz edilmektedir. Bireyler bu şekilde basmakalıp- küçültücü ayrımcılıklara maruz kaldıkları zaman, eşit davranma ilkesini reddetmekte ve ona saygı duymamaktadırlar. Böylece, temel haklardan olan eşitlik ilkesinin geliştirilmesi için yaş ayrımcılığına dair kesin bir yaklaşım benimsenmelidir.⁷³⁷

⁷³⁵http://rechten.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/Algemeen/Recht1/2007/effeinnal/Mangold_LIEI.pdf

⁷³⁶Aykaç, A.g.e., s, 339 – 341.

⁷³⁷http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

Yaş ayrımcılığının ne olduğu açık görülmekle beraber, yakın zamana kadar diğer ayrımcılık türleri kadar bilinmiyordu. İstihdamda yaş ayrımcılığını tespit etmek diğer ayrımcılık türlerinin tespitinden zordur. Örneğin, istihdamda karşılaşılan birçok ayrımcılık türü, belirli gruplara karşı (kadın, belli bir ırka mensup yahut azınlık vb. olmak dolayısıyla) güdülen tarihsel geri kalmışlıklara ya da önyargılara dayanmakta iken yaş için belirlenen bir grup mevcut değildir. Daha doğrusu, yaş farklı insanları kapsayan göreceli bir süreci ifade eder. Zihinsel ve fiziksel aktiviteler zamanla eksilebilir, fakat bu her birey için aynı oranda ve aynı şekilde değildir. Yaşlı işçiler arasındaki zihinsel ve fiziksel farklılıklar, bazı yaşlı işçilerin işlerine devam etmeleri için yeterli iken, diğerleri için aynı durum söz konusu olmayabilir. Bu yüzden yaş ayrımcılığı, kolay ayır edilebilir olmadığından, bu ayrımcılık türü diğer ayrımcılık türlerine göre daha üstü kapalıdır.⁷³⁸

Yaş ayrımcılığı ayrıca negatif sosyal sonuçlarda üretmektedir. Yaş ayrımcılığına maruz kalan gruplar sık sık sosyal dışlanmaya, yüksek oranda fakirliğe ve temel mal ve hizmetlerden faydalanmaktan mahrum kalmaya da maruz bırakılmaktadır.

Avrupa'daki yaşlanan nüfus da ilgili bir faktördür. Nüfus içerisinde, ortalama yaşam süresi uzadığından yaşlı insan sayısı artarken, doğurganlık oranı azaldığından genç insan sayısı azalmaktadır. Eğer yaşlı işçiler yeterli olduklarına ve iş güçlerinin devam ettiğine dair cesaretlendirilmezlerse ve genç işçilere iş tecrübesi kazandırılmaz ve kariyer merdivenlerine doğru yol almazlarsa, gelecek yıllarda Avrupa'da üretkenlik seviyesinde büyük bir düşüş yaşanacaktır. Bu yüzden de yaş ayrımcılığının önüne geçilmesi büyük önem arz etmektedir.⁷³⁹

cc) Yaş Ayrımcılığına Dair Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

2003 yılında Yönerge yürürlüğe girdiğinde, (ya da 2006 yılında, Üye Devletlerce bunda fayda görenlerin yaş ve engellilik hükümlerinin uygulamaya girmesi açısından aktarım süresinin uzatılmasına izin verilmiştir.) Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yaş ayrımcılığı hakkında nasıl uygulama yapacağı belirsizdi. Bu belirsizlik, yaş ayrımcılığı hakkında önemli ulusal mahkeme kararlarının olmayışı ve yaş eşitliği hakkında detaylı akademik yorum eksikliği ile de birleşmiştir.

Yaş ayrımcılığı hakkındaki Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları 2007 yılında Mangold kararı ile birlikte çarpıcı, tartışmalı ve önemli bir hal almıştır. Avrupa

⁷³⁸http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf , s,4-5.

⁷³⁹http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

Birliğı Adalet Divanı, yaş davalarında objektif haklı neden testi uygulanmasına ihtiyaç duymuş ve yaş ayrımcılığının temel ayrımcılık çeşitlerinden biri olduğu konusunda ısrarcı olmuştur. Başka görüşlerin aksine, Mahkeme Mangold, Palacios de la Villa ve Age Concern kararlarında açıkça yaş ayrımcılığı yasağı ile diğer ayrımcılık yasağı normları arasında bir fark olmadığını ortaya koymuştur. Ayrıca, şüphesizdir ki Mahkeme Mangold ve Küçükdeveci kararlarıyla yaş ayrımcılığını eşitlik ilkesinin tamamlayıcı bir yönü olarak ele almış ve Avrupa Birliğı hukuku tarafından korunan ayrımcılık yapmama temeliyle çevrelemiştir.⁷⁴⁰

Diğer bir deyişle, mahkeme yaş ve diğer ayrımcılık türlerini denk tutmuş ve Avrupa Birliğı ayrımcılık yapma yasağının üstün normları arasında yer vermiştir.

Aynı zamanda, mahkemenin yaş ayrımcılığına ilişkin kararları yaş ayrımcılığının belirleyici yapısını da ortaya koymaktadır. Mahkeme, üye devletlere yaş temelli ayrımcılıklarda kullanılmak üzere göreceli olarak geniş bir takdir yetkisi tanımıştır, ancak bunun için ülkeler mantıklı güçlü objektif bir neden belirtmek zorundadırlar. Böylece, yaş ayrımcılığı yasağının önemi ortaya konmaktadır.⁷⁴¹

Avrupa Birliğı Adalet Divanının yaş ayrımcılığına dair vermiş olduğu kararlar diğer yeni ayrımcılık alanlarına kıyasla (ırk ve din kökenli ayrımcılık da dâhil olmak üzere) daha öncü nitelik taşımaktadır.

Bu belki yaş ayrımcılığının belirsiz niteliğini yansıtmakta ve karşılaştırılabilir ulusal mahkeme içtihatlarının da eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Yönergede yaş ayrımcılığı hükümlerinin nasıl uygulanacağına dair belirli bir kılavuzun yokluğu ya da güvenilir başka bir kaynağın olmayışı da, yerel mahkemeleri tekrar tekrar zor davalarda Luxemburg'a yönlendirmiştir. Bunun sonucu olarak, Yönergede bulunan yaş ayrımcılığı hükümleri hakkında beklenilenden çok daha fazla hukuki tartışma meydana gelmiştir. Yaş ayrımcılığı, hukukun zor ve çekişmeli alanlarından biridir.⁷⁴²

Avrupa Birliğı Adalet Divanı kararları yaş ayrımcılığı açısından; Yönergenin nasıl yorumlanacağını tespiti için çok büyük önem taşımaktadır. Mangold, Bartsch ve Küçükdeveci kararları eşit davranma ilkesinin nasıl yorumlanacağını açıklamaktadır.

Mahkemenin yaş ayrımcılığına ilişkin içtihatları Avrupa Birliğı hukukunun geniş ölçüde açıklanmasına olanak sağlamaktadır. Avrupa Birliğı Adalet Divanı Kararları arasında ise Mangold kararı özel bir önem taşımaktadır, önemli olduğu kadar

⁷⁴⁰http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁴¹http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁴²http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

tartışmalı hususları da içinde barındırmaktadır. Mahkeme burada eşitlik ilkesinin herkesi kapsayan yapısını gözler önüne sermiştir.

Dahası Mangold kararı ve daha yeni tarihli Bartsch ve Küçükdeveci kararları göstermektedir ki; hukukun genel ilkelerinden olan eşit muamele ilkesi, bu ilkeyle çelişen ulusal hukuk normları ve diğer Avrupa Birliği öğeleri göz ardı edilerek yerel mahkemelerce uygulama alanı bulmak zorundadır.⁷⁴³ Yerel mahkemeler hukukun genel ilkelerinden olan eşit muamele ilkesi ile çelişen yerel hukuk normlarını uygulayamazlar, bu özel taraflar arasındaki ‘yatay’ uyumsuzluklarda uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Şimdi, görülmektedir ki Yönerge özel taraflar arasında; Avrupa Birliği hukukunun temel prensipleri açısından doğrudan uygulama alanı bulabilmektedir.⁷⁴⁴

Böylece, mahkemenin bilinçli kararlarıyla yaş ayrımcılığının diğer ayrımcılık türlerine denk olduğu ortaya konmuştur.

aaa) Mangold v Helm

Mangold kararı⁷⁴⁵ Alman İş Kanunu’ndaki belirli süreli sözleşmelere ilişkin genel hükümlere yaşa dayalı sağlanan istisnaya ilişkindir. Bahsi geçen süreli sözleşmeler, 2 yıldan uzun süren belirli süreli iş sözleşmeleri ya da 2 yıl içerisinde 3 defadan fazla yenilenenlerdir. Daha fazla yaşlı işçinin istihdam edilmesine teşvik amacıyla, genel hükümler 2002 yılında değiştirildi. Bu değişim işverenlere, 58 yaşının üzerindeki (ve 2006 Aralık ayına kadar 52 yaşının üzerindeki) belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçilerin iş akitlerini herhangi bir haklı neden göstermeksizin feshetme hakkını tanıdı. Belirli süreli iş sözleşmelerinin objektif haklı bir neden olmaksızın sona erdirilmesi iş piyasasında yaşlıların korunmamasına yol açabilir.⁷⁴⁶

Burada yaşlı işçilere karşı daha düşük düzeyde bir iş koruması mevcuttur ve bu da haksız yaş ayrımcılığına sebep olmaktadır. Fakat davacı Yönergenin yaş ayrımcılığı hükümlerinin Almanya’da henüz yürürlüğe girmemiş olduğu engeliyle karşı karşıya kalmıştır. Almanya bu hükümlerin uygulanması açısından son mühleti 2006 yılına dek uzatmıştır. Bu engeli aşmak amacıyla, davacı bunun Yönergenin hedef ve amacıyla çeliştiğini ileri sürmüştür.

⁷⁴³ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁴⁴ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁴⁵ Case C-144/04, Mangold v Helm, [2005] ECR I-9981.

⁷⁴⁶ http://rechten.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/Algemeen/Recht1/2007/effeinnal/Mangold_LIEI.pdf

Böylece, Alman hukuku ile Yönergenin uyumlu olup – olmadığı sorusu akla gelmektedir. 2000/78 sayılı Yönergenin 1. maddesi uyarınca Yönergenin amacı ayrımcılıkla mücadele eden genel bir çerçeve oluşturmaktır. Buna iş ve istihdam piyasasında yaş ayrımcılığı da dâhildir. Burada ise, yaş temelli bir eşitsizlik söz konusudur.

İlk bakışta, Bay Mangold'un işvereni Bay Helm'e karşı bu davada çok küçük bir şansa sahipmiş gibi görünse de Avrupa Birliği Adalet Divanı farklı bir fikri benimsemiştir.⁷⁴⁷

Mangold kararının, Avrupa Birliği yasal normlarının ulusal mevzuatlardan üstün olduğu doktrinin mantıklı bir uzantısı olduğu ileri sürülebilir ve mahkemenin Yönergeyi ulusal yasal sistemler üzerinde direkt bir etkiye sahip şekilde tanımladığını kabul edebiliriz.⁷⁴⁸

Mahkeme daha önceki davalarda da belirtmiştir ki hukukun genel prensiplerinden olan eşit davranma ilkesi Avrupa Birliği hukukunda üstün bir normdur ve Avrupa Birliğinin 2000/78 sayılı Yönergesinde bu genel prensibe yaş kavramı da dâhildir. Yönerge ulusal ve uluslararası platformda insan hakları standartlarına karşı ayrımcılığa karşıdır; yaş ve diğer ayrımcılık türleri arasında hiçbir ayırım gözetmemektedir.

Mahkeme, Mangold kararını takip eden yaşa dair diğer uyuşmazlıklarda da yaş ve diğer ayrımcılık türleri arasında herhangi bir fark bulunmadığını teyit etmiş ve Yönergedeki yaş ayrımcılığına dair yasağın hukukun genel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin bir yansıması olduğunu, dolayısıyla ulusal hukukla çelişmesi durumunda 2000/78 sayılı Yönergenin yaşa dair hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

Yönergenin esas amacı din, inanç, engellilik, yaş ve cinsel eğilim gibi ayrımcılıkla mücadele etmek için genel bir çerçeve oluşturmaktır. Böylece, mahkeme yaş temelli ayrımcılık yasağının Birlik Hukukunun temel prensiplerinden olduğunu kabul etmiştir. Birlik hukukundan kaynaklanan yasal koruma tamamen etkilidir ve ulusal mevzuatın bununla çelişmesi halinde ulusal hukuk normunu ortadan kaldırır. Bu dava, normaler hiyerarşisinin basit bir örneğidir. Birlik hukukunun genel prensipleri birincil hukuk statüsü taşımaktadırlar. Yönerge ise ikincil dereceli bir

⁷⁴⁷http://rechten.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/Algemeen/Recht1/2007/effeinnal/Mangold_LIEI.pdf

⁷⁴⁸http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

hukuk kaynağıdır. Böylece, ayrımcılığın yazılı şekilde yasaklanması genel prensiplerden olan eşitliğin özel bir şekilde ilan edilmesidir.⁷⁴⁹

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Mangold davasındaki hükmü genel prensiplerin hukuktaki doğrudan etkisi ve yaş ayrımcılığı yasağına ulusal hukukta güven oluşturmak açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, mahkeme Birlik Hukukunun genel prensipleri ile bağlıdır.⁷⁵⁰

bbb) Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA

Palacios davası⁷⁵¹, İspanyol mahkemesinden yapılan referans uyarınca eğer işçi yeterli katkıya sahipse yani ulusal sosyal güvenlik sisteminden emeklilik maaşı almaya hak kazanmışsa, ulusal toplu iş sözleşmesi uyarınca 65 yaşına gelmiş işçilerin iş akitlerinin feshedilmesine ilişkindir.⁷⁵² 2005 yılında yapılan yasa, toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre bu şekilde zorunlu emeklilik yaşı uygulamasına izin vermektedir. 6. maddenin zorunlu emeklilik yaşları bağlamında geçerliliğini tartışması istenen ABAD bu maddenin kapsamını ilk defa bu davada inceme olanağı bulmuştur. Zorunlu emeklilik yaşının 6. madde kapsamına girdiğini tespit ettikten sonra, bunu nesnel olarak haklı bir nedene dayandırma olanağı olup olmayacağını araştırmıştır.⁷⁵³ Böylece, bu dava sadece akıllara yaş ayrımcılığı sorusunu getirmemektedir, ayrıca Yönergenin ulusal emeklilik yaşı hükümlerine uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu da getirmektedir.⁷⁵⁴

Bu konular ABAD tarafından önemli olarak belirtilmiştir:

- “ *Orijinal düzenlemenin, temel özelliği yüksek oranda işsizlik olan ekonomik ortamda, işgücü piyasası fırsatları yarattığı ifade ediliyordu,*
- *Geçici düzenlemenin, nesiller arasında daha iyi bir iş dağılımını temin etmek için, sendikalar ve işveren kuruluşlarının teklifiyle benimsenmiş olduğu anlaşıyordu,*
- *14/2005 sayılı kanun yine sendikaların ve işveren kuruluşlarının işbirliğiyle çıkarılmış olup, bu defa düzenlemenin “istihdam politikasıyla tutarlı olan ve*

⁷⁴⁹ http://rechten.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/Algemeen/Recht1/2007/effeinnal/Mangold_LIEI.pdf

⁷⁵⁰ http://rechten.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/Algemeen/Recht1/2007/effeinnal/Mangold_LIEI.pdf

⁷⁵¹ Case C-411/05, Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA [2007] ECR I-8531.

