

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İŞÇİNİN KİŞİSEL ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN
İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU**

DOKTORA TEZİ

**HAZIRLAYAN
Ertuğrul YUVALI**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**

ANKARA- 2011

ONAY

Ertuğrul YUVALI tarafından hazırlanan "İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu" başlıklı bu çalışma 09.12.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği) oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalında Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.


Prof. Dr. Hamdi Mollameli
Mollameli Hamdi (Başkan)


Prof. Dr. Nedir Arıcı


Prof. Dr. Emine Tuncay Kaplan


Doç. Dr. Aydın Bıyık


Doç. Dr. Levent Akın

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

BİRİNCİ KISIM

EŞİTLİK KAVRAMI VE ULUSLARARASI BELGELERDE EŞİTLİK İLKESİ

I) GENEL OLARAK EŞİTLİK KAVRAMI.....	5
A) KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ	5
B) FELSEFİ BAKIMDAN EŞİTLİK KAVRAMI	8
C) HUKUKİ BAKIMDAN EŞİTLİK KAVRAMI	10
1) Şekli Eşitlik (Formal Equality)	11
2) Sayısal Eşitlik (Numerical Equality)	12
3) Normatif Eşitlik (Normative Equality)	12
D) EŞİTLİK, HAKKANİYET VE ADALET KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ	13
E) ULUSLARARASI BELGELERDE EŞİTLİK KAVRAMIYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER	15
1) Birleşmiş Milletler Belgeleri	15

a) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	15
b) Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi	16
c) Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi	18
d) Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme	21
e) Özürlü Kişilerin Hakları Sözleşmesi	22
2) Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri	23
a) 100 Sayılı Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret Sözleşmesi	23
b) Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme	24
c) İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme	25
3) Avrupa Birliği Mevzuatı	26
a) Roma Antlaşması	26
b) Avrupa Sosyal Şartı	28
c) Topluluk Direktiflerinde Eşitlik	31
(1) Genel olarak	31
(2) 75/ 117 Sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına İlişkin Direktif.....	32
(3) 76/207 Sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim, İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi	34
(4) 79/7 Sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi	36

(5) 2000/43 Sayılı Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmaya Konulmasına ilişkin Direktif.....	36
---	----

İKİNCİ KISIM

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

I) İŞ HUKUKU BAKIMINDAN EŞİTLİK İLKESİ.....	38
II) İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU	41
III) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN HUKUKİ DAYANAĞI	45
A) ANAYASAL DAYANAK.....	45
B) KANUNİ DAYANAK	49
1) 1475 Sayılı İş Kanunu.....	49
2) 4857 Sayılı İş Kanunu.....	50
IV) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANMA KOŞULLARI.....	55
A) AYNI İŞYERİNİN İŞÇİLERİ OLMA	55
B) İŞYERİNDE BİR İŞÇİ TOPLULUĞUNUN MEVCUDİYETİ.....	58
C) İŞVERENİN KOLEKTİF NİTELİKTE BİR KURAL KOYMASI VEYA DAVRANIŞTA BULUNMASI.....	59
D) İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMUŞ OLMASI	63
E) ZAMANDA BİRLİK.....	64
F) UYGULAMA BİR VEYA BİR KISIM İŞÇİNİN ALEYHİNE OLMALI	67
V) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN NİSPİLİĞİ VE MUTLAK ANLAMDA UYGULANABİLECEĞİ AYRIK DURUMLAR.....	68

A) GENEL OLARAK	68
B) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULAMA ALANLARI.....	71
1) İşverenin İş Sevk ve İdaresi	71
2) Ücretlerde	75
a) İşçi İşe Girerken.....	75
b) İş Sözleşmesinin Devamı Esnasında	76
c) Toplu İş Sözleşmesi Uygulanan İşyerlerindeki Ücretler	79
d) Ücretlerde Cinsiyet Ayrımı Yasağı	80
VI) İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCUNUN TÜRLERİ	82
A) İŞÇİNİN KİŞİSEL DURUMU BAKIMINDAN İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU	82
B) İŞÇİNİN MESLEKİ DURUMU BAKIMINDAN İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU	88
1) Tam ve Kısmi Süreli Çalışan İşçiler Arasında İşverenin Eşit Davranma Borcu	88
2) Belirli Süreli Çalışan İşçiler Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu	91
C) İŞÇİNİN SENDİKAL DURUMU BAKIMINDAN İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU	95
1) Genel Olarak Sendikal Faaliyet	95
2) İşçinin Sendikal Durumu Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu	95

İKİNCİ BÖLÜM
İŞÇİNİN KİŞİSEL DURUMU İTİBARIYLA İŞVERENİN EŞİT
DAVRANMA BORCU

I) KİŞİSEL DURUM KAVRAMI	98
II) AYRIMCILIK YASAĞI	99
A) AYRIMCILIK KAVRAMI	99
1) Genel Olarak	99
2) Ayrımcılık Türleri.....	102
a) Doğrudan Ayrımcılık (Direct Discrimination)	102
b) Dolaylı Ayrımcılık (Indirect Discrimination)	105
c) Pozitif Ayrımcılık (Affirmative Action)	108
B) AYRIMCILIK NEDENLERİ	114
1) İşçinin Cinsiyeti Nedeniyle Ayrımcılık Yapılamaması.....	114
a) Genel Olarak	114
b) Kadınlara Yapılan Doğrudan Ayrımcılık.....	119
c) Kadınlara Yapılan Dolaylı Ayrımcılık.....	121
d) Cinsel Taciz ve Psikolojik Taciz	126
(1) Cinsel Taciz Kavramının Tanımı	126
(2) Cinsel Taciz Nedeniyle İşverenin Sorumluluğun Hukuki Dayanağı	129
(3) Yürürlükte Bulunan Mevzuatımızda Cinsel Taciz	132
(4) Psikolojik Taciz	135

e) 4857 sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümleri.....	139
(1) Genel Olarak	139
(2) İşe Girme ve Çalışma Şartlarının Tespitinde Eşitlik.....	140
(3) Ücrette Eşitlik	140
(4) 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadınlar Yararına Özel Olarak Öngördüğü Düzenlemeler	142
i) Genel Olarak.....	142
ii) Kadın İşçilerin Yer ve Su Altı İşlerde Çalıştırma Yasağı.....	143
iii) Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı.....	143
iv) Kadın İşçilerin Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılması Yasağı	145
v) Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarında Çalıştırılması.....	147
f) Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Değiştirme.....	151
2) İşçinin Irkı ve Etnik Kökenine Dayalı Ayrımcılık Yapılamaması	157
a) Genel Olarak	157
b) Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan Hukukunda Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı.....	159
c) Türk Hukukunda Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı.....	162
3) Özürlülük Nedeniyle Ayrımcılık Yasağı.....	163
a) Genel Olarak	163
b) Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan Hukukunda Özürlülük Nedeniyle Ayrımcılık Yasağı	164
c) Türk Hukukunda Özürlüler	168
(1) Genel Olarak	168

(2) 5378 Sayılı Kanunun Genel Görünümü	169
(3) Türk Hukukunda Özürlülerin Ayrımcılıktan Korunmasına İlişkin Düzenlemeler.....	172
d) Hastalık Durumunun Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılık Oluşturup Oluşturmayacağı Meselesi.....	175
4) Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı	179
a) Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan Hukuku	179
b) Türk Hukuku	180
5) Din, Mezhep ve Dünya Görüşüne Dayalı Ayrımcılık Yasağı	186
a) Din ve Mezhep.....	186
b) Dünya Görüşü	188
III) AYRIMCILIK YASAĞININ SINIRLARI	191
A) YÜRÜTÜLECEK İŞİN NİTELİĞİ	191
B) BELLİ BİR CİNSİYETİN ÇALIŞMASI ZORUNLULUĞU	192
C) FARKLI DAVRANMAYI HAKLI KILAN DİĞER NEDENLER	197

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANDIĞI BELİRLİ

HALLER VE EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN

HÜKÜM VE SONUÇLARI

I) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANDIĞI BELİRLİ DURUMLAR.....	198
A) İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI AŞAMASINDA EŞİTLİK İLKESİ	198

1) Genel Olarak	198
2) İşe Almada Ayrımcılık Yasağının Öngörüldüğü Durumlar.....	200
3) İşe Başvuru Aşamasında Adaylara Yöneltilen Sorular ve Uygulanabilecek Testlerin Ayrımcılık Halleri Bakımından Sınırları	203
a) Hamilelik Hakkında Sorular Yöneltilmesi	203
b) İş İlişkisinin Kurulabilmesi İçin Yaş Koşulunun Öngörülmesi	205
4) Ayrımcı İş Duyuruları	207
B) İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI ESNASINDA EŞİTLİK İLKESİ	209
1) İşverenin İş Sevk ve İdaresi	209
2) Ücretlendirmelerde	211
a) İşçi İşe Girerken.....	211
b) İş İlişkisinin Devamı Sırasında.....	212
C) İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİRİLMESİNDE EŞİTLİK İLKESİ	214
1) Genel Olarak	214
2) Bildirimli Fesih Hakkının Kullanılmasında İşverenin Eşit Davranma Borcu	216
a) İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Bakımından	216
(1) Türk Hukukunda İş Güvencesinin Gelişimi ve Genel Esasları	216
(2) İş Güvencesinin Kapsamına Dahil Olan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu	219
(i) İşçinin Yeterliliğinden veya Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde İşverenin Eşit Davranma Borcu.....	219
(ii) İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlerle Yapılan Fesihlerde İşverenin Eşit Davranma Borcu	221

(3) İş Güvencesinin Kapsamına Dahil Olmayan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinde İşverenin Eşit İşlem Borcu	233
3) Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasında İşverenin Eşit Davranma Borcu	236
II) İSPAT YÜKÜ	242
A) MUKAYESELİ HUKUK	242
B) TÜRK HUKUKU	244
1) Genel Olarak Eşit Davranma Borcuna Aykırılık İddialarında İspat Yüğü	244
2) Sendikal Nedene Dayalı Ayrımcılık İddialarında İspat Yüğü	249
III) EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI	257
A) HUKUKİ YAPTIRIMLAR	257
1) Genel Olarak	257
2) Ayrımcılık Tazminatı	260
a) Genel Olarak	259
b) Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Olan İlişkisi	263
(1)Kötüniyet Tazminatı- Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi	263
(2) İş Güvencesi Tazminatı- Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi	267
(3) Sendikal Tazminat- Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi	269
B) CEZAI YAPTIRIMLAR	272
1) Ayrımcılık Yasağının İhlalinin Cezai Yaptırımı	272
2) Cinsel Taciz Suçu	274
C) İDARİ YAPTIRIMLAR	276
SONUÇ	278

KAYNAKÇA	286
ÖZET	308
ABSTRACT	309

KISALTMALAR

A.B.	: Avrupa Birliği
ADA	: The Americans With Disabilities Act
ADAE	: The Age Discrimination Act
a.g.e	: Adı Geçen Eser
AMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
B.K	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
B.M.	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
C.	: Case
CEDAW	: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
E.	: Esas
EU	: Avrupa Birliği
Ed.	: Edition
EUMC	: European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İHU	: İş Hukuku Uygulaması
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İ.K.	: İş Kanunu
K.	: Karar
Legal İSGHD:	Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
Legal YKİ	: Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi
md.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
Sec.	: Section

S.K.	: Sendikalar Kanunu
T.	: Tarih
T.C.K.	: Türk Ceza Kanunu
TSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
USA	: Amerika Birleşik Devletleri
Vol.	: Volume
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

I) Konunun Önemi

Adalet ve hakkaniyet gibi kavramların çekirdeğini oluşturan eşitlik ilkesi; anlamı, kapsamı, sınırları ve uygulanma araçları bakımından insanlık fikir tarihinin en çok düşünülen, tartışılan kavramlarından birini oluşturmuştur. Zira bir ideal olarak eşitlik, geçmişten günümüze düşünürlerin çok büyük bir çoğunluğunun teorilerini üzerine kurdukları temel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bir şeyin tam olarak ancak kendisine eşit olabileceği düşünüldüğünde, insanlar arasında tam bir eşitlikten bahsetmenin güçlüğü ortadır. Dolayısıyla eşitlik kavramının temelleri, içeriği ve sınırlarına ilişkin bir görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte günümüzde bir ideal olarak eşitlik ilkesi, her ne kadar gündelik hayatta her zaman uygulanamasa da, tüm uluslararası metinlerde kendine yer bulmuştur.

Günümüzde gerek ulusal düzeydeki düzenlemelerde gerek uluslararası metinlerde kabul görmüş olan eşitlik ilkesinin artık modern hukukun en temel ilkelerinden birini oluşturduğu söylenebilir. Bu bağlamda eşitlik ilkesi modern hukukun diğer alanları gibi İş Hukukunu da etkilemiştir. Bilhassa İkinci Dünya savaşından sonraki dönemde ülkelerin yıkılan endüstrileri, bozulan iktisadi, sosyal yapıları ve nihayet insanların ve toplumların edindiği tecrübeler; devletler arasında büyüklük ve küçüklüklerine, insanlar arasında ise ırk, din, dil, renk, cinsiyet, dünya görüşü gibi farklılıklarına bakılmaksızın eşitlik bulunduğu ve bireylerin onur, özgürlük ve kişiliklerine saygı gösterilmesi gerektiği düşüncesinin daha etkin ve geniş bir alanda kabulüne yol açmıştır. Buradan hareketle çalışanlar arasında makul ve haklı bir neden bulunmadıkça keyfi ayrımlar yapılmaması da İş Hukukunda genel olarak kabul gören bir husus olmuştur.

Modern İş Hukukunda, eşit davranma borcu işverenin temel borçları arasında yer almaktadır. Eşit davranma borcu veya ilkesi olarak nitelendirilebilecek bu yükümlülüğün, işverenin işçileri arasında hem cinsiyet, ırk, dil, din, dünya görüşü vb. gibi kişisel özelliklerine bağlı olarak ayrımcılık yapmaması hem de aynı veya benzer durumdaki işçilere eşit şekilde davranma yükümlülüğü getiren bir işveren borcu olduğunu ifade edelim. Bu noktada belirtmeliyiz ki; bizim “dar anlamda eşit davranma borcu” olarak nitelendirdiğimiz işçinin değiştiremeyeceği veya değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek özelliklerinden dolayı ayrımcılık yapma yasağı hususu bizim üzerinde yoğunlaşacağımız mesele olacaktır.

Türk Hukukunda esasen 4857 sayılı Kanun dönemi öncesinde de işverenlerin cinsiyet, ırk, din, dil, dünya görüşü vb. gibi nedenlere dayanarak ayrımcılık yapmasının eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmekteydi. Bununla birlikte dağınık birkaç özel hüküm dışında İş Hukukunda eşit davranma ilkesine ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktaydı. 4857 sayılı İş Kanunu’nun “Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşıyan 5. maddesi hükmü ile birlikte ise işverenin eşit davranma borcu normatif bir düzenlemeye kavuşmuş oldu. Ancak söz konusu kanunun yürürlüğe girmesi ile beraber gerek ayrımcılık yasağının kapsamı ve sınırları gerek eşit davranma ilkesinin uygulanma koşulları ve söz konusu ilkenin ihlalin yaptırımı konusunda muhtelif fikirler öne sürülmüştür. Tez çalışmamızda bu görüşleri tek bir monografik çalışma içerisinde derleyip toplamaya uğraşmamızın yanı sıra bazı noktalarda kendi görüşlerimizi de ifade etmeye çalıştık.

Genelde işverenin eşit davranma borcu, özelde ise ayrımcılık yasaklarını ele aldığımız bu çalışmamızda; öncelikli olarak doktrindeki görüşler ve yargı kararları ele alınmış, bunun yanında mukayese yapabilmek bakımından konu ile ilgili Amerikan Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku da olabildiğince incelenmeye çalışılmıştır.

II) Konunun Sunulması

Toplam olarak üç bölümden oluşan tez çalışmamızın ilk bölümünde; eşitlik ilkesinin tarihsel gelişimi, felsefi ve hukuki bakımdan temelleri açıklanacak, bunun yanında Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Birliği'nin eşitlik ilkesi ile ilgili düzenlemeleri ele alınacaktır. İlk bölümün ikinci kısmında ise; İş Hukukunda genel anlamda işverenin eşit davranma borcundan bahsedildikten sonra eşit davranma borcunun hukuki dayanakları, uygulanma koşulları, uygulama alanları ve nihayet eşit davranma borcunun türleri incelenecektir.

Tez çalışmamızın ikinci bölümünde Amerikan Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda yapılan tanımlardan hareketle doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık ve pozitif ayrımcılık kavramları izah edilmeye çalışılmış, ilerleyen kısımlarda ise ayrımcılık nedenleri ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Bu noktada söyleyelim ki; ayrımcılık nedenleri konusunda en geniş bölümü cinsiyete dayalı olarak yapılan ayrımcılık hususu işgal etmiştir. Nitekim kadın hakları konusunda Türkiye hala istenilen seviyeye ulaşamamıştır. Buna paralel olarak işyerlerinde kadınlara yapılan ayrımcılık çok daha belirgindir. Dolayısıyla "cinsiyet ayrımcılığı" konusu çalışmamızda diğer ayrımcılık nedenlerine nazaran daha ayrıntılı ele alınmıştır. Nihayet bu bölümün son kısmında ayrımcılık yasağının sınırları hususuna değinilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise; sözleşmenin kurulması, iş ilişkisinin devamı ve nihayet bu husustaki en tartışmalı alan olan iş sözleşmesinin sona ermesi safhalarında eşitlik ilkesinin ne kadar uygulanabileceği, başka bir anlatımla söz konusu aşamalarda sözleşme özgürlüğü ilkesiyle eşitlik ilkesinin karşı karşıya geldiği durumlarda hangi ilkeye öncelik verilmesi gerektiği ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Bu bölümün son kısmında ise eşit davranma borcuna aykırılık iddialarıyla açılacak davalarda

ispat yükü ve nihayet bu borca aykırılığın öncelikle hukuki olmak üzere cezai ve idari yaptırımları üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

BİRİNCİ KISIM

EŞİTLİK KAVRAMI VE ULUSLARASASI BELGELERDE EŞİTLİK İLKESİ

I) GENEL OLARAK EŞİTLİK KAVRAMI

A) KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Toplumların tarihini ilkel ve uygar devirler olmak üzere iki ana bölüme ayırabiliriz¹. İkel devrin toplum üyelerinin yaptıkları işlerde önemli bir farklılaşmanın görülmediği (kadın-erkek farklılaşması hariç tutulursa) ve toplum içi iş bölümünün oldukça az geliştiği göz önüne alınırsa, bu devirdeki toplumların homojen ve dolayısıyla daha eşitlikçi bir yapıda oldukları söylenebilir². Esasen buradaki eşitlik yoklukta ve yoksullukta eşitlik olarak izah edilmelidir³. Mezolitik⁴ ve neolitik⁵ toplum aşamalarında da, çoban ve

¹ Alaaddin Şenel, **Eski Yunan'da Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne**, Ankara 1970, s.2.

² Şenel, a.g.e, s. 3 vd.

³ Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları**, Ankara 2003, s. 49.

⁴ Brian Hayden, “ Research and Development in Stone Age: Technological Transitions Among Hunter Gatherers”, **Current Anthropology**, Vol:22, No:5, October 1981, s. 519-548, (<http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/202725>, 25.03.2010, 12.10).: Mezolitik Çağ günümüzden yaklaşık 100.000 yıl öncesinden başlayarak yaşanan bir dönemdir. Yontma Taş Devri'nden (Paleolitik) Cilalı Taş Devri'ne (Neolitik) geçiş dönemidir. Bu dönemde; taş aletler çeşitlenmiştir. Köpekler evcilleştirilen ilk hayvandır. Yiyeceklerin kurutularak briktilrilmesine, mağara resimlerinin yapılmasına başlanmıştır.

⁵Richard Bradley, **The Significance of Monuments: On The Shaping Of Human Experience In Neolithic And Bronze Age Europe**, London 1998,, (<http://www.google.com/books?hl=tr&lr=&id=bNd4ZcwVoiMC&oi=fnd&pg=PR9&dq=neolithic+ag>

çiftçi topluluklarının dayanışmacı bir gelenekle söz konusu eşitlikçi yapıyı uzun süre ve büyük ölçüde korudukları belirtilmiştir⁶.

İlkel devirden uygar devire geçilmesiyle birlikte toplum içerisindeki işbölümü yaygınlaşmış ve dolayısıyla toplum üyeleri birbirinden farklılaşmış, sınıflaşmaya uğramıştır⁷. Uygarlığın gelişip yayılması ve toplumların iç ve dış dinamiklerindeki değişim söz konusu farklılaşma ve sınıflaşmayı besleyip geliştirmiş ve topluma hakim olan düşünüş, genel olarak eşitsizlikçi bir yönde ilerlemiştir. Dolayısıyla eşitlikçi ilkel toplumdan eşitsizci topluma geçiş süreci başlamış ve nihayet bu süreç 18. yüzyıla kadar hızlanarak devam etmiştir.

18. yüzyıldan itibaren insanların eşit haklara sahip olduğu fikri ciddi biçimde tartışılmaya başlanmıştır. Bu konudaki ideoloji ve mücadelelerin ilk olarak Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde verilmeye başlandığını belirtmekte fayda vardır⁸.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi tüm insanların eşitliği inancını temel alan ilerlemeler esasen Amerikan ve Fransız devrimleriyle başlamıştır. Nitekim günümüzdeki eşitlik ilkesinin ilk resmi ifadesini, 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasasının başına konmuş olan Haklar Bildirgesinde(Bill of Rights) görüyoruz⁹. Bu Bildirgede açıkça herkes doğal olarak eşit ve

e&ots=2Vy8b2O5sT&sig=oSl7NeUBx8plF41z2IbYBA9Y7TI#v=onepage&q=&f=false, 25.03.2010, 12.25).: Neolitik Çağ, insanın yoğun avcılık-toplayıcılıktan üretime, göçebelikten yerleşik yaşama geçtiği, MÖ yaklaşık 10.000 yıl öncesinden başlayan ve "İlk Üretimciliğe Geçiş Evresi" olarak da adlandırılan Neolitik Çağ'ın en önemli özelliği, besin sorunlarının çözümüyle gerçekleştirilen büyük bir "devrim" olmasıdır. Neolitik Çağ insanı, bazı tarıma almış, birçok hayvanın da evcilleştirilmesini gerçekleştirmiş; avcılığın yerine hayvancılık, toplayıcılığın yerine ise tarım ya da rençperlik geçmiştir. İnsanoğlu ilk kez bu dönemde, doğa ile ilişkisini kendi lehine çevirmeyi başarmıştır.

⁶ Şenel, Eşitlik, s.125.

⁷ Şenel, Eşitlik a.g.e., s.3.

⁸ Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği**, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 16.

⁹ Söz konusu Haklar Bildirgesi'nin 1. maddesi şöyledir: "Bütün insanlar tabiaten eşit derecede hür ve bağımsız olup, topluluk haline geçtikleri zaman hiçbir sözleşme ile gelecek nesiller adına vazgeçemeyecekleri ve onları yoksun bırakamayacakları, yaradılıştan bir takım haklara sahiptirler; bunlar, başlıca hayat ve hürriyetten yararlanma, mülkiyet elde etme ve ona sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve bunlara erişebilme hakkıdır". Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. James E. Leahy, **Liberty, Justice And Equality: How These Constitutional Guarantees Have Been Shaped By**

özgürdür ifadesine yer verilmişse de, çelişkili bir biçimde köleliğin hala devam ettiği ve bu Bildirge'nin özgür insanlar için geçerli olduğu belirtilmiştir¹⁰. Nihayet Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında 1865 yılında yapılan bir değişiklik ile kölelik kaldırılmış ve devam eden bu süreçte eşitlik ilkesi Anayasal bir ilke olma hususunda günümüzdeki noktasına ulaşmıştır¹¹.

Keza, sivil toplumun gerek bağımsızlığını gerek ekonomik, anayasal, politik, hukuki statü ve güvenliğini şekillendiren ve Fransa'yı yeniden yapılandığı gibi tüm dünyayı derinden etkileyen Fransız Devrimi'nin eşitlik ilkesinin günümüzdeki noktasına gelmesine katkıda bulunduğuna şüphe yoktur¹². Zira Fransız Devrimi'nin akabinde kabul ve ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin ilk maddesi; “ İnsanlar hukuk bakımından, hür ve eşit doğarlar, hür ve eşit yaşarlar. Sosyal farklılıklar, ancak ortak faydaya dayanabilir” biçimindedir.

18. yüzyılın büyük devrimleri, insanların doğuştan eşit oldukları, eşit haklara sahip bulundukları fikrini öne çıkarmış ve dolayısıyla eşitlik ilkesi toplumların siyasi ve hukuki düzeninin temel taşlarından biri haline gelmeye başlamıştır¹³. Bunun neticesinde eşitlik ilkesi özellikle 19. yüzyıldan başlayarak uygar toplumlarda kabul edilen yazılı anayasaların ve haklar bildirilerinin tümünde yer bulmuştur. Günümüzde ise eşitlik ilkesi insan haklarının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır¹⁴.

Genel olarak tarihsel bir inceleme yapıldığında denilebilir ki; toplum yapısının değişmesinde ve daha özgürlükçü bir toplum düzeninin oluşmasında

United States Supreme Court Decisions Since 1789, USA 1992, 135 vd.; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 6. Bası, AÜHF Yayını, Ankara 1981, s. 45.

¹⁰ Leahy, Liberty, Justice And Equality, s. 135.

¹¹ Leahy, Justice And Equality, s. 135-136.

¹² Yüksel, a.g.e., s. 18.

¹³ Sibel İncoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası”, **Çalışma ve Toplum** 2006, Sayı:4, s.45.; Öden, a.g.e., s. 72.

¹⁴ A.H. Robertsen, **Human Rights In The World**, Manchester University Press 1972, s. 14.

eşitlik ilkesinin temel rolü üstlendiğine şüphe yoktur¹⁵. Batı toplumlarından yayılarak tüm dünyada yaşanan bu yöndeki gelişmeler ile birlikte artık eşitlik ilkesinin varlığı veya yokluğu tartışma dışı kalmış, eşitlik ilkesinin korunması önem kazanmıştır.

B) FELSEFİ BAKIMDAN EŞİTLİK KAVRAMI

Eşitlik ve eşitsizlik inanç ve isteği, siyasal düşünürlerin büyük çoğunluğunun teorilerini üzerine kurdukları temel kavramlardır. Nitekim bu kavramlar tarih boyunca tartışılmış, açıklanmaya çalışılmıştır. Eski Yunan'da insanların doğuştan eşit olduğu fikri bazı sofistler tarafından dile getirilmiştir¹⁶. Ancak bunun yanında eşitsizlikçi fikirleri savunan sofistlerin de mevcut olduğunu belirtmek gerekir¹⁷. Sofistlerden sonraki dönemlerde ise eşitlik ve eşitsizlik kavramları hususunda Platon ve Aristo'nun düşünceleri oldukça önemlidir¹⁸.

Platon'a göre hiçbir şey tam olarak dünyada birbirine eşit değildir. Bununla birlikte birbirine çeşitli derecelerde benzer şeyler mevcuttur. İnsanlar bu benzer şeylere bakarak tam bir eşitlik düşünseler bile mükemmel bir eşitliğin söz konusu olması mümkün değildir. Platon varlığı idealar ve nesneler olarak ikiye ayırır ve mükemmel eşitlik yalnızca idealar dünyasında, başka bir ifadeyle değişmez, iyi varlıkların olduğu dünyada söz konusudur. Değişen ve kötü varlıkların da olabildiği nesneler dünyasında ise mükemmel bir eşitliğin olması mümkün değildir. Bu nedenle gerçekte eşit olmayanlara eşit davranma eşitsizliğe yol açacaktır. Başka bir ifadeyle esas olan orantılı eşitliktir ki; bu da ancak adaletin herkesin yaradılışına oranla dağıtıldığı bir sistem ile sağlanabilir¹⁹.

¹⁵ Leslie Lipson; **Politika Biliminin Temel Sorunları: Siyasal Bilime Giriş**, 2. Bası, AÜHF Yayını, Ankara 1972, s. 139. (Çev: Tuncer Karamustafaoğlu)

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Macit Gökberk, **Felsefe Tarihi**, 17. Bası, Ocak 2007, s. 38-43.

¹⁷ Şenel, s.g.e., s. 318.

¹⁸ Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 29.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Şenel, s.g.e., s.423-431.

Aristo'nun eşitlik üzerine olan fikirleri Platon'dan çok farklı değildir. Bununla birlikte Aristo adaleti denkleştirici ve dağıtıcı adalet olmak üzere ikiye ayırır. Denkleştirici adalette eşitliğin uygulanması bir anlamda “herkese eşit olanın verilmesi” formülünün uygulanması demektir²⁰. Bu tür adalet gereğince, hiç kimse verdiğinden daha çok almamalı, bunun sonucu olarak daha üstün olmamalıdır. Aksi takdirde başkasına ait bir şeye sahip olmuş olur ve bu yüzden de bozulmuş olan dengeyi yeniden kurmak için o şeyi gerçek sahibine geri vermesi gerekir²¹.

Dağıtıcı adalet ise bir toplumda kazançların, şereflerin dağıtımı ile ilgili olup insanların eşit oldukları oranda eşit pay, eşitsiz oldukları oranında da eşitsiz pay almalarını ifade eder. Netice itibariyle dağıtıcı adalette orantılı bir adalet söz konusudur²².

Netice itibariyle ne Platon'un ne de Aristo'nun tam bir eşitlik savunucusu olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim iki düşünür de insanların eşitsizliği temeli üzerinden yola çıkmışlardır. Hatta Aristo bir üretim aracı olarak köleliğin doğallığını güçlü bir biçimde savunmuştur²³. Sonuçta eski Yunan'da eşitlik, “vatandaşlar arası eşitlik”, “bilgeler arasında eşitlik” gibi eşitsizliğin eşitlik sözcüğü ile ifade edildiği sınırlı bir eşitlik olmaktan öteye gidememiştir²⁴.

Bu bahiste son olarak denilebilir ki; tarihin her döneminde ve her toplulukta, üretim şekilleri ve toplum değerlerinin yansımalarının bir sonucu olarak değişik eşitlik anlayışları ortaya çıkmıştır. Örneğin, antikçağ için

²⁰ R. Ben Israel/ P. Foubert, “ Equality And Prohibition Of Discrimination In Employment”, **Comparative Labour Law And Industrial Relations In Industrilized Market Economies**, Editor: Roger Blainpain, 8. Edition, Kluwer Law International 2004, s. 321.

²¹ Denkleştirici adalet konusunda bkz.: Niyazi Öktem, **Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları**, Der Yayınları, İstanbul 1993, s. 113.

²² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Şenel, a.g.e., s. 456-459.

²³ İnceoğlu, a.g.e., s. 46.

²⁴ Alaeddin Şenel, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, Yavuz Abadan’a Armağan, **AÜSBHFD** Yayınları, Ankara 1969, s. 257.

“vatandaşlar arası eşitlik”ten söz edilirken, ortaçağ için “Tanrı önünde eşitlik”ten²⁵, Fransız İhtilalini müteakip eden dönem için “kanun önünde eşitlik”ten ve nihayet 19. yüzyılın sonralarından itibaren öne çıkmaya başlayan ve kanun önünde eşitliği tamamlayan “fırsat eşitliğinden” söz edilebilir²⁶.

C) HUKUKİ BAKIMDAN EŞİTLİK KAVRAMI

Hukuki bakımdan eşitlik kavramı²⁷ genel olarak; “ herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir zümreye aileye, kişiye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz²⁸” biçiminde tanımlanabilir. Anayasamızın 10. maddesine göre ise; Kanun önünde eşitlik kimsenin kanun dışında tutulmaması, kanunların herkese eşit olarak uygulanması anlamına gelir²⁹. Bu noktada belirtmek gerekir ki; Kamu Hukuku alanındaki eşitlik ilkesi mutlak bir anlam taşıırken sözleşme serbestisinin hâkim olduğu Özel Hukuk ilişkilerinde daha esnek bir yapıya sahiptir³⁰.

“Bütün insanlar doğuştan eşittir” formülü, normatif anlamda, yani herkese eşit davranılmasını veya eşit işlem yapılmasını buyuran bir ilke olarak yorumlanmalıdır³¹. Bununla birlikte oldukça geniş ve içeriğinin doldurulması çok zor olan eşitlik ilkesi, çok farklı biçimlerde anlaşılıp yorumlanabilmektedir. Nitekim binlerce yıldır düşünürler eşitliğin anlamını ve eşitlik ilkesinin neyi gerektirdiğini, başka bir ifadeyle toplumun üyeleri

²⁵ Şenel, Tarihsel Gelişim, s. 259.

²⁶ İnceoğlu, a.g.e., s. 46.

²⁷ Türkçe’de “Eşitlik” sözcüğü eşit sıfatından türetilmiş bir ad olarak “iki veya daha çok şeyin eşit olması durumunu” ifade eder. Etimolojik olarak eşitlik sözcüğü ayrıca denklik, müsavat, muadelet anlamlarına da gelmektedir. “Eşit” sözcüğü ise, “yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık ne eksik olmayan” anlamındaki sıfattır, (<http://tdk.org.tr/tdksozluk>, 22.01.2010, 22.05).

²⁸ Aynen: Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s., 438.

²⁹ Öden, a.g.e, s. 136-137.

³⁰ Can Tuncay, “ İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 21.

³¹ Öden, a.g.e., s. 25.

arasında eşitliği sağlamanın yollarını tartışmaktadır. Bu bağlamda sosyal ve siyasal teoride işlenen başlıca eşitlik kavram ve ilkelerine değinmek, eşitlik teorilerinin sorun olarak gördükleri bir takım hususlara ışık tutabileceği gibi, İş Hukuku alanındaki “işverenin eşit davranma borcunun” sorunlarının çözümlenmesinde de yarar sağlayabilir. Bu noktada ifade edelim ki; söz konusu teorilerin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi bizim çalışmamızın konusu ve kapsamını aşacaktır. Bu itibarla aşağıda eşitlik ilkesi ile ilgili teorilerden genel olarak bahsedilecektir.

1) Şekli Eşitlik (Formal Equality)

Şekli eşitlik temel olarak, insanların birbirlerine belirli özellikler bakımından eşit veya eşitsiz olabilirliliğini ve eşit işlemin eşitlere eşit, eşitsizlere ise eşitsiz davranılmakla gerçekleşeceğini öngörür³². Platon ve Aristo’dan beri eşitlik üzerine yapılan tartışmaların temelini oluşturmuş olan bu ilke, uygun farkların varlığı halinde eşitsiz veya farklı işleme bağdaşabilmekte, yani eşitsiz veya farklı işleme izin vermektedir³³. Ancak bu ilkenin temel sorunu eşit veya eşitsiz olanların belirlenmesini sağlayacak ölçütleri içermemesidir³⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki; insanları ayıracak bir takım ölçütlerin belirlenmesi zaten mümkün gözükmemektedir³⁵. Zira insanlar sadece nesnel özellikleri ve durumları bakımından farklı olmayıp, öznel tercihlerinde, beğenilerinde, değerlerinde vb. de farklılaşır³⁶. Eğer bütün insanlar her açıdan benzer ve eşit olsalardı şekli eşitlik ilkesi de insanların yarar ve zararlarda eşitliğini sağlamak bakımından yeterli olurdu.

Görüldüğü üzere şekli eşitlik, bir kuralın içeriği itibariyle hangi koşullarda eşitlik ilkesine uygun veya eşitlikçi olduğu sorusuna çözüm

³² Peter Westen, “The Empty Ideas Of Equality”, **Harvard Law Review**, Vol. 95, 1982, s. 546.; Bercusson, a.g.e., s. 174.

³³ Westen, a.g.e., s. 546.

³⁴ Elisa Holmes, “ Anti-Discrimination Rights Without Equality”, **Modern Law Review**, Vol:68, No:2, March 2005, s. 175 vd.; Dockes; a.g.e., s. 189.

³⁵ R. Ben Israel/ P. Foubert, a.g.e., s.324.

³⁶ R. Ben Israel/ P. Foubert, a.g.e., s. 322.

getirememektedir³⁷. Dolayısıyla bu husustaki sorunlar şekli değil, maddi nitelikteki sayısal ve normatif eşitlik ilkeleriyle çözümlenebilir³⁸.

2) Sayısal Eşitlik (Numerical Equality)

Sayısal eşitlik temel olarak dağıtılan şeylerin sayısal eşitliğini, başka bir ifadeyle sayısal bakımdan aynılığını ifade eder³⁹. Sayısal eşitlikte katı ve hazır bir kural vardır. Buda herkese birbirinin aynısı gibi eşit davranılmasıdır.

Bu türden bir eşitliğin hemen hemen imkansız olduğu ilk bakışta görülmektedir. Zira bir toplumun üyelerine sağlayacağı yararlar, maddi malları, hizmetleri, hukuki haklar ve yetkileri, fırsatları vb. gibi çok geniş bir alanı kapsamaktadır⁴⁰. Bunlardan bazılarının eşit olarak dağıtılması imkansızdır. Örneğin hukuki haklar ve yetkilere bakacak olursak; hiçbir hukuk sistemi insanların özelliklerine göre belirli ayrımlar yapmadan kişilere farklı haklar ve yetkiler vermeden işleyemez⁴¹. Görüldüğü üzere sayısal eşitliğin her durumda tek başına uygulanması imkansızdır. Bu noktada hangi durumlarda sayısal eşitlikten ayrılması gerektiği sorunu irdeleyen normatif eşitlik devreye girer.

3) Normatif Eşitlik (Normative Equality)

Normatif eşitlik, sayısal eşitlik ilkesinden ayrılmaların hangi zamanlarda geçerli olabileceği sorusuyla, başka bir ifadeyle başlıca ilişki ölçütlerinin ve kabul edilebilir, izin verilebilir ayırım temellerinin belirlenmesiyle

³⁷ R. Ben Israel/ P. Foubert, a.g.e., s.324.

³⁸ Avrupa Birliği Hukukunun son dönem gelişimi dikkate alındığında, maddi eşitliğin sağlanması yolunda önemli adımlar atıldığı görülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Örnek olarak bkz.: Catherine Barnard, **The Substantive Law Of EU: The Four Freedoms**, 2. Edition, Oxford University Press 2007, s. 290 vd.

³⁹ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul 1975, s. 37.

⁴⁰ R. Ben Israel/ P. Foubert, a.g.e., s.324.

⁴¹ Öden, a.g.e., s. 30.

ilgilidir⁴². Bir başka anlatımla normatif eşitliğin çıkış noktası, eşitlik ilkesinin mutlaka şeylerin sayısal olarak eşit dağıtımını öngörmediği, bunun aksine kimi işlem farklılıklarına izin verdiği ve gerçek hayatta böyle olması gerektiği düşüncesidir.

Normatif eşitlik, bir diğer adıyla nispi eşitlik ilkesi, insanlar arasındaki farklılıkları dikkate almakta ve sayısal bakımdan farklı bir işlemi gerektirebilmektedir. Bu noktada şüphesiz tam bir eşitlik yerine göreceli bir eşitlikten de söz edilebilir⁴³.

Nihayet belirtmek gerekir ki; normatif eşitlikteki amacın; insanlar arasında yararlar ve yükümlülüklerde eşitsizliklerin en aza indirilmesi ve ayrımların keyfi değil, haklılaştırılabilir, akla uygun, yani makul olmasını gerektirdiği söylenebilir.

D) EŞİTLİK, HAKKANIYET VE ADALET KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Eşitlik, hakkaniyet ve adalet kavramlarıyla yakın ilişki içerisindedir⁴⁴. Öyle ki; eşitlik, adalet ve hakkaniyet kavramları birbirlerinden ayrılması çok güç kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadırlar⁴⁵. Zira hakkaniyet, hukukun katılığının giderilmesi, bireylerin yasa karşısında eşitliği ve onların haklarına uyulmasının zorunlu bulunduğu esaslardan doğal olarak çıkartılan adalet ilkesi⁴⁶, olarak tanımlanmaktadır.

Adalet ve hakkaniyet kavramları çok yakın ilişki içinde olsalar bile birbirinden farklıdır. Doktrinde “ Adalet, doğrudan doğruya kurallara, ilkelere

⁴² Öden, a.g.e., s.33.

⁴³ Öden, a.g.e., s. 33-34.

⁴⁴ R. Ben Israel/ P. Foubert, “ Equality And Prohibition Of Discrimination In Employment”, **Comparative Labour Law And Industrial Relations In Industrialized Market Economies**, Editor: Roger Blainpain, 8. Edition, Kluwer Law International 2004, s. 321.

⁴⁵ R. Ben Israel/ P. Foubert, a.g.e., s. 321.

⁴⁶ Yılmaz, a.g.e., s. 307.

hakim olması gereken en yüksek temel ve moral düşünceyi ifade eder; herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkanlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler görmesini emreder...Buna karşılık hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle saptanmasının doğuracağı düşünülen sakıncaları ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hallerde etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden kurallar bütünüdür⁴⁷ tanımlarıyla adalet ve hakkaniyet arasındaki fark ortaya konmuştur.

Medeni Kanunumuza göre de hâkim karar verirken hakkaniyete uygun, bir başka anlatımla somut olayın koşullarına uygun karar vermelidir. Zaten hakkaniyet temel olarak “ somut olay adaleti” olarak da tanımlanabilir. Dolayısıyla tabii hukuk anlayışının öngördüğü ideal adalet fikrine yönelmenin tek yolu budur⁴⁸.

Anayasamızın 138. maddesi göre de; hâkimler karar verirken Anayasayı, kanunları ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerini dikkate almalıdır. Bu itibarla hâkimler yargılama aşamasında hukukun genel ilkeleri ile bağılırlar. Bir başka anlatımla hâkimlerin vereceği hükmün insanlardaki adalet duygusunu tatmin etmesi için sadece yazılı hukuk kurallarına uygun olması değil, aynı zamanda hukukun genel ilkelerine de uygun olması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki; işverenin eşit davranma borcunu inceleyeceğimiz bölümlerde de sık sık adalet ve hakkaniyet ilkelerini kullanmak suretiyle karşımıza çıkan sorunları çözmeye çalışacağız.

⁴⁷ Aynen: Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Bası, Ankara 1993, s. 217-218.

⁴⁸ Yıldız, a.g.e., s. 33.

E) ULUSLARARASI BELGELERDE EŞİTLİK KAVRAMIYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

1) Birleşmiş Milletler Belgeleri

a) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Eşitlik ilkesine bünyesinde önemli ölçüde yer veren insan hakları bildirgelerinin başında şüphesiz Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gelir⁴⁹.

Bildirgenin önsözünde insanların eşit olarak doğdukları ve devri mümkün olmayan haklarının bulunduğu bahsedilmekte, ilk maddesinde de bütün insanların özgür ve haklar bakımından eşit doğdukları vurgulanmıştır.

Bildirgenin 2. maddesinde ise “Herkesin ırk, renk, cinsiyet, din, dil, siyasal veya diğer herhangi bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, servet, doğuş veya diğer herhangi bir diğer fark gözetilmeksizin bildirmede yer alan tüm hak ve özgürlüklerden yararlanabilecekleri, bundan başka uyruğu bulunduğu ülkenin statüsü ne olursa olsun vatandaşlarla vatandaş olmayanlar arasında hiçbir ayırım gözetilemeyeceği” belirtilmiştir.

Bildirgenin 7. maddesine göre “ Kanun önünde herkes eşittir ve ayırım yapılmadan kanunun eşit korumasından yararlanma hakkını haizdir. Herkesin işbu bildirgeye aykırı her türlü ayırt edici işleme karşı ve böyle bir ayırt edici işlem için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır” hükmü öngörülmüştür. Bildirgenin 23. maddesinde de her kişinin işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma koşullarına ve işsizlikten

⁴⁹ 10.12.1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen bu Bildirge Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 6 Nisan 1949 tarihinde onaylanmıştır.

korunmaya, herkesin hiçbir ayırım gözetilmeksizin, eşit çalışma karşılığında eşit ücrete hak kazanması belirtilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bir kararı ile kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi tek başına hukuken bağlayıcılığı ve yaptırımı olmayan bir belgedir⁵⁰. Ancak İnsan Hakları Bildirgesinin içerdiği ideal prensipler onun manevi değerini ve zorlayıcılığını güçlendirir⁵¹. Zira bu prensipler Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilmiştir. Günümüzde Bildirgenin tüm demokratik anayasalar tarafından benimsendiği de göz ardı edilmemelidir. Zira söz konusu Bildirge İnsan Hakları Hukukunun bir anlamda kaynağını teşkil etmektedir.

Belirtmek gerekir ki; 1982 Anayasasının "Temel Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan ikinci kısmının "Genel Hükümler" başlıklı birinci bölümünün gerekçesinde, temel haklar ve özgürlüklere ilişkin metinler hazırlanırken insan haklarının günümüzdeki gelişmesi ve durumu, insan hakları hususunda Türkiye'nin onayladığı ve bu sıfatla milli hukukumuzda dâhil olmuş olan antlaşma ve sözleşmeler ve bilhassa İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin göz önünde tutulduğu ifade edilmiştir⁵². Anayasa Mahkememiz de birçok kararında söz konusu Bildirgeye atıfta bulunmuştur⁵³.

b) Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi

Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi 1966 yılında kabul edilip, 1976 yılında yürürlüğe girmiştir⁵⁴. Türkiye tarafından ise 4 Haziran 2003 tarihinde üç beyan ve bir çekince ile onaylanmıştır. Sözleşmenin ilk

⁵⁰ Yüksel, a.g.e., s. 58.

⁵¹ Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Bası, Ankara 1993, s. 30.; A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 13.

⁵² Yüksel, a.g.e., s. 58.

⁵³ Kararlar için bkz.: Kapani, a.g.e., s. 64 vd.

⁵⁴ Sözleşmenin tam metni için bkz.: <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmekohak.html> (11.01.2010, 13.15)

maddesi halkların kendi kaderini tayin edebilmesi ile ilgilidir. İkinci maddesine göre ise taraf devletler sözleşmede öngörülen hakların ırk, renk, cinsiyet , din, dil, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi herhangi bir ölçüte dayanarak ayrımcılık yapmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler. Sözleşmenin 3. maddesinde ise taraf devletler, Sözleşmede yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt eder.

Sözleşmenin 6. maddesi çalışma hakkı hususundadır. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre “Bu Sözleşmeye Taraf Devletler herkesin çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için gerekli tedbirleri alır. Çalışma hakkı, herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkanına ulaşma hakkı da içerir”. Maddenin ikinci fıkrası ise taraf devletlere olumlu bir edim de yüklemektedir. Nitekim bu fıkra uyarınca; “Taraf devletlerin çalışma hakkını tam olarak gerçekleştirmek üzere alacağı tedbirler arasında, teknik ve mesleki rehberlik hizmetleri ile öğretim programları yapmak, bireyin temel siyasal ve ekonomik özgürlüklerini koruyan şartlar içinde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişme ile tam ve üretken istihdamı sağlamak için gerekli politikaları ve yöntemleri uygulamak da yer alır”.

Sözleşmenin “Adil ve uygun işte çalışma şartları” başlıklı yedinci maddesine göre ise herkesin adil ve elverişli bir işte çalışma hakkı vardır. Ayrıca söz konusu hüküm uyarınca; Bütün çalışanlara sağlanan asgari bir gelir ile birlikte en azından;

“a) Hiç bir ayrıma tabi tutulmaksızın özellikle kadınların erkeklerin çalışma şartlarından daha alt düzeyde olmayan şartlarda çalışmalarını güvence altına alınarak, eşit işe eşit ve adil ücret verilmesi,
b) Herkese işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi olmaksızın eşit imkanlar sunulması;

c) Dinlenme, çalışma arası, çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması ile ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi”, hususları güvence altına alınmıştır.

c) Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın önlenmesi sözleşmesi⁵⁵, kadınlara ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal haklar bakımından erkeklerle hak ve fırsat eşitliği sağlanması yolunda amaçlar tespit eden ve tavsiyeler içeren temel bir belge niteliğindedir⁵⁶. Bu sözleşmeye ilişkin ek protokol 10.12.1999 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bu protokol itibarıyla hakları çiğnenen, uğradığı haksızlığı düzeltmek, gördüğü zararı gidermek için kendi ülkesinin hukuk sistemi içinde bütün yolları denediği halde bir sonuç elde edemeyen kadınlara, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’ne başvurma hakkı tanınmaktadır⁵⁷.

Kadınlara karşı ayrımcılık kavramı sözleşmenin ilk maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; “Medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan her hangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama” olarak tanımlanmıştır.

Sözleşmenin ikinci maddesine göre ise; “Taraf Devletler, kadınlara karşı her türlü ayırmı kınar, tüm uygun yollardan yararlanarak ve

⁵⁵ Söz konusu sözleşme 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 24.07.1985 tarihinde onaylanmıştır. Sözleşmenin tam metni için bkz.: http://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html. (13.01.2010, 09.25).

⁵⁶ Yüksel, a.g.e., s. 42.

⁵⁷ Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Ankara 2008, s. 53.

gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldırıcı bir politika izlemeyi kabul eder ve bu amaçla aşağıdaki hususları;

— Kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi anayasalarına ve diğer ilgili yasalara henüz girmemişse dahil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı;

— Kadınlara karşı her türlü ayrımı yasaklayan ve gerekli yerlerde yaptırımları da içeren yasal ve diğer uygun önlemleri kabul etmeyi;

— Kadın haklarının erkeklerle eşit temelde himayesini, yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kuruluşlarla kadının her tür ayrımcılığa karşı etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı;

— Kadınlara karşı herhangi bir ayrımcı hareket yapılmasından veya uygulanmasından kaçınmayı ve kamu yetkilileri ile kuruluşlarının bu yükümlülüğe uyumlu olarak hareket etmelerini sağlamayı;

— Her hangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek için bütün uygun önlemleri almayı;

— Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturulan mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları. değiştirmek veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemleri almayı;

— Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal cezai hükümleri yürürlükten kaldırmayı”; taahhüt ederler.

Taraf Devletler kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar başta olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden

yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla yasal düzenleme dahil bütün uygun önlemleri alacaklardır (md. 3).

Sözleşmenin 5(a) maddesinde, kadın erkek eşitliğinin gerçekleştirilmesi hususunda, kadın ve erkeklerin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıları, geleneksel anlayışları ve diğer bütün uygulamaları ortadan kaldırmanın önemine dikkat çekmek suretiyle kadın erkeklerin sosyal davranış kalıplarını değiştirmek için taraf devletlerce gerekli önlemlerin alınması vurgulanmıştır. Zira söz konusu hükme göre biçimsel anlamda hukuki eşitlik yeterli değildir. Gerçek eşitliğe ancak devletlerin sosyal, kültürel ve geleneksel kalıpları ortadan kaldırmasıyla ulaşılabilecektir⁵⁸.

Sözleşmenin 10. maddesinde ise kadın ve erkekler arasında hak ve fırsat eşitliğinin gerçekleştirilmesinde eğitimin çok önemli bir rolü olduğu vurgulanmış ve bu hususta bir takım öneriler getirilmiştir. Nitekim bu konuda taraf devletlerin;

“- Meslek ve sanat yönlendirilmesinde kırsal ve kentsel alanlarda bütün dallardaki eğitim kurumlarına girişte ve diploma almada okul öncesi, genel, teknik, mesleki ve yüksek teknik eğitimde ve her çeşit meslekte eğitimde eşit şartların sağlanması;

- Kadınların erkeklerle aynı ders programlarından yararlanmaları, aynı sınavlara katılmaları, aynı seviyedeki niteliklere sahip eğitim görevlilerine, okul, bina ve malzemesine sahip olmaları;

- Kadın ve erkeğin rolleriyle ilgili kalıplaşmış kavramların eğitimin her şeklinden ve kademesinden kaldırılması ve bu amaca ulaşılması için karma eğitimin ve diğer eğitim şekillerinin teşvik edilmesi, özellikle ders kitaplarının ve okul programlarının yeniden gözden geçirilmesi ve eğitim metotlarının bu amaca göre düzenlenmesi;

⁵⁸ Ertürk, a.g.e.,s. 54.

- Burs ve diğer eğitim yardımlarından faydalanmaları için kadınlara erkeklerle eşit fırsatların tanınması;
- Özellikle kadın ve erkekler arasında mevcut eğitim açığını en kısa zamanda kapatmaya yönelik olarak, yetişkin ve fonksiyonel okuma-yazma programları dahil, sürekli eğitim programlarına katılabilmeleri için erkeklerle eşit fırsatların verilmesi;
- Kız öğrencilerin okuldan ayrılma oranlarının düşürülmesi ve okuldan erken ayrılan kız çocukları ve kadınlar için eğitim programları düzenlenmesi;
- Spor ve beden eğitimi faaliyetlerine aktif olarak katılmaları için erkeklerle eşit fırsatlar tanınması;
- Kadınların, ailelerin sağlık ve refahını sağlamaya yardım edecek, aile planlaması bilgisi dahil, özel bilgi sağlanması”,

gerektiği öngörülmüştür.

d) Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslar Arası Sözleşme

Bu sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 21 Aralık 1965 tarihli ve 2106 sayılı kararıyla kabul edilerek, imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. Yürürlüğe giriş tarihi ise 4 Ocak 1969 tarihidir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 03.04.2002 tarihinde onaylanan⁵⁹ bu sözleşmenin ilk maddesine göre; “ırk ayrımcılığı” terimi; siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamının herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene

⁵⁹ Sözleşmenin tam metni için bkz.: <http://www.ansiklopedim.info/?p=3590> (14.01.2010, 09.45).

dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir.

Söz konusu sözleşme taraf devletlerin vatandaş olanlar ile olmayanlar arasında yapacağı uygulama farklılıklarının ırk ayrımcılığı olarak nitelendirilemeyeceğine açıkça belirtmiştir. Yine sözleşmede taraf devletlerin ırka dayalı ayrımcılığın önlenmesi konusunda yapmaları gereken çalışmalar ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Irk ayrımcılığının ortadan kaldırılması amacıyla tanınan haklar sözleşmenin beşinci maddesinde öngörülmüştür. Söz konusu maddedeki bu haklar; işini serbestçe seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma, işsizliğe karşı korunma, eşit işe eşit ücret, adil ve elverişli gelir hakları, sendika kurma ve sendikalara üye olabilme olarak sayılmıştır⁶⁰.

e) Özürlü Kişilerin Hakları Sözleşmesi

30.03.2007 tarihinde imzalanan bu sözleşmenin amacı ilk maddesinde; özürlülerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik etmek, korumak ve sağlamak olarak belirlenmiştir. Söz konusu sözleşme Türkiye tarafından da imzalanmıştır⁶¹. Nitekim söz konusu sözleşme incelendiğinde hedefinin, sadece istihdam alanıyla sınırlı kalmayarak, toplumsal hayatın tüm alanlarında özürlülere yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılması olduğu görülmektedir.

Sözleşmenin “ eşitlik ve ayrımcılık yasağı” başlıklı 5. maddesi uyarınca, taraf devletler özürlü bireyleri her türlü ayrımcılığa karşı korumak ve diğer bireylerle eşit haklara sahip olmalarını sağlamak yükümlülüğü altındadır. Yine sözleşmenin “Çalışma ve İstihdam” başlıklı 27. maddesine göre; taraf devletlerin başlıca yükümlülükleri arasında üye devletlerin başlıca yükümlülükleri arasında, özürlü kişilerin toplumdaki diğer kişilerle eşit ölçüde çalışma hakkı olduğu, bunu sağlamak için de iş ilişkisinin bütününde, işe

⁶⁰ Yıldız, a.g.e., s. 36.

⁶¹ Sözleşmenin tam metni için bkz.: <http://www.rehberogretmen.biz/ozurlu-kisilerin-haklari-sozlesmesi.htm> (14.01.2010, 10.30).

alma, çalışma şartları ve sona erme aşamalarında ayrımcılığın ortadan kaldırılması, eşit işe eşit ücret ödenmesi, tacize karşı korunma, özel ve kamu kesiminde özürli istihdamı için olumlu eylem planları yapma ve nihayet işyerinde gerekli önlemlerin alınması gerektiği öngörülmüştür.

2) Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri

a) 100 Sayılı Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret Sözleşmesi

100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret Sözleşmesi⁶², ücret bakımından cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Söz konusu sözleşme, kadın ve erkek arasındaki cinsiyete dayalı ücret farklılıklarının kaldırılıp, çalışma hayatında kadın erkek eşitliğinin sağlanması bakımından büyük bir öneme sahiptir⁶³. UÇÖ tarafından 6 Haziran 1951 tarihinde kabul edilen bu sözleşme Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 13 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş ve 22 Aralık 1966 tarih ve 12484 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Bu Sözleşmenin ilk maddesi itibarıyla;

"Ücret" deyimi, işçinin çalıştırılması nedeniyle işveren tarafından kendisine nakdi veya ayni olarak doğrudan doğruya veya bilvasıta ödenen normal, kök veya asgari ücret veya aylıkla, sağlanan bütün diğer menfaatleri içine alır". Yine aynı hükme göre; "Eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği" deyimi, cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret hadlerini ifade eder".

Sözleşmenin 2. maddesinde; "Her üye, ücret hadlerinin tespitiyle ilgili olarak yürürlükte bulunan usullere uygun yollardan, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibini teşvik ve bu prensibin bütün

⁶² Sözleşmenin tam metni için bkz.: http://www.diyih.gov.tr/files/uluslararasi_kuruluslar/ilo/ilosozlesme (14.01.2010, 10.20).

⁶³ Ertürk, a.g.e, 59.

işçilere uygulanmasını, sözü edilen usullerle telifi kabil olduğu nispette temin edecektir” hükmü öngörülmüştür.

UÇÖ tarafından 100 sayılı Sözleşmeye istinaden kabul edilmiş olan 90 sayılı tavsiye kararı da kadın ve erkek işçiler arasında eş değerde iş için eşit ücret ödenmesi ilkesinin gerçekleştirilmesi ve uygulanması hususunda gerekli tedbirlerin alınmasını teşvik etmiştir⁶⁴.

b) Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme

2 Haziran 1982 tarihinde UÇÖ tarafından kabul edilen bu sözleşme⁶⁵; işveren tarafından geçerli bir neden olmaksızın istihdamın sona erdirilmesine karşı koruma sağlayan hükümler içermektedir. Çalışmamız bakımından sözleşmenin önem taşıyan hükümleri ise, kadın işçilerin cinsiyetlerine özgü biyolojik yapıları itibariyle iş ilişkisinin sona erdirilmesi konusunda mağdur edilmelerini yasaklayan hükümleridir. Buna göre, sözleşmenin 4. maddesinde, “ işçinin kapasitesine, davranışlarına ve işin yürütümüne veyahut işyeri gereklerine dayalı geçerli bir sona erme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemeyeceği” belirtilmiş, sözleşmenin 5. maddesinde ise “İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken”in iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından geçerli bir neden teşkil etmeyeceği öngörülmüştür.

Aynı husustaki 119 sayılı Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Tavsiye Kararı, işçinin cinsiyetinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde geçerli bir sebep olarak kabul edilemeyeceğini, iş sözleşmesinin geçerli bir nedenle sona erdirilmek istendiği hallerde

⁶⁴ Tavsiye Kararı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Yüksel, a.g.e., s. 49-50.

⁶⁵ Sözleşmenin tam metni için bkz.: http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_158.html (14. 01. 2010, 10.45).

kullanılacak kriterlerin işletmenin ve işçinin çıkarlarını gözeten ve objektif nitelikte olması gerektiğini öngörmüştür⁶⁶.

c) İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme

111 sayılı ve 1958 tarihli İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme⁶⁷ çalışma hayatında ayrımcılığı ve bu anlamda cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılığı yasaklamaktadır. Sözleşmenin “ayrım” kavramını tanımlamaktadır. Buna göre “ayrım” kavramı;

“- İrk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı,

- İlgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tesbit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer bütün ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı” ifade eder.

Sözleşmenin ilk maddesinin ikici fıkrasında ise “Belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayırım sayılmaz” hükmü öngörülmek suretiyle yapılacak işin özelliklerine dayalı olarak gerçekleştirilen farklı uygulamaların ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Sözleşmenin ikinci maddesinde ise ayrımcılığın önlenmesi için üye devletlerin yükümlülükleri belirtilmiştir. Zira söz konusu maddeye göre; “Bu

⁶⁶ Yüksel, a.g.e., s. 52.

⁶⁷ 111 Sayılı Sözleşme Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 811 Sayılı Yasa ile 1967 yılında onaylanmıştır. Sözleşmenin tam metni için bkz.:http://www.diyih.gov.tr/files/uluslararası_kuruluslar/ilo/ilosozlesme/111ILO.doc (14.01.2010, 17.00).

sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye memleketler, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt eder”.

Sözleşmenin 3. maddesinde, çalışma hayatında eşitlik politikasının nasıl uygulanacağı yolunda bir takım usul ve yöntemler öngörülerek taraf devletlerin bu yöntemler neticesinde sağladıkları sonuçları bildirmeyi üstlendikleri düzenlenmiştir. Bu hüküm itibariyle sözleşmeye taraf devletler kendi ulusal koşullarına uygun yöntemlerle eşitlik politikaları geliştirmeyi, eşitlik politikalarıyla çelişen yasa hükümlerini ortadan kaldırmayı ve işçi-işveren kuruluşlarıyla iş birliği içerisinde sözleşmenin uygulanmasını destekleyici yasal düzenlemeler yapmayı üstlenirler.

3) Avrupa Birliği Mevzuatı

a) Roma Antlaşması

Avrupa Birliği'nin temelleri altı ülkenin katılımıyla oluşturulan Avrupa Kömür Çelik Topluluğuna ve 1957 tarihli Roma Antlaşmasına dayanmaktadır⁶⁸. Bu Antlaşmanın konumuza ilişkin hükmü ise Antlaşmanın 119. maddesidir ki; bu hükümde kadın ve erkek çalışanlara eşit iş için eşit ücret verilmesi hususu öngörülmüştür. Esasen Avrupa Birliği'ni kuran antlaşma olan Roma Antlaşmasında eşit ücret ilkesinin bulunmasının temelinde sosyal değil, ekonomik bir nedenin yattığı belirtilmektedir⁶⁹. Nitekim kadın ve erkekler için eşit ücret ilkesini mevzuatında bulunduran

⁶⁸ Roma Antlaşması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Nazan Morahoğlu, “ Avrupa Birliğinde Kadın-Erkek Eşitliğinin Sağlanması Amacına Yönelik Hukuki Düzenlemeler”, **T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli**, Ankara 2000, s.86 vd.

⁶⁹ Catherine Barnard, **EC Employment Law**, Chichester Wiley 2001, s. 171.

Fransa diğer ülkelerde kadın işgücünün daha az bir ücretle çalışmasının kendisi için haksız rekabet yaratabileceğini düşünmüş ve uyguladığı kararlı politika neticesinde bu ilke diğer üye devletlerinde mevzuatına girmiştir. 02.10. 1997 tarihinde ise Amsterdam Antlaşması imzalanmıştır. Amsterdam antlaşmasının imzalanmasının konumuz bakımından önem taşıyan yönü ise yukarıda bahsettiğimiz Roma Antlaşmasının 119. maddesini 141. maddesi olarak yeniden numaralandırması ve içeriğini oldukça değiştirmesidir.

Amsterdam Antlaşması ise 141. maddenin(eski 119) ilk fıkrası değiştirilmiş, ayrıca üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri eklenmiştir⁷⁰. Değişik madde hükmü eşit işe eşit ücret ilkesinin yanına eşit değerde işe eşit ücret ilkesini de benimsemiştir.

Yeni eklenen 3. fıkra hükmü ise, Avrupa Konseyini sadece ücret eşitliği bakımından değil, genel olarak kadın erkek eşitliği alanında faaliyet göstermesi için yetkilendirmektedir. Nitekim söz konusu fıkraya göre,” Konsey md 251’de belirlenmiş ortak karar alma usulüne göre ve Ekonomik ve Sosyal Konseyi de dinledikten sonra, iş ve istihdam alanlarında eşit veya eşit değerde işe eşit ücret ilkesi de dahil olmak üzere, kadın ve erkeklerin eşit muamele görmesi ve fırsat eşitliğine sahip olması ilkesinin hayata geçirilmesi için gerekli önlemleri alır”.

⁷⁰ Değişik md. 141 hükmü aynen;

“ 1. Each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied.

2. For the purpose of this Article, ‘pay’ means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer.

Equal pay without discrimination based on sex means:

(a) that pay for the same work at piece rates shall be calculated on the basis of the same unit of measurement;

(b) that pay for work at time rates shall be the same for the same job.

3. The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251, and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt measures to ensure the application of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, including the principle of equal pay for equal work or work of equal value.

4. With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

Son fıkra olarak eklenen 4. fıkra da ise tam bir hak ve fırsat eşitliği sağlanması bakımından, daha az temsil olunan cinsin istihdamını kolaylaştırmak ve ayrımcılığa maruz kalmasını engellemek için üye devletlere bir takım tedbirler öngörülmesi ve teşvikler sağlanması gereği hükme bağlanmıştır.

Amsterdam Antlaşmasıyla değiştirilen hükümlere dikkat edildiğinde; yapılan düzenlemelerin artık ekonomik kaygılar nedeniyle değil, ayrımcılığın önlenmesi bakımından sosyal kaygılarla yapıldığı söylenmelidir⁷¹.

b) Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı 18 Ekim 1961 tarihinde kabul edilmiş ve 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye söz konusu Şart'ı 7 Ağustos 1989 tarihinde onaylamış ve böylece sözleşmeye taraf devletler arasına girmiştir⁷². Şart, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen 1950 tarihli Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmede eksik olan sosyal ve ekonomik haklar açısından tamamlayıcı bir belge olarak kabul edilmektedir⁷³.

Şartın başlangıç bölümünde “ Hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği” ifadesi bulunmaktadır.

⁷¹ Yüksel, a.g.e, s. 73.

⁷² Onaylama Kararnamesi; RG 14.10.1989, S.20312.

⁷³ Avrupa Sosyal Şart İle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Melda Sur, **İş Hukukunun Uluslar arası Kaynakları: Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler**, İzmir 1995, s. 69-146.; Tankut Centel, “Avrupa Sosyal Şartı ve Türk Sosyal Hukuk Düzeni”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı**, İstanbul 1991, s. 93 vd., Aynı Yazar, “Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Çalışma: Adil Çalışma Koşulları ile Adil Ücret Hakları ve Türkiye, **İş Hukuku Dergisi**, Nisan-Haziran 1992, C. II, S.2, s. 233-248.

Avrupa Sosyal Şartında taraf devletler temel olarak “ herkesin adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı”, çalışanların adil ücret hakkı”, “çalışan kadınların ananlık durumunda ve öteki çalışanlar için gerektiğinde, çalışırken özel korunma hakkı” “herkesin mesleki eğitim için uygun mesleki yönlendirme kolaylıklarından yararlanma hakkı” ve “medeni hallerine ve aile ilişkilerine bakılmaksızın analar ve çocuklar için uygun sosyal ve ekonomik korunma hak”larını etkin bir biçimde gerçekleştirecekleri ve politikalarını bu yönde geliştirecekleri konusunda anlaşmışlardır.

Avrupa Sosyal Şartı bakımından gözden geçirilerek güncelleştirilmiş ve “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” olarak 3 Mayıs 1996’da imzaya açılıp, 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının teminat altına aldığı sosyal haklar başlıklar halinde şöyledir;

- 1- Herkes, özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama fırsatına sahiptir.
- 2- Tüm çalışanların adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır.
- 3- Tüm çalışanların güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır.
- 4- Tüm çalışanların, kendileri ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi sağlamak için yeterli adil bir ücret alma hakkı vardır.
- 5- Tüm çalışanlar ve işverenler, ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve uluslararası kuruluşlar düzeyinde örgütlenme özgürlüğüne sahiptir.
- 6- Tüm çalışanlar ve işverenler, toplu pazarlık hakkına sahiptir.
- 7 - Çocuklar ve gençler, uğrayacakları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel korunma hakkına sahiptir.
- 8- Çalışan kadınlar, anne olmaları durumunda, özel korunma hakkına sahiptir.
- 9- Herkesin, kişisel ilgi ve yeteneklerine göre bir mesleği seçmesine yardımcı olacak uygun mesleki yönlendirme imkanına sahip olma hakkı vardır.

10- Herkesin, mesleki eğitim için uygun imkanlara sahip olma hakkı vardır.

11- Herkes, ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemden yararlanma hakkına sahiptir.

12- Tüm çalışanlar ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

13- Yeterli kaynaklardan yoksun olan herkes, sosyal ve tıbbi yardım alma hakkına sahiptir.

14- Herkes sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir.

15- Özürlüler toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve toplumsal yaşama katılma hakkına sahiptir.

16- Toplumun temel birimi olarak aile, tam gelişmesini sağlamaya yönelik uygun sosyal, hukuksal ve ekonomik korunma hakkına sahiptir.

17- Çocuklar ve gençler uygun sosyal, hukuksal ve ekonomik korunma hakkına sahiptir.

18- Herhangi bir Âkit Tarafın vatandaşları, inandırıcı sosyal ve ekonomik nedenlere dayanan kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla, diğer bir Âkit Taraf ülkesinde, o ülke vatandaşlarıyla eşit koşullar altında kazanç getirici herhangi bir işte çalışma hakkına sahiptir.

19- Bir Âkit Taraf vatandaşı olan göçmen işçiler ve bunların aileleri herhangi bir başka Âkit Taraf ülkesinde korunma ve yardım alma hakkına sahiptir.

20- Tüm çalışanlar, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkına sahiptir.

21- Çalışanlar, işletmede bilgilendirilme ve danışılma hakkına sahiptir.

22- Çalışanlar işletmedeki çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine katılma hakkına sahiptir.

23- Her yaşlı insan sosyal korunma hakkına sahiptir.

24- Tüm çalışanlar, iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkına sahiptir.

25- Tüm çalışanlar, işverenlerinin aciz haline düşmesi durumunda alacak taleplerinin korunması hakkına sahiptir.

26- Tüm çalışanlar, onurlu çalışma hakkına sahiptir.

27- Ailevi sorumlulukları olan ve çalışan ya da çalışmak isteyen herkes, herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan ve ailevi sorumluluklarıyla çalışması arasında, olabildiğince, uyumsuzluk olmadan bunu gerçekleştirme hakkına sahiptir.

28- İşletmelerde çalışanların temsilcileri kendilerine zarar veren eylemlere karşı korunma hakkına sahiptir ve görevlerini yerine getirmek için uygun imkanlarla desteklenmelidirler.

29- Tüm çalışanlar toplu işten çıkarma sürecinde bilgilendirilme ve danışılma hakkına sahiptir.

30- Herkes, yoksulluğa ve toplumsal dışlanmaya karşı korunma hakkına sahiptir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını 06.10. 2004 tarihinde imzalamış, onay beyanını da 09.04.2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazete’de yayımlamıştır.

c) Topluluk Direktiflerinde Eşitlik

(1) Genel olarak

Avrupa Birliği’nde yukarıda bahsettiğimiz Antlaşmanın yanı sıra pek çok hukuki düzenlemeler yapılmıştır⁷⁴. Söz konusu düzenlemeler tarihi sırasına göre; 10 Şubat 1975 tarih ve 75/117 sayılı “Kadın ve Erkekler İçin Eşit İşe Eşit Ücret ilkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif”, 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207 sayılı “İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Oya Aralsı, “Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Anayasa ve Yasalarda Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Yapılması Geren Değişiklikler”, **T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın- Erkek Eşitliği Politikaları Paneli**, Ankara 2000, s. 45 vd.

Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif⁷⁵, 19.12.1978 tarih ve 79/7 sayılı “Kadın ve Erkeğe Sosyal Güvenlik Alanında Eşit Davranma Direktifi”, 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85 sayılı “Hamile, Yeni doğmuş ve Emziren Kadınların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Korunmasına İlişkin Direktif”, 3 Haziran 1996 tarih ve 94/34 sayılı “İş ve Aile Hayatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif”, 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne İlişkin Direktif”, 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43 sayılı “İrk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Direktif⁷⁶”, 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78 sayılı “İş ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Çerçeve Direktif⁷⁷” ve nihayet 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54 sayılı “Kadın ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif”leridir.

Aşağıda bu Direktiflerden diğerlerine oranla önemli gördüklerimiz hakkında bilgi vereceğimiz gibi, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de yeri geldiğinde bu düzenlemelere değinilecektir.

(2) 75/ 117 Sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Üye Devlet Hukuklarının Yakınlaştırılmasına İlişkin Direktif

Avrupa Konseyinin 10.02.1975 tarihli 75/117 sayılı Direktifi, kadın ve erkek çalışanlara eşit ücret prensibinin uygulanması ve gerçekleştirilmesi için mutlak bir biçimde yapılması gereken hususları düzenler. Söz konusu Direktif Roma Antlaşmasında düzenlenen kimi haklara daha ilerici bir içerik

⁷⁵ 23 Eylül 2002 tarihli ve 2002/73/EC sayılı AB Direktifi 76/207 Sayılı Direktifte bir takım değişiklikler öngörmüştür.

⁷⁶ Bu Direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Mark Bell, **Anti- Discrimination Law and the European Union**, Oxford University Press 2002, s.71-80.

⁷⁷ Bu Direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Bell, Anti-Discrimination, s. 217-226.

kazandırmaktadır⁷⁸. Direktif eşit değerde iş için eşit ücret ilkesini Avrupa Birliği Hukuku bakımından teminat altına almaktadır. Eşit değerde işin tespitinde ise objektif kriterler öngörmektedir. Direktifin içeriği incelendiğinde; ücret eşitliği ilkesi, eşit iş veya eş değerde olan iş için eşit ücret uygulaması, ücret kapsamına asli ücret veya diğer tüm ödemelerin dahil olduğu ve ücretlendirme şartlarında ve konularında cinsiyete dayanan her türlü ayrımcılığın önlenmesi anlamına gelmektedir.

Direktifin ilk maddesinin ikinci fıkrasında ise “Özellikle, ücret belirlemek için bir meslek sınıflandırması sisteminin kullanıldığı hallerde cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılığı ortadan kaldıracak şekilde, kadın ve erkekler için aynı kritere dayandırılmalıdır” hükmü öngörülmüştür. Yine Direktifin 2. maddesine göre, üye devletler eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmaması sebebiyle haksızlığa uğramış çalışanlar varsa, hukuki yollarla haklarını aramaları için gerekli önlemleri almak durumundadırlar.

Direktifin 3. maddesi, “Üye ülkeler, yasalardan, tüzük veya idari hükümlerden kaynaklanan eşit ücret ilkesine aykırı olan, kadın ve erkekler arasındaki bütün ayrımcılığı ortadan kaldırmalarını” hükme bağlamıştır. 4. maddede ise “Üye ülkeler, toplu sözleşmelerde, ücret tablolarında veya ferdi iş akitlerinde görülen eşit ücret ilkesine aykırı hükümleri geçersiz kılacak veya değiştirecek gerekli önlemleri alacakları” belirtilmiştir. Üye devletler ayrıca eşit ücret ilkesine uyulmadığı şikayetinde bulunan çalışanı, şikayette bulunması veya başka bir hukuki yola başvurmasına karşı, işten çıkarılmaya karşı koruyacaklardır(md. 5).

Ücret Eşitliği Direktifi, kadın ve erkekler için eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesini, iş değerlendirmesi yapılırken kadın ve erkekler için aynı ölçütlerin esas alınmasını, ücret deyiminin asıl ücretin yanında ücret eklerini

⁷⁸ Pir Ali Kaya, “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, **Mercek**, Nisan 2005, s. 149.

de kapsadığını⁷⁹, netice itibariyle ücretlendirme koşul ve şartlarında cinsiyete dayalı her türlü ayrımın yasak olduğu vurgulanmıştır.

(3) 76/207 Sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim, İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi

Ücret Eşitliği Direktifi, farklı cinslere eşit davranılması hususunu sadece ücret bağlamında düzenlemiştir. Bu bakımdan 76/207 sayılı Direktifin⁸⁰ çalışma koşullarında kadın erkek eşitliğini öngören hükümleri büyük bir öneme sahiptir.

Direktifin ilk maddesi uyarınca, üye devletler eşit davranma ilkesini, işe almada, işte yükselmede, mesleki eğitim ve çalışma koşullarında yaşama geçireceklerdir. Direktif, tüm mesleki faaliyetleri, özel veya kamu sektöründe iş sözleşmesi oluşuna bakmaksızın kapsamaktadır⁸¹. Direktifin ikinci maddesinin ilk fıkrası uyarınca ise “ Eşit muamele ilkesinin her ne olursa olsun, özellikle doğrudan ya da dolaylı olarak medeni hal ya da ailevi durum nedeniyle cinsiyete dayalı ayırım yapılmayacağı anlamına” geleceği belirtilmiştir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, işin niteliği veya mesleğin veya eğitimin konusu bakımından cinsiyetin vazgeçilmez bir koşul olduğu durumlarda cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının eşit davranma ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmüştür. Yine aynı maddesin üçüncü fıkrasına göre, kadınların gebelik ve analık hallerinde korunmaları eşit davranma ilkesini ihlal etmez.

Üye devletler kendi mevzuatlarında bulunan ve eşit davranma ilkesi ile çelişen tüm düzenlemeleri kaldıracaklar ve iş sözleşmelerinde, toplu iş

⁷⁹ 75/117 Sayılı Direktif, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları doğrultusunda ücreti en geniş şekilde ele almıştır. Kararlar için bkz.:Roger Blainpain, **European Labour Law**, 10. Revised Edition, Holland 2003, s. 481-485.

⁸⁰ Söz konusu Direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ertürk, Kadın-Erkek Eşitliği, s.74 vd.; Gonca Aydınöz, “Avrupa Birliği ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, **Çalışma ve Toplum** 2009/3, Sayı:22, s. 166.

⁸¹ Yüksel, a.g.e.,s. 74.

sözleşmelerinde ve işletme içi düzenlemelerde yer alan eşit davranma ilkesine aykırı kuralları geçersiz kılacaklardır.

Direktifin 5. maddesinde “ kadın ve erkeğe işten çıkarma şartları da dahil olmak üzere çalışma koşullarında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın eşit koşullar uygulanması gereği” vurgulanmıştır. Ayrıca direktif uyarınca üye devletlerin eşit davranma ilkesini işverenler hakkında hukuki yollara başvuran işçilerin işten çıkarılmasını engelleyen tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir.

76/207 sayılı Direktif 23.09.2002 tarih 2002/73 sayılı Direktifle değiştirilmiştir⁸². Yapılan değişikliğin amacı 76/207 sayılı Direktif’te bahsedilmemiş olan doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımlarını yapmak ve böylece bu husustaki eksikliği gidermektir. Nitekim 2002/73 sayılı Direktifin 2. maddesinin ilk fıkrasına göre doğrudan ayrımcılık; “Bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak benzer bir durumda gördüğü, görmekte olduğu yada görebileceği muameleden daha aşağı şartlarda bir muameleye tabi tutulmasıdır”. Dolaylı ayrımcılık ise; “Bir hüküm, kriter ya da uygulama, meşru bir amaçla yasallaştırılmamışsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hüküm, kriter yada uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

2002/73 sayılı Direktif’in ikinci maddesinin ikinci fıkrasında ise taciz ve cinsel tacizin tanımlarına yer verilmiş olup⁸³, üçüncü maddesinde, Bu direktifteki anlamıyla taciz ve cinsel taciz cinsiyete dayalı ayrımcılık sayılır ve bu nedenle yasaklanmıştır” hükmü öngörülmüştür.

⁸² 2002/73\EC Sayılı Direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Richard W. Painter/Ann E. M. Holmes, **Cases And Materials On Employment Law**, Sixth Edition, Oxford University Press 2006, s. 241 vd.

⁸³ Söz konusu hükme göre; **Taciz**: bir kimsenin cinsiyetine dayalı olarak onurunu çiğnemeyi amaçlayan ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturan her türlü istenmeyen tavidir.

Cinsel Taciz: Kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavidir.

(4) 79/7 Sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi

Avrupa Birliği'nde Sosyal Güvenliğe ait Tüzük ve Direktiflerde iki temel amaç vardır. Bunlardan ilki Birlik içinde çalışanların serbest dolaşımının sağlanması, ikinci ise Sosyal Güvenlik alanında cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesidir⁸⁴.

19.12.1978 tarihli 79/7 sayılı Direktif sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit davranılması hakkındadır. Direktif bağımlı ve bağımsız çalışanları, emeklileri, sakat işçileri ve bütün kazanç sahiplerini kapsar(md. 2). Direktifin 4. maddesinin ilk fıkrasına ise; “ işe giriş şartları, prim ödeme yükümlülüğü, primlerin ve ödemelerin hesabı, eş ve bakıma gereksinimi olanlara yapılan yardımlar konusunda her türlü cinsiyet ayrımının yasak olduğu düzenlenmiştir.

Direktifin 4.maddesinin 2. fıkrasında ise “ annenin korunması hakkındaki özel düzenlemelerin eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceği” vurgulanmıştır. Nihayet Direktifin 6. maddesinde “üye devletlerin hukuk mevzuatlarında sosyal güvenlik sistemlerinde eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturan kanun, tüzük ve diğer hukuki düzenlemeleri kaldıracakları” hükmü öngörülmüştür.

(5) 2000/43 Sayılı Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmaya Konulmasına ilişkin Direktif

Bu Direktif'in⁸⁵ amacı üye devletlerde eşit davranma ilkesini geçerli kılmak amacıyla ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılıkla mücadele

⁸⁴ Ali Güzel, “ Avrupa Topluluğu Sosyal Güvenlik Hukuku” **Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri**, 16-19 Mayıs 1997, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara 1997, s. 216.

⁸⁵ Söz konusu direktif 29 Temmuz 2000 Tarihinde kabul edilmiştir. Direktifin orjinal metni için bkz.: Mark Bell, **Anti-Discrimination Law And The European Union**, Oxford University Pres 2007, s.

etmektedir⁸⁶. Ayrıca bu Direktif de 76/207 sayılı Direktif gibi tacizi, ayrımcılığın bir türü olarak ayrıca düzenlemiştir⁸⁷.

Direktif'in 2. maddesinde ırk ve etnik kökene bağlı ayrımcılık bakımından hangi durumlarda dolaylı veya direkt ayrımcılığın söz konusu olacağı belirtilmektedir. Buna göre direkt ayrımcılık; “ 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 dolaysız ayrımcılığın ortaya çıktığı anlaşılır”. Buna karşılık dolaylı ayrımcılık; “görünüşte tarafsız (nötr) bir hüküm, yansız (nötr) kriterler veya uygulamanın; bir ırksal veya etnik kökenden kimseyi, diğer kişilerle karşılaştırıldığında özel bir avantajsız konuma getirdiği durumlarda, bu yansız hüküm, yansız kıstaslar veya uygulama; meşru bir amaç ile nesnel olarak haklılık kazanmamışsa ve söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve zaruri değilse, dolaylı ayrımcılığın zuhur ettiği anlaşılır” biçiminde tanımlanmıştır.

Direktif'in 3. maddesi itibariyle, Direktif, işten çıkarma ve ücret dahil istihdam ve çalışma koşullarıyla ilgili olarak kamu organları dahil kamu sektörü ve özel sektördeki tüm kişilere uygulanır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, “ “Bu Direktif, uyrukluk esasına dayalı farklı muameleyi kapsamaz, üçüncü ülke uyrukluların ve vatansız kimselerin üye devletlerin topraklarına girişi ve orada ikametne ilişkin koşul ve hükümlere ve ilgili üçüncü ülke uyruklular ile vatansız kimselerin yasal statülerinden kaynaklanan herhangi bir muameleye halel getirmez” hükmü öngörülmüştür.

217-226, Tercüme edilmiş metin için ise bkz.: http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolalar/tablo2000-43.doc (20.01.2010, 15.30)

⁸⁶ Aydınöz, a.g.e., s. 169.

⁸⁷ Bell, Anti-Discrimination, s. 72-73.

İKİNCİ KISIM

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

1) İŞ HUKUKU BAKIMINDAN EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlik ilkesi tarihin hemen her döneminde tartışılmış; insanların eşit olmadığı, görelî olarak eşit olduğu ve mutlak bir şekilde eşit oldukları biçiminde bir çok fikir öne sürülmüştür. Günümüze geldiğimizde ise insanların eşit bir biçimde doğduklarının hemen hemen tüm ulusal ve uluslararası belgelerde yer aldığını görüyoruz⁸⁸. Bununla birlikte gerek devlet- vatandaş ilişkilerinde gerek kişilerin karşılıklı ilişkilerinde(kişiler arasında bulunan özellikle ekonomik farklılıklar nedeniyle) eşitlik ilkesine tam olarak riayet edildiğini söylemek zordur⁸⁹. Bu noktada hukukun devreye girerek eşitsiz uygulamalarla ayrımcılığa maruz kalan bireylerin haklarını koruması gerektiğine şüphe yoktur.

Hukukun her alanında temel prensiplerden biri olan eşitlik ilkesine İş Hukuku açısından baktığımızda ise, diğer özel hukuk alanlarının aksine İş Hukukundaki temel özneler olan işçi ve işveren arasında eşitliğin bulunmadığını görüyoruz⁹⁰. Zira İş Hukuku'nun doğmasının ve gelişiminin temel nedeni de söz konusu eşitsizlik karşısında işçinin korunması kaygısıdır⁹¹.

İş Hukukunda yer alan işçinin korunması esasının temelinde iki ana neden yatmaktadır. Bunlardan ilki işçinin işverene olan kişisel bağılılığıdır ki;

⁸⁸ Eşitlik ilkesinin gelişimine paralel olarak işçi haklarının da genişlediği görülmektedir. İşçi haklarının genişlemesi yaygınlaşması ile ilgili tarihsel süreçle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Philip Alston, "Labour Rights As Human Rights: the Not So Happy State Of The Art", **Labour Rights As Human Rights**, Vol: XIV/1, Oxford University Press, s.2 vd.

⁸⁹ Yıldız, a.g.e., s. 27.

⁹⁰ Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul 2008.

⁹¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2008, s. 11.; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 2009, s.15.

bu bağıllık neticesinde işçi, geniş ölçüde işverenin talimatlarıyla bağlı bulunmaktadır. Bu nedenlerden ikincisi ise ekonomik bağıllıktır. Zira geçimini sağlayabilmek bakımından genellikle alacağı ücret dışında başka bir imkana sahip olmayan işçi üretim araçlarını elinde bulunduran işverenin ekonomik bağımlılığı altındadır. İş Hukukunda işçinin işverene karşı olan bu bağıllığı karşısında, işverenin de koruma(gözetme) borcu⁹² olduğunu gündeme gelmiştir. İşverenin işçiyi sadece maddeten koruması yetmeyecektir, zira işverenin aynı zamanda işçinin kişiliğine, özel yaşamına saygı duyması da önem arz eder. İşte işçilere keyfi olarak farklı davranmayı yasaklayan eşit davranma ilkesi de yukarıda belirttiğimiz esaslarla yakın ilişki içerisinde.

İş Hukukunda eşitlik ilkesinin dayandığı hukuki temel hususunda bir çok fikir öne sürüldüyse de⁹³, doktrinde genel olarak kabul edilen görüş, eşit davranma borcunun hukukun genel ilkelerinden olan adalet ve hakkaniyet esasına dayandığıdır⁹⁴.

Türk Hukukunda eşitlik ilkesinin yasal temelini Anayasamızın 10. maddesi oluşturmaktadır. Bu ilke İş Hukukunda bir çok hukuk dalına göre ayrıca bir önem arz etmektedir. Nitekim eşitlik ilkesinin en önemli işlevi işçiyi korumaktır ki; yukarıda da belirttiğimiz gibi bu koruma amacı İş Hukukunu doğurmuştur. Bunun yanında İş Hukuku bakımından eşitlik ilkesi; işçiler arasında eşitliğin ve adaletin sağlanması, çalışma barışının korunması ve gelişmesi bakımından büyük önem arz eder.

⁹² İşverenin işçiyi gözetme borcu, işveren tarafından işçinin çalışması nedeniyle karşılaşabileceği bir takım tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek uygulamalardan kaçınılması olarak tarif edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 89 vd.

⁹³ Söz konusu fikirler için bkz.: dipnot:111-118, ayrıca konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Tuncay, Eşit Davranma, s. 45 vd.

⁹⁴ Örnek olarak bkz.: Nuri Çelik, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:4, s. 5.; Süzek, Eşit Davranma, s. 24.; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 98.; Yıldız, a.g.e., s. 60.