⁷⁵² http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁵³ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, A.g.e., s. 51

⁷⁵⁴ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

toplu sözleşmede belirtilen hedefler ile bağlantılı” olması şeklinde açıkça ifade edilmiş bir gerekliliğe dayanıyordu,

- *Toplu sözleşmedeki zorunlu emeklilik maddesinin “istihdamı arttırma yolunda faydalı olacağı” ifade ediliyordu.”⁷⁵⁵*

Bu faktörleri mütalaa eden ABAD, ‘*kendi bağlamı içine konulduğunda, geçici düzenlemenin, özellikle işsizliğe engel olmak amacıyla, ulusal işgücü piyasasını tanzim etmeye yönelik olduğu*’ kanısına ulaştı. Bu bağlamda, toplu sözleşmenin meşru bir gaye taşıdığına karar verdi. ABAD, meşru bir gayenin var olduğunu kabul ettikten sonra, düzenlemenin o gayeye ulaşmak için ‘*uygun ve gerekli*’ olup olmadığı üzerinde durmalıydı. ABAD, Üye Devletlerin sosyal politika ve istihdam politikası alanında geniş bir takdir yetkisine haiz olduklarını tekrar etti ve böylece somut düzenlemeler Üye Devletlerdeki duruma göre değişiklik gösterebilirdi. Burada önem arz eden husus, ilgili işçilerin ‘*makul bir seviyede olması gereken*’ emekli maaşı alabilmeleri gereği idi.⁷⁵⁶ Söz konusu hükümlerin sendikalar ve işveren kuruluşları arasında toplu sözleşmeyle tespit edilmiş olması, emekliye ayrılma kararında ilgili işgücü piyasasını ve belirli iş gereklerini dikkate alma imkânı veren bir esnekliğin sürecin içine yerleştirilmiş olması da eşit ölçüde etkiliydi. ABAD, bu gerçekler temelinde, Bay Palacios’u ilgilendiren geçici düzenlemenin ve toplu sözleşmenin nesnel olarak haklı bir nedene dayandırıldığına ve böylece AB hukukuyla uyumlu olduğuna karar verdi. ABAD tarafından üzerinde durulan yaklaşım uyarınca, ayrımcılık yasağı korumasının diğer temelleri kapsamında nesnel haklı bir nedene dayandırıldığına nasıl mütalaa ediliyorsa 6. madde kapsamında da aynı şekilde mütalaa edilecektir.⁷⁵⁷

Mahkeme vurgulamaktadır ki ulusal önlemler, yüksek standartlarda objektif haklılık testine tabi tutulmalıdır ve ayrımcılık hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi benzer tarzla uygulanmalıdır. Buna rağmen, mahkeme yine de emeklilik yaşı hükümlerinin objektif olarak haklı bir nitelik taşıyıp taşımadığını Yönerge madde 6/1 uyarınca incelemelidir, bu bağlamda bunlar objektif ve makul bir şekilde haklılaştırılan yasal amaçlara uygun istihdam politikalarına ve etkili işleyişi olan İspanyol iş piyasasına aykırı olmamalıdır; böylece sabit emeklilik yaşı bu amacı gerçekleştirmeye uygun olmayan ve gereksiz bir uygulama olarak görülmemektedir.

⁷⁵⁵ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, A.g.e., s. 52.

⁷⁵⁶ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁵⁷ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, A.g.e., s. 52.

Özellikle, mahkeme hükmün 53. paragrafındaki kısmın altını çizmektedir “*sosyal ortakları teşvik etme, istihdama girişte ulusal politikayı daha iyiye ulaştırma kuşaklar arası iş dağılımının daha iyi yapılmasıyla sağlanabilir.*” Mahkeme, ayrıca işçilerin yaşlarını ve emeklilik maaşlarını göz önüne almış bulunmaktadır, bunun yanı sıra toplu iş sözleşmelerinin emeklilik yaşı tasarısının işleyişini değiştirmesine izin verilmektedir. Böylece, ulusal mevzuata istihdam politikasında ve madde 6/1 uyarınca objektif olarak haklılaştırılması şartıyla geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu bulgular uyarınca, mahkeme, Mangold kararında belirtilen genel prensiplerden olan eşit davranma ilkesi ile İspanyol hükümlerinin uygunluğuna gerek duymamıştır.⁷⁵⁸

Bu sebeple, Palacios davasında, mahkeme açıkça yaşa diğer ayrımcılık türlerinden özellikle cinsiyetten büyük oranda farklı davranılması gerektiğini reddetmiştir. Buna rağmen, mahkeme çok ihtimamlı bir şekilde İspanyol hukukunun emeklilik yaşı uygulamasının Yönerge hükümlerine uygun olup olmadığını objektif haklılık testine tabi tutmuştur. Mahkeme, böylece Yönergede belirtilen yaş ayrımcılığı yasağının ihtimamlı doğasını doğrulamıştır, ayrıca emeklilik yaşı uygulamasının karmaşık yapısından ötürü haklılaştırılmasına ilişkin istihdam politikasında ülkelere geniş bir takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Yönergedeki yaş ayrımcılığına ilişkin hükümlerin analizi Mangold kararı ile benimsenmiş ve Palacios davası ile tekrarlanmıştır.⁷⁵⁹

ccc) Age Concern England

Burada karmaşık bir sorun olan emeklilik yaşı tekrar gündeme gelmekte ve İngiltere’de geniş bir tartışma alanı bulmaktadır.⁷⁶⁰ Daha öncesinde, İngiliz hukuku 65 yaşının üzerindeki çalışanlara haksız fesih iddiasında bulunma hakkı tanımamaktaydı, dolayısıyla bu işçilerin iş akitleri bu tarihten sonra sonlandırılabilmekteydi. Avrupa Konseyinin 2000/78 sayılı Yönergesi uyarınca İngiliz hukukunca benimsenen 2006 tarihli İngiliz İstihdamda Eşitlik (Yaş Ayrımcılığı) Yönetmeliği, yaş ayrımcılığı yasağına uygunluğu sağlamak amacıyla 65 yaşın üzerindeki işçilerin haksız feshine ilişkin korumayı uzattı. Buna rağmen, yeni yönetmeliğin getirdiği hükümler uyarınca, işverenlerin 65 yaşın üzerindeki işçilerin

⁷⁵⁸ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁵⁹ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁶⁰ Case C-388/07, Age Concern England [2009] ECR I-0000, ECJ (Third Chamber), Judgment of 5th March 2009.

iş akitlerini sonlandırmalarına izin verildi. Zorunlu emeklilik yaşı gelmiş bulunan 65 yaşın üzerindeki işçiler eğer işe devam etmek istiyorlarsa bunu talep edecekler ve işverenlerin bu talebi değerlendirmesi şartı ile işe devam etmeleri halinde haksız feshe karşı korunacaklardır.

İngiliz hükümeti, emeklilik yaşı hükümlerinin varlığını işverenlerin işe alım planlarını ve iş gücü yönetimini yapmasına yardımcı olmak amacıyla ve birçok işverenin işçilerin ne zaman emekli olacaklarını açıklığa kavuşturulmasını istemesi üzerinde gerekçelendirdi. Buna rağmen, bu hükme zorunlu emeklilik yaşı uygulamasının işverenlerce yaş eşitliği prensibinin ihlaline ortam hazırladığını ve Avrupa Birliği hukukunca objektif olarak haklılaştırılamayacağı iddiaları ile karşı çıktı.⁷⁶¹

Bu dava, Palacios'dan üç önemli yönüyle ayrılmaktadır. İlk olarak, İngiliz hükümeti belirtmektedir ki işverenlerin iş gücü yönetimi emeklilik yaşı hükümlerini haklı kılmaktadır; buna rağmen bu Yönergede madde 6/1 belirtilen yasal amaçların listesinde (mesela istihdam politikası gibi) özel olarak belirtilmemiş olsa da İspanyol hükümeti Palacios davasına atıfta bulunmuştur. İkinci olarak, Palacios davasından farklı bir şekilde, İngiliz emeklilik yaşı hükümlerinin uygulanmasında yaş tek kriter olarak dikkate alınmıştır; işveren 65 yaşını doldurmuş işçileri, ilgili sosyal güvenlik yasası uyarınca emeklilik aylığına hak kazanmış olmasalar dahi, zorunlu emeklilik yaşı hükümlerinden faydalanarak işten çıkarabilmektedir. Son olarak, İngiliz emeklilik yaşı hükümleri sosyal ortaklarla danışma süreci olmadan oluşturulmuştur.⁷⁶²

Belirtildiği gibi, yaş temelli ayrımcılık yasağı şüpheli bir yapıya sahip değildir. Yönerge madde 6/1, özel ve ek bir haklılaştırma olanağını sağlarken, yaş ayrımcılığının özel doğasını ve zorluklarını hesaba katmayı amaçlamıştır.⁷⁶³ Bu hüküm açıkça Üye Devletlere yaş temelli istihdam uygulamalarını ve şimdiye kadar kurdukları veya korudukları yaş limitlerini haklı bir yasal istihdam veya sosyal politika amacıyla olanaklı hale getirtmeyi amaçlatmaktadır.⁷⁶⁴

Age Concern davasında mahkeme yaş konusunda objektif haklılık testinin uygulamasının kesin bir gereklilik taşıdığını belirtmiş ve daha büyük imkanlara bağlı kalmaksızın yaş temelli farklılıklarda haklılaştırmaya Yönerge tarafından izin

⁷⁶¹http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁶²http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁶³http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁶⁴http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

verilmiştir. Seymour- Smith kararına yapılan atıf ile de tekrar görülmektedir ki içtihat hukuku bu testin nasıl uygulanacağına dair bir rehber olma niteliği taşımaktadır, dolayısıyla açıkça görülür ki yaş ayrımcılığı yasağı diğer tür ayrımcılık yasakları ile benzer, kıyas edilebilir bir nitelik taşımaktadır.⁷⁶⁵

Palacios ve Age Concern önemli nitelik arz eden hükümlerdir. Bu hükümler Mahkemenin ilk olarak Mangold kararı ile kurulan Yönergede belirtilen yaş ayrımcılığı hükümlerine karşı yaklaşımını gözler önüne sermektedir. Her iki davada da, Avrupa Birliği Adalet Divanı yaş ayrımcılığına diğer tür ayrımcılık çeşitleri ile benzer nitelikte davranılması gerektiğini ve objektif haklılaştırma testinin farklı ayrımcılık türlerine karşı da uygulanması gerektiğini belirtmiş bulunmaktadır. Buna karşın, Mahkeme ayrıca her iki davada da yaş ayrımcılığının özellikli yapısından dolayı objektif haklılık testine tabi tutulması gerekliliğini ve üye devletlerin ulusal istihdam politikalarını ve diğer genel faydalarını ilgilendiren konularda meşru amaçlara ilişkin olmak koşulu ile geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Yaşa böylece diğer ayrımcılık türlerinden hem benzer hem de farklı bağlamda davranılmalıdır: objektif haklılık testinin özenli uygulanmasına yetki verilmesi açısından şüpheli bir kategoride davranılmalıdır, fakat yine de yaşın özel doğası ve olası yaş temelli farklılıklara karşın akla yatkın sonuçlar elde etmek amacı ile de bu testin uygulanmasına gerek vardır.⁷⁶⁶

ddd) Hütter, Petersen ve Wolf

Palacios ve Age Concern kararları, ilk yankılarını Mangold kararı ile bulan Yönergedeki yaş ayrımcılığı hükümlerinin Mahkeme tarafından nasıl yorumlanacağına dair genel bir çerçeve çizildi.⁷⁶⁷

Hütter v Technische Universität Graz davasında⁷⁶⁸, işçilerin maaş derecelendirmesinin hesaplanmasında 18 yaşının altında olanların dışarıda bırakılmasına dair Avusturya mevzuatının Yönergeye uygun olup olmadığı sorusu gündeme geldi. Avusturya mevzuatı, kamu personeline artan ölçekli bir ödeme planı sağlamıştır. İstihdamda, 18 yaşından küçüklerinki ise sayılmamaktadır. Bay Hütter, 1986 doğumludur ve bayan meslektaşları ile birlikte, stajyerlik süresini 2001 yılından

⁷⁶⁵ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁶⁶ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁶⁷ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁶⁸ Case C-88/08, Hütter v Technische Universität Graz, ECJ, Third Chamber, Judgment of 18 June 2009.