Türk İş Hukukunda eşitlik ilkesi geleneksel olarak eşit durumda olanlara eşit davranılması biçimindeki şekli eşitlik ilkesine dayanmaktadır⁹⁵. Bununla birlikte şekli eşitlik anlayışı tek başına toplumdaki tüm bireylerin her türlü ayrımcı yakıştırmalardan arınmış, herkesin bireysel yeteneklerini ortaya çıkarma şansının ve tam bir fırsat eşitliğinin olduğu bir toplum hedefini sağlayamaz. Bu bağlamda Avrupa Birliği Hukuku şekli eşitliğin ötesinde maddi eşitliğin de⁹⁶ sağlanması yolunda geliştiği gibi⁹⁷, Türk Hukukunda da maddi eşitlik anlayışı doğrultusunda bir takım adımlar atılmaktadır. Nitekim AB Hukukuna bakarsak maddi eşitlik anlayışının en önemli göstergesi olan dolaylı ayrımcılık yasağı⁹⁸ AB Adalet Divanı kararlarıyla belirginleşmiş⁹⁹, özellikle 2000 yılından sonra öngörölmüş olan bir çok Direktifte de eşitlik ilkesiyle ilgili AB Hukuku'nun bir parçası haline gelmiştir.

Bu hususta Türk Hukukuna baktığımızda ise İş Kanunumuzun mutlak ayırım yasaklarını öngören beşinci maddesinin ilk fıkrasında dolaylı ayrımcılık yasağına yer verilmemişse de, cinsiyet ve gebeliğe dayalı olan ayrımcılık bakımından dolaylı ayrımcılık yasağının özel olarak öngöröldüğü ve bu bağlamda Türk İş Hukukunda da şekli eşitlik anlayışının bir adım önüne geçilerek maddi eşitlik yönünde gelişme kaydedildiği görölmektedir.

Son olarak ifade etmeliyiz ki; maddi eşitliğin sağlanması bakımından dolaylı ayrımcılık hükümlerine yer vermek tek başına yeterli değildir. Neticede dolaylı ayrımcılığın da nihai hedefi ayrımcılığın önlenmesidir ve ayrımcılığın

⁹⁵ Bercusson, a.g.e., s. 174.

⁹⁶ Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlölüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içeren bir anlayışı ifade eder.

⁹⁷ Örnek olarak bkz.: Catherine Barnard, **The Substantive Law Of EU: The Four Freedoms**, 2. Edition, Oxford University Press 2007, s. 290-293.

⁹⁸ S. Deakin/G.S. Morris, **Labour Law**, Butterworths; London, Edinburg, Dublin 1998, s. 568-569.; Catherine Barnard, "Gender Equality In The EU: A Balance Sheet" **The EU and Human Rights**, Edited By: Philip Alston, Oxford University Press 1999, s. 245.; dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulamanın veya ölçütün belli bir gruba ait kişileri, bu gruba ait olmayan kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı bir konumda bırakması olarak tanımlanmaktadır.

⁹⁹ Örnek olarak bkz.: ATAD, C- 96/80, Jenkins&Kingsgate, 31.03.1981, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 05.04.2010, 16.00).; aynı yönde: ATAD, C- 127/92, Enderby, 27.10.1993 (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 05.04.2010, 16.00).

önlenmesi tek başına maddi eşitliğin sağlandığı anlamına gelmez¹⁰⁰. Bu bağlamda pozitif ayrımcılık kavramı ortaya atılmış ve belli alanlarda nispeten daha az temsil edilen gruplara, fırsat eşitliği sağlanması bakımından olumlu bazı ayrımcılıklar yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bizim hukukumuzda da son Anayasa değişikliğiyle artık anayasal bir ilke haline geldiğini söyleyebileceğimiz pozitif ayrımcılık konusu ilerleyen paragraflarda ayrıntılı olarak inceleneceğinden şimdilik pozitif ayrımcılık hususuna bu kadar değinmeyi yeterli görüyoruz

II) İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

İşverenin eşit davranma borcu hukukun her alanında gözetilmesi gereken genel eşitlik ilkesinin İş Hukukundaki görünüm biçimidir¹⁰¹. Türk Hukukunda eşitlik ilkesi Anayasanın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik başlığı altında “ Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”¹⁰². Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz” şeklinde ifadesini bulmuştur¹⁰³. Genel olarak denilebilir ki; Anayasanın 10. maddesinde öngörülmüş olan eşitlik ilkesi devletin vatandaşlara karşı tarafsızlığını ve bu tarafsızlık çerçevesinde kamu organlarının görevlerini yerine getirirken vatandaşlara eşit davranmakla yükümlü olmalarını; ayırım gözetmeksizin herkesi kanun önünde eşit kabul edip ona göre davranmalarını güvence altına almaktadır. Bu itibarla eşitlik ilkesi çok

¹⁰⁰ Yenisey, Ayrımcılık Yasası, s. 72.

¹⁰¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, **a.g.e.** s. 535., Tuncay, a.g.e, s. 21(Eşit Davranma İlkesi).s, 21, Yüksel, a.g.e, s. 37., Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 20 Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 175.

¹⁰² Anayasa Mahkemesince Anayasa’nın 10. maddesi şu şekilde açıklanmıştır: “Eşitlik İlkesinin 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 aynı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler veya topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı tutulursa eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz”. Anayasa Mahkemesi, 07.06.1999, 10/22, (Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil**, Aralık 2008, Sayı:12, s.24.

¹⁰³ Bu hükme 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun’un birinci maddesiyle “ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” fıkrası eklenmiştir.

kapsamlı ve keyfiliği önleyicidir¹⁰⁴. Anayasa Mahkemesine göre de; Anayasa'nın 10. maddesi, aynı durumda bulunan kişilerin arasında haklı nedene dayanmayan ayrımları önlemeyi amaçlayarak eşitliği sağlar¹⁰⁵. Söz konusu "haklı neden" in ise anlaşılabilir, amaçla ilgili ve makul olması gerekmektedir¹⁰⁶

Anayasamızın 10. maddesi tüm hukuk düzenimizde geçerli ve kişiler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür¹⁰⁷. Bir başka ifadeyle gerek Anayasa Mahkemesi Kararlarında¹⁰⁸ gerek doktrinde¹⁰⁹ belirtildiği üzere, söz konusu hüküm hem din, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında kalan hallerde de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir¹¹⁰.

¹⁰⁴ Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yayınları, İstanbul 2004, s. 118.

¹⁰⁵ AMK., T. 19.12.1989, E. 1989/14, K. 1989/49, (İnceoğlu, a.g.e., s. 54.)

¹⁰⁶ AMK, T. 19.02.1991, E. 1991/13, K. 1992/10, (İnceoğlu, a.g.e., s. 54).

¹⁰⁷ Aktay/Arıcı/Kaplan-Senye, a.g.e., s. 158.; Ercan Akyiğit, **İş Kanunu Şerhi**, 3. bası, C.1, Ankara 2008, s. 290.; Yüksel, a.g.e., s. 112-113.; Pir Ali Kaya, "Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve: Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri", **Mercek** 2005, Sayı: 38., s. 150.; 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**, 2006, Sayı: 2, s. 189.

¹⁰⁸ Belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi bilhassa Mahkemenin erken döneminde verdiği bazı kararlarında kanun önünde eşitlik ilkesinin yorumu hususunda duraksama yaratacak ifadeler kullanmıştır. Zira bir takım kararlarında Anayasanın ırk, dil, cinsiyet...vb ayrımı yapılmasını mutlak olarak yasakladığını, buna karşılık mutlak ayırım yasakları dışında kanun önünde eşitliğin ancak "yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında" söz konusu olacağına hükmetmiştir. Bu yöndeki bir karar Anayasa Mahkemesi üyelerinden Recai Seçkin tarafından karşı oy yazısında haklı olarak eleştirilmiştir. Seçkin'e göre; "Kararın esasın incelenmesi bölümünün (Öte yandan Anayasanın 12. maddesinin getirdiği ilke; dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımlarının kanun önünde eşitliği bozmasını yasaklar) cümlesi ile başlayan son bendinin yazılışı, eşitsizliğin yalnızca aynı yasa kuralına bağlı kişiler arasında ayırım yapılması durumunda ve yalnızca dil, ırk, cinsiyet vb. dayanması koşuluyla gerçekleşebileceği izlenimini uyandırmaktadır; oysa eşitsizlik, durumları aynı nitelikte bulunan kişilerin başka başka kurallara bağlı tutulmasında dahi söz konusu olabilir ve uygulamada eşitsizlik çoğunlukla bu şekilde ortaya çıkar. Bundan başka Anayasanın 12. maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet gibi yönler dolayısıyla yapılan hukuki ayrımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukuki eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasanın 12. maddesinin dayandığı ilke, birbirinin aynı olan durumlarda haklı bir neden yok iken, başka başka hukuk kurallarının öngörülmesinin yasaklanmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin ... kararlarında da aynı görüş mevcuttur..." Anayasa Mahkemesi Kararı 16.06.1969, E. 1969/8, K. 1969/37 (Öden, a.g.e, s. 147).

¹⁰⁹ Öden, a.g.e., s. 146 vd. Tuncay, Eşit Davranma, s. 24.; Yıldız, a.g.e, s. 56.; Süzek, a.g.e., s. 25.

¹¹⁰ Süzek, a.g.e., s. 25.

Yukarıda bahsettiğimiz nedenler itibariyle demokratik bir hukuk devletinde hukukun tüm alanları eşitlik ilkesinin etkisi altındadır. Ancak söz konusu etki, kamu hukukunda kuvvetini sözleşme serbestisi üzerine inşa edilmiş özel hukuka nispeten daha fazla hissettirmekle birlikte, eşitlik ilkesi özel hukukta da temel bir ilke olarak sürekli gözetilmektedir¹¹¹. Bununla birlikte ifade ettiğimiz gibi özel hukuk kişilerinin herkese her bakımdan eşit davranma yükümlülükleri olduğu söylenemez¹¹². Gerçi yine de özel hukuk kişilerinin de Anayasamızın 10 maddesinde sayılan nedenlerle din, dil, ırk, cinsiyet vb. ayrımı yapmaları mümkün değildir. Ancak alım satım sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmeler yapan tarafların, kendi çıkarlarını korumak, maddi ve ekonomik varlıklarını güçlendirmek gayesiyle sözleşmenin tarafını seçme, içeriğini belirleme ve usulüne uygun olarak sona erdirmeye hakları vardır ve bu durumda herkese eşit davranma yükümlülükleri yoktur.

İş Hukukuna geldiğimizde ise; işverenin eşit davranma borcunu açıklamaya çalışan bir takım fikirler ileri sürülmüştür. Bu fikirler eşit davranma borcunun temelinde adalet kavramının¹¹³, dürüstlük kuralının¹¹⁴, işverenin

¹¹¹Hakan Keser, “ 4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş** 2004, C.7, Sayı:3, s. 59.; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 2005, s. 134.; Ulucan, a.g.e., s. 192.

¹¹² Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul 2004, s. 118.

¹¹³ Hueck A., Die Bedeutung Des Art 3 Des Bonner Grundgesetze Für Die Lohn Und Arbeitsbedingungen Der Frauen, Köln 1951, s. 105 vd.,(Naklen: Tuncay, Eşit Davranma, s. 34., Yazara 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 eski 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 İtibariyle 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 itibariyle dağıtıcı adalet fikrinin uygulanması düşünülebilir. Her ne kadar kamu hukukunda 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”.

¹¹⁴ 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 söylemişlerdir. Gerçektende dürüstlük kuralı, kişilerden

işçiyi gözetme borcunun¹¹⁵, ahlak kuralının¹¹⁶, hakkaniyet esasının¹¹⁷ ve Anayasadaki eşitlik ilkesinin¹¹⁸ yer aldığını öngörmektedir. Eşitlik ilkesinin hukuki temelini genel hukuk prensiplerine dayandırmayan ve işyeri uygulamaları, normun bağlayıcılığı ve kolektif iş hukuku gibi çeşitli esaslara dayandıran çeşitli görüşler de mevcuttur¹¹⁹.

Doktrinde genel olarak kabul edilen görüş, eşit davranma borcunun hukukun genel ilkelerinden olan adalet ve hakkaniyet esasına dayandığıdır¹²⁰. Zira adaletin ve hakkaniyetin eşit davranma borcundan ayrı düşünülmesi imkansızdır. Nihayet denilebilir ki; işverenin eşit davranma borcu, aynı durumda bulunan kişiler arasında haklı bir neden olmaksızın farklı davranılmasının önüne geçerek nihai anlamda adaletin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

Eşit davranma borcunun temel işlevi, ekonomik gücü elinde bulunduran işverene karşı işçinin korunmasıdır. Bu nitelik eşit davranma borcunun koruyucu işlevi olarak isimlendirilmektedir¹²¹.

haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken doğru ve namuslu bir kimse gibi davranmalarını isteyen genel bir davranış kuralıdır.

¹¹⁵ Bu konudaki görüşler ve fikrin eleştirisi için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s. 48 vd.

¹¹⁶ Bu fikirde doktrinde oldukça eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre; İş Hukukunda eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturan bazı hallerin aynı zamanda ahlaka da aykırı olması mümkündür. Fakat o zaman dahi her ikisi de gerek koşulları, gerek sonuçları bakımından birbirinden ayrılırlar. Başka bir deyimle eşit davranılmayan her durum ahlaka aykırı sayılmaz. Gerçekten bazı durumların aynı zamanda ahlaka da aykırı olabilmesi bu ilkeyi ahlak kuralına dayandırmak için yeterli bir neden olmaz.

¹¹⁷ Bu fikre 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 hakkaniyete uygun 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 sebeple ekonomik açıdan güçlü olan işverenin sadece kendi menfaatlerini değil, aynı zamanda ekonomik bakımdan zayıf durumda olan işçinin de menfaatlerini göz önünde bulundurması şarttır.

¹¹⁸ Sarper Süzek, İş Hukuku, s. 394-395.

¹¹⁹ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s. 77 vd.

¹²⁰ Örnek olarak bkz.: Nuri Çelik, "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:4, s. 5.; Süzek, Eşit Davranma, s. 24.; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 98.; Yıldız, a.g.e., s. 60.

¹²¹ Yıldız, a.g.e., s. 61.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 139.

Bu borcun bir diğer işlevi ise bir işyerinde çalışan işçiler arasında adil çalışma koşullarını sağlaması ve böylece iş barışının kurulmasına yardımcı olmasıdır. Öte yandan bu borcun yorumlayıcı ve boşluk doldurucu olma işlevi de mevcuttur. Bu işlev sayesinde İş Hukuku kaynaklarından her hangi birinde mevcut bulunan bir kuralın yorumlanması ihtiyacı gündeme geldiğinde, bu yorum eşitlik ilkesine uygun olarak yapılacaktır¹²². Eşit davranma borcunun boşluk doldurucu ve yorumlayıcı işlevleri birbirine sıkı sıkıya bağlı ve birbirlerini tamamlayan işlevlerdir. Nitekim bilhassa toplu iş sözleşmelerinde veya işverenin tek taraflı kolektif düzenlemelerinde boşluk bulunan durumlarda bu iki işlevin birleştiği görülür.

Eşit davranma borcunun işçiler bakımından haiz olduğu önem aşağıdaki ifade ile gayet açık bir şekilde gözler önüne serilmektedir; “ Diğer işçiye oranla kendisine daha kötü davranıldığını sanmak veya bilmek kadar işçinin adalet duygusunu zedeleyen pek az şey vardır¹²³”.

III) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN HUKUKİ DAYANAĞI

A) ANAYASAL DAYANAK

Türk Hukukunda eşitlik ilkesinin pozitif dayanakları Anayasa’nın 10. maddesi ile İş Kanunu’nun 5. maddesinde öngörülmüştür. Anayasa’nın söz konusu hükmünde “Kanun Önünde Eşitlik” başlığı altında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; “Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

¹²² Yıldız, a.g.e, s. 61.

¹²³ Aynen: Tuncay, Eşit Davranma, s. 107.

Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz¹²⁴,¹²⁵”.

Devlet organları ve İdare Makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”.

Anayasa Mahkemesince Anayasanın 10. maddesi hükmünün amacı şu şekilde açıklanmıştır; “ Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağı 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 değışik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağı tutulursa eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz”.

Belirtmek gerekir ki; Anayasa’nın 10. maddesinde cinsiyet, ırk, dil vb. gibi ayırım nedenleri sayıldıktan sonra “benzeri sebepler” ifadesi de kullanılmıştır. Bu bağlamda ayırım yasaklarının sınırlayıcı değı örnek olarak sayıldığı açıktır¹²⁶. Söz konusu 10. maddeye 2004 yılında eklenen ve kadın-erkek eşitliğı ile ilgili olan ikinci fıkra ise, kadınlar için yapılacak pozitif ayrımcılık uygulamalarının dayanağı olarak gözükmektedir¹²⁷.

¹²⁴ Anayasanın 10. maddesinin gerekçesi şöyledir; “madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla her hangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında da ayırım yapılamaz. İnsanların arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar.

Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin devlet organları ve idari makamlar içinde bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde, insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar.

¹²⁵ Eşitlik ilkesine Anayasanın başlangıç kısmında da değınilmiştir.

¹²⁶ Öden, s.g.e, s. 148.

¹²⁷ Sibel İnceoğlu, “ Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum**, S.11, 2006/4, s. 49.

Kanun önünde eşitlik, her şeyden önce, tüm kişilerin içeriği ne olursa olsun ortak bir hukuk sistemine eşit bağlılığını ifade eder¹²⁸. Herkesin ortak bir hukuka eşit olarak bağlılığı, temel hukuk düzeninin birliğini ve tekliğini ifade etmektedir¹²⁹. Başka bir anlatımla kanun önünde eşitlik hiçbir kanunsuzluğa imkan verilmemesini ve böylece nitelikleri ne olursa olsun herkesin aynı hukuk düzeninin, aynı kanunların çatısı altında olmasını ifade eder.

Anayasamızın söz konusu 10. maddesi hükmündeki çözümlenmesi gereken mesele, anılan hükmün sadece cinsiyet, ırk, dil, renk, siyasi düşünce felsefi inanç, din, mezhep gibi ayrımcılık yasağı hallerini mi, yoksa genel anlamda eşit davranma borcunu mu anayasal bir güvence altına aldığıdır. Gerçekten de Anayasa'nın 10 maddesi hükmünün yazılış biçimine bakıldığında sanki sadece maddede öngörülen nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapılamayacağı gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili normlar, şahısları bir takım özellikleri(cinsiyet, renk, ırk vb.) ve tercihleri(siyasal düşünce, felsefi inanç, din vb) sebebiyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlerden yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır¹³⁰. Buna karşılık genel anlamda eşit davranma borcu, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmamasını, haklı ve objektif nedenler dayanmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmamasını ve kişilere ayrıcalık yapılmamasını öngören bir borç olarak tanımlanabilir¹³¹. Ancak belirtmek gerekir ki; haklı ve objektif nedenlerin mevcudiyeti durumunda farklı durumda olanlara farklı işlem yapılması eşit davranma borcuna aykırı değil, bizatihi bu borcun bir

¹²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Leahy, a.g.e., s. 162.

¹²⁹ Öden, a.g.e., s. 136.

¹³⁰ Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İHSGHD** 2005, S. 7, s. 976.

¹³¹ Süzek, Eşit Davranma, s. 25.

gereğidir¹³². Nitekim Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararında; “ Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme tabi tutulmasıdır” hükmünü öngörerek bu hususa dikkat çekmiştir¹³³.

Doktrindeki genel kanaate göre, Anayasa’nın 10. maddesi bütün hukuk düzenimizi kapsayan ve kişiler arasındaki ilişkilerde daima göz önünde bulundurulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür¹³⁴. Bu gerçek Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında açık bir biçimde şu şekilde ifade edilmiştir; “ Anayasa’nın 10. maddesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını 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 Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz^{135, 136}”.

Netice itibariyle denilebilir ki; Anayasa Mahkemesinin de bir çok kararında ifade ettiği gibi, hukuk alanında eşitlik ilkesi; aynı veya benzer

¹³² Mollamahmutoğlu; a.g.e., s. 541., Öden, a.g.e, s. 189-190. Nuri Çelik, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil**, Aralık 2006, S. 4, s. 5.

¹³³ AMK. T. 13.04.1976, E. 1976/3, K. 1976/23(Öden,a.g.e, s. 189); Aynı Yönde “Anayasa’da öngörülen eşitlik yasa önünde eşitlik olup herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle ”eşitlerin eşitliği” anlamındadır. Farklı hukuki durumda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani eşit olmayanların eşitsizliği eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz”, AMK T. 27.09.1988, E. 1988/7, K. 1988/27(Öden,a.g.e, s. 189).

¹³⁴ Örnek olarak bkz.: Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 26, Süzek, Eşit Davranma, s. 25, İnceoğlu,a.g.e., s. 48, Yıldız,a.g.e, s. 55., Öden, a.g.e, s.146 vd.

¹³⁵ AMK 07.06.1999, E. 1999/10, K. 1999/22 (Yılsız, a.g.e, s. 56).

¹³⁶ Aynı yönde “ Hukuk Devletin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir....hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturur. Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur”, AMK T. 27.01.1977, E. 1977/43, K. 1977/4..(Süzek, Eşit Davranma, s. 25).

durumda bulunan bireylere aynı şekilde davranılmasını, bu kimselere farklı işlem yapılmamasını, aynı durumda bulunan kişiler arasında haklı bir neden olmaksızın, keyfi ayrımları önleme amacı taşımaktadır¹³⁷.

B) KANUNİ DAYANAK

1) 1475 Sayılı İş Kanunu

1475 Sayılı İş Kanunu döneminde Anayasal eşitlik ilkesi(1961 Anayasasında şu andaki Anayasamızın 10. maddesinin bir benzeri 12. madde olarak bulunuyordu) İş Hukukuna, İş Kanunu'nun 26. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüyle yansımıştır^{138, 139}.

Kadınlar ile erkekler arasında eşit işe eşit ücret ilkesini düzenleyen eski İş Kanunu'nun 26/4 maddesi hükmüne göre; “bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz”.

Söz konusu hükme dikkat edildiğinde eski İş Kanunu'nun 26/4. maddesi İş Hukukunda eşit davranma borcunu sadece ücretler bakımından ele almakta ve hususta her hangi bir ayırım yapılmasını yasaklamaktadır^{140, 141}. Bu itibarla denilebilir ki; 1475 sayılı İş Kanunu döneminde işverenin eşit davranma borcunun kanuni dayanağı olarak sadece Anayasanın 10. maddesi mevcuttu. Bu itibarla o dönemde doktrinde

¹³⁷ Yıldız, a.g.e.,s. 57.

¹³⁸ Yüksel, a.g.e, s. 90.

¹³⁹ Bu döneme ilişkin olarak bakınız: Kenan Tunçomağ, **İş Hukukun Esasları**, İstanbul 1988, s. 144 vd., Tankut Centel, İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C.1, İstanbul 1992.; Emine Tuncay Kaplan, “Kadın İşçinin İş İlişkisinde Doğan Hakları ve Korunması”, **Hukukta Kadın Sempozyumu, T. C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü**, Ankara 2000, s. 100 vd.

¹⁴⁰ Tuncay, Eşit Davranma, s. 24.

¹⁴¹ Bu hükme aykırı davranan işveren veya işveren vekili, ayrıma uğrayan her işçiye karşılık 50 liradan az olmamak üzere para cezasına mahkum olur(eski İK md. 99/4).

işverenin eşit davranma borcunun Anayasa'nın 10 maddesinde öngörülmüş olan eşitlik ilkesinin bir yansıması olduğu belirtilmiş ve toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamalarının da eşitlik ilkesine tabi olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴².

İfade edelim ki; eski 1475 Sayılı İş Kanununda kadının hamileliği sırasında ve doğumundan sonra belli bir süre çalışmasının düzenlenmesine ve bu dönemde feshe karşı korunmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır¹⁴³. Yine eski İş Kanunu döneminde eşit davranma borcu ile ilgili olarak Asgari Ücret Yönetmeliğinde¹⁴⁴ de bir hüküm bulunmaktaydı. Söz konusu hükme göre; yaş ve cinsiyete bağlı olarak ücrette ayırım yapılamayacağı öngörülmüyordu.

2) 4857 Sayılı İş Kanunu

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlığını taşıyan 5. maddesi hükmü ile birlikte hukukumuzda zaten işverenin borçlarından biri olarak kabul edilen eşit davranma borcu normatif bir düzenlemeye kavuşmuştur¹⁴⁵. Söz konusu hüküm, günümüze değin hukukumuzda işverenin eşit davranma borcu olarak adlandırılan borcun yapısı ve içeriğini önemli ölçüde genişletmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesi işverenin eşit davranma borcunu şu şekilde düzenlemiştir;

" İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

¹⁴² Devrim Ulucan, "Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması", **Prof Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Ankara 2000, s. 192.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 28.

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yüksel, a.g.e., s. 90 vd.

¹⁴⁴ RG: 12.02.1972, 14097.

¹⁴⁵ Kübra Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İHSGHD** 2005, S. 7, s.. 974.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur”.

Bu hükümde belirtilen ayrımcılık nedenleri sınırlı sayıda düzenlenmemiştir¹⁴⁶. Zira söz konusu maddede “benzeri sebepler” ifadesine yer verildiğinden ayrımcılık yasağı hükümde sayılan hallerle sınırlı olmayıp, benzer nedenlerle de işveren ayrımcılık yasağını ihlal edemeyecektir.

İfade edelim ki; işverenin eşit davranma borcu İş Kanunumuzda bir takım iş sözleşmesi türlerine özgü olarak ayrıca düzenlenmiştir. Zira İş

¹⁴⁶ Süzek, Eşit Davranma, s. 25., Tuncay, Eşit davranma İlkesi, s. 22.

Kanunumuzda ayrımı haklı kılan bir sebep olmadıkça, belirli veya belirsiz süreli¹⁴⁷ veyahut tam veya kısmi süreli iş sözleşmeleri¹⁴⁸ bağitlanması sebebiyle işçinin farklı bir işleme tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Aynı şekilde Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde de işverenlerce sendikal nedenlere dayanarak ayırım yapılması yasaklanmıştır¹⁴⁹.

Daha öncede belirttiğimiz gibi İş Kanunu'nun 5. maddesinin başlığı "Eşit Davranma İlkesi"dir. Bununla birlikte söz konusu hükümde sadece belirli sebeplere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağı öngörülmüştür. Hükümün ikinci fıkrasında ise sadece haklı nedenler olmadıkça belirli sözleşme türlerine dayalı olarak farklı işlem yapılamayacağı öngörülmüştür. Bu itibarla denebilir ki; İş Kanununda, Kanunu'nun 5. maddesinde sayılı ayırım yasağı halleri dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunun da öngörüldüğünü savunmak güçtür¹⁵⁰. Şüphesiz madde metninde öngörülmüş olan ayırım yasakları da genel anlamda eşit davranma borcunun kapsamı içindedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere İş Kanunumuzun 5. maddesi söz konusu ayırım yasağı halleri haricinde genel anlamda eşit davranma borcunu dışlamış gözükmemektedir¹⁵¹.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece ayırım yasağı hallerinin düzenlenmiş olması hukukumuzda genel anlamda bir eşit davranma borcunun olmadığı anlamına gelmez¹⁵². Zira yukarıda da ifade

¹⁴⁷ İK. md.12/1: Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.

¹⁴⁸ İK. md. 13/2: Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.

¹⁴⁹ SK. Md. 31/3: İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.

¹⁵⁰ Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 178-179.; Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, **Çalışma ve Toplum**, S.11, 2006/4, s. 68.; Yıldız, a.g.e., s. 63.

¹⁵¹ Süzek, Eşit Davranma, s. 26., Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 63-64.

¹⁵² Yıldız, a.g.e., s. 63-64., Süzek, Eşit Davranma, s. 26.

ettiğimiz üzere Anayasa'nın 10. maddesi hem ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunu kapsamaktadır. Nitekim “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü” başlıklı 11. maddesi¹⁵³ itibariyle; anayasal ilke ve kuralların sadece devlet-birey arasında dikey düzeyde değil, özel hukuk ilişkilerinde yani bireyler arasında yatay düzeyde de uygulanacağı öngörülmüştür¹⁵⁴. Bu itibarla anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesi, tüm hukuk düzeninde ve tabiatıyla da iş ilişkilerinde de uygulanacak genel bir ilke niteliği taşır¹⁵⁵.

Yukarıda sözünü ettiğimiz husus bir Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir; “ Aynı nitelikte olan işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak hem Anayasa'nın eşitlik ilkesine hem de İş Hukuku'nun temel kurallarına uygun düşmez¹⁵⁶”

Belirtmek gerekir ki; İş Kanunu'nun 5. maddesi hükmü işverenin eşit davranma borcuyla ilgili ortaya çıkabilecek bazı meselelere çözüm getirmemektedir. Örneğin iş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayalı olarak feshedilebileceği bir durumda, birden çok işçiden hangisinin sözleşmesinin feshedileceği ve bu konuda bir sınırlama olup olmadığı söz konusu hükümden anlaşılamamaktadır¹⁵⁷.

Bunun gibi esas itibariyle ayrımcılık niteliği taşımayan bir takım davranışlar; örneğin, işverenin bazı işçileri çeşitli eğitimlere gönderirken, aynı nitelikteki bir kısım işçileri göndermemesi, bir takım işçilere sürekli telafi çalışması yaptırırken bir kısmına hiç yaptırmaması gibi davranışlar, İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında bir çözüme kavuşturulamayacaktır.

¹⁵³ Anayasa md.11: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır”.

¹⁵⁴ Süzek, Eşit Davranma, s. 26.

¹⁵⁵ Devrim Ulucan, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara 2000, s. 192.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 541.; Yenisey, Eşitlik, s. 66.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 25.; Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, İzmir 2002, s. 101.; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 395.

¹⁵⁶ Yarg. 9.HD. T. 11.09.1967, E. 1967/8479, K. 1967/7519.(Tuncay, Eşit Davranma, s. 53).

¹⁵⁷ Yıldız, a.g.e, s. 63.

Bu itibarla çözülmesi gereken mesele yukarıda da değindiğimiz gibi işverenin sadece söz konusu hükümde yazılı hallerde bir ayrımcılık yasağına mı tabi olduğu, yoksa işçileri arasında keyfi uygulamalarını da yasaklayan genel anlamda bir eşit davranma borcunun mu olduğudur.

Doktrindeki genel kanaatte¹⁵⁸ olduğu bizim kanaatimiz de işverenin eşit davranma borcunun sadece İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen hallerle sınırlı olarak değil, aynı zamanda aynı veya benzer durumda bulunan işçilerin eşit işleme tabi tutulmasını da kapsadığıdır. Nitekim Anayasanın 10. maddesi ile ilgili olarak ifade ettiğimiz ve bu hükmün hem ayrımcılık yasaklarını hem de genel olarak eşitlik ilkesini kapsadığı düşünüldüğünde, işverenin eşit davranma borcunun içeriği de bu yönde belirlenmelidir.

Doktrinde işverenin iş sözleşmesinin bir tarafı olarak haklı nedenleri olmadıkça işçileri arasında ayırım yapamaması borcunun “dar anlamda eşit davranma borcu” olduğu, buna karşılık iş ilişkisinin tüm alanlarında geçerli olan eşit davranma borcunun “geniş anlamda eşit davranma borcu” olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁹.

“Geniş anlamda eşit davranma borcu” kavramına katılmakla birlikte, “dar anlamda eşit davranma borcu” kavramının aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit işlem yapılmasına değil, işverenin belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağına karşılık geldiğini düşünüyoruz. Nitekim aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit işlem yükümlülüğü ayrımcılık yasağı hallerine göre çok daha genel ve içeriğinin belirlenmesi oldukça güç bir yükümlülüktür. Şu halde bizim çözümlememize göre “dar anlamda eşit davranma borcuna”, işverenin aynı veya benzer durumdaki işçilere eşit davranma yükümlülüğü eklendiğinde “geniş anlamda eşit davranma borcu” kavramına ulaşmış oluruz.

¹⁵⁸ Örnek olarak baz.:Süzek, Eşit Davranma, s. 26.; Kübra Doğan Yenisey, “ İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2006, Sayı:2, s. 61.; Aynı Yazar, Ayrımcılık Yasağı, s. 68.; Tuncay, Eşit Davranma, S. 25., Ulucan, Eşitlik İlkesi, s.192-193.

¹⁵⁹ Örnek olarak bkz.: Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 66.; Yıldız, a.g.e., s. 64.

IV) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANMA KOŞULLARI

A) AYNI İŞYERİNİN İŞÇİLERİ OLMA

İşverenin eşit davranma borcu, aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı yükümlü olduğu bir borçtur¹⁶⁰. Bu itibarla farklı işverenlere ait farklı işyerleri ya da aynı işverenin farklı işyerleri söz konusu olduğunda eşit davranma borcu dolayısıyla bir yükümlülük doğmayacaktır¹⁶¹. Nitekim farklı işyerleri farklı koşullar anlamına geleceğinden farklı işlem de haklı olabilecektir¹⁶².

Söyleyelim ki; ayrı işverenlerin işyerlerindeki işlemler, hatta aynı işverenin ayrı işyerindeki uygulamalar bakımından eşit davranma borcu doğmaz¹⁶³. Doktrinde belirtildiği üzere aynı işletmeye dahil işyerlerinden birinde çalışıyor olunması durumunda dahi işverenin eşit davranma borcu yoktur¹⁶⁴.

Eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için karşılaştırılabilir bir çevrenin bulunması gerekir. Bu durumda ancak aynı işyerinde mümkün olabilir¹⁶⁵. İşverene ait işyerleri aynı alanda, hatta aynı tür faaliyette bulunuyor olsa bile işverenin bu iki işyerinde çalışan işçiler bakımından eşit davranma borcu yoktur¹⁶⁶. Nitekim işyerlerinin bulundukları yerlerin özellikleri(merkeze uzaklık, ulaşım durumu, yerel piyasa vb.) işverenleri, faaliyet alanı aynı olsa dahi iki ayrı işyerindeki işçilere eşit işlem yapmaması bakımından haklı kılabilir.

¹⁶⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 542.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 148.; Aktay/ Arıcı/Kaplan-Senyen, **İş Hukuku**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 158.

¹⁶¹ Murat Demircioğlu/Tankut Centel, **İş Hukuku**, 9. Bası, İstanbul 2003, s. 119.

¹⁶² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 543.

¹⁶³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 543.

¹⁶⁴ Tuncay, Eşit Davranma, s. 148.

¹⁶⁵ Tuncay, Eşit Davranma, s. 149.

¹⁶⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 543.

Doktrinde bir görüşe göre; birbirine tıpatıp benzeyip aynı esaslarla yönetilen, birbirine mekan olarak oldukça yakın olan veya aralarında sık sık işçi nakli görülen aynı işletmenin işyerleri bakımından eşit davranma yükümlülüğü doğabilir¹⁶⁷.

Alman Hukukunda da eşit davranma borcunun sadece aynı işyerinde çalışan işçiler bakımından söz konusu olacağı kabul edilmiştir. Örneğin Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre; “ Bir işyeri devrinden sonra iş ilişkileri devredenden devralana geçer ve devralan daha önceki işverenle karşılaştırılan ya da işçi ve işveren temsilcileri arasında yapılan anlaşmadan kaynaklanan çalışma koşullarını devralınan işçilere sağlamaya devam ederse, devralınan işçiler eşit muamele esasına dayanarak devralan işverenin diğer iş ilişkilerinde mevcut olan daha iyi çalışma koşullarına ilişkin bir uyarılama talebinde bulunamazlar.... Devralan işveren devirden uzun süre geçmesi nedeniyle farklı çalışma koşullarını eşitleme yükümlü değildir. İşyeri devirden önceki mevcut çalışma şartlarının devam ettirilmesinde, zaten eşit muamele esasının uygulanması için maddi şartlar oluşmadığından daha sonraki bir eşitleme yükümlülüğü için hiçbir hukuki dayanak mevcut değildir. Doktrinin farklı uygulamalarının zaman içinde maddi temellerini kaybedebileceğini ve daha kötü şartlardaki işçinin eşitleme talebine yol açabileceği görüşü de savunulamaz. Sadece işveren yeni bir ücret düzeni oluşturmuşsa, bu konuda eşit muamele esasına bağlıdır¹⁶⁸”.

Federal İş Mahkemesi yakın tarihli kararlarında bu esastan kısmen dönerek, eşit davranma borcunun, işlem yapma yetkisiyle doğrudan bir bağlantısının bulunduğunu, bu sebeple işverenin kural koyma yetkisi dahilindeki tüm yerlerin, eşit davranma borcunun uygulanma alanına gireceğini kabul etmiştir. Bu görüş itibarıyla eşit davranma borcu sadece

¹⁶⁷ Demircioğlu/Centel, a.g.e., s. 119.

¹⁶⁸ Alman Federal İş Mahkemesi, T. 31.08.2005, Sayısı: 5AZR517/04, Kararın tam metni için bkz.: Baysal Ulaş, “Eşit Muamele-İşyeri Devri”, Alman Federal İş Mahkemesi Kararı, **Legal İSGHD** 2006, S. 11, s. 1077.

işyeri baz alınarak değil, işletme esasında da uygulanacaktır¹⁶⁹. Bu radikal içtihat oldukça eleştirilmiş, fakat içtihadın etkisi tahmin edildiği kadar fazla olmamıştır. Zira işverenlerin farklı işyerlerindeki işçilere farklı muamelede bulunmak için çoğunlukla haklı bir nedenleri bulunmaktadır. Bu haklı neden işyerinin yapısı, ekonomik durumu, coğrafi konumu, geçerli olan toplu iş sözleşmesindeki farklılık vb. olabilmektedir¹⁷⁰. Ayrıca işverenin işletme içinde eşit davranma borcu olduğu kabul edilse dahi yeni açtığı bir işyerinde çalışanlara diğer işyerlerinde sağlamakta olduğu faydaları sağlamak zorunda olduğu söylenemez¹⁷¹. Holdingler açısından duruma baktığımızda ise; holdinglerde her işletme bağımsız olarak yönetilir bu itibarla holdinglerde eşit davranma borcunun uygulanması söz konusu olamaz¹⁷².

Bizim kanaatimiz aynı işyerinin işçisi olma eşit davranma borcunun uygulanması açısından kural olmakla birlikte istisnaen belli başlı durumlarda aynı işletmeye dahil değişik işyerleri arasında işverenin eşit davranma borcu olabileceği yönündedir. Ancak bu durum yukarıda da belirttiğimiz gibi özellikle aynı işletmeye dahil işyerleri birbirine mesafe olarak çok yakınsa veyahut işyerleri arasında işçi değiş tokuşu varsa mümkün görülmelidir.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki; 4857 sayılı İş Kanunumuzun md.12/son ve md.13/3 hükümleri dikkate alındığında hukukumuzda işverenin eşit davranma borcunun sadece aynı işyerinin işçileri ile sınırlı olmadığı sonucuna varabiliriz¹⁷³. Nitekim İK.'nın 12. maddesinin son fıkrasında belirli süreli- belirsiz süreli çalışan işçiler arasında belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler aleyhine yapılabilecek bir ayrımcılığı önlemek için kriter olarak gösterilen emsal işçi işyerinin aynı veya benzer işte belirsiz

¹⁶⁹ Rudi Mülner Glöge, **Münchener Kommentar Zum Bürgerliches Gesetzbuch(Hennsler)**, München 2005, s. 253. (Naklen, Ulaş Baysal, “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinde Uygulanması”, **Legal İSGHD 2010**, sayı:25, s.70)

¹⁷⁰ Wolfgang Hromadka/ Frank Maschmann, **Arbeitsrecht Band I, Individualarbeitsrecht, Springer Verlag**, Heidelberg 2004, s. 262. (Naklen, Baysal, a.g.e., s.70)

¹⁷¹ Hromadka/Maschmann, a.g.e, s. 262.

¹⁷² Ulrich Preis, **Erfurter Kommentar Zum Arbeitsrecht, 6. bası, Verlag C. H. Beck**, München 2006, s. 1497. (Naklen, Baysal, a.g.e., s.70)

¹⁷³ Mollamahmutoğlu, a.g.e.,s. 543.

sürelî iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçisidir. Aynı fıkra hükmünce, işyerinde bu nitelikte bir işçi bulunmadığı takdirde o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer bir işte çalışan belirsiz süreli olarak çalıştırılan işçi dikkate alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle ilgili olan 13. maddenin üçüncü fıkrasında da kriter olarak emsal işçiden bahsedilmekte, emsal işçinin işyerinde aynı veya benzer işte çalıştırılan işçi olacağı, böyle bir işçi bulunmaması halinde o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer bir işi üstlenen işçinin emsal işçi kabul edileceği ifade edilmektedir¹⁷⁴.

B) İŞYERİNDE BİR İŞÇİ TOPLULUĞUNUN MEVCUDİYETİ

İşyerinde eşitlik veya eşitsizlikten söz edebilmek için, her şeyden önce birbirleriyle karşılaştırılabilecek kadar fazla sayıda işçinin, bir işçi topluluğunun mevcudiyeti şarttır¹⁷⁵. Başka bir anlatımla, işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için işyerinde işçi sıfatını taşıyan en az iki kişinin mevcut olması gerekmektedir¹⁷⁶.

Belirtmek gerekir ki; işyerinde iş sözleşmesiyle çalışmayanlar¹⁷⁷, ödünç iş ilişkisiyle işyerinde çalışan işçiler ve alt işverenin işçileri, kanun aksi yönde bir hüküm öngörmediği sürece eşit davranma borcuna konu olmayacaktır¹⁷⁸. Bununla birlikte geçici iş sözleşmesiyle gönderilen işçi, haklı ve objektif bir neden olmaksızın ödünç veren işveren tarafından işyerinde iş görmeye devam eden işçilerden farklı bir işleme tabi tutulmamalıdır. Bu hususta dikkat edilmesi gereken bir başka nokta ise, alt işverenlik ilişkisinin kurulamayacağı bir işte, alt işverenlik ilişkisi kurulmuş ve dolayısıyla alt işverenlik ilişkisi konusunda muvazaalı bir işlem söz konusu ise alt işverene

¹⁷⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e.,s. 543.

¹⁷⁵ Tuncay, Eşit Davranma, s. 149., Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 543., Aktay/Arıcı/Kaplan- Senyen, a.g.e., s. 158., Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 28., Demircioğlu/Centel, a.g.e., s. 119. Yıldız, a.g.e., s. 185.

¹⁷⁶ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 28.

¹⁷⁷ Zira eşit davranma borcu, işverenin aynı işyerindeki işçilerine karşı yüklendiği bir borç olarak aynı işyerinde çalışmakla beraber işçi sıfatı taşımayanlara karşı, yani işyerinde bulunmaları iş sözleşmesine dayanmayanlara karşı bir yükümlülük içermez.

¹⁷⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 14.

bağlı olarak çalışan işçilerin de asıl işverenin işçisi sayılması gerektiği ve eşit davranma borcuna bu işçiler bakımından da uyulması gerektiğidir¹⁷⁹.

Kamuya ait işyerlerinde ortaya çıkabilecek bir mesele ise, işyerinde var olan bir işçi topluluğunun yanında memurların da bulunmasıdır. Böyle bir durumda memur kadrosunda olan kişilerle işçi kadrosunda bulunan kişilerin birbirleriyle karşılaştırılarak eşit davranma borcunun içeriğinin belirlenmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay da memur ve işçilere farklı ücret zammı ile eşit davranma borcunun ihlal edildiğinin öne sürüldüğü bir davada, bu iki grubun karşılaştırılmasının mümkün olmadığından hareketle, davanın kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁸⁰.

C) İŞVERENİN KOLEKTİF NİTELİKTE BİR KURAL KOYMASI VEYA DAVRANIŞTA BULUNMASI

İşverenin eşit davranma borcundan bahsedebilmemiz için işverenin kapalı ya da açık bir biçimde kolektif bir kural oluşturması veya kolektif bir davranışta bulunması gerekmektedir¹⁸¹. Kolektif nitelikteki bir kural, genel, soyut ve objektif nitelikteki kurallardır. İşte eşit davranma borcunun ihlali için, işverenin bir veya bir kısım işçiye söz konusu kolektif kuralı veya davranış

¹⁷⁹ “ ...Somut uyuşmazlıkta, öncelikle davacı işçinin, davalı şirket işyerinde şirketin asıl işinde çalışıp çalışmadığı önem kazanmaktadır. Zira yukarıda açıklandığı gibi, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt taşerona verilemez. Verilmiş ise işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Davacının bu iddiası üzerinde durularak, davalılar arasındaki sözleşme getirilmeli, 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...”, Yarg. 9. HD, T. 27.03.2006, E. 2006/4860, K. 2006/ 7479, (Yıldız, a.g.e., s. 193).; Aynı yönde bir karar için bkz.: Yarg. 9. HD, T. 27.03.2006, E. 2006/4860, K. 2006/7479, Kararın tam metni için bkz.: www.kazanci.com.tr.

¹⁸⁰ Yarg. 9. HD, T. 29.01.2007, E. 2006/17010, K. 2007/955, Kararın tam metni için bkz.: www.kazanci.com.tr.

¹⁸¹ Wolfgang Hromadka/ Frank Maschmann, **Arbeitsrecht Band I, Individualarbeitsrecht**, Springer Verlag, Heidelberg 2004, (Naklen, Baysal, a.g.e., s.66). s. 261.; Preis, a.g.e., s. 1495.

uygulamaması gerekmektedir¹⁸². Dolayısıyla işverenin münferit nitelikteki işlem ve uygulamalarında, örneğin bir veya birkaç işçinin verimliliği veyahut çalışkanlığı sebebiyle ödüllendirilmesi durumunda, eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olmayacaktır¹⁸³.

Türk Hukuku bakımından aynı işi yapan işçilere mutlaka eşit ücretin ödenmesi mutlak bir kural değildir. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçilerin kıdemi, eğitim derecesi gibi objektif özellikleri ve performansı, yeteneği gibi sübjektif özellikleri itibarıyla farklı ücret kararlaştırılabilir¹⁸⁴. Nitekim bu hususta önemli olan işverenin aynı niteliklere sahip, aynı veya eşit değerdeki işlerde çalışan işçileri arasında keyfi ayırım yapmaması, eşit davranmasıdır¹⁸⁵. Başka bir anlatımla işverenin eşit davranma borcu haklı nedenler olduğu nisbette işçilere farklı işlem yapılmasına izin vermekte, hatta bunu gerektirmektedir. Bu itibarla farklı nitelikleri olan işçiler için farklı ücret kararlaştırılabileceği aşikardır.

Yukarıdaki genel kanaatin aksine Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında ücret belirlenmesi aşamasında, aynı işi yapan işçilere eşit ücret olmalıdır, yönünde görüş bildirdiğini görüyoruz. Oysaki bize göre; işverenin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçilerin objektif ve sübjektif özellikleri itibarıyla farklı ücret kararlaştırılabileceği, liberal bir sistemde tartışmaya açık dahi değildir. İlgili kararında Yargıtay, ayrımcılıkla ilgisi olmayan veya bir ayrımcılığın ortaya koyulmadığı olaylarda eşit ücretin aynı işi yapan işçiler arasında

¹⁸² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 544.

¹⁸³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 544.

¹⁸⁴ Bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 548.; Aynı yönde; “ İşverenin işçiler arasındaki, gerek objektif ve gerek sübjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları vs nedenlerle farklı ücreti , prim veya sosyal hak ödemesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini de kabul etmek gerekir”, Yarg. 9. HD., t. 20.05.1985, E. 2005/2546, K. 2005/5437(Süzek, İş Hukuku, s. 396).; “Belediyenin elektrik kısmında çalışan iki uzmanın gördükleri işin özelliği ve gösterdikleri başarı ve liyakat sebebiyle ve encümen kararıyla ücretlerinin yükseltildiği görülmektedir. Böylece davalı belediye, elektrik işletmesinde başkaca emsali olmayan iki işçinin ücretine zam yapmakla güttüğü amaç, işçiler arasında eşitsizlik yaratmak ve toplu iş sözleşmesini akdeden işçi kuruluşunu zayıflatmak olmayıp, daha ziyade başarılı iki uzman işçiyi işyerinde tutmak ve elektrik işletmesinin çalışmasını sürdürmektir”, Yarg. 9. HD., T. 30.03.1973, E. 1973/37337, K. 1973/8164(Tuncay, a.g.e. s. 130.)

¹⁸⁵ Yıldız, a.g.e., s. 65.

işverenin eşit davranma borcuna uygun davranmasının gereği olduğunu ifade etmiş ve hukuki bir temelden yoksun ve sözleşme özgürlüğünü zedeleyen bir karara imza atmıştır¹⁸⁶. Ancak genel olarak denilebilir ki; gerek içtihat gerek doktrin incelendiğinde, eşit davranma borcunun ücretler bakımından mutlak anlamda uygulanmayacağı kanısı hakimdir¹⁸⁷. Bununla birlikte belirtilmelidir ki; işçi ücretlerine yapılacak zamlar hususu farklı bir durum arz etmektedir. Zira işveren haklı bir nedeni olmadıkça aynı durumdaki işçilere farklı oranlarda zam yapamaz. İşverenin böyle bir uygulamaya gitmesi eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelir¹⁸⁸.

İşverenlerce yapılan performans değerlendirmelerine göre yapılacak zamlar hususu ise farklılık gösterir. Zira objektif olarak yapılacak bir performans değerlendirmesinin sonucuna göre farklı oranlarda zam yapılması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez¹⁸⁹. Nitekim Yargıtay da bir kararında, “Belediyenin elektrik kısmında çalışan iki uzmanın gördükleri işin özelliği ve gösterdikleri başarı ve liyakat sebebiyle ve encümen kararıyla ücretlerinin yükseltildiği görülmektedir. Böylece davalı belediye, elektrik işletmesinde başkaca emsali olmayan iki işçinin ücretine zam yapmakla güttüğü amaç, işçiler arasında eşitsizlik yaratmak ve toplu iş sözleşmesini akdeden işçi kuruluşunu zayıflatmak olmayıp, daha ziyade başarılı iki uzman işçiyi işyerinde tutmak ve elektrik işletmesinin çalışmasını sürdürmektir¹⁹⁰” ifadelerini kullanmıştır.

¹⁸⁶ Kararın tam metni için bkz.: Yarg. 9. HD., T. 09.02.2004, E. 2004/12524, K. 2004/1674, (www.kazanci.com.tr).

¹⁸⁷ örnek olarak bkz.: Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 120.; Özdemir, a.g.e., s. 259.

¹⁸⁸ Emine Tuncay Kaplan, “Eşit Veya Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi”, **BATİDER** C. XIX, Sayı:3, s. 56.; Ulucan, a.g.e., s. 196.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 28., Kenan Tunçomağ/ Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 37. Yıldız, a.g.e., s. 187-188., “...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...”, Yarg. 9. HD. T. 03.04.2000, E. 2000/1034, K. 2000/4713, Erdem Özdemir, “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalete”, Legal İSGHD 2005, Sayı:5, C.2, s. 260.; Aynı yönde Yarg. 9. HD.; T. 09.02.2004, E. 2004/12524, K. 2004/1674 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 397.

¹⁹⁰ Yarg. 9. HD., T. 30.03.1973, E. 1973/37337, K. 1973/8164(Süzek, İş Hukuku, s. 398.)

Yukarıda sözü geçen Yargıtay kararına benzer şekilde Grenoble İstinaf Mahkemesi, performansa dayalı ücret artışını düzenleyen “ranking” sistemini, daha önceden işçinin bilgisine sunulmuş, denetlenebilir, objektif ve şeffaf bir nitelik taşıdığından bahisle hukuka uygun olarak değerlendirmiş ve işçinin ayrımcılık iddiasını reddetmiştir¹⁹¹. Ancak tabi ki bir işçi, aynı veya eşit değerde işi eşit performansla yaptığı, aynı yada benzer niteliklere sahip bir diğer işçiden her hangi bir nedenle daha az ücret zammı aldığını düşünüyorsa yasal yollara başvurmak suretiyle hakkını arayabilir¹⁹².

İşveren işletme riskini üstlenmiş bir kişi olarak, elbette işyerinde bir kural oluşturup oluşturmamak veya bir davranışta bulunup bulunmamak konusunda serbesttir. Eğer bir kural oluşturmaya karar verirse kuralın içeriğini belirlemek hususunda da serbest olacaktır. Kural olarak kuralın uygulanacağı grubun belirlenmesinde özgür olan işveren, eşit davranma borcunu her zaman dikkate almak durumundadır¹⁹³. Yine işveren koyduğu kuralın istisnalarını oluşturduğunda, bu istisnaların uygulanacağı işçi veya işçilerin, kuralın uygulama alanına giren işçilerden daha kötü bir duruma düşmemesi gerekmektedir¹⁹⁴.

Yukarıda izah edilen hususlar işverenin vereceği disiplin cezaları bakımından da geçerlidir. İşin dağıtımı, sigara içme yasağı, işçinin üstünün ve eşyalarının aranması gibi konularda işveren haklı bir nedene sahip olmadıkça ayrımcılık yapmamalıdır¹⁹⁵. Zira bir kısım işçilerin üstleri aranırken bir kısmının aranmaması veya bazı işçilerin elektronik postaları takip edilirken diğerlerinin takip edilmemesi vb. eşit davranma borcunun ihlalini gündeme getirmektedir¹⁹⁶.

¹⁹¹ C.A. Grenoble, No: 02-687, 13.11.2002, (Kararın tam metni için bkz.: <http://www.courdecassation.fr/BICC/560a569/Jurisprudence/c&trib/trib569htm>, 26.03.2010, 13.45)

¹⁹² Yıldız, a.g.e., s. 188.

¹⁹³ Hromadka/Maschmann, a.g.e., s. 261., Tuncay, Eşit Davranma, s. 170 vd., Tankut Centel, **İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku**, C.1, 2. Bası, İstanbul 1994, s. 167.

¹⁹⁴ Hromadka/Maschmann, a.g.e., s. 262.

¹⁹⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 397.

¹⁹⁶ Bu konuda daha fazla örnek için bkz.: Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 88 vd.

Bu hususta son olarak belirtilmelidir ki; eşit davranma borcu sadece yapılan uygulamanın işverenden kaynaklanması halinde söz konusu olacaktır. Zira her hangi bir kanuni düzenlemeden veyahut toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir farklılık mevcutsa, artık işverenin eşit davranma borcundan söz edilemez¹⁹⁷. Bunun gibi üçüncü kişilerden kaynaklanan farklılıkları işverenin eşitlemek gibi bir görevi yoktur.

İşçiler arasındaki farklılığın kanuni bir düzenlemeden veya bir toplu iş sözleşmesinden kaynaklanması durumunda, ancak normlar hiyerarşisine göre farklılığın kaynağı düzenlemenin, bir üst kurala uygunluğu çerçevesinde denetlenebilecektir¹⁹⁸. Buna göre toplu iş sözleşmesiyle öngörülen maddi faydalardan sadece sendikaya üye olan işçilerin faydalanması eşit davranma borcunun ihlali olmayacaktır. Zira burada işçiler arasında oluşan farklılıklar toplu iş sözleşmesinin niteliği gereğidir¹⁹⁹. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; maddi faydalar hariç, ücretli izin, disiplin cezası, iş sağlığı ve güvenliği gibi konularda toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olmayan işçiye eşit davranılması kanun gereğidir²⁰⁰.

D) İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMUŞ OLMASI

İşverenin eşit davranma borcu kural olarak işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin olması durumunda ileri sürülebilir²⁰¹. Nitekim 4857 Sayılı İş

¹⁹⁷ Hromadka/Maschmann, a.g.e., s. 262.

¹⁹⁸ Hromadka/Maschmann, a.g.e., s. 262.

¹⁹⁹ Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 172.

²⁰⁰ Nitekim Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine göre; " İşveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırılmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.

Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır".

²⁰¹ Walter Weidenkaff, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, München 2005 (Naklen, Baysal, a.g.e., s.65), s. 864, Preis, a.g.e., s. 1496.; Aktay/Arıcı/Kaplan- Senyen, a.g.e, s. 158., Tuncay, Eşit

Kanunu'nun 5. maddesinde de "iş ilişkisi"nin devamı süresince ayırım yapılamayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla iş ilişkisinin öncesi ve sonrası eşit davranma borcuyla ilişkili bir dönem değildir²⁰².

İşçi işverenden aralarındaki iş ilişkisi başlamadan önce yaptığı kolektif işlemlerle ilgili olarak eşit davranma borcuna uyulması talebinde bulunamaz. İşçi, diğer işçilere kendisinin işe başlamasından önce sağlanan bir menfaati eşit davranma borcuna dayanarak talep edemez²⁰³. Bunun gibi işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi sona erdikten sonra da eşit davranma borcunun uygulanması söz konusu değildir²⁰⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken husus İş Kanunu'nun beşinci maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükümle Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki hükümdür. İş Kanunu'nun söz konusu fıkrasına göre, iş sözleşmesinin yapılmasında ve şartlarının oluşturulmasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı bir işlem yapılamayacağı öngörülmüştür. Yine Sendikalar kanunu'nun 31. maddesinin ilk fıkrasına göre; "İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz". Söz konusu iki hüküm daha önce belirttiğimiz eşit davranma borcunun iş ilişkisinin kurulmasından sonra başlayacağı kuralının istisnalarını oluşturur.

E) ZAMANDA BİRLİK

Eşit davranma yükümlülüğünün ortaya çıkması için gerçekleşmesi gereken bir diğer koşulun ise zamanda birlik olduğu ifade edilmiştir²⁰⁵. Bu koşul itibariyle, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranış

Davranma, s. 151, Aynı yazar, Eşit Davranma İlkesi, s. 29, Yıldız, a.g.e, s. 192., Tunçomağ/Centel, s.g.e, s. 135.

²⁰² Preis, a.g.e, 1496.

²⁰³ Hromadka/Maschmann, a.g.e., s. 260.

²⁰⁴ Tunçomağ/Centel, a.g.e, s. 10.

²⁰⁵ Tuncay, Eşit Davranma, s. 150, Aynı yazar, Eşit Davranma İlkesi, s. 28-29.

davranmadığını belirlenirken aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş uygulamalar karşılaştırma için esas alınmalıdır²⁰⁶. Başka bir anlatımla bu ölçüte göre; işçi ancak aynı zaman diliminde gerçekleşmiş olan olgulara dayanmak suretiyle hak talep edebilecektir²⁰⁷.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, karşılaştırma yapılırken geçmişte yapılan bir uygulama bugün yapılan bir uygulama için ölçüt olarak kabul edilmemelidir²⁰⁸. Nitekim Yargıtay uygulamasında da söz konusu zaman ölçütü bir kriter olarak esas alınmaktadır. Örneğin Yargıtay'ın ele almış olduğu bir uyuşmazlıkta, işçi kendisine her yıl için 30 gün üzerinden kıdem tazminatı hesaplandığını, oysaki yapılan hesaplamanın toplu iş sözleşmesinde bulunan 45 gün üzerinden yapılması gerektiğini iddia ederek fark kıdem tazminatı istemiştir. Yerel mahkeme de eşit işe eşit ücret prensibinden hareketle işçinin talebi yönünde karar vermiştir. Yargıtay ise; "... Dosyadaki bilgi ve belgelere ve mahkemece karara esas alınan bilirkişi raporuna göre kapsam dışı 4 işçinin sözleşmeleri 1997 yılı içinde son bulmuştur. Davacının ise 2000 yılında sözleşmesi bozulduğuna göre arada 3 yıl gibi uzun bir süre mevcuttur. Gerçekten 1997 yılından sonra ekonomik krizin ortaya çıkması sonucu davacı ve bir kısım işçiler sözleşmelerini 1474 Sayılı Yasa'nın 16. maddesine göre feshetmişlerdir. Bundan başka 1997 ile 2000 yılları arasında işverenin de değiştiği görülmektedir. Bir başka anlatımla işyeri el değiştirmiştir. Yeni işveren ile eski işverenin uygulamalarının farklılığından söz edilemez. Son olarak, ayrıca şu hususun da belirtilmesi önem taşımaktadır. her işçi işverenle yapmış olduğu sözleşmeye göre özel hükümler konulmak suretiyle çalıştırılabilir. Bir an için yukarıdaki hususlar gerçekleşmemiş olsa dahi mahkemece önceki sözleşmeleri feshedilen işçilerin hizmet akitleri getirtilerek özel hükümler taşıyıp taşımadıkları tespit edilmeliydi. Bu hususlar dahi araştırılmadan bütün işçiler için aynı durum söz

²⁰⁶ Yıldız, a.g.e., s. 189.

²⁰⁷ Yıldız, a.g.e., s. 190.

²⁰⁸ Fatih Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", **Legal İSGHD** 2005, C.2, S.8, s. 1626.

konusuymuş gibi isteğin hüküm altına alınması hatalıdır...²⁰⁹” hükmünü öngörmek suretiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Doktrinde haklı olarak eşit davranma borcuna aykırı olarak davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde zaman ölçütünün önemli bir işlevi olduğunu, ancak aynı zaman dilimi kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusuna da bir cevap bulunması gerektiği ifade edilmiştir²¹⁰. Nitekim bu kavramdan hiçbir zaman aynı gün aynı hafta gibi kısa süreli bir dönem anlaşılmamalıdır. Bu husustaki genel kanaat, işyerinde bulunan ve karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının aynı şekilde devam ettiği süre içinde gerçekleşen uygulamaların “aynı zaman dilimi” içinde değerlendirilmesi gerektiğidir²¹¹. Nitekim aynı çalışma koşulları çerçevesinde çalışmış olan, eşit veya eşit değerde işi aynı verimle yapmış olan, kişisel durumu bakımından da aynı kabul edilen işçilere eşit davranılması gerekmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz husus Yargıtay’ın da son zamanlarda vermiş olduğu kararlarla uyumludur. Nitekim konuyla ilgili bir Yargıtay kararına göre; “ ...Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava konusu döneme ait prim, hizmet akdi devam eden emsal durumdaki işçilere ödenmiş ise, bundan davacının da yararlandırılması işverenin eşit işlem yapma borcunun bir gereğidir. Davacının ödeme sırasında görev başında bulunmaması sonuca etkili değildir. Davalı işyerinde 2000 yılında 1999 dönemi için teşvik primi ödenip ödenmediği hususunda dosya içerisinde bilgi bulunmamaktadır. Mahkemece yapılacak iş; işyeri kayıtları üzerinde ve özellikle davalı şirket yönetim kurulunun 2000 yılına ait karar defteri üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılarak anılan döneme ilişkin emsali durumdaki işçilere teşvik priminin ödenip ödenmediğinin ve miktarının açıklığa kavuşturulmasından sonra hasıl

²⁰⁹ Yarg. 9. HD., T. 11.03.2002, E. 2002/18348, K. 2002/ 3479 (Yıldız, a.g.e., s. 190).

²¹⁰ Yıldız, a.g.e, s. 190.

²¹¹ Yıldız, a.g.e, s. 190.

olacak sonuca göre hüküm kurulmasından ibarettir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır...²¹²”.

Bu hususta son olarak Avrupa Birliği Adalet Divanının vermiş olduğu bir karar dikkat çekicidir. Söz konusu olayda bir kadın işçi kendisiyle aynı işte çalışan bir erkek işçiden daha az ücret almış olduğunu ve dolayısıyla cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa maruz kaldığını iddia etmiştir. Buna karşılık mahkeme arada zaman farkı olduğunu ve geçen süre içerisinde ekonomik durumun veya şirketin gelirlerinde bir değişim yaşanmış olduğunu öngörerek ayrımcılık yapıldığı iddiasını reddetmiştir²¹³.

Yukarıda kabaca izah ettiğimiz karar oldukça eleştirilmiştir. Eleştirilerin temelinde AB Kurucu Antlaşmasının 141. maddesinin öngörülmesindeki amacın ayrımcılığın önlenmesi olduğu ve bu itibarla zaman faktörüne çok dikkatli yaklaşılması gerektiği yatmaktadır²¹⁴.

F) UYGULAMA BİR VEYA BİR KISIM İŞÇİNİN ALEYHİNE OLMALI

İşverenin, işçilere fayda sağlamak amacıyla bir düzenleme yapması veya bir davranışta bulunması durumunda, bir ya da bir kısım işçi haklı bir neden olmaksızın bu kuralın veya davranışın dışında bırakılmamalı, kural veya davranışa muhatap olanlardan daha kötü bir duruma düşürülmemelidir²¹⁵.

Eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olabilmesi için belirli bir sayıda işçinin olumsuz anlamda etkilenmiş olması şart değildir. Bir tek işçi bile diğerleri ile karşılaştırıldığında daha olumsuz bir davranışa muhatap tutuluyorsa, işveren de bu ayrımcılığı objektif bir biçimde haklılaştırıyorsa

²¹² Yarg. 9. HD. , T. 04.06.2001, E. 2001/9131, K. 2001/9265, Aynı yönde, Yarg. 9.HD. , T. 13.06.2005, E. 2005/18241, K. 2005/21007(Kararların tam metni için bkz.: www.kazanci.com.tr).

²¹³ Brian Bercusson, **European Labour Law**, Butterworths 1996, s. 177.

²¹⁴ Bercusson, a.g.e., s. 177.

²¹⁵ Preis, a.g.e, s. 1495.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 29.; Yıldız; a.g.e., s. 192.

burada işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı söylenebilecektir²¹⁶.

İşveren bakımından esas olarak yasak olanın, keyfi bir işlemle bir veya birden fazla işçiyi diğerlerinden daha kötü bir duruma sokmak olduğu belirtilmelidir. Keyfi bir işlem derken kastımız, rasyonel bir temelden yoksun veyahut amaç-araç ilişkisinde orantısızlığın mevcut olduğu bir işlemdir²¹⁷. Bu duruma bir örnek vermek gerekirse; işverenin iştirak edilmesi zorunlu olmayan şirket etkinliklerine katılmayan işçisinin şirkete bağlılığından kuşku duyması ve bu nedenle ikramiyesini kesmesi olarak düşünülebilir²¹⁸.

V) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN NİSPİLİĞİ VE MUTLAK ANLAMDA UYGULANABİLECEĞİ AYRIK DURUMLAR

A) GENEL OLARAK

İşverenin eşit davranma borcu nispi, göreceli bir niteliğe sahip olan bir işveren borcudur²¹⁹. Nitekim ayrımcılık yasağının mutlak bir nitelik taşıdığı sınırlı haller dışında işverenin eşit davranma borcu nispi bir yapıdadır²²⁰. Daha önce de belirttiğimiz gibi eşit davranma borcunda önem arz eden husus, işverenin aynı niteliklere sahip, aynı veya eşit değerdeki işlerde çalışan işçiler arasında eşit davranmasıdır²²¹.

²¹⁶ Yıldız, a.g.e., s. 192.

²¹⁷ Hromadka/Maschmann, a.g.e., s. 263.

²¹⁸ Hromadka/Maschmann, a.g.e., s. 263.

²¹⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 537.; Süzek, Eşit Davranma, s. 26-27.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 120.; Nuri Çelik, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:4, Aralık 2006, s. 5., Yıldız, a.g.e., s. 65., Süzek, İş Hukuku, s. 396.

²²⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 537.;

²²¹ Yıldız, a.g.e., s. 65.

Eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin özelliklerinden biri olan kişisel özelliklerini bertaraf etmediğinden, işveren farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücret ve iş sözleşmesine son verme bakımından nispi bir borç altındadır²²². Başka bir deyişle işverenin ayırım kastı bulunmuyorsa farklı nitelikteki işçilere farklı davranabilir. İşveren, gerek işçinin yaptığı iş, o işteki uzmanlık derecesi, gördüğü öğrenimi, kıdemi gibi objektif sebeplere gerek yetenek, çalışkanlık, verimlilik, liyakat gibi sübjektif sebeplere dayanarak farklı işlem yapabilir²²³. Zaten bunun aksine bir düşünce liberal bir sistemde işverenin sözleşme özgürlüğüne²²⁴ kabul edilemeyecek bir müdahale oluşturur²²⁵.

İşveren ölçülülük ilkesine uygun olarak, ayırım yapmada haklı bir amacı varsa, yani bu davranışını haklılaştırabilirse ve yapılan ayırım hedeflenen bu amaçla orantılı ise, ayrımcılık yapma yasağı ve dolayısıyla eşit davranma borcu ihlal edilmiş sayılmaz²²⁶.

Yüksek Mahkeme de bir kararında yukarıda bahsettiğimiz hususu vurgulamıştır. Nitekim bir kararında; “ işverenin, işçiler arasında gerek objektif ve gerçek sübjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları vb. nedenlerle farklı ücret, prim veya sosyal hak ödemesinin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir²²⁷” hükmünü öngörmüştür.

²²² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 537.

²²³ Süzek, Eşit Davranma, s. 27.

²²⁴ Sözleşme özgürlüğü genel olarak iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşme yapma serbestisini, başka bir ifadeyle kişilerin her hangi bir sözleşme yapıp yapmamak ve sözleşmeyi dilediği kimselerle yapma serbestisidir. Sözleşme özgürlüğünün bir diğer yönü ise tarafların yapacakları sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenlemem serbestini ifade eder. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakan Keser, “ 4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş** 2004, C.7, Sayı:3, s. 38 vd.;

²²⁵ Süzek, Eşit Davranma, s. 27.

²²⁶ Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 996.

²²⁷ Yarg. 9. HD., T. 20.05.1985, E. 1985/2546, K. 1985/5437(Süzek, Sarper, İş Hukuku, s. 396).

Belirtmek gerekir ki; işverenin eşit davranma borcu bir takım sınırlı hallerde mutlak bir nitelik taşımaktadır²²⁸. Nitekim işveren, işçileri arasında bazı sebeplere(cinsiyet, ırk, din, dil vb.) dayanarak hiçbir şekilde ayırım yapamaz. Bunun gibi insan hak ve özgürlüklerine mutlak olarak uyulması gereken konularda eşit davranma borcu da mutlak bir nitelik arz eder²²⁹.

İşverenin işyeri düzenine ilişkin uygulamalarında, işçilere yaptığı sosyal yardımlarda eşit davranma borcu mutlak bir nitelik taşır²³⁰. Bununla birlikte işveren eğer objektif nedenler mevcutsa bu yükümlülüğünden kurtulabilir²³¹. Örneğin, sigara içme yasağının tüm işçilere uygulanması gerekir. Ancak objektif nedenler mevcutsa, işyerinin bir bölümünde sigara içilmesinin tehlikeli olması gibi, bu yasak işçilerin sadece bir bölümüne getirilebilir²³².

Eşit davranma borcunun mutlak olduğu haller ekseriyetle daha önce bahsettiğimiz şekli eşitlik bakımından ayırım yapmama yükümlülüğünde söz konusu olur. İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülmüş olan dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayrımcılık yapılması yasaktır. Bu nedenle işveren; farklı ırktan, cinsiyetten, dinden vb. işçiler arasında işe alma aşamasından başlayarak iş ilişkisinin devamı ve sona ermesine kadar iş sözleşmesinin tüm safhalarında salt bu nedenlere dayalı olarak ayırım yapmamalı, işçilere eşit davranmalıdır.

²²⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.; Çelik, Eşit Davranma Borcu, s. 5.; Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 978.

²²⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.

²³⁰ Bu sosyal yardımlar, taşıma, doğum, evlenme, yaşlılık, malullük, ölüm gibi hallerde işverenin hukuki bir zorunluluk altında olmaksızın yaptığı yardımlardır. Bu gibi hallerde işçiye yardım yapılması yasadan veya sözleşmeden doğabileceği gibi işverenin tek taraflı bir hukuki işleminden de doğabilir. Yani işveren bunu hiçbir hukuki zorunluluk altında olmaksızın sadece işçilerine sosyal bir yardımda bulunmak amacıyla da üstlenebilir. Uzun yıllar işverene hizmet etmiş, ona sadakatle çalışmış işçisine, artık çalışma gücünü kaybettiği bir dönemde işverenin yardım yapması, doktrinde çoğunlukla işverenin işçiye gözetme borcunun bir neticesi, iş sözleşmesi bittikten sonra dahi bu borcun bir devamı olarak görülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s. 207.

²³¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.

²³² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; İş Hukuku bağlamında, işverenin ayrımcı işlemi yaparken taşıdığı saikin de her hangi bir önemi yoktur²³³. Dolayısıyla ayrımcılık yapılması, taşıdığı saikten bağımsız olarak, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı bir biçimde incelenecek olan ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesine imkan tanır²³⁴.

Bu hususta değinilmesi gereken bir diğer nokta ise; kanunun cinsiyet, uyrukluk vb. ile ilgili olarak düzenlediği kurallara uygun davranan işverenin, eşit davranma borcuna aykırı davrandığının ileri sürülememesidir. Nitekim kanuni bir yükümlülüğü yerine getiren işverenin farklı uygulamaları, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez²³⁵.

Kural olarak denilebilir ki; işverenin ikram veya hediye olarak verdiği şeyler sebebiyle eşit davranma borcuna aykırı davrandığı söylenemez. Örneğin, doğum yapan bir işçiye altın takması, buna mukabil aynı durumdaki bir başka işçisine altın takmaması bu borcun dışında kalır²³⁶. Bunun nedeni eşit davranma borcunun hukuken talep edilebilir şeylere ilişkin olmasıdır. İşçinin hukuken talep edebileceği şeyler ise, geniş anlamda ücrete ve işverenin yönetim ve disiplin hakkına istinaden yaptığı uygulamalara ilişkindir. İşverenin eşit davranma borcunun uygulama alanları başlıca beş grupta toplanabilir²³⁷. Bu gruplar aşağıda sırasıyla izah edilecektir.

B) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULAMA ALANLARI

1) İşverenin İş Sevk ve İdaresi

Kural olarak işverenin;

²³³ Yıldız, a.g.e., s. 72.

²³⁴ Yıldız, a.g.e., s. 72.

²³⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.

²³⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.

²³⁷ Tunçomağ/ Centel, a.g.e., s. 134-135.

- işin dağıtımında²³⁸,
- çalışma zamanlarının düzenlenmesinde²³⁹,
- işçiye disiplin cezası verilmesinde²⁴⁰,
- işçinin meslekte yükseltilmesinde²⁴¹,
- kapı kontrollerinde²⁴²,
- greve katılmayan işçilerin çalıştırılmasında

eşit davranma borcu vardır. Aşağıda bu hususları sırasıyla ve biraz daha ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğiz;

Kural olarak denkleştirme için bir fark ücret ödenmedikçe, yürütülecek işler, eşit durumda olan işçilere eşit biçimde dağıtılmalıdır²⁴³. Daha çok kazanç getiren veyahut daha zahmetli olan bütün işler aynı durumda olan işçilere eşit olarak dağıtılmalıdır²⁴⁴. Örneğin hiçbir işçinin yapmak istemediği bir iş sürekli aynı işçiye yaptırılıyorsa, burada artık eşit davranma borcunun ihlali gündeme gelir.

Bu hususta ifade edelim ki; her işçinin istediği daha kazançlı veya daha kolay bir iş mevcutsa elbette işverenin seçim hakkı vardır. Ancak bu durumda dahi seçim yaparken eşitliğe uygun bir sıralama yapması gerekir. Hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde ise eğer işverenin kendi işçileri bu işleri yapıyorsa, sürekli aynı işçilere bu işlerin yaptırılmaması eşit davranma borcuna uygun bir uygulamadır. Aksi takdirde hiçbir haklı neden bulunmazken bu işlerin sürekli aynı işçilere yaptırılması eşit davranma borcuna aykırıdır²⁴⁵.

²³⁸ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 30.

²³⁹ Tuncay, Eşit davranma İlkesi, s. 30.

²⁴⁰ Disiplin cezalarının uygulanmasında eşit davranma borcu için bkz.: Süzek, İş Hukuku, s. 397.; Mollamahmutoğlu, a.g.e, s. 538.; Erdem Özdemir, “ Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, **Legal İSGHD** 2005, Sayı:5, C.2, s. 258., Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, 3. Bası, C. I, İzmir 1998, s. 249.

²⁴¹ Yılsız, a.g.e, s. 207.

²⁴² Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul 1981, s. 68-69.

²⁴³ Tuncay, Eşit Davranma, s. 159.

²⁴⁴ Tuncay, Eşit Davranma, s. 159.

²⁴⁵ Tuncay, Eşit Davranma, s. 160.

İşin dağıtımında eşit davranma borcuna uygun davranma gereğinin yasayla düzenlendiği durumlar da mevcuttur. Örneğin, Sendikalar kanunu'nun 31. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; "İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz".

Yine çalışma zamanlarının düzenlemesinde de işverenin eşit davranma borcu mevcuttur. Esasen hukukumuzda iş süreleri genellikle yasalarca belirlendiğinden işverenin bu konuda bir ayırım yapma ihtimali düşüktür. Bununla birlikte örneğin postalar halinde çalışmada sürekli aynı işçinin gece postasında çalıştırılması eşit davranma borcuna aykırıdır.

Pazar ve tatil günlerine rastlayan fazla çalışmaların da hangi işçiye yaptırılacağı hususunda da bunlar eğer zevkli ve kazançlı bulunduğu için gönüllü çok, buna karşılık zahmetli ve az kazançlı bulunduğu için isteklisi yok ise işverenin eşit davranma borcu gündeme gelebilir²⁴⁶. Bu hallerde nöbetleşe sıralama usulüne uyulması her halde en mantıklı çözüm olarak gözükmektedir.

İşveren disiplin hükümlerini uygularken de eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır. Örneğin, kapı denetimine ilişkin uygulamalarında işçiler arasında ayrımcılık yapılmaması gereklidir²⁴⁷. Esasen işçilerin işyerlerine girin ve çıkışlarında eşyalarının ve özellikle üstlerinin aranması, kişi özgürlüğüne bir saldırı niteliği taşır. Bununla birlikte bazı hallerde işyerinin güvenliğinin sağlanması bakımından(özellikle değerli ham maddelerin

²⁴⁶ Münir Ekonomi, **İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku**, C.I, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 157.; Taşkent, a.g.e., s. 82 vd., Yıldız, a.g.e., s. 207.

²⁴⁷ Süzek, Eşit Davranma, s. 29.

işlendiği veyahut işyerine farklı bir şey sokulmasının iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürdüğü hallerde²⁴⁸) işçilerin giriş ve çıkışlarında kapı kontrolü yapılmasını kaçınılmaz kılar.

İşçinin bu husustaki rızası, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleriyle önceden alınabileceği gibi, durumun özelliği, yapılan işte alışlagelmiş adetler veya dürüstlük kuralları arama yapmaya imkan tanırırsa işçilerin kapı kontrolünde aranması hukuka aykırı sayılmaz²⁴⁹.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kapı kontrolü bakımından yapılan aramalar esas itibarıyla işçinin rızasına dayanmalıdır ve rıza işçiden açık veya örtülü bir şekilde alınabilir²⁵⁰. Bununla birlikte rıza ne şekilde alınmış olursa olsun şu hususlara dikkat etmek gerekir;

- kapı denetimi yapılmasını gerektiren bir nedenin(örneğin işyerinde çok kıymetli eşyaların bulunması gibi) mevcut olması,
 - denetim sırasında işçinin onur ve saygınlığı zedelenmemesi,
 - işçi gereğinden fazla bir zaman kapıda tutulmaması,
 - kapı denetimlerinin eşit davranma borcuna aykırı bir biçimde yapılmaması,
- gerekir.

İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde kullanabileceği bir diğer yetki ise mesleğinde terfi ettirilmesidir. Genel olarak çoğunlukla iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle esasları belirlenen terfileri açıklık

²⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s. 164 vd.

²⁴⁹ Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 211; M. Kemal Oğuzman, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan**, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990, s. 536.

²⁵⁰ Oğuzman, a.g.e., s. 536.; Sevimli, a.g.e., s. 212. ; Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, T.C. Anadolu Üniversitesi yayınları, Eskişehir 2002, s. 129.

olmayan durumlarda işverenler yapabilmektedirler. Ancak işveren bu hakkını keyfi ve ayırım gözetici bir biçimde kullanmamalıdır²⁵¹.

Bu hususta son olarak ifade edelim ki; beceriklilik ve verimlilikleri nedeniyle bir takım işçilerin mesleklerinde yükseltilmelerinde kanun veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine bir aykırılık olmadığı gibi, işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir uygulamadan da söz edilemez²⁵².

2) Ücretlerde

a) İşçi İşe Girerken

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin yapılması sırasında ücret miktarı belirlenirken, kural olarak işverenin eşit davranmakla yükümlü olmadığı kabul edilmektedir²⁵³. Nitekim işçi ile işveren arasında henüz bir iş ilişkisi kurulmamıştır. Eşit davranma borcunun doğumu için ise kişiler arasında bir iş ilişkisinin mevcudiyeti gerekir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin yapılması aşamasında sözleşme serbestliği ilkesi mevcuttur ve bu ilke eşit davranma borcundan önde gelmektedir²⁵⁴.

Yukarıda bahsettiklerimiz kural olmakla birlikte ücret belirlenmesi aşamasında işverenin eşit davranma borcunun bulunduğu bir takım istisnai durumlar da mevcuttur. Bunları sıralarsak;

- Ücretler toplu iş sözleşmesiyle belirlendiyse ve işe giren işçi sözleşmeye taraf sendikaya üyeyse, işveren sözleşmede belirlen ücreti

²⁵¹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 167

²⁵² Tuncay, Eşit Davranma, s. 167

²⁵³ Süzek, Eşit Davranma, s. 28.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 169; Aynı yazar, Eşit Davranma İlkesi, s. 30; Aktay/ Arıcı/ Kaplan- Senyen, a.g.e., s. 160.; Devrim Ulucan, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 195.

²⁵⁴ Tuncay, Eşit Davranma, s. 169.

ödemek durumundadır. Ancak burada eşit davranma borcundan ziyade toplu iş sözleşmesine bağlılıktan kaynaklanan bir durum mevcuttur

- Toplu iş sözleşmesinin Bakanlar Kurulunca teşmilinde de işveren sendikalı olsun olmasın işkolunda çalışan bütün işçilere toplu iş sözleşmesindeki ücreti ödemek durumundadır.

- Yürürlükte bulunan asgari ücretin altında bir ücret belirlenemeyeceğine göre, işçiler arasında kısmi bir eşitlik sağlanmış olmaktadır.

- Anayasa'da ve İş Kanunu'nda bulunan mutlak ayırım yasakları, başlangıçta ücret belirlenirken de işvereni bağlayıcı bir etkiye sahiptir²⁵⁵.

b) İş Sözleşmesinin Devamı Esnasında

Ücretlerde işverenin eşit davranma borcu, iş ilişkisi devam ederken gevşekte olsa bir uygulama alanına sahiptir²⁵⁶. Şöyle ki; eşit davranma borcu eşit durumlar söz konusu olduğunda uygulanan bir borçtur. Bu durumda işçilerin öğrenim derecesi, yaş, liyakat, yetenek, çalışkanlık, beceriklilik, verimlilik gibi sübjektif özellikler itibariyle farklı ücret uygulaması yapılabilir²⁵⁷.

Yüksek Mahkeme, işçiye daha az ücret zammı yapılmasının haklı ve objektif nedenlere dayanmaması halinde, eşit davranma borcunun ihlal edildiği kanaatini taşımaktadır²⁵⁸. Nitekim bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararına ile; "...Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, işyerinde çalışan işçilere Nisan 2003 tarihinde 90.000.000. TL zam yapıldığı halde, davacı

²⁵⁵ Tuncay, Eşit Davranma, s. 170.

²⁵⁶ Özdemir, Ücret, s. 257 vd.

²⁵⁷ Tuncay, Eşit Davranma, s. 30; Aynı yazar, Eşit Davranma İlkesi, s. 170 vd.; Süzek, İş Hukuku, s. 396.; Aynı yazar, Eşit Davranma, s. 28.

²⁵⁸ Örnek olarak bakınız.: Yarg. 9. HD., T. 18.02.2003, E. 2003/13208, K. 2003/1836.(Legal İSGHD Sayı:3). ; Yarg. 9. HD: , T. 08.04.2004, E. 2004/18893, K. 2004/7996 (Legal İSGHD Sayı: 5).; Yarg. 9. HD:, T. 05.04.2005, E. 2005/9518, K. 2005/ 12140(Legal İSGHD Sayı:8).

işçiye verim düşüklüğünden söz edilerek bu ücret artışının 20.000.000.TL uygulandığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin verimsiz çalıştığına dair işverence yapılmış bir tespit de bulunmamaktadır. İşverenin gerekçesiz olarak davacıya emsallerinden daha az ücret artışı yapması, işçiye iş sözleşmesini haklı olarak fesih imkanı vermektedir. Davacı işçinin işverenin bu beyanı üzerine işyerinden ayrıldığı işverence tutulan tutanaklar ile dinlenen tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesini feshi haklı nedene dayandığından kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekir. Kararın bu yönden bozulması gerekmiştir” hükmü öngörülmüştür²⁵⁹.

Yine Yargıtay’a göre, her hangi bir gruplandırma veya performans değerlendirmesine dayanmayan (seyyanen yapılan) ücret zammından tüm işçilerin yararlandırılması gerekir²⁶⁰. Aynı şekilde 9. Hukuk Dairesinin bir kararı uyarınca; “ işveren tüm işlemlerinde olduğu gibi ikramiye dağıtımında da aynı durumdaki işçileri arasında farklı işlem yapamaz²⁶¹”.

İşveren işçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız bir biçimde önceden belirlediği bir düzenleme itibarıyla ücret ödemesi yapıyorsa, örneğin işçilerin Pazar günleri çalışmaları halinde kanunun belirlediği oranın üzerinde zamlı ücret ödüyorsa, işçilerin bazılarını keyfi olarak bu uygulamanın dışında bırakamaz²⁶².

Yine Yüksek Mahkeme bir ikramiyenin dağıtıldığı tarihte işyerinde çalışmayan işçinin ikramiyeden yoksun bırakılmasını eşit davranma borcuna aykırı buluştur. Yüksek Mahkemenin söz konusu kararında; “Davacı dava

²⁵⁹ Yarg. 9. HD., T. 04.05.2005, E. 2005/9518, K. 2005/12140 (http://www.koopis.org.tr/yargitaydetay.php?id=10_16.02.2010_14.45). ; Aynı yönde, “...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...”, Yarg. 9.HD.; T. 03.04.2000, E. 2000/1034, K. 2000/4713 (Yıldız, a.g.e., s. 212.)

²⁶⁰ Örnek olarak bkz.: Yarg. 9. HD., T. 06.10.2003, E. 2003/3501, K. 2003/ 16308.(www.tekstilisveren.org)., Bu kararın değerlendirmesi için bkz.: Özdemir, Ücret, s. 257 vd.

²⁶¹ Yarg. 9. HD., T. 09.03.2005, E. 2005/3551, K. 2005/ 7831., (Süzek, Eşit Davranma, s. 28.)

²⁶² Süzek, Eşit Davranma, s. 28.

konusu yapılan 2003 yılında davalıya ait işyerinde çalışmış ve bu çalışması ile davalı şirketin kar etmesinde payı olmuştur. Davalı işverenin karın dağıtım tarihinde işyerinde çalışmadığı gerekçesi ile davacıya temettü ikramiyesi ödenememesine karar verilmesi eşitlik ilkesine ve Dairemizin istikrar kazanmış uygulamasına uygun düşmemektedir²⁶³ ifadelerine yer verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki; işveren, bir takım özellikleri dikkate alarak ikramiye veya sosyal yardımların dağıtılmasında işçileri gruplara ayırabilir. Örneğin bu türden yardımlar sadece işyerinde belli bir sorumluluğu üstlenenlere, ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlara, nitelikli ve vasıflı çalışanlara, kıdemli işçilere, evlilere veya belirli sayıda çocuk sahibi olanlara verilebilir. Bununla birlikte işveren bu grupları oluştururken keyfi davranamaz ve haklı, objektif nedenler bulunmadıkça aynı gruptaki işçileri farklı işleme tabi tutamaz²⁶⁴.

Benzer şekilde, işveren her hangi bir ödemenin yapılmasını bir takım objektif gerekçelere dayandırmış olabilir²⁶⁵. Söz konusu objektif uygulamanın dışında kalan işçiler eşit davranma borcuna aykırılığı iddia edemezler. Yargıtay da aynı yönde; “ Yönetim Kurulu kararında liyakat primine hak kazanabilmek için C şirketinden davalı şirkete intikal eden işçinin bu intikal anında 45 yaşını doldurması ve işverence 5 yıl içinde iş sözleşmesinin feshedilmiş olması gibi koşullar öngörülmüştür. Anılan kararda işçi tarafından emeklilik suretiyle fesih halinde liyakat primine hak kazanılacağı kuralı

²⁶³ Yarg. 9. HD., T. 13.06.2005, E. 2005/18241, K. 2005/ 21007, (Legal İSGHD, Sayı: 8).; Aynı yönde, “Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava konusu döneme ait prim, hizmet akdi devam eden emsal durumdaki işçilere ödenmiş ise, bundan davacının da yararlandırılması işverenin eşit işlem yapma borcunun bir gereğidir. Davacının ödeme sırasında görev başında bulunmaması sonuca etkili değildir. Davalı işyerinde 2000 yılında 1999 dönemi için teşvik primi ödenip ödenmediği hususunda dosya içerisinde bilgi bulunmamaktadır. Mahkemece yapılacak iş; işyeri kayıtları üzerinde ve özellikle davalı şirket Yönetim Kurulunun 2000 yılına ait karar defteri üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılarak anılan döneme ilişkin emsali durumdaki işçilere teşvik priminin ödenip ödenmediğinin ve miktarının açıklığa kavuşturulmasından sonra hasıl olacak sonuca göre hüküm kurulmasından ibarettir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır”, Yarg. 9. HD., T. 04.06.2001, E. 2001/9131, K. 2001/9265 (<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=229449>), 18.02.2010, 12.15).

²⁶⁴ Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 997.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 170.; Yıldız, a.g.e., s. 212.; Süzek, Eşit Davranma, s. 29.

²⁶⁵ Süzek, Eşit Davranma, s. 29.

mevcut değildir. Yönetim kurulunun davaya konu kararında C şirketinden intikal eden personele işverence 5 yıl çalışma yönünden belli bir iş güvencesi sağlanmıştır. İş sözleşmesinin emeklilik sebebiyle işçi tarafından feshinin, işveren feshiyle aynı mahiyette olmadığı açıktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen işverenin eşit davranma borcu, maddede sözü edilen aynı durumdaki işçiler bakımından bir anlam ifade etmektedir²⁶⁶ hükmünü öngörmüştür.

c) Toplu İş Sözleşmesi Uygulanan İşyerlerindeki Ücretler

Toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde, sözleşmeye taraf olan sendikaya üye olan veya dayanışma aidatı ödeyenler ile bunların dışında kalan işçiler arasında ücret farklılıklarının olması eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelmez²⁶⁷. Nitekim Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi, sendikal nedenlere dayalı olarak ayırım yapılmasını, sendikaya üye olanlar ile olmayanlar arasında farklı işlem yapılmasını yasaklamakla birlikte, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin saklı olduğunu öngörmüştür.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükmü itibariyle, örneğin iş sürelerine işverenin yönetim hakkına, disiplin cezalarına, iş sözleşmesinin feshine, iş sağlığına güvenliğine ilişkin hususlarda sendikalı olsun olmasın işçiler arasında bir ayırım yapılamaz. Ancak hükümde de ifade edildiği üzere paraya ilişkin konularda toplu iş sözleşmesi hükümleri yalnızca taraf sendikaya üye olan işçilere uygulanır²⁶⁸.

²⁶⁶ Yarg. 9. HD., T. 03.07, E. 2007/1473, K. 2007/ 21553 (Süzek, Eşit Davranma, s. 29).

²⁶⁷ Michael R. Carrell/ Christian Heavrin, **Labour Relations And Collective Bargaining: Cases, Practice And Law**, Seventh Edition, Pearsan Practice Hall, USA 2003, s. 534 vd.; Brian Bercusson, "EC Equality Law In Context: Collective Bargaining", **Sex Equality Law In The European Union, European Law Series**, Edited By: Tamara K. Hervey/ David O'Keeffe, John Wiley & Sons 1997, s. 180 vd.

²⁶⁸ Süzek, Eşit Davranma, s. 29.

d) Ücretlerde Cinsiyet Ayrımı Yasağı

Roma antlaşmasının 141.(eski 119) maddesinin ilk fıkrasında kadın ve erkekler için eşit işe eşit ücret ilkesi benimsendikten sonra cinsler arasındaki ücret eşitliğinin tanımı yapılmıştır. Buna göre; “ aynı iş için parça başına ödenen ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması veya zaman esasına göre ödenen bir işin ücretinin aynı işlerde kadın ve erkek işçiler için eşit olması anlamına gelir”.

Avrupa Birliği 75/119 sayılı Direktifi ise eski 119. maddenin eşit işe eşit ücret” ilkesini değiştirerek “aynı değerin atfolduğu iş için eşit ücret”ten bahsetmiştir²⁶⁹. Avrupa Birliği Adalet Divanı ise söz konusu Direktifin 119. maddeyi değiştirmedigini, sadece içeriğinin esaslarını belirlediğine hükmederek, 119. maddeye başlangıcındaki ekonomik amacın dışında sosyal bir amaç da kazandırmıştır²⁷⁰.

Türk Hukukuna geldiğimizde ise; Anayasa’nın 10. maddesinin ikinci fıkrası yanı sıra İş Kanunu’nda da cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir(İK: md.5/3-5). Bu düzenlemelerin yapılmasında taraf olduğumuz uluslar arası sözleşmeler ve elbette Avrupa Birliği’nin bu konudaki düzenlemeleri etkili olmuştur²⁷¹. Nitekim İş Kanunu’nun 5. maddesinin gerekçesi şu şekildedir; “İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslarüstü hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır.

²⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Ertürk, Çalışma Hayatı, s. 180 vd.

²⁷⁰ Ertürk, Çalışma Hayatı, s. 181

²⁷¹ Uluslar arası alanda ve Avrupa Birliği Hukukunda kadın erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Yüksel, a.g.e., s. 185 vd.; Kübra Doğan Yenisey, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İle Olası Uyum Sorunları”, **Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş** 2002, C.6, Sayı:4, s. 31 vd.; Murat Kandemir, “ 4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, Legal Yayıncılık, s. 415 vd.; Nurhan Süral, “ Uluslararası Çalışma Örgütünün Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, **Nuri Çelik’e Armağan**, C. II, İstanbul 2001, s. 1289 vd.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinin 4. fıkrasında; “aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmaz” hükmü öngörülmüştür. Aynı maddenin 5. fıkrasında ise, “işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz” ifadelerine yer verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeler itibariyle bizim hukukumuzda da 1475 Sayılı İş Kanunu’nda bulunan eşit işe eşit ücret ilkesinden, eşit değerde işe eşit ücret ilkesine geçildiği söylenebilir²⁷². Eşit değerde işe eşit ücret ilkesi eşit işe eşit ücret ilkesinin genişletilmiş bir biçimidir ve kadın- erkek arasındaki ücret eşitsizliğini gidermek adına eşit işe eşit ücret ilkesinden daha etkindir. Zira bu ilke eşit veya benzer iş karşılaştırmasının da ötesinde aynı nitelikte olmayıp birbirinden farklılık gösteren işlerin, işletme içindeki değerlerinin eşit kabul edilmesi halinde eşit ücret ödeneceği esasına dayanır. Dolayısıyla eşit değerde işe eşit ücret ilkesi eşit ücret iddialarını daha geniş yorumlamaktadır.

1475 sayılı Kanun döneminde dahi Yüksek Mahkememizin bir takım kararlarında “eşit değerde işe eşit ücret” ilkesine uygun kararlar verdiğini de belirtmekte fayda vardır.. Nitekim 23.11.2000 tarihli bir kararında, belirli süreli iş sözleşmesi ile işe alınan ve belirli süreli iş sözleşmesinin objektif bir neden olmaksızın tekrarlanması sonucunda belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi konumuna gelen bir işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılarak işçilere ödenen ikramiye, yakacak ve lojman yardımı gibi yararlanma talebi yerinde bulunmuştur²⁷³.

²⁷² Aktay/Arıcı/Kaplan- Senyen, a.g.e., s. 160.

²⁷³ “ öncelikle işyerinde kaç işçinin çalıştığı, bu işçilerden hangilerinin belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırıldıkları, görev yaptıkları yerler ve yaptıkları işler, işe alındıkları tarihler bir taraftan; belirli süreli sözleşmelerle işe alınan işçilerden sözleşmeleri belirsiz süreli nitelik kazananların sayıları yaptıkları işler, çalıştıkları yerler ve işe alındıkları tarihler diğer taraftan tespit edilerek, bunlar arasında bir karşılaştırma ve değerlendirme yapılmalıdır. Bu araştırma ve inceleme için gerektiği takdirde bir bilirkişi aracılığıyla bu konular açıklığa kavuşturulabilir. Bu inceleme sonucunda aynı işi yapan, aynı kıdemi olan, aynı yerde çalışan süresi belirsiz sözleşmeli işçilere ikramiye, yakacak ve diğer haklar ödendiği halde sonradan sözleşmeleri belirsiz nitelik kazanan işçilere ödenmediği, bir başka anlatımla eşit işe eşit ücret ilkesine uyulmadığı sonucuna varıldığı takdirde...” işçinin talep ettiği haklardan yararlandırılması gerektiği neticesine varılmıştır.

Cinsiyet ayrımına dayalı ücret farklılıklarının önlenmesi için öncelikle “ücret” kavramının içeriği belirlenmelidir. Roma Antlaşmasının 141. maddesi uyarınca ücret kavramı, işçinin çalışmasının karşılığında işverenin ödediği, doğrudan veya dolaylı olarak elde ettiği, nakit veya ayni tüm ödemeleri kapsamaktadır²⁷⁴. Avrupa Birliği Adalet Divanına göre de ücret, işçiye yaptığı iş nedeniyle işvereni tarafından derhal veya gelecekte verilen/verilecek nakdi veya ayni tüm menfaatlerdir²⁷⁵. Burada işçiye ödenen menfaatin hukuki niteliği önem taşımayıp, iş sözleşmesinden, kanuni bir düzenlemeden veya işverence tek taraflı olarak yapılan bir ödemeden²⁷⁶ kaynaklanabilir. Dolayısıyla eşit davranma borcu bakımından kastedilen ücretin “geniş anlamda ücret” olduğu açıktır. Bizim hukukumuz bakımından da işverenin eşit davranma borcuna uyup uymadığını belirlerken geniş anlamda ücret dikkate alınmalıdır.

VI) İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCUNUN TÜRLERİ

A) İŞÇİNİN KİŞİSEL DURUMU BAKIMINDAN İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Türk Hukukunda eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunumuzun 5. maddesi hükmünde “ Eşit Davranma İlkesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hüküm, Anayasamızın 10. maddesinde öngörülmüş olan dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle kişiler arasında ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin olan anayasal ilkenin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır²⁷⁷. Nitekim İş Kanunu’nun 5. maddesinde de Anayasa’nın 10.

²⁷⁴ Barnard, Gender Equality, s. 249.

²⁷⁵ Avrupa Birli Adalet Divanının bu konudaki kararları için bkz.: Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 50 vd.

²⁷⁶ ATAD C-262/88, D.H. Barber/ Guardian Royal Exchange Assurance Group, 17.05.1990. (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 18.02.2010, 16.00).

²⁷⁷ Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, s. 81.

maddesinde öngörülen nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

İş Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenlemede bulunan “ benzeri sebeplerle” ifadesi itibariyle, ayrımcılık yapılmasına imkan vermeyecek nedenlerin sınırlı sayıda (numerus clausus) olmadığı aşıkardır²⁷⁸. Buna misal olarak verebileceğimiz, işçinin medeni hali, cinsel yönelimi²⁷⁹, evlilik dışı bir hayat yaşaması gibi kişisel sebep veya tercihler de, işverene ayrımcı bir davranışta bulunma hakkı tanımaz. Dolayısıyla pozitif hukuk sistemimizin cevaz vermediği bütün ayrımcılık halleri İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında düşünülmelidir.

Bu hususta belirtmek gerekir ki; uygulamada ayrımcılık hallerinden özellik arz eden başlıca iki kişisel özellik, işçinin ırkı ve cinsiyetidir. Nitekim işçilerin bu kişisel durumları, bir çok uluslararası sözleşme ve belgeye konu olmuş ve caydırıcı yaptırımlarla desteklenmiştir. Özellikle Avrupa Birliği İş Hukuku'nun temellerini cinsiyete ve ırka dayalı ayrımcılığın önlenmesi konusu oluşturmaktadır. Bizim hukukumuzda da bakıldığında, cinsiyete bağlı olarak yapılan ayrımcılığın önlenmesi hususunun üzerinde ehemmiyetle durulduğu ve bu konunun İş Kanunu'nun 5. maddesinde diğer kişisel özelliklerden farklı olarak üç fıkra halinde düzenlendiği görülmektedir.

Hukukumuzda doğrudan bir düzenleme olmasa da, bizim kanaatimiz cinsiyete dayalı olan ayrımcılık yasağının, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı da kapsamayı yönündedir²⁸⁰. Ancak belirtmek gerekir ki; Avrupa Birliği Adalet

²⁷⁸ Tunçomağ/ Centel, a.g.e. s. 135.

²⁷⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.

²⁸⁰ Aynı yönde; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.; Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 980.; yine bu hususta mukayeseli hukuk bakımından ayrıntılı bilgi için bkz.: John Jude Moran, **Employment Law: New Challenges In The Business Environment**, Third Edition, s. 234-322.; Henry H.Perrit ., **2005 Law Update**, Apsen Publishers, 1.02- 1.03.; Gwynett Pitt, **Employment Law**, Thomson Sweet And Maxwell, s. 23-38.; Alain Supiot, **Beyond Employment: Changes In The Work And Future Of Labour Law In Europe**, s. 175 vd.; R. Ben Israel/ P. Foubert, “ **Equality And Prohibition Of Discrimination In Employment**”, Comparative Labour Law And Industrial Relations In

Divanı'nın bu husustaki kararlarına bakıldığında, cinsiyete dayalı ayrımcılığın cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı da içerip içermediği konusunun tam bir netlik kazandığı söylenemez.

Yukarıdaki hususa iki farklı örnek vermek gerekirse; Avrupa Birliği Adalet Divanının çözümlediği "Grant" davasında, bir tren yolu şirketi, şirkette çalışmakta olan işçilerin yanında eşlerine, birlikte yaşadıkları kişilere veyahut bakmakla yükümlü bulundukları şahıslara tren biletlerinde oldukça cazip bir indirim imkanı sağlamıştır. Söz konusu şirkette çalışmakta olan Grant isimli kadın işçi, iki yılı aşkın bir zamandır beraber yaşadığı bir başka kadınla duygusal bir ilişkisinin olduğundan bahisle aynı indirimden arkadaşının da yararlanmasını talep etmiş, buna mukabil işveren, bu indirimin evli olmayanlar bakımından yalnızca farklı cinse mensup kişilere uygulanacağını belirtmiştir. Bunun üzerine Grant isimli kadın işçi, farklı cinse mensup olup evli olmayanların söz konusu indirimden yararlandırıldığı iddiası ile cinsiyete dayalı bir ayrımcığa maruz kaldığını öne sürmüştür. Yerel Mahkeme böyle bir iddianın ayrımcılık olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusunu ön inceleme yoluyla Avrupa Birliği Adalet Divanına aktarmıştır. Divan ise işveren tarafından yürürlüğe konulan yönetmelik uyarınca, yönetmeliğin uygulanması bakımından kadın ve erkek işçiler arasında bir ayrım yapılmadığını, zira aynı konuda bulunan ve homoseksüel bir ilişki yaşayan erkek için de söz konusu yönetmeliğin ve dolayısıyla indirimin uygulanmayacağını belirterek cinsiyete dayalı bir ayrımcılıktan bahsedilemeyeceğini öngörmüştür²⁸¹.

Buna karşılık Avrupa Birliği Adalet Divanı başka bir kararında, cinsiyetini değiştiren bir öğretmen işten atılması neticesinde okul yönetimine dava açmış ve davanın sonucunda Divan, cinsiyete dayalı bir ayrımcılık olduğu sonucuna varmıştır. Karara göre; cinsiyetini değiştiren davacının eski cinsiyetine mensup çalışanlara nazaran olumsuz bir davranışa maruz kaldığı

Industralized Market Economies, Editor: Roger Blainpain, 8. Edition, Kluwer Law International 2004, s. 321-359.

²⁸¹ ATAD, C- 249-96, Grant vs. South West Trains Ltd., 17.02. 1998. (www.europa.eu.int/eur-lex, 16 Mart 2010, 14.05)

ve dolayısıyla ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin talebinde haklı olduğu sonucuna varılmıştır²⁸².

İş Kanunumuzun beşinci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “biyolojik ve işin niteliğine ilişkin nedenler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz”. Dikkat edildiğinde söz konusu hüküm cinsiyet dolayısıyla işverenin ayrımcılık yapabileceği halleri de ihtiva etmektedir. Buna göre; işveren biyolojik ve işin niteliğine ilişkin nedenlerin zorunlu kılması durumunda, işçileri arasında cinsiyet veya gebeliğe dayalı olarak ayırım yapabilecektir²⁸³.

İş Kanunu’nun 5. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü ise, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet dolayısıyla daha düşük meblağda bir ücret kararlaştırılamayacağı hakkındadır. Aynı maddenin 5. fıkrasında ise, işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının(bu tür hükümler ekseriyetle kadın işçilerin korunmasına ilişkindir) daha düşük bir ücret ödenmesini haklılaştırmayacağı ifade edilmiştir.

İş Kanunu’nun 5. maddesinin 4. fıkrası, daha önce temel noktalarını ifade ettiğimiz Roma Antlaşmasında değişiklik öngören Amsterdam Antlaşmasıyla birlikte Avrupa Birliği’nin 75/117 sayılı yönergesine ve yine Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına uygun bir düzenlemedir. Nitekim söz konusu düzenlemelerdeki temel gaye olan eşit değerde işe eşit ücret kavramı bizim düzenlememizde de bu fıkra ile kendine yer bulmuştur²⁸⁴.

Eşit değerde işe eşit ücretten ne anlaşılması gerektiği ise mutlaka incelenmesi gereken bir konudur. Öncelikle işçiyle aynı işi yapan ve karşı

²⁸² ATAD, C- 12/94, P./ S., 30. 04. 1996, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 20.08.2010, 23.00.)

²⁸³ Yüksel, a.g.e., s. 159 vd.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 547.

²⁸⁴ Kübra Doğan Yenisey, “ Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası uyum Sorunları”, **Kamu- İş**, C. 6, Sayı:2002/4, s. 50.

cinsten olan bir işçi işyerinde çalışmaktaysa, iki işçi arasında karşılaştırma yapılacaktır. Buna mukabil işyerinde aynı işi yapan başka bir işçi yoksa, işyerinde benzer işi yapan bir işçinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır²⁸⁵. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı da karşı cinse mensup ile karşılaştırılacak işçinin “özdeş durumlarda” bulunması gerektiğini bir çok kere yinelemiştir²⁸⁶.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; eşit değerde işlerin tespiti oldukça güçlük arz etmektedir. Nitekim Enderby davasında, İngiltere’de bulunan ve sağlık hizmetlerinde çalışan iki grup işçiden, toplu iş sözleşmesiyle kadınların ağırlıklı olarak çalıştıkları ortophonistlerin(dil özürölülerle ilgilenen sağlık ekibi) ücretleri erkeklerin ağırlıklı olarak çalıştığı eczacılardan ve klinik psikologlardan daha düşük belirlenmiş ve bunun üzerine kadın işçiler kendilerine ayırım yapıldığı iddiasında bulunmuşlardır. Avrupa Birliği Adalet Divanı bu işlerin benzer işler olduğunu değerlendirmenin yerel mahkemelerin görev alanında olduğunu ifade ettikten sonra işi yapan gruplardan birinin hemen hemen tamamının kadınlardan, diğlerinin de erkeklerden olduğunu ve grubun ücretleri arasında dikkate değer farkın ispat yükünün işverene geçmesi bakımından yeterli olduğunu öngörmüştür²⁸⁷.

Bu husustaki Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına bakıldığında, yapılacak iş ve mesleki sınıflandırma sonuçlarının hangi işlerin eşit değerde

²⁸⁵ Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 989.

²⁸⁶ Örnek olarak bkz.: ATAD, C- 249/97, Gruber, 14.08.1999.([www. europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex), 17.03.2010, 24.05).

²⁸⁷ ATAD, C- 127/92, Enderby, 27.10.1993. ([www. europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex), 17.03.2010, 24.05). ; Aynı yönde, “ ulusal mahkeme, gruplardan birindeki çalışmanın makine ile gerçekleştirildiği ve önemli ölçüde kas gücüne dayandığı, diğeri grupta ise işin elle yapıldığı ve maharet gerektirdiği, ayrıca her iki grubun ücretli molaları, işin organizasyonunda sahip oldukları özgürlük, işe bağlı gerilimin farklı olması gibi olguların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği sorusunu yöneltmiştir. Adalet Divanı bu konudaki değerlendirmenin ulusal mahkemelere ait olduğunu belirtmekle yetinmiş ve bu gruplarda yapılan işlerin aynı değerde olduğu sonucuna varıldığı takdirde ücretlerde cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılamayacağını tekrarlamıştır”, ATAD, C- 400-93, Royal Copenhagen, 31.05.1995. ([www. europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex), 17.03.2010, 24.10).

olduğunun belirlenmesinde belirleyici olduğu ifade edilmiştir²⁸⁸. Başka bir anlatımla, keyfi olarak birinde kadınların ağırlıkta olduğu bir grupta diğerinde erkeklerin ağırlıkta olduğu bir grubun karşılaştırması ve ücretler arasında bir fark bulunduğunun belirtilmesi yeterli değildir²⁸⁹.

Bu hususta Avrupa Birliği Adalet Divanına göre; iş değerlendirmesi bakımından ilk olarak işin yürütümü için şart olan teknikler ve beceriler tespit edilmeli, bu teknik ve becerilere bir değer biçilmeli ve iş değerlendirmesi bakımından işçilerin fiziksel dayanıklılıkları ve kas güçleri gibi kıstaslardan ziyade mental ve sinirsel sistemlerine tesir edecek dikkat, çabukluk, monotonluk, seri iş benzeri kıstaslar temel alınmalıdır²⁹⁰.

Bu noktada söyleyelim ki; edinilen eğitimle yapılan işin gerekleri arasındaki ilişkinin de açık biçimde ortaya konmuş olması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; iş sözleşmesi uyarınca işçi farklı görevlerde istihdam edilebilecekse, ücreti tek tek bu faaliyetleri yerine getirecek işçilerden yüksek olabilir²⁹¹.

Bu konuda vurgulamak istediğimiz bir diğer husus şudur ki; eşit değerde işler söz konusu olsa dahi, bireylerin verim, kıdem, şahsi becerileri ve nihayet mesleki nitelikleri göz önünde tutularak işçiler arasında farklı ücret uygulamasına gidilebileceğidir. Ancak cinsiyet farklılığı, daha önce belirttiğimiz istisnai haller dışında hiçbir zaman farklı ücret uygulaması veyahut diğer çalışma koşulları bakımından bir ölçüt olarak düşünülemez.

²⁸⁸ ATAD, C- C- 127/92, Enderby, 27.10.1993. (www.europa.eu.int/eur-lex, 17.03.2010, 24.05, Naklen: Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 990, Aynı yazar, Uyum Sorunları, s. 51).; Aynı yönde Preis, a.g.e., s. 388.

²⁸⁹ ATAD, C- 400-93, Royal Copenhagen, 31.05.1995, (www.europa.eu.int/eur-lex, 17.03.2010, 24.05).

²⁹⁰ ATAD, C- 207/85, Rummler/Dato-Druck GmbH, (www.europa.eu.int/eur-lex, 17.03.2010, 24.15).

²⁹¹ Preis, a.g.e., s. 990.

Son olarak ifade edelim ki; “İşçinin Kişisel Durumu Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu” bizim çalışmamızın konu başlığıdır. Dolayısıyla bu konu ilerde ayrıntılı olarak incelenecektir. Netice itibariyle bu bahisten ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak söz edileceğinden şimdilik bu konuyu kapatıyoruz.

B) İŞÇİNİN MESLEKİ DURUMU BAKIMINDAN İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

1) Tam ve Kısmi Süreli Çalışan İşçiler Arasında İşverenin Eşit Davranma Borcu

İş sözleşmesinin türü sebebiyle farklı bir muameleye muhatap olması ihtimali diğer çalışan kesimlere göre daha fazla olan bir tür çalışan grubu, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerdir^{292, 293}. Nitekim İş Kanunu’nun 5.

²⁹²Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, **Çalışma Hayatında Esneklik**, Ankara 1999, s. 27 vd.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 548.; Aktay/Arıcı/Kaplan- Senyen, a.g.e., s. 159.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 119.

²⁹³ Kısmi süreli iş sözleşmesi ile ilgili maddenin gerekçesine göre; “Ülkemizde de sayıları gittikçe artan kısmi süreli çalışmaları teşvik etmek üzere, bu tür iş sözleşmesinin tanımı yapılmış ve ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça, emsal tam süreli sözleşmeye göre çalışan işçiden farklı bir işleme tabi tutulmayacağı hükme bağlanmıştır. Avrupa Birliği’nde Konsey tarafından 97/81 sayılı Yönerge ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların meydana getirdikleri “Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması”nda belirtildiği üzere, bu anlaşmanın amacı, bir yandan kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmak, diğer yandan kısmi zamanlı çalışmanın gelişmesine serbest irade temelinde teşvik etmek ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde çalışma sürelerinin esnek bir organizasyon çerçevesinde düzenlenmesine katkıda bulunmaktır.

Kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken Yönerge hükümlerindeki ölçütler dikkate alındığı gibi, tam süreli iş sözleşmesi karşısında kısmi süreliden söz edebilmek için “önemli ölçüde daha az” bir haftalık çalışma süresinin sözleşmede tespit edilmiş olması da aranmıştır. Örneğin işyerinde uygulanan tam süreli iş sözleşmesi için haftalık çalışma süresi 40 saat ise, kısmi süreli çalışma için 2, 3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az olan otuz saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçi kısmi süreli sözleşmeye göre istihdam edilen kimse olarak kabul edilecektir.

Kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam süreli çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri de düşünülemez, aksi halde tam bir eşitsizlik ortaya çıkar. Bu açıdan ayırımı haklı kılan nedenlerin bulunması durumunda, her iki türde sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olması doğal karşılanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir, bu durum bir ayırım yapıldığı anlamı da taşımaz. Kısmi süreli iş

maddesinin²⁹⁴ ikinci fıkrası itibariyle işveren tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamayacaktır. Yine İş Kanunumuzun “Kısmi ve Tam Süreli İş Sözleşmesi” başlıklı 13. Maddesinin ikinci fıkrası hükmü itibariyle “kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir”. İ.K.’nın 13. maddesinin üçüncü fıkrasında ise emsal işçiden ne anlaşılması gerektiği öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre emsal işçi; işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o iş kolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınmak suretiyle tespit edilmelidir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerin, tam süreyle çalışan işçilere nazaran işyerleriyle daha az bağlantılı olmaları ve dolayısıyla daha az bütünleşmiş olmaları sebebiyle ücretler, parasal menfaatler, izinler vb. bakımından işverenin ayrımcı nitelikteki işlemlerine maruz kalmaları tam süreli çalışan işçilere göre daha olasıdır²⁹⁵. Bu itibarla 6 Haziran 1997 tarihli ve 97/81 sayılı Avrupa Birliği’nin ilgili Direktifi²⁹⁶, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin, çalışma şartları itibariyle, tam süreyle çalışan emsal

sözleşmesine göre çalışan işçi, bölünebilir haklardan, örneğin her yıl verilen yakacak yardımından çalıştığı süreye orantılı olarak yararlanacaktır. Örneğin işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi yılda 60 milyon yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçiye aynı yardım 20 milyon olarak ödenecektir. Buna karşılık bölünmeyen bir haktan, yararlanma şartları bulunduğunda, her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin belirsiz süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi, tam süreliden farklı olamaz, gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen süreler her iki sözleşme türünde de aynı olabilir.

İşyerinde çalışan işçilerin kısmi süreliden tam sürelide ya da tam süreliden kısmi sürelide geçiş için işverence kolaylık sağlanmasına ilişkin düzenleme 97/81 sayılı Yönergenin bir gereğidir.

²⁹⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 549.

²⁹⁶ 97/81 Sayılı Kısmi Süreli Sözleşmelere İlişkin Olarak UNICEF, CEEP, ETUC Arasında Bağtlanan Çerçeve Antlaşmasına İlişkin 15 Aralık 1997 Tarihli Yönerge.

işçilere²⁹⁷ göre sadece kısmi süreli olarak çalışmaları sebebiyle daha az elverişli tarzda bir işleme tabi tutulamayacaklarını ve ancak objektif nedenlerin²⁹⁸ mevcudiyeti halinde farklı bir işlemin kabul edilebileceğini öngörmüştür.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler bakımından; ücretlerin, “prorata temporis ilkesi”ne uygun bir biçimde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye göre çalıştığı süreyle orantılı olarak ödeneceği söz konusu Direktifle öngörülmüştür ki; bu düzenlemeye uygun olarak İş Kanunumuz da Gerekçesinde ifade edildiği üzere bu konuda paralel bir düzenleme öngörmektedir²⁹⁹. Görüldüğü üzere Avrupa Birliği’nin 97/81 sayılı Direktifi “prorata temporis ilkesi”ni, uygun düştüğü nispette kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya uygulanabilir bir ilke olarak kabul etmiştir³⁰⁰. Bu ilke, işveren tarafından sağlanan ve oranlanabilir tüm menfaatler açısından geçerlidir.

Söz konusu ilke itibariyle, örneğin prim gibi ücret ekleri söz konusu olduğunda, bu ücret eklerinin belirli bir süre çalışmak şartıyla kazanılabilmesi öngörülmüş ise, öngörülen süre kadar çalışmayan kısmi süreli işçi prime hak kazanamayacaktır³⁰¹. Bu itibarla denilebilir ki; İş Kanunu’nun 13. maddesi itibariyle, kısmi süreli işçinin paraya ilişkin menfaatlerden her zaman çalıştığı süreyle orantılı olarak yararlanması söz konusu olmaz. Örneğin, kısmi süreli bir iş sözleşmesine göre çalışan bir işçi, işyerinde haftanın 3 işgünü iş görmeyi taahhüt ettiğinde, söz konusu çalışma şartları bakımından hafta tatili ücretine hak kazanamaz. Bunun gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan bir işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servisle işe gitmesi mümkün değildir.

²⁹⁷ İ.K.’nin 13. Maddesine göre emsal işçi; “ işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işyerinde şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır”.

²⁹⁸ Bu objektif nedenler verim, kıdem, eğitim durumu vb. olabilir.

²⁹⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 549.

³⁰⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 549.

³⁰¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 549.

Son olarak belirtmek gerekir ki; Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre; sözleşme türü nedeniyle yapılan ayrımcılıklarda cinsiyet farklılığı oldukça önem arz etmektedir. Nitekim Adalet Divanı bir çok kararında kısmi süreli iş sözleşmeleriyle çalışan kadınlar aleyhine yapılan ayrımların önüne geçmeye çalışmıştır³⁰².

2) Belirli Süreli Çalışan İşçiler Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu

İş Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre; işveren esaslı sebepler bulunmadıkça, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. Bu genel ifade İş Kanunu'nun 12. maddesinin ilk fıkrasında "Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz" ifadesiyle daha ayrıntılı olarak kaleme alınmıştır³⁰³. Burada dikkat edilecek husus, bu hüküm itibariyle işverenin çalışan işçiler arasında, sadece sözleşme türüne dayalı olarak ayırım yapamayacağı, fakat "ayırımı haklı kılan bir neden" olduğu takdirde farklı işlem yapılabileceğidir^{304, 305}.

³⁰² Örnek olarak bkz.: ATAD, C- 96/80, J.P. Jenkins vs. Kingsgate(Clothing Productions), 31.03.198, (Kararın tam metni için bkz.: www.europa.eu.int/eur-lex, 21.03.2010, 23.15),

³⁰³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 550.

³⁰⁴ Yıldız, a.g.e., s. 226.

³⁰⁵ İş Kanunu'nun 12. maddesinin gerekçesine göre, bu hüküm, Avrupa Birliği'nin 1999/70 sayılı Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır. Nitekim Gerekçeye göre; "Maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri tanımlanmış, tarafların bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri ILO'nun "İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi" ve Avrupa Birliği çalışma müktesebatı, özellikle Konseyin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması"na uygun sınırlamalara tabi tutulmuştur.

Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil, sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de, sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir. Bu suretle 99/70 sayılı Yönerge'de öngörülen belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasına engel olmak için, bu sözleşmelerin "objektif temellere" dayandırılması ilkesine de uyulmuş olmaktadır. Esasen Borçlar Kanununun 340 ıncı maddesinin de bir gereği olarak, gerek doktrinde ve

Kanun'un 12. maddesinin ikinci fıkrası ise, "Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır" hükmünü öngörmek suretiyle bu borcun sınırlarını belirlemiştir.

Yukarıdaki hüküm itibariyle örneğin, belirli çalışma koşulları bakımından, işçinin kıdemine bakıldığında, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi de, söz konusu çalışma koşullarından aynen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi gibi yararlanabilecektir³⁰⁶. Bununla birlikte

yargı içtihatlarında sözleşmenin açıkça kararlaştırılmadığı hallerde süreye bağlı olduğunun kabulü için işin niteliği ve amacı gibi objektif ölçütlere dayalı şekilde bir sonuca gidilmekteydi.

99/70 sayılı Yönergenin girişinde belirtildiği ve Türk Hukukunda yargı kararları ile de açıklandığı üzere iş ilişkilerinde asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesidir. Bu nedenle belirli süreli sözleşmenin varlığını ileri süren taraf bunu ispat ile yükümlüdür. Yeni düzenleme, sözleşmenin yazılı yapılmadığı hallerde işverenin işçiye vereceği belgede, sözleşme süresinin de gösterilmesi zorunluluğu işçiyi bilgilendirme gereği yanında işverene ispat külfetini kolaylaştıran bir imkan da yaratmış olacaktır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sosyal yönden, daha fazla korundukları bir gerçektir. Diğer bir gerçek de bazı işkolları, meslekler ve işler için belirli süreli sözleşmelerin karakteristik bir anlam taşıması ve bu tür sözleşmelerin işletme ve işyeri gereklerinden olmakla beraber, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi ve bunların "objektif temellere" dayandırılması, Avrupa Birliği müktesebatının da bir gereğidir.

Bu açıdan belirli süreli iş sözleşmeleri için, 13 üncü maddede belirlenen ilkelerin kabulü yanında belirli süreli hizmet akitlerinin esaslı (objektif) bir neden olmadıkça üst üste yapılmalarının önlenmesi de gerekmektedir.

99/70 sayılı Yönergede üye devletlerin zincirleme iş sözleşmelerine ilişkin önlemler alırken, bunların ne kadar bir zaman diliminde kaç kez üst üste yapılabileceğinin belirtilmesine de imkan verilmektedir. Örneğin Almanya'da 24 ayı geçmeyen bir sürede en çok üç kez yenilenen bir iş sözleşmesinin belirli süreli olma özelliğini koruyacağı ve belirsiz süreliliye dönüşmeyeceği kabul edilmiştir. Ne var ki ülkemizde, uzun yıllardan beri, gerek yargı kararlarında ve gerek doktrinde esaslı bir sebep olmadıkça belirli süreli sözleşmenin ikincisinin yapılmasıyla zincirleme akitlerin meydana geldiği görüşü benimsendiği için, bu görüş, kanuna da aynen alınmıştır. Buna göre, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesi ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliliye dönüşerek işçi bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanacaktır.

Buna karşılık belirli süreli sözleşmenin zincirleme yapılmasında esaslı bir neden bulunuyorsa, sözleşmeler belirsiz süreliliye dönüşmeyecek, belirli süreli olma özelliklerini koruyacaklardır".

³⁰⁶ Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işyerinde yapılan bir ücret zammının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanmamasını, eşit davranma borcuna aykırı bulmuştur. İlgili karara

örneğin, bir işyerinde ikramiye ödenmesi için en az beş yıl çalışmış olmak şartsa ve belirli süreli çalışan işçi 3 yıl çalıştıysa, söz konusu ikramiyeyi çalıştığı süreyle orantılı olarak talep edemez.

İş Kanunu'nun söz konusu düzenlemeleri Kanunu'nun Gerekçesinde de belirtildiği üzere Avrupa Birliği'nin 18 Mart 1999 tarihli ve 1999/70 sayılı Direktif hükümleri göz önüne alınmak suretiyle hazırlanmıştır.

Söz konusu Direktif'in dördüncü maddesi itibariyle, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere, salt belirli süreli olarak çalışmaları nedeniyle emsal belirsiz süreli işçilerden daha az elverişli tarzda muamele yapılamaz. Bununla birlikte söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanların objektif bir nedenin mevcudiyeti halinde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlardan farklı bir muameleye tabi tutulabileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi bu fıkra hükmüne göre de "prorata temporis" ilkesinin uygulanmasıyla neticeye varılmaktadır³⁰⁷. Bu bağlamda örneğin sadece 2 yıl çalışmış işçilere ödenen bir primden, işyerine bir senelik bir sözleşme ile bağlı olan bir işçi yararlanamaz³⁰⁸.

Netice itibariyle denilebilir ki; kimi çalışma koşullarından faydalanabilmek bakımından farklı kıdem süreleri belirlendiyse ve belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bu blok süre kadar çalışmadıysa, işverenin söz konusu haklardan belirli süreli çalışanı yararlandırmaması, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez³⁰⁹.

göre; "...Diğer yandan aynı nitelikteki diğer personele verilen zamdan haklı bir neden yokken davacının yararlandırılmaması işverenin eşit işlem yapma borcuna da aykırı olur. Bu nedenle öncelikle diğer personele yapılan zam oranının gerekirse işyeri kayıtları üzerinde bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılarak saptanması ve davacının fark ücret alacağının buna göre hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir"; Yarg. 9. HD. T. 08.05.2003, E. 2003/24751, K. 2003/7822. (Kazancı İçtihat Bankası).

³⁰⁷ Mustafa Kılıçoğlu, **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ankara 2005, s. 42.

³⁰⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 550.

³⁰⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 550.

Kanun'un dördüncü maddesinin ilk fıkrasında bahsi geçen “emsal işçi” kavramının izahı ise Direktif'in üçüncü maddesinin ilk fıkrasındadır³¹⁰. Söz konusu Direktife göre emsal işçi, “ aynı işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi veya belirsiz süreli iş ilişkisi içinde olan ve vasıf ve yetenekler hesaba katılmak suretiyle aynı veya benzer işe sahip bulunan işçi”dir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasına göre; “ işyerinde böyle bir işçi yoksa, emsal işçi esasında mukayese, uygulanabilir toplu iş sözleşmesine başvurarak; uygulanabilir bir toplu iş sözleşmesi bulunmuyorsa mevzuata, başka toplu iş sözleşmelerine ve ulusal uygulamalara uygun bir şekilde yapılır”.

Esnek çalışma türlerinden olan kısmi ve belirli süreli çalışma, bir çok kadın için iş ve aile yaşamını da dengede tutmak durumunda kaldıkları düşünüldüğünde, kadınlar tarafından daha fazla tercih edilmektedir³¹¹. Zira bu tür çalışmalar kadınların ev ve ailevi sorumluluklarını ihmal etmeksizin çalışma hayatına katılmasını kolaylaştırır³¹². Bu noktada ifade edelim ki; Avrupa Birliği Hukukunda gerek kısmi süreli gerek belirli süreli çalışanlar bakımından öngörülen ayrımcılık yasakları, bu biçimde çalışanların bir çoğunun kadın olması nedeniyle³¹³, özellikle cinsiyete dayalı ayırım yasağı kapsamında ele alınmaktadır³¹⁴,.

³¹⁰ İ.K. 'nun 12. Maddesine göre de emsal işçi; “ işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işyerinde şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır”.

³¹¹ Yüksel, a.g.e., s. 127.

³¹² Tankut Centel, **Kısmi Çalışma**, İstanbul 1992, s. 3.;Öner Eyrenci, **Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar**, İstanbul 1989, s. 13.

³¹³ Yapılan araştırmalarda bir işletmede çalışan kadın sayısı ne kadar fazla ise, o işletmede kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi sayısının o kadar fazla olduğu ortaya konmuştur. Hollanda en fazla kısmi süreli çalışanın çalıştığı ülkedir ve kısmi süreli çalışanların %90'ı kadın işçidir. Yine İsviçre'de kısmi süreli çalışanların %82'i kadın işçidir. Ülkemizde ise Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu kadar yüksek bir oran olmasa da kısmi süreli çalışanların %70'i kadındır.

³¹⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 550.

C) İŞÇİNİN SENDİKAL DURUMU BAKIMINDAN İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

1) Genel Olarak Sendikal Faaliyet

Sendikal nedenlere dayalı olarak yapılan ayrımcılığa değinmeden önce kısaca sendikal faaliyet kavramı üzerinde durmayı uygun görüyoruz

Sendikal faaliyet genel olarak; “ sendika üyesi olsun olmasın, sendikaların ortak ekonomik, sosyal hak ve menfaatlerini gerçekleştirme amacıyla düzenlenen her hangi bir etkinliğine katılma³¹⁵” olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte önceleri Yargıtay kararlarında sendikal faaliyet; sendikaya girdikten sonra başlayan ve Sendikalar kanununda belirlenen faaliyetler olarak, yani oldukça dar bir biçimde tanımlanıyordu³¹⁶. Bu hususta yapılan kritikler³¹⁷ neticesinde Yüksek Mahkeme tarafından da sendikal faaliyet kavramının daha geniş yorumlandığı, örneğin işçilerin sendika üyesi olmamaları halinde dahi feshin sendikal bir nedene dayanıp dayanmadığını araştırdığı görülmektedir³¹⁸.

2) İşçinin Sendikal Durumu Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu

Sendikal nedenlere bağlı olarak uygulanan ayrımcılık, işçilerin işe alınma aşamasından başlayıp, iş sözleşmesinin devamı müddetince varlığını koruyan ve nihayet fesih durumunda da söz konusu olan bir yasaktır³¹⁹.

³¹⁵ Aynen: Murat Özveri, “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması:Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”, **Legal İSGHD**, C.2, Sayı:8, s. 1533.

³¹⁶ Örnek olarak bkz.: Yarg. 9. HD. T. 19.09.1978, E. 1978/7248, K. 1978/10689. (Münir Ekonomi, İHU, S.K. md. 19,s. 3-4.).

³¹⁷ Fevzi Şahlanan, **Sendikalar Hukuku**, İstanbul 1986, s. 215.; Ekonomi, İHU, s. 3-4.

³¹⁸ Yargıtay’ın sendikal faaliyet kavramını geniş olarak yorumladığı muhtelif kararları için bkz.: Özveri, a.g.e., s. 1535 vd.

³¹⁹ Yıldız, a.g.e., s. 149.

Nitekim özellikle sendikal nedenlere bağılı olarak yapılan fesih, fesih hakkının kötüye kullanımının en bariz biçimde görünümüdür³²⁰.

Sendikal nedenli ayrımcılığın önlenmesi bakımından 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4857 sayılı İş Kanunu ile değişik 31. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; "İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağılı tutulamaz" hükmü öngörülmüştür. Söz konusu 31. maddenin üçüncü fıkrası ise işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğere hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağını belirtmektedir.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 5. fıkrası ise işçilerin; sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamayacaklarını veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamayacaklarını düzenlenmektedir.

İşverenin sendikalı ve sendikasız veyahut başka bir sendikaya üye işçilere eşit davranma borcunun; toplu iş sözleşmesinin ücret, prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında uygulanmayacağını öngören Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 4. fıkrası hükmü, toplu iş sözleşmesinin kendine has özelliğinden kaynaklanan doğal bir sonuçtur. Ayrıca belirtmek gerekir ki; Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca işveren, toplu iş sözleşmesi hükümlerinden kural olarak,

³²⁰ Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara 1976, s. 131.

sadece toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika üyesi işçileri yararlandırmak durumundadır.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞÇİNİN KİŞİSEL DURUMU İTİBARIYLA İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

1) KİŞİSEL DURUM KAVRAMI

İşçinin kişisel durumu bakımından işverenin eşit davranma borcu konusuna girmeden “kişisel durum” kavramının izah edilmeye çalışılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

“Kişisel durum” kavramı mevzuatımızda sadece Medeni Kanunun 36. maddesinde kullanılmış, bununla birlikte bu kavramın tanımı yapılmadığı gibi, bu kavramın içeriği hakkında da her hangi bir bilgi verilmemiştir³²¹. Nitekim söz konusu maddeye göre; “ Kişisel durum, bu amaçla tutulan resmi sicille belirlenir; Bu sicilin tutulmasına ve zorunlu bildirimlerin yapılmasına ilişkin esaslar, ilgili kanunla gösterilir”.

Doktrinde ise “kişisel durum” kavramı genel olarak; toplum ya da aile içinde bir kişiyi diğerinden ayıran özellikler, olarak tarif edilmiştir³²². Kişisel duruma ise bir kişinin adı, yaşı, cinsiyeti, ikametgâhı, hısımlık ilişkileri, evli ya da bekar oluşu örnek olarak verilmiştir³²³ . Medeni Hukuk alanında “kişisel durum”u açıklamaya çalışan bu örneklerin İş Hukukundaki “ayrımcılık nedenleri” ile tam olarak örtüştüğünü söylemek zordur. Nitekim bir işçinin ikametgâhı, hısımlık ilişkileri İş Hukuku’nun ilgi alanına girmez.

³²¹ Söz konusu hükmün gerekçesinde de “kişisel durum”un muhtevası ile ilgili her hangi bir ibare bulunmamaktadır.

³²² Örnek olarak bkz: Ömer Uğur Gençcan, **Türk Medeni Kanunu: Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat**, Yetkin Yayınları, C.1, Ankara 2007, s. 268.

³²³ Gençcan, a.g.e., s. 268.

İş Hukukunda işçinin kişisel durumu olarak belirttiğimiz özellikleri, aynı zamanda işverenin eşit davranma borcu açısından söz konusu olan ayırım yasaklarını ifade etmektedir. Bu özellikler ise temel olarak iki gruba ayrılabilir. Bu niteliklerden ilki bireyin iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan biyolojik özellikleridir ki; bunlar esasen kişinin cinsiyeti, yaşı, ırkı, rengi, özürli olup olmaması hallerinden ibarettir. Diğer gruba baktığımızda ise, bu grupta kişinin değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek ve kişisel özgürlükler kapsamında kanuni olarak koruma altına alınan özelliklerini sıralayabiliriz ki; bunlar da kişinin dini, mezhebi, dili, dünya görüşü, medeni hali, sendikal faaliyetleri vb. dir.

Çalışmamızın ilerleyen paragraflarında yukarıda bahsettiğimiz “kişisel durumlar” tek tek incelenecek ve bu kişisel niteliklerin hangi hallerde ayrımcılık nedeni olup olmayacağı ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

II) AYRIMCILIK YASAĞI

A) AYRIMCILIK KAVRAMI

1) Genel Olarak

Doğada, eşit nesne kategorileri yoktur. Bu bakımdan eşitlikler ancak insanlar söz konusu kategorileri tanımladıklarında söz konusu olur. İşte eşitlik ve eşitliğin bir diğer görünümü olan “ayrımcılık yasağı” ilkesi, bütün insanların insanlık sıfat ve onurunda eşitliği ilkesinden kaynaklanan bir değer yargısıdır³²⁴.

³²⁴ Holmes, Anti-Discrimination., s. 182.

Sözlük anlamı olarak ayrımcılık kavramı, bir kimsenin her hangi bir kişisel özelliği itibariyle mağdur edilmesidir³²⁵. Başka bir anlatımla ayrımcılık kavramı, bir şahsa sahip olduğu her hangi bir bireysel niteliği sebebiyle diğer şahıslara nazaran farklı davranılmasını ve bu davranış nedeniyle mağdur edilmesini ifade etmektedir³²⁶. Ayrımcılık yapılmasında, ilerde bahsi geçecek pozitif ayrımcılık hariç, her zaman olumsuz nitelikte bir davranış söz konusudur. Avrupa Birliği Adalet Divanı da, farklı işlemin haklı nedenlere dayanmaması halinde eşitlere farklı, eşit olmayanlara eşit davranmanın ayrımcılık olduğunu ifade etmiştir³²⁷. Aynı şekilde Anayasa Mahkememiz de 1979 tarihli bir kararında, benzer durumda olan kişilerin farklı kurallara tabi tutulabilmesi için objektif haklı bir nedenin bulunması gerektiğini öngörmüştür³²⁸.

Bir takım bazı nitelik veya kriterler göz önüne alınarak gözetilen farklılıklar ayrımcılık yaratır³²⁹. Söz konusu bu nitelik ve kriterler, kimi zaman kişinin yaradılışından kaynaklanan değişmeyen olgular, kimi zaman ise kişinin kendi iradesi ile değiştirmesi mümkün olabilecek olgulardır³³⁰. Kişinin yaradılışından kaynaklanan niteliklerine örnek olarak, kişinin cinsiyeti, yaşı, ırkı; iradesiyle değiştirebileceği özelliklerine ise, kişinin medeni hali, siyasi fikri, dini, mezhebi örnek verilebilir³³¹.

Ayrımcılık kavramı hukuk literatürüne ilk olarak, 1878 yılında Amerikan Hukuku'nda bir mahkeme kararı ile girmiştir. Nitekim bir çok etnik

³²⁵ Ayrımcılık yasağına aykırılığın ortaya çıkabilmesi için yasanın lafzından “yapma” biçiminde bir davranışın bulunması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Bununla birlikte taraflardan birine yönelik yapma biçiminde bir tavır diğer tarafa yönelik kaçınma veya ihmal biçiminde sonuçlar doğuracağından, mağdura yönelik tutum veya tavrın yapma ya da kaçınma biçiminde ortaya çıkması arasında fark bulunmamalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: S. Deakin/G.S. Morris, **Labour Law**, Butterworths; London, Edinburg, Dublin 1998, s. 568-569.; Catherine Barnard, “Gender Equality In The EU: A Balance Sheet” **The EU And Human Rights**, Oxford University Press 1999, s. 245.

³²⁶ Yıldız, a.g.e., s. 69.

³²⁷ ATAD, C- 43/72, Merkur/ Kommission, 24.10.1973, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 30.03.2010, 16.00).

³²⁸ AMK, T.13.03.1979, 67/14, (Yüksel, a.g.e, s. 95.)

³²⁹ Holmes, Anti-Discrimination, s. 183.

³³⁰ Tuncay, Eşit Davranma, s. 25 vd.

³³¹ Yüksel, a.g.e., s. 38.

kökene sahip insanın yaşadığı Amerika Birleşik Devletlerinde ayrımcılık yasaklarının ilk olarak gündeme gelmesi doğaldır. Zira ayrımcılığın doğası gereği, bir toplumda çok çeşitli nitelikte bireylerin olması ayrımcılıkla karşılaşılması riskini artırır³³².

Ayrımcılığın yasaklanması ile ilgili olarak çıkarılan ilk kanun 1864 yılında ABD’de ırka dayalı ayrımcılığa karşı olarak öngörülmüştür. Medeni Haklar Kanunu³³³ olarak ifade edilen bu kanun bütün sözleşme ilişkilerinde ırka dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. İstihdam alanında ise ilk olarak 1963 yılında Eşit Ücret Yasası³³⁴ çıkarılmıştır. Bunu takiben de ücretlerde cinsiyet ayrımcılığı yapılmasını yasaklayan Amerikan Medeni Haklar Kanunu’nun³³⁵ 7. bölümü öngörülmüştür. Bunları müteakiben ise sırasıyla 1967 tarihli İstihdamda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Kanunu³³⁶ ve 1990 tarihli Özürlü Amerikalılar Kanunu³³⁷ çıkarılmıştır.

Söz konusu Medeni Haklar Kanunu’nun 7. bölümünün hükümleri incelendiğinde, işverenin ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal kökene dayalı olarak bir kimseyi işe almaması, çalışma koşullarında, ücretinde ve/veya işten çıkarmada ayrımcılık yapması söz konusu kanunun ihlali olarak öngörülmüştür. Yine ilgili nedenlere bağlı olarak çalışanların veyahut iş için başvuruda bulunanların istihdam olanağından yoksun bırakılması ve bir

³³² Yıldız, a.g.e., s. 69.

³³³ 27-30, April, 1866 Civil Rights Act, Section 1981, söz konusu yasa ile ilgili, ayrıntılı bilgi için bkz: <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=480> (23.10.2010, 10.45).

³³⁴ 10June 1963 Equal Pay Act., söz konusu yasa ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: http://www.essortment.com/all/equalpayact_rvwx.htm

³³⁵ Title VII Of The Civil Rights Act Of 1964. Amerikan Medeni Haklar Yasasının 7. bölümü itibarıyla cinsiyet, ırk, renk, din ayrımcılığı yasaklanmıştır. Söz konusu yasa ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Player, a.g.e., s. 199 vd. ; Moran, a.g.e., s. 183 vd.; online bilgi için bkz: (<http://careerplanning.about.com/od/federallawsus/a/civilrightsact.htm>)

³³⁶ The Age Discrimination Act- ADAE.; bu Yasa ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: (http://careerplanning.about.com/od/federallawsus/a/age_discriminat.htm).

³³⁷ The Americans With Disabilities Act- ADA. Bu Yasa ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: (http://careerplanning.about.com/cs/personalissues/a/disability_act.htm).

çalışan olarak durumunu kötüleştiren sınıflandırmalara tabi tutulması engellenmeye çalışılmıştır³³⁸.

Amerikan Hukukunda Türk Hukukundaki düzenlemeden farklı olarak, ayrımcılık yasakları ile ilgili mevzuatın bizde bulunan iş güvencesi sistemine benzer bir biçimde belli sayının üzerinde işçi çalıştıran yerlere uygulanacağı öngörülmüştür³³⁹. Nitekim Medeni Haklar Kanunu'nun 7. bölümünde işveren teriminin 15 veya daha fazla işçi çalıştıran ve ticareti etkileyen bir alanda faaliyet gösteren kişi olduğu ifade edilmiştir. Aynı tanım Özürlüler Kanunu ve İstihdamda Yaşa Dayalı Ayrımcılığın Yasaklanmasına Dair Kanunda da yer almaktadır.

Amerikan Hukukunda işveren vekilleri ve işveren adına hareket eden kişilerin de yaptıkları ayrımcılıklar yasaktır. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi, cinsiyete dayalı ayrımcılık yaratan bir emeklilik düzenlemesi ile ilgili olarak işveren aleyhinde karar almıştır. Söz konusu olayda işveren ayrımcı uygulamanın kendi fiilinden değil, anlaşma halinde olduğu sigorta şirketince yapıldığını iddia etmişse de, savunmaya itibar edilmemiş ve işveren sorumlu tutulmuştur³⁴⁰.

2) Ayrımcılık Türleri

a) Doğrudan Ayrımcılık (Direct Discrimination)

Doğrudan ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişi veya topluluğun, hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde

³³⁸ Amerikan Medeni Haklar Yasası'nın 7. bölümüyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.eeoc.gov/facts/qanda.html>, 30.03.2010, 10.45.; ayrıca bkz.: Charles Sullivan/Michael J. Zimmer/ Rebecca Hanner White, **Employment Discrimination: Law And Practice**, Third Edition, V.1, USA 2002, s.4 vd.; David P. Thowey, Labor & **Employment Law**, Text And Cases, 11. Edition, USA 2001, s.386 vd.

³³⁹ Sullivan/Zimmer/White, V.1, s. 41 vd.

³⁴⁰ Samuel Estreicher/ Michael C. Harper, **Cases And Employment Discrimination And Employment Law**, USA 2000, s. 324.; Sullivan/Zimmer/White, V.1, s. 25.

yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi ifade eder³⁴¹. Örneğin, işverenin mesleki yükselmede faydalı olacak bir eğitim programına katılma koşulu olarak “erkek olmayı” şart koşması doğrudan ayrımcılıktır³⁴².

Yine doğrudan ayrımcılığa, istihdam edilen kadın ve erkek çalışanlar arasında salt cinsiyete bağlı olarak ücret farklılıkları yaratılması, aynı suçtan dolayı farklı ırka mensup insanlara farklı cezalar verilmesi, kişilerin etnik kökenini veyahut inancını aşağılayıcı sıfatların kullanılması, salt engelli olduğu için bir kimsenin işten çıkartılması örnek verilebilir³⁴³.

Doğrudan ayrımcılık iddialarında işlemin hukuka uygunluğunun ve hukuka aykırılığının belirlenmesinde işverenin niyeti veya saiki önem taşımaz. İşverenin ayrımcılık niyeti veya saiki bulunmasa bile cinsiyete, ırka, dine vb. nedenlere dayalı bir uygulama yapıyorsa doğrudan ayrımcılık meydana gelir³⁴⁴.

Amerikan Hukukunda doğrudan ayrımcılığın³⁴⁵ bireysel ve sistemli olmak üzere ikiye ayrıldığını görüyoruz³⁴⁶. Buna göre bireysel ayrımcılıkta tek bir kişi mağdur edilirken, sistemli ayrımcılıkta belli bir nitelikteki bir gruba karşı sistemli olarak ayrımcılık yapılmaktadır³⁴⁷.

³⁴¹ Norman Selwyn, **Law Of Employment**, 13. Edition, England 2004.107; Barnard, *The Substantive Law*, s. 291.

³⁴² Yıldız, a.g.e., s. 73.

³⁴³ Korkut, a.g.e., s. 46.

³⁴⁴ Deakin/Morris, a.g.e., s. 564-565.; Barnard, *Gender Equality*, a. 237.; aynı yönde AB Adalet Divanı Kararı için bkz.: ATAD, C- 69/80, Worringham&Hampreys, 11.03.1981, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 01.04.2010, 17.00).

³⁴⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi doğrudan ayrımcılıkla ilgili olarak şu ifadeleri kullanmıştır: “en kolay anlaşılabilir ayrımcılık türü olan doğrudan ayrımcılıkta işveren, bazı insanlara ırk, renk, din, cinsiyet ya da etnik kökenlerine dayalı olarak olumsuz anlamda diğerlerinden farklı davranmaktadır. Doğrudan ayrımcılıkta işverenin düşmanca bir niyetle, kötülük yapmak isteğiyle hareket etmiş olması şart değildir. Kişilere ırk, cinsiyet ya da koruma altına alınmış diğer özellikleri nedeniyle farklı davranıldığında ayrımcılık kastı ile hareket edildiği kabul edilmelidir”, kararın tam metni için bkz.: Sullivan/Zimmer/White, V.1., s. 265.

³⁴⁶ Sullivan/Zimmer/White, V.1., s. 153.

³⁴⁷ Sullivan/Zimmer/White, V.1., s. 153.

Avrupa Birliği Hukuku'na baktığımızda ise, her şeyden önce 09.02.1976 tarihli ve 76/207 sayılı “ İşe Alınma, İşte Yükselme, Mesleki Eğitim ve İş Koşullarında Eşitlik” başlıklı Direktif'in ikinci maddesi itibariyle kadın ve erkek işçiler arasında, bilhassa medeni ve ailevi durum da dikkate alınarak, doğrudan veya dolaylı biçimde cinsiyete dayalı hiçbir ayrımcılığın yapılmaması gerekir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere 76/207 sayılı Direktif, 2002/73 sayılı Direktifle kısmen değiştirilmiş ve Direktifin kapsamına doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımları da eklenmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı da bir kararında kadınların 62, erkeklerin ise 65 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanmaları üzerine işverenin iş sözleşmesini sona erdirebilmesini mümkün kılan uygulamanın kadınlar aleyhine doğrudan ayrımcılık olduğuna hükmetmiştir³⁴⁸.

Yine Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında iş ilişkinin kurulması, işin yürütülmesi ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesi aşamalarında, hamilelik veya doğum gibi kadınların cinsiyetlerine has özelliklerinden dolayı farklı muameleye maruz kalmaları doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir³⁴⁹. Bunun gibi Amerikan Hukukunda da yukarıda belirtilen hususun doğrudan ayrımcılık olduğu öngörülmüştür³⁵⁰.

Doğrudan ayrımcılığın çeşitli tanımları 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Birlik Direktiflerinde de yapılmıştır. Tüm tanımlardaki ortak nokta ise, doğrudan ayrımcılıkta benzer durumlarda daha olumsuz bir davranışa maruz kalınması olgusunun bulunuyor olmasıdır³⁵¹. Yapılan tanımlara dikkat

³⁴⁸ ATAD, C- 152/84, Southampton And Southwest Hampshire Area Health Authority, 26.02.1986, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 01.04.2010, 15.00); Aynı yönde, Roger Blainpain, **European Labour Law**, 10. Edition, Holland 2006, s. 456.

³⁴⁹ Yüksel, a.g.e., s. 99 vd.

³⁵⁰ Pregnancy Discrimination Act: Sec. 1, Söz konusu kanunun tam metni için bkz.: <http://www.eeoc.gov/laws/statutes/pregnancy.cfm>, (10.08.2010, 10.45).

³⁵¹ Yıldız, a.g.e., s. 75.

edildiğinde, yasaklanan bir ölçüte dayalı olarak yapılan ayrımcılığın tespiti bakımından, ayrımcılığa uğradığını düşünen kişiyle karşılaştırılacak mevcut diğer bir kişinin var olmasının gerekli olmadığıdır. Şu halde karşılaştırma yapılabilinecek varsayımsal bir kişinin mevcudiyeti yeterlidir³⁵².

Söz konusu Direktiflerin koruma altına aldığı bir diğer grup ise aslında ayrımcılık yasaklarının karakteristik niteliğini taşımayan, bununla birlikte bu gruplardan her hangi birine ait olduğu zannedilerek ayrımcılığa uğrayan şahıslardır. Bu yaklaşım bilhassa eşcinsel olmadığı halde bir takım davranışları itibariyle eşcinsel zannedilen ve ayrımcılığa uğrayan kişilerin korunması bakımından önem taşır.

b) Dolaylı Ayrımcılık (Indirect Discrimination³⁵³)

Dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulamanın veya ölçütün belli bir gruba ait kişileri, bu gruba ait olmayan kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı bir konumda bırakmasıdır³⁵⁴. Söz konusu olan hüküm, uygulama ve ölçütler meşru bir amaçla nesnel olarak haklı çıkarılmadıkları takdirde dolaylı ayrımcılık söz konusu olur³⁵⁵. Belirtmelidir ki; dolaylı ayrımcılık kavramı önceleri sadece cinsiyet ayrımcılığı bakımından ele alınırken, zamanla cinsiyet dışındaki diğer ayrımcılık nedenlerini de kapsayacak şekilde gelişme göstermiştir³⁵⁶.

³⁵² Yıldız, a.g.e., s. 75.

³⁵³ Dolaylı ayrımcılık kavramı Amerikan Hukukunda “indirect discrimination” teriminden ziyade “disparate impact” kavramıyla ifade edilmektedir.

³⁵⁴ S. Deakin/G.S. Morris, **Labour Law**, Butterworths; London, Edinburg, Dublin 1998, s. 568-569.; Neville Rubin, **Code of International Labour Law: Law, Practice And Jurispendice**, Vol:1, s. 463.; Barnard, Gender Equality, s. 245.

³⁵⁵ Korkut, a.g.e. s. 47.

³⁵⁶ Yıldız, a.g.e., s. 77.

AB Hukukunda dolaylı ayrımcılık; 76/207 sayılı Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılmasına İlişkin Direktif³⁵⁷, 2000 yılında kabul edilen ve Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılığı Yasaklayan 2000/43 sayılı Direktif³⁵⁸, Din, İnanç, Özürlülük ve Cinsel Tercihe Dayalı Ayrımcılığı Yasaklayan 2000/78 Sayılı Direktif, 76/207 sayılı Direktife değişiklikler getiren 2002/73 sayılı Direktif³⁵⁹ ve 2004/113 Sayılı Mal ve Hizmetlerin Sunum ve Bunlara Erişimde Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktifte³⁶⁰ yasaklanmıştır.

Belirtilmelidir ki; Avrupa Birliği'nin konumuzla ilgili Direktifleri, sistematik bir bütünlük içinde olmasa da şekli eşitlikten maddi eşitliğe geçme yolunda önemli mesafeler kaydedilmesi sonucunu doğurmuştur.

Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerine dikkat edildiğinde, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına ilişkin kuralların ötesinde, toplumdaki tüm bireylerin toplumsal cinsiyetin temelinde yatan yakıştırmalardan arınmış, şahsi yeteneklerini ortaya koymaya şansı olan, fırsat eşitliğine dayalı bir toplum hedefi bulunduğu görülmektedir³⁶¹. Bu noktada sadece şekli eşitlik anlayışı böyle bir toplum hedefi bakımından yeterli değildir.

³⁵⁷ Direktifin tam adı: “İş ve Meslek Eğitimine Giriş, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin 09.02.1976 Tarihli Yönerge”dir.

³⁵⁸ Direktifin tam adı: “Kişiler Arasında Irk ve Etnik Kökene Dayanılmaksızın Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Yönerge”dir. Direktifin ikinci maddesinde dolaylı ayrımcılığı görünüşte bir hüküm, uygulama ya da ölçütün belli bir ırka ya da etnik kökene mensup kişileri diğer kişilerle karşılaştırıldığında olumsuz etkilediği durumlar olarak tanımlamıştır. Aynı hüküm itibarıyla, söz konusu hüküm, uygulama ya da ölçütün objektif olarak haklılaştırılabilen bir amaca yönelik olduğu, bu amaca ulaşmak için kullanılan araçların da uygun ve gerekli olduğu ortaya konabiliyorsa, bu olumsuz etki, dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilmemektedir.

³⁵⁹ 2002/73 sayılı 76/207 Sayılı İş ve Meslek Eğitimine Giriş, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Konsey Direktifinde Değişiklik Yapan 23 Eylül 2002 tarihli Direktif: bu Direktif itibarıyla dolaylı cinsiyet ayrımcılığı, görünüşte ayırım yaratmayan ancak haklı bir gerekçeye de dayanmayan bir hüküm, uygulama ve ölçütün belli bir cins mensup kişileri diğer cins mensup kişilerle karşılaştırıldığında olumsuz etkilediği durumlar söz konusudur.

³⁶⁰ 2004/113 Sayılı Mal ve Hizmetlerin Sunum ve Bunlara Erişimde Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin 13 Aralık 2003 Tarihli Yönerge.

³⁶¹ Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 70.

Avrupa Birliği Adalet Divanı da 1970'li yıllardan itibaren göçmen işçiler hakkında geliştirilen doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağını cinsiyetler arası ayrımcılık hallerine de uygulamaya başlamıştır³⁶². Divan'ın bu konudaki temel kararı olarak kabul edilen Bilka³⁶³ kararı ile dolaylı ayrımcılık kavramı belirginleşmiş ve nihayet dolaylı ayrımcılık hususu 97/80 sayılı İspat Yüküne İlişkin Direktif³⁶⁴ ve 2000 yılından sonra kabul edilen diğer düzenlemelerle açığa kavuşturulmuştur.

Söylemeliyiz ki; Avrupa Birliği Hukukunda işgücü piyasasından kaynaklanan sebepler de uygulamanın haklılaştırılmasında ölçüt olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda Birlik Adalet Divanı, istihdamı teşvik amacı taşıyan kanuni düzenlemelerin dolaylı ayrımcılık olmadığını ve bu bağlamda tam süreli çalışmanın desteklenmesi amacıyla yapılan farklı ücret uygulamasının da ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceğini öngörmüştür³⁶⁵.

Doktrinde, bir uygulamanın görünüşte tarafsız olsa da, önceden yapılmış ayrımcı uygulamalar ile oluşan mevcut durumu koruması durumunda haklı sayılamayacağı ifade edilmiştir. Bu itibarla görünüşte adil ve tarafsız görünen uygulamalar ayrımcı bir etki doğuruyorsa hukuka uygun olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir³⁶⁶.

³⁶² Örnek olarak bkz.: ATAD, C- 96/80, J.P. Jenkins&Kingsgate (Clothing Productions), 31.03.1981, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 01.04.2010, 15.00).

³⁶³ ATAD, C- 170/84, Bilka- Kaufhaus GmbH& Karin Weber Von Hartz, 13.05.1986, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 01.04.2010, 15.00): Bilka kararında Divan ikili bir inceleme sonucunda kararını vermiştir. Buna göre; öncelikle davacı işçinin ilk bakışta objektif görünen bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın belli bir cinse veya ırka mensup olanlar veyahut özürlü olanlar açısından olumsuz etkileri olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Bu aşamadan sonra ise davalı işverenin bu ölçütleri veya uygulamayı işletme veya meslek gerekleri ile haklılaştırıp haklılaştıramadığına bakılacaktır. Eğer davalı işveren, dolaylı ayrımcılık yarattığı iddia edilen ölçüt veya uygulamasının işletme ya da meslek gereği olduğunu objektif olarak ortaya koyabiliyorsa bu durumda dolaylı ayrımcılıktan söz edilemeyecek ve dolayısıyla işveren ayrımcılık yapmış sayılmayacaktır.

³⁶⁴ Direktifin tam metni için bkz.: “Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex” (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0080:EN:HTML>)

³⁶⁵ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Barnard, Gender Equality., s. 222 vd.; Yüksel, a.g.e., s. 285 vd.; Yıldız, a.g.e., s. 77 vd.

³⁶⁶ Rubin, a.g.e., s. 463-464.; Twomey, a.g.e., s. 394 vd.

Doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi dolaylı ayrımcılıkta da işverenin kasıtlı hareket etmemiş olması ve hatta iyi niyetli olması dahi sonucu değiştirmez³⁶⁷.

c) Pozitif Ayrımcılık (Affirmative Action)

Pozitif ayrımcılık belli alanlarda nispeten daha az temsil edilen gruplara, fırsat eşitliği sağlanması bakımından olumlu bazı ayrımcılıklar yapılmasını öngören program ve politikalar^{368,369}. Eşitsizliği gidermek adına ortaya çıkan bu eşitsiz uygulamalar doktrinde Aristo'nun denkleştirici adalet ilkesine benzetilmiştir³⁷⁰.

Pozitif ayrımcılık doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağında olduğu gibi negatif bir yasaklama ve yasak olan eylem yapıldığı zaman zarar gören mağdurun bireysel zararının karşılanması temeline dayanmamaktadır³⁷¹. Zira bu anlayışta zarar doğmadan önlenmesine yönelik tedbirler önem kazanmıştır. Dolayısıyla eşitliğin sağlanması bakımından alınacak önlemler ve bu önlemleri almakla yükümlü olan organlara(bilhassa kamu organları) önemli görevler düşmektedir.

Avrupa Birliği Bölgesel Gelişme Fonu da (Regional Development Fund) pozitif ayrımcılığın amacının, geçmişte yaşanmış ayrımcılığın etkilerinin ve belli gruplara karşı var olan bir takım ön yargıların ortadan kaldırılması olduğunu belirtmiştir³⁷². Buna göre pozitif ayrımcılık programlarında daha önceki dönemlerde diğer gruplara göre daha az temsil

³⁶⁷ Sullivan/Zimmer/White, a.g.e., s. 281.

³⁶⁸ Dawn D. Bennet/Alexander Laura P. Hartman, **Employment Law For Business**, Fourth Edition, Mc Graw Hill&Irwin, USA 2004, s. 153.; Rubin, a.g.e., s. 488-489.

³⁶⁹ Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Alanda Yapılması Gereken değişiklikler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2007, Sayı:8, s. 25.

³⁷⁰ Öden, a.g.e., s. 38.

³⁷¹ Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 44.

³⁷² Yıldız, a.g.e., s. 84.

edilmiş olan gruplara mensup kimselerin iş ve eğitim olanaklarından yararlanmaları sağlanmalıdır. Aynı zamanda pozitif ayrımcılık kapsamına, ayrımcılık yaratmayan seçim ölçütleri, eğitim programları ve cinsel tacizi önlemeye yönelik programlar da dahil edilmelidir³⁷³.

Pozitif ayrımcılık politikalarının, işyeri düzenini olumsuz biçimde etkilememesi ve toplumda mevcut olan cinsiyet rollerini pekiştirecek bir nitelik taşınamaması gerekmektedir³⁷⁴. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı da kadınları destekleyen ve onların lehine benimsenen kuralların kadınlara yönelik bir takım yargı ve anlayışları pekiştirebileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Divan'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, yasalarda veya toplu iş sözleşmelerinde kadınlara ayrıcalıklı hükümlere yer verilmesi; örneğin kadınlar için daha kısa çalışma saatleri öngörülmesi, çocuğu olan kadınlara ekstra izinler verilmesi durumunda, kadınlar hakkındaki geleneksel anlayışların katılaşacağı ifade edilmiştir³⁷⁵.

Amerikan Hukukunda ise pozitif ayrımcılık, bir işçiyi kazanılmış haklarından mahrum etmemesi, çoğunluğun haklarını aşırı derecede sınırlandırmaması şartıyla ırk ya da cinsiyete dayalı dengenin sağlanması amacını taşıyan uygulamalar olarak tarif edilmiştir³⁷⁶.

Yine Amerikan Hukukunda ırk ayrımcılığına yol açtığı iddia edilen bir uygulama, işverenin siyahlar lehine pozitif ayırım yaptığını ispatlaması üzerine mahkemece hukuka uygun bulunmuştur. Uyuşmazlığa neden olan olay, kıdemlerine göre seçilecek ve eğitime tabi tutulacak işçilerin içinde siyahlar için belli bir kota ayrılması ile doğmuştur. Bu kota itibarıyla kıdemleri daha az olsa bile belirli sayıda siyah işçi eğitime seçilmişlerdir. İşte bu noktada bir beyaz işçi kıdeminin daha fazla olduğunu ve buna rağmen kendisinden daha

³⁷³ Yüksel, a.g.e., s. 317 vd.

³⁷⁴ Barnard, Employment Law, a.g.e., s. 196.

³⁷⁵ ATAD, C- 312/86, Commission/France, 05.09.1988, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 01.04.2010, 23.00)

³⁷⁶ Sullivan/Zimmer/White, V.1, s. 224.; Estreicher/Harper, a.g.e., s. 257.

kıdemsiz bir siyahın eğitime katıldığını, ancak kendisinin eğitimden mahrum bırakıldığını belirterek ayrımcılık iddiasında bulunmuştur. İşveren ise ırksal bakımdan dengesiz görülen alanları ortadan kaldırmak için böyle bir uygulama yaptığını ileri sürmüştür. Neticede mahkeme pozitif ayrımcılık iddiasını kabul ederek ayrımcılık yapılmadığına karar vermiştir³⁷⁷.

Avrupa Birliği'nde pozitif ayrımcılığın kanuni temeli, Amsterdam Antlaşmasının 14/4. maddesidir. Antlaşmaya göre; kadınlar ve erkekler arasında uygulamada tam bir eşitliğin sağlanması amacıyla üye Devletler, daha az temsil edilen cinsiyet lehine istihdam alanında çeşitli düzenlemeler yapabilecektir. Bu yöndeki hükümler veya uygulamalar eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Belirtilmelidir ki; bu hükümle birlikte pozitif ayrımcılık hususunda oldukça ileri bir anlayış getirilmiştir^{378, 379}.

AB Adalet Divanı'nın Kalenke³⁸⁰ davasında pozitif ayrımcılığın, kota uygulamasının aynı durumda olan iki kişi arasında önceliğin ne olurda olsun lehine pozitif ayrımcılık yapılan kişiye tanınması, gibi bir yoruma müsait

³⁷⁷ Sullivan/Zimmer/White, a.g.e., s. 218-219.; Weber Kaiser Alinium& Chemical Corp.; Aynı yönde başka bir karar için bkz.: Estreicher/Harper, a.g.e., s. 257 vd.; Karşı yönde: istihdamda kadın kotaları uygulaması konusuna ilişkin "Kalenke" davasında AB Adalet Divanı, işe almalarda ve yükselmelerde erkek aday ile aynı niteliklere sahip kadın adaylara öncelik tanınması ve bu uygulamanın işyerinde kadın işçilerin sayısının belli bir miktara ulaşana kadar devam etmesi, diğer anlatımla kadın işçilere kontenjan tanınması erkekler aleyhe bir ayrımcılık oluşturduğu ve bu davranışın 76/207 sayılı Direktifin 2/A maddesindeki eşit davranma ilkesinin istisnası kapsamına girmediğine karar vermiştir. Kararda yükselmeler ve işe almalar bakımından kadın ve erkekler fırsat eşitliği ilkesinin katı yorumlanacağı ve işe almalarda ve mesleki yükselmelerde otomatik ve koşulsuz olarak kadınlara öncelik verilemeyeceği, bunun yerine başlangıç aşamasındaki eşitsizlikleri yok edici önlemler alınması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca bu tür kotaların, istihdamda kadınların önündeki engelleri kaldırarak, erkeklerle eşit neticeye varmalarını sağlamamakta, kadınlara doğrudan neticeyi temin etmekte ve sadece bu neticeye öncelikle varmanın yolunu açtığı kabul edilmektedir".

³⁷⁸ Roger Blainpain, **European Labour Law**, 10. Edition, Holland 2006, s. 479.

Barnard, **Employment Law**, s. 196-197.

³⁷⁹ Onaylayarak iç hukukumuza dahil ettiğimiz uluslararası sözleşmelerde de benzer hükümler mevcuttur. "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin 4. maddesine göre: "Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved. Adoption by States Parties of special measures, including those measures contained in the present Convention, aimed at protecting maternity shall not be considered discriminatory.

³⁸⁰ Söz konusu karar için bkz: (<http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp97/cp9726en.htm>).

olmadığını belirtmesi son derece isabetlidir³⁸¹. Bunun gibi istihdam alanında pozitif ayrımcılık uygulamalarının hiçbir zaman lehine bir takım kotalar sağlanan gruba mensup, fakat niteliksiz bir birey ile bu gruba mensup olmayan fakat daha nitelikli olan bir birey arasında yapılacak seçimi etkilemeyeceğini belirtmek gerekir. Bununla birlikte her iki kişi de gerekli niteliklere sahipse, yapılacak seçimde pozitif ayrımcılık söz konusu olabilir³⁸².

AB mevzuatında ise 2000/43³⁸³ ve 2000/78³⁸⁴ sayılı Direktiflerde pozitif ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler vardır. Söz konusu hükümlerde, üye devletlerin, uygulamada tam eşitliğin sağlanması bakımından Direktifin koruma altına aldığı ayrımcılık sebeplerine dayalı ayrımcılığın önlenmesi ya da uğranılmış olan ayrımcılığın ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri almaları gerektiği düzenlenmiştir. Yine 2006/54³⁸⁵ sayılı Direktifte de pozitif ayrımcılık düzenlenmiştir. Bu Direktifle de Amsterdam Antlaşmasına atıf yapılmış ve üye devletlerin çalışma yaşamında kadın-erkek eşitliğini sağlamak için gerekli tedbirleri alması gerektiği öngörülmüştür.

Türk Hukukuna geldiğimizde ise pozitif ayrımcılık hususunda ilk olarak 1985-1990 yılları arasında hazırlanan 5 yıllık kalkınma planında kadın

³⁸¹ Yıldız, a.g.e., s. 86.

³⁸² Yıldız, a.g.e., s. 87.

³⁸³ 2000/43 md. 5: “Eşit muamele ilkesi; pratikte tam eşitliği sağlamak gayesi ile Üye devletleri ırk ve etnik kökenle bağlantılı dezavantajlı durumları önlemek veya tazmin etmek üzere özel önlemler almaktan veya böylesi özel önlemleri sürdürmekten alıkoymaz”. Direktifin tam metni için bkz.: (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>).

³⁸⁴ Öneğin söz konusu Direktifin 5. maddesine göre; özürliyle ilgili olarak eşit muamele ilkesine uygun davranabilmeyi temin edebilmek maksadıyla makul ölçüde yardımcı olunur. Demektir ki işverenler, özel bir durum gerektirdiğinde, işverene orantısız bir yük yüklediği takdirde, özürli bir kimsenin işe girmesi, katılması veya işte ilerlemesi için veya eğitimden geçmesi için uygun önlemleri alır. Söz konusu yük, ilgili Üye Devletin özürliyle politikası çerçevesinde mevcut önlemler yeterli çare getirdiği takdirde oransız olmaz. Direktifin tam metni için bkz.: (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:EN:PDF>)

³⁸⁵ (DIRECTIVE 2006/54/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 5 JULY 2006 ON THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF EQUAL OPPORTUNITIES AND EQUAL TREATMENT OF MEN AND WOMEN IN MATTERS OF EMPLOYMENT AND OCCUPATION) Article 3: Positive action:

Member States may maintain or adopt measures within the meaning of Article 141(4) of the Treaty with a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life.

Direktifin tam metni için bkz.:

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:EN:PDF>)

konusuna yer verildiğini ve bilhassa kadın istihdamının artırılması, fırsat eşitliğinin sağlanması konusunda izlenecek politikalar ve alınacak önlemler belirlendiğini görüyoruz. Yine aynı yönde düzenlemelere 1996- 2000 tarihli 7. beş yıllık kalkınma planında da yer verilmiştir.

Onaylayarak bir anlamda iç hukukumuz haline getirdiğimiz bir çok UÇÖ sözleşmesinde³⁸⁶ pozitif ayrımcılığa ilişkin tedbirlere ve düzenlemelere ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir. Bu itibarla taraf olduğumuz sözleşmeler doğrultusunda önlemler ve düzenlemeler öngörmek kanuni yükümlülüğümüz haline gelmiştir³⁸⁷. Dolayısıyla istihdamda kadın erkek eşitliğini nispeten de olsa sağlamaya yönelik pozitif ayrımcılık uygulamalarının daha etkin bir biçimde devreye sokulması hususu önem kazanmıştır³⁸⁸.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Birleşmiş Milletler arasında imzalanan “Kadının Kalkınmaya Katılımını Güçlendirme Ulusal Programı” çerçevesinde hükümet; çeşitli resmi, akademik, araştırma programları ve sivil toplum örgütleri ile birlikte mesleki eğitim, mesleki rehberlik, işe yerleştirme ve kadınlara özel iş yaratma planları oluşturmuştur. Bu bağlamda hedeflenen amaç, kadınların istihdam ve sosyal güvenlik konularında eşit haklara ulaşmalarına yönelik projelerin uygulanmaya başlamasıdır³⁸⁹.

Türk İş Hukukunda günümüze değin çalışan kadınları teşvik edici ve destekleyici eylem programlarının, genellikle sendikalar tarafından gönüllü olarak karşılanmaya çalışıldığını da görüyoruz³⁹⁰. Nitekim bir çok sendikanın bünyesindeki ilgili komiteler, kadınların değişik meslek ve derecelerde işe alınması, mesleki eğitimi, eşit ücret ödenmesi ve cinsiyete dayalı olmayan iş değerlendirilmesi yapılması, aile sorumluluklarının eşit bir şekilde

³⁸⁶ Örnek olarak bkz.: 23.06.1981, C 156/ Workers With Family Responsibilities Convention, Sözleşmenin tam metni için bkz: (<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?c156>).

³⁸⁷ Yüksel, a.g.e., s. 325.

³⁸⁸ Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mezuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Geren Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:8, Aralık 2007, s.25 vd.

³⁸⁹ RG., 29.08.1997, 23095.

³⁹⁰ Yüksel, a.g.e., s. 324.

paylaşılması, kadınlar aleyhine eşitsizliğe yol açan sorunları önlemek için hedef ve programlar geliştirmekte ve işyeri-işletme içinde uygulanmasını sağlamayı amaçlamaktadır^{391, 392}.

Nihayet günümüze geldiğimizde, Anayasamızda 5982 Sayılı Kanunla 05.07.2010 tarihinde yapılan değişiklikle belirli gruplara pozitif ayrımcılık yapılması hususu Türk hukuku bakımından anayasal bir teminata kavuşmuştur³⁹³. Nitekim Anayasamızın 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” hükmüne yapılan son değişiklikle “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” cümlesi eklenmiş ve bu bağlamda kadınlara yönelik olarak yapılacak pozitif ayrımcılıkların eşitlik ilkesine aykırı olarak kabul edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

Anayasamızda yapılan son değişiklikle pozitif ayrımcılık hususu sadece kadınlar bakımından öngörülmemiştir. Nitekim Anayasanın 10. maddesine eklenen 3. fıkrası; “Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” biçimindedir. Bu itibarla çocuklara, yaşlılara,

³⁹¹ Yüksel, a.g.e., s. 324.

³⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için; Türk-İş, **Olumlu Eylem, Sendikalar İçin Politikalar ve Anahatlar**, Türk-İş Kadın İşçiler Bürosu Yayını, s. 12 vd.

³⁹³ Söz konusu hükmün gerekçesi şu şekildedir: “Üçüncü fıkra da sayılan toplumun korunmaya muhtaç kesimleri için devletin özel tedbirler alması olarak ifade edilen pozitif ayrımcılık, kanun önünde eşitliği sağlamaya yönelik politikaların bir gereği olarak görülmektedir. 1982 Anayasasının eşitlik ilkesini düzenleyen 10 uncu maddesi 2004 yılında değiştirilerek maddeye kadınlar açısından pozitif ayrımcılığa imkân tanıyan bir ifade eklenmiştir. Bu değişiklik, Türk pozitif hukuku açısından önemli olmakla birlikte, yeterli değildir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler incelendiğinde eşitlik ilkesini güçlendirmek amacıyla sadece kadınlar lehine değil, aynı zamanda toplumun özel korunmasını gerektiren başka kesimler için de pozitif ayrımcılık kuralının benimsendiği görülecektir. Bu yüzden maddenin üçüncü fıkrasındaki hüküm, eşitlik ilkesinin pozitif ayrımcılık kuralıyla değişmekte olan içeriğine ve bu yöndeki çağdaş gelişmeye uyum sağlayacaktır. Öte yandan, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 23 üncü maddesine göre, “Eşitlik ilkesi, eksik temsil edilen cinsiyet lehine olan tedbirlerin muhafazasını veya kabul edilmesini engellemez.” Benzer hükümler, yaşlılar, çocuklar ve engelliler gibi özel surette korunmayı gerektiren toplum kesimleri için de söz konusudur. Bu sebeple, Anayasanın “Eşitlik” maddesinde yer alan bu hüküm, Avrupa Birliği hukukuyla uyumun sağlanması bakımından önemlidir”.

özürlülere ve nihayet gazilere ve şehit yakınlarına yapılacak pozitif ayrımcılıklarda eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ileri sürülemeyecektir.

Görüldüğü üzere artık bir takım gruplara pozitif ayrımcılık yapılması gereği Türk Hukuku bakımından anayasa düzeyinde öngörülmüştür. Bu bağlamda gerekli kanuni düzenlemelerin de yapılması ve dolayısıyla pozitif ayrımcılık uygulamalarına ilişkin tedbirlerin mevzuatımıza ivedi bir biçimde dahil edilmesi gerekmektedir.

B) AYRIMCILIK NEDENLERİ

1) İşçinin Cinsiyeti Nedeniyle Ayrımcılık Yapılamaması

a) Genel Olarak

Adalet kavramının çekirdeğini oluşturan bir ideal olarak eşitlik kurumu³⁹⁴; kapsamı, sınırları, uygulama araçları bakımından Eski Yunan'dan bu yana insanlık düşünce tarihinin belki de üzerinde en çok kafa yorulan ve fikir üretilen kavramıdır³⁹⁵. İşte eşitlik kavramının başlıca uygulama alanlarından birini, hatta belki de en önemlisini kadın- erkek eşitliği³⁹⁶ veyahut cinsiyetler arası eşitlik kurumu oluşturmaktadır.

³⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Barnard, Gender Equality, s.223 vd.

³⁹⁵ Yenisey, Kadın- Erkek Eşitliği, s. 31.

³⁹⁶ Belirtilmelidir ki; Cumhuriyetin kurulmasından sonra girilen inkılap hareketinin en önemlisi Türk kadınının toplum içinde hakkını ve vazifesini alması olmuştur. Cumhuriyetimizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk yalnız devlet müesseselerinde yapılan inkılapları yeterli görmüyordu. O Türk toplumunun laik esaslar üzerine kurulmasını, yaşayış şekilleriyle hayat görüşlerinin de değişmesini gerekli buluyordu. Bunun için de her şeyden önce kadına aileden ve toplumda doğal haklarının verilmesi gerekiyordu. Başta Atatürk olmak üzere o zamanki siyasilerin kadın hakları konusunda attıkları adımları temel olarak;

1.Medeni Kanunun kabulü ile kadınlarımız medeni haklarına kavuşmuş ve yeni Türk ailesi kurulmuştur. Modern Türk ailesinde erkekle kadın eşit haklara sahiptir. Evlenmede her iki tarafın isteği esas tutulmuş, dini nikah yerine kanuni evlenme usulü konulmuştur. Türk Medeni Kanununda boşanma hakimin kararına bırakılmıştır,

2. Türk kadınına siyasi haklar tanındı. 1930 yılında kabul edilen Belediye Kanunu ile kadına belediye üyesi seçmek ve seçilmek hakkı verildi. 5 Aralık 1934'te çıkarılan bir kanunla vatandaşların kutsal hakkı olan milletvekili seçmek ve seçilmek hakkına kadınlar da kavuşturulmuştur,

İfade edilmelidir ki; 20. yüzyılın ayırıcı niteliklerinden biri olarak insan hakları, günümüzde bünyesinde ayrılmaz bir parça olarak kadın haklarını da barındırmaktadır^{397, 398}. Her ne kadar 1948’de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nden bu yana bütün insanlar için, temel hak ve hürriyetlerden yararlanma hakkı mevcutsa da, tarihsel süreç ve temel kültürel yapılar bağlamında gelişen uluslararası ve ulusal insan hakları anlayışları; araç, söylem ve amaç olarak hiçbir toplumda kadınların insan olarak doğmaktan kaynaklanan haklarının erkeklerinki ile aynı etkinlikle tanınmasını, korunmasını ve geliştirilmesini sağlayamamıştır. Günümüzde pek çok düşünür esasen bu insan hakları söylem ve araçlarının, eşyanın tabiatı gereği, kadın ve erkekler için eşit etkinlik sağlamaya yönelik olmadıkları gerçeğini kabul etmektedir³⁹⁹.