Mart 2005' e kadar tamamlamıştır. Daha sonra bu kişiler Technische Universitat Graz (TUG) tarafından 3 aylık bir süre için işe alınmışlardır. Söz konusu kanun temelinde, o sırada 18 yaşını biraz geçmiş olan Bay Hütter'in ücreti kazandığı 6,5 aylık çalışma tecrübesine göre tespit edilmiş, ondan 22 ay daha büyük olan meslektaşlarının ücretleriyle kazandıkları 28,5 aylık çalışma tecrübesine göre tespit edilmişti.⁷⁶⁹ Bu durum, bu kişilerin benzer seviyelerde tecrübe edinmiş olmalarına rağmen, aylık ücrette her ay için 29. 20 € gibi bir farklılık yaşamlarına sebep oluyordu.⁷⁷⁰ Bu kararda ABAD, ilk olarak bunun yaşa dayalı farklı bir uygulama oluşturduğunu öne sürdü. Daha sonra bunun madde 6/1 uyarınca objektif olarak haklılaştırılıp-haklılaştırılamayabileceği sorgulandı, Avusturya hükümetinin bunu iki adet yasal amacı gerçekleştirmek için tasarladığını belirtildi; ilk olarak, 18 yaşının altındaki kişileri ortaöğretime teşvik etmek ve ikinci olarak da, işverenleri ekstra maaş masrafına maruz bırakmaksızın stajyerlerin eğitilmesini sağlamak amacıyla genç insanları iş piyasasında birleştirmek. Mahkeme, her iki amacında yasal amaçlara hizmet ettiğini düşündü, ama aynı zamanda da çelişkili buldu çünkü hukuk, öğrencileri tam zamanlı olarak ortaöğretimde kalmaları ve ayrıca iş piyasasında tam bir birleşme için teşvik ediyor olamazdı.⁷⁷¹

Bay Hütter, bu kuralın 18 yaşına ulaşıktan sonra iş tecrübesi edinen kişilerin daha çok lehinde olduğunu iddia ederek dava açtı. ABAD, kanunun asli gayelerinin meşru sayılabileceğini kabul etti: (1) mesleki eğitim almış olan kişilere kıyasla, genel orta öğretimden geçmiş olan kişileri dezavantajlı bir duruma sokmamak ve (2) çıraklıkları daha maliyetli hale getirmekten kaçınmak ve böylece çıraklık eğitimi almış olan gençlerin işgücü piyasasına girmesini kolaylaştırmak. Üye Devletlerin geniş bir takdir payına sahip olduğunu kabul etmekle beraber ABAD, bu davada olduğu gibi, tecrübe süresinin aynı olduğu fakat başvuruçunun yaşının ücret miktarını etkilediği durumlar başta olmak üzere, söz konusu yasal düzenlemenin genç işçileri orantısız bir ölçüde etkilediğinden nesnel bir haklı bir nedene dayandırmanın layıkıyla yapılmamış olduğunu belirledi.⁷⁷²

Ek olarak, mahkeme bu amaçların mantıklı olup olmadığını sorguladı: yaş limiti ortaöğretimde kalan veya mesleki eğitime tabi tutulan öğrencileri dikkate

⁷⁶⁹ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, A.g.e., s. 53.

⁷⁷⁰ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 32 – 33.

⁷⁷¹ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁷² Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, A.g.e., s. 53.

almaksızın uygulanmaktadır; aynı derecede çalışan, aynı profesyonel tecrübeye sahip olan kişiler arasında sadece yaşları göz önünde bulundurularak farklı uygulama yapılmaktadır. Böylece, yaş limiti yüzünden insanları işe alırken iş piyasasındaki birleşmeyi sağlamak amacıyla bu şekilde bir ayrı tutma yapılmamalıdır ve ayrıca bunun genç insanları birleştirme amacıyla yapıldığı da söylemek de doğru değildir. Hal böyle olunca, ulusal hukuktaki bu uygulamanın Yönerge madde 6/1 uyarınca objektif olarak meşru bir amaca hizmet ettiğini söylemek de mümkün olamayacaktır.

Hütter kararı tekrar göstermektedir ki, mahkeme objektif haklılaştırma testini büyük bir ihtimamla uygulamaya isteklidir. Müteakip Petersen v Berufungsausschuss für Zahn für den Bezirk Westfalen - Lippe davasında⁷⁷³, mahkeme yasal amacı gerçekleştirmeye yönelik yaş temelli ayrımcılıkta açıkça bu hükmün adet edinildiğini göstermektedir.⁷⁷⁴ Farklı yaş grupları için hakkaniyetli politikalar içermesi koşulu ile genel politika geniş derecede göz önünde tutulmalı ve bununla bağdaşan önlemler de alınmalıdır.

Alman iş mahkemelerince 68 yaş limitine yapılan atıf ile bu yaştan sonra kamuya bağlı görev yapan diş doktorları Alman sağlık sistemi uyarınca işlerine devam etmek için yetkilerini kaybetmektedirler. Buna rağmen, bu yaş limiti özel muayenehanesi olan diş doktorları için uygulama alanı bulmamakta, onlar için bir üst yaş limiti bulunmamaktadır. Alman hükümeti yaş limiti uygulamasını iki ayrı temelde gerekçelendirmiştir. İlk olarak, genel tecrübeler uyarınca ilgili yaştan sonra diş doktorlarının performanslarında azalma olduğu ortaya konulmuş ve yaş limiti uygulamasının hastanın diş sağlığının korunması amacıyla haklılaştırılabileceği öne sürülmüştür.⁷⁷⁵ İkinci olarak, bu uygulamanın farklı jenerasyonlar arasında adaletli bir dağılım sağlaması açısından gerekli olduğu böylece genç diş doktorlarının önünün açılacağı iddia edilmiştir.⁷⁷⁶ Dolayısıyla, bu önlemin genç diş doktorlarına imkan tanımak açısından yararlı görülebileceği belirtilmiştir.⁷⁷⁷

Avrupa Birliği Adalet Divanı hükmünde, yaş limiti uygulamasının kamu sağlığının korunması açısından haklı bir amaç teşkil edebileceğini fakat Alman

⁷⁷³ Case C-341/08, Petersen v Berufungsausschuss für Zahn für den Bezirk Westfalen-Lippe, ECJ, Grand

Chamber, Judgment of 12th January 2010.

⁷⁷⁴ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 44.

⁷⁷⁵ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 44.

⁷⁷⁶ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁷⁷ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 44.

Hükümetinin özel muayenehanede çalışan dış doktorları için aynı yaş limiti uygulamasını geçerli kılmamasının gerekli ve haklılaştırılabilir bir yanı olmadığını belirtmiştir. Dış doktorlarının yeteneklerindeki azalmaya karşı hastaları korumak için gerekli görülen yaş limiti uygulamasının özel muayenehanede tedavi görecektir hastalar için öngörülmemesi tutarsızdır ve bu tutarsızlık yaş limiti uygulamasının gerekliliğinin ve haklılığının sorgulanmasını gerektirmektedir.

Ek olarak, Mahkeme yaş limiti uygulamasının ikinci iddia uyarınca temelde objektif olarak makul olarak değerlendirililebileceği şeklinde devam etmiştir, bu sayede yaşlı ve genç dış doktorları arasında eşit bir denge sağlanabileceği ve bunun da genç dış doktorlarının kariyerlerindeki ilerleme açısından faydalı olabileceği kabul edilmiştir.

Petersen Davası, birçok gerekçe açısından ilgi çekicidir. Kamu hizmetinde görev yapan dış doktorları açısından hastaların sağlığının korunması amacıyla gerekli görülen yaş limiti uygulamasının özel muayenehaneler için gerekli görülmemesi, mahkemenin reddini haklılaştırabilir niteliktedir. Buna karşın, ikinci görüş genç dış doktorlarına yeni fırsatlar sağlaması sebebiyle kabul edilebilir görülmektedir. Bu ayrıca yinelemektedir ki mahkeme üye devletlere yaş temelli ayrımlarda geniş bir takdir yetkisi aralığı tanıma eğilimindedir.⁷⁷⁸

Petersen davası Mahkemenin, Alman hükümetinin yaş ile birlikte dış doktorlarının becerilerinin azaldığına dair görüşünü açık bir şekilde kabul etmesi dolayısıyla da ilgi çekici niteliği haizdir. Bu sav ‘*genel tecrübe*’ ye dayanarak kabul edilmiş ve yaş kavramı kolayca tekdüzeleştirilmiştir. Mahkeme, yaş ve performans düşüklüğü arasında bağlantı bulunup bulunmadığı hususunda detaylı bir araştırma yapmamış ve genel kanıyı yeterli saymıştır.

Benzer şekilde yeterlilikle yaş arasındaki bağlantı, fiziksel performans ve temel mesleki gereklilikler Wolf v Stadt Frankfurt und Main davasına⁷⁷⁹ da konu olmuştur, bu da Petersen davasıyla benzer zamanlarda karara bağlanmış, Alman Mahkemelerince verilmiş başka bir hükümdür. Bu dava, otuz yaşını aşan bireylerin itfaiye hizmetine başvurmalarını yasaklayan bir yasaya ilişkindir. Bay Wolf’un itfaiye servisine yaptığı başvuru yaşının 30’un üzerinde olması nedeniyle reddedilmiştir.⁷⁸⁰ Alman Hükümeti bu önlemin meşru bir amaca dair olduğunu ileri

⁷⁷⁸ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁷⁹ C-229/08, Wolf v Stadt Frankfurt am Main, ECJ, Grand Chamber, Judgment of 12th January 2010.

⁷⁸⁰ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 43.

sürmüş, profesyonel bir itfaiye hizmetinin aktif işleyişi sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Tartışılması gereken burada haklı ve gerekli bir meşru amacın söz konusu olup olmadığıdır. Araştırmalar göstermektedir ki, 45 yaşın üzerindeki az sayıda itfaiye görevlisi yangınla mücadele için yeterli fiziksel kapasiteye sahiptir.⁷⁸¹Böylece, 30 yaşında işe alınan biri, 2 yıllık eğitim programı sonrasında, görevini 15- 20 sene icra edebilecektir, hâlbuki 40 yaşında işe alınan birinin ise görevini icra edebilmesi için yalnızca 5 – 10 yılı olacaktır.⁷⁸²

Mahkeme'ye göre, ulusal kanun koyucuya tanınan takdir yetkisi içerisinde haklı nedenle yaş temelli farklı muamele yapılması ayrımcılık oluşturmaz. Somut olayda da amaç, memurlar için uzun vadeli kariyer planlamasına olanak sağlamak, sosyal fayda tesis etmek, istihdamda yaş temelli denge sağlamak ya da emeklilikten önce belirli bir iş görme süresinin geçmesini temin etmek gibi faydalı saiklere hizmet etmektedir.⁷⁸³

Mahkeme kabul etmektedir ki, yaş limiti bu şartlar altında madde 6(1) uyarınca objektif olarak haklılaştırılabilir, fakat önemli olan ayrıca bunun Yönerge madde 4 (1) uyarınca hakiki mesleki bir gereklilik taşıyıp taşımadığıdır. Mahkeme, gerekçesini Yönergenin 18. maddesine dayandırarak desteklemektedir, buna göre “*acil servislere işe alımda ve devamında işinin gerekliliklerini gerçekleştiremeyecek kişilerin tedarik edilmemesi gerekmektedir*”. Mahkemenin bu görüşü, maksimum yaş limitinin fiziksel elverişlilik açısından yeterli olduğu yönündedir.⁷⁸⁴ Wolf davası; mesleki gereksinimlerin test edilmesi adı altında yeni bir odak noktası getirmiş olduğu için ayrıca bir öneme sahiptir.⁷⁸⁵

Petersen davasında olduğu gibi, Mahkeme yaş ve fiziksel kapasite arasındaki bağlantının kabulü açısından hakiki bir mesleki gerekliliğin olup - olmadığını incelememiştir. Bu önemlidir çünkü mahkeme gerçek bir mesleki gerekliliğin olup olmadığını fiziksel kapasite açısından madde 4 uyarınca dar bir pencereden değerlendirmiş ve yaş limitlerinin kullanımı madde 6 (1) uyarınca meşrulaştırılmıştır.

Bu bağlamda, Wolf, Petersen, Palacios ve Age Concern Davalarında ABAD'ın Üye Devletlerde yaş limiti uygulamasını akla uygun meşru amaçlar dâhilinde orantılı

⁷⁸¹http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁸²MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 44.

⁷⁸³MalcolmSargeant, Age Discrimination – Ageism in Employmentand Service Provision, MiddlesexUniversity, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 43.

⁷⁸⁴http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁸⁵http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

olarak uygulamayı amaçladığını, Hütter Davasında dahi Yönergedeki yaş ayrımcılığına dair hükümlerin uygulanmasında ne derece özenli olduğunu görmekteyiz.

eee) Küçükdeveci ve Bartsch

Mahkemenin yakın tarihli bir hükmü de Küçükdeveci v Swedex GmbH Co Davasına⁷⁸⁶ ilişkindir, burada Alman İş Mahkemelerince Alman Medeni Kanununun 622 (2) paragrafının 2. cümlesine yapılan atıf söz konusudur. Buna göre, iş akdinin feshinde ihbar süresi hesaplanırken 25 yaşının altında çalışılmış bulunulan süre hesaba katılmamaktadır. Bu da, 25 yaşında yahut daha erken işe başlayan işçilerin ihbar sürelerinin diğer işçilere oranla daha kısa olmasına yol açmaktadır. Somut olayda davacı Seda Küçükdeveci, 18 yaşından itibaren 10 yıl müddetince Swedex GmbH Co şirketinde çalışmış ancak işten çıkarıldığında kendisinin ihbar süresi üç yıl çalışmış gibi hesaplanmıştır.⁷⁸⁷ Küçükdeveci ise, ihbar süresinin 10 yıl üzerinden hesaplanması gerektiğini ve bunun yaş ayrımcılığı teşkil ettiğini ileri sürmüştür.⁷⁸⁸ Açıkça görüldüğü üzere, bu yasa genç bireylere karşı eşitsiz bir uygulama sağlamakta ve iş yaşamına erken başlayan bireyleri genç yaşta başlayanlara oranla dezavantajlı konuma getirmektedir.

Alman hükümeti ise bu önlemin meşru olduğunu ileri sürmüş ve bunun iş piyasasında esnekliği sağlamak, genç işçileri çalışmaya teşvik etmek gibi amaçlarla gerekli olduğu iddia etmiştir.⁷⁸⁹ ABAD, somut olayda Alman Hükümetinin belirttiği bu amaçları haklı ve gerekli olarak değerlendiremez, çünkü burada işten çıkarılmaları esnasında işçilerin yaşları ya da hizmet süreleri hesaba katılmaksızın tüm çalışanların işe başlama tarihi “25 yaş” olarak hesaplanmaktadır. Başka bir deyişle, anılan hükümde işçilerin farklı hizmet süreleri ve farklı bireysel durumlarını göz önünde bulundurulmaksızın katı yaş temelli kriter bir getirilmiştir, dolayısıyla, Hütter davası ile uyumlu olarak, burada da objektif bir haklılıktan söz edilemez.

Küçükdeveci Davası, Yönergenin yaş ayrımcılığı hükümlerine karşı özenli yaklaşımının yakın tarihli bir göstergesidir. Ek olarak, ABAD bu hükmünde,

⁷⁸⁶ Case C-555/07, Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co KG, ECJ, Grand Chamber, Judgment of 19th January 2010.

⁷⁸⁷ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁸⁸ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 32.

⁷⁸⁹ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s. 32.

Mangold Kararında olduğu gibi eşitlik ilkesinin genel prensiplerine, Avrupa Birliği Hukukunun üstün normlarına da değinmiştir. Esasında ABAD, Küçükdeveci kararında Mangold davasında verilen hükmü doğrulamış ve önceki kararın etkilerini ve sonuçlarını açıklamak için, Yönerge hükümleri, eşitlik ilkesinin temel prensipleri ve ulusal hukuk arasındaki bağlantıyı kullanma konusunda bir fırsat elde etmiştir.⁷⁹⁰

Alman mahkemelerinden yapılan bir başka başvuru ise, Bartsch v Bosch & Siemens Hausgerate Altersfürsorge GmbH davasıdır.⁷⁹¹ Bu dava, Bayan Bartsch'ın eşinin vefatından sonra dul aylığı almak amacıyla vefat eden eşinin işverene başvurmasına ilişkindir. İstihdam eden emekli fonu kuralları uyarınca, sağ kalan eş vefat eden eşten 15 yaştan daha genç ise dul aylığına hak kazanamaz, bu hüküm ilgili yerel hukuk kuralları ile de uyumludur. Bayan Bartsch vefat eden eşinden 21 yaş küçüktür, bu yüzden ödeme talebi reddedilmiştir. Bayan Bartsch ise bunun haksız bir uygulama olduğunu ve yaş temelli ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür.⁷⁹²

Dikkat çekilmesi gereken önemli husus, Bayan Bartsch'ın eşi Yönergedeki hükümlerin aktarım süresi dolmadan önce 2006 yılında vefat etmiştir. Böylece, buradaki soru yaş ayrımcılığına ilişkin Yönerge hükümlerinin uygulanıp - uygulanmayacağı değil, Mangold davasında tanımlanan eşitlik ilkesinin genel prensiplerine yapılan bir ihlal olup – olmadığıdır. Başka bir deyişle, Bartsch davası, Mangold davasında hükme bağlanan hususu tekrar gündeme getirmiştir.

ABAD, Bartsch davasında verilen hükümle, Yönergedeki yaş ayrımcılığı hükümlerinin eşit muamele ilkesinin bir uzantısı olduğunu ve Yönerge hükümleriyle çelişen yasal mevzuat normlarının uygulanmaması gerektiğini tekrarlamıştır. Mangold davasındaki hükmün özü, Bartsch davası ile birlikte tekrar yorumlanmış ve açıklanmıştır, böylece Küçükdeveci davasındaki hükümde doğrulanmış olmaktadır.⁷⁹³

⁷⁹⁰ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁹¹ C-427/06, Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, ECJ, Grand Chamber, Judgment of 23 September 2008.

⁷⁹² http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁷⁹³ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

fff) MacCulloch v Imperial Chemical Industries Plc

İngiltere'deki MacCulloch Davasında⁷⁹⁴, yaşa ve hizmet süresine göre işten çıkarma ödemelerinin artmasını öngören işten çıkarma ödemesi programlarının durumunun incelenmesi mahkemeden talep edildi.⁷⁹⁵ Ödemelerin yaşa ve hizmet süresine göre tespit edilmesi sebebiyle, daha uzun hizmet sürelerine sahip olan daha yaşlı çalışanlar daha genç çalışanlara kıyasla daha fazla işten çıkarma ödemelerine hak kazanıyordu. İngiltere temyiz mahkemesi, prensip olarak, daha yaşlı çalışanların sadakatini ödüllendirme, onların işgücü piyasasındaki dezavantajını gözeterek onlara daha yüklü ödemeler yapma ve daha yaşlı işçileri işten ayrılmaya teşvik etme, böylece gençler için istihdam olanakları tesis etmenin bir yolu olarak bu uygulamanın nesnel olarak haklı kılınabileceğini kabul etti. Ancak, nesnel haklı bir nedene dayandırma konusuna nasıl yaklaşmak gerektiğine de dikkat çekilerek, bu konuda doğru sonuca varılabilmesi için orantılılık meselesinin geniş çapta incelenmesinin gerekli olduğu ifade edildi.⁷⁹⁶

ggg) Wilkinson v Springwell Engineering

Wilkinson v Springwell Engineerin Davası⁷⁹⁷, genç bireylere karşı yapılan yaş ayrımcılığı iddiasına iyi bir örnektir. 18 yaşındaki davacı yaşı dolayısıyla işten çıkarıldığı için tazminata hak kazanmıştır. Davacı teyzesinin yerine çalışmış ve Mahkeme işverenin, klişe niteliği haiz olan yeterlilik tecrübeye, tecrübe ise yaşa denktir varsayımını benimsediğini kabul etmiştir.⁷⁹⁸

dd) Gelecek İstikamet

Mahkeme önünde bulunan yaş ayrımcılığına ilişkin birkaç ön başvuru mevcuttur.⁷⁹⁹ Özel öneme sahip olan üç adet Alman davasından söz edebiliriz. Rosenbladt Davası, Mahkeme yerel hukuka toplu iş sözleşmesi hükümlerince

⁷⁹⁴ Case C - 0119/08, MacCulloch – Imperial Chemical Industries Plc, London Employment Appeal Tribunal, 2008

⁷⁹⁵ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, A.g.e., s, 52.

⁷⁹⁶ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, A.g.e., s, 52.

⁷⁹⁷ Case C- 2507420/07, Wilkinson v Springwell Engineer Ltd. , Newcastle Employment Tribunal, 2007.

⁷⁹⁸ Malcolm Sargeant, Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011, s, 31.

⁷⁹⁹ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

getirilen zorunlu emeklilik yaşı (65) uygulamasının Yönerge madde 6(1) ile uyumluluğunu sorgulamaktadır,⁸⁰⁰ Bulicke Davası, belirli süre uygulamasına ilişkindir, yaş ayrımcılığına ilişkin hükümler getirilmiş ve bu belirli süre daha önceden vuku bulan cinsiyet ayrımcılığı davası uyarınca yasaya aykırı olarak indirimine gitmiştir, Yönerge hükümleri uyarınca incelenmelidir⁸⁰¹ ve Prigge Davası, kamu güvenliği gerekçesiyle pilotlara getirilen zorunlu emeklilik yaşı (60) uygulamasına ilişkindir.⁸⁰²

Genel bir değerlendirme olarak eklemek gerekirse, ABAD'ın yaş temelli ayrımcılık yasağını bu denli titiz şekilde koruması ilgi çekicidir. Bunun nedeni Mahkemenin ayrımcılık karşıtı normları, Avrupa Birliği yasal düzeni içerisinde anlaşılır hale getirmeyi amaçlamasıdır. Açıktır ki, ABAD içtihat hukuku ayrımcılık hususunda dinamik olarak yer kaplamaktadır. Böylece, belirtildiği üzere, yaş ayrımcılığı konusunda içtihat hukuku yol gösteren bir rol oynamaktadır.⁸⁰³

B. YAŞ AYRIMCILIĞI VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

1. Türk Hukukunda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı

1982 T.C. Anayasası'nda “*herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” (Anayasa md. 10) ifadesi kullanılmakla “*eşitlik*” konusuna anayasal güvence getirmiş bulunmaktadır. Buna göre; Anayasa'nın 10. maddesindeki “...ve benzeri sebepler” ifadesi diğer tüm nedenler gibi, yaş ayırımı gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğunu anlatmaktadır.⁸⁰⁴

Anayasamızda ayrıca; “Yaşlılar devletçe korunur, yaşlılara devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kanunla düzenlenir.” (m. 61/III) hükmü bulunmaktadır.

⁸⁰⁰ Case C-45/09, Reference for a preliminary ruling from the Arbeitsgericht Hamburg lodged on 2 February 2009 - Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsgesellschaft GmbH.

⁸⁰¹ Case C-246/09, Reference for a preliminary ruling from the Landesarbeitsgericht Hamburg lodged on 6 July 2009 - Susanne Bulicke v Deutsche Büro Service GmbH.

⁸⁰² Case C-447/09, Reference for a preliminary ruling from the Bundesarbeitsgericht lodged on 18 November 2009 - Reinhard Prigge, Michael Fromm and Volker Lambach v Deutsche Lufthansa AG

⁸⁰³ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf

⁸⁰⁴ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s.53; Devrim Ulucan, Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık – Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan I, Dokuz Eylül Üniversitesi Fakülte Dergisi, C. 15, Özel S. , 2013, s. 369 – 383; Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı, s. 708; Arıcı, A.g.e, s. 946; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 117 – 118.

Ancak bu anayasal hükmün uzantısı olarak çalışma hayatına ilişkin mevzuatımızda ileri yaştan çalışma hayatına etkisi ile ilgili herhangi bir düzenleme mevcut değildir.⁸⁰⁵

Türkiye’de çalışma hayatını düzenleyen bazı yasalar incelendiğinde; eşitlik hassasiyetinin aynı derecede gözetildiği görülmektedir.⁸⁰⁶ Örneğin; 4857 sayılı İş Kanunu’nda; “iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” denilmektedir.⁸⁰⁷ Görüldüğü gibi, İş Kanunu da aynen 1982 Anayasası gibi “...ve benzeri sebepler” diyerek, saydıkları dışında kalan, “yaş ve engel” gibi nedenlere dayalı ayrımcılıkları yasaklamıştır.⁸⁰⁸ Yasaya göre; “iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşitlik ilkesine aykırı davranıldığında, işçinin dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği” (m. 5/VI) düzenlenmiştir.⁸⁰⁹

Aynı şekilde, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre; “kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım yapan kişiler hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilecektir” (m. 122) denilmekte idi.⁸¹⁰ Türk Ceza Kanunu’ndaki bu düzenlemede ayrımcılık nedenleri arasında “yaş” belirtilmemiş olmakla birlikte “... ve benzeri nedenler” ifadesine dayanarak yaş nedeniyle ayrımcılık yapılmasının da yasaklanmış olduğu anlaşılmaktaydı.⁸¹¹ Ancak, 2014 yılında yapılan değişiklikle madde metninden “.. ve benzeri nedenler” ifadesi çıkarılmış ve maddenin yeni

⁸⁰⁵ Ali Nazım Sözer, “AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 2, 2006, s. 198; Yuvalı, A.g.e., s. 153; Arıcı, A.g.e., s. 947; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 118.

⁸⁰⁶ Yıldız, A.g.e., s.156; Arıcı, A.g.e., s. 947.

⁸⁰⁷ Yuvalı, A.g.e., s. 175. Doktrinde işverenlerce belirlenmiş yaş sınırlarının tarafsız bir görünüm arz etse de bilhassa azami yaş sınırının kadın işçiler bakımından ayrımcılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür.

⁸⁰⁸ Yuvalı, A.g.e., s. 153; Arıcı, A.g.e., s. 938; Manav, A.g.e., s. 768.

⁸⁰⁹ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s.54; Zeytinoğlu, A.g.e., s. 193; Ulucan, A.g.e., s. 376; Karan, Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı, s. 724; Ayrımcılık mağdurları maddi zararlarının tazminini, yoksun kaldıkları kazancın giderimini veya duydukları acıdan dolayı manevi tazminat ya da bunların tamamını talep edebilmektedir. Ceza, hukuk ve idari yargılamaların paralel biçimde gerçekleşebilmesi mümkündür. Mağdurlar eş zamanlı olarak hukuk veya iş mahkemelerinde tazminat için dava açabilecekleri gibi, bir idari başvuru ya da ceza soruşturması için şikayette de bulunabilmektedir.

⁸¹⁰ Manav, A.g.e., s. 774.

⁸¹¹ Manav, A.g.e., s. 774; Zeytinoğlu, A.g.e., s. 195; Türk Ceza Kanununun 216 maddesi, halk arasında ayrımcılık yolu ile gruplaşmalara yol açabilecek, böylece kamu güvenliğini tehlikeye düşürebilecek davranışları yasaklamıştır. Maddeye göre; “Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”; Zeytinoğlu, Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, s. 129.

metnine “yaş” ibaresi de eklenmemiştir. Dolayısıyla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda diğer ayrımcılık türlerine getirilen koruma arttırıldığı halde, “yaş” temelli ayrımcılık koruma dışı bırakılmıştır. Bunun, ülkemizde yaş ayrımcılığının önüne geçilebilmesi açısından bir gerileme teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Çalışanların eşitlik konusu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda da düzenlenmiş bulunmaktadır. Yasaya göre; “*amirler memurlarına hakkaniyet ve eşitlik içinde davranacaklardır*” (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 10/II). Söz konusu yasalarda “*yaş nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı*”na ilişkin bu düzenlemelerin yanı sıra; çalışma hayatında yaş ayrımcılığını önleyecek biçimde, mevzuatta küçük yaştaki çalışanları koruyan bazı özel düzenlemelerin getirildiği görülmektedir.⁸¹² Örneğin; yine 4857 Sayılı İş Kanunu’na göre, tanımlı bazı hafif işler dışında 15 yaşını doldurmamış çocukların çalışması yasak olup 18 yaşını doldurmamış olan çocuklar ise çalışma hayatı bakımından özellikli grup olarak ifade edilmiş (m.71)⁸¹³ ve bu yaştaki çocukların çalışmalarına bazı kısıtlamalar getirilmiştir.⁸¹⁴ Belli yaşın altında olanların, çalışma hayatında suiistimalini önlemeyi amaçlayan ve “pozitif ayrımcılık” olarak da değerlendirilebilecek bu düzenlemeler Anayasamızda da yer almakta olup; “kimsenin yaşına uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağı” (m. 50/a), “çocukların çalışma hayatı bakımından özel olarak korunması gerektiği” (m. 50/b) hükme bağlanmış bulunmaktadır.⁸¹⁵

Türk çalışma hayatında, çocukların korunmasına ilişkin olumlu düzenlemelerin yanı sıra onların daha az ücretle çalıştırıldığını gösteren olumsuz düzenlemelerin olduğu da görülmekteydi.⁸¹⁶ Türk hukuku açısından genç işçilere karşı yapılan

⁸¹² BM Genel Kurulu’nun 20 Kasım 1989 tarihli oturumunda kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi özellikle 32.maddesinde çocukların çalışma yaşamında özel olarak korunması gerektiğini belirten hükümler getirmiştir. Anılan sözleşme 27 Ocak1995 tarih ve 22184 nolu Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁸¹³ Aykaç, A.g.e., s, 350. Avrupa Birliğinde 9 Aralık 1989 tarihinde kabul edilen “*Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı*” asgari çalışma yaşının zorunlu eğitimi bitirme yaşının altında ve her durumda 15 yaşın altında olamayacağını (madde 20), çalışma süresinin sınırlandırılmasını, 18 yaşından küçükler için gece çalışmasının yasaklanmasını (madde 22) hükme bağlamıştır. Şartın İngilizce metni için bkz. http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf.

⁸¹⁴ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,55; Zeytinoğlu, A.g.e., s, 195.