Geliştirildikleri dönemin toplumsal koşulları, devraldıkları tarihsel miras gibi bariz nedenlerle insan hakları kavramı, erkekler tarafından ve erkek merkezli olarak geliştirilmiş bir düşünce birikiminin ürünüdür ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinden bu yana dünyada bu anlamda geliştirilen tüm uluslararası hukuk araçlarında erkek vurgusu bulunmaktadır. Nitekim artık bir çok kimsenin kabul ettiği gibi insan haklarının en önce gelişen ve günümüzde halen en gelişmiş alanını oluşturan “siyasi ve medeni haklar” kavramları temelde devletle birey arasındaki ilişkileri düzenleyen, kamu alanına ilişkin ve öncelikle kanunlar karşısında vatandaşların eşit işlem haklarını vurgulayan haklardır. Kanuni düzenlemelerle öngörülen hak ve özgürlüklerin ise, daha çok erkeklerin toplumsal deneyimlerini ilgilendiren, onların etkinlik alanları için

3. Türk kadınının modern Türk toplumundaki yerini tam anlamıyla alması ve kendisine tanınan hukukî haklardan istifade edebilmesi için kadın kıyafetinde gerekli değişiklikler yapılmıştır”, başlıkları altında toplayabiliriz.

³⁹⁷ Feride Acar, “ Kadınların İnsan Haklarının Gerçekleştirilmesi ve Ayrımcılığın Önlenmesinde Uluslar arası Standatlar”, **TC Başbakanlık Kadının Statüsü ve Korunması Genel Müdürlüğü**, Ankara Şubat 2000, s. 45.

³⁹⁸ ATAD, C- 149/77, Defrenne/Sabene, 15.06.1978, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 01.05.2010, 23.00).; Barnard, Gender Equality, s. 232.

³⁹⁹ Örneğin bkz.: Philip Alston, “Labor Rights As Human Rights: The Not So Happy State Of The Art”, **Labor Rights As Human Rights**, Edited By: Philip Alston, Oxford University Press 2005, s. 3vd.

anlam taşıyan boyutlara sahip olduğu kimsenin inkar edemeyeceği gerçeklerdir.

Söylemeliyiz ki; kadınlara yönelik ihlaller, devlet veyahut onun adına güç kullananlarca yapılabildiği gibi, çoğunlukla başkalarınca(özel kişiler, sivil toplum örgütleri, gayri resmi aşiret yapılanmaları vb.) gerçekleştirilmekte ve dolayısıyla insan hakları düzenlemelerinin dışında kalmaktadır⁴⁰⁰. Örneğin; bir çok ülkenin iltica ve sığınma yasaları ırk, dil, milliyet, siyasi kimlik gibi nedenleri insan hakları ihlallerinin kaynağı olarak kabul ederken, toplumsal cinsiyet esaslı böyle haklar tanınmamaktadır. Kadınların sünnet edilmesi olarak bilinen kadınların genital sakatlanması dahi ABD’de sığınma nedeni olarak tartışılmış ve kabul görmemiştir⁴⁰¹. Bunun gibi; işkence, kötü muamele, zulüm veyahut benzeri özgürlük kısıtlamaları gibi bariz insan hakları ihlalleri olduğu halde benzeri durumlar aile içinde yaşandığında, kamu makamlarınca dahi hoş görüyle karşılanabildiği malumdur. Öyle ki; bu gibi hadiseler kültürel yapının bir uzantısı olarak ele alınmış ve bir anlamda devletlerce de meşrulaştırılmıştır.

1970’li yıllardan bu yana ise, uluslararası camia yukarıda sözünü ettiğimiz durumun kabul edilemezliğine yönelik bir hassasiyet geliştirmeye başlamıştır⁴⁰². Dolayısıyla kadınlara yapılan ayrımcılığın tüm dünyada gerçek bir vakıa olduğu kabul edilmek suretiyle bunun giderilmesi bakımından bir takım adımlar atılmıştır. Bu itibarla 1993 Viyana Konferansı ile uluslararası insan hakları söylemi “kadın hakları insan haklarıdır” temel anlayışına oturtulmuş ve toplumsal cinsiyete bağlı olarak yapılan tüm ihlallerin esasında insan hakları ihlali olduğu gündeme gelmiştir. Bugün gelinen noktada kadın hakları mevzuu, insan haklarının ayrılmaz ve parçalanamaz bir ögesi olarak

⁴⁰⁰ Dawn D. Bennet/Alexander Laura P. Hartman, **Employment Law For Business**, Fourth Edition, Mc Graw Hill&Irwin, USA 2004, s. 221 vd.; Alston, Human Rights, s. 3vd.

⁴⁰¹Loise Ackers, “ Citizenship, Gender And Dependency In The European Union: Woman And International Migration”, **Sex Equality Law In The European Union**, European Law Series, Edited By: Tamara K. Hervey/ David O’Keeffe, John Wiley & Sons 1997

⁴⁰² Acar, a.g.e., s. 48.

kabul edilmekte ve bu meseleye ulusal ve uluslararası alanlarda hukuki düzenlemeler yoluyla çözüm getirilmeye çalışılmaktadır⁴⁰³.

Yine ifade edilmelidir ki; kadın hakları günümüzde uluslar arası camia ve onun yetkili birimlerince ayrıca değil, fakat öncelikli bir alan olarak tanınmakta ve vurgulanmaktadır. Bu noktadan hareket ederek artık “kadın hakları insan haklarıdır” anlayışının da ötesinde kadın haklarının özel olarak vurgulanması gereğinin benimsendiği aşıkardır⁴⁰⁴.

Bu hususta son olarak belirtelim ki; niteliği itibariyle sürekli ilerlemeci bir yapısı olan insan hakları anlayışının, geçmişten günümüze daima gelişen yeni anlayış ve hassasiyetlere cevap verme eğiliminde olduğu görülmektedir⁴⁰⁵. Bu gelişim “siyasi ve medeni haklar”dan “sosyal ve ekonomik haklar”a doğru yaşadığı ilerlemenin paralelinde 20. yüzyılın bilhassa son dönemlerinde kadın haklarının gelişmesi yönünde yaşanmıştır.

Cinsiyetler arası ayrımcılık yasağının, Avrupa Birliği sosyal politikalarının temel ve en gelişmiş olan sütunlarından biri olduğuna şüphe yoktur⁴⁰⁶. Bu bağlamda konuyu özel olarak düzenleyen Roma Antlaşmasının 119. maddesinin yanında bu hususta kabul edilmiş bulunan birincil ve ikincil mevzuatın ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarının niteliği ve niceliği konunun Birlik Hukuku bakımından ne kadar önem arz ettiğini açıkça göstermektedir⁴⁰⁷.

Yukarıda bahsettiğimiz husus bakımdan söylenmelidir ki; Birlik Hukuku’nun üye ülke hukukları üzerinde belki de en etkili olduğu alanlardan biri olarak cinsiyetler arası ayrımcılık yasağı, bugün Birlik Hukuku’nda kabul

⁴⁰³ Nazan Moroğlu, “ Avrupa Birliği Anlaşma ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 4, Aralık 2006, s. 209.

⁴⁰⁴ Philip Alston, “Labor Rights As Human Rights: The Not So Happy State Of The Art”, **Labor Rights As Human Rights**, Edited By: Philip Alston, Oxford University Press 2005, s. 21.

⁴⁰⁵ Acar, a.g.e., s. 49.

⁴⁰⁶ Alston, Human Rights., s. 19.

⁴⁰⁷ Alston, Human Rights., s. 19.

görmüş temel insan hakları arasındadır. Ayrıca bu alanda Birlik Hukuku'nun benimsemiş olduğu ilkeler, diğer sosyal politika alanlarında da rol gösterici bir konuma ulaşmıştır⁴⁰⁸.

Cinsiyetler arası ayrımcılık üç ana noktada belirginleşmektedir. Bunlardan birincisi, kadın ve erkeklerin farklı işkollarında ve işlerde çalışmasını ifade eden yatay ayrışmadır(horizontal segregation)⁴⁰⁹. İkinci düzeyimiz ise aynı işkolunda veya işte çalışan erkek ve kadınların işe farklı düzeylerde yoğunlaşmasını ifade eden dikey ayrışmadır⁴¹⁰(vertical segregation)⁴¹¹. Nihayet bu ayrışmadaki son düzey ise sözleşme bazında ayrışmadır(contractual segregation). Buna göre kadınlar daha çok kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışırken erkekler daha çok tam süreli iş sözleşmeleriyle çalışmaktadır ki bunun neticesi olarak kadın işçiler daha az ücret almaktadır⁴¹².

Bu hususta son olarak denilebilir ki; toplumun kültürel, ekonomik ve sosyolojik yapısı, kadın hareketinin etkin olup olmaması, vergi rejimi, yeni doğan çocukların bakımına ilişkin imkanlar, kreş imkanları, izinler ve bundan başka bir çok neden cinsiyet ayrımcılığına ilişkin meselenin temelinde yatmaktadır⁴¹³. Dolayısıyla günümüzdeki meselenin ifadesinde İngilizce kökenli, yaradılıştan kaynaklanan kadın ve erkekler arasındaki fiziksel ve mental farklılıkların yanı sıra ait olunan toplum ve kültür tarafından yaratılan

⁴⁰⁸ Bercusson, a.g.e., s.169.

⁴⁰⁹ Hizmet ve tekstil sektöründe kadınların erkeklere nazaran daha çok çalışıyor olması buna örnek verilebilir.

⁴¹⁰ Yönetici pozisyonunda erkeklerin kadınlara göre çok daha fazla yer işgal etmeleri bu duruma örnek olarak verilebilir.

⁴¹¹ Yatay ve dikey ayrışma konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Rosemary Crompton, "Contunutiuy And Change In The Segregation Of The Medical Profession In Britain And France", Internatioal Journal Of Sociology And Social Policy", (<http://www.emeraldinsight.com/Insight/ViewContentServlet?Filename=Published/EmeraldAbstractOnlyArticle/Pdf/0310230403.pdf>)

⁴¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Yüksel, a.g.e., s.126 vd.

⁴¹³ Nejla Arat, **Türkiye'de Kadın Olmak: Kadın Sorunundan Kesitler: Türkiye'de Kadınların Karşılaştıkları Sorunların Sosyo-Kültürel Nedenleri**, İstanbul 1997, s. 43 vd.; Yenisey, Kadın Erkek Eşitliği, s. 32.; Yüksel, a.g.e., s. 11 vd.;

farklılıkları da içeren toplumsal cinsiyet(gender) sözcüğü⁴¹⁴ kullanılmaktadır⁴¹⁵.

Yukarıda ifade ettiklerimiz dışında şu hususta gözden kaçırılmamalıdır ki; cinsiyet ayrımcılığına karşı toplumdaki erkek egemen kültürün etkisiyle öngörülen kuralların bizzat kendisi dahi bir ayrımcılık kaynağına dönüşebilir. Bununla birlikte ayrımcılığı yasaklayan normatif düzenlemeler uzun vadede toplumsal bozuklukların bertaraf edilmesinde etkili bir unsur olarak ortaya çıkacaktır⁴¹⁶.

b) Kadınlara Yapılan Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, bir kimseye salt cinsiyetine veyahut cinsiyetine has bir özelliğine (hamilelik, analık gibi) dayanılarak eşit konumdaki karşı cinsiyete mensup bir kişiye göre keyfi bir biçimde ayrımcı davranmak ve mağdur etmek anlamındadır⁴¹⁷. Bir işçinin doğrudan cinsiyetine veya cinsiyetine özgü bir özelliğine dayanarak onu işe almamak, farklı çalışma koşulları uygulamak, farklı ücret ödemek vb. doğrudan cinsiyet ayrımcılığıdır⁴¹⁸.

⁴¹⁴ “Gender” Kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Bercusson, a.g.e., s. 178.; Catharine Barnard, “ Gender Equality In The EU: A Balance Sheet”, **The EU And Human Rights**, Edited By: Philip Alston, Oxford University Press 1999, s. 216.; Loise Ackers, “ Citizenship, Gender And Dependency In The European Union: Woman And International Migration”, **Sex Equality Law In The European Union, European Law Series**, Edited By: Tamara K. Hervey/ David O’Keeffe, John Wiley & Sons 1997, s. s. 225 vd.

⁴¹⁵ Bercusson, a.g.e., s. 178.

⁴¹⁶ Yenisey, Kadın- Erkek Eşitliği, s. 32.

⁴¹⁷ 2006/54 Sayılı Direktife göre doğrudan ayrımcılık: bir kişiye, başka bir kişiye göre cinsiyeti sebebiyle benzer durumlarda gösterilenden veya gösterilecek olandan daha az avantajlı şekilde davranılması halidir. ‘2000/78 sayılı Direktifte ise “doğrudan ayrımcılık bir kimse, din, inanç, maluliyet, yaş ve cinsel yönelimene dayalı nedenlerle bir diğer kimsenin söz konusu duruma benzer hallerde gördüğü ya da zaten görüyor olduğu ya da görebileceği muameleden daha az uygun muameleye tabi tutulması” olarak tarif edilmiştir.

Mukayeseli Hukuktaki benzeri tanımlar için bkz.: Bercusson, a.g.e., s. 169.; Selwyn, a.g.e., s.107.

⁴¹⁸ Preis, a.g.e., s. 360.; Deakin/Morris, a.g.e., s. 559.; Barnard, Gender Equality, s. 237.; Yüksel, a.g.e, s. 96.

Kadınların aile yaşamlarını ön planda tuttuklarını ve bu yüzden evlendikleri zaman işten ayrılmak isteyecekleri gerekçesiyle kadın işçiyi işe almamak veya söz konusu olan pozisyona kadın işçiyle aynı konumda olmasına rağmen çeşitli bahanelerle erkek işçiyi almak yine doğrudan cinsiyet ayrımcılığıdır. Bunun gibi işyerinde aynı konumda olan kadın işçilere erkek işçilere göre daha az ücret ödemek doğrudan yapılan bir cinsiyet ayrımcılığıdır.

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı açık bir biçimde yapılabileceği gibi örtülü olarak da yapılabilir. Cinsiyet farkı yapılmamış gibi görünen ancak sadece belli bir cinsiyeti mağdur edecek şekilde hazırlanmış bir uygulama veyahut koşul, örtülü olarak doğrudan bir cinsiyet ayrımcılığı yaratabilir. İşe alınacak koruma görevlilerin en az 95 kilo ve sakallı olmasını ön koşul olarak ileri sürmenin doğrudan bir cinsiyet ayrımcılığı olduğu aşîkârdır⁴¹⁹.

İfade etmeliyiz ki; doğrudan bir cinsiyet ayırımından söz edebilmemiz için, karşı cinsiyet mensuplarının durumları karşılaştırılmalıdır. Durumları benzer veya aynı, konumları eşit gruplar arasında farklı işlem mevcutsa doğrudan ayrımcılık yapıldığı söylenebilir.

Yukarıda bahsettiğimiz husus doğru olmakla birlikte doğrudan cinsiyet ayrımcılığı yapıldığından bahsedebilmek için mutlaka karşılaştırılan cinsiyet gruplarının olması şart değildir. Nitekim işe başvuran tek adayın kadın olması ve buna rağmen işverenin kadın çalışan istemediğini ifade etmesi bu duruma örnektir. Zira bu durumda gerçek bir erkek aday işçi yoksa da farazi bir erkek aday varmış gibi hareket edilmelidir⁴²⁰.

Doğrudan ayrımcılıkla ilgili olarak mukayeseli hukuktaki doktrin ve içtihatlardan daha önceki paragraflarda söz edildiğinden bu başlık altında bu hususun bu kadar incelenmesini yeterli görüyoruz.

⁴¹⁹ Yüksel, a.g.e, s. 97.

⁴²⁰ Barnard, Gender Equality., s. 245.

c) Kadınlara Yapılan Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılıkta^{421, 422} her iki cinse de uygulanan ve görünüşte cinsiyetle her hangi bir alakası olmayan bir ölçüt veya uygulama söz konudur. Burada söz konusu iddia, tarafsız görünen ölçüt veya uygulamanın neticesi itibariyle bir cinsin dikkate değer bir biçimde mağdur edilmesidir⁴²³.

Dolaylı ayrımcılık iddialarında işverenin böyle bir niyeti olup olmadığının da bir önemi yoktur⁴²⁴. Nitekim kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin kadın oldukları için daha düşük ücret aldıklarını iddia ettikleri Jenkins⁴²⁵ davasında Adalet Divanı'nın işverenin niyetiyle ilgilendiğine dair her hangi bir ibare yoktur. Yine AB Adalet Divanı, incelediği Bilka& Kaufhaus davasında niyete hiç atıf yapmadan, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan

⁴²¹ (COUNCIL DIRECTIVE 2000/78/EC OF 27 NOVEMBER 2000 ESTABLISHING A GENERAL FRAMEWORK FOR EQUAL TREATMENT IN EMPLOYMENT AND OCCUPATION) ARTICLE 2: Görünüşte tarafsız bir hüküm kriter ya da uygulama, belirli bir din veya inancı, belirli bir sakatlığı, belirli bir cinsel yönelimi olan veya belirli bir yaşta olan kimseye diğer kimselerle karşılaştırıldığında sakınca oluştuyorsa dolaylı ayrımcılık söz konusu olur.

Ancak; Söz konusu hüküm, kriter ya da uygulama meşru bir amaç taşımakla haklı bir gerekçesi var ise ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise ayrımcılık söz konusu olmayabilir.

(DIRECTIVE 2002/73/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 23 SEPTEMBER 2002 AMENDING COUNCIL DIRECTIVE 76/207/EEC ON THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT FOR MEN AND WOMEN AS REGARDS ACCESS TO EMPLOYMENT, VOCATIONAL TRAINING AND PROMOTION, AND WORKING CONDITIONS): ARTICLE 2: Dolaylı Ayrımcılık: bir hüküm, kriter ya da uygulama, meşru bir amaçla yasallaştırılmamışsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hüküm, kriter ya da uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirmesidir.

⁴²² İngiliz Cinsiyet Ayrımcılığı Kanunun ilk bölümünde dolaylı ayrımcılığın açık bir tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre;

“İşverenin, erkek ve kadın işçilere eşit olarak uygulayabileceği veya ileri sürebileceği bir şart veya talep,

- erkelere nazaran kadınlarca daha az gerçekleştirilebilme imkanı taşıyorsa(bu şart veya talebi gerçekleştirecek kadın yüzde oranı erkelere göre önemli ölçüde azsa,
- bunun sebebin kadının cinsiyetine özgü özelliklerine veya davranış biçimlerine dayandığı kabul ediliyorsa,
- söz konusu şart, talep veya uygulama gerçekleştirilmediğinden dolayı kadın bir zarar görmüş oluyorsa,

kadına karşı dolaylı ayrımcılık olduğu kabul edilmelidir”.

⁴²³ Yenisey, Metodoloji, s. 992.; AB Adalet Divanı Bilka kararında işverence yapılan bir uygulamanın sadece iktisadi açıdan makul olmasının haklılığı da beraberinde getirmediğini öngörmüştür.

⁴²⁴ Yenisey, Metodoloji, s. 984.

⁴²⁵ ATAD, C- 96/80, Jenkins, 31.03.1981, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 04.04.2010, 16.45).

işçilerin işyerinde uygulanan mesleki emeklilik sistemi dışında tutulmasını ayrımcılık olarak nitelendirmiştir⁴²⁶. Bu içtihat hala geçerliliğini sürdürmektedir. Bize göre de dolaylı ayrımcılık iddialarında işverenin niyetinin ayrımcılık yapıp yapılmadığının belirlenmesinde bir rolü olmamalıdır. Ancak iyi veya kötü niyet tazminat miktarının belirlenmesinde mutlaka rol oynayacaktır⁴²⁷.

Dolaylı ayrımcılık hallerinde doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak ayrımcılık yaratan husus koyulan kural, ölçüt veyahut uygulama değil, bilakis ölçüt uygulama veya kuralın meydana getirdiği sonuçlardır⁴²⁸. Ayrımcılık oluşturduğu iddia edilen neticeler üzerinde yoğunlaşılmasının nedeni ise, ayrımcılığın tespitini yapmaktır⁴²⁹.

İş Kanunumuzun 5. maddesinin üçüncü fıkrasına göre de “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”. Şu halde görülüyor ki; İş Kanunumuzda doğrudan bir

⁴²⁶ Kararın orijinal metninin sonuç bölümüne göre; “in answer to the questions submitted to it by the bundesarbeitsgericht by order of 5 june 1984 , hereby rules :

(1) article 119 of the eec treaty is infringed by a department store company which excludes part-time employees from its occupational pension scheme , where that exclusion affects a far greater number of women than men , unless the undertaking shows that the exclusion is based on objectively justified factors unrelated to any discrimination on grounds of sex .

(2)under article 119 a department store company may justify the adoption of a pay policy excluding part-time workers , irrespective of their sex , from its occupational pension scheme on the ground that it seeks to employ as few part-time workers as possible , where it is found that the means chosen for achieving that objective correspond to a real need on the part of the undertaking , are appropriate with a view to achieving the objective in question and are necessary to that end .

(3)article 119 does not have the effect of requiring an employer to organize its occupational pension scheme in such a manner as to take into account the particular difficulties faced by persons with family responsibilities in meeting the conditions for entitlement to such a pension .mackenzie stuart koopmans everling bahlmann joliet bosco due galmot kakouris delivered in open court in luxembourg on 13 may 1986”. ATAD, C- 170/84, Bilka&Kaufhaus, 13.05.1986, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 04.04.2010, 16.45).

⁴²⁷ Preis, a.g.e., s. 362.; Barnard, Gender Equality, s. 238.

⁴²⁸ Holmes, a.g.e., s. 184.

⁴²⁹ Barnard, Gender Equality, s. 237-238.; Preis, a.g.e., s. 361-362.; Yüksel, a.g.e., s. 101.; Ulucan, Eşitlik İlkesi, s. 200, Yenisey, Kadın erkek Eşitliği, s. 41.

dolaylı ayrımcılık tanımı yoksa da, cinsiyetler arası ayrımcılık bakımından böyle bir ayrımcılık türü öngörülmüştür⁴³⁰.

Dolaylı ayrımcılığın tespitinde, istatistik biliminin verileri büyük önem arz eder⁴³¹. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi tamamen istatistiksel verilere dayalı bir tespit yöntemi benimsemişken, AB Adalet Divanı da istatistik bilimini ispatta kullanılan yöntemlerden biri olarak kullanmıştır⁴³². Yalnız belirtilmelidir ki; diğer tüm bilim dallarında olduğu gibi hukukta da istatistiğin bir anlam ifade etmesi için yeterli sayıda veri bulunması şarttır⁴³³.

Yukarıda bahsettiğimiz duruma örnek olarak; bir işyerinde işe alma bakımından getirilen bir ölçütten kadınların %35'i olumsuz manada etkilenirken, erkeklerin yalnızca %3'ünün olumsuz şekilde etkilenmesi ayrımcılık teşkil edecektir. Bunun gibi işe girerken işverence aranan kriterleri sağlama oranı beyazlarda %90 iken, siyahlarda %56 ise siyahlar aleyhine ayrımcılık yapıldığı neticesine ulaşılabilecektir⁴³⁴. Ancak söyleyelim ki; grupların koyulan bir kuraldan etkilenme oranları düşükse, yapılacak istatistiksel değerlendirme de yanıltıcı sonuçlar verebilecektir. Örneğin, bir işe girme testine 100 erkek ve 50 kadın işçi katılsa ve testin neticesinde 89 erkek

⁴³⁰ Belirtilmelidir ki; ülkemizde dolaylı ayrımcılık yasağı yalnızca İş Kanununda düzenlenmiş olup, Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi devletin tüm birimlerini kapsayacak bir genişlikte değildir. Bu yüzden uyuşmazlıkların düzeyi işletmelerin düzeyiyle sınırlı olacaktır. İşletme düzeyiyle getirilen bir ölçütten bahsedildiğinde, uyuşmazlığın türüne göre ülkenin tüm çağındaki bir değerlendirmeden çok, işletmenin bünyesi veyahut işletmenin dahil olduğu sektördeki veriler önem arz edecektir. Unutulmaması gereken bir diğer husus da karşılaştırma yapılırken işletmedeki personel yapısının da dikkate alınması gereğidir.

⁴³¹ Dolaylı ayrımcılık hali çalışma yaşamında genellikle kısmi süreli çalışma halinde ortaya çıkmaktadır. Bu duruma J. P. Jenkins – Kingsgate v. Clothing Production [54]davasını örnek gösterebiliriz. Buna göre, Kingsgate firmasında kısmi süreli olarak çalışan Bayan Jenkins'in aldığı ücret, tam süreli olarak çalışan ve çoğunluğu erkek olan işçilerden saat başına aldığından yüzde 10 daha az ücrete tabi tutulmuştur. Adalet Divanı kısmi süreli çalışanların büyük kısmının kadın işgücünü oluşturdugunu göz önünde bulundurarak bu ücret uygulamasını "dolaylı" bir ayrımcılık aracı olarak değerlendirilmiştir. ATAD, C- 96/80, Jenkins&Kingsgate, 31.03.1981, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 05.04.2010, 16.00).; aynı yönde: ATAD, C- 127/92, Enderby, 27.10.1993 ((http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 05.04.2010, 16.00).;

⁴³² Sullivan/Zimmer

⁴³³ Barnard, Gender Equality, s. 238.

⁴³⁴ ATAD, C- 127/92, Enderby, 27.10.1993 (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 05.04.2010, 16.00).; aynı yönde, ATAD, C- 400/93, Royal Copenhagen, 31.05.1995, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 05.04.2010, 16.00

⁴³⁵ Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 981.

ve 48 kadın başarılı olsa, başarı oranları karşılaştırıldığında erkeklerin (89:100) %89, kadınların ise %96 olup, burada her hangi bir cinsiyet ayrımcılığından bahsetmek güçtür⁴³⁵.

Yukarıda verdiğimiz örnekten çıkarılacak sonuç şudur ki; öngörülen uygulamaya göre yapılan karşılaştırmada salt işçi sayısı değil, kadın ve erkek işçilerin dağılım oranı önem arz etmektedir⁴³⁶. AB Adalet Divanı'nın isabetli olarak öngördüğü gibi, yapılan istatistikler aynı cinsiyette ve aynı değerde işte çalışan işçileri kapsamalıdır⁴³⁷.

Esasen bizim Yüksek Mahkememiz de istatistiksel metodun kullanılmasına yabancı değildir. Zira sendikal nedene dayalı ayrımcılık davalarında Yargıtay benzeri bir yöntem uygulamaktadır. Şöyle ki; feshin sendikal bir nedene dayanıp dayanmadığını belirlemede işyerinde kaç işçinin çalıştığı, kaç tanesinin hangi tarihte sendikalı olduğu, üyelikten çekilen olup olmadığı, işyerinden çıkarılan işçi sayısı ve çıkarıldıkları tarihler, işten çıkarılan işçilerin kaçının sendikalı olduğu, aynı zaman dilimi içerisinde yeniden işçi alınıp alınmadığı, alınmışlarsa hangi iş için alındıkları ve nihayet işyerinde çalışan sendika üyesi işçi olup olmadığı hususlarının araştırılması gereği vurgulanmıştır⁴³⁸.

⁴³⁵ Yenisey, Metodoloji, s. 981.

⁴³⁶ Barnard, Gender Equality, s. 232.; ATAD, C- 170-84, Bilka&Kaufhaus, 13.05.1986, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 06.04.2010, 15.00).;

⁴³⁷ Örnek olarak bkz.: ATAD, C- 400/93, Roayal Copenhagen, 31.05.1995, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 06.04.2010, 15.00).

⁴³⁸ "...Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava dilekçesinde sendikal nedene dayanıldığı ve kötüniyet tazminatına gerekçe olarak da başkaca bir sebep ileri sürülmediğine göre, sendikal nedenle feshin olup olmadığının üzerinde durulması gerekir. Mahkemece bu yönde yeterince araştırmaya gidilmemiştir. İşyerinde kaç işçinin çalıştığı, kaçının ve hangi tarihlerde sendikaya üye olduğu, bu üyelikten çekilenlerin olup olmadığı, işyerinden çıkarılan işçilerin sayısı ve çıkarıldıkları tarihler, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin kaçının sendikalı olduğu, aynı dönemde yeni işçi alınıp alınmadığı, alınmışsa hangi iş için alındıkları ve işyerinde çalışan sendika üyesi işçi olup olmadığı hususları araştırılmalıdır. Yine davalının ekonomik neden savunması üzerinde durulmalı, gerekirse bu yönde bilirkişi incelemesine gidilmelidir. İşyerinde bazı bölümlerin kapatılıp kapatılmadığı araştırılmalı, kapatılan bölümler varsa davacının bu bölüm işçisi olup olmadığı tespit edilmelidir.

Öte yandan davalı işyeri ile ilgili Samsun Ticaret ve Sanayi Odası tarafından düzenlendiği bildirilen rapora dosyada rastlanmamıştır. Anılan raporun getirilmesi ile incelemeye tabi tutulması da uyuşmazlığın çözümü için gereklidir. Yine mahkemece kararın gerekçesinde belirtilen Tekkeköy Sulh Hukuk Mahkemesinin 2002/16 D.İş sayılı dosyası da bu dosya içinde bulunmamaktadır. Anılan

Kadın ve erkekler arasında ayrımcılık yapıldığından bahsedebilmek için öngörülen uygulamanın neticesinde etkilene oranları arasındaki farkın belirgin olarak göze çarpması lazımdır⁴³⁹. Söz konusu oran sabit bir sayı olmayıp, her olayın özelliğine göre hakimce belirlenecektir. AB Adalet Divanınca erkek işçilerin %75'inin, kadın işçilerin ise %69'unun etkilendiği bir uygulamada, oranlar arasındaki düşük fark nedeniyle ayrımcılık olmadığına hükmedilmiştir⁴⁴⁰.

Yukarıda söylediklerimizin yanında ifade edelim ki; oranlar arasında her zaman yüksek bir fark aranmamalıdır. Bilhassa oranlar arasındaki fark az olsa dahi, uygulama uzun dönemde etkisini sürdürüyor ve görece de olsa sabitse dolaylı ayrımcılık olarak ele alınabilir⁴⁴¹.

Doktrinde işverenin, öngördüğü şartı veya kuralı işletme gerekleri ile objektif olarak haklılaştırması gerektiği, aksi halde bu uygulamadan olumsuz etkilenenlere dolaylı ayrımcılık yapıldığı ifade edilmiştir⁴⁴². Netice itibariyle işverenler, yapacakları uygulamalarda veya koyacakları kurallarda toplumsal hayatta var olan eşitsizlikleri değerlendirmeli ve bu eşitsizlikleri güçlendirecek uygulamalardan kaçınmalıdır⁴⁴³.

dosyanın içeriği ile ilgili bir bilgi de bulunmamaktadır. Karar bu yönlerden de eksik incelemeye dayalıdır.

Davacının iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedene dayanıp dayanmadığının tespiti bakımından belirtilen hususların araştırılmasından sonra tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir. Sendikal nedenin bulunduğu kabul edildiği takdirde, usuli kazanılmış hak gözetilmeli ve kötüniet tazminatının kabulüne karar verilmelidir. Aksi halde kötüniet tazminatı isteğinin reddi cihetine gidilmelidir".Yarg. 9. HD., T. 05.10.2004, E. 2004/13246, K. 2004/21982, (www.kazanci.com.tr).

⁴³⁹ ATAD, C- 127/92, Enderby, 27.10.1993 (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, (05.04.2010, 17.00).

⁴⁴⁰ ATAD, C- 167/97, Seymour&Smith-Perez, 09.02.1999, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 06.04.2010, 16.05).

⁴⁴¹ ATAD, C- 167/97, Seymour&Smith-Perez, 09.02.1999, (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 06.04.2010, 16.05).;

⁴⁴² Doktrinde, dolaylı ayrımcılığın haklılaştırılabilmesinin mümkün olduğu, buna karşılık doğrudan ayrımcılığın haklılaştırılmasının ise mümkün olmadığı söylenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Barnard, Employment Law, s. 321.

⁴⁴³ Sullivan/Zimmer/White, V.1, s. 237.; Twomey, a.g.e., s. 411.

Bu hususta son olarak belirtmemiz gereken şudur ki; Amerikan Hukukunda doğmuş olan ve AB Adalet Divanı içtihatlarıyla da yavaş yavaş bir temele kavuşan dolaylı ayrımcılık kurumu toplumda kökleşmiş olan ayrımcılık nedenlerinin bertaraf edilmesinde önemli bir araç haline gelmiştir⁴⁴⁴.

İşçilerin işe alınmasında, çalışma koşullarının belirlenmesinde ve işten çıkarılmasında cinsiyet ayrımcılığı yasağı çalışmamızın son bölümünde ayrıca inceleneceğinden şimdilik üzerinde durulmayacaktır

d) Cinsel Taciz ve Psikolojik Taciz

(1) Cinsel Taciz Kavramının Tanımı

Genel bir tanım yapılacak olursa cinsel taciz⁴⁴⁵, rıza olmaksızın sözle, gözle veyahut bedensel bir takım eylemlerle bireyin veya bireylerin cinselliğine, edep ve iffetlerine yönelik her türlü rahatsız edici davranıştır⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Deakin,/Morris, a.g.e., s. 569.

⁴⁴⁵ İlgili AB Direktiflerince yapılan tanımlara göre cinsel taciz(sexual harrasment):

(DİRECTİVE 2006/54/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 5 JULY 2006 ON THE İMPLEMENTATION OF THE PRİNCİPLE OF EQUAL OPPORTUNITİES AND EQUAL TREATMENT OF MEN AND WOMEN İN MATTERS OF EMPLOYMENT AND OCCUPATION) ARTICLE 1: Cinsel Taciz: Özellikle yılgınlık uyandırıcı, hasmane, haysiyet kırıcı, aşağılayıcı veya saldırgan bir ortam yarattığı zaman, kişinin onurunu çığneme amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde, arzu edilmeyen sözle, söz dışında veya cinsel içerikli fiziksel davranışın herhangi bir biçiminin ortaya çıkması halleri.

(COUNCIL DİRECTİVE 2004/113/EC OF 13 DECEMBER 2004 İMPLEMENTİNG THE PRİNCİPLE OF EQUAL TREATMENT BETWEEN MEN AND WOMEN İN THE ACCESS TO AND SUPPLY OF GOODS AND SERVİCES) ARTICLE 1:

“sexual harassment”: where any form of unwanted physical, verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment.

⁴⁴⁶ Benzeri tanımlar için bkz.: Dawn D. Bennet/ Laura P. Hartman, a.g.e., s. 268.; Player, a.g.e., s. 99.; Berin Ergin, “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar- Taciz ve Çalışma Hayatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı:7, s. 147.; Kadriye Bakırcı, “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri”, Kamu- İş, C.5, Sayı:3, s. 437.; Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu: İşyerinde psikolojik Taciz: Cinsel Taciz”, **Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum**, Sayı:11, s. 30.; Kadriye Bakırcı, “İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz”, İstanbul 2000, s. 3.; Kadriye Bakırcı, “Sexual Harrasment Of Working Woman In The UNited Kigdom”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C. II, İstanbul 2001, s. 1058.

Türk Hukuk Sisteminde cinsel taciz yasaklanmıştır ve bireyler bu fiillere karşı gerek Anayasa gerek Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu⁴⁴⁷ ve İş Kanunu hükümleriyle koruma altına alınmıştır.

Mağdurların psikolojik ve fiziksel sağlığı⁴⁴⁸, toplumsal ve ekonomik yaşamı⁴⁴⁹, işteki verimliliği⁴⁵⁰ ve yükselmesi⁴⁵¹ üzerinde son derece yıkıcı etkileri olan cinsel taciz uluslararası hukukta da; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m.1, 2); BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m.2, 26); BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (m.3), BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi; BM Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.14); Avrupa Sosyal Şartı (m.1/2), Filadelfia Bildirgesi (m.2/1); Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin 111 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi; 122 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi (m.1/2 (c)); 142 sayılı İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesinde Mesleki Rehberlik ve Mesleki Eğitim Hakkında UÇÖ Sözleşmesi (m.1(5), 2, 4); 158 sayılı UÇÖ Sözleşmesi ve Roma Antlaşmasıyla yasaklanmıştır.

⁴⁴⁷ Esasen halen yürürlükte bulunan Borçlar Kanunumuz da cinsel tacizle ilgili doğrudan bir hüküm bulunmuyorsa da 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen, ancak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Borçlar Kanunu, açık bir biçimde işvereni, işçiyi gerek işveren vekillerinin gerek diğer işçilerin ve hatta işyerine gelen üçüncü kişilerin yapabilecekleri cinsel tacizlere karşı korumakla yükümlü tutmuştur.

⁴⁴⁸ Bakırcı, a.g.e., s.11.

⁴⁴⁹ Bakırcı, a.g.e., s.11.

⁴⁵⁰ Bakırcı, a.g.e., s.12.

⁴⁵¹ Bakırcı, a.g.e., s.12.

Amerikan Eşit İstihdam Fırsatları Komisyonu'na⁴⁵² göre cinsel tacizin belirlenmesinde şu durumların olup olmadığı araştırılmalıdır;

- davranış sözlü veya fiziksel mi? Yoksa her ikisi de birlikte mi?
- Ne kadar sıklıkla tekrarlanmış?
- davranış düşmanca mı, yoksa temelinde saldırgan bir nitelik var mı?
- tacizde bulunduğu iddia edilen şahıs birlikte çalışılan bir kimse mi, daha üst mevkide bir yetkili mi?
- tacizin gerçekleşmesine diğer kişilerin katılımı veya göz yumması olmuş mu?
- Taciz birden çok kişiye mi yöneltilmiş?

Bizim mevzuatımız da gerek Borçlar Kanunu gerek Türk Ceza Kanunu ve gerek İş Kanunu'nda "cinsel taciz" kavramının tanımlanmadığını belirtmekle fayda vardır. Bununla birlikte mevcut mevzuatımız bakımından işyerinde cinsel taciz, kişilerin Türk hukuk mevzuatıyla korunan(T.C.K. ve T.M.K.) kişilik haklarını ihlal eden, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olarak çalışma hak ve özgürlüğüne aykırılık oluşturan, cinsel nitelikli⁴⁵³,⁴⁵⁴, cinsiyet ya da cinsel tercih temeline dayalı her türlü davranış olarak tanımlanabilir⁴⁵⁵.

Ceza hukuku doktrininde ise cinsel taciz, "birey ve bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda temas içermeyen rahatsız edici nitelikteki cinselliğe yönelik her türlü hareket⁴⁵⁶" olarak tanımlanmıştır.

⁴⁵² Söz konusu komisyonun faaliyetleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: John Jude Moran, **Employment Law: New Challenges In The Business Environment**, Fourth Edition, New Jersey 2008, s. 183-184.

⁴⁵³ Cinsel nitelikli davranışlar ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı cinsel nitelikli gereksiz dokunma, vurma, çimdikleme, sürtünme, söz atma, sarkıntılık, cinsel ilişki için baskı, dışarıda buluşmaya yönelik ısrarlı davetler, edebe aykırı hareketler vb. olabilir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Kadriye Bakırcı, "İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri", Kamu-İş, C.5, Sayı:3, Ankara 2000, s. 443-444.;

⁴⁵⁴ Bkz.: Draft Report On Equality Between Women And Men In The European Union-2010(Comitee on Women's Rights And Gender Equality) http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/femm/pr/834/834921/834921en.pdf (12.01.2011, 11.15)

⁴⁵⁵ Kadriye Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, Yasa Yayınları, İstanbul 2000, s. 101.

⁴⁵⁶ Artuk, a.g.e., s. 36.

(2) Cinsel Taciz Nedeniyle İşverenin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı

İş Hukukunda işverenin, işçinin kişiliğine saygı gösterme ve koruma, işçinin üstlendiği iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara ve risklere karşı gerekli önlemleri alma, işçinin çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınma borcu olduğu kabul edilmekte ve genel olarak ifade ettiğimiz bu yükümlülüklerin tümü işverenin işçiyi gözetme borcu olarak anılmaktadır⁴⁵⁷. Bu borç itibarıyla, işverenin işçinin yaşam ve vücut bütünlüğünü(maddi varlığı), sağlığını ve manevi varlığını(saygınlığını, ahlaki değerlerini, namusunu) korumakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir⁴⁵⁸.

İşçinin işyerinde fiziksel veya sözel davranışlarla cinsel tacize uğraması maddi varlığının yanında manevi varlığını da zedeler. İşverenin işçiyi gözetme borcunun; salt işçiyi işletme tehlikelerinden doğan ve bedensel tamlığını, iş güvenliği veya sağlığını⁴⁵⁹ tehdit eden hareketlere karşı değil, aynı zamanda maddi ve manevi varlığını, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü tehdit eden her türlü harekete karşı işçiyi korumayı kapsadığı unutulmamalıdır⁴⁶⁰. Bu bağlamda söz konusu korumanın kapsamına işverenin bizzat kendi hareketleri girdiği gibi işyerinden çalışan diğer işçilerin ve hatta müşterilerin hareketleri de dahildir⁴⁶¹. Dolayısıyla işçisini taciz eden veya taciz edilen işçilerden gelen uyarıları göz ardı edip gerekli tedbirleri almayan işverenin gözetme borcuna aykırı davrandığı açıktır. İş sözleşmesinden kaynaklanan bir işveren borcu olan gözetme borcuna aykırılık ise sözleşme ihlali dolayısıyla sözleşme kusuru olarak

⁴⁵⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 530-531.; Yüksel, a.g.e., s. 273.

⁴⁵⁸ Örnek olarak bkz.: Levent Akın, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve kusurun takdiri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2006, Sayı:1, s. 152.; İlhan Uluhan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu: Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 1990, s. 3-4.; Tunçomağ, **İş Hukukunun Esasları**, s. 264.

⁴⁵⁹ Bu noktada işverenin iş güvenliği hususunda, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına riayet edilmesi yanında, bilim, tecrübe ve tekniğin gereklerinin sağlanması da girer. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Levent Akın, **İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat**, Ankara 2001, s. 61.

⁴⁶⁰ Emine Tuncay Senyen Kaplan, “Kadın İşçinin İş İlişkisinde Doğan Hakları ve Korunması”, **Hukukta Kadın Sempozyumu**, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2000, s. 116-117.; Yüksel, a.g.e., s. 275.

⁴⁶¹ Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, s. 165.

değerlendirilmelidir. Sözleşmeye aykırı davranan işveren ise işçinin bu yüzden uğradığı zararı ödemekle yükümlü olacaktır(B:K. md. 96 vd⁴⁶².)

Öte yandan cinsel taciz olarak değerlendirilebilecek davranışın bir “haksız fiil” olduğu da açıktır. Zira cinsel taciz de haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağının mevcudiyeti söz konusu olabilir. Dolayısıyla cinsel tacize maruz kalan bir işçi bu fiili iddia ve ispat ettiğinde, B.K. 41 ve devamı hükümleri⁴⁶³ uyarınca uğradığı zarar ve ziyan için maddi ve manevi tazminat talep edebilecektir⁴⁶⁴.

Bu durumda görülüyor ki; cinsel tacizi oluşturan fiil, hem sözleşmenin ihlali hem de haksız fiil mahiyetindedir. Bu husus doktrinde “sözleşmeden doğan sorumlulukla sözleşme dışı sorumluluğun yarışması” olarak ifade edilmektedir⁴⁶⁵. Doktrindeki fikir birliği itibariyle, bir zarar hem sözleşme hem de sözleşme dışı sorumluluğu gerektiriyorsa, başka bir anlatımla bir olayda her iki sorumluluğun şartları tamamen gerçekleşmiş bulunuyorsa, davacı kendi isteğine göre istediği sorumluluk esasına dayanabilir⁴⁶⁶. Başka bir ifadeyle davacının bu hallerde bir seçim imkanı mevcuttur. Durum böyle olmakla beraber bilhassa iki temel nokta bakımından davacının sözleşme sorumluluğunu tercih etmesi menfaati icabındır. Nitekim; öncelikle sözleşmeden doğan sorumlulukta davacı davalının kusurunu ispatla yükümlü değil iken, haksız fiil sorumluluğunda davalının kusurlu olduğu davacı tarafından ispatlanmalıdır. Bunun yanında sözleşmeden doğan sorumlulukta dava zamanaşımı 10 yıl olduğu halde haksız fiil sorumluluğunda bu süre 1 yıldır.

⁴⁶² 6098 sayılı yeni TBK md. 112 vd.

⁴⁶³ 6098 sayılı yeni TBK md. 49 vd.

⁴⁶⁴ Ergin, Cinsel Suçlar, s. 153.

⁴⁶⁵ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 980 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 8. Bası, Beta yayınları, İstanbul 2003, s. 1092 vd.

⁴⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 981.

Görülmektedir ki; cinsel tacize uğrayan bir işçinin haksız fiil sorumluluğundan ziyade sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine müracaat etmesi daha menfaatinedir.

Bu konuda dile getireceğimiz bir diğer husus cinsel tacizin ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği meselesidir. Bizim kanaatimiz şudur ki; işverinin cinsel taciz olarak nitelendirilebilecek bir fiili aynı zamanda cinsiyet ayrımı yasağını da ihlal etmektedir⁴⁶⁷. Nitekim işverence yapılan bir cinsel tacizin işçinin çalışma koşullarını etkilememesi mümkün gözükmemektedir. Gerçekten işverenin işyerinde çalışan bir işçisine; cinsel içerikli isteklerde bulunması, bu istek ve taleplerinin kabulü hususunda baskı yapması, işçinin çalışma koşullarıyla ilgili konuları bu taleplerinin kabulüne bağlı tutması ve nihayet talepleri kabul edilmediği takdirde işçinin işten çıkarılacağı gibi tehditlerde bulunması işçiler arasında ayrımcılık yaratacaktır. Bu bağlamda bu tür davranışlarda bulunan bir işverenin ayrımcılık yaptığını ve dolayısıyla eşit davranma borcunu ihlal ettiğini kabul etmek gerekir⁴⁶⁸. Bu noktada ifade edelim ki; cinsel taciz niteliğindeki davranışlar, işçinin doğrudan çalışma şartlarını etkilemese, başka bir anlatımla her hangi bir menfaat kaybına uğratmasa dahi, onun psikolojisini bozacağı için zamanla çalışma şartlarını da olumsuz manada etkileyecektir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında cinsel taciz nedeniyle işverenin haksız bir fiil işlediği gibi, hem gözetme borcunu hem de eşit davranma borcunu ihlal ettiğini görüyoruz. Şu halde kanaatimizce cinsel tacize maruz kalan bir işçi, öncelikle İ.K.'nın 5. maddesinde öngörülmüş olan ayrımcılık tazminatını talep edebilecektir. Nitekim bu hükümdeki ispat kolaylığı da düşünüldüğünde öncelikle ayrımcılık tazminatının talep edilmesi yerinde olacaktır. Bu noktada

⁴⁶⁷ Aynı yönde, Yüksel, a.g.e., s. 275 vd.; Erdem Özdemir, "İşyerinde Cinsel Taciz", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 2, Haziran 2006.

⁴⁶⁸ Aksi yönde, *Ergin* 'e göre; cinsel tacizin ayrımcılık olarak değerlendirilmesi, işçinin bu yüzden talep edebileceği maddi ve manevi tazminat yerine sadece İ.K.'nın 5. maddesindeki ayrımcılık tazminatını talep edebilecektir. Bu da cinsel tacizin yaptırımını işçinin 4 aylık ücret tutarı ilşe sınırlandırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: *Ergin*, Cinsel Taciz, s. 153 vd.

ifade edelim ki; işçinin İ.K.'nın 5. maddesinde öngörülmüş olan ve en çok dört aylık ücreti tutarında tazminata hak kazanması, taciz neticesinde uğramış olduğu maddi ve manevi zararı da genel hükümler uyarınca talep etmesine engel teşkil etmez. Dolayısıyla cinsel tacize uğrayan işçi ayrımcılık tazminatı yanında işverenin sözleşmeye dayanan sorumluluğuna veya haksız fiil sorumluluğuna dayanarak yoksun bırakıldığı hakları talep edebilecektir⁴⁶⁹.

(3) Yürürlükte Bulunan Mevzuatımızda Cinsel Taciz

İşyerinde yapılan cinsel taciz mevzuatımızda ilk olarak İş Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasının b bendinde yer almaktadır. Bu hüküm, işçinin işverence cinsel tacize maruz kalması ve işçinin başka işçiler veya kimselerden tacize uğrayıp bunu işverene bildirmesine rağmen işverenin bir önlem almaması hakkındadır. Buna hükme göre, bu durumlarda işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşverenin cinsel tacizi önlemek için "gerekli önlemleri alma yükümlülüğü" somut olayın özelliği itibarıyla; işyeri değiştirme, tacizde bulunan işçiye disiplin cezası uygulama ve nihayet tacizci işçinin iş sözleşmesini feshetme gibi tedbirler olabilecektir⁴⁷⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, "...Davacı hakkında, vardiya çıkışı görevi gereği evine bırakması gereken kadın işçiye "araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesi" nedeni ile soruşturma açılıp, savunmasının alındığı ve Disiplin Kurulu kararı ile iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır.... Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Zaten topluluk içinde bu tür sözlerin söylenmesi olağan değildir.... Bu somut olgulara göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır..⁴⁷¹." şeklinde karar

⁴⁶⁹ Aynı yönde, Özdemir, Cinsel Taciz, s. 152.

⁴⁷⁰ Yıldız, a.g.e., s. 110.

⁴⁷¹ Yarg. 9. HD., T. 18.10.2004, E.2004/6529, K. 2004/23507.(www. kazanci.com.tr.); Aynı yönde " ... Davacı işçi iş sözleşmesi davalıya ait işyerinde bölge müdürü olarak çalıştığı sırada işyerinde sekreter olarak çalışan bir bayan işçiye cinsel tacizde bulunduğu ve bayan işçinin karşılık vermemesi üzerine işten çıkartmakla tehdit ettiği ileri sürülerek davalı işverence feshedilmiştir. Davacı işçi açmış

vermiştir. Bu kararda görülmektedir ki; işveren cinsel tacizde bulunan işçisinin iş sözleşmesini haklı nedenle dehal feshetmek yerine geçerli nedene dayanarak feshetmiştir. Şüphesiz bu durumda İ.K.'nın 25/II-c alt bendi itibariyle haklı nedene dayanarak derhal fesih yoluna da gidilebilirdi. Nitekim benzeri bir takım hadiselerde cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilmesi Yüksek Mahkemece uygun bulunmuştur⁴⁷².

Bu noktada belirtmeliyiz ki; işverence yapılan cinsel tacizin mutlaka işyerinde olması geremez. İşyeri dışında yapılan cinsel tacizde, işçiye haklı nedenle fesih imkanı sunacaktır⁴⁷³.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun^{474, 475} "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlıklı 417. maddesinde de cinsel taciz olgusuna açıkça yer verildiğini belirtmekte fayda vardır. Zira söz konusu hükme göre; "İşveren,

olduğu bu davada feshin haksız olduğunu ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuş, mahkemece isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

İşyerinde sekreter olarak çalışan bayan işçinin işverene gönderdiği 7.5.2002 tarihli mektupta davacının eylemleri yer ve zaman belirtilerek açıklanmıştır. İlk olarak işyerinde ve bayan işçinin odasında bu eylemlere giriştiği, ardından çeşitli yerlerde davacı ile birlikte görüldüğü ve baskı sonucu bu eylemlerine göz yumduğu yazılı olarak ifade edilmiştir. Bir süre sonra davacının kıskançlık krizlerine girerek bayan işçinin başka erkeklerle konuşmasını yasakladığı ve işyerinde odasına gelenleri göndermesini istediği bu yönde bayan işçiye baskı yaptığı da anılan yazıda açıklanmıştır. Son olarak bayan işçiye işten çıkarmakla tehdit ettiği bu şekilde ilişkiye zorladığı hususu da bayan işçinin yazısında yer almıştır. Sözü geçen bayan işçi bu hususları mahkemede de tekrarlamıştır.

Davacı tanıkları ise, bayan işçinin bir başka işçi ile ilişkisinin olduğunu ve bu yüzden davacıya karşı komplo kurulduğunu belirtmişlerse de, şikayet dilekçesinin içeriği ve davalı tanığı beyanına göre davacının sekreter olarak çalışan bayan işçiye karşı işyerindeki konumunu da kullanarak baskı oluşturmak suretiyle duygusal ilişkiye zorladığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır. Davacı işçi, daha sonra bayan işçinin rızasıyla bu tür eylemlerine devam etmişse de, davacının işyerinde haiz olduğu yönetici konumu sebebiyle baskı oluşturarak bu eylemlere giriştiği ve son dönemlerde bayan işçinin karşı çıkmaları üzerine işten çıkartmakla tehdit ettiği ve en nihayetinde bayan işçinin baskılar sonucu istifa ettiği ve aynı gün cinsel taciz iddialarıyla ilgili durumu davalı işverene bildirdiği anlaşılmaktadır. Somut olayda davacı ile bayan işçi arasında yaşananlar iş düzenini bozacak nitelikte olduğu gibi doğruluk ve bağlılığa da aykırı eylemler niteliğindedir. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir". (www.kazanci.com.tr).

⁴⁷² Örnek olarak bkz.: Yarg. 9. HD., T. 10.11.2005, E. 2005/6471, K.

2005/35643(www.kazanci.com.tr)

⁴⁷³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 484.

⁴⁷⁴ Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11 Ocak 2011, RG: 27836.

⁴⁷⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 648. maddesi itibariyle yeni Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir”.

Görüldüğü üzere yeni Türk Borçlar Kanunu, açık bir biçimde işvereni, işçiyi gerek işveren vekillerinin gerek diğer işçilerin ve hatta işyerine gelen üçüncü kişilerin yapabilecekleri cinsel tacizlere karşı korumakla yükümlü tutmuştur. Esasen Türk Hukuku bakımından işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde zaten böyle bir yükümlülüğü olduğu kabul edilmekteyse de⁴⁷⁶, bu yükümlülüğe mevzuatımızda açık bir biçimde yer verilmesi yerinde olmuştur.

Türk Ceza Hukuku bakımından “cinsel taciz suçu” ilerleyen bölümlerde “Cinsel Tacizin Cezai Yaptırımı” başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada bahsetmiyoruz.

⁴⁷⁶ Örnek olarak bkz.: İlhan Uluslan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu: Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 1990, s. 3-4.; Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, s. 264.

(4) Psikolojik Taciz

Psikolojik taciz⁴⁷⁷, işyerinde psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme ve sıkıntı verme anlamına gelmektedir⁴⁷⁸. Daha ayrıntılı bir tanıma göre ise psikolojik taciz; işyerinde bir işçiye yöneltilmiş, işveren veya işyerinde çalışan diğer işçilerce tekrarlanan saldırılar biçiminde uygulanan psikolojik bir terör şekli olup, kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, onur kırıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkar⁴⁷⁹. Görüldüğü üzere bu türden bir taciz, gerek işverence gerek işyerinde çalışan diğer çalışanlarca gerçekleştirilebilir⁴⁸⁰. Başka bir anlatımla, bir kişi kendisinden hiyerarşik olarak daha alt konumda olan bir çalışan tarafından da psikolojik tacize maruz bırakılabilir.

Görüldüğü üzere işyerinde psikolojik taciz, işçinin kişilik haklarına saldıran ve insan onuruyla hiçbir şekilde bağdaşmayan haksız bir eylemdir. Psikolojik taciz UÇÖ tarafından da zalimce, kötüniyetli ve aşağılayıcı

⁴⁷⁷ Mobbing, (Latince'de; psikolojik şiddet, baskı, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı vermek), özellikle hiyerarşik yapılanmış gruplarda ve kontrolün zayıf olduğu örgütlerde, gücü elinde bulunduran kişinin ya da grubun, diğerlerine psikolojik yollardan, uzun süreli sistematik baskı uygulamasıdır. Son dönemde sosyoloji ve hukuk başta olmak üzere çeşitli alanlarda disiplinlerarası çalışılan bir konu haline gelmiştir. Mobbing sözcüğü önceleri çocukların birbiriyle olan zorbalık ilişkilerini tanımlamakta kullanılmıştır. İşyerlerinde de 1950-1960'lı yıllarda yapılan araştırmalar, mobbingin sadece çocuklar arasında yaşanmadığını ortaya koymuştur. Mobbing duygusal bir saldırdır. Yaş, ırk, cinsiyet ayrımı gözetmeden, taciz, rahatsız etme ve kötü davranış yoluyla herhangi bir kişiye yönelen saldırganlıktır. Kişiyi iş yaşamından dışlamak amacıyla kasıtlı olarak yapılır. Kişinin saygısız ve zararlı bir davranışın hedefi olmasıyla başlar. İşveren ima ve alayla, karşısındakinin toplumsal itibarını düşürmeye yönelik saldırgan bir ortam yaratarak kişiyi işten ayrılmaya zorlar. Bir araştırmaya göre mobbing, kâr amacı gütmeyen kuruluşlarda, okullarda ve sağlık sektöründe daha yaygındır. Yüksek işsizlik oranları ve dolayısıyla çalışanın değersiz görülmesi mobbingin artmasına neden olmaktadır. Sonuç olarak her işyerinde ve her türlü kuruluşta rastlanabilir. Organizasyon bozukluğunun daha fazla olduğu işyerlerinde, disiplin getirmek, verimliliği artırmak, refleksleri koşullandırma (askeri disiplin) öne sürülerek yapılmakta ve meşrulaştırılmaktadır. Yakın zamanda ABD'de 9.000 kamu çalışanı üzerinde yapılan araştırmada, kadın çalışanların % 42'sinin, erkek çalışanların ise % 15'inin son iki yılda zorbalığa uğradığını, bunun kayıp zaman ve verimlilik açısından 180 milyon dolara mal olduğunu hesaplandığını belirtiyor. İsveç'te intiharların % 15'inin mobbing kaynaklı olduğunu söylüyor

⁴⁷⁸ Yıldız, a.g.e., s. 125.

⁴⁷⁹ Pınar Tınaz, **İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing)**, İstanbul 2006, s. 8.

⁴⁸⁰ Psikolojik tacizin temel amacı işçinin yıldırılması ise de, tek amacın bu olduğu söylenemez. Nitekim psikolojik taciz niteliğindeki davranışların altında, bireyi grup kuralını kabul etmeye zorlama, düşmanlıktan haz duyma, salt zaman geçirme ve zevk arayışı, ayrıcalıklı hak sahibi olduğuna inanma, kıskançlık, bencillik vb. gibi sebepler yatabilir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Tınaz, a.g.e., s. 80 vd.

girişimler yoluyla bir bireye veya birey grubuna zarar vermeyi amaçlayan davranışlar olarak nitelendirilmiştir⁴⁸¹.

Psikolojik taciz niteliğindeki davranışların temelinde salt zevk arayışı, can sıkıntısı, ayrıcalıklı hak sahibi olduğuna inanma, sahip olmadıklarının acısını çıkarma, bencillik gibi nedenler yatabilmekteyse de, psikolojik tacizin asıl önemli nedeni, işçinin çalışma ortamını katlanılmaz bir hale getirmek suretiyle onu yıldırma ve kendi inisiyatifi ile işten ayrılmasını sağlamaktır⁴⁸². Psikolojik taciz ile, işyerinde meydana gelebilecek sürtüşmelerin, ani öfke patlamalarının, gerginliklerin arasındaki farkın psikolojik tacizin sistemli ve planlı bir şekilde yapılıyor olması olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Günümüze değin Türk Hukukunda psikolojik tacizle ilgili açık ve doğrudan bir düzenleme bulunmamaktaysa da, hukuk uygulamasında bu konuda bir takım kararlar verilmiştir⁴⁸³. Geçmişte psikolojik tacizle ilgili doğrudan bir düzenleme olmadığından yargımız genelde sonuca, işverenin işçiyi gözetme borcu, iyiniyet kuralı ve eşit işlem borcu çerçevesinde ulaşmıştır. Zira işçinin bedensel ve ruhsal sağlığı gözetme borcu kapsamındadır. İşveren İş Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca işçiyi koruyucu her türlü önlemi almalıdır⁴⁸⁴. Bunun gibi bir çalışanını diğer çalışanlardan ayıran, yalnızlaştıran ve mütecaviz davranışlarda bulunan bir işverenin eşit

⁴⁸¹ Fuat Bayram, Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz, **Legal İSGHD** 2007, Sayı:14, s.552.

⁴⁸² Fuat Bayram, İşyerinde Psikolojik Taciz, **Legal YKİ** 2007, Sayı:3, s. 98.

⁴⁸³ Ankara 8. İş Mahkemesinin 2006/19-625 sayı ve 20.12.2006 tarihli kararında; "... tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmalarını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırarak "sen bu işi beceremiyorsun" gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür. Bu davranışlar mahkememizce işçiyi yıldırma, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık beyanlarıyla doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir. Mobbing kavramı işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb davranışları içermektedir." İfadelerine yer verdikten sonra işçinin uğradığı bu haksız muamele karşısında manevi tazminat talep edebileceğine hükmetmiştir.; kararın değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz.: Bayram, Mobbing, s. 95-107.

⁴⁸⁴ Süzek, İş Hukuku, s.312.

davranma borcunu ihlal ettiğine şüphe yoktur. Zira daha önce defalarca ifade edildiği gibi, eşit davranma borcu gereği işveren işçileri arasında haklı ve makul bir nedeni bulunmadıkça farklı davranamaz.

11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş olan yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde ise konuya ilişkin doğrudan bir düzenleme öngörülmuştür. Söz konusu hükme göre; "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür..."⁴⁸⁵.

Görüldüğü üzere, Yeni Borçlar Kanunu itibariyle, işveren psikolojik taciz niteliğindeki davranışları yapamayacağı gibi çalışanını diğer çalışanlarına karşı da her türlü psikolojik tacizden diğer adıyla mobbingten korumakla yükümlü kılınmıştır. Söz konusu hükmün işyerinde rahatça ve huzurlu bir şekilde çalışma ortamı yaratılmasını amaçladığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle işveren işyerinde dürüstlük ilkelerine, ahlaka uygun bir düzen sağlamakla yükümlü tutulmuştur.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bir işçisine psikolojik taciz niteliğinde davranışlarda bulunan bir işveren hem gözetme borcunu hem de eşit davranma borcunu ihlal etmiş olur⁴⁸⁶. İşveren doğrudan bir psikolojik tacizde bulunmasa da, işyerinde çalışan diğer işçilerin psikolojik taciz mahiyetindeki davranışlarına karşı önlem almalıdır. Şu halde psikolojik tacize muhatap olan bir işçinin aşağıdaki hukuki yollara başvurabileceği söylenebilir;

⁴⁸⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 648. maddesi itibariyle yeni Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe gireceğinden esasen yürürlükteki mevzuatımızda halen psikolojik tacizin doğrudan düzenlenmiş olduğu söylenemez.

⁴⁸⁶ Bayram, Mobbing, a.g.e., s. 555 vd.

- İşverenin psikolojik taciz mahiyetindeki davranışlarına muhatap olan işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilmelidir⁴⁸⁷. Nitekim İ.K.'nın 24/II hükmünün (b) ve (c) bentlerinde öngörülen hususlar gerçekleştiğinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Söz konusu (b) bendi; "İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa", (c) bendi ise; "İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa" olarak öngörülmüştür.

- Daha öncede ifade ettiğimiz gibi işverence bir işçiye veya işçi grubuna psikolojik taciz mahiyetinde davranışlarda bulunulması eşit davranma borcunun ihlali niteliğindedir. Zira bu tür bir tacize muhatap olan işçinin ücret, sosyal yardım vb. gibi konularda farklı bir muamele görmemiş olsa bile, doğrudan kişilik haklarına, bilhassa onur ve saygınlığına saldırılmış olur. Bir işverenin diğer işçilerden ayırarak odağa aldığı ve mütecavüz saldırıların hedefi haline getirdiği işçisine karşı eşit davranma borcunu ihlal ettiğine şüphe yoktur. Bu itibarla da işverence yapılan psikolojik tacizin muhatabı olan bir işçinin İ.K.'nın 5. maddesinde düzenlenen "ayrımcılık tazminatı"nı talep edebilmesi gerekir. İşyerindeki başka işçilerce yapılan tacizlerde işverenin bu duruma sessiz kalması halinde ise eşit davranma borcunun ihlali değil, fakat gözetme borcunun ihlali vardır. Bu durumda işçinin ayrımcılık tazminatı talep edemese de, genel hükümler uyarınca kişiliğin korunmasına ilişkin dava imkanlarından yararlanması mümkündür⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Ali Güzel, Emre Ertan, "İşyerinde Psikolojik Tacize(Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk", **Legal İSGHD** 2007, Sayı:14, s. 549.

⁴⁸⁸ Yıldız, a.g.e., s. 129.

- Psikolojik taciz mahiyetindeki davranışlarına muhatap olan işçi genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat davası açabileceği gibi, saldırıya son verilmesi davası, saldırı tehlikesini önleme davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarını açabilir⁴⁸⁹.

e) 4857 sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümleri

(1) Genel Olarak

Ülkemizde çalışma yaşamında kadınlarla ilgili kadın erkek eşitliğini sağlamaya çalışan düzenlemeler olmakla birlikte, bu husustaki en ayrıntılı düzenlemeler İş Kanunu ve ilgili mevzuat içerisinde yer almaktadır⁴⁹⁰. Nitekim bu hususta 4857 sayılı İş Kanunu, bir önceki 1475 sayılı İş Kanununa⁴⁹¹ nazaran daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler öngörmüştür.

Çalışma hayatında, kadınlarla ilgili olarak gerek İş Kanunu gerek Sosyal Güvenlik Hukuku ile getirilen mevzuatta öngörülen hükümlere dikkat edildiğinde, bu hükümlerin bir bölümü, cinsiyet kökenine dayanan bir ayrımcılığı gidermeyi amaçlamaktadır. Kalan diğer hükümler ise, çalışan işçinin kadın olması nedeniyle, özel olarak korunması gereken alanlarda(hamilelik, analık vb.), bazı haklar tanımaktadır⁴⁹². Ancak belirtilmelidir ki; kadınlara yönelik koruyucu haklar İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Hukuku

⁴⁸⁹ Hediye Ergin, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Bata yayınları, İstanbul 2010, s. 249.

⁴⁹⁰ Nurhan Sürat, “ Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 124.

⁴⁹¹ 1475 sayılı İş Kanunu’nun ilgili düzenlemeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Emine Tuncay Kaplan, “ Kadın işçinin İş ilişkisinden Doğan Hakları ve Korunması”, T.C. Başbakanlık Kadının Sorunları ve Statüsü Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 98 vd.

⁴⁹² Nitekim Anayasamızın da “Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı” başlıklı 50. maddesinin ilk fıkrası uyarınca uyarınca; “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz”. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre ise; “Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” ifadeleri yer almaktadır.

mevzuatı ile sınırlı değildir. Nitekim Umumi Hıfzıssıha Kanunu⁴⁹³, Sendikalar Kanunu da⁴⁹⁴ benzer düzenlemeler öngörmüştür. Çalışmamızda ise ekseriyetle İş Kanunu'nun söz konusu hükümleri incelenecektir.

(2) İşe Girme ve Çalışma Şartlarının Tespitinde Eşitlik

Çalışma hayatında kadın erkek eşitliği doğal olarak öncelikle işe alınma ve meslek seçimi konularında, akabinde ise çalışma şartlarında gündeme gelecektir.

Genel olarak bakıldığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun cinsiyete dayalı ayrımcılığı her yönüyle bertaraf etmeye çalıştığı söylenebilir. Nitekim Anayasa'nın 10. maddesini temel alan İş Kanunu cinsiyet ayrımı yasağını mutlak ayrımcılık yasağı olarak öngörmüş ve söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında ise; işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı ifade edilmiştir. Bu husus ayrıntılı olarak çalışmamızın son bölümünde inceleneceğinden şimdilik daha kapsamlı değinmeyeceğiz.

(3) Ücrette Eşitlik

Genel olarak denilebilir ki; günümüze değin kadınlar çalışma hayatında erkeklere nazaran ucuz işgücü olarak kabul edilmişlerdir. Kadınların gerek daha az iş bulabilmesi gerek daha düşük ücret alması;

⁴⁹³ Örneğin bkz.: Umumi Hıfzıssıha Kanunu Madde 177 - Gebe kadınlar doğumlarından evvel üç ay zarfında çocuğunun vekendisinin sihhatine zarar veren ağır hizmetlerde kullanılamaz. Doğurduktan sonra 155 inci maddede tayin edilen muayyen müddet istirahatını mütaakıp işe başlayan emzikli kadınlara ilk altı ay zarfında çocuğunu emzirmek üzere mesai zamanlarında yarımşar saatlik iki fasıla verilir.

⁴⁹⁴ Örneğin Sendikalar Kanununun 33. maddesinde sendikaların sosyal faaliyetleri arasında doğum halinde yardım ve eğitim amaçlı sandıklar kurulmasına yardımcı olmak ve kredi vermek de sayılmıştır.

kadının yaradılışından kaynaklanan biyolojik nedenlere dayandığı gibi, esas itibariyle sosyal, geleneksel, ailevi, tarihi ve eğitim düzeyi gibi nedenlere dayanmaktadır⁴⁹⁵. Bu bağlamda kadın erkek işçiler arasında ücret farklılıklarının giderilmesi kadın erkek eşitliği bakımından büyük bir öneme sahiptir.

Hukukun her alanında geçerli olarak kabul edilen eşitlik ilkesi, İş Kanunu'nda özel olarak kadın-erkek işçi ücretleri bakımından düzenlenmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu ülkemizin de onaylamış olduğu 100 sayılı “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme”ye uygun olarak yeniden düzenlenmiş⁴⁹⁶ ve aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmayacağı öngörülmüştür(İK. md. 5/IV). Ayrıca İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulamasını haklı kılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır(İK. md. 5/V). Bunun yanında hamilelik halinde hamile işçinin sağlığını bozmayacak daha hafif işlerde çalışması durumunda⁴⁹⁷, ücretinde bir indirimle gidilemeyeceği öngörülmüştür(İK. md. 74/4).

Daha önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz üzere farklı niteliklere sahip işçiler arasında ücret bakımından farklı miktarlar belirlemek elbette mümkündür. Zira eşit ücret kanunda da açıkça hükme bağlandığı gibi aynı veya eşit değerde işler bakımından söz konusudur⁴⁹⁸. Bu itibarla öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi objektif ve kabiliyet, çalışkanlık, beceriklilik gibi

⁴⁹⁵ Tuncay, Eşit Davranma, s. 177.; Murat Kandemir, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul 2005, a. 421.

⁴⁹⁶ 1475 sayılı İş Kanunu’nun döneminde de ücretlerde cinsiyet ayrımı yasağı mevcuttu. Nitekim İK’nun 26. maddesinin 4. fıkrasına göre; “Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz”.

⁴⁹⁷ İK.’nın ilgili hükmüne göre hamile işçinin işinin değiştirilerek daha hafif işlerde çalıştırılabilmesi için hekim raporu gerekmektedir.

⁴⁹⁸ Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul 1988, s. 142.; Ulucan, a.g.e, s. s195, Tuncay, Eşit Davranma, s. 175.

sübjektif nedenlere dayanarak işçiler arasında farklı ücret uygulamalarına gitmek eşitlik ilkesine aykırılık değildir⁴⁹⁹.

Son olarak belirtelim ki; kadın erkek işçiler arasında ücrette eşitlik ilkesi mukayeseli hukuk bağlamında önceki bölümlerde incelendiğinden bu başlık altında sadece İş Kanunumuzun ilgili hükümlerine yer verilmiştir.

(4) 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadınlar Yararına Özel Olarak Öngördüğü Düzenlemeler

i) Genel Olarak

Anayasamızın 50. maddesi itibariyle, kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı gibi küçükler ve kadınlar gibi bedeni veya ruhi yetersizliği olanların özel olarak korunacakları öngörülmüştür. Bu hüküm ile kadınların çalışma özgürlüğü sınırlandırılmış gibi görünüyorsa da bu sınırlamalar kadınların yararına ve çıkarına olup, hatta bir yerde kadınları kendilerine karşı dahi koruma amacı taşımaktadır⁵⁰⁰. Bu itibarla kadın işçilerin fiziksel ve biyolojik nitelikleri dolayısıyla bir takım işlerde çalışmalarının yasaklanması veya sınırlandırılması eşitlik ilkesini zedelemes⁵⁰¹.

4857 sayılı İş Kanunu, bir işyerinde çalışan işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarının işyerinde çalışmalarına engel teşkil etmesi halinde bunların çalışmaktan alıkonulması gerektiğini öngörmüştür(İK. md. 79/VI). İşte İş Kanununca öngörülmüş olan ve kadın işçiler bakımından uygulanabilecek olan bu özel düzenlemelerden başlıcaları; gece işlerinde, yer ve su altı işlerinde, ağır ve tehlikeli işlerde ve hamilelik ve doğum halinde çalıştırma yasakları veya ücretsiz izin istemeye ilişkin kurallardır⁵⁰².

⁴⁹⁹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 175.; Tankut Centel, s. 142.; Ulucan, a.g.e, s. s. 195.

⁵⁰⁰ Tunçomağ/Centel, a.g.e., s. 173.

⁵⁰¹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 125.

⁵⁰² Kandemir, a.g.e, s. 424.

ii) Kadın İşçilerin Yer ve Su Altı İşlerde Çalıştırma Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesi aynen 1475 sayılı İş Kanunu döneminde olduğu gibi, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklamıştır. Bu hüküm dayanağını daha önce bahsettiğimiz, kimsenin yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağını öngören Anayasa'nın 50. maddesinden almaktadır

İş Kanunu'nun 104. maddesi itibariyle yer ve su altı çalıştırma yasağını ihlal eden işveren veya işveren vekiline para cezası uygulanacaktır. Bununla birlikte bu yasağa rağmen kadın işçi söz konusu işlerde çalıştırılmışsa çalıştığı süreyle ilgili olan haklardan yararlandırılmalıdır⁵⁰³.

iii) Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı

Gece çalışması⁵⁰⁴, mesleki ve fizyolojik risklere ortam sağlaması, işçi sağlığını bozma ihtimalinin daha fazla olması, aile başta olmak üzere işçinin sosyal çevresinden kopmasına neden olabilmesi, kişiliğin oluşumu ve gelişimini olumsuz etkileyebilmesi⁵⁰⁵ gibi nedenlere dayanılarak bazı kısıtlamalar yapılmak suretiyle düzenlenmiştir⁵⁰⁶. Nitekim sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaklanmış; on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin ise gece postalarında

⁵⁰³ Kandemir, a.g.e, s. 425.

⁵⁰⁴ İş Kanunu'nun 69. maddesine göre ; "Çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir".

⁵⁰⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 878.

⁵⁰⁶ Blanpain, s.g.e., s. 541. Araştırmalar geceleri insan vücudunun çevresel etkenlere karşı gündüz vakitlerine göre çok daha fazla duyarlı olduğunu ve daha çabuk yorulduğunu göstermektedir. Bu nedenle uzun süreli gece çalışmaları işçilerin sağlığı bakımından tehlikeli olabileceği gibi, işyeri güvenliği açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilir.; Selwyn, Norman;a.g.e., s. 217, gece çalışması özelliği nedeniyle gündüz çalışmasına göre özel tehlikeler içerir ve işçinin fiziksel ve zihinsel açıdan aşırı yorulmasına neden olabilir. Bu yüzden gece çalıştırılacak işçinin önceden doktor muayenesinden geçirilmesi gerekir. Şayet işçi gece çalışmaya uygun görülmezse, uygun bir gündüz işine transfer edilmelidir.; Aynı yönde; Susan/ Mayne, Susan Malyon,; **Employment Law İn Europa**, London 2001, s. 904, John Bowers,; **Employment Law**, Blackstone Press 2000, s.76.

çalıştırılmaları bir takım kurallara tabi tutulmuştur(İK. md. 73)⁵⁰⁷. Görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak kadınların gece çalıştırılmalarını mutlak yasak bir hüküm olarak düzenlememiştir. 1475 sayılı İş Kanununda mutlak olan bu yasak kadın erkek eşitliği göz önüne alınarak kaldırılmıştır.

İş Kanunu'nun 73. maddesine göre, on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin çalıştırılmalarının usul ve esasları Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenecektir⁵⁰⁸. Bu itibarla “ Kadın İşçilerin Gece postalarında Çalıştırılmalarına İlişkin Yönetmelik” öngörülmüş ve söz konusu yönetmelik 09.08.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁰⁹.

Yukarıda sözünü ettiğimiz Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca kadın işçiler her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedibuçuk saatten fazla çalıştırılmaz. Yine ilgili yönetmeliğe göre, belediye sınırları dışındaki her türlü işyeri işverenleri ile belediye sınırları içinde olmakla beraber, posta değişim saatlerinde alışılmış araçlarla gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri, gece postalarında çalıştıracakları kadın işçileri, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgahlarına en yakın merkezden işyerine götürüp getirmekle yükümlüdürler(md. 6). Yine aynı işyerinde çalışan kadın ve kocanın aynı gece postasında çalışma istekleri, işverence imkanları ölçüsünde karşılanmalıdır(md. 8/II).

Söz konusu yönetmeliğin önem arz eden bir diğer hükmüne göre ise, kadın işçilerin, gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce işyeri hekimi, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık

⁵⁰⁷ Söz konusu hüküm Türkiye'nin imzalamış olduğu 89 sayılı ILO sözleşmesinde yer alan sanayiye ait işlerde her yaşta kadının gece çalıştırılması yasağının iç hukukumuzda yansımış halidir.

⁵⁰⁸ 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, gece çalışmalarının tüzükle değil, yönetmelikle düzenlenmesini öngörmektedir.

⁵⁰⁹ RG, 09.08.2004, No: 25548.

ocağı, hükümet veya belediye doktorlarına muayene ettirilerek, çalışmalarına engel bir durumun olmadığına dair sağlık raporlarının alınmasının şart olduğudur(md. 7).

Yönetmelik daha sonra değineneceğimiz bir diğer husus olan hamile ve emziren kadınların çalıştırılması hususu ile ilgili de bir takım düzenlemeler öngörmektedir.

iv) Kadın İşçilerin Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılması Yasağı

Ağır ve tehlikeli işler, insan sağlığına zarar verebilecek nitelikte olduklarından, fiziksel yapı olarak erkeklere nazaran daha zayıf olan kadınların bu nitelikteki işlerde çalıştırılmaları kadın sağlığı bakımından sakıncalar doğurabilir⁵¹⁰. Dolayısıyla kadın işçilerin bir takım ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaklanmışken, bir takım nispeten daha az tehlikeli işlerde çalıştırılmaları ise belirli koşullara bağlanmıştır⁵¹¹.

Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı İş Kanunu'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasında öngörüldüğü üzere Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenecektir⁵¹². Söz konusu yönetmelik 16 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵¹³.

⁵¹⁰ Kandemir, ag.e., s. 427.

⁵¹¹ AB'nin 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesi de(Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 On The Implementation Of The Principle Of Equal Treatment For Men and Women As Regards Access To Employment, Vocational Training And Promotion and Working Conditions) üye devletlere işin niteliği veya çalışma koşulları itibarıyla cinsiyetin belirli olduğu mesleki faaliyetler veya mesleki eğitim dallarını Direktifin kapsamı dışında bırakma yetkisi tanımıştır(md. 2/2). Aynı yönde Avrupa Birliği Adalet Divanı da üye devletlerin kamu güvenliğini sağlamak üzere bilhassa tehlike arz eden durumlarda ateşli silah taşıyan polis görevlilerinin veya Kraliyet deniz Kuvvetlerindeki görevlerin sadece erkekler tarafından yapılabilmesini uygun bulmuştur. (ATAD, C- 222/84, M. Johnston&Chief Constable Of The Royal Ulster Constabulary, 15.05.1986, kararın tam metni için bkz.: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 15.04.2010, 16.05).

⁵¹² 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, ağır ve tehlikeli işlerin tespitinin tüzükle değil, yönetmelikle düzenlenmesini öngörmektedir.

⁵¹³ "Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği" RG, 16.06.2004, No: 25494.

İş Kanunu'nun 86. maddesinin ilk fıkrası itibariyle ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin işe girişinde veya işin devamı süresince en az yılda bir, bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı oldukları hekim muayene raporlarıyla tespit edilmediği sürece, bu gibilerin işe alınmaları veya işte çalıştırılmaları yasaktır.

Söz konusu yönetmelik hükümlerine göre ise, hangi işlerin ağır ve tehlikeli iş olarak addedileceği liste halinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri yönetmeliğin ekinde bulunan K çizelgesinde gösterilmiştir. Bu itibarla kadınlar yönetmelikte kendilerine yasaklanan ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar.

Daha önce bahsettiğimiz İş Kanunununda çerçevesi çizilmiş hekim raporu alınması hususu da söz konusu yönetmelikte ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak kadın işçinin, işe girişinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduğunun fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunludur(md. 5/I). Yine yönetmelik uyarınca, kadınlar, ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Ay halinin başlangıcı olarak ise kadının ihbarda bulunduğu tarih esas alınacaktır(md. 6/I-II).

Belirtelim ki; söz konusu Yönetmelikte belirtilen şartlara aykırı olarak, ağır ve tehlikeli işlerde kadın ve genç işçi çalıştırıldığı veya çalışan işçinin sağlık durumu itibariyle böyle bir işte çalıştırılmamasının gerektiğinin tespiti halinde, bu işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalışmaktan alıkonulur ve böyle bir durumda işveren veya işveren vekiline İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca para cezası uygulanır.

v) Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarında Çalıştırılması

Hamile ve anne işçilere ilişkin koruyucu düzenlemelerden ilki hamile işçiye doğum öncesi ve sonrası verilen izinlerdir⁵¹⁴. Nitekim İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir⁵¹⁵. Yine söz konusu süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir.

Doğumun erken olması, çocuğun ölü doğması veya doğum sonrası ölümü, doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresinin kısaltılmasına neden olmaz. Yine İş Kanunu'nun 55. maddesi itibariyle kadın işçilerin doğum öncesi veya sonrası izinli oldukları günler, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınır.

İş Kanunu'nun “ Gebe ve Çocuk Emziren Kadınlar İçin Yönetmelik” başlığını taşıyan 88. maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bankalığınca çıkarılan “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁵¹⁶” hükümlerince; hamile ve anne işçilerin işteki güvenliğinin sağlanması, bu husustaki önlemler, bu tip işçilerin hangi dönemlerde⁵¹⁷ ne gibi işlerde

⁵¹⁴ Kandemir, a.g.e., s. 429.; kadın işçilerin hamilelik ve analık haline ilişkin düzenleyici hükümlerin gelişmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Münir Ekonomi, **Çalışma ve Toplum** 2009/3, Sayı:22, s. 14-16.

⁵¹⁵ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine 6111 sayılı Kanun itibariyle “ Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullandırılır” cümlesi eklenmiştir.

⁵¹⁶ RG, 14.07.2004, No: 25522.

⁵¹⁷ Söz konusu yönetmelik, gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın olmak üzere üçlü bir ayrıma gitmiştir. Buna göre; gebe işçi; İşverenini, durumu hakkında herhangi bir sağlık kurumundan alacağı belge ile bilgilendiren gebe işçiyi, yeni doğum yapmış işçi; Yeni doğum yapmış ve işverenini durumu

çalıştırılmanın yasak olduğu ve çalıştırıldıkları işlerde hangi koşullara uyulması gerektiği ayrıntılı olarak öngörülmüştür(md. 1).

Söz konusu Yönetmeliğin “Genel Değerlendirme” başlığını taşıyan 5. maddesinde; hamile ve yeni doğum yapmış işçilerin sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi süreçlerinin işçiler üzerindeki etkileri değerlendirilerek bunlar için alınacak önlemler belirtilmiştir. Yine ilgili Yönetmeliğin “Özel Riskler” başlıklı 6. maddesine göre; hamile ve yeni doğum yapmış işçilerin sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi süreçlerinin işçiler üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi neticesinde, bunlar için alınacak genel önlemlerle birlikte özel riskler ve alınacak özel önlemler öngörülmüş, Yönetmeliğin 7. Ve 8. maddelerinde ise söz konusu değerlendirme sonuçlarına göre işverence alınması gereken tedbirler ifade edilmiştir⁵¹⁸.

“Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” hükümlerine göre de, kadın işçiler, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın işçiler ise doğum tarihinden başlamak üzere altı ay süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar. Emziren kadın işçilerde bu süre, ana ve çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun hekim raporuyla belgelenmesi halinde, bir yıla kadar uzatılabilecektir(md. 9/l).

Doğum yapan kadına sağlanan bir diğer hak ise isteğe bağlı olarak verilen izindir. Nitekim İş Kanunu’nun ilgili 74. maddesi; “İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre,

hakkında bilgilendiren işçiyi, emziren işçi ise, 0-1 yaş arası çocuğunu emzirmekte olan ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren işçiyi ifade eder.

⁵¹⁸ Söz konusu Yönetmelikle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz.: İştaz Cengiz Urhanoğlu, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş** 2009, C.10, Sayı:4, s. 23 vd.

yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz” biçimindedir. Söz konusu hükümde de ifade edildiği gibi yıllık ücretli izin süresinde dikkate alınmayan söz bu altı aylık süre içinde, ücret ödemesi yapılmayacağı için sigorta primi kesilmesi de söz konusu olmaz⁵¹⁹.

Çocuk emzirmekte olan işçilere kanunun verdiği bir diğer özel izin hakkı ise, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat verilmesi gereken süt iznidir(İK: md. 74/son). Kanunun ilgili hükmüne dikkat edildiğinde, verilecek olan iznin fiilen emzirme koşuluna bağlı tutulmadığı görülmektedir. Buradaki amaç bebeğin beslenmesidir. Nitekim “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik^{520, 521}” bebeğin anne tarafından fiilen emzirilip emzirilmemesine göre bir ayırım yapmamıştır. Bu itibarla bebek fiilen emzirilmese de çocuk bir yaşına ulaşana kadar annenin süt izni olduğunun kabulü gerekir⁵²².

Söz konusu Yönetmeliğe göre; emzikli kadının çocuğunu beslemesi ve bir yaşından küçük çocuğunu bırakabilmesi için, yaşları ve medeni durumları ne olursa olsun, 100 ila 150 kadın çalıştıran işyerlerinde, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en fazla 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulmasını, 150’den fazla kadın işçinin çalıştığı işyerlerinde ise 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakılması ve emzirme için, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun açılmasını ve yurdun işyerine 250 metreden uzak olması halinde de, işverene taşıt sağlama zorunluluğu öngörülmüştür(md. 7/I-II).

⁵¹⁹ Tunçomağ/Centel, a.g.e., s. 175.; Kanunları gereğince verilen ücretsiz doğum ve analık izni süreleri bakımından kadın işçinin doğum borçlanması yapması hakkı ile ilgili olarak bkz.: Kadir Arıcı, “5510 sayılı Kanun’un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortatılar (4A) da Doğum Borçlanması Yapabilirler” Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Sayı:19, s. 159-167.

⁵²⁰ RG, 14.07.2004, No: 25522.

⁵²¹ Söz konusu Yönetmelik, işyerlerindeki gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerin işteki güvenlik ve sağlığının sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemler uygulamak ve bu işçilerin hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının (kreş) nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirlemek amacıyla düzenlenmiştir(md. 1).

⁵²² Kandemir, a.g.e., s. 433.

4857 sayılı İş Kanunu'nun hamile kadın işçilerin çalışma koşullarıyla olarak getirdiği önemli hükümlerden biri de, hamile işçilerin daha hafif işlerde çalıştırılmana yönelik düzenlemeleridir. Nitekim İK.'nın 74. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; doktor raporuyla gerek olduğu sabit olmak koşuluyla, hamile işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır ve bu nedene dayanarak hamile işçinin ücretinde bir indirime gidilemez.