⁸¹⁵ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,54; Arıcı, A.g.e., s, 946 – 947.

⁸¹⁶ Yuvalı, A.g.e., s, 158; Manav, A.g.e., s, 769; Kadriye Bakırcı, “Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, Cahit Talas Anısına Armağan, Ankara, 2007, s, 129. 2000/78 Sayılı Yönergede öngörülen yaşa dayalı ayrımcılık yasağı yaşlı işçileri koruma altına aldığı gibi genç işçileri de koruma altına almaktadır. Bu bağlamda Türk Hukuku bakımından da ortada haklı bir sebep bulunmadıkça çalışma koşullarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve iş sözleşmesinin feshinde

ayrımcılığın en somut örneği Asgari Ücret Yönetmeliğinin 2014 yılında değiştirilmiş olan 7. Maddesinde yer almaktaydı. Hüküm değiştirilmeden önce şu şekildeydi; *“asgari ücret, en geç iki yılda bir olmak üzere işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı belirlenir.”* Yönetmeliğin 5. maddesine göre, Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrası saklı kalmak şartıyla, asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamaz. Yönetmeliğin 5. maddesi sadece yaşa dayalı farklı uygulama yapılmasını istisna tutmuş, diğer ayırım yasaklarına dayalı olarak farklı işlem yapılamayacağını hükme bağlamıştır.⁸¹⁷

Yasamanın tanımadığı bir yetkinin Bakanlığın çıkardığı bir yönetmeliğe dayalı olarak, başta Anayasa olmak üzere iç hukukumuz ve iç hukukumuzun “ayrılmaz parçası” niteliğini taşıyan uluslararası insan hakları sözleşmelerine karşıt biçimde uygulanması alenen hukuka aykırı nitelik taşımaktaydı.⁸¹⁸

Anayasa’nın ücreti *“emeğin karşılığı”* olarak gören ve devletçe *“çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri”* alma yükümlülüğü getiren (m. 55/1 ve 2) 55. maddesinin 3. fıkrasını 4709 sayılı ve 3 Ekim 2001 tarihli yasayla değiştirilen metninde, asgari ücretin saptanmasında, *“çalışanlar”* arasında ayırım yapılması açıkça yasaklanmıştır.⁸¹⁹ 4857 sayılı İş Yasası’nın 39. maddesine dayanılarak hazırlanan (m. 3) ve 1 Ağustos 2004 tarihli gazetede yayımlanan Asgari Ücret Yönetmeliği de asgari ücretin uygulama alanı konusunda ayrımcılığı ilkece yasaklamıştır.⁸²⁰

4857 sayılı iş kanununun 53. maddesinde on sekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin yirmi günden az olamayacağı hükme bağlanmıştır.⁸²¹ İş Kanunundaki bu düzenleme, 18 yaş ve altındakilerle 50 yaş ve üzeridekilere yönelik *“pozitif ayrımcılık”* olarak

salt yaş ölçütünün esas alınarak genç işçiler aleyhine işlemler yapılması yaşa dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmelidir.

⁸¹⁷ Manav, A.g.e., s,769; Yıldız, A.g.e., s,161- 162.

⁸¹⁸ Gülmez, A.g.e., s, 250.

⁸¹⁹ Gülmez, A.g.e., s, 250.

⁸²⁰ Belirli bir yaştan küçük olma, zorunlu ihtiyaçların karşılanması söz konusu olduğunda, *“asgari ücret”* tutarının düşük tutulmasına ne hukuksal ne de ahlaksal olarak dayanak alınabilir. Asgari ücrette yaş ayrımcılığı yapılması, aslında *“onur ayrımcılığı”* yapma anlamına geldiği gibi, çocuk işçiliğini de özendirilen bir uygulamadır.

⁸²¹ Arıcı, A.g.e., s, 932.

nitelendirilmekle birlikte⁸²², diğer yaş grupları açısından “*negatif ayrımcılık*” kabul edilip, “*dolaylı yaş ayrımcılığı*” olarak da değerlendirilebilir.⁸²³

Ülkemizde, çalışma hayatını düzenleyen mevzuata bakıldığında doğrudan yaş ayrımcılığı anlamına gelebilecek bazı başka uygulamaların olduğu da görülmektedir. Üniversitelere atanacak araştırma görevlilerinin yaş sınırı ile ilgili düzenleme yaş ayrımcılığına örnektir. Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen veya Açıktan Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile giriş sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi (1.) fıkrasına göre; “*Araştırma görevlisi kadrosuna başvurabilmek için 35 yaşından gün almamış olmak gerekir.*”. Bu madde ile belirtilen yaşın altında yer alanlar için pozitif, ancak üzerindekiiler açısından dolaylı ve negatif yaş ayrımcılığı yapılmış olmaktadır.⁸²⁴

Aynı şekilde, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu madde 14 “(Değişik birinci fıkra: 26/6/2012-6336/ 12. madde) *En az dört yıl süreli fakülte veya yüksekokulları bitiren kadın veya erkeklerden muvazzaif subay olmak için başvuranlar; düzeltilmemiş nüfus kaydına göre müracaat yapılan yılın ocak ayının ilk günü itibarıyla yirmi yedi yaşını, lisansüstü öğrenimi tamamlamış olanlarda ise otuz iki yaşını, uzmanlığını tamamlamış tabipler için otuz beş yaşını bitirmemiş olmak, yedek subay olma koşullarını taşımak, yönetmelikte öngörülen sınavlar ile uygulanacak temel askerlik eğitiminde başarılı olmak ve diğer nitelikleri de haiz bulunmak şartıyla Genelkurmay Başkanlığınca gösterilecek lüzuma göre Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından harp okullarında yetiştirilemeyen veya yeterince yetiştirilemeyen sınıflarda muvazzaif subaylığa naspedilebilirler.*” diyerek, sadece belli yaşlar arasındakilere tanınmış bir haktan bahsetmekte ve yukarıda verilen örneklere benzer bir şekilde yaş ayrımcılığı gerçekleştirmiş olmaktadır.⁸²⁵

Benzer bir uygulama 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, değişik 55. madde de görülmektedir. Bu maddeye göre; “*İhtiyaç halinde meslekte fiilen altı yılını dolduran, 37 yaşından gün almamış olan ve yönetmelikte belirtilen diğer nitelikleri taşıyan polis memurlarından, yönetmelik hükümlerine göre açılacak komiser yardımcılığı sınavını kazanır dokuz aydan az olmamak üzere eğitim kursunu başarıyla bitirenler komiser yardımcılığı rütbesine atanır.*” Yine aynı kanun Ek Madde 28- (Ek madde: 16/06/2010- 5997 S.K./ 5. madde)’e göre; “*Emniyet Genel*

⁸²² Manav, A.g.e., s, 742 – 744.

⁸²³ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,55.

⁸²⁴ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,55.

⁸²⁵ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,56.

Müdürlüğünce ihtiyaç duyulması halinde aşağıda belirtilen kriterlere göre seçilecek en az on yıl fiilen görev yapmış veya 35 yaşından gün almış polis memurları arasından baş polis memuru kadrolarına, baş polis memuru olarak fiilen altı yıl görev yapmış olanlar arasından ise kıdemli baş polis memuru kadrolarına atama yapılabilir.” Burada belirtilen “35 yaştan gün almış olma” kuralı bu durumda olanlar için pozitif, ancak hem belirtilen kıdemin hem de 35 yaşın altında bulunanlar için negatif bir yaş ayrımcılığı anlamına gelmektedir.⁸²⁶

2. Yaş Ayrımcılığı İle Bağlantılı Yargıtay Kararları

İşçilerin yaşları nedeniyle ayrımcılığa uğramaları genellikle fesih konusunda olmaktadır.⁸²⁷ İşçinin sadece belli bir yaşa gelmiş olması nedeniyle, verimsiz olmadığı halde işten çıkarılması, belirtildiği gibi hem Anayasanın “*kanun önünde eşitlik*” başlıklı 10. maddesini, hem de 4857 sayılı İş Kanununun “*eşit davranma ilkesi*” başlıklı 5. maddesini ihlal eder. Buna karşın pilot, güvenlik görevlisi, model, sporcu gibi bazı meslek grupları için, bu işlerin yaşa bağlı olması, objektif nedenlerle yaş sınırına ilişkin olarak kayıt konulması mümkün olabilir.⁸²⁸ Hukuk sistemimizde işçiler için re’sen emeklilik öngörülmemiştir.⁸²⁹ Yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin işverence işin, işyerinin veya işletmenin gereklerine dayalı olarak feshine, işyeri iç yönetmeliklerine belli bir yaşa erişildiğinde iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin kayıtlar konmasına ya da toplu iş sözleşmesi veya diğer yazılı kaynaklara toplu işçi çıkarmalarda uyulacak sıra belirlenirken öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış kişilerin seçileceğine ilişkin konulan kurallara sıklıkla rastlanmaktadır.⁸³⁰

Toplu işçi çıkarmalarda yaşı daha büyük olanların daha önce çıkarılmasının eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturmayacağı yönünde görüşler bulunsa da, fesih

⁸²⁶ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,56.

⁸²⁷ Yuvalı, A.g.e., s, 153.

⁸²⁸ Manav, A.g.e., s, 768.

⁸²⁹ Yuvalı, A.g.e., s, 154 -155; Münir Ekonomi, “Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.4, s, 179; Alp, A.g.e., s, 179. Belitelim ki; bizim sosyal güvenlik sistemimizde memurlar doğrudan doğruya idare tarafından emekli edilebilirken, işçiler bakımından re’sen emeklilik öngörülmemiştir. Aksine yaş ve prim ödeme gün sayısı bakımından yaşlılık aylığına hak kazanan bir işçinin aylık bağlanması için istekte bulunmadıkça iş sözleşmesiyle sigortalı olarak iş sözleşmesini sürdürmesine imkân tanınmıştır.

⁸³⁰ Yıldız, A.g.e., s,156; Arıcı, A.g.e., s, 942.

ile ilgili olarak belirleyici tek ölçütün yaş olarak ele alındığı durumların ayrımcı nitelik taşıdığını düşünmekteyiz.⁸³¹

Öğretide, sadece belli bir yaşa erişme halinde ya da emekli aylığına hak kazanma şartlarına bağlı olarak iş sözleşmesinin sona erdirileceğine ilişkin kayıtlar içeren hükümlerin hukuka uygun olmadığı ancak yaş grupları belirlenerek buna göre ücret ya da iş koşullarının oluşturulmasında haklı ve akla uygun sınıflandırma yapılması ya da anılan unsurların bir uygulama esası ile birlikte geçerli sebep oluşturabileceği ifade edilmiştir.⁸³² Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş, yaşa dayalı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesinin kişinin anayasal düzeyde korunmakta olan “*çalışma hakkı*” ile “*kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı*”na aykırı bulunduğunu yönündedir.⁸³³

Şüphesiz, belli bir yaşa ulaşmış olma, yapılan işle ilgili olarak sürekli verim düşüklüğü yaratıyorsa, işçiden beklenen özen gösterilemiyorsa, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden oluşturur.⁸³⁴ Ancak bunun ötesinde işçinin sadece belli bir yaşa gelmiş olması ya da emekliliğe hak kazanmış olması, tek başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden oluşturmaz.⁸³⁵

Emeklilik hakkını kazanmış ve belli bir yaşa gelmiş işçilerin iş sözleşmelerinin, anılan nedenlere dayalı olarak feshinin geçerli sayılıp sayılmayacağı Yargıtay tarafından da incelenmiştir.⁸³⁶ İnceleme konusu uyuşmazlığın esası, işyeri iç yönetmeliğinde otuz hizmet yılını dolduran ve emeklilik hakkını kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi üzerine açılan feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasıdır.

⁸³¹ Yıldız, A.g.e., s,156; Arıcı, A.g.e., s, 942 – 943.

⁸³² Yuvalı, A.g.e., s, 154; Y9HD, 11.12.2003, 20222/ 20604; Y9HD, 03.03.2005, 5095/ 7238; Doktrinde işçinin yaşlılık nedeniyle verimi azalsa bile, fesih hakkının işverence gözetme borcuna ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde kullanılması gerektiği, yıllarını işyerine vermiş kıdemli bir işçinin sözleşmesinin feshi için en azından yaşlılık aylığına hak kazanmasının beklenmesi gerektiği belirtilmiştir.

⁸³³ Yıldız, A.g.e., s,156; Manav, A.g.e., s, 768.

⁸³⁴ Yuvalı, A.g.e., s, 155; Manav, A.g.e., s, 768 – 769.

⁸³⁵ Yıldız, A.g.e., s,157; Yuvalı, A.g.e., s, 155; Y9HD, 27.11.2006 “ Fesih bildiriminin yapıldığı tarih itibari ile işyerinde uygulanan Toplu iş sözleşmesinin 13/A-1. Maddesinde “ İşçilerden erkeklerin 55 ve kadınların 50 yaşını doldurmaları halinde işbu sözleşme hükümlerine göre ihbar önellerine uymak şartıyla taraflardan herhangi birisi hizmet akdini tek taraflı olarak feshedebilir. Ancak, hizmet akdinin işveren tarafından tek taraflı olarak feshedilmesi halinde hizmet akdi feshedilmek istenen işçi fesih tarihi itibarıyla emekliliğe hak kazanamadığına dair SSK’dan yazılı bir belge getirirse bu fesih işlemi işçinin emekliliğe hak kazanacağı tarihe kadar ertelenebilir.” kuralına yer verilmiştir. Buna göre emekliliğe hak kazanan işçinin iş sözleşmesi işverence ihbar önellerine uyulmak şartı ile feshedilebilecektir. Ancak, Dairemiz uygulamasına göre bu tür düzenlemelerin objektif ve genel uygulanması halinde geçerli fesih nedeni olabileceği kabul edilmektedir. Dava konusu işyerinde söz konusu düzenlemeyi objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı, ayrıca davacının emekliliğe hak kazanıp kazanmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Belirtilen husus araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı sonucuna varılmalıdır.”

⁸³⁶ Arıcı, A.g.e., s, 942 – 943.