Yukarıda bahsedilen İş Kanunu'ndaki düzenlemeye aynen yer veren "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁵²³" ise aynı zamanda 8. maddesinin son fıkrasında, hamile işçinin daha hafif bir işe aktarılması teknik ve makul olarak mümkün değilse, işçinin güvenlik ve sağlığının korunması için gerekli süre içinde, işçinin isteği halinde ücretsiz izinli sayılması sağlanması gerektiği ve bu sürenin yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacağı öngörmüştür.

Belirtilmelidir ki; 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümleri itibariyle hangi hallerin sözleşmenin feshi bakımından geçerli sebep olmayacağı belirlenmiştir. Bunların arasında yer alan "cinsiyet, medeni durum, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum" gibi nedenler kadın işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep oluşturmayacağı gibi Kanunun 74. maddesinde bulunan doğum öncesi ve doğum sonrası kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde, kadın işçinin işe gelmemesi fesih bakımından geçerli bir sebep oluşturmayacaktır(Md. 18/III-e).

İşveren, kadın işçinin hamilelik döneminden önce bildirimli fesih beyanında bulunmuş ve söz konusu ihbar süresi dolmadan hamilelik durumu

⁵²³ RG, 14.07.2004, No: 25522.

ortaya çıkmışsa, ihbar süresi İş Kanunu'nun ilgili maddesince belirlenecek süre boyunca durur ve bu süre sona erince tekrar işlemeye başlar⁵²⁴.

Son olarak söylemeliyiz ki; feshe karşı koruma sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından geçerli bir durumdur. Zira belirli süreli iş sözleşmelerinde hamilelik ve analık durumları söz konusu olsa dahi sözleşme tespit edilen sürede sona erecektir. Başka bir ifadeyle askıda kalan süre sözleşmede belirlenen süreye eklenmeyecektir⁵²⁵.

f) Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Değişirme

İşçinin cinsel yaşamı, özel yaşamının önemli bir kısmını ve belki de en gizli alanını oluşturmaktadır⁵²⁶. Bu bağlamda cinsel yaşam, iş ilişkisinin dışında kalır ve ilke olarak işverenin ilgisinin dışında kalmaktadır⁵²⁷. Dolayısıyla işveren gerek işçiye işe alırken, gerek işin devamı müddetince ve nihayet iş ilişkisini sona erdirmede, işçinin cinsel yaşamı ile ilgilenmemeli ve vereceği kararlarda işçinin cinsel yaşamı etkili olmamalıdır⁵²⁸.

Günümüzde geldiğimiz noktada ise, cinsiyet ayrımcılığı yasağının salt iki cinse mensup olmaktan kaynaklanan ayrımlarla sınırlı olmadığı, cinsel yönelim ve cinsiyet değiştirmeden kaynaklanan ayrımların da bu yasak çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği genel olarak kabul edilen bir husustur⁵²⁹.

⁵²⁴ Emine Tuncay Kaplan, "Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1236.

⁵²⁵ Kaplan, Fesih, s. 1236.

⁵²⁶ Özel yaşam hakkı ve özel yaşamın korunması konularında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 18 vd.

⁵²⁷ Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Eskişehir 2002, s. 237.

⁵²⁸ İşçinin çalışma hayatı ve özel hayatının birbirinden ayrılması gerekliliği ile ilgili olarak bkz.: Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 124-128.

⁵²⁹ Avrupa Birliği'nde cinsel yönelimi farklı olanlara ve cinsiyet değiştirenlere yapılan ayrımcılığın önlenmesine ilişkin girişimlerle ilgili tarihi süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bell, Anti-Discrimination, s. 89-91.

Avrupa Birliği Hukukuna baktığımızda özellikle AB Adalet Divanı'nın bu yönde vermiş olduğu kararların büyük önem arz ettiği görülmektedir. Nitekim Adalet Divanı incelediği bir uyuşmazlıkta, ameliyat olarak cinsiyetini değiştirdikten sonra işten atılan bir işçinin de cinsiyete dayalı ayrımcılığa uğradığını ve sadece geleneksel anlamda kadın-erkek ayrımcılığının değil, aynı zamanda cinsel yönelim ve cinsiyet değiştirmelere karşı olarak yapılan ayrımcılıklarında ilgili Direktif⁵³⁰ kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵³¹. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; Avrupa Adalet Divanı'nın bu husustaki kararlarına bakıldığında, cinsiyete dayalı ayrımcılığın cinsel yönetime dayalı ayrımcılığı da içerip içermediği konusunun tam bir netlik kazandığı söylenemez.

Yukarıdaki hususa örnek vermek gerekirse; Avrupa Birliği Adalet Divanının çözümlendiği "Grant" davasında, bir tren yolu şirketi, şirkette çalışmakta olan işçilerin yanında eşlerine, birlikte yaşadıkları kişilere veyahut bakmakla yükümlü bulundukları şahıslara tren biletlerinde oldukça cazip bir indirim imkanı sağlamıştır. Söz konusu şirkette çalışmakta olan Grant isimli kadın işçi, iki yılı aşkın bir zamandır beraber yaşadığı bir başka kadınla duygusal bir ilişkisinin olduğundan bahisle aynı indirimden arkadaşının da yararlanmasını talep etmiş, buna mukabil işveren, bu indirimin evli olmayanlar bakımından yalnızca farklı cinse mensup kişilere uygulanacağını belirtmiştir. Bunun üzerine Grant isimli kadın işçi, farklı cinse mensup olup evli olmayanların söz konusu indirimden yararlandırıldığı iddiası ile cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa maruz kaldığını öne sürmüştür. Yerel Mahkeme böyle bir iddianın ayrımcılık olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusunu ön inceleme yoluyla Avrupa Birliği Adalet Divanına aktarmıştır. Divan ise işveren tarafından yürürlüğe konulan yönetmelik uyarınca, yönetmeliğin uygulanması bakımından kadın ve erkek işçiler arasında bir ayrım yapılmadığını, zira aynı konuda bulunan ve homoseksüel bir ilişki yaşayan erkek için de söz konusu

⁵³⁰ Söz konusu Direktif 14.02.1976 Tarih ve 76/207 sayılı "İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit davranma Hakkındaki Direktif"tir.

⁵³¹ ATAD, C- 12/94, P./ S., 30. 04. 1996. (www.europa.eu.int/eur-lex, 16 Mart 2010, 15.00)

yönetmeliğin ve dolayısıyla indirimin uygulanmayacağını belirterek cinsiyete dayalı bir ayrımcılıktan bahsedilemeyeceğini öngörmüştür⁵³².

Önceleri içtihatla doldurulmaya çalışılan bu boşluk 2000/78⁵³³ ve 2006/54⁵³⁴ sayılı Direktifle birlikte AB mevzuatında kendine yer bulmuştur. Nitekim 2000/78 sayılı Direktifin gerekçe bölümünde, cinsel yönelimlerdeki farklılıklara yönelik ayrımcılığın, Birliğin amaçlarına ulaşma konusunda engel oluşturduğu, özellikle de yüksek istihdam ve sosyal koruma oranı, yaşam kalitesi ve standartının yükseltilmesi, ekonomik ve sosyal uyum, toplumsal dayanışma ile bireylerin serbest dolaşımını etkileyebileceği belirtilmiştir⁵³⁵. Bu sebeplerin neticesinde Birlik bünyesinde cinsel tercihe dayalı ayrımcılığın yasaklanması gereği ifade edilmiştir. Söz konusu Direktifin ilk maddesinde ise, Direktifin amacının istihdamda ve işte, din ve inanış, özürllülük, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele için genel bir çerçeve çizmeyi amaçladığı belirtilmiştir⁵³⁶. Direktif cinsel tercihe yönelik olarak doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bununla birlikte işverenlere, cinsel tercihe yönelik dolaylı ayrımcılık yapmadıklarını ispat bakımından bir yol öngörmüştür. Buna göre cinsel tercihe yönelik dolaylı ayrımcılık oluşturduğu iddia edilen muamele veya kural haklı bir amaca dayanıyorsa ve bu haklı amaca ulaşmak için kullanılan araçlar orantılı ise dolaylı ayrımcılık söz konusu olmayacaktır(md. 2/b). Yine Direktifin 4. maddesinin ilk bendine göre, cinsel tercih yapılacak işin karakteristik özelliğini oluşturuyorsa, yapılan muamele veya öngörülen kural objektif olarak haklı görülebiliyor ve orantılı ise, cinsel tercihe dayalı olarak yapılmış bir ayrımcılığın olmadığı öngörülmüştür.

⁵³² ATAD, C- 249-96, Grant vs. South West Trains Ltd., 17.02. 1998

⁵³³ Söz konusu Direktif 09.02.1976 tarih ve 2000/78 sayılı “ İstihdam ve iş Konusunda Eşit Bir Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulması Hakkındaki Direktif”tir.

⁵³⁴ İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli 2006/54/EC sayılı Direktifi

⁵³⁵ Söz konusu Direktifin orijinal metni için bkz.: Bell, Anti-Discrimination, s. 226-239.

⁵³⁶ Söz konusu direktifin tam metni için bkz.: (http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:EN:HTML, 19.04.2010, 15.00)

2006/54 sayılı Direktifin gerekçe bölümünde ise “Adalet Divanı, kadın ile erkek arasında eşit muamele ilkesinin kapsamının bir kişinin şu veya bu cinsiyetten oluşuna dayalı olarak ayrımcılığın yasaklanmasıyla sınırlandırılmayacağını desteklemiştir. Güvence altına almak istediği hakların doğası ve amacı göz önüne alınarak, bu ilke, bir kişinin cinsiyet değiştirmesinden kaynaklanan ayrımcılığa da uygulanır” ifadesine yer verilmiştir⁵³⁷. Dolayısıyla cinsel tercihlerdeki farklılıklara yönelik ayrımcılık bu Direktif bakımından da korunma altına alınmıştır.

Cinsel yönelimdeki farklılıklara yönelik ayrımcılık yasağının gerek homoseksüel(gay-lezbiyen) bireyleri gerek biseksüelleri kapsağı genel olarak kabul edilmektedir⁵³⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki; ilgili düzenlemelerdeki amaç homoseksüel bireylerin ayrımcı davranışlara maruz kalmalarını engellemektir. Buradan cinsel tercihi farklı olan bireylere pozitif ayrımcılık yapılmalıdır gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır⁵³⁹.

Türk Hukukunda ise bu konuda Anayasamızın 20. maddesinin ilk fıkrası bize yol gösterecektir. Nitekim söz konusu hükme göre; “ Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır”. Bu hüküm itibariyle özel yaşam, anayasal şekilde korunulan bir temel değerdir ve bu husus elbette işçi işveren ilişkilerinde de göz önüne alınacaktır. Yüksek Mahkeme de verdiği bir kararda işyerindeki bireyler arasındaki duygusal bir takım ilişkilerin işin yürütümü ve işyeri düzenini etkilemedikçe işvereni ilgilendirmedığı ve buna dayanarak yapılan feshin haksız bir fesih olduğuna hükmetmiştir⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Direktif’in tam metni için bkz.: (eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006, 17.04.2010, 24.15).

⁵³⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Moran, a.g.e., s. 317.; Blanpain, a.g.e., s. 463 vd.

⁵³⁹ Yıldız, a.g.e., s. 120.

⁵⁴⁰ “Davacı, davalıya ait işyerinde çalışmıştır. Hizmet akdi işveren tarafından aynı işyerinde çalışan diğer bir işçi ile gönül ilişkisine girdiği gerekçesiyle sona erdirilmiştir. Bu ilişki kesin delillerle kanıtlanabilmiş değildir. Diğer taraftan böyle bir gönül ilişkisinin varlığı kabul edilse bile bu ilişki işyeri çalışmalarını aksatmadığı ve çalışma düzenini bozmadığı sürece, işverene 1475 sayılı İş

Yukarıdaki bilgiler de dikkate alındığında denilebilir ki; iş mevzuatımızda bu konuda doğrudan bir düzenleme olmasa da⁵⁴¹(Nitekim İş Kanunumuzun 5. maddesinde cinsel tercihten açıkça bahsedilmemektedir), Mukayeseli Hukukta olduğu gibi⁵⁴² Türk Hukukunda da genel kanaat cinsiyete dayalı olan ayrımcılık yasağının, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı da kapsamı yönündedir⁵⁴³. Bu noktada İK.'nın 5. maddesinde bulunan "benzeri sebepler" ifadesinin cinsel tercihler nedeniyle yapılan ayrımcı davranışları da kapsadığı fikrine katılmaktayız⁵⁴⁴. Kaldı ki; İş Kanunumuzda böyle bir ifade bulunmasa bile doktrindeki genel kanaat cinsel tercihler noktasında yapılan ayrımcılığın cinsiyet ayrımcılığı olduğu yönündedir⁵⁴⁵.

Yukarıda bahsettiğimiz hususla ilgili çıkan bir uyuşmazlıkta, işvereni ile arasında eşcinsel ilişki olan davacı işçi iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği iddiasında bulunmuş, yerel mahkeme ise işveren ile davacı arasındaki ilişkinin özel hayatlarını ilgilendirdiğini, ancak aralarında bir iş ilişkisi bulunmadığını belirterek davacının taleplerini reddetmiştir. Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi ise tüm maddi olguların taraflar arasında bir iş sözleşmesinin mevcudiyetini ortaya koyduğunu ve yerel mahkemenin taraflar

Yasası'nın 17/II. maddesi gereğince fesih hakkı vermez", Yarg. 9. HD., T. 25.12.1997, E. 1997/18665, K. 1997/22471(www.kazancı.com.tr, 22.04.2010, 12.25).

⁵⁴¹ İş mevzuatımızda bu yönde açık bir hüküm bulunmaması AB 2007 İlerleme Raporunda eleştirilmiştir(European Comission, 2007 Progress Report, s.61-62). Söz konusu Raporda; ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel tercih temelinde ayrımcılığa ilişkin Avrupa Birliği Direktiflerinin uyumlaştırılmasının tamamlanmamış olduğu ve ayrımcılığın önlenmesi ile eşit davranmanın teşviki için etkin ve bağımsız bir "Eşitlik Kurumu"nın oluşturulmasına ihtiyaç olduğu dile getirilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 142.

⁵⁴² Örnek olarak bkz.: John Jude Moran, **Employment Law: New Challanges In The Business Environment**, Third Edition, s. 234-322.; Henry H.Perrit ., **2005 Law Update**, Apsen Publishers, 1.02- 1.03.; Gwynett Pitt, **Employment Law**, Thomson Sweet And Maxwell, s. 23-38.; Alain Supiot, **Beyond Employment: Changes In The Work And Future Of Labour Law In Europe**, s. 175 vd.; R. Ben Israel/ P. Foubert, " Equality And Prohibition Of Discrimination In Employment", **Comparative Labour Law And Industrial Ralations In Industrilized Market Economies**, Editor: Roger Blainpain, 8. Edition, Kluwer Law International 2004, s. 321-359.

⁵⁴³ Mollamahmutoglu, a.g.e., s. 538.; Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 980.; Ali Nazım Sözer, "AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 Sayılı Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2006, Sayı:2, s. 201 vd.

⁵⁴⁴ Sözer, a.g.e., s. 201.

⁵⁴⁵ Bkz.: dipnot:539.

arasındaki bağlantıyı başka türlü yorumlayarak davayı reddetmesinin hatalı olduğunu öngörmüştür⁵⁴⁶.

Bu noktada söylemeliyiz ki; bahsi geçen cinsel eğilimler ve farklıların, işin yürütümünü, çalışma düzenini ve barışını bozmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Aksi takdirde örneğin, bir işçinin başka bir işçiye veya işverene cinsel tacizde bulunması elbette hukuken korunmaz. Ayrıca bu nitelikteki davranışların karşı tarafa iş sözleşmesini derhal fesih hakkı verdiği unutulmamalıdır⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ “İş Kanununun 1. maddesinde işçi ve işveren tanımlanırken "bir hizmet akdine dayanarak" denilmek suretiyle bu akdi mevcut ve unsurlarının belli olduğu kabul edilmiştir. Davalı, davacı hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına yapmış olduğu başvurusunda, davacıyı 5 yıldır yanında çalıştırdığını ifade ettiği gibi, polise verdiği ifadesinde de aynı hususları tekrarlamıştır. Yine davalı bu beyanlarında davacıya ücret vermemekle beraber yeterince para verdiğini ve diğer ihtiyaçlarını karşıladığını ve büro işlerinde çalıştırdığını ve sonra işine son verdiğini ifade etmektedir. Davalının şikayet dilekçesinde gösterdiği tanıklarda, davacının davalıya ait işyerinde çalıştığını ve davalı tarafından işine son verildiğini belirtmişlerdir. İş Mahkemesinde dinlenen tanıklar da davacının 5-6 yıldır davalıya ait işyerinde sürekli çalıştığını ifade etmişlerdir. Taraflar arasında varlığı ileri sürülen ilişkinin özel hayatları ile ilgili olduğu açıktır. Aslolan bu özel hayat dışında taraflar arasında bir hizmet akdinin mevcut olup olmadığıdır. Mahkeme dışı ikrarları doğrulayan tanık beyanları ve dosyada ki diğer bilgilerden ve ceza dava dosyasında ki davalı ve tanık beyanlarından davacının 5-6 yıldır sürekli olarak davalının doktorluk muayene işyerinde işveren durumunda bulunan doktorun verdiği para karşılığında onun emir ve talimatı altında bulunduğu ve çalıştığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Bütün bu maddi olgular taraflar arasında geçerli bir hizmet akdinin mevcudiyetini ortaya koymaktadır. Mahkemenin aksine düşüncelerle ve taraflar arasında ki bağlantıyı başka türlü yorumlayarak davayı red etmesi hatalı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir” Yarg. 9. HD., T. 14.12.1998, E. 1998/16734, K. 1998/18088, (www.kazanci.com.tr, 22.04.2010, 12.55).

⁵⁴⁷ Aynı yönde; “Davacının iş sözleşmesi 19.10.2001 tarihinde işyerinde iş arkadaşı ile arasındaki ahlak kurallarına uygun olmayan ilişki nedeni ile mesai saatlerinde işyeri düzeninin ihlal edilmesine yol açacak şekilde küfürleşmeli tartışma yaptığı gerekçe gösterilerek işverenlikçe feshedilmiştir. Davalı tanıklarının birbirlerini doğrulayan ifadelerinden davacının eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alınan otomobilin parası bahane edilerek küfürlü tartışmaların geçtiği anlaşılmaktadır. Şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmelidir. İşyerinde cinsel taciz ile başlayan ilişkinin partneri tarafından sonlandırılmasının istenilmesi üzerine otomobil borcu bahane edilerek karşılıklı hakaret içeren sataşmaya dönmesi sonucu davacının diğer işçisiyle birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi, işverenin davacıya karşı bir komplo kurduğu yolundaki iddiaya değer verilmesine engel teşkil etmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle 1475 sayılı İş Kanunun 17/II. maddesine uygun fesih sonucu davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından mahkemece davanın reddi yerine kabulü hatalıdır” Yarg. 9. HD., T. 19.9.200, E. 2005/654, K. 2005/30275. (www.kazanci.com.tr, 22.04.2010, 16.55); Aynı yönde bkz.: “4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe . dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli nedenler İş Kanunu'nun 25.maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir, işçinin yeterliliğinden veya

2) İşçinin Irkı ve Etnik Kökenine Dayalı Ayrımcılık Yapılamaması

a) Genel Olarak

Genel olarak bir tanım yapmak gerekirse ırk, kalıtsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğudur⁵⁴⁸. “İrkçilik” ise çeşitli insan ırkları arasındaki biyolojik farklılıkların kültürel veya bireysel meseleleri de tayin etmesi gerektiğine ve doğal sebeplerle bir ırkın (çoğunlukla kendi ırkının) diğerlerinden üstün olduğuna ve diğerlerine hükmetmeye hakkı olduğuna duyulan inanç veya bu değerleri kabul eden doktrindir⁵⁴⁹.

Etnik köken (ethnicity⁵⁵⁰) Yunanca “ethnos” kelimesinden türemiş olan ve belirli bir kavme mensubiyeti ifade eden bir kavramdır. Irk kavramının tanımında biyolojik ve genetik özellikler belirleyici iken, etnik kökenin tanımında sosyal ve kültürel karakteristikler daha ağır basmaktadır. Bununla beraber belirtmek gerekir ki; sosyologlarca, üzerinde durduğumuz her iki kavramın da tam bir tanımı yapılabilmiş değildir.

davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı ile amiri konumundaki işçi arasında, amirin odasında ve kapalı odada gerçekleşen kavganın ne şekilde meydana geldiği, davacı ile diğer işçinin bu kavgadaki somut davranış ve sözlerinin ne olduğu, bu davranışlarının işyerinde ne şekilde olumsuzluklara yol açtığı, kavgayı başlatanın kim olduğu konularında olaya tanık olduğunu belirten ve işverene ihbar eden işveren çalışanı M. V. dinlenmeli, diğer delillerle birlikte değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır”, Yarg. 9. HD., T. 11.12.2006, E. 2006/25640, K. 2006/32379, (www.kazancı.com.tr, 22.04.2010, 18.45).;

⁵⁴⁸ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, (25.04.2010, 09.50).

⁵⁴⁹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Irk%C3%A7%C4%B1l%C4%B1k>, (25.04.2010, 09.50).

⁵⁵⁰ The concept of ethnicity is rooted in the idea of societal groups, marked especially by shared nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural or traditional origins and backgrounds. Whereas race is rooted in the idea of biological classification of homo sapiens to subspecies according to morphological features such as skin color or facial characteristics. "Ethnicity" is sometimes used as a euphemism for "race", or as a synonym for minority group. Ethnicity is the cultural characteristics that connect a particular group or groups of people to each other. (<http://www.knowledgerush.com/kr/encyclopedia/Ethnicity>).

BM tarafından 1966 yılında, ırka ve etnik kökene dayalı ayrımcılık konusyla ilgili hükümler içeren “Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi” kabul edilmiştir⁵⁵¹. Sözleşmenin ikinci maddesi itibarıyla taraf devletler sözleşmede öngörülen hakların ırk, renk, cinsiyet , din, dil, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi herhangi bir ölçüte dayanarak ayrımcılık yapmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.

Doğrudan ırka dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak ise “Birleşmiş Milletler Her Türlü İrk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslar Arası Sözleşme⁵⁵²” Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 21 Aralık 1965 tarihli ve 2106 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Söz konusu sözleşmenin ilk maddesine göre; “ırk ayrımcılığı” terimi; siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamının herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir⁵⁵³.

Yine ilgili sözleşme hükümlerince taraf devletlerin vatandaş olanlar ile olmayanlar arasında yapacağı uygulama farklılıklarının ırk ayrımcılığı olarak nitelendirilemeyeceği açıkça belirtmiştir. Yine sözleşmede taraf devletlerin ırka dayalı ayrımcılığın önlenmesi konusunda yapmaları gereken çalışmalar ayrıntılı olarak gösterilmiştir^{554, 555}.

⁵⁵¹ Sözleşmenin tam metni için bkz.: <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmekohak.html> (11.01.2010, 13.15)

⁵⁵² Sözleşmenin tam metni için bkz.: <http://www.ansiklopedim.info/?p=3590> (14.01.2010, 09.45).

⁵⁵³ Rubin, a.g.e., s. 464.

⁵⁵⁴ Yıldız, a.g.e., s. 36.

⁵⁵⁵ Söz konusu sözleşmenin ilk maddesinin 4. bendinde ise; “Sadece insan hakları ve temel özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmalarını sağlamak amacıyla, özel bir korumaya ihtiyaç duyan belli ırk veya etnik grupların veya bireylerin uygun gelişimini temin amacına yönelik özel önlemler, bu gibi önlemlerin sonuçta farklı ırk grupları için ayrı haklar sağlanmasına yol açmamaları ve önlemler amacına ulaştıktan sonra sürdürülmemeleri kaydıyla, ırk ayrımcılığı olarak görülmeyecektir” hükmü öngörülmek suretiyle belli durumlar dahilinde belirli ırka mensup kişilere pozitif ayrımcılığın da yapılabileceği öngörülmüştür.

b) Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan Hukukunda ırk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Ulusal düzeyde etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağı ile ilgili ilk ciddi düzenlemelerin Amerikan Hukukunda yapıldığını görüyoruz. Zira daha önce bahsi geçmiş olan Medeni Haklar Kanunu'nun 7. bölümünün ilk defa olarak etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasakladığı görülmektedir⁵⁵⁶.

Amerikan Hukukuna baktığımız zaman ırk veya renge dayalı ayrımcılık yasağının, cinsiyet, din, felsefi inanç vb. gibi ayrımcılık nedenlerine nazaran çok daha etkin bir biçimde işletildiğini görmekteyiz⁵⁵⁷. Zira özellikle siyahların uzun bir süre köle, daha sonra da ikinci sınıf vatandaş gibi muamele görmeleri ve bunun neticesinde verilen mücadeleler, bu konuya Kıta Avrupasına göre çok daha hassas yaklaşımlarına ve bu hususla ilgili çok katı kurallar öngörmelerine neden olmuştur. Hatta bu konuya yaklaşımları öyledir ki; Amerikan Hukuku bakımından, işveren ayrımcı nitelik taşıdığı iddia edilen bir uygulamanın yapılan işin gereği olduğunu objektif bir biçimde ortaya koysa, yani haklılaştırırsa dahi, bu durum cinsiyet, din vb. bakımından haklılaştırma ölçütü olarak kabul edilirken, ırk ve renk bakımından kabul edilmemektedir⁵⁵⁸.

Avrupa Birliği Hukukuna baktığımızda ise ırka ve etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasaklayan 2000/43 sayılı Direktifi görüyoruz. Gerekçe kısmında Direktif'in⁵⁵⁹ amacı üye devletlerde eşit davranma ilkesini geçerli kılmak amacıyla ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek olarak belirlenmiştir. Söz konusu Direktif AB sınırları içerisinde bulunan herkesi, AB

⁵⁵⁶ Twoney, a.g.e., s. 440.

⁵⁵⁷ Sullivan/Zimmer/White, a.g.e., s. 148

⁵⁵⁸ Sullivan/Zimmer/White, a.g.e., s. 148

⁵⁵⁹ Söz konusu Direktif 29 Temmuz 2000 Tarihinde kabul edilmiştir. Direktifin tam metni için bkz.: Levent Korkut, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, Ankara 2009, s. 75-101. ve http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolalar/tablo2000-43.doc (20.01.2010, 15.30)

vatandaşı olup olmamalarına bakmaksızın kapsamaktadır. Bunun yanında belli bir ırka veya etnik kökene mensup olmamakla birlikte, o etnik kökene mensup olduğu düşünülerek ayrımcı davranışa muhatap olan kimseler de Direktifin koruması altına alınmıştır. Yine 2000/43 sayılı Direktif, ırk veya etnik kökene dayalı olarak yapılan tacizi⁵⁶⁰, ayrımcılığın bir türü olarak ayrıca düzenlemiştir.

Direktif'in 2. maddesinde ırk ve etnik kökene bağlı ayrımcılık bakımından hangi durumlarda dolaylı veya doğrudan ayrımcılığın söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Söz konusu hükme göre doğrudan ayrımcılık; “ 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 dolaysız ayrımcılığın ortaya çıktığı anlaşılır”. Buna karşılık dolaylı ayrımcılık; “görünüşte tarafsız (nötr) bir hüküm, yansız (nötr) kriterler veya uygulamanın; bir ırksal veya etnik kökenden kimseyi, diğer kişilerle karşılaştırıldığında özel bir avantajlı konuma getirdiği durumlarda, bu yansız hüküm, yansız kıstaslar veya uygulama; meşru bir amaç ile nesnel olarak haklılık kazanmamışsa ve söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve zaruri değilse, dolaylı ayrımcılığın zuhur ettiği anlaşılır” biçiminde tanımlanmıştır.

Genellikle özdeş sanılmakla birlikte, yabancı olmakla ırksal ayrım farklı şeyleri ifade etmektedir. Zira yabancılık, yaşadığı ülkenin vatandaşı olmayan kişileri ifade etmekte olup, her ülke yabancılarla ilgili mevzuatını, kamusal haklar, ikamet, işe alınma ve çalışma koşulları vb. gibi konularda kendi vatandaşlarından farklı olarak düzenleyebilir⁵⁶¹. Direktif'in 3. maddesinde de “bu Direktif uyrukluksa esasına dayalı farklı muameleyi kapsamaz” ifadesiyle bu

⁵⁶⁰ Direktifin 2. maddesinin 3. bendine göre ırk ve kökenle ilgili olarak taciz; “ırk ve etnik kökenle ilgili olarak, insan haysiyet ve itibarının çiğnenmesi amacını taşıyan veya o sonucu doğuracak yada yıldırıcı düşmanca değersizleştirici aşağılayıcı ,özgüveni kırıcı, hakaretamiz bir ortam yaratılmasına yol açan, arzu edilmeyen (herkesçe haksız/yersiz bulunan) kasıtlı bir tavır hareket olarak” tanımlanmaktadır.

⁵⁶¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 546.

husus dile getirilmiştir. Bununla birlikte belirtilmelidir ki; kanuni olarak ikamet izni alan ve çalışan yabancı ülke vatandaşlarına karşı farklı bir etnik kökene mensup olmalarından dolayı yapılan ayrımcılık ırk ayrımcılığı yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

2000/43 sayılı Direktif'in 4. maddesine göre ise, belli bir ırka veya etnik kökene mensup olmanın o işin yapılması bakımından objektif olarak gerekli olduğu durumlarda, başka bir ifadeyle o iş bakımından belli bir kökene mensup olmanın mesleki bir gereklilik olması halinde, ırka veya etnik kökene dayalı ayrımcılığın söz konusu olmayacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte ırk ve etnik kökene dayalı özelliğin farklı davranmayı haklı kılacak bir nitelik arz etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Pozitif ayrımcılıkla ilgili olan Direktif'in 5. maddesinde ise, üye devletlerin ırk veya etnik kökene dayalı olarak toplulukların maruz kaldığı olumsuz durumların tazmini ve bu olumsuzlukların telafisi bakımından bir takım özel tedbirler alabileceği ifade edilmiştir⁵⁶².

Bu konudaki değinilmesi gereken bir diğer hususta, etnik farklılığın önemli ölçütlerinden biri olan anadil meselesidir. Zira anadil, etnik farklılığın ölçütlerinden biridir ve bu itibarla işverenin işçileri arasında salt anadillerine bağlı olarak ayırım yapması ırka veya etnik kökene bağlı ayrımcılık kategorisinde değerlendirilmelidir⁵⁶³. Bununla birlikte yürütülecek işin özelliği

⁵⁶² Avrupa genelinde hiç şüphesiz etnik kökene dayalı ayrımcılığa maruz kalan en geniş topluluk "Romen" toplumudur(Roma People/Gypsy). Bunu dikkate alan Avrupa Birliği Komiyonu 2005 yılı Yıllık Raporunda(European Commission Annual Report 2005), bu etnik grubun toplumla bütünleşmesinin sağlanması bakımından önümüzdeki süreçte başta eğitim olmak üzere istihdam, barınma, yoksulluk vb. gibi alanlarda bu toplulukla toplumun kalan kesimi arasındaki farkın kapatılması gerektiği belirtilmiştir. Yine söz konusu raporda Türkiye'nin Romen toplumuyla ilgili olarak ayrımcılığı ortadan kaldırmak için her hangi bir girişimde bulunmadığı ve Çingenelerin yeterli istihdam, barınma, sosyal korunma, sağlık gibi imkanlar bakımından toplumun gerisinde olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu raporun tam metni için bkz.: ftp://ftp.software.ibm.com/annualreport/2005/2005_ibm_annual.pdf, 27.04.2010, 23.35).

⁵⁶³ Meseleye Türk Hukuku açısından yaklaşıldığında, T.C. Devletinde resmi dilin Türkçe olduğunu görüyoruz(Anayasa md 3/I). Bunun anlamı Türkiye Cumhuriyeti Devletinde bütün resmi işlerin Türkçe görülmesi, bütün resmi belgelerin Türkçe tutulması ve tüm resmi yazışmaların Türkçe yapılmasıdır. Ancak Resmi Dilimizin Türkçe olması herkesin her zaman Türkçe konuşması gerektiği

bakımından o ülkedeki dilin iyi bir şekilde bilinmesi(edebiyat öğretmenliğini bu duruma örnek verebiliriz) veya işin niteliği itibarıyla oluşabilecek iletişim güçlüklerinin işin yürütümünü olumsuz olarak etkileyebilmesi durumunda o ülkedeki dili tam olarak bilmeyen bir kimsenin işe alınmaması veya işin yürütümünde oluşan aksaklıklar nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesi dile ve dolayısıyla etnik kökene dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilemez⁵⁶⁴.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki; Avrupa Birliği'nce of 2 Haziran 1997 Tarihli ve 1035/97 Sayılı Direktifle Yabancı Düşmanlığı ve Irkçılığı Önleme Merkezi(European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia⁵⁶⁵) kurulmuş ve akabinde bu merkez 01.03.2007 tarihinde Avrupa Birliği Temel Ajansına(EU Agency For Fundamental Rights) dönüştürülmüştür. Söz konusu Kurumun başlıca görevleri ırka dayalı ayrımcılıklarla ilgili bilgi toplamak, analizler yapmak, üye devletleri bu konuda uyarmak ve tavsiyelerde bulunmak ve nihayet bu konuyla ilgili yıllık raporlar hazırlamaktır⁵⁶⁶.

c) Türk Hukukunda Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Türk Hukukunda anayasal temelini Anayasa'nın 10. maddesinden alan ırka dayalı ayrımcılık yasağı, İş Kanunu'nun 5. ve TCK'nun 122. maddelerine göre yasaklanmıştır. Bu bağlamda İş Kanunu'nun 5. maddesinde açıkça öngörülmemiş olsa da ırka dayalı ayrımcılık yasağı etnik kökene dayalı

anlamına gelmez. Bunun anlamı, bireylerin resmi makamlarla olan işlerinde Türkçe kullanma zorunluluğudur ki; bu da dil ayrımcılığı olarak kabul edilemez. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Tuğba Özlem Doğan, **Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004, s. 92 vd.

⁵⁶⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 545-546.

⁵⁶⁵ European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia efforts to collect information on racism and xenophobia will focus on the following areas; free movement of persons within the Community; media and other means of communication; education, vocational training and youth; social policy, including employment; free movement of goods; culture.; Yabancı düşmanlığı(Xenophobia) ve bunun önüne geçilebilmesi için alınacak önlemler konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: (http://europa.eu/legislation_summaries/other/c10411_en.htm, , 27.04.2010, 23.35).

⁵⁶⁶ Yıldız, a.g.e., s. 137.

ayrımcılık yasağını da kapsamaktadır^{567, 568}. Zira birbirine çok yakın bu iki nitelikten birinin yasak olup diğerinin serbestçe yapılabilmesi hukuk mantığı açısından tutarsız olacaktır. Bu itibarla etnik kökeni İK. md. 5’de bulunan “benzeri sebepler” ifadesi içinde değerlendirmek yerinde olacaktır⁵⁶⁹. Ayrıca konunun mukayeseli hukuk bölümünde de izah ettiğimiz gibi AB hukuk düzeninde ırka dayalı ayırım yasağı yanında etnik kökene dayalı ayrımcılığın da yasaklandığını belirtmekte fayda vardır⁵⁷⁰.

3) Özürlülük Nedeniyle Ayrımcılık Yasağı

a) Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere İK.’nın 5. maddesinde bulunan “benzeri sebepler” ifadesinin bulunması, maddenin ayrımcılık nedenlerini sınırlı sayıda saymadığının göstergesidir. Bu bağlamda bireyin iradesi ile değiştirmesinin mümkün olmadığı bir nitelik olan “özürlülük”de ayrımcılık nedenlerinden biridir ve dolayısıyla bir özürünün bu nitelikte olamayan bir kişiye nazaran hukuken haklı sayılmayacak bir davranışa veya işleme maruz kalması ayrımcılıktır⁵⁷¹.

Avrupa Birliği müktesebatının uyumlaştırılmasına ilişkin ulusal programda⁵⁷² ve 159 sayılı UÇÖ sözleşmesinde⁵⁷³ düzenlenmiş olan,

⁵⁶⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 545.

⁵⁶⁸ Bizimde isabetli bulduğumuz doktrindeki genel kanaat, etnik köken ayırımı yasağının İş kanunu’nun 5. maddesindeki “benzer sebepler” kavramı içerisinde değerlendirilmesidir.

⁵⁶⁹ Tunçomağ/Centel, a.g.e., s. 134.

⁵⁷⁰ Mollamahtöğlu, a.g.e., s. 545.

⁵⁷¹ Gaye Burcu Yıldız, “ Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı:10, Haziran 2008, s. 80.

⁵⁷² RG., 24.03.2001, No:24235.

⁵⁷³ Nitekim 30.03.2007 tarihinde imzalanan “Özürlü Kişilerin Hakları Sözleşmesi” isimli bu sözleşmenin “çalışma ve istihdam” başlıklı 27. maddesine göre; taraf devletlerin başlıca yükümlülükleri arasında, özürlü kişilerin toplumdaki diğer kişilerle eşit ölçüde çalışma hakkı olduğu, bunu sağlamak için de iş ilişkisinin bütününde, işe alma, çalışma şartları ve sona erme aşamalarında ayrımcılığın ortadan kaldırılması, eşit işe eşit ücret ödenmesi, tacize karşı korunma, özel ve kamu kesiminde özürlü istihdamı için olumlu eylem planları yapma ve nihayet işyerinde gerekli önlemlerin alınması gerektiği öngörülmüştür.

özürlülerin gerek rehabilitasyonları gerek istihdamları hakkındaki tedbir ve teşviklerin ulusal mevzuatımıza da dahil edilmesi, devletimizin hedefleri arasındadır. Bu bağlamda Avrupa Birliği'nin cinsel tercih, yaş ve diğer bazı ayrımcılık nedenleri ile birlikte özürlülere karşı ayrımcılığın da yasaklanmasına ilişkin 2000/78 sayılı Direktifinin uyumlaştırılmasına ilişkin düzenlemelerin 2009-2013 yılları arasında çıkarılması planlanmaktadır.

b) Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan Hukukunda Özürlülük Nedeniyle Ayrımcılık Yasağı

Amerikan Hukukunda ilk olarak 6 Eylül 1973 tarihinde çıkarılan "Rehabilitation Act"⁵⁷⁴ ile yasaklanan özürlülere karşı ayrımcılık, sadece federal düzeydeki iş ilişkilerini kapsamaktaydı. Oldukça sınırlı bir koruma sağlayan bu yasanın yerine öngörülen Amerikan Özürlüler Kanunu (Americans With Disabilities Act⁵⁷⁵) 1 Ocak 1990 tarihinde kabul edilmiştir. Söz konusu kanun özürlü kavramını bireylerin,

- mevcut bir fiziksel veya mental rahatsızlığın bireyin ana yaşam faaliyetlerinden en az bir tanesini esaslı şekilde zedelemesi⁵⁷⁶,
 - kişinin özürlü olduğuna dair resmi bir kaydın bulunması⁵⁷⁷,
 - kişinin özürlü olmadığı halde özürlü varmış gibi muamele görmesi⁵⁷⁸,
- durumlarında özürlü sayılacağını öngörmüştür⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ Yasanın tam metni için bkz.: <http://www.dotcr.ost.dot.gov/Documents/ycr/REHABACT.HTM>, (29.04.2010, 09.45)

⁵⁷⁵ Kanunun tam metni için bkz.: <http://www.ada.gov/pubs/ada.htm>, (29.04.2010, 09.45).

⁵⁷⁶ Amerikan Yüksek Mahkemesine göre HIV virüsü taşıyan bir kimse de özürlü sayılmalıdır. Zira bu hastalık yaşamsal faaliyetlerden biri olan üreme faaliyetini ciddi biçimde zedelemektedir. Kararın tamamı için bkz.: Estreicher/Harper, a.g.e., V.I, s. 526-527.

⁵⁷⁷ Sullivan/Zimmer/White, V.II, s. 656., Bu kişilere kuvvetli bir bulaşıcı hastalığı yenmiş kişiler örnek verilebilir.

⁵⁷⁸ Sullivan/Zimmer/White, V.II, s. 657., Bu durum iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlkinde kişi özürlü olmadığı halde işveren yanlış bir kanaatle işçinin özürlü olduğunu düşünmektedir. İkinci halde ise, oldukça hafif olan bir özrü işverence yaşamsal faaliyetlerden birini veya bir kaçını etkileyecek derecede olduğunu düşünmesi durumudur.

⁵⁷⁹ Section 12102: Defination of Disability; The term "disability" means; (A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities of such individual; (B) a record of such an impairment; or (C) being regarded as having such an impairment.

Yukarıda sözü geçen şartlardan sadece bir tanesinin bulunması, bireyin özürlü sayılması bakımından yeterli olmaktadır.

Söz konusu kanunun amacı ise Section 12101'de;

- Özürlü bireylere karşı açık, güçlü, tutarlı, uygulanabilir standartlarda koruma sağlamak,
 - Federal Hükümetün özürlülüğe dayalı ayrımcılığın önlenmesinde merkezi bir rol oynamasını sağlamak,
 - Özürlü bireylere karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için açık ve kapsamlı bir ulusal program geliştirmek⁵⁸⁰,
- şeklinde ifade edilmiştir.

Amerikan Özürlüler Kanununda, özürlülere karşı ayrımcılık oldukça geniş bir alanda yasaklanmıştır. Şöyle ki; söz konusu kanunun kapsamına federal düzeydeki iş ilişkilerinin yanında yerel idareler, istihdam büroları, sendikalar vb. da girmektedir⁵⁸¹.

Söz konusu kanunun kapsamına dahil olabilmek bakımından en önemli şart, başvuru için gerekli niteliklere sahip bir özrünün mevcudiyetidir. Başka bir anlatımla özürlü kişi her hangi bir önlem alınmaksızın veyahut bir takım önlemler alınmak suretiyle başvuru işi yerine getirebilecek nitelikte olmalıdır⁵⁸².

Amerikan Özürlüler Kanunu bakımından belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, özürlü kişinin iş başvurusu esnasında kişiye özürlü ile ilgili sorular sorulamayacağıdır. Elbette başvuruda bulunan kişiye başvuru işi ile ilgili

⁵⁸⁰ Sec. 12101: It is the purpose of this chapter

“(1) to provide a clear and comprehensive national mandate for the elimination of discrimination against individuals with disabilities

(2) to provide clear, strong, consistent, enforceable standards addressing discrimination against individuals with disabilities;

(3) to ensure that the Federal Government plays a central role in enforcing the standards established in this chapter on behalf of individuals with disabilities”.

⁵⁸¹ Yıldız, a.g.e., s. 139.

⁵⁸² Yıldız, a.g.e., s. 142.

esaslı faaliyetleri yerine getirip getiremeyeceği sorulabilir. Sağlık muayenesi ancak iş sözleşmesinin yapılmasından sonra işçinin rızası dahilinde yaptırılabilir⁵⁸³.

Söz konusu kanun ile ilgili bir başka değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, sadece özürhükümlerinin değil, özürhükümler lehine tanıklık yapan çalışanlarında oluşabilecek ayrımcılıklara karşı korunduğudur⁵⁸⁴.

Bu konuda son olarak değinmek istediğimiz husus ise, söz konusu kanunun, işverenlere, özürhükümlü bireyin çalışmasını sağlamak açısından uygun önlemler alma yükümlülüğü getirmesidir. Bununla birlikte işverenin aşırı masraflar getirecek önlemler alması da beklenemez⁵⁸⁵.

Avrupa Birliği Hukukuna baktığımızda ise, “İstihdam ve İş Konusunda Eşit Muamele İçin Bir Genel Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 27 Kasım 2000 Tarihli 2000/78/ EC Sayılı Konsey Direktifi⁵⁸⁶”nin özürhükümlülüğe dayalı olarak yapılan ayrımcılığı yasakladığını görüyoruz.

Söz konusu Direktifin ilk maddesinde, Direktifin öngörölme amacının, eşit muamele ilkesini yürürlüğe sokmak amacıyla, istihdam ve iş alanlarında din veya inanç, özürhükümlülük, yaş ve ya cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılığa karşı mücadele etmek için genel bir çerçeve oluşturmak olduğu belirtilmiştir. Direktifin ikinci maddesinde ise doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarına yer verilmiştir⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Sullivan/Zimmer/White,V.II, s. 625.

⁵⁸⁴ Sullivan/Zimmer/White,V.II, s. 625-626.

⁵⁸⁵ Yıldız, a.g.e., s. 143.

⁵⁸⁶ “Establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation of 27 November 2000”

⁵⁸⁷ 2000/78 sayılı Direktifin 2. maddesine göre; “doğrudan ayrımcılık Bir kişiye Madde 1’de bahsedilen nedenlerden(din veya inanç, özürhükümlülük, yaş ve ya cinsel yönelim) herhangi birisiyle başka bir kişiye benzer bir durumda muamele edildiğinden, edilmiş olduğundan ve ya edileceğinden daha az elverişli şekilde muamele edildiği zaman ortaya çıkmış olarak kabul edilecektir. Yine aynı hükme göre; “Dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan bir hüküm ölçüt ya da uygulama aşağıdaki durumlar dışında, belli bir din ya da inanca, belli bir maluliyete, belli bir yaşa ya da belli bir cinsel yönelime

2000/78 sayılı Direktifin 3. maddesine göre ise; “Topluluğa verilen yetki alanlarının sınırları çerçevesinde, bu Direktif Kamu Kurumları da dahil olmak üzere hem kamu hem de özel sektör açısından tüm kişilere uygulanacaktır” hükmü öngörülmektedir.

Söz konusu Direktifin “Engelli Kişiler İçin Makul İmkanlar(Reasonable Accommodation For Disabled Persons)” başlıklı 5. maddesinde ise, maluliyeti olan kişiler açısından eşit muamele ilkesine uygunluğu temin etmek amacıyla makul imkanlar sağlanabileceğini, başka bir anlatımla, işverenlerin, engelli çalışanlar bakımından alacakları önlemler işverene orantısız bir külfet doğurmayacaksa, engelli bir çalışanın istihdama katılımını veya istihdamda ilerlemesini ya da eğitime tabi tutulmasını sağlamakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

Belirtilmelidir ki; Avrupa Komisyonu 2005 İlerleme Raporunda yukarıda bahsettiğimiz “makul önlemler”in işverenler tarafından yerine getirilmemesi de ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. Yine ilgili Raporda hangi önlemlerin “makul” olarak kabul edileceğinin her somut olaya göre değişeceği ifade edilmiştir.

İlgili Direktifin “pozitif ayrımcılık”la ilgili 7 maddesinin ilk fıkrasında ise üye devletlerin Direktifin ilk maddesinde öngörülen ayrımcılık nedenlerine bağlı olarak dezavantajlı konuma düşenlerin durumunu telafi etmek bakımından olumlu eylem planları ortaya koymaları gerektiği öngörülmüştür.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki; 2000/78 sayılı Direktifin “Asgari Şartlar⁵⁸⁸” başlıklı 8. maddesinin ilk fıkrasına göre, “taraf devletler eşit muamele ilkesinin korunması açısından bu Direktifte öngörülenlerden daha

dahil olan kişileri diğer kişilerle karşılaştırıldığında belli bir dezavantaja maruz bırakıyorsa ortaya çıkmış olarak kabul edilecektir”

⁵⁸⁸ Bu kavram 2000/78 sayılı Direktifin başlığı olan “minumum requirements” teriminin karşılığı olarak kullanılmıştır.

elverişli olan hükümleri yürürlüğe sokabilir ya da uygulamayı sürdürebilirler”. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, söz konusu Direktifin uygulanmasının hiçbir koşul altında Direktif kapsamına giren alanlarda üye devletlerin yürürlükte bulunan ayrımcılığa karşı sağlamış olan koruma düzeyinden daha aşağı bir seviyeye inmek bakımından neden oluşturmayacağı belirtilmiştir.

c) Türk Hukukunda Özürlüler

(1) Genel Olarak

Daha önceki paragraflarda pek çok defa belirttiğimiz üzere, İş Kanunu’nun 5. maddesinde sayılan ayrımcılık nedenleri, maddedeki “benzeri sebepler” ifadesi itibariyle sınırlı olarak sayılmış değildir⁵⁸⁹. Bu bağlamda elbette özürlülere yapılan ayrımcılık da, Türk Hukuku bakımından hukuka aykırı bir davranış olarak görülmelidir⁵⁹⁰.

Çalışma hayatında özürlülere ilişkin sorunlar bize göre iki temel esasa dayanmaktadır. Bunlardan ilki özürlülerin istihdam oranının çok düşük seviyelerde olması iken, bir diğeri de bizim esas konumuz olan özürlülülere yapılan ayrımcılık hususudur. Bu bağlamda özürlülerin istihdamının teşvikine yönelik önlemlere daha yüzeysel değinilecektir.

Bu konuda öncelikle belirtilmesi gereken nokta, özürlülerin çalışma yaşamına katılmalarını sağlamanın sosyal devletin bir gereği olduğudur⁵⁹¹. Bu bağlamda batılı ülkelerde, kota yöntemi, korumalı işyerlerinin kurulması, özel eğitim programlarının hayata geçirilmesi gibi çeşitli yöntemler

⁵⁸⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.; Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 980.; Sözer, s. 201 vd.; Gaye Burcu Yıldız, “ Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:10, Haziran 2008, s. 80.

⁵⁹⁰ Gülsevil Alpagut, “ Özürlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler”, **Mercek**, Ekim 2005, s. 154-155.

⁵⁹¹ Alpagut, Son Değişiklikler, s. 153.

benimsenmiştir. Bizim sistemimiz ise uzun süreler kota yöntemiyle, yani devletin işyerlerinde belirli oranda özürlü çalıştırma zorunluluğu(İK. Md.30⁵⁹²) ve bu konudaki yetersiz bir takım teşvikleriyle sınırlı kalmıştır⁵⁹³. Zaman içerisinde sadece kota yöntemi ve buna bağlanan yüksek idari para cezalarının bu konudaki yetersizliği görülmüş ve nihayet meselenin bir bütün olarak değerlendirilmesi bağlamında 2005 yılı “Özürlülerin İstihdam Yılı” olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler ititbaryle 07.07.2005 Tarihinde 5378 sayılı “Özürlüler Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” yürürlüğe girmiştir.

(2) 5378 Sayılı Kanunun Genel Görünümü

5378 sayılı Kanunun⁵⁹⁴, (çalışmamızda bu Kanun için kısaca “Özürlüler Kanunu” terimi kullanılacaktır), ilk maddesinde; Kanunun öngörülmesindeki amaç özörlölölölölün önlenmesi, özörlölölölörün sağıık, eğıitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğıine ilişkin sorunlarının

⁵⁹² Söz konusu maddnin başlığı " Özörlölölöl, eski hükömlölöl ve terör mağđduru çalıştırma zorunluluğıu" iken, 15/5/2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle “Özörlölöl ve Eski Hükömlölöl Çalıştırma Zorunluluğıu”olarak değıştirilmiştir İlgili hükme göre; “İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özörlölöl, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özörlölöl ve yüzde iki eski hükömlölöl işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükömlölölüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükömlölöl olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır. Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürölölür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürölölür. İşyerinin işçisi iken sakatlananlara öncelik tanınır.

İşverenler çalıştırmakla yükömlölöl oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağıırlar. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükömler dışında bağılı olacakları özel çalışma ile mesleğıe yöneltilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığıınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Yer altı ve su altı işlerinde özörlölöl işçi çalıştırılmaz ve yukarıdaki hükömler uyarınca işyerlerindeki işçi sayısının tespitinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz...”.

⁵⁹³ Türkiye özörlölölör araştırmasına göre; Türkiye’de işgücüne dahil olmayan toplam özörlölöl oranı özörlölölörün %77,81’ini oluşturmaktadır. Çalışabilir durumdaki özörlölöl erkeklerin %36,98 istihdam edilirken, istihdam edilen kadın özörlölöl oranı ise %6,6 oranında kalmaktadır.

⁵⁹⁴ 5378 sayılı Kanun’un tam metni için bkz.: http://orgm.meb.gov.tr/Mevzuat/5378_sayılı_Kanun_hm (10.05.2010, 21.25).

çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmak olarak belirtilmiştir. Bu bağlamda denilebilir ki; söz konusu Kanun özürhüleri sadece çalışma hayatına değil, aynı zamanda toplumsal hayata katılmaları bakımından her türlü tedbirin alınması amacını gütmektedir⁵⁹⁵.

Kanun'un "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesi itibariyle ise özürhü; "Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi" ifade etmektedir⁵⁹⁶.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, özürhü istihdamının yaygınlaştırılması ancak bir tedbirler bütününe ortaya konulmasıyla mümkün gözükmektedir. Bu bağlamda söz konusu Kanun'un "Sınıflandırma, Bakım, Rehabilitasyon, İstihdam, Eğitim, İş ve Meslek Analizi" başlıklı ikinci bölümünün 5. maddesi ve devamındaki hükümler, meseleye bütüncül bir bakış açısıyla çözüm üretmeye yöneliktir.

Özürhüleri işyerlerinde çalışabilmesi çoğu kez özel bir takım tedbirlerin alınmasına, değişik teknik donanımlar oluşturulmasına ve farklı bir takım iş organizasyonlarının varlığıyla mümkün olabilmektedir⁵⁹⁷. Bunu dikkate alan Kanun Koyucu "korumalı işyeri" uygulamasıyla belirlenen hedefe ulaşmak istemektedir. Doktrinde sakatlıkları belirli bir derecenin üzerinde

⁵⁹⁵ Alpagut, Son Değişiklikler, s. 153.

⁵⁹⁶ Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin (R.G.: 10.04.2010, No:27548) 3. maddesinde ise özürhü; "Doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden çalışma gücünün en az % 40 ından yoksun olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri" ifade eder.

⁵⁹⁷ Gülsevil Alpagut, " 4857 Sayılı Yasa'da İşverenin Özürhü, Eski Hükümlü ve Terör Mağdurunu Çalıştırma Zorunluluğu, **Mercek**, Nisan 2004, s.120.

olup, rekabete dayalı işyerlerinde çalışmaya uygun olmayan kişilere iş sağlamak amacıyla kurulan işyerleri⁵⁹⁸ olarak tanımlanan bu kavram, Özürlüler Kanununda da benzer bir biçimde, “Normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlüler için meslekî rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve malî yönden desteklendiği ve çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği işyeri^{599, 600}” olarak tanımlanmıştır.

Kanunda “korumalı işyeri” kavramı dışında “korumalı işyeri statüsü” kavramına da yer verilmiştir. Nitekim Kanun’un 3. maddesinin g bendine göre; “Korumalı işyeri statüsü, çalışanlarının yönetmelikle belirlenen oranını özürlülerin oluşturduğu veya özürlülere yönelik çalışmaları ile korumalı işyerine sağlanan teknik ve malî destek sağlanma şartlarını” ifade etmektedir. Şüphesiz bu statünün içeriğinin daha özel düzenlemelerle doldurulması gerekmektedir. Zira Özürlüler Kanunu’nunda da işgücü piyasasında iş bulmaları zor olan özürlülerin istihdamında “korumalı işyerleri” uygulamasının öncelikle uygulanacağı belirtildikten sonra bu konudaki usul ve esasların Devlet Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca müştereken çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüş(md. 14/III-IV) ve söz konusu yönetmelik 30 Mayıs 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Fatih, Uşan, **İş Hukukunda Sakat İstihdamı**, Ankara 1999, s. 183.

⁵⁹⁹ Özürlüler Kanunu. md. 3/f.

⁶⁰⁰ Mukayeseli hukukta “korumalı işyerleri” uygulamasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Uşan, a.g.e., s. 185-187.

⁶⁰¹ RG. 30.05.2006, No: 26183, “Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik” başlıklı düzenlemenin 17. maddesine göre; “Korumalı işyerinde istihdam edilebilmek için;

a) En az %40 oranında zihinsel, ruhsal-duyusal ve davranışsal özürlü olmak veya diğer özür gruplarından ise %60 ve üzeri özürlü olmak,
b) Kuruma kayıtlı olmak,
c) 15 yaşını bitirmiş olmak,
gerekir”.

Yönetmeliğin tam metni için bkz.: http://www.alomaliye.com/mayis_06/korumali_isyeri.htm, (15.05.2010, 10.30).

Bu konuda değineceğimiz bir diğer nokta ise söz konusu Kanun'un "Mesleki Rehabilitasyon" başlıklı 13. maddesidir. Bu madde bağlamında özürllülerin yetenekleri doğrultusunda yapabilecekleri bir işte eğitilmesi, meslek kazandırılması, verimli kılınarak ekonomik ve sosyal refahının sağlanması amacıyla meslekî rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanmasının sağlanmasının esas olduğu belirtildikten sonra, gerçek veya tüzel kişilerce açılacak olan özel meslekî rehabilitasyon merkezleri, yetenek geliştirme merkezleri ve korumalı işyerlerinin değişik tipleri ile özel işyerlerinde bireylerin bireysel gelişimleri ve yeteneklerine uygun iş veya becerilerini geliştirici tedbirler alınacağı öngörülmüştür. Nihayet bu tedbirlere ilişkin usûl ve esasların ise, Milli Eğitim Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Özürllüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği belirtilmiş ve söz konusu yönetmelik 02.05.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁰².

(3) Türk Hukukunda Özürllülerin Ayrımcılıktan Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Özürllülere karşı olan ayrımcılık mevzuuna geldiğimizde, bu türden bir ayrımcılığın Türk Hukuku bakımından açıkça yasaklandığını görüyoruz. Her ne kadar Anayasa'nın 10. maddesinde ve İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan ayrımcılık nedenleri arasında "özürllülük" kavramına açıkça yer verilmediyse de, her iki hükmün metninde yer alan "benzeri sebepler" ifadesinin özürllülerin maruz kalabilecekleri ayrımcılıkları da yasakladığı aşikârdır⁶⁰³.

Bunun yanında belirtmelidir ki; 5378 sayılı Özürllüler Kanunu'nun en önemli düzenlemelerinden biri de özürllülere karşı yapılan ayrımcılığı açıkça

⁶⁰² "Özel Mesleki Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik", RG. T. 02.05.2006, No: 26156.

⁶⁰³ Yıldız, Özürllülük, s. 80.; Alpagut, Son Değişiklikler, s. 155.

yasaklamasıdır⁶⁰⁴. Nitekim söz konusu Kanun'un 14. maddesine göre; "İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özörlöölölerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan özörlöölölerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özörlöölöyle ilgili olarak diğöer kişöilerden farklı muamelede bulunulamaz"⁶⁰⁵.

Özörlöölöler Kanunu'nun 41. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde değöışiklik yapılmış ve özörlöölölük nedeniyle ayırım yasağı cezai yaptırıma bağlanmıştır. Nitekim TCK md.122/l'e göre; " Kişöiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özörlöölölük ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanmasını engelleyen veya kişöinin işöe alınmasını veya alınmamasını yukarıdaki hallerden birine bağlayan...

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir".

Özerinde durduğöumuz 14. maddenin ilk fıkrası itibariyle, sanki özörlöölöler bakımından ayırım yasağının salt işöe alınma bakımından öngöröldüğü sonucu çıkarılabilir⁶⁰⁶. Zira ilk fıkrada salt "işöe alınmada" ifadesi kullanılmıştır. Ancak hükmün ikinci fıkrasında bulunan "özörlöölölerin aleyhine sonuç doğuracak şekilde...diğöer kişöilerden farklı muamelede bulunulamaz" ifadesi itibariyle ayırım yasağının iş ilişkisinin her aşamasında gündeme geleceğı kabul edilmelidir⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Yenisey, Eşöitlik İlkesi, s. 68.

⁶⁰⁵ 5378 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 3. fıkrasına göre ise; "Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özörlöölölerin karşılaşılabileceğı engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğı bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Özörlöölölük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özörlöölölerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanır".

⁶⁰⁶ Alpagut, Son Değöışiklikler, s. 155.

⁶⁰⁷ Alpagut, Son Değöışiklikler, s. 155.

Özörlöler Kanunu'nun 14. maddesinin ihlali durumunda ise ne gibi yaptırımların uygulanacağı tespit edilmemiştir. Bu durumun öngörölen kuralın amaçlanan sonucu ortaya çıkarabilmesi bakımından güçlük yaratacağı aşıkârdır⁶⁰⁸. Bu bağlamda doktrinde isabetli olarak, bir kimseye özörlü olması nedeniyle yapılacak ayrımcılıklarda yine İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörölmüş olan ayrımcılık tazminatının gündeme gelmesi gereğı belirtilmiştir⁶⁰⁹. Bununla birlikte muhtemel tartışmaların önüne geçebilmek bakımından TCK'nun yukarıda bahsettiğimiz 122. maddesine benzer bir biçimde İş Kanunu'nun da 5. maddesine "özörlölük" ibaresinin eklenmesi gerektiğı isabetli olarak dile getirilmiştir⁶¹⁰.

Doktrinde isabetli olarak dile getirildiğı gibi, özörlü istihdam eden işverenler her hangi bir muamele veya işlemlerinde özörlölerin özel durumlarını göz önüne almak durumundadırlar⁶¹¹. Başka bir anlatımla işverenler özörlü çalışanları, işyerinde bulunan diğör çalışanlara nazaran daha dikkatli işleme tabi tutmalıdır⁶¹². Bu anlamda özörlölere özel durumları dikkate alınarak ve gerektiğı hallerde pozitif ayrımcılık yapılması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz⁶¹³. Buna özel araç park yeri tahsisi, ara dinlenme sürelerinin nispeten uzatılması, gidiş-gelişlerde taşıt sağlanması, daha esnek çalışma saatleri vb. örnek olarak verilebilir⁶¹⁴.

Yukarıda belirttiğimiz hususa bir kararında Yüksek Mahkeme de dikkat çekmiştir. Nitekim özörlü bir işçinin performans yetersizliğı nedeniyle işten çıkarılmasına ilişkin çıkan bir uyuşmazlıkta Yargıtay; davacının kendi özel durumuna göre performans değeriendirilmesi yapılması gerektiğine işaret etmektedir⁶¹⁵. Gerçekten de eşit davranma borcu eşit veya benzer durumda

⁶⁰⁸ Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 68.

⁶⁰⁹ Yıldız, Özörlölük, s. 80.; Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 68.

⁶¹⁰ Yıldız, Özörlölük, s. 81.

⁶¹¹ Uşan, a.g.e., 245.; Yıldız, Özörlölük, s. 82.

⁶¹² Uşan, a.g.e., 245.

⁶¹³ Yıldız, Özörlölük, s. 81.; Uşan, a.g.e., 245.

⁶¹⁴ Yıldız, Özörlölük, s. 81

⁶¹⁵ "Davacı işçi iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğı ile işe iadesine ve buna bağı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde

olanlar arasında eşit muameleyi ifade ettiğinden özürlü olan ve olmayan kişiler arasındaki farklılığın dikkate alınarak işlem yapılması eşit davranma borcuna aykırılık değil, bizatihi bu borcun bir gereğidir.

d) Hastalık Durumunun Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılık Oluşturup Oluşturmayacağı Meselesi

Bu konuya derinlemesine girmeden önce hastalık kavramının özürlülük kavramından farklılaştığı yönlerin ortaya konulması gerektiği inancındayız. Özürlü kavramının genel bir tanımını yapmak gerekirse, bu kavram; bedensel, zihinsel ve ruhsal özelliklerinde belirli oranlarda ve sürekli olarak⁶¹⁶ işlev ve görüntü kaybına sebep olan organ yokluğu veya bozukluğu sonucu günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım,

bulunmuştur.... Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının özürlü işçi kontenjanında çalışmakta olduğu, işe girmeden önce aldığı kurul raporunda ayaklarındaki rahatsızlık nedeni ile % 45 özürlü olarak masa başı işlerde çalışabileceğinin belirtildiği, ancak sekiz saat ayakta kalacak şekilde çözücü olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda Makine Mühendisi ve İş sağlığı ve Güvenliği uzmanı bilirkişinin de raporunda belirtildiği üzere; performansında normal bir insana göre %50 civarında olumsuz etkilenme olacağı ve davalının yaptığı performans değerlendirmelerine ilişkin kriterler dosyaya ibraz edilmediği gibi, davacının kendi özel durumuna göre performans değerlendirilmesi yapılması gerektiği belirlenmektedir. Böyle olunca davalının fesih nedeninin geçerli olmadığı anlaşılmakla 4857 sayılı İş yasanın 20/3. maddesi uyarınca dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir” Yarg. 9. HD., T. 21.04.2005, E. 2004/23961, K. 2005/14007 (www.kazanci.com.tr).; Aynı yönde; “İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece savunmaya değer verilerek, özelleştirme kapsamında bulunan davalı kurumun, teknolojik yenilenme nedeni ile vasıflı elemana ihtiyacı olduğu, lise ve dengi meslek okulu mezunu olmayan ve emekliliği gelen davacının iş sözleşmesinin feshinin işletmenin ve işyerinin gereklerine dayalı geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile” davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriğine göre, davalı kurum özelleştirme kapsamında olup, davacı davalı işyerinde görme özürlü olarak sakat kadrosunda çalıştığı anlaşılmaktadır. 4046 sayılı Özelleştirme Kanununun 21/1. maddesi uyarınca, "kapatma ve tasfiye halleri dışında sakat statüsü ile (ilgili kanunların öngördüğü I, II ve III. derece) çalışanlar işten çıkarılamaz. Davacı sakat statüsü nedeni ile anılan yasa kapsamında kaldığından ve işten çıkarılmayacağından, fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Feshin geçersizliği ve işe iadeye karar verilmesi gerekir. Yazılı şekilde isteğin reddi hatalıdır. 4857 sayılı İş Kanununun da düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, talep olsun olmasın, resen miktar belirtilmeksizin karar altına alınmalıdır. Ayrıca tespit niteliğindeki bu hüküm nedeni ile, karar harcı ve vekalet ücretinin maktu olarak takdiri gerekir” (Yarg. 9. HD., T. 02.05.2005, E. 2005/12400, K. 2005/15118, www.kazanci.com.tr).

⁶¹⁶ Bir kişinin özürlü olarak kabul edilmesi bakımından sözü geçen “sürekliliğin” yaşam boyunca devam etmesi gerekmez de en azından belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir.

rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişileri ifade etmektedir⁶¹⁷.

Hastalıkta⁶¹⁸ ise fiziksel veya ruhsal olarak normalden sapma hali söz konusu ise de, kural olarak tedavi sonucu iyileşebilirlik esastır. Görüldüğü üzere özürlülükte iyileşememe, kalıcılık söz konusu iken⁶¹⁹; hastalıkta kural olarak tedavi ihtiyacı içinde bulunma ve tedavi süreci sonunda iyileşebilirlik esastır⁶²⁰.

Özürlülükte, mevcut bir fiziksel veya ruhsal rahatsızlığın, bireyin temel yaşam faaliyetlerinden en az bir tanesini esaslı ve kural olarak sürekli şekilde kısıtlaması gerekmektedir. Bu noktada örneğin, nörolojik veyahut ortopedik bir hasar, bireyin yürümesini esaslı ölçüde kısıtlıyorsa ortada bir özürlülük halinin olduğuna şüphe yoktur. Bireyde mevcut olan özrün yaşam faaliyetlerini esaslı şekilde kısıtlayıp kısıtlamadığı tespit edilirken ortalama bir bireyle kıyaslama yapılmalıdır⁶²¹.

Bir takım tıbbi rahatsızlıklar vardır ki; bunların hastalık kavramına mı özürlülük kavramına mı dahil edilmesi gerektiğini tespit etmek güçtür. Bunlar kişinin temel yaşam faaliyetlerini ve dolayısıyla çalışma kapasitesini önemli ölçüde kısıtlarlar ve sürekli bir şekilde bakım ve tedavi gerektirirler. Bu hastalıklara HIV, kalp-damar hastalıkları, kan hastalıkları, endokrin ve metabolik hastalıklar, sinir sistemi hastalıkları ve kanser örnek olarak

⁶¹⁷ Nurşen Canikoğlu, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 12-14.

⁶¹⁸ Belirtelim ki; tıbbi bakımdan hastalık olarak kabul edilen bir durum, iş Hukuku bakımından hastalık olarak kabul edilmeyebilir. Örneğin hafif bir nezele tıbbi bakımdan hastalık olarak kabul edilir ise de İş Hukuku bağlamında hastalık olarak kabul görmeyebilir. Zira İş Hukuku bakımından esas olan hastalığın işçinin iş görme borcunu ifa etmesini engelleyecek düzeyde olmasıdır. Bunun gibi Sosyal Güvelik Hukuku bakımından hastalık olarak kabul edilen bir durum İş Hukuku bağlamında hastalık olarak kabul edilmeyebilir. Örneğin iş saatleri dışında tedavisi gerçekleştirilen ve iş görememezliğe neden olmayan bir hastalık, iş Hukuku bakımından hastalık olarak kabul edilmezken, hastalık sigortası anlamında bir hastalık mevcut olabilir.

⁶¹⁹ Söz konusu kalıcılık durumunun özürünün yaşamı boyunca devam etmesi şart değilse de, belirli bir süre devam etmesi gerekir.

⁶²⁰ Canikoğlu, a.g.e., s. 15.

⁶²¹ Yıldız, a.g.e., s. 140.

verilebilir. “Sürekli Hastalık” kavramı altında toplayabileceğimiz bu türden hastalıkların ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi meselesi ilerleyen paragraflarda ele alınacaktır.

2000/78 sayılı Direktifte “özürlülük” kavramının tanımı mevcut değildir. Bu kavramın açık bir tanımın olmaması, uygulamada bu kavramın içeriğinin AB Adalet Divanınca doldurulmaya çalışılması sonucunu doğurmuştur. Adalet Divanı ise muhtelif kararlarında “hastalık”ların “özürlülük” kavramı içerisinde değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna varmıştır⁶²².

Adalet Divanına göre; 2000/78 sayılı Direktif bağlamında özürlülük, kişinin fiziksel, zihinsel veya psikolojik eksikliklerinden kaynaklanan ve kişinin iş hayatına katılımını engelleyen sınırlamalar olarak anlaşılmalıdır. Divan ayrıca söz konusu Direktifle getirilen koruma hükümlerini düzenlerken, kanun koyucunun “hastalık” kavramına değinmeyişi özellikle tercih ettiğini belirtmiştir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında denilebilir ki; Adalet Divanına göre, hastalık nedeniyle ayrımcılık yapılması, özürlülük temelinde ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin söz konusu AB Direktif’inde ortaya konulmuş olan çerçevede değerlendirilemez⁶²³. Gerçekten de ilgili Direktifte hastalığa dayalı olarak

⁶²² Örnek olarak bkz.: “The prohibition, as regards dismissal, of discrimination on grounds of disability contained in Articles 2(1) and 3(1)(c) of Directive 2000/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation precludes dismissal on grounds of disability which, in the light of the obligation to provide reasonable accommodation for people with disabilities, is not justified by the fact that the person concerned is not competent, capable and available to perform the essential functions of his post. Sickness cannot as such be regarded as a ground in addition to those in relation to which Directive 2000/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation prohibits discrimination. No provision of the Treaty prohibits discrimination on grounds of sickness as such. So far as concerns the general principle of non-discrimination, that principle is binding on Member States where the national situation at issue in the main proceedings falls within the scope of Community law. However, it does not follow from this that the scope of Directive 2000/78 should be extended by analogy beyond the discrimination based on the grounds listed exhaustively in Article 1 thereof”.; ATAD, C- 13-05, Sonia Chacón Navas & Eurest Colectividades SA, 11.07.2006., (kararın tümü için bkz.: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0013:EN:HTML\(30.04.2010,23.30\)](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0013:EN:HTML(30.04.2010,23.30)))

⁶²³ ATAD, C- 13-05, Sonia Chacón Navas & Eurest Colectividades SA, 11.07.2006.

ayrımcılık yapılmasının yasak olduğuna dair hiçbir düzenleme mevcut değildir.

Meseleye Türk Hukuku açısından baktığımızda ise; kanaatimiz “hastalık” temelinde bir ayrımcılık yasağının hukukumuzda bulunmadığı yönündedir. Bu bağlamda “hastalık” durumu İş Kanunumuzun 5. maddesinde yer alan “benzeri sebepler” kavramı içinde değerlendirilmemelidir. Nitekim “hastalık” durumu devam süresi veya ortaya çıkış nedeni gibi durumlara bağlı olarak geçerli hatta haklı nedenle fesih sebebi olabilirken⁶²⁴, diğer ayrımcılık halleri salt fesih nedeni oluşturamazlar. Örneğin bir işçinin siyasi görüşü veya dini inancı fesih sebebi olarak gösterilemez.

Bu hususta söyleyelim ki; “hastalık” durumu zaten İş Mevzuatımız ve Sosyal Güvenlik” mevzuatımızın bir çok hükmüyle belli ölçüde korunma altına alınmıştır.

Bu noktada bir parantez açmak gerekir ki; bu da; daha önce bahsi geçen kanser hastalıkları, kan hastalıkları, HIV gibi bizim “sürekli hastalık” olarak nitelendirdiğimiz hastalıkların “özürlülük” olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi hususudur⁶²⁵. Kanaatimizce bu tür hastalıklar bireylerin yaşam faaliyetlerini önemli ölçüde kısıtladıkları ve sürekli bakım ve tedavi gerektirdiklerinden “özürlülük” durumu içinde bir alt başlık olarak ele alınmalıdır. Aynı yönde Amerikan Yüksek Mahkemesi de HIV virüsü taşıyan bir kimsenin de özürlü sayılması gerektiğine, zira bu hastalığın yaşamsal

⁶²⁴ Örnek olarak bkz.: “Davacının davalı işyerinde çalışırken çalıştığı dönem içerisinde toplam 368 gün rapor aldığı bu süre içerisinde 164 çalışma günü çalıştığı diğer sürelerde de izinli olduğu bu çalışma şekline göre kendisinden verim alınmasının mümkün olmadığı daha önceki tarihlerde bu konularda kendisinden savunmada istendiği davacının bu şekilde çalışmasını sürdürdüğü bu çalışma şeklinin geçerli fesih nedeni oluşturduğu anlaşıldığından davasının reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulü yerinde görülmediğinden...”, Yarg. 9. HD., T. 28.04.2005, E. 2005/31892, K. 2005/14992(Kazancı İçtihat Bankası).; Hastalık halinin haklı nedenle fesih hakkına imkan tanıyıp tanınamaması ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Fatih Uşan, “İşçinin Kendisi İle İlgisi Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum Mudur?” **Çalışma ve Toplum** 2008/2, sayı:17, s. 206 vd.

⁶²⁵ Yıldız bu tür hastalıkları “sürengen hastalık” kavramıyla ifade etmektedir. Nitekim bkz.: Yıldız, a.g.e., s. 145.

faaliyetlerden biri olan üreme faaliyetini ciddi biçimde zedelediğine hükmetmiştir⁶²⁶. Netice itibarıyla “hastalık” temelinde bir ayrımcılık yasağı olmadığı yönündeki kanaatimizi, kural olarak tedavi sonucu iyileşebilirliğin esas olduğu hastalıklar bakımından ifade ettik. “Sürekli hastalık”ların ise “özürlülük” durumunun bir alt türü olarak ayrımcılık yasağı hallerine dahil olması gerektiğini düşündüğümüzü ifade etmeliyiz.

4) Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasağı

a) Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan Hukuku

Gerek Amerikan Hukuku gerek Avrupa Birliği Hukukunda yaşa bağlı olarak yapılan ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu konuda ilk olarak Amerikan Hukukunu incelediğimizde 1967 tarihli İstihdamda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Kanunu(The Age Discrimination In Employment Act) ile karşılaşmaktayız. Söz konusu kanunun ilk halinde 40-65 yaş arası işçilere ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır⁶²⁷. İlerleyen dönemlerde 65 olan üst yaş sınırı 70’e çıkarılmış, akabinde de tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bununla birlikte ilgili kanun uyarınca genç işçiler yaşa dayalı ayrımcılık bakımından koruma altında değildir⁶²⁸.

Amerikan Hukukundaki Yaşa Dayalı Ayrımcılık Kanunu yirmi ve üzerinde işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanmaktadır. Söz konusu yasanın öngördüğü bir istisnaya göre; işyerinde üst düzey yönetici olarak çalışan ve 65 yaşını dolduran işçiler bakımından ilgili kanunun hiçbir hükmü uygulanmayacaktır. Başka bir anlatımla yukarıda belirttiğimiz niteliklere sahip işçiler özellikle yüksek emeklilik maaşına sahip olmaları bakımından kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁶²⁶ Kararın tamamı için bkz.: Estreicher/Harper, a.g.e., V.I, s. 526-527

⁶²⁷ Twomey, a.g.e., s. 519.

⁶²⁸ Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Estreicher/Harper, a.g.e., s. 444 vd.; Dilek Baybora, “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve ABD’nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, **Çalışma ve Toplum** 2010/1, s. 43 vd.

Avrupa Birliği Hukukuna baktığımızda ise “Çalışma ve Meslek Yaşamında Eşit Davranmanın Gerçekleştirilmesi İçin Genel Çerçevenin Belirlenmesine İlişkin 27 Kasım 2000 Tarihli 2000/78 Sayılı Direktif’in⁶²⁹ yaşa dayalı ayrımcılığı da yasakladığını görüyoruz. Söz konusu Direktif iş ilişkisinde yaşa dayalı ayrımcılığı yasaklamakla beraber yaşa bağlı olarak yapılan farklı işlemlerin haklılaştırılabileceğini öngörmüştür(md. 6). Zira Direktif hükümlerince, üye ülkeler objektif ve makul olmak koşulu ile istihdam politikası, iş pazarı, ve mesleki eğitim bakımından hukuka uygun amaçlarla farklı davranış kuralları getirebilir.

Söz konusu Direktifin 6. maddesinde yaşa dayalı ayrımcılığın haklılaştırma ölçütlerini belirlenmiştir⁶³⁰. Söz konusu hüküm itibariyle; gençler, yaşlılar ve gözetilmesi gereken kişilerin işe alınmaları, ücretlendirilmeleri, işten çıkarılmaları, mesleki eğitimleri, özel istihdam ve iş koşulları için özel şartlar belirlenebilir(md. 6/I-a). Bir işe girmek için asgari yaş, mesleki tecrübe veya kıdem süresi aranması mümkündür(md. 6/I-b). Belirli bir işyerine girilmesi için özel mesleki gereklilikler veya işin niteliği gereği belirli bir emeklilik yaşının belirlenmesi mümkündür(md.6/I-c).

Söz konusu 6. madde hükmünün ikinci fıkrasına göre ise; yaşlılık ya da malullük aylığı bakımından, farklı işçi grupları için, cinsiyete dayalı ayrıma yol açmadıkça, belirli bir yaş sınırı öngörülebilir.

b) Türk Hukuku

Anayasamızda; “ Yaşlılar devletçe korunur, yaşlılara devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kanunla düzenlenir”(md. 61/III) hükmü bulunmaktaysa da, bu anayasal hükmün uzantısı olarak çalışma hayatımıza

⁶²⁹ Direktif’in tam metni için bkz.: ([http://ec.europa.eu/employment social/fundamental rights/pdf/lesigln/2000_78_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/lesigln/2000_78_en.pdf)).

⁶³⁰ Yıldız, a.g.e., s. 154.

ilişkin mevzuatımızda ileri yaştan çalışma hayatına etkisi ile ilgili her hangi bir düzenleme mevcut değildir⁶³¹.

Daha önceki paragraflarda pek çok defa belirttiğimiz üzere, İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan ayrımcılık nedenleri, maddedeki "benzeri sebepler" ifadesi itibariyle sınırlı olarak sayılmış değildir⁶³². Bu bağlamda yaşa bağlı olarak yapılan ayrımcılık da, Türk Hukuku bakımından hukuka aykırı bir davranış olarak görülmelidir^{633, 634}.

Yaşa dayalı ayrımcılık çok büyük bir çoğunlukla belirli bir yaşa gelmiş işçinin sözleşmesinin feshi halinde ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce belirtelim ki; bizim sosyal güvenlik sistemimizde memurlar doğrudan doğruya idarece emekli edilebilirken, işçiler bakımından re'sen emeklilik öngörülmemiştir⁶³⁵. Aksine yaş ve prim ödeme gün sayısı bakımından yaşlılık aylığına hak kazanan bir işçinin, aylık bağlanması için istekte bulunmadıkça iş sözleşmesiyle sigortalı olarak iş ilişkisini sürdürmesine imkan tanınmıştır⁶³⁶.

Görülmektedir ki; işçinin salt belirli bir yaşa erişmesi ve emekliliğe hak kazanmış olması iş sözleşmesinin feshini gündeme getirmez. Bununla birlikte yaşlılık, işçinin performansını ciddi bir biçimde etkiliyor ve üstlendiği iş edimini

⁶³¹ Sözer, a.g.e., s. 198.

⁶³² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.; Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 980.; Sözer, s. 201 vd.; Gaye Burcu Yıldız, " Türk İş Hukukunda Özlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:10, Haziran 2008, s. 80.

⁶³³ Kadir Arıcı, "Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Yeni Bir Sorun: Yaşlı İşçiler", **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 938-939.

⁶³⁴ Yaşlı işçi kavramı, dar anlamda fiilen çalışılmakta olan ve belirli bir yaştan üzerindeki işçileri, geniş anlamda ise fiilen çalışılmakta olan işçilerle birlikte çalışma çağının son dilimi içerisindeki işini kaybetmiş veya iş bulamamış olan bütün işçileri ifade eder. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Arıcı, a.g.e., s. 932-933.

⁶³⁵ Selçuk Kocabıyık, "Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:13, s. 231.

⁶³⁶ 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**, Sayı:2, s. 131.; Mustafa Alp, " Personel Yönetmeliği İle yaş Sınırı getirilmesi", **LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, Sayı:4, s.179.

gerektiği şekilde yerine getirmesini engelliyor ise bir fesih nedeni olabilecektir⁶³⁷.

Yüksek Mahkemenin kararlarına baktığımızda ise; Yargıtay'ın işçinin emekliliğe hak kazanmış olmasının iş sözleşmesinin feshinde tek başına geçerli bir neden oluşturmadığı görüşünde olduğu⁶³⁸, buna karşılık emekliliğe hak kazanmış olan işçilerin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi⁶³⁹ veya iç yönetmelik hükümlerinin genel ve objektif bir biçimde

⁶³⁷ Doktrinde işçinin yaşlılık itibarıyla verimi düşse 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 ifade edilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 2009, s. 509 vd.

⁶³⁸ Örnek olarak bkz.: "16.7.2001 tarihinde davalı işyerinde çalışmaya başlayan davacının hizmet aktinin 6.8.2003 tarihinde 15.5.2001 günlü alınan Yönetim Kurulu Kararı gereği yapılan organizasyon değişikliği sebebiyle ve geçerli nedenle işten çıkarıldığı kabul edilerek işe iade isteği reddedilmiş ise de dosya içerisinde işyerinde mevcut 37 merkez şube müdürlüklerinin kapatılarak 24 Bölge müdürlüğünün ihdas edildiği, bu uygulama sonucu kaldırılan 37 merkez şube müdürlerinden 26'sının şube müdürlüklerine, 8'inin yeni ihdas edilen bölge müdürlüklerine atandığı, ikisinin emekli olduğu, yalnız davacının hizmet aktinin feshedildiği görülmüştür. Mahkemece akti feshedilen davacının emekliliğinin gelmiş olmasını haklı gerekçe olarak göstermiş ise de lavedilen merkez müdürlerinden diğer görevlere atanan 34 çalışanın durumları incelenmemiştir. Bir mukayeseye tabi tutulmadan davacının işe alınmadan önceki yönetim kurulu kararına dayanarak eksik inceleme ile işe iade talebinin reddedilmesi hatalıdır. Emekliliğin gelmesi tek başına geçerli fesih nedeni değildir. Somut olayda davacı davalıya ait iş yerinde işe başlamadan önce bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşundan emekli olmuş bir kişidir. Aktin feshi başvurulacak son çaredir. Davacının, iş verenin diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise fesih yoluna başvurulması doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş davacı ile aynı görevi yapan merkez şube müdürlüklerinin kapanması nedeniyle işverenin diğer bir işinde görevlendirilen 34 eski merkez müdürünün durumu ile karşılaştırılarak tek davacı hakkında aktin feshi yoluna gidilmesinin haklı nedeni bulunup bulunmadığı, araştırılmalı tüm dosya birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir". Yarg. 9. HD., T. 11.12.2003, E. 2003/20222, K. 2003/20604. (Kazancı İçtihat Bankası); "Davacı, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, iş sözleşmesinin işletmenin gereklerine dayandığını, 52 yaşını geçen ve emekliliğine hak kazananların hizmetlerine ihtiyaç duyulmadığını belirterek feshin geçerli nedenlere dayandığını savunmuştur.

Mahkemece, feshin işçinin yeterliğinden veya davranışlarından dolayı gerçekleştirilmediğini, bu nedenle savunma alınmasına gerek bulunmadığını, istihdam azaltılması yolundaki tedbirler gereği emekliliği yaklaşmış çalışanları emekliliği özendirmek için davacının aktinin işletmenin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeple feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının iş sözleşmesi "emekli aylığı bağlanmasına hak kazanması" ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması gerekçesi ile fesh edilmiştir. Davalı işveren somut olarak neden davacının hizmetine ihtiyacı olmadığını kanıtlamış değildir. Emekliliğe hak kazanmış olmak da başlı başına geçerli fesih nedeni sayılamaz. Kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır". Yarg. 9. HD., T. 03.03.2005, E. 2005/5095, K. 2005/7238, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶³⁹ Örnek olarak bakınız.: ATAD ATAD, C- 45/09, Rosenbladt&Oellerking Gebauderenigungsges, 12.10.2010, (Söz konusu karar ve değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz.: Şeyda Aytekin, " İş Sözleşmeleri Veya Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve

uygulanması halinde geçerli sebep teşkil edeceği yönünde içtihat geliştirdiğini görüyoruz. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında “ Dairemiz uygulamasına göre işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi ve 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” ifadelerine yer verilmiştir.

Doktrinde belirli bir yaşa gelinmesi ve emekliliğin hak edilmiş olunması 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. Zira İK'nun 18. maddesindeki fesih nedenleri emredici nitelikte olup, işçi aleyhine değiştirilemezler. Ayrıca bu tür kayıtlar İK'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına da aykırılık teşkil eder⁶⁴⁰.

Söz konusu yaş sınırı kayıtlarının geçersiz olduğuna ilişkin yukarıda bahsettiğimiz görüşe karşılık bu tür kayıtların bazı durumlarda geçerli kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur. Buna göre; işverenlerin işyerlerinde yaş bakımından dengeli, verimli ve dönemin teknolojik yeniliklerini takip edebilen bir personel yapısını koruma ihtiyacı dikkate

Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin uygulamanın 2000/78 Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Sayı:20, s. 269-277.; Aynı yönde; “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 itibariyle emekliliğe hak kazanamadığına dair SSK. dan yazılı bir belge getirirse bu fesih işlemi işçinin emekliliğine 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 olarak uygulanması halinde geçerli fesih nedeni olabileceği kabul edilmektedir. Dava konusu işyerinde söz konusu düzenlemenin 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”, Yarg. 9. HD., T. 27.11.2006, E. 2006/22981, K. 2006/31277, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁴⁰ Süzek, İş Hukuku, s. 511.

alınmalıdır⁶⁴¹. Aynı zamanda bu tür kayıtlar işverene geleceğe yönelik bir personel planması yapabilme imkanı tanımaktadır. Bunun yanında yeni işe giren bir genç işçi de çalışma hayatının ne zaman sona ereceğini öngörüp, buna uygun bir gelecek planlaması yapabilecektir. Yine emekliliğe hak kazanan bir işçinin ne zaman işten ayrılacağını bilememek, bu işçinin boşluğunu kiminle dolduracağını belirleyememek, bu kişiyi zamanında eğitememek gibi meseleler işveren bakımından gündeme gelecek ve neticesinde verim kaybı olacaktır⁶⁴². Bizimde kanaatimiz Yargıtay'ın da vurguladığı gibi⁶⁴³ genel ve objektif olarak uygulanması koşuluyla bu tür kayıtların geçerli olması gerektiği yönündedir. Zira İş Hukuku'nun tek işlevi işçiyi korumak değil, gerek işçi gerek işletme çıkarlarını gözeterek hassas bir denge sağlamaktır⁶⁴⁴. Ancak bu hususta belirtmek gerekir ki; söz konusu kayıtlarla öngörülen yaş sınırı, yasal olarak öngörülen asgari emeklilik yaşı ile uyumlu olmalıdır. Yine yaş sınırı kaydına işçinin açıkça rıza göstermesi gerekir. İş ilişkisi kurulduktan sonra eklenen yaş sınırı kayıtlarında ise İK'nun 22. maddesine uygun bir biçimde işçinin yazılı rızası alınmış olmalıdır⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ Alp, Personel Yönetmeliği, s. 185.

⁶⁴² Alp, Personel Yönetmeliği, s. 185.

⁶⁴³ Örnek olarak bkz.: "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 yaşlılık aylığı almaya hak kazanmış olan personelin iş akti 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, yaşlılık 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", Yarg. 9. HD., T. 02.05.2005, E. 2005/11001, K. 2005/15383, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁴⁴ İş Hukukunda nitelikli işgücü sağlamak suretiyle işletme çıkarlarının korunması gereği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Gülnur Evren, **Esnek Çalışma ve İstihdama Etkileri**, Seçkin Yayınevi Ankara 2007 s.97vd.

⁶⁴⁵ Aynı yönde; "Mahkemece davacının performansı yüksek, başarılı ve nitelikli biri olduğu, emekliliğe 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 26.09.2005 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 28.06.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin söz konusu hükmü davacı yönünden çalışma

Bu konuda ifade edilmesi gereken bir başka durumda 45-50 yaş gibi normalde emeklilik yaşı ile bağlantısı olmayan ve geçerli olarak kabul edilemeyecek yaş sınırı kayıtlarının, bu sınırlamayı haklı kılan objektif nedenlerin varlığı halinde geçerli kabul edilebileceğidir. Nitekim pilotlar, sporcular, modeller, aşırı ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanlar bakımından normalden daha düşük yaş sınırlamaları geçerli kabul edilmelidir⁶⁴⁶.

Bu hususta son olarak söyleyelim ki; yaşa dayalı olarak yapılan ayrımcılık sadece yaşlı işçiler bakımından değil, genç işçiler bakımından da söz konusu olabilir. Nitekim daha önce bahsi geçen 2000/78 sayılı Direktifte 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 salt yaş ölçütünün esas alınarak genç işçiler aleyhine işlemler yapılması yaşa dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmelidir⁶⁴⁷.

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”, Yarg. 9. HD., T. 06.11.2006, E.2006/20021, K.2006/29320, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁴⁶ Alp, Personel Yönetmeliği, s. 188.

⁶⁴⁷ Kadriye Bakırcı, “ Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, **Cahit Talas Anısına Armağan**, Ankara 2007, s. 129.

5) Din, Mezhep ve Dünya Görüşüne Dayalı Ayrımcılık Yasağı

a) Din ve Mezhep

Anayasamızın 24. maddesinin ilk fıkrasına göre; “Herkes vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir”. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre; “Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz”. Anayasa tarafından güvence altına alınmış olan bu özgürlükler dini inancı olan veya olmayanlar için ayrıca ayırım yapılmadan her türlü dini inanç bakımından geçerlidir. Bununla birlikte bu konudaki genel sınırı kamu düzeni oluşturmaktadır⁶⁴⁸.

Günümüzde din ve vicdan özgürlüğü dokunulmaz bir alan olarak görülmekte ise de, bu özgürlüğün dışı yansıma biçimleri ve bilhassa işyeri ortamındaki dışı vurumları kuşkuyla karşılanabilmektedir⁶⁴⁹. Gerçekten de temel bir hak olan din ve vicdan özgürlüğünün dışı yansıma halleri bazı durumlarda işçinin iş görme edimini aksatmasına sebep olabilmektedir. Eczanede çalışan bir işçinin inancı gereği kürtaj araçlarını satmayı reddetmesi⁶⁵⁰ veya iş saatleri içerisinde işini bırakarak namaz kılmak istemesi buna örnek verilebilir. Bu durumlarda görülmektedir ki, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde verdiği direktiflerle işçinin din ve vicdan özgürlüğü çatışmaktadır. Dolayısıyla bu farklı çıkar durumlarının dengelenmesi zorunluluğu mevcuttur⁶⁵¹.

Liberal bir sistemde din ve vicdan özgürlüğünün tartışılması dahi söz konusu değildir. Ancak kişilerin bu özgürlüklerini başkalarının hukuken korunan haklarını zedeleyecek bir şekilde kullanmaları da kabul edilecek bir

⁶⁴⁸ Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, T.C. Anadolu Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, Eskişehir 2002, s. 132.; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 137.

⁶⁴⁹ Aydın, a.g.e., s. 132.

⁶⁵⁰ Ertürk, a.g.e., s. 137.

⁶⁵¹ Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 234.

durum değildir. Nitekim doktrinde isabetli olarak bu özgürlüğün bir işçiye Cuma günü işini bırakarak namaza gidebilme imkanı sağlama anlamında anlaşılamayacağı ifade edilmiştir⁶⁵². Ancak iş görme edimini aksatmadığı halde salt inancı nedeniyle ayrımcılığa uğrayan bir kesimin olduğu da unutulmamalıdır. Şu halde yukarıda bahsettiğimiz bu iki grubu ayrıştırmalı ve ilk grubun iş görme edimini aksattığı için işverenin kullanabileceği hukuki haklara maruz kalacağını kabul etmeliyiz. Öte yandan bahsettiğimiz ikinci grubun ise ayrımcılığa uğradığını ve bu bakımdan kanunda düzenlenmiş olan haklarını talep edebileceğini düşünüyoruz.

Avrupa Birliği Hukukuna baktığımız zaman İstihdama İlişkin 2000/78 Sayılı Çerçeve Direktif’de dini inanca bağlı olarak yapılan doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın yasaklandığını görüyoruz⁶⁵³. Amerikan Hukukunda ise din ve vicdan özgürlüğü Medeni Haklar Kanunun 7. bölümünde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre işveren farklı dini inanışları olan işçiler arasında ayırım yapamayacağı gibi, ateist işçilerle her hangi bir dine mensup işçiler arasında da ayırım yapamaz⁶⁵⁴.

Amerikan Hukukunda işveren, kendisinden beklenmeyecek kadar büyük yükler yüklememesi koşulu ile işçilerin dini ibadetlerini yerine getirmek için makul bir çaba harcamalıdır. Ancak bunun dışında işveren, işçilerin din adına talep ettiği her isteği kabul etmek zorunda değildir⁶⁵⁵.

İş Kanunumuzun 5. maddesinde de din ve mezhep temelinde ayrımcılık yapılması açık bir biçimde yasaklanmıştır. İş ilişkisinde veya sona ermesinde bu yasağa aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı hakları da talep

⁶⁵² Yıldız, a.g.e., s. 131.

⁶⁵³ 2000/78 Sayılı Direktifle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Sözer, a.g.e., s. 186 vd.

⁶⁵⁴ John Jude Moran, **Employment Law: New Challenges In The Business Environment**, Third Edition, New Jersey 2005, s. 326.

⁶⁵⁵ Aydın, a.g.e., s. 136.

edebilir. Yine İş Kanunumuzun 18 maddesinde dini inanışın hiçbir şekilde fesih için geçerli sebep olamayacağı öngörülmüştür⁶⁵⁶.

Bu hususta son olarak belirtelim ki; öğretide isabetli olarak belirtildiği gibi cami, sinagog, kilise gibi ibadet yerlerinde çalışanlar arasında ayırım yapılması(örneğin başka dinlere mensup olanları işe almama) işverenin eşit davranma borcuna geçerli bir istisna oluşturabilir⁶⁵⁷.

b) Dünya Görüşü

Herkesin düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olması anayasal bir haktır⁶⁵⁸. Nitekim Anayasamızın 25. maddesine göre; “ herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”. Yine Anayasamızın 26. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; “ Herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir...”. Görüldüğü üzere Anayasamız kişilerin muhtelif inanç ve

⁶⁵⁶ Çalışma Mevzuatımızın dini konu edinen bir diğer hükmü ulusal bayram ve genel tatillere ilkindir. 17.03.1981 tarih ve 2429 sayılı Ulusal Bayram Ve Genel Tatiller Hakkında Kanun’a göre 2 tane dini bayram vardır. Bunlardan ilki Ramazan Bayramı, diğeri Kurban Bayramıdır. Ramazan Bayramı 3,5, Kurban bayramı ise 4,5 gün devam eder(md. 2/B). Ulusal, resmi, dini bayram günleri ile yılbaşı günü resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir(md. 2/D). Ancak bu düzenlemede özel kesimde çalışan işçilerle ilgili bir hüküm yoktur. Fakat İş Kanunu’nun 44. maddesinde konu açıklığa kavuşturulmuştur. Nitekim İK. ‘nun 44. maddesine göre; “Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir”. İşçiler eğer bayram günlerinde çalışmazlarsa yine de o günün ücreti tam olarak alırlar. Tatil yapmaksızın çalışırlarsa ise ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücrete hak kazanırlar(md 47).

Dini tatiller yıllık ücretli izin hükümlerinde de düzenleme konusu olmuştur. Nitekim yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için gereken asgari bir yıllık kıdemin hesabında dini tatiller çalışılmış gibi sayılan zamanlardan sayılmıştır(md. 55). Yine İK. ‘nun 56. maddesinin 5 fıkrasına göre; “Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz”.

⁶⁵⁷ Tuncay, Eşit Davranma, s. 126.

⁶⁵⁸ Bireylerin bu hakkı Avrupa İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 9. maddesinde de açıkça belirtilmiştir.

kanaatleri dolayısıyla kınanmasının ve suçlanmasının tartışma konusu bile olmayacağını öngörmektedir⁶⁵⁹.

Çalışma mevzuatımızda da çalışanların dünya görüşü(siyasi, dini veya herhangi bir felsefi inanç) ile ilgili bir takım düzenlemeler mevcuttur. Nitekim İş Kanunumuzun 5. maddesi açıkça iş ilişkisinde siyasal düşünce⁶⁶⁰, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını öngörmek suretiyle işçilerin dünya görüşleri dolayısıyla ayrımcı bir işleme tabi tutulamacağını düzenlemiştir. Yine İş Kanunu'nun 18. maddesinde din, siyasi görüş ve benzeri nedenler geçerli bir fesih yapılmasını engelleyen sebepler arasında sayılarak bir anlamda işçilerin dünya görüşünün fesih sebebi olmayacağı öngörülmüştür⁶⁶¹.

Esasen İş Hukukunda işçinin dünya görüşü çok büyük bir öneme sahip değildir. Nitekim bir iş, işçinin dünya görüşü ile çatışıyorsa olağan olan, söz konusu işe işçinin başvurmamasıdır. Ancak işçinin üstlendiği edimi, iş ilişkisinin başlamasından sonra dünya görüşü dolayısıyla görmekten kaçınmasının bir takım meseleleri doğuracağı açıktır. Doktrinde bu durumlara; çevreci bir liman işçisinin atık maddeleri gemiye yüklemeleri reddetmesi, fotoğraf montajcısının bir yayında “etik değerleri ile bağdaşmayan” unsurlara yer vermemesi, örnek olarak gösterilmiştir⁶⁶².

⁶⁵⁹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 126.; Ertürk, Temel Haklar, s. 139.

⁶⁶⁰ 1475 Sayılı İş Kanunu döneminde siyasi nedenlere dayalı olarak yapılan ayrımcılık, işverenin eşit davranma borcu açısından ziyade kötü niyetli fesih yapılıp yapılmadığı noktasından ele alınmıştır. Örneğin Yargıtayın anılan dönemde siyasete dayalı olarak yapılan ayrımcılıkla ilgili verdiği karar şu yöndedir; “26.03.1989 tarihinde belediye seçimleri yapılmıştır. Tanıklar seçimden sonra 30.06.1989 tarihinde rakam vererek çok sayıda işçi çıkartıldığını, 03.07.1989 tarihinde ise çıkarılanların yerine yine çok sayıda işçi alındığını söylemişlerdir. Gerçekten durum böyleyse davacının hizmet akdinin feshinin kötünüyet dayandığının kabulü gerekir. O halde bu konuda gerekli araştırma tamamlandıktan sonra kötünüyet isteği hakkında bir karar vermek gerekir. Yeterli araştırma, inceleme ve değerlendirme yapılmadan kötünüyet tazminatı isteğinin reddine karar vermek isabetsiz olup bozmayı icabettirmiştir”, Yarg. 9. HD. T. 11.09.1991, E. 1991/9229, K. 1991/9889 (Sözer, a.g.e., s. 196).

⁶⁶¹ Sözer, a.g.e., s. 195.

⁶⁶² Daha fazla örnek durum için bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s. 137.

İşçinin üstlendiği edim ile dünya görüşü ile ilgili bir çatışmanın ortaya çıkması işçiye üstlendiği iş edimini yerine getirmeme hakkı vermez⁶⁶³. Zira bir işçi içeriği az çok belirli olan bir işi kabul ederken kendisine bazen dünya görüşü ile bağdaşmayan bir iş verilebileceğini de hesaba katmalıdır⁶⁶⁴. Buna çevreci bir derneğe üye olan ve basım evinde çalışan bir işçinin, esasen küresel ısınmanın çevrecilerce abartıldığına dair bir yazıyı basmak zorunda kalabileceği örnek verilebilir.

Bu noktada ifade edilmesi gereken; Anayasal olarak korunan sözleşme özgürlüğü ilkesinin işverene vermiş olduğu iş ediminin yerine getirilmesi talep hakkının, her hangi bir dünya görüşü gerekçesi ile bertaraf edilemeyeceğidir. Dolayısıyla eğer işçi, sözleşme yapıldığı sırada kendi siyasi, dini veya her hangi bir manevi inancı nedeniyle sözleşmede öngörülen edimi yerine getiremeyeceğini veya eksik olarak yerine getireceğini işverenden gizlemişse, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini düşünüyoruz⁶⁶⁵. Nitekim İş Kanunumuzun 25. maddesinin II. bendinin (a) fıkrasında; “a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması” işveren bakımından haklı nedenle fesih sebebi olarak sayılmıştır. Bunun gibi iş ilişkisi kurulduktan sonra dünya görüşünü değiştiren veya farklılaştıran ve buna dayanarak üstlendiği iş edimini yerine getirmeyen işçinin de iş sözleşmesi yine İK’nun 25. maddesi uyarınca feshedilebilecektir(İK. md. 25-II (h)).

⁶⁶³ Ertürk, Temel Haklar, s. 138.

⁶⁶⁴ Ertürk, Temel Haklar, s. 138.

⁶⁶⁵ Doktrinde böyle bir durumda işverenin hile sebebiyle iş sözleşmesinin iptalini isteyebileceği ifade edilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Sözer, a.g.e., s. 195.

III) AYRIMCILIK YASAĞININ SINIRLARI

A) YÜRÜTÜLECEK İŞİN NİTELİĞİ

Aynı işyerinde çalışmakla birlikte farklı nitelikte işler yapan işçilere farklı çalışma koşullarının uygulanması kural olarak mümkündür⁶⁶⁶. Bu husus, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkındaki Sözleşmesinin ilk maddesinin ikinci bendinde; “ belirli bir iş için o işin gereği icabı yapılan her hangi bir aykırılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayırım sayılmaz” biçiminde ifade edilmiştir. Örneğin bir lokantada çalışan baş aşçı ile bulaşıkçının ücretlerinin farklı olmasında eşit davranma borcuna aykırı hiçbir durum yoktur.

Daha önceki paragraflarda aynı işi yapan işçiler arasında dahi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçilerin kıdemi, performansı ve diğer subjektif özellikleri itibariyle farklı ücret kararlaştırılabileceğini ifade etmiş⁶⁶⁷, hatta bu hususun liberal bir sistemde tartışmaya dahi açık olmadığı belirtmiştik. Bu bağlamda evleviyetle farklı nitelikte işler yapan işçiler arasında farklı çalışma koşulları ve dolayısıyla farklı ücret uygulamalarının kararlaştırılabileceğine ve bunun eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğine şüphe yoktur.

⁶⁶⁶ Tuncay, Eşit Davranma, s. 129.

⁶⁶⁷ Bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 548.; Aynı yönde; “ İşverenin işçiler arasındaki,gerek objektif ve gerek subjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları vs nedenlerle farklı ücreti , prim veya sosyal hak ödemesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini de kabul etmek gerekir”, Yarg. 9. HD., t. 20.05.1985, E. 2005/2546, K. 2005/5437(Süzek, İş Hukuku, s. 396).; “Belediyenin elektrik kısmında çalışan iki uzmanın gördükleri işin özelliği ve gösterdikleri başarı ve liyakat sebebiyle ve encümen kararıyla ücretlerinin yükseltildiği görülmektedir. Böylece davalı belediye, elektrik işletmesinde başkaca emsali olmayan iki işçinin ücretine zam yapmakla güttüğü amaç, işçiler arasında eşitsizlik yaratmak ve toplu iş sözleşmesini akdeden işçi kuruluşunu zayıflatmak olmayıp, daha ziyade başarılı iki uzman işçiyi işyerinde tutmak ve elektrik işletmesinin çalışmasını sürdürmektir”, Yarg. 9. HD., T. 30.03.1973, E. 1973/37337,/K. 1973/8164(Tuncay,a.g.e. s. 130.)

B) BELLİ BİR CİNSİYETİN ÇALIŞMASI ZORUNLULUĞU

Geçmiş paragraflarda defalarca ifade ettiğimiz üzere cinsiyet farkı kişiler arasında bir ayrımcılık yaratma nedeni olarak öngörülemez. Pozitif ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler hariç tutulursa hiç kimse cinsiyetinden dolayı ayrıcalıklı muamele göremeyeceği gibi mağdur da edilemez. Bu bağlamda günümüz hukuk sistemlerinde bir işçinin cinsiyeti işe alınmada, mesleki ilerlemede, çalışma koşullarının belirlenmesinde ve işe son vermede bir ölçüt olarak kabul edilmemektedir.

Yukarıda bahsettiklerimiz genel bir kabul görmekle birlikte yürütülmekte olan işin özelliği gereği işçinin cinsiyeti ön plana çıkmakta ise veya bir takım objektif kriterler belli bir cinsi tercih etmeyi haklı kılabiliyorsa veyahut belirli bir cinsin korunmasına yönelik bir takım kanuni çalışma yasakları mevcutsa işçinin cinsiyeti nedeniyle ayırım yapılabilmesi mümkün gözükmemektedir⁶⁶⁸. İşte bu hallerde işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiği söylenemez.

Bir takım işlerin hayatın olağan akışı, işin doğası(niteliği) itibarıyla yalnızca belirli bir cinse mensup olan kişiler tarafından yerine getirilmesi mümkündür. Örneğin bir tiyatro oyununda erkek aktörün icra etmesi gereken bir rolün bir kadın tarafından oynanması veya bir defilede kadın giyimini bir erkeğin sunması hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi sosyal ve ticari bakımından da kabul edilebilir bir durum değildir⁶⁶⁹.

Amerikan Hukukunda Medeni Haklar Kanunu'nun 7. başlığı altında cinsiyete dayalı ayırım yasaklandıktan sonra, belirli bir cinsiyete mensup olma objektif olarak işin icrası bakımından gerekli bir nitelik arz ediyorsa, söz

⁶⁶⁸ Yüksel, a.g.e., s. 285.

⁶⁶⁹ Yüksel, a.g.e., s. 286.

konusu işte belirli bir cinse mensup olanların çalıştırılmasının cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir⁶⁷⁰.

Avrupa Birliği Hukukuna baktığımızda ise konumuzla ilgili olarak 76/207 Sayılı “İşe Alınma, Mesleki Eğitim, İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktif”ini görüyoruz. Söz konusu Direktifin ikinci maddesinin ilk fıkrası uyarınca ise “ Eşit muamele ilkesinin her ne olursa olsun, özellikle doğrudan ya da dolaylı olarak medeni hal ya da ailevi durum nedeniyle cinsiyete dayalı ayırım yapılmayacağı anlamına” geleceği belirtilmişken, aynı hükmün ikinci fıkrasında, işin niteliği veya mesleğin veya eğitimin konusu bakımından cinsiyetin vazgeçilmez bir koşul olduğu durumlarda cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının eşit davranma ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmüştür.

İngiliz Cinsiyet Ayrımcılığı Kanunu’nun ise 6. ve 7. Bölümlerinde cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının sınırları tek tek sayılmak suretiyle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

- bir işin fiziksel sebeplerle erkekler tarafından yerine getirilmesi gerekiyorsa,
- işin mahremiyeti gereği erkekler tarafından yerine getirilmesi gerekiyorsa(karşı cinse fiziksel yakınlığın yoğun olduğu ve erkeklerin giyimsiz bulunduğu ortamlar),

⁶⁷⁰ Civil Rights Act, Title VII 42 U.S.C. 2000e: “Title VII also prohibits discrimination against an individual because of his or her association with another individual of a particular race, color, religion, sex, or national origin. An employer cannot discriminate against a person because of his interracial association with another, such as by an interracial marriage. In very narrow defined situations an employer is permitted to discriminate on the basis of a protected trait where the trait is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise. To prove the Bona Fide Occupational Qualifications defense, an employer must prove three elements: a direct relationship between sex and the ability to perform the duties of the job, the BFOQ relates to the "essence" or "central mission of the employer's business," and there is no less-restrictive or reasonable alternative”. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Mack A. Player, **Employment Discrimination Law**, Hanbook Series 1988, s. 280-296.; Söz konusu yasanın tam metni için bkz.: http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_Rights_Act_of_1964, (02.10.2010, 10.35).

- işin niteliği itibariyle işçinin işyeri ve işletme dışında yaşamasının mümkün olmadığı durumlarda,
- erkeklerin kaldığı hastane bölümlerinde, cezaevlerinde gözetim, güvenlik ve bakım hizmetlerinde,

işverenlerin erkek işçi çalıştırmaları haklılaştırılabilir ve kadın işçilere karşı cinsiyete dayalı ayrımcılıktan söz edilemeyecektir⁶⁷¹.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Türkiye'nin de kabul ettiği⁶⁷² UÇÖ'nün 111 Sayılı Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin Sözleşmesinin ilk maddesinin ikinci fıkrasında da, "belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayırım sayılmaz" hükmü öngörülmek suretiyle yapılacak işin özelliklerine dayalı olarak gerçekleştirilen farklı uygulamaların ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁶⁷³.

Modern hukuk sistemlerinin tümünde cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklandığı görülmektedir. Bununla birlikte icra edilen işin konusu, niteliği ve içeriği bakımından belirli bir cinsiyete mensup işçiler tarafından yerine getirilmesinin objektif bir haklı neden olarak değerlendirilebileceği hallerde, işverenin belirli bir cinsiyete mensup kişileri tercih etmesi makul karşılanmalı, cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilmemelidir⁶⁷⁴.

Belirtmeliyiz ki; işin icrasında cinsiyetin vazgeçilmez bir koşul olarak öne çıktığı durumlar, işin niteliğinden, bir başka ifadeyle doğasından kaynaklanmalıdır. Başka bir anlatımla cinsiyetler arasında bulunan fiziksel ve mental farklılıklar dolayısıyla belirli bir mesleği salt belirli bir cinsin icra etmesi hayatın olağan akışınca tüm toplumca makul karşılanmalıdır. Bu duruma erkekler tuvaleti temizleyiciliği işi için erkek bir işçinin aranması örnek

⁶⁷¹ Söz konusu yasanın tam metni için bkz.: <http://www.pfc.org.uk/node/297#non-discrimination-notices>, (02.10.2010, 11.55).

⁶⁷² Söz konusu sözleşme 13.12.1966 tarihinde 811 sayılı Kanunla Türkiye tarafından onaylanmış ve 12484 sayılı 22.12.1966 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁷³ 111 sayılı UÇÖ Sözleşmesinin orijinal metni için bkz.: www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C111.

⁶⁷⁴ Yüksel, a.g.e., s. 287.

verilebilir. Buna karşılık kadınların temizlik ve paketleme işleri için daha uygun olduğu, sekreterlerin kadın olması gerektiği, içkili mekanlarda veya restaurantlarda kadın personel çalıştırmanın müşterilerce daha hoş karşılanacağı, uçaklarda erkek müşterilerin çokluğu nedeniyle kadın hosteslerin bulunmasının gerekli olduğu, şoförlerin erkek olması gerektiği gibi gerekçeler objektif olarak haklı bir neden olarak kabul edilemez ve bu tür nedenler cinsiyete dayalı ayrımcılık iddialarını bertaraf edemez.

Bu hususta ifade edilmesi gereken bir başka nokta ise, toplumlarda bulunan gelenekselleşmiş “kadın işi”, “erkek işi” ayrımıdır⁶⁷⁵. Bu ayrımın temelinde bir çok sebep vardır. Sosyal, ahlaki ve dini inanışlar bu ayrımın oluşmasında önemli bir rol oynamakta⁶⁷⁶, bunun yanında kadının aile içinde yüklendiği görev de onun mesleki yönden gelişimini olumsuz yönde etkilemektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz husus tüm kültürler bakımından geçerli olsa da, doğu toplumlarında “kadın işi”, “erkek işi” ayrımı⁶⁷⁷ batı toplumlarına göre çok daha belirgindir. Burada sözünü ettimiz işler niteliği gereği mutlaka belirli bir cinsin icra etmesi gereken işler değil, kadın ve erkek işçiler tarafından da yerine getirilebilecekken özellikle geleneksel ve dini sebepler dolayısıyla müşteri kitlesinin işin belirli bir cins tarafından yerine getirilmesinden hoşnut kaldığı işlerdir. Bilhassa karşı cinsin edep ve mahremiyet duygularını rencide edecek kadar yakın görsel ve fiziksel temasın olduğu işlerde müşteri kitlesince işin belirli bir cins tarafından icrası tercih edilmektedir⁶⁷⁸. Bu duruma kadın iç giyimi satışı yapan bir mağazada tezgahtarların kadınlardan

⁶⁷⁵ Tuncay, Eşit Davranma, s. 179.

⁶⁷⁶ Yüksel, a.g.e., s. 287.

⁶⁷⁷ Türk toplumunda “kadın işi”- “erkek işi” ayrımını örneklendirirsek; dikiş, nakış, çamaşır, ütü gibi ev işleri; çocuk bakımı gibi şefkat gerektiren işler; bazı tür spikerlik ve suflörlük gibi ince ve yumuşak ses gerektiren işler; halıcılık, dokumacılık gibi parmak inceliği ve sabır gerektiren işler; temizlik hizmetleri ve paketleme gibi işler genellikle kadın işçilerce icra edilmektedir. Buna karşılık fiziksel güç gerektiren inşaat, maden işleri, petro-kimya gibi ağır ve yıpratıcı işler; gemi adamlığı; elektrikçilik, teknikerlik, şoförlük, makinistlik gibi işler ise ekseriyetle erkeklerce üstlenilmektedir. Bu konuda daha fazla örnek için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s.179-180.

⁶⁷⁸ Yüksel, a.g.e., s. 291.

seçilmesi veya bir erkek hamamında erkek tellakların çalıştırılması örnek verilebilir.

Görüldüğü gibi salt işin doğasından kaynaklanan sebepler değil, toplumdaki sosyal, geleneksel, dini inanışlarda hangi tür işlerde hangi cinsiyete mensup kişilerin ağırlıklı olarak çalıştığını belirlemektedir. Bir işverenin işletmesinin iktisadi çıkarlarını gözeterek işyerinde belirli bir cinsiyete mensup kişileri çalıştırmasında, bize göre objektif bir haklı sebep mevcuttur. Zira işverenlerden cinsiyet ayrımcılığı yapmamak adına müşteri isteklerini dikkate almayarak işletmelerinin geleceğini tehlikeye düşürmeleri beklenemez. Ancak yürütülen hizmetin konusunu aşan şekilde, kadının cinsel cazibesinin bir ticari meta haline dönüştürülmesi de kadının kişilik haklarını zedeleyen bir tutum olduğu gibi, eşitlik ilkesiyle de bağdaştırılamaz⁶⁷⁹. Netice itibarıyla denilebilir ki; işverenlerin girişim özgürlükleri çalışanların kişilik haklarıyla sınırlıdır.

Yukarıda ifade ettiğimiz hususlardan çıkacak sonuç şudur ki; bir işletmede belirli bir cinsiyetin istihdamı, o işin veya hizmetin gereği ve işletmenin iktisadi çıkarları bakımından zorunlu ise, bu tercihler kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle çatışmadığı sürece işverenler bakımından objektif haklı sebep olarak değerlendirilmeli ve cinsiyet ayrımcılığı yapıldığına hükmedilmemelidir.

Bu konuda son olarak ifade etmek istediğimiz husus, toplumların değer yargılarının zaman içerisinde değişebileceğinin göz ardı edilmemesi gerektiğidir. Günümüzde eskiden “erkek işi” olarak görülen bir çok işe kadınların da yöneldiği ve toplumsal değer yargılarının bu durumu normal karşıladığı görülmektedir. Futbol ve basketbol sahalarımızda zaman zaman kadın hakemlere rastlanması bu konuya verilebilecek güzel örneklerden biridir.

⁶⁷⁹ Yüksel, a.g.e., s. 293.

C) FARKLI DAVRANMAYI HAKLI KILAN DİĞER NEDENLER

Yukarıdaki başlık altında ifade ettiğimiz üzere, cinsiyetler arasında farklı davranmayı işverenler bakımından haklı hale getiren objektif haklı nedenlerin mevcudiyeti durumunda cinsiyet ayrımcılığı söz konusu olmaz. Burada bahsi geçen objektif haklı neden temelinde cinsiyet ayrımcılığı olmayan ve nesnel ölçütlere dayanan sebeplerdir.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki; eşitlik ilkesinin istihdamın her alanında mutlak ve katı bir şekilde uygulanması mümkün gözükmemektedir. Cinsiyet ayrımcılığı dışında, işin yürütümü bakımından zorunlu olan niteliklere ilişkin talepler, en nitelikli, eğitilmiş, tecrübeli gibi kıstaslara dayanan seçimler, mental ve fiziksel bakımdan işin icrası bakımından önem arz eden özelliklere ilişkin seçimler objektif haklı neden kapsamında değerlendirilebilir ve ayrımcılık söz konusu olmayabilir. Burada önemli olan husus, işverenin keyfi davranmaması, belirli objektif kriterlere dayanarak değerlendirme yapmış olmasıdır.

Netice itibarıyla işverenlerin nesnel sebeplere, mesleki tecrübe ve eğitim durumu gibi, dayanmak şartıyla farklı işçilere farklı davranabileceği ve bunun ayrımcılık olmayacağı hususunu kabul etmek gerekir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANDIĞI BELİRLİ HALLER VE EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I) EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANDIĞI BELİRLİ DURUMLAR

A) İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI AŞAMASINDA EŞİTLİK İLKESİ

1) Genel Olarak

İş Hukukunda işverenin eşit davranma borcu, işverenin isteğine bağlı olarak yaptığı sosyal yardımlarda uygulanmaya başlanmış, İş Hukuku gelişim gösterdikçe bu hukuk dalının diğer alanlarına da yayılmıştır⁶⁸⁰. Bununla birlikte bu borcun hangi konularda uygulanabileceği, doktrinde hala en tartışmalı konulardan biri olma özelliğini sürdürmektedir. İşte iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin eşit davranma borcu olup olmadığı meselesi, belki de bu tartışmalı hususların başında gelmektedir.

Doktrindeki genel kanaat, işçinin işe alınmasında işverenin kural olarak eşit davranma borcu bulunmadığı yönündedir⁶⁸¹. Ancak bu durum, her halükarda iş ilişkisinin kurulması aşamasında eşit davranma borcu yoktur, biçiminde anlaşılmamalıdır. Başka bir anlatımla eşit davranma borcu iş ilişkisinin kurulması safhasında nispi bir nitelik arz eder ve dolayısıyla bu

⁶⁸⁰ Tuncay, Eşit Davranma, s. 153.

⁶⁸¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 537.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 30, Aynı yazar, Eşit Davranma, s. 153.

aşamada işverenin ayırım yapma kastı bulunmuyorsa, haklı nedenlerle farklı işlemler yapabileceği kabul edilmelidir⁶⁸².

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, işe almada işverenin kural olarak eşit davranma borcu olmadığı, başka bir anlatımla işe almada eşit davranma borcunun nispi bir nitelik arz ettiği doktrindeki ortak kanaattir⁶⁸³. Nitekim iş ilişkisinin kurulmasında işi hangi işçiyle en verimli ve uyumlu bir biçimde yürütebileceğini belirleme hakkı işverene aittir⁶⁸⁴. Bu hakkının temelinde de Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü(md. 48) yatmaktadır⁶⁸⁵. Ayrıca doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi eşit davranma borcundan söz edebilmek için kural olarak işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir⁶⁸⁶. Sözleşme görüşmeleri esnasında ise henüz bir hukuki ilişkinin mevcudiyeti söz konusu değildir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesinde, işverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları açısından işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğünden söz edilmekteyse de, söz konusu hükmün ilk fıkrasında "iş ilişkisinde" ayırım yapılamayacağı öngörülmüştür. "İş ilişkisi" ise söz konusu hukuki ilişkinin kurulması öncesi dönemi değil, kurulmasından sonraki dönemi ifade eder⁶⁸⁷. Benzeri bir biçimde, söz konusu hükmün eşit davranma borcunun yaptırımını öngören 6. fıkrasında "iş ilişkisinde ve sona ermesinde" ifadeleri kullanılmak suretiyle söz konusu yaptırımın iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanabileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere meseleye İş Kanunumuz açısından baktığımızda, kural olarak işverenin işe almada eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Bununla birlikte ilerleyen paragraflarda

⁶⁸² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 537.

⁶⁸³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 537, Tuncay, Eşit Davranma, s. 153.; Süzek, İş Hukuku, s. 402; Süzek, Eşit Davranma, s. 27. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e. s. 145, Tunçomağ, a.g.e., s. 254.; Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Bobel Basımevi, Şubat 2007, s. 151.; Yıldız, a.g.e., s. 195.

⁶⁸⁴ Süzek, Eşit Davranma, s. 27.

⁶⁸⁵ Yüksel, a.g.e., s. 138.

⁶⁸⁶ Tuncay, Eşit Davranma, s. 154; Süzek, Eşit Davranma, s. 27.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 145.; Ertürk, Temel Haklar, s. 64.

⁶⁸⁷ Süzek, Eşit Davranma, s. 27.

bahsi geçecek olan T.C.K.'nın 122. maddesi itibariyle mutlak ayırım yasakları bakımından işe almada da ayrımcılık yasağının söz konusu olduğunu belirtmekte fayda vardır.

2) İşe Almada Ayrımcılık Yasağının Öngörüldüğü Durumlar

Yukarıda belirttiğimiz gibi kural olarak işe almada işverenin eşit davranma borcu bulunmasa da, iş mevzuatımızın bazı alanlarında işe almada ayrımcılık yasağının açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan belki de en kapsamlısı işe almada cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan İ.K.'nın 5. maddesinin 3. fıkrası hükmüdür⁶⁸⁸. Söz konusu hükme göre; “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”. Dolayısıyla örneğin, çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan özelliklere sahip kadın adaylar bulunmasına rağmen işe alınan işçiler sadece erkekler arasından seçilmişse cinsiyete dayalı bir ayırım söz konusudur⁶⁸⁹. Bunun gibi işveren, işin niteliğine ilişkin sebeplerle haklılaştıramadıkça sırf hamileliği nedeniyle bir işçi adayı ile iş sözleşmesi yapmaktan kaçınmaz⁶⁹⁰.

İşe almada işverenin cinsiyet nedeniyle ayırım yapması yasaktır. Ancak söz konusu 5. maddenin düzenlemesinde yapılan bir eksiklik bu hükmü etkisizleştirmektedir. Nitekim söz konusu hükmün yaptırım bölümünü düzenleyen 6. fıkrasında “ayrımcılık tazminatının” “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” ayrımcılık yapıldığı zaman kararlaştırılabilecek bir tazminat olduğu öngörülmüştür. İlgili hükme göre; “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep

⁶⁸⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 403.

⁶⁸⁹ Kaya, a.g.e., s. 151-152.

⁶⁹⁰ Süzek, Eşit Davranma, s. 27.

edebilir...”. Dolayısıyla bu düzenlemenin lafzına bakıldığında ayrımcılık tazminatının “iş ilişkisinde ve sona ermesinde” uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır⁶⁹¹.

Görüldüğü üzere söz konusu hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda işe almada cinsiyet ayrımı yasağı yaptırımsız ve dolayısıyla kâğıt üzerinde kalmaktadır⁶⁹². Bu itibarla söz konusu yasağın bir anlam kazanabilmesi için İ.K.’nın 5. maddesinin 6. fıkrasının işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyim.

Bu konuyla ilgili iş mevzuatımızda bulunan bir diğer hüküm ise Sendikalar Kanunu’nun da yer almaktadır. Nitekim S.K.’nın 31. maddesinin ilk fıkrasında işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri şartına bağlı tutulamayacağı öngörülmüştür. Bunun gibi 5378 sayılı Özürlüler Hakkında Kanunda da özürlülerin işe alınması ve çalışma koşulları hususunda işverenlere eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uyma yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁹³.

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun “ayrımcılık” başlıklı 122. maddesi ise sadece cinsiyet ayrımı değil, diğer tüm ayrımcılık hallerini açıkça suç olarak düzenlemiş, üstelik İş Kanunundan farklı olarak işe almada da dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, din vb. gibi nedenlerle ayırım yapmayı yasaklamıştır.

⁶⁹¹ Yıldız, a.g.e., s. 198.

⁶⁹² Yıldız, a.g.e., s. 198.

⁶⁹³ 5378 Sayılı Özürlüler Hakkında Kanun(Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 7 Temmuz 2005 - Sayı: 25868) md. 14: “İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.

Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Özürlülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlülerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanır”.

Nitekim söz konusu hükme göre; “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir”.

Görüldüğü üzere T.C.K.’nın 122. maddesi itibariyle artık Türk Hukukunda işe almada ayırım yasağının bulunmadığını savunmak güçtür⁶⁹⁴. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi İş Kanunu itibariyle işe almada ayrımcılık yapılmasının her hangi bir yaptırımı yoktur. Buna karşılık Ceza Kanunumuz işe almada ayrımcılık yapmayı suç olarak kabul etmiş ve yaptırıma bağlamıştır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; T.C.K.’nın 122. maddesi hükmü karşısında işveren işe almada cinsiyet, dil, ırk, renk, özürlülük vb. gibi sebeplere dayanarak ayrımcılık yapamaz⁶⁹⁵. Ancak söz konusu mutlak ayırım yasakları dışında kalan “genel anlamda eşit davranma borcu” işe almada söz konusu olmaz. Yine daha önce de ifade ettiğimiz gibi İ.K.’nın 5. maddesinin 6. fıkrasında işe almada ayırım yasağına aykırılığa karşı bir yaptırım öngörülmemiş olması, kanaatimizce hükmü etkisizleştirmektedir ve bu bağlamda yeni bir düzenleme yapılması yerinde olur. Zira mutlak ayırım yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi dikkate alındığında, bu hususun İş Kanunu bakımından yaptırımsız kalması yerinde olmamıştır⁶⁹⁶.

Son olarak söyleyelim ki; doktrinde, işe almada ayırım yasağının ihlalinde, işçinin ayrımcılık tazminatı talep edemese de sözleşme görüşmelerinde kusur(culpa in contrahendo) sorumluluğu çerçevesinde tazminat talep edebileceği ifade edilmiştir⁶⁹⁷. Buna göre “culpa in contrahendo” esasına dayanılarak işçi adayı sözleşme görüşmelerinden

⁶⁹⁴ Sevimli, a.g.e., s. 87.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 67.; Süzek, İş Hukuku, s. 403.

⁶⁹⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 403.

⁶⁹⁶ Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 67.

⁶⁹⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 145.; Tuncay, a.g.e., s. 35.; Süzek, İş Hukuku, s. 404.; Sevimli, a.g.e., s. 87.

kaynaklanan maddi zararını⁶⁹⁸ ispatlayabildiği takdirde işverenden talep edebilecektir⁶⁹⁹. Bunun yanında işçi adayı maruz kaldığı ayrımcılığın şiddetine göre, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat da talep edebilecektir⁷⁰⁰.

3) İşe Başvuru Aşamasında Adaylara Yöneltilen Sorular ve Uygulanabilecek Testlerin Ayrımcılık Halleri Bakımından Sınırları

a) Hamilelik Hakkında Sorular Yöneltilmesi

Kadın işçi adaylara iş başvurularının değerlendirilmesi sürecinde hamile olup olmadığı veya çocuk sahibi olmayı planlayıp planlamadığı hakkında sorular sorulabilmektedir. İşveren doğal olarak hamile olan veya kısa bir süre sonra çocuk yapmayı planlayan kadın adayla sözleşme ilişkisi kurmak istemez⁷⁰¹. Zira kadın aday hamile ise veya muhtemel bir hamilelik planlıyorsa iş performansı düşecek, verimi azalacak ve nihayet doğum ve analık izinleri esnasında işe gelmeyecektir.

Bu hususta her şeyden önce söylemek istediğimiz şudur ki; iş sözleşmesinin yapılması aşamasında işveren, bilgi toplama hakkı çerçevesinde işçi adayına sözlü veya yazılı olarak sorular yöneltebilir⁷⁰². Bununla birlikte işyeri ve görülecek iş ile ilişkisi bulunan soruların aday tarafından yanıtlanması zorunlu iken, bunun dışına taşan sorular iş ilişkisinin haklılaştırılmayacağı bir biçimde özel hayatın gizliliği ilkesinin(A.Y. md.20) ihlali neticesini doğurur⁷⁰³. Aynı zamanda doktrinde isabetli olarak; hamilelik olayının kadın cinsine özgü bir olgu olması itibarıyla bu konudaki bir sorunun

⁶⁹⁸ Söz konusu zarara tanışma masrafları, posta- telefon- yolculuk giderleri, başka bir işe başvuramama nedeniyle uğranılan ücret kaybı, eski işin yitirilmesinden doğan zararlar dahil edilebilir.

⁶⁹⁹ Yenisey, Kadın- Erkek Eşitliği, s. 69.

⁷⁰⁰ Yıldız, a.g.e., s. 205.

⁷⁰¹ Yüksel, a.g.e., s. 156.

⁷⁰² Sevimli, a.g.e., s. 145.; Ertürk, Temel Haklar, s. 64

⁷⁰³ Manfred Rehbinder, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, İ.Ü.H.F.M., C.45-47, 1979-1981, s.752. (Çev: Öner Eyrenci)

cinsiyet ayrımcılığı yarattığı ve Anayasamızın 10. maddesinde yer alan cinsiyete dayalı ayırım yapma yasağını ihlal ettiği belirtilmiştir⁷⁰⁴.

AB Adalet Divanı da “Dekker” kararında⁷⁰⁵, hamilelik nedeniyle kadın işçinin işe alınmamasını ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Divanın bu kararının gerekçesinde öncelikle hamilelik nedeniyle iş göremeyen kadının hiçbir şekilde tıbbi veya başka bir nedenle iş göremeyen erkeklerle karşılaştırılmasının mümkün olmadığı belirtilmiş, akabinde ise kadın işçi adayının iş görüşmesi esnasında sorulmadan hamile olduğunu belirtmek veya sorulduğunda bu durumu söylemek zorunda olmadığı, zira işverenin kadın işçinin bu durumunu dikkate alma hakkı bulunmadığı öngörülmüştür.

Türk doktrinin ise 4857 sayılı İş Kanunundan önce de kadın işçiye hamileliği ile ilgili sorular sorulmasını ilke olarak cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirdiğini görüyoruz⁷⁰⁶. 4857 Sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden itibaren ise artık iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin hamileliği ile ilgili soru sorulmasının İş Kanunu itibarıyla cinsiyet ayrımcılığı oluşturacağına şüphe yoktur⁷⁰⁷. Zira söz konusu kanunun 5. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre; “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”.

Doktrinde isabetli bir biçimde üstlenilecek işin konusu, niteliği ve işyerinin özelliği gereği işverenin kadın işçi adayına hamile olup olmadığının

⁷⁰⁴ Yüksel, a.g.e., s. 156.

⁷⁰⁵ ATAD, C-177/88, ELISABETH JOHANNA PACIFICA DEKKER V STICHTING VORMINGSCENTRUM VOOR JONG VOLWASSENEN PLUS 1990 (kararın tamamı için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0177:EN:HTML>)

⁷⁰⁶ Öner Eyrenci, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 254-255; Yüksel, a.g.e., s. 158-159.

⁷⁰⁷ Yıldız, a.g.e., s. 199.

sorulabileceği durumlar olabileceği de belirtilmiştir⁷⁰⁸. Nitekim hamile bir kadının çalışmasının yasak olduğu bir iş veya işyeri söz konusuysa veyahut üstlenilen edimin ifa edilebilmesi kadın işçinin hamile olmamasını gerektiriyorsa hamilelikle ilgili soru sorulabilir⁷⁰⁹. Buna mankenlik, sahne sanatçılığı, spor öğretmenliği örnek olarak verilebilir⁷¹⁰. Yine görülecek işte radyasyona maruz kalma ihtimali varsa hamilelikle ilgili sorulan soru cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmez⁷¹¹.

Doktrinde isabetli olarak işverenin, yapılacak işin niteliği gereği belirli süreli iş sözleşmesi yapmak istediğinde, kadın adaya hamileliği ile ilgili soru sorabileceği ve bunun ayrımcılık olmayacağı belirtilmiştir⁷¹². Nitekim işveren üzerine almış olduğu ve belirli bir sürede tamamlaması gereken bir işte, başvuran kadın adaylara hamileliğine ilişkin soru sorabilmelidir. Örneğin yedi ay sürecek bir iş için işe alınacak hamile bir işçinin bu sürenin büyük kısmında hamileliği nedeniyle verimsiz çalışacağı veya işe gelemeyeceği aşıkardır. Dolayısıyla belli bir süre içerisinde üzerine aldığı işi kesintisiz yürütmek isteyen işverenin kadın işçi adayına bu yönde bir soru sorması kanımızca da haklı görülebilecek bir sebebe dayanmaktadır.

b) İş İlişkisinin Kurulabilmesi İçin Yaş Koşulunun Öngörülmesi

İşveren istihdam edeceği işçilerin belli bir yaşı aşmamasını veya belli bir yaşa ulaşmış olmasını isteyebilir. Nitekim işverenler kendisinin yetiştireceği, temelden eğiteceği genç ve dinamik bir kadro kurmak isteyebilecekleri gibi⁷¹³, bunun tam tersi olarak söz konusu işte belli bir tecrübe kazanmış, olgunluğa erişmiş kişilerle de çalışmak isteyebilirler.

⁷⁰⁸ Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri”, **İ.Ü.S.B.F.**, Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 180.; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255.; Yüksel, a.g.e., s. 158-159.Yıldız, a.g.e., s. 199.

⁷⁰⁹ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255.; Yüksel, a.g.e., s. 158.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi,s. 34.

⁷¹⁰ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi,s. 34.

⁷¹¹ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi,s. 34.

⁷¹² Yıldız, a.g.e., s. 199.

⁷¹³ Yüksel, a.g.e., s. 149.

Doktrinde işverenlerce belirlenmiş olan yaş sınırlarının tarafsız bir görünüm arz etse de, bilhassa azami yaş sınırının kadın işçiler bakımından ayrımcılık yaratacağı ileri sürülmüştür^{714, 715}. Nitekim kadınların özellikle aile içindeki sorumluluklarının fazlalığı ve çocuk yetiştirme hususundaki yükümlülüğünün kadınların iş hayatına geç girmesine neden olduğu ve dolayısıyla bu türden yaş sınırlamalarının kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık yarattığı ifade edilmiştir⁷¹⁶.

Bizim kanaatimize göre ise; iş ilişkisinin kurulması safhasında, işverenin asgari veya azami bir yaş haddi öngörmesi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkün görülmelidir. Nitekim doktrinde de ifade edildiği üzere bu hususta sözleşme özgürlüğünün eşit davranma ilkesinin önüne geçtiğini kabul etmek gerekir⁷¹⁷. Ayrıca eşit davranma borcunu daha sözleşmenin kurulması safhasında bu kadar genişletmenin hukuki bir dayanağı olmadığı gibi, işverenlerin teşebbüs arzu ve heveslerini baltalayacağı düşüncesindeyiz.

Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı Direktifinde de yaşa dayalı ayrımcılık yasaklansa da, işe giriş safhasıyla ilgili olarak asgari yaş, mesleki tecrübe veya kıdem süresi şartları öngörülmesinin mümkün olduğu öngörülmüştür(md. 6/1-b). Yine söz konusu Direktifin 6. maddesi itibarıyla üye devletler ulusal hukuklarında objektif ve haklı bir gerekçe ile hukuka uygun bir amaca ulaşmak için yaşa bağlı olarak farklı uygulama yapılmasının ayrımcılık yaratmayacağına ilişkin düzenlemeler öngörebilirler.

⁷¹⁴ Yüksel, a.g.e., s. 149.

⁷¹⁵ Yazar bu fikrini AB'ye üye ülkelerde yapılan ve özellikle aileye çocuğun katılımı ve bakımının ardından kadınların 35 yaşından önce meslek hayatına dönmekte güçlük çektikleri yönündeki araştırmalara dayandırmaktadır.

⁷¹⁶ Yüksel, a.g.e., s. 149-150.

⁷¹⁷ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 43.; Yıldız, a.g.e., s. 202.

4) Ayrımcı İş Duyuruları

İşyerine işçi alınacağını belirten gerek gazete, dergi veya internet ortamında gerek işyerine asılmak suretiyle yapılan iş duyurularında “ayrımcı” ifadeler kullanılabilmektedir⁷¹⁸. Bu husus özellikle cinsiyet ayrımcılığı bakımından söz konusu olmaktadır⁷¹⁹. Zira bu tür ilanlar genellikle işe erkeklerin alınacağını açıkça belirtilmesi veyahut açıkça ifade edilmese de, belirli bir cinsin işe alınacağı imajını veren duyurulardır⁷²⁰. Dolayısıyla bu tür ilanlarda doğrudan veya dolaylı bir biçimde ayrımcılık yapıldığı söylenebilir⁷²¹.

Bu hususta Alman Hukukuna baktığımızda 18.08.2006 tarihinde yürürlüğe giren “Genel Eşit Davranma Yasası”nın 7. paragrafının ilk fıkrası itibariyle ayrımcı iş ilanlarında bulunulması yasaklanmıştır⁷²². Bu düzenlemenin amacı, daha iş ilanı safhasında bir takım işçi gruplarının veya adaylarının ayrımcılığa uğramasını engellemektir. Bu bağlamda iş ilanlarında “kadın sekreter” veya “erkek mühendis” gibi ifadeler kullanılamayacaktır. Yine örneğin, yapılacak meslek gereği çok iyi dil bilmek gerekiyorsa, “anadili Almanca olan eleman aranmaktadır” yerine “Almanca diline hakim eleman aranmaktadır” gibi ifadelerin tercih edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁷²³.

Fransız Hukukunda da iş duyurularında belirli bir cinsiyete mensup olmanın veyahut belirli bir medeni durumun aranması cinsiyetler arası eşitliği bozan bir durum olarak değerlendirilmektedir⁷²⁴. Nitekim Fransız İş Kanunu’nun L. 1142-1. maddesi her türlü iş duyurularında, aranan işçi

⁷¹⁸ Yenisey, Kadın- Erkek Eşitliği, s. 48.; Ergin, Eşit Davranma Yasası, s. 656.; Yüksel, a.g.e., s. 142.; Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:8, Aralık 2007, s. 26.

⁷¹⁹ Yüksel, a.g.e., s. 142.

⁷²⁰ Yenisey, Kadın- Erkek Eşitliği, s. 48.; Yıldız, a.g.e., s. 201.

⁷²¹ Yıldız, a.g.e., s. 201.; Yüksel, a.g.e., s. 142.

⁷²² Ergin, Eşit Davranma Yasası, s. 656.

⁷²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: Ergin, Eşit Davranma Yasası, s. 656.

⁷²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: Yıldız, a.g.e., s. 201 vd.

adayının belli bir cinse mensup olması veya medeni durumuna ilişkin bir şartın öngörülmesini yasaklamıştır.

Türk Hukukuna baktığımızda ise bu hususla ilgili olarak sadece kamu sektörüyle ilgili olmak üzere 2004/7 sayılı Başbakanlık Genelgesini görüyoruz. “Personel Temininde Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi” başlıklı bu genelgede gerek Anayasamızın 70. maddesine⁷²⁵ gerek taraf olduğumuz “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması(CEDAW)” sözleşmesine⁷²⁶ vurgu yapılarak tüm kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel temini ile ilgili olarak yapılacak işlemlerde, başvuru kabul şartlarının verilecek hizmet gerekleri uyarınca belirlenmesi ve bunun dışında vatandaşlar arasında ayrımcılık yapılmadan davranılması gerektiği belirtilmiştir.

Çalışma hayatı ile ilgili mevzuatımızda yukarıda bahsettiğimiz genelge dışında bu konu ile ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Bu durum doktrinde hukuk sistemimizdeki bir boşluk olarak değerlendirilmiş ve ayrımcı iş ilanlarına karşı açık bir kanuni düzenleme olmadığından bu tür ilanların önlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁷²⁷. Buna karşılık ayrımcı iş ilanlarına karşı daha önce bahsi geçen TCK. md. 122 uyarınca suç duyurusunda bulunulabileceği de ifade edilmiştir⁷²⁸. Yine sözleşme görüşmelerinde ayrımcılığa uğradığını savunan ve buna dayanarak daha önce söz ettiğimiz “culpa in contrahendo” esasına dayanarak tazminat

⁷²⁵ Bkz.: TC Anayasası md. 70: “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez”.

⁷²⁶ CEDAW md. 2: “herhangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek ve kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları değiştirmek veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün önlemler alınacaktır”.

CEDAW md. 11: “<taraf devletler, kadın erkek eşitliği temelinde istihdam koşullarında kadına karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik bütün uygun önlemleri alacaktır”.

⁷²⁷ Yenisey, Kadın- Erkek Eşitliği, s. 48.; Yüksel, a.g.e., s. 144-145.; Bakırcı, Cinsiyetler Arası Eşitlik, s. 26, yazara göre İş Kanunumuzun 5. maddesine iş ilanlarında ayrımcılık yasağının da eklenmesi gerekmektedir.

⁷²⁸ Yıldız, a.g.e., s. 204.

isteyen adayın, ayrımcı iş duyurusuna dayanması halinde artık işverenin ayrımcılık yaratma amacı gütmeyişini ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir⁷²⁹.

B) İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI ESNASINDA EŞİTLİK İLKESİ

Bu konuyla ilgili olarak öncelikle belirtelim ki; çalışmamızın ilk bölümünde “Eşit Davranma Borcunun Uygulama Alanları” başlığı altında gerek işverenin işi sevk ve idaresi gerek ücretlerde işverenin eşit davranma borcu Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk bakımından ayrıntılı olarak incelenmiştir. Dolayısıyla çalışmamızın sistematik bütünlüğünü bozmamak açısından bu konulara bu başlık altında yeniden değinilecek, ancak çalışmamız içinde gereksiz bir tekrara yer vermemek adına oldukça yüzeysel bir biçimde incelenecektir. Bu noktada ifade edelim ki; çalışmamızın bu bölümünde üzerinde ayrıntılı bir biçimde yoğunlaşmak istediğimiz hususlar; “iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun olup olmadığı” meselesi ve eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımını olan “ayrımcılık tazminatı” konularıdır.

Aşağıda inceleneceği üzere iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin eşit davranma borcu bilhassa işverenin işi sevk ve idaresinde ve ücretlendirmelerde ön plana çıkmaktadır.

1) İşverenin İş Sevk ve İdaresi

Yürürlükte bulunan mevzuatımız incelendiğinde iş sözleşmesinin devamı esnasında ayrımcılığın İş Kanunu’nun 5., Sendikalar Kanunu’nun 30 ve 31.⁷³⁰, Özürlüler Kanunu’nun 14.⁷³¹ maddeleriyle açıkça yasaklandığı

⁷²⁹ Yüksel, a.g.e., s. 145.

⁷³⁰ S.K. md. 30/III: “İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır”.

S.K. md. 31/III: “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin

görülmektedir. İş Kanunu'nun 5 maddesi, söz konusu hükümde sayılmış olan nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapmayı yasaklarken, Sendikalar Kanunu, sendikal nedene dayalı ayrımcılığı, Özürlüler Kanunu ise özürlülük durumuna ilişkin ayrımcılığı yasaklamaktadır⁷³². Dolayısıyla iş sözleşmesinin devamı süresince işveren eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun hareket etmek zorundadır. Başka bir anlatımla kural olarak işveren tüm çalışma koşullarının uygulanmasında eşitlik ilkesine uygun hareket etmek durumundadır⁷³³.

Kural olarak işverenin; işin dağıtımında⁷³⁴, çalışma zamanlarının düzenlenmesinde⁷³⁵, işçiye disiplin cezası verilmesinde⁷³⁶, işçinin mesleki yükseltilmesinde⁷³⁷, işçilerin kişisel davranışlarının düzenlenmesinde⁷³⁸ kapı kontrollerinde⁷³⁹, işçiye eğitim verilmesi gibi işçiye ek bir takım nitelikler kazandıracak uygulamalarda⁷⁴⁰ ve greve katılmayan işçilerin çalıştırılmasında⁷⁴¹ eşit davranma borcu mevcuttur.

Kural olan işverenin yukarıda saydığımız konularda eşit davranma borcu bulunduğuysa da, daha öncede ifade ettiğimiz üzere ayırımı haklı kılan

ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz".

⁷³¹ Özürlüler Kanunu md. 14: "İşe alımında; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürliülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan özürliülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz".

⁷³² Yıldız, a.g.e., s. 206

⁷³³ Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 28.; Ayrıca bu konuda Alman Eşit Davranma Yasası Hükümleri hakkında bilgi için bkz.: Ergin, Eşit Davranma Yasası, s. 659 vd.

⁷³⁴ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 30.

⁷³⁵ Tuncay, Eşit davranma İlkesi, s. 30.

⁷³⁶ Disiplin cezalarının uygulanmasında eşit davranma borcu için bkz.: Süzek, İş Hukuku, s. 397.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 538.; Erdem Özdemir, " Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet", **Legal İSGHD** 2005, Sayı:5, C.2, s. 258., Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, 3. Bası, C. I, İzmir 1998, s. 249.

⁷³⁷ Yıldız, a.g.e., s. 207.

⁷³⁸ İşverenin istisnai de olsa işin ve işyerinin özellik ve niteliği gereği işçilerin giyim ve dış görünümlerine, saç modellerine vb. müdahale edebilir. Örneğin lokanta işleten bir işveren garsonlarından belirli bir kıyafeti giymelerini talep edebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s. 162.

⁷³⁹ Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul 1981, s. 68-69.

⁷⁴⁰ Yıldız, a.g.e., s. 207.

⁷⁴¹ TSGLK md. 38/II.

nedenler mevcutsa işverenin bu konularda farklı uygulamalarda bulunması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez⁷⁴².

2) Ücretlendirmelerde

a) İşçi İşe Girerken

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin yapılması esnasında ücret miktarının tespitinde, kural olarak işverenin eşit davranmakla yükümlü olmadığı kabul edilmektedir⁷⁴³. Zira işçi ile işveren arasında henüz bir iş ilişkisi kurulmamıştır ve kural olarak eşit davranma borcunun doğumu için kişiler arasında bir iş ilişkisinin mevcudiyeti gerekir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin yapılması aşamasında sözleşme serbestliği ilkesi mevcuttur ve bu ilke eşit davranma borcundan önde gelmektedir⁷⁴⁴.

Kural yukarıda belirttiğimiz husus olmakla birlikte Anayasa’da ve İş Kanunu’nda öngörülmüş olan mutlak ayırım yasaklarının sözleşmenin kurulması aşamasında dahi ücret miktarının belirlenmesi bakımından işvereni bağladığı belirtilmelidir⁷⁴⁵. Örneğin bir işçinin salt zenci olduğu veya farklı bir dine inandığı için daha az ücret alacağı kararlaştırılamaz. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere sözleşmenin kurulması safhasında mutlak ayırım yasaklarının ihlalinde İş Kanununda öngörülmüş olan ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecek, sadece genel hükümlere dayanılarak tazminat talebinde bulunulabilecektir.

⁷⁴² Süzek, İş Hukuku, s. 406.

⁷⁴³ Süzek, Eşit Davranma, s. 28.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 169; Aynı yazar, Eşit Davranma İlkesi, s. 30; Aktay/ Arıcı/ Kaplan- Senyen, a.g.e., s. 160.; Devrim Ulucan, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 195.

⁷⁴⁴ Tuncay, Eşit Davranma, s. 169.

⁷⁴⁵ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 30.; Alman Genel Eşit Davranma Yasası’nın konuyla ilgili hükümleri için bkz.: Ergin, Eşit Davranma Yasası, s. 659.

Ücret miktarı toplu iş sözleşmesiyle belirlendiyse ve işe giren işçi sözleşmeye taraf sendikaya üyeyse, işveren sözleşmede belirlen ücreti ödemek durumundadır. Ancak söylemeliyiz ki; burada eşit davranma borcundan ziyade toplu iş sözleşmesinin bağlayıcılığı ön plana çıkmaktadır⁷⁴⁶.

b) İş İlişkisinin Devamı Sırasında

Ücretlerde işverenin eşit davranma borcu, iş ilişkisi devam ederken gevşekte olsa bir uygulama alanına sahiptir⁷⁴⁷. Nitekim eşit davranma borcu eşit durumlar söz konusu olduğu zaman uygulanan bir borç olduğundan, işçilerin öğrenim derecesi, yaş, liyakat, yetenek, çalışkanlık, beceriklilik, verimlilik gibi sübjektif özellikler itibariyle ücretler farklılaşabilir⁷⁴⁸.

Yukarıda bahsettiğimiz sübjektif özellikler hariç tutulursa, işçilere yapılacak ücret zamlarında işveren eşit davranma borcuna uygun hareket etmek durumundadır⁷⁴⁹. Yargıtay da, işçiye daha az ücret zammı yapılmasının haklı ve objektif nedenlere dayanmaması halinde, eşit davranma borcunun ihlal edildiğini isabetli bir biçimde öngörmüştür⁷⁵⁰. Buradan çıkarılacak sonuç işverenin haklı ve objektif gerekçelere dayanarak farklı ücret zamları uygulayabileceğidir ki; bu da sözleşme serbestliği ilkesinin neticesidir. Yine doktrinde seyyanen yapılmayıp performans değerlendirmesine dayalı olarak yapılacak ücret zamlarında işçinin bilgisine önceden sunulmuş, objektif ve şeffaf nitelikte bir sistemin kurulması ve bilhassa keyfilikten uzak ölçütlerin öngörülmesi gerektiği isabetli olarak ifade edilmiştir⁷⁵¹.

⁷⁴⁶ Tuncay, Eşit Davranma, s. 169-170.

⁷⁴⁷ Özdemir, a.g.e., s. 257 vd.

⁷⁴⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 396.; Aynı yazar, Eşit Davranma, s. 28. Tuncay, Eşit Davranma, s. 30; Aynı yazar, Eşit Davranma İlkesi, s. 170 vd.;

⁷⁴⁹ Yıldız, a.g.e., s. 211.

⁷⁵⁰ Örnek olarak bakınız.: Yarg. 9. HD., T. 18.02.2003, E. 2003/13208, K. 2003/1836.(Legal İSGHD Sayı:3). ; Yarg. 9. HD: , T. 08.04.2004, E. 2004/18893, K. 2004/7996 (Legal İSGHD Sayı: 5).; Yarg. 9. HD:., T. 05.04.2005, E. 2005/9518, K. 2005/ 12140(Legal İSGHD Sayı:8).

⁷⁵¹ Özdemir, a.g.e., s. 259 vd.

İşveren kanundan veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmayıp, tamamen kendi arzu ve isteğiyle işçilerine sağladığı bir takım özel edimlerde(ikramiye, prim vb.) keyfi bir biçimde ayırım yapamaz⁷⁵². Bu tür ödemeler bakımından işveren işçileri gruplara ayırabilirse de⁷⁵³, bu gruplandırmaları objektif esaslar temelinde yapmalıdır⁷⁵⁴.

İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin ücret, prim ve paraya ilişkin hükümleri işverenin eşit davranma borcuna bir istisna teşkil eder⁷⁵⁵. Gerçekten Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi itibariyle toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde, sözleşmeye taraf olan sendikaya üye olan veya dayanışma aidatı ödeyenler ile bunların dışında kalan işçiler arasında ücret farklılıklarının olması eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelmeyecektir. Aynı şekilde İngiliz ve Amerikan Hukuklarında da toplu iş sözleşmesinin bu hususa bir istisna oluşturduğunu belirtmek gerekir⁷⁵⁶.

Bu hususta son olarak söyleyelim ki; kadın-erkek ücret eşitliği mevzuu çalışmamızın gerek ilk gerek ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alındığından bu başlık altında yeniden değinilmemiştir.

⁷⁵² Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 31.

⁷⁵³ Örneğin ağır ve tehlikeli işlerde çalışan işçilerle daha basit nitelikteki işlerde çalışan işçiler kendi aralarında gruplandırılabilir.

⁷⁵⁴ Yenisey, Metodoloji, s. 997.; Süzek, İş Hukuku, s. 405-406.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 31.; Yıldız, a.g.e., s.212.

⁷⁵⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 406.

⁷⁵⁶ Brian Bercusson, " EC Equality Law In Context: Collective Bargaining", **Sex Equality Law In The European Union, European Law Series**, Edited By: Tamara K. Hervey/ David O'Keeffe, John Wiley & Sons 1997, s. 180 vd; Michael R. Carrell/ Christian Heavrin, **Labour Relations And Collective Bargaining: Cases, Practice And Law**, Seventh Edition, Pearsan Practice Hall, USA 2003, s. 534 vd.;

C) İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİRİLMESİNDE EŞİTLİK İLKESİ

1) Genel Olarak

İş ilişkisinin sona erdirilmesinde işverenin eşit davranma borcu olup olmadığı konusu belki de eşit davranma ilkesinin uygulama alanıyla ilgili olarak en tartışmalı husustur. Bu konudaki görüşlerden ilki iş sözleşmesinin feshinde işverenin mutlak anlamda bir eşit davranma borcu bulunmadığı, bu konuda işverenin sözleşme özgürlüğünün eşitlik ilkesinden üstün tutulması gerektiğini⁷⁵⁷ ifade ederken, bir diğer görüş iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu bulunduğunu savunmaktadır⁷⁵⁸.

Fesihte eşit davranma borcunun mutlak olarak bulunmadığını savunan görüşü benimseyenler; fesih hakkının kullanılıp kullanılmaması işverenin istek ve iradesine bağlı yenilik doğurucu bir hak olduğundan hareketle kullanılmasının her hangi bir şarta bağlı tutulamayacağı ileri sürmektedir. Bu görüşü savunanlar bildirimli ve bildirimsiz feshi ayrı ayrı ele alarak eşit davranma borcunun fesih alanında uygulanmayacağını ifade etmişlerdir. Buna göre eşit davranma borcu ancak toplu bir işlemin yapıldığı durumlarda gündeme gelebilecektir. Oysa tek tek yapılan bildirimli fesihlerde işverence işçi çıkartmayı gerektirecek sebepler o kadar çok değişiklik gösterir ki, artık yapılacak her hangi bir bildirimli fesih işveren için bireysel nitelikte bir işlem sayılmalıdır⁷⁵⁹.

Bildirimsiz fesihte ise fesih nedeni tüm işçiler bakımından ortak olsa dahi işverenin işçilerden bir kısmını işten çıkarıp bir kısmını çalıştırmaya

⁷⁵⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.537.; Demircioğlu/Centel, a.g.e., s. 123.; Çelik, Eşit Davranma, s. 5 vd.; Fevzi Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Bası, İzmir 2005, s. 127.; Fatih Uşan, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, **Legal İSGHD** 2005, C.2, Sayı:8, s. 1630-1631.; Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**, İstanbul 2003, s. 112.; Kübra Doğan Yenisey, “ İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna ilişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:2, s.62.; Aynı yazar, Eşitlik İlkesi, s. 69.; Aynı yazar, Metodoloji, s. 997.; Özdemir, a.g.e., s. 258.

⁷⁵⁸ Süzek, Eşit Davranma, s. 30 vd.; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 409 vd.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 213 vd.; Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen, a.g.e., s. 161.

⁷⁵⁹ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi ve bu görüşü savunan yazarlar için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s. 208-209.

devam etmesini, eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirmeyip, söz konusu fesih nedeninin, bir kısım işçiler bakımından iş sözleşmesinin devamının işveren bakımından çekilmez hale getirmedığının göstergesi olduğu ifade edilmiştir⁷⁶⁰. Zira haklı bir fesih nedenini değerlendirirken, işverenin kararını bir çok unsur etkileyebilir. İşçinin işletme için ifade ettiği değer, o zamana kadar ki kabahat sayısı ve kabahatlerinin ağırlık derecesi, yerinin doldurulup doldurulamayacağı vb. bu unsurlara örnek olarak gösterilmiştir⁷⁶¹.

Fesihte eşit davranma borcunun bulunduğunu öne süren görüşe göre ise; eşit davranma borcu işverenin gerek bildirimli gerek bildirimsiz fesih hakkını sınırlayıcı niteliktedir. Nitekim bu görüşü savunanlara göre; İş Hukukunda işverenin bir eşit davranma borcu bulunduğuna göre, fesih konusunda da işverenin böyle bir yükümlülüğü mevcuttur⁷⁶². Feshin yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olması da eşit davranma borcunun uygulamasını engellemez. Zira aksinin kabulü işverenin yönetim hakkını kullanmasında da eşit davranma borcuna uymayabileceği anlamına gelir ki; bu da neredeyse eşitlik ilkesinin İş Hukuku alanında tamamen göz ardı edilmesine yol açacaktır⁷⁶³.

İş sözleşmesinin feshinde de işverenin eşit davranma borcunun olduğunu savunanlar; İş Hukuku'nun ortaya çıkmasındaki en büyük etken olan işçi-işveren arasındaki güç dengesizliğinin sınırlandırılması ve işçilerin işverence sömürülmesinin engellenmesi olduğundan hareketle aynı olaylarda farklı işlemi haklı gösteren sebepler bulunmadıkça, işverenin hangi işçilerin iş sözleşmelerini feshedeceğini keyfi iradesiyle belirleyememesi ve eşitlik ilkesine uygun hareket edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir⁷⁶⁴.

⁷⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yıldız, a.g.e., s. 250.

⁷⁶¹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 209.

⁷⁶² Süzek, Eşit Davranma, s. 30 vd.; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 409 vd.; Yıldız, a.g.e., s. 250.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 213.; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara 2002, s.112.

⁷⁶³ Tuncay, Eşit Davranma, s. 210.

⁷⁶⁴ Bu görüşteki yazarlar için bakınız: Tuncay, Eşit Davranma, s. 210.-211 ve dipnot: 239-248.

Bizim bu husustaki kanaatimiz, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun İ.K.'nın 5. maddesinde sayılan mutlak ayırım yasaklarıyla ve Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen "sendikal ayrımcılık" yasağıyla sınırlı olarak uygulanabileceğidir. Belirtelim ki; ilerleyen paragraflarda iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu bulunup bulunmadığı hususu, bildirimli ve bildirimsiz fesih halleri bakımından ayrı başlıklar altında ayrıntılı olarak tartışılacağından ve yukarıda sözünü ettiğimiz düşüncemize hangi örneklerden yola çıkarak ulaştığımız izah edileceğinden şimdilik fesihte eşit davranma borcu konusuna bu kadar değinmeyi yeterli görüyoruz.

2) Bildirimli Fesih Hakkının Kullanılmasında İşverenin Eşit Davranma Borcu

a) İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Bakımından

(1) Türk Hukukunda İş Güvencesinin Gelişimi ve Genel Esasları

İş güvencesi, işçinin çalışma hakkının korunması açısından bir çok yöntemi içinde barındıran geniş bir içeriğe sahip bir kavram olarak karşımıza çıkmakla birlikte esas olarak işverenin bildirimli fesih hakkını sınırlamak suretiyle iş ilişkisinin olabildiğince sürekliliğinin sağlanmasını ifade etmektedir⁷⁶⁵.

4857 sayılı İş Kanunundan önceki dönemde iş güvencesine sahip tek grup S.K.'nın 30. maddesi bağlamında işyeri sendika temsilcileri olup, bunun dışında işverenlere mutlak ve sınırsız bir fesih hakkı tanınmaktaydı. Zira 1475 sayılı eski İş Kanunumuzun 13. maddesine göre işveren, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini, hiçbir gerekçe göstermeden, salt bildirim sürelerine uymak suretiyle feshetme imkanına sahipti.

⁷⁶⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 703-704.

İşverene mutlak ve sınırsız bir fesih hakkı tanınması, Anayasa ile güvence altına alınmış olan çalışma hakkına (md. 49) ve demokratik toplum gereklerine (md. 13) aykırılık olarak değerlendirilebileceği gibi, işverene bu türden sınırsız bir fesih hakkı tanınması doktrinde, işçinin elverişli bir ortamda çalışma hakkına⁷⁶⁶, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına⁷⁶⁷, kendini savunma hakkına ve nihayet demokratik toplumların temel ilkelerinden olan şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerine aykırılık olduğu ifade edilmiştir⁷⁶⁸.

ÜÇÖ'nün 1982 tarihli "Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi"nin TBMM tarafından 9 Haziran 1994 tarihinde 3999 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Dolayısıyla iş mevzuatımızın söz konusu sözleşme uyarınca yeniden düzenlenmesi gereği doğmuş ve hazırlanan Kanun Tasarısı " İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"⁷⁶⁹ adı altında kabul edilmiştir.

Kamuoyunda "İş Güvencesi Yasası" olarak 4773 sayılı Kanun ile değişik 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E hükümleriyle Türk İş Hukukunda ilk defa iş güvencesi kurumuna yer verilmiştir⁷⁷⁰. 1475 sayılı İş Kanunu'nun çok kısa bir süre uygulama alanı bulan bu hükümleri yerini, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulü ile, bu kanunun neredeyse aynı esaslara tabi 18,19,20 ve 21 maddeleri hükümlerine bırakmıştır.

⁷⁶⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 23/I; Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi md. 7.

⁷⁶⁷ T.C. Anayasası md. 17/I.

⁷⁶⁸ Kadriye Bakırcı, " İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:2, s. 114-115.

⁷⁶⁹ Kanun No: 4773 - Kabul Tarihi: 9.8.2002, 15.8.2002 tarih ve 24847 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁷⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 705.

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümleri uyarınca otuz veyahut daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, en az altı aylık kıdeme sahip ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler iş güvencesine sahiptir. Bunun yanında İ.K.'nın 116. maddesi uyarınca Basın İş Kanununa⁷⁷¹ tabi gazeteciler de iş güvencesi hakkındaki hükümlerden kıyasen yararlanabileceklerdir.

Otuz ve daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışmakla birlikte işletmenin bütününe idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe idare eden ve işçi alma-çıkarma yetkine sahip işveren vekilleri iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmıştır(İ.K. md. 18/son). Bunun yanında altı aylık kıdemini doldurmamış işçiler(md. 18/l), belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ve İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler de iş güvencesinin kapsamı dışında tutulmuştur.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin ilk fıkrası itibariyle iş güvencesinin kapsamına dahil işçilerin iş sözleşmeleri ancak geçerli bir nedenin mevcudiyeti durumunda feshedilebilir. Bu nedenler;

- işçinin davranışlarından ve yetersizliğinden veya
- işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerdir.

İş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshinin sonuçlarını düzenleyen İ.K.'nın 21. maddesi^{772, 773} ise işverene geçersiz fesih hallerinde işçiyi işe

⁷⁷¹ Tam olarak “ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun” adını taşıyan 5953 sayılı bu kanun genel olarak “Basın İş Kanunu” adıyla ifade edilmektedir.

⁷⁷² İ.K. md. 21: İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

geri alma veya tazminat ödeme hususunda seçimlik bir hak tanırken, işçiye sadece işe iadeyi talep hakkı tanımaktadır⁷⁷⁴. Doktrinde işçiye de işe iadeyi talep veyahut iş güvencesi tazminatı isteyebilme biçiminde seçimlik bir hak tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁷⁵.

İş güvencesi ile hükümler mevzuatımıza dahil olduğundan beri İş Hukuku öğretisinde çok tartışılan konuların başında gelmiştir. Biz ise çalışmamızın konusu itibarıyla bu tartışmalara değinmeyecek, sadece iş güvencesinin kapsamına dahil olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde işverenin eşit işlem borcu olup olmadığı hususuna yoğunlaşacağız.

(2) İş Güvencesinin Kapsamına Dahil Olan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu

i) İşçinin Yeterliliğinden veya Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde İşverenin Eşit Davranma Borcu

Daha önce de ifade edildiği gibi, Kanun Koyucu iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshini düzenlerken, söz konusu geçerli nedenlerin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından veyahut işletmenin, işyerinin, işin gereklerinden kaynaklanabileceğini

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur

⁷⁷³ Fesih usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Ankara 2007, s. 472 vd.

⁷⁷⁴ Ünal Narmanlıoğlu, “ İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi”, **Legal İSGHD** 2005, Sayı:5, s.241.; Şahin Çil, “ Sendikal Tazminat”, **Legal İSGHD** 2005, Sayı:6, s.678.

⁷⁷⁵ Ali Güzel, “ İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Toplantısı, s. 106.; Çil, Sendikal Tazminat, s. 678.

öngörmüştür. Ayrıca İş Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler geçerli neden teşkil etmez. Aynı fıkra hükmünce “sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak” ta geçerli bir neden olarak kabul edilemez.

Görüldüğü üzere mutlak ayırım yasaklarının düzenlendiği İ.K.'nın 5. maddesindeki kişisel özellikler ile aynı kanunun 18. maddesinin 3. fıkrasında öngörülmüş olan ve işveren bakımından fesih nedeni teşkil etmeyeceği belirtilen kişisel özellikler büyük oranda benzerlik arz etmektedir. Doktrinde İ.K.'nın 18. maddesinde öngörülmüş olup, beşinci maddesinde açıkça belirtilmemiş olan medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik gibi durumların İ.K.'nın 5. maddesinde yer alan “benzeri sebepler” kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁷⁶. Bize göre ise hamilelik, medeni hal gibi kişisel durumlara dayalı olarak ayrımcılık yapılması zaten cinsiyete dayalı ayrımcılık kavramının içine girdiğinden, İ.K.'nın 18. maddesinde sayılan bu halleri “benzeri sebepler” kavramı içinde değerlendirmeye gerek dahi yoktur.

İşçinin yeterliliği ve davranışlarına ilişkin, başka bir anlatımla işçinin şahsından kaynaklanan bir geçerli nedenin mevcudiyeti durumunda eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olabilmesi için, işverenin ileri sürdüğü fesih sebebinin değil; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere veya sendikal bir nedene dayalı olarak sözleşmenin feshedildiği ispatlanmalıdır⁷⁷⁷.

Yukarıda bahsettiğimiz ayrımcılık halleri dışında ise işverenin geçerli bir nedenin mevcudiyeti durumunda bir kısım işçinin sözleşmesini feshedip,

⁷⁷⁶ Yıldız, a.g.e., s. 242.

⁷⁷⁷ Baysal, a.g.e., s. 79.

bir kısmını çalıştırmaya devam edebilmesi gerekir⁷⁷⁸. Örneğin, işçinin yeterliliğine veya davranışlarına ilişkin her hangi bir geçerli neden, birden çok işçi bakımından gerçekleştiyse, işveren yukarıda bahsettiğimiz mutlak ayırım yasaklarına veya sendikal ayırım yasağına aykırı davranmamak koşuluyla, bu işçilerden istediğini çalıştırıp istediğinin sözleşmesini feshetmekte serbest olmalıdır. Zira işveren işçilerden bir veya bir kaçının sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak feshedebilecekken, bu işçilerin geçmişteki verimliliği, uzun seneler hizmet verilmiş olması, yerlerinin doldurulamayacak olması vb. gibi nedenlere dayanarak, bir takım işçileri çalıştırmaya devam edebilir⁷⁷⁹. Bizce aksini düşünmek, hukuk düzenimizin önemli ilkelerinden biri olan sözleşme serbestisinin büyük ölçüde sınırlandırılması anlamına gelecektir. Zira kanunun emredici hükümlerinin aksini öngördüğü durumlar hariç, liberal bir sistemde hakim olan ilkenin sözleşme hürriyeti olduğunu unutmamak gerekir⁷⁸⁰. Bununla birlikte hiç şüphe yok ki; doktrinde isabetli olarak ifade edildiği üzere, işverenin bu konudaki serbestisi mutlak olmayıp, hakkın kötüye kullanılmaması gerekmektedir⁷⁸¹.

ii) İşletmenin, İşyerinin Veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlerle Yapılan Fesihlerde İşverenin Eşit Davranma Borcu

Eşitlik ilkesi bakımından, işçinin şahsıyla ilgisi olmayıp, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihler, işçilerin yeterliliği veya davranışları dolayısıyla yapılan fesihlere nazaran çok daha fazla tartışmaya neden olmuştur. Zira işletmenin, işyerinin veya işin

⁷⁷⁸ Aynı yönde bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 540.; Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 69.; Tunçomağ/Centel, a.g.e., s.136.; Demir, a.g.e., s.126-127.; Özdemir, a.g.e., s. 258.; Uşan, a.g.e., s. 1630-1631. ; Çil, a.g.e., s. 304-305.; Karşı görüş için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s. 209 vd., Aynı yazar, Eşit Davranma İlkesi, s. 32.; Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen, a.g.e., s. 161.; Süzek eşit davranma borcunun, Anayasa gereği tüm iş ilişkilerinde işverenin uyması gereken bir yükümlülük olduğuna göre iş sözleşmesinin feshi konusunun bu ilkenin dışında tutulmasının düşünülemeyeceği kanaatindedir: Süzek, Eşit Davranma, s. 30 vd.

⁷⁷⁹ Baysal, a.g.e., s. 79.; Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 69.

⁷⁸⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 539.

⁷⁸¹ E. Güven/U. Aydın; **Bireysel İş Hukuku**, 2. Bası, Eskişehir 2007, s. 125.; Demir, a.g.e., s. 126-127. ; Yenisey; Eşitlik ilkesi, s. 69.

gerekleri dolayısıyla yapılan fesihler, ekseriyetle birden çok işçinin sözleşmesinin feshedildiği hallerdir ki, bu noktada eşit davranma borcunun gündeme gelmesi doğaldır⁷⁸². Başka bir anlatımla birden çok işçinin sözleşmesinin feshedilmesi bakımından bir geçerli nedeni bulunan işverenin sözleşmesini feshedeceği işçileri belirlemede tamamen özgür mü olduğu, yoksa belirli bazı kriterlere göre mi hareket etmesi gerektiği doktrinde yoğun tartışmalara neden olduğu gibi içtihadın da bu konuda tam bir istikrar kazandığı söylenemez.

Bilindiği üzere iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebilmesi geçerli bir nedenin mevcudiyetine bağlıdır(md. 18/I). Bununla birlikte fesihte geçerli bir nedenin aranması iş ilişkisinin devamını sağlamak bakımından tek başına yeterli gözükmemektedir. Bu bağlamda iş ilişkisinin sürekliliğini sağlayabilmeye yardımcı olacak bir başka ilkenin de benimsenmesi zorunluluğu meydana çıkmıştır ki; bu ilke de feshin son çare olma(ultima ratio) ilkesidir^{783 784}.

Feshin son çare olması ilkesi, işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden ile feshini gerektirecek nedenler ve bilhassa işletmeden, işyerinden ve işin

⁷⁸² Baysal, a.g.e., s. 80.

⁷⁸³ Bu ilkeye dikkat edilmesi zorunluluğu İş Kanunu'nun 18. madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Geçerli sebeplerle fesih işlemine yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması hali işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabilir. Şöyle ki: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler: İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir. Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır".

⁷⁸⁴ Feshin Son Çare Olma İlkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Öner Eyrenci, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük ilkesi", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İstanbul Barosu: İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İstanbul 2010, s. 41 vd.; Erdem Özdemir, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İstanbul Barosu: İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İstanbul 2010, s.60 vd.; Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio(Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınları, İstanbul 2005, s. 65 vd.

gereklerinden kaynaklanan sebepler(ekonomik sebepler) söz konusu olduğunda⁷⁸⁵ fesihten olabildiğince kaçınma ve işçiyi işten çıkarmamak için imkanları dahilindeki tüm önlemleri alma biçiminde tanımlanabilir⁷⁸⁶. Bu önlemler kısaca aşağıdaki şekilde gruplandırılabilir;

- ekonomik sebepler ile işçinin işine son verilmesi yerine feshe seçenek oluşturan ve fesihten kaçınmaya yönelik daha hafif önlemlerin alınması gerekir⁷⁸⁷. Fazla çalışmaların kaldırılması, kısa çalışma uygulamasına gidilmesi, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilmesi bu önlemlere örnek verilebilir.
- Fesih yoluna gitmeden önce işçiyi başka bir işte çalıştırma imkanının olup olmadığı veya eğitime tabi tutulmak suretiyle işin

⁷⁸⁵ Feshin son çare olması ilkesi daha çok işletmeden, işyerinden ve işin gereklerinden kaynaklanan sebepler bakımından ele alınmışsa da, bu ilkenin işçinin şahsından kaynaklanan fesihler bakımından da geçerli olduğu doktrinde genel olarak kabul görmektedir. Örnek olarak bkz.: Eyrenci, Ölçülülük Denetimi, s. 41.

⁷⁸⁶ Özdemir, Dürüstlük Kuralı, s. 61.

⁷⁸⁷ “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır”, Yarg. 9. HD., T. 26.09.2005, E. 2005/21938, K. 2005/31156, (kazancı içtihat bankası); aynı yönde, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” ilkesi gözetilmelidir”, Yarg. 9. HD, T. 15.5.2006, E. 2006/10807, K. 2006/13509, (kazancı içtihat bankası).

yeni gereklerine uyumunun sağlanıp sağlanamayacağı araştırılmalıdır⁷⁸⁸.

- Çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmak suretiyle iş ilişkisinin devamının sürdürülebilmesi ihtimali araştırılmalıdır⁷⁸⁹.

Feshin son çare olma ilkesi uygulansa dahi feshin kaçınılmaz hale geldiği durumlarda, sözleşmeleri feshedilecek işçilerden, fesihten en az etkileneceklerin seçilmesi, başka bir anlatımla işçilerin sosyal durumlarının dikkate alınarak seçim yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁹⁰. Bilhassa işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, fesihten etkilenecek işçilerin belirlenmesinde işverenin objektif davranması ve işçilerin sosyal durumlarını göz önünde bulundurması, işverenin sosyal seçim yükümlülüğü olarak ifade edilmiş⁷⁹¹ ve sosyal seçim yapılması gereğinin iş sözleşmesinin sona ermesinde eşitlik ilkesinin bir yansıması olduğu belirtilmiştir⁷⁹².

“Sosyal seçim” kavramı öncelikle Mukayeseli Hukuk bakımından kısaca incelenip, akabinde bu konuda Türk Hukukunda içtihadın ne yönde

⁷⁸⁸ Örnek olarak bkz.: “Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. Ancak işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” ilkesi gözetilmelidir. Somut olayda, davacının işe girdiği tarihte ve daha sonra düzenlenen hizmet sözleşmelerinde yabancı dil bilme koşulunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yabancı firma baştan beri ihracatla uğraşan kuruluş olmasına karşılık, davacıda aradığı özellikleri tespit etmeden ve özellikle davacının yabancı dil bilmediğini bilerek işe almış ve ihracat asistanlığına yükseltmiştir. Davacının işyerindeki başka bir işte çalışamayacağı da kanıtlanmamıştır”, Yarg. 9. HD., T. 21.4.2005, E. 2005/10825, K. 2005/14175., (kazancı içtihat bankası).

⁷⁸⁹ Örnek olarak bkz.: “...davacının nitelikleri dikkate alınarak, davalı bankanın başka birimlerinde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığının, başka bir anlatımla, feshe son çare olarak başvurulup vurulmadığının işyerinde keşif icra edilerek; uzman bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gerekir”, Yarg. 9. HD., T. 20.03.2006, E. 2006/3822, K. 2006/7014(Eyrenci, Ölçülülük İlkesi, s. 51).

⁷⁹⁰ Örnek olarak bakınız: “Ali Güzel/Emre Ertan; “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **Legal İSGHD** 2007, C.4, Sayı: 15, s. 1221.

⁷⁹¹ Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2006, Sayı:4, s. 99.

⁷⁹² Şahin Çil, “ Geçerli Nedene Dayalı Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal YKİ Dergisi** 2007, Sayı:5, s. 302.

geliştiği ve doktrinde bu husus üzerine yapılan değerlendirmeler ele alınacaktır.