Yüksek mahkeme, söz konusu davada, anılan yönetmelik hükmünün davacı işe girdikten sonra yürürlüğe konmuş olması, davacının sonradan bu hükmü kabul ettiğine dair bir belgenin bulunmaması ve davalı bankada personel fazlalığının bulunduğu ispatlanamamış olması nedenlerine dayalı olarak davacı lehine karar vermiş, feshin geçersizliğine ve işe iadeye hükmetmiştir. Aynı kararda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, “... işyerinde personel fazlalığı bulunması halinde, sosyal seçim kriteri olarak, hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkartılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulması mümkün ise de...”⁸³⁷ ifadesiyle esas olarak böyle bir uygulamanın geçerli sayılabileceğini belirtmiştir.⁸³⁸

Ancak, sonuç olarak, uyumsuzluk konusu uygulamanın hukuki dayanağını oluşturan iç yönetmeliğin davacı işçiyi bağlayıcı olmadığına ve norm kadro sayısında artırıma gidilerek yeni personel istihdam edildiği gerekçelerine dayalı olarak feshin geçersiz olduğuna karar vermiştir.⁸³⁹ Bunun ötesinde belli bir yaşa gelme ve emekli aylığına hak kazanma koşullarıyla ilgili olarak bir geçerlilik tartışmasına girmemiştir.⁸⁴⁰

⁸³⁷ Y9HD, 10.04.2006, 5883/9359; Anılan hükümde belirtilen kısım şu şekildedir; “İşyerinde personel fazlalığı bulunması halinde, sosyal seçim kriteri olarak, hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkartılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulması mümkün ise de, somut olayda, davalı banka Yönetim Kurulunun 15.6.2004 tarihli kararında görev düzeyinde norm kadro belirlenmiş olup, bazı görev unvanları için belirlenen norm kadronun mevcut kadrodan fazla ya da eşit olduğu, bazı görevler için ise mevcut kadrodan az olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre mevcut kadro belirlenen norm kadrodan az ya da eşit olduğu takdirde personel fazlalığından söz edilemeyecektir. Dosya içeriğine göre bir kısım görev unvanları açısından personel ihtiyacının ortaya çıktığı ve davalı işverence fesihten sonra çok sayıda personel alımına başvurulduğu anlaşılmaktadır. Şu halde davacının görev unvanı için belirlenen norm kadroya göre personel fazlalığı da söz konusu değildir.”; Y9HD, 27.03.2006, 5584/7867; Yargıtay’ın benzer olarak verdiği bir karar ise şu şekildedir; “İşyerinde personel fazlalığı bulunması halinde, sosyal seçim kriteri olarak, hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkartılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulması mümkün ise de, somut olayda, davalı banka Yönetim Kurulunun 15.6.2004 tarihli kararında görev düzeyinde norm kadro belirlenmiş olup, bazı görev unvanları için belirlenen norm kadronun mevcut kadrodan fazla olduğu, bazı görevler için ise mevcut kadrodan az olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre mevcut kadro belirlenen norm kadrodan az olduğu takdirde personel fazlalığından söz edilemeyecektir. Dosya içeriğine göre bir kısım görev unvanları açısından personel ihtiyacının ortaya çıktığı ve davalı işverence fesihten sonra çok sayıda personel alımına başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, öncelikle norm kadroya göre fazlalık teşkil eden personelin diğer bölümlerde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması ve son çare olarak feshe başvurulması gerekir.”

⁸³⁸ Yıldız, A.g.e., s,157.

⁸³⁹ Aynı şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir hükümde yinelemiştir ki; “30 yıldan fazla hizmeti bulunan davacının, objektif ve genel bir uygulama çerçevesinde iş sözleşmesinin feshedildiğini belirtmiştir. Ancak, sözü edilen fesih nedenine göre işçinin yetersizliğine dayanıldığını söyleme olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, yetersizliğin davalı işverence ispatlanması ve fesihten önce işçinin savunmasının alınması gerekir. Davalı işveren davacının yetersizliğini iddia ve ispat etmiş olmadığı gibi, fesihten önce savunmasını da almamıştır. Somut olayda, dosya kapsamı itibarıyla mevcut maddi ve hukuki olgulara göre, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.”; Y9HD, 08.05.2006, 1080/12947.

⁸⁴⁰ Yıldız, A.g.e., s,158.

Bu karar aleyhine ileri sürülen karşı oy yazısında, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun yayımladığı bir rapora dayalı olarak, uyuşmazlığın davalı tarafı olan bankadaki personelin eğitim ve yabancı dil bilgisi seviyesinin bankacılık sektöründeki toplam personelin eğitim ve yabancı dil bilgisi ortalamasının çok altında olduğu, bankanın rekabet esasları ve çağdaş bankacılık anlayışına göre yeniden örgütlenebilmesi için personel çıkartılmasının gereklilik olduğu açıklanmıştır. Buna ek olarak kararda, feshin geçersizliğine hükmedilmesinin gerekçelerinden biri olan personel fazlalığı olduğu, yeni açılan norm kadrolara eleman alınmış olmasının da uyuşmazlık konusu olayda sonuca etkili bir unsur olmadığı tespiti yapılmıştır. Bunun nedeni ise davalı bankanın boş kadrolara yabancı dil bilen ve eğitim seviyesi yüksek (yüksekokul mezunu) eleman almak istemesidir.⁸⁴¹

Karşı oy yazısında, bankanın ülke çapında genel bir uygulama yaptığı tespit edilmiş olmasına rağmen kararda belirtilen gerekçelere dayalı olarak feshin geçersizliğine hükmedilmesinin isabetli olmadığı, aksine yapılan feshin işletme gerekleri ile haklı sayılması gerektiğini, olayda herhangi bir keyfi uygulamanın olmadığı, bankanın işletmesel kararlarına müdahale edilmemesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Yine karşı oy yazısında bankanın esas hedefinin genç ve nitelikli personelden oluşan bir kadro yaratmak olduğu da ifade edilmektedir.⁸⁴²

İşçinin emeklilik yaşına gelmiş olmasına İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde de değinilmiştir. Buna göre işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hali de sayılmıştır.⁸⁴³ Öğretide, Alman hukukundaki uygulamalar ve yasanın gerekçesinde yer alan bu ifade esas alınarak işçinin belli bir yaşa ulaşmış olması durumunun işyerinden kaynaklanan bir sebep olarak değerlendirildiğini, ancak yaşa dayalı olarak yapılan bir feshin geçerli sayılabilmesi için işçinin sosyal güvencesinin de bulunması, yani yaşlılık aylığına hak kazanmış olması gerektiği, bu iki unsurun bir arada bulunmasının geçerli fesih için şart olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre işçi belli bir yaşa erişmiş ise ve yaşlılık aylığı almaya hak kazanmışsa, iş sözleşmesi işyerinde kaynaklanan nedenlere dayalı olarak geçerli nedenle feshedilebilecektir.⁸⁴⁴

⁸⁴¹ Yıldız, A.g.e., s,158.

⁸⁴² Yıldız, A.g.e., s,158.

⁸⁴³ Arıcı, A.g.e., s, 942 -943.

⁸⁴⁴ Yıldız, A.g.e., s,159.

Yargıtay'ın bu konuda verdiği bir diğer kararda ise, davacının yaptığı işin esas alındığı, bu iş için kadro fazlası bulunmadığı tespitinin yapıldığı, bu nedenle de belli bir hizmet yılını doldurmuş olma ve emekliliğe hak kazanma olgularına dayalı olarak yapılan feshin geçerli sayılmadığı görülmektedir.⁸⁴⁵

Yüksek mahkemenin toplu iş sözleşmesinde belli bir yaşa gelen işçiler için iş sözleşmesini fesih olanağı tanıyan düzenlemelerine dayalı olarak işverence yapılan bir fesihle ilgili olarak verdiği bir diğer kararı ise şu şekildedir: “Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği, işgücü fazlalığının giderilmesinde belirli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunma iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilirse de, uygulamanın genel ve objektif bir şekilde yapılması, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmektedir. Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki emeklilik ile ilgili düzenlemenin genel olarak uygulanıp uygulanmadığı anlaşılamamaktadır. Davalı işverenin yaş ile ilgili düzenlemeyi genel olarak işyerinde objektif bir şekilde tüm işçilere uyguladığı takdirde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Aksi halde ise, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmelidir.”⁸⁴⁶

Görüldüğü üzere bu kararda da yapılan uygulamanın genel ve objektif bir biçimde uygulanması gerektiğine işaret edilmiş, ancak kural olarak belli bir yaşa gelen ve emeklilik hakkını kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebileceğine ilişkin görüşü tekrar etmiştir.⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ Yıldız, A.g.e., s.159; Arıcı, A.g.e., s. 944.

⁸⁴⁶ Y9HD, 18.12.2006, 26214/33181; Yıldız, A.g.e., s.159.

⁸⁴⁷ Yıldız, A.g.e., s.160; Benzer nitelikte kararlara bakacak olursak; Y9HD, 07.04.2008, 30372/7792; “Dairemiz uygulamasına göre işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir.”; Y9HD, 30.06.2008, 1848/18002; “Dairemiz uygulamasına göre işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir. Somut olay bakımından, davalı işverenin savunmasında belirttiği nedenler işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Öncelikle iş gücü fazlalığının doğup doğmadığı, davalı işverence işgücü fazlalığı savunması ile çelişkili uygulamalarda bulunulup bulunulmadığı, fesihden önce ve sonra yeni işçi alınıp alınmadığının belirlenmesi gerekir. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş; işletme, muhasebe ve hukuk konularında uzman olan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılarak işyerinde işgücü fazlalığının oluşmasına neden olan ekonomik, teknolojik veya yeniden yapılanma gibi olgular bulunup bulunmadığını saptamak, buna bağlı olarak fesih tarihi itibarıyla işçi fazlalığı bulunup bulunmadığı, fesih öncesi ve sonrası yeni işçi alınıp alınmadığı, işçi fazlalığı söz konusu ise emekliliğe hak kazanmanın ölçütü olarak dikkate alınıp alınmadığı, alınmış ise bunun objektif ve genel bir uygulama ile istisnasız uygulanıp uygulanmadığını belirlemek ve sonucuna göre bir karar vermektir ibarettir.

Yukarıda yer verilen kararda işverenin yeniden yapılanma aşamasındaki gerçek hedefi olan genç ve nitelikli personelle çalışma hedefine ulaşmak için otuz hizmet yılını doldurmuş ve emekliliğe hak kazanmış kişileri işten çıkarma kararı, öğretide işletme gereklerine uygun, işverene geçerli bir sebebe dayalı fesih yapma hakkı veren bir işletmesel karar olarak değerlendirilmemiştir. Bu görüşün temelinde, davalı bankanın, görülen işlerin neden sadece daha genç çalışanlar tarafından yerine getirilmesinin gerekli olduğunu, aynı nedenlerden dolayı belli bir yaşa gelmiş olan personelin çalışmasının mümkün olmadığını ortaya konamadığı, işten çıkarılan işçilerin eğitim seviyesi düşük ve yabancı dil bilmeyen elemanlar olduğunun da kanıtlamadığı esasları yer almaktadır. Ayrıca yapılan iç yönetmelik değişikliğinde de eğitim ve yabancı dil bilme ölçütlerine yer verilmeksizin sadece hizmet yılı ve emeklilik aylığına hak kazanma ölçütlerinin esas alınmış olması da işverenin esas amacının işgücü ihtiyacının değiştirilmesi değil sadece personelin yenilenmesi ve gençleştirilmesi olduğu tespiti de, son derece haklı olarak, yapılmıştır. Bütün bu olgular, inceleme konumuz açısından değerlendirildiğinde, işverenin esas amacının belli bir yaşa gelmiş işçileri işten çıkararak yerlerine genç personel almak olduğu, daha açık bir deyişle yapılan fesihlerde yaşa dayalı ayrımcılık yapıldığı sonucuna ulaşılabilir.⁸⁴⁸

Doktrinde belirli bir yaşa gelinmesi ve emekliliğe hak kazanılmış olması durumunda iş sözleşmesinin bildirimli fesih yoluyla feshedilebileceğine ilişkin personel yönetmeliğinde bulunan kayıtların geçerliliği tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre; bu tür kayıtlar tek başına geçerli bir feshe dayanak oluşturamazlar.⁸⁴⁹ Zaten İş Kanununun 18. maddesindeki fesih nedenleri emredici nitelikte olup, işçi aleyhine değiştirilebilmeleri mümkün değildir. Ek olarak, bu tür kayıtlar İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına da aykırılık teşkil ederler.⁸⁵⁰ Belirtilen yaş sınırı kayıtlarının geçersiz olduğuna ilişkin görüşün aksine geçerli kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur.⁸⁵¹ Buna göre; işverenlerin iş yerlerinde yaş bakımından dengeli, verimli ve dönemin teknolojik yeniliklerini takip edebilen bir personel yapısını koruma ihtiyacı dikkate

Eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmiş olması hatalıdır.”; Zeytinoğlu, A.g.e., s,193 – 194.

⁸⁴⁸ Yıldız, A.g.e., s,160.

⁸⁴⁹ Yuvalı, A.g.e., s, 156.

⁸⁵⁰ Yuvalı, A.g.e., s, 156; Süzek, İş Hukuku, S, 470.

⁸⁵¹ Mustafa Alp, “Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.4, C.2, 2007, s, 171 -191.

alınmalıdır.⁸⁵² Bu tür kayıtların faydası işverene geleceğe yönelik personel planlaması olanağı tanınmasıdır.⁸⁵³ Bizim kanaatimiz, Yargıtay'ın da benimsemiş olduğu gibi⁸⁵⁴ genel ve objektif olarak uygulanması koşuluyla bu tür kayıtların konulabileceği yönündedir. Ekleme gerekir ki, anılan kayıtlarla öngörülen yaş sınırı, yasal olarak öngörülen asgari emeklilik yaşı ile uyumlu olmalıdır. Yine yaş sınırı kaydına işçinin açıkça rıza göstermesi şarttır.⁸⁵⁵ İş ilişkisi kurulduktan sonra eklenen yaş sınırı kayıtlarında ise İş Kanununun 22. maddesine uygun bir biçimde işçinin yazılı rızası alınmış olmalıdır.⁸⁵⁶

Ayrıca, normal durumlar söz konusu olduğunda 45 – 50 yaş gibi emeklilik yaşı ile bağlantısı olmayan ve geçerli kabul edilemeyecek yaş sınırı kayıtlarının, bu sınırlamayı haklı hale getiren objektif nedenlerin varlığı durumunda geçerli kabul

⁸⁵² Alp, A.g.e., s, 185.

⁸⁵³ Yuvalı, A.g.e, s, 156.