Fransız Hukukunda, Fransız İş Kodu'nun sosyal seçimle ilgili olan Art. L. 321-1⁷⁹³ maddesine göre; ekonomik nedenlerle fesih kararı alan işveren, yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı hallerde işletme komitesine veya bir işletme komitesi bulunmuyorsa işçi temsilcilerine danıştıktan sonra işlerine son verilecek işçilerin belirlenmesinde kullanılacak kriterleri tespit eder.

Söz konusu kriterler tek ebeveynler başta olmak üzere ailevi bakım yükümlölüklerinden, işyerinde veya işletmede geçen kıdem süresinden, bilhassa yaşlılık ve özürlölük olmak üzere işçilerin iş yaşamına dönmelerini güçleştiren durumlardan ve mesleki niteliklerden ibarettir. Yine söz konusu hükme göre; toplu işçi çıkarma boyutunda olmayan ekonomik nedenlerle fesih kararı alan işveren, sözleşmesini feshedeceğı işçileri seçerken yukarda belirtilen kriterleri dikkate almak durumundadır⁷⁹⁴.

Fransız İş Kodunda sosyal seçim yükümlölüğüne uymamanın yaptırımını olarak herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak Fransız Yargıtay'ının yerleşik içtihadı itibariyle, söz konusu kriterler dikkate alınmadan sözleşmesi feshedilen işçi, iş sözleşmesinin sona ermesinden ötürü uğradığı zararı genel hükümler uyarınca tazmin edebilecektir⁷⁹⁵.

Alman Hukukunda ise Feshe Karşı Koruma Kanunu'na göre ondan fazla işçi çalıştıran bir işveren, işyeri gereklerinden kaynaklanan bir nedenle işçilerden bir bölümünün iş sözleşmesini feshetmek durumunda ise bir seçim

⁷⁹³ Fransız İş Kodunda yapılan kodifikasyon sonucu, 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe girmek üzere, bu maddenin her bir fıkrası ayrı bir madde olarak Art. L. 1233-5, Art. L. 1233-6, Art. L. 1233-7 biçiminde numaralandırılmıştır.

⁷⁹⁴ Fransız Hukuku bakımından sosyal seçim ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Güzel/Ertan, a.g.e., s. 1269.

⁷⁹⁵ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Güzel/Ertan, a.g.e., s. 1269.

yapmak durumundadır⁷⁹⁶. İşveren bu seçimi yaparken benzer konumda olan ve birbiri ile mukayese yapılabilecek işçiler arasında işçinin kıdemini, yaşını, bakmakla yükümlü olduklarını, özürlü olup olmama durumunu dikkate almak durumundadır⁷⁹⁷. Söz konusu sosyal seçim kriterlerine uygun davranılmaması durumunda Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun ilk maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca fesih geçersiz olacaktır⁷⁹⁸.

Sosyal seçimle ilgili olarak Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun dikkat çeken bir diğer hükmüne göre ise; bilgisi, yetenekleri, iş görme kapasitesi veya işyerindeki personel yapısının dengenin korunması bakımından bir işçinin işyerinde kalmasında, haklı bir işyeri çıkarı mevcutsa, söz konusu işçi veya işçiler sosyal seçime tabi olacakların dışında tutulabilirler⁷⁹⁹. Yine Alman Hukukuna göre fesihte sosyal seçim kriterlerine uyulduğunu işveren ispatlamak durumunda değildir. Seçimde sosyal seçim kriterlerine uyulmadığını ispat etme yükü işçinin üzerindedir^{800, 801}.

Türk Hukukunda “sosyal seçim” konusunda İş Kanunumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunun 18. maddesinin gerekçesinde de “ultima ratio ilkesinden açıkça bahsedilirken, sosyal seçim ile ilgili her hangi bir ifade bulunmamaktadır⁸⁰².

Hukukumuzda her hangi bir kanuni dayanak bulunmamasına karşın, Yargıtay tarafından, ilk önce Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’ndaki gibi benzeri bir takım sosyal seçim kriterlerinin, daha sonra ise belirli bazı objektif

⁷⁹⁶ Devrim Ulucan, “ İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, **Legal İSGHD** 2007, Sayı:14, s. 499.

⁷⁹⁷ Alman Hukukunda “sosyal seçim” yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelik, Eşit Davranma Borcu, s. 7 vd.; Güzel/Ertan, a.g.e., s. 1223 vd.; Baysal, a.g.e., s. 80.

⁷⁹⁸ Ulucan, a.g.e., s. 499.; Baysal, a.g.e., s. 80.

⁷⁹⁹ Baysal, a.g.e., s. 80.

⁸⁰⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Güzel/Ertan, a.g.e., s. 1242-1243.

⁸⁰¹ Sosyal seçim yükümlülüğüyle ilgili Hollanda Hukukundaki düzenlemelerle ilgili olarak bkz.: Güzel/Ertan, a.g.e., s. 1244-1265.

⁸⁰² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 738.

kriterlerin iş sözleşmesinin feshinde dikkate alınması gerektiği öngörülmüştür⁸⁰³.

Yargıtay konuyla ilişkin olarak verdiği ilk kararlarda, işletmeden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihlerde ultima ratio ilkesinin yanında sosyal seçim kriterlerinin de gözetilmesi gerektiğini öngördüğü gibi bu kriterlerin neler olduğunu her hangi bir kısıtlayıcı ifadeye de yer vermeden sıralamıştır⁸⁰⁴. Söz konusu kararlara bir örnek verecek olursak, Yüksek Mahkeme; “işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken, işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır”⁸⁰⁵ ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay o dönemde verdiği başka kararlarda da benzeri kriterleri sıralamış ve bu kriterlere riayet edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁰⁶.

⁸⁰³ Süzek, Eşit Davranma, s. 32.; Ulucan, a.g.e., s. 499 vd.; Çelik, Eşit Davranma Borcu, s. 7 vd.; Baysal, a.g.e., s. 82 vd.;

⁸⁰⁴ Çelik, Eşit Davranma, s. 7.

⁸⁰⁵ Yarg. 9. HD., T. 19.09.2005, E.2005/28125, 2005/2005. (kazancı içtihat bankası)

⁸⁰⁶ Örnek olarak bkz.: “...Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o üniteye çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır...”, Yarg. 9. HD., T. 03.04.2006, E. 2006/4878, K. 2006/8253(kazancı içtihat bankası); Aynı yönde; “Ayrıca, çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır”, Yarg. 9. HD., 20.02.2006, E. 2006/10807, K. 2006/13509.; Aynı yönde; “Gerçekten, bölüm kapatma nedeniyle işçi fazlalığı oluşup oluşmadığı, davacının kapatılan bölümde çalışıp çalışmadığı, kapatılan bölümdeki personelin ne şekilde değerlendirildiği, fazlalık teşkil eden personel sayısı, fazla olan personelin seçiminde ve fesihte objektif davranılıp davranılmadığı, sosyal seçim kriterlerinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı, fesihten önce veya sonra işe alınanların sayısı ve nitelikleri, davacının çalıştığı bölüme ya da aynı düzeyde başka bölüme alınıp alınmadıkları, feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı, feshe son çare olarak bakılıp bakılmadığı dosya içeriğinden tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu nedenle, biri işyerinde yapılan üretim, diğerleri hukuk ve işletme konularında uzman olmak üzere üç kişilik uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile işyerinde

Yüksek Mahkemece verilen bu kararlar, doktrinde, gerek hukukumuzda işverenin böyle bir seçim yapmasını gerektirecek kanuni bir düzenlemenin bulunmaması gerek Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun öngörmüş olduğu kıdem, yaş, geçindirme yükümlülükleri, özürölülük gibi objektif ölçütlerin yanında verimlilik, hastalık nedeniyle işe gelmeme gibi sübjektif ölçütleri de sosyal seçim kriterleriymiş gibi sıralaması nedeniyle eleştirilmiştir⁸⁰⁷. Ayrıca Yargıtay tarafından o dönem için benimsenmiş gibi gözüken sosyal seçim uygulaması, içeriği ve koşulları bakımından belirsiz bir yükümlölük getirmesi, hukuki güven ve açıklık esasları ile bağdaşmaması, kriterler arasında önceliğin belirlenmemesi⁸⁰⁸ ve ispat yükümlölüğünün kimde olacağı noktasındaki belirsizlik⁸⁰⁹ gibi gerekçelerle yoğun biçimde kritik

inceleme yapılarak yukarıda belirtilen hususları içerecek şekilde alınacak rapor sonucuna göre işe iade isteği hakkında bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır", Yarg. 9. HD., T. 23.01.2006, E. 2005/39145, K.2006/2317. (kazancı içtihat bankası).; aynı yönde, "Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o üniteye çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış işe çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır", Yarg. 9. HD., T. 03.04.2006, E. 2006/4878, K. 2006/ 8253,(Güzel/ Ertan, a.g.e., s. 1279).

⁸⁰⁷ Çelik, Eşit Davranma Borcu, s. 7-8.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., 740.; Alpagut, Sosyal Seçim, s. 102.; Yıldız, a.g.e., s. 224 vd.; Süzek, Eşit Davranma, s. 32-33.; Baysal, a.g.e., s. 81.: yazara göre, Yargıtay'ın söz konusu kararlarında bir çok objektif ve sübjektif kriterin sıralanması ve bu kriterler arasındaki ilişkilere yönelik bir açıklamaya da yer verilmemiş olması karşısında feshe muhatap olacak işçilerin isabetli olarak belirlenmesi imkansız gözükmektedir.; Karşı yönde; Ulucan, a.g.e., s. 505 vd.; Güzel/Ertan, a.g.e., s. 1295 vd.: yazarlar Türk Hukukunda kıdem, kanuni bakım yükümlölükleri, yaşlılık, özürölülük gibi durumların sosyal seçim ölçütü olarak dikkate alınması ve kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir; Kübra Doğan Yenisey, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi 2006, Sayı:2, s. 64.

⁸⁰⁸ Oysaki sosyal seçimim temel sorunlarının başında sosyal seçim kriterlerden hangisine veya hangilerine öncelik verilmesi gerektiği hususudur. Alman Hukukunda söz konusu sosyal seçim kriterleri eşit değerdedir ve seçim esnasında yeteri kadar göz önüne alınmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Wilfred Berkowsky, **Die Betreibbetingte Kündigung**, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, s. 144 vd.(Naklen: Baysal, a.g.e., s. 81).

⁸⁰⁹ Söz konusu Yargıtay kararların ispat yükü çok açık olmasa da işverene bırakılmış gibi gözükmektedir ki; bu husus da doktrinde İ.K.'nın 18 maddesindeki kuralın sadece feshin geçerliliğiyle ilgili olduğu belirtilmek suretiyle eleştirilmiştir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelik, Eşit Davranma, s. 10.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 740.

edilmiş ve neticede sosyal seçim ölçütlerinin iş sözleşmesinin feshinde göz önünde bulundurulmaması gerektiği ifade edilmiştir⁸¹⁰.

Söz konusu Yargıtay kararlarıyla ilgili başka bir eleştiri konusu ise ultima ratio İlkesi ile sosyal seçim kriterlerinin sürekli bir arada incelenmiş olmasıdır⁸¹¹. Oysaki isabetli olarak ifade edildiği gibi birden çok işçi arasından bir kısmının işten çıkarılması zorunluluğu bulunduğu hallerde feshin kime isabet edeceğinin kriterlerini belirleyen sosyal seçimle, feshin zorunlu olup olmadığıyla ilgili olan ultima ratio ilkesinin birbirleriyle alakası bulunmamaktadır⁸¹²,

Yargıtay'ın yukarıda sözü edilen kararlarından sonraki dönemde verdiği kararlarda “sosyal seçim kriterleri” yanında “objektif kriterler” kavramına yer verdiği ve hatta zaman zaman sosyal seçim ölçütünden tamamen vazgeçip sadece “objektif kriter” kavramına itibar ettiği görülmektedir. Ayrıca doktrindeki yoğun eleştirileri dikkate aldığını düşündüğümüz Yüksek Mahkeme, işletme gerekleriyle sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde nelerin kıstas olacağına değinmekten vazgeçmiştir⁸¹³. Örneğin 14.05.2007 tarihli bir kararında Yargıtay; “..Her ne kadar Baş Hukuk Müşavirliği kadrosu vekaleten yürütülmekte ise de, feshin son çare olması ilkesinden hareketle işçinin bir üst kadroda değerlendirilmesi işverenden beklenemez. Somut olayda, daha önce iki adet olan Hukuk Müşavirliği kadrosu bire indirildiğinden o kadrodaki personel sayısında fazlalık meydana gelmiştir. Bu durumda, işten çıkarılacak Hukuk Müşaviri objektif kriterler göz önünde bulundurularak seçilmiş ise feshin geçerli nedene dayandığı, aksi halde fesih için geçerli neden bulunmadığı kabul edilmelidir. Mahkemece bu yönde her hangi bir araştırma yapılmadan eksik

⁸¹⁰ Gülsevil Alpagut, “ İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, s. 98.; Aynı yazar, Sosyal Seçim, s. 102 vd.; Çelik, Eşit Davranma Borcu, s. 7-8.; Süzek, Eşit Davranma, s. 32-33.

⁸¹¹ Bu kararların eleştirisi için bkz.: Çelik, Eşit Davranma, s. 5 vd.

⁸¹² Ulucan, Sosyal Seçim, s. 499.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 740.; Çil, a.g.e., s. 303.

⁸¹³ Baysal, a.g.e., s. 82.

inceleme ile karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” ifadelerine yer vermiştir⁸¹⁴.

Yukarıda anılan kararda Yargıtay çözümlediği diğer noktaların yanında sözleşmeleri feshedilecek olan işçilerin seçimini de incelemiş ve işten çıkarılacak işçiler objektif kriterler göz önüne alınarak seçilmiş ise feshin geçerli bir nedene dayandığını, aksi halde ise feshin geçerli bir nedene dayanmadığını belirtmiştir⁸¹⁵.

Yüksek Mahkeme’nin sonraki kararlarında ise doktrinde de ifade edildiği üzere⁸¹⁶ işverenin sözleşmesini feshedeceği işçilerin seçiminde serbest olduğunu öngördüğünü görüyoruz. Örneğin 03.04.2006 tarihli bir kararında Yargıtay; “Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı Yasa’nın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece, işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu iş sözleşmesi ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunmasının tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulması gerekir”⁸¹⁷ ifadelerine yer vermiştir.

Yukarıda vermiş olduğumuz karardan Yargıtay’ın işverenin fesihte belirli kriterlere bağlı olarak işçi seçimi yapması yönündeki içtihadını

⁸¹⁴ Yarg. 9. HD., T. 14.05.2007, E. 2007/9579, K. 2007/14901 (Kazancı İctihat Bankası).

⁸¹⁵ Baysal, a.g.e., s. 82.

⁸¹⁶ Örnek olarak bkz.: Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104 vd.

⁸¹⁷ Yarg. 9. HD., T. 20.07.2009, E. 2009/27271, K. 2009/27272 (Kazancı İctihat Bankası).

değiştirdiğini⁸¹⁸, hatta böyle bir seçim yapmaya zorlanmasının yasal olmadığını öngördüğünü görüyoruz.

İşverenin yukarıda bahsi geçen bu serbestinin sınırlarını ise Yüksek Mahkeme, bireysel veya toplu iş sözleşmesinde veyahut iç yönetmelikte işten çıkarılacak işçilerin seçimi hususunda bir hüküm mevcutsa işveren bu hükmü dikkate almalıdır, biçiminde çizmiştir. Aynı şekilde işveren hiçbir sözleşme hükmü olmadığı halde belirli kriterlere göre seçim yaptığını iddia ediyorsa bu savunmanın denetime tabi olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 2009 tarihli bir kararında aynı hususları vurgulamış, ayrıca eski tarihli kararlarının aksine sözleşmesi feshedilen işçinin, işverenin keyfi davrandığını iddia etmesi halinde bu durumu ispat etmesi gerektiğini öngörmüştür. Nitekim söz konusu karar; "...İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır"⁸¹⁹ biçimindedir.

⁸¹⁸ Baysal, a.g.e., s. 83.

⁸¹⁹ Yarg. 9. HD., T. 06.07.2009, E. 2009/17950, K. 2009/19553(Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde; "...İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararı gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır. İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır". Yarg. 9. HD., T. 23.03.2009, E. 2008/34202, K. 2009/7718. (Kazancı İçtihat Bankası).

Sosyal seçim konusunda bizim kanaatimiz de doktrindeki baskın görüşle aynı yönde olup, yargı kararlarıyla bu türden bir zorunluluğun öngörülmesinin, işverenin fesih hakkını Kanunun öngördüğünden de öteye sınırlandırdığı yönündedir⁸²⁰. Zira işverenlere kanun ile öngörülme, içeriği ve şartları belirsiz bir yükümlülüğün getirilmesinin isabetsiz olduğu söylenmelidir⁸²¹. Nitekim belirttiğimiz üzere Yargıtay da yeni tarihli kararlarında bu türden bir seçim mecburiyetinden bahsetmemektedir⁸²². Nihayet denilebilir ki; işveren ayırım yasaklarına riayet etmek, başka bir anlatımla İ.K.'nın md.5/I ve 18/III hükümleri kapsamında eşit davranma borcuna uymak koşuluyla, sözleşmesini feshedeceği işçileri serbestçe belirleyebilmelidir⁸²³.

Doktrinde Türk Hukuku bakımından sosyal seçim vasıtasının toplu iş sözleşmesi olabileceği ifade edilmiştir⁸²⁴. Nitekim taraflar toplu iş sözleşmesi vasıtasıyla işletme gereklerine dayanan fesihlerde muhtelif kriterler belirleyebilirler⁸²⁵. Aynı zamanda toplu işçi çıkarma hususunu düzenleyen

⁸²⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 740.; Çelik, Eşit Davranma, s. 11.; Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104 vd.; Yıldız, a.g.e., s. 224 vd.; Süzek, Eşit Davranma, s. 32-33.; Baysal, a.g.e., s. 81.

⁸²¹ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104.

⁸²² Bkz.: dipnot:812.

⁸²³ Aynı yönde, “iş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş kanunun 5. maddesinde öngörülen “mutlak ayırım yasağı” dışında, işvereni bağlayan her hangi bir yasal düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konuda işçi ve işverenin bir takım kriterleri öngören anlaşma yapmaları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin-diğer şartlar da gerçekleşmişse- geçersizliğine karar verilir...”, Yarg. 9. HD., T. 11.09.2008, E. 2008/28373, K. 2008/23213.(Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 742).

⁸²⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 741.; İftar Cengiz Urhanoğlu, “ Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmuş Tenkiset Kuralına Uyulmaması Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit fesihleri Geçersiz Kılar”, Karar İncelemesi, **Kamu-İş** 2008, C.9, Sayı:4, s. 77.; Aynı yönde; “...Davalı işverenin aynı fesih nedenine dayanarak iş sözleşmesini feshettiği işçilerin açtığı emsal davalarda, işyerinde yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi heyet raporunda, personel giderlerinin fazla olduğunun tespiti yanında, davalı işverenin norm kadro çalışması yapmadığı, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde Toplu İş Sözleşmesinde düzenlenen tenkiset kuralına uymadığı, kısaca objektif kriterler getirmediği, ayrıca fesih nedeni ile çelişen uygulamalara girerek yeni işçi aldığı anlaşılmıştır. Nitekim Dairemizin 2007/33 Esasında temyiz incelemesi yapılan emsal işçinin dava dosyasında bu nedenlerle feshin geçersizliğine yönelik yerel mahkeme kararı onanmıştır. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davalı işverenin tarafından gerçekleştirilen iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı sabittir. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır”, Yarg. 9. HD., T. 02.07.2007, E. 2007/9641, K. 2007/21250 (www.kazanci.com.tr).

⁸²⁵ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 105.

İ.K.'nın 29. maddesi çerçevesinde işveren ile sendika temsilcileri arasındaki görüşmelerde sosyal seçim kriterleri oluşturmak suretiyle, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi mümkündür. Esasen bu husus tarafların görüşmelerindeki öncelikli amaçlardan birini oluşturmaktadır⁸²⁶.

(3) İş Güvencesinin Kapsamına Dahil Olmayan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinde İşverenin Eşit İşlem Borcu

İş güvencesinin kapsamı dışında olan işçilerin iş sözleşmeleri, işveren tarafından, geçerli bir neden bulunmasa da, İ.K.'nın 17. maddesindeki usule göre serbestçe feshedilebilir. İ.K.'nın 17. maddesine göre ise işveren söz konusu hükümdeki ihbar önelini tanımak veya bu süreye ilişkin ücreti işçiye peşin ödemek suretiyle işçinin iş sözleşmesini feshedebilecektir⁸²⁷.

Kural olarak iş güvencesi sistemi dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri işverence bir neden gösterilmeksizin feshedilebilirken, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleriyle bu hakkın sınırlandırılabilceğini de belirtmekte fayda vardır. Doktrinde işverenin bildirimli fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu belirtilmekle birlikte⁸²⁸, fesih hakkının kullanılmasını sınırlayan sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu ifade edilmiştir⁸²⁹. Zira nispi emredici nitelikte olan İ.K.'nın 17. maddesi işçi

⁸²⁶ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 105.

⁸²⁷ Yıldız, a.g.e., s. 241.

⁸²⁸ “...İş Hukuku'nun temel ilkesine göre işverenin hizmet akdinin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde sözleşmeye hüküm konulamaz. ...”, Yarg. 9. HD., T. 19.03.1998, E.1998/ 3090, K. 1998/5572(Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 700).; Aynı yönde, Yarg. 9. HD., T. 19.06.1996, E.1996/ 1783, K. 1996/14013.

⁸²⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 700.; Aynı yönde, “1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesine göre, işçi veya işveren herhangi bir sebep göstermeden, oradaki önellere uymak suretiyle hizmet akdini feshedebilir. 13. maddeye göre; fesihte, feshi ihbar serbestisi ilkesi mevcuttur. Ancak, ferdi iş sözleşmesi veya TİS.leriyle bu fesih serbestisini sınırlayan hükümler getirilebilir. Taraflar arasında akdedilmiş olan 1.2.1985 tarihli sözleşmenin 6. maddesinde; fabrika idaresinin, kanuni olmayan sebeplerden dolayı hizmet akdini feshettiği takdirde hak edilen kıdem tazminatının iki mislini çıkış tazminatı olarak ödemeyi kabul ettiği yazılıdır. Buradaki kanuni olmayan sebepler, sözlerinden haklı fesih sebepleri değil, makul ve meşru olmayan sebepler amaçlanmıştır. Buna göre işveren makul ve meşru sebepler olmadan İş Kanununun 13. maddesine göre hizmet akdini feshettiği takdirde buradaki tazminatı ödeyecektir. Şayet meşru sebepler varsa, bu tazminatı ödemek zorunda olmayacaktır. Makul ve meşru sebepler, uygulamada ve doktrinde, teknolojiye modernleşme nedeni ile makinelerin

yararına sözleşme hükümleriyle değiştirilebilir⁸³⁰. Dolayısıyla sözleşmeler vasıtasıyla işçilerin makul ve meşru nedenlerin mevcudiyeti halinde işten çıkarılabileceği, feshin disiplin kurulu kararıyla gerçekleştirilebileceği veya feshin kötüye kullanılması, usulsüz yapılması gibi durumlarda muhtelif adlar altında bir tazminat ödeneceği gibi yöntemlerle işverenin bildirimli fesih hakkı sınırlandırılabilir⁸³¹.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz sözleşmelerle işverenin bildirimli fesih hakkının kısıtlandığı durumlar hariç, iş güvencesinin kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesi İ.K.'nın öngördüğü usul çerçevesinde işverence serbestçe feshedilebilir. Ancak burada da yapılacak fesih, hakkın kötüye kullanılması yasağına ve ayrımcılık yasaklarına aykırı olmamalıdır⁸³².

İ.K.'nın 17. maddesinin altıncı fıkrasındaki "...18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında alan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir" hükmüyle kötüniyetin sabit olması halinde işverenin kötüniyet tazminatı⁸³³ ödeyeceği öngörülmüştür. Temelini M.K. md.2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralından alan bu yaptırım, fesih hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesine yöneliktir⁸³⁴.

azaltılması, yeteri kadar hammadde bulunmaması, pazar teminindeki güçlük nedeni ile malların satılamaması, üretimde rasyonalizasyon tedbirleri gibi durumlar ile işçinin şahsından ve davranışından doğan, örneğin; işçinin randımsız çalışması, işinde beceriksizlik göstermesi, mesleki yetersizliği, işini yerine getirmek için gerekli bilgileri öğrenme yeteneğinin azlığı gibi haller olarak kabul edilmektedir", Yarg. 9. HD., T. 24.09.1992, E.1992/ 3164, K. 1992/10375.

⁸³⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 700.

⁸³¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 700 vd.

⁸³² Baysal, a.g.e., s. 84.

⁸³³ Kötüniyet tazminatı zarardan bağımsız maktu nitelikte bir tazminat olup, işçinin bu tazminata hak kazanabilmesi için zarara uğradığını veya zararın miktarını ispat gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır ki; bu niteliğiyle teknik anlamda bir tazminat olarak da olmadığı ifade edilmiştir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 694-695.

⁸³⁴ Baysal, a.g.e., s. 84.

Belirtilmelidir ki; İ.K.'nın 5. maddesinde yer alan nedenlere dayalı olarak, başka bir anlatımla işçinin cinsiyeti, ırkı, dini ve benzeri nedenlerle yapılan fesihler eşit davranma borcuna aykırılık olduğu gibi, aynı zamanda kötüniyetli fesihlerdir ve bu türden bir fesih yapan işverenin kötüniyet tazminatı ödemesi gerekmektedir⁸³⁵. Bu noktada gerek eşit davranma borcuna aykırılık gerek kötüniyetli bir fesih olduğundan ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatı birlikte gündeme gelecektir ki; bu tazminatlardan hangisinin talep edilebileceği veya her iki tazminatın da talep edilip edilemeyeceği meselesi çalışmamızın yaptırımlarla ilgili bölümünde incelenecektir.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tabi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile "İş Kanununun 18 inci" maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci" maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, iddianın sabit olması halinde işçiye ödenecek tazminat miktarı aynı maddenin altıncı fıkrası hükmü esas alınmak suretiyle belirlenir. Söz konusu altıncı fıkraya göre ise tazminatın⁸³⁶ miktarı işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz.

Görüldüğü üzere iş güvencesinin kapsamı dışında olan bir işçi sendikal bir nedene dayalı olarak sözleşmesi feshedildiğinde İ.K.'nın 17. maddesinde öngörülen kötüniyet tazminatını değil, onun özel bir düzenlemesi olan sendikal tazminatı talep etmelidir⁸³⁷. Zira 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13.

⁸³⁵ Yıldız, a.g.e., s. 241.

⁸³⁶ Bu tazminat doktrinde ve uygulamada "sendikal tazminat" olarak ifade edilmektedir.

⁸³⁷ 4773 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesi sendika üyeliği nedeniyle işten çıkarılan işçi isterse kötüniyet tazminatı, isterse sendikal tazminat talep edebilmekteydi. Kanuni olarak sendikal tazminata hükmedildiğinde kötüniyet tazminata hükmedilemeyeceği amir olduğundan, Yargıtay her iki tazminatın da talep edilmesi durumunda, çoğun içinde azında bulunduğu kuralına istinaden fazla olana

maddesinden 4773 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası “işçinin sendikaya üye olması... gibi sebeplerle işten çıkarılması hallerinde” ifadesi çıkarılmıştır. Bu itibarla sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçinin kötüniyet tazminatı ile sendikal tazminat talep edebilme gibi bir hakkı olmayıp sendikal tazminat talep etmek durumundadır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun kötüniyet tazminatını öngören 17. maddesinde de aynı esas devam ettirilmiştir. Şu halde S.K.’nın 31. maddesinin son fıkrasındaki “işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır” ifadesi kötü niyet tazminatı dışındaki hükümler bakımından söz konusu olacaktır⁸³⁸.

İş güvencesi kapsamındaki işçiler ise sendikal nedene dayalı bir fesih halinde öncelikle iş güvencesi hükümleri çerçevesinde işe iade davası açacak, davayı kazanmaları ve işe iade edilmemeleri halinde ise kazanacakları tazminat bir yıllık ücretlerinden az olmayacaktır. Sendikal tazminatta ispat yükü ve sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatının bir arada istenebilip istenemeyeceği meseleleri ise ilerleyen paragraflarda incelenecektir.

3) Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasında İşverenin Eşit Davranma Borcu

İş sözleşmesini zamanından önce bildirim öneli vermeden derhal sona erdiren, ancak keyfi olmayıp İş Kanununda düzenlenmiş olan durumların mevcudiyetini gerektiren fesih türüne bildirimsiz veya haklı nedenle fesih denir⁸³⁹. Türk Hukukunda “olağanüstü fesih”, “önelsiz fesih”, “derhal fesih”, “süresiz fesih”, “muhik sebeple fesih” gibi terimlerle de ifade edilen haklı nedenle fesih, B.K. md. 344⁸⁴⁰, İ.K. md. 24-25, D.İ.K. md 14-16 ve B.İ.K. md.

hükmedilmesi kanaatini taşıyordu. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 698-699.

⁸³⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 699.

⁸³⁹ Aktay/Arıcı/Kaplan- Senyen, a.g.e., s. 199.

⁸⁴⁰ Aynı husus 6098 sayılı yeni TBK’nun 435. maddesinde düzenlenmiştir.

11’de düzenlenmiş olup kanuni bir haktır⁸⁴¹. Taraflara haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan durumlarda artık taraflardan birinden iş ilişkisini devam ettirmesi dürüstlük kuralınca beklenemez⁸⁴².

Bu hususta; haklı neden kavramı, haklı nedenle feshin hüküm ve sonuçları, haklı nedenle fesih hakkının sınırlandırılması gibi konulara değinmeyerek doğrudan bizim konumuz olan iş sözleşmesinin haklı nedenle işveren tarafından feshinde, işverenin eşit davranma borcu olup olmadığı meselesini ele almak istiyoruz.

Öncelikle söylemeliyiz ki; fesihte eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için birden çok işçinin işten çıkartılması gerekir. Başka bir anlatımla feshin kolektif bir boyut kazanması gerekir⁸⁴³. Zira tek bir işçinin iş sözleşmesinin feshi durumunda eşitlik ilkesinin doğası gereği eşit davranma borcu gündeme gelmeyecektir.

Doktrinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde eşit davranma borcunun uygulama alanı bulup bulamayacağı ile ilgili bir çok fikir öne sürülmüştür. **Mollamahmutoğlu’na** göre; iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu kat’i, mutlak bir anlam taşımaz. Zira işverenin fesihte eşit davranma borcu, ayırım yasağının mutlak olduğu sebeplerle sınırlıdır. Nitekim ayırım yasağı halleri dışında işverenin fesih hakkını kısıtlayan bir düzenleme yoktur⁸⁴⁴. **Çelik’e** göre de; iş sözleşmelerinin feshi hallerinde işverenin eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. İşveren bildirimli fesih hakkını aynı durumdaki işçilerden istediği işçinin sözleşmesini feshederek(geçersiz fesih

⁸⁴¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 586.

⁸⁴² Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara 1976, a. 16.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 587-588.; Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden-Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku** Dergisi 2006, Sayı:1, s. 72.

⁸⁴³ Kübra Doğan Yenisey, “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi** 2006, Sayı:2, s. 62.

⁸⁴⁴ Bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 539-541.

ve hakkın kötüye kullanımı halleri hariç) kullanabilir. Haklı nedenle fesihte de aynı durum söz konusudur⁸⁴⁵.

Tunçomağ/ Centel'e göre ise; “ işveren iş sözleşmesini feshi ihbar ederken, onun bütün özel durumunu, hareketlerini ve davranışlarını göz önünde tutar. Bu da, feshi ihbarda, eşit davranma esasının uygulanmasını, kural olarak, önceden bir yana bırakmayı gerektirir. Bunun gibi, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde de, şahsında haklı neden gerçekleşen işçiye, kural olarak, aynı sözleşmeye aykırılığı yapmış diğer işçilerle birlikte eşit davranma yükümü yoktur. Çünkü, işverenin haklı nedenle feshe gidip gitmeyeceği, haklı nedenin gerçekleşmiş bulunmasına rağmen bir çok faktöre bağlıdır⁸⁴⁶”.

Doktrinde bir kısım yazar ise haklı nedenle fesih durumunda da işverenin eşit davranma borcu olduğu savunmaktadır. Nitekim **Tuncay'a** göre; “Madem ki, işverenin işyerinde çalışan işçileri arasında ayırım yapmayı haklı kılan bir neden olmadıkça onlara eşit davranmakla yükümlü olduğu kabul olunmaktadır, o halde işverenin, işçinin hizmet akdini feshetmesi konusunu bunun dışında tutmak tutarlı bir davranış olmaz. Eşit davranma ilkesinin fesihte uygulanabileceği alan, olağan fesihten çok olağanüstü fesihtir. Çünkü olağanüstü fesihte önemli olan, feshe yol açan haklı nedenin hizmet akitleri feshedilecek kişiler arasında keyfi ayırım yaratacak biçimde

⁸⁴⁵ Bkz.: Çelik, İş Hukuku, s. 167.; Aynı yönde, Uşan'a göre; “ Özellikle sözleşmenin haklı nedenle feshinde işverenin aynı konumda bulunan işçilerden bir kısmının sözleşmesini sona erdirmesi, bir kısmının ise sona erdirmemesi konusunda kural olarak serbest olması gerekir. aksi halde işveren şöyle bir yol da izleyebilir. Her hangi bir olaya karışan her iki işçiye işten çıkartır, daha sonra bunlardan istediğini, tekrar işe alma hakkını kullanabilir. Bu durumda işten çıkartıldıktan sonra tekrar işe alınmayan işçi, kendisinin de işe alınmamasını herhalde eşit davranma borcuna aykırılık olarak nitelendiremeyecektir. Madem ki, işverenin elinde bu imkan mevcuttur, o halde daha baştan iş ilişkisi sona erdirirken, eşit davranma borcunun kural olarak var olmadığı düşünülerek sorun çözümlenmelidir” Aynen, Fatih Uşan, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit davranma Borcu Var mıdır?”, **Legal İSGHD** 2005, Sayı:8, s. 1630.

⁸⁴⁶ Aynen, Tunçomağ/Centel, a.g.e., s. 136.; Aynı yönde; Güven/Aydın'a göre; “fesih hakkının kötüye kullanılması hali dışında, işverenin dilediği işçinin sözleşmesini gerek bildirimli fesihte gerekse derhal fesih yoluyla her zaman feshedebilir. Örneğin işyerinde bir kavgaya karışan işçilerden bazılarının iş sözleşmesi işverence feshedilebileceği gibi, bazılarının iş sözleşmeleri de feshedilmeyebilir. Önemli olan işverenin fesih hakkını kötüye kullanmaması gereğidir”, Aynen, Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, s. 106.

kullanılmamasıdır”⁸⁴⁷. **Süzek’e** göre; “Sadece ayırım yapma yasağının değil, genel anlamda eşit davranma borcunun da Anayasa’nın 10. maddesinin bir gereği olduğu ve yine Anayasa’nın 11. maddesi uyarınca eşitlik ilkesinin tüm hukuk düzenimizde ve bu arada iş ilişkilerinde de kişileri bağlayan bir ilke olduğundan genel anlamda eşit davranma borcu, Anayasa gereği tüm iş ilişkilerinde işverenin uyması gereken bir yükümlülük olduğuna göre iş akdinin feshi konusunun bu ilkenin dışında düşünülemez”⁸⁴⁸.

Bu konudaki Yargıtay uygulamasına baktığımızda ise Yüksek Mahkemenin yerleşik bir içtihat geliştirdiği söylenemez. Ancak verdiği kararların birçoğunda haklı nedenle fesihte işverenin eşit davranma borcu altında olduğuna dair görüş bildirdiğini belirtmekte fayda vardır. Örneğin, 04.11.2004 tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme; “Davacının, davalının işyerinde işverenin diğer işçisi N.S.'ye hakaret ve darp etmesi sebebiyle 1475 Sayılı Yasanın 17/II-ç maddesi gereğince hizmet akdinin davalı işveren tarafından feshedildiği kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmişse de, bu olayla ilgili olarak N. S. tarafından davamızın davacısı G.T. aleyhine açılan şahsi davada Edirne Sulh Ceza Mahkemesinin 2001/1931 Esas dosyasının yargılaması sonunda verilen kararda hakaret fiilinin gerçekleşmediği kabul edilmiş, ancak müessir fiilin subut bulunduğu kabul edilerek sanığın mahkumiyetine ve cezanın ertelenmesine karar verilmiş, karar Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 8.10.2003 tarihli kararıyla onanarak kesinleşmiştir. Ceza mahkemesi kararı gerekçesinde kavganın şahsi davacı N.S. tarafından başlatıldığı olayda hafif tahrikin varlığı kabul edilerek TCK'nın 51/1 maddesi gereğince ceza indirimi yapılmıştır. Gerek ceza dosyasındaki kanıtlardan, gerekse dosya içeriğinden tarafların karşılıklı

⁸⁴⁷ Aynen, Tuncay, Eşit Davranma, s. 213-214.

⁸⁴⁸ Aynen, Süzek, Eşit Davranma, 31.; buna karşılık 1475 sayılı kanun döneminde Süzek, eşit davranma borcunun fesihte uygulama alanı bulmayacağı kanaatindeydi. Nitekim o dönemde, “...kural olarak iş sözleşmesinin feshinde işveren eşit davranma borcu altında değildir. Haklı nedenle fesih hakkını kullanan işveren bu fesih nedenini ortaya çıkaran işçilerden bazılarının sözleşmesini feshedip bazılarını işte tutabilir. Aynı şekilde, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan haller, örneğin fesihte sendikal nedenle ayırım yapılması dışında, bildirimli fesih hakkını kullanan işverenin eşit davranma yükümlülüğünden söz edilemez” ifadelerine yer vermiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2002, s. 397.

olarak birbirlerini darp ettikleri anlaşılmaktadır. Olay mesaiden sonra soyunma odasında meydana gelmiştir. Ceza kararında olayı başlattığı kabul edilen N. S.'nin bu olay sebebiyle iş akdinin feshedilmediği ileri sürülmüştür. Davacının kaşını yararak yaralama fiilini ika eden N. S.'nin hizmet akdi bu olay nedeni ile feshedilmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı gibi dokuz yıl kıdemi bulunan davacının diğer işçiye sataştığı da kanıtlanamadığından, ihbar ve kıdem tazminatı alacak miktarları belirlenerek istekler hüküm altına alınmalıdır⁸⁴⁹ hükmünü öngörmek suretiyle haklı nedenle fesihte de işverenin eşit davranma borcu yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir.

Sonraki tarihli bir kararında da Yargıtay; “Belirtmek gerekir ki, haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda, iş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranılması, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabilir, ancak geçersiz hale getirmez. Bir başka anlatımla, bu gibi uyuşmazlıkta, işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı, geçersizlik değildir. Davacı sendika üyesi olmadığı gibi sendikal faaliyet ve sair nedenlerle eşit davranma ilkesine aykırı davranarak işverenin iş sözleşmesini feshettiğini kanıtlamış değildir. Eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiştir. Somut olayda davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli bir neden vardır. Davacının işe iade isteğinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulü hatalıdır⁸⁵⁰ ifadeleriyle görüşünü yinelemiştir.

⁸⁴⁹ Yarg. 9. HD., T. 04.11.2004, 2004/8413, K. 2004/24957(Uşan, Eşit Davranma, s. 1624-1625).

⁸⁵⁰ Yarg. 9. HD., T. 10.04.2006, 2006/7385, K. 2007/9027(Kararın değerlendirmesi için bkz.: Çil, Eşit Davranma, s. 298 vd.; Yüksek Mahkeme haklı nedenle fesihte eşit davranma borcuna uyulması gerektiğini ifade etse de buna aykırılığın yaptırımın feshin geçersizliği değil, İ.K. md. 5'deki ayrımcılık tazminatı olacağını ifade etmiştir. Örneğin bkz.: “Dosya içeriğine göre 03.06.2005 tarihinde işyerinde 07.30-15.30 ile 15.40-01.40 saatleri vardiya değişimi sırasında tüm işçilerin 3 işçinin işten çıkarılması nedeni ile işveren temsilcileri ile konuşmak üzere dinlenme salonunda toplandıkları, ancak işveren temsilcilerinin toplantıya gelmediği, bu nedenle işyerinde 1. vardiyanın işten geç çıktığı, ikinci vardiyanın ise yaklaşık 50 dakika işe geç başladığı, bu eylem nedeni ile üretimin durduğu, eylemin davacının davranışlarından kaynaklanan neden olduğu ve topluca yapılması nedeni ile 2822 sayılı TİSGLK'nun 25/3 maddesi kapsamında işi yavaşlatma ve verimi düşürme olduğu, kanun dışı grev olarak değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Esasen bu mahkemenin de kabulündedir. Ancak mahkemece, işyerinde tüm işçilerin bu eyleme katılmış olmasına rağmen, sadece davacı ve birkaç arkadaşının iş sözleşmesinin feshedilmiş olması, eşit

Bizim kanaatimiz ise, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde işverenin kural olarak eşit davranma borcu olmadığı yönündedir. Şöyle ki; haklı nedenle fesihte eşit davranma borcu salt ayrımcılık yasağının mutlak olduğu hallerle sınırlıdır ki; bunlar da İ.K.'nın 5. maddesinde öngörülmüş olan cinsiyet, din, ırk, siyasal düşünce vb. gibi hallerdir. Bunun dışında örneğin, işveren bir kavgaya karışan iki işçiden birinin iş sözleşmesini devam ettirirken diğerini işten çıkarabilmelidir. Zira haklı nedenle fesih hakkı doğuran nedenler işverene iş sözleşmesini derhal feshedebilme imkanı tanır, feshetme zorunluluğu getirmez. Dolayısıyla işveren işçilerden birini veya bir kaçını çeşitli nitelikleri itibariyle(kıdemi, işyeri için vazgeçilmezliği, eğitim durumu, daha önceki iyi hali, verimliliği vb.) işte tutarken, bir kısmının sözleşmesini feshedebilmelidir. Nitekim İ.K.'nın 5 maddesinde öngörülen mutlak ayırım yasakları hariç işverenin fesih hakkını kısıtlayan kanuni bir düzenleme olmadığı gibi aksini savunmak bir anlamda hukukumuzun genel ilkelerinden olan sözleşme serbestini fesih bakımından bertaraf etmek anlamına gelecektir. Ayrıca belirtelim ki; Yüksek Mahkeme de yakın tarihli bir kararında söz konusu mutlak ayırım yasakları hariç işverenin fesih hakkını kısıtlayan bir düzenlemenin bulunmadığına işaret ederek, bu konudaki içtihadını değiştirmiş gözükmemektedir⁸⁵¹.

davranma ilkesine aykırılık kabul edilmiş ve bu nedenle iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Belirtmek gerekir ki, haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda, iş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranılması, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabilir, ancak geçersiz hale getirmez. Bir başka anlatımla, bu gibi uyumsuzlukta, işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı, geçersizlik değildir. Davacı sendika üyesi olmadığı gibi sendikal faaliyet ve sair nedenlerle eşit davranma ilkesine aykırı davranarak işverenin iş sözleşmesini feshettiğini kanıtlamış değildir. Eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiştir. Somut olayda davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli bir neden vardır. Davacının işe iade isteğinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulü hatalıdır", Yarg. 9. HD., T.10.04.2006, E. 2006/7385, K. 2007/9027(www.kazanci.com)

⁸⁵¹ Yarg. 9. HD, T.11.09.2008, E. 2008/28373, K.2008/23213, Benzeri yönde bkz.: "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 değil tesisine hizmet eder...4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini

II) İSPAT YÜKÜ

A) MUKAYESELİ HUKUK

AB Hukukuna baktığımızda öncelikle 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin Direktif”in bu konuyu açıkça düzenlediğini görüyoruz⁸⁵². Bu Direktifi yürürlükten kaldıran 2006/54 sayılı Direktif’in de aynı esaslara yer verdiği belirtilmelidir⁸⁵³. Söz konusu Direktiflerde üye devletlere, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması suretiyle yanlış davranıldığını düşünen kişiler bir mahkemeye veya başka bir yetkili makama doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğini ortaya koyabilecek esaslar sunduklarında, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Dolayısıyla Birlik Hukukuna göre, eşit davranma borcuna aykırı davranıldığını iddia eden davacı eşit davranma borcunun ihlal

almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak " esaslı nedenler olmadıkça" ve " biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır”, Yarg. 9. HD, 07.07.2009, E. 2009/25544, K.2009/20096((www.kazanci.com)

⁸⁵² Söz konusu Direktif’in 4. maddesine göre; “Üye devletler, adli sistemlerine uygun olarak, bir kimsenin işlem eşitliği ilkesinin kendisi için uygulanmamasından zarar gördüğü kanısına varması ve doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık yapıldığının varsayılmasına imkan veren olayları tespit etmesi halinde, gerekli önlemleri alırlar; işlem eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğini kanıtlamak davalı tarafa aittir.

Bu direktif üye devletlerin davacı tarafa daha elverişli bir kanıtlama rejimi kabul ettirmelerine engel olmaz.

Üye devletler, olayları işleme koyma yükümlülüğünün adli yargıya veya idari merciye ait olduğu davalarda, 1.fıkraı uygulamayabilirler”.

⁸⁵³ 5 Temmuz 2006 tarihli İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Avrupa Parlamentosu Ve Konseyi’nin 2006/54 Sayılı Direktifi: md. 19: “Üye devletler, Ulusal adli sistemlerine uygun şekilde, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması suretiyle yanlış davranıldığını düşünen kişiler bir mahkemeye veya başka bir yetkili makama doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğini ortaya koyabilecek esaslar sunduklarında, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alırlar.

1. fıkra Üye devletlerin davacılar açısından daha elverişli olan delil kurallarını yürürlüğe sokmalarını engellemez.

Davanın esaslarını araştırmanın mahkeme veya yetkili bir organın sorumluluğunda olduğu kovuşturmalarda üye devletlerin 1. fıkra hükümlerini uygulamaları gerekmez”.

edildiğine dair bir çıkarım yapılmasına yetecek olguları ortaya koyduğu takdirde, ispat yükü davalıya, yani işverene geçecektir⁸⁵⁴. AB Adalet Divanı da eşit davranma borcuna aykırılık iddialarında işçi bakımından ispat yükünün hafifletilmesi yönünde görüş bildirmektedir⁸⁵⁵.

Alman Hukukunda Genel Eşit Davranma Yasasının 22. paragrafında söz konusu Direktiflere uygun bir düzenleme olduğunu görüyoruz. Nitekim söz konusu paragrafta, “ Uyuşmazlık durumunda bir taraf & 1’de sayılan sebeplerden dolayı ayrımcılık yapıldığına dair karine oluşturabilecek esasları ispatlarsa, diğer taraf ayrımcılığa karşı korumayla ilgili hükümlere aykırılık olmadığını ispat etmek zorundadır” ifadesi mevcuttur⁸⁵⁶.

Fransız Hukukunda da Fransız İş Kanunu’nun ayrımcılık iddialarında ispat yükü ile ilgili L.1144-1. maddesine göre; doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden taraf sadece buna ilişkin maddi olguları ortaya koyacaktır. Davalı taraf ise ayrımcı bir davranışta bulunmadığı, aksine objektif bir ölçüt veya uygulamanın yürürlüğe konulduğunu ispat etmek durumundadır⁸⁵⁷.

Amerikan Hukukunda ise benzeri bir biçimde; davacı işçinin ayrımcılığa uğradığına ilişkin bir takım olguları ortaya koyması halinde ispat yükü işverene geçecektir. Bunun üzerine işveren ayrımcılık yapmadığını çeşitli vasıtalarla ispat etmelidir. İşveren işçinin ortaya koyduğu olguları çürütemezse, başka bir anlatımla ayrımcılık yapmadığını ispat edemezse aleyhine karar verileceğine şüphe yoktur⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ Birlik Hukukunda ispat yükü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Erdem Özdemir, **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, İstanbul 2006, s.220 vd.; Aynı yazar, “Sözleşmenin Yapılması, Muhtevası ve İfasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul 2007, s. 146 vd.

⁸⁵⁵ Barnard, Gender Equality, s. 255.

⁸⁵⁶ bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Ergin, Genel Eşit Davranma Yasası”, s. 654-655.

⁸⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Yıldız, a.g.e., s. 299.

⁸⁵⁸ Amerikan Hukukunda bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve mahkeme kararları için bkz.: Twomey, a.g.e., s. 462 vd.

B) TÜRK HUKUKU

1) Genel Olarak Eşit Davranma Borcuna Aykırılık İddialarında İspat Yükü

1475 sayılı İş Kanunu döneminde eşit davranma borcuna aykırılık iddiaları kötüniet tazminatı bakımından gündeme gelmekte olup, kötüniet iddiasında bulunan işçi, iddiasını ispatla yükümlüydü⁸⁵⁹. Doktrinde ise eşit davranma borcunda işçinin ispat yükünün hafifletilmesini öngören bir ispat yükü sisteminin kanuni olarak düzenlenmesi gereği haklı olarak ifade edilmekteydi⁸⁶⁰.

4857 sayılı İş Kanunu ise 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin Direktif doğrultusunda⁸⁶¹, eşit davranma borcuna aykırılık iddialarında ispat yükünü özel olarak düzenlemiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasına göre; "Yirminci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur". Görülmektedir ki; İş Kanunumuza göre işverenin eşit davranma borcuna

⁸⁵⁹ Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 74.

⁸⁶⁰ Yüksel, a.g.e., s. 360 vd.; Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği, s.67.; Nurhan Süral, **Avrupa Topluluğu'nun Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye**, Ankara 2002, s. 169.

⁸⁶¹ Söz konusu Direktif'in 4. maddesine göre; "Üye devletler, adli sistemlerine uygun olarak, bir kimsenin işlem eşitliği ilkesinin kendisi için uygulanmamasından zarar gördüğü kanısına varması ve doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık yapıldığının varsayılmasına imkan veren olayları tespit etmesi halinde, gerekli önlemleri alırlar; işlem eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğini kanıtlamak davalı tarafa aittir.

Bu direktif üye devletlerin davacı tarafa daha elverişli bir kanıtlama rejimi kabul ettirmelerine engel olmaz.

Üye devletler, olayları işleme koyma yükümlülüğünün adli yargıya veya idari merciye ait olduğu davalarda, 1.fıkraı uygulamayabilirler".

aykırı davrandığını ispat yükü işçiye düşer. Ancak aşağıdaki şu iki halde ispat yükü yer değiştirir ve eşit davranma borcunu ihlal etmediğini işveren ispatlamak durumunda kalır;

- İşçinin eşit davranma borcuna aykırılık iddiası, iş sözleşmesinin işverence İş Kanunu'nun 20. maddesinde öngörüldüğü gibi sebep gösterilmeksizin veya geçerli bir neden olmaksızın feshedildiği yönündeyse, örneğin iş sözleşmesi işçinin cinsiyetine veya dini inanışına gibi ayrımcılık hallerinden birine dayanılarak feshedildiği iddiası varsa, işveren fesihte geçerli bir nedene dayalı olarak iş sözleşmesini feshettiğini ispatla yükümlüdür (İ.K. md. 20/II). İşveren feshin geçerli bir nedene dayandığını söz konusu 20. madde hükmü çerçevesinde ispat eder ise işçi artık feshin başka bir nedene dayandığını ispat etmek durumundadır^{862, 863}.

- İşçi işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğini ispat edemese de, bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Görüldüğü üzere işçi eşit davranma borcuna aykırılık iddiasını genel hatlarıyla ortaya koyduğu takdirde ispat yükü işverene geçmektedir⁸⁶⁴. Bu itibarla İ.K.'nın beşinci maddesinde AB Hukukuna paralel bir biçimde işçi bakımından hafifletilmiş bir ispat yükü sistemine geçildiğini görüyoruz⁸⁶⁵.

Yargıtay sosyal seçim ilkesini benimsediği dönemdeki kararlarında iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna uygun hareket edilip edilmediğinin ispat yükünün işverenin üzerinde olduğu izlenimini yaratan ifadeler yer vermektedir⁸⁶⁶. Bu kararlar da bizi, Yüksek Mahkeme'nin geçerli

⁸⁶² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 553.

⁸⁶³ İş güvencesinde ispat yükü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Bektaş Kar, "İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, **Legal İSGHD** 2005, sayı:7, s. 1006 vd.

⁸⁶⁴ Baysal, a.g.e., s. 93.

⁸⁶⁵ Yıldız, a.g.e., s. 301.

⁸⁶⁶ Örnek olarak bkz.: "...Yukarda belirtilen somut maddi ve hukuki olgulara göre, özellikle kadro daraltılmasının incelenmesi için işyerine işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren kayıtlar ilgili kurumdan getirtilmeli, işyerinde keşif yapılmalı, işyeri kayıtları ve davalı ile dava dışı kurdurduğu iddia edilen şirket arasındaki sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6- son maddesi kapsamında incelenmeli,

nedene dayalı olarak yapılan fesihle ilgili olan ispat yükümlülüğünü(md.20/II) sosyal seçim konusunda da uygulanacak kural olarak benimsemiş olduğu sonucuna götürmekteydi.

Doktrinde ise haklı olarak Türk Hukukunda kanuni bir temelden yoksun olan sosyal seçim ölçütlerinin işverenlerce dikkate alınması gerektiği kabul edilse dahi, ispat yükünün işverende olduğuna ilişkin İ.K. md. 20'deki kuralın feshin geçerli olduğunun ispatı ile ilgili olduğu⁸⁶⁷, sosyal seçim ile ilgili ispatın ise böyle bir seçim yapılmadığını iddia eden işçinin üzerinde olduğu ifade edilmiştir⁸⁶⁸. Yine doktrinde sosyal seçim ölçütlerinin yasal olarak düzenlendiği Alman Hukukunda bile bu ölçütlere aykırılığı işçinin ispatla yükümlü olduğu dile getirilmiştir⁸⁶⁹.

Sosyal seçim konusunda kanaatimiz daha öncede ifade ettiğimiz gibi doktrindeki baskın görüşle aynı yönde olup, yargı kararlarıyla bu türden bir zorunluluğun öngörülmesinin, işverenin fesih hakkını Kanunun öngördüğünden de öteye sınırlandırdığı yönündedir⁸⁷⁰. Zira işverenlere kanun ile öngörülmeyen, içeriği ve şartları belirsiz bir yükümlülüğün getirilmesinin isabetsiz olduğu söylenmelidir⁸⁷¹. Ayrıca sosyal seçim ölçütlerinin Türk Hukuku bakımından uygulanması kabul edilse dahi, bu ölçütlerin hiç uygulanmadığını veya objektif olarak uygulanmadığını ispat yükü bunu iddia eden işçinin üzerinde olması gerektiğini bir kez daha yineleyelim.

sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkeleri çerçevesinde belirtilen olguları kapsayan bir değerlendirme yapılmalı, bilirkişilerden bu konuları açıklayan ve denetime elverişli olan raporlar alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkesini bertaraf eden, "davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfî davrandığını kanıtlayamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı gerekçesi" ile istemin reddine karar verilmesi hatalıdır", Yarg.9.HD., T. 03.04.2006, E. 2006/4878, K.2006/8253 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁶⁷ Çelik, Eşit Davranma, s. 10-11.

⁸⁶⁸ Eleştiriler için bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 740.; Nuri Çelik, "İşyeri Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebebi İspatlama ve Çıkarılacak İşçilerin Seçiminde Objektif davranma Yükümlülüğü", **BATIDER**, C. XXI, Sayı:2, Aralık 2007, s. 29.

⁸⁶⁹ Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu (md. 1/3 son).

⁸⁷⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e.,ü s. 740.; Çelik, Eşit Davranma, s. 11.; Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104 vd.; Yıldız, a.g.e., s. 224 vd.; Süzek, Eşit Davranma, s. 32-33.; Baysal, a.g.e., s. 81.

⁸⁷¹ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104.

Daha önce de ifade edildiği gibi İ.K.'nın 5. maddesinin son fıkrası itibariyle işçi, eşit davranma borcunun ihlalinin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, ispat yükü işverene geçecektir. Bu noktada ihlal ihtimalinin güçlü bir biçimde nasıl ortaya konabileceği sorusu gündeme gelmektedir. Doktrinde isabetli bir biçimde, ihlal mevcudiyetinin kuvvetli bir ihtimal olarak hakimde kanı oluşturabilmesi için, işçinin, somut, objektif vakıaları ortaya koyması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁷². Başka bir anlatımla İ.K.'nın 5/son da bulunan işçi bakımından hafifletilmiş ispattan yararlanabilmek için, bir takım ispatlanması nispeten kolay ve genel hayat tecrübesine dayanarak bir ayrımcılığın ihtimalini gösteren vakıalar ortaya konulacak ve bu durumda artık işveren yaptığı işlemin, uygulamanın hukuka uygunluğunu ispat etmek durumunda olacaktır⁸⁷³. Örneğin, işveren tarafından terfi ettirilen bütün işçilerin işveren ile aynı mezhepten olması veya aynı politik görüşü paylaşıyor olması, buna mukabil uzun süredir terfi ettirilmeyen işçilerin farklı mezhep veya farklı bir politik görüşü paylaşıyor olması durumu eşit davranma borcunun ihlali ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koymaktadır⁸⁷⁴. Bunun gibi işyerinde iş sözleşmesi feshedilen işçilerin büyük çoğunluğunun sendikalı olması durumunda da eşit davranma borcunun ihlal edildiği ihtimali güçlü bir biçimde kendini göstermektedir⁸⁷⁵.

Bu hususa ilişkin başka bir örnek vermek gerekirse; rakip belediye başkan adayını destekleyen bir işçinin, seçimin akabinde işinin veya iş yerinin değiştirilmesi, ihlal ihtimalini güçlü bir şekilde gösteren bir durum olarak değerlendirilmelidir⁸⁷⁶. Bunun gibi bir kadın işçinin kendisiyle aynı veya eşit değerde bir işte çalışan erkekten az ücret aldığını ortaya koyması

⁸⁷² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 554.

⁸⁷³ Baysal, a.g.e., s. 94.

⁸⁷⁴ Benzeri örnekler için bkz.; Şahin Çil, **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 82.; Yenisey, Metodoloji ve Orantılılık, s. 93 vd.

⁸⁷⁵ Baysal, a.g.e., s. 94.;

⁸⁷⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 554

durumunda, eşit davranma borcunun ihlal edilmediğini artık işveren ispatla yükümlü olacaktır⁸⁷⁷.

Doktrinde isabetli bir biçimde “ihlalin ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyma”dan tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin, Türk Hukuku bağlamında ispat hukuku bakımından ayrıntılı olarak ele alınması gereğine işaret edilmiştir⁸⁷⁸.

Türk Hukukunda mahkemelere intikal eden ayrımcılık iddialarında sendikal nedene dayalı ayrımcılık iddialarının sık sık gündeme geldiği, buna karşılık ırk, renk, dil, din, mezhep, özürlülük, cinsiyet ve cinsel tercihe dayalı olarak ayrımcılığa ilişkin davalara ise daha az rastlanıldığını görmekteyiz. Ayrıca her ne sebeple olursa olsun ayrımcılık iddialarının sadece fesihle gündeme getirildiği, buna karşılık iş ilişkisinin devamı müddetince yapılan ayrımcılıklara karşı İ.K.’nın 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatının hemen hemen hiç gündeme gelmediği görülmektedir. Bu durumun temel sebeplerinin ise işçilerin iş ilişkisinin devamı sırasında ayrımcılığa uğradıklarında bu türden bir tazminat hakları olduğu konusunda bilgi sahibi olmamaları veya bu hususta bilgi sahibi olsalar dahi işlerini kaybetme korkusuyla işverene dava açamamaları olduğu aşikârdır⁸⁷⁹.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi geniş anlamda eşit davranma borcu işverene işçilerinin belirli niteliklerine dayanarak(cinsiyet, ırk, din vb.) ayırım yapmama borcu yüklediği gibi eşit durumdaki işçileri arasında haklı ve objektif nedenler yokken keyfi veya hukuken haklı görülemeyecek nedenlerle farklı davranmaması yükümünü de içerir⁸⁸⁰. Doktrinde isabetli olarak ifade edildiği üzere işverenin eşit durumda olan işçilere yönelik uygulama veya

⁸⁷⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 554

⁸⁷⁸ Baysal, a.g.e., s. 94.

⁸⁷⁹ Yıldız, a.g.e., s. 300.

⁸⁸⁰ Devrim Ulucan, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara 2000, s. 192.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 541.; Yenisey, Eşitlik, s. 66.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 25.; Şükran Ertürk, , a.g.e., s. 101.; Sarper Süzek, İş Hukuku, s. 395.; Aynı yazar, Eşit Davranma, s. 26.

davranışlarını haklılaştırması, ayrımcılık yasağı ile ilişkin iddiaları haklılaştırmasına nazaran daha kolay gözükmektedir⁸⁸¹. Zira temel hak ve özgürlüklerle sıkı bağlantısı sebebiyle ayrımcılık yasaklarını ihlal eden bir görünüm veren davranışın hukuken kabul edilebilir objektif nedenlerle haklılaştırılabilmesi veya başka bir ifadeyle meşrulaştırılabilmesi oldukça güç gözükmektedir⁸⁸². Buna karşılık, örneğin, işveren belirli bir performans değerlendirme sistemine dayanarak daha çok verim elde ettiği işçilere ek prim öderken, eşit durumdaki başka işçileri bu primden mahrum bırakabilecektir, nitekim objektif bir gerekçeyle yaptığı farklı uygulamayı meşrulaştırmıştır⁸⁸³.

Daha öncede ifade edildiği gibi hukukumuzda ayrımcılık iddiaları çoğunlukla sendikal nedene dayalı ayrımcılık yapıldığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda bu hususun ayrı bir başlık altında incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2) Sendikal Nedene Dayalı Ayrımcılık İddialarında İspat Yükü

Bu hususta öncelikle sendikal nedenin ispatında işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmasının neticeleri üzerinde durup, akabinde ise özellikle yargı kararlarından hareket ederek hangi davranış ve uygulamaların sendikal bir ayrımcılığa karine teşkil edebileceği konusu üzerine yoğunlaşacağız.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 6. fıkrasında; "İşverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı

⁸⁸¹ Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 67.

⁸⁸² Örneğin AB Adalet Divanı'nın bir kararına göre; işverenin uğrayacağı maddi zarar veya işten, işletmeden doğan gerekler hamile bir kadın işçinin işten çıkartılmasını halılaştırabilecek bir ayrımcılık nedeni teşkil edemez.(ATAD, C- 32/93, C. L. Webb/ EMO(Air Cargo) Ltd., 14.07.1994, <http://curia.europa.eu>).

⁸⁸³ Yıldız, a.g.e., s. 302.

hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz” hükmü öngörülmüştür. Hükümde atıf yapılmış olan iş güvencesinde ispat yükümlülüğünü düzenleyen İş Kanunu’nun 20. maddesinin ikinci fıkrası ise “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür” biçimindedir.

Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesinin yedinci fıkrasında ise iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin sendikal bir nedene dayanılarak sözleşmelerinin sona erdirildiği yolundaki iddialarının ispat yükü özel biçimde düzenlenmiştir. Nitekim söz konusu hükme göre; “854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır”. Hükümden de anlaşıldığı üzere iş güvencesi kapsamı dışında kalan bir işçi, sendikal nedene dayalı olarak sözleşmesinin feshedildiğini iddia ettiğinde ispat yükü işverendedir⁸⁸⁴.

İş güvencesi sistemine dahil bir işçi ise iş sözleşmesinin sendikal bir nedene dayalı olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, öncelikle Sendikalar Kanunu’nun iş güvencesi hükümlerine yaptığı atıf itibarıyla işveren, feshin geçerli bir nedene dayalı olarak yapıldığını ispat etmelidir. İşveren tarafından

⁸⁸⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 557.; s. 75.; Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirmesi”, **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 131.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı,

hukuken geçerli bir neden ortaya konulduğunda ise işçi feshin sendikal bir nedene dayandığını ispatlamak durumunda kalacaktır⁸⁸⁵. Görülmektedir ki; iş güvencesi sistemi dahilindeki bir işçi, feshin gerisinde bir sendikal ayrımcılık yattığını iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatla mükelleftir. Doktrinde iş güvencesi sistemi dahilindeki işçiler ile sistem dışında kalan işçiler arasında sendikal ayrımı ispat bakımından böyle bir farklılık yaratılmasının isabetli olmadığı ifade edilmiştir⁸⁸⁶.

İş güvencesi sistemine dahil işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla açtığı davalarda Yüksek Mahkeme bir kararında aşağıdaki biçimde hüküm tesis etmiştir: “Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren, sözleşmenin işletmenin, işyerinin, işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebeple feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece geçerli sebep gösterilmediği, gösterilen sebebin geçersiz olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine, işe başlatılmadığı takdirde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının bir yıllık ücreti olarak belirlenmesine ve dört aylık ücret tutarı boşa geçen süre ücretinin ödenmesi gerektiğinin tespiti karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre fesih bildiriminde gösterilen sebebin geçerli olmadığı, modernizasyona gidilmesine rağmen işçi alımına devam edilmesinden anlaşılmaktadır. Ancak işten çıkarılan işçilerin bir bölümünün sendikal olduğu gibi tekrar işe alınanların bir kısmının sendikaya üye olduğu

⁸⁸⁵ Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 75.; Yıldız, a.g.e., s. 309.

⁸⁸⁶ Örnek olarak bkz.: Güzel, İş Güvencesi, s. 29.; Devrim Ulucan, “**Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi**”, Ankara 2005, s. 166. ; Melda Sur, Toplu İş İlişkileri, Ankara 2008, s. 51.; Fevzi Demir, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4857 Sayılı İş Kanunu İle yeniden Düzenlenmiş 3. Baskı, İzmir 2003, s. 361-363.; Polat Soyer, “ Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul 2005, s. 60.; Kadriye Çelik, İş Hukuku, s. 384.; Kadriye Bakırcı, “ İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, **Sicil İş Hukuku Dergisi** 2006, S. 2, s. 117.

görülmektedir. Öte yandan işyerinde sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi almış bulunduğu mahkemece feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine dair verilen karar doğru ise de feshin sendikal nedenle yapıldığı kanıtlanamadığından işe başlatma tazminatının bir yıllık ücret olarak belirlenmesi hatalıdır⁸⁸⁷.

Görüldüğü üzere iş güvencesi sistemi içerisindeki işçilerin iş sözleşmelerini işveren geçerli bir nedenle feshettiğini ortaya koyduğunda, işçi fesih sebebin işverence ortaya konulan sebep değil, sendikal bir sebep olduğunu iddia ediyorsa, bunu ispat etmekle yükümlüdür⁸⁸⁸. Ancak daha önce ifade ettiğimiz gibi İş Kanunu'nun 5. maddesi işçiler için daha kolay bir ispat usulü öngörmektedir. Bu bağlamda doktrinde, İ.K.'nın 20/II. maddesinde öngörülmüş olan ispat usulünün İ.K.'nın 5. maddesindeki ispat usulü ile uyumlu hale getirilmesinin gerekli olduğu⁸⁸⁹ ve md. 20/II'deki ispat usulünün İ.K.'nın 5. maddesi ışığında yorumlanması gerektiği⁸⁹⁰ gibi fikirler öne sürülmüştür.

⁸⁸⁷ Yarg. 9. HD., T. 14.04.2005, E. 2005/10849, K. 2005/13216, (<http://www.calismatoplum.org/sayi6/abc/9%20hukuk/35.doc>, 12.01.2011, 10.45).; Aynı yönde, “4857 sayılı İş Kanunu uyarınca işveren fesih gerekçesini ispatla yükümlüdür. Yani ispat yükü öncelikle işverenindir. İşveren fesih yazısında davacının yürüttüğü geçici görevin iptal edildiğini başka birimde de istihdam etme imkanı kalmadığını belirtmiştir. Ancak dinlenen davacı tanıkları beyanlarında “analiz için numune toplama görevinin” yani davacının yürüttüğü görevin iptal edilmediğini, numune toplama görevi ile ilgili iki kişilik kadro olduğunu Gebze’de şirketin yeni bir fabrikasının faaliyete geçtiğini ve davacı ile birlikte bir kişinin daha bu görevle ilgili olarak oraya gittiğini bu arada Levent’teki tesisle de aynı göreve ilgili bir elemanın çalıştırıldığını Mart 2005 tarihinde de Levent’te ki fabrikalarında Gebze’ye taşınmasıyla kadronun üçe çıkacağı bu nedenle davacının işine son verildiğini belirtmişlerdir. Ancak henüz kadro sayısı üçü bulmadan gelecek ve oluşacak bir durum nedeniyle davacının işine son verilmiştir. Dolayısıyla işverence yapılan fesih işini işyerinin gerçeklerinden kaynaklanan geçerli nedene dayanmamaktadır. Belirtmek gerekir ki davacı da aktin geçerli olmayan nedenle sendikal faaliyetleri yüzünden feshedildiğini iddia ettiğinden onun da aktin sendikal nedenle feshedildiği ispatlaması gerekir. Yani davacıda aktin geçerli olmayan bir nedenle feshini değil sendikal nedenle feshini ispatla yükümlüdür. Bu bağlamda davacı tanık dinletmiştir. Dinlenen tanık beyanları yetersiz olup feshin sendikal nedenle yapıldığını ispatlamaktan uzaktır. Bu sebeple mahkemenin aktin geçersiz bir nedenle ancak sendikal nedenlerle feshedildiğini kabul ederek davayı kabul etmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”, Yarg. 9. HD., T. 13.06.2005, E. 2005/17441, K. 2005/20762, (<http://www.calismatoplum.org/sayi6/abc/9%20hukuk/28.doc>, 12.01.2011, 10.55).;

⁸⁸⁸ Yıldız, a.g.e., s. 310

⁸⁸⁹ Güzel, İş Güvencesi, s. 97.; Sözer, a.g.e., s. 204.; Yıldız, a.g.e., 310.

⁸⁹⁰ Erdem Özdemir, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları*, İstanbul 2006, s. 350.

Diğer bir takım ayrımcılık hallerinde olduğu gibi temelinde sendikal bir ayrımcılık yatan fesihlerde de işverenin fesih kararının altında yatan saikin incelenmesi ve buna göre ayrımcılık yapıp yapılmadığının tespit edilmesi gereklidir. Ancak bir feshin sendikal bir nedene dayalı olarak yapıldığının kesin olarak ispatı oldukça zor, hatta neredeyse imkansız gözükmemektedir⁸⁹¹. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme de sendikal nedene dayalı bir feshin olduğu iddia edilen durumlarda belirli olgulardan hareketle feshin sendikal bir nedene dayanıp dayanmadığını tespit etmeye çalışmaktadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi iş sözleşmesinin işverence feshinde somut olayda bir takım özellikler bir arada bulunduğu Yargıtay, sendikal nedenin mevcudiyetini kabul etmek suretiyle tazminata hükmetmektedir⁸⁹². Örneğin, Yüksek Mahkemeye göre; bir sendikadan topluca ayrılıp, başka bir sendikaya üye olunduktan hemen sonra işten çıkarılan işçilerin yerine kısa sürede başka işçiler alınması halinde olayın cereyan şekli feshin sendikal nedene dayandığını gösterir. Bu durumda işveren yapılan işlemin “nedenlerini yeterince açıklayıp izah etmek” durumundadır⁸⁹³.

⁸⁹¹ Yıldız, a.g.e., s. 304.

⁸⁹² Sur, a.g.e., s. 51.

⁸⁹³ Örnek olarak bkz.: “Davacı, sendikal tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarıncı temyiz edilmiş olmakla; dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: 1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazlarıyla davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir. 2- Mensubu bulunduğu sendika üyeliğinden istifa ederek başka bir sendikaya üye olması nedeni ile hizmet akitinin feshedildiğini iddia ederek 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesine göre bir yıllık ücreti tutarında tazminat istemiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacı ile birlikte işyerinde çalışan ve üyesi bulundukları sendikadan istifa ederek başka bir sendikaya üye olan bir kısım işçilerin hizmet akitlerinin ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedildiği ve feshi takip eden günlerde, daha fazlası ile işçi alındığı anlaşılmaktadır. Davalı, bu işçilerin hizmet akitlerinin feshedilmesi ve yerlerine yeni işçi alınmasının gerektirici sebeplerini yeterince açıklayıp izah edememiştir. Olayın cereyan şekline göre feshin davacının bir sendikaya üye olması veya olmaması sebebine dayandığının kabulü gerekir. Nitekim, mahkeme de feshin bu sebebe dayandığını ayrıca kabul etmiş bulunmaktadır. Böyle olunca olayda uygulanacak kanun hükmünün 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinin son dan bir önceki kötüniyet tazminatını içeren fıkrası hükmü değil, olay tarihi itibarıyla 25.5.1988 tarih ve 3449 sayılı Kanunla değiştirilen 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 5 ve son fıkrası hükümleri olmak gerekir. Bu yasa hükmünün uygulanması için aynen sendikal faaliyette bulunma söz konusu olmayıp, bir sendikaya üye olmak veya olmamak şartı yeterlidir. O halde, anılan kanun uyarınca davacının bir yıllık ücret tutarında tazminata karar vermek gerekir. Yazılı şekilde ve kanun değişikliğinden önceki içtihatlar doğrultusunda, kötüniyet tazminatına karar vermiş olması isabetsizdir”, Yarg. 9. HD., T. 01.11.1990, E. 1990/11647, K. 1990/11684 (TÜHİS, Kasım 1990, s.16).; Aynı yönde, Yarg. 9. HD., T. 02.06.1992, E. 1992/3533, K. 1990/5387 (Sur, a.g.e., s. 51).

Yine bir toplu iş sözleşmesi prosedürünün başlangıç safhasında iken sendikaya üye işçilerin işten çıkarılmaları işverence izah edilemediğinden sendikal tazminata hükmedilmiştir⁸⁹⁴. Benzeri bir biçimde işverenin sendikanın yetkisine itiraz ettiği bir süreçte alt işveren ilişkisi kurarak, asıl işin bir bölümünü alt işverene devretmesi, yeni işçi alması ve sendikaya üye işçileri işten çıkarması gibi nedenlere dayalı fesihlerin sendikal nedene dayandığı öngörülmüştür⁸⁹⁵.

Yüksek Mahkeme bir işçinin sendika üyeliği işverene bildirildikten bir hafta sonra işten çıkarıldığı, işçilerin bir kısmının işverenin baskısı neticesinde sendikadan ayrıldığı, sendikadan ayrılmayan işçilerin ise işine son verildiği tanık beyanlarıyla açık ve kesin bir biçimde ortaya konulduğunda da sendikal nedene dayalı bir feshin mevcudiyetine hükmetmiştir⁸⁹⁶.

⁸⁹⁴ Yarg. 9. HD., T. 05.04.1994, E. 1994/12825, K. 1994/5113(Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁹⁵ Örnek olarak bkz.: “Dosya içeriğine göre davacının 1998 yılında otel hizmeti verilen işyerinde işe başladığı, otelin işletmesinin dava dışı UTE HOLDİNG A.Ş tarafından aynı grup şirketi olan davalı AKBEN şirketine 2001 yılında 3 yıl süre ile kiralandığı, kira sözleşmesi sona ermesine rağmen davalı şirketin işletmeye devam ettiği, davacı ve işyerinde çalışanların Haziran ayı başlarında sendikaya üye olmaları ve üye olunan sendikanın yetki alması üzerine, işverenin yetkiye itiraz ettiği, yeni işçi aldığı ve işyerine noter getirerek sendika üyesi olmayan işçileri dahi sendika üyeliklerinden istifa ettirdiği, bu süreçte istifa etmeyen işçilerin bir kısmını çıkarttığı, davacı gibi bir kısmını asıl işi 22.09.2006 tarihinde bölerek alt işverene verilmesi üzerine, alt işveren işçisi olarak çalıştırmaya devam ettiği, davacının iş sözleşmesinin davalılardan alt işveren olan SÜPER ÇEVRE şirketi tarafından, “Şirketin MUTFAK hizmetleri verdiği departmanların 01.12.2005 tarihi itibarı ile kapatılması, önel kullanılmak istenmesine rağmen kabul etmemesi” gerekçesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedildiği, dava sırasında AKBEN şirketinin kapandığını belirttiği, oysa otel işletmeciliğinin daha önce çalıştıran ve kiralayan aynı grup şirketince yargılama sırasında devren alınarak devam ettirildiği bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığı, iş sözleşmesinin sendikal nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilmesi ve sendikal nedenle işe başlatmama tazminatının belirlenmesi yerindedir”, Yarg. 9. HD., T. 16.04.2007, E. 2007/9474, K. 2007/10635(Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁹⁶ Örnek olarak bkz.: “Dosya içeriğine göre davacı işçinin işyerinde çalışmakta iken sendikaya üye olmak noterliğe başvurduğu ve sendika üyeliğinin sendika üyeliğinin sendikaca kabulünden sonra durumun işverene bildirmesinden bir hafta geçmesi üzerine iş aktinin davalı tarafça fesih edildiği anlaşılmaktadır. Dinlenen davacı tanıkları davacı ile birlikte sendikaya üye olan işçiler üzerinde sendikadan istifa etmeleri konusunda baskı yapıldığını, bunlardan çoğunun baskı sonucu sendikadan ayrıldıklarını ve işlerine devam ettiklerini davacı ile birlikte iki işçinin ise istifa etmemeleri üzerine işlerine son verildiğini açık ve kesin şekilde ifade etmişlerdir. Dinlenen davalı tanıkları da, feshin sendikal nedenlerle gerçekleşmiş olabileceği ihtimalinden söz etmişlerdir. Tüm bu yazılı ve sözlü bilgi ve belgeler karşısında feshin davacı işçinin sendikaya üye olmasından kaynaklandığı sonucuna varılmaktadır. Böyle olunca gerçekleşmiş olan sendikal tazminat isteğinin hüküm altına alınması gerekirken hatalı değerlendirme ile isteğin reddine karar verilmiş olması isabetli değildir”, Yarg. 9. HD., T. 09.07.1996, E. 1996/ 7541, K. 1996/ 15517(Kazancı İçtihat Bankası).

Sendikal nedene dayalı feshin ispatı ile ilgili başka bir kararında ise Yüksek Mahkeme hali hazırda sendika üyesi olmayan bir işçinin sendikaya katılma hazırlığı içerisindeyken sendikalı işçilerle birlikte işten çıkarılmasında feshin sendikal bir nedene dayandığına hükmetmiştir. Nitekim söz konusu karara göre; “ işçinin sendikasız olduğu bir aşamada işine son verilmiş olması feshin sendikal nedene dayanmadığını göstermez. Sendikal fesih kavramı kapsamlı olup işverenin amacının tespitini de gerektirir. İşyerindeki olayların gelişme şekli, davalı işverenin sendikalı işçi çalıştırmak niyetinde olmadığı kanaatini kuvvetlendirmiştir”⁸⁹⁷.

Bu hususta genel olarak denilebilir ki; işverenin işçilerden sendika üyeliğinden istifa etmeleri konusunda baskı yapması, istifa etmeyenlerin sözleşmelerini feshetmesi, toplu işçi çıkarmalarda büyük çoğunluğun sendikaya üye işçilerden seçilmesi veya belirli bir sendikaya üye işçilerden seçilmesi, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alan bir sendikanın yetkisini düşürmek amacıyla sendikalı işçilerin işine son verilmesi, sendika organlarında görev almak isteyen veya alan işçilere baskı yapılması veya sözleşmelerinin feshedilmesi gibi olgular, sendikal nedene dayalı bir feshin mevcudiyetine karine teşkil edebilir⁸⁹⁸. Bununla birlikte bu tip durumlarda mutlaka sendikal bir fesihten söz edilemez. Somut olayın özelliklerine göre sendikal nedene dayalı bir fesih olup olmadığı incelenmelidir.

Yargıtay’a göre işverence yapılan işlemin sendikal bir nedene

⁸⁹⁷ “Dinlenen davacı tanıkları ve davacı işçinin şikayeti üzerine düzenlenen Bölge Çalışma Müdürlüğü soruşturma evrakı içeriğine göre davalıya ait işyerinde işçiler üzerinde baskılar yapılarak üyesi oldukları sendikadan istifa ettirildikleri, davacının da istifa ettikten sonra tekrar sendikaya üye olmak istediği, bu aşamada işverenin davacının ve onun durumunda bulunan pek çok işçinin sözleşmesini feshettiği, onların yerine birçok yeni işçiyi işe aldığı, işe alınan kimi işçilerle yüksek ücret üzerinden belirli süreli hizmet akdi düzenlendiği anlaşılmaktadır. Davacı işçinin sendikasız olduğu bir aşamada işine son verilmiş olması feshin sendikal nedene dayanmadığını göstermez. Sendikal fesih kavramı kapsamlı olup işverenin amacının tespitini de gerektirir. İşyerindeki olayların gelişme seyri davalı işverenin sendikalı işçi çalıştırmak niyetinde olmadığı kanaatini kuvvetlendirmiştir. Bu durumda sendikal tazminat isteğinin kabul edilmesi gerekir”, Yarg. 9. HD., T. 19.10.1998, E. 1998/12272, K. 1998/14546(Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁹⁸ Yıldız, a.g.e., s. 308.

dayandığını ortaya çıkaracak olgular belirgin olmadıkça sırf tanık beyanlarına itibar edilerek sendikal tazminata hükmedilmemelidir⁸⁹⁹. Bunun gibi toplu iş sözleşmesi prosedürünün başlamış olduğu bir safhada işyerinin ekonomik nedenlere bağlı olarak kapatılması neticesinde işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi sendikal bir nedenin mevcudiyetini ortaya koymaya yetmeyecektir⁹⁰⁰.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, Yüksek Mahkeme sendikal bir nedenin mevcudiyetine hükmetmek için, olayların cereyanının sendikal nedeni göze batıracak biçimde belirgin olmasını aramaktadır^{901, 902}. Nitekim Yüksek Mahkeme, sendikal bir nedenin mevcudiyetinin belirlenmesi

⁸⁹⁹ Örnek olarak bkz.: “Davacı iş aktinin sendikaya üye olması nedeniyle feshedildiğini iddia ederek kötüniyet tazminatı da istemiştir. Davacının iş aktinin 7.1.1991 tarihinde feshedildiği, fesihden çok önce 1.9.1988 tarihinde sendikaya üye olduğu anlaşılmaktadır. İşyerinde 14.12.1990 tarihinde imzalanan TİS. 1.8.1990-31.8.1992 tarihleri arasında yürürlüktedir. Kötüniyet iddiasını ispat yükü davacıya aittir. Her ne kadar dinlenen ve davacı ile birlikte işten çıkarıldıkları anlaşılan tanıklar davacının sendikaya üye olması sebebiyle işten çıkarıldığını bildirmiş iseler de tespit edilen ve az önce açıklanan olgular ve belgeler karşısında inandırıcı olmayan mücerret bu ifadelerle dayanılarak kötüniyet tazminatına hükmedilmiş olması doğru bulunmamıştır. Bu durumda ispatlanamayan kötüniyet tazminatına ilişkin isteğin reddi gerekirken hüküm altına alınmış olması bozmayı gerektirmiştir”, Yarg. 9. HD., T. 25.01.1993, E. 1992/6488, K.1993/916(http://www.integrahukuk.com/Kararlar/Yargitay/1992/11091992_6488.htm)

⁹⁰⁰ Örnek olarak bkz.: Yarg. 9. HD., T. 20.09.1996, E. 1996/5823, K.1996/17565(Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁰¹ Sur, a.g.e., s. 53.

⁹⁰² Örnek olarak bkz.: “...Dinlenen tanıklar, iddia ve savunma doğrultusunda açıklamalar yaparak çelişkili beyanlarda bulunmuşlardır. Bu bakımdan salt tanık anlatımlarına dayanılarak hüküm kurulması doğru değildir. Bu konuda isabetli bir sonuca varabilmek için davacının sözleşmesinin feshedildiği tarihe yakın tarihlerde çalıştığı işyerinde kaç işçinin işine son verildiği, bunlardan kaçının davacının üyesi bulunduğu sendikaya üye olduğunu, kaçının sendikayla ilişkisinin bulunmadığı, çalışılan bölümün özelleştirilip özelleştirilmediği, fesih tarihine yakın bir tarihte toplu iş sözleşmesi yapılmak üzere sendikal bir faaliyetin olup olmadığı, toplu iş sözleşmesi prosedürü başlatılmış ise hangi safhada bulunduğu açık ve kesin bir şekilde tesbit edilmelidir. Bu tesbitlerden sonra dosyanın tümüyle bir değerlendirmeye tabi tutularak hasıl olacak sonuca göre, bir karar verilmesi gerekirken, kötüniyet tazminatının kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”, Yarg 9. HD., T. 21.05.1997, E. 1997/5603, K. 1997/9635(Kazancı İçtihat Bankası).; Aynı yönde; “...Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava dilekçesinde sendikal nedene dayanıldığı ve kötüniyet tazminatına gerekçe olarak da başkaca bir sebep ileri sürülmediğine göre, sendikal nedenle feshin olup olmadığının üzerinde durulması gerekir. Mahkemece bu yönde yeterince araştırmaya gidilmemiştir. İşyerinde kaç işçinin çalıştığı, kaçının ve hangi tarihlerde sendikaya üye olduğu, bu üyelikten çekilenlerin olup olmadığı, işyerinden çıkarılan işçilerin sayısı ve çıkarıldıkları tarihler, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin kaçının sendikalı olduğu, aynı dönemde yeni işçi alınıp alınmadığı, alınmışsa hangi iş için alındıkları ve işyerinde çalışan sendika üyesi işçi olup olmadığı hususları araştırılmalıdır. Yine davalının ekonomik neden savunması üzerinde durulmalı, gerekirse bu yönde bilirkişi incelemesine gidilmelidir. İşyerinde bazı bölümlerin kapatılıp kapatılmadığı araştırılmalı, kapatılan bölümler varsa davacının bu bölüm işçisi olup olmadığı tespit edilmelidir”, Yarg 9. HD., T. 05.10.2004, E. 2004/13246, K. 2004/21982(Kazancı İçtihat Bankası).

bakımından, sırf tanık beyanlarını yetersiz görmekte, sendikaya üye olunma ve işten çıkarılma tarihlerinin, toplu iş sözleşmesi prosedürünün başlama tarihinin, fesih tarihindeki toplam işçi sayısına nazaran işten çıkarılan sendikalı işçi oranının vb. gibi bir çok olgunun araştırılması ve bunun neticesinde hüküm kurulması gerektiği görüşündedir⁹⁰³.

III) EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI

A) HUKUKİ YAPTIRIMLAR

1) Genel Olarak

1475 Sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımını düzenlemiştir. Nitekim İş Kanunu'nun 5. maddesini 6. fıkrası uyarınca; "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır".

⁹⁰³ Örnek olarak bkz.: "Sendikal nedenin varlığını ispat külfeti davacı işçiye düşer. Bu konuda mahkemece doğal olarak tanıkların anlatımları da dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerekir ise de, durumun açık ve kesin olarak anlaşılabilmesi için öncelikle davacının varsa sendikaya üyeliği, onun tarihi açık bir biçimde saptanması ve feshin gerçekleştiği tarih ile karşılaştırılması, daha sonra feshe yakın tarihlerde yani daha önce veya daha sonra işyerinde ne kadar işçinin çalıştığı, bu çalışan işçilerden işine son verilenlerin sendikalı olup olmadıkları ve sayıları belirlenmeli davacının çalıştığı bölümün gerçekten o tarihlerde faaliyetini sürdürüp sürdürmediği, bundan yürürlükte olan TİS'in hangi tarihte sona erdiği veya ereceği, yeni bir TİS'i yapmak üzere davacının üyesi olduğu sendikanın bir girişiminin bulunup bulunmadığı, böyle bir girişim varsa prosedürün hangi safhada olduğu, feshe yakın tarihlerde işyerinin iştiğal konusuna göre hammadde sıkıntısı çekilip çekilmediği, kesin bir biçimde saptanmalıdır. Bütün bu olgular belirlendikten sonra tüm dosya içeriği bir değerlendirmeye tabi tutularak gerçekten feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde tespit edilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir. Bu olgulardan bir kısmı dosya içeriğinden anlaşılabilir ise de diğer kısmı ile ilgili kuşkular bulunduğu için bunların açıklığa kavuşturulması gereksinimi ortadadır", Yarg 9. HD., T. 22.05.1997, E. 1997/5256, K. 1997/9663(Kazancı İçtihat Bankası).