⁸⁵⁴ Örnek verecek olursak; Y9HD, 02.05.2005, 11001/ 15383 “Dosyada mevcut ve feshe dayanak oluşturan İş Yeri Personel Yönetmeliğinin Tasfiye başlığını taşıyan 104. maddesi “İş Kanunun kabul ettiği bildirimsiz fesih sebepleri bulunmasa dahi çalıştırılmasında yarar görülmeyen personel ile SSK mevzuatına göre aylıklık aylığı almaya hak kazanmış olan personelin iş akdi atamadaki usule uyularak ve iş kanununa göre yasal hakları ödenmek suretiyle her zaman feshedilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Davalı işverenin anılan yönetmelik maddesi uyarınca işyerinde öteden beri objektif kriterlere uygun olarak uygulama yapıp yapmadığı, aylıklık aylığı almaya hak kazanan personelin tasfiyesine dair genel bir uygulamasının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, tarafların bu konuda gösterecekleri deliller ile işyeri kayıtları üzerinde bir inceleme yapıp değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmesi gerekir. Buna göre eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

⁸⁵⁵ Yuvalı, A.g.e., s, 156 – 157.

⁸⁵⁶ Yuvalı, A.g.e, s, 157; Y9HD, 06.11.2006, 20021/ 29320 “Mahkemece davacının performansı yüksek, başarılı ve nitelikli biri olduğu, emekliğe hak kazanmış olanlar bakımından genel ve objektif uygulama bulunmadığı, Genel Müdürün teklifi ve yönetim kurulunca çalışması uygun görülenlerin işten çıkarılmadığı, davacının çalışması Genel Müdür tarafından teklif edilmesine rağmen yönetim kurulunca çıkarılması yönünde karar verildiği, iş sözleşmesinin geçerli nedene dayandığının kanıtlanamadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Davacıya tebliğ edilen 26.9.2005 tarihli fesih bildiriminde kadroların gençleştirilmesi çalışmaları ve 28 Haziran 2005 tarihli Yönetmeliğinin “iş sözleşmesinin sona ermesi” başlıklı 4.maddesinin V.bendi hükümleri uyarınca iş sözleşmesinin feshedildiği belirtilmiştir. Yönetmeliğin anılan hükmünde 60 yaşını dolduranların işten çıkarılacağı hususu düzenlenmiştir. Feshe dayanak gösterilen yönetmeliğin davacının çalışmaya başlamasından çok sonra 28.6.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin söz konusu hükmü davacı yönünden çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi anlamına gelmektedir. İş sözleşmesi devam ederken yürürlüğe giren ve işçi aleyhine sonuç doğuracak olan yönetmeliğin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca işçiye tebliğ edilmesi gerekir. İşçi tarafından kabul edilmeyen yönetmelik hükmünün o işçi yönünden bağlayıcılığından söz edilemez. Bu nedenle öncelikle davacıya anılan yönetmeliğin tebliğ edilip edilmediği, buna karşı davacının cevabının ne olduğu araştırılmalıdır. Öte yandan, iş sözleşmesinin feshi işyeri gereklerine; kadro daraltılması ve gençleştirilmesi nedenine dayandırılmıştır. Kadro daraltılması yolunda işyerinde norm kadro çalışmasının yapıp yapılmadığı, işyerinde çalışanların gençleştirilmesini gerektiren teknolojik bir değişikliğin bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır. Tüm bu koşulların gerçekleştirilmesi halinde yönetmelikte belirtilen yaş sınırı nedeni ile iş sözleşmesinin feshine ilişkin anılan yönetmelik hükmünün davacı ile aynı durumda olan tüm çalışanlar bakımından objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı da belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.”

edilebilecektir. Örneğin, pilotlar, modeller, aşırı ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanlar bakımından normalden daha düşük yaş sınırlamaları geçerli kabul edilmelidir.⁸⁵⁷

Yaşa dayalı ayrımcılık ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde ülkemizin sosyal koşulları da dikkate alınmalıdır. Herkes tarafından bilindiği üzere ülkemizde genç işsizlik oranı yüksek seviyelerde seyretmektedir. Konuyla ilgili AB Yönergesinde de hukuka uygun istihdam politikalarının yaşa dayalı farklı uygulamayı haklılaştırabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, yaşa dayalı ayrımcılık iddialarında, işverenden söz konusu uygulamayı hangi amaca ulaşmak için gerçekleştirdiklerini ortaya koymaları beklenmelidir. Şayet bu amaç hukuken korunabilecek makul bir amaç ise bu taktirde yapılan farklı uygulamanın ayrımcılık sayılmadığı kabul edilmelidir.⁸⁵⁸

Bu kapsamda yukarıda yer verilen kararlarda Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin işyerinde aslında norm kadro fazlalığı olmaksızın sadece daha genç işçi çalıştırmak için belli bir yaşa ulaşmış olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshini geçersiz sayması son derece yerindedir.⁸⁵⁹

Yüksek mahkeme, incelediği bir diğer uyuşmazlıkta “...*Davalı kamu kuruluşu bütçe yetersizliği, işçi fazlalığı, maliyetlerin yüksek oluşu gibi ekonomik nedenlerle 53 yaşını doldurmuş ve emeklilik hakkını kazanmış işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yoluna giderek genel bir uygulama yapmıştır. İşten çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alındığı da iddia ve ispat edilmiş olmadığından ve kamu kurumlarında ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırıldığı da bilinen bir gerçek olduğundan fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmelidir...*”⁸⁶⁰ ifadelerini içeren bir karar vermiştir. Bu karar konu olan uyuşmazlıkta olduğu gibi işveren tarafından genel, hukuken meşru görülebilecek bir amaca ulaşmak için gerekli bir uygulama yapılmışsa, daha açık bir ifadeyle işverenin keyfi olarak belli bir yaşa gelmiş ve/veya emeklilik hakkını elde etmiş işçileri işten çıkarmadığı ortaya konabiliyorsa yapılan uygulama eşitlik ilkesine de aykırı sayılmayacaktır.⁸⁶¹

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda işçinin emekliliğe hak kazanmış olmasını iş sözleşmesinin feshi için tek başına geçerli neden kabul etmemekle birlikte, işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi ve işletme dışı nedenlerle meydana gelen iş gücü fazlalığından dolayı işten çıkarılmasında emekliliğe hak

⁸⁵⁷ Alp, A.g.e., s, 188; Yuvalı, A.g.e., s, 157.

⁸⁵⁸ Yıldız, A.g.e., s,160; Arıcı, A.g.e., s, 942 -943.

⁸⁵⁹ Yıldız, A.g.e., s,160.

⁸⁶⁰ Y9HD, 23.10.2003, 18090/17878.

⁸⁶¹ Yıldız, A.g.e., s,161.

kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabii tutulmasını geçerli neden kabul etmektedir.⁸⁶²

II. YAŞ AYRIMCILIĞININ ENGELLENMESİNE YÖNELİK ÖNERİLER

Ayrımcılık konusunda literatürde oldukça fazla çalışma bulunmaktadır; ancak yaşa dayalı ayrımcılığa yönelik kavramsal, kuramsal ve özellikle ampirik çalışma sayısı yetersizdir. Bu durum sosyal hayata bireylerin farkındalık seviyesinin düşük olması şeklinde yansımaktadır. Karar alma sürecinde yaşı bir kriter olarak kullanılmasının bir tür ayrımcılık olduğu, bu ayrımcılığa uğrayanlar ve hatta ayrımcılığı uygulayanlar tarafından bile bilinmemektedir. Gelişmiş ülkelerde yaş ayrımcılığı birçok hukuki davaya konu olurken ülkemizde henüz yaş ayrımcılığına uğrayanların haklarına yönelik farkındalık bulunmamaktadır.⁸⁶³

Yaş ayrımcılığına karşı önlem almak amacıyla, gelişmiş ülkeler farkındalık artırmaya yönelik faaliyetleri yasal düzenlemelerle desteklemektedir. Ülkemizde de Anayasa başta olmak üzere iş ve yönetim hayatını düzenleyen bazı temel yasalara göre, istihdamda yaş ayrımcılığı yasaktır. Ancak, yukarıda belirtilen bazı kanun ve yönetmeliklerde, bazı durumlarda belli yaşı altında ve üstündekileri korumak amaçlı olarak pozitif, belli yaş gruplarında yer almayanlar açısından ise negatif düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerden ülkemizin çalışma hayatında “eşitlik” ilkesi ile birlikte “dolaylı yaş ayrımcılığı” sayılabilecek yasal hükümlerinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca yaş ayrımcılığı, yasal düzenlemelerde genelde dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep gibi ayrımcılık türlerinin ardından gelen “ve benzeri” ibaresi ile ifade edilmektedir. Bu da yaş ayrımcılığına yönelik düzenlemelerin yetersizliğini göstermektedir.

Uygulamada yaş ayrımcılığının giderilmesi için, ırk ve cinsiyet ayrımcılığına karşı da kullanılan eğitim, farkındalık yaratma, protesto etme, yasal düzenlemeler ve sivil inisiyatifli harekete geçirme gibi yöntemlerin kullanılmasını gerektirmektedir. Bu yöntemler arasında en temel olanının farkındalık yaratmak olduğunu söylemek yanlış

⁸⁶² Manav, A.g.e., s, 769; Y9HD, 07.04.2008, 30572/7792; Y9HD, 07.04.2008, 7524/7 “Dairemiz uygulamasına göre işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabii tutulması geçerli neden kabul edilmektedir.”; Arıcı, A.g.e., s, 944.

⁸⁶³ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,57.

olmayacaktır. Çünkü yaş ayrımcılığı eski bir olgu olmasına rağmen özellikle, Türk yönetim anlayışında yeni bir kavram olması nedeni ile ayrımcılığı uygulayanın da ayrımcılığa maruz kalanın da bu olumsuz durumun farkında olmaması mümkündür. Dolayısıyla işletmelerde öncelikle yaş ayrımcılığının tanımı, kapsamı ve yasal yaptırımlar hakkında bilinç düzeyi arttırılmalıdır. Bu bilinci çeşitli yasal düzenlemeler veya işletme düzeyinde yönetmelik, el kitabı ve prosedürlerle desteklemek gerekmektedir. Yaş ayrımcılığının önlenmesinde yönetmen Sahertian tarafından çekilen “CutBack: FacingAgeism” belgesinde ABD’nin çeşitli eyaletlerinde çeşitli meslek gruplarından kişilerin uğradığı yaş ayrımcılığı hikâyelerinin aktarıldığı belgesel gibi daha yenilikçi yöntemler de kullanılabilir.⁸⁶⁴

İşletmelerde yaş ayrımcılığı da dâhil her tür ayrımcılığa yönelik bir “şikayet kayıt sistemi” kurmanın yasal süreçteki faydalarının yanı sıra caydırıcı bir etkisi olacaktır. Yaş ayrımcılığı ile işe alım sürecinden itibaren mücadele etmek gerekmektedir. Bu nedenle iş başvurusu formlarından doğum tarihi çıkarılmalı, mülakatla işe alım söz konusu ise, mülakatta görev alacak kişilerin yaş ayrımcılığı hakkında bilgi sahibi olması sağlanmalı, yaşı ne olursa olsun adayların tümü için “geçerli değerlendirme kriterleri” belirlenmelidir. İşe alım sürecinden sonra da çalışma gruplarının gençlerden ve yaşlılardan karma bir biçimde oluşturulması ile birbirlerinden faydalanmaları sağlanmalı⁸⁶⁵, yaş ayrımcılığına yönelik düzenlemelerle ilgili gerekli bilgilendirme yapılmalı, performans değerlendirme ve emeklilik kriterlerinin yaştan tamamen bağımsız olduğu vurgulanmalıdır. Tüm bu süreçlerde ayrımcılığa maruz kalanların da ayrımcılığın nedenlerini oluşturan ön yargıların kırılması yönünde çaba göstermesi sağlanmalıdır.⁸⁶⁶ Son olarak da, konuya özgü yasal düzenlemeler gözden geçirilmeli, güncelleştirilmeli ve geliştirilmelidir.

⁸⁶⁴ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,56.

⁸⁶⁵ Baybora, Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, s, 45. İşyerlerinde yaşlılara karşı yapılan ayrımcılığın hem yanlış hem de mantıksız olduğu, işverenlerin duygusal zekayı göz önüne alarak şirketlerin başarı potansiyellerini arttırmak istiyorlarsa kadro içinde yaşlı ve genç eleman sayısını eşit ağırlıklı olarak düzenlemelerinin daha yararlı olacağı belirtilmektedir.

⁸⁶⁶ Karatepe- Gökçe, A.g.e., s,57.

SONUÇ

“Ayrımcılık” her manasıyla kargaşa ve kaos ortamını tetikleyen, barış ve huzurun ötelenmesini sağlayan bir kavramdır. Ayrımcılığın her türü en az bir diğeri kadar kötüdür ve ayrımcılığın her türüne karşı önlem alınması en az bir diğeri kadar gerekli ve önemlidir. Bilindiği gibi kurallar ihtiyaçlardan doğar. Gereksinimler dolayısıyla ayrımcılığın bazı türleri daha çok öne çıkmış ve dolayısıyla önlem alınmaya daha öncesinden başlanmıştır. Buna örnek olarak cinsiyet ve ırk ayrımcılığını verebiliriz. Burada temel kriter bu ayrımcılık türlerinde yapılan ayrımcı muamelelerin tespiti daha kolay olması ve bireylerin bu ayrımcılık türlerini oluşturan gruplara en baştan dahil olmalarıdır.

Çalışmamızın konusu olan “yaş ayrımcılığı” ise hem tespiti zor hem de her bireyin karşı karşıya kalabileceği bir ayrımcılık türüdür. Yaş ayrımcılığında bireylere sadece yaşları dolayısıyla farklı muamele edilmesi söz konusudur. Kural olarak, sadece belirli bir yaşta bulunma bir değerlendirme kriteri olarak kabul edilmemelidir. Çünkü her birey hayatı farklı deneyimlemiş, hayata farklı pencerelerden bakmıştır. Dolayısıyla, sadece yaşı dolayısıyla kişileri kategorize etmek ve bu kişiler hakkında belirli bir yargıya ulaşmak haksızlık olacaktır.

Yaş ayrımcılığının bana göre en önemli olduğu nokta her bireyin buna maruz kalabilecek olmasıdır. Dolayısıyla yaş ayrımcılığına dair oluşturulacak farkındalık hepimizin faydasına olacaktır. Çalışmamızın konusunu oluşturan “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaş Ayrımcılığı” göz ardı edilmemesi ve hassasiyetle incelenmesi gereken bir konudur. Çünkü bir toplumda kişileri yaşları dolayısıyla kategorize etmek hem bireyleri yaş gruplarına göre bölmeyi hem de yaş gruplarının birbirine karşı saygısının yok edilmesini sağlayacaktır. Yaş ayrımcılığı her yaş grubuna karşı uygulanabilir olsa da bu ayrımcılık türünden en çok yaşlı bireyler mağdur olmakta bunu ise genç bireyler takip etmektedir. Toplumdaki her birey en az bir diğeri kadar önemlidir. Dolayısıyla sadece belirli bir yaş grubuna dâhil olması sebebiyle kişisel özellikleri ve yetenekleri gözetilmeksizin kişiye farklı muamele uygulanması yaş ayrımcılığına maruz kalan bireyin dışlanmasına ve iş hayatından soyutlanmasına neden olacaktır. Özellikle yaşlı bireyler açısından bunun değersizlik ve kendini yetersiz hissetme, toplumdan soyutlanmış olduğunu düşünme gibi

duygulara yol açacağı aşikârdır. Ek olarak, yaş ayrımcılığının toplum açısından da olumsuz etkilere sebep olduğu, fayda sağlanabilecek bireylerin sadece yaşları dolayısıyla iş hayatından uzaklaştırılmaları sebebiyle zarara uğranıldığı gözlemlenmektedir.

Tüm bu sebepler göz önüne alındığında “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaş Ayrımcılığının” önlenmesi amacıyla gerekli tedbirlerin alınması için çalışmalar yapılmalı, bu ayrımcılık türü hakkında en az diğer ayrımcılık türleri kadar farkındalık yaratılmalı, önlem alınmalı ve hukuk sistemlerinde gerekli koruma sağlanmalıdır. Çalışmamızın öncelikli amacı buna destek olmak ve konuya dikkat çekmektir.

KAYNAKÇA

AĞIRBAŞLI, Şennur: Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara, 2009.

ALTINORDU, Fazıl: AİHS’ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ALP, Mustafa: “Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.4, C.2, 2007, s, 171 -191.

AKTAY, Nizamettin/ ARICI, Kadir/ SENYEN-KAPLAN, Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

ARICI, Kadir: “Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Yeni Bir Sorun: Yaşlı İşçiler”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s, 931 – 952.

ASTARLI, Muhittin: 6356 Sayılı Yeni Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler Ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1 -2, C. XVII, 2013, s, 141 – 183.

ATAÖV, Türkakkaya: Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1996.

ATEŞOĞULLARI, Kamil: Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye, Türkiye Petrol, Kimya, Lastik İşçileri Sendikası, İstanbul, 1997.

AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR AJANSI, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, 2010.

AYDINGÖZ, Gonca: Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009.

AYTEKİN, Şeyda: “İş Sözleşmeleri veya Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2000/78 Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.20, 2010, s, 269 – 277.

AYKAÇ, H. Bahar: Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, 2015, s, 335 – 386.

BAKIRCI, Kadriye: “ Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, Cahit Talas Anısına Armağan, Ankara, 2007, s, 102 – 133.

BAKIRCI, Kadriye: Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004.

BAKIRCI, Kadriye: Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

BAŞTERZİ, Fatma: Yaşlılık Sigortası, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Yorum Basım Yayın, Ankara, 2006.

BAYBORA, Dilek: Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı, Eskişehir, CIP- Anadolu Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Merkezi, 2007.

BAYBORA, Dilek: “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve ABD’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, s, 33 -57.

BAYBORA, Dilek: Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, s, 39 – 67.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 18 No’lu Genel Yorum (<http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/coments.htm> (erişim: 27.10.2011))

BREEN, Clarie: Age Discrimination and Children’s Rights Ensuring Equality and Acknowledging Difference, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2006.

BOKUM, Nicky Ten, FLANAGAN, Tom, SANDS, Rosely, STEINAU-STEINRUCK, Robert: Age Discrimination, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009.

BOZKURT, Enver/ÖZCAN, Mehmet/KÖKTAŞ, Arif: Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

BOZKURT, Enver/ÖZCAN, Mehmet/KÖKTAŞ, Arif: Avrupa Birliği Temel Mevzuatı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008.

CAN, Hacı: Avrupa Birliği Hukuku, Sürat Üniversite Yayınları, İstanbul, 2013.

Case C- 144/04, Mangold v Helm, (2005) ECR I-9981.

Case C- 411/05, Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA (2007) ECR I-8531.

Case C-555/07, Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co KG, ECJ, Grand Chamber, 2010.

Case C-427/06, Bartsch v Bosch und Siemens Hausgerate (BSH) Altersfürsorge GmbH, ECJ, Grand Chamber, 2008.

Case C-388/07, Age Concern England, ECR I-0000, ECJ (Third Chamber), 2009.

Case C- 88/08, Hütter v Technische Universität Graz, ECJ, Third Chamber, 2009.

Case C- 341/08, Petersen v Berufungsausschuss für Zahn für den Bezirk Westfalen – Lippe, ECJ, Grand Chamber, 2010.

Case C- 2507420/07, Wilkinson v Springwell Engineer Ltd. , Newcastle Employment Tribunal, 2007.

Case C- 229/08, Wolf v Stadt Frankfurt am Main, ECJ, Grand Chamber, 2010.

Case C - 0119/08, MacCulloch – Imperial Chemical Industries Plc, London Employment Appeal Tribunal, 2008.

Case C-246/09, Reference for a preliminary ruling from the Landesarbeitsgericht Hamburg lodged on 6 July 2009 - Susanne Bulicke v Deutsche Büro Service GmbH.

Case C-45/09, Reference for a preliminary ruling from the Arbeitsgericht Hamburg lodged on 2 February 2009 - Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsgesellschaft mbH.

Case C-447/09, Reference for a preliminary ruling from the Bundesarbeitsgericht, lodged on 18 November 2009 - Reinhard Prigge, Michael Fromm and Volker Lambach v Deutsche Lufthansa AG.

Case - C 427 U.S. 307, Massachusetts Board of Retirement v Murgia, United States Supreme Court, 1976.

Case – C – 488/ 1992, Toonen v. Australia, U.N., 1994.

ÇAĞLAR, Esen/ ACAR, Ozan/ PAMUK, Haki: Türkiye’de İşsizler Artık Daha Yaşlı, Tepav, 2007.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2009.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, İstanbul, 2013.

ÇİÇEKLİ, Bülent: Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.

DEMİREL, Erkan, TİKİCİ, Mehmet, ÇETİN, Canan: Türk İş Yaşamında Ayrımcılık, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 2011.

DENİZ, B. Yeşim: Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ile Etkileşim, TBB Dergisi, 2011.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.11, İstanbul, 2006, s.63-81.

EKONOMİ, Münir: “Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C.1, S.2, s, 125 - 140.

ENGİN, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

ERGİN, Hediye: Almanya’da Genel Eşit Davranma Yasasının İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İSGHD, 2007, C.4, S. 14, 635 – 664.

ERGÜL, Ergin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara, 2004.

ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

ERTÜRK, Şükran, GÜRSEL, İlke: Sarper Süzek’e Armağan, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.

ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002.

EUROPEAN UNION: Directive 94/33 of 20 August 1994 on the protection of young people at work ,OJ L 216/12.

EUROPEAN UNION: Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01), http://europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

EUROPEAN UNION: Directive 2000/78 of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

EVALUATION OF THE CODE OF PRACTICE ON AGE DIVERSITY IN EMPLOYMENT: Final Report, Produced For The Dwp By National Opinion Polls (Consumer), October 2001.

Gül, İ. Işıl: Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar – Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s, 339 – 357.

GÜL, İ. Işıl, KARAN, Ulaş: Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

GÜL, İ. Işıl, KARAN, Ulaş: Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

GÜL, İ. Işıl/TOKUZLU, L. Bertan: Avrupa Birliği Hukuku, Şefik Matbaası, İstanbul, 2003.

GÜLMEZ, Mesut: İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010, s, 217 – 266.

GÜLMEZ, Mesut: “Asgari Ücrette ‘Yaş Ayrımcılığı’ Yapılamaz”, Radikal İki, 4 Ocak 2009: 8.

GÜLMEZ, Mesut: Mesut Gülmez, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye – İş Sendikası, Ankara, 2009.

GÜNAY, C. İlhan: İş Hukuku – Yeni İş Yasaları, Yetkin Basımevi, Ankara 2013.

GÜNUĞUR, Haluk: Avrupa Birliği’nin Hukuk Düzeni, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, Ankara, 2007.

İNCEOĞLU, Sibel: Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yayını Dergisi, 2001, s, 41 -70.

ROUSSEAU, J.Jacques: Toplum Sözleşmesi, Çeviri: Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 1994.

KARADENİZ, Oğuz/ ÖZTEPE, Nagihan: Türkiye’de Yaşlı Yoksulluğu, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013, s, 77 – 102.

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

KARAN, Ulaş: Türkiye’de Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Mevcut Başvuru Yolları – Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s, 707 -747.

KARAN, Ulaş: Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, TBB Dergisi, s. 73, 2007, s, 146 -173.

KAYA, P. Ali: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat, 2009.

KAYA, P. Ali: Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014.

KILIÇOĞLU, Mustafa: “İş Hukukunda Ayrımcılık”, Anayasa Mahkemesi Yuvarlak Masa Toplantısı (8 – 10 Kasım 2010).

KORKUT, Levent: Ayrımcılık Karşısı Hukuk, Cantekin Matbaası, Ankara, 2009.

MANAV, A. 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, 2014.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2011.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku – Ferdi İş İlişkileri I, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2012.

O’CINNEIDE, Colm (Reader in Law UCL): Age Discrimination and The European Court of Justice: EU Equality Law Comes of Age, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age.

ÖZDEMİR, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2006.

Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
(<http://www.conventions.coe.int/treaty/en/Repots/Html/177.htm>).

REÇBER, Kamuran: Avrupa Birliği Mevzuatı, İstanbul, Alfa Akademi, 2005.

SARGEANT, Malcolm: Age Discrimination in Employment, Britain, British Library Cataloguing in Publication Data, 2006.

SARGEANT, Malcolm; Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision, Middlesex University, UK, British Library Cataloguing in Publication Data, 2011.

SCHUTTER, Oliver: Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa, Ankara, Avrupa Konseyi, 2010.

SEVİMLİ, K. Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.

SÖZER, A. Nazım: “AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, 2006, s, 184 – 208.

STUDER, H: International Labour Conference, Discrimination in the Field of Employment and Occupation, Geneva, International Labour Office, 1957.

Survey Report, Age Discrimination at Work, 2001.

SÜRAL, Nurhan: Anti – Discrimination Rules and Policies in Turkey, Comp. Labor Law & Pol’y Journal, Vol: 30, s, 245 – 270.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2013.

ŞENEL; Alaattin: Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi, Yavuz Abadan’a Armağan, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969.

ULUCAN, Devrim: Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık – Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan I, Dokuz Eylül Üniversitesi Fakülte Dergisi, C. 15, Özel S. , 2013, s, 369 – 383.

THE AGE DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ACT OF 1967 (ADEA), Pub. L. No. 90- 202 Code.

THE WORKING TIME REGULATIONS, United Kingdom Statutory Instrument, SI 1998/1833, 1998.

TARHANLI, Turgut/ Çotuksöken, Betül/ Yakupoğlu, Mukadder/ AYDIN, Suavi: Adaletin İnkarı Olarak Ayrımcılık, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2008, s, 339 – 364.

TAŞÇI, Faruk: Yaşlılara Yönelik Sosyal Politikalar: İsveç, Almanya, İngiltere ve İtalya Örnekleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010.

T. C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Hayatı İstatistikleri 2013, Labours Statistics, ÇSGB Yayını, Ankara, 2013.

TEZCAN, Ercüment, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001.

THE ECONOMIST, 09.04.2011, 27.06.2009.

TUNCAY, A. Can: Geciken Yaşlılık ve Zorunlu Emeklilik Üzerine, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2012.

TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

UŞAN, Fatih : “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır?”, Legal İSGHD, 2005, C.2, S.8, s, 1623 – 1632.

YAZICIOĞLU, C. Tufan; Yaşlılık Hukuku, Türkiye İşçi Emeklileri Derneği, Ankara, 2009.

YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2008.

YILDIZ, G. Burcu: Ayrımcılık Yasağı – İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Sorun Önerileri 14. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s, 189 – 328.

YUVALI, Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

YÜKSEL, Melek Onaran: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği, İstanbul, 2000.

YÜKSEL, Murat: Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı – Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan II, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s, 1711 – 1725.

ZEYTİNOĞLU, Emin: Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 9, S. 18, 2010, s, 115 – 134.

ZEYTİNOĞLU, Emin: 10. Yıl.2a Armağan, İş Hukukunda Özgürlük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı:22, 2012.

<http://www.kazancı.com>

<http://www.hukukturk.com>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF>.

http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf.

http://en.Wikipedia.org/wiki/Life_expectancy (Erişim tarihi: 03.04.2012)

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/Kilicoglu_Ayrimcilik.pdf

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

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_111.htm

<http://www.statistics.gov.uk>

<http://www.tisk.org.tr> (Erişim tarihi: 20.04.2012)

http://rechten.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/Algemeen/Recht1/2007/effeinnal/Mangold_LIEI.pdf (Erişim tarihi: 01. 12. 2014)

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_19.pdf (Erişim tarihi: 01.12.2014)

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/Kilicoglu_Ayrimcilik.pdf (Erişim tarihi: 03.01.2015)

ÖZGEÇMİŞ

29.06.1987 tarihinde Ankara’da doğan Hatice Hilal TİRİTOĞLU, ilköğrenimini Hamdullah Suphi İlköğretim Okulu’nda tamamlamıştır. Ortaokul öğrenimini M.E.V. Özel Ankara İlköğretim Okulu’nda ve Lise öğrenimini de M.E.V. Özel Köksal Toptan Lisesi’nde görmüştür. Lise eğitiminin ardından öğrenimine Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesini kazanmış, 2004 – 2005 yılları arasında hazırlık eğitimi almış, 2009 yılında ise fakülteden başarıyla mezun olmuştur. İyi derecede İngilizce ve orta düzeyde Almanca bilmektedir. Mezun olduktan sonra 2009 – 2010 yılları arasında avukatlık stajını tamamlamıştır. 2011 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Özel Hukuk alanında yüksek lisans öğrenimine başlamıştır. 2014 yılında ise Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku araştırma görevlisi olarak işe başlamıştır ve görevini halen devam ettirmektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite: Galatasaray Üniversitesi

Enstitü: Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı Soyadı: Hatice Hilal TİRİTOĞLU

Tez Başlığı: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaş Ayrımcılığı

Savunma Tarihi: 19. 06. 2015

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Enver Murat ENGİN

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı – Adı – Soyadı

İmza

Prof. Dr. Enver Murat ENGİN

Yrd. Doç. Dr. Sedef KOÇ

Yrd. Doç. Dr. Fatma Burcu SAVAŞ

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Mehmet Yaman ÖZTEK