Bu hüküm itibariyle işverenlerin eşit davranma borcuna aykırı davranmaları halinde, işçilerin dört aya kadar ücreti tutarındaki bir meblağ güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Ancak söz konusu hükümde de açıkça ifade edildiği gibi, ayrımcılığa maruz kalan işçinin, doktrinde “ayrım tazminatı” veya “ayrımcılık tazminatı” olarak ifade edilen bu tazminattan başka yoksun kaldığı haklarını da talep edebileceğine şüphe yoktur⁹⁰⁴. Şu halde örneğin, işçi eşit davranma borcunun ihlal edilmesi dolayısıyla ödenmeyen veya eksik ödenen ücretini, ikramiyesini veya diğer sosyal yardımlarını talep edebilecektir⁹⁰⁵.

Doktrinde isabetli olarak dile getirildiği gibi söz konusu hükümde geçen “yoksun kalınan haklar” ifadesinden salt yoksun kalınan işçi haklarının anlaşılması gerekir⁹⁰⁶. Zira doktrindeki genel kanaat; İ.K.’nın 5. maddesinin 6. fıkrasındaki hükmün, yoksun kalınan işçilik hakları yanında, koşulları mevcutsa genel hükümlere göre tazminat taleplerini de içerecek mahiyette olduğu yönündedir⁹⁰⁷. Dolayısıyla eşitlik ilkesine aykırı bir davranışa veya işleme muhatap olan işçi maddi⁹⁰⁸ ve manevi tazminat talep edebilecektir. Burada özellikle eşit davranma borcuna aykırı nitelikte olan davranışın, işçinin kişilik haklarına da saldırı niteliğinde olması halinde manevi tazminatın gündeme gelebileceğine şüphe yoktur⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ Süzek, “Eşit Davranma Borcu”, s. 34.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36.; Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Ankara 2007, s. 169.

⁹⁰⁵ Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 552.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36.; Süzek, İş Hukuku, s. 413, Aynı yönde; Yarg. 9. HD., T. 06.10.2003, E. 2003/3501, K. 2003/16308(Legal İHSGHD 2004, s.1093-1094).

⁹⁰⁶ Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 552.

⁹⁰⁷ Örnek olarak bkz.: Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36.; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 552.; Demir, a.g.e., s. 122.; 1475 Sayılı Kanun Döneminde de eşit davranma borcunun ihlali halinde tazminat talep edilebileceğine ilişkin olarak bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s.22-225.

⁹⁰⁸ Doktrinde eşit davranma borcuna aykırılık halinde söz konusu olabilecek maddi tazminat talebinin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olan B. K.’nın 41. maddesi hükmüne dayandırılmaması gerektiği, zira bu durumda failin kusurlu olmasının şart olduğu gibi bunun da işçi tarafından ispatlanması gerektiği ifade edilmiştir. Buna karşılık eşit davranma borcuna aykırılık neticesinde doğan bir maddi tazminat talebinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine(B.K. md. 96) dayandırılmasının çok daha doğru ve doyurucu bir çözüm yolu olacağı belirtilmiştir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Tuncay, Eşit Davranma, s. 223.

⁹⁰⁹ Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 552.

Diğer taraftan doktrinde, işveren tarafından ayrımcılığa maruz kalan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının bulunduğunu da ifade edilmiştir⁹¹⁰. Zira işçi İ.K. md. 24/II-f uyarınca eşit davranma borcunun ihlali nedeniyle iş sözleşmesini “iş şartlarının uygulanmaması” sebebiyle feshedebilecektir⁹¹¹. Örneğin, aynı nitelikte işlerde, eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere cinsiyete dayalı olarak farklı ücret uygulanması durumunda, cinsiyeti sebebiyle ücreti erkek işçiye göre daha az hesaplanan bir kadın işçi, İ.K.md. 24 hükmüne aykırılığa dayanarak iş sözleşmesini haklı sebeple sona erdirebilir⁹¹². Yargıtay da aynı kanaatte olduğunu “...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 aktini davacının feshetmekte haklı olduğu sonucuna varıldığından, ihbar tazminatının reddedilmesi doğru ise de kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken...” biçiminde ifade etmiştir⁹¹³. 1475 Sayılı Kanun döneminde de Yargıtay’ın, eşit davranma borcuna aykırı

⁹¹⁰ Örnek olarak bkz.: Yüksel, a.g.e., s. 351.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 552.; Süzek, Eşit Davranma, s. 34.; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 414.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36.

⁹¹¹ Yıldız, a.g.e, s. 327.; Kaya, a.g.e., s. 171.

⁹¹² Aynı yönde, “...Davacı 6 ayda bir işyerinde çalışanlara zam yapıldığını, Ocak/2000 tarihinde diğer işçilere zam yapıldığı halde kendi ücretine zam yapılmadığını bu nedenle haklı olarak hizmet aktini feshettiğini iddia ederek kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Davalı ise Eylül/1999 tarihinde davacıyı terfi ettirerek modelist şefliğe yükselttiğini, bu sırada ücretine zam yaptığını, bu nedenle Ocak/2000 tarihinde diğer işçilere uygulanan ücret zammının uygulanmadığını feshin haksız olduğunu kıdem tazminatı isteğinin reddini savunmuştur. Eşit işe eşit ücret prensibi gereği Ocak/2000 tarihinde uygulanan zam sonucu davacı ile aynı statüde bulunan modelist şeflerin ücretlerinin ne kadar olduğu belirlenmeli, aynı kıdem ve aynı statüdeki işçilerden davacının daha az ücret almak konumunda kaldığı belirlenirse şimdiki gibi davacının akdi fesihle haklı olduğu kabul edilerek kıdem tazminatı isteği hüküm altına alınmalıdır eşit şartlardaki çalışanlara eşit veya daha fazla ücret aldığı tesbit edilirse davacının feshinin haklı olmadığı kabul edilerek kıdem tazminatı isteği reddedilmiştir”, Yarg. 9. HD., T. 18.02.2003, E. 2003/13208, K. 2003/1836(Kazancı İçtihat Bankası).

⁹¹³ “...Dosya içeriğinden davalı işverenin işyerinde davacı dışındaki tüm işçilere ücret zammı yaptığı halde davacının ücretine zam yapmadığı, bu hususu davalı ile davacının görüştüğü buna rağmen davalı işverenin davacı ücretine zam yapılmayacağını açıklaması üzerine mesai bitiminde davacının işyerinden ayrıldığı; anahtarı işyerine bıraktığı; bir daha işyerine gelmemek suretiyle iş aktinin 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 aktini davacının feshetmekte haklı olduğu sonucuna varıldığından, ihbar tazminatının reddedilmesi doğru ise de kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”, Yarg. 9. HD., T. 01.11.2004, E. 2004/8671, K. 2004/24558(Kazancı İçtihat Bankası).

davranış veya işlem karşısında işçinin sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı olduğuna hükmettiğini belirtmeliyiz⁹¹⁴.

Doktrinde işverenin mevcut ücret ve çalışma koşullarında eşitlik ilkesi ihlal edilerek işçi aleyhine esaslı değişiklik yapması durumunda, işçinin İ.K. md. 24'de düzenlenen haklı nedenle fesih hakkından başka, koşulları mevcutsa, "çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlıklı İ.K.'nın 22. maddesi hükmünden de istifade edebileceği ifade edilmiştir⁹¹⁵.

2) Ayrımcılık Tazminatı

a) Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu eşit davranma borcuna ilişkin özel bir tazminat yaptırımını öngörmüştür. Zira Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir.

⁹¹⁴ Örnek olarak bkz.: "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalı işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının davalı işveren aleyhine açılan bir davada tanıklık yaptığı için davacıya diğer çalışanlara göre az oranda ücret ödendiği, ücretin düşük ödenmesinin diğerlerine göre zam oranının çok az belirlenmesinden kaynaklandığı, davacının bu düşük ücret ödenmesinin süreklilik arz ettiğini anladıktan sonra 8.6.1998 tarihinde hizmet akdini feshettiği fesih bildiriminin 9.6.1998 tarihinde davalı işverene tebliğ olunduğu anlaşılmaktadır. 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. Öte yandan davalı işverence, davacının 15.6.1998 tarihinden itibaren işe gelmemesi nedeniyle hizmet akdi 19.6.1998 tarihinde feshedilmiş ise de, davacı işçinin fesih bildirimi 9.6.1998 tarihinde işverene tebliğ edilmiş olmakla sonuç doğduğundan bu tarihten itibaren davacının devamsızlığına dayanılmaz. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davacının haklı nedenle hizmet akdini feshettiği sonucuna varılarak kıdem tazminatı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır". Yarg. 9. HD., T. 03.04.2000, E. 2000/1034, K.2000/4713, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹¹⁵ Süzek, Eşit Davranma, s. 34.

Doktrinde “ayrımcılık tazminatı” olarak adlandırılan bu tazminat, İş Hukukunda sıklıkla rastlandığı üzere götürü bir nitelik taşıyıp işçinin uğradığı zararlar her hangi bir bağlantısı bulunmamaktadır⁹¹⁶. Başka bir anlatımla işçinin ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi bakımından ayrımcılık oluşturan bir davranış veya işleme maruz kalması yeterli olup, ayrıca zararın doğması gerekmemektedir⁹¹⁷. Dolayısıyla “ayrımcılık tazminatı”nın esasında teknik anlamda bir tazminat olmayıp, bir tür “medeni ceza” olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir⁹¹⁸.

İ.K.’nın ayrımcılık tazminatını öngördüğü fıkra hükmünde “iş ilişkisinden” söz edildiğine göre ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi bakımından mutlaka iş sözleşmesinin sona erdirilmesi gerekmez⁹¹⁹. Başka bir anlatımla iş ilişkisinin devamı esnasında da eşit davranma borcunun ihlali halinde ayrımcılık tazminatı talep edilebilir⁹²⁰. Bununla birlikte bu tazminat söz konusu hükümde açıkça “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” öngörüldüğünden iş ilişkisinin kurulması safhasında eşit davranma borcuna aykırılıkta bu tazminata hükmedilemeyecektir. Buna karşılık doktrinde, işçinin bu safhada ayrımcılık tazminatı talep edemese de sözleşme görüşmelerinde kusur(culpa in contrahendo) sorumluluğu çerçevesinde tazminat talep edebileceği ifade edilmiştir⁹²¹. Buna göre işçi adayı “culpa in contrahendo” esasına dayanmak suretiyle sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan maddi⁹²² ve manevi zararını işverenden talep edebilecektir⁹²³.

⁹¹⁶ Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 76-77.

⁹¹⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 553.; Süzek, İş Hukuku, s. 414.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36.; Yıldız, a.g.e., s. 329.

⁹¹⁸ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36.; Mollamahmutoğlu, s. 553.

⁹¹⁹ Süzek, Eşit Davranma, s. 34.

⁹²⁰ Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 77.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 36.; Baysal, a.g.e., s. 75.

⁹²¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 145.; Tuncay, a.g.e., s. 35.; Süzek, İş Hukuku, s. 404.; Sevimli, a.g.e., s. 87.

⁹²² Söz konusu zarara tanışma masrafları, posta- telefon- yolculuk giderleri, başka bir işe başvuramama nedeniyle uğranılan ücret kaybı, eski işin yitirilmesinden doğan zararlar dahil edilebilir.

⁹²³ Yenisey, Kadın- Erkek Eşitliği, s. 69.; culpa in contrahendo sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Huriye Reyhan Demircioğlu, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 37 vd.

İ.K.'nın 5. maddesinde de öngörüldüğü üzere “ayrımcılık tazminatı”, işçinin çıplak ücreti üzerinden hesaplanacağından, ücret ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar tazminat bakımından esas alınacak ücrete dahil değildir⁹²⁴. Ayrımcılık tazminatı maktu olmayıp, Kanun tarafından işçinin dört aya kadar ücreti tutarıyla sınırlandırıldığından, tazminatın tutarı, olayın özelliğine göre işveren tarafından yapılan ayrımcılığın ağırlığına, işçinin işyerindeki işi ve konumuna, kıdemine gibi faktörler dikkate alınarak hakim tarafından belirlenecektir⁹²⁵. Yargıtay her hangi bir gerekçe gösterilmeksizin ayrımcılık tazminatını üst sınırdan belirleyen yerel mahkeme kararını hatalı bularak bozmuştur⁹²⁶.

Kanun Koyucunun ayrımcılık tazminatı miktarını işçinin dört aya kadar ücreti tutarıyla sınırlandırmış olması, başka bir anlatımla ayrımcılık tazminatı bakımından bir üst sınır belirlemesi doktrinde eleştirilmiştir⁹²⁷. Bu hususta AB ile mevzuatımızın uyumlaştırılması bakımından ayrımcılıkla ilgili AB'nin tüm Direktiflerinde bu türden bir üst sınırın öngörülmediği belirtilmiştir⁹²⁸.

AB Adalet Divanı kararlarında da; üye devletlere ayrımcılıklara karşı uygulanacak yaptırımların belirlenmesinde bir serbestlik tanındığı belirtilmekle beraber söz konusu yaptırımın etkin, mağduriyetle orantılı ve caydırıcı olması gerektiği ifade edilmiştir⁹²⁹. Bu bağlamda bizdeki söz konusu düzenlemenin tazminat bakımından öngördüğü üst sınırın etkinlik ve

⁹²⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 553.; Yıldız, a.g.e., s. 329.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 77.; Baysal, a.g.e., s. 75.

⁹²⁵ Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi**, 2. Bası, C.1, Ankara 2006, s. 257.; Süzek, İş Hukuku, s. 415.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 553.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 77.; Baysal, a.g.e., s. 75.; Yıldız, a.g.e., s. 329.

⁹²⁶ Yarg. 9. HD., T. 17.11.2005, E.2005/32064, K. 2005/36379(Çil, İş Kanunu Şerhi, s. 340).

⁹²⁷ Örnek olarak bkz.: Örnek olarak bkz.: Nurhan Süral, “ AB Uyum Sürecinde İş Mevzuatımızın Değerlendirilmesi”, **İşveren Dergisi**, C.44, S.7, Nisan 2006. s. 53.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 77.; Fuat Bayram, “AB İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler, Legal İSGHD 2007, Sayı:13, C.4, s. 79.; Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2007, Sayı:8, s. 27.

⁹²⁸ Yıldız, a.g.e., s. 330.

⁹²⁹ Örnek olarak bkz.:ATAD, C-14/83, 10.04.1984, Von Colson And Kaman & Land Nordrhein-Westfalen, (Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 77).

caydırıcılığın önünde bir engel oluşturduğu yönündeki eleştiriler⁹³⁰ bizce de isabetlidir.

Ayrımcılık tazminatını düzenleyen hüküm nispi emredici nitelikte olduğundan söz konusu tazminatın iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile arttırılmasına her hangi bir engel yoktur⁹³¹.

Eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı olan ayrımcılık tazminatı için işverenin temerrüde düşürülmesi gerekmektedir⁹³². Dolayısıyla eşitlik ilkesinin ihlali tarihi değil, temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülecektir. Eğer ki; işveren temerrüde düşürülmediyse faize dava tarihinden itibaren karar verilmelidir⁹³³. Nihayet başka bir tür öngörülmediğinden uygulanacak faiz türünün yasal faiz olması gerekir⁹³⁴.

Öte yandan ayrımcılık tazminatı ile ilgili olarak zamanaşımı ile ilgili özel bir hükme yer verilmediğinden ve bu tazminat Borçlar Kanunun 126. maddesi kapsamına da dahil olmadığından genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl içerisinde talep edilmelidir(B.K. md.125)⁹³⁵.

b) Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Olan İlişkisi

(1) Kötüniyet Tazminatı- Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi

İ.K.'nın 17. maddesinin 6. fıkrası uyarınca; "...18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma

⁹³⁰ Örnek olarak bkz.: Süral, Değerlendirme, s. 53.; Yıldız, a.g.e., s. 330.

⁹³¹ Süzek, İş Hukuku, s. 414.; Aynı yazar, Eşit Davranma, s. 34.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36.; Yıldız, a.g.e., s. 330.

⁹³² Günay, a.g.e., s. 258.

⁹³³ Günay, a.g.e., s. 258.

⁹³⁴ Osman Çankaya/ İlhan Cevdet Günay/Seracettin Göktaş; **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Ankara 2005, s. 56.

⁹³⁵ 11.01.2011 Tarihinde kabul edilmiş olan yeni Borçlar Kanunu'nun(Kanun No:6098) 146. maddesine göre de; "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir".

alanı dışında alan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir”.

Söz konusu hükmün açık ifadesi karşısında iş güvencesinden yararlanan işçilerin kötüniyet tazminatından yararlanamayacağı aşikardır. Bunun gibi, kötüniyet tazminatı bildirimli fesih hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımı olduğundan belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçilerin kötüniyet tazminatından yararlanma ihtimalleri bulunmamaktadır⁹³⁶.

Kötüniyet tazminatı da ayrımcılık tazminatı gibi zarar kavramından bağımsızdır. Başka bir anlatımla işçinin kötüniyet tazminatı talep edebilmesi için zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat etmesi gerekmeyip, işverenin kötüniyetli feshini ispatı yeterlidir⁹³⁷. Bu iki tazminatın birlikte talep edilip edilemeyeceği meselesi ise doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Öncelikle ifade etmek istediğimiz husus şudur ki; kötüniyet oluşturan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebeplerin tamamen birbirinin aynı olduğu⁹³⁸ fikrine katılmıyoruz. Zira ayrımcılık yaratan her sebebin esasen kötüniyetli bir davranış olduğu doğruysa da, her kötüniyetli davranışın aynı zamanda ayrımcı bir nitelik taşıdığını söylemek zordur. Dolayısıyla kötüniyet tazminatının talep edilebilmesine imkan veren sebepler, ayrımcılık tazminatına hak kazandıran sebepleri kapsamakla birlikte bunların tamamen aynı olmadığı düşüncesindeyiz. Örneğin, bir işçinin iş sözleşmesi işvereni hakkında yetkili mercilere şikayette bulunması nedeniyle sona erdirilmişse kötüniyetli bir fesih vardır, ancak her hangi bir ayrımcılık nedeni söz konusu değildir.

⁹³⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 695.

⁹³⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 695.

⁹³⁸ Kadriye Bakırcı, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı:2, s. 116.

Doktrinde bir kısım yazara göre⁹³⁹; işverenin aynı eyleminden dolayı hem kötüniyet hem ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi doğru olmaz. Nitekim **Günay’a** göre, işverenin aynı eyleminden dolayı iki ayrı tazminata mahkum edilmemesi gerekir. Bu nedenle işçi iki tazminat türünden birini tercih etmeli ve şartları varsa işçinin tercihinine göre hüküm kurulmalıdır⁹⁴⁰. Şayet iki tazminat da talep edilmiş ise işçinin lehine olanın kabul edilmesi gereklidir⁹⁴¹. **Çelik** ise aynı konu ile ilgili olarak iki tazminata hükmedilemeyeceğine katılmakla birlikte bu tazminat türlerinden birini seçme noktasında kanuni bir düzenleme bulunmadığına işaret etmekte ve her iki tazminatın da talep edilebilme koşulları mevcutsa kötüniyet tazminatına hükmedilmesi gerektiğini düşünmektedir⁹⁴². Zira yazara göre; “ayrımcılık kötüniyetin özel bir hali olarak gözükse de 5. maddedeki tazminatın yalnız iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgisi olmayıp uygulanması ile de ilgili bulunduğu göz önüne alınırsa, bunun daha genel nitelikli bir düzenleme çerçevesinde düşünülmesi gerektiği kabul edilmelidir. Ayrımcılık tazminatı tutarının fesih bildirimi süresi 6 ve 8 hafta olanlar için daha az olması ve hele ayrımcılık tazminatının işçinin dört aylık ücretinin altında tespiti olasılığı bu sonuca varmayı desteklemektedir”⁹⁴³.

Doktrinde İş Kanunu’nun ayrımcılık tazminatı ile ilgili hükmünün sadece Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesini saklı tuttuğunu, bu bağlamda her iki tazminatın da talep edilebileceğini savunanlar da mevcuttur⁹⁴⁴. Nitekim **Mollamahmutoğlu**; ayrımcı bir feshin aynı zamanda kötüniyetli bir fesih olduğunu belirttikten sonra ayrımcılık oluşturan bir feshin ayrımcılık tazminatını gerektirdiğini, ancak diğer ayrımcılık oluşturan hallerden farklı

⁹³⁹ Nuri Çelik, “ İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar Ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, **Legal İSGHD** 2007, C. 4, Sayı:14, s.489.; Çankaya/Günay/Göktaş, a.g.e., s. 58.; Demir, a.g.e., s. 123.; Bakırcı, Tazminat Talep Hakkı, s. 119.; Günay, a.g.e, s. 260-261.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 81.

⁹⁴⁰ Günay, a.g.e., s. 261.

⁹⁴¹ Aynı yönde, Çankaya/Günay/Göktaş, a.g.e., s. 58.

⁹⁴² Çelik, Tazminatlara İlişkin Sorunlar, s. 489.

⁹⁴³ Aynen: Çelik, Tazminatlara İlişkin Sorunlar, s. 489.

⁹⁴⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 554-555.; Süzek, İş Hukuku, s. 416.; Serkan Odaman, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, Sayı:14, s. 80.

olarak, fesihte kötünîyetin yaptırımı ayrıca öngörölmüş olduğundan, ayrımcılık oluşturan bir fesih halinde hem ayrımcılık hem kötünîyet tazminatının talep edilebileceğini ifade etmekte ve her iki tazminatın hukuki dayanaklarının farklı olduğunu belirtmektedir⁹⁴⁵. **Süzek** ise aynı neticeye ulaşmakla birlikte Kanunun lafzından hareket etmek suretiyle kötünîyet ve ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilebileceği sonucuna varmaktadır. Nitekim yazara göre; İş Kanunu'nun 5. maddesinin altıncı fıkrası sadece Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesini saklı tutmakta, bir başka anlatımla ayrımcılık tazminatıyla birlikte sadece sendikal tazminata hükmedilemeyeceğini öngörmektedir⁹⁴⁶. Dolayısıyla söz konusu hükmün mefhumu muhalifinden ayrımcılık tazminatı ile kötünîyet tazminatının birlikte talep edilebilmesi gerekir⁹⁴⁷.

Bizim bu konudaki kanaatimiz ise; ayrımcılık tazminatı ve kötünîyet tazminatının birlikte talep edilebileceği yönündedir. Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi, ayrımcılık tazminatı ile ilgili hüküm, sadece sendikal tazminatın ayrımcılık tazminatıyla birlikte talep edilemeyeceğini öngörmektedir. Yine her iki tazminatın bir arada talep edilemeyeceğini ileri süren görüşlerin haklılık payı inkar edilemezse de, her iki tazminatın hukuki dayanağının farklı olduğu gerçeği ortadır. Ayrıca kanımız şudur ki; her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğini kabul edersek, ayrımcılık tazminatı ile ilgili hüküm oldukça anlamsızlaşacaktır. Şöyle ki; her ayrımcı feshin aynı zamanda kötünîyetli bir fesih olduğu şüphesizdir. Bu durumda ayrımcı bir feshe maruz kalan işçi ayrımcılık veya kötünîyet tazminatından birini seçmek durumunda bırakılırsa muhtemelen daha yüksek bir meblağ tutacak olan kötünîyet tazminatını seçecektir. Bu durumda ayrımcılık tazminatı sadece iş ilişkisinin devamı esnasında yapılan ayrımcılıkların yaptırımı olarak kalacaktır

⁹⁴⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 554-555

⁹⁴⁶ Aynı yönde, Yıldız, a.g.e., s. 334, Yazar; Kanunun ilgili hükmünün sadece Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesini saklı tutması karşısında ayrımcılık tazminatı ile kötünîyet tazminatının birlikte talep edilebileceğini belirttikten sonra, meselenin kaynağının mevcut sistemde benzer kategorideki fesih nedenlerin birden fazla hükümde düzenlenmesi olduğunu ifade etmiştir. Çözüm yolu olarak ise, bir kanun değişikliği ile fesih hallerinin birbirine uyumlu bir biçimde öngörölmesini göstermiştir.

⁹⁴⁷ Süzek, Eşit Davranma, s.35.

ki; uygulamada iş ilişkisinin devamı esnasında, bilhassa işten atılma korkusuyla, ayrımcılık yapıldığından hareketle bu tazminatın talep edildiğine neredeyse hiç rastlanmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda da ifade ettiğimiz gibi söz konusu her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini kabul etmek, elbette ki belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından, İ.K.'nın 5. maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen yaptırımı işlevsiz hale getirecektir.

(2) İş Güvencesi Tazminatı- Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi

Bilindiği üzere İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk fıkrası itibariyle işe başlatma zorunluluğuna aykırı davranan işveren, işçiye en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü tutulmuştur. İşe başlatmama veya iş güvencesi tazminatı olarak adlandırılan bu tazminat ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde muhtelif fikirler öne sürülmüştür.

Bu hususta da yukarıdaki konuda olduğu gibi iki görüş mevcuttur. Nitekim bir kısım yazar aynı eylemin iki kez yaptırıma bağlanmasının adil olmadığı düşüncesindeyken⁹⁴⁸, karşı görüştekiler her iki tazminatın da birlikte talep edilebileceğini savunmaktadır⁹⁴⁹.

İş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğini savunanlar, işverenin aynı eylemine birden fazla hukuki yaptırım bağlanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedirler⁹⁵⁰. Nitekim **Çankaya/Günay/Göktaş'** göre, "...Güvence kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen nedenlerden dolayı feshedilmesi halinde, işçinin hem feshin geçersizliği ve buna bağlı tazminat

⁹⁴⁸ Örnek olarak bkz.: Çelik, Tazminatlara İlişkin Sorunlar, s. 493.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36-37.; Çankaya/Günay/Göktaş, a.g.e., s. 57.

⁹⁴⁹ Örnek olarak bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 555.; Süzek, İş Hukuku, s. 416-417.; Serkan Odaman, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", **Legal İSGHD** 2010, Sayı: 25, s. 37-38.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 80.; Yıldız, a.g.e., 335-336.; Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, s. 117.

⁹⁵⁰ Çankaya/Günay/Göktaş, a.g.e., s. 57.

ile boşta geçen süre ücretini, hem de eşit davranma borcundan doğan tazminatı istemesi aynı eyleme birden fazla hukuki yaptırım bağlanması anlamına gelecektir⁹⁵¹. Bu noktada söyleyelim ki; doktrindeki baskın görüş her iki tazminata bir arada hükmedilebileceği ynndeysel de⁹⁵², Yargıtay da ayrımcılık ile iş güvencesi tazminatlarının işverenin aynı eylemi sebebiyle gündeme geldiğini ve bu bağlamda aynı eylem nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceğini, böyle bir durumda iş güvencesi tazminatına karar verilmesi gerektiğini ifade ederek ayrımcılık tazminatı talebini reddetmiřtir⁹⁵³.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi doktrindeki baskın görüş söz konusu bu iki tazminatın birlikte talep edilebileceği yönündedir. **Mollamahmutoğlu** ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının bir araya gelebileceğini, bu iki tazminatın dayandığı esasların farklı olduğunu, hatta bu farklılığın kötüniyet tazminatına nispetle çok daha fazla belirgin olduğunu, iş güvencesi tazminatının, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olduğunu, zira yargı kararlarında da bu tazminatın “işe başlatmama tazminatı” olarak ifade edildiğini belirtmiřtir⁹⁵⁴. **Süzek** ise kötüniyet tazminatındaki lafzi yorumunu tekrar etmek suretiyle, kanunun lafzının sadece ayrımcılık tazminatıyla sendikal tazminatın bir araya gelemeyeceği yönünde anlaşılabileceğini ifade etmiřtir⁹⁵⁵. Aynı yönde görüş bildiren **Yıldız**’a göre de; “anılan düzenlemelerin amaçları ve korumaya çalıştıkları durumlar açısından konuya yaklaşıldığında burada aslında iki farklı amacın hukuken güvence altına alınmaya, korunmaya çalışıldığı görünmektedir. Bu gerekçelerden dolayı da her iki

⁹⁵¹ Aynen, ankaya/Günay/Göktaş, s. 57-58.; Aynı yönde, Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36-37.

⁹⁵² örnek olarak bkz.: Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 555.; şahin il, “Karar İncelemesi (Sendikal Tazminat)”, Legal İSGHD, Sayı:6, s. 677.Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 79.; Yıldız, a.g.e., s. 336.; Süzek, İş Hukuku, s. 416-417.

⁹⁵³ “...-Davacının iş akdinin işveren davalı belediye tarafından siyasi nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda 4857 Sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı ile birlikte TİS’nin 24.maddesindeki haksız işten çıkartma için öngörülen iş güvencesi tazminatı gerektirir bir tek eylem söz konusudur. Bu durumda, söz konusu tazminatlardan iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerekir. 4857 Sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı istediğinin reddine karar verilmelidir...”, Yarg. 9. HD., T. 06.06.2007, E. 2006/30630, K. 2007/18174 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁵⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 555.

⁹⁵⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 416-417.

tazminatın bir arada talep edilebilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır”⁹⁵⁶.

Bizim görüşümüz de söz konusu her iki tazminatın birlikte talep edilebileceği yönündedir. Zira iş güvencesi tazminatı işe iade davasının kabulü ve sonrasında işçinin süresi içerisinde işe başvurması durumunda işçinin işe iade edilmemesinin yaptırımı olarak karşımıza çıkmaktayken, ayrımcılık tazminatı işverenin eşit davranma borcunu ihlalinin yaptırımıdır. Bu itibarla görülmektedir ki; her iki tazminatın mevcudiyet nedenleri tümüyle birbirinden farklıdır. Dolayısıyla söz konusu her iki tazminata beraber hükmedilebilir kanaatini taşımaktayız.

(3) Sendikal Tazminat- Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi

Bu konuya girmeden önce ifade etmek isteriz ki; hangi nedenlerin sendikal ayrımcılık teşkil edip etmeyeceği hususu çalışmamızın önceki bölümlerinde incelendiğinden bu başlık altında salt sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceği ele alınacaktır.

Öncelikle ifade etmek istediğimiz husus şudur ki; iş güvencesi sistemi içerisindeki bir işçinin iş sözleşmesi sendikal bir nedene dayalı olarak feshedildiğinde işçinin doğrudan sendikal tazminat talep hakkı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesinin 6. fıkrası itibarıyla mümkün değildir. Zira söz konusu hükme göre; “İşverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz”.

⁹⁵⁶ Yıldız, a.g.e., s. 336.

Aynı biçimde Yargıtay da iş güvencesi kapsamındaki işçinin İş Kanunu madde 18,19,20 ve 21 hükümlerine müracaat yerine bağımsız olarak sendikal tazminat talebinde bulunmasının hukuken mümkün olmadığını; zira iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin feshin geçerli nedenle yapılmadığını ileri sürmemesinin geçerli bir feshin mevcut olduğu sonucunu doğuracağını; bu durumda feshin sendikal nedenle yapıldığı iddiasında bulunmanın ve sendikal tazminat talep etmenin çelişkili bir durum olacağını ifade etmiştir⁹⁵⁷. Buna karşılık Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 7. fıkrasına göre; "854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 13/C, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır". Dolayısıyla iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri sendikal nedene dayalı olarak feshedildiyse sendikal tazminat talep edebileceklerdir.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin son fıkrası, işçinin ayrıca, iş kanunları ve diğer kanunlara göre talep edebileceği haklarını saklı tutmaktadır. Dolayısıyla örneğin sendikal ayrımcılık nedeniyle işçiye zarar

⁹⁵⁷ Yargıtay 9.HD., T. 27.12.2004, E.2004/20181, K.2004/29411. (http://www.ishukuku.org/index.php?option=com_content&task=view&id=113&Itemid=23).; Aynı yönde, "Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, feshin sendikal nedenle yapıldığı anlaşıldığından davalının feshin geçersizliğine ve işe iadeye yönelik temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak sendikal sebeple feshin yapılmış olsa da işe başlatmama tazminatının, bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi isabetsizdir. Dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatının sekiz aylık ücretle sınırlandırılması nedeniyle HUMK. nun madde 74'e aykırı şekilde istekten fazlasına hüküm kurulamaz. Öte yandan Sendikalar Kanunu'nun değişik 31/6. maddesine göre sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanunu'nun 18-21 madde hükümleri uygulanacağından ayrıca sendikal tazminat talep edilemez. Birleştirilen sendikal tazminat davası bu davadaki işe başlatmama talebini artırmayacağından bu dava nedeniyle ayrıca vekalet ücretine hükmedilemez. Bu nedenle mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir". Yarg. 9. HD. T. 07.10.2004, E. 2004/21425, K. 2004/22545. (Kazancı İçtihat Bankası).

veren işveren hakkında S.K.'nın 31/6-7'de öngörülen tazminat haricinde, genel hükümlere dayanılarak maddi ve manevi tazminata hükmedilebilir⁹⁵⁸.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasına göre; "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır" hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükmün Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yer alan sendikal tazminatı dışlayan açık ifadesi karşısında ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın bir arada bulunması mümkün olmayacaktır⁹⁵⁹. Nitekim Yargıtay da bu konuyla ilgili olarak önüne gelen bir olayda, sendikal tazminatın kabulüne ve ayrımcılık tazminatının reddine ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır⁹⁶⁰.

Doktrindeki genel kanaat yukarıda ifade ettiğimiz biçimde olsa da, iş güvencesi sistemine dahil işçiler bakımından işçinin bir aylık dava açma süresini kaçırmaması veya işverenin işçiye işe iade etmesi durumunda sendikal nedene dayalı ayrımcılığın yaptırımsız kalacağı haklı olarak ifade edilmiştir⁹⁶¹. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler bakımından etkin bir biçimde işletilmesi gerekli olan sendikal tazminat kurumunun iş güvencesi sistemi içerisindeki işçiler bakımından etkin bir yaptırım olmaktan uzaklaştığı dile getirilmiştir⁹⁶². Bunun gibi iş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler doğrudan sendikal tazminat talep etme hakkına sahipken, daha güçlü biçimde korunmaya çalışılan iş güvencesi kapsamındaki işçilerden eski

⁹⁵⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 557.

⁹⁵⁹ Aynı yönde; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 557.; Süzek, Eşit Davranma, s. 35.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 80.; Çankaya/Günay/Göktaş, a.g.e., s. 57.; Çelik, Tazminatlar, s. 490-491.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36.; Yıldız, a.g.e., 341.; Odaman, Ayrımcılık Tazminatı, s. 39.

⁹⁶⁰ Yarg. 9. HD., T. 11.01.2005, E. 2005/12988, K. 2005/477 (Şahin Çil, " Karar İncelemesi:Sendikal Tazminat", Legal İSGHD, C.2, Sayı:6, s. 675-676.

⁹⁶¹ Örnek olarak bkz.: Çil, Sendikal Tazminat, s. 670.: yazara göre; Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 6. fıkrasında bulunan işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminatın esasında ağırlaştırılmış bir iş güvencesi tazminatıdır ve bu bağlamda ayrımcılık tazminatı ile birlikte talep edilebilmelidir.; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 80.; Demir, a.g.e., s. 125.; Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı ilişkisi, s. 120-121.

⁹⁶² Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 80.

işyerlerine dönmek istemeyenlerin sendikal tazminat talep haklarından yoksun kalmalarının adil bir çözüm olmadığı da belirtilmiştir⁹⁶³.

Yukarıda bahsettiğimiz eleştirilere katılmakla birlikte mevcut kanuni düzenlememiz itibariyle (İ.K.md.5/6) sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilebilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Bu durumda şüphesiz, söz konusu meselenin çözümü kanuni düzenleme değişikliğiyle mümkün olabilecektir.

B) CEZAI YAPTIRIMLAR

1) Ayrımcılık Yasağının İhlalinin Cezai Yaptırımı

TCK'nun "Ayrımcılık" başlıklı 122. maddesinde ayrımcılık suçunun cezai yaptırımı öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre; " Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, "özürlülük,"⁹⁶⁴ siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen

⁹⁶³ Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, s. 120-121.

⁹⁶⁴ Ek ibare: Kanun no: 5378 - 1.7.2005 / m.41.

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir”⁹⁶⁵.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda karşılığı bulunmayan bu hüküm Anayasamızın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak için öngörülmüştür⁹⁶⁶. Mukayeseli Hukukta da benzeri düzenlemelere yer verildiğini belirtmekte fayda vardır⁹⁶⁷.

Tüzel kişilerle ilgili olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını düzenleyen T.C.K.’nın 60. maddesinde 122. maddeye atıf yapılmadığından ayrımcılık suçundan dolayı sadece gerçek kişilere ceza verilebilmektedir⁹⁶⁸. Bu bağlamda ayrımcılığı bir kurum politikası haline getirmiş olan şirketlere dahi her hangi bir yaptırım uygulanması söz konusu değildir⁹⁶⁹. Bununla birlikte tüzel kişinin en üst düzeyde yetkili kişisi veyahut organını oluşturan kişiler bu suçu işledikleri zaman cezai yaptırımla karşılaşacaktır⁹⁷⁰.

Ayrımcılık suçunun oluşabilmesi bakımından failin kasıtlı hareket etmiş olması gereklidir. Bu suç taksirle(dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı

⁹⁶⁵ Söz konusu hükmün gerekçesi ise şu şekilde ifade edilmiştir: “Madde, insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmaktadır. Madde suçun maddî unsurlarını üç ayrı bentte ayrı ayrı belirtmiştir. Bu fiiller, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arzedilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir. Ancak menfi nitelik arzeden ve ihmal tabiatında bulunan bütün bu hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştirilecektir; yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve âdetleri, kişilerin değişik felsefî inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacaktır. Yoksa söz gelimi iş sahiplerinin beğenmedikleri kişileri işe almamalarının cezalandırılması söz konusu değildir. Amaç, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmamaktır. Madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacını gütmektedir”.

⁹⁶⁶ Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu”, İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, **Çalışma ve Toplum**, S.11, 2006/4, s. 99.

⁹⁶⁷ Mukayeseli Hukukta ayrımcılık suçuna ilişkin düzenlemelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Yenidünya, a.g.e., s. 99-100.

⁹⁶⁸ Yıldız, a.g.e., s. 343.

⁹⁶⁹ Söz konusu durumun eleştirisi için bkz.: Yıldız, a.g.e., s. 339-340.

⁹⁷⁰ Yenidünya, a.g.e., s. 103.

davranış) işlenemez⁹⁷¹. Ayrıca failin belirli bir saikle hareket etmiş olması gereklidir. Başka bir ifadeyle fail eylemini; kişiler arasında cinsiyet, ırk, renk, din, dil, özürlülük ve benzeri sebeplerle ayırım yapmak niyetiyle gerçekleştirmelidir⁹⁷². Bu itibarla dolaylı ayrımcılık durumunda işveren veya işveren vekilinin cezai sorumluluğundan söz edilemez⁹⁷³. Zira çalışmamızın önceki paragraflarında ifade edildiği gibi, dolaylı ayrımcılıkta ayrımcılık yapma niyeti yoktur, fakat öngörülen bir uygulama, işlem vb. kişiler üzerinde olumsuz sonuçlar yaratmaktadır.

T.C.K.'nın 122. maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık suçunun yaptırımını altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Görüldüğü üzere söz konusu yaptırım hapis veya adli para cezası olmak üzere seçimlik bir biçimde düzenlenmiştir. Adli para cezasının ise alt ve üst sınırı belirtilmemiştir⁹⁷⁴. Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak düzenlenmesi itibarıyla, hapis cezasına karar veren hakim in sonradan bunu adli para cezasına çevirmesi mümkün değildir⁹⁷⁵.

T.C.K.'nın 122. maddesinde öngörülen bu suç re'sen kovuşturulur. Bu suç uyarınca yargılamayı yapmakla görevli mahkeme ise sulh ceza mahkemesidir.

2) Cinsel Taciz Suçu

Cinsel taciz suçu 5237 sayılı TCK'nun 105. düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre;

⁹⁷¹ Yenidünya, a.g.e., s. 111.

⁹⁷² Yıldız, a.g.e., s. 344.

⁹⁷³ Yıldız, a.g.e., s. 344.

⁹⁷⁴ TCK md. 122'de adli para cezasının alt ve üst sınırı özel olarak düzenlenmediğinden söz konusu cezanın alt ve üst sınırı TCK md. 52'ye göre belirlenecektir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre; "Adli para cezası, beş günden az ve Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir".

⁹⁷⁵ Nitekim TCK'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası; " Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez" biçimindedir.

“ Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz”⁹⁷⁶.

Görüldüğü üzere “cinsel taciz suçu” T.C.K.’nın ilgili hükmünde tanımlanmamıştır. Ancak kanunun gerekçesinde bu suç ile ilgili bir takım açıklamalara yer verilmiştir. Şöyle ki; cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği ve cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibaret olduğu ifade edilmiştir.

Ceza Hukuku anlamında cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için, cinsel taciz kapsamında değerlendirilecek bir fiil(davranış, söz, yazı, resim vb) olması gerektiği gibi fail bu fiili cinsel arzularını tatmin amacıyla gerçekleştirmelidir. Bu itibarla bu suç ancak “özel kast” ile işlenebilir⁹⁷⁷. Başka bir anlatımla bu suçun oluşması bakımından failin “cinsel amaçlı” hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde cinsel taciz suçu değil, hakaret, sövme,

⁹⁷⁶ Mukayeseli Hukukta da cinsel taciz fiilini yaptırıma bağlayan hükümler bulunmaktadır. Örneğin, Fransız Ceza Kanunu’nun 222-33. maddesine göre, “görevinin verdiği yetkiyi kullanarak emir, tehdit veya cebir ile cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve yüz bin Frank para cezası ile cezalandırılır”. Bunun gibi İsviçre Ceza Kanununun 193. maddesinde de; “ Her kim bir başkasının içinde bulunduğu zor durumu veya iş ilişkisini veya her hangi bir bağlılık ilişkisini istismar ederek onun cinsel bir hareket yapmasına veya böyle bir harekete katlanmasına sebep olursa hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır” hükmü öngörülmüştür. Aynı Kanunun 198/2. maddesinde ise; “ Her kim diğerine fiilen veya kaba bir biçimde sözlü olarak cinsel tacizde bulunursa şikayet üzerine hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır” ifadelerine yer verilmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu- TCK md.105”, **İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri**, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s. 31-32

⁹⁷⁷ Artuk,, a.g.e., s. 38-39.

tehdit vb. gibi suçlar gündeme gelebilir⁹⁷⁸. Yine açıklamak gerekir ki; T.C.K.'nın 105. maddesinde öngörülen cezanın uygulanabilmesi bakımından mağdurun suçlu hakkında şikayette bulunması şarttır.

Bir başka ifade etmek istediğimiz husus ise şudur ki; Ceza Hukuku anlamında cinsel taciz suçundan söz edebilmemiz için yapılan fiilin “vücuda temas” şeklinde gerçekleşmemesi gerekir. Zira vücuda temas olduğu vakit TCK md. 105 anlamında bir cinsel taciz suçu değil, TCK 102/I ve 103/I anlamında cinsel saldırı veya cinsel istismar suçları gündeme gelecektir^{979, 980}. Son olarak söyleyelim ki; Ceza Hukuku bakımından cinsel taciz suçuna teşebbüs ve iştirak mümkündür⁹⁸¹.

C) İDARİ YAPTIRIMLAR

İşverenlerce İş Kanunu'nun “Eşit Davranma İlkesi” başlıklı 5. maddesine aykırı davranmanın bir diğer yaptırımı ise idari para cezasıdır. Nitekim İ.K.'nın 99. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde; “beşinci ve yedinci maddede öngörülen ilke ve yükümlülöklere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verilir”⁹⁸² hükmü öngörölmüştür.

Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesine göre; “ Bu Kanunun;

a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

⁹⁷⁸ Örnek olarak bkz.: “aradaki husumet nedeniyle sanığın müştekiye hitaben, “kocan hapse düştü, sen bana kaldın o..spu karı” şeklindeki sözleri söylemekten ibaret eyleminin hakaret suçunun oluşturacağı...”, Yarg. 5. CD., T. 03.10.1991, E. 1991/3928, K. 1991/ 4692(Artuk, a.g.e., s. 39).

⁹⁷⁹ Artuk, a.g.e., s. 30.

⁹⁸⁰ 5237 sayılı TCK'nunda yer alan “cinsel taciz” suçunun karşılığını, 765 sayılı eski TCK'nun 421. maddesindeki “söz atma ve sarkıntılık” suçu oluşturmaktadır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Berin Ergin, “ Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar- Taciz ve Çalışma Hayatı, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2007, Sayı:17, s. 150 vd.

⁹⁸¹ Yıldız, a.g.e., s. 347.

⁹⁸² Bu miktar 2010 yılı için 100 TL olarak tespit edilmiştir. Kaynak: (<http://www.isvesosyalguvenlik.com/anasayfa/dosya69.htm>).

b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır”.

Yukarıdaki düzenleme itibariyle İş Kanununda öngörülen idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanunun 27. maddesi⁹⁸³ gereğince cezanın tebliğinden itibaren 15 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilecektir⁹⁸⁴.

⁹⁸³ Kabahatler Kanunu md.27/I: “İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir”.

⁹⁸⁴ İş Kanunun 108/II. maddesi hükmü uyarınca, idari para cezalarına karşı tebliğ tarihini takiben 7 gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği öngörülmüştü. Ancak bu hüküm 23 Ocak 2008 Tarihli ve 5728 Sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 578/öö fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.

SONUÇ

Tez çalışmamızda üzerinde durduğumuz hususları ve ulaştığımız sonuçları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

- Adalet kavramının çekirdeğini oluşturan ve hukukun temel ilkelerinden olduğu kabul edilen eşitlik ilkesinin, İş Hukukuna yansıma biçimi işverenin eşit davranma borcu olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir anlatımla işverenin eşit davranma borcu hukukun her alanında gözetilmesi gereken genel eşitlik ilkesinin İş Hukukundaki görünüm biçimidir.

- Eşitlik ilkesinin Türk Hukukundaki hukuki temeli Anayasamızın 10. maddesi hükmüdür. Anayasamızın bu hükmü tüm hukuk düzenimizde geçerli ve kişiler arasındaki ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür. Zira söz konusu hüküm; hem din, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını, hem de aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmamasını, haklı veya objektif nedenlere dayanmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmamasını içermektedir.

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlığını taşıyan 5. maddesi hükmü ile birlikte işverenin borçlarından biri olan eşit davranma borcu normatif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Ancak söz konusu hüküm "Eşit Davranma İlkesi" başlığını taşımasına rağmen sadece belirli sebeplere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağını düzenlemiştir. Bununla birlikte söylemeliyiz ki; İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece ayırım yasağı hallerinin düzenlenmiş olması hukukumuzda genel anlamda bir eşit davranma borcunun olmadığı anlamına gelmez. Zira Türk Hukukunda eşitlik ilkesinin hukuki temeli olan Anayasa'nın 10. maddesi hem ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunu kapsamaktadır.

- Doktrinde işverenin iş sözleşmesinin bir tarafı olarak haklı nedenleri olmadıkça işçileri arasında ayırım yapmaması gerektiğine ilişkin borcunun “dar anlamda eşit davranma borcu” olduğu, buna karşılık iş ilişkisinin tüm alanlarında geçerli olan eşit davranma borcunun “geniş anlamda eşit davranma borcu” olduğu ifade edilmiştir. Bizim kanaatimiz ise “dar anlamda eşit davranma borcu” kavramının aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit işlem yapılmasına değil, işverenin belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağına karşılık geldiğini yönündedir. Nitekim aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit işlem yükümlülüğü ayrımcılık yasağı hallerine göre çok daha genel ve içeriğinin belirlenmesi oldukça güç bir yükümlülüktür. Şu halde bizim çözümlememize göre “dar anlamda eşit davranma borcuna”, işverenin aynı veya benzer durumdaki işçilere eşit davranma yükümlülüğü eklendiğinde “geniş anlamda eşit davranma borcu” kavramına ulaşılmış oluruz.

- İşverenin eşit davranma borcu nispi, göreceli bir niteliğe sahip olan bir işveren borcudur. Nitekim ayrımcılık yasağının mutlak bir nitelik taşıdığı sınırlı haller dışında işverenin eşit davranma borcu nispi bir yapıdadır. Eşit davranma borcunda önem arz eden husus, işverenin aynı niteliklere sahip, aynı veya eşit değerdeki işlerde çalışan işçiler arasında eşit davranmasıdır.

- Eşit davranma borcu, işverenin aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı yükümlü olduğu bir borçtur. Dolayısıyla farklı işverenlere ait farklı işyerleri ya da aynı işverenin farklı işyerleri söz konusu olduğunda eşit davranma borcu dolayısıyla bir yükümlülük doğmayacaktır. Nitekim farklı işyerleri farklı koşullar anlamına geleceğinden farklı işlem de haklı olabilecektir. Eşit davranma borcunun bir başka uygulanma koşulu ise; işverenin kapalı ya da açık bir biçimde kolektif bir kural oluşturması veya kolektif bir davranışta bulunmasıdır. Zira işverenin münferit nitelikteki işlem ve uygulamalarında, eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olmayacaktır.

-Türk Hukuku bakımından aynı işi yapan işçilere mutlaka eşit ücretin ödenmesi mutlak bir kural değildir. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçilerin kıdemi, eğitim derecesi gibi objektif özellikleri ve performansı, yeteneği gibi sübjektif özellikleri itibarıyla farklı ücret kararlaştırılabilir. Nitekim bu hususta önemli olan işverenin aynı niteliklere sahip, aynı veya eşit değerdeki işlerde çalışan işçileri arasında keyfi ayırım yapmaması, eşit davranmasıdır Benzeri bir biçimde objektif olarak yapılacak bir performans değerlendirmesinin sonucuna göre farklı oranlarda zam yapılması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez Bu söylediklerimizin istisnasını ise dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapılamayacağını düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesi hükmü oluşturur. Aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırmayacağı ise İ.K.'nın 5. maddesinin 4. fıkrasında ayrıca vurgulanmıştır.

-Bir takım bazı nitelikler veya kriterler dikkate alınarak gözetilen farklılıklar ayrımcılık yaratır. Söz konusu bu nitelik ve kriterler, kimi zaman kişinin yaradılışından kaynaklanan değişmeyen olgular, kimi zaman ise kişinin kendi iradesi ile değişmesi mümkün olabilecek olgulardır. Kişinin yaradılışından kaynaklanan niteliklerine örnek olarak, kişinin cinsiyeti, yaşı, ırkı; kişinin iradesiyle değiştirebileceği özelliklerine örnek olarak ise, medeni hali, siyasi fikri, dini, mezhebi verilebilir. Bu bağlamda ayrımcılık kavramı, bir şahsa sahip olduğu her hangi bir bireysel niteliği sebebiyle diğer şahıslara nazaran farklı davranılması ve bu davranış nedeniyle mağdur edilmesi biçiminde tanımlanabilir. Ayrımcılık doğrudan yapılabileceği gibi dolaylı olarak da yapılabilir. Nitekim görünüşte adil ve tarafsız görünen uygulamalar ayrımcı bir etki doğuruyorsa doğrudan bir ayrımcılık yoksa da dolaylı bir ayrımcılık söz konusu olabilir. Birçok AB Direktifinde muhtelif tanımları yapılan doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının henüz bizim mevzuatımızda tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte İş Kanunumuzun 5. maddesinin üçüncü fıkrasında "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının

oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.” İfadelerine yer verilmiştir. Şu halde görülüyor ki; İş Kanunumuzda doğrudan bir dolaylı ayrımcılık tanımı yoksa da, cinsiyetler arası ayrımcılık bakımından böyle bir ayrımcılık türü öngörülmüştür.

- Cinsel taciz ve psikolojik taciz kavramlarının da ayrımcılık yasakları çerçevesinde değerlendirilmesi yolundaki görüşlere katıldığımızı belirtmeliyiz. Zira söz konusu taciz türleri, ayrımcılık nedenleri arasında belki de en kaba ve bireyin kişilik haklarını en çok ihlal eden davranış biçimleridir. Yeni Türk Borçlar Kanununda işverene açıkça işçilerini cinsel ve psikolojik tacizlere karşı koruma yükümlülüğü yüklendiğini belirtelim. Bu taciz türlerinin İş Kanununda da açıkça ayrımcılık yasaklarına dahil edilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

- İş Kanunumuzun 5. maddesinde ayrımcılık nedenleri arasında cinsel tercihten farklılıklarından açıkça bahsedilmese de, Amerikan Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da genel kanaat cinsiyete dayalı olan ayrımcılık yasağının, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı da kapsamı yönündedir. Bu noktada İK.’nın 5. maddesinde bulunan “benzeri sebepler” ifadesinin cinsel tercihler nedeniyle yapılan ayrımcı davranışları da kapsadığı fikrine katılmaktayız.

- Bireyin iradesi ile değiştirmesinin mümkün olmadığı bir nitelik olan “özürlülük”de ayrımcılık nedenlerinden biridir ve dolayısıyla bir özürünün bu nitelikte olamayan bir kişiye nazaran hukuken haklı sayılmayacak bir davranışa veya işleme maruz kalması ayrımcılıktır. Bu noktada söylemeliyiz ki; kural olarak tedavi sonucu iyileşmenin esas olduğu “hastalık”lar özürlülük kavramı içerisinde değerlendirilmemelidir ve dolayısıyla “hastalık” temelinde bir ayrımcılık yasağı söz konusu değildir. Bununla birlikte kanser, kan hastalıkları, HIV gibi “sürekli hastalık” olarak nitelendirdiğimiz hastalıklar

bireylerin yaşam faaliyetlerini önemli ölçüde kısıtladıkları ve sürekli bakım ve tedavi gerektirdiklerinden “özürlülük” kavramı içinde bir alt başlık olarak ele alınmalıdır.

- Anayasal olarak korunan sözleşme özgürlüğü ilkesinin işverene vermiş olduğu iş ediminin yerine getirilmesi talep hakkının, her hangi bir dünya görüşü gerekçesi ile bertaraf edilemeyeceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla eğer işçi, sözleşme yapıldığı sırada kendi siyasi, dini veya her hangi bir manevi inancı nedeniyle sözleşmede öngörülen edimi yerine getiremeyeceğini veya eksik olarak yerine getireceğini işverenden gizlemişse, işverenin iş sözleşmesini İ.K.’nın 25/II-a bendi uyarınca haklı nedenle feshedebileceğini düşünüyoruz. Bunun gibi iş ilişkisi kurulduktan sonra dünya görüşünü değiştiren veya farklılaştıran ve buna dayanarak üstlendiği iş edimini yerine getirmeyen işçinin de iş sözleşmesi yine İ.K.’nın 25. maddesi uyarınca feshedilebilecektir.

- İşe almada işverenin kural olarak eşit davranma borcu olmadığı, başka bir anlatımla işe almada eşit davranma borcunun nispi bir nitelik arz ettiği belirtilmelidir. Nitekim iş ilişkisinin kurulmasında işin, hangi işçiyle en verimli ve uyumlu bir biçimde yürütebileceğini belirleme hakkı işverene aittir. Bu hakkının temelinde de Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi yatmaktadır. Bunun yanında ifade edelim ki; eşit davranma borcundan söz edebilmek için kural olarak işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir. Sözleşme görüşmeleri esnasında ise henüz bir hukuki ilişkinin mevcudiyeti söz konusu değildir.

-Kural olarak işe almada işverenin eşit davranma borcu bulunmasa da, İ.K.’nın 5. maddesinin 3. fıkrası hükmü itibarıyla; işe almada işverenin cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapması yasaktır. Bununla birlikte söz konusu hükmün yaptırım bölümünü düzenleyen 6. fıkrasında “ayrımcılık tazminatının” “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” ayrımcılık yapıldığı zaman kararlaştırılabilecek bir tazminat olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla kanunun

lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda işe almada cinsiyet ayrımı yasağı yaptırımsız kalmış olmaktadır. Kanaatimiz söz konusu yasağın bir anlam kazanabilmesi için ayrımcılık tazminatı ile ilgili hükmün, işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği yönündedir.

- Kanaatimizce iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu İ.K.'nın 5. maddesinde sayılan mutlak ayırım yasaklarıyla ve Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen "sendikal ayrımcılık" yasağıyla sınırlı olarak uygulama alanı bulmalıdır. Bu düşüncemizi bildirimli ve bildirimsiz fesih halleri bakımından kısaca açıklamak gerekirse; örneğin, işçinin yeterliliğine veya davranışlarına ilişkin her hangi bir geçerli neden, birden çok işçi bakımından gerçekleştiyse, işveren söz konusu işçilerden bir veya bir kaçının sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak feshedebilecekken, bir takım işçileri bu işçilerin geçmişteki verimliliği, uzun seneler hizmet verilmiş olması, yerlerinin doldurulamayacak olması vb. gibi nedenlere dayanarak çalıştırmaya devam edebilir. Benzeri bir biçimde işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihlerde de; işveren, ayırım yasaklarına riayet etmek, başka bir anlatımla İ.K.'nın md.5/I ve 18/III hükümleri kapsamında eşit davranma borcuna uymak koşuluyla, sözleşmesini feshedeceği işçileri serbestçe belirleyebilmelidir. Ekonomik nedenlere dayalı fesih başlığı altında toplayabileceğimiz bu tür fesihlerde, sözleşmeleri feshedilecek işçilerden fesihten en az etkileneceklerin seçilmesi, bir anlamda sosyal bir seçim yapılması gerektiği bir takım yargı kararlarında öngörüldüğü gibi, doktrinde bir kesimde bu tür yükümlülüğün gerekliliği ifade edilmiştir. Bizim düşüncemiz ise doktrindeki baskın görüşle aynı yönde olup, yargı kararlarıyla bu türden bir zorunluluğun öngörülmesinin, işverenin fesih hakkını Kanunun öngördüğünden de öteye sınırlandırdığı yönündedir. Zira işverenlere kanun ile öngörülmeyen, içeriği ve şartları belirsiz bir yükümlülüğün getirilmesinin isabetsiz olacağını düşünüyoruz.

- İş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshinde de işverenin kural olarak eşit davranma borcu olmadığını düşünüyoruz. Nitekim haklı nedenle fesih hakkı doğuran nedenler işverene iş sözleşmesini derhal feshedebilme imkanı tanır, feshetme zorunluluğu getirmez. Dolayısıyla işveren haklı nedenle sözleşmelerini feshedebileceği işçilerden birini veya bir kaçını çeşitli nitelikleri itibariyle(kıdemi, işyeri için vazgeçilmezliği, eğitim durumu, daha önceki iyi hali, verimliliği vb.) işte tutarken, bir kısmının işine son verebilir kanaatindeyiz. Zira işverene bildirimsiz fesih hakkı verebilecek her hangi bir neden, bir işçi bakımından artık sözleşmenin devamını işveren bakımından çekilmez hale getirebilecekken, başka bir işçi bakımından aynı sonucu doğurmayabilir.

- İ.K.'nın 5. maddesinin son fıkrasına göre işçi, eşit davranma borcunun ihlalinin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, ispat yükü işverene geçecektir. "ihlal varlığı ihtimalinin" güçlü bir biçimde nasıl ortaya konabileceği ise çözülmesi gereken bir soru olarak gündeme gelmektedir. Bu noktada ihlal mevcudiyetinin kuvvetli bir ihtimal olarak hakimde kanı oluşturabilmesi için, işçinin, somut, objektif vakıaları ortaya koyması gerektiğini ifade edelim. Başka bir deyişle İ.K.'nın 5/son da bulunan işçi bakımından hafifletilmiş ispattan yararlanabilmek için, bir takım ispatlanması nispeten kolay ve genel hayat tecrübesine dayanarak bir ayrımcılığın ihtimalini gösteren vakıalar ortaya konulacak ve bu durumda artık işveren yaptığı işlemin, uygulamanın hukuka uygunluğunu ispat etmek durumunda olacaktır. Ancak "ihlalin ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyma"dan tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin, Türk Hukuku bağlamında ispat hukuku bakımından ele alınması gereği de belirtilmelidir.

- Doktrinde ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatının birlikte talep edilebileceğini savunanlar olduğu gibi, her iki tazminatın bir arada talep edilemeyeceği yönünde de görüşler mevcuttur. Bizce söz konusu her iki tazminat birlikte talep edilebilmelidir. Zira doktrinde haklı olarak ileri sürülen her iki tazminatın hukuki dayanağının farklı olduğu yönündeki düşüncenin

yanı sıra kanaatimiz şudur ki; her ayrımcı feshin aynı zamanda kötünietli bir fesih olduğuna şüphe olmadığına göre, işçi bu iki tazminattan birini seçmek zorunda bırakılırsa durumda muhtemelen daha fazla bir meblağ tutacak olan kötüniet tazminatını seçecektir. Bu durumda ayrımcılık tazminatı sadece iş ilişkisinin devamı esnasında yapılan ayrımcılıkların yaptırımı olarak kalacaktır ki; uygulamada iş ilişkisinin devamı esnasında, özellikle işten atılma korkusuyla, ayrımcılık yapıldığından hareketle bu tazminatın talep edildiğine neredeyse hiç rastlanmamaktadır. Dolayısıyla her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğini kabul edersek, ayrımcılık tazminatı ile ilgili hüküm oldukça anlamsızlaşacaktır.

- İş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilemeyeceği yönündeki görüşlere karşılık her iki tazminatın bir arada talep edilebilmesi gerektiğini savunanlar da mevcuttur. Bizim kanaatimiz ise doktrindeki baskın görüş olan her iki tazminatın birlikte talep edilebilmesi gerektiği yönündedir. Zira iş güvencesi tazminatı işe iade davasının kabulünün akabinde işçinin süresi içerisinde işe başvurması halinde işçinin işe iade edilmemesinin yaptırımı olarak karşımıza çıkmaktayken, ayrımcılık tazminatı işverenin eşit davranma borcunu aykırı davranışının yaptırımıdır. Dolayısıyla görülmektedir ki; her iki tazminatın mevcudiyet nedenleri tümüyle birbirinden farklıdır. Son olarak söyleyelim ki; İ.K.'nın 5. maddesinin 6. fıkrasının, S.K.'nın 31. maddesinde öngörülmüş olan sendikal tazminatı açık bir biçimde dışlayan ifadesi karşısında ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminata birlikte hükmolunması mümkün gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

ACAR, Feride; “ Kadınların İnsan Haklarının Gerçekleştirilmesi ve Ayrımcılığın Önlenmesinde Uluslararası Standartlar”, **TC Başbakanlık Kadının Statüsü ve Korunması Genel Müdürlüğü**, Ankara, Şubat 2000.

ACKERS, Loise; “ Citizenship, Gender And Dependency In The European Union: Woman And International Migration”, **Sex Equality Law In The European Union**, European Law Series, Edited By: Tamara K. Hervey/ David O’Keeffe, John Wiley & Sons 1997, s. 221-239.

AKIN, Levent, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2006, Sayı:1, s. 149-158.

AKIN, Levent; **İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat**, Ankara 2001

AKTAY, Nizamettin, ARICI, Kadir, KAPLAN-SENYEN, Emine Tuncay; **İş Hukuku**, Ankara, 2. Bası, Seçkin Yayınları, 2007.

AKYİĞİT, Ercan; **İş Hukuku**, Ankara, 6. Bası, Seçkin Yayınları, 2007.

AKYİĞİT, Ercan; **İş Kanunu Şerhi**, Ankara, 3. bası, C.1, 2008.

ALP, Mustafa; “ Personel Yönetmeliği İle Yaş Sınırı getirilmesi”, **LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, C. 2, Sayı:4, 2007, 171-191.

ALPAGUT, Gülsevil “ 4857 Sayılı Yasa’da İşverenin Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu, **Mercek**, Nisan 2004, s.118-129.

ALPAGUT, Gülsevil; “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden- Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:1, 2006, s. 71-83.

ALPAGUT, Gülsevil; “ Özürllüler Hakkında Kanun ve Özürllü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler”, **Mercek**, Ekim 2005, s.152-160.

ALPAGUT, Gülsevil; “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, , Sayı:4, Aralık 2006, s.95-105. (Sosyal Seçim)

ALSTON, Phihip; “Labor Rights As Human Rights: The Not So Happy State Of The Art”, **Labor Rights As Human Rights**, Edited By: Philip Alston, Oxford University Press 2005, s.1-25.

ARAL, Vecdi; **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İÜHF Yayınları, 1975.

ARALSI, Oya; “Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Anayasa ve Yasalarda Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Yapılması Geren Değişiklikler”, **T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli**, Ankara 2000.

ARAT, Nejla; **Türkiye’de Kadın Olmak: Kadın Sorunundan Kesitler: Türkiye’de Kadınların Karşılaştıkları Sorunların Sosyo-Kültürel Nedenleri**, İstanbul 1997.

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.

ARICI, Kadir; “5510 sayılı Kanun’un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortatılar (4A) da Doğum Borçlanması Yapabilirler” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2010, Sayı:19, s. 159-167.

ARTUK, Mehmet Emin; “Cinsel Taciz Suçu- TCK md.105”, **İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing)**, Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, **Çalışma ve Toplum**, S.11, 2006/4, s. 29-43.

AYDIN, Ufuk; **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, , Eskişehir, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002.

AYDIN, Ufuk; **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2002.

AYDINÖZ, Gonca; “Avrupa Birliği Direktifleri ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı, **Çalışma ve Toplum** 2009/3, Sayı:22, s. 163-192.

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**, Aralık 2010, Sayı:20, s. 269-277.

BAKIRCI, Kadriye; “ Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, **Cahit Talas Anısına Armağan**, Ankara 2007, s. 102-133.

BAKIRCI, Kadriye; “ İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:2, Haziran 2006, s. 114-121. (Ayrımcılık Tazminatı)

BAKIRCI, Kadriye; “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:8, Aralık 2007, s.22-41. (Cinsiyetler Arası Eşitlik)

BAKIRCI, Kadriye; **İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz**, İstanbul, Yasa Yayınları, 2000.

BAKIRCI, Kadriye; “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri”, **Kamu- İş**, C.5, Sayı:3, Kasım 2000, s. 437-458.

BAKIRCI, Kadriye; “Sexual Harrasment Of Working Woman In The UNited Kigdom”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C. II, İstanbul 2001, s. 1058-1075.

BARNARD, Catherine; **EC Employment Law**, Chichester Wiley 2001. (Employment Law).

BARNARD, Catherine; “Gender Equality In The EU: A Balance Sheet” **The EU and Human Rights**, Edited By: Philip Alston, Oxford University Press 1999, s. 215-281. (Gender Equality).

BARNARD, Catherine; **The Substantive Law Of EU: The Four Fredoms**, 2. Edition, Oxford University Press 2007. (The Substantive Law).

BAYBORA, Dilek; “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletlerinde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, **Çalışma ve Toplum** 2010/1, s. 33-57.

BAYRAM, Fuat; “ Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı**, Ankara 2006, s. 11-48.

BAYRAM, Fuat; “İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Legal YKİ** 2007, C.2, Sayı:3, s. 95-106.

BAYRAM, Fuat; “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Legal İSGHD** 2007, C.4, Sayı:14, s. 551-574. (Psikolojik Taciz)

BAYRAM, Fuat; “AB İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler, **Legal İSGHD** 2007, C.4, Sayı:13, s. 51-96.

BAYSAL, Ulaş; “Eşit Muamele-İşyeri Devri”, Alman Federal İş Mahkemesi Kararı, **Legal İSGHD** 2006, C.3, Sayı:11, s. 1076-1078.

BAYSAL, Ulaş; “ İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **Legal İSGHD** 2010, Sayı:25, s. 59-99.

BELL, Mark; **Anti- Discrimination Law and the European Union**, Oxford University Pres 2002.

BENNET, Dawn D., HARTMAN, Alexander Laura P.; **Employment Law For Business**, USA, Fourth Edition, Mc Graw Hill&Irwin, 2004,.

BERCUSSON, Brian; **European Labour Law**, Butterworths 1996.

BERCUSSON, Brian; “ EC Equality Law In Context: Collective Bargaining”, **Sex Equality Law İn The European Union, European Law Series**, Edited By: Tamara K. Hervey/ David O’Keeffe, John Wiley & Sons 1997, s. 179-203.

BERİN, Ergin; “ Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar- Taciz ve Çalışma Hayatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, , Sayı:7, Eylül 2007, 145-165.

BLAINPAİN, Roger; **European Labour Law**, Holland, 10. Edition, 2006.

BOWERS, John; **Employment Law**, Blackstone Press 2000.

BRADLEY, Richard; **The Significance of Monuments: On The Shaping Of Human Experience In Neolithic And Bronze Age Europe**, London 1998.

CANİKOĞLU, Nurşen; **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2002.

CARRELL Michael R., Christian HEAVRİN; **Labour Relations And Collective Bargaining: Cases, Practice And Law**, USA, Seventh Edition, Pearsan Practice Hall, 2003.

CENTEL, Tankut; “Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Çalışma: Adil Çalışma Koşulları ile Adil Ücret Hakları ve Türkiye, **İş Hukuku Dergisi**, C. II, S.2, Nisan-Haziran 1992, s. 233-248.

CENTEL, Tankut; “Avrupa Sosyal Şartı ve Türk Sosyal Hukuk Düzeni”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı**, İstanbul 1991, s. 93-117.

CENTEL, Tankut; **İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, C.1, 2. Bası, 1994.

CENTEL, Tankut; **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul, İstanbul Denizciler Sendikası Yayınları, 1988.

CENTEL, Tankut; **Kısmi Çalışma**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

CROMPTON, Rosemary; “Contunuity And Change In The Segregation Of The Medical Profession In Britain And France”, **Internatioal Journal Of Sociology And Social Policy**, Vol:23, s. 36-58.

ÇANKAYA, Osman, GÜNAY, İlhan Cevdet, GÖKTAŞ, Seracettin; **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, 20 Bası, Beta Yayınları, 2007.

ÇELİK, Nuri; “ İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar Ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, **Legal İSGHD**, C. 4, Sayı:14, 2007, s.485-496. (Tazminatlar)

ÇELİK, Nuri; “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:4, Aralık 2006, s. 5-12. (Eşit Davranma Borcu)

ÇELİK, Nuri; “İşyeri Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebebi İspatlama ve Çıkarılacak İşçilerin Seçiminde Objektif Davranma Yükümlülüğü”, **BATIDER**, C. XXI, Sayı:2, Aralık 2007, s. 21-30.

ÇİL, Şahin; “ Geçerli Nedene Dayalı Feshte İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal YKİ Dergisi**, Sayı:5, 2007, s. 293-311. (Eşit Davranma)

ÇİL, Şahin; “Karar İncelemesi (Sendikal Tazminat)”, **Legal İSGHD**, C. 2, Sayı:6, s. 665-678.

ÇİL, Şahin; **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Ankara, C.1, Turhan Kitabevi, 2007.

DEAKİN, S., MORRIS, G.S.; **Labour Law**, Butterworths; London, Edinburg, Dublin 1998.

DEMİRCİOĞLU, Murat, CENTEL; Tankut; **İş Hukuku**, İstanbul, 9. Bası, 2003.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan; **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

DOĞAN, Tuğba Özlem; **Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004.

EDİS, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Bası, 1991.

EKONOMİ, Münir **İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku**, İstanbul, C.I, 3. Bası, 1987.

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, Sayı:2, 125-140.

ENGİN, Murat; **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.

ERGİN, Berin; “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar- Taciz ve Çalışma Hayatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı:7, 145-165.

ERGİN, Berin; “Almanya’da Genel Eşit Davranma Yasasının İş Hukukuna İlişkin Hükümleri”, **Legal İSGHD** 2007, C.4, Sayı:14, s. 635-664. (Eşit Davranma Yasası)

ERGİN, Hediye; “İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, Bata yayınları, İstanbul 2010, s. 245-265.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul, 8. Bası, Beta Yayınları, 2003.

ERTÜRK, Şükran; **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002. (Temel Haklar)

ERTÜRK, Şükran; **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Ankara, Belediye-İş Sendikası, 2008. (Çalışma Hayatı)

ESTREİCHER, Samuel, Michael, C. HARPER; **Cases And Employment Discrimination And Employment Law**, USA, American Casebook Series, 2000.

EKONOMİ, Münir; “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, **Çalışma ve Toplum** 2009/3, Sayı:22, s. 11-33.

EVREN, Gülnur; **Esnek Çalışma ve İstihdama Etkileri** Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.

EVREN, Öcal Kemal, **İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim; **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, Legal Yayınları, 2004.

EYRENCİ, Öner; **Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar**, İstanbul, Mozaik Basım ve Yayımcılık, 1989.

EYRENCİ, Öner; “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.39-262. (Personel Seçimi)

Fevzi Demir, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, İzmir, Birleşik Matbaacılık, 3. Baskı, 2003.

GENÇCAN, Ömer Uğur; **Türk Medeni Kanunu: Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat**, Ankara, Yetkin Yayınları, C.1, 2007.

GÜNAY, Cevdet İlhan **İş Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Bası, C.1, 2006.

GÜVEN, E., AYDIN U.; **Bireysel İş Hukuku**, Eskişehir, Nisan Kitapevi, 2. Bası, 2007.

GÜZEL, Ali; “ Avrupa Topluluğu Sosyal Güvenlik Hukuku” **Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri**, 16-19 Mayıs 1997, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara 1997.

GÜZEL, Ali; “ İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı**, İstanbul 2004, s. 15-145.

GÜZEL, Ali, ERTAN, Emre; “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **Legal İSGHD**, C.4, Sayı: 15, 2007, 1221-1305.

GÜZEL, Ali, ERTAN, Emre; “İşyerinde Psikolojik Tacize(Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, **Legal İSGHD** 2007, Sayı:14, s. 509-550.

HAYDEN, Brian; “ Research and Development in Stone Age: Technogical Transitions Among Hunter Gatherers”, **Current Anthropology**, Vol:22, No:5, October 1981, s. 519-548.

HOLMES, Elisa; “ Anti-Discrimination Rights Without Equality”, **Modern Law Review**, Vol:68, No:2, March 2005.

ISRAEL, R. Ben, FOUBERT, P.; “ Equality And Prohibition Of Discrimination In Employment”, **Comparative Labour Law And Industrial Relations In Industrilized Market Economies**, Editor: Roger Blainpain, 8. Edition, Kluwer Law International 2004, s. 321-359.

İNCEOĞLU, Sibel; “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı:4, 2006, s. 45-61.

KANDEMİR, Murat; “ 4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, Legal Yayıncılık, Mayıs 2005, s. 415-444.

KAPANI, Münci; **Kamu Hürriyetleri**, Ankara, 6. Bası, AÜHF Yayını, 1981.

KAPLAN, Emine Tuncay Senyen; “Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, İstanbul 2001, s. 1224-1238.

KAPLAN, Emine Tuncay Senyen; “ Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması”, **Hukukta Kadın Sempozyumu**, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2000, 98-123.

KAPLAN, Emine Tuncay Senyen; “Eşit Veya Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi”, **BATİDER** C. XIX, Sayı:3, 55-73.

KAR, Bektaş; “İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, **Legal İSGHD**, Sayı:7, 2005, s. 1005-1053

KAYA, Pir Ali; “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, **Mercek**, Nisan 2005, s. 144-152.

KAYA, Pir Ali; **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Ankara, Bobel Basımevi, Şubat 2007.

KESER, Hakan; “ 4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş**, C.7, Sayı:3, 2004, s. 37-73.

KILIÇOĞLU, Mustafa; **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ankara, Ayhan Yayıncılık, 2005.

KILIÇOĞLU, Mustafa, ŞENOCAK, Kemal; **İş Güvencesi Hukuku**, Ankara, Legal Yayıncılık, 2007.

KOCABIYIK, Selçuk; “Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:13.

KORKUT, Levent; **Ayrımcılık Karşısı Hukuk**, Ankara, Adres Yayınları, 2009

LEAHY, James E.; **Liberty, Justice And Equality: How These Constitutional Guarantees Have Been Shaped By United States Supreme Court Decisions Since 1789**, USA 1992.

LİPSON, Leslie; **Politika Biliminin Temel Sorunları: Siyasal Bilime Giriş**, Çev: Tuncer Karamustafaoğlu, Ankara 2. Bası, AÜHF Yayını, 1972.

MAYNE, Susan, MALYON, Susan; **Employment Law in Europa**, London 2001.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; **İş Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 3. Bası, 2008.

MOROĞLU, Nazan “ Avrupa Birliğinde Kadın-Erkek Eşitliğinin Sağlanması Amacına Yönelik Hukuki Düzenlemeler”, **T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği’ne Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli**, Ankara 2000.

MOROĞLU, Nazan; “ Avrupa Birliği Anlaşma ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 4, Aralık 2006, s. 209-217.

MORAN, John Jude; **Employment Law: New Challenges In The Business Environment**, New Jersey, Fourth Edition, 2008.

NARMANLIOĞLU, Ünal; “ İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi”, **Legal İSGHD** 2005, Sayı:5, s. 239-251.

NARMANLIOĞLU, Ünal; **İş Hukuku**, İzmir, D.E.Ü. Yayınları, 3. Bası, C. I, 1998.

ODAMAN, Serkan; “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:14, Haziran 2009, s. 77-83.

ODAMAN, Serkan; “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, **Legal İSGHD**, Sayı: 25, 2010, s. 31-40.

OĞUZMAN, M. Kemal; “ İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Haluk**

Tandoğan Hatırasına Armağan, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990.

ÖDEN, Merih; **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 49.

ÖKTEM, Niyazi; **Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları**, İstanbul Der Yayınları, 1993.

ÖZDEMİR, Erdem; “Sözleşmenin Yapılması, Muhtevası ve İfasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul 2007. (İspat Yükü)

ÖZDEMİR, Erdem; “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, **Legal İSGHD**, Sayı:5, C.2, 2005, s. 252-263. (Ücret)

ÖZDEMİR, Erdem; **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006.

ÖZVERİ, Murat; “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması:Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”, **Legal İSGHD**, C.2, Sayı:8, s. 1521-1544.

PAINTER, Richard W., HOLMES Ann E. M.; **Cases And Materials On Employment Law**, Sixth Edition, Oxford University Pres 2006.

PERRİT, Henry H.;**Employment Law Update**, Apsen Publishers 2005

PİTT, Gwynett; **Employment Law**, Thomson Sweet And Maxwell 1994.

PLAYER, Mack A.; **Employment Discrimination Law**, Hanbook Series 1988.

REHBİNDER, Manfred; “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, (Çev: Öner Eyrenci), **İ.Ü.H.F.M.**, C.45-47, 1979-1981.

ROBERTSEN, A.H.; **Human Rights In The World**, Manchester University Press 1972.

RUBİN, Neville; **Code of International Labour Law: Law, Practice And Jurispence**, Cambridge, Vol:1, Cambridge University Press 2005,

SELWYN, Norman; **Law Of Employment**, , England, 13. Edition, 2004.

SEVİMLİ, Ahmet; **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul Legal Yayınları, 2006.

SOYER, Polat; “ Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı 2005, İstanbul 2005, s. 27-69.

SÖZER, Ali Nazım; “ AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime ilişkin Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2006, Sayı: 2, s. 184-208.

SULLIVAN, Charles, ZIMMER, Michael, J., WHITE, Rebecca Hanner,; **Employment Discrimination:Law And Practice**, USA, Third Edition, V.1&V.2, 2002.

SUPİOT, Alain; **Beyond Employment: Changes In The Work And Future Of Labour Law In Europe**, Oxford University Press 2001.

SUR, Melda; **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları: Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler**, İzmir, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995.

SUR, Melda; **Toplu İş İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

SÜRAL, Nurhan; “ AB Uyum Sürecinde İş Mevzuatımızın Değerlendirilmesi”, **İşveren Dergisi**, C.44, S.7, Nisan 2006., s. 52-55.

SÜRAL, Nurhan; “ Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, **T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu**, Ankara 2000, s. 124-168.

SÜRAL, Nurhan; **Avrupa Topluluğu’nun Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye**, Ankara, Can Basın Yayın, 2002.

SÜZEK, Sarper; “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil**, Aralık 2008, Sayı:12, s. 24-39. (Eşit Davranma)

SÜZEK, Sarper; “ İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Yiğit Okur’a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998.

SÜZEK, Sarper; **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara, Kazancı Yayınları, 1976.

SÜZEK, Sarper; **İş Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Bası, 2009. (İş Hukuku)

ŞENEL, Alaeddin; “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, **Yavuz Abadan’a Armağan**, , AÜSBHFD Yayınları, Ankara 1969, s. 241-268. (Tarihsel Gelişim)

ŞENEL, Alaeddin; **Eski Yunan’da Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne**, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yayını, 1970. (Eşitlik)

TAŞKENT, Savaş; “İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri”, **İ.Ü.S.B.F**, Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982.

TAŞKENT, Savaş; **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul 1981.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul, 7. Bası, Filiz Kitapevi, 1993.

THOWEY, David P.; **Labor& Employment Law, Text And Cases**, USA, 11. Edition, 2001.

TINAZ, Pınar; **İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006.

TUNCAY, A. Can; **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982. (Eşit Davranma)

TUNCAY, Can; “ İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.21-28. (Eşit Davranma İlkesi)

TUNÇOMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut; **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Bası, 2008.

TUNÇOMAĞ, Kenan; **İş Hukukun Esasları**, İstanbul 1988. (İş Hukukunun Esasları)

TÜRK-İŞ, **Olumlu Eylem, Sendikalar İçin Politikalar ve Anahatlar**, Türk-İş Kadın İşçiler Bürosu Yayını.

TÜRKİYE İŞVEREN SENDİKALARI KONFEDERASYONU, **Çalışma Hayatında Esneklik**, Ankara 1999.

ULUCAN, Devrim; “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Prof Dr. Turhan Esener’e Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 191-202.

ULUCAN, Devrim; “ İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, **Legal İSGHD**, C.4, Sayı:14, 2007., s. 497-508. (Sosyal Seçim)

ULUCAN, Devrim; “ **Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi**, Ankara 2005, s. 157-185.

ULUSAN, İHSAN; **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu: Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1990.

URHANOĞLU, İhtar Cengiz; “ Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmüş Tenkiset Kuralına Uyulmaması Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar”, Karar İncelemesi, **Kamu-İş** 2008, C.9, Sayı:4,.

URHANOĞLU, İhtar Cengiz; “ Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş** 2009, C.10, Sayı:4, s. 21-53.

UŞAN, Fatih; “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, **Legal İSGHD** 2005. C.2, S.8, s. 1623-1632.

UŞAN, Fatih; **İş Hukukunda Sakat İstihdamı**, Ankara, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayını, 1999.

UŞAN, Fatih; “İşçinin Kendisinin İşi İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum Mudur?”, **Çalışma ve Toplum** 2008/2, Sayı:17, s. 201-218.

WESTEN, Peter; “The Empty Ideas Of Equality”, **Harvard Law Review**, Vol: 95, January 1982, s. 537-597.

YENİDÜNYA, Caner; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu”, İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri, **Çalışma ve Toplum**, S.11, 2006/4, s. 97-127.

YENİSEY, Kübra Doğan; “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İHSGHD**, S. 7, 2005, s. 974-1003. (Metodoloji ve Orantılılık)

YENİSEY, Kübra Doğan; “ İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, , Sayı:2, Haziran 2006, s. 60-65.

YENİSEY, Kübra Doğan; “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri, **Çalışma ve Toplum**, S.11, 2006/4, s.63-81. (Ayrımcılık Yasağı)

YENİSEY, Kübra Doğan; “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İle Olası Uyum Sorunları”, **Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş** 2002, C.6, Sayı:4, s. 31-72. (Kadın-Erkek Eşitliği)

YILDIZ, Gaye Burcu; “ Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:10, Haziran 2008, s. 80-88.

YILDIZ, Gaye Burcu; **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 1996.

YÜKSEL, Melek Onaran; **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/pregnancy_discrimination-1978.html

http://careerplanning.about.com/cs/personalissues/a/disability_act.htm

http://careerplanning.about.com/od/federallawsus/a/age_discriminat.htm

<http://careerplanning.about.com/od/federallawsus/a/civilrightsact.htm>

<http://curia.europa.eu/en/actu/communiques/cp97/cp9726en.htm>

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>).

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:EN:PDF>

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:EN:PDF>

http://europa.eu/legislation_summaries/other/c10411_en.htm

<http://www.emeraldinsight.com/Insight/ViewContentServlet?Filename=Published/EmeraldAbstractOnlyArticle/Pdf/0310230403.pdf>

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?c156>

http://www.integrahukuk.com/Kararlar/Yargitay/1992/11091992_6488.htm

<http://www.isvesosyalguvenlik.com/anasayfa/dosya69.htm>

www.europa.eu.int/eur-lex,

http://www.diyih.gov.tr/files/uluslararası_kuruluslar/ilo/ilosozlesme

www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C111.

www.kazanci.com.tr.

http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo2000-43.doc

http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolar/tablo2000-43.doc

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/,

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2007/nov/turkey_progress_reports_en.pdf

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty/index_en.htm

http://orgm.meb.gov.tr/Mevzuat/5378_sayılı_Kanun.htm

<http://www.ada.gov/pubs/ada.htm>

http://www.alomaliye.com/mayis_06/korumali_isyeri.htm

<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmekohak.html>

http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_158.html

<http://www.dotcr.ost.dot.gov/Documents/ycr/REHABACT.HTM>

http://www.essortment.com/all/equalpayact_rwx.htm

<http://www.pfc.org.uk/node/297#non-discrimination-notice>

<http://www.rehberogretmen.biz/ozurlu-kisilerin-haklari-sozlesmesi.htm>

http://www.diyih.gov.tr/files/uluslararası_kuruluslar/ilo/ilosozlesme/111ILO.doc

http://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html.

ÖZET

YUVALI, Ertuğrul, İşçilerin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Doktora Tezi, Ankara, 2011

Bu çalışmanın konusu, işçilerin cinsiyet, ırk, din ve mezhep, dil, siyasi görüş, felsefi düşünce ve benzeri nedenlere dayalı olarak ayrımcılığa tabi tutulamaması üzerinedir. Başka bir deyişle hukukun her alanında gözetilmesi gereken “eşitlik ilkesi”nin İş Hukukundaki görünümü olan “işverenin eşit davranma borcu” ilkesi çalışmamızda bu yönüyle ayrıntılı olarak incelenecektir.

Türk Hukukunda iş ilişkisinde cinsiyet, ırk, din ve mezhep, dil, siyasal görüş ve benzeri nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapılamaması ile ilgili doğrudan bir kural ve yaptırımı ilk defa 4857 sayılı İş Kanunumuzda bulunmaktadır. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından 4857 sayılı İş Kanunu ile beraber eşit davranma ilkesinin, işverenin borçlarından biri olmanın ötesinde Türk İş Hukuku’nun temel ilkelerinden biri haline geldiği söylenebilir. Ancak bu konunun Türk Hukukunda gündeme gelişi oldukça yenidir. Dolayısıyla çalışmamızda yalnız ulusal hukukun verileri değil, aynı zamanda uluslararası hukuk bağlamında işyerinde yapılan ayrımcılıklara ilişkin düzenlemeler de incelenmeye çalışılmıştır. Tez çalışmamızda konu ile ilgili temel kavramlar üzerinde durulmuş, ardından hangi davranışların veya uygulamaların işyerinde ayrımcılık yaratabileceği tartışılmıştır. Bunun yanında işverenin eşit davranma borcunu ihlalinin yaptırımı olan “ayrımcılık tazminatı” ve bu konudaki ispat yükü hususları da incelenecektir.

Anahtar Sözcükler

1- Eşitlik İlkesi

2- Ayrımcılık

3- Eşit Davranma Borcu

4- Ayrımcılık Tazminatı

5- İspat Yükü

ABSTRACT

YUVALI, Ertuğrul, Equal Treatment Responsibilities of Employer By Means of Personal Characteristics of Employees, Doctorate Thesis, Ankara, 2011.

The subject of thesis is about basically not discriminating employees because of their sexes, religions, communions, races, political views, philosophic thoughts and etc. In other words, the principal of “responsibilities of equal treatment of employers” that is the view in labor law of “principal of equality” that must be observed in every field of law will be examined in a detailed way from this aspect.

There is a direct legislation and a sanction about not making discrimination based on sex, religion and communion, political view and etc reasons in Turkish Labor Law no. 4857. So, it can be said that the principal of equal treatment with Labor Law No. 4857 by means of Turkish law has been one of the basic principles of Turkish Labor Law beyond one of the responsibilities of the employer. But this subject’s becoming a current issue is highly new. Consequently regulations regarding the principle of non-discrimination in international law are also taken into account in this study alongside domestic resources of law. In this study, basic terms concerning the subject are examined, and subsequently which treatments may constitute discrimination in workplace are discussed. Moreover the subjects of the sanction for violation of “responsibility of equal treatment” and burden of proof will be analyzed.

Keywords

- 1- The Principle Of Equality**
- 2- Discrimination**
- 3- Employer’s Duty Of Equal Treatment**
- 4- Discrimination Compensation**
- 5- Burden Of Proof